

حاشية رد المحتار

ابن عابدين ج 5

[1]

حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين ويليهِ تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف طبعة جديدة منقحة مصححة إشراف مكتب البحوث والدراسات الجزء الخامس دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع

[2]

جميع حقوق إعادة الطبع محفوظة للناسخ 1415 هـ / 1995 م دار الفكر بيروت - لبنان دار الفكر: حارة حريك - شارع عبد النور - برقياء: فاكس - تليكس: 41391 فكر ص. ب 7061 / 11 - تلفون: 643681 - 8378053 - 837898 - دولي: 860962 فاكس : 2124187875 - 001

[3]

كتاب البيوع قوله: (لما فرغ الخ) بيان للمناسبة بين جملة ما تقدم وجملة ما يأتي مع بيان المناسبة بين خصوص الوقف والبيع، والمراد بالعبادات: ما كان المقصود منها في الاصل تقرب العبد إلى الملك المعبود، ونيل الثواب والجود، كالاركان الاربعة ونحوها، وبالمعاملات: ما كان المقصود منها الاصل قضاء مصالح العباد كالبيع والكفالة والحالة ونحوها، وكون البيع أو الشراء قد يكون واجبا لعارض لا يخرج عن كونه من المعاملات، كما لا تخرج الصلاة مع الرياء عن كون أصل الصلاة عبادة. ثم إن ما تقدم غير مختص بالعبادات بل هو حقوقه تعالى، وهي ثلاثة: عبادات، وعقوبات، وكفارات، فالمعاملات في مقابلة حقوقه تعالى. وأورد في الفتح أنه لا يخفى شروعه في المعاملات من زمان فإن ما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود من المعاملات. قال في النهر: وكان النكاح أولى بالذكر من اللقطة ونحوه ا هـ. قلت: وفيه نظر ظاهر، فإن النكاح وإن كان في المعاملات لكنه من العبادات أيضا، بل المقصود الاصل من العبادات، وهي تحصين النفس عن المحرمات وتكثير المسلمين، بل قالوا: إن التخلي له أفضل من التخلي للنوافل. وقد يقال الاولى إيراد الشركة، لأن كلا من اللقطة واللقيط: أي التقاطهما مندوب إليه من حيث هو، وقد يجب ذكر في حقوقه تعالى، وكذا رد الأبق وأما المفقود فإنه ذكر فيها لمناسبة اقتضته، وكذا اللقطة ونحوها والشركة، كما ذكروا في المعاملات بعض العبادات كاللاضحية لمناسبتها للذبايح، والقرض لمناسبتها للبيع. تأمل. قوله: (لكن لا إلى مالك) أي الازالة في الوقف لا تنتهي إلى مالك فهو في حكم ملك الله تعالى وهذا قولهما، وقال الامام: هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ط. قوله: (فكانا كبسيط ومركب) أي والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدم عليه في الذكر. قال ط: وإنما لم يكن البيع مركبا حقيقة، لأن الازالة أمر اعتباري لا يتحقق منه تركيب. قوله: (وجمع الخ) (لما كان البيع في الاصل مصدرا والمصدر لا يجمع لانه

[4]

اسم للحدث كالقيام والقعود وقد جمعه تبعاً للهداية أجابوا عنه بأنه قد يراد به المفعول، فجمع باعتباره كما يجمع المبيع: أي فإن أنواع المبيعات كثيرة مختلفة، أو

أنه بقي على أصله مراداً به المعنى لكنه جمع باعتبار أنواعه، فإن البيع الذي هو الحدث إن اعتبر من حيث هو فهو أربعة: نافذ إن أفاد الحكم للحال، وموقوف إن إفاده عند الاجازة، وفاسد إن إفاده عند القبض، وباطل إن لم يفده أصلاً. وإن اعتبر من حيث تعلقه بالمبيع فهو أربعة أيضاً، لأنه إما أن يقع على عين بعين، أو ثمن بثمان: أي يكون المبيع فيه من الاثمان: أي النقود، أو ثمن بعين، أو عين بثمان. ويسمى الاول مقايضة، والثاني صرفاً، والثالث سلماً، وليس للرابع اسم خاص، فهو بيع مطلق، وإن اعتبر من حيث تعلقه بالثمن أو بمقداره فهو أربعة أيضاً، لأنه إن كان بمثل الثمن الاول مع زيادة فمرايحة، أو بدون زيادة فتولية، أو أنقص من الثمن فوضيعة، أو بدون زيادة ولا نقص فمساومة. وزاد في البحر خامساً وهو الاشراك: أي أن يشرك غيره فيما اشتراه: أي بأن يبيعه نصفه مثلاً، وتركه الشارح لأنه غير خارج عن الاربعة، وقد يعتبر من حيث تعلقه بوصف الثمن ككونه حالاً أو مؤجلاً، وبما قررناه ظهر لك أن قوله باعتبار كل من البيع والمبيع ليس المراد اعتبار المبيع وحده: أي بدون تعلق بيع به، حتى يرد أنه إذا أريد كل منهما بانفراده يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز، فإن جمع البيع باقياً على مصدريته نظراً إلى أنواعه حقيقة، بخلاف جمعه منقولاً إلى اسم المفعول فإنه مجاز، ووجه عدم الورد أن المراد جمعه باعتبار حقيقته، لكن نظراً إلى ذاته منفرداً أو متعلقاً بغيره لا منقولاً إلى اسم المفعول، فافهم، قوله: (أنواعاً أربعة) خبر الكون، وقوله: (نافذ الخ) بيان للأنواع الاربعة في كل واحد من الثلاثة على طريق اللف والنشر المرتب، وقد علمت بيانها. ثم إن تقسيم الاول إلى ما ذكر هو ما مشى عليه في الحاوي، وظاهره أن الموقوف من قسم الصحيح وهو أحد طريقين للمشايخ، وهو الحق. ومنهم من جعله قسماً للصحيح وعليه مشى الزيلعي، فإنه قسمه إلى صحيح وباطل وفاسد وموقوف، وتامم تحقيقه في أول البيع الفاسد من البحر ويأتي قريباً استثناء بيع المكره. وقوله: (هو لغة مقابلة شئ بشئ) أي على وجه المبادلة، ولو غير بها بدل المقابلة لكان أولى كما فعل المصنف فيما بعده، وظاهره شمول الاجارة، لأن المنفعة شئ باعتبار الشرع أنها موجودة حتى صح الاعتياض عنها بالمال، وكذا باعتبار اللغة، تأمل. مطلب في تعريف المال والملك والمتقوم قوله: (مالاً أولاً) الخ، المراد بالمال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم، والتقوم يثبت بها بإباحة الانتفاع به شرعاً، فما يباح بلا تمول لا يكون مالا كحبة حنطة وما يتمول بلا إباحة انتفاع لا يكون متقوماً كالخمر، وإذا عدم الامران لم يثبت واحد منهما كالدم. بحر ملخصاً عن الكشف الكبير. وحاصله أن المال اعم من المتمول، لأن المال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمر،

[5]

والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمر مال لا متقوم، فلذا فسد البيع بجعلها ثمناً، وإنما لم ينعقد أصلاً بجعلها مبيعاً لأن الثمن غير مقصود بل وسيلة إلى المقصود، إذ الانتفاع بالأعيان لا بالاثمان، ولهذا اشترط وجود المبيع دون الثمن، فهذا الاعتبار صار الثمن من جملة الشروط بمنزلة آلات الصانع، وتامم تحقيقه في فصل النهي من التلويح، ومن هذا قال في البحر: ثم اعلم أن البيع وإن كان مبناه على البديلين لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن، ولذا تشترط القدرة على المبيع دون الثمن وينفسخ بهلاك المبيع دون الثمن هـ. وفي التلويح أيضاً من بحث القضاء: والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة، والتقويم يستلزم المالية عند الامام والملك عند الشافعي، وفي البحر عن الحاوي القدسي، المال اسم لغير الآدمي، خلق لمصالح الآدمي وإمكان احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار والعبد وإن كان فيه معنى المالية لكنه ليس بمال حقيقة حتى لا يجوز قتله وإهلاكه هـ. قلت: وفيه نظر، لأن المال المنتفع به في التصرف على الوجه الاختيار والقتل والهلاك ليس بانتفاع، ولأن الانتفاع بالمال يعتبر في كل شئ بما يصلح له، ولا يجوز إهلاك شئ من المال بلا انتفاع أصلاً كقتل الدابة بلا سبب موجب. قوله: (بدليل وشروه بثمان بخس) أي باعوه: أي إخوة يوسف بثمان ناقص وقيل: باعوه بعشرين درهماً، فالآية دليل على أن البيع لا يلزم كون المبيع فيه مالا، لأن الحر لا يملك. قلت: وفيه أن أهل اللغة في الجاهلية كانوا يسترقون الأحرار ويبيعونهم، فلا تدل الآية على أن البيع لغة لا يشترط فيه المالية، على أن الظاهر أن الحر يملك قبل شرعنا، بدليل: * (قالوا جزأوه من وجد في رحله فهو جزأوه) * ثم رأيت ذلك في القهستاني من البيع الفاسد حيث قال: إن الحر كان مالا في شريعة يعقوب عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام حتى استرق السارق كما في شر التأويلات، فلا ينبغي أن يقال: إنه لم يكن مالا عند أحد هـ.

فالاولى الاستدلال بمثل: * () * (التوبة: 111) * (أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى) * (البقرة: 61) ونحوه، ولا يخفى أن دعوى المجاز في ذلك خلاف الاصل، فافهم. وبهذا ظهر أن تعريفه لغة بما ذكره الشارح تبعا للمحيط أولى مما في الفتح عن فخر الاسلام من أن البيع لغة مبادلة المال بالمال، لكن يرد على الاول أنه يدخل فيه النكاح، إلا أن يراد بالمقابلة ما يكون على وجه التمليك حقيقة. تأمل. قوله: (وهو من الاضداد) أي من الالفاظ التي تطلق على الشئ وعلى ضده، كما في قوله تعالى: * (وكان وراءهم ملك) * أي قدامهم. قال في الفتح: يقال: باعه إذا أخرج العين من ملكه إليه، وباعه أي اشتراه اهـ. وكذا الشراء بدليل: * (وشروه بثمن بخس) * فيطلق كل منهما على الآخر. وفي المصباح: والبيع من الاضداد مثل الشراء، ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع، لكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة، قوله: (ويستعمل متعديا) أي بنفسه إلى مفعولين. قوله: (ويمن للتأكيد) كبرت من زيد الدار، وظاهر الفتح أنها للتعدية، لأنه قال: ويتعدى بنفسه وبالحرف. قوله: (وباللام) أي قليلا. وعبرة ابن القطاع على ما في المصباح: وربما دخلت اللام مكان من، تقول: بعثك الشئ وبعث لك فهي زائدة اهـ.

[6]

قوله: (يقال بعثك الشئ) مثال للمعتدي بنفسه وترك مثال التعدي بمن. قوله: (وباع عليه القاضي) أفاد أنه يتعدى بعلى أيضا في مقام الاجبار والالزام. قوله: (مبادلة شئ) مصدر مضاف إلى مفعوله الاول والفاعل محذوف، والاصل أن يتبادل المتبايعان شيئا مرغوبا فيه بمثله، فشيئا مفعول أول وبمثله مفعول ثان بواسطة الحرف، فافهم. قوله: (مرغوب فيه) أي ما من شأنه أن ترغب إليه النفس وهو المال، ولذا احتز به الشارح عن التراب والميتة والدم فإنها ليست بمال، فرجع إلى قول الكنز والملتقى: مبادلة المال بالمال، ولذا فسر الشارح كلام الملتقى في شرحه بقوله: أي تمليك شئ مرغوب فيه بشئ مرغوب فيه، فقد تساوى التعريفان فافهم. نعم زاد في الكنز بالتراضي. مطلب في بيع المكره والموقوف وأورد عليه أنه يخرج بيع المكره مع أنه منعقد، وأجاب في شرح النقاية بأن من ذكره أراد تعريف البيع النافذ، ومن تركه أراد الاعم، واعترضه في البحر بأن بيع المكره فاسد موقوف لا موقوف فقط كبيع الفضولي كما يفهم من كلام شارح النقاية. قلت: لكن قدمنا أن الموقوف من قسم الصحيح، ومقتضاه أن بيع المكره كذلك، لكن صرحوا في كتاب الاكراه أنه يثبت به الملك عند القبض للفساد، فهو صريح في أنه فاسد وإن خالف بقية العقود الفاسدة في أربعة صور سيذكرها المصنف هناك، وأفاد في المنار وشرحه أنه يعتقد فاسدا لعدم الرضا الذي هو شرط النفاذ، وأنه بالاجازة يصح ويحول الفساد، وبه علم أن الموقوف على الاجازة صحته، فصح كونه فاسدا موقوفا، وظهر أن الموقوف منه فاسد كبيع المكره، ومنه صحيح كبيع عبد أو صبي محجورين. وأمثلته كثيرة ستأتي في باب بيع الفضولي. والحاصل أن الموقوف مطلقا بيع حقيقة، والفساد بيع أيضا وإن توقف حكمه، وهو الملك على القبض، فلا يناسب ذكر التراضي في التعريف، ولذا قال في الفتح: إن التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعي، بل شرط ثبوت حكمه شرعا اهـ. أي لانه لو كان جزء مفهومه شرعا لزم أن يكون بيع المكره باطلا وليس كذلك، بل هو فاسد كما علمت، وأنت خير بأن التعريف شامل للفساد بسائر أنواعه كما ذكره في النهر لانه بيع حقيقة، وإن توقف حكمه على القبض، فالتقييد بالتراضي لاخراج بعض الفاسد وهو بيع المكره غير مرضي، لانه إذا كان المراد تعريف مطلق البيع يكون غير جامع لخروج هذا منه، وإن أريد تعريف البيع الصحيح فليس بمانع لدخول أكثر البياعات الفاسدة فيه. ثم اعلم أن الخمر مال كما قدمناه عن الكشف والتلويح وإن كان غير متقوم مع أن بيعه باطل في حق المسلم، بخلاف البيع به فإنه فاسد، وممر الفرق، وأما ما في البحر عن المحيط من أنه غير مال فالظاهر أنه أراد بالمال المتقوم توفيقا بين كلامهم، وحينئذ فيرد على تعريف المصنف كالكنز، فافهم. ويرد على تعريف المصنف فقط الاجارة والنكاح. قال ط: فإن فيهما مبادلة مال مرغوب فيه بمرغوب فيه، ولا يخرجان بقوله على وجه مخصوص، لان المراد به الايجاب والقبول والتعاطي اهـ.

[7]

إلا أن يجاب بأن المراد بالمرغوب فيه المال كما قررناه أو لا، والمنفعة غير مال كما مر، أو يقال: إن المبادلة هي التملك كما في النهر عن الدراية: أي التملك المطلق، والمنفعة في الاجارة والنكاح مملوكة ملكا مقيدا، فافهم قوله: (على وجه مفيد) هذا التقييد غير مفيد، إذ غايته أنه أخرج ما لا يفيد كبيع درهم بدرهم اتحد وزنا وصفة وهو فاسد، وقد علمت شمول التعريف لجميع أنواع الفاسد، فلا فائدة في إخراج نوع منه كما قلناه في بيع المكروه، نعم لو كان بيع الدرهم بالدرهم باطلا فهو تقييد مفيد، ولكن بطلانه بعيد لوجود المبادلة بالمال، فتأمل. قوله: (أي بإيجاب أو تعاط) بيان للوجه المخصوص، وأراد الإيجاب ما يكون بالقول بدليل المقابلة فيشمل القبول، وإلا لم يخرج التبرع من الجانبين على ما قاله ط. فتأمل. قوله: (فخرج التبرع من الجانبين الخ) قال المصنف في المنح: ولما كان هذا يشمل مبادلة رجلين بمالهما بطريق التبرع أو الهبة بشرط العوض فإنه ليس ببيع ابتداء وإن كان في حكمه بقاء، أراد إخراج ذلك فقال: على وجه مخصص أ. ه. قلت: وهذا صريح في دخولهما تحت المبادلة على خلاف ما في النهر ووجهه أنه لو تبرع لرجل بشئ ثم الرجل عوض عليه بشئ آخر بلا شرط فهو تبرع من الجانبين مع المبادلة لكن من جانب الثاني، وهذا يوجد كثيرا بين الزوجين يبعث إليها متاعا وتبعث له أيضا وهو في الحقيقة هبة، حتى لو ادعى الزوج العارية رجع، ولها أيضا الرجوع لأنها قصدت التعويض عن هبة، فلما لم توجد الهبة بدعوى العارية لم يوجد التعويض عنها فلها الرجوع كما سيأتي في الهبة، وكذا لو وهبه شيئا على أن يعوضه عنه شيئا معينا فهو هبة ابتداء مع وجود المبادلة المشروطة، فافهم. قوله: (استويا وزنا) أما إذا لم يستويا فيه فالبيع فاسد لربا الفضل لا لعدم الفائدة، وقوله: وصفة خرج ما اختلفا فيها مع اتحاد الوزن ككون أحدهما كبيرا والآخر صغيرا أو أحدهما أسود والآخر أبيض. قلت: والمسألة مذكورة في الفصل السادس من الذخيرة: باع درهمين كبيرين بدرهم صغير أو درهمين جديدين بدرهم ردي، جاز لأن لهما فيه غرضا صحيحا، أما إذا كانا مستويين في القدر والصفة اختلفوا فيه. قال بعض المشايخ: لا يجوز، وإليه أشار محمد في الكتاب، وبه كان يفتي الحاكم الامام أبو أحمد أ. ه. قوله: (ولا مقايضة أحد الشريكين) أي المستويين: والمتبادر من التعبير بالشريكين أن الدار مشاعة بينهما، أما لو كانت حصة كل منهما مفروزة عن الأخرى فالظاهر جواز المقايضة، لأنه قد يكون رغبة كل منهما فيما في يد الآخر فهو بيع مفيد، بخلاف المشاعة، فافهم. قوله: (ولا إجارة السكنى بالسكنى) لأن المنفعة معدومة فيكون بيع الجنس نسيئة وهو لا يجوز. ط عن حاشية الاشباه. قوله: (ويكون) أي البيع منح، والظاهر إرجاع الضمير إلى قوله على وجه مخصص، فهو بيان له وإلا كان تكرارا. تأمل. قوله: (وهما ركنه) ظاهره أن الضمير للإيجاب والقبول، ويحتمل إرجاعه للقول والفعل كما يفيد قول البحر. وفي البدائع: ركنه المبادلة المذكورة، وهو معنى ما في الفتح من أن ركنه الإيجاب والقبول الدالان على التبادل أو ما يقوم مقامهما من التعاطي، فركنه الفعل الدال على الرضا بتبادل الملكين من قول أو فعل أ. ه. وأراد

[8]

بالفعل أو لا ما يشمل فعل اللسان. وبالفعل ثانيا غيره، وقوله الدال على الرضا: أي بالنظر إلى ذاته وإن كان ثم ما ينافي الرضا كإكراه، وظاهر كلام المصنف أن الإيجاب والقبول غير البيع مع أن ركن الشئ عينه، وإذا أرجعنا الضمير في قوله: يكون إلى قوله: على وجه المخصوص لا يرد ذلك، وكذا إذا أريد بالبيع حكمه وهو الملك، وها هنا أبحاث رائعة مذكورة في النهر. قوله: (وشروطه أهلية المتعاقدين) أي بكونهما عاقلين، ولا يشتر البلوغ والحرية. مطلب: شرائط البيع أنواع أربعة وذكر في البحر أن شرائط البيع أربعة أنواع: شرط انعقاد، ونفاذ، وصحة، ولزوم. فالاول أربعة أنواع: في العاقد، وفي نفس العقد، وفي مكانه، وفي المعقود عليه. فشرائط العاقد اثنان. العقل، العدد، فلا ينعقد بيع مجنون وصبي لا يعقل، ولا وكيل من الجانبين، إلا في الاب ووصيه والقاضي، وشراء العبد نفسه من مولاه بأمرة، والرسول من الجانبين، ولا يشترط فيه البلوغ ولا الحرية، فيصح بيع الصبي أو العبد لنفسه موقوفا ولغيره نافذا، ولا الاسلام والنطق والصحو. وشرط العقد اثنان أيضا: موافقة الإيجاب للقبول، فلو قبل غير ما أوجبه أو بعضه أو بغير ما أوجبه أو ببعضه لم ينعقد إلا في الشفعة، بأن باع عبدا وعقارا فطلب الشفيع العقار وحده، وكونه بلفظ الماضي، وشرط مكانه واحد، وهو اتحاد المجلس. وشرط المعقود عليه ستة: كونه موجودا مالا متقوما مملوكا في نفسه، وكون الملك البائع فيما يبيعه لنفسه، وكونه مقدور التسليم فلم ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كالحمل واللبن في الضرع والثمر قبل ظهوره، وهذا العبد فإذا هو جارية، ولا بيع الحر والمدبر وأم الولد والمكاتب ومعتق البعض والميتة والدم،

ولا بيع الخمر والخنزير في حق مسلم وكسرة خبز، لان أدنى القيمة التي تشترط لجواز البيع فلس، ولا بيع الكلا ولو في أرض مملوكة له، والماء في نهر أو بئر، والصيد والخطب والحشيش قبل الاحراز، ولا بيع ما ليس مملوكا له وإن ملكه بعده، إلا السلم والمغصوب لو باعه الغاصب ثم ضمن قيمته وبيع الفضولي فإنه منعقد موقوف، وبيع الوكيل فإنه نافذ، ولا بيع معجوز التسليم كالأبق والطير في الهواء والسمك في البحر بعد أن كان في يده، فصارت شرائط الانعقاد أحد عشر. قلت: صوابه تسعة. وأما الثاني: وهو شرائط النفاذ فاثنتان: الملك أو الولاية، وأن لا يكون في البيع حق لغير البائع فلم ينعقد بيع الفضولي عندنا، أما شراؤه فنافذ. قلت: أي لم ينعقد إذا باعه لأجل نفسه لا لأجل ماله، لكنه على الرواية الضعيفة. والصحيح انعقاده موقوفا كما سيأتي في بابه. والولاية إما بإنبابة المالك كالوكالة، والشارع كولاية

[9]

الاب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه، ولا ينفذ بيع مرهون ومستأجر، وللمشتري فسخه إن لم يعلم لا لمرتهن ومستأجر. وأما الثالث، وهو شرائط الصحة فخمسة وعشرون: منها عامة ومنها خاصة، فالعامة لكل بيع شروط الانعقاد المارة، لان ما لا ينعقد لا يصح، وعدم التوقيت، ومعلومية المبيع، ومعلومية الثمن بما يرفع المنازعة فلا يصح بيع شاة من هذا القطيع وبيع الشئ بقيمته أو بحكم فلان، وخلوه عن شرط مفسد كما سيأتي في البيع الفاسد والرضا والفائدة، ففسد بيع المكره وشراؤه وبيع ما لا فائدة فيه وشراؤه كما مر، والخاصة معلومة الاجل في البيع المؤجل ثمينه، والقبض في بيع المشتري المنقول، وفي الدين، ففسد بيع الدين قبل قبضه كالمسلم فيه ورأس المال وبيع شئ بدين على غير البائع وكون البدل مسمى في المبادلة القولية، فإن سكنت عنه فسد وملك بالقبض والمماثلة بين البدلين في أموال الربا، والخلو عن شبهة الربا، ووجود شرائط السلم فيه، والقبض في الصرف قبل الافتراق، وعلم الثمن الاول في مرابحة، وتولية وإشراك ووضعية. وأما الرابع، وهو شرائط اللزوم بعد الانعقاد والنفاذ فخلوه من الخيارات الاربعة المشهورة، وباقي الخيارات الآتية في أول باب خيار الشرط، فقد صارت جملة الشرائط ستة وسبعين. هـ ملخصا أي لان شرائط الانعقاد أحد عشر على ما قاله أولا، وشرائط النفاذ اثنتان، وشرائط الصحة خمسة وعشرون، صارت ثمانية وثلاثين، وهي كلها شرائط اللزوم مع زيادة الخلو من الخيارات، لكن بذلك تصير الجملة سبعة وسبعين، نعم تنقص ثمانية على ما قلنا من أن الصواب أن شرائط الانعقاد تسعة فيسقط منها اثنتان، ومن شرائط الصحة اثنتان ومن شرائط اللزوم أربعة فتصير الجملة تسعة وستين. نعم يزداد في شروط المعقود عليه إذا لم يراه الإشارة إليه أو إلى مكانه كما سيأتي في باب خيار الرؤية، وسيأتي تمام الكلام عليه عند قوله: وشرط الصحة معرفة قدر مبيع وثمن. قوله: (ومحله المال (فيه نظر، لما مر من أن الخمر مال مع أن بيعه باطل في حق المسلم، فكان عليه إيداله بالمتقوم وهو أخص من المال كما مر بيانه، فيخرج ما ليس بمال أصلا كالهيئة والدم، وما كان مالا غير متقوم كالخمر فإن ذلك غير محل للبيع. قوله: (وحكمه ثبوت الملك) أي في البدلين لكل منهما في بدل، وهذا حكمه الأصلي، والتابع وجوب تسليم المبيع والثمن، ووجوب استبراء الجارية على المشتري، وملك الاستمتاع بها، وثبوت الشفعة لو عقارا، وعققت المبيع لو محرما من البائع، بحر. وصوابه من المشتري. قوله: (وحكمته نظام بقاء المعاش والعالم) حقه أن يقول: بقاء نظام المعاش الخ، فإنه سبحانه وتعالى خلق العالم على أتم نظام وأحكم أمر معاشه أحسن إحكام، ولا يتم ذلك إلا بالبيع والشراء إذ لا يقدر أحد أن يعمل لنفسه كل ما يحتاجه، لانه إذا اشتغل بحرث الأرض وبذر القمح وخدمته وحراسته وحصده، ودراسته وتذريته وتنظيفه وطحنه وعجنه لم يقدر على أن يشتغل بيده ما يحتاج ذلك من آلات الحراثة والحصد ونحوه، فضلا عن اشتغاله فيما يحتاجه من ملابس ومسكن فاضطر إلى شراء ذلك، ولولا الشراء لكان يأخذه بالقهر أو بالسؤال إن أمكن،

[10]

وإلا قاتل صاحبه عليه، ولا يتم مع ذلك بقاء العالم. قوله: (مباح) هو ما خلا عن أوصاف ما بعده. قوله (مكروه) كالبيع بعد النداء في الجمعة. قوله: (حرام) كبيع خمر لمن يشربها. قوله: (واجب) كبيع شئ لمن يضطر إليه. قوله: (والسنة) فإنه عليه

الصلاة والسلام باع واشترى وأقر أصحابه على ذلك أيضا. قوله: (والقياس) عبارة البحر: والمعقول ا ه ح، لانه أمر ضروري يجزم العقل بثبوته كباقي الامور الضرورية المتوقف عليها انتظام معاشه وبقائه، فافهم. قوله: (فالايجاب الخ) هذه الفاء الفصيحة، وهي المفصحة عن شرط مقدر: أي إذا أردت معرفة الايجاب والقبول المذكورين، وفي الفتح: الايجاب الاثبات لغة لأي شئ كان، والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أو لا، سواء وقع من البائع أو من المشتري، كأن يبتدئ المشتري فيقول اشتريت منك هذا بألف والقبول الفعل الثاني، وإلا فكل منهما إيجاب أي إثبات فسمى الثاني بالقبول تمييزا له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضا بفعل الاول ا ه. قوله: (والقبول) في بعض النسخ: فالقبول بالفاء، فهو تفريع على تعريف الايجاب، ولذا قال المصنف لما ذكر أن الايجاب ما ذكر أولا علم أن الايجاب هو ما ذكر ثانيا من كلام أحدهما، أفاده ط. قوله: (ما يذكر ثانيا من الآخر) أي من العاقد الآخر والتعبير بذكر لا يشمل الفعل، وعرفه في الفتح بأنه الفعل الثاني كما مر، وقال: لانه أعم من اللفظ، فإن من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله، تم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع: أركبها بمائة وألبسه بكذا رضا بالبيع. مطلب القبول قد يكون بالفعل وليس من صور التعاطي وكذا إذا قال بعته بألف فقبضه ولم يكن شيئا كان قبضه قبولا، بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط، ففي جعل الأخيرة من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر ا ه. وذكر في الخانية أن القبض يقوم مقام القبول، وعليه فتعريف القبول بالقول لكونه الاصل. قوله: (الدال على التراضي) (الاولى أن يقول الرضا كما عبر به في الفتح والبحر، لان التراضي من الجانبين لا يدل عليه الايجاب وحده، بل هو مع القبول. أفاده ح. قوله: (قيد به اقتداء بالآية) وهي قوله تعالى: * (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) * (النساء: 92). قوله: (وبينا للبيع الشرعي) استظهر في الفتح أن التراضي لا بد منه في البيع اللغوي أيضا، فإنه لا يفهم من باع زيد عبده لغة إلا أنه استبدله بالتراضي ا ه. ونقل مثله القهستاني عن إكراه الكفاية والكرمانى وقال: وعليه يدل كلام الراغب خلافا لشيخ الاسلام. قوله: (ولذا لم يلزم بيع المكرة) قدما أن بيع المكرة فاسد موقوف على إجازة البائع، وأن البيع المعرف يشمل سائر أنواع البيع الفاسد، وأن قول الكنز: البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي غير مرضي لانه يخرج بيع المكرة مع أنه داخل. وأجيب عنه بما ذكره الشارح بأنه قيد به اقتداء بالآية: أي لا للاحتراز، لكن قوله: وبينا للبيع الشرعي إن أراد به البيع المقابل للغوي. يرد عليه ما علمته من اعتبار التراضي في البيع اللغوي، وأنه لا يعتبر في البيع الشرعي، إذ

لو كان جزء مفهومه لزم أن يكون بيع المكرة باطلا لا فاسدا، بل التراضي شرط لثبوت حكمه شرعا وهو الملك كما قدمناه عن الفتح، وإن أراد بالشرعي الخالي عن الفساد فالتقييد بالتراضي لا يخرج بقية البيوع الفاسدة، بل التعريف شامل لها، ثم لا يخفى أن هذا كله إنما يتأتى في عبارة الكنز حيث جعل فيها التراضي قيدا في التعريف. أما قول المصنف الدال على التراضي فلا، لكونه ذكره صفة للايجاب، فهو بيان للواقع، فإن الاصل فيه أن يكون دليلا على الرضا، ولكن لا يلزم منه وجود الرضا حقيقة فلا يخرج به بيع المكرة. تأمل. مطلب في حكم البيع مع الهزل قوله: (ولم ينعقد مع الهزل الخ) الهزل في اللغة: اللعب. وفي الاصطلاح: هو أن يراد بالشئ ما لم يوضع له، ولا ما صح له اللفظ استعارة، والهزل يتكلم بصيغة العقد مثلا باختياره ورضاه، لكن لا يختار ثبوته الحكم ولا يرضاه، والاختيار: هو القصد إلى الشئ وإرادته. والرضا: هو إثارته واستحسانه، فالمكرة على الشئ يختاره ولا يرضاه، ومن هنا قالوا: إن المعاصي والقبائح بإرادة الله تعالى لا برضاه: * (إن الله لا يرضى لعباده الكفر) * (كذا في التلويح. وشرطه: أي شرط تحقق الهزل واعتباره في التصرفات أن يكون صريحا باللسان مثل أن يقول: إنني أبيع هازلا، ولا يكتفي بدلالة الحال، إلا أنه لا يشترط ذكره في العقد، فيكفي أن تكون المواضعة سابقة على العقد، فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع، أي توافقا على أنهما يتكلمان بلفظ البيع عند الناس ولا يريدانه واتفقا على البناء: أي على أنهما لم يرفعا الهزل ولم يرجعا عنه، فالبيع منعقد لصدوره من أهله في محله، لكنه يفسد البيع لعدم الرضا بحكمه فصار كالبيع بشرط الخيار أبدا، لكنه لا يملك بالقبض لعدم الرضا بالحكم، حتى لو أعتقه المشتري لا ينفذ عتقه، هكذا ذكروا، وينبغي أن يكون البيع باطلا لوجود حكمه، وهو أنه لا يملك بالقبض. وأما الفاسد فحكمه أن يملك بالقبض حيث كان مختارا راضيا بحكمه، أما عند عدم الرضا به، فلا ا ه. منار وشرحه لصاحب البحر. فقول الشارح: ولم ينعقد مع الهزل الذي هو

من مدخول العلة غير صحيح، لمنافاته ما تقدم من أنه منعقد لصدوره من أهله في محله، لكنه يفسد البيع لعدم الرضا بالحكم، إلا أن يحمل على نفي الانعقاد الصحيح أو يتمشى على البحث الذي ذكره بقوله وينبغي الخ ا ه ط. قلت: قد صرح في الخانية والقنية بأنه بيع باطل، وبه يتأيد ما بحثه في شرح المنار، وكثيرا ما يطلقون الفاسد على الباطل كما ستعرفه في بابه، لكن يرد على بطلانه أنهما لو أجازاه جاز، والباطل لا تلحقه الإجازة، وأن الباطل ما ليس منعقد أصلا، والفاسد ما كان منعقدا بأصله لا بوصفه، وهذا منعقد بأصله لأنه مبادلة مال بمال دون وصفه، ولذلك أجاب بعض العلماء بحمل ما في الخانية على أن المراد بالبطلان الفساد كما في حاشية الحموي وتماهه فيها. قلت: وهذا أولى لموافقته لما في كتب الاصول من أنه فاسد، وأما عدم إفادته الملك بالقبض فلكونه أشبه البيع بالخيار لهما، وليس كل فاسد يملك بالقبض، ولذا قال في الاشباه: إذا قبض المشتري المبيع فاسدا ملكه إلا في مسائل: الاولى: لا يملكه في بيع الهازل كما في الاصول. الثانية: لو اشتراه الاب مما له لابنه الصغير أو باعه له كذلك فاسدا لا يملكه بالقبض حتى يستعمله، كذا في المحيط. الثالثة: لو كان مقبوضا في يد المشتري أمانة لا يملكه به اه. وذكر

[12]

الشارح مسألة بيع الهزل قبيل الكفالة وذكرها المصنف متنا في الاكراه. قوله: (ويرد على التعريفين) أي تعريفي الايجاب والقبول، حيث قيد الايجاب بكونه أولا والقبول بكونه ثانيا ط. قوله: (لكن في القهستاني الخ) ومثله في التجنيس لصاحب الهداية. قوله: (كما قالوا في السلام) أي لو رد على المسلم مع السلام فلا بد من الاعادة. قوله: (وعلى الاول) أي ويرد على التعريف الاول حيث قيد بكونه أولا، والمعتبر في التكرار هو الثاني. والجواب أن الايجاب الاول لما يطل صار الثاني أولا في التحقيق، على أن كلا من الايجابين أول بالنسبة إلى القبول. أفاده ط. قوله: (تكرار الايجاب) أي قبل القبول. قوله: (مبطل للاول) وينصرف القبول إلى الايجاب الثاني، ويكون بيعا بالثمن الاول. بحر. وصوابه بالثمن الثاني كما هو ظاهر، ويعلم مما يأتي. قوله: (إلا في عتق وطلاق على مال) لم يذكر في الاشباه الطلاق بل ذكره في البحر. وقد اعترض البيري على الاشباه حيث اقتصر على العتق مع أن الولوالجي ذكر الطلاق أيضا، وذكر أنه روي عن أبي يوسف أنهما كالبيع، وأن ما روي عن محمد أصح ا ه. وفي البيري أيضا عن الذخيرة قال لغيره بعثك هذا بألف درهم، ثم قال: بعثك بمائة دينار، فقال المشتري: قبلت، انصرف قبوله إلى الايجاب الثاني ويكون بيعا بمائة دينار، بخلاف ما لو قال لعبيده: أنت حر على ألف درهم، أنت حر على مائة دينار، فقال العبد قبلت، لزمه الملالن، والفرق أن الايجاب الثاني رجوع عن الايجاب الاول ورجوع البائع قبل قبول المشتري عامل، ألا ترى أنه لو قال: رجعت عن ذلك قبل قبول المشتري يعمل رجوعه، وإذا عمل رجوعه بطل الايجاب الاول وانصرف القبول إلى الايجاب الثاني. أما رجوع المولى عن إيجاب العتق ليس بعامل، ألا ترى أنه لو قال رجعت عن ذلك لا يعمل رجوعه، لأن إيجاب العتق بالمال تعليق بالقبول والرجوع في التعليقات لا يعمل، فبقي كل من الايجاب الاول والثاني فانصرف القبول إليهما ا ه. قوله: (وسيجيئ في الصلح) قال الشرح هناك: والاصل أن كل عقد أعيد فالثاني باطل، إلا في الكفالة والشراء والإجازة ا ه. وفيه أن هذا وما في النظم من تكرار العقد والكلام في تكرار الايجاب كما لا يخفى ا ه ح: أي لأن العقد اسم لمجموع الايجاب والقبول، وتكراره غير تكرار الايجاب الذي كلامه فيه. قوله: (وكل عقد بعد عقد جددا الخ) في التارخانية قال: بعثك عبيدي هذا بألف درهم بعثك بمائة دينار فقال المشتري: قبلت. ينصرف إلى الايجاب الثاني، ويكون بيعا بمائة دينار ولو قال: بعثك هذا العبد بألف درهم وقبل المشتري ثم قال بعته منك بمائة دينار في المجلس أو في مجلس آخر وقال المشتري: اشتريت، ينعقد الثاني وينفسخ الاول، وكذا لو باعه بجنس الثمن الاول بأقل أو بأكثر نحو أن يبيعه منه بعشرة ثم باعه بتسعة أو بأحد عشر، فإن باع بعشرة لا ينعقد الثاني ويبقى الاول بحاله ا ه، فهذا مثال لتكرار الايجاب فقط ومثال لتكرار العقد. قوله: (فأبطل الثاني) أي إذا كان يمثل الثمن الاول كما

[13]

علمت لانه سدى: أي لا فائدة فيه. قوله: (فالصلح بعد الصلح أضحى باطلا) هذا إذا كان الصلح على سبيل الاسقاط، أما إذا كان الصلح على عوض ثم اصطلاحا على عوض آخر، فالثاني هو الجائز، وينسخ الاول كالبيع، يبري عن الخلاصة عن المنتقى. قلت: الظاهر أن الصلح على سبيل الاسقاط بمعنى البراء، وبطلان الثاني ظاهر، ولكنه بعيد الارادة هنا، فالمناسب حمل الصلح على المتبادر منه، ويكون المراد به ما إذا كان يمثل العوض الاول بقرينة قوله كالبيع، وعليه فالظاهر أن حكمه كالبيع في التفصيل المار فيه. قوله: (كذا النكاح) أي فالثاني: باطل، فلا يلزمه المهر المسمى فيه إلا إذا جدد للزيادة فه المهر كما في القنية، بحر. قلت: ولكن قدما في أوائل باب المهر عن البرازية أن عدم اللزوم إذا جدد العقد للاحتياط، وقدما أيضا عن الكافي لو تزوجها في السر بألف ثم في العلانية بألفين ظاهر المنصوص في الاصل أنه يلزمه عنده الالفان، ويكون زيادة في المهر، وعند أبي يوسف: المهر هو الاول، إذ العقد الثاني لغو فيلغو من فيه، وعند الامام أن الثاني وإن لغا لا يلغو ما فيه من الزيادة ا هـ. وذكر في الفتح هناك أن هذا إذا لم يشهد على أن الثاني هزل، وإلا فلا خلاف في اعتبار الاول، ثم ذكر أن بعضهم اعتبر ما في العقد الثاني فقط، وبعضهم أوجب كلا المهرين، وأن قاضيخان أفتى بأنه لا يجب بالعقد الثاني شئ ما لم يقصد به الزيادة في المهر، ثم وفق بينه وبين إطلاق الجمهور للزوم بحمل كلامه على أنه لا يلزمه ديانة في نفس الامر إلا يقصد الزيادة، بل يلزمه قضاء لانه يؤخذ بظاهر لفظه إلا أن يشهد على الهزل ا هـ. والحاصل: اعتماد قول الامام الذي هو ظاهر المنصوص من لزوم الزيادة، وحينئذ فمعنى كون الثاني لغوا أنه لا ينسخ الاول به. قوله: (ما عدا مسائل) استثناء من قوله: فأبطل الثاني. قوله: (منها الشراء بعد الشراء) يقصر الشراء الاول للنظم. قال في الاشباه: أطلقه في جامع الفصولين، وقيد في ال القنية بأن يكون الثاني أكثر ثمنًا من الاول أو أقل أو بجنس آخر، وإلا فلا يصح ا هـ. قلت: فعلى ما في القنية لا فرق بين الشراء والبيع، ولذا أطلق العقد في البحر حيث قال: وإذا تعدد الايجاب والقبول انعقد الثاني وانسخ الاول إن كان الثاني بأزيد من الاول أو أنقص، وإن كان مثله لم ينسخ الاول. واختلفوا فيما إذا كان الثاني فاسدا هل يتضمن فسخ الاول ا هـ. قال في النهر: ومقتضى النظر أن الاول لا ينسخ ا هـ. لكن جزم في جامع الفصولين والبرازية بأنه ينسخ، وكذا قال في الذخيرة: إن الثاني وإن كان فاسدا فإنه يتضمن فسخ الاول، كما لو اشترى قلب فضة وزنه عشرة وعشرة وتقابضا ثم اشتراه منه بتسعة. وعلله البرازي بأن الفاسد ملحق بالصحيح في كثير من الاحكام ا هـ. رملي ملخصا. قوله: (كذا كفالة) قال في الخانية: الكفيل بالنفس إذا أعطى الطالب كفيلًا بنفسه فمات الاصيل برئ الكفيلان، وكذا لو مات الكفيل الاول برئ الكفيل الثاني، كذا ذكره بعض الافاضل. قال: وأشار بجواز تعددها إلى أن المكفول له لو أخذ من الاصيل كفيلًا

آخر بعد الاول لم يبرأ الاول، كذا في حاشية السيد أبي السعود على الاشباه. تنبيه: زاد في الاشباه إن الاجارة بعد الاجارة من المستاجر الاول فسخ للاولى كما في البرازية. وقال البحر: وينبغي أن المدة إذا اتحدت فيهما واتحد الاجران لا تصح الثانية كالبيع. قوله: (إذ المراد الخ) تعليل لعدم بطلان الكفالة الثانية بأن المراد منها الحقيقة إذا أي حين كررت إنما هو زيادة التوثق بأخذ كفيل آخر، حتى يتمكن من مطالبة أيهما أراد. قوله: (وهما عبارة الخ) أي الايجاب والقبول معبر بهما عن كل لفظين الخ. قال الزيلعي: وينعقد بكل لفظ ينبي عن التحقيق كبعث واشترت ورضيت أو أعطيتك أو خذه بكذا ا هـ. أو كل هذا الطعام بدرهم لي عليك فأكله ونحو ذلك من الافعال كما قدمناه عن الفتح قبل ورفعتين، وينعقد ببيع معلق بفعل قلب كأن أردت فقال: أردت أو إن أعجبك أو وافقك فقال: أعجبتني أو وافقني، وأما إن أدبت إلي الثمن فقد بعثك، فإن أدى في المجلس صح ويصح الايجاب بلفظ الهبة واشتركتك فيه وأدخلتك فيه، وينعقد بلفظ الرد، بحر عن التتارخانية. قلت: وعبارتها: ولو قال أرد عليك هذه الامة بخمسين دينارا وقبل الآخر ثبت البيع ا هـ. وفي البحر: ويصح الايجاب بلفظ الجعل كقوله: جعلت لك هذا بألف، وتمامه فيه. قلت: وفي عرفنا يسمى بيع الثمار على الاشجار ضمانا، فإذا قال: ضمنك هذه الثمار بكذا وقبل الآخر ينبغي أن يصح، وكذا تعارفوا في بيع أحد الشريكين في الدواب لشريكه الآخر لفظ المقاصرة، فيقول قاصرتك بكذا ومراده بعثك حصتي من هذه الدابة بكذا، فإذا قيل الآخر صح لانها من ألفاظ التمليك عرفا. تنبيه: ظاهر قوله على لفظين أنه لا ينعقد بالاشارة بالرأس، ويدل عليه ما في الحاوي الزاهدي في فصل البيع الموقوف: فضولي باع مال غيره فبلغه

فسكت متأمفقال ثالث هل أذنت لي في الاجازة؟ فقال: نعم، فأجازه بنفذه، ولو حرك رأسينعم فلا، لان تحريك الرأس في حق الناطق لا يعتبر ا هـ. لكن قد يقال إذا قال: بعني كذا فأشار برأسه نعم، فقال الآخر: اشتريت وحصل التسليم بالتراضي يكون بيعا بالتعاطي، بخلاف ما إذا لم يحصل التسليم من أحد الجانبين

[15]

على ما يأتي من بيع التعاطي أنه لا بد من وجوده ولو من أحدهما، هذا ما ظهر لي. وفي الاشباه من أحكام الإشارة: وإن لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر إشارته إلا في أربع: الكفر، والاسلام، والنسب، والافتاء الخ. قوله: (أو حالين) بتخفيف اللام. قوله: (لا يحتاج الاول) وهو الصادر بلفظين ماضيين. ط عن المنع، وكذا الماضي فيما لو كانا مختلفين. قوله: (بخلاف الثاني) فإنه يحتاج إليها وإن كان حقيقة للحال عندنا على الاصح لغلبة استعماله في الاستقبال حقيقة أو مجازا. بحر عن البدائع. قوله: (والا لا) صادق بما إذا نوى الاستقبال أو لم ينو شيئا ط. قوله: (للحال) أي ولا يستعملونه للوعد والاستقبال ط. قوله: (فكالماضي) فلا يحتاج إلى النية، بحر ط. قوله: (وكابيعك الآن) عطف على المستثنى ا هـ ح. وهذا أولى بالحكم لانه إذا علمت نية الحال فالتصريح به أولى ط. قوله: (وأما المتمحض للاستقبال) كالمقرون بالسين وسوف ط. قوله: (فكالامر) بأن قال المشتري: بعني هذا الثوب بكذا فيقول: بعته، أو يقول البائع اشتره مني بكذا، فيقول: اشتريته. قوله: (لا يصح أصلا) أي سواء نوى بذلك الحال أو لا، لكون الامر متمحضا للاستقبال، وكذا المضارع المقرون بالسين أو سوف. قوله: (كخذه بكذا الخ) قال في الفتح: فإنه وإن كان مستقبلا لكن خصوص مادته: أعني الامر بالاخذ يستدعي سابقة البيع، فكان كالماضي، إلا أن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذ سبقه بطريق الاقتضاء، فهو كما إذا قال: بعتك عيدي هذا بألف فقال: فهو حر عتي، ويثبت باشتريت اقتضاء، بخلاف ما لو قال: هو حر بلا فاء لا يعتق. قوله: (كوجه وفرج) بأن قال: بعتك وجه هذا العبد أو فرج هذه الأمة، لانه مما يعبر به عن الكل. قوله: (وكل ما دل الخ) تفصيل لقوله وهما عبارتان عن كل لفظين الخ. قوله: (قبول) خبر قوله: وكل وظاهره أنه قبول سواء كان من البائع أو المشتري، وأنه لا يكون إيجابا مع أنه يكون من البائع فقط كما نبه عليه بقوله، ولكن في الولوالجية: ويكون إيجابا أيضا، قال في البحر: لو قال أتبيعني عبدك هذا بألف فقال: نعم، فقال: أخذته فهو بيع لازم، فوفقت كلمة نعم إيجابا، وكذا تقع قبولا فيما لو قال: اشتريت منك هذا بألف فقال: نعم، ا هـ. ونحوه في الفتح. قوله: (لكن في الولوالجية الخ) ومثله ما في التتارخانية بعته منك هذا بألف فقال المشتري: قد فعلت، فهذا بيع، ولو قال: نعم لا يكون بيعا. وذكر في فتاوى سمرقندي أن من قال لغيره: اشتريت عبدك هذا بألف درهم فقال البائع: قد

[16]

فعلت، أو قال: نعم، أو قال: هات الثمن صح البيع وهو الاصح اهـ. فهذا أيضا صريح في أنه لا يكون قبولا من المشتري. قوله: (لانه ليس بتحقيق) لان قول المشتري نعم تصديق لقول البائع بعتك، ولا يتحقق البيع بمجرد قوله: بعتك، بخلاف قول البائع: نعم بعد قول المشتري اشتريت، لانه جواب له فكأنه قال: نعم اشتريت مني، والشراء يتوقف على سبق البيع، هذا ما ظهر لي فتأمل، قوله: (وفي الفنية الخ) استدراك أيضا على المتن بأنه يكون إيجابا أيضا كما نبهنا عليه، وعبارتها كما في البحر: كهل بعته مني بكذا أو هل اشتريت مني بكذا الخ، وظاهره أن نقد الثمن قائم مقام القبول، لان نعم بعد الاستفهام إيجاب فقط، فكان النقد بمنزلة قوله: أخذته أو رضيت، ولا يشترط في القبول أن يكون قبولا كما نقلناه سابقا عن الفتح. قوله: (ولو قال بعته الخ) المناسب ذكر هذا الفرع عقب قوله الآتي: إلا إذا كان بكتابة أو رسالة ووجه الجواز ما نقل عن المحيط أنه حين قال: بلغه فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ، فكل من بلغه التبليغ برضاه، فإن قبل صح البيع. قوله: (ولا يتوقف) أي بل يبطل ح. قوله: (شطر العقد) المراد به الإيجاب الصادر أولا. قوله: (فيه) أي البيع احتراز عن الخلع والعتيق كما يأتي. قوله: (فبلغه) أي من غير أن يأمر أحدا بتبليغه كما في الخلاصة، أما لو أمر أحدا به فبلغه وقبل يصح، ولو كان المبلغ غير المأمور كما مر آنفا. قوله: (إلا إذا كان بكتابة أو رسالة) صورة الكتابة أن يكتب: أما بعد، فقد بعته عيدي

فلانا منك بكذا، فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك: اشتريت، تم البيع بينهما .
وصورة الارسال: أن يرسل رسولا فيقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم
فاذهب يا فلان وقل له، فذهب الرسول فأخبره بما قال فقبل المشتري في مجلسه
ذلك. وفي النهاية: وكذا هذا في الاجارة والهبة والكتابة. بحر. قلت: ويكون بالكتابة من
الجانبين، فإذا كتب اشتريت عبدك فلانا بكذا فكتب إليه البائع قد بعت فهذا بيع كما
في التارخانية. قوله: (فيعتبر مجلس بلوغها) أي بلوغ الرسالة أو الكتابة. قال في
الهداية: والكتابة كالخطاب، وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتابة وأداء
الرسالة اه. وفي غاية البيان: وقال شمس الاثمة السرخسي في كتاب النكاح من
مبسوطه: كما ينقد النكاح بالكتابة ينقد البيع وسائر التصرفات بالكتابة أيضا. وذكر
شيخ الاسلام جواهر زاده في مبسوطه: الكتاب والخطاب سواء إلا في فصل واحد،
وهو أنه لو كان حاضرا فخطبها بالنكاح فلم تجب في مجلس الخطاب، ثم أجابت في
مجلس آخر، فإن النكاح لا يصح. وفي الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب

[17]

ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه ثم زوجت نفسها
في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب يصح النكاح، لان
الغائب إنما صار خاطبا لها بالكتاب، والكتاب باق في المجلس الثاني فصار بقاء الكتاب
في مجلسه وقد سمع الشهود ما فيه في المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرر الخطاب
من الحاضر في مجلس آخر، فأما إذا كان حاضرا لها فإنما صار خاطبا بالكلام، وما وجد
من الكلام لا يبقى إلى المجلس الثاني، وإنما سمع الشهود في المجلس الثاني أحد
شطري العقد اه. وحاصله: أن قوله: تزوجتك بكذا إذا لم يوجد قبول يكون مجرد خطبة
منه لها، فإذا قبلت في مجلس آخر لا يصح، بخلاف ما لو كتب ذلك إليها لأنها لما قرأت
الكتاب ثانيا وفيه قوله: تزوجتك بكذا، وقبلت عند الشهود صح العقد، كما لو خطبها به
ثانيا، وظاهره أن البيع كذلك، وهو خلاف ظاهر الهداية، فتأمل. ثم لا يخفى أن قراءة
الكتاب صارت بمنزلة الايجاب من الكاتب، فإذا قبل المكتوب إليه في المجلس فقد صدر
الايجاب والقبول في مجلس واحد، فلا حاجة إلى قوله إلا إذا كان بكتابة أو رسالة، نعم
بالنظر إلى مجلس الكتابة يصح، فإنه لما كتب بعثك لم يلغ بل توقف على القبول، وإن
كان ذلك القبول متوقفا على قراءة الكتاب، فافهم. قوله: (فله الرجوع) ليس المراد أن
الموجب له الرجوع في هذه الصورة، فإن الايجاب إذا كان باطلا فلا معنى للرجوع عنه،
بل المراد أن الموجب له الرجوع قبل قبول الحاضر. قال في المنح: ثم في كل موضع لا
يتوقف شطر العقد، فإنه يجوز من العاقد الرجوع عنه، ولا يجوز تعليقه بالشرط لانه
عقد معاوضة، وفي كل موضع يتوقف كالخلع والعق على مال لا يصح الرجوع، ويصح
التعليق بالشرط لكونه يمينا من جانب الزوج والمولى معاوضة من جانب الزوجة والعبد
اه. ح. قوله: (لانه يمينا) أي من جانب الزوج والمولى، وذلك أن اليمين بغير الله تعالى
ذكر الشرط والجزاء والخلع والعق تعليق الطلاق والعق بقبول المرأة والعبد، وهما من
جانب المرأة والعبد معاوضة، فحيث كان يمينا من جانب الزوج والمولى امتنع الرجوع،
وتمامه في العزيمة. قوله: (أما الفعل) عطف على قوله وأما القول: قوله: (وهو تناول
قاموس) قال في البحر: وهكذا في الصحاح والمصباح، وهو إنما يقتضي الاعطاء من
جانب والاخذ من جانب لا الاعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسي: أي حيث قال:
إن حقيقة التعاطي وضع الثمن، وأخذ المثل عن تراض منهما من غير لفظ، وهو يفيد
أنه لا بد من الاعطاء من الجانبين لانه من المعاوضة وهي مفاعلة اه. قلت: وقوله من
غير لفظ يفيد ما قدمناه عن الفتح من أنه لو قال: بعثك بألف فقبضه المشتري ولم
يقبل شيئا كان قبضه قبولا وليس من بيع التعاطي، خلافا لمن جعله منه، فإن التعاطي
ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن. قوله: (في خسيس ونفيس) النفيس ما
كثر ثمنه كالعبد، والخسيس ما قل ثمنه كالخبز. ومنهم من حد النفيس بنصاب
السرقه فأكثر، والخسيس بما دونه، والاطلاق هو المعتمد. ط عن البحر .

[18]

قلت: ليس في البحر قوله: والاطلاق هو المعتمد. نعم ذكره في شمول
التعاطي للخسيس والنفيس، فقال: وهو الصحيح المعتمد. قوله: (خلافا للكرخي)
فإنه قال: لا ينقد إلا الخسيس. ط عن القهستاني. وما في الحاوي القدسي من أن

هذا هو المشهور فهو خلاف المشهور كما في البحر. قوله: (ولو التعاطي من أحد الجانبين (صورته أن يتفقا على الثمن ثم يأخذ المشتري المتاع، ويذهب برضا صاحبه من غير دفع الثمن، أو يدفع المشتري الثمن للبائع ثم يذهب من غير تسليم المبيع، فإن البيع لازم علي الصحيح، حتى لو امتنع أحدهما بعده أجبره القاضي، وهذا فيما ثمنه غير معلوم. أما الخبز واللحم فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن. ذكره في البحر. والمراد في صورة دفع الثمن فقط أن المبيع موجود معلوم، لكن المشتري دفع ثمنه ولم يقبضه ط. وفي القنية: دفع إلى بائع الحنطة خمسة دنانير ليأخذ منه حنطة وقال له: بكم تباعها؟ فقال: مائة دينار، فسكت المشتري، ثم طلب منه الحنطة ليأخذها فقال البائع: غدا أدفع لك ولم يجر بينهما بيع، وذهب المشتري فجاء غدا ليأخذ الحنطة وقد تغير السعر، فعلى البائع أن يدفعها بالسعر الأول. وقال رضي الله عنه: وفي هذه الواقعة أربع مسائل: إحداها الانعقاد بالتعاطي: الثانية الانعقاد في الخسيس والنفيس، وهو الصحيح. الثالثة: الانعقاد به من جانب واحد، الرابعة: كما ينعقد بإعطاء المبيع ينعقد بإعطاء الثمن أ هـ. قلت: وفيها مسألة خامسة: أنه ينعقد به ولو تأخرت معرفة المثلث لكون دفع الثمن قبل معرفته. بحر. قوله: (لم ينعقد) أي وإن كان يعلم عادة السوق أن البائع إذا لم يرض برد الثمن أو يسترد المتاع وإلا يكون راضيا به، ويصح خلفه لا أعطيها تطييبا لقلب المشتري فإنه مع هذا لا يصح البيع، قنية. مطلب: البيع بالتعاطي قوله: (كما لو كان) أي البيع بالتعاطي بعد عقد فاسد، وعبرة الخلاصة: اشترى رجل من وسائدي وسائد ووجه الطنافس، وهي غير منسوجة بعد ولم يضربا له أجلا لم يجر، فلو نسج الوسائد ووجه الطنافس وسلم إلى المشتري لا يصير هذا بيعا بالتعاطي لانهما يسلمان بحكم ذلك البيع السابق وأنه وقع باطلا أ هـ. وعبرة البزازية: والتعاطي إنما يكون بيعا إذا لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل سابق، أما إذا كان بناء عليه فلا أ هـ. قوله: (لا ينعقد بهما البيع قبل متاركة الفاسد) يتفرع عليه ما في الخانية: لو اشترى ثوبا شراء فاسدا ثم لقيه غدا فقال: قد بعثني ثوبك هذا بألف درهم فقال: بلى، فقال: قد أخذته فهو باطل، وهذا على ما كان قبله من البيع الفاسد، فإن كانا تاركا البيع الفاسد فهو جائز اليوم أ هـ. قلت: لكن في النهاية والفتح وغيرهما عند قول الهداية: ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم الخ: البيع بالرقم فاسد، لأن فيه زيادة جهالة تمكنت في صلب العقد وهي جهالة الثمن برقم لا يعلمه المشتري فصار بمنزلة القمار. وعن هذا قال شمس الأئمة الحلواني: وإن علم بالرقم في

المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزا، ولكن إن كان البائع دائما على الرضا فرضي به المشتري ينعقد بينهما عقد بالتراضي أ هـ. وعبر في الفتح بالتعاطي، والمراد واحد، وسيأتي أيضا في باب البيع الفاسد أن بيع الأبق لا يصح، وأنه لو باعه ثم عاد وسلمه يتم البيع في رواية، وظاهر الرواية أنه لا يتم. قال في البحر هناك: وأولوا الرواية الأولى بأنه ينعقد بيعا بالتعاطي أ هـ. وظاهر هذا عدم اشتراط متاركة الفاسد، وقد يجاب على بعد بحمل الاشتراط على ما إذا كان التعاطي بعد المجلس أما فيه فلا يشترط كما هنا، والفرق أنه بعد المجلس يتقرر الفساد من كل وجه فلا بد من المتاركة أما في المجلس، فلا يتقرر من كل وجه فتحصل المتاركة ضمنا. تأمل. ويحتمل وهو الظاهر أن يكون في المسألة قولان، وانظر ما يأتي عند قوله: وفسد في الكل في بيع ثلة الخ هذا، وما ذكره عن الحلواني في البيع بالرقم جزم بخلافة في الهندية آخر باب المراجعة، وذكر أن العلم في المجلس يجعل كابتداء العقد، ويصير كتأخير القبول إلى آخر المجلس، وبه جزم في الفتح هناك أيضا. قوله: (ففي بيع التعاطي بالأولى الخ) مأخوذ عن البحر حيث قال: ففي بيع التعاطي بالأولى، وهو صريح الخلاصة. والبزازية: إن التعاطي بعد عقد فاسد أو باطل لا ينعقد به البيع، لأنه بناء على السابق وهو محمول على ما ذكرناه أ هـ. وقوله على ما ذكرناه: أي من أن عدم الانعقاد قبل متاركة الأول وهو معنى قول الشارح، فيحمل ما في الخلاصة وغيرها على ذلك، ومراده بما في الخلاصة ما قدمه من قوله كما لو كان بعد عقد فاسد، ونقلنا عبارتها وعبرة البزازية، وليس فيها التقييد بما قبل متاركة الأول، فقيده الشارح به تبعا للبحر لئلا يخالف كلام غيرها، فافهم. قوله: (وتمامه في الأشباه من الفوائد) أي في آخر الفن الثالث، وليس فيه زيادة على أصل المسألة، فلعلة أراد ما كتب على الأشباه في ذلك الموضع أو ما أشبه هذه المسألة مما تفرع على الأصل المذكور. قوله: (إذا بطل المتضمن) بالكسر بطل المتضمن ب الفتح، فإنه لما بطل البيع الأول بطل ما تضمنه من القبض إذا كان قبل المتاركة. قال ح: وهو بدل من الفوائد بدل

بعض من كل اه ط. وفي هذه القاعدة بحث سنذكره عند الكلام على بيع الثمرة البارزة. قوله: (فتحرر ثلاثة أقوال (هذا الاختلاف نشأ من كلام الامام محمد، فإنه ذكر بيع التعاطي في مواضع، فصوره في موضع بالاعطاء من الجانبين، ففهم منه البعض أنه شرط وصوره في موضع بالاعطاء من أحدهما، ففهم البعض أنه يكتفي به، وصوره في موضع بتسليم المبيع، ففهم البعض أن تسليم الثمن لا يكفي. بحر عن الذخيرة ط. قوله: (وحررنا في شرح الملتقى الخ) عبارته عن البزاية: الاقالة تنعقد بالتعاطي أيضا من أحد الجانبين على الصحيح اه. وكذا الاجارة كما في العمادية، وكذا الصرف كما في النهر مستدلا عليه

[20]

بما في التارخانية: اشترى عبدا بألف درهم على أن المشتري بالخيار، فأعطاه مائة دينار ثم فسخ البيع، فعلى قول الامام: الصرف جائز ويرد الدراهم، وعلى قول أبي يوسف: الصرف باطل، وهي فائدة حسنة لم أر من نبه عليها ا ه. تتمه: طالب مديونه فبعث إليه شعيرا قدرا معلوما وقال: خذ بسعر البلد والسعر لهما معلوم كان بيعا، وإن لم يعلماه فلا. ومن بيع التعاطي تسليم المشتري ما اشتراه إلى من يطلبه بالشفعة في موضع لا شفعة فيه، وكذا تسليم الوكيل بالشراء إلى الموكل بعدما أنكر التوكيل. ومنه حكما ما إذا جاء المودع بأمة غير المودعة، وحلف حل للمودع وطؤها وكان بيعا بالتعاطي. وعن أبي يوسف: لو قال للخياط ليست هذه بطانتي فحلف الخياط أنها هي وسعه أخذها، وينبغي تقييده بما إذا كانت العين للدافع ومنه لو ردها بخيار عيب والبائع متيقن أنها ليست له فأخذها ورضي بها كما في الفتح، وعلى هذا فلا بد من الرضا في جارية الوديعة والبطانة، وتاممه في البحر. قوله: (ما يستجره الانسان الخ) ذكر في البحر أن من شرائط المعقود عليه أن يكون موجودا، فلم ينعقد بيع المعدم. ثم قال: ومما تسامحوا فيه وأخرجوه عن هذه القاعدة ما في القنية: الاشياء التي تؤخذ من البائع على وجه الخرج كما هو العادة من غير بيع كالعدس والملح والزيت ونحوها ثم اشتراها بعدما انعدمت صح ا ه. فيجوز بيع المعدم هنا ا ه. وقال بعض الفضلاء: ليس هذا بيع معدوم، إنما هو من باب ضمان المتلفات بإذن مالكها عرفا تسهila للامر ودفعاً للحرج كما هو العادة، وفيه أن الضمان بالأذن مما لا يعرف في كلام الفقهاء، حموي. وفيه أيضا أن ضمان المثليات بالمثل لا بالقيمة، والقيميات بالقيمة لا بالثمن ط. قلت: كل هذا قياس، وقد علمت أن المسألة استحسان ويمكن تخريجها على فرض الاعيان، ويكون ضمانها بالثمن استحسانا، وكذا حل الانتفاع في الاشياء القيمية، لأن قرضها فاسد لا يحل الانتفاع به، وإن ملكك بالقبض وخرجها في النهر على كون المأخوذ من العدس ونحوه بيعا بالتعاطي، وأنه لا يحتاج في مثله إلى بيان الثمن لأنه معلوم ا ه. واعترضه الحموي بأن أثمان هذه تختلف فيفضي إلى المنازعة ا ه. قلت: ما في النهر مبنى على أن الثمن معلوم، لكنه على هذا لا يكون من بيع المعدم، بل كلما أخذ شيئا انعقد بيعا بثمنه المعلوم. قال في الولوالجية: دفع دراهم إلى خباز فقال: اشترت منك مائة من من خبز وجعل يأخذ كل يوم خمسة أمناء فالبيع فاسد، وما أكل فهو مكروه، لأنه اشترى خبزا غير مشار إليه، فكان المبيع مجهولا. ولو أعطاه الدراهم وجعل يأخذ منه كل يوم خمسة أمناء ولم يقل في الابتداء اشترت منك يجوز، وهذا حلال، وأن كان نيته وقت الدفع والشراء، لأنه بمجرد النية لا ينعقد البيع، وإنما ينعقد البيع الآن بالتعاطي والآن المبيع معلوم فينعقد البيع صحيحا ا ه. قلت: ووجهه أن ثمن الخبز معلوم، فإذا انعقد بيعا بالتعاطي وقت الاخذ مع دفع الثمن قبله، فكذا إذا تأخر دفع الثمن بالاولى، وهذا ظاهر فيما كان ثمنه معلوما وقت الاخذ مثل الخبز واللحم: أما إذا كان ثمنه مجهولا فإنه وقت الاخذ لا ينعقد بيعا بالتعاطي لجهالة الثمن، فإذا تصرف فيه الآخذ وقد دفعه البائع برضاه بالدفع وبالتصرف فيه على وجه التعويض عنه لم ينعقد بيعا، وإن كان على

[21]

نية البيع لما علمت من أن البيع لا ينعقد بالنية، فيكون شبيه القرض المضمون بمثله أو بقيمته، فإذا توافقا على شئ بدل المثل أو القيمة برئت ذمة الآخذ، لكن يبقى الاشكال في جواز التصرف فيه إذا كان قيميا، فإن قرض القيمي لا يصح فيكون تصحيحه هنا استحسانا كقرض الخبز والخميرة ويمكن تخريجه على الهبة بشرط

العوض، أو على المقبوض على سوم الشراء. ثم رأيت في الاشباه في القول في ثمن المثل حيث قال: ومنها لو أخذ من الارز والعدس وما أشبهه، وقد كان دفع إليه دينارا مثلا لينفق عليه، ثم اختصما بعد ذلك في قيمته هل تعتبر قيمته يوم الاخذ أو يوم الخصومة؟ قال في التتمة: تعتبر يوم الاخذ، قيل له: لو لم يكن دفع إليه شيئا بل كان يأخذ منه على أن يدفع إليه ثمن ما يجتمع عنده. قال: يعتبر وقت الاخذ لانه سوم حين ذكر الثمن ا ه. قوله: (بيع البراءات) جمع براءة، وهي الاوراق التي يكتبها كذا ب الديوان على العاملين على البلاد بحظ كعطاء أو على الاكارين بقدر ما عليهم، وسميت براءة لانه يبرأ بدفع ما فيها ط. قوله: (بخلاف بيع حظوظ الائمة) بالحاء المهملة والطاء المشالة جمع حظ، بمعنى: النصيب المرتب له من الوقف: أي فإنه يجوز بيعه، وهذا مخالف لما في الصيرفية فإن مؤلفها سئل عن بيع الحظ فأجاب: لا يجوز. ط عن حاشية الاشباه. قلت: وعبرة الصيرفية هكذا: سئل عن بيع الخط قال: لا يجوز، لانه لا يخلو إما إن باع ما فيه أو عين الخط. لا وجه للاول لانه بيع ما ليس عنده، ولا وجه للثاني لان هذا القدر من الكاغد ليس متقوما، بخلاف البراءة، لان هذه الكاغدة متقومة ا ه. قلت: ومقتضاه أن الخط بالحاء المعجمة والطاء المهملة، وهذا لا يخالف ما ذكره الشارح، لان المراد بحظوظ الائمة ما كان قائما في يد المتولي من نحو خبز أو حنطة قد استحقه الامام وكلام الصيرفية فيما ليس بموجود. قوله: (ثمة) أي هناك: أي في مسألة بيع حظوظ الائمة، وأشار إليها بالبعد لان الكلام كان في بيع البراءات، ولذا أشار إليها بلفظ هنا. قوله: (من المشرف) أي المباشر الذي يتولى قبض الخبز. قوله: (بخلاف الجندي) أي إذا باع الشعير المعين لعلف دابته من حاشية السيد أبي السعود. مطلب في بيع الاسترجار قوله: (وتعقبه في النهر) أي تعقب ما ذكر من مسألة بيع الاسترجار وما بعده، حيث قال: أقول الظاهر أن ما في القنية ضعيف، لاتفاق كلمتهم على أن بيع المعدوم لا يصح، وكذا غير المملوك، وما المانع من أن يكون المأخوذ من العدس ونحوه بيعا بالتعاطي، ولا يحتاج في مثله إلى بيان الثمن لانه معلوم كما سيأتي. وحظ الامام لا يملك قبل القبض، فأني يصح بيعه، وكن على ذكر مما قاله ابن وهبان في كتاب الشرب ما في القنية: إذا كان مخالفا للقواعد لا التفات إليه ما لم يعضده نقل من غيره ا ه. وقدما الكلام على بيع الاسترجار. وأما بيع حظ الامام فالوجه ما ذكره من عدم صحة بيعه. ولا ينافي ذلك أنه لو مات يورث عنه لانه أجرة استحقتها، ولا يلزم من الاستحقاق الملك، كما قالوا في الغنيمة بعد إحرازها بدار الاسلام: فإنها حق تأكد بالاحراز، ولا

يحصل الملك فيها للغانمين إلا بعد القسمة، والحق المتأكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب، بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط كما في الفتح. وعن هذا بحث في البحر هناك بأنه ينبغي التفصيل في معلوم المستحق بأنه إن مات بعد خروج الغلة وإحراز الناظر لها قبل القسمة يورث نصيبه لتأكد الحق فيه كالغنيمة بعد الاحراز، وإن مات قبل ذلك لا يورث، لكن قدما هناك أن معلوم الامام له شبه الصلة وشبه الاجرة، والارجح الثاني، وعليه يتحقق الارث ولو قبل إحراز الناظر، ثم لا يخفى أنها لا تملك قبل قبضها فلا يصح بيعها. مطلب في بيع الجامكية قوله: (وأفتى المصنف الخ) تأييد لكلام النهر. وعبرة المصنف في فتاواه: سئل عن بيع الجامكية: وهو أن يكون لرجل جامكية في بيت المال، ويحتاج إلى دراهم معجلة قبل أن تخرج الجامكية فيقول له رجل بعطني جامكتك التي قدرها كذا بكذا أنقص من حقه في الجامكية فيقول له بعثك فهل البيع المذكور صحيح أم لا لكونه بيع الدين بنقد؟ أجاب إذا باع الدين من غير من هو عليه كما ذكر لا يصح. قال: مولانا في فوائده: وبيع الدين لا يجوز، ولو باعه من المديون أو وهبه ا ه. قوله: (وفيها) الظاهر أن الضمير للقنية، ويحتمل عوده لفتاوى المصنف المفهومة من أفتى، وأما ضمير وفيها الآتية فلاشبه ا ه ح. مطلب: لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة قوله: (لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة على الملك) قال في البدائع: الحقوق المفردة لا تحتل التملك ولا يجوز الصلح عنها. أقول: وكذا لا تضمن بالانقلاب. قال في شرح الزيادات للسرخسي: وإتلاف مجرد الحق لا يوجب الضمان، لان الاعتياض عن مجرد الحق باطل، إلا إذا فوت حقا مؤكدا، فإنه يلحق بتفويت حقيقة الملك في حق الضمان كحق المرتهن، ولذا لا يضمن بإتلاف شيء من الغنيمة أو وطئ جارية منها قبل الاحراز، لان الفأنت مجرد الحق وأنه غير مضمون وبعد الاحراز بدار الاسلام، ولو قبل القسمة يضمن لتفويت حقيقة الملك، ويجب عليه القيمة في قتله عبدا من الغنيمة بعد الاحراز في ثلاث سنين، يبري. وأراد بقوله لتفويت حقيقة الملك: الحق المؤكد، إذ لا تحصل حقيقة الملك إلا بعد القسمة كما

مر. قوله: (كحق الشفعة) قال في الاشباه: فلو صالح عنها بمال بطلت ورجع، ولو صالح المخيرة بمال لتختاره بطل ولا شيء لها، ولو صالح إحدى زوجتيه بمال لتترك نوبتها لم يلزم ولا شيء لها، وعلى هذا لا يجوز الاعتياض عن الوظائف في الاوقاف وخرج عنها حق القصاص. وملك النكاح وحق الرق فإنه يجوز الاعتياض عنها كما ذكره الزيلعي في الشفعة،

[23]

والكفيل بالنفس إذا صالح المكفول له بمال لا يصح ولا يجب، وفي بطلانها روايتان، وفي بيع حق المرور في الطريق روايتان، وكذا بيع الشرب إلا تبعاً هـ. مطلب في الاعتياض عن الوظائف والنزول عنها قوله: (وعلى هذا لا يجوز الاعتياض عن الوظائف بالاوقاف) من إمامة وخطابة وأذان وفراشة وبوابة، ولا على وجه البيع أيضاً، لأن بيع الحق لا يجوز كما في شرح الادب وغيره. وفي الذخيرة: أن أخذ الدار بالشفعة أمر عرف، بخلاف القياس فلا يظهر ثبوته في حق جواز الاعتياض عنه هـ. أقول: والحق في الوظيفة مثله والحكم واحد. بيري. قوله: (المذهب عدم اعتبار العرف الخاص) قال في المستصفي: التعامل العام: أي الشائع المستفيض، والعرف المشترك لا يصح الرجوع إليه مع التردد هـ. وفي محل آخر منه. ولا يصلح مقيداً، لأنه لما كان مشتركاً كان متعارضاً هـ. بيري. وفي الاشباه عن البزازية: وكذا أي تفسد الاجارة لو دفع إلى حائك غزلاً على أن ينسجه بالثلث، ومشايخ بلخ وخوارزم أفتوا بجواز اجارة الحائك للعرف، وبه أفتى أبو علي النيسفي أيضاً، والفتوى على جواب الكتاب، لأنه منصوص عليه فيلزم إبطال النص هـ. فأفاد أن عدم اعتباره بمعنى أنه إذا وجد النص، بخلافه لا يصلح ناسخاً للنص، ولا مقيداً له، وإلا فقد اعتبروه في مواضع كثيرة منها مسائل الايمان، وكل عاقد وواقف وحالف يحمل كلامه على عرفه، كما ذكره ابن الهمام. وأفاد ما مر أيضاً أن العرف العام يصلح مقيداً، ولذا نقل البيري في مسألة الحائك المذكورة: قال السيد الشهيد: لا نأخذ باستحسان مشايخ بلخ، بل نأخذ بقول أصحابنا المتقدمين، لأن التعامل في بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن على الاستمرار من الصدر الاول، فيكون ذلك دليلاً على تقرير النبي عليه الصلاة والسلام إياهم على ذلك، فيكون شرعاً منه، فإذا لم يكن كذلك لا يكون فعلهم حجة إلا إذا كان كذلك من الناس كافة في البلدان كلها فيكون إجماعاً، والاجماع حجة، ألا ترى أنهم لو تعاملوا على بيع الخمر والربا لا يفتى بالحل هـ. قلت: وبه ظهر الفرق بين العرف الخاص والعام، وتام الكلام على هذه المسألة مبسوط في رسالتنا المسماة: بنشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف. مطلب في النزول عن الوظائف بمال قوله: (وعليه فيفتى بجواز النزول عن الوظائف بما) قال العلامة العيني في فتاواه: ليس للنزول شيء يعتمد عليه، ولكن العلماء والحكام مشوا ذلك للضرورة، واشتروا إمضاء الناظر لئلا يقع فيه نزاع هـ. ملخصاً من حاشية الاشباه للسيد أبي السعود. وذكر الحموي أن العيني ذكر في

[24]

شرح نظم درر البحار في باب القسم بين الزوجات: أنه سمع من بعض شيوخه الكبار أنه يمكن أن يحكم بصحة النزول عن الوظائف الدينية قياساً على ترك المرأة قسمها لصحتها، لأن كلا منهما مجرد إسقاط هـ. مطلب في العرف الخاص والعام وقلت: وقدمننا في الوقف عن البحر أن للمتولي عزل نفسه عند القاضي، وأن من العزل الفراغ لغيره عن وظيفة النظر أو غيره، وأنه لا ينزل بمجرد عزل نفسه، خلافاً للعلامة قاسم، بل لا بد من تقرير القاضي المفروغ له لو أهلاً، وأنه لا يلزم القاضي تقريره ولو أهلاً، وأنه جرى العرف بالفراغ بالdraهم، ولا يخفى ما فيه، فينبغي البراء العام بعده هـ: لما فيه من شبهة الاعتياض عن مجرد الحق، وقد مر أنه لا يجوز وليس فيما ذكر عن العيني جوازه، لكن قال الحموي: وقد استخرج شيخ مشايخنا نور الدين على المقدسي صحة الاعتياض عن ذلك في شرحه على نظم الكنز من فرع في مبسوط السرخسي، وهو أن العبد الموصى برفقته لشخص وبخدمته لآخر لو قطع طرفه أو شح موضحة فأدى الارش، فإن كانت الجناية تنقص الخدمة يشتري به عبد آخر يخدمه، أو يضم إليه ثمن العبد بعد بيعه فيشتري به عبد يقوم مقام الاول، فإن اختلفا في بيعه لم يبيع، وإن اختلفا على قسمة الارض بينهما نصفين فلهما ذلك، ولا

يكون ما يستوفيه الموصى له بالخدمة من الارض بدل الخدمة لانه لا يملك الاعتياض عنها، ولكنه إسقاط لحقه به، كما لو صالح موصى له بالرقبة على مال دفعه للموصى له بالخدمة ليسلم العبد له ا هـ. قال: فربما يشهد هذا النزول عن الوظائف بمال ا هـ. قال الحموي: فليحفظ هذا فإنه نفيس جدا ا هـ. وذكر نحوه البيهقي عند قول الاشباه: وينبغي أنه لو نزل له وقبض المبلغ، ثم أراد الرجوع عليه لا يملك ذلك، فقال: أي على وجه إسقاط الحق إلحاقا له بالوصية بالخدمة والصلح عن الالف على خمسمائة، فإنهم قالوا: يجوز أخذ العوض على وجه الاسقاط للحق، ولا ريب أن الفارغ يستحق المنزول به، استحقاقا خاصا بالتقرير ويؤيده ما في خزنة الاكمل: وإن مات العبد الموصى بخدمته بعد ما قبض الموصى له بدل الصلح فهو جائز ا هـ. ففيه دلالة على أنه لا رجوع على النازل، وهذا الوجه هو الذي يطمئن به القلب لقرينه ا هـ. كلام البيهقي. ثم استشكل ذلك بما مر من عدم جواز الصلح عن حق الشفعة والقسم، فإنه يمنع جواز أخذ العوض هنا، ثم قال: ولقائل أن يقول هذا حق جعله الشرع لدفع الضرر، وذلك حق فيه صلة ولا جامع بينهما فافترقا، وهو الذي يظهر اهـ. وحاصله: أن ثبوت حق الشفعة للشفيع وحق القسم للزوجة وكذا حق الخيار في النكاح للمخيرة إنما هو لدفع الضرر عن الشفيع والمرأة، وما ثبت لذلك لا يصح الصلح عنه، لأن صاحب الحق لما رضي علم أنه لا يتضرر بذلك فلا يستحق شيئا، أما حق الموصى له بالخدمة، فليس كذلك، بل ثبت له على وجه البر والصلة فيكون ثابتا له أصالة فيصح الصلح عنه إذا نزل عنه لغيره، ومثله ما مر عن الاشباه من حق القصاص والنكاح والرق حيث صح الاعتياض عنه، لانه ثابت لصاحبه أصالة لا على وجه رفع الضرر عن صاحبه، ولا يخفى أن صاحب الوظيفة ثبت له الحق فيه

بتقرير القاضي على وجه الاصل لا على وجه رفع الضرر، فإلحاقها بحق الموصى له بالخدمة، وحق القصاص وما بعده أولى من إلحاقها بحق الشفعة والقسم وهذا كلام وجه لا يخفى على نبيه، وبه اندفع ما ذكره بعض محشي الاشباه من أن المال الذي يأخذه النازل عن الوظيفة رشوة، وهي حرام بالنص، والعرف لا يعارض النص، وجه الدفع ما علمت من أنه صلح عن حق كما في نظائره، والرشوة لا تكون بحق. واستدل بعضهم للجواز بنزول سيدنا الحسن ابن سيدنا علي رضي الله تعالى عنهما، عن الخلافة لمعاوية على عوض، وهو ظاهر أيضا، وهذا أولى مما قدمناه في الوقف عن الخيرية من عدم الجواز، ومن أن للمفروغ له الرجوع بالبدل، بناء على أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص، وأنه لا يجوز الاعتياض عن مجرد الحق لما علمت من أن الجواز ليس مبني على اعتبار العرف الخاص، بلى على ما ذكرنا من نظائره الدالة عليه، وأن عدم جواز الاعتياض عن الحق ليس على إطلاقه. ورأيت بخط بعض العلماء عن المفتي أبي السعود أنه أفتى بجواز أخذ العوض في حق القرار والتصرف، وعدم صحة الرجوع. وبالجمله فالمسألة ظنية، والنظائر المتشابهة للبحث فيها مجال وإن كان الاظهر فيها ما قلنا، فالأولى ما قاله في البحر من أنه ينبغي الإبراء العام بعده، والله سبحانه وتعالى أعلم. تنبيه: ما قلنا في الفراغ عن الوظيفة يقال مثله في الفراغ عن حق التصرف في مشد مسكة الاراضي ويأتي بيانها قريبا، وكذا في فراغ الزعيم عن تيماره، ثم إذا فرغ عنه لغيره ولم يوجهه السلطان للمفروغ له بل أبقاه على الفراغ أو وجهه لغيرهما ينبغي أن يثبت الرجوع للمفروغ له على الفراغ ببدل الفراغ، لانه لم يرض بدفعه إلا بمقابلة ثبوت ذلك الحق له، لا بمجرد الفراغ وإن حصل لغيره، وبهذا أفتى في الاسماعيلية والحامدية وغيرهما، خلافا لما أفتى به بعضهم عن عدم الرجوع، لأن الفراغ فعل ما وسعه وقدرته، إذ لا يخفى أنه غير مقصود من الطرفين، ولا سيما إذا أبقى السلطان والقاضي التيمار أو الوظيفة على الفراغ فإنه يلزم اجتماع العوضين في تصرفه وهو خلاف قواعد الشرع فافهم، والله سبحانه وتعالى أعلم. مطلب في خلو الحوانيت قوله: (وبلزوم خلو الحوانيت) عبارة الاشباه: أقول على اعتباره: أي اعتبار العرف الخاص ينبغي أن يفتي بأن ما يقع في بعض أسواق القاهرة من خلو الحوانيت لازم، وبصير الخلو في الحانوت حقا له، فلا يملك صاحب الحانوت إخراجها منها ولا إجارتها لغيره ولو كانت وقفا، وقد وقع في حوانيت الجملون في الغورية أن السلطان الغوري لما بناها أسكنها للتجار بالخلو، وجعل لكل حانوت قدرا أخذه منهم وكتب ذلك بمكتوب الوقف ا هـ. وقد أعاد الشارح ذكر هذه المسألة قبيل كتاب الكفالة، ثم قال قلت: وأيده في زواهر الجواهر بما في واقعات الضريري: رجل في يده دكان فغاب فرفع المتولي أمره للقاضي، فأمره القاضي بفتحه وإجارتها، ففعل المتولي ذلك وحضر

الغائب فهو أولى بدكانه، وإن كان له خلو فهو أولى بخلوه أيضا، وله الخيار في ذلك، فإن شاء فسخ الاجارة وسكن في دكانه، وإن شاء أجازها ورجع بخلوه على المستأجر، ويؤمر المستأجر بأداء ذلك إن رضي به، وإلا يؤمر بالخروج من الدكان اهـ. بلفظه اهـ. لكن قال السيد الحمو أقول: ما نقل عن واقعات الضريبي من ذكر لفظة الخلو، فضلا عن أن يكون المراد بها ما هو المتعارف كذب، فإن الاثبات من النقلة كصاحب جامع الفصولين نقل عبارة الضريبي ولم يذكر فيها لفظ الخلو، وهذا وقد اشتهر نسبة مسألة الخلو إلى مذهب الامام مالك، والحال أنه ليس فيه نص عنه ولا عن أحد من أصحابه، حتى قال البدر القرافي من المالكية: إنه لم يقع في كلام الفقهاء التعرض لهذه المسألة وإنما فيها فتيا للعلامة ناصر الدين اللقاني المالكي بناها على العرف وخرجها عليه، وهو من أهل الترجيح فيعتبر تخريجه وإن نوزع فيه، وقد انتشرت فتياه في المشارق والمغرب وتلقاها علماء عصره بالقبول اهـ. قلت: ورأيت في فتاوى الكازروني عن العلامة اللقاني: أنه لو مات صاحب الخلو يوفى منه ديونه ويورث عنه وينتقل لبيت المال عند فقد الوارث اهـ. هذا، وقد استدل بعضهم على لزومه وصحة بيعه عندنا بما في الخانية: رجل باع سكنى له في حانوت لغيره فأخبر المشتري أن أجرة الحانوت كذا فظهر أنها أكثر من ذلك، قالوا: ليس له أن يرد السكنى بهذا العيب اهـ. وللعلامة الشرنبلالي رسالة رد فيها على هذا المستدل بأنه لم يفهم معنى السكنى، لان المراد بها عين مركبة في الحانوت وهي غير الخلو. ففي الخلاصة: اشترى سكنى حانوت في حانوت رجل مركبا وأخبره البائع أن أجرة الحانوت كذا فإذا هي أكثر ليس له أن يرد، وفي جامع الفصولين عن الذخيرة: شري سكنى في دكان وقف فقال المتولي: ما أذنت له: أي للبائع بوضعها فأمره: أي أمر المشتري بالرفع، فلو شرهه بشرط القرار يرجع على بائعه، وإلا فلا يرجع عليه بثمنه ولا بنقصانه اهـ. ثم نقل عن عدة كتب ما يدل على أن السكنى عين قائمة في الحانوت، ورد فيها أيضا على الاشباه بأن الخلو لم يقل به إلا متأخر من المالكية، حتى أفتى بضحة وقفه، ولزم منه أن أوقاف المسلمين صارت للكافرين، بسبب وقف خلوها على كنائسهم، وبأن عدم إخراج صاحب الحانوت لصاحب الخلو يلزم منه حجر الحر المكلف عن ملكه وإتلاف ماله، مع أن صاحب الخلو لا يعطي أجر المثل، وبأخذ هو في نظير خلوه قدرا كثيرا، بل لا يجوز هذا في الوقف. وقد نصوا على أن من سكن الوقف يلزمه أجر المثل، وفي ومنع الناظر من إخراجة تفويت نفع الوقف وتعطيل ما شرطه الواقف من إقامة شعائر مسجد ونحوها اهـ. ملخصا. مطلب في الكدك قلت: وما ذكره حق خصوصا في زماننا هذا، وأما ما يتمسك به صاحب الخلو من أن اشترى خلوه بمال كثير، وأنه بهذا الاعتبار تصير أجرة الوقف شيئا قليلا فهو تمسك باطل، لان ما أخذه منه صاحب الخلو الاول لم يحصل منه نفع للوقف فيكون الدافع هو المضيع ماله، فكيف يحل له ظلم

الوقف؟ بل يجب عليه دفع أجرة مثله، وإن كان له فيه شئ زائد على الخلو من بناء ونحوه مما يسمى في عرفنا بالكدك، وهو المراد من لفظ السكنى المار، فإذا لم يدفع أجرة مثله لم يؤمر برفعه، وإن كان موضوعا بإذن الواقف أو أحد النظار، ويرجع هذا إلى مسألة الأرض المحتكرة المنقولة في أوقاف الخصاف حيث قال: حانوت أصله وقف وعمارته لرجل وهو لا يرضى أن يستأجر أرضه بأجر المثل، قالوا: إن كانت العمارة بحيث لو رفعت يستأجر الاصل بأكثر مما يستأجر صاحب البناء كلف رفعه ويؤجر من غيره، وإلا يترك في يده بذلك الاجرا هـ. وقوله: وإلا يترك في يده يفيد أنه أحق من غيره، حيث كان ما يدفعه أجر المثل، فهنا يقال: ليس للمؤجر أن يخرجها ولا أن يأمره برفعه، إذ ليس في استبقائه ضرر على الوقف مع الفرق به بدفع الضرر عنه، كما أوضحناه في الوقف. وعن هذا قال في جامع الفصولين وغيره: بنى المستأجر أو غرس في أرض الوقف صار له فيها حق القرار، وهو المسمى بالكردار له الاستبقاء بأجر المثل اهـ. وفي الخيرية: وقد صرح علماؤنا بأن لصاحب الكردار حق القرار، وهو أن يحدث المزارع والمستأجر في الأرض بناء أو غرسا أو كبسا بالتراب بإذن الواقف أو الناظر فتبقى في يده اهـ. وقد يقال: إن الدراهم التي دفعها صاحب الخلو للواقف واستعان بها على بناء الوقف شبيهة بكبس الأرض بالتراب، فيصير له حق القرار فلا

يخرج من يده إذا كان يدفع أجر المثل، ومثله ما لو كان يرم دكان الوقف، ويقوم بلوازمها من ماله بإذن الناظر، أما مجرد وضع اليد على الدكان ونحوها وكونه يستأجرها عدة سنين بدون شيء مما ذكر فهو غير معتبر، فللمؤجر إخراجها من يده إذا مضت مدة إجارته وإيجارها لغيره، كما أوضحناه في رسالتنا تحرير العبارة في بيان من هو أحق بالإجارة، وذكرنا حاصلها في الوقف، وعلى ما ذكرناه من أن صاحب الخلو المعتبر أحق من غيره، لو استأجر بأجر المثل يحمل ما ذكره في الخيرية من الوقف حيث سئل في الخلو الواقع في غالب الأوقاف المصرية والأوقاف الرومية في الحوانيت وغيرها، هل يصير حقا لازما لصاحب الخلو، ويجوز بيع سكناه وشراؤه، وإذا حكم به حاكم شرعي يمتنع على غيره من حكام الشرع الشريف نقضه؟ ثم ذكر في الجواب عبارة الاشياء وواقعات الضريبي وما ذكرناه من مسألة الأرض المحتكرة ومسألة حق القرار ومسألة بيع السكنى. ثم قال: أقول: ليس الغرض بإيراد هذه الجمل القطع بالحكم، بل ليقع اليقين بارتفاع الخلاف بالحكم حيث استوفى شرائطه من مالكي يراه أو غيره صح ولزم وارتفع الخلاف خصوصا فيما للناس إليه ضرورة، لا سيما في المدن المشهورة كمصر ومدينة الملك فإنهم يتعاطونه ولهم فيه نفع كلي ويضر بهم نقضه وإعدامه، فلربما بفعله تكثر الأوقاف، ألا ترى ما فعله الغوري كما مر. ومما بلغني أن بعض الملوك عمر مثل ذلك بأموال التجار ولم يصرف عليه من ماله الدرهم والدينار، وكان (ص) يحب ما خفف عن أمته، والدين يسر ولا مفسدة في ذلك في الدين، ولا عار به على الموحدين، والله تعالى أعلم. هـ ملخصا. وممن أفتى بلزوم الخلو الذي يكون بمقابلة دراهم بدفعها للمتولي أو المالك العلامة المحقق عبد الرحمن أفندي العمادي صاحب هدية ابن العماد، وقال: فلا يملك صاحب الحانوت إخراجها ولا إجارته لغيره ما لم يدفع له المبلغ المرقوم، فيفتى بجواز ذلك للضرورة قياسا على بيع الوفاء الذي تعارفه المتأخرون احتيالا على الربا الخ. قلت: وهو مقيد أيضا بما قلنا بما إذا كان يدفع أجر المثل، وإلا كانت سكناه بمقابلة ما دفعه

من الدراهم عين الربا، كما قالوا فيمن دفع للمقرض دارا ليسكنها أو حمارا ليركبه إلى أن يستوفي قرضه أنه يلزمه أجرة الدار أو الحمار على أن ما يأخذه المتولي من الدراهم ينتفع به لنفسه، فلو لم يلزم صاحب الخلو أجر المثل للمستحقين يلزم ضياع حقهم، اللهم إلا أن يكون ما قبضه المتولي صرفه في عمارة الوقف، حيث تعين ذلك طريقا إلى عمارته ولم يوجد من يستأجره بأجرة المثل مع دفع ذلك المبلغ اللازم للعمارة فحينئذ قد يقال بجواز سكناه بدون أجرة المثل للضرورة، ومثل ذلك يسمى في زماننا مرصدا كما قدمناه في الوقف، والله سبحانه أعلم. بقي طريق معرفة أجر المثل، وينبغي أن يقال فيه: إنا ننظر إلى ما دفعه صاحب الخلو للواقف أو المتولي على الوجه الذي ذكرناه وإلى ما ينفقه في مرمة الدكان ونحوها، فإذا كان الناس يرغبون في دفع جميع ذلك لصاحب الخلو ومع ذلك يستأجرون الدكان بمائة مثلا، فالمائة هي أجرة المثل ولا ينظر إلى ما دفعه هو إلى صاحب الخلو السابق من مال كثير طمعا في أن أجرة هذه الدكان عشرة مثلا كما هو الواقع في زماننا، لأن ما دفعه من المال الكثير لم يرجع منه نفع للوقف أصلا، بل هو محض ضرر بالوقف، حيث لزم منه استئجار الدكان بدون أجرته بغين فاحش، وإنما ينظر إلى ما يعود نفعه إلى الوقف فقط كما ذكرنا، نعم جرت العادة أن صاحب الخلو حين يستأجر الدكان بالأجرة اليسيرة يدفع للناظر دراهم تسمى خدمة، هي في الحقيقة تكملة أجرة المثل أو دونها، وكذا إذا مات صاحب الخلو أو نزل عن خلوه لغيره يأخذ الناظر من الوارث أو المنزل له دراهم تسمى تصديقا، فهذه تحسب من الأجرة أيضا، ويجب على الناظر صرفها إلى جهة الوقف كما قدمناه في كتاب الوقف في مسألة العوائد العرفية، والله سبحانه وتعالى أعلم. تنبيه: ذكر السيد محمد أبو السعود في حاشيته على الاشياء: أن الخلو يصدق بالعين المتصل اتصال قرار وبغيره، وكذا الجدك المتعارف في الحوانيت المملوكة ونحوها كالقهاوي، تارة يتعلق بماله حق القرار كالبناء بالحنوت، وتارة يتعلق بما هو أعم من ذلك، والذي يظهر أنه كالخلو في الحكم بجامع وجود العرف في كل منهما، والمراد بالمتصل اتصال قرار ما وضع لا ليفصل كالبناء، ولا فرق في صدق كل من الخلو والجدك به، وبالمتصل لا على وجه القرار كالخشب الذي يركب بالحنوت لوضع عدة الحلاق مثلا، فإن الاتصال وجد لكن لا على وجه القرار، وكذا يصدق بمجرد المنفعة المقابلة للدراهم، لكن ينفرد الجدك بالعين الغير المتصلة أصلا كالبكارج والفناجين بالنسبة للقهوة والمقشاة والقوط بالنسبة للحمام والشونة بالنسبة للفرن، وبهذا الاعتبار يكون الجدك أعم. بقي لو كان الخلو بناء أو غراسا

بالارض المحتكرة أو المملوكة يجري فيه حق الشفعة، لانه لما اتصل بالارض اتصال قرار التحق بالعقار ا هـ. قلت: ما ذكره من جریان الشفعة فيه سهو ظاهر لمخالفته المنصوص عليه في كتب المذهب، كما سيأتي في بابها إن شاء الله تعالى، فافهم. هذا غاية ما تحرر لي في مسألة الخلو فاعتنمه فإنه مفرد، وقد أوضحنا الفرق في باب مشد المسكة من تنقيح الفتاوى الحامدية بين المشد والخلو والجدك والقيمة والمرصد المتعارفة في زماننا إيضاحا لا يوجد في غير ذلك الكتاب، والحمد لله الملك الوهاب. قوله: (وفي معين المفتي الخ) أفاد به أن الخلو إذا لم يكن عينا قائمة لا يصح

[29]

بيعه. قوله: (جاز) ترك قيدا ذكره في معين المفتي وهو قوله: إذا لم يشترط تركها ا هـ. ومثله في الخانية: أي لانه شرط مفسد للبيع. قوله: (وإن كرابا أو كرى انهار) في المغرب: كرب الارض كرابا: قلبها للحرث من باب طلب، وكريت النهر كريا: حفرته. قوله: (ولا بمعنى مال) لعل المراد به التراب المسمى كبسا وهو ما تكبس به الارض: أي تطم وتسوى، فتأمل: وفي ط: وهو كالسكنى في الارض الموقوفة بطريق الخلو وكالجدك على ما سلف. مطلب في بيان مشد المسكة قوله: (ومفاده أن بيع المسكة لا يجوز) لانها عبارة عن كراب الارض وكري أنهارها، سميت مسكة لان صاحبها صار له مسكة بها، بحيث لا تنزع من يده بسببها، وتسمى أيضا مشد مسكة، لان المشد من الشدة بمعنى القوة: أي قوة التمسك، ولها أحكام مبنية على أوامر سلطانية أفتى بها علماء الدولة العثمانية ذكرت كثيرا منها في بابها من تنقيح الفتاوى الحامدية، منها: أنها لا تورث، وإنما توجه للابن القادر عليها دون البنت، وعند عدم الابن تعطى للبنت فإن لم توجد فللاخ لآب، فإن لم يوجد فللاخت الساكنة في القرية، فإن لم توجد فللام. وذكر الشارح في خراج الدر المنتقى: أنها تنتقل للابن ولا تعطى البنت حصه، وإن لم يترك ابنا بل بنتا لا يعطيها ويعطيها صاحب التيمار لمن أراد وفي سنة ثمانية وخمسين وتسعمائة في مثل هذه الاراضي التي تحيا وتفلح بعمل وكلفة دراهم فعلى تقدير أن تعطى للغير بالطابو، فالبنات لما كان يلزم حرمانهن من المال الذي صرفه أبوهن ورد الامر السلطاني بالاعطاء لهن، لكن تنافس الاخت البنت في ذلك، فيؤتى بجماعة ليس لهن غرض، فاي مقدار قدروا به الطابو تعطيه البنات ويأخذن الارض ا هـ. ونقل في الحامدية إنه إذا وقع التفويض بلا إذن صاحب الارض: يعني التيماري الذي وجه السلطان له أخذ خراجها لا تزول الارض على يد المفوض حقيقة، فكانت في يد المفوض إليه عارية، وإذا كانت الارض وفقا فتفويض متوقف على إذن الناظر لا على إجازة التيمار، ولا تؤجر ممن لا مسكة له مع وجوده بدون وجه شرعي، وإذا زرع أجنبي فيها بلا إذن صاحب المسكة يؤمر بقلع الزرع ويسقط حق صاحبها منها بتركها ثلاث سنوات اختيارا ا هـ. فافهم. قوله: (ولذا جعلوه) أي جعلوا بيعها، والمراد به الخروج عنها: يعني أن المسكة لما لم تكن مالا متقوما لا يمكن بيعها، فإذا أراد صاحبها

[30]

النزول عنها لغيره بعوض جعلوا ذلك بطريق الفراغ كالنزول عن الوظائف، وقدمنا عن المفتي أبي السعود أنه أفتى بجوازه، وكان الشارح لم يطلع على ذلك فأمر بتحريه، والله سبحانه أعلم. قوله: (وسنذكره في بيع الوفاء) أي قبيل كتاب الكفالة، والذي ذكره هناك هو النزول عن الوظائف ومسألة الخلو ولم يتعرض هناك للمسكة. مطلب في انعقاد البيع بلفظ واحد من الجانبين قوله: (وينعقد أيضا) أي كما ينعقد بإيجاب وقبول منهما أو بتعاط من الجانبين ط. قوله: (بلفظ واحد) ظاهره أنه لا يكون بالتعاطي هنا. قوله: (كما في بيع القاضي) أي بيعه مال اليتيم من يتيم آخر أو شرائه له كذلك، أما عقده لنفسه فلا يجوز، لان فعله قضاء وقضاؤه لنفسه باطل. أفاده في البحر جامعا بذلك بين ما في البدائع من الجواز وما في الخزائن من عدمه ط. قوله: (والوصي) أي إذا اشترى لليتيم من مال نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف، وقيده في نظم الزندويستي بما إذا لم يكن نصبه القاضي ا هـ. فتح: أي لان وصي القاضي وكيل محض والوصي لا يملك البيع أو الشراء لنفسه خلاصة، وأراد بالشرط المعروف الخيرية، وهي في الشراء من مال اليتيم لنفسه أو يكون ما يساوي عشرة بخمسة عشر، وفي البيع منه بالعكس وقيل: يكتفي بدرهمين في العشرة، والاول

المعتمد كما قدمناه قبيل البيوع. قوله: (والاب من طفله) ولا تشتط فيه الخيرية كما في البحر، وزاد فيمن يتولى العقد من الطرفين العبد إذا اشترى نفسه من مولاه بأمره والرسول من الجانبين، بخلاف الوكيل منهما اه. زاد في الدرر قوله: وكذا لو قال بعث منك هذا بدرهم فقبضه المشتري ولم يقع شيئا ينعقد البيع اه. وقال في العزيمة: والظاهر أن هذا من باب التعاطي اه. وفيه نظر لان بيع التعاطي ليس فيه إيجاب، بل قبض بعد معرفة الثمن فقط كما قدمناه عن الفتح، وقدما عنه أن القبول يكون بالقول والفعل، وأن القبض قبول فحينئذ لم يوجد انفراد أحدهما بالعقد. قوله: (فإنه لو فور شفقتة الخ) أي ووصى الاب نائباً عنه فله حكمه، ولذا سكت عنه، وأما القاضي فكذلك، قوله: (وتمامه في الدرر) ذكر فيها بعد عبارة الشارح ما نصه: فلم يحتج إلى القبول، وكان أصيلاً في حق نفسه ونائباً عن طفله، حتى إذا بلغ كانت العهدة عليه دون أبيه، بخلاف ما إذا باع مال طفله من أجنبي، فبلغ كانت العهدة على أبيه، فإذا لزم عليه الثمن في صورة

[31]

شرائه لا يبرأ عن الدين حتى ينصب القاضي وكيلا يقبضه للصغير فيرده على أبيه فيكون أمانة عنده اه. قوله: (قبل الآخر) بكسر الباء من القبول المقابل للإيجاب، وقوله: (أو ترك عطف عليه): أي يخير الآخر بين القبول والترك في المجلس، ما دام الموجب على إيجابه، فلو رجع عنه قبل القبول بطل كما يأتي، ولا بد أيضاً من كون القبول في المجلس، وكونه موافقاً للإيجاب كما نبه عليه وكونه في حياة الموجب، فلو مات قبله بطل، إلا في مسألة على ما فهمه في البحر ورده في النهر بأنه لا استثناء، فراجع، وكونه قبل رد المخاطب الإيجاب وكونه قبل تغير المبيع، فلو قطعت يد الجارية بعد الإيجاب، وأخذ البائع أرضها لم يصح قبول المشتري، كما في الخانية. بحر. والظاهر أن التقيد بأخذ الأرض اتفاقي، نهر. قلت: ويؤيده قول التتارخانية: ودفع أرض اليد إلى البائع أو لم يدفع. قوله: (في المجلس) حتى لو تكلم البائع مع إنسان في حاجة فإنه يبطل. بحر. فالمراد بالمجلس ما لا يوجد فيه ما يدل على الاعراض، ولا أن يشتغل بمفوت له فيه، وأن لم يكن للاعراض. أفاده في النهر. فإن وجد بطل ولو اتحد المكان ط. قوله: (كل المبيع بكل الثمن) بيان لاشتراط موافقة القبول للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع بما أوجبه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعضه أو بغير ما أوجبه أو ببعضه لم ينعقد إلا في الشفعة، كما قدمناه في شروط العقد، وإلا فيما إذا كان الإيجاب من المشتري فقبل البائع بأنقص من الثمن صح وكان خطأ أو كان من البائع فقبل المشتري بأزيد صح، وكان زيادة إن قبلها في المجلس لزم، أفاده في البحر. وذكر أن هبة الثمن بعد الإيجاب قبل القبول تبطل الإيجاب، وقيل: لا ويكون إبراء، وسكوت المشتري عن الثمن مفسد للبيع اه. مطلب: ما يوجب اتحاد الصفقة وتفريقها قوله: (لئلا يلزم تفريق الصفقة) هي ضرب اليد على اليد في البيع، ثم جعلت عابرة عن العقد نفسه. مغرب. قال في البحر: ولا بد من معرفة ما يوجب اتحادها وتفريقها. وحاصل ما ذكره أن الموجب إذا اتحد وتعدد المخاطب لم يجز التفريق بقبول أحدهما باعتا كان الموجب أو مشترياً، وعلى عكسه لم يجز القبول في حصة أحدهما، وإن اتحدا لم يصح قبول المخاطب في البعض فلم يصح تفريقها مطلقاً في الأحوال الثلاثة لاتحاد الصفقة في الكل، وكذا إذا اتحد العاقدان، وتعدد المبيع كأن يوجب في مثليين أو قيمي ومثلي لم يجز تفريقها بالقبول في أحدهما إلا أن يرضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء كعبد واحد أو مكمل أو موزون، فيكون القبول إيجاباً والرضا قبولاً وبطل الإيجاب الأول، فإن كان مما لا ينقسم إلا بالقيمة كثوبين وعبدان لا يجوز، فلو بين ثمن كل واحد فلا يخلو إما أن يكرر لفظ البيع، فالإتفاق على أنه صفتان، فإذا قبل في أحدهما يصح كقوله: بعثك هذين العبدان هذا بألف

[32]

وبعثك هذا بألف، وإما أن لا يكرره وفصل الثمن فظاهر الهداية التعدد، وبه قال بعضهم ومنعه الآخرون، وحملوا كلامه على ما إذا كرر لفظ البيع، وقيل: إن اشتراط تكراره للتعدد استحسان، وهو قول الامام وعدمه قياس وهو قولهما، ورجحه في الفتح بقوله: والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن، لان الظاهر أن فائدته ليس إلا بقصده بأن

يبيع منه أيهما شاء، وإلا فلو كان غرضه أن لا يبيعهما منه إلا جملة لم تكن فائدة لتعيين كل ا هـ. وإعلم أن تفصيل الثمن إنما يجعلهما عقدين على القول به إذا كان الثمن منقسما عليهما باعتبار القيمة، أما إذا كان منقسما عليهما باعتبار الأجزاء كالقفيزين من جنس واحد، فإن التفصيل لا يجعله في حكم عقدين للانقسام من غير تفصيل، فلم يعتبر التفصيل كما في شرح المجمع للمصنف وهو تقييد حسن ا هـ. ما في البحر وتمام الكلام فيه. قوله: (إلا إذا أعاد الإيجاب والقبول) كأن قال اشترت نصف هذا المكمل بكذا وقيل الآخر فيكون بيعا مستأنفا لوجود ركنيه وبطل الأول. قوله: (أو رضي الآخر) أي بدون إعادة الإيجاب، فيكون القبول إيجابا والرضا قبولا كما مر. قوله: (كمكمل وموزون) أدخلت الكاف العبد الواحد كما سلف ذكره في عبارة البحر ط. ووجه الصحة أنه إذا كان الثمن منقسما عليهما باعتبار الأجزاء تكون حصة كل بعض معلومة. قوله: (ولا لا) أي وإن يكن الثمن منقسما عليهما كذلك بل كان منقسما باعتبار القيمة، كما إذا كان المبيع عبيدين أو ثوبين لا يصح القبول لأحدهما، وإن رضي الآخر لجهالة ما يخص أحدهما من الثمن. قوله: (لعدم جواز البيع بالحصة ابتداء) (صورته: ما إذا قال: بعت منك هذا العبد بحصته من الألف الموزع على قيمته وقيمة ذلك العبد الآخر، فإنه باطل لجهالة الثمن وقت البيع، كذا في فصل قصر العام من التوليع. عزيمة. وقوله: ابتداء خرج به ما إذا عرض البيع بالحصة، بأن باعه الدار بتمامها فاستحق بعضها ورضي المشتري بالباقي فإنه يصح لعروض البيع بالحصة انتهاء، وقد علمت أن محل عدم الجواز فيما إذا لم يكرر الثمن ولفظ البيع أو يفصل الثمن فقط على ما ذهب إليه صاحب الهداية ط. قوله: (كما حرره الواني) لم يذكر الواني في هذا المحل تحريرا ط. قوله: (أو بين ثمن كل) أي فيما إذا كان المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالقيمة كعبيدين وثوبين. قوله: (وإن لم يكرر لفظ بعت) لانه بمجرد تفصيل الثمن تعدد الصفقة على ما هو ظاهر الهداية كما مر. قوله: (وهو المختار) تقدم وجه ترجيحه عن الفتح. مطلب: ما يبطل الإيجاب سبعة قوله: (بطل الإيجاب إن رجع الموجب الخ) قال في البحر: والحاصل أن الإيجاب يبطل بما

يدل على الاعراض ويرجع أحدهما عنه ويموت أحدهما، ولذا قلنا: إن خيار القبول لا يورث ويتغير المبيع بقطع يد وتخلل عصير وزيادة بولاد وهلاكه، بخلاف ما إذا كان بعد قلع عينه بأفة سماوية أو بعد ما وهب للمبيع هبة، كما في المحيط، وقدمنا أنه يبطل بهبة الثمن قبل قبوله فأصل ما يبطله سبعة فليحفظ ا هـ. قوله: (قبل القبول) وكذا معه، فلو خرج القبول ورجع الموجب معا كان الرجوع أولى كما في الخانية، بحر. قوله: (وإن لم يذهب عن مجلسه على الراجح) وقيل: لا يبطل ما دام في مكانه. بحر. ويبطل بالقيام وإن كان لمصلحة لا معرضا كما في القنية. قال في النهر: واختلاف المجلس باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر كأكمل، إلا إذا كان لقمة وشرب، ألا إذا كان الأناء في يده ونوم، إلا أن يكونا جالسين وصلاة، إلا إتمام الفريضة، أو شفع نفلا، وكلام ولو لحاجة، ومشى مطلقا، في ظاهر الرواية، حتى لو تابعا وهما يمشيان أو يسيران ولو على دابة واحدة لم يصح. واختار غير واحد كالطحاوي أنه إن أجاب على فور كلامه متصلا جاز، وصححه في المحيط. وقال في الخلاصة: لو قبل بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز. وفي مجمع التفاريق: وبه نأخذ. وفي المجتبى: المجلس المتد أن لا يشتغل أحد المتعاقدين بغير ما عقد له المجلس، أو ما هو دليل الاعراض، والسفينة كالبيت فلا ينقطع المجلس بجريانهما لأنهما لا يملكان إيقافهما أ هـ. ملخصا ط. وفي الجوهرة: لو كان قائما ففقد لم يبطل. بحر. وكذا لو ناما جالسين لا لو مضطجعين أو أحدهما. فتح. تأمل. قوله: (فإنه كمجلس خيار المخيرة) أي التي ملكها زوجها طلاقها بقوله لها اختاري نفسك. وفي البحر عن الحاوي القدسي ويبطل مجلس البيع بما يبطل به خيار المخيرة ا هـ. وهذا أولى لأن خيارها يقتصر على مجلسها خاصة لا على مجلس الزوج، بخلاف البيع فإنه يقتصر على مجلسهما كما في البحر عن غاية البيان. قوله: (وكذا سائر التملكيات فتح) لم يذكر في الفتح إلا خيار المخيرة ط. وفي البحر: قيد بالبيع لأن الخلع والعق على مال لا يبطل الإيجاب فيه بقيام الزوج والمولى لكونه يمينا، ويبطل بقيام المرأة والعبد لكونه معاوضة في حقهما كما في النهاية ا هـ. قوله: (خلافًا للشافعي) وبقوله قال أحمد، وبقولنا قال مالك كما في الفتح. قوله: (وحديثه) أي الخيار أو الشافعي، وقد روي بروايات متعددة كما في الفتح: منها ما في البخاري من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يكون البيع خيارا ط. قوله: (محمول على تفرق الأقوال) هو أن يقول الآخر بعد الإيجاب لا أشتري أو يرجع الموجب قبل

القبول، وإسناد التفرق إلى الناس مراداً به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف، قال الله تعالى: * (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة) * وقال (ص): افرقت بنو إسرائيل على اثنتين وسبعين فرقة، وستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة فتح. قوله: (إذ الأحوال ثلاثة الخ) لأن حقيقة المتبايعين المشتغلان بأمر البيع، لا من تم البيع بينهما وإنقضى، لأنه مجاز، والمتشاغلان: يعني المتساومين يصدق عند إيجاب أحدهما قبل قبول الآخر أنهما متبايعان،

[34]

فيكون ذلك هو المراد، وهذا هو خيار القبول، وهذا حمل إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى. لا يقال: هذا أيضاً مجاز، لأن الثابت قبل قبول الآخر بائع واحد لا متبايعان، لانا نقول: هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ، ولانا نفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر، إلا أنهما مشتغلان بأمر البيع متراضيان فيه، فليكن هو المعنى الحقيقي، والحمل على الحقيقي متعين، فيكون الحديث لنفي توهم أنهما إذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلاً للاتفاق والتراضي السابق على أن السمع والقياس معضدان للمذهب. أما السمع فبقوله تعالى: * (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) * (المائدة: 1) وهذا عقد قبل التخيير، وقوله تعالى: * (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) * (النساء: 92) وبعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض من غير توقف على التخيير، فقد أباح الله تعالى أكل المشتري قبل التخيير، وقوله تعالى: * (وأشهدوا إذا تباعتم) * (البقرة: 282) أمر بالترفق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد، والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول، فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالا لهذه النصوص، وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعنق والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع، وتماهه في المنح والفتح. قوله: (مجاز لكون) أي باعتبار ما تؤول إليه عاقبته ط عن المنح مثل إني أراني أعصر خمرا.. قوله: (مجاز الكون) أي باعتبار ما كان عليه من قبل، مثل: * (واتوا اليتامى أموالهم) * (النساء: 2). قوله: (وشرط لصحته معرفة قدر مبيع وثمن) ككر حنطة وخمسة دراهم أو أكرار حنطة، فخرج ما لو كان قدر المبيع مجهولاً: أي جهالة فاحشة فإنه لا يصح، وقيدنا بالفاحشة لما قالوه لو باعه جميع ما في هذه القرية أو هذه الدار والمشتري لا يعلم ما فيها لا يصح لفحش الجهالة، أما لو باعه جميع في هذا البيت أو الصندوق أو الجوالق فإنه يصح، لأن الجهالة يسيرة. قال في القنية: إلا إذا كان يحتاج معه إلى التسليم والتسليم، فإنه يصح بدون معرفة قدر المبيع، كمن أقر أن في يده متاع فلان غصبا أو وديعة ثم اشتراه جاز وإن لم يعرف مقداره ا هـ. ومعرفة الحدود تغني عن معرفة المقدار. ففي البزازية: باعه أرضاً وذكر حدودها لاذرعها طولاً وعرضاً جاز، وكذا إن لم يذكر الحدود، ولم يعرفه المشتري إذا لم يقع بينهما تجاحد، وفيها جهل البائع معرفة المبيع لا يمنع وجهل المشتري يمنع ا هـ. وعلى هذا تفرع ما في القنية: لك في يدي أرض خربة لا تساوي شيئاً في موضع كذا فبعها مني بستة دراهم فقال بعته، ولم يعرفها البائع وهي تساوي أكثر من ذلك جاز، ولم يكن ذلك بيع المجهول، لأنه لما قال لك في يدي أرض صار كأنه قال أرض كذا. وفي المجمع: لو باعه نصيبه من دار فعلم العاقدين شرط: أي عند الامام، ويجيزه: أي أبو يوسف مطلقاً، وشرط: أي محمد علم المشتري وحده. وفي الخانية :

[35]

اشترى كذا كذا قرية من ماء الفرات. قال أبو يوسف: إن كانت القرية بعينها جاز لمكان التعامل، وكذا الرواية والجرة، وهذه استحسان. وفي القياس: لا يجوز إذا كان لا يعرف قدرها، وهو قول الامام. وخرج أيضاً ما لو كان الثمن مجهولاً كالبيع بقيمته أو برأس ماله، أو بما اشتراه أو بمثل ما اشتراه فلان، فإن علم المشتري بالقدر في المجلس جاز، ومنه أيضاً ما لو باعه بمثل ما يبيع الناس إلا أن يكون شيئاً لا يتفاوت. نهر. قوله: (ووصف ثمن) لأنه إذا كان مجهول الوصف تتحقق المنازعة، فالمشتري يريد دفع الادون والبائع يطلب الارتفاع فلا يحصل مقصود شرعية العقد. نهر. تنبيه: ظاهر كلامه كالكنز يعطى أن معرفة وصف المبيع غير شرط، وقد نفى اشتراطه في البدائع

في المبيع والتمن، وظاهر الفتح اثباته فيهما، ووفق في البحر بحمل ما في البدائع على المشار إليه أو إلى مكانه وما في الفتح على غيره، لكن حقق في النهر أن ما فهمه من الفتح وهم فاحش، لأن كلام الفتح في الثمن فقط. قلت: وظاهره الاتفاق على اشتراط معرفة القدر في المبيع والتمن، وإنما الخلاف في اشتراط الوصف فيهما. وللعلامة الشرنبلالي رسالة سماها. (نفس المتجر بشراء الدرر) حقق فيها أن المبيع المسمى جنسه، لا حاجة فيه إلى بيان قدره ولا وصفه ولو غير مشار إليه أو إلى مكانه، لأن الجهالة المانعة من الصحة تنتفي بثبوت حيار الرؤية، لأنه إذا لم يوافقها يردّه فلم تكن الجهالة مفضية إلى المنازعة، واستدل على ذلك بغرور صححوها فيها البيع بدون بيان قدر ولا وصف: منها ما قدمناه من صحة بيع جميع ما في هذا البيت أو الصندوق، وشراء ما في يده من غصب أو وديعة، وبيع الأرض مقتصرًا على ذكر حدودها وشراء الأرض الخربة المارة عن القنية. ومنها: ما قالوا: لو قال: بعثك عبيدي وليس له إلا عبد واحد صح، بخلاف بعثك عبدا بدون إضافة، فإنه لا يصح في الأصح. ومنها: لو قال بعثك كرا من الحنطة، فإن لم يكن كل الكر في ملكه بطل، ولو بعضه في ملكه بطل في المعدوم وفسد في الموجود، ولو كله في ملكه لكن في موضعين أو من نوعين مختلفين، لا يجوز ولو من نوع واحد في موضع واحد وإن لم يصف البيع إلى تلك الحنطة، وكذا لو قال: بعثك ما في كمي فعامتهم على الجواز وبعضهم على عدمه، وأول قول الكنز ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن، بأن لفظ قدر غير منون مضافا لما بعده من الثمن، مثل قول العرب: بعثك بنصف وربع درهم. قلت: ما ذكره من الاكتفاء بذكر الجنس عن ذكر القدر والوصف يلزم عليه صحة البيع في نحو: بعثك حنطة بدرهم ولا قائل به، ومثله بعثك عبدا أو دارا، وما قاله من انتفاء الجهالة بثبوت

خيار الرؤية مدفوع بأن خيار الرؤية قد يسقط برؤية بعض المبيع، فتبقى الجهالة المفضية إلى المنازعة، وكذا قد يبطل خيار الرؤية قبلها، بنحو بيع، أو رهن لما اشتراه كما سيأتي بيانه في بابها، ولذا قال المصنف هناك: صح البيع والشراء لما لم يراه الاشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز أه. فأفاد أن انتفاء الجهالة بهذه الاشارة شرط جواز أصل البيع، ليثبت بعده خيار الرؤية، نعم صح بعضهم الجواز بدون الاشارة المذكورة، لكنه محمول على ما إذا حصل انتفاء الجهالة بدونها، ولذا قال في النهاية هناك: صح شراء ما لم يره: يعني شيئا مسمى موصوفاً أو مشارا إليه أو إلى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم ا ه. وقال في العناية، قال صاحب الاسرار: لأن كلامنا في عين هي بحالة لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا ا ه. وفي حاوي الزاهدي: باع حنطة قدرا معلوما، ولم يعينها لا بالاشارة، ولا بالوصف لا يصح ا ه. هذا، والذي يظهر من كلامهم تفريعا وتعليلا أن المراد بمعرفة القدر والوصف ما ينفي الجهالة الفاحشة، وذلك بما يخص المبيع عن أنظاره، وذلك بالاشارة إليه لو حاضرا في مجلس العقد، وإلا فبيان مقداره مع بيان وصفه لو من المقدرات، كبعثك كر حنطة بلدية مثلا بشرط كونه في ملكه، أو ببيان مكانه الخاص كبعثك ما في البيت، أو ما في كمي أو بإضافته إلى البائع كبعثك عبيدي، ولا عبد له غيره، أو ببيان حدود أرض، ففي كل ذلك تنتفي الجهالة الفاحشة عن المبيع، وتبقى الجهال اليسيرة التي لا تنافي صحة البيع، لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية، فإن خيار الرؤية إنما يثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة اليسيرة لا لرفع الفاحشة المنافية لصحته، فاعتمد تحقيق هذا المقام بما يرفع الطنون والاهام، ويندفع به التناقض واللوم عن عبارات القوم. قوله: (كمصري أو دمشقي) ونظيره إذا كان الثمن من غير النقود كالحنطة لا بد من بيان قدرها ووصفها ككر حنطة بحيرية أو صعيدية، كما أفاده الكمال وحققه في النهر. قوله: (غير مشار إليه) أي إلى ما ذكر من المبيع والتمن، قال في البحر لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز ا ه. قوله: (لا يشترط ذلك في مشار إليه) قال في البحر: وقوله غير مشار إليه قيد فيهما، لأن المشار إليه مبيعا كان أو ثمنا لا يحتاج إلى معرفة قدره ووصفه، فلو قال: بعثك هذه الصبرة من الحنطة أو هذه الكورجة من الارز والشاشات وهي مجهولة العدد، بهذه الدراهم التي في يدك وهي مريئة له فقبل، جاز ولزم، لأن الباقي جهالة الوصف: يعني القدر، وهو لا يضر إذ لا يمنع من التسليم والتسلم ا ه. قوله: (ما لم يكن) أي المشار إليه ربويا قبيل جنسه: أي وبيع مجازفة مثل بعثك هذه الصبرة من الحنطة بهذه الصبرة. قال في البحر: فإنه لا يصح لاحتمال الربا، واحتماله مانع كحقيقته. قوله: (أو سلما) أراد به المسلم فيه بقريته ما بعده، لكنه لا حاجة لذكره، لأن المسلم فيه مؤجل غير حاضر، فلا يصح أن يكون مشارا إليه

والكلام فيه. قوله: (لو مكبلاً أو موزوناً) فلا تكفي الإشارة إليه كما في مذروع وحيوان خلافاً لهما، لانه ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه، فيحتاج إلى رد رأس المال، وقد ينفق بعضه ثم يجد باقيه معيباً فيرده ولا يستبدله رب السلم في مجلس الرد فيفسخ العقد في المردود، ويبقى في غيره، فتلزم جهالة المسلم فيه فيما بقي

[37]

فوجب بيانه كما سيجئ في باب السلم. قوله: (خير) أي البائع، والذي في الفتح والبحر عدم التخيير. وعبرة الفتح: ولو قال: اشتريتها بهذه الصرة من الدراهم، فوجد البائع ما فيها بخلاف نقد البلد، فله أن يرجع بنقد البلد، لأن مطلق الدراهم في البيع ينصرف إلى نقد البلد، وإن وجدها نقد البلد جاز ولا خيار للبائع، بخلاف ما لو قال اشتريت بما في هذه الخابية، ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وإن كانت نقد البلد لأن الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها. وفي الخابية: لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار، ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لأن خيار الرؤية لا يثبت في النقود ا هـ ط. قوله: (وصح بثمان حال) بتشديد اللام، قال في المصباح: حل الدين يحل بالكسر حلولاً هـ. قيد بالثمان لأن تأجيل المبيع المعين لا يجوز ويفسده. بحر. مطلب: في الفرق بين الائتمان والمبيعات وأعلم أن كلا من النقيدين ثمن أبداً، والعين الغير المثلّى مبيع أبداً، وكل من المكمل والموزون الغير النقدي والعددي المتقارب إن قوبل بكل من النقيدين كان مبيعاً، أو قوبل بعين، فإن كان ذلك المكمل والموزون المتقارب متعيناً كان مبيعاً أيضاً، وإن كان غير متعين فإن دخل عليه حرف الباء مثل اشتريت هذا العبد بكر حنطة كان ثمناً، وإن استعمل استعمال المبيع وكان سلماً مثل اشتريت منك كره حنطة بهذا العبد، فلا بد من رعاية شرائط السلم. غرر الاذكار شرح درر البحار. وسيأتي له زيادة بيان في آخر الصرف. قوله: (وهو الاصل) لأن الحلول مقتضى العقد وموجبه، والاجل لا يثبت إلا بالشرط. بحر عن السراج. قوله: (لئلا يفضي إلى النزاع) تعليل لاشتراط كون الاجل معلوماً، لأن علمه لا يفضي إلى النزاع، وأما مفهوم الشرط المذكور وهو أنه لا يصح إذا كان الاجل مجهولاً فعلته كونه يفضي إلى النزاع، فافهم. وسيذكر المصنف في البيع الفاسد بيان الاجل المفيد وغيره. مطلب في التأجيل إلى أجل مجهول تنبيه: من جهالة الاجل ما إذا باعه بألف على أن يؤدي إليه الثمن في بلد آخر، ولو قال إلى شهر على أن يؤدي الثمن في بلد آخر جاز بألف إلى شهر، ويبطل الشرط لأن تعيين مكان الايفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة غير صحيح، فلو له حمل ومؤنة يصح. ومنها اشتراط أن يعطيه الثمن على التفريق أو كل أسبوع البعض، فإن لم يشترط في البيع بل ذكر بعده لم يفسد، وكان له أخذ الكل جملة. وتماهه في البحر. وقوله: لم يفسد: أي البيع فيه كلام يأتي قريباً. قوله: (ولو باع مؤجلاً) (أي بلا بيان مدة) بأن قال: بعثك بدرهم مؤجل. قوله: (صرف لشهر) كأنه لانه المعهود في الشرع في السلم واليمين في ليقضين دينه أجلاً. بحر. قوله: (به يفتى) وعند البعض لثلاثة أيام. بحر عن شرح المجمع. قلت: وبشكل على القولين أن شرط صحة التأجيل أن يعرفه العاقدان، ولذا لم يصح البيع بثمان مؤجل إلى النبروز والمهرجان وصوم النصارى إذا لم يدره العاقدان كما سيأتي في البيع الفاسد، وكذا

[38]

لو عرفه أحدهما دون الآخر، فتأمل. قوله: (فالقول لنا فيه) وهو البائع، لأن الاصل الحلول كما مر. قوله: (إلا في السلم) فإن القول لمثبتته لأن نافية يدعي فساده بفقد شرط صحته، وهو التأجيل ومدعيه يدعي صحته بوجوده، والقول لمدعي الصحة ط. قوله: (فلمدعي الأقل) لانكاره الزيادة ح. قوله: (والبينة فيهما) أي في المسألتين للمشتري لأنه يثبت خلاف الظاهر والبيانات للثبات ح. قوله: (فالقول والبينة للمشتري) لانهما لما اتفقا على الاجل فالاصل بقاؤه فكان القول للمشتري في عدم مضيه، ولانه منكر توجه المطالبة وهذا ظاهر. وأما تقديم بينته على بينة البائع فعلمه في البحر عن الجوهرية بأن البينة مقدمة على الدعوى ا هـ. وهو مشكل، فإن شأن البينة إثبات خلاف الظاهر، وهو هنا دعوى البائع على أن بينة المشتري على عدم المضي شهادة على النفي، وقد يجاب عن الثاني بأنه إثبات في المعنى، لأن المعنى أن الاجل باق. تأمل. وحينئذ فوجه تقديم بينته كونها أكثر إنباتاً، ويدل له ما سيأتي

في السلم من أنهما لو اختلفا في مضي الاجل فالقول للمسلم إليه بيمينه، وإن برهنا فيبينته أولى. وعلمه في البحر بإثباتها زيادة الاجل. قال: فالقول قوله والبيئة بينته. هذا، ولم يذكر الاختلاف في الثمن أو في المبيع، لأنه سيأتي في كتاب الدعوى في فصل دعوى الرجلين. قوله: (ويبطل الاجل بموت المديون) لأن فائدة التأجيل أن يتجر فيؤدي الثمن من نماء المال، فإذا مات من له الاجل تعين المتروك لقضاء الدين، فلا يفيد التأجيل، بحر عن شرح المجمع، وصرح قبله بأنه لو مات البائع لا يبطل الاجل. قوله: (أو مجهولا) أي جهالة يسيرة بدليل التمثيل فيخرج ما لو أجله إلى أجل مجهول جهالة فاحشة كهبوب الريح. قوله: (صار مؤجلا) كذا جزم به المصنف في باب البيع الفاسد كما سيأتي متنا، وذكره في الهداية أيضا، وكذا في الزيلعي ومتن الملتقى والدرر وغيرها وعزاه في التاترخانية إلى الكافي. وفي الخانية: رجل باع شيئا بيعا جائزا وأخرج الثمن إلى الحصاد أو الدياس، قال: يفسد البيع في قول أبي حنيفة، وعن محمد: أنه لا يفسد البيع ويصح التأخير، لأن التأخير بعد البيع تبرع، فيقبل التأجيل إلى الوقت المجهول، كما لو كفل بمال إلى الحصاد أو الدياس، وقال القاضي الامام أبو علي النسفي: هذا يشكل بما إذا أقرض رجلا، وشرط في القرض أن يكون مؤجلا لا يصح التأجيل، ولو أقرض ثم آخر لا يصح أيضا فكان الصحيح من الجواب ما قاله الشيخ الامام: إنه يفسد البيع، سواء أجله إلى هذه الاوقات في البيع أو بعده ا هـ. قلت: وهذا صحيح لخلاف ما قدمناه عن الهداية وغيرها، وفيه بحث، فإن إلحاق البيع بالقرض غير ظاهر، بدليل أن القرض لا يصح تأجيله أصلا، وإن كان الاجل معلوما وتأجيل البيع إلى أجل معلوم صحيح اتفاقا، على أن ذكر في التاسع والثلاثين من جامع الفصولين: الشرط الفاسد لو ألحق بعد العقد، هل يلتحق بأصل العقد عند أبي حنيفة؟ قيل: نعم، وقيل: لا هو الصحيح ا هـ. ثم قال بعده: استأجر أرضا وشرط تعجيل الاجرة. إلى الحصاد أو الدياس يفسد العقد ولو لم

يشترطه في العقد بل بعده لا يفسد كما في البيع فإن الرواية، محفوظة أنه لو باع مطلقا ثم أجل الثمن إلى حصاد ودياس لا يفسد ويصح الاجل. تنبيه: على مما مر أن الأجل عن ضربين: معلومة، ومجهولة، والمجهولة على ضربين: متقاربة كالحصاد، ومتفاوتة كهبوب الريح، فالثمن العين يفسد بالتأجيل ولو معلوما، والدين لا يجوز لمجهول، لكن لو جهالته متقاربة وأبطله المشتري قبل محله وقبل فسخه للفساد انقلب جائزا لا لو بعد مضيه. أما لو متفاوتة وأبطله المشتري قبل التفريق انقلب جائزا كما في البحر عن السراج. هذا وذكر الشارح في البيع الفاسد عن العيني ما يوهم أن الاخير لا ينقلب جائزا وليس كذلك، فافهم. ونقل الشارح هناك تبعا للمصنف عن ابن كمال وابن ملك أن إبطاله قبل التفريق شرط في المجهول جهالة متقاربة كالحصاد وهو خطأ، كما سنبينه هناك إن شاء الله تعالى. قوله: (فليس بتأجيل) لأن مجرد الأمر بذلك لا يستلزم التأجيل، تأمل. قوله: (إن أخل بنجم) حال من فاعل جعله بتقدير القول: أي جعله ربه نجوما قائلا إن أخل الخ ا هـ ح. مطلب مهم في أحكام النقود إذا كسدت أو انقطعت أو غلت أو رخصت قوله: (قلت ومما يكثر وقوعه الخ) اعلم أنه إذا اشترى بالدرهم التي غلب غشها أو بالفلوس ولم يسلمها للبائع ثم كسدت بطل البيع، والانقطاع عن أيدي الناس كالفساد، ويجب على المشتري رد المبيع لو قائما ومثله أو قيمته لو هالكا، وإن لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا، وهذا عنده، وعندهما: لا يبطل البيع، لأن المتعذر التسليم بعد الفساد، وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج، لكن عند أبي يوسف: تجب قيمته يوم البيع، وعند محمد: يوم الكساد، وهو آخر ما تعامل الناس بها. وفي الذخيرة: الفتوى على قول أبي يوسف. وفي المحيط والتممة والحقائق: ويقول محمد يفتي رفقا بالناس ا هـ. والكساد: أن تترك المعاملة بها في جميع البلاد، فلو في بعضها لا يبطل، لكنه تتعيب إذا لم ترج في بلدهم، فيتخير البائع إن شاء أخذه وإن شاء أخذ قيمته. وحد الانقطاع أن لا يوجد في السوق، وإن وجد في يد الصارفة والبيوت، هكذا في الهداية، والانقطاع كالفساد كما في كثير من الكتب، لكن قال في المصنوعات: فإن انقطع ذلك فعليه من الذهب والفضة قيمته في آخر يوم انقطع، هو المختار ا هـ. هذا، إذا كسدت وانقطعت، أما إذا غلت قيمتها أو انتقضت فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري، وبطالب بالنقد بذلك العيار الذي كان وقت البيع، كذا في فتح القدير وفي البزازية عن المنتقى: غلت الفلوس أو رخصت فعند الامام الاول والثاني: أولا ليس عليه غيرها. وقال الثاني ثانيا: عليه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض، وعليه الفتوى. وهكذا في الذخيرة والخلاصة عن المنتقى، ونقله في البحر وأقره. فحيث صرح بأن الفتوى عليه في كثير

من المعتبرات، فيجب أن يعول عليه إفتاء وقضاء، ولم أر من جعل الفتوى على قول الامام. هذا خلاصة ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى في رسالته بذل المجهود في مسألة تغير النقود وفي الذخيرة

[40]

عن المنتقى إذا غلت الفلوس قبل القبض أو رخصت. قال أبو يوسف، قولني وقول أبي حنيفة في ذلك سواء، وليس له غيرها، ثم رجع أبو يوسف وقال: عليه قيمتها من الدراهم، يوم وقع البيع ويوم وقع القبض أ هـ. وقوله: يوم وقع البيع: أي في صورة البيع، وقوله: ويوم وقع القبض: أي في صورة القرض كما نبه عليه في النهر في باب الصرف. وحاصل ما مر: أنه على قول أبي يوسف المفتى به، لا فرق بين الكساد والانقطاع والرخص والغلاء في أنه تجب قيمتها يوم وقع البيع أو القرض لا مثلها. وفي دعوى البرازية، من النوع الخامس عشر، عن فوائد الامام أبي حفص الكبير: استقرض منه داني فلوس حال كونها عشرة بدانق فصارت ستة بدانق، أو رخص وصار عشرون بدانق يأخذ منه عدد ما أعطى ولا يزيد ولا ينقص أ هـ. قلت: هذا مبني على قول الامام، وهو قول أبي يوسف أولا، وقد علمت أن المفتى به قوله ثانيا بوجوب قيمتها يوم القرض، وهو داني: أي سدس درهم سواء صار الآن ستة فلوس بدانق أو عشرين بدانق، تأمل. ومثله ما سيذكره المصنف في فصل القرض من قوله: استقرض من الفلوس الرائجة والعدالي فكسدت فعليه مثلها كاسدة لا قيمتها أ هـ. فهو على قول الامام. وسيأتي في باب الصرف متنا وشرحا اشترى شيئا به: أي بغالب الغش، وهو نافق أو بفلوس نافقة، فكسد ذلك قبل التسليم للبائع بطل البيع كما لو انقطعت عن أيدي الناس، فإنه كالكساد وكذا حكم الدراهم، لو كسدت أو انقطعت بطل وصحاحه بقيمة المبيع وبه يفتى رفقا بالناس. بحر وحقائق أ هـ. وقوله: بقيمة المبيع، صوابه: بقيمة الثمن الكاسد، وفي غاية البيان: قال أبو الحسن: لم تختلف الرواية عن أبي حنيفة في قرض الفلوس إذا كسدت أن عليه مثلها. قال بشر: قال أبو يوسف: عليه قيمتها من الذهب يوم وقع القرض في الدراهم التي ذكرت لك أصنافها: يعني البخارية والطبرية واليزيدية. وقال محمد: قيمتها في آخر نفاقها. قال القدوري: وإذا قبت من قول أبي حنيفة في قرض الفلوس ما ذكرنا فالدراهم البخارية فلوس على صفة مخصوصة والطبرية واليزيدية. هي التي غلب الغش عليها فتجري مجرى الفلوس، فلذلك قاسها أبو يوسف على الفلوس أ هـ. ما في غاية البيان. وما ذكره في القرض جاز في البيع أيضا. كما قدمناه عن الذخيرية من قوله يوم وقع البيع الخ. ثم اعلم أن الذي فهم من كلامهم أن الخلاف المذكور، إنما هو في الفلوس والدراهم الغالبة الغش، ويدل عليه أنه في بعض العبارات اقتصر على ذكر الفلوس، في بعضها ذكر العدالي معها، وهي كما في البحر عن البناية بفتح العين المهملة والداد وكسر اللام: دراهم فيها غش. وفي بعضها تقييد الدراهم بغالبة الغش، وكذا تعليلهم قول الامام بطلان البيع، بأن الثمنية بطلت بالكساد لان الدراهم التي غلب غشها إنما جعلت ثمنا بالاصطلاح، فإذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح فلم تبق ثمنا فيقي البيع بلا ثمن فبطل. ولم أر من صرح بحكم الدراهم الخالصة أو المغلوبة الغش، سوى ما أفاده الشارح هنا. وينبغي أنه لا خلاف في أنه لا يبطل البيع بكساده، ويجب على المشتري مثلها في الكساد، والانقطاع والرخص والغلاء، أما عدم بطلان البيع، فلأنها ثمن خلقة فترك المعاملة بها لا يبطل ثمنيتها فلا يتأتى تعليل البطلان المذكور، وهو بقاء البيع بلا ثمن، وأما وجوب مثلها وهو ما وقع عليه العقد كمائة ذهب مشخص، أو مائة ريال فرنجي فليقاء ثمنيتها أيضا وعدم بطلان تقومها، وتامم بيان ذلك في رسالتنا (تنبيه الرقود في أحكام النقود). وأما ما ذكره الشارح

[41]

من أنه تجب قيمتها من الذهب فغير ظاهر، لان مثليتها لم تبطل، فكيف يعدل إلى القيمة؟ وقوله: إذا لم يمكن الخ فيه نظر لان منع السلطان التعامل بها في المستقبل لا يستلزم منع الحاكم من الحكم على شخص بما وجب عليه منها في الماضي. وأما قوله: ولا يدفع قيمتها من الجديدة فظاهر، وبيانه أن كسادها عيب فيها عادة، لان الفضة الخالصة إذا كانت مضروبة رائجة تقوم بأكثر من غيرها، فإذا كانت العشرة من الكاسدة تساوي تسعة من الرائجة مثلا: فإن ألزمتنا المشتري بقيمتها

وهو تسعة من الجديدة يلزم الربا، وإن ألزمنه بعشرة نظرا إلى أن الجودة والرداءة في باب الربا غير معتبرة يلزم ضرر المشتري، حيث ألزمنه بأحسن مما التزم فلم يمكن إلزامه بقيمتها من الجديدة ولا بمثلها منها، فتعين إلزامه بقيمتها من الذهب، لعدم إمكان إلزامه بمثلها من الكاسدة أيضا لما علمت من منع الحكام منه لكن علمت ما فيه. هذا ما ظهر لي في هذا المقام، والله سبحانه وتعالى أعلم، وبقي ما لو وقع الشراء بالقروش كما هو عرف زماننا، ويأتي الكلام عليه قريبا، قوله: (أما ما غلب غشه الخ) أفاد أن كلامه السابق فيما كان خاليا عن الغش أو كان غشه مغلوبا، وأنه لا خلاف فيه على ما يفهم من كلامهم كما قرناه آنفا. قوله: (كما سيحجى في فصل القرض) صوابه في باب الصرف كما علم مما قدمناه. قوله: (وهذا) أي ما ذكره في المتن من صحة البيع بثمن مؤجل إلى معلوم. قوله: (بثمن دين الخ) أراد بالدين ما يصح أن يثبت في الذمة سواء كان نقدا أو غيره، وبالعين ما قابله، فدخل في الدين الثوب الموصوف بما يعرفه لقوله في الفتح وغيره. إن الثياب كما تثبت مبيعا في الذمة بطريق السلم تثبت دينا مؤجلا في الذمة على أنها ثمن، وحينئذ يشترط الاجل، لا لأنها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها دينا في الذمة، فلذا قلنا: إذا باع عبدا بثوب موصوف في الذمة إلى أجل جاز، ويكون بيعا في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب، وإنما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع بيعه قبل قبضه للاحقه بالمسلم فيه ا هـ. فافهم. قوله: (وبخلاف جنسه) عطف على قوله: بثمن دين وفي بعض النسخ أو بدل الواو، والاولى أولى لان الشرط كل منهما لا أحدهما كما أفاده ط. وقوله: ولم يجمعهما قدر جملة حالية، والقدر: كيل أو وزن، وذلك كبيع ثوب بدراهم، واحتراز عما لو كان بجنسه، وجمعهما قدر ككر بر بمثله أو كان بجنسه ولم يجمعهما قدر كثوب هروي بمثله أو كان بخلاف جنسه وجمعهما قدر ككر بر بكر شعير فإنه لا يصح التأجيل لما فيها من ربا النساء، فقول الشارح لما فيه من ربا النساء بالفتح: أي التأخير لتعليل لمفهوم المتن، وهو عدم صحة التأجيل في الصور الثلاثة، أفاده ج. قلت: بقي شرط آخر، وهو أن لا يكون المبيع الكيلي أو الوزني هالكا، فقد ذكر الخير الرملي أول البيوع عن جواهر الفتاوى له على آخر حنطة غير السلم فباعها منه بثمن معلوم إلى شهر لا يجوز، لانه بيع الكالئ بالكالئ، وقد نهينا عنه، وإن باعها ممن عليه ونقد المشتري الثمن في المجلس جاز فيكون دينا يعين ا هـ. وذكر المسألة في المنح قبيل باب الربا، ومثله كل مكيل وموزون وكالبيع الصلح، ففي الثلاثين من جامع الفصولين: ولو غصب كبر بر فصالحه وهو قائم على دراهم

مؤجلة جاز، وكذا الذهب والفضة وسائر الموزونات، ولو صالحه على كيل مؤجل لم يجز، إذ الجنس بانفراده يحرم النساء، ولو كان البر هالكا لم يجز الصلح على شيء من هذا نسيئة، لانه دين بدين، إلا إذا صالح على بر مثله أو أقل منه مؤجلا جاز، لانه عين حقه، والخط جائز لا لو على أكثر للربا والصلح على بعض حقه في الكيلي والوزني حال قيامه لم يجز ا هـ. وفي البزازية، الحيلة في جواز بيع الحنطة المستهلكة بالنسيئة، أن يبيعها بثوب ويقبض الثوب ثم يبيعه بدراهم إلى أجل ا هـ. أقول: وتجري هذه الحيلة في الصلح أيضا وهي واقعة الفتوى، ويكثر وقوعها ا هـ. قوله: (فمد سقوط الخيار عنده) أي عند أبي حنيفة، لان ذلك وقت استقرار البيع. قوله: (مد تسلم) متعلق بأجل. قوله: ا هـ لمنع اللام للتعليل أو للتوفيت متعلقة بما تعلق به قوله: وللمشتري. قوله: (تحصيلا لفائدة التأجيل) وهي التصرف في المبيع وإيفاء الثمن من ربحه مثلا. قوله: (فلو معينة كسنة كذا، ومثله إلى رمضان مثلا). قوله: (لان التقصير منه) تعليل للثانية، أما الاولى فلكونه لما عين تعين حقه فيما عينه فلا يثبت في غيره. قوله: (والثمن المسمى قدره لا وصفه) لما كان قول المصنف: ينصرف مطلقه موهوما أن المراد بالمطلق، ما لم يذكر قدره ولا وصفه بقريته قوله أولا وشرط لحصته معرفة قدر ووصف ثمن، دفع ذلك بأن المراد المطلق عن تسمية الوصف فقط. مطلب: يعتبر الثمن في مكان العقد وزمنه قوله: (مجمع الفتاوى) فإنه قال معزيا إلى بيوع الخزانة: باع عينا من رجل بأصفهان بكذا من الدنانير فلم ينقد الثمن حتى وجد المشتري ببخارى، يجب عليه الثمن بعيار أصفهان، فيعتبر مكان العقد ا هـ. منح. قلت: وتظهر ثمرة ذلك إذا كانت مالية الدينار مختلفة في البلدين، وتوافق العاقدان على أخذ قيمة الدينار لفقده أو كساده في البلدة الاخرى، فليس للبائع أن يلزمه بأخذ قيمته التي في بخارى إذا كانت أكثر من قيمته التي في أصفهان، وكما يعتبر مكان العقد يعتبر زمنه أيضا كما يفهم مما قدمناه في مسألة الكساد والرخص، فلا يعتبر زمن

الإبقاء: لأن القيمة فيه مجهولة وقت العقد. وفي البحر عن شرح المجمع: لو باعه إلى أجل معين شرط أن يعطيه المشتري أي نقد يروج يومئذ كان البيع فاسدا. قوله: (كذهب شريفى وبنديقي) فإنهما اتفقا في الرواج لكن مالية أحدهما أكثر، فإذا باع بمائة ذهب مثلا ولم يبين صفته فسد للتنازع، لأن البائع يطلب الأكثر مالية والمشتري يدفع الأقل. قوله: (مع الاستواء في رواجها) أما إذا اختلفت رواجها مع اختلاف ماليتهما أو بدونها فيصح، وينصرف إلى الأراج، وكذا يصح لو استوت مالية ورواجها، لكن يخير المشتري بين أن يؤدي أيهما شاء .

[43]

والحاصل: أن المسألة رباعية، وأن الفساد في صورة واحدة: وهي الاختلاف في المالية فقط، والصحة في الثلاث الباقية كما بسطه في البحر، ومثل في الهداية مسألة الاستواء في المالية والرواج بالثنائي والثلاثي، واعترضه الشراح بأن مالية الثلاثة أكثر من الاثنين. وأجاب في البحر بأن المراد بالثنائي ما قطعنا منه بدرهم، وبالثنائي ما ثلاثة منه بدرهم. مطلب مهم في حكم الشراء بالقروش في زماننا قلت: وحاصله: أنه إذا اشترى بدرهم فله دفع درهم كامل أو دفع درهم مكسر قطعتين، أو ثلاثة حيث تساوى الكل في المالية والرواج، ومثله في زماننا الذهب يكون كاملا ونصفين وأربعة أرباع، كلها سواء في المالية والرواج، بل ذكر في الفنية في باب المتعارف بين التجار كالمشروط برمز عت: باع شيئا بعشرة دنانير واستقرت العادة في ذلك البلد أنهم يعطون كل خمسة أسداس مكان الدينار واشتهرت بينهم، فالعقد ينصرف إلى ما تعارفه الناس فيما بينهم في تلك التجارة، ثم رمز فك جرت العادة فيما بين أهل خوارزم، أنهم يشترون سلعة بدينار ثم ينقدون ثلثي دينار محمودية أو ثلثي دينار وطسوج نيسابورية قال: يجري على المواضع ولا تبقى الزيادة دينا عليهم ا هـ. ومثله في البحر عن التتارخانية، ومنه يعلم حكم ما تعورف في زماننا من الشراء بالقروش، فإن القرش في الأصل قطعة مضروبة من الفضة تقوم بأربعين قطعة من القطع المصرية المسماة في مصر نصفاً، ثم إن أنواع العملة المضروبة تقوم بأربعين قطعة من فمنا ما يساوي عشرة قروش، ومنها أقل، ومنها أكثر، فإذا اشترى بمائة قرش، فالعادة أنه يدفع ما أراد إما من القروش أو مما يساويها من بقية أنواع العملة من ريال أو ذهب، ولا يفهم أحد أن الشراء وقع بنفس القطعة المسماة قرشا، بل هي أو ما يساويها من أنواع العملة المتساوية في الرواج المختلفة في المالية، ولا يرد أن صورة الاختلاف في المالية مع التساوي في الرواج: هي صورة الفساد من الصور الأربع، لأنه هنا لم يحصل اختلاف مالية الثمن حيث قدر بالقروش، وإنما يحصل الاختلاف إذا لم يقدر بها، كما لو اشترى بمائة ذهب وكان الذهب أنواعا كلها راجعة مع اختلاف ماليتهما، فقد صار التقدير بالقروش في حكم ما إذا استوت في المالية والرواج، وقد مر أن المشتري يخير في دفع أيهما شاء، قال في البحر: فلو طلب البائع أحدهما للمشتري دفع غيره، لأن امتناع البائع من قبول ما دفعه المشتري ولا فضل تعنت ا هـ. بقي هنا شئ وهو أنا قدمنا أنه علي قول أبي يوسف المفتى به: لا فرق بين الكساد والانقطاع والرخص والغلاء في أنه تجب قيمتها يوم وقع البيع أو القرض إذا كانت فلوسا أو غالبية الغش، وإن كان فضة خالصة أو مغلوبة الغش تجب قيمتها من الذهب يوم البيع على ما قاله الشارح، أو مثلها على ما بحثناه، وهذا إذا اشترى بالريال أو الذهب، مما يراى نفسه، أما إذا اشترى بالقروش المراد بها ما يعم الكل كما قررناه، ثم رخص بعض أنواع العملة أو كلها واختلفت في الرخص، كما وقع مرارا في زماننا، ففيه اشتباه، فإنها إذا كانت غالبية الغش، وقلنا تجب قيمتها يوم البيع، فهنا لا يمكن ذلك لأنه ليس المراد بالقروش نوع معين، من العملة حتى نوجب قيمته، وإذا قلنا: إن الخيار للمشتري في تعيين نوع منها كما كان الخيار له قبل أن ترخص، فإنه كان مخيرا في دفع أي نوع أراد، فإبقاء الخيار له

[44]

بعد الرخص يؤدي إلى النزاع والضرر، فإن خياره قبل الرخص لا ضرر فيه على البائع، أما بعده ففيه ضرر، لأن المشتري ينظر إلى الانفع له والاضر على البائع فيختاره، فإن كان يساوي عشرة إذا صار نوع منه بثمانية ونوع منه بثمانية ونصف، يختار ما صار بثمانية فيدفعه للبائع، ويحسبه عليه بعشرة كما كان يوم البيع، وهذا

في الحقيقة دفع ما كان يوم البيع لا قيمته. لان قيمة كل نوع تعتبر بغيره، فحيث لم يمكن دفع القيمة لما قلنا ولزم من إبقاء الخيار للمشتري، لزوم الضرر للبائع حصل الاشتباه في حكم المسألة كما قلنا، والذي حررته في رسالتي تنبيه الرقود أنه ينبغي أن يؤمر المشتري بدفع المتوسط رخصا لا بالأكثر رخصا ولا بالأقل، حتى لا يلزم اختصاص الضرر به ولا بالبائع، لكن هذا إذا حصل الرخص لجميع أنواع العملة، أما لو بقي منها نوع على حاله، فينبغي أن يقال بالزام المشتري الدفع منه، لان اختياره دفع غيره يكون تعنتا بقصده إضرار البائع مع إمكان غيره، بخلاف ما إذا لم يمكن بأن حصل الرخص للجميع، فهذا غاية ما ظهر لي في هذه المسألة، والله سبحانه أعلم قوله: (إلا إذا بين في المجلس) قال في البحر: فإذا ارتفعت الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ورضي الآخر صح لارتفاع المفسد قبل تقريره فصار كالبيان المقارن. قوله: (هو في عرف المتقدمين الخ) كذا قاله في الفتح: واستدل له بحديث الفطرة: كنا نخرج على عهد رسول الله (ص) صاعا من طعام، أو صاعا من شعير. لكن قال في البحر وفي المصباح: الطعام عند أهل الحجاز البر خاصة، وفي العرف اسم لما يؤكل مثل الشراب اسم لما يشرب وجمعه أطعمة أ هـ. والمراد به في كلام المصنف الحبوب كلها لا البر وحده ولا كل ما يؤكل بقرينة قوله: كيلا وجزافا أ هـ. قوله: (كيلا وجزافا) منصوبان على الحال لانهما بمعنى اسم الفاعل أو المفعول، فافهم. قوله: (مثلث الجيم الخ) أي يجوز في جيمه الحركات الثلاث في القاموس الجراف، والجرافة مثلثتين، والمجازفة: الحدس في البيع والشراء معرب كراف أ هـ. والحدس: الظن والتخمين. وحاصله ما في المغرب: من أنه البيع والشراء بلا كيل ولا وزن. ونقل ط. أن شرط جوازه أن يكون مميزا مشارا إليه، قوله: (إذا كان بخلاف جنسه) أما بجنسه فلا يجوز مجازفة، لاحتمال التفاضل، إلا إذا ظهر تساويهما في المجلس. بحر. حتى لو لم يحتمل التفاضل، كأن باع كفة ميزان من فضة بكفة منها جاز وإن كان مجازفة، كما في الفتح، والمجازفة فيه بسبب أنه لا يعرف قدرها. قوله: (لشرطية معرفته) لاحتمال أن يتفاسخا السلم فيريد المسلم إليه دفع ما أخذ، ولا يعرف ذلك إلا بمعرفة القدر ط. قوله: (ومن المجازفة البيع الخ) صرح بأنه من المجازفة، مع أن ظاهر المتن أنه ليس منها بقرينة العطف. والاصل فيه المغايرة لانه على صورة الكيل والوزن وليس به حقيقة. أفاده من النهر قوله (وللمشتري الخيار فيهما) (أفاد أن البيع جائز غير لازم وهذا الخيار خيار كشف

الحال، بحر. وفي رواية: لا يجوز البيع والاول أصح وأظهر كما في الهداية، وأول في الفتح قوله: لا يجوز بأنه لا يلزم توفيقا بين الروايتين: أي فلا حاجة إلى التصحيح لارتفاع الخلاف، فاعتراض البحر عليه بأنه خلاف ظاهر الهداية غير ظاهر. وفي البحر عن السراج: ويشترط لبقاء عقد البيع على الصحة بقاء الاناء والحجر على حالهما، فلو تلفا قبل التسليم فسد البيع، لانه لا يعلم مبلغ ما باعه منه أ هـ. قوله: (وهذا إذا لم يحتمل الاناء النقصان) بأن لا ينكس ولا ينقبض كأن يكون من خشب أو حديد، أما إذا كان كالزنبيل والجوالق فلا يجوز إلا في قرب الماء استحسانا للتعامل. نهر. قوله: (والحجر التفتت) هذا مروى عن أبي يوسف حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها، لانها تنقص بالجفاف، وعول بعضهم على ذلك، وليس بشئ، فإن البيع بوزن حجر بعينه لا يصح إلا بشرط تعجيل التسليم، ولا جفاف يوجب نقصانا في ذلك الزمان، وما قد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع، بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز في السلم، وكل العبارات تفيد تقييد صحة البيع في ذلك بالتعجيل، وتمامه في الفتح. قال في البحر: وهو حسن جدا، وقواه في النهر أيضا: قوله: (كبيعه الخ) عبر في الفتح وغيره بقوله: وعن أبي جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما يملا الطشت جاز، ولو باعه قدر ما يملا هذا البيت لا يجوز أ هـ. قوله: (وصح فيما سمى) أشار به إلي أن الصاع ليس بقيد، حتى لو قال كل صاعين أو كل عشرة بدرهم صح في اثنين أو عشرة، وعلى هذا فقول المتن: صاع بدل من ما بدل بعض من كل، وفيه من الحزاة ما لا يخفى أ هـ ح. قوله: (في بيع صبرة) هي الطعام المجموع، سميت بذلك لافراغ بعضها على بعض، ومنه قيل للسحاب فوق السحاب صبر. قاله الازهري، وأراد صبرة مشارا إليها كما سيأتي، وليست قيذا، بل كل مكيل أو موزون أو معدود من جنس واحد إذا لم تختلف قيمته كذلك، نهر. وقيد بصبرة احترازا عن صبرتين من جنسين، كما في الغرر. وقال في شرحه الدرر: أي لا يصح البيع عنده في القدر المسمى إذا بيع صبرتان من جنسين كصبرتي بر وشعير كل قفيز أو قفيزين بكذا حيث لم يصح البيع عنده في قفيز واحد لتفاوت الصبرتين، وعندهما يصح فيهما أيضا. وذكر في المحيط والابضاح أن العقد

يُصح على قفيز واحد منهما ا هـ. وقوله: يصم: أي عنده كما في الكافي، وقوله منهما: أي من الصبرتين من جنسين: أي من كل واحدة نصف قفيز كما نبه عليه شراح الهداية. عزيمة. قوله: (كل صاع بكذا) قيل: يجر كل بدل من صبرة، وقيل: مبتدأ وخبر والجملة صفة صبرة ا هـ: أي على تقدير القول: أي مقول فيها كل صاع بكذا، ويحتمل كون الجملة صفة لبيع وكونها في محل نصب على الحال بإضمار القول أيضا. قوله: (مع الخيار للمشتري) أي دون البائع. نهر وفي البحر: ولم يذكر المصنف الخيار على قول الامام، قالوا: وله الخيار في الواحد كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع، ثم نقل عن غاية البيان أن لكل منهما الخيار قبل الكيل، وذلك لان الجهالة قائمة أو لتفرق الصفقة، ثم قال: وصرح في البدائع بلزوم البيع في الواحد، وهذا هو الظاهر، وعندهما البيع في الكل لازم ولا خيار ا هـ. قوله: لتفرق الصفقة عليه) استشكل على قول الامام، لانه قائل بانصرافه إلى الواحد فلا تفريق. وأجاب في المعراج بأن انصرافه إلى الواحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم بالمسائل

[46]

الاجتهادية، فلا ينزل عالما فلا يكون راضيا، كذا في الفوائد الظهيرية. وفيه نوع تأمل ا هـ بحر. ولعل وجه التأمل أنه يلزم عليه أن من علم أن العقد منصرف إلى الواحد لم يثبت له الخيار لعدم تفرق الصفقة عليه، مع أن كلامهم شامل للعالم وغيره، وعن هذا كان الظاهر ما مر عن البدائع من لزوم البيع في الواحد. قوله: (ويسمى خيار التكشف) أي تكشف الحال بالصحة في واحد، وهو من الاضافة إلى السبب ط. قوله: (إن كملت في المجلس) وله الخيار أيضا كما في الفتح والتبيين والنهر، قوله: (لزوال المفسد) وهو جهالة المبيع والتمن. قوله: (قبل تقرره) أي قبل ثبوته بانقضاء المجلس ط. قوله: (أو سمى جملة قفزاتها) (وكذا لو سمى ثمن الجميع ولم يبين جملة الصبرة، كما لو قال: بعثك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم، فإنه يجوز في الجميع اتفاقا، بحر. والحاصل: أنه إن لم يسم جملة المبيع وجملة الثمن صح في واحد، وإن سمى أحدهما صح في الكل كما لو سمى الكل، ويأتي بيان ما لو ظهر المبيع أزيد أو أنقص، وبقي ما إذا باع قفيزا مثلا من الصبرة، والظاهر أنه يصح بلا خلاف للعلم بالمبيع، فهو كبيع الصبرة كل قفيز بكذا إذا سمى جملة قفزاتها، ولذا أفتى في الخيرية بصحة المبيع بلا ذكر خلاف، حيث سئل فيمن اشترى غرائر معلومة من صبرة كثيرة، فأجاب بأنه يصح ويلزم، ولا جهالة مع تسمية الغرائر ا هـ. قوله: (بلا خيار لو عند العقد (صرح به ابن كمال، والظاهر أن التسمية قبل العقد في مجلسه كذلك. قوله: (وبه لو بعده الخ) الضمير الاول للخيار والثاني للعقد. قال ح: أي وصح في الكل بالخيار للمشتري لو سمى جملة قفزاتها بعد العقد في المجلس. قوله: (أو بعده) أي بعد المجلس. قوله: (عندهما): راجع لقوله: أو بعده لكن لا خيار للمشتري في هذه الصورة عندهما خلافا لما تقتضيه عبارته. أفاده ح. قلت: فكان الاصول أن يقول: لا بعده وصح عندهما. وعبارة الملتقى مع شرحه: لا يصح لو زالت الجهالة بأحدهما بعد ذلك: أي المجلس لتقرر المفسد، وقالوا: يصح مطلقا ا هـ. ولا يخفى أن عدم الصحة عنده إنما هو فيما زاد على صاع، أما فيه فالصحة ثابتة وإن لم توجد تسمية أصلا كما تفيد عبارة المتن. قوله: (وبه يفتى) عزاه في الشرنبلالية إلى البرهان، وفي النهر عن عيون المذاهب، وبه يفتى، لا لضعف دليل الامام بل تيسيرا ا هـ. وفي البحر: وظاهر الهداية ترجيح قولهما لتأخير دليلهما كما هو عادته ا هـ. قلت: لكن رجح في الفتح قوله وقوي دليله على دليلهما، ونقل ترجيحه أيضا العلامة قاسم عن الكافي والمحجوبي والنسفي وصدر الشريعة، ولعله من حيث قوة الدليل فلا ينافي ترجيح قولهما من حيث التيسير، ثم رأيت في شرح الملتقى أفاد ذلك، وظاهره ترجيح التيسير على قوة الدليل، قوله: (فإن رضي) تفريع على قوله: وبه لو بعده في المجلس، قوله: (الظاهر نعم) هو رواية محمد عن الامام، استظهرها في النهر على رواية أبي يوسف عنه أنه لا يجوز إلا بتراضيهما. قوله: (وفسد في الكل) أي عنده خلافا لهما، لان الافراد إذا كانت متفاوتة لم يصح في شيء، بحر: أي لا في واحد ولا في أكثر، بخلاف مسألة الصبرة، وسيأتي ترجيح قولهما، وهذا شروع في حكم القيميات بعد بيان حكم المثليات كالصبرة ونحوها من كل مكيل وموزون. قوله: (بفتح) أي بفتح الثاء

[47]

المثلثة، أما بضمها فالكثير من الناس أو من الدراهم، ويكسرهما الهلكة كما في القاموس. قوله: (وثوب) أي يضره التعويض، أما في الكرياس فينبغي جوازه في ذراع واحد كما في الطعام الواحد، بحر عن غاية البيان. قلت: ووجهه ظاهر، فإن الكرياس في العادة لا يختلف ذراع منه عن ذراع، ولذا فرض القهستاني المسألة فيما يختلف في القيمة وقال: فإن الذراع من مقدم البيت أو الثوب أكثر قيمة من مؤخرة أ هـ. فأفاد أن ما لا يختلف مقدمه ومؤخره فهو كالصبرة. قوله: (كل شاة) (أما لو قال شاتين بعشرين، وسمى الجملة مائة مثلاً كان باطلاً إجماعاً وإن وجده كما سمي، لأن كل شاة لا يعرف ثمنها إلا بانضمام غيرها إليها. قاله الحدادي، وفي الخانية: ولو كان ذلك في مكيل أو موزون أو عددي متقارب جاز. نهر. قوله: (وإن علم) أي بعد العقد كما يفيد ما يأتي. قوله: (ولو رضا الخ) في السراج: قال الحلواني: الأصح أن عند أبي حنيفة إذا أحاط علمه بعدد الاغنام في المجلس لا ينقلب صحيحاً، لكن لو كان البائع على رضا ورضى المشتري ينعقد البيع بينهما بالتراضي، كذا في الفوائد الظهيرية، ونظيره البيع بالرقم أ هـ بحر. وفي المجتبى: ولو اشترى عشر شياه من مائة شاة أو عشر بطيخات من وقر فالبيع باطل، وكذا الرمان، ولو عزلها البائع وقبلها اشترى جاز استحساناً، والعزل والقبول بمنزلة إيجاب وقبول أ هـ. ومثله في التتارخانية وغيرها. قال الخير الرملي: وفيه نوع إشكال، وهو أنه تقدم أن التعاطي بعد عقد فاسد لا ينعقد به البيع أ هـ. وانظر ما قدمناه من الجواب عند الكلام على بيع التعاطي. مطلب: البيع بالرقم قوله: (ونظيره البيع بالرقم) بسكون القاف: علامة يعرف بها مقدار ما وقع به البيع من الثمن، فإذا لم يعلم المشتري ينظر إن علم في مجلس البيع نفذ، وإن تفرقا قبل العلم بطل. درر من باب البيع الفاسد. وتعقبه في الشرنبلالية بأن النافذ لازم، وهذا فيه الخيار بعد العلم بقدر الثمن في المجلس، وبأن قوله: بطل غير مسلم لأنه فاسد، يفيد الملك بالقبض وعليه وقيمته، بخلاف الباطل. وأجيب عن الأول بأنه ليس كل نافذ لازماً، فقد شاع أخذهم النافذ مقابل للموقوف أ هـ. وفي الفتح: أن البيع بالرقم فاسد، لأن الجهالة تمكنت في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم، وصارت بمنزلة القمار للخطر الذي فيه أنه سيظهر كذا وكذا، وجوازه فيما إذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الحلواني أ هـ. وانظر ما قدمناه في بحث البيع بالتعاطي. قوله: (ولو سمي الخ) (أي في صلب العقد، فلا ينافي قوله: وإن علم عدد الغنم في المجلس الخ. قال في البحر: قيد بعدم تسمية ثمن الكل، لأنه لو سمي كما إذا قال: بعثك هذا الثوب بعشرة دراهم

وكل ذراع بدرهم، فإنه جاز في الكل اتفاقاً، كما لو سمي جملة الذرعان أو القطيع أ هـ. مطلب: الضابط في كل قوله: (والضابط لكلمة كل الخ) أعلم أنهم ذكروا فروعا في كل ظاهرها التنافي، فإنهم تارة جعلوها مفيدة للاستغراق، وتارة للواحد، وتارة لا تفيد شيئاً منهما، فافتحم صاحب البحر في ذكر ضابط يحصر الفروع المذكورة بعد تصريحهم، بأن لفظ كل لاستغراق أفراد ما دخلته من المنكر وأجزائه في المعرف. قلت: ولذا صح قولك كل رمان مأكول، بخلاف قولك كل الرمان مأكول، لأن بعض أجزائه كقشرة غير مأكول. قوله: (إن لم تعلم نهايتها) أما إن علمت فالامر فيها واضح، كما إذا قال كل زوجة لي طالق، وله أربع زوجات مثلاً فإن كلا تستغرقها أ هـ ح: أي بلا تفصيل. قوله: (فإن لم تؤد للجهالة) أي المفضية إلى المنازعة، والأولى قول البحر: فإن لم تفض للجهالة إلى منازعة. قوله: (كيمين وتعليق) عطف تفسير، وعبرة البحر كمسألة التعليق والامر بالدفع عنه، وذكر قبله مسألة التعليق وقال: إنها للكل اتفاقاً، كما إذا قال كل امرأة أتزوجها أو كلما اشتريت هذا الثوب أو ثوبا فهو صدقة أو كلما ركبت هذه الدابة أو دابة، وفرق أبو يوسف بين المنكر والمعين في الكل، وتمامه في الزيلعي من التعليق. وفي الخانية: كلما أكلت اللحم فعلي درهم، فعليه بكل لقمة درهم، وذكر مسألة الامر بالدفع فيما إذا أمر رجلاً بأن يدفع لزوجته نفقة فقال: ادفع عني كل شهر كذا، فدفع المأمور أكثر من شهر لزم الأمر. قوله: (وإلا) أي بأن أدت للجهالة المفضية إلى المنازعة. قوله: (فإن لم تعلم) أي لم يمكن علمها كما في البحر، ففي عبارته تسامح. قوله: (كإجارة) صورته: أجرتك داري كل شهر بكذا صح في شهر واحد، وكل شهر سكن أوله لزمه. قوله: (وكفالة) صورته: إذا ضمن لها نفقتها كل شهر أو كل يوم، لزمه نفقة واحدة عند الامام، خلافاً لأبي يوسف. بحر. قوله: (وإقرار) صورته: إذا قال لك على كل درهم، ولو زاد من الدراهم فقياس قول الامام عشرة، وقالوا: ثلاثة. بحر. تنبيه: زاد في البحر هنا قسماً آخر، وعبارته: ثم رأيت بعد ذلك في آخر غصب الخانية من مسائل الأبراء لو قال: كل غريم لي فهو في حل، قال ابن مقاتل: لا يبرأ غرماؤه،

لان الابرء إيجاب الحق للغرماء، وإيجاب الحقوق لا يجوز إلا لقوم بأعيانهم، وأما كلمة كل في باب الاباحة فقال في الخانية من ذلك الباب. لو قال كل إنسان تناول من مالي فهو له حلال، قال محمد بن سلمة: لا يجوز، من تناوله ضمن. وقال أبو نصر محمد بن سلام: هو جائز نظرا إلى الاباحة، والاباحة للمجهول جائزة، ومحمد جعله إبراء عما تناوله، والابرء للمجهول باطل، والفتوى على قول أبي نصر ا ه. ويمكن أن يقال في الضابط بعد قوله فهو علي الواحد اتفاقا إن لم يكن فيه إيجاب حق للاحد، فإن كان لم يصح ولا في واحد كمسألة الابرء ا ه. كلام البحر. قوله: (والا) أي بأن علمت في المجلس، والمراد أمكن علمها فيه كما قدمناه عن البحر في قوله: فإن لم تعلم وحينئذ فلا يرد أن الغنم إن علمت في صلب العقد صح في الكل، وإن الصبرة إن علمت في المجلس صح في

[49]

الكل أيضا، فافهم. قوله: (كالغنم) أدخلت الكاف كل معدود متفاوت ط. قوله : (والا) بأن لم متفاوت. قوله: (وصحاه فيهما في الكل) أي وصحح الصحابان العقد في الثلة والصبرة في كل الغنم وكل الافقرة ا ه ح. أي سواء علم في المجلس أو لا، والاولى إرجاع ضمير فيهما إلى المثلي والقيمي، ليشمل المذروع وكل معدود متفاوت. وعبرة مواهب الرحمن هكذا: وبيع صبرة مجهولة القدر كل صاع بدرهم وثلة أو ثوب كل شاة أو ذراع بدرهم صحيح في واحدة في الاولى، فاسد في كل الثانية والثالثة، وأجازه في الكل كما لو عم في المجلس بكيل. أقول: وبه يفتى ا ه. وعبرة القهستاني. وهذا كله عنده، وأما عندهما فنقد في الكل في الصورتين: أي صورتَي المثلي والقيمي بلا خيار للمشتري إن رآه، وعليه الفتوى كما في المحيط وغيره ا ه. قوله: (وإن باع صبرة الخ) قيل: هذا مقابل قوله: وفي صاع في بيع صبرة. قلت: وفيه نظر، بل مقابله قوله وصح في الكل إن سمى جملة قفزانها، وما هنا بيان لذلك المقابل تفصيل له، فافهم. قوله: (على أنها مائة قفيز) قيد بكونه بيع مكايلة، لانه لو اشترى حنطة مجازفة في البيت، فوجد تحتها دكانا خير بين أخذها بكل الثمن وتركها، وكذا لو اشترى ثبرا من حنطة على أنها كذا وكذا ذراعا فإذا هي أقل وإذا كان طعاما في حب فإذا نصفه تبين يأخذه بنصف الثمن، لان الحب وعاء يكال فيه، فصار المبيع حنطة مقدرة والبيت والبئر لا يكال بهما، وشمل ما إذا كان المسمى مشروطا بلفظ أو بالعادة، لما في البزازية: اتفق أهل بلدة على سعر الخبز واللحم، وشاع على وجه لا يتفاوت، فأعطى رجل ثمننا واشترى وأعطاه أقل من المتعارف إن من أهل البلدة يرجع بالنقصان فيهما من الثمن، وإلا رجع في الخبز لانه فيه متعارف، فيلزم الكل لا في اللحم فلا يعم ا ه بحر. قوله: (أخذ الأقل بحصته أو فسخ) أطلق في تخييره عند النقصان في المثلي، وذكر له في البحر قيدين: الاول عدم قبضه كل المبيع أو بعضه، فإن قبض الكل لا يخير كما في الخانية: يعني بل يرجع في النقصان. والثاني عدم كونه مشاهدا له لما في الخانية: اشترى سويقا على أن البائع لته بمن من السمن وتقابضا والمشتري ينظر إليه فظهر أنه لته بنصف من جاز البيع ولا خيار للمشتري، لان هذا مما يعرف بالعيان، فإذا عاينه انتفى الغرر، كما لو اشترى صابونا على أنه متخذ من كذا جرة من الدهن فظهر أنه متخذ من أقل، والمشتري ينظر إلى الصابون وقت الشراء، وكذا لو اشترى قميصا على أنه متخذ من عشرة أدرع وهو ينظر إليه، فإذا هو من تسعة جاز البيع ولا خيار للمشتري ا ه. واعترض في النهر الاول بأن الموجب للتخيير إنما هو تفريق الصفقة، وهذا القدر ثابت فيما لو وجده بعد القبض ناقصا إلا أن يقال: إنه بالقبض صار راضيا بذلك، فتدبره ا ه. قلت: هذا ظاهر إذا علم بنقصه قبل القبض، وإلا فلا يكون راضيا فينبغي التفصيل. تأمل. واعترض في النهر أيضا الثاني، بأن الكلام في مبيع ينقسم أجزاء الثمن فيه على أجزاء المبيع، وما في الخانية ليس منه لتصريحهم بأن السويق قيمى لما بين السويقيين من التفاوت الفاحش بسبب القلي، وكذا الصابون كما في جامع الفصولين، وأما الثوب فظاهر، وعلى هذا فما سيأتي من أنه

[50]

يخير في نقص القيمي بين أخذه بكل الثمن أو تركه مقيدا بما إذا لم يكن مشاهدا، فتدبره ا ه. قلت: وينبغي أن يكون هذا فيما يمكن معرفة النقصان فيه

بمجرد المشاهدة، وذلك إنما يظهر فيما يفحش نقصانه، فإذا شاهده يكون راضيا به، ثم إن الظاهر من كلام الخانية أنه عند المعاينة يلزم البيع بكل الثمن بلا خيار، وكلامنا في التخيير بين الفسخ وأخذ الأقل بحصته لا بكل الثمن، فلذا جعل في النهر عدم المشاهدة قيدا في القيمي لا في المثلي: أي أنه في القيمي يأخذ الأقل بكل الثمن بلا خيار إذا كان مشاهدا، وعن هذا لم يذكره الشارح هنا بل في القيمي. قوله: (ليس في تبعيضه ضرر) خرج ما في تبعيضه ضرر لما في الخانية: لو باع لؤلؤة على أنها تزن مثقالا فوجدها أكثر سلمت للمشتري، لأن الوزن فيما يضره التبعيض وصف بمنزلة الذرعان في الثوب أ هـ. وفيها القول للمشتري في النقصان، وإن وزنه له البائع ما لم يقر بأنه قبض منه المقدار أ هـ. نهر. قوله: (وما زاد للبائع) راجع إلى قوله أو أكثر. قال في النهر: وقيد الزاهدي بما لا يدخل تحت الكيلين أو الوزنين، أما ما يدخل فلا يجب رده. واختلف في قدره: فقليل نصف درهم في مائة، وقيل: دانق في مائة لا حكم له. وعن أبي يوسف: دانق في عشر كثير، وقيل: ما دون حبة عفو في الدينار وفي القفيز المعتاد في زماننا نصف من أ هـ. مطلب: المعتبر ما وقع عليه العقد وإن ظن البائع أو المشتري أنه أقل أو أكثر قوله: (على قدر معين) فما زاد عليه لا يدخل في العقد فيكون للبائع بحر. ومفاده: أن المعتبر ما وقع عليه العقد من العدد، وإن كان ظن البائع أو المشتري أنه أقل أو أكثر، ولذا قال في القينة: عد الكواغد فظنها أربعة وعشرين وأخبر البائع به ثم أضاف العقد إلى عينها ولم يذكر العدد ثم زادت على ما ظنه فهي حلال للمشتري. ساومه الحنطة كل قفيز بثمن معين وحاسبوا فبلغ ستمائة درهم، فغلطوا وحاسبوا المشتري بخمس مائة، وباعوها منه بالخمس مائة، ثم ظهر أن فيها غلطا لا يلزمه إلا خمسمائة. أفرز القصاب أربع شياه، فقال بائعها هي بخمسة كل واحدة بدينار وربع، فجاء القصاب بأربعة دنائير، فقال: هل بعت هذه بهذا القدر والبائع يعتقد أنها خمسة صح البيع. قال: وهذا إشارة إلى أنه لا يعتبر ما سبق أن كل واحدة بدينار وربع أ هـ. وأقره في البحر. قوله: (وإن باع المذروع) كثوب وأرض. در منتقى. قوله: (على أنه مائة ذراع) بيان للمثلية، والاولى أن يزيد بمائة درهم لتتم المماثلة. قوله: (إلا إذا قبض المبيع أو شاهده الخ) قدمنا قريبا أن صاحب البحر ذلك ذكر في بيع المثلي، كالصبرة إذا ظهر المبيع ناقصا، وأنه في النهر بحث في الاول بأنه لا فرق بين ما قبل قبض أو بعده، وفي الثاني بأنه مسلم في نقص القيمي دون المثلي، فلذا ذكر الشارح ذلك في المذروع لأنه قيمي، وترك ذكره في المثلي وكأنه لم يعتبر ما بحثه في النهر في الاول، وهو اعتبار القبض، وقدمنا أنه ينبغي التفصيل، وأن سقوط الخيار بالمشاهدة ينبغي أن يكون فيما يدرك نقصانه بالمشاهدة، قوله: (وأخذ الأكثر) أي قضاء، وهل تحل له الزيادة ديانة؟ فيه خلاف نقله في البحر عن المعراج .

قلت: وظاهر إطلاق المتون اختيار الحل. وفي البحر: عن الغمدة لو اشترى حطبا على أنه عشرون وقرا فوجده ثلاثين طابت له الزيادة في الذرعان. قال في البحر: وهو مشكل، وينبغي أن يكون من قبيل القدر، لأن الحطب لا يتعيب بالتبعيض، فينبغي أن تكون الزيادة للبائع خصوصا إن كان من الطرفاء التي تعورف وزنها بالقاهرة أ هـ. قوله: (لأن الذرع وصف الخ) بيان لوجه الفرق بين القدر في المثليات من مكيل وموزون وبين الذرع في القيميات، حيث جعل القدر أصلا والذرع وصفا، وبنوا على ذلك أحكاما منها ما ذكره هنا من مسألة بيع الصبرة على أنها مائة قفيز بمائة وبيع المذروع كذلك، وقد اختلفوا في وجه الفرق، على أقوال: منها ما ذكره الشارح هنا، وكذا في شرحه على الملتقى حيث قال: قلت: وإنما كان الذرع وصفا دون المقدار، لأن التشقيص يضر الاول دون الثاني، وقالوا: ما تعيب بالتشقيص والزيادة والنقصان وصف، وما ليس كذلك أصل، وكما ما هو وصف في المبيع لا يقابله شيء من الثمن الخ. قوله: (إلا إذا كان مقصودا بالتناول) أي تناول المبيع له، كأنه جعل كل ذراع مبيعا ط. قوله: (لصيرورته) أي الذرع أصلا: أي مقصودا كالقدر في المثليات. قوله: (بإفراده) الباء للسببية. قوله: (كل ذراع بدرهم) ينصب كل حال من الأثر لتأوله بالمشقة: أي مذروعا كل ذراع بدرهم. قوله: (أو فسخ) حاصله: أن له الخيار في الوجهين. أما في النقصان فلتفرق الصفقة، وأما في الزيادة فلدفع التزام الزائد من الثمن، وهو قول الامام وهو الاصح. وقيل: الخيار فيما تفاوت جوانبه كالقميص والسراويل، وأما فيما لا تفاوت كالكرباس فلا يأخذ الزائد لأنه في المعنى المكمل، كذا في شرح الملتقى ط. وقدمنا وجه كونه في معنى المكمل، وأنه جزم به في البحر عن غاية البيان ويأتي أيضا، وكذا يأتي في كلام المصنف ما إذا كانت الزيادة أو النقصان بنصف ذراع، ففيه

تفصيل، وفيه خلاف. تنبيه: قال في الدرر: إنما قال في الأولى: أو ترك. وقال ها هنا: أو فسخ، لأن البيع لما كان ناقصا في الأولى لم يوجد المبيع فلم ينعقد البيع حقيقة، وكان أخذ الأقل بالأقل كالبيع بالتعاطي. وفي الثانية وجد المبيع مع زيادة هي تابعة في الحقيقة، فتدبر ا هـ. قوله: (من مائة ذراع) قيد به وإن كان فاسدا عنده بين جملة ذرعانها، أو لا لدفع قول الخصاف: إن محل الفساد عنده فيما إذا لم يسم جملة، فإنه ليس بصحيح وليصح قوله: لا أسهم، فإنه لو لم يبين جملة السهم كان فاسدا اتفاقا، وحينئذ يكون الفساد فيما إذا لم يبين جملة الذرعان مفهومًا أوليا. أفاده في البحر. قوله: (من دار أو حمام) أشار إلى أنه لا فرق بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها ج. قوله: (وصحاه الخ) ذكر في غاية البيان نقلا عن الصدر الشهيد، والامام العتابي أن قولهما بجواز البيع إذا كانت الدار مائة ذراع، ويفهم هذا من تعليلهما أيضا حيث قال: لأن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار، فأشبهه عشرة أسهم من مائة سهم، وله أن البيع وقع على قدر معين من الدار لا على شائع، لأن الذراع في الأصل اسم لخشبة يذرع بها، واستعير ههنا لما يحله، وهو معين لا مشاع،

[52]

لأن المشاع لا يتصور أن يذرع، فإذا أريد به ما يحله، وهو معين لكنه مجهول الموضع بطل العقد. درر. قلت: ووجه كون الموضع مجهولا أنه لم يبين أنه من مقدم الدار أو من مؤخرها وجوانبها متفاوت قيمة فكان المعقود عليه مجهولا جعالة مفضية إلى النزاع فيفسد، كبيع بيت من بيوت الدار، كذا في الكافي. عزيمة. قوله: (على الصحيح الخ) حاصله: أنه إذا سمي جملة الذرعان صح، وإلا فقليل: لا يجوز عندهما للجهالة، والصحيح الجواز عندهما لأنها جهالة بيدهما: أي المتبايعين إزالتها بأن تقاس كلها فيعلم نسبة العشرة منها فيعلم المبيع. فتح. قوله: (لشيوع السهم) لأن السهم اسم للجزء الشائع، فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم كما في الفتح: أي فهو كبيع عشرة قراريط مثلا من أربعة وعشرين، فإنه شائع في كل جزء من أجزاء الدار، بخلاف الذراع كما مر. قوله: (فبيع بالتعاطي) بناء على أنه لا يلزم في صحته متاركة العقد الأول، وقدمنا الكلام عليه. قوله: (اشترى عددا) أي معدودا، وقوله: من قيمتي بيان له، واحتراز به عن المثلي كالصبرة وقد مر حكمها، وبالعدي عن المذروع ومر حكمه أيضا، فما قيل إن الأولى أن يقول: اشترى قيميا على أنه كذا، لأن كذا عبارة عن العدد مدفوع، فافهم. قوله: (على أنه كذا) بأن قال: بعتك ما في هذا العدل، على أنه عشرة أثواب بمائة درهم. نهر. وفسر الشراء في كلام الكنز بالبيع، فلذا صورته به وهو غير لازم. قوله: (للجهالة) أي جهالة الثمن في النقصان، لأنه لا تنقسم أجزاءه على أجزاء المبيع القيمي، فلم يعلم للأثواب الناقص حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه، فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا فيصير الثمن مجهولا، وجهالة المبيع في فصل الزيادة لأنه يحتاج إلى رد الزائد فيتنازعان في المردود. نهر. قوله: (مشمرا) قيد به، لأنه لو باع أرضا على أنه فيها كذا نخلة فوجدها المشتري ناقصة جاز البيع، ويخير المشتري إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك، لأن الشجر يدخل في بيع الأرض تبعا ولا يكون له قسط من الثمن، وكذا لو باع دارا على أن فيها كذا بيتا فوجدها ناقصة جاز البيع، ويخير على هذا الوجه. بحر عن الخانية. قوله: (فسد) لأن الثمر له قسط من الثمن فإذا كانت الواحدة غير مثمرة لم يدخل المعدوم في البيع فصارت حصة الباقي مجهولة فيكون هذا ابتداء عقد في الباقي بثمن مجهول، فيفسد البيع. بحر عن الخانية. قوله: (كما لو باع) تنظير لا تمثيل، وقوله: عدلا بكسر العين، في المغرب: عدل الشيء: مثله من جنسه وفي المقدار أيضا، ومنه عدلا الحمل ا هـ، فعدل الحمل ما يساوي العدل الآخر في مقداره، وهذا شامل للوعاء وما فيه من الثياب ونحوها، والمراد به هنا الثياب. قوله: (فسد) لأنه يؤدي إلى التنازع في المستثنى، بخلاف ما إذا كان معينا. قوله: (ولو بين الخ) راجع إلى قوله: اشترى عددا من

[53]

قيمي. قوله: (ونقص ثوب) الأول أن يقول ثوبا كما قال في طرف الزيادة، فيكون في نقص ضمير يعود إلى القيمي، وثوبا تمييز، وعلى جعله فاعل نقص يحتاج إلى تقدير ضمير مجرور بمن يعود على القيمي. فتدبر. قوله: بقدره أي بما سوى قدر

الناقص. فتح ونهر. والاول بقدر ما سوى الناقص أو بقدر الموجود المعلوم من المقام أو بقدر القيمي المذكور الذي نقص ثوبا، وهذا أقرب بناء على ما قلنا من أن الاولى نصب ثوبا فيتحد مرجع الضمير في نقص وفي بقدره، قوله: (لجهالة المزيد) فتقع المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من الاحد عشر كما في النهر. قوله: (ولو رد الزائد) أي إلى البائع إن كان حاضرا، وقوله أو عزله: أي أفرزه وأبقاه عنده إن كان البائع غائبا. قوله: (خلاف) مذكور في الشرح والنهر. لم يذكر في النهر خلافا، وإنما ذكره في شرح المصنف وعبارته. قلت: وفي البزازية اشترى عدلا على أنه كذا فوجده أزيد والبائع غائب يعزل الزائد، ويستعمل الباقي، لانه ملكه ا هـ. وكأنه استحسان، وإلا فالبيع فاسد لجهالة المزيد. وقد صرح في الخانية والقنية بأن محمدا قال فيه: استحسنان أن يعزل ثوبا من ذلك، ويستعمل البقية، وفيها قبله: اشترى شيئا فوجده أزيد يدفع الزيادة إلى البائع والباقي حلال له في المثليات، وفي ذوات القيم لا يحل له حتى يشتري منه الباقي، إلا إذا كانت تلك الزيادة مما لا تجري فيها الضنة فحينئذ يعذر ا هـ. وهو يقتضي عدم الحل عند غيبة البائع بالاولى فهو معارض لما تقدم ا هـ. ما في شرح المصنف، وهو مأخوذ من البحر. ويمكن دفع المعارضة بحمل الثاني على القياس، فلا ينافي ما مر أنه استحسان ويظهر منه ترجيح ما مر، لكن ذكروا الاستحسان في صورة غيبة البائع. قال في الخانية: فإن غاب البائع قالوا: يعزل المشتري من ذلك ثوبا ويستعمل الباقي وهذا استحسان أخذ به محمد نظرا للمشتري ا هـ: لانه عند غيبة البائع يلزم الضرر على المشتري بعدم الانتفاع بالمبيع إلى حضور البائع، وربما لا يحضر أو تطول غيبته فلذا استحسنان محمد عزل ثوب واستعمال الباقي نظرا للمشتري، وهذا لا يجري في صورة حضرة البائع لامكان تجديد العقد معه، فالظاهر بقاؤه على القياس، وبه ظهر أنه لا معارضة بين الكلامين، وأن ما ذكره الشارح من إجراء الخلاف في الصورتين غير محرر، فافهم. قوله: (وجاز بيع ذراع منه نهر) عبارة النهر: قيدنا بتفاوت جوانبه، لانها لو لم تتفاوت كالكراس لا تسلم له الزيادة لانه بمنزلة الموزون، حيث لا يضره النقصان، وعلى هذا قالوا: يجوز بيع ذراع منه ا هـ. قوله: (في عشرة وزيادة نصف) أي فيما إذا ظهر أنه عشرة ونصف. قوله: (لانه أنفع) كما لو اشتراه معييا فوجده سالما. نهر: أي حيث لا خيار له. قوله: (في تسعة ونصف) أي في نقصانه نصفًا عن العشرة. قوله: (وقال محمد الخ) يوجد قبل هذا في بعض

النسخ: وقال أبو يوسف: يأخذه في الاولى بأحد عشر بالخيار، وفي الثانية بعشرة به. قوله: (وفي الثاني بتسعة ونصف به) لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه فيجري عليه حكمهما. درر. وقوله: به أي بالخيار، لان في الزيادة نفعا يشوبه ضرر بزيادة الثمن عليه، وفي النقصان فوات وصف مرغوب فيه. نهر قوله: (وهو) أي قول محمد: أعدل الاقوال. قال الاتقاني: وفي غاية البيان: وبه نأخذ. قوله: (لكن صحح القهستاني وغيره الخ) وفي الفتح عن الذخيرة: قول أبي حنيفة أصح ا هـ. وفي تصحيح العلامة قاسم عن الكبرى أنه المختار. قوله: (فعليه الفتوى) تفريع على ما ذكر من تصحيحه، ومشى المتون عليه، لانه إذا اختلف التصحيح لقولين وكان أحدهما قول الامام أو في المتون أخذ بما هو قول الامام لانه صاحب المذهب، وبما في المتون لانها موضوعة لنقل المذهب، وهنا اجتمع الامران فافهم. والله سبحانه وتعالى أعلم. فيما يدخل في البيع تبعا وما لا يدخل فيه ما يصح استثنائه من البيع ومسائل أخرى قوله: (الاصل الخ) في المصباح أصل الشئ: أسفله وأساس الحائط: أصله حتى قيل: أصل كل شئ ما يستند وجود ذلك الشئ إليه ا هـ. وفيه أيضا القاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط، وهو الامر الكلي المنطبق على جميع جزئياته ا هـ. فالمراد هنا أن الاصل الذي يستند إليه معرفة هذا الفصل، هو أن مسائله مبنية على قاعدتين، ولا يخفى أن هذا تركيب صحيح، فافهم. قوله: (على قاعدتين) الاولى: أن يقول على ثلاث قواعد كما في الدرر، وقال: والثالث أن ما لا يكون من القسمين إن كان من حقوق المبيع، ومرافقه يدخل في المبيع بذكرها وإلا فلا ا هـ. وقد ذكره الشارح بقوله: وما لم يكن من القسمين الخ أفاده ط. قوله: (يعني كل ما هو متناول اسم المبيع) أشار به إلى أن البناء في كلام المصنف مثال لا قيد، وكذا الدار ط. قوله: (اتصال قرار الخ) فيدخل الحجارة المخلوقة والمثبتة في الارض والدار لا المدفونة، يدل عليه قولهم: لو اشترى أرضا بحقوقها وانهدم حائط منها فإذا فيه رصاص أو ساج أو خشب: إن من جملة البناء كالذي يكون تحت الحائط يدخل، وإن شاء مودعا فيه فهو للبائع، وإن قال البائع ليس لي فحكمه حكم اللقطة، فقولهم شيئا مودعا يدخل فيه

الاحجار المدفونة، ويقع كثيرا في بلادنا أنه يشتري الارض أو الدار، فيرى المشتري فيها بعد حفرها أحجار المرمر والكذان والبلاط، والحكم فيه إن كان مبنيا فللمشتري، وإن موضوعا لا على وجه البناء فللبائع، وهي كثيرة الوقوع فاعتنم ذلك. بقي لو ادعى البائع أنها كانت مدفونة فلم تدخل، والمشتري أنها مبنية فقد يقال يتحالفان، لانه يرجع إلى الاختلاف في قدر المبيع، وقد يقال :يصدق البائع لان اختلافهما في تابع لم يرد عليه العقد والتحالف، على خلاف

[55]

القياس فيما ورد عليه العقد، فلا يقاس عليه غيره، والبائع ينكر خروجه عن ملكه والاصل بقاء ملكه. فتأمل ا هـ. ملخصا من حاشية المنح للخير الرملي. قوله (وهو ما وضع لا لان يفصله البشر الخ) فيدخل الشجر كما يأتي، لاتصالها بها اتصال قرار إلا اليابس، لانه على شرف القلع كما يأتي، ولا يدخل الزرع لانه متصل لان يفصل، فأشبه متاعا فيها كما في الدرر، إنما يدخل المفتاح لانه تبع للعقل المتصل، فهو كالجاء منه إذ لا ينتفع به إلا به، بخلاف مفتاح القفل كما يأتي. والحاصل: أنه قد يدخل بعض المنقول المنفصل إذا كان تبعا للمبيع بحيث لا ينتفع به إلا به فيصير كالجاء، كولد البقرة الرضيع بخلاف ولد الاثان، وقد يدخل عرفا كفلادة الحمار وثياب العبد، قوله: (وما لا فلا) تبع فيه الدرر، والمناسب إسقاطه ليصح التفصيل في قوله: وما لم يكن من القسمين الخ تأمل. قوله: (فإن من حقوقه ومرافقه) المرافق هي الحقوق في ظاهر الرواية، فهو عطف مرادف، والحق ما هو تبع للمبيع ولا بد له منه ولا يقصد إلا لاجله، كالطريق والشرب للارض كما سيأتي في باب الحقوق إن شاء الله تعالى، قوله: (دخل بذكرها) أي بذكر الحقوق والمرافق. قوله: (والا لا) أي وإن لم يكن من حقوقه ومرافقه لا يدخل وإن ذكرها فلا يدخل الثمر بشراء شجر، لانه وإن كان اتصاله خلقيا فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع، إلا إذا قال بكل ما فيها أو منها، لانه حينئذ يكون من المبيع كما في الدرر. قوله: (فيدخل البناء والمفاتيح الخ) وكذا العلو والكنيف كما في الدرر. وقوله الآتي: في بيع دار متعلق بیدخل: أي إذا باعها بحدودها يدخل ما ذكر وإن لم يقل بكل حق لها أو بمرافقها كما في الدرر. قال: لان الدار اسم لما يدار عليه الحدود، والعلو منها، وكذا البناء. ثم قال: لا يدخل في بيعها الظلة والطريق والشرب والمسيل إلا به: أي بكل حق لها ونحوه. أما الظلة فلانها مبنية على هواء الطريق فأخذت حكمه. وأما الطريق والشرب والمسيل فلانها خارجة عن الحدود، لكنها من الحقوق فتدخل بذكرها، وتدخل في الاجارة بلا ذكرها لانها تعقد للانتفاع، ولا يحصل إلا به، بخلاف البيع، لانه قد يكون للتجارة ا هـ. قلت: وذكر في الذخيرة أن الاصل أن ما لا يكون من بناء الدار ولا متصلا بها لا يدخل، إلا إذا جرى العرف في أن البائع لا يمنع عن المشتري، فالمفتاح يدخل استحسانا لا قياسا لعدم اتصاله، وقلنا بدخوله بحكم العرف ا هـ ملخصا. ومقتضاه: أن شرب الدار يدخل في ديارنا دمشق المحمية للتعرف، بل هو أولى من دخول السلم المنفصل في عرف مصر القاهرة، لان الدار في دمشق إذا كان لها ماء جار وانقطع عنها أصلا لم ينتفع بها، وأيضا إذا علم المشتري أنه لا يستحق شربها بعقد البيع لا يرضى بشرائها إلا بثمن قليل جدا بالنسبة إلى ما يدخل فيها وشربها. وتامم الكلام على ذلك في رسالتنا المسماة نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف. قوله: (المتصلة أغلقها الخ) جمع غلق بفتحيتين: أي ما يغلق على الباب. قال في الفتح: المراد بالغلق ما نسميه ضبة، وهذا إذا كانت مركبة لا إذا كانت موضوعة في الدار ا هـ. هذا، وإنما اقتصر على ذكر المفاتيح للعلم بدخول الاغلاق المتصلة بالاولى، لان دخول المفاتيح بالتبعية لها، فافهم، قوله: (كضبة وكيلون) قيل: الاول هو المسمى بالسكرة، والثاني المسمى بالغال. قوله: (لا القفل) بضم فسكون :

[56]

أي لا يدخل سواء ذكر الحقوق أو لا، وسواء كان الباب مغلقا أو لا، وسواء كان المبيع حائوتا أو بيتا أو دارا كما في الخانية. بحر. قوله: (لعدم اتصاله) وإنما تدخل اللواح، وإن كانت منفصلة لانها في العرف كالابواب المركبة، والمراد بهذه اللواح ما تسمى بمصر درارب الدكان، وقد ذكر فيها عدم الدخول فلا يعود عليه ا هـ. فتح: أي لانها لا ينتفع بالدكان إلا بها. قوله: (والسلم المتصل) في عرف القاهرة ينبغي دخوله

مطلقاً، لأن بيوتهم طبقات لا ينتفع بها بدونه، ولا يرد عدم دخول الطريق من أنه لا انتفاع إلا به، لأن ملك رقبته قد يقصد للاخذ بشفعة الجوار، ولهذا دخل في الإجارة بلا ذكر كما سيأتي. بحر: أي لأن إجارة الأرض لا يقصد بها إلا الانتفاع برقبته فلذا دخل الطريق فيها، بخلاف البيع، لكن لا يخفى أن هذا ناقض للجواب، لأن لقائل أن يقول في بيوت القاهرة: لا يدخل السلم الموضوع، لأنه قد يقصد بشراء البيت الاخذ بالشفعة: أي أن يأخذ بالشفعة ما يجاوره، فلم يكن المقصود الانتفاع برقبته حتى يدخل فيه السلم تبعاً، تأمل. قوله: (المتصلة) هذا يغني عن قوله قبله: المتصل لأنه نعت للثلاثة المذكورة، ولو جعل نعتاً للسريـر والدرج لكان المناسب أن يقول: المتصلان. قال في البحر: ويدخل الباب المركب لا الموضوع، ولو اختلفا فيه فادعاه كل: فلو مركبا متصلا بالبناء فالقول للمشتري، ولو مقلوعا فلو الدار بيد البائع فالقول له، وإلا فللمشتري أ هـ. قلت: وبه علم حكم أبواب الشيابيك، وذلك أن الأبواب التي كلها من الدف تدخل إن كانت مركبة متصلة، والتي من البلور لا تدخل إلا إذا كانت متصلة أيضاً، لأن غير المتصلة توضع وترفع. تأمل. وأما الدف الذي يفرش في إيوان البيوت لدفع العفن والنداوة فالظاهر أنه كالسريـر المسمى بالتخت فيعتبر فيه الاتصال وعدمه، ولكن قد يقال: إن السريـر ينقل ويحول، وأما هذا فإنه لا ينقل من محله فهو في حكم المتصل، فليتأمل. قوله: (لو أسلفها مبنياً) أي فيدخل الحجر الأعلى استحساناً، وهذا في ديارهم، أما في ديار مصر لا تدخل الرحى، لأنها بحجريها تنقل وتحول ولا تبنى، فهي كالباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق فتح. قوله: (والبكرة) أي بكرة البئر التي عليها فتدخل مطلقاً لأنها مركبة بالبئر أ هـ. بحر. وظاهر التعليل أنها لو لم تكن مركبة بأن كانت مشدودة بحبل أو موضوعة بخطاف في حلقة الخشبية التي على البئر أنها لا تدخل، ويحرم. وفي الهندية: والبكرة والدلو الذي في الحمام لا يدخل، كذا في محيط السرخسي. قال السيد أبو القاسم: في عرفنا للمشتري كذا في مختارات الفتاوى أ هـ. وهذا يقتضي أن المعتبر العرف ط. قوله: (في بيعها أي الدار) وهو متعلق بقوله: فيدخل كما قدمناه، قوله: (وكذا بستانها) أي الذي فيها ولو كبيراً لا لو خارجها وإن كان بابها فيها، قاله أبو سليمان، وقال الفقيه أبو جعفر: يدخل لو أصغر منها ومفتحه فيها لا لو أكبر أو مثلها. وقيل: إن صغر دخل وإلا لا، وقيل: يحكم الثمن أ هـ. فتح. قوله: (كما سيحى في باب الاستحقاق) صوابه في باب الحقوق وعبارته: وكذا البستان الداخل، وإن لم يصرح بذلك، لا البستان الخارجي إلا إذا كان أصغر منها فيدخل تبعاً، ولو مثلها أو أكثر فلا إلا بالشرط. زيلعي وعيني أ هـ. وبذلك جزم أيضاً في البحر والنهر هناك. قوله: (ويدخل في بيع الحمام القدور) جمع

قدر بالكسر: آنية يطبخ فيها. مصباح. والظاهر أن المراد بها قدر النحاس التي يسخن فيها الماء، وتسمى حلة، أو المراد الفسافي التي ينزل إليها الماء، ويغسل منها وتسمى أجراناً، لكن إن كانت متصلة فلا كلام، أما إن كانت منفصلة موضوعة. فإن كانت كبيرة لا تنقل ولا تحول، فالظاهر أنها كالمتصلة وألا فلا، تأمل. قال في الفتح: وأما قدر الصباغين والقصارين وأجاجين الغسالين وخوابي الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه الميث كل ذلك في الأرض، فلا يدخل وإن قال بحقوقها. قلت: ينبغي أن تدخل كما إذا قال بمراقفها أ هـ. أقول: بل في التارخانية عن الذخيرة أنه على قياس مسألة البكرة والسلم ما كان مثبتاً في البناء من هذه الأشياء ينبغي أن يدخل في البيع أ هـ: أي وإن لم يقل بحقوقها. قوله: (وفي الحمار إكافه) في القاموس: إكاف الحمار ككتاب وغراب: بردته، وهي الحلس تحت الرحل، وقد تنقط داله أ هـ. وظاهر كلام الفقهاء أنه غيره، والعرف أنها الخشب فوق البردعة. بحر. قوله: (لا لو من الحمريين) جمع حمري وهو من يبيع الحمير، وكأنه لأن عادتهم التجارة فيها مجردة عن الأكاف ط. قلت: ويؤيده قوله في التارخانية: وهذا بحسب العرف، وفيها أيضاً إذا باع حماراً موكفاً دخل الأكاف والبردعة بحكم العرف. وفي الظهيرية: هو المختار، وإن لم يكن عليه بردعة ولا إكاف دخلاً أيضاً، كذا اختاره الصدر الشهيد. وبعضهم قالوا: إذا كان عرباناً لا يدخل شئ. وفي الخانية أن ابن الفضل قال: لا يدخل ولم يفصل بين كونه موكفاً أو لا، وهو الظاهر، ثم إذا دخلاً لا يكون لهما حصة من الثمن كما في ثياب الجارية. قوله: (وتدخل قلاذته عرفاً) في الظهيرية: باع فرساً دخل العذار بحكم العرف، والعذار والمقود واحد أ هـ. لكن في الخانية: لا يدخل المقود في بيع الحمار، لأنه ينقاد بدونه، بخلاف الفرس والبغير. قال في الفتح: وليتأمل في هذا. قوله: (في الاتان الخ) الفرق أن البقرة لا ينتفع بها إلا بالعجل، ولا كذلك الاتان. ظهيرية. قوله: (وتدخل ثياب عبد وجارية الخ) هذا إذا بيعا في الثياب المذكورة، وإلا

دخل ما يستر العورة فقط، ففي البحر: لو باع عبداً أو جارية كان على البائع من الكسوة ما يوارى عورته، فإن بيعت في ثياب مثلها دخلت في البيع أ هـ. ومثله في الفتح. ودخول ثياب المثل بحكم العرف كما مر في التارخانية، وحينئذ فالمدار على المعرف. قوله: (يعطيهما هذه أو غيرها) أي يخير البائع بين أن يعطى ما عليهما أو غيره، لأن الداخل بالعرف كسوة المثل، ولهذا لم يكن لها حصة من الثمن، حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع بشئ، وكذا إذا وجد بها عيبا ليس له أن يردها. زيلعي. زاد في البحر: ولو هلك الثياب عند المشتري، أو تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن أ هـ. وقول الزيلعي: لا يرجع على البائع بشئ. قال بعض الفضلاء: يعني من الثمن، وأما رجوعه بكسوة مثلها فثابت له كما يعلم من كلامهم أ هـ. وفي التارخانية: وكذلك إذا وجد بالجارية عيبا ردها ورد معها ثيابها وإن لم يجد بالثياب عيبا أ هـ. وعليه فما في الزيلعي من قوله: لو وجد بالجارية عيبا كان له أن يردها بدون تلك الثياب، فمعناه كما في البحر: إذا هلك، وإلا لزم حصولها للمشتري بلا مقابل، وهو

[58]

لا يجوز. قوله: (أو قبضها) أي المشتري، وسكت: أي البائع، لانه كالتسليم. منح عن الصيرفية، وفي التارخانية: فأما سلم البائع الحلّى لها فهو لها، وإن سكت عن طلبه وهو يراه، فهو كما لو سلم لها. وفيها عن المحيط: باع عبداً معه مال: فإن سكت عن ذكر المال جاز البيع والمال للبائع هو الصحيح، ولو باعه مع ماله وسمى مقداره، فإن كان الثمن من جنسه لا بد أن يكون الثمن أزيد من مال العبد ليكون بإزاء مال العبد قدره من الثمن، والباقي بإزاء العبد، وتماهه فيها. قوله: (ويدخل الشجر الخ) قال في المحيط: كل ماله ساق ولا يقطع أصله كان شجراً يدخل تحت بيع الأرض بلا ذكر، وما لم يكن بهذه الصفة لا يدخل بلا ذكر لانه بمنزلة الثمرة أ هـ. عن الهندية. قوله: (فيد للمسألتيين) الأولى البناء وما عطف عليه والثانية الشجر ط. قوله: (مثمرة كانت أو لا الخ) لأن محمداً لم يفصل بينهما، ولا بين الصغيرة والكبيرة، فكان الحق دخول الكل، خلافاً لمن قال: إن غير المثمرة لا تدخل إلا بالذكر، لأنها لا تغرس للقرار بل للقطع إذا كبر خشبها، فصارت كالزرع، ولمن قال: إن الصغيرة لا تدخل. فتح. وفي التارخانية عن المحيط: إن هذا أصح: أي عدم التفصيل أ هـ. قلت: لكن في الذخيرة إن العرائس والأشجار والابنية تدخل، لأنها ليس بنهايتها مدة معلومة فتكون للتأييد فتتبع الأرض، بخلاف الزرع والثمر، لأن لقطعها غاية معلومة فكانت كالمقطوع أ هـ. ملخصاً. ومقتضاه أن غير المثمر المعد للقطع كالزرع، إلا أن يقال: إنه ليس له نهاية معلومة. قوله: (لأنها على شرف القلع) فهي كحطب موضوع فيها. فتح. قوله: (كالبناء) أشار بذكره إلى أن العلة في دخول الشجر: هي العلة في دخول البناء، وهي أنهما وضعا للقرار ط. قوله: (فلو فيها صغار الخ) نقله في الفتح عن الخانية. وبأني قريباً ما يفيد أن صغرهما وقطعها في كل سنة غير قيد. قوله: (وإن من وجه الأرض لا) أي لا تدخل، لأنها تكون حينئذ كالثمرة كما يعلم مما تذكره قريباً. قوله: (وتماهه في شرح الوهبانية) حاصله: أنه في الواقعات صرح بأن القصب لا يدخل بلا شرط لانه ما يقطع فكان بمنزلة الثمرة. وأخذ الطرسوسي من التعليل بالقطع أن الحور ونحوه مما يقطع في أوقات معروفة لا يدخل. ونازعه تلميذه ابن وهبان بأن القصب يقطع في كل سنة، فكان كالثمرة، بخلاف خشب الحور فلا وجه لللاحاق أ هـ. لكن في الواقعات أيضاً: لو فيها أشجار تقطع في كل ثلاث سنين، فلو تقطع من الأصل تدخل، ولو من وجه الأرض فلا، لأنها بمنزلة الثمرة. قال ابن الشحنة: فيه إشارة إلى أن العلة كونه يباع شجراً بأصله فلا يكون، كالثمرة بخلاف المقطوع من وجه الأرض مع بقاء أصله لانه كالثمرة أ هـ. قلت: والحاصل: أن الشجر الموضوع للقرار، وهو الذي يقصد للثمر يدخل، إلا إذا يبس وصار حطباً كما مر، أما غير المثمر المعد للقطع، فإن لم يكن له نهاية معلومة فلا يدخل أيضاً،

[59]

بخلاف ما أعد للقطع في زمن خاص كأيام الربيع أو في كل ثلاث سنين فهو على التفصيل المذكور، ولا يخفى أن الحور بالمهملتين ليس لقطعها نهاية معلومة، والله سبحانه وتعالى أعلم. هذا، وأعلم أنه نقل في البحر وكذا في شرح الوهبانية عن الخانية: أنه لو باع أرضاً فيها رطية أو زعفران أو خلاف يقلع في كل ثلاث سنين أو

رياحين أو بقول. قال الفضلي: ما على وجه الأرض بمنزلة الثمر لا يدخل بلا شرط، وما في الأرض من أصولها يدخل، لأن أصولها للبقاء بمنزلة البناء، وكذا لو كان فيها قصب أو حشيش أو حطب نابت يدخل أصوله، لا ما على وجه الأرض. واختلفوا في قوائم الخلاف، والصحيح أنها لا تدخل أ هـ. وفي شرح الوهبانية: إن هذا التفصيل أنسب لمقتضى قواعدهم أ هـ. قوله: (دخل الوثائل الخ) الوثل: بالتحريك: الحبل من الليف، والوثيل نبت، كذا في جامع اللغة أ هـ ج. وهو المنقول عن القنية. وفي نسخة: الوثائر، وهو جمع وتيرة، وهي ما يوتر بالاعمدة من البيت كالوترة محركة، كذا في القاموس: ثم قال: وترها يترها. علق عليها أ هـ. فالمراد: ما يعلق عليه الكرم، والذي وقع فيما رأيته من نسخ المنح يدخل الوثائر المشدودة على الاوتار المنصوبة في الأرض أ هـ ط. قلت: والذي رأيته في الشرح وكذا في المنح: الوثائد المشدودة على الاوتاد الخ، بالدال المهملة في الموضعين: تأمل. قوله: (وكذا الاعمدة المدفونة في الأرض) قال في المنح: تقييده بالمدفونة يفيد أن الملقاة على الأرض لا تدخل، لأنها بمنزلة الحطب الموضوع في الكرم، وصارت المسألة واقعة الفتوى، فيفتى بالدخول في المبيع وإن كانت مدفونة، وهي المسماة في ديارنا ببرابر الكرم أ هـ. مطلب: كل ما دخل تبعاً لا يقابله شئ من الثمن قوله: (وفي النهر الخ) قال فيه: ولذا قال في القنية: اشترى داراً فذهب بناؤها لم يسقط شئ من الثمن، وإن استحق أخذ الدار بالحصّة، ومنهم من سوى بينهما أ هـ. ونحو ذلك ثياب الجارية كما سلف ط. وفي الكافي: رجل له أرض بيضاء وآخر فيها نخل، فباعهما رب الأرض بإذن الآخر بألف وقيمة كل واحد خمسمائة، فالثمن بينهما نصفان، فإن هلك النخل قبل القبض بأفة سماوية خير المشتري بين الترك وأخذ الأرض بكل الثمن، لأن النخل كالوصف والثمن بمقابلة الأصل لا الوصف، فلذا لا يسقط شئ من الثمن أ هـ. وقيد في البحر بما إذا لم يفصل ثمن كل، فلو فصل سقط قسط النخل بهلاكها كما في تلخيص الجامع. تنبيه: في حاشية السيد أبي السعود: استفيد من كلامهم: أنه إذا كان لباب الدار المبيعة كيلون من فضة لا يشترط أن ينقد من الثمن ما يقابله قبل الافتراق لدخوله في البيع تبعاً، ولا يشكل بما سيأتي في الصرف من مسألة الامة مع الطوق والسيف المحلي، لأن دخول الطوق والحلية في البيع لم يكن على وجه التبعية، لكون الطوق غير متصل بالامة والحلية وإن اتصلت بالسيف، إلا أن السيف اسم للحلية أيضاً كما سيأتي في الصرف، فكانت من مسمى السيف، إذا علم هذا ظهر أنه في بيع الشاش ونحوه إذا كان فيه علم لا يشترط نقد ما قابل العلم من الثمن قبل الافتراق، خلافاً

لمن توهم ذلك من بعض أهل العصر، لأن العلم لم يكن من مسمى المبيع، فكان دخوله على وجه التبعية، فلا يقابله حصّة من الثمن أ هـ. قلت: وما ذكره في الكيلون غير مسلم، وسنذكر تحرير المسألة في باب الصرف إن شاء الله تعالى. قوله: (ولا يدخل الزرع الخ) إطلاقه يعم إذا ما إذا لم ينبت، لأنه حينئذ يمكن أخذه بالغربال، وما إذا عفن واختار الفضلي وتبعه في الذخيرة أنه حينئذ يكون للمشتري، لأنه لا يجوز بيعه على الأفراد، وبالإطلاق أخذ أبو الليث. نهر. وقال في الفتح: واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل بكل حال كما هو إطلاق المصنف أ هـ. قوله: (إلا إذا نبت ولا قيمة له) ذكر في الهداية قولين في هذه المسألة بلا ترجيح، وذكر في التجنيس: أن الصواب الدخول كما نص عليه القدوري والاسبيجاني، والخلاف مبني على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل. قال في الفتح: يعني أن من قال لا يجوز بيعه قال يدخل، ومن قال يجوز قال: لا يدخل، ولا يخفى أن كلا من الاختلافين مبني على سقوط تقومه وعدمه، فإن القبول بعدم جواز بيعه وبعدم دخوله في البيع كلاهما مبني على سقوط تقومه، والأوجه جواز بيعه على رجاؤه تركه، كما يجوز بيع الجحش كما ولد رجاؤه فينتفع به في ثاني الحال أ هـ. ما في الفتح. وظاهره اختيار عدم الدخول، لاختياره جواز بيعه، وبه صرح في السراج حيث قال: لو باعه بعدما نبت ولم تنله المشافر والمناجل، ففيه روايتان، والصحيح أنه لا يدخل إلا بالتسمية، ومنشأ الخلاف هل يجوز بيعه أو لا؟ الصحيح الجواز أ هـ. والحاصل: أن الصور أربع، لأنه إما أن يكون بعد النبات أو قبله، وعلى كل إما أن يكون له قيمة أو لا، ولا يدخل في الكل، لكن وقع الخلاف فيما ليس له قيمة قبل النبات أو بعده، ففي الثانية الأصح الدخول كما ذكره الشارح بل علمت أنه الصواب، وظاهر الفتح اختيار عدمه، وبه صرح في السراج، وكذا في الأولى اختلف الترجيح فاختار الفضلي الدخول، واختار أبو الليث عدمه كما قدمناه عن النهر والفتح، واقتصر الشارح على استثناء الثانية فقد يفيد

ترجيح ما اختاره أبو الليث في الأولى، لكن قدمنا عن الفتح أن اختيار أبي الليث إنه لا يدخل بكل حال كما هو إطلاق المصنف: يعني صاحب الهداية، وظاهره عدم الدخول في الصور الأربع وقد وقع في البحر ههنا خلل في فهم كلام السراج المتقدم، وفي بيان الخلاف في الصور المذكورة، والصواب ما ذكرناه كما أوضحته فيما علقته، فافهم. تنبيه: قيد بالبيع لأنه في رهن الأرض يدخل الشجر والثمر والزرع، وفي وقفها يدخل البناء والشجر لا الزرع، وكذا لو أقر بأرض عليها زرع أو شجر دخل، ولا يدخل الزرع في إقالة الأرض، وتمامه في البحر. قوله: (ولا الثمر في بيع الشجر) الثمر بمثلثة: الحمل الذي تخرجه الشجرة وإن لم يؤكل، فيقال ثمر الاراك والعوسج والعنب. مصباح، وفي الفتح: ويدخل في الثمرة الورد

[61]

والياسمين ونحوهما من المشمومات. نهر. وشمل ما إذا بيع الشجر مع الأرض أو وحده كان له قيمة أو لا. بحر. قوله: (ليفيد أنه لا فرق) أي بين أن يسمى الزرع والثمر بأن يقول بعثك الأرض وزرعها أو بزرعها أو بالشجر وثمره أو معه أو به، وبين أن يخرج مخرج الشرط فيقول بعثك الأرض على أن يكون زرعها لك أو بعثك الشجر على أن يكون الثمر لك، كذا في المنح هـ ج. ومثله في البحر. مطلب: المجتهد إذا استدل بحديث كان تصحيحاً له قوله: (وخصه بالثمر) أي خص ذكر الشرط بمسألة الثمر دون مسألة الزرع مع إمكان العكس اتباعاً للحديث المذكور الذي استدل به الامام محمد، على أنه لا فرق بين كون الثمر مؤبراً أو لا. التأبير: التلقيح، وهو أن يشق الكم ويذر فيه من طلع النخل ليصلح إنثائها، والكم بالكسر: وعاء الطلع. وأما حديث الكتب الستة. من باع نخلاً مؤبراً فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع فلا يعارضه، لأن مفهوم الصفة غير معتبر عندنا، وما قيل من أن الحديث الأول غريب ففيه أن المجتهد إذا استدل بحديث كان تصحيحاً له كما في التحرير وغيره. نعم، يرد ما في الفتح أم حمل المطلق على المقيد هنا واجب، لأنه في حادثة واحدة في حكم واحد، ثم أجاب عنه بأنهم قاسوا الثمر على الزرع، كما قال في الهداية: إنه متصل للقطع لا للبقاء، وهو قياس صحيح، وهم يقدمون القياس على المفهوم إذا تعارضا. مطلب في حمل المطلق على المقيد واعتراض في البحر قوله إن حمل المطلق على المقيد واجب الخ، بأنه ضعيف، لما في النهاية من أن الأصح أنه لا يجوز لا في حادثة ولا في حادثتين، حتى جوز أبو حنيفة التيمم بجميع أجزاء الأرض بحديث جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً ولم يحمل هذا المطلق على المقيد، وهو حديث التراب طهوراً هـ. أقول: أجبت عنه فيما علقته على البحر بأن المقيد هنا لا ينفي الحكم عما عداه، لأن التراب لقب، ومفهوم اللقب غير معتبر إلا عند فرقة شاذة ممن اعتبر المفاهيم، فليس مما يجب فيه الحمل، فلا دلالة في ذلك على أنه لا يحمل في حادثة عندنا، كيف وحمل المطلق على المقيد عند اتحاد الحكم والحادثة مشهور عندنا مصرح به في متن المنار والتوضيح والتلويح وغيرها، فما استند إليه من كلام النهاية غير مسلم، فافهم. قوله: (ويؤمر البائع بقطعهما) أي فيما إذا باع أرضاً فيها زرع لم يسمه أو شجراً عليه ثم لم يشترطه حتى بقي الزرع والثمر على ملك البائع. قوله: (الزرع والثمر) بدل من ضمير التنبيه، وقوله: الأرض والشجر بدل من المبيع. قوله: (عند وجوب تسليمهما) أي تسليم الأرض والشجر وذلك عند نقد المشتري الثمن. قوله: (لم يؤمر به) أي بالقطع لعدم وجوب التسليم. قوله: (وإن لم يظهر صلاحه) الأولى صلاحهما أي الزرع والثمر وهو المناسب لقوله: بقطعهما. قوله: (لأن ملك المشتري مشغول الخ (علة لقوله: وبأمر البائع بقطعهما الخ،

[62]

وفي النهر عن جامع الفصولين: باع شجراً عليه ثمر أو كرماً عليه عنب لا يدخل الثمر، فلو استأجر الشجرة من المشتري لترك عليه الثمر لم يجز، ولكن يعار إلى الادراك، فلو أبى المشتري يخير البائع إن شاء أبطل البيع أو قطع الثمر هـ. وسيدكره الشارح آخر الباب فتأمل مع قول المتون، ويؤمر البائع بالقطع فإنه ينافي التخيير المذكور، ولعله قول آخر فليحذر. قوله: (وما في الفصولين) أي جامع الفصولين لابن قاضي سماوة جمع فيه بين فصولي العمادي والاستروشنى ط. قوله: (محمول على ما إذا رضي المشتري) أي رضي بإبقاء الزرع بأجر مثل الأرض، وإلا أمر البائع

بالقلع توفيقا بين كلامهم، وأما إذا نقضت المدة في الاجارة فللمستأجر أن يبقى الزرع بأجر المثل إلى انتهائه لانها للانتفاع، وكذلك بالترك دون القلع، بخلاف الشراء لانه لملك الرقبة فلا يراعي فيه إمكان الانتفاع .بحر. مطلب في بيع الثمر والزرع والشجر مقصودا قوله: (ومن باع ثمرة بارزة) لم فرغ من بيع الثمر تبعا للشجر شرع في بيعه مقصودا، ولم يذكر حكم بيع الزرع والشجر مقصودا. قال في الدرر: لا يصح بيع الزرع قبل صيرورته بقله لانه ليس بمنفعة به وتابع للارض، فيكون كالوصف، فلا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده، وإن باع على أن يتركه حتى يدرك لم يجز، وكذا الرطبة والبقول، ويجوز بيع حصته من شريكه مطلقا: أي سواء بلغ أو أن الحصاد أو لا، ومن غيره بغير إذنه إن لم يفسخ إلى الحصاد فإنه حينئذ ينقلب إلى الجواز، كما إذا باع الجذع في السقف ولم يفسخ البيع حتى أخرجه وسلمه ا هـ. ويأتي في المتن بيع البر في سنبله. وفي البحر عن الظهيرية: اشترى شجرة للقلع يؤمر بقلعها بعروقها، وليس له حفر الارض إلى انتهاء العروق بل يقلعها على العادة، إلا أن شرط البائع القطع على وجه الارض، أو يكون في القلع من الاصل مضره للبائع ككونها بقرب حائط أو بئر فيقطعها على وجه الارض، فإن قطعها أو قلعها فبنت مكانها أخرى، فالنبات للبائع، إلا إذا قطع من أعلاها فهي للمشتري. سراج، ولو اشترى نخلة ولم يبين أنها للقلع أو للقرار، قال أبو يوسف: لا يملك أرضها وأدخل محمد ما تحتها وهو المختار، وإن اشتراها للقطع لا تدخل الارض اتفاقا، وإن للقرار تدخل إتفاقا وإن باع نصيبا له من شجرة بلا إذن الشريك جاز إن بلغت أو أن قطعها وإلا فلا ا هـ. وقدمنا في الشركة حكم بيع الحصة الشائعة من ثمر أو زرع أو شجر مفصلا موضحا، فراجع. قوله: (أما قبل الظهور) أشار إلى أن البروز بمعنى الظهور، والمراد به انفراك الزهر عنها وانعقادها ثمرة وإن صغرت. قوله: (ظهر صلاحها أو لا) قال في الفتح: لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر، ولا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك، ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به، ولا في الجواز بعد بدو الصلاح، ولكن بدو الصلاح عندنا أن تؤمن العاهة والفساد. وعند الشافعي: هو ظهور النضج وبدو الحلاوة، والخلاف إنما هو في بيعها قبل بدو الصلاح على

الخلاف في معناه، لا بشرط القطع، فعند الشافعي ومالك وأحمد: لا يجوز، وعندنا: إن كان بحال لا ينتفع به في الاكل ولا في علف الدواب فيه خلاف بين المشايخ. قيل: لا يجوز، ونسبه قاضيان لعامة مشايخنا، والصحيح أنه يجوز لانه مال منتفع به في ثاني الحال إن لم يكن منتفعا به في الحال، والحيلة في جوازه باتفاق المشايخ أن يبيع الكمثري أول ما تخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للأوراق كأنه ورق كله، وإن كان بحيث ينتفع به ولو علقا للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب إذا باع بشرط القطع أو مطلقا ا هـ. قوله: (لا يصح في ظاهر المذهب) قال في الفتح: ولو اشتراها مطلقا: أي بلا شرط قطع أو ترك فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع، لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز فاشبهه هلاكه قبل التسليم، ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط، والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه، لانه في يده، وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا كما ذكرنا ا هـ. ومقتضاه أنها لو أثمرت بعد القبض يصح في البيع في الموجود وقت البيع، بإطلاق المصنف تبعا للزيلعي محمول على ما إذا باع الموجود والمعدوم كما يفيد ما يأتي عن الحلواني، وما ذكره في الفتح من التفصيل محمول على ما إذا باع الموجود فقط، وعلى هذا فقول الفتح عقب ما قدمناه عنه: وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل الخ، لا يناسب التفصيل الذي ذكره، لانه لا وجه لجواز البيع في الكل إذا وقع البيع على الموجود فقط، فاعتنم هذا التحرير. قوله: (وأفتى الحلواني بالجواز) وزعم أنه مروى عن أصحابنا، وكذا حكى عن الامام الفضلي، وقال: استحسن فيه لتعامل الناس وفي نزع الناس عن عادتهم حرج. قال في الفتح: وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد في بيع الورد على الاشجار، فإن الورد متلاحق، وجوز البيع في الكل وهو قول مالك ا هـ. قال الزيلعي: وقال شمس الأئمة السرخسي: والأصح أنه لا يجوز، لأن المصير إلى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا، لانه يمكنه أن يبيع الاصول على ما بينا، أو يشتري الموجود ببعض الثمن، ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده أو يشتري الموجود بجميع الثمن، ويبيع له الانتفاع بما يحدث منه، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق، فلا ضرورة إلى تجويز العقد في المعدوم مصادما للنص. وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ا هـ. قلت: لكن لا يخفى تحقق الضرورة في زماننا، ولا سيما في

مثل دمشق الشام كثيرة الاشجار والثمار، فإنه لغلبة الجهل على الناس لا يمكن إلزامهم بالتخلص بأحد الطرق المذكورة، وإن أمكن ذلك بالنسبة إلى بعض أفراد الناس لا يمكن بالنسبة إلى عامتهم وفي نزعهم عن عادتهم حرج كما علمت، ويلزم تحريم أكل الثمار في هذه البلدان إذ لا تباع إلا كذلك، والنبى (ص) إنما رخص في السلم للضرورة مع أنه بيع المعدوم، فحيث تحققت الضرورة هنا أيضا أمكن إلحاقه بالسلم بطريق الدلالة، فلم يكن مصادما للنص، فلذا جعلوه من الاستحسان، لأن القياس عدم الجواز، وظاهر كلام الفتح الميل إلى الجواز، ولذا أورد له الرواية عن محمد، بل تقدم أن الحلواني رواه عن أصحابنا، وما ضاق الأمر إلا اتسع، ولا يخفى أن هذا مسوغ للعدول عن ظاهر الرواية كما يعلم من رسالتنا المسماة بنشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف فراجعها. قوله: (لو الخارج أكثر)

[64]

ذكر في البحر عن الفتح أن ما نقله شمس الأئمة عن الامام الفضلي لم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد أكثر، بل قال عنه: أجعل الموجود أصلا، وما يحدث بعد ذلك تبعا. قوله: (ويقطعها المشتري) أي إذا طلب البائع تفريغ ملكه، وهذا راجع لأصل المسألة. قوله: (جبرا عليه) مفاده أنه لا خيار للمشتري في إبطال البيع إذ امتنع البائع عن إبقاء الثمار على الاشجار، وفيه بحث لصاحب البحر والنهر سيذكره الشارح آخر الباب. قوله: (فسد) أي مطلقا كما يرشد إليه التفصيل في القول المقابل له، فافهم. وعلل في البحر الفساد بأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير. قوله: (كشروط القطع على البائع) في البحر عن الولوالجية: باع عبا جزافا وكذا الثوم في الارض والجزر والبصل فعلى المشتري قطعه إذا خلى بينه وبين المشتري، لأن القطع إنما يجب على البائع إذا وجب عليه الكيل أو الوزن، ولم يجب لأنه لم يبيع مكايلة ولا موازنة. قوله: (وبه يفتى) قال في الفتح: ويجوز عند محمد استحسانا، وهو قول الأئمة الثلاثة، واختاره الطحاوي لعموم البلوى. قوله: (بحر عن الاسرار) عبارة البحر: وفي الاسرار الفتوى على قول محمد، وبه أخذ الطحاوي. وفي المنتقى: ضم إليه أبا يوسف، وفي التحفة والصحيح: قولهما. قوله: (لكن في القهستاني عن المضمرات) حقه أن يقول عن النهاية، لأن عبارة القهستاني مع المتن وشرط تركها على الشجر والرضا به يفسد البيع عندهما، وعليه الفتوى كما في النهاية، ولا يفسد عند محمد إن بدا صلاح بعض وقرب صلاح الباقي، وعليه الفتوى كما في المضمرات ا هـ. وما نقله القهستاني عن المضمرات مخالف لما في الهداية والفتح والبحر وغيرها من حكاية الخلاف في الذي تنأى صلاحه، فإنه صريح في تنأى صلاح لا في بدوه، وأيضا المتبادر منه صلاح الكل. تأمل. قوله: (فتنبه) أشار به إلى اختلاف التصحيح وتخيير المفتي في الافتاء بأيهما شاء، لكن حيث كان قول محمد هو الاستحسان يترجح على قولهما. تأمل. قوله: (قيد باشتراط الترك) أي قيد المصنف الفساد به. قوله (مطلقا) أي بلا شرط ترك أو قطع، وظاهره ولو كان الترك متعارفا، مع أنهم قالوا المعروف عرفا كالمشروط نصا، ومقتضاه فساد البيع وعدم حل الزيادة. تأمل . قوله: (طلب به الزيادة) هي ما زاد في ذات المبيع، فلا ينافي ما قدمناه من أنه لو أثمرت ثمرًا آخر، فإن قبل القبض فسد البيع أو بعده يشتركان فيه، لأن ذلك في الزيادة على المبيع مما لم يقع عليه البيع، وهذا في زيادة ما وقع عليه البيع كما أفاده في النهر. وحاصله: أن المراد هنا الزيادة المتصلة لا المنفصلة. قوله: (تصدق بما زاد في ذاتها) لحصوله بجهة محظورة. بحر. وتعرف الزيادة بالتقويم يوم البيع والتقويم يوم الادراك، فالزيادة تفاوت ما بينهما. ط، عن العيني. قوله: (لم يتصدق بشئ) نعم عليه إثم غصب المنفعة. فتح. قوله: (بطلت الاجارة) وإن عين المدة. در منتقى. فإن أصل الاجارة مقتضى القياس فيها البطلان، إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل، ولا تعامل في إجارة الاشجار المجردة فلا يجوز، وكذا

[65]

لو استأجر أشجارا ليجفف عليها ثيابه لم يجز. ذكره الكرخي. فتح. قوله: (لترك الزرع) الاولى تعبیر الهداية وغيرها بقوله: إلى أن يدرك الزرع: أي إلى وقت إدراكه بلا ذكر مدة. قوله: (ولم تطب الزيادة) أي الزيادة على الثمرة وعلى ما غرم من أجرة المثل ط. عن العيني. مطلب: فساد المتضمن يوجب فساد المتضمن قوله: (كما

حررناه في شرحه) ونصه لفساد الاذن بفساد الاجارة، وفساد المتضمن يوجب فساد المتضمن، بخلاف الباطل فإنه معدوم شرعا أصلا ووصفا، فلا يتضمن شيئا فكانت مباشرته عبارة عن الاذن ا هـ ح. وحاصل الفرق كما في الفتح وغيره: أن الفاسد له وجود لانه فائت الوصف دون الاصل، فكان الاذن ثابتا في ضمنه فيفسد، بخلاف الباطل فإنه لا وجود له أصلا فلم يوجد إلا الاذن، ولا يخفى أن هذا الفرق ينافي ما مر أول البيوع من أن البيع بعد عقد فاسد أو باطل لا ينعقد قبل متاركة العقد الاول، وينافي فروعا آخر مذكورة في آخر الفن الثالث من الاشباه عند قوله: فائدة إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه فراجعها متأملا. قوله: (والحيلة) في أن يطيب للمشتري ما زاد في ذات المبيع وما لم يكن بارزا وقت العقد. قوله: (أن يأخذ) أي المشتري. قوله: (معاملة) أي مساقاة لمدة معلومة كما في القنية. قوله: (على أن له الخ) أي للبائع. قال في شرحه على الملتقى: وينبغي أن يقول المشتري للبائع بعد ما دفع الثمن: أخذت منك هذا الشجر معاملة على أن لك جزءا من ألف جزء ولي ألف جزء إلا جزءا: أي من الثمر. ذكره الشمني، وفيه أن المشتري قد أخذ الثمر شراء فكيف يأخذه معاملة، إلا أن يقال: إنه دفع له الثمن على وجه التبرع ويكون الاعتبار على عقد المعاملة ا هـ. قلت: الشراء إنما وقع على البارز وقت العقد والمعاملة لاجل طيب ما لم يبرز بعد وطيب ما زاد في ذات البارز، نعم هذه الحيلة إنما تتأتى إذا لم يكن الشجر وقفا أو ليتيم لعدم الحظ والمصلحة في أخذه جزءا من ألف جزء والباقي للمشتري، كما ذكر الشارح نظيره في أول كتاب الاجارة. قوله: (وأن يشتري الخ) هذه حيلة ثانية، وبيانها أن المشتري إما أن يكون مما يوجد شيئا فشيئا وقد وجد بعضه، أو لم يوجد منه شيء كالباذنجان والبطيخ والخيار، أو يوجد كله لكنه لم

يدرك كالزعر والحشيش، أو يكون وجد بعضه دون بعض كثمر الاشجار المختلفة الانواع. ففي الاول يشتري الاصول ببعض الثمن ويستأجر الارض مدة معلومة بباقى الثمن، لئلا يأمره البائع بالقلع قبل خروج الباقي أو قبل الادراك. وفي الثاني يشتري الموجود من الحشيش والزعر، ويستأجر الارض كما قلنا. وفي الثالث يشتري الموجود من الثمر بكل الثمن، ويحل له البائع ما سيوجد، لان استئجار الارض لا يتأتى هنا لان الاشجار باقية على ملك البائع وقيامها في الارض مانع من صحة استئجار الارض، إلا أن يأخذها أو لا معاملة كما مر، لانها تصير في تصرفه أو تكون الاشجار على المسناة فإنها حينئذ لا تمنع صحة اجارة الارض كما يعلم من بابها، ومسألة الاحلال تتأتى في الاول والثاني أيضا. قوله: (بعض الثمن) تنازع فيه يشتري الاول ويشتري الثاني في المسألتين. وقوله: ويستأجر الارض راجع للمسألتين أيضا كما علم مما قررناه. قوله: (وفي الاشجار الموجود) أي وفي ثمار الاشجار يشتري الموجود منها. قوله: (فإن خاف الخ) قال في جامع الفصولين: أقول: كتبت في لطائف الاشارات أنهم قالوا: قال وكلتك بكذا على أني كلما عزلتك فأنت وكيلي صح، وقيل: لا، فإذا صح يبطل العزل عن المعلقة قبل وجود الشرط عند أبي يوسف، وجوزه محمد فيقول في عزله: رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة ا هـ رملني. وحاصله: أنه على قول محمد يمكن الرجوع هنا عن الاحلال بأن يقول: رجعت عن الاحلال المعلق وعن المنجز، فيتعين حينئذ الاحتياال بالعاملة على الاشجار كما مر. قوله: (في الترك) المناسب في الاكل، لان فرض المسألة أنه أحل له ما يوجد في المستقبل، والترك إنما يناسب الموجود، إلا أن يدعي أن المراد ما يوجد من الزيادة في ذات المبيع الموجود. تنمة: اشترى الثمار على رؤوس الاشجار، فرأى من كل شجرة بعضها يثبت له خيار الرؤية. بحر. ثم ذكر حكم بيع المغيب في الارض وسيأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى في أول البيع الفاسد. قوله: (ما جاز إيراد العقد عليه الخ) هذه قاعدة مذكورة في عامة المعتربات مفرع عليها مسائل منها ما ذكر هنا. منح. قوله: (صح استثناءه منه) أي من العقد كما هو مصرح به في عبارة الفتح، وهذا أولى من جعل الضمير في منه راجعا للمبيع المعلوم من المقام فافهم، ولا يصح إرجاعه إلى ما لانها واقعة على المستثنى، فيلزم استثناء الشيء من نفسه كما لا يخفى. قال في الفتح: وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناءه، بخلاف استثناء الحمل من الجارية أو الشاة وأطراف الحيوان لا يجوز، كما لو باع هذه الشاة إلا ألبتها أو هذا العبد إلا يده، فيصير مشتركا متميزا، بخلاف ما لو كان مشتركا على الشيوع فإنه جائز ا هـ: أي كبيع العبد إلا نصفه مثلا، لانه غير متميز في جزء بعينه بل شائع في جميع أجزائه فيجوز. قوله: (يصح إفرادها) بأن يوصي بها وحدها بدون

الرقية ا ه ح. قوله: (دون الاستثناء) بأن يوصى له بعبد دون خدمته ا ه ح. وقيد بالخدمة لان الحمل يصح استثناءه في الوصية، حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية، والفرق أن الوصية أخت الميراث، والميراث يجري فيما في البطن، بخلاف الخدمة والغلة كالخدمة. بحر من البيع الفاسد. قوله: (وشاة معينة من قطيع) أما لو غير معينة فلا يجوز كثوب غير معين من عدل، أفاده في البحر. قوله: (وأرطال معلومة) أفاد أن محل الاختلاف الآتي ما إذا استثنى معينة، فإن استثنى جزءا كربع وثلاث فإنه صحيح اتفاقا كما في البحر عن البدائع. قلت: وجهه أن ما يقدر بالرطل شئ معين، بخلاف الربع مثلا فإنه غير معين، بل هو جزء شائع كما قلنا آنفا، ونظيره ما قدمناه عند قوله: وفسد بيع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار لا أسهم وقيد بالأرطال، لانه لو استثنى رطلا واحدا جاز اتفاقا لانه استثناء القليل من الكثير، بخلاف الأرطال لجواز أن لا يكون إلا ذلك القدر فيكون استثناء الكل من الكل، بحر عن البناية. ومقتضاه أنه لو علم أنه يبقى أكثر من المستثنى يصح، ولو المستثنى أرطالا على رواية الحسن الآتية وهو خلاف ما يدل عليه كلام الفتح من تعليل هذه الرواية بأن الباقي بعد إخراج المستثنى ليس مشارا إليه ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولا، وإن ظهر آخرها أنه بقي مقدار معين لان المفسد هو الجهالة القائمة ا ه. ومقتضاه الفساد باستثناء الرطل الواحد أيضا على هذه الرواية. تأمل. قوله: (لصحة إيراد العقد عليها) أي على القفيز والشاة المعينة والأرطال المعلومة، وهو تعليل لقوله: فصح أفاد به دخول من ذكر تحت القاعدة المذكورة. قوله: (ولو الثمر على رؤوس النخل) فيصح إذا كان مجزوا بالاولى لانه محل وفاق. قوله: (على الظاهر) متعلق بقوله: فصح ومقابل ظاهر الرواية رواية الحسن عن الامام أنه لا يجوز، واختاره الطحاوي والقنطري، لان الباقي بعد الاستثناء مجهول، وفي الفتح: أنه أقيس بمذهب الامام في مسألة بيع الصبرة، وأجاب عنه في النهر، فراجع. قوله: (بغير سنبل البر) متعلق ببيع، والباء فيه للبدل، قال الخير الرملي في حاشية البحر: وسيأتي في الربا أن بيع الحنطة الخالصة بحنطة في سنبلها لا يجوز، ويجب تقييده بما إذا لم تكن الحنطة الخالصة أكثر من التي في سنبلها، وقد صرح بذلك في الخانية ويعلم بذلك أنه يجوز بيع التي في سنبلها معه بالآخرى التي في سنبلها معه صرفا للجنس إلى خلافة ا ه. وبه ظهر أن قول المصنف كبيع بر في سنبله إن أراد به بيع الحب فقط كما يشعر به قول الشارح الآتي: وعلى البائع إخراجه فتقيده بقوله: بغير سنبل البر احتراز عما إذا باعه باعه بسنبل البر: أي بالبر مع سنبله، فإنه لا يجوز إذا لم يكن الحب الخالص أكثر، أما إذا كان أكثر، يكون الزائد بمقابلة التبن فيجوز، وإن أراد به بيع البر مع السنبل، فلا يصح تقييده بقوله: بغير سنبله لما علمت من جواز بيعه بمثله بأن يجعل الحب في أحدهما بمقابلة التبن في الآخر. قوله: (لاحتمال الربا) تعليل للمفهوم، وهو أنه لو بيع بسنبل البر لا يجوز لاحتمال أن يكون البر الذي بيع وحده مساويا للبر الذي بيع مع سنبله، أو

أقل فيكون الفضل ربا إلا إذا علم أن ما بيع وحده أكثر كما قلنا آنفا. قوله: (وباقلاء) هو القول. بحر. على وزن فاعلاء يشدد فيقصر، ويخفف فيمد الواحدة باقلاء في الوجهين. مصباح. قوله: (في قشرها الاول) وكذا الثاني بالاولى، لان الاول فيه خلاف الشافعي. قوله: (فعلى البائع إخراجه) في البزاية: لو باع حنطة في سنبلها لزم البائع الدوس والتذرية. بحر. وكذا الباقلاء وما بعدها. قوله: (إلا إذا باع بما فيه) عبارته في الدر المنتقى: إلا إذا بيعت بما هي فيه ا ه. وهي أوضح: يعني إذا باع الحنطة بالتبن لا يلزم البائع تخليصه ط. قوله: (الوجه نعم) لانه لم يره. فتح. وأقره في البحر والنهر. قوله: (وإنما بطل الخ) قال في الفتح: وأورد المطالبة بالفرق بين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه، أو نوى تمر في تمر بعينه: أي باع ما في هذا القطن من الحب، أو ما في هذا التمر من النوى فإنه لا يجوز مع أنه أيضا في غلافه أشار أبو يوسف إلى الفرق بأن النوى هناك معتبر عدما هالكا في العرف، فإنه 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 فيها لوز، ولا يذهب إليه وهم، وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع، واللحم والشحم في الشاة، والالية والاكارع والجلد فيها، والدقيق في الحنطة، والزيت في الزيتون، والعصير

في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز، لأن كل ذلك منعدم في العرف. لا يقال: هذا عصير وزيت في محله، وكذا الباقي هـ. قوله: (من نوى الخ) نشر مرتب ط. قوله: (لأنه من تمام التسليم) إذ لا يتحقق تسليم المبيع إلا بكيّله ووزنه ونحوه ومعلوم أن الحاجة إلى هذا باع مكابلة أو موازنة، ونحوه إذ لا يحتاج إلى ذلك في المجازفة، وكذا صب الحنطة في وعاء المشتري على البائع. فتح. قوله: (وأجرة وزن ثمن ونقده) أما كون أجرة وزن الثمن على المشتري فهو باتفاق الأئمة الأربعة، وأما الثاني فهو ظاهر الرواية، وبه كان يفتي الصدر الشهيد، وهو الصحيح كما في الخلاصة، لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن، ولا فرق بين أن يقول دراهمي منقودة أو لا، هو الصحيح، خلافاً لمن فصل، وتماه في النهر. قوله: (وقطع ثمن) في الفتح عن الخلاصة: وقطع العنب المشتري جزافاً على المشتري، وكذا كل شيء باعه جزافاً كالثوم والبصل والجزر إذا خلى بينها وبين المشتري، وكذا قطع الثمن: يعني إذا خلى بينها وبين المشتري هـ. قوله: (إلا إذا قبض البائع الثمن الخ) أي فإن أجرة النقد على البائع لأنه من تمام التسليم، وشرط لثبوت الرد، إذ لا تثبت زيافته إلا بنقده. قال في البحر: وأما أجرة نقد الدين فعلى المديون إلا إذا قبض رب الدين، ثم ادعى عدم النقد فالأجرة على رب الدين لأنه بالقبض دخل في ضمانه. قوله: (فيقدره) أي فيرد من الأجرة

بقدر ما ظهر زيفاً، فيرد نصف الأجرة إن ظهر نصف الدراهم زيفاً، وما عزاه إلى البزازية رأيت أيضاً في الخانية والولوالجية، ورأيت منقولاً عن المحيط أنه لا أجر له بظهور البعض زيفاً لأنه لم يوف عمله ولا ضمان عليه. قوله: (فأجرته على البائع) وليس له أخذ شيء من المشتري، لأنه هو العاقد حقيقة شرح الوهبانية، وظاهره أنه لا يعتبر العرف هنا لأنه لا وجه له. قوله: (يعتبر العرف) فتجب الدلالة على البائع أو المشتري أو عليهما بحسب العرف. جامع الفصولين. قوله: (إن إحضر البائع السلعة) شرط للزام المشتري بتسليم الثمن أولاً، والشرط أيضاً كون الثمن حالاً، وأن لا يكون في البيع خيار للمشتري، فلا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل ولا قبل سقوط الخيار. وأفاد أن للبائع حبس المبيع حتى يستوفي كل الثمن، فلو شرط دفع المبيع قبل نقد الثمن ففسد البيع لأنه لا يقتضيه العقد. وقال محمد: لجهالة الأجل، فلو سمى وقت تسليم المبيع جاز وله الحبس وإن بقي منه درهم كما في البحر. وفي الفتح والدر المنتقى: لو هلك المبيع بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بأمر سماوي، بطل البيع ويرجع بالثمن لو مقبوضاً، وإن هلك بفعل المشتري: فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقاً أو بشرط الخيار له، وإن كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً لزمه ضمان مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً، وإن هلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار، إن شاء فسخ البيع فيضمن الجاني للبائع ذلك، وإن شاء أمضاه ودفع الثمن واتبع الجاني، وبطّيب له الفضل إن كان الضمان من خلاف الثمن، وإلا فلا هـ. مطلب في حبس المبيع لقبض الثمن وفي هلاكه وما يكون قبضاً تنبيه: للبائع حبس المبيع إلى قبض الثمن ولو بقي منه درهم، ولو المبيع شيئين بصفقة واحدة وسمى لكل ثمناً فله حبسهما إلى استيفاء الكل، ولا يسقط حق الحبس بالرهن ولا بالكفيل، ولا بإبرائه عن بعض الثمن حتى يستوفي الباقي، ويسقط بحوالة البائع على المشتري بالثمن اتفاقاً، وكذا بحوالة المشتري البائع به على رجل عند أبي يوسف، وعند محمد: فيه روايتان، ويتأجل الثمن بعد البيع ويتسلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فليس له بعده رده إليه، بخلاف ما إذا قبضه المشتري بلا إذنه إلا إذا رآه ولم يمنعه من القبض فهو إذن، وقد يكون القبض حكماً. قال محمد: كل تصرف يجوز من غير قبض إذا فعله المشتري قبل القبض لا يجوز، وكل ما لا يجوز إلا بالقبض كالهبة إذا فعله المشتري قبل القبض جاز، وبصير المشتري قابضاً هـ. أي لأن قبض الموهوب له يقوم مقام قبض المشتري، ومن القبض ما لو أودعه المشتري عند أجنبي أو أعاره وأمر البائع بالتسليم إليه لا لو أودعه أو أعاره أو أجره من البائع أو دفع إليه بعض الثمن وقال تركته عندك رهناً علي الباقي، ومنه ما لو قال للغلام: تعالى معي وامش فتخطى أو أعتقه أو أثلّف المبيع أو أحدث فيه عيباً أو أمر البائع بذلك ففعل أو أمره بطحن الحنطة فطحن أو وطئ الأمانة فحبلت، ومنه ما لو اشترى دهنًا ودفع قارورة يزنه فيها فوزنه فيها بحضرة المشتري فهو قبض، وكذا بغيبته في الأصح، وكذا كل مكيل أو موزون إذا دفع له الوعاء فكاله أو وزنه فيه بأمره، ومنه ما لو غصب شيئاً ثم اشتراه صار قابضاً، بخلاف الوديعة والعارية إلا إذا وصل إليه بعد التخلية، ولو اشترى ثوباً أو حنطة فقال للبائع

بعه، قال الامام الفضلي: إذا كان قبل القبض والرؤية كان فسخا وإن لم يقل البائع: نعم، لأن المشتري ينفرد بالفسخ في خيار الرؤية، وإن قال بعه لي: أي كن وكيفا في الفسخ فما لم يقبل البائع لا يكون فسخا، وكذا لو بعد القبض والرؤية لكن يكون وكيفا بالبيع سواء قال بعه أو بعه لي، هذا كله ملخص ما في البحر. قوله: (أو ثمن بمثله) المراد بالثمن النقود من الدارهم والدنانير لأنها خلقت أثمانا ولا تتعين بالتعيين. قوله: (سلما معا) لاستوائهما في التعيين في الاول وفي عدمه في الثاني، أما في بيع سلعة بثمن فإنما تعين حق المشتري في المبيع، فلذا أمر بتسليم الثمن أولا ليتعين حق البائع أيضا تحقيقا للمساواة. قوله: (ما لم يكن الخ) الطرف الذي نابت عنه ما المصدرة الطرفية متعلق بقوله: ويسلم الثمن فكان المناسب ذكره عقب قوله: إن أحضر البائع السلعة بأن يقول: ولم يكن دينا الخ. قوله: (كسلم وثن مؤجل) تمثيل لما إذا كان أحد العوضين دينا، فالاول مثال المبيع لأن المراد بالسلم المسلم فيه، والثاني مثال الثمن. قوله: (ثم التسليم) أي في المبيع والثمن ولو كان البيع فاسدا كما في البحر ط. مطلب فيما يكون قبضا للمبيع قوله: (على وجه يتمكن من القبض) فلو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح إليه وقال: خليت بينك وبينها فهو قبض، وإن دفعه ولم يقل شيئا لا يكون قبضا، وإن باع دارا غائبة فقال: سلمتها إليك، فقال: قبضتها لم يكن قبضا، وإن كانت قريبة كان قبضا: وهي أن تكون بحال يقدر على إغلاقها وإلا فهي بعيدة وفي جمع النوازل: دفع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تهيأ له فتحه بلا كلفة، وكذا لو اشترى بقرا في السرح فقال البائع اذهب واقبض، وإن كان يرى بحيث يمكنه الإشارة إليه يكون قبضا، ولو اشترى ثوبا فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه إنسان: إن كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم، وإن كان لا يمكنه إلا بقيام لا يصح، ولو اشترى طيرا أو فرسا في بيت وأمره البائع بقبضه ففتح الباب فذهب، إن أمكنه أخذه بلا عون كان قبضا، وتماهه في البحر. مطلب في شروط التخلية وحاصله: أن التخلية قبض حكما لو مع القدرة عليه بلا كلفة، لكن ذلك يختلف بحسب حال المبيع، ففي نحو حنطة في بيت مثلا فدفع المفتاح إذا أمكنه الفتح بلا كلفة قبض، وفي نحو دار فالقدرة على إغلاقها قبض: أي بأن تكون في البلد فيما يظهر، وفي نحو بقر في مرعى فكونه بحيث يرى ويشار إليه قبض، وفي نحو ثوب، فكونه بحيث لو مد يده تصل إليه قبض، وفي نحو فرس أو طير في بيت إمكان أخذه منه بلا معين قبض. قوله: (بلا مانع) بأن يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره، فلو كان المبيع شاغلا كالحنطة في جوالق البائع لم يمنع. بحر. وفي الملتقط: ولو باع دارا وسلمها إلى المشتري وله فيها متاع قليل أو كثير، لا يكون تسليما حتى يسلمها فارغة وكذا لو باع أرضا وفيها زرع أ ه. وفي البحر عن القنية: لو باع حنطة في سنبها فسلمها كذلك لم يصح كقطن في فراش، ويصح تسليم ثمار الأشجار وهي عليها بالتخلية وإن كانت متصلة بملك البائع. وعن الوبري: المتاع لغير البائع لا يمنع، فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع ودعة عنده اه .

مطلب: اشترى دارا مأجورة لا يطالب بالثمن قبل قبضها قلت: ويدخل في الشغل بحق الغير ما لو كانت الدار مأجورة، فليس للبائع مطالبة المشتري بالثمن، لعدم القبض وهي واقعة الفتوى، سئل عنها ورأيت نقلها في الفصل الثاني والثلاثين من جامع الفصولين: باع المستأجر ورضي المشتري أن لا يفسخ الشراء إلى مضي مدة الاجارة ثم يقبضه من البائع، فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضيتها ولا للبائع مطالبة المشتري بالثمن ما لم يجعل المبيع بمحل التسليم، وكذا لو شري غائبا لا يطالبه بثمنه ما لم يتهيأ المبيع للتسليم أ ه. قوله: (ولا حائل) بأن يكون في حضرته أ ه ح. وقد علمت بيانه. قوله: (أن يقول خليت الخ) الظاهر أن المراد به الاذن بالقبض لا خصوص لفظ التخلية، لما في البحر: ولو قال البائع للمشتري بعد البيع خذ لا يكون قبضا، ولو قال خذه يكون تخلية إذا كان يصل إلى أخذه أ ه. وفي الفروع المارة ما يدل عليه أيضا. قوله: (أو كان بعيدا) أي وإن قال: خليت الخ كما مر، والمراد بالبعد مالا يقدر على قبضه، بلا كلفة ويختلف باختلاف المبيع كما قررناه، أو المراد به حقيقته، ويقاس عليه ما شابهه. قوله: (وهو لا يصح به القبض) أي الاقرار المذكور ولا يتحقق به القبض، وقيد بالقبض لأن العقد في ذاته صحيح، غير أنه لا يجب على

المشتري دفع الثمن لعدم القبض. قوله: (على الصحيح) وهو ظاهر الرواية، ومقابلته ما في المحيط وجامع شمس الأئمة أنه بالتخلية يصح القبض، وإن كان العقار بعيدا غائبا عنهما عند أبي حنيفة خلافا لهما، وهو ضعيف كما في البحر. وفي الخانية: والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لأنه إذا كان قريبا يتصور فيه القبض الحقيقي في الحال، فتقام التخلية مقام القبض، أما إذا كان بعيدا لا يتصور القبض في الحال، فلا تقام التخلية مقام القبض. هـ. هذا ثم إن ما ذكره الشارح هنا نقل مثله في أواخر الاجارات عن وقف الاشباه. ثم قال: قلت: لكن نقل محشيها ابن المصنف في زواهر الجواهر عن بيوع فتاوى قارئ الهداية أنه متى مضى مدة يتمكن من الذهاب إليها والدخول فيها كان قابضا، وإلا فلا، تنبيه هـ. قلت: لكن أنت خير بأن هذا مخالف للروايتين، ولا يمكن التوفيق بحمل ظاهر الرواية عليه، لأن المعتبر فيها القرب الذي يتصور معه حقيقة القبض كما علمته من كلام الخانية. قوله: (وكذا الهبة والصدقة) أي لا تكون تخلية البعيد فيهما قبضا. قال في البحر: وعليه هذا تخلية البعيد في الإجارة غير صحيحة فكذا الإقرار بتسليمها هـ. قلت: ومفاده أن تخلية القريب في الهبة قبض، لكن هذا في غير الفاسدة كما في الخانية حيث قال: أجمعوا على أن التخلية في البيع الجائر تكون قبضا، وفي البيع الفاسد روايتان، والصحيح أنه قبض، وفي الهبة الفاسدة كالهبة في المشاع الذي يحتمل القسمة لا تكون قبضا باتفاق الروايات. واختلفوا في الهبة الجائزة: ذكر الفقيه أبو الليث أنه لا يصير قابضا في قول أبي يوسف، وذكر شمس الأئمة الحلواني أنه يصير قابضا ولم يذكر فيه خلافا هـ. تنمة: في البازية قبض المشتري قبل نقذه بلا إذن البائع فطلبه منه فخلى بينه وبين البائع لا يكون قبضا حتى يقبضه بيده، بخلاف ما إذا خلّى البائع بينه وبين المشتري: اشترى بقرعة

مريضة وخلّاها في منزل البائع قائلا: إن هلكت فمني وماتت فمن البائع لعدم القبض، وكذا لو قال للبائع سقها إلى منزلك فاذهب فتسلمها فهلكت حال سوق البائع، فإن ادعى البائع التسليم فالقول للمشتري. قال المشتري للعبد: اعمل كذا أو قال للبائع: مره يعمل كذا، فعمل فعطب العبد هلك من المشتري لأنه قبض. قال المشتري للبائع: لا أعتمدك على المبيع فسلمه إلى فلان يمسكه حتى أدفع لك الثمن، ففعل البائع وهلك عند فلان هلك من البائع لأن الامساك كان لاجله. اشترى وعاء لبن خائر في السوق فأمر البائع بنقله إلى منزله فسقط في الطريق، فعلى البائع إن لم يقبضه المشتري، اشترى في المصر خطبا فغصبه غاصب حال حمله إلى منزله فمن البائع، لأن عليه التسليم في منزل الشاري بالعرف، قال للبائع زنه له وأبعثه مع غلامك أو غلامي ففعل وانكسر الوعاء في الطريق فالتلف من البائع، إلا أن يقول ادفعه إلى الغلام، لأنه توكيل للغلام والدفع إليه كالدفع إلى المشتري هـ. قوله: (لسقوط حقه بالتسليم) فيه أن التسليم موجود أيضا فيما لو وجده رصا أو ستوفة، الأولى التعليق بما في المنح بأنه استوفى أصل حقه فلا يكون له حق نقض التسليم هـ: أي لأن الزيوف دراهم لكنها معيبة، ومثلها النهرجة كما في المنية، بخلاف الرصاص والستوفة فإنها ليست دراهم فلم يوجد قبض الثمن أصلا فله نقض التسليم، وأفاد أن هذا لو سلم المبيع، أما لو قبضه المشتري بلا إذن البائع فله نقضه في الزيوف وغيرها كما في البازية. قوله: (كما لو وجدها) الأولى وجده: أي الثمن المحدث عنه. قوله: (أو مستحقا) أي بأن أثبت رجل أن المقبوض حقه فيثبت للبائع استرداد السلعة لانتقاض الاستيفاء. قوله: (وكالمرتهن) عبارة منية المفتي: والمرتهن يسترد في الوجه كلها هـ. أي: في الزيوف والرصاص وغيرها: أي لو قبض دينه وسلم الرهن لراهنه ثم ظهر ما قبضه زيوفا أو رصا أو ستوفة أو مستحقا فإنه يسترد الرهن. تنبيه: لو تصرف المشتري في المبيع بعد قبضه بيعا أو هبة ثم وجد البائع الثمن كذلك لا ينقض التصرف لأن تصرف المشتري بعد القبض بإذن البائع كتصرفه، وإن كان قبضه بعد نقد الثمن بلا إذن البائع وتصرف فيه ثم وجد الثمن كذلك ينقض من التصرفات ما يحتمل النقض ولا ينقض ما لا يحتمل النقض. بزازية. وما يحتمل النقض كالبيع والهبة، وما لا يحتمله كالعتق وفروعه. قوله: (والأ) أي وإن لم تكن قائمة سواء كانت هالكة أو مستهلكة. درر. قوله: كما لو علم بذلك أي بأنها زيوف لأنه يكون راضيا بها فلا يكون له رد ولا استرداد. قوله: (وقال أبو يوسف يرد مثل الزيوف الخ) لأن الرجوع بالنقصان باطل لاستلزامه الربا، ولا وجه لابطال حقه في الجودة لعدم رضاه. درر قال في الحقائق نقلا عن العيون: إن ما قاله أبو يوسف حسن وأدفع للضرر، ولذا اخترناه للفتوى هـ. وكذلك صرح في المجمع بأنه المفتى به. عزيمة. قوله: (كما

لو كانت رصاصة أو ستوقفة) فإنها ترد اتفاقا. درر. وظاهر إطلاقه أنها ترد ولو علم بها وقت القبض لأنها ليست من جنس الأثمان ط .

[73]

مطلب: لو اشترى شيئا ومات مفلسا قبل قبضه فالبائع أحق قوله: (ومات مفلسا) أي ليس له مال يفي بما عليه من الديون سواء فلسه القاضي أو لا. قوله: (فالبائع أسوة للغرماء) أي يقتسمونه، ولا يكون البائع أحق به. درر. قوله: (فإن البائع أحق به) الظاهر أن المراد أنه أحق بحبسه عنده حتى يستوفي الثمن من مال الميت أو يبيعه القاضي ويدفع له الثمن، فإن وفى بجميع دين البائع فيها، وإن زاد دفع الزائد لباقي الغرماء، وإن نقص فهو أسوة للغرماء فيما بقي له، وليس المراد بكونه أحق به أنه يأخذه مطلقا، إذ لا وجه لذلك، لأن المشتري ملكه وانتقل بعد موته إلى ورثته وتعلق به حق غرمائه، وإنما كان أحق من باقي الغرماء لأنه كان له حق حبس المبيع إلى قبض الثمن في حياة المشتري، فكذا بعد موته: وهذا نظير ما سيذكره المصنف في الاجارات، من أنه لو مات المؤجر وعليه ديون فالمستأجر أحق بالدار من غرمائه: أي إذا كانت الدار بيده وكان قد دفع الاجرة وانفسخ عقد الاجارة بموت المؤجر فله حبس الدار وهو أحق بثمنها، بخلاف ما إذا عجل الاجرة ولم يقبض الدار حتى مات المؤجر فإنه يكون أسوة لسائر الغرماء، ولا يكون له حبس الدار كما في جامع الفصولين: وكذا ما سيأتي في البيع الفاسد: لو مات بعد فسخه فالمشتري أحق به من سائر الغرماء فله حبسه حتى يؤخذ ماله، هكذا ينبغي حل هذا المحل، وبه ظهر جواب حادثة الفتوى، سئلت عنها وهي: ما لو مات البائع مفلسا بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع للمشتري يكون المشتري أحق به، لأنه ليس للبائع حق حبسه في حياته، بل للمشتري جبره على تسليمه ما دامت عينه باقية، فيكون له أخذه بعد موت البائع أيضا، إذ لا حق للغرماء فيه بوجه، لأنه أمانة عند البائع، وإن كان مضمونا بالثمن لو هلك عنده، ومثله الراهن، فإن الراهن أحق به من غرماء المرتهن، والله سبحانه أعلم. قوله: (باع نصف الزرع الخ) صورة المسألة: رجل له أرض دفعها لآكار: أي فلاح، ودفع له البذر أيضا على أن يعمل الآكار فيها بقرة بنصف الخارج فعمل وخرج الزرع فباع الآكار نصفه لرب الأرض جاز البيع، أما لو رب الأرض باع نصفه للآكار فلا يجوز لأنه يأمره بقلع ما باعه، ولا يمكن إلا بقلع الكل فيتضرر المشتري بقلع نصيبه الذي كان له قبل الشراء مستحقا للبقاء في الأرض إلى وقت الإدراك، نعم إذا كان البذر من الآكار ويكون مستأجرا الأرض بنصف الخارج فليس لرب الأرض أمره بقلع ما باعه، فينبغي أن يجوز البيع لعدم الضرر. وهذه من مسائل بيع الحصة الشائعة من الزرع، وقدمنا الكلام عليها وعلى نظائرها أو كتاب الشركة. قوله: (قال في النهر الخ) أصله لصاحب البحر. وحاصل البحث أنه ينبغي على قياس هذا: أنه لو باع ثمرة بدون الشجر ولم يرض البائع

[74]

بإعارة الشجر أن يتخير المشتري أيضا، إن شاء أبطل البيع أو قطعها، لأن في القطع إتلاف المال وفيه ضرر عليه، لكن تقدم تصريح المتن كغيره من المتن بقوله ويقطعها المشتري في الحال. وأيضا فما نقله عن جامع الفصولين مخالف أيضا لتصريح المصنف كغيره في بيع الشجر وحده أو الأرض وحدها بقوله: ويؤمر البائع بقطعهما: أي الزرع والثمر، وتسليم المبيع وإن لم يظهر صلاحه كما نبهنا عليه هناك، فافهم. والله سبحانه أعلم. باب خيار الشرط من إضافة الشيء إلى سببه، لأن الشرط سبب للخيار. فإن الأصل في العقد اللزوم من الطرفين ولا يثبت لاحدهما اختيار الامضاء أو الفسخ ولو في مجلس العقد عندنا إلا باشتراط ذلك. قوله: (مبين في الدرر) حيث قال بعدما ترجم باب خيار الشرط والتعيين: وقدمهما على باقي الخيارات لأنهما يمنعان ابتداء الحكم، ثم ذكر خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم، وآخر خيار العيب لأنه يمنع لزوم الحكم. وخيار الشرط أنواع: فاسد وفاقا، كما إذا قال: اشتريت على أني بالخيار، أو على أني بالخيار أياما أو أبدا، وجائز وفاقا، وهو أن يقول: على أني بالخيار ثلاثة أيام فما دونها. ومختلف فيه، وهو أن يقول: على أني بالخيار شهرا أو شهرين، فإنه فاسد عند أبي حنيفة وزفر والشافعي، جائز عند أبي يوسف ومحمد هـ. وفي البحر: فرع: لا يصح تعليق خيار الشرط، بالشرط، فلو باعه حمارا على أنه إن لم يجاوز هذا النهر

فرده يقبله وإلا لا لم يصح، وكذا إذا قال: ما لم يجاوز به إلى الغد، كذا في النية أه. قوله: (الثلاثة المبوب لها) أي التي ذكر لكل واحد منها باب، وهي خيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار العيب. قوله: (وخيار تعيين) هو أن يشتري أحد الشئيين أو الثلاثة على أن يعين أيا شاء، وهو المذكور في هذا الباب في قول المصنف: باع عبيدين على أنه بالخيار في أحدهما الخ. قوله: (وغين) وهو ما يأتي في المراجعة في قوله: (ولا رد بغين فاحش في ظاهر الرواية) ويفتي بالرد إن غره: أي غر البائع المشتري، أو بالعكس، أو غره الدلال، وإلا فلا. قوله: (ونقد) هو ما يأتي قريبا في قوله: فإن اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن الخ. قوله: (وكمية) هو ما مر أول البيوع فيما لو اشترى بما في هذه الخابية الخ. وقدمنا بيانه. قوله: (واستحقاق) هو ما سيذكره في باب خيار العيب في قوله: (استحق بعض المبيع) فإن كان استحقاقه قبل القبض للكل خير في الكل، وإن بعده خير في القيمي لا في غيره. قوله: (وتعير فعلي) أما القولي فهو ما مر في قوله: وغين والفعلي كالتصرية، وهي أن يشد البائع ضرع الشاة ليجتمع لبنها فيظن المشتري أنها غزيرة اللبن. والخيار الوارد فيها أنه إذا حلبها: إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعا من تمر، وبه أخذ الأئمة الثلاثة وأبو يوسف، وعندهما: يرجع بالنقصان فقط إن شاء، وسيأتي تمام الكلام على ذلك إن شاء الله تعالى في خيار العيب عند قوله: اشترى جارية لها لبن. قوله: (وكشف حال) هو ما مر

أول البيوع فيما إذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً أو بإناء أو حجر لا يعرف قدره، فقد ذكر الشارح هناك أن للمشتري الخيار فيهما، وقدمنا عن البحر هناك أن هذا الخيار خيار كشف الحال، ومنه ما ذكره بعده في بيع صبرة كل صاع بكذا، وممر الكلام عليه. قوله: (وخيانة مراجعة وتولية) هو ما سيأتي في المراجعة في قوله: فإن ظهر خيانة في مراجعة بإقرار أو برهان على ذلك أو نكوله عن اليمين أخذه المشتري بكل ثمنه أو رده لفوات الرضا وله الخط قدر الخانية في التولية لتتحقق التولية. قال ح: وينبغي أن تكون الوضعية كذلك. قوله: (وفوات وصف مرغوب فيه) (هو ما يذكره في هذا الباب في قوله: اشترى عبدا بشرط خبزه أو كتبه الخ. مطلب في هلاك بعض المبيع قبل قبضه قوله: (وتفريق صفقة بهلاك بعض مبيع) أي هلاكه قبل القبض، وفيد البعض لأن هلاك الكل قبل قبضه فيه تفصيل قدمناه قبيل هذا الباب. وحاصله كما في جامع الفصولين: أنه إن كان باقة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المبيع يبطل البيع وإن بفعل أجنبي يتخير المشتري، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أجاز وضمن المستهلك أ ه. وذكره في البرازية أيضا. ثم قال: وإن هلك البعض قبل قبضه سقط من الثمن قدر النقص سواء كان نقصان قدر أو وصف، وخير المشتري بين الفسخ والامضاء، وإن بفعل أجنبي فالجواب فيه كالجواب في جميع المبيع، وإن باقة سماوية: إن نقصان قدر طرح عن المشتري حصة الغائب من الثمن وله الخيار في الباقي، وإن نقصان وصف لا يسقط شئ من الثمن، لكنه يخير بين الأخذ بكل الثمن أو الترك، والوصف ما يدخل تحت البيع بلا ذكر كالاشجار والبناء في الأرض والاطراف في الحيوان والجودة في الكيلي والوزني، وإن بفعل العقود عليه فالجواب كذلك. وتامم الكلام فيها فراجع. قوله: (وظهور المبيع مستأجرا أو مرهونا) أي ولو اشترى دارا مثلا فظهر أنها مرهونة أو مستأجرة يخير بين الفسخ وعدمه، وظاهره أنه لو كان عالما بذلك لا يخير، وهو قول أبي يوسف. وقال: يتخير ولو عالما، وهو ظاهر الرواية كما في جامع الفصولين، وفي حاشيته للرملي: وهو الصحيح، وعليه الفتوى كما في الولوالجية أ ه. وكذا يخير المرتهن والمستأجر بين الفسخ وعدمه، وهو الأصح كما في جامع الفصولين. لكن في حاشيته للرملي عن الزيلعي أن المرتهن ليس له الفسخ في أصح الروايتين. وفي العمادية أن المستأجر له ذلك في ظاهر الرواية. وذكر شيخ الإسلام أن الفتوى على عدمه، وسيأتي في فصل الفضولي أن من الموقوف بيع المرهون والمستأجر والأرض في مزارعة الغير على إجازة مرتهن ومستأجر ومزارع أه. فإن أجاز المستأجر أو المرتهن فلا خيار للمشتري، وإن لم يجز فالخيار للمشتري في الانتظار والفسخ، وسيأتي تمامه في فصل الفضولي. قوله: (أشباه) قال فيها: وكلها يباشرها العاقدان إلا التحالف فإنه لا يفسخ به، وإنما يفسخه القاضي، وكلها تحتاج إلى الفسخ، ولا يفسخ شئ منها بنفسه أ ه ح. قوله: (ويفسخ بإقالة وتحالف) لا يخفى أن الكلام في الخيار لا في مجرد الفسخ، لكن قد يجاب بأنه لو أقال أحدهما الآخر فالآخر بالخيار بين القبول وعدمه، وكذا يخير كل منهما بين الحلف وعدمه، فلو اختار عدم الحلف

يلزمه دعوى صاحبه. وصورة التحالف أن يختلفا في قدر ثمن أو مبيع أو فيهما ويعجزا عن البينة ولم يرض واحد منهما بدعوى الآخر تحالفا وفسخ القاضي البيع بطلب أحدهما، والمسألة مبسوطة في باب دعوى الرجلين من كتاب الدعوى. قوله: (صح شرطه) أي شرط الخيار المذكور، وصرح بفاعل صح إشارة إلى أن ضمير صح الواقع في عبارة الكنز وغيره عائد إلى المضاف إليه في الترجمة. قال في البحر: والظاهر أن الضمير يعود إلى الخيار، وفي الوقاية والنقاية: صح خيار الشرط فأبرزه، والاولى ما في الاصطلاح: صح شرط الخيار، لان الموصوف بالصحة شرط الخيار لا نفس الخيار ا هـ. فالضمير على الاول في كلام البحر عائد إلى المضاف، وعلى الاخير إلى المضاف إليه، وبه جزم في النهر فقال: الضمير في صح يعود إلى المضاف إليه بقرينة صح، ولقد أفصح المصنف عنه في الخلع حيث قال: وصح شرط الخيار لها في الخلع لا له، ومن غفل عن هذا ما قال ا هـ. قلت: فيه نظر، فإن الشرط الواقع في الترجمة عام بقرينة الاضافة، ولقولهم إنه من إضافة الحكم إلى سببه: أي الخيار الواقع بسبب الشرط، فلا يصح عود الضمير إلى الشرط المذكور، لان الموصوف بالصحة، شرط خاص وهو شرط الخيار الذي أفصح عنه في الخلع، وأين العام من الخاص؟ وما في الاصلاح لا يصلح دليلا على عوده إلى الشرط، بل هو تركيب آخر صحيح في نفسه. والاحسن ما استظهره في البحر من عوده إلى الخيار، لكن بقيد وصفه بالمشروطة، فإنه في الاصل من إضافة الموصوف إلى صفته: أي الخيار المشروط وهذا لا ينافي كون الشرط سببا للحكم، كما أفاده الحموي. وقد يقال: إن خيار الشرط مركب إضافي صار علما في اصطلاح الفقهاء على ما يثبت لاحد المتعاقدين من الاختيار بين الامضاء والفسخ، وكذا خيار الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب، كما صار الفاعل والمفعول به ونحو ذلك من التراجم علما في اصطلاح النحويين على شئ خاص عندهم، وعلى هذا يعود الضمير في صح إلى هذا المركب الإضافي، وهو ما أفصح عنه في الوقاية والنقاية كما مر، فكان ينبغي للمصنف متابعتهما لخلوه من التكليف والتعسف. قوله: (ولو وصيا) وكذا لو وكىلا. قال في البحر: ولو أمره ببيع مطلق فعقد بخيار له أو للأمر أو لاجنبي صحاه، ولو أمره ببيع بخيار للأمر فشرطه لنفسه لا يجوز ولو أمره بشراء بخيار للأمر فاشتراه بدون الخيار نفذ الشراء عليه دون الأمر للمخالفة، بخلاف ما إذا أمره ببيع بخيار فباع باتا حيث يبطل أصلا ا هـ ملخصا ط. وسيذكر الشارح الفرق بين الفرعين الاخيرين. قوله: (ولغيرهما) ويثبت الخيار لهما مع ذلك الغير أيضا، كما سيأتي في قول المصنف: ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح الخ. قوله: (ولو بعد العقد) ربما يتوهم اختصاصه بقوله: ولغيرهما مع أنه جار في الاقسام الثلاثة، فلو قدمه وقال صح شرطه، ولو بعد العقد لكان أولى ا هـ ح. فلو قال أحدهم بعد البيع ولو بأيام: جعلتك بالخيار ثلاثة أيام، صح إجماعا بحر. قوله: (لا قبله) فلو قال جعلتك بالخيار في البيع الذي نعده ثم اشتري مطلقا لم يثبت. بحر عن التتأخيرية. قوله: (أو بعضه) لا فرق في ذلك بين كون الخيار للبائع أو للمشتري، ولا بي أن يفصل الثمن أو لا، لان نصف الواحد لا يتفاوت. ط عن النهر. قوله: (كثله أو ربعه) مثله ما إذا كان المبيع متعددًا وشرط الخيار في معين

منه مع تفصيل الثمن كما يأتي قبيل خيار التعيين ا هـ ح. قوله: (ولو فاسدا) أي ولو كان العقد الذي شرط فيه الخيار فاسدا وكان الاقعد في التركيب أن يقول صح شرطه ولو بعد العقد ولو فاسدا كما لا يخفى ح. وفائدة اشتراطه في الفاسد مع أن لكل منهما الفسخ بدونه ما قيل إنه يثبت لمن اشترط ولو بعد القبض، ولا يتوقف على القضاء به أو الرضا ا هـ. قلت: وفيه نظر، لانه إن كان الضمير في قوله: ولا يتوقف الخ عائد إلى الخيار فهو لا يتوقف على ذلك مطلقا، أو إلى فسخ البيع الفاسد فكذلك، نعم تظهر الفائدة في أنه لو كان الخيار للبائع أو لهما وقبضه المشتري بإذن البائع لا يدخل في ملك المشتري مع أنه لولا الخيار ملكه بالقبض، فافهم. قوله: (فالقول لنا فيه) لانه خلاف الاصل كما في البحر وهو مكرر مع ما يأتي متنا ا هـ ح. قوله: (على المذهب) وعند محمد: القول لمدعيه والبيئة للآخر عن البحر. قوله: (ثلاثة أيام) لكن إن اشترى شيئا مما يتسارع إليه الفساد، ففي القياس: لا يجبر المشتري على شئ، وفي الاستحسان: يقال له إما أن تفسخ البيع أو تأخذ المبيع، ولا شئ عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين. بحر عن الخائية. تنبيه: اعلم أن الخيار في العقود كلها لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام إلا في

الكفالة في قول الامام. زاد في البرازية: وللمحتال، وكذا في الوقف، لان جوازه على قول الثاني وهو غير مقيد عنده بالثلاث. در منتقى. وتماه في النهر. قوله: (وفسد عند إطلاق) أي عند العقد. أما لو باع بلا خيار ثم لقيه بعد مدة فقال له: أنت بالخيار فله الخير ما دام في المجلس بمنزلة قوله لك الاقالة كما في البحر عن الولوالجية وغيرها، وحمل عليه قول الفتح: لو قال له: أنت بالخيار فله خيار المجلس فقط. قال في النهر: ولم أر من فرق بينهما، ويظهر لي أن المفسد في الثاني أن الإطلاق وقت العقد مقارنة فقوي عمله وفي الاول بعد التمام فضعف وقد أمكن تصحيحه بإمكان الخيار له في المجلس ا هـ. تنبيه: قدمنا عن الدرر أنه لو قال علي أتى بالخيار أياما فهو فاسد، واعترض في الشرنبلالية بأن قولهم لو حلف لا يكلمه أياما يكون على ثلاثة، ومقتضاه أن يكون هنا كذلك تصحيحا لكلام العاقل عن الالغاء، وإلا فما الفرق. قلت: قد يجاب بأن أياما في الحلف يصح أن يراد منه الثلاثة والعشرة مثلا، لكن اقتصر على الثلاثة لأنها المتيقن، وذلك لا ينافي صحة إرادة ما فوقها، حتى لو نوى الأكثر حنث، بخلافه هنا فإن الثلاثة لازمة بالنص البتة، ولفظ أياما صالح لما فوقها وما فوقها مفسد للعقد فلا ينفعا حمله على الثلاثة لأنه لا يقطع الاحتمال. قوله: فلكل فسحه شمل من له الخيار منهما والآخر، وهذا على القول بفساده ظاهر، وكذا على القول الآتي بأنه موقوف. قال في الفتح: ذكر الكرخي نصا عن أبي حنيفة: أن البيع موقوف على إجازة المشتري وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الإجازة، لان لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف ا هـ. قوله: (خلافا لهما) فعندهما: يجوز إذا سمى مدة معلومة. فتح. قوله: (غير أنه يجوز إن أجاز في الثلاثة) وكذا لو أعتق

العبد أو مات العبد المشتري أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب البيع جائزا عند أبي حنيفة، وتماه في البحر عن الخانية. قوله: (في الثلاثة) ولو في ليلة الرابع. قهستاني. قوله: (فينقلب صحيحا الخ) لانه قد زال المفسد قبل تقررته، وذلك أن المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرباع، فإذا أسقطه تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا. ثم اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء، فعند مشايخ العراق حكمه الفساد ظاهرا، إذ الظاهر دوامهما على الشرط، فإذا أسقطه تبين خلاف الظاهر فينقلب صحيحا، وقال مشايخ خراسان والامام السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر: هو موقوف، وبالإسقاط قبل الرابع ينقلب صحيحا، وإذا مضى جزء من الرابع فسد العقد الآن وهو الاوجه، كذا في الظهيرية والذخيرة، فتح ملخصا، وتماه فيه، ولكن الاول ظاهر الرواية، بحر ومنج. وفي الحدادي: فائدة الخلاف تظهر في أن الفاسد يملك إذا اتصل به القبض، والموقوف لا يملك إلا أن يجيزه المالك، ونظر فيه بأن الفاسد أيضا لا يملك إلا بإذن البائع كما في المجموع. والاولى أن يقال: إنها تظهر في حرمة المباشرة وعدمها، فتحرر على الاول لا على الثاني. نهر. قلت: وفي التنظير نظر، فإن الملك في الفاسد يحصل بقبض المبيع بإذن البائع، فالموقوف فيه على إذن البائع هو القبض لا نفس الملك. وأما الموقوف كبيع الفضولي فإن الملك يتوقف فيه على إجازة المالك البيع فتبقى ثمرة الخلاف ظاهرة، لكن ما قدمناه قريبا عن الخانية من أنه لو أعتق العبد ينقلب جائزا يشمل ما قبل القبض مع أن قوله ينقلب جائزا إنما يناسب القول بأنه فاسد لا موقوف، فيفيد حصول الملك قبل القبض، ويؤيده ما مر من أن حكمه عند مشايخ العراق الفساد ظاهرا، فيدل على أنه لا فساد في نفس الامر، ولذا قال في الفتح: إن حقيقة القولين أنه لا فساد قبل الرابع بل هو موقوف، ولا يتحقق الخلاف لا بإثبات الفساد على وجه يرتفع شرعا بإسقاط الخيار قبل مجيء الرابع، كما هو ظاهر الهداية. قوله: (في لازم) أخرج به الوصية، فلا محل للخيار فيها لان للموصي الرجوع فيها ما دام حيا، وللموصي له القبول وعدمه، أفاده ط. ومثلها العارية والوديعة. قوله: (يحتمل الفسخ) أخرج ما لا يحتمله كنيكاح وطلاق وخلع وصلح عن قود. واستشكل في جامع الفصولين النكاح بفسخه بالردة وملك أحدهما الآخر فإنه فسخ بعد التمام، أما فسحه بعدم الكفاءة والعق والبلوغ فهو قبل التمام. قلت: قد يجاب بأن المراد بما يحتمل الفسخ ما يحتمله بتراضي المتعاقدين قصدا، وفسخ النكاح بالردة والملك ثبت تبعا. قوله: (كمزارعة ومعاملة) أي مساقاة وهذان ذكرهما في البحر بحثا فقال: وينبغي صحته في المزارعة والمعاملة لانهما إجازة مع أنه جزم بذلك في الاشباه. قال الحموي: يحتمل أنه ظفر بالمنقول بعد ذلك، فإن تصنيف البحر سابق. قوله: (وإجازة) فلو فسخ في اليوم الثالث هل يجب عليه أجر يومين؟ أفتى صط أنه لا يجب، لانه لم يتمكن من الانتفاع بحكم الخيار، لانه لو انتفع يبطل خياره، جامع الفصولين. قوله: (وقسمة) لانها

بيع من وجه. قوله: (وصلح على مال) احتز به عن صلح عن قود، لانه لا يحتمل
الفسخ كما مر. قوله: (ورهن) كان

[79]

ينبغي تقديمه على الخلع أو تأخيره عن العتق، لان قول المتن: على مال
راجع للخلع أيضا، ولا يصح رجوعه للرهن كما لا يخفى وكان ينبغي أن يذكر الطلاق
على مال أيضا لانه معاوضة من جانب المرأة كالخلع، وكما أن العتق على مال معاوضة
من جانب العبد ا هـ ح. قوله: (لزوجة وراهن وقن) لان العقد في جانبهم لازم يحتمل
الفسخ، بخلاف الزوج والسيد فإن العقد من جانبهما وإن كان لازما لكنه لا يحتمل
الفسخ، لانه يمين. وبخلاف المرتهن فإن العقد من جانبه غير لازم أصلا، وحينئذ فيجب
ذكرهم في المقابل ا هـ ح. أي فيما لا يصح فيه الخيار. ويمكن أن يقال: إن الخلع
والعتق على مال داخلان في قوله الآتي: ويمين تأمل. وقوله: لازم يحتمل الفسخ: أي
قبل تمامه بالقبول، أما بعد القبول من الزوجة والراهن والقن فلا يحتمله. قوله:
(ككفالة) أي بنفس أو مال وشرط الخيار للمكفول له أو للكفيل. بحر. وقدمنا أن الخيار
في الكفالة والحوالة يصح أكثر من ثلاثة أيام. قوله: (وحوالة) إذا شرط للمحتال أو
المحال عليه لانه يشترط رضاه ط. قوله: (وابراء) بأن قال: أبرأتك على أنني بالخيار،
ذكره فخر الاسلام من بحث الهزل. بحر. قال ط: لكن نقل الشريف الحموي عن
العمادية: لو أبرأه من الدين على أنه بالخيار فالخيار باطل، ولعل في المسألة خلافا ا
هـ. قلت: وبالثاني جزم الشارح في أول كتاب الهبة وعزاه إلى الخلاصة. قوله: (ووقف)
فيه أنه لا يحتمل الفسخ. تأمل. قوله: (عند الثاني) لانه عنده لازم. وعند محمد: وإن
كان كذلك، لكنه اشترط أن لا يكون فيه خيار شرط ولو معلوما، وقدمنا في الوقف أن
الخلاص في غير المسجد، فلو فيه صح الوقف وبطل الخيار. قوله: (فهو ستة عشر)
أي مع البيع. قوله: (لا في نكاح الخ) لانها لا تحتمل الفسخ. قوله: (وطلاق) أي بلا
مال لما عرفت، وينبغي أن يكون الخلع بلا مال مثله ا هـ ح. قوله: (وأقرار الخ) عبارته
مع المتن في كتاب الاقرار: أقر بشئ على أنه بالخيار ثلاثة أيام لزمه بلا خيار، لان
الاقرار إخبار فلا يقبل الخيار، وإن صدقه المقر له في الخيار إلا إذا أقر بعقد بيع وقع
بالخيار له فيصح باعتبار العقد إذا صدقه أو برهن الخ. قوله: (ووكالة ووصية) فلا خيار
فيهما لعدم لزوم من الطرفين ولزوم الوكالة في بعض الصور نادر. أفاده ط. وهذان
زادهما في النهر بحثا أخذا مما مر في قوله: في لازم. قوله: (فهو تسعة) يزداد عشر
وهو الهبة، لما سيذكره المصنف في بابها من أن حكمها عدم صحة خيار الشرط فيها
الخ. مطلب: المواضع التي يصح فيها خيار الشرط والتي لا يصح قوله: (وقد كنت غيرت
ما نظمه في النهر) فإن نظم النهر كان هكذا: والصلح والخلع مع الحوالة والوقف
والقسمة والأقاله وليس في هذا التغيير كبير فائدة مع أنهما لم يستوفيا الأقسام كما
قاله ح: أي لانهما أسقطا من القسم الاول المزارعة والمعاملة والكتابة، ومن الثاني
الوصية، لكن الظاهر أن إسقاط الكتابة ذهول، وأما ما عداها فلكونه بحثا كما علمته
مما مر .

[80]

قلت: وقد كنت نظمت، جميع مسائل القسمين مشيرا إلى البحث منها مع
زيادة الهبة في القسم الثاني فقلت: يصح خيار الشرط في ترك شفعة وبيع وإبراء
ووقف كفاله وفي قسمة خلع وعتق وإقالة وصلح عن الاموال ثم الحوالة مكتوبة رهن
كذلك إجارة وزيد مساقاة مزارعة له وما صح في نذر نكاح آلية وفي سلم صرف طلاق
وكاله وإقرار إيهاب وزيد وصية كما مر بحثا فاعتنم ذي المقالة قوله: (والخلع) بالرفع
خبره كذا، ولا يصح جعل كذا خبرا عن القسمة لانه مجرور بالعطف على ما قبله، نعم
يصح متعلقا بمحذوف حالا من الخلع. مطلب: خيار النقد قوله: (على أنه أي المشتري
الخ) وكذا لو نقد المشتري الثمن على أن البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة فلا بيع بينهما
صح أيضا، والخيار في مسألة المتن للمشتري لانه المتمكن من إمضاء البيع وعدمه،
وفي الثاني للبائع، حتى لو أعتقه صح ولو أعتقه المشتري لا يصح. نهر. تنبيه: ذكر
في البحر هنا بيع الوفاء تبعا للخانية قائلا لانه من أفراد مسألة خيار النقد أيضا، وذكر
فيه ثمانية أقوال، ذكره الشارح آخر البيوع قبيل كتاب الكفالة، وسيأتي الكلام عليه
هناك إن شاء الله تعالى. قوله: (فلو لم ينقد في الثلاث فسد) هذا لو بقي المبيع

على حاله. قال في النهر: ثم لو باعه المشتري ولم ينقد الثمن في الثلاث جاز البيع وكان عليه الثمن، وكذا لو قتلها في الثلاث أو مات أو قتلها أجنبي خطأ وغرم القيمة، ولو وطئها وهي بكر أو ثيب أو جنى عليها أو حدث بها عيب لا بفعل أحد ثم مضت الأيام ولم ينقد خير البائع، إن شاء أخذها مع النقصان ولا شئ له من الثمن، وإن شاء تركها وأخذ الثمن، كذا في الخانية ا هـ. قوله: (فنفذ عتقه الخ) أي وعليه قيمته. بحر عن الخانية. وهذا تفريع على قوله فسد. قال في النهر: وإعلم أن ظاهر قوله: فلا بيع يفيد أنه إن لم ينفذ في الثلاث يفسخ. قال في الخانية: والصحيح أنه يفسد ولا يفسخ، حتى لو أعتقه بعد الثلاث نفذ عتقه إن كان في يده ا هـ. وأما عتقه قبل مضي الثلاث فينفذ بالاولى، كما لو باعه كما مر لانه بمعنى خيار الشرط، قوله: (وإن اشترى كذلك) أي علي أنه إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام. قوله: (لا يصح) والخلاف السابق في أنه فاسد أو موقوف ثابت هنا. نهر عن الذخيرة. قوله: (خلافاً لمحمد) فإنه جوزه إلى ما سمياه. قوله: (فلو ترك التفريع) أي في قوله :

[81]

فإن اشترى فإن اللاحق يقتضي المغايرة والتفريع يقتضي أنه من فروعه. قال في الدرر: لم يذكره بالفاء كما ذكره في الوفاية إشارة إلى أنه ليس من صور خيار الشرط حقيقته ليتفرع عليه بل أورده عقيبه لانه في حكمه معنى ا هـ. قال محشيه خادمي أفندي: أقول الواقع في الزيلعي كونها من صور، وقد قال صدر الشريعة في وجه إدخال الفاء: إنه فرع مسألة خيار الشرط، لانه إنما شرع ليدفع بالفسخ الضرر عن نفسه سواء كان الضرر تأخير أداء الثمن أو غيره، على أن قوله لانه في حكمه يصلح أن يكون علة مصححة لدخول الفاء: قوله: (ولا يخرج مبيع عن ملك البائع مع خياره) لانه يمنع الحكم، وفي قوله: عن ملك البائع إيماء إلى أن البائع هو المالك، فلو كان فضولياً كان اشتراط الخيار له مبطلاً للبيع، لان الخيار له بدون الشرط كما في فروق الكرابيسي. ولا يرد الوكيل بالبيع إذا باع بشرط الخيار له لانه كالمالك حكماً، نهر. قوله: (فقط) قيد به وأن كان الحكم كذلك إذا كان الخيار لهما، لان المصنف سيذكره صريحاً، وإلا لزم التكرار، فافهم. قوله: (فيهلك) بكسر اللام ط. قوله: (على المشتري بقيمته) لان البيع يفسخ بالهلاك لانه كان موقوفاً، ولا نفاذ بدون بقاء المحل بقيمته مقبوضاً بيده على سوم الشراء وفيه القيمة، كذا في الهداية. ولا فرق في مسألة المصنف بين هلاكه في مدة الخيار مع بقائه أو بعدما فسخ البائع البيع كما في جامع الفصولين. وأما إذا هلك في يده بعد المدة بلا فسخ فيها فإنه يهلك بالثمن لسقوط الخيار، ولو ادعى هلاكه في يد المشتري ووجوب القيمة وادعى المشتري إبقائه من يده فالقول به بيمينه، لان الظاهر حياته ويتم البيع، ولو ادعى البائع الإباق والمشتري الموت فالقول للبائع بيمينه، كذا في (السراج). بحر. قوله: (إذا قبضه بإذن البائع) وكذا بلا إذنه بالاولى ط. وأما إذا هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شئ عليهما كما في المطلق عنه، وإن تعيب في يد البائع فهو على خياره، لان ما انتقض بغير فعله لا يكون مضموناً عليه ولكن المشتري يتخير، إن شاء أخذ بجميع الثمن وإن شاء فسخ كما في البيع المطلق، وإذا كان العيب بفعل البائع ينتقص المبيع فيه بقدره، لان ما يحدث بفعله يكون مضموناً عليه ويسقط به حصته من الثمن. بحر عن الزيلعي. وبأني حكم تعبيه في يد المشتري. قوله: (يوم قبضه) ظرف لقيمته ج. قوله: (فإنه بعد بيان الثمن مضمون بالقيمة) أطلقه فشمل بيان الثمن من البائع أو المساوم، وخصه الطرسوسي في أنفع الوسائل بالثاني. ورده في البحر بأنه خطأ لما في الخانية: طلب منه ثوباً ليشتريه فأعطاه ثلاثة أثواب وقال هذا بعشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين فأحملها فأني ثوب ترضى بعته منك فهلك عند

[82]

المشتري. قال الامام ابن الفضل: إن هلكت جملة أو متعاقبا ولا يدري الاول وما بعده ضمن ثلث الكل، وإن عرف الاول لزمه ذلك الثوب والثوبان أمانة، وإن هلك اثنين ولا يعلم أيهما الاول ضمن نصف كل منهما ورد الثالث لانه أمانة، وإن نقص الثالث ثلثه أو رבעه لا يضمن النقصان، وإن هلك واحد فقط لزمه ثمنه ويرد الثوبين ا هـ ملخصاً. قال في البحر: فهذا صريح في أن بيان الثمن من جهة البائع يكفي للضمان ا هـ. وأجاب العلامة المقدسي بأن مراد الطرسوسي أنه لا بد من تسمية الثمن من

الجانبين حقيقة أو حكما، أما الاول فظاهر، وأما الثاني فبأن يسمى أحدهما ويصدر من الآخر ما يدل على الرضا به. ثم قال: ومن نظر عبارة الطرسوسي وجدها تنادي بما ذكرناه ا هـ. مطلب في المقبوض على سوم الشراء قلت: وبيان ذلك أن المساوم إنما يلزمه الضمان إذا رضي بأخذه بالثمن المسمى على وجه الشراء، فإذا سمي الثمن البائع وتسلم المساوم الثوب على وجه الشراء يكون راضيا بذلك، كما أنه إذا سمي هو الثمن وسلم البائع يكون راضيا بذلك، فكان التسمية صدرت منهما معا، بخلاف ما إذا أخذه على وجه النظر لانه لا يكون ذلك رضا بالشراء بالثمن المسمى. قال في القنية: سم عن أبي حنيفة قال له: هذا الثوب لك بعشرة دراهم فقال: هاته حتى أنظر فيه أو قال حتى أريه غيري، فأخذه على هذا وضاع لا شيء عليه، ولو قال: هاته، فإن رضيته أخذته فضاع فهو على ذلك الثمن ا هـ. قلت: ففي هذا وجدت التسمية من البائع فقط، لكن لما قبضه المساوم على وجه الشراء في الصورة الأخيرة صار راضيا بتسمية البائع فكانها وجدت منهما، أما في الصورة الاولى والثانية فلم يوجد القبض على وجه الشراء، بل على وجه النظر منه أو من غيره فكانه أمانة عنده فلم يضمنه. ثم قال في القنية ط: أخذ منه ثوبا وقال: إن رضيته اشتريته فضاع فلا شيء عليه، وإن قال: إن رضيته أخذته بعشرة فعليه قيمته، ولو قال صاحب الثوب هو بعشرة فقال المساوم: هاته حتى أنظر إليه وقبضه على ذلك وضاع لا يلزمه شيء. قلت: ووجهه أنه في الاول لم يذكر الثمن من أحد الطرفين فلم يصح كونه مقبوضا على وجه الشراء وإن صرح المساوم بالشراء، وفي الثاني لما صرح بالثمن على وجه الشراء صار مضمونا، وفي الثالث وإن صرح البائع بالثمن لمن المساوم قبضه على وجه النظر لا على وجه الشراء فلم يكن مضمونا، وبهذا ظهر الفرق بين المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم النظر فافهم، واغتنم تحقيق هذا المحل. قوله: (مضمون بالقيمة) أي إذا هلك، أما إذا استهلكه فمضمون بالثمن كما حققه الطرسوسي، وإن رده في البحر بأنه غير صحيح، لما في الخانية: إذا أخذ ثوبا على وجه المساومة بعد بيان الثمن فهلك في يده كان عليه قيمته، وكذا لو استهلكه وارث المشتري بعد موت المشتري ا هـ. قال: والوارث كالمورث، فقد أجاب في النهر بقوله: لا نسلم إنه غير صحيح، إذ الطرسوسي لم يذكره تفقها بل نقلنا عن المشائخ، صرح به في المنتقى. وعلله في المحيط بأنه صار راضيا بالمبيع حملا لفعله على الصلاح والسداد، وعزاه في الخزانة أيضا إلى المنتقى غير أنه قال: في القياس تجب القيمة اهـ. كلام النهر. قلت: وما نقله في البحر عن الخانية لا دلالة فيه على ما يدعيه بل فيه ما ينافيه لان قوله :

وكذا لو استهلكه وارث المشتري، يفيد أنه لو استهلكه المشتري نفسه كان الواجب الثمن لا القيمة. ووجهه أيضا ظاهر لما علمته من تعليل المحيط. والفرق بينه وبين استهلاك الوارث أن العاقد هو المشتري، فإذا استهلكه كان راضيا بامضاء عقد الشراء بالثمن المذكور، بخلاف ما إذا استهلكه وارثه، لان الوارث غير العاقد، بل العقد انفسخ بموته فيقي أمانة في يد الوارث فيلزمه القيمة دون الثمن، فقوله في البحر: والوارث كالمورث غير مسلم. ثم رأيت الطرسوسي نقل عن المنتقى ما يفيد ذلك وهو قوله: ولو قال البائع: رجعت عما قلت أو مات أحدهما قبل أن يقول لمشتري: رضيت، انتقض جهة البيع، فإن استهلكه المشتري بعد ذلك فعليه قيمته، كما في حقيقة البيع لو انتقض يبقى المبيع في يده مضمونا، فكذا هنا ا هـ. فهذا صريح بانفساخ العقد بموته، فكيف يلزم الوارث الثمن باستهلاكه، فافهم واغتنم. قوله: (بالغة ما بلغت) رد على الطرسوسي حيث قال: وظاهر كلام الاصحاب أنها تجب بالغة ما بلغت، ولكن ينبغي أن يقال: لا يزداد بها على المسمى كما في الاجارة الفاسدة. قال في النهر: وفيه نظر، بل ينبغي أن تجب بالغة ما بلغت، وقد صرحوا بذلك في البيع الفاسد، فكذا هنا ا هـ. قوله: (ولو شرط المشتري) أي مريد الشراء وهو المساوم. قوله: (ولو في يد الوكيل الخ) قال في البحر عن الخانية: الوكيل بالشراء إذا أخذ الثوب على سوم الشراء فأراه الموكل فلم يرض به ورده عليه فهلك عند الوكيل، قال الامام ابن الفضل: ضمن الوكيل قيمته ولا يرجع بها على الموكل إلا أن يأمره بالاخذ على سوم الشراء، فحينئذ إذا ضمن الوكيل رجوع على الموكل ا هـ. مطلب: المقبوض على سوم النظر قوله: (أما على سوم النظر) بأن يقول: هاته حتى أنظر إليه أو حتى أريه غيري، ولا يقول: فإن رضيته أخذته. وقوله: (مطلقا) أي سواء ذكر الثمن أو لا ا هـ ح عن النهر. ولا يخفى أن عدم ضمانه إذ هلك، أما لو استهلكه القابض فإنه يضمن قيمته. وقدمنا وجه الفرق بينه وبين المقبوض على سوم الشراء، وفي حكمه المقبوض على سوم

الشراء إذا لم يبين الثمن أو مات أحد العاقدین قبل الرضا أو رجع عما قال، كما قدمناه آنفاً عن المنتقي. وقدمنا أول المسألة ما لو قبض ثلاثة أثواب وسمى ثمن كل واحد بعينه ليشتري أحدها فهلك واحد منها فإنه يضمه دون الآخرين، وتقدم تفصيله. هل هذا خاص بما إذا كانت ثلاثة لتكون مما فيه خيار التعيين الآتي بيانه أو أعم؟ والظاهر الثاني لو كانت أكثر، فلا شك أن واحداً منها مقبوض على سوم الشراء وإن كان فاسداً، والباقي على سوم النظر فهو أمانة، بخلاف الأول. فتأمل. قوله: (وعلى سوم الرهن بالاقبل من قيمته ومن الدين) أي إذا سمي

[84]

قدر الدين، فلا ينافي ما سيذكره المصنف في كتاب الرهن من قوله: المقبوض على سوم الرهن إذا لم يبين المقدار ليس بمضمون على الأصح أ هـ. وفي البزاية: الرهن بالدين الموعود مقبوض على سوم الرهن مضمون بالموعود، بأن وعده أن يقرضه ألفاً فأعطاه رهناً وهلك قبل الاقراض يعطيه ألف الموعود جبراً، فإن هلك هذا في يد المرتهن أو العدل ينظر إلى قيمته يوم القبض والدين. وعن الثاني أقرضني وخذاً هذا ولم يسم القرض فأخذ الرهن ولم يقرضه حتى ضاع يلزمه قيمة الرهن أ هـ. وما عن الثاني مقابل الأصح المذكور. قوله: (وعلى سوم القرض الخ) في البحر عن جامع الفصولين: وما قبض على سوم القرض مضمون بما ساوم كمقبوض على حقيقته بمنزلة مقبوض على سوم البيع، إلا أن في البيع يضمن القيمة وهنا يهلك الرهن بما ساومه من القرض أ هـ. وقوله: يهلك الرهن بما ساومه من القرض: أي إذا كانت قيمته مثل الرهن لا أقل، فلا ينافي ما تقدم من أنه يضمن بالاقبل، وبه ظهر أن ما في قوله وما قبض نكرة موصوفة بمعنى الرهن، فتكون هذه عين المسألة التي قبلها كما يعلم مما نقلناه عن البزاية في تصوير المسألة السابقة، فافهم. قوله: (وعلى سوم النكاح الخ) يعني لو قبض أمة غيره ليتزوجها بإذن مولاهما فهلك في يده ضمن قيمتها. جامع الفصولين. قال محشي الخير الرملي: أقول تقدم أن ما بعث مهرًا بعد الخطبة، وهو قائم أو هالك يسترد، فهو صريح أيضاً في أن ما قبض على سوم النكاح من المهر مضمون ولو لم يسم المهر أ هـ. تنبيه: ظاهر كلامهم وجوب قيمة الأمانة ولو لم يكن المهر مسمى، يحتاج إلى وجه الفرق بينه وبين المقبوض على سوم الشراء أو سوم الرهن، فإنه لا يضمن إلا بعد بيان الثمن أو بيان القرض. وقد أطال الكلام فيه السيد الحموي في حاشية الأشباه من النكاح ولم يأت بطائل. قوله: (ويخرج عن ملكه أي البائع) فلو أعتقه لم يصح عتقه، ولو كان حلف إن بعته فهو حر لم يعتق لخروجه عن ملكه. بحر قوله: (مع خيار المشتري فقط) شمل ما إذا كان الخيار لهما وأسقط البائع خياره بأن أجاز البيع كما في البحر. قال ح: ومثله ما إذا جعل المشتري الخيار لأجنبي. قوله: (فيهلك بيده بالثمن) لأن الهلاك لا يعري عن مقدمة عيب يمنع الرد فيهلك وقد انبرم البيع فيلزم الثمن، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع لأن تيبه في هذه الحالة لا يمنع الرد فيهلك والعقد موقوف فيبطل، نهر. وإذا بطل العقد يضمن القيمة. مطلب في الفرق بين القيمة والثمن والفرق بين الثمن والقيمة أن الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان، سواء زاد على القيمة أو نقص، والقيمة ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان. قوله: (كتعيبه فيها) أي في يد المشتري، وهذا تشبيه بالهلاك في الصورتين: أعني في صورة ما إذا كان الخيار للبائع أو للمشتري، فإن التعيب المذكور كالهلاك يوجب القيمة في الأولى والثمن في الثانية. منح. وشمل ما إذا عيبه المشتري أو أجنبي أو تعيب بأفة سماوية أو بفعل المبيع، وكذا بفعل البائع عند محمد

[85]

فلا يسقط به خيار المشتري، فإن أجاز البيع ضمن البائع النقصان، وعندهما يلزم البيع بحر: أي ويرجع بالارش على البائع كما ذكره بعد. تنبيه: ذكر حكم الهلاك والنقصان عند المشتري، ولم يذكر حكم الزيادة عنده. وحاصله: أنها متصلة أو منفصلة ومتولدة من الأصل كالولد والسمن والجمال والبرء من المرض أو غير متولدة كالصبي والعقر والكسب والبناء فيمتنع الفسخ إلا في المنفصلة الغير المتولدة. بحر عن التتارخانية. قوله: (لا يرتفع) يأتي محترزة. قوله: (فيلزمه قيمته) أي لو هلك، ولو قال فللبائع في المسألة الأولى فسخ البيع الخ لكان أولى، لأن المطلوب بيان ما يلزم

بالتعيب في المسألتين، أما ما يلزم بالهلاك فيهما فهو مصرح به في المتن. قوله: (لشبهة الربا) لان الجودة في المال الربوي غير معتبرة، لكن قال في الخلاصة من الغصب: إذا غصب قلب فضة وهو بالضم السوار، وإن شاء المالك أخذه مكسورا، وإن شاء تركه وأخذ قيمته من الذهب. قال في العناية: إذا لو أوجبنا مثل القيمة من جنسه أدى إلى الربا، أو مثل وزنه أبطلنا حق المالك في الجودة والصنعة أ هـ. وذكر الزيلعي هناك فيما لو نقص المغصوب الربوي: يخير المالك بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشئ، وبين أن يسلمها ويضمن مثلها أو قيمتها، لان تضمين النقصان متعذر لانه يؤدي إلى الربا أ هـ. وبه علم أن الخيار للمالك بين إمساك العين بلا رجوع بالنقصان وبين دفعها تضمين مثلها: أي مثل وزنها، لانه رضي بإبطال حقه في الجودة وبين تضمين قيمتها: أي من خلاف الجنس. وفي مسألتنا إذا كان الخيار للبائع في بيع الربوي وعيبه المشتري واختار البائع الفسخ ليس له أخذ نقصان العيب لانه يؤدي إلى الربا، وينبغي أن يكون له الخيار المذكورة. تأمل. قوله: (في الثانية) أي ما كان الخيار فيها للمشتري. قوله: (ولو يرتفع) مقابل قوله: يعيب لا يرتفع. قوله: (فهو على خياره) أي فله الفسخ في مدة الخيار ورد المبيع على بائعه. قوله: (ولا أي وإن لم يزل المرض في المدة لزم العقد، لانه لا يمكنه رده في المدة معيبا لتضرر البائع، ولو زال بعد مضي المدة لزم العقد بمضيها. قوله: (ابن كمال) ومثله في البحر والجمهورية. قوله: (ولا يملكه المشتري) أي فيما إذا كان الخيار له فقط، لكن في الخانية يصح إعتاقه ويكون إمضاء. وفي السراج: تجب النفقة عليه بالاجماع، ولو تصرف فيه في مدة الخيار جاز تصرفه ويكون إجازة منه، وفي جامع الفصولين: لو رهن بالثمن رهنا جاز الرهن به مع أنه ذكر فيه أنه لو أبرأه البائع عن الثمن لم يجز إبرأؤه عند أبي يوسف أ هـ. فينبغي أن لا يصح الرهن أيضا. والجواب أن الأبراء يعتمد الدين ولا دين له عليه، لان الثمن باق على ملك المشتري، بخلاف الرهن بدليل صحته بالدين الموعود به، لكن في المعراج أن عدم صحة الرهن بالثمن قياس، والاستحسان صحته لانه إبراء بعد وجود السبب وهو البيع، وتماه في البحر. وفيه عن الخلاصة أن زوائد المبيع موقوفة، إن تم البيع كانت للمشتري، وإن

فسخ كانت للبائع. قوله: (خلافا لهما) حيث قالوا: إنه يملكه. قوله: (لئلا يصير سائبة) أي شيئا لا مالك له بعد دخوله في الملك، وهذا دليل لقولهما إنه يملكه بعد خروجه من ملك البائع: أي أنه لو لم يملكه لزم أن يخرج عن ملك البائع لا إلى مالك فيكون كالسائبة ولا عهد لنا به في الشرع: يعني في المعاوضات لئلا يرد نحو التركة المستغرقة بالدين فإنها تخرج من ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء، وتماه في النهر والفتح. قوله: (قلنا) أي من طرف الامام، وهو جواب بمنع كونه كالسائبة. قوله: (والثاني موجود هنا) هو علقه الملك: أي للبائع، إذا قد يرد عليه فيعود إليه حقيقة ملكه، وللمشتري أيضا إذ قد يسقط خياره فيكون له ط. قوله: (ويلزمكم الخ) استدلال للامام بطريق النقص الاجمالي لدليل الخصم باستلزامه الفساد من وجهين: الاول: ما في النهر أنه لو دخل في ملك المشتري مع كون الثمن لم يخرج من ملكه لزم اجتماع البديلين في حكم ملك أحد المتعاقدين حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع. يعني في باب المعاوضة فإنها تقتضي المساواة بينهما في تبادل ملكيهما، فلا يرد ما لو غصب المدبر وأبق من يده فإنه يضمن قيمته ولا يخرج به عن ملك المالك، فيجتمع العوضان في ملك لانه ضمان جناية لا معاوضة. والثاني: ما في الفتح من أن خيار المشتري شرع نظرا له ليتروى فيقف على المصلحة، فلو أثبتنا الملك بمجرد البيع مع خياره ألحقناه بنقص مقصوده، إذ ربما كان المبيع من يعتق عليه فيعتق بلا اختياره فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقص إذا كان مغوتا للنظر، وذلك لا يجوز. قوله: (ولا يخرج شئ منهما الخ) فإن تصرف البائع جاز وكان فسخا، وكذا إن تصرف المشتري في الثمن إن كان عينا وتصرف كل منهما فيما اشتراه باطل، وأيهما هلك قبل التسليم بطل البيع، فإن هلك بعده بطل أيضا ولزم قيمته. منح. قوله: (عن مالكة) لا حاجة إليه ط. قوله: (وأيهما أجاز بطل خياره فقط) أي وصار العقد بائا من جانبه والآخر على خياره، وإن لم يوجد منهما أجازة ولا فسخ حتى مضت المدة لزم البيع، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر بطل البيع بينهما، سواء سبق الفسخ أو الاجازة أو كانا معا: ولا عبرة للاجازة بكل حال أ هـ منح. وحاصله: أنه إذا أجاز أحدهما فالآخر على خياره، فإن أجاز أيضا تم العقد، وإن فسخ بطل، وإن سكتا حتى مضت المدة لزم العقد. قوله: (وهذا الخلاف) أي المذكور بين الامام وصاحبيه في مسألة خيار المشتري، وهو أن المبيع لا يدخل في ملك المشتري عنده ويدخل عندهما،

والتفريع في المسائل الآتية على قوله. قوله: (بقي النكاح) (لأنه لم يملكها عنده، وإذا سقط الخيار بطل: أي النكاح للتنافي: أي بين ثبوت المتعة بملك اليمين وبالعقد. وعندهما انفسخ النكاح لدخولها في ملك الزوج، فإذا فسخ المشتري البيع رجعت إلى مولاهما بلا نكاح عليهما عندهما. وعنده تستمر زوجته كما

[87]

في الفتح. قال في البحر: وعلى هذا لو اشترى زوجته فاسدا وقبضها يفسد النكاح، ثم إذا فسخ البيع للفساد لا يرتفع فساد النكاح. قوله: (لا يعتبر استبراء) أي عنده، وعندهما يعتبر، ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب الاستبراء عنده، وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض. بحر. وهي المسألة الآتية في رمز الفاء. قوله: (فلا يعتق محرمة) أي إذا اشترى قريبه المحرم لا يعتق عليه في مدة الخيار عنده حتى تنقضي المدة ولم يفسخ. وعندهما يعتق لأنه ملكه. قوله: (فله ردها) لأنه حيث لم يملكها عنده كان وطؤه لها في مدة الخيار بالنكاح لا بملك اليمين فلا يمتنع الرد، لأنه لم يكن دليل الرضا بالبيع، بخلاف وطئ غير منكوحته كما سيأتي. وعندهما يمتنع، لأن الوطئ حصل في الملك وقد بطل النكاح فكان دليل الرضا، قوله: (إلا إذا نقصها) أي الوطئ ولو ثيبا فيمتنع الرد. نهر وفتح. ومقتضاه أن دواعي الوطئ ليست كالوطئ لعدم التنقيص بها فلا يجري فيها الخلاف المذكور، بخلافها في غير المنكوحه، فإن دواعيه مثله فتكون دليل الرضا بالبيع فيمتنع الرد اتفاقا كما سيأتي. وعلى هذا فيشكل ما في شرح منلا مسكين، معه أنه يمتنع الرد عند الامام لو قبلها أو مسها أو مسته بشهوة، وكذا لو وطئها غير الزوج في يده ا هـ. ووجه الأخير ظاهر، لأن وطئ غيره موجب للعقر وهو زيادة منفصلة متولدة من المبيع بعد القبض فتتمنع الرد كما مر ويأتي. تنبيه: قال في البحر: ولم أر حكم حل وطئ المبيعة بخيار، أما إذا كان الخيار للبائع فينبغي حله له لا للمشتري وإن كان للمشتري ينبغي أن يحل لهما، ونقله في المعراج عن الشافعي ا هـ. ولا يخفى أن هذا في غير منكوحته. ثم اعلم أن هذه المسألة غير مكررة مع الأولى المرموز لها بالالف وإن كان موضوعهما بشراء الامة المنكوحه لأن المقصود من الأولى شرائها لا يبطل نكاحها، ومن هذه أن وطئ زوجها لا يمنعه من ردها كما نبه عليه ط. وهو ظاهر. قوله: (من الوديعة عند بائعه الخ) أي إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهل في يده في تلك المدة هلك من مال البائع عنده لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك. وعندهما من مال المشتري لصحة الأيداع باعتبار قيام

[88]

الملك. وتماه في البحر. قوله: (لعدم الملك) علة للعلة. قوله: (لو ولدت (أي بالنكاح. بحر. قوله: (لم تصر أم ولد) أي للمشتري لعدم الملك خلافا لهما. بحر. قوله: (لزم العقد الخ) أي اتفاقا، وتصير أم ولد للمشتري إذا ادعاه. بحر عن ابن كمال، لأن تعيب المبيع في مدة الخيار بعد قبضه له مبطل لخياره. قوله: (إذا ولدت الخ) أي في يد المشتري فيوافق ما قبله ط. قوله: (ولم تنقصها الولادة) مقتضاه أن الولادة قد لا تكون نقصانا، وهو خلاف الاطلاق السابق، ويؤيد السابق ما في البازية: اشتراها وقبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لامن البائع وهو لا يعلم، وفي 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 ا هـ. وسيذكر الشارح في خيار العيب عن البازية خلاف ما نقلناه عنها، وهو تحريف كما سنوضحه هناك. قوله: (فهو للبائع بعد الفسخ) لأنه عنده لم يحدث على ملك المشتري، وعندهما للمشتري لحدوثه على ملكه. بحر. قال ط: وأما إذا لم يفسخ فالزوائد تبع للمبيع كما سلف. قوله: (فلا استبراء على البائع) لأنه إنما يجب بتجديد الملك ولم يوجد حيث لم تدخل في ملك غيره فكأنه لم يزل ملك البائع. ابن كمال. قوله: (لكن عبار ابن الكمال وأسلم المشتري) وكذا في الفتح وغيره فيكون هو المراد من لفظ أحدهما. في عبارة العيني: لأنه لو أسلم البائع لا تظهر فيه ثمرة الخلاف لبقاء الخيار إجماعا كما في الزيلعي، حيث قال: لو اشترى ذمي من ذمي خمرا على أنه: أي المشتري بالخيار، ثم أسلم المشتري في مدة الخيار بطل الخيار عندهما، لأنه ملكها فلا يملك تملكها بالرد وهو مسلم. وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها فلا

يملك تملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم. ولو أسلم البائع والخيار للمشتري بقي على خياره بالاجماع، ولو ردها المشتري عادت إلى ملك البائع، لأن العقد من جانب البائع بات، فإن أجازه صار له، وإن فسخ صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يملك الخمر حكما كما في الارث، ولو كان الخيار للبائع فأسلم هو بطل البيع، لأن البيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يقدر أن يملك الخمر، ولو أسلم المشتري لا يبطل العقد والبائع على خياره، لأن العقد من جهة المشتري بات، فإن أجازه العقد صار له، لأن المسلم من أهل أن يملك الخمر حكما، وإن فسخه كان للبائع، وهذا كله فيما إذا أسلم أحدهما بعد القبض والخيار لاحدهما، فلو قبل القبض بطل البيع في الصور كلها سواء كان البيع باتا أو بخيار لاحدهما أو لهما، لأن للقبض شبهة بالعقد من حيث إنه يفيد ملك التصرف فلا يملكه بعد الاسلام

[89]

اه ملخصا. قوله: (من المأذون الخ) أي إذا اشترى عبد مأذون شيئا بالخيار وأبرأه بئعه عن ثمنه في مدة الخيار بقي خياره، لأنه لما لم يملكه كان رده في المدة امتناعا عن التملك وللمأذون ولاية ذلك، فإنه إذا وهب له شيء فله ولاية أن لا يقبله. درر. عندهما: يبطل خياره، لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله، وهذا يقتضي صحة الأبراء، وقدما أنه لا يصح عند أبي يوسف قياسا، ويصح عند محمد استحسانا. بحر. قوله: (كل ذلك) أي المذكور من أحكام المسائل العشر. قوله: (لم يعتق) لأنه عنده لم يملكه فلم يوجد الشرط. وعندهما وجد فيعتق لأنه ملكه، وأما لو قال: إن اشتريت بدل قوله إن ملكت فإنه يعتق اتفاقا لوجود الشرط وهو الشراء، فيكون كالمنشئ للعتق بعده فيسقط الخيار، فتح وبحر. قوله: (واستدامة السكنى الخ) صورتها: اشترى دارا على أنه بالخيار وهو ساكنها بإجارة أو إعارة فاستدام سكنها. قال خواهر زادة: استدامتها اختيار عندهما لملك العين، وعنده ليس باختيار. فتح. ومثله خيار العيب وخيار الشرط في القسمة، ولو ابتدأ السكنى بطل خياره. وتماه في البحر. قوله: (فأحرم) أي وهو في يده بطل البيع عنده ويرده إلى البائع، وعندهما: يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع، ولو كان للمشتري فأحرم المشتري له أن يرده. بحر. وعبرة الفتح: ولو كان للمشتري فأحرم البائع للمشتري أن يرده، وهي الصواب. قوله: (بعد الفسخ) متعلق بما تعلق به. قوله: (للبيع) أي تثبت للبائع بعد الفسخ لأنها لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لأنها حدثت على ملكه كما في الفتح. ثم لا يخفى أن الزوائد تعم المتصلة والمنفصلة متولدة أو غيرها. وليس بصحيح هنا لما قدمناه عن التارخانية من أن حدوثها عند المشتري يمنح الفسخ بالخيار، إلا إذا كانت منفصلة غير متولدة كالكسب، فهذه يتأتى فيها إجراء الخلاف لامكان الفسخ فيها، أما في بقية الصور الثلاث فلا، بل هي للمشتري قطعا لحدوثها على ملكه حيث امتنع بها الفسخ ولزومه البيع. ثم رأيت في جامع الفصولين: ذكر مسائل الزيادة كما قدمنا من امتناع الفسخ في الكل إلا في صورة المنفصلة الغير المتولدة وأن الخلاف فيها فقط، وحينئذ فإطلاق الزوائد هنا ليس مما ينبغي، بل المراد به الصورة المذكورة وهي مسألة الكسب التي رمز لها بالكاف. فكان على الشارح إسقاط هذه لتكرارها مع إيهامها خلاف المراد كما ظنه من قال: إن الزوائد تعم المتصلة والمنفصلة فيستغني بها عن الكاف المشار بها إلى الكسب اه فافهم. قوله: (فسد) أي البيع عنده لعجزه عن تملكه بإسقاط خياره، ويتم عندهما لعجزه عن رده بفسخه. فتح. قوله: (خلافا لهما) راجع للمسائل الخمس

[90]

المزيدة، فافهم قوله: (ويضم الرمز للرمز) كذا في بعض النسخ: أي يضم الرمز المزيد بلفظ تنصدر للرمز السابق، وفي بعض النسخ ويضم لرمز الرمز بحر الاول باللام والثاني بالاضافة، وهذه النسخة ألطف وعليها ففي يضم ضمير يعود للرمز المزيد، ويكون المراد بالرمز المجزور باللام الرمز السابق عن العيني، وبالرمز المجزور بالاضافة شرح الكنز للعيني، فإن اسمه الرمز. وفي ط: فيصير المعنى اسحق عرك: أي امحقه بتواضعك وعظم الله تعالى في قلبك، فامتثل أمره ونهيه، وعظم الناس بإنزالهم منزلتهم تصير صدرا: أي مقدما ومقربا عند الله تعالى وعند الناس قوله: (ولم أره لاحد) أي لم ير الرمز بتصدر، وإلا فالمسائل في المنح والبحر ط قوله: (أجاز من له الخيار)

أي أجاز بالقول أو بالفعل كالاعتاق والوطئ ونحوهما كما يأتي. وفي جامع الفصولين: إذا قال أجزت شراءه أو شئت أخذه أو رضيت أخذه بطل خياره، ولو قال: هويت أخذه أو أحببت أو أردت أو أعجبتني أو وافقني لا يبطل لو اختار الرد أو القبول بقلبه، فهو باطل لتعلق الأحكام بالظاهر لا بالبطن قوله: (ولو مع جهل صاحبه) أي العاقد معه، أما لو كان للمشتريين ففسخ أحدهما بعيه الآخر لم يجز كما في جامع الفصولين قوله: (لهما) (أي لكل من المتعاقدين قوله: (فليس للأخر الاجازة) أي إلا إذا قبل الأول إجازته، يدل عليه ما في جامع الفصولين: باعه بخيار ففسخه في المدة انفسخ، فإن قال بعده: أجزت، وقبل المشتري جاز استحسانا، ولو كان الخيار للمشتري فأجاز ثم فسخ وقبل البائع جاز وينفسخ أ هـ. فيكون الأول بيعا آخر كما سيذكره الشارح، والثاني: إقالة قوله: (لأن المفسوخ لا تلحقه الاجازة) فيه إشكال سيذكره الشارح مع جوابه قوله: (لا يصح إلا إذا علم الآخر) هذا عندهما. وقال أبو يوسف: يصح، وهو قول الأئمة الثلاثة. قال الكرخي: وخيار الرؤية على هذا الخلاف، وفي العيب: لا يصح فسخه بدون علمه إجماعا، ولو أجاز البيع بعد فسخه قبل أن يعلم المشتري جاز وبطل فسخه. ذكره الاسبيجاني: يعني عندهما. وفيه يظهر أثر الخلاف فيما إذا باعه بشرط أنه إذا غاب فسخ فسد البيع عندهما خلافا لأبي يوسف، ورجح قوله في الفتح. نهر قوله: (فلو لم يعلم) أي في مدة الخيار، سواء علم بعدها أو لم يعلم أصلا قوله: (أن يستوثق بكفيل) الذي في العيني: أن يأخذ منه وكيفا: يعني إذا بدا له الفسخ رده عليه أ هـ. ومثله في البحر وغيره ح قوله: (أو يرفع الأمر للحاكم لينصب الخ) في العمادية: وهذا أحد قولين، وقيل: لا ينصب لأنه ترك النظر لنفسه بعدم أخذ الوكيل فلا ينظر القاضي إليه. وتماهه في النهر قوله: (لصحته بالفعل بلا علمه) مثال الفسخ بالفعل يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك، كما إذا أعتق المبيع أو باعه أو كان جارية فوطئها أو قبلها، أو أن يكون الثمن عينا فتصرف فيه المشتري تصرف الملاك فيما إذا كان الخيار للمشتري، صرح به الاكمل في العناية وغيره من المشايخ. منح. والمراد بقوله أن يتصرف البائع الخ: أن يكون الخيار له وتصرف كذلك فيكون فسخا حكما لأنه دليل استبقاء المبيع على ملكه. وأما لو كان الخيار

للمشتري وفعل ما ذكر فإنه يتم البيع كما يأتي قوله: (كما أفاده الخ) أي أفاد الفعل الذي يصح به الفسخ: يعني أن أمثلة الفسخ بالفعل تستفاد من قوله المذكور، وإن لم يكن المذكور من أمثلة الفسخ بل من أمثلة التمام والاجازة. قال في الفتح: وجميع ما قدمنا أنه إجازة إذا صدر من المشتري من الأفعال فهو فسخ إذا صدر من البائع أ هـ. وقد أفاد الشارح ذلك بقوله الآتي: لو فعل البائع ذلك كان فسخا والمراد به الاعتاق وما بعده، وحينئذ فليس في كلامه غلط بل هو من رموزه التي تخفى على المعترضين، فافهم قوله: (وتم العقد الخ) أي تحصل الاجازة بواحد مما ذكر، وهو كلام موهم، فإن في بعضها يكون إجازة سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري وهو الموت ومضي المدة، وفي بعضها: إذا كان للمشتري وهو الاعتاق وتوابعه، فلو للبائع كان فسخا. أفاده في البحر قوله: (بموته) أي موت من له الخيار بائعا كان أو مشتريا، لأن موت غيره لا يتم به العقد بل الخيار باق لمن شرط له، فإن أمضى العقد مضى وإن فسخه انفسخ كما في الفتح. نهر. وفي جامع الفصولين: لو الخيار لهما فمات أحدهما لزم البيع من جهته والآخر على خياره. وفيه أيضا: وكيل البيع أو الوصي باع بخيار أو المالك باع بخيار لغيره فمات الوكيل أو الوصي أو الموكل أو الصبي أو من باع بنفسه أو من شرط له الخيار، قال محمد: يتم البيع في كل ذلك، لأن لكل منهم حقا في الخيار والجنون كالموت أ هـ. وكذا الاغماء. وتماهه في النهر قوله: (ولا يخلفه الوارث) لأنه ليس إلا مشيئته وإرادة، ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال. هداية قوله: (كخيار رؤية) نص على ذلك في الغرر والوقاية والنقاية ومختصرها والملتقى والاصلاح والبحر والنهر وكذا في الهداية والفتح من باب خيار الرؤية، ولم أر من ذكر فيه خلافا، وعليه فما في فرائض شرح البيهقي عن شرح المجمع لابن الضياء من أن الصحيح أن خيار الرؤية يورث فهو غريب، ولعل أصل العبارة لا يورث. تأمل قوله: (وتقرير ونقد) لم يذكرهما في الدرر، بل ذكر المصنف الأول منهما في المنح بحثا، وذكر الثاني في النهر بحثا أيضا. ووجه ذلك أن الحقوق المجردة لا تورث، وكان الوجه لما قوي عند الشارح جزم به. وقد رأيت مسألة النقد في شرح البيهقي عن خزائن الاكمل نص على أنه لو مات قبل نقد الثمن بطل البيع وليس لوارثه نقده. وأما مسألة التغيرير فقد وقع فيها اضطراب، فنقل الشارح في آخر باب المراجعة على المقدسي أنه أفتى بمثل ما بحثه المصنف هنا، ذكر أن المصنف ذكر في شرح منظومته الفقهية أن خيار التغيرير يورث

كخيار العيب، وأن ابن المصنف أيده، وسنذكر إن شاء الله تعالى ما فيه هناك. نعم بحث الخير الرملي أيضا في حاشية البحر أنه يورث قياسا على خيار فوات الوصف المرغوب فيه كشرء عبد على أنه خيار وقال: إنه به أشبه لانه اشتراه بناء على قول البائع، فكان شارطا له اقتضاء وصفا مرغوبا فبان بخلافه. وقد اختلف تفقه الشيخ علي المقدسي والشيخ محمد الغزي في هذه المسألة لانهما لم يرياها منقولة، ومال الشيخ علي لما قلته فقال: والذي أميل إليه أنه مثل خيار العيب: يعني فيورث ا هـ. وبه علم أن ما نقله الشارح عن المقدسي مخالف لما نقله عنه الرملي، لكن سيأتي في المراجعة أنه لو ظهر له خيانة في المراجعة له رده، ولو هلك المبيع قبل رده أو حدث به ما يمنع من الرد لزمه جميع الثمن وسقط خياره، وعللوه هناك بأنه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط، بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه جزء فائت فيسقط ما يقابله. وأخذ منه في البحر هناك أن خيار ظهور الخيانة لا

[92]

يورث كما سنذكره هناك. ولا يخفى أن التغرير أشبه بظهور الخيانة في المراجعة، فكان إلحاقه به أولى من إلحاقه بالوصف المرغوب، لان الوصف المرغوب بمنزلة جزء من المبيع فيقابلة جزء من الثمن حيث كان الوصف مشروطا، فإذا فات يسقط ما يقابله كخيار العيب، وليس في التغرير شئ من ذلك بل هو مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن مثل خيار الخيانة في المراجعة، وبه يعلم أن الارجح أنه لا يورث كما جزم به الشارح، والله سبحانه أعلم قوله: (لان الاوصاف لا تورث) هذا التعليل إنما يناسب التعبير بأن خيار الشرط ونحوه لا يورث، كما وقع في الدرر والوقاية، والشارح إنما عبر بأنه لا يخلفه الوارث لانه أضبط، لان ما لا يورث قد يخلفه الوارث فيه كخيار العيب، فكان الاولى التعليل بأن الاوصاف لا تنتقل كما مر عن الهداية: أي فإن خيار الشرط مجرد مشيئة وإرادة، وذلك وصف لصاحب الخيار، فلا يمكن انتقاله إلى الوارث لا بطريق الارث ولا بطريق الخلافة، ومثله خيار الرؤية والتغرير. ولا يخفى أن هذا لا يتأتى في خيار النقد، لان نقد الثمن فعل لا وصف، وهذا يرجح أنه كخيار العيب. تأمل. تنمة: في شرح البيري عن شرح المجمع لابن الصياء: وأجمعوا أن خيار القبول لا يورث، وكذا خيار الاجازة في بيع الفضولي ا هـ. والمراد بخيار القبول خيار المجلس، وهو أن يقبل في مجلس العقد بعد إيجاب الموجب قوله: (وفوات الوصف المرغوب فيه) هذا غير موجود في الدرر، نعم ذكره في البحر والنهر. ووجهه ظاهر لانه في معنى العيب قوله: (فيخلفه الوارث فيها الخ) لان المورث استحق المبيع سليما من العيب، فكذا الوارث، وكذا خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاطه ملكه بملك غيره لا أن يورث الخيار هداية. ويدل على أن ذلك ليس بطريق الارث ما في الدرر من أن الوارث يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البائع بعد موت المورث وإن لم يثبت للمورث ا هـ. وفي غاية البيان: الدليل على أن هذا الخيار للوارث غير ما كان للمورث أن المشتري كان له أن يختار أحدهما أو يرددهما، وليس للوارث أن يرددهما، وخيار المشتري كان مؤقتا وللورثة يثبت غير مؤقت ا هـ قوله: (ومضي المدة) أي مدة الخيار قبل الفسخ أي سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، لانه لم يثبت الخيار إلا فيها فلا بقاء له بعدها. بحر. قوله: (وإن لم يعلم) أي بمضيها قوله: (لمرض أو إغماء) مشى على ما هو التحقيق من أن الاغماء والجنون لا يسقطان الخيار، إنما المسقط له مضي المدة من غير اختيار، ولذا لو أفاق فيها وفسخ جاز. بحر قوله: (والاعتاق) ولم بشرط وجد في المدة. بحر (ولو لبعضه) أي لبعض العبد المبيع. قال في النهر: وقد أغفلوه هنا قوله: (وتوابعه) كالكتابة والتدبير قوله: (إلا في الملك) أي ملك المباشر للفعل بطريق الاصاله قوله: (كإجارة) تمثيل لقوله لا ينفذ إلا في الملك. قال في البحر: وأشار بالاعتاق إلى كل تصرف لا يفعل إلا في الملك، كما إذا باعه أو وهبه وسلمه، أو رهن أو أجر وإن لم يسلم على الاصح، أو أبراه من الثمن أو اشترى به شيئا أو ساومه به، أو حجم العبد أو سقاه

[93]

دواء أو حلق رأسه، أو سقى زرع الارض أو حصده، أو عرض المبيع للبيع، أو أسكن في الدار ولو بلا أجر، أو رم منها شيئا، أو بنى بناء أو طينة أو هدمه، أو حلب البقرة أو شق أوداج الدابة أو بزغها لا لو قص حوافرها أو أخذ من عرفها، أو استخدم

الخادم مرة، أو ليس الثوب مرة، أو ركب الدابة مرة، أو أمر الامة بإرضاع ولده لانه استخدام، والاستخدام ثانيا إجازة إلا إذا كان في نوع آخر ا ه ملخصا. وبقي ما لو زاد المبيع، في يد المشتري، وقدمنا حكمه عند قوله: كتعيبه قوله: (ونظر إلى فرج الخ) تمثيل لقوله: أو لا يحل إلا في الملك. وأورد أن مقتضى الضابط تعميم النظر إلى كل ما لا يحل. قلت: وفيه نظر، لان الضابط في تصرف لا يحل الخ لا في فعل، ومطلق النظر وإن كان فعلا لكنه ليس بتصرف، إلا إذا كان إلى الفرج الداخل فإنه تصرف حكما بمنزلة الوطئ بدليل ثبوت حرمة المصاهرة به، فافهم. قال في البحر: واعلم أن دواعي الوطئ كالوطئ، فإذا اشترى غير زوجته بالخيار فقبلها بشهوة أو لمسها بها أو نظر إلى فرجها بها سقط خياره، وحدها انتشار آلتها أو زيادته، وقيل بالقلب وإن لم ينتشر فلو بلا شهوة لم يسقط في الكل ا ه. وقيد بغير زوجته، إذ لو شرى زوجته ووطئها لم يسقط خياره لعدم دلالة على الرضا، إلا إذا نقصها كما قدمه الشارح. قوله: (بشهوة) فلو بغيرها لم يسقط، لان ذلك يحل في غير الملك في الجملة، لان الطبيب والقابلة يحل لهما النظر. فتح. قوله: (والقول لمنكر الشهوة) عبارة الفتح: ولو أنكر الشهوة في هذه: أي في الدواعي كان القول قوله، لانه ينكر سقوط خياره، وكذا إذا فعلت الجارية ذلك سقط خياره في قول أبي حنيفة، وقال محمد: لا يكون فعلها البتة إجازة للبيع والمباضة ولو مكرها اختيار، إنما يلزم سقوط الخيار في غير المباضة إذا أقر بشهوتها ا ه. وبه علم أنه في المباضة منها أو منه لا يصدق في عدم الشهوة، ولذا قال في البحر: لو ادعى عدم الشهوة في التقبيل في الفم لم يقبل: أي لان التقبيل على الفم لا يخلو من الشهوة عادة فالمباضة بالاولى. قوله: (ومفاده) أي مفاد ما ذكر من الضابط. قال في النهر بعد قوله كان إجازة: لان هذا الفعل وإن احتيج إليه للامتحان إلا أنه لا يحل في غير الملك بحال. قوله: (ولو وحدها ثيبا الخ) أي لو اشتراها على أنها بكر فوطئها فوجدتها ثيبا يردها بهذا العيب: أي عيب الثبوية لفوات الوصف المرغوب وهو البكارة، أما لو لم يشترطها فلا رد أصلا، كما سيأتي في خيار العيب. ثم اعلم أن التفصيل بين اللبث وعدمه خلاف ما يفيد الضابط، إذ لا شك أن الوطئ لا يحل في غير الملك سواء كانت ثيبا ألا بكرا، فلا فرق فيه بين اللبث وعدمه، وعبرة النهر لا غبار عليها حيث قال: وقد قالوا بأنه لو وحدها ثيبا الخ، فإن قوله وقد قالوا: استدراك على ما ذكره من المفاد: أي ما قالوه من التفصيل خلاف هذا المفاد، وما استدرك به ذكره في القنية. ثم رمز بعده وقال: والوطئ يمنع الرد، وهو المذهب ا ه. وبه علم أن مفاد الضابط هو المذهب فلا وجه للاستدراك عليه، على أن هذا الضابط إنما هو في خيار الشرط، وهذه المسألة من مسائل خيار العيب. قوله: (وسيجئ في بابه) أي في باب خيار العيب. والذي سيجئ حكاية أقوال في

المسألة، وقد علمت ما هو المذهب، وعليه مشى المصنف هناك، فافهم. قوله: (ولو فعل البائع ذلك) أي التصرف الذي لا ينفذ أو لا يحل إلا في الملك وكان الخيار له ط. قوله: (وطلب الشفعة بها) صورته: أن يشتري دارا بشرط الخيار له ثم تباع دار بجوارها فيطلب الشفعة بسبب الدار التي اشتراها سقط خياره فيها وتم البيع. قوله: (بخلاف خيار رؤية وعيب) فإنه إذا اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة فله أن يرد الدار بخيار الرؤية. درر وكذا بخيار العيب. قوله: (من المشتري) متعلق بطلب أو به وبالاعتاق. قوله: (إذا كان الخيار له) ظاهره أنه لو كان للبائع يبقى خياره بعد طلب الشفعة لان ملكه باق بخياره، بخلاف المشتري لانه لا ملك له مع خياره فطلبه الشفعة دليل التملك، لانهم عللوا المسألة بأنه لا يكون إلا بالملك، فكان دليل الاجازة فتضمن سقوط الخيار ا ه فافهم. قوله: (أو البائع الخ) هو مذكور في غاية البيان عن الجامع الصغير وعبارته: اعلم أن أحد العاقدين إذا اشترط الخيار لغيرهما كان البيع جائزا بهذا الشرط ا ه. وصرح به مثلا مسكين عن السراجية والكافي وقال: إن التقييد بالمشتري اتفاقي، ونقله الحموي عن المفتاح ويأتي قريبا عن البحر. قوله: (الخيار) أي خيار الشرط، لان خيار العيب والرؤية لا يثبت لغير العاقدين. بحر عن المعراج. قوله: (عاقدا كان أو غيره) تعميم للغير، لكن قال ح: الاولى أن يراد بالغير الاجنبي، لان مسألة ما إذا جعل المشتري الخيار للبائع أو العكس قد ذكرت أول الباب في قوله: ولاحدهما أيضا فيما إذا جعل المشتري الخيار للبائع لا يكون الخيار لهما بل للبائع فقط، وفي العكس يكون الخيار للمشتري فقط، فكيف يصح قوله فإن أجاز أحدهما الخ؟ ولذلك قال في البحر: ولو قال المصنف ولو بشرط أحد المتعاقدين الخيار لاجنبي صح لكان أولى، ليشمل ما إذا كان الشارط البائع أو المشتري، وليخرج اشتراط أحدهما للآخر، فإن قوله: لغيره صادق بالبائع وليس بمراد، ولذا قال في

المعراج: والمراد من الغير هنا غير العاقدین ليتأتى فيه خلاف زفر ا هـ. قلت: ومثله في الفتح، وبه زال تردد صاحب النهر حيث قال: ولم أر ما لو اشترطه المشتري للبائع هل يكون نائبه عنه أيضا؟ محل تردد، فتدبره ا هـ. قوله: (صح استحسانا) والقياس أن لا يصح، وهو قول زفر. قوله: (إن وافقه الآخر) قيد به لانه محل الصحة على الإطلاق، وهو مفاد التفصيل

[95]

الذي بعده. قوله: (لعدم المزاحم) لان الاسبق ثبت حكمه قبل المتأخر فلم يعارضه، وإن كان المتأخر أقوى فالفسخ. قوله: (ولو كانا معا) بأن خرج الكلامان معا كما في السراج، وهذا قد يتعسر. والظاهر أنه يكفي عدم العلم بالسابق منهما. نهر. قوله: (في الاصح) صححه قاضيخان معزيا للمبسوط، وفي رواية ترجيح تصرف العاقدین لقوته، لان النائب يستفيد الولاية منه، وقيل: هو قول محمد، وما في الكتاب قول أبي يوسف، بحر. قوله: (والمفسوخ لا يجاز) أي فصار الفسخ أقوى لكونه لا ينقض الاجازة، فلذا كان أحق. قوله: (بل بيع ابتداء) وعليه فقوله: وإعادة العقد بمعنى عقده ثانيا بالايجاب والقبول، أو بالتعاطي. أفاده ط. قوله: (باع عبيدين الخ) أراد بهما القيميين احترازاً عن قيمى أو مثليين، إذ في القيمى الواحد إذا شرط الخيار في نصفه يصح مطلقاً، وفي المثليين كذلك لعدم التفاوت. بحر عن الزيلعي. وفي النهر: الظاهر أن القيميين ليسا بقيد، إذ لو كانا مثليين أو أحدهما مثليا والآخر قيميا وفصل وعين فالحكم كذلك فيما ينبغي ا هـ. قلت: هذا لا يرد ما قبله من كونه قيد احترازيا، إذ المراد الاحتراز عما عدا القيميين لصحته مع التفصيل والتعيين وبدونهما، ولذا قال: يصح مطلقاً، لانه في القيميين لا يصح بدونهما، فعلم أنه مع التفصيل والتعيين يصح في القيميين وغيرهما، فتدبر، نعم ينبغي تقييد المثليين بما إذا كانا من جنس واحد، إذ لو تفاوتا كبر وشعير صارا كالقيمين في اشتراط التفصيل والتعيين، ليقع العلم بالمبيع والضمن. تأمل. قوله: (على أنه بالخيار) أي ثلاثة أيام كما في الهداية. قوله: (إن فصل الخ) كقوله: بعثك هذين العبيدين كل واحد بخمسائة على أنى بالخيار في هذا ثلاثة أيام. قوله: (والا يعين ولا يفصل) كقوله: بعثك هذين بألف على أنى بالخيار في أحدهما. قوله: (أو عين فقط) أي عين من فيه الخيار فقط: أي ولم يفصل الثمن كقوله: بعثك هذين بألف على أنى بالخيار في هذا. قوله: (أو فصل فقط) كقوله: بعثك هذين ألف كل واحد بخمسائة على أنى بالخيار. قوله: (لجهالة المبيع والضمن) أي فيما إذا لم يعين ولم يفصل، لان الذي في الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكانه خارج عن البيع، والبيع إنما هو في الآخر، وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار، ثم ثمن المبيع مجهول لان الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالاجزاء، كذا في الفتح. قوله: (أو أحدهما) أي الثمن فيما إذا عين ولم يفصل أو المبيع فيما إذا فصل ولم يعين. قوله: (الانواع الاربع) (أي الصور ط. قوله: (لم يجز) لانه أمره ببيع لا يزيل الملك بدون رضاه وقد خالف ط .

[96]

مطلب في خيار التعيين قوله: (وصح خيار التعيين) أي بأن يقع البيع على واحد لا بعينه، بخلاف المسألة السابقة فليست من خيار التعيين لوقوع البيع فيها على العبيدين، وأما قول الهداية هنا: ومن اشترى ثوبين فالمراد أحد الثوبين، كما نبه عليه في العناية وغيرها. وفي الفتح: المراد أن يشتري أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أيهما شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيما يعينه بعد تعيينه المبيع، أما إذا قال: بعثك عبدا من هذين بمائة ولم يذكر قوله على أنك بالخيار في أيهما شئت لا يجوز انفاقا، كقوله: بعثك عبدا من عبيدي، وإن اشترى أحد أربعة لا يجوز ا هـ. وقد استفيد من هذه العبارة أمور: الاول أن خيار التعيين إنما يكون البيع فيه على واحد من اثنين أو ثلاثة لا بعينه وهو ما قلناه. الثاني أنه لا يكون في واحد من أربعة كما يأتي. الثالث أنه لا بد أن يقول بعد قوله: بعثك أحد هذين العبيدين على أنك بالخيار في أيهما شئت، أو على أن تأخذ أيهما شئت ليكون نسا في خيار التعيين. وقال في البحر: لانه لو لم يذكر هذه الزيادة يكون فاسدا لجهالة المبيع، فإن قبضهما وماتا عنده ضمن نصف قيمة كل واحد منهما، وإن مات أحدهما قبل الآخر لزمه قيمة الآخر، كذا في المحيط ا هـ. الرابع أنه لا بد أيضا من ذكر خيار الشرط، بأن يقول على أنك بالخيار ثلاثة أيام: أي إذا

عين واحدا منهما بحكم خيار التعيين يكون له فيه خيار الشرط، وهذا الرابع فيه خلاف يأتي. قوله: (لا في المثليات) أي التي من جنس واحد. بحر. قوله: (ولو للبائع) صورته أن يقول المشتري اشتريت منك أحد هذين الثوبين على أن تعطيني أحدهما. نهر، فله أن يلزم المشتري أيهما شاء، إلا إذا تعيب أحدهما فليس له أن يلزمه المعيب إلا برضاه، فإذا ألزمه إياه ولم يرض به ليس له أن يلزمه الآخر بعد ذلك، ولو هلك أحدهما في يده كان له أن يلزمه الباقي، وأما إذا كان الخيار للمشتري، فالمبيع لازم في أحدهما، إلا أن يكون معه خيار شرط والمبيع مضمون بالثمن وغيره أمانة، فإذا هلك أحدهما تعين هو مبيعا والآخر أمانة، ولو هلكا معا ضمن نصف كل، ولو اختلفا في الهالك أولا فالقول للمشتري بيمينه وبينه البائع أولى، ولو تعيبا معه فالخيار بحاله، ولو متعاقبا تعين الاول مبيعا، ولو باعهما المشتري ثم اختار، أحدهما صح بيعه فيه، وتماه في البحر. قوله: (لأنه قد يرث الخ) جواب من صاحب البحر عما أورده في الفتح من أن جواز خيار التعيين للحاجة إلى اختيار ما هو الاوفق والارفق. فيختص بالمشتري، لأن المبيع كان مع البائع قبل البيع، وهو أدري بما لاءمه منه ا هـ. واعترض الحموي الجواب، بأن ما ذكره من صورة الارث صورة نادرة والاحكام لا تنطأ بنادر.

[97]

قلت: وقد يجاب أيضا بأن الانسان ما دام المبيع في ملكه لا يتأمل فيما يلائمه، وإنما يحتاج إلى التأمل بعد البيع، وأيضا كثيرا ما يحتاج إلى رأي غيره، فافهم. قوله: (ومدته كخيار الشرط) أي ثلاثة أيام، ظاهر كلام البحر أن هذا مبني على القول بأنه يشترط معه خيار الشرط، فقد ذكر في البحر أن شمس الأئمة صحح الاشتراط وفخر الاسلام صحح عدمه، ورجحه في الفتح، لكن ذكر قاضيخان أن الاشتراط قول الأكثر، ثم قال البحر: وإذا لم يذكر خيار الشرط على هذا القول فلا بد من تأقيت خيار التعيين بالثلاث عنده، وبأي مدة معلومة كانت عندهما، كذا في الهداية ا هـ. لكن قوله على هذا القول ليس في الهداية، والمتبادر من كلام الهداية أن اشتراط التوقيت مبني على ما صححه فخر الاسلام، ويأتي عن الفتح ما يدل عليه. ثم اعلم أن اشتراط التوقيت نازع فيه الزيلعي فقال: إذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين، بخلاف خيار الشرط، فإن التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي المدة، وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لأنه لازم في أحدهما قبل مضي الوقت، ولا يمكن تعينه بمضي الوقت بدون تعينه فلا فائدة لشرط ذلك. والذي يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه ا هـ. وأجاب في الجواشي السعدية بأن له فائدة هي أن يجبر على التعيين بعد مضي الايام الثلاثة، وأقره في النهر، وهو معنى قوله في الشرنبلالية: بل له فائدة هي دفع ضرر البائع لما يلحقه من مطل المشتري التعيين إذا لم يشترط فيفوت على البائع نفعه وتصرفه فيما يملكه ا هـ. وأبدى في البحر فائدة أخرى وهي أنه يمكن ارتفاع العقد فيهما: أي في الثوبين مثلا بمضي المدة من غير تعيين، بخلاف مضيهما في خيار الشرط فإنه إجازة لكل خيار ما يناسبه ا هـ. قلت: لكنه يستند إلى نقل في ذلك، ولو كان كذلك لما خفي على الزيلعي. قوله: (ولا يشترط معه خيار شرط في الاصح) غير أنهما إن تراضيا على خيار الشرط فيه ثبت حكمه، وهو جواز رد كل من الثوبين إلى ثلاثة أيام، ولو بعد تعيين الثوب الذي في البيع، ولو رد أحدهما كان بحكم خيار التعيين، وثبت البيع في الآخر بخيار الشرط، ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع في أحدهما، وعليه أن يعين، ولو مات المشتري قبل الثلاثة ثم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين، لأن خيار الشرط لا يورث، والتعيين ينتقل إلى الوارث ليميز ملكه عن ملك غيره على ما ذكرنا، وإن لم يتراضيا على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة. فتح وتماه فيه. وقوله: وإن لم يتراضيا الخ: معطوف على قوله: إن تراضيا. وظاهره أن اشتراط توقيت خيار التعيين مبني على القول بأنه لا يشترط أن يكون مع خيار التعيين خيار الشرط، لا على القول بالاشتراط، خلافا لما يفيد كلام البحر المار وهو ظاهر، لأن خيار الشرط موقت فلا حاجة إلى توقيت التعيين أيضا. قوله: (فرضي أحدهما) قال في البحر: ذكر الرضا: إذ لو ورد أحدهما لا يجيزه الآخر، ولم أره صريحا، ولكن قولهم لو رده أحدهما لرده معيبا يدل عليه ا هـ. قوله: (أو دلالة) كبيع واعتاق. قوله: (بعد رؤية الآخر) أي ورضاه به، لأن مجرد

[98]

الرؤية لا يوجب تمام البيع ط. قوله (لضرر البائع الخ) علة لعدم الرد في المسائل الثلاث، ووجه كون الشركة عيباً أنه صار لا يقدر على الانتفاع به إلا بطريق المهبأة، وتمامه في الفتح: قوله: (صفقة واحدة) قيد به، إذا لو كان العقد صفقتين فلكل الرد والاجازة مخالفاً للآخر لرضا المشتري بعيب الشركة كما لا يخفى ط. قوله: (للبياعين) بدل من قوله: لهما. قوله: (فليس لأحدهما الانفراد إجازة) أي بعد ما رد الآخر، وقوله أو رداً: أي ليس لأحدهما الانفراد، رداً بعد ما أجازه الآخر أ ه ج. ثم لا يخفى أن التفريع غير ظاهر، فكان الأولى أن يقول: ولو رد أحدهما في المسألتين لا يجيزه الآخر فليس لأحدهما الخ. وهذا ما ذكره في البحر بقوله: لو باعاً ليس لأحدهما الانفراد إجازة أو رداً، لما في الخانية: اشترى عبداً من رجلين صفقة واحدة على أن البياعين بالخيار، فرضي أحدهما بالبيع ولم يرض الآخر لزمهما البيع في قول أبي حنيفة أ ه. وأنت خبير بأن ما في الخانية لا يدل على قوله أو رداً، فالظاهر أنه بحث منه كما بحث مثله في المسألة السابقة. قوله: (مجمع) لم أره فيه، نعم قال في شرحه لابن ملك: قيد بالمشتري لأن البائع لو اشترى والمشتري واحداً وفي البيع خيار شرط أو عيب فرد المشتري نصيب أحدهما دون الآخر بحكم الخيار جاز اتفاقاً، كذا في جامع المحبوبي أ ه. ومثله في شرح المنظومة وعرر الأذكار، ولا يخفى هذه المسألة غير ما في المتن لأن هذه في رد المشتري وتلك في رضا أحد البياعين، وهذه وفاقية وتلك خلافية، كما مر عن الخانية. قوله: (بشرط خبزه) أي صريحاً أو دلالة كما يأتي بيانه، وسيأتي آخر الباب بيان الوصف الذي يصح شرطه وما لا يصح. قوله: (أي حرفته كذلك) لأنه لو فعل هذا الفعل أحياناً لا يسمى خبازاً. بحر عن المعراج. قوله: (بأن لم يوجد الخ) أي ليس المراد النهاية في الجودة، بل أدنى الاسم بأن يفعل من ذلك ما يسمى به الفاعد خبازاً أو كاتباً، لأن كل واحد لا يعجز في العادة عن أن يكتب على وجه تبيين حروفه، وأن يخيز مقدار ما يدفع الهلاك عن نفسه، وبذلك لا يسمى خبازاً ولا كاتباً. بحر عن الذخيرة. وبه ظهر أن المناسب إبدال قول الشارح اسم الكاتب والخباز، ولذا قال في الفتح: أعني الاسم المشعر بالحرفة. قوله: (أخذه بكل الثمن) لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ما لم تكن مقصودة. در منتقى. وقصد الوصف بإفراده بذكر الثمن كما مر فيما لو باع المذروع كل ذراع بكذا. قوله: (لم يجبر على القبض) لأن الاختلاف وقع في وصف عارض، والأصل فيه العدم، والقول قول من يدعي الأصل، والقول للبياع في أنها بكر لأنها صفة أصلية والوجود فيها أصل. وتمامه في البحر. قوله: (ورجع بالتفاوت) فإن كان بقدر العشر رجع بعشر الثمن. بحر عن الذخيرة. قال ط: أي يعتبر التفاوت من الثمن، فإن هذا البيع صحيح لا نظر فيه للقيمة. قوله: (في الأصح) وهو ظاهر الرواية، وفي رواية: لا رجوع

بشيء بحر. قوله: (شاة على أنها حامل) قيد بالشاة لأن اشتراط الحمل في الامة فيه تفصيل سيذكره الشارح في الفروع الآتية: قوله: (قدرا) بفتح القاف: أي يكتب مقدار كذا من الورق أو من الأسطر مثلاً. قوله: (فسد) أي البيع. قوله: (لأنه شرط فاسد) لأنه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها. فتح: أي لأن ما في البطن والضرع لا تعلم حقيقته. قوله: (جاز) أي على رواية الطحاوي، ويفسد على رواية الكرخي: شرنبلالية. وجزم بالأول في الفتح والدرر. قوله: (لأنه وصف الأولى أن يزيد مرغوب لأنه ليس كل وصف يصح اشتراطه كما سيذكره في الضابط آخر الباب. مطلب فيما لو اختلفا في الخيار أو في مضيه أو في الاجل أو في الاجازة أو في تعيين المبيع قوله: (والقول للمنكر الخ) لأن الخيار لا يثبت إلا بالشرط فكان من العوارض، فيكون القول لمن ينفيه كما في دعوى الاجل. درر. قوله: (والمضى) أي إذا اختلفا في مضى المدة فالقول لمنكره لأنهما تصادقا على ثبوت الخيار، ثم ادعى أحدهما السقوط بمضى المدة فالقول للمنكر. درر. قوله: (والاجازة) أي إجازة البيع ممن له الخيار، كما إذا ادعى البائع على المشتري بالخيار أنه أجاز البيع وأنكر المشتري فالقول قوله، لأن البائع يدعي سقوط الخيار ووجوب الثمن وهو ينكر ط. قوله: (والزيادة) أي إذا اختلفا في قدر الاجل فالقول لمن يدعي أخصر الوقتين، لأن الآخر يدعي زيادة شرط عليه وهو ينكر. درر. وتقدم أول البيوع عند قوله: وصح بثمن حال ومؤجل أنه لو اختلفا في الاجل: أي في أصله فالقول لنا في إلا في السلم، وسيأتي في باب خيار العيب ما لو اختلفا بعد التقابض في عدد المبيع أو عدد المقبوض فالقول للمشتري، لأن القول للقباض مطلقاً قدراً أو صفة أو تعييناً، فلو جاء ليرده بخيار شرط أو رؤية فقال البياع ليس هو المبيع فالقول للمشتري في تعيينه، ولو بخيار عيب للبياع الخ. وسيأتي الكلام عليه هناك، وكذا في آخر خيار الرؤية. وبقي ما إذا اختلفا في تعيين المبيع

الذي فيه خيار الشرط عند إجازة من له الخيار العقد، وقد ذكره في البحر في آخر باب خيار الرؤية عن الظهيرية ثم قال: والحاصل أن السلعة لو مقبوضة فالقول للمشتري سواء كان الخيار له أو للبائع، وإلا فلو الخيار للمشتري فالقول للبائع وعكسه فالقول للمشتري. مطلب: اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا تنبيه: واشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع: بكر للحال والمشتري ثيب، فإن القاضي يريها النساء، فإن قلن بكر لزم المشتري بلا يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت هنا بأن الأصل البكارة، وإن قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ لأنه حق قوي وشهادتهن ضعيفة لم تتأيد بمؤيد، لكن يثبت حق الخصومة لتوجه اليمين على البائع، فيحلف بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر، فإن نكل ردت عليه وإلا لزم المشتري. وعنهما في رواية: أنها ترد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين البائع، ولو قال سلمتها إليك وهي بكر وزالت في يدك فالقول قوله، لأن الأصل البكارة، ولا يريها القاضي النساء لأن البائع مقر بزوال البكارة. فتح ملخصا، وسنذكر لهذا مزيد

[100]

تحقيق وبيان في خيار العيب عند قول الشارح: وأعلم أن العيوب أنواع وهذا إذا علم أنها ثيب بغير الوطئ، فلو به فلا يرد لها بل يرجع بالنقصان، كما سيأتي هناك عند قول المصنف: اشترى جارية الخ. قوله: (قائلا بأنها) ضمن قائلا معنى ادعى فعدها بالباء. قوله: (وجاز للبائع وطئها) لأن المشتري لما ردها رضي بتمليكها من البائع بذلك الثمن فكان للبائع أن يملكها. درر. وعلى هذا القياس القصار إذا رد الثوب الآخر على رب الثوب، وكذا الاسكافي. تاترخانية. قلت: وهذا إذا لم يعلم أن الثوب المردود ثوب غير القصار. قوله: (وانعقد بيعا بالتعاطي) أفاد ذلك وجوب الاستبراء على البائع ط. قوله: (ولو قال البائع للمشتري عند رده) هذه المسألة مؤخرة عن موضعها ا ه ح. قوله: (لكنه نسي عندك) أي وقد ينسى في تلك المدة. بحر. وهذا القيد هو محل التوهم، إذ لو قصرت المدة فكذلك بالاولى. قوله: (لغير المبيع قبل قبضه) هذا التعليل يناسب ما لو نسي بعد العقد، أما لو قبله فالعلة كون الوصف مشروطا دلالة. قال في البحر: وأعلم أن اشتراط الوصف المرغوب فيه: إما أن يكون صريحا، أو دلالة، لما في البدائع في خيار العيب والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس يعيب لكونه حرفة كالخياطة، إلا أن يكون ذلك شرطا في العقد، وإن لم يكن مشروطا وكانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسيت في يده فاشترها له ردها، لأن الظاهر أنه إنما اشترها رغبة في تلك الصفة فصارت مشروطة دلالة، وهو كالمشروط نصا ا ه . والظاهر أن هذا إذا كان المشتري عالما بتلك الصفة، لكن يشكل على هذا ما في الحاوي الزاهدي: لو قال أشتري منك هذه البقرة على أنها ذات لبن وقال البائع: أنا أبيعها كذلك، ثم باشر العقد مرسلا من غير شرط ثم وجدها بخلاف ذلك ليس له الرد ا ه. فإن هذا صريح في أنه لا بد من ذكر الشرط في صلب العقد ولا تكفي الدلالة، ولعله قول آخر. تأمل. قوله: (أن الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن) لا ينافيه ما تقدم من الرجوع بالتفاوت عند التقويم، لأن ذلك فيما إذا امتنع الرد ا ه ح: أي لدفع ضرر المشتري فهو ضروري. قوله: (لا خيار للمشتري) أي خيار فوات الوصف المرغوب، لأن قوله: بما فيها لم يذكر على وجه الشرط، وهذا لا ينافي ثبوت خيار الرؤية وثبوت خيار التغرير، تأمل. ثم رأيت بعض المحشين نقل عن المحيط أن وجه عدم الخيار أنه لم يشترط هذه الاشياء في البيع، ولم يجعلها صفة للمبيع، بل أخبر عن وجودها فيه وجودها فيه، وانعدام ما ليس بمشروط في البيع ولا صفة للمبيع لا يوجب الخيار، أما قوله: بأجذاعها وأبوابها فله الخيار لأنه جعلها صفة للدار فالبيع يتناول الموصوف بصفته فإذا لم يجده بتلك الصفة فله الخيار اه .

[101]

وأفاد أنه لو ذكر على وجه الشرط يثبت له الخيار الآخر أيضا، لما في جامع الفصولين: باع أرضا على أن فيه نخلا أو دارا على أن فيه بيوتا ولم يكن فإنه يجوز العقد ويخير المشتري أخذه بكل الثمن أو ترك. والأصل فيه أن ما يدخل في العقد بلا شرط إذا شرط وعدم فإن العقد يجوز، وما لا يدخل بلا شرط إذا شرط ولم يوجد لم يجز ا ه. فافهم. قوله: (شرى دارا الخ) قال في الفتح: وأعلم أنه إذا شرط في المبيع ما يجوز اشتراطه ووجده بخلافه، فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة ويثبت

للمشتري الخيار، وتارة يستمر صحيحا ولا خيار للمشتري، وهو ما إذا وجده خيرا مما شرطه، وضابطه إن كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب أجناس: أعني الهروي والاسكندري والكتان والقطن، والذكر مع الانثى في بني آدم جنسان، وفي سائر الحيوانات جنس واحد، والضابط فحش التفاوت في الاغراض وعدمه ا هـ: أي ضابط اختلاف الجنس وعدمه فحش التفاوت وفي المقاصد وعدمه. قوله: (فسد) أي لفحش التفاوت فيكون اختلف الجنس، وعند اختلاف الجنس لا يعتبر كونه خيرا مما شرطه كالمصبوغ بزعفران، ولذا ذكر في الفتح من أمثلة الفاسد: لو اشترى دارا على أن لا بناء ولا نخل فيها فإذا فيها بناء أو نخل، أو على أنه عبد فإذا هو جارية، فافهم. نعم علل في البزازية الفساد في اشتراط أن لا بناء فيها بأنه يحتاج إلى النقض، ويشكل مسألة الشجرة التي لا تثمر فإنه لا يظهر اختلاف الجنس فيها، فالظاهر ما في البزازية: باع أرضا على أن فيها كذا شجرا مثمرا بثمرها فوجد فيها نخلة لا تثمر فسد، لان الثمرة لها قسط من الثمن بالذكر وسقط حصة المعدوم ولا يعلم كم الباقي من الثمن، فأشبهه شراء شاة مذبوحة فإذا فخذها مقطوعة ا هـ. تأمل. قوله: (جاز وخير) أي لاتحاد الجنس لكون الذكر والانثى في غير الآدمي جنسا واحدا، وإنما خير لكون الانثى في الحيوانات خيرا من الذكر، فقد فات الوصف المرغوب فيخير. قال في الفتح: وكذا على أنه ناقة فكان جملا، أو لحم معز فكان لحم ضأن، أو على عكسه فله الخيار ا هـ: أي لان ذلك جنس واحد ولذا لم يفرق بينهما في الزكاة. قوله: (وبعكسه) بأن اشترى على أنه بغل فإذا هو بغلة، وكذا على أنه حمار أو بعير فإذا هو أتان أو ناقة، أو جارية على أنها رتقاء أو حبلى أو ثيب فإذا هو بخلافه جاز، ولا خيار له لانه صفة أفضل من المشروطة، وينبغي في مسألة البعير والناقة أن يكون في العرب وأهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل، أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل. فتح. وذكر في باب البيع الفاسد أن صاحب الهداية ذكر أنه لو باع عبدا على أنه خبز فإذا هو كاتب خير، مع أن صناعة الكتابة أشرف عند الناس، وكان صاحب الهداية من المشايخ الذين لا يفرقون بين كون الصفة التي ظهرت أشرف أو لا. وذهب آخرون إلى أن الخيار فيما إذا كان الموجود أنقص، وصحح الاول لفوات غرض المشتري، بخلاف ما إذا اشترى عبدا على أنه كافر فإذا هو مسلم فلا خيار له، لان الاستخدام لا يتفاوت بين مسلم وكافر، بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة، فإنه يفيد أن حاجته هذا الوصف ا هـ ملخصا. ومفاده تصحيح ثبوت الخيار وإن ظهر الوصف أفضل من المشروط، ألا إذا لم يحصل التفاوت بين الوصفين في الغرض المقصود للمشتري كالعبد

المسلم والكافر. قوله: (فليحفظ الضابط) هو ما قدمناه أولا عن الفتح .مطلب: البيع لا يبطل بالشرط في اثنين وثلاثين موضعا قوله: (البيع لا يبطل بالشرط في اثنين وثلاثين موضعا) هي شرط رهن معلوم بإشارة أو تسمية، فإن أعطاه الرهن في المجلس جاز استحسانا. وشرط كفيل حاضر أو غائب وحضر قبل الافتراق وكفل، فلو غائبا وكفل حين علم فسد. وشرط إحالة المشتري للبائع على غيره بالثمن استحسانا، وفسد على أن يحيل البائع بالثمن على المشتري. وشرط إسهاد على البيع، وشرط خيار الشرط إلى ثلاثة أيام، وشرط نقد، على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما. وشرط تأجيل الثمن إلى أجل معلوم. وشرط البراءة من العيوب وبراء البائع من كل عيب. وشرط قطع الثمار المبيعة: أي على المشتري فإنه يقتضيه العقد تفريعا لملك البائع عن ملكه. وشرط تركها على النخيل بعد إدراكها على المفتى به. وشرط وصف مرغوب فيه كما مر. وشرط تسليم المبيع حتى يسلم الثمن وشرط رده بعيب وجد فيه. وشرط كون الطريق لغير المشتري، وشرط عدم خروج المبيع عن ملكه في غير الآدمي، أما لو اشترى عبدا على أن لا يبيعه أو لا يخرجه عن ملكه فسد. وشرط إطعام المشتري المبيع إلا إذا عين ما يطعم الآدمي كأن شرط أن يطعم العبد المبيع خبيصا فيفسد. وشرط حمل الجارية على التفصيل الذي ذكره الشارح بعد. وشرط كونها مغنية لانه عيب شرعا فيكون براءة من العيب، فإن لم يجدها مغنية فلا خيار له لانه وجدها سالمة من العيب، وإن شرط المشتري ذلك على وجه الرغبة فسد البيع لشرطه ما هو محرم، ونظيره ما في البزازية: لو شرهه على أنه فحل فإذا هو خصي له الرد، ولو عكس قال الامام: الخضاء في العبد عيب، فإذا بان فحلا صار كأنه شرط العيب فبان سليما، وقال الثاني: الخصي أفضل لرغبة الناس فيه فيخير ا هـ. وجزم في الفتح بقول الثاني، ومقتضاه جريان ذلك في الامة المغنية، وشرط كون البقرة حلوبا. وشرط كون الفرس هملاجا بسكر الهاء: أي سهل السير بسرعة. وشرط كون الجارية ما ولدت، فلو ظهر أنها كانت ولدت له الرد، قلت:

وظاهره أنه لا يرد بدون هذا الشرط مع أنه ذكر في البازية أنه لو قبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لا من البائع وهو لم يعلم فهو عيب مطلقاً، لأن التكسر الحاصل بالولادة لا يزول أبداً، وعليه الفتوى. وفي رواية: إن نقصتها الولادة عيب، وفي البهائم ليس بعيب إلا إن نقصها، وعليه الفتوى. وشرط إيفاء الثمن في بلد آخر وهذا لو كان الثمن مؤجلاً إلى شهر مثلاً فالبيع جائز والشرط باطل، إلا أن يكون له مؤنة فيتعين، أما لو غير مؤجل فالبيع فاسد لانه يصير أجلاً مجهولاً وشرط الحمل إلى منزل المشتري فيما له حمل لو بالفارسية، أما في العربية فإنه يفرق فيها بين الإيفاء والحمل والعقد يقتضي الأول لا الثاني فيفسد البيع. وشرط حذو النعل. وشرط خرز الخلف. وشرط جعل رقعة على ثوب اشتراه من خلقاني. وشرط كون الثوب سداسياً فإذا وجده خماسياً أخذه بكل الثمن أو ترك لانه اختلاف نوع لا جنس فلا يفسد. وشرط كون السويق ملتوتاً بمن سمن. وشرط كون الصابون متخذاً من كذا جرة من الزيت ففيهما لو كان ينظر إلى المبيع وقبضه ثم ظهر أنه متخذ من أقل مما ذكر من السمن أو الزيت جاز البيع بلا خيار، لأن هذا مما يعرف بالعيان فإذا عاينه انتفى الغرر، ومثله ما لو اشترى قميصاً على أنه متخذ من عشرة أذرع وهو ينظر إليه فظهر من تسعة جاز بلا خيار.

[103]

قلت: ويشكل عليه مسألة السداسي، على أن كونه مما يعرف بالعيان غير ظاهر إلا إذا فحش التفاوت. وشرط بيع العبد إلا إذا قال: من فلام بأن قال: بعثك العبد على أن تبعه من فلان فإنه يفسد لأن له طلباً. وشرط جعلها بيعة المشتري ذمي بأن اشترى داراً من مسلم على أن يتخذها بيعة جاز البيع وبطل الشرط، وكذا بيع العصير على أن يتخذه خمراً، إنما جاز لأن هذا الشرط لا يخرجها عن ملك المشتري ولا مطالب له. بخلاف اشتراط أن يجعلها المسلم مسجداً فإنه يخرج عن ملكه إلى الله تعالى، وكذا بشرط أن يجعلها ساقية أو مقبرة للمسلمين أو أن يتصدق بالطعام على الفقراء فإنه يفسد. وشرط رضا الجيران بأن اشترى داراً على أنه إن رضي الجيران أخذها، قال الصفار: لا يجوز، وقال أبو الليث: إن سمي الجيران وقال إلى ثلاثة أيام جاز. اهـ ط ملخصاً مع بعض زيادة. قوله: (شرط أنها مغنية) هذه والتي بعدها تقدمتا في مسائل الاشباه. قوله: (ولو شرط حبلاً (أي الامة)، بخلاف الشاة فإنه مفسد كما قدمه المصنف، لأن الولد زيادة مرغوبة وإنها موهومة لا يدري وجودها فلا يجوز خانية. قوله: (على الأكثر) أي على قول أكثر الفقهاء. قوله: (لا ما فيه غرر) كبيع الشاة على أنها حامل. قوله: (إلا أن لا يرغب فيه) لأن اشتراطه يكون لمعنى البراءة من وجوده كما في حبل الامة. قوله: (ما يعرف بالعيان) كمسألة السويق والصابون كما مر في مسائل الاشباه. قوله: انتفى الغرر فليس له أن يرده إذا ظهر، بخلاف ما اشتراط، والله سبحانه أعلم. باب خيار الرؤية قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزومه واللتزم بعد التمام، والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده، ولا يحتاج إلى قضاء ولا رضا البائع وينفسخ بقوله رددت، إلا أنه لا يصح الرد إلا بعلم البائع خلافاً للثاني، وهو يثبت حكماً لا بالشرط، ولا يتوقت، ولا يمنع وقوع الملك المشتري، حتى لو تصرف فيه جاز تصرفه وبطل خياره ولزمه الثمن، وكذا لو هلك في يده أو صار إلى حال لا يملك فسخه بطل خياره، كذا في السراج. بحر. قوله: (من إضافة المسبب إلى السبب) الذي ذكر في الفتح والبحر أن الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية اهـ. قوله: (ظاهر) كذا في أغلب النسخ، ولا يناسبه التعليل بعده، وفي بعض النسخ ظاهر البطلان، وفي بعضها غير ظاهر وبه عبر في الدر المنتقى، وعزاه مع التعليل بعده إلى البهنسي. قوله: (لما سيحى الخ) يعني والشئ لا يثبت قبل شرطه، وفيه أن هذا

[104]

يُرد أيضاً على ما ذكره، لأن المسبب لا يتقدم على سببه وسيأتي جوابه قريباً، وهو أنه بسبب آخر، وبيانه كما قال ح: إن حق الفسخ قبلها ليس من نتائج الخيار له، بل بحكم أنه عقد غير لازم لانه لم يقع منبرماً فجاز فسخه لضعف فيه، كما حققه في العناية، وسيدكره الشارح اهـ. قوله: (في أربعة مواضع) أي لا غيرها كما في الفتح. قوله: (الشراء للآعيان) أي اللازم تعيينها، ولا تثبت ديناً في الذمة، والمراد

الشراء الصحيح، لما في البحر عن جامع الفصولين: إن خيار الرؤية وخيار العيب لا يثبتان في البيع الفاسد ا هـ: أي لوجوب فسخه بدونهما، قوله: والقسمة في الشربلالية عن العيون أن قسمة الاجناس المختلفة يثبت فيها الخيارات الثلاث: خيار الشرط والعيب والرؤية، وقسمة ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات يثبت فيها خيار العيب، وقسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد، والبقر والغنم يثبت فيها خيار العيب وكذا الشرط والرؤية على رواية أبي سليمان، وهو الصحيح وعليه الفتوى، وعلى رواية أبي حفص لا ا هـ. قوله: (فليس في ديون ونقود) في بعض النسخ في ديون النقود وفي بعضها في دين العقود والاولى اولى، وعطف النقود على الديون من عطف الخاص على العام. قال في الفتح: وعرف من هذا: أي قصره على المواضع الاربعة أنه لا يكون في الديون، فلا يكون في المسلم فيه، ولا في الاثمان الخالصة: كالدرهم والدنانير، بخلاف ما إذا كان المبيع إناء من أحد النقيدين فإن فيه الخيار ا هـ. قال في البحر: وأما رأس مال السلم إذا كان عينا فإنه يثبت الخيار فيه للمسلم إليه. قوله: (وعقود لا تنفسخ) قال في الفتح: ومحل كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ، لا فيما لا ينفسخ كالمهر، ويدل الصلح عن القصاص، ويدل الخلع وإن كانت أعيانا لانه يفيد فيها، لان الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائما، وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة، فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبدا. قوله: (لما لم يرياه) أي العاقدان. قال في البحر: أراد بما لم يره ما لم يره وقت العقد ولا قبله، والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز فصارت الرؤية من أفراد المعنى المجازي، فيشمل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشئ كالمسك، وما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيرا، وما اشتراه الاعمى. وفي القنية: اشترى ما يذاق فذاقه ليلا ولم يره سقط خياره ا هـ. قوله: (أي المبيع) أي الذي لم يرياه بأن كان مستورا. قوله: (فلو لم يشر إلى ذلك الخ) عبارة الفتح هكذا: وفي المبسوط الاشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز، فلو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لا يجوز بالاجماع ا هـ. لكن إطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع، سواء سمي جنس المبيع أو لا، وسواء أشار إلى مكانه أو إليه وهو حاضر مستور أو لا، مثل أن يقول بعت منك ما في كمي، بل عامة المشايخ قالوا: إطلاق الجواب يدل على الجواز عنده، وطائفة قالوا: لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه. والظاهر أن المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الأئمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة لبعده القول

بجواز ما لم يعلم جنسه أصلا، كأن يقول: بعتك شيئا بعشرة ا هـ. كلام الفتح . وحاصله التوفيق بين ما قاله عامة المشايخ وما قاله بعضهم بحمل إطلاق الجواب على ما قاله شمس الأئمة وغيره من لزوم الاشارة إليه أو إلى مكانه، إذا لا يصح بيع ما لم يعلم جنسه أصلا: أي لا بوصف ولا بإشارة، ولذا قال صاحب الهداية: يعني شيئا مسمى موصوفاً أو مشارا إليه أو إلى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم ا هـ. فأفاد أن لزوم الاشارة عند عم تسمية الجنس والوصف، فالتسمية كافية عن الاشارة، حتى لو قال: بعتك كر حنطة بلدية بكذا، والكر في ملكه من نوع واحد في موضع واحد جاز البيع، وكذا الاضافة في مثل بعتك عبدي وليس له غيره، وذكر الحدود في مثل بعتك الأرض الفلانية، والمدار على نفي الجهالة الفاحشة ليصح البيع كما حققنا ذلك بما لا مزيد عليه أول البيوع عند قوله: وشرط لصحته معرفة قدر مبيع وثمان فتذكره بالمراجعة فإنه ينفك هنا، وبهذا التقرير سقط ما في الحواشي السعدية من قوله: أقول في كون الاشارة إلى المبيع أو إلى مكانه شرط الجواز، سيما بالاجماع كلام، فليتأمل ا هـ. لما علمت من أن الاشارة ليست شرطا دائما بل عند عدم معرف آخر يرفع الجهالة، فافهم. قوله: (وفي حاشية أخي زاده) أي حاشيته على صدر الشريعة. قال في المنح: وفي حاشية أخي زادة ذكر هذا البحث، ثم قال: وقال عامة مشايخنا إطلاق الجواب يدل على جوازه وهو الاصح، وقال بعضهم لا يجوز وصح، ويؤيده ما في جامع الفصولين من الفصل الثالث: يشترط كون المبيع حاضرا موجودا مهيا مقدور التسليم، وما في المبسوط من أن الاشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز، حتى لو لم يشر إليه أو إلى مكانه لا يجوز بالاجماع ا هـ. وفي العناية: قال القدوري: من اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز، معناه أن يقول: بعتك الثوب الذي في كمي هذا أو هذه الجارية المنتقبة، وكذلك العين الغائب المشار إلى مكانه، وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمي، والمكان معلوم باسمه والعين معلومة. قال صاحب الاسرار: لان كلامنا في عين هي بحالة لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا ا هـ. ما في المنح ملخصا، ولا يخفى أن حاصله تقييد إطلاق الجواب بما قاله في المبسوط وغيره كما مر

عن فتح القدير، وهو محمل إطلاق المتنون كعبارة القدوري المذكورة. قوله: (أي للمشتري) كان ينبغي للمصنف التصريح به لأنه لم يتقدم له ذكر مع إيهام عود الضمير للبائع وإن كان يرتفع بقوله الآتي: ولا خيار للبائع. قوله: (إذا رآه) أي علم به كما قدمناه. قوله: (إلا إذا حمله البائع الخ) في البحر عن جامع الفصولين: شره وحمله البائع إلى بيت المشتري فرآه ليس له الرد، لأنه لو رده يحتاج إلى الحمل فيصير هذا كعيب حدث عند المشتري ومؤنة رد المبيع بعيب أو بخيار شرط أو رؤية على المشتري، ولو شري متاعا وحمله إلى موضع فله رده بعيب ورؤية لو رده إلى موضع العقد، وإلا فلا. هـ. وظاهره أنه إنما يرد له لو رده إلى موضع العقد فيما لو حمله المشتري، بخلاف البائع، وهو خلاف ما نقله الشارح عن الاشباه، والذي يظهر عدم الفرق، وإن ما ذكره من قوله لأنه لو رده الخ غير ظاهر، لأنه لا يناسبه قوله بعده ومؤنة الرد على المشتري، فافهم، ثم رأيت صاحب نور العين اعترض التعليل المذكور بما ذكرته، ثم إنه يستفاد من كلام الفصولين أن ما أنفقه البائع على تحميله إلى منزل المشتري لا يلزم المشتري إذا رد عليه المبيع إلى محل العقد، لأن البائع متبرع بما أنفقه، لأن الواجب عليه التسليم في محل العقد دون التحميل، وبه يظهر جواب حادثة الفتوى: اشترى حديدا لم يره وشرط على

البائع تحميله إلى بلدة المشتري ثم رآه فلم يرض به وأراد فسخ البيع لخيار الرؤية أو بفساد العقد بسبب الشرط المذكور. والجواب أنه يلزمه تحميله إلى بلدة البائع ليرده عليه، وإن كان الرد بسبب الفساد، لما صرح به في جامع الفصولين أيضا من أن مؤنة رد المبيع فاسدا بعد الفسخ على القابض. قوله: (وإن رضي بالقول قبله) قيد بالقول، لأنه لو أجازه بالفعل بأن تصرف فيه يزول خياره كما في الشرنبلالية عن شرح المجمع. قوله: (أي قبل أن يراه) أشار إلى أن الضمير المذكور في قبله عائد إلى المعنى المصدرى، لا إلى لفظ الرؤية المفهوم من قوله: إذا رآه لأنه مؤنث. تأمل. وأجاب في البحر بأنه ذكر الضمير للمعنى، أي لأن المراد من الرؤية العلم كما مر. قوله: لأن خياره معلق بالرؤية بالنص أي بحديث: من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه قال في الدرر: وفيه أن هذا استدلال بمفهوم الشرط، ونحن لا نقول به. هـ. قلت: وجوابه أن الأصل في العقد لزوم فلا يثبت الخيار إلا بدليله، والنص إنما أثبت عند الرؤية فيبقى ما وراءها على الأصل، فالحكم ثابت بدليل الأصل لا بمفهوم الشرط. وهذا معنى قول الشارح: ولا وجود للمعلق قبل الشرط وقال في الفتحة: والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده، والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت. هـ. أي إذا كان الخيار معلقا بالرؤية كان عدما قبلها فلا يصح إسقاطه بالرضا، فافهم. قوله: (لعدم لزوم البيع) بيان للفرق بين الفسخ والاجازة، فإنها غير لازمة قبل الرؤية، وهو لازم مع استوائهما في التعليق بالشرط في الحديث المار، وذلك أن الفسخ له سبب آخر وعدم لزوم هذا العقد، وما لا يلزم فللمشتري فسخه ولم يثبت للاجازة سبب آخر فبقيت على العدم، وحاصله أنه غير لازم قبل الرؤية لجهالة المبيع، وإذا رآه حدث له سبب آخر لعدم لزومه وهو الرؤية، ولا مانع من اجتماع الأسباب على مسبب واحد أفاده في البحر. قوله: (غير مؤقت بمدة) تفسير للاطلاق. قوله: (وهو الاصح) وقيل: مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره. بحر. قوله: (هو مبطل خيار الشرط) كتعيب في يده وتعدر رد بعضه وتصرف لا يفسخ كالاغتاق وتوابعه أو يوجب حقا للغير كالبيع المطلق: أي عن شرط الخيار للبائع والرهن والاجارة قبل الرؤية وبعدها وما لا يوجب حقا للغير بخيار: أي للبائع والمساومة والهبة بلا تسليم بطل بعدها لا قبلها ملتقى. وفي جامع الفصولين: باع بخيار لا يبطل به خيار الرؤية إلا في رواية، وبخيار المشتري يبطل، وكذا لو باع بيعا فاسدا وهلك بعض المبيع عند المشتري بطل خياره، لأن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة، فإذا تعدر رد بعضه بهلاك أو عيب بطل خياره ولو عرض بعضه بعد الرؤية على البيع أو قال: رضيت ببعضه بطل خياره، وكذا خيار العيب، وكذا لو رآه فقبضه رسوله. هـ. قال في نور العين: مسألة عرض بعضه على البيع ليست وفاقية، لما في الخانية: لو عرض بعضه على البيع بعد الرؤية بطل خياره عند محمد، لا عند أبي يوسف. هـ.

قلت: صاحب الخانية يقدم الاشهر، فتدبر، قوله: (مطلقاً) أي قبل الرؤية وبعدها كما علمت. قوله: (ومفيد الرضا) نقل لعبارة الدرر بالمعنى، لانه قال :ويبطله ما لا يوجب حق الغير كالبيع بالخيار والمساومة والهبة بلا تسليم بعد الرؤية لا قبلها لان هذه التصرفات لا تزيد على صريح الرضا، وهو إنما يبطله بعد الرؤية، وأما التصرفات الاولى فهي أقوى، لان بعضها لا يقبل الفسخ وبعضها أوجب حق الغير فلا يملك إبطاله ا هـ. ثم اعلم أنه في الكنز اقتصر على قوله :ويبطل بما يبطل به خيار الشرط، فأورد عليه في البحر: الاخذ بالشفعة والعرض على البيع، والبيع بخيار للبائع، والاجارة، والاسكان بلا أجر والرضا بالمبيع قبل الرؤية، فإنها تبطل خيار الشرط دون خيار الرؤية ا هـ. لكن الصواب إسقاطه. قوله: والاجارة فإنها توجب حقاً للغير، وقد علمت أن مسألة العرض خلافية. ثم إن ما أورده في البحر احترز عنه الشارح بقول: ومفيد الرضا بعد الرؤية لا قبلها فإن هذه الاشياء لا تبطل خيار الرؤية قبل الرؤية لانها تفيد الرضا، وصريح الرضا قبلها لا يبطله، فلذا قال: بعد الرؤية لا قبلها لكن يبقى إيراد البحر وارداً على قوله: وهو مبطل خيار الشرط مطلقاً فإن هذه الاشياء تبطل خيار الشرط، فيتوهم أنها تبطل خيار الرؤية قبلها وبعدها، مع أنها لا تبطله قبلها لما علمت، ولا يفيد قوله: ومفيد الرضا الخ لان بعض ما يبطل خيار الشرط يفيد الرضا، كالعقود والبيع ونحوهما من التصرفات ويبطل خيار الرؤية قبلها وبعدها. تنبيه: عد في البحر مما يبطل خيار الرؤية قبض المبيع ونقد الثمن بعد الرؤية. زاد في جامع الفصولين: كذا لو رآه فقبطه رسول ا هـ. وحمله إلى بيت المشتري فإذا رآه ليس له رده ما لم يرده إلى موضع العقد كما مر بيانه، وكذا لو اشترى أرضاً لم يرها وأعارها فزرعها المستعير، وكذا لو شري عدل ثياب فليس واحداً بطل خياره في الكل ا هـ. قوله: (فله الاخذ بالشفعة الخ) تفرع على قوله: لا قبلها أي إذا كان مفيد الرضا لا يبطل خيار الرؤية قبل الرؤية، فلو شري داراً ولم يرها فبيعت دار بجنيها فله أخذ الثانية بالشفعة، ولا يبطل خياره في الاولى حتى إذا رآها ولم يرض بها فله ردها بخيار الرؤية. قوله: (درر من خيار الشرط) (وكذا ذكره الشارح هناك عن المعراج بقوله: بخلاف خيار رؤية وعيب. تنبيه: إنما عزا ذلك إلى الدرر من خيار الشرط مع أنه في الدرر ذكره في هذا الباب متناً بقوله: كذا طلب الشفعة بما لم يره، لانه جعله مبطلاً لخيار الرؤية قبل الرؤية، وهو غير صحيح. قوله: (خوف الغرر) أي غرر البائع بسبب اعتماده على شرائه فلا يطلب لسيلته مشترياً آخر ط. قوله: (ولا خيار البائع ما يره في الاصح) بأن ورث عينا فباعها لا خيار له بالاجماع السكوتي. در منتقى: أي وقع الحكم بمحض من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولم يرو عن أحد منهم خلافه، فكان إجماعاً سكوتياً كما بسطه في الفتح، وهو قول الامام المرجوع إليه كما في البحر، وبه ظهر أن قوله: في الاصح لا محل له لايهامه أن مقابله صحيح مع أن ما رجع عنه المجتهد لم يبق قولاً له

لانه في حكم المنسوخ. قوله: (وكفى رؤية ما يؤذن بالمقصود) لان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود. هداية. والمراد أن رؤية ذلك قبل الشراء كافية في سقوط خياره بعده، لانه قد اشترى ما رأى فلا خيار له، وليس المراد أنه لو اشترى قبل الرؤية ثم رأى ذلك يسقط خياره كما توهمه بعض الطلبة، فاستشكله بأن خيار الرؤية غير موقت، وأنه إذا رآه بعد الشراء لا يسقط إلا بقول أو فعل يدل على الرضا، فكيف يسقط بمجرد رؤية ما يؤذن بالمقصود؟ أفاده في النهر ويشير إليه الشارح. ولا شك أنه توهم ساقط، وإلا لزم أن لا يثبت خيار الرؤية بعد الشراء إلا قبل الرؤية بعده، ولا قائل به مع أن الرؤية بعد الشراء شرط ثبوت الخيار على ما مر. قوله: (كوجه صبرة) المراد بها ما تتفاوت أحاده. قال في الفتح: فإن دخل في البيع أشياء، فإن كانت الأحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون، وعلامته أن يعرض بالنموذج فيكتفي برؤية واحد منها في سقوط الخيار، إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار: أي خيار العيب لا خيار الرؤية. ذكره في الينابيع. وعلل في الكافي بأنه إنما رضي بالصفة التي رآها لا بغيرها، ومفاده أنه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف: أي صاحب الهداية، والتحقيق أنه خيار عيب إذا كان اختلاف الباقي يوصله إلى حد العيب، وخيار رؤية إذا كان لا يوصله إلى اسم المعيب بل الدون، وقد يجتمعان فيما إذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيباً ثم أراه المبيع في الحال ا هـ. وأقره في البحر. والحاصل: أنه إذا كان الباقي أردأ مما رأى لا تكفي رؤية بعضه: أي لا يسقط بها الخيار مطلقاً، وإنما يسقط بها خيار الرؤية فقط، ويبقى خيار العيب على ما في الينابيع، أو يبقى معها خيار الرؤية على ما في الكافي والتحقيق التفصيل، وهو أنه أن كان الباقي معيباً يبقى الخياران، وإلا فخيار الرؤية

فقط، وبهذا التقرير سقط ما في النهر حيث قال: وعندني أن ما في الكافي هو التحقيق، وذلك أن هذه الرؤية إذا لم تكن كافية، فما الذي أسقط خيار رؤيته حتى انتقل منه إلى خيار العيب فتدبره أ هـ. وهذا اعتراض على ما في الينابيع. والجواب أنها قد أسقطت خيار الرؤية، وإنما لم تكن كافية في لزوم المبيع لأنه يبقى معها خيار العيب كما قررنا به كلام الينابيع وعلمت ما هو التحقيق. ثم قال في الفتح: ثم السقوط برؤية البعض إذا كان في وعاء واحد، فلو في أكثر فقليل كذلك، وقيل لا بد من رؤية كل وعاء، والصحيح الأول لأن رؤية البعض تعرف حال الباقي، هذا إذا ظهر أن ما في الوعاء الآخر مثله أو أجود، فلو أردأ فهو على خياره أ هـ. تنبيه: قال في جامع الفصولين: فإن قال المشتري لم أجد الباقي على تلك الصفة، وقال البائع: هو على تلك الصفة فالقول للبائع والبيئة للمشتري أ هـ. ومثله في الخانية. ولا يخفى أن هذا إذا هلك النموذج الذي رآه وادعى المشتري مخالفة الباقي، أما لو كان موجوداً فإنه يعرض على من له خيرة بذلك فيتضح الحال، لكن بقي شيء، وهو أن هذا إنما يظهر لو كان المبيع حاضراً مستوراً بكيس أو نحوه، أما لو كان غائباً وأحضر له البائع النموذج وهلك ثم أحضر له الباقي فادعى المشتري أنه ليس على الصفة التي رآها في النموذج فينبغي أن يكون القول للمشتري، لأنه منكر ضمناً كون ذلك هو المبيع، بخلاف ما إذا كان حاضراً لاتفاقهما على أنه المبيع، وإنما الاختلاف في الصفة، وبهذا ظهر أن ما بحثه الرملي في حواشيه على الفصولين من أنه لو هلك النموذج

فالقول للمشتري لانكاره كون الباقي هو المبيع ضمناً محمول على ما لو كان غائباً كما قلنا، وإلا خالفه صريح المنقول كما علمت، فاعتنم هذا التحرير، قوله: (ورقيق) أي ووجه رقيق أو أكثر كما في السراج عبداً كان أو أمة، لأن سائر الأعضاء في العبد والاماء تبع للوجه، ولذا تفاوتت القيمة، إذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي الأعضاء، ودل كلامه أنه لو نظر لسائر أعضائه غير الوجه لا يسقط خياره، وبه صرح في السراج. نهر. ولا تشترط رؤية الكفين واللسان والاسنان والشعر عندنا. بحر. قوله: (تركب) احتراز عن شاة اللحم أو القنية أو البقرة الحلوب أو الناقة كما في النهر ويأتي حكمها. قوله: (وكفلها) أي مع كفلها بفتحيتين بمعنى العجز، وأفاد أن رؤية القوائم غير شرط وهو الصحيح. نهر. قوله: (في الاصح) هو قول أبي يوسف، واكتفى محمد برؤية الوجه. نهر. قوله: (وظاهر ثوب مطوي الخ) لأن البادي يعرف ما في الطي، فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته، وبذلك ينقص ثمنه عليه إلا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤيتهما، أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم، قيل: هذا في عرفهم، أما في عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لأنه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب، وهو قول زفر. وفي المبسوط الجواب على ما قال زفر فتح وجر. قلت: ومقتضى التعليق الأخير أنه لو لم يختلف سقط الخيار إلا إذا ظهر باطنه أردأ من ظاهره فله الخيار على ما مر، وبقي شيء لم أر من نبه عليه، وهو ما لو كان المبيع أثواباً متعددة وهي من نمط واحد لا تختلف عادة بحيث يباع كل واحد منها بثمن متحد، ويظهر لي أنه يكفي رؤية ثوب منها، إلا إذا ظهر الباقي أردأ، وذلك لأنها تابع بالنموذج في عادة التجار، فإذا كانت ألواناً مختلفة ينظرون من كل لون إلى ثوب واحد، بل قد يقطعون من كل لون قطعة قدر الأصبع ويلصقون القطع في ورقة، فيعلم حال جميع الأثواب برؤية هذه الورقة ويكون طول الثوب وعرضه معلوماً، فإذا وجدت الأثواب كلها على الحال المرئي والمعلوم بلا تفاوت بينها ينبغي أن يسقط خيار الرؤية، لأنها حينئذ تكون بمنزلة العددي المتقارب كالجوز والبيض، إذ لا شك أنه قد يحصل تفاوت بين جوزة وجوزة ولكنه يسير لا ينقص الثمن، فإذا كان نوع من الثياب على هذا الوجه لا يختلف ثوب منها عن ثوب آخر لا ينقص الثمن عادة كان كذلك، ولا سيما إذا كانت الثياب من سدى واحد، لأنه داخل تحت قول الهداية وغيرها أنه يكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود. وفي الزيلعي: لو كان أشياء لا تتفاوت أحاده كالكميل والموزون، وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفي برؤية بعضه لجريان العادة بالاكتفاء ببعض في الجنس الواحد ولو وقع العلم به بالباقي، إلا كان إذا كان الباقي أردأ فله الخيار فيه وفيما رأى، وإن كان أحاده تتفاوت وهو الذي لا يباع بالنموذج كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد من أفرادها، لأنه برؤية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت أ هـ: أي للتفاوت الفاحش بين عبد وعبد ووثب ووثب، لكنه جعل المناط في الفرق تفاوت الأحاد وعدمه وعرضه في العرف بالنموذج وعدمه، فيدل على أنه لو كان نوع من الثياب لا تتفاوت أحاده، ويعرض بالنموذج في العادة كما قلنا فهو في حكم الكميل والموزون. وذكر في الهداية أنه يجوز

السلم في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة لا في الحيوان، لان فيه تفاوتا فاحشا في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة، بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد، فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد ا هـ. وممراده أنهما يتفاوتان قليلا كما في الفتح: أي بحيث لا يعتبر عادة ولا يفضي إلى المنازعة، فقد اغتفروا التفاوت اليسير في السلم الوارد على خلاف القياس لانه بيع معدوم، فينبغي أن يقال هنا كذلك، ولهذا اكتفى في العددي المتقارب برؤية البعض في الصحيح خلافا للكرخي. هذا ما ظهر لي بحثا. قوله: (وقال زفر الخ) قال في النهر: قيل هذا قول زفر وهو الصحيح، وعليه الفتوى، واكتفى الثلاثة برؤية خارجها، وكذا برؤية صحتها، والاصح أن هذا بناء على عادتهم في الكوفة أو بغداد، فإن دورهم لم تكن متفاوتة إلا في الكبر والصغر، وكونها جديدة أو لا، فأما في ديارنا فهي متفاوتة. قال الشارح الزيلعي: لان بيوت الشتوية والصفية والعلوية والسفلية مرافقها ومطابخها وسطوحها مختلفة، فلا بد من رؤية ذلك كله في الاظهر. وفي الفتح: وهذا هو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق، وبهذا عرف أن كون ما في الكتاب قول زفر كما ظنه بعضهم غير واقع موقعه لانه كان في زمانهم، ولم يكتف برؤية الخارج فكان مذهبه عدم الاكتفاء به مطلقا ا هـ. كلام النهر. وحاصله: أن أئمتنا الثلاثة اكتفوا برؤية خارج البيوت وضمن الدار لكونها غير متفاوتة في زمانهم، وزفر كان في زمانهم وقد خالفهم، فعلم أنه قائل باشتراط رؤية داخلها وإن لم تتفاوت، وهذا خلاف ما صححه من اشتراط رؤية داخلها في ديارنا لتفاوتها فيكون اختلاف عصر وزمان، أما خلاف زفر فهو اختلاف حجة وبرهان لا اختلاف عصر وزمان. قوله: (ومثله الكرم والبستان) فلا بد في البستان من رؤية ظاهره وباطنه، وفي الكرم لا بد من رؤية العنب من كل نوع شيئا، وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض، وفي التمر على رؤوس الاشجار تعتبر رؤية جميعها، بخلاف الموضوععة على الارض. بحر. وذكر في فصل ما يدخل في البيع تبعا اشتري الثمار على رؤوس الاشجار فرأى من كل شجرة بعضه يثبت له خيار الرؤية ا هـ. وهذا ينافي ما ذكره في الكرم، ولعله يفرق بين ما إذا اشترى الشجر بثمره فيكفي أن يرى من كل نوع شيئا، وبين ما إذا اشترى الثمر مقصودا، فتأمل. قوله: (شاة قنية) هي التي تحبس في البيوت لاجل النتاج، من اقتنيته اتخذته لنفسه. قنية: أي للنسل لا للتجارة. بحر. فقوله: للدر والنسل تفسير لها. قوله: (مع ضرعها) قال في البحر بعد عزوه للظهيرية: فليحفظ، فإن في بعض العبارات ما يوهم الاقتصار على رؤية ضرعها ا هـ. لكن في النهر الظاهر أنه لو اقتصر عليه كفاه كما جزم به غير واحد. قوله :

(وشم مشموم) وفي دقوق المغازي لا بد من سماع صوتها، لان العلم بالشئ يقع باستعمال آلة إدراكه، ولا يسقط خياره حتى يدركه. زيلعي. قوله: (لوجود الحائل) (فهو لم ير الدهن حقيقة. وفي التحفة: لو نظر في المرأة فرأى المبيع، قالوا: لا يسقط خياره، لانه ما رأى عينه بل مثاله، ولو اشترى سمكا في ماء يمكن أخذه بلا اصطياذ فرأه فيه، قيل: يسقط خياره لانه رأى عين المبيع، وقيل: لا لانه لا يرى في الماء على حاله، بل يرى أكبر مما كان، فهذه الرؤية لا تعرف المبيع. بحر. قوله: (وكفى رؤية وكيل قبض وشراء) فلا خيار له ولا لموكله، وهذا لو بشراء شئ لا بعينه. ففي المعين: ليس للوكيل خيار رؤية، وإذا شري ما رآه موكله ولم يعلم به الوكيل فله الخيار إذا لم يره كما في جامع الفصولين، واحترز عما لو وكله بالرؤية مقصودا وقال: إن رضيته فخذ، لا يصح ولا تصير رؤيته كروية موكله، جامع الفصولين. قال في البحر: لانها من المباحات لا تتوقف على توكيل إلا إذا فوض إليه الفسخ والاجازة لما في المحيط: وكله بالنظر إلى ما شره ولم يره، إن رضي يلزم العقد، وإن لم يرض يفسخ يصح، لانه جعل الرأي والنظر إليه فيصح، كما لو فوض الفسخ والاجازة إليه في البيع بشرط الخيار ا هـ. قال في النهر: ودل كلامه أن رؤيته قبل التوكيل به لا أثر لها، فلا يسقط بها الخيار كما في الفتح وغيره. قوله: (لا رؤية رسول المشتري) سواء كان رسولا بالقبض أو بالشراء زيلعي. قوله: (وبيانه في الدرر) حيث قال: اعلم أن ها هنا وكلا بالشراء ووكيلا بالقبض ورسولا. وصورة التوكيل بالشراء أن يقول: كن وكيلا عني بشراء كذا، وصورة التوكيل بالقبض أن يقول: كن وكيلا عني بقبض ما اشتريته وما رأيته. وصورة الرسالة

أن يقول: كن رسولا عني بقبضه، فرؤية الوكيل الاول تسقط الخيار بالاجماع، ورؤية الثاني تسقط عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا قبضه ناظرا إليه فحينئذ ليس له ولا للموكل أن يردّه إلا بعيب. وأما إذا قبضه مستورا ثم رآه فأسقط الخيار فإنه لا يسقط، لأنه لما قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك إسقاطه قصدا لصيرورته أجنبيا، وإن أرسل رسولا بقبضه فقبضه بعدما رآه فللمشتري أن يردّه. وقالوا: الوكيل بالقبض والرسول سواء في أن قبضهما بعد الرؤية لا يسقط خيار المشتري إلا في ح. قال في الشرنبلالية: وفيه نظر لأنه لا خلاف في هذه الحالة، وما الخلاف إلا في نظر الوكيل بالقبض حالة قبضه لا في نظره السابق على قبضه ولا المتأخر عنه كما في التبيين ا هـ ط. تنبيه: نقل في البحر عن الفوائد أن صورة الرسالة أن يقول: كن رسولا عني في قبضه أو أمرك بقبضه أو أرسلتك لتقبضه، أو قل لفلان أن يدفع المبيع إليك، وقيل: لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الامر، بأن قال: اقض المبيع فلا يسقط الخيار ا هـ. وذكر في البحر من كتاب الوكالة عن البدائع أن الإيجاب من الموكل أن يقول: وكلتك بكذا أو افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه ا هـ. فهذا صريح في أن الامر والاذن توكيل، لكن ذكر هناك عن الولوالجية ما يدل على أن الامر توكيل إذا دل على إناية المؤمن مناب الأمر، وسيأتي تحريره هناك إن شاء الله تعالى، وكتب هنا في تنقيح الحامدية بعض ذلك، فراجع. قوله: (ولغيره) كأن يكون وصيا أو وكلا .

[112]

مطلب: الاعمى كالبصير إلا في مسائل قوله: (إلا في اثنتي عشرة مسألة) قال في الاشباه: وهو كالبصير إلا في مسائل، منها: لا جهاد عليه ولا جمعة ولا جماعة ولا حج وإن وجد قائدا، ولا يصلح للشهادة مطلقا على المعتمد والقضاء والإمامة العظمى، ولا دية في عينه، وإنما الواجب الحكومة. وتكره إمامته إلا أن يكون أعلم القوم، ولا يصح عتقه عن كفارة، ولم أر حكم ذبحه وصيدته وحضائنه ورؤيته لما اشتراه بالوصف، وينبغي أن يكره ذبحه. أما حضائنه فإن أمكنه حفظ المحضون كان أهلا، وإلا فلا، ويصلح ناظرا ووصيا، والثانية في منظومة ابن وهبان، والاولى في أوقاف هلال كما في الاسعاف ا هـ. وقوله: ولا يصلح للشهادة مطلقا: أي ولو فيما تقبل فيه الشهادة بالتسامع، وقوله: ولا يصح عتقه، مصدر مضاف لمفعوله: أي أن يعتقه سيده عن كفارته، وقوله: ولم أر الخ: عبارته في البحر: ويكره ذبحه ولم أر حكم صيده ورميه واجتهاده في القبلة، وقوله ورؤيته لما اشتراه بالوصف رؤيته مبتدأ خبره قوله: بالوصف أي علمه بالمبيع المحتاج للرؤية بالوصف وقوله: ويصلح ناظرا ووصيا: ليس من المستثنيات، لأنه وافق فيه البصير. قوله: (وسقط خياره بحبس مبيع الخ) محمول على ما إذا وجد منه الجنس ونحوه قبل الشراء، أما إذا اشترى قبل أن يوجد منه ذلك لا يسقط خياره بوجوده، بل يثبت باتفاق الروايات ويمتد إلى أن يوجد منه ما يدل على الرضا من قول أو فعل في الصحيح. شرنبلالية عن الزيلعي. قوله: (وكذا كل ما لا يعرف بجس الخ) ظاهره أن ما يعرف بالجس ونحوه لا يكفي فيه الوصف، وكذا عكسه، وأنه لا يشترط اجتماع الوصف والجس، لكن في المعراج: وعن أبي يوسف اعتبار الوصف في غير العقار. وقال أئمة بلخ: يمس الحيطان والأشجار. وعن محمد: يعتبر اللمس في الثياب والحنطة، ثم قال: وبالجمل ما يقف به على صفة المبيع فهو المعتمد، فحينئذ لا تختلف هذه الروايات في المعنى، لأن الخيار ثابت للاعمى لجهله بصفات المبيع، فإذا زال ذلك بأي وجه كان يسقط خياره ا هـ. تنبيه: في البحر عن البدائع: لا بد في الوصف للاعمى من كون المبيع على ما وصف له، ليكون في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير. قوله: (أو بنظر وكيله) أي وكيل الشراء أو القبض لا وكيل النظر، إلا إذا فوض إليه الفسخ والإجازة على ما مر. قوله: (بعد ذلك) أي من الجنس ونحوه أو الوصف أو نظر الوكيل. قوله: (فلا خيار له) لأنه سقط فلا يعود إلا بسبب جديد، ولو اشترى البصير ثم عمى انتقل الخيار إلى الوصف. بحر. قوله: (لا أنها) أي الرؤية بهذه المذكورات. قوله: (كما غلط فيه بعضهم) أي بعض الطلبة، وقدمنا بيانه. قوله: (أو يتعيب) بالجزم عطفًا على مدخول لم وهو يوجد لا على قول لأن التعيب والهلاك ليسا من المشتري البتة، وإنما امتنع الرد بهلاك البعض، لأنه يلوم عليه تفريق الصفة كما يأتي. قوله: (ولو قبل الرؤية) (مبالغة على قوله: أو يتعيب

[113]

أو يهلك بعضه، وأما الفعل فمنه ما يسقط بعد الرؤية فقط، ومنه ما يسقط مطلقاً وممر بيانه. قوله: (ولا عيب) لم يذكره في النهر بل في البحر عن الولولجية: وبه سقط ما بحثه الحموي في شرحه أنه لو وجده بعد إخراج منقطع الرائحة، فالظاهر أن له رده بخيار العيب لأنه بحث مخالف للمنقول بل وللمعقول، إذ كيف يسوغ الرد بعد حدوث عيب جديد. قوله: (ويدخل عليه عيباً ظاهراً) حتى لو لم يدخل كان له أن يرد بخيار العيب والرؤية جميعاً. بحر. قوله: (لتفريق الصفة) يأتي بيانه. واستفيد منه أنه لو رآهما فرضي بأحدهما أنه لا يرد الآخر. بحر. قوله: (قاصداً لشرائه عند رؤيته) فلو قصد شراؤه ثم رآه لكنه عندها لم يقصد الشراء ثم شراه يثبت له الخيار للعلة المذكورة ط. قوله: (قال المصنف الخ) قال الخير الرملي: هو خلاف الظاهر من الرواية، وقد ذكره في جامع الفصولين أيضاً بصيغة، وقيل: وهي صيغة التمرض، فكيف يعول عليه في متنه والمتون موضوعة لما هو الصحيح من المذهب؟ تأمل أ هـ. كذا رده المقدسي بأنه مناف لاطلاقاتهم. قوله: (فلو لم يعلم به) كأن رأى جارية ثم اشترى جارية متنتقة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهرت إياها، فإن له الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا، أو رأى ثوباً فلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك. فتح. قوله: (ولا يعرفه) أي الباقي. بحر. قوله: (وكذا لو كانا ملفوفين الخ) في البحر عن الظهيرية: لو رأى ثوبين ثم اشتراهما بثمن متفاوت ملفوفين فله الخيار، لأنه ربما يكون الارتفاع بأكثر الثمنين وهو لا يعلم أ هـ: أي بأن اشترى أحدهما بعينه بعشرة والآخر بعينه بعشرين مثلاً، فإنه لا يعلم وقت الشراء أن الذي قابله العشرون جيد أو ردي، أما لو شري أحدهما بعشرين ولم يعينه فسد البيع لجهالة المبيع، ولو اشترى كل واحد بعشرة فلا خيار له لأنه عالم بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء حيث سوى بينهما في الثمن، لأنه دليل تساويهما في الوصف فيكون عالماً بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء. ذخيرة. وبه علم أن علة الخيار في الأولى هي جهل وصف المبيع وقت الشراء وإن تبين أن الثمن الأدنى للأعلى، فافهم. وأيضاً فيه احتمال دخول الضرر على المشتري فيما لو ظهر الأحسن معيباً وكان ثمنه أقل فإنه يردده على البائع بالثمن الأقل ويبقى عليه الأدنى بالثمن الأعلى. قوله: (ولو سمى الخ) هذا تفصيل لمسألة الثوبين الملفوفين المذكورة في الشرح كما ظهر لك مما نقلناه عن الذخيرة، وقد

جعله المصنف تفصيلاً لقوله: رأى ثياباً الخ والظاهر أن الحكم فيها كذلك. تأمل. قوله: (والقول للبائع الخ) هذا من تنمة قوله: فلا خيار له إلا إذا تغير فكان المناسب ذكره عقبه كما هو الواقع في كثير من الكتب، حتى في الهداية والملتقى والكنز والغرر. قوله: (عملاً بالظاهر) فإن الظاهر أنه لا يبقى الشيء في دار التغير وهي الدنيا زماناً طويلاً لم يطره التغير. قال محمد: رأيت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين أو عشرين وقال تغيرت أن لا يصدق، بل يصدقه لأن الظاهر شاهد له. قال شمس الأئمة، وبه يفتي الصدر الشهيد والامام المرعيني فيقول: إن كان لا يتفاوت في تلك المدة غالباً فالقول للبائع، وإن كان التفاوت غالباً فالقول للمشتري. مثاله: لو رأى دابة أو مملوكاً فاشتراه بعد شهر وقال: تغير فالقول للبائع، لأن الشهر في مثله قليل. فتح. والمراد التغير بنقصان بعض الصفات كنقص الحسن أو القوة، لا بعروض عيب لأن عروضه قد يكون في أقل من شهر، وبه يثبت خيار العيب. قوله: (لو اختلفا في أصل الرؤية) بأن قال له البائع: رأيت قبل الشراء وقال المشتري ما رأيته، وكذا لو قال له رأيت بعد الشراء ثم رضيت، فقال رضيت قبل الرؤية كما في البحر. قوله: (لأنه ينكر الرؤية) أي وهي أمر عارض والاصل عدمه. وبقي ما لو رأى النموذج وهلك ثم ادعى مخالفته للباقي وقدمنا بيانه. قوله: (في بيع بات) كذا في النهر والفتح. والظاهر أنه أراد به اللازم، وهو ما لا خيار فيه بقريئة المقابلة، ولذا قال ح: الظاهر أن الرد فيه بالاقامة أ هـ. فافهم قوله: (والفرق) أي بين ما القول فيه للمشتري وما القول فيه للبائع مع الخيارات الثلاث، وبيانه ما في الفتح والنهر أن المشتري في الخيار يفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه، وإذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك في المقبوض والقول فيه للقابض ضمينا كان أو أمينا كالغاصب والمودع، وفي العيب لا ينغرد، لكنه يدعي ثبوت حق الفسخ فيما أحضره والبائع ينكره والقول قول المنكر أ هـ. ثم اعلم أن هذا في الاختلاف في المردود عند الفسخ، أما لو اختلفا في تعيين ما فيه خيار الشرط عند الاجازة ممن له الخيار، فقد ذكره في البحر عن الظهيرية وقدمنا حاصله قبيل هذا الباب. قوله: (اشترى عدلاً) بسر العين هو أحد فردتي الحمل. قوله: (من متاع) هو ما يتمتع به من ثياب ونحوها، وهذا من القيميات، ولم أر من ذكر المثليات من مكمل وموزون. والظاهر أنه لا فرق بينهما في هذا الحكم،

لأنه إذا كانت العلة تفريق الصفقة فهو غير جائز في المثلي أيضا كما قدمناه أول البيوع عند قوله: كل المبيع بكل الثمن وسيأتي حكم الرد بالعيب في المثليات في الباب الآتي عند قوله: أو كان المبيع طعاما فأكله أو بعضه. قوله: (ولم يره) قيد به ليتمكن تأتي خيار الرؤية فيه، ولا ينافيه ذكر خيار العيب والشرط لانهما قد يجتمعان مع خيار الرؤية، فافهم. قوله: (أو ليس) أي حتى تغير كافي الحكم. قال الخير الرملي: وكذا لو استهلكه أو هلك أو كان عبدا فمات أو أعتقه، كما صرح به في التارخانية

[115]

هـ. وفي الحاوي: اشترى أربعة برود على أن كلا منها ستة عشر ذراعا فباع أحدها ثم ذرع البقية فإذا هي خمس عشرة فله رد البقية. قوله: (بعد القبض) قيد به في الجامع الصغير، وكان المصنف استغنى عنه بقوله: باع لأن ما لم يقبض لا يصح بيعه ولا هبته. نهر: أي لا يصح بيعه لو منقولا، بخلاف العقار، وأفاد أنه قبل القبض لا فرق بين الخيارات الثلاث في أنه لا يرد الباقي كما يعلم مما يأتي. قوله: (رده) أي الباقي من العدل. قوله: (الأصل أن رد البعض) أي بعض المبيع كرد باقي العدل ورد أحد الثوبين فيما لو رأى أحدهما ثم رأى الآخر في مسألة المتن المارة وأمثال ذلك. قوله: (يوجب تفريق الصفقة) أي تفريق العقد، بأن يوجب الملك في بعض المبيع دون البعض، وقدمنا أول البيوع ما يوجب تفريقها وعدمه، وسمي العقد صفقة للعادة في أن المتبايعين يصفق كفه، في كف الآخر. قوله: (يمنعان تمامها) فإن خيار الرؤية مانع من التمام، أما خيار الشرط فإنه مانع ابتداء، لكن ما يمنع الابتداء يمنع التمام، وأطلقه فشمّل ما قبل القبض أو بعده، وذلك لأن له الفسخ بغير قضاء ولا رضا، فيكون فسخا من الأصل لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع، ولذا لا يحتاج إلى القضاة أو الرضا كما في الفتح. قوله: (وخيار العيب يمنعه) أي يمنع تمام الصفقة قبل القبض، ولذا يفسخ بقوله: رددت ولا يحتاج إلى رضا البائع ولا إلى القضاء، ولا يمنعه بعده، ولذا لو رده بعده لا يفسخ إلا برضا البائع أو بحكم. قوله: (وهل يعود خيار الرؤية الخ) أي بأن عاد الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة، فهو أي مشتري العدل على خياره فله أن يرد الكيل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الأصل وهو تفريق الصفقة، كما ذكره شمس الأئمة السرخسي، عن أبي يوسف: لا يعود، لأن الساقط لا يعود كخيار الشرط إلا بسبب جديد، وصححه قاضيخان، وعليه اعتماد القدوري، وحقيقة الملحظ مختلفة، فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضي وهو خيار الرؤية عمله، ولحظه الثاني مسقطا فلا يعود بلا سبب وهذا أوجه لأن نفس التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها. فتح. وادعى في البحر أن الأول أوجه، ورده في النهر. قوله: (ليس للبائع مطالبة بالثمن قبل الرؤية) لعدم تمام العقد قبلها. قوله: (فلهما الخيار) أي باعتبار أن كلا منهما مشتر للعين التي باعها للآخر. قوله: (لم يبطل البيع

[116]

في الجارية بحصة الالف) أي بل يبطل بحصة العبد، فإن كانت قيمته خمسمائة مثلا بطل البيع في ثلث الجارية وبقي في حصة الالف، وهي الثلثان منها. قوله: (لما ما أنه لا خيار في الدين) أي مر أول الباب في قوله: فليس في ديون ونقود الخ وإذا لم يكن له خيار في الالف يبقى البيع لازما من الجارية بقدر الالف. قوله: (ثم يبيع الثوب مع الضيعة) أي ويسلمهما للمشتري لتتم الصفقة. قوله: (ثم المقر له يستحق الثوب) أي بإقامة البينة على إقرار البائع. والظاهر أن هذا مبني على القول بأن الإقرار يفيد الملك للمقولة، أما على المعتمد من عدمه فلا يحل ذلك ديانة فالأظهر في الحلية أن يبيع الثوب لانسان ثم يبيعه من الضيعة. تأمل قوله (للزوم تفريق الفقة) لأنه لما قبض الثوب والضيعة تمت الصفقة، وتفرقها بعد التمام لا يجوز، بخلاف ما لو قبض أحدهما دون الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام كما في الفتح وفي الدرر من فصل الاستحقاق: ولا يثبت له خيار العيب هنا، لأن استحقاق الثوب لا يورث عيبا في الضيعة، بخلاف ما إذا كان المعقود عليه شيئا واحدا مما في تبعيه ضرر كالدّار والعبد فإنه بالخيار: إن شاء رضي بخصته من الثمن، وإن شاء رد. وكذا إذا كان المعقود عليه شيئين، وفي الحكم كشئ واحد فاستحق

أحدهما كالسيف بالغمد والقوس بالوتر فله الخيار في الباقي ا هـ. قوله: (إلا في الشفعة) ليس على إطلاقه لأن الشفيع لو أراد أخذ بعض المبيع وترك الباقي لم يملك جبرا على المشتري لضرر تفريق الصفقة، وكذا لو كان المبيع في مصرين بيعتا صفقة واحدة ليس لشفيعهما أخذ أحدهما فقط، إلا على قول زفر، قيل: وبه يفتى. أما لو كان شفيعا لاحدهما له أخذا وحدها إحياء لحقه كما سيأتي في بابها إن شاء الله تعالى. ففي الفرع الأخير تفريق الصفقة للضرورة، وهذا هو المراد من قول الشارح في آخر الشفعة: لو كانت دار الشفيع ملاصقة لبعض المبيع كان له الشفعة فيما لاصقه فقط ولو فيه تفريق الصفقة ا هـ. فالمراد بعض المبيع إحدى الدارين كما قيده محشي الاشباه

[117]

وغیره، بخلاف الدار الواحدة والعلة ما ذكرنا، فافهم. قوله: (شرى شيئين (أي قيمين، وهذه المسألة سيأتي تفصيلها في الباب الآتي. قوله (لما مر) أي قريبا من أن خيار العيب يمنع تمام الصفقة قبل القبض إلا بعده والله سبحانه وتعالى أعلم. باب خيار العيب تقدم وجه ترتيب الخيارات، والإضافة فيه من إضافة الشئ إلى سببه، والعيب والعيبه والعاب بمعنى واحد، يقال عاب المتاع: أي صار ذا عيب، وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضا على الأصل ا هـ فتح. ثم إن خيار العيب يثبت بلا شرط، ولا يتوقف، ولا يمنع وقوع الملك للمشتري، ويورث، ويثبت في الشراء والمهر وبذل الخلع وبذل الصلح عن دم العمد، وفي الاجارة ولو حدث بعد العقد والقبض، بخلاف البيع، وفي القسمة والصلح عن المال، ويسقط ذلك في جامع الفصولين. قوله: (ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة) زاد في الفتح: مما يعد به ناقصا ا هـ: أي لأن ما لا ينقصه لا يعد عيبا: قال في الشرنبلالية: والفطرة الخلقة التي هي أساس الأصل ألا ترى أنه لو قال: بعثك هذه الحنطة وأشار إليها فوجدها المشتري رديئة لم يكن علمها ليس له خيار الرد بالعيب، لأن الحنطة تخلق جيدة وردية ووسطا والعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة عن الآفات العارضة لها، فالحنطة المصابة بهواء منعها تمام بلوغها الإدراك حتى صارت رقيقة الحب مغيبة كالعفن والبلل والسوس ا هـ. قلت: وعن هذا قال في جامع الفصولين: لا يرد البر برأءته لأنها ليست بعيب، ويرد المسوس والعفن، وكذا لا يرد إناء فضة برأءته بلا غش، وكذا الامة لا ترد بقيح الوجه وسواده، ولو كانت محترقة الوجه لا يستبين لها قبح ولا جمال فله ردها ا هـ. وفيه واقعة: شرى فرسا فوجده كبير السن، قيل: ينبغي أن لا يكون له الرد إلا إذا شراه على أنه صغير السن، لما مر من مسألة حمار وجده بطئ السير ا هـ. قوله: (وشرعا ما أفاده الخ) أي المراد في عرف أهل الشرع بالعيب الذي يرد به المبيع ما ينقص الثمن: أي الذي اشترى به كما في الفتح، قال: لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به ا هـ. وعبارة الهداية: وما أوجب نقصان الثمن في عادة التجارة فهو عيب، لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة ا هـ. ومفاده أن المراد بالثمن القيمة، لأن الثمن الذي اشتراه به قد يكون أقل من قيمته بحيث لا يؤدي نقصانها بالعيب إلى نقصان الثمن به. والظاهر أن الثمن لما كان في الغالب مساويا للقيمة عبروا به. تأمل. والضابط عند الشافعية أنه المنقص للقيمة أو ما يفوت له غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه، فأخرجوا بفوات الغرض

[118]

الصحيح ما لو بان فوات قطعة يسيرة من فحذه أو ساقه، بخلاف ما لو قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية فله ردها، وبالعالم ما لو كانت الامة ثيبا من أن الثيابة تنقص القيمة، لكنه ليس الغالب عدم الثيابة ا هـ. قال في البحر: وقواعدنا لا تأباه للمتأمل ا هـ. قلت: ويؤيده ما في الخانية: وجد الشاة مقطوعة الاذن إن اشتراها للاضحية له الرد، وكذا كل ما يمنع التضحية، وإن لغيرها فلا ما لم يعده الناس عيبا، والقول للمشتري أنه اشتراها للاضحية لو في زمانها وكان من أهل أن يضحي ا هـ. وكذا ما في البزازية: اشترى شجرة ليتخذ منها الباب فوجدها بعد القطع لا تصلح لذلك رجع بالنقص، إلا أن يأخذ البائع الشجرة، كما هي ا هـ. 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 ا هـ. أي لا يصلح لغرضه. وفيها: لو كانت الدابة بطيئة السير لا يرد إلا إذا شرط أنها عجول ا هـ: أي لان بطء السير ليس الغالب عدمه، فإن كلا من البطء والعجلة يكون في أصل الفطرة السليمة. وفيها: اشترى دابة فوجدها كبيرة السن ليس له الرد إلا إذا شرط صغرها، وسيأتي أن الثبوت ليست بعيب إلا إذا شرط عدمها: أي فله الرد لفقد الوصف المرغوب، وبما ذكرنا من الفروع ظهر أن قولهم في ضابط العيب من ينقص الثمن عند التجارة مبين على الغالب، وإلا فهو غير جامع وغير مانع. أما الاول فلانه لا يشمل مسألة الشجرة والثوب والخف والقلنسوة وشاة الاضحية، لان ذلك وإن لم يصلح لهذا المشتري يصلح لغيره فلا ينقص الثمن مطلقا. وأما الثاني فلانه يدخل فيه مسألة الدابة والامة الثيب فإن ذلك ينقص الثمن مع أنه غير عيب، فعلم أنه لا بد من تقييد الضابط بما ذكره الشافعية. والظاهر أنهم لم يقصدوا حصر العيب فيما ذكر، لان عبارة الهداية والكنز: وما أوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب، فإن هذه العبارة لا تدل على أن غير ذلك لا يسمى عيبا، فاعتنم هذا التحرير. ثم اعلم أنه لا بد أن يكون العيب في نفس المبيع، لما في الخانية وغيرها: رجل باع سكنى له في حانوت لغيره فأخبر المشتري أن أجرة الحانوت كذا، فظهر أنها أكثر، قالوا ليس له الرد بهذا السبب، لان هذا ليس بعيب في البيع ا هـ. قلت: المراد بالسكنى ما بينه المستأجر في الحانوت ويسمى في زماننا بالكدك كما مر أول البيوع، لكنه اليوم تختلف قيمته بكثرة أجرة الحانوت وقلتها، فينبغي أن يكون ذلك عيبا. تأمل. قوله: (من وجد بمشريه الخ) أطلقه فشمّل ما إذا كان به عند البيع، أو حدث بعده في يد البائع. بحر .

بخلاف ما إذا كان قبله وزال ثم عاد عند المشتري، لما في البزاية: لو كان به عرج فبرأ بمعالجة البائع، ثم عاد عند المشتري، لا يرده وقيل: يرده إن عاد بالسبب الاول. تنبيه: لا بد في العيب أن يتمكن من إزالته بلا مشقة فخرج إحرام الجارية، ونجاسة ثوب لا ينقص بالغسل لتمكنه من تحليلها وغسله، وأن يكون عند البائع ولم يعلم به المشتري، ولم يكن البائع شرط البراءة منه خاصا أو عاما، ولم يزل قبل الفسخ، كبايض انجلى وحمى زالت. نهر. فالقيود خمسة، وجعلها في البحر ستة فقال: الثاني أن لا يعلم به المشتري عند البيع. الثالث أن لا يعلم به عند القبض وهي في الهداية ا هـ. لكن قال في الشرنبلالية: إنه يقتضي أن مجرد الرؤية رضا، ويخالفه قول الزيلعي: ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب ا هـ. وكذا قول المجمع: ولم يرض به بعد رؤيته ا هـ. قلت: صرح في الذخيرة بأن قبض المبيع مع العلم بالعيب رضا بالعيب، فما في الزيلعي والمجمع لا يخالف ما مر عن الهداية، لان ذاك 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. تنمّة: في جامع الفصولين: لو علم المشتري إلا أنه لم يعلم أنه عيب ثم علم، ينظر، إن كان عيبا بينا لا يخفى على الناس كالغدة ونحوها لم يكن له الرد، وإن خفي فله الرد، ويعلم منه كثير من المسائل ا هـ. وفي الخانية: إن اختلف التجار فقال بعضهم: إنه عيب وبعضهم: لا، ليس له الرد إذا لم يكن عيبا بينا عند الكل ا هـ. قوله: (ولو يسيرا) في البزاية: اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين، وتفسيره أن يقوم سليما بألف ومع العيب بأقل، وقومه آخر من العيب بألف أيضا. والفاحش ما لو قوم سليما بألف وكل قوموه مع العيب بأقل ا هـ. قوله: (بكل تجارة) الاولى من كل تجارة. قال ح: يعني أنه يعتبر في كل تجارة أهلها، وفي كل صنعة أهلها. قوله: (أخذه بكل الثمن أو رده) أطلقه، فشمّل ما إذا رده فوراً أو بعد مدة، لانه على التراخي كما سيذكره المصنف ونقل ابنن الشحنة عن الخانية: لو علم بالعيب قبل القبض فقال: أبطلت البيع بطل لو بحضرة البائع، وإن لم يقبل ولو في غيبته لا يبطل إلا بقضاء أو رضا ا هـ. وفي جامع الفصولين: لو رده بعد قبضه لا يفسخ إلا برضا البائع أو بحكم. قال الرملی: وقوله: إلا برضا البائع يدل على أنه لو وجد الرضا بالفعل كتسلمه من المشتري حين طلبه الرد يفسخ البيع، لان من المقرر عندهم أن الرضا يثبت تارة بالقول وتارة بالفعل، وقدم في بيع التعاطي: لو ردها بخيار عيب والبائع متيقن أنها ليست له فأخذها ورضي فهي بيع

بالتعاطي كما في الفتح. وفيه أيضا أن المعنى يقوم مقام اللفظ في البيع ونحوه اهـ. وأماما يقع كثيرا من أنه إذا اطلع على عيب يرد المبيع إلى منزل البائع ويقول: دونك دابتك لا أريدها فليس برد، وتهلك على المشتري ولو تعهد بها البائع حيث لم يوجد بينهما فسخ قولاً أو فعلاً. قوله: (ما لم يتعين إمساكه) قيد للتخيير بين الأخذ والرد، فإذا وجد ما يمنع الرد تعير الأخذ، لكن في بعض الصور يرجع بنقصان العيب، وفي بعضها لا يرجع كما يأتي قريباً، وكذا سيأتي عند قول المصنف: حدث عيب آخر عند المشتري رجع بنقصانه. ومما يمنع الرد ما في الذخيرة: اشترى من آخر عبداً وباعه من غيره ثم اشتراه من ذلك الغير فرأى عبداً كان عند البائع الأول لم يرده على الذي اشتراه منه لأنه غير مفيد، إذ لو رده يرده الآخر عليه، ولا على البائع الأول لأن هذا الملك غير مستفاد من جهته اهـ. ولو وهبه البائع الثمن ثم وجد بالمبيع عيباً، قيل: لا يرد وقيل: يرد، ولو قبل القبض يرده اتفاقاً، خاتمة. ثم حزم بالقول الثاني، وحزم في البزازية بالأول، ومن ذلك ما في كافي الحاكم: اشترى جارية فوجداً بها عيباً فرضي أحدهما لم يكن للآخر ردها عنده وله رد حصته عندهما. قوله: (كحلالين أحرمهما أو أحدهما) يعني إذا اشتراه أحد الحلالين من الآخر صيداً، ثم أحرمهما أو أحدهما، ثم وجد المشتري به عيباً امتنع رده ورجع بالنقصان اهـ ح 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 مضراً اهـ ط. قوله: (للأضرار الخ) قلت: قد يكون العيب مرضاً يفضي إلى الهلاك فيجب أن يستثنى. مقدسي. وفيه نظر لأن فرض المسألة فيما قيمته زائدة على ثمنه مع وجود ذلك العيب فيه، ومثله لا يكون عيبه مفضياً إلى الهلاك. تأمل. قوله: (بخلاف خيار الشرط والرؤية) أي حيث يكون لهم الرد لعدم تمام الصفقة كما في البحر ح. قوله: (وينبغي الرجوع بالنقصان) عبارة النهر: وفي مهر فتح القدير: لو اشترى الذمي خمراً وقبضها وبها عيب ثم أسلم سقط خيار الرد اهـ. وفي المحيط: وصي أو وكيل الخ. ثم قال في النهر: وينبغي الرجوع بالنقصان في المسألتين اهـ: أي مسألة مهر الفتح ومسألة المحيط. قوله: (كوارث الخ) أي فإنه يمتنع الرد ويرجع بالنقصان كما في البحر ح. قوله: (اشترى من التركة) أي بثمن من تركه الميت. قوله: (لا يرجع) أي الاجنبي على بائعه. قال في السراج: لأنه لما اشترى الثوب ملكه وبالتكفين يزول ملكه عنه. وزوال الملك بغفل مضمون يسقط الارش. وأما ما في الوجه الأول فإن

مقدار الكفن لا يملكه الوارث من التركة، فإذا اشتراه وكفن به لم ينتقل بالتكفين عن الملك الذي أوجبه القعد، وقد تعذر فيه الرد فرجع الارش اهـ. 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 البزازية ليس فيها التصريح بعدم الرجوع إلا في مسألة واحدة، وهي لو باع الوارث من مورثه فمات المشتري وورثه البائع ووجد به عيباً رد إلى الوارث 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 مكانه فوجد عيباً لا يرد ولا يرجع ولا يخاصم بائعه لكونه عبده اهـ. وسيأتي مسائل آخر في الشرح والتمتن عند قول المصنف: حدث عيب آخر عند المشتري رجع نقصانه الخ. وذكر الشارح في كتاب الغصب مسألة أخرى عند قول المصنف: خرق ثوباً وهي ما لو شري حيصة مموهة بالذهب بوزنها فضة فزال تمويهها عند المشتري ثم وجد بها عيباً فلا رجوع بالعيب القديم لعتيبها بزوال التمويه ولا بالنقصان للزوم الربا. ومنها ما في البزازية: كل تصرف يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والرجوع بالنقص. قوله: (معزياً للفتنة) قال فيها: وفي تامة الفتاوى الصغرى: باع عبداً وسلمه ووكل رجلاً بقبض ثمنه فقال الوكيل: قبضته فضاع أو دفعته إلى الأمر وحجده الأمر كله فالقول للوكيل مع يمينه وبرئ المشتري من الثمن، فلو وجد به عيباً 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 الآخر الوكيل في الدفع إليه يرجع المشتري بعد الرد بالعيب بالثمن على الأمر دون القابض اهـ ح. قوله: (كالأباق) بالكسر اسم، يقال أبق أبقاً من باب تعب وقتل وضرب وهو الأكثر كما في المصباح. وفي الجوهرة عن الثعالبي: الأبق: الهارب من غير ظلم السيد، فلو من ظلمه سمي هارباً، فعلى هذا

الاباق عيب لا الهرب، أطلقه فشمل ما لو كان من المولى أو من مودعه أو المستعير منه أو المستأجر، وما إذا كان مسيرة سفر أو لا، خرج من البلدة أو لا. قال الزيلعي: والاشبه أن البلدة لو كبيرة كالقاهرة كان عيبا، وإلا لا بأن كان لا يخفى عليه أهلها أو بيوتها فلا يكون عيبا. نهر. ويأتي أنه لا بد من تكرره بأن يوجد عند البائع وعند المشتري. وقوله: (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 إليه. نهر قوله: (في البلدة) قيد به لما في النهر عن القنية: لو

[122]

أبق من قرية المشتري إلى قرية البائع يكون عيبا. قوله: (ولم يختف) فلو اختفى عند البائع يكون عيبا لانه دليل التمرد. قوله: (والاحسن 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 عوده من الاباق) 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 مالك قنية) في بعض النسخ وقنية بزيادة واو العطف وهي أحسن، وذكر المسألة أيضا في البحر عن جامع الفصولين. قوله: (والسرقة) سواء أوجب قطعاً أو لا كالنباش والطارق وأسبابها في حكمها، كما إذا نقب البيت، وإطلاقهم يعم الكبرى كما في الظهيرية. ح عن النهر. قوله: (إلا إذا سرق شيئا للأكل من المولى) أي فإنه لا يكون عيبا، بخلاف ما إذا سرق ليمنعه أو سرقه عن غير المولى ليأكله فإنه عيب فيهما، بحر فافهم. وظاهره قصر ذلك على المأكول، ويفيده قول البازية: وسرقه النقد مطلقا عيب، وسرقه المأكولات للأكل 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 الزيلعي، وظاهر ما في المعراج أنها قولية، وأن المذهب الإطلاق، وعلى هذا القول ما دون الدرهم كذلك كما ذكره فيه. بحر. قوله: (ولو سرق الخ) ستأتي هذه المسألة أواخر الباب عند قول المصنف: قتل المقبوض أو قطع الخ وهي مذكورة في الهداية. قوله: (أيضا) أي بعد ما سرق عند البائع. قوله: (رجع 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 فشمل 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: (رجع بثلاثة أرباع ثمنه) أي رجع المشتري عليه بذلك، لأن ربع الثمن سقط عن البائع بالسرقة الثانية قوله: (أو أن يأكل الخ) (قال في النهر: وفسره: أي التمييز بعضهم بأن يأكل ويشرب ويستنحي وحده، وهذا يقتضي أن يكون ابن سبع، لأنهم قدروه بذلك في الحضانة، لكن وقع التصريح في غير موضع بتقديره بخمس سنين فما فوقها، وما دون ذلك لا يكون عيبا ه. قلت: والفرق بين الباين أن المراد هنا على الإدراك وهناك على الاستغناء عن النساء. تأمل. قوله: (وتمامه 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 .

[123]

قوله: (لأنها) أي هذه العيوب الثلاثة. قوله: (لقصور عقل) يرجع إلى الاباق والسرقة، كما أن قوله بعده: لسوء اختيار يرجع إليهما أيضا ط. قوله: (فعند اتحاد الحالة الخ) تفريع على اختلافها صغرا وكبرا. قوله: (بأن ثبت إباحه) أي أو بوله أو سرقة. 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 يحرم فيه عند البائع كما في النهر ح. قوله: (لو وجده يبول) أي وهو صغير وثبت بوله عند بائعه أيضا. قوله: (حتى رجع بالنقصان) أي

نقصان البول، لانه بالعيب الحادث امتنع الرد، فتعين الرجوع بالنقصان والظاهر أن العيب الحادث غير قيد، بل مثله ما لو أراد الرد فصالحه البائع عن العيب على شئ معلوم. ثم رأيت في النهر عن الخانية: اشترى جارية وادعى أنها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت، قالوا: إن كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك أ هـ. وسياأتي 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: لا رواية فيه، وأنه استدل لذلك بمسألتين: إحداهما إذا اشترى جارية ذات زوج كان له ردها، ولو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان، فلو أبانها زوجها كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب، فكذا فيما نحن فيه. والثانية إذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد، ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان، فإذا رجع ثم برئ بالمداواة لا يسترد وإلا استرد، والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغي أن يسترد أ هـ. قوله: (تلويح) قال في البحر: وفي التلويح: الجنون اختلال القوة المميزة بين الأشياء الحسنة والقبیحة المدركة للعواقب انتهى. والآخر اختلال القوة التي إدراك الكليات أ هـ. وأشار بقوله والآخر إلى أن المؤدى واحد، فما عزاه الشارح إلى التلويح نقل بالمعنى، فافهم. قوله: (ومعدنة القلب الخ) سئل علي رضي الله عنه من معدن العقل، فقال: القلب، وإشرافه إلى الدماغ، وهو خلاف ما ذكره الحكماء، وقول علي أعلى عند العلماء من بشرح بدء الامالي للقاري. قوله: (وهو يختلف بهما) فلو جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر أو في الكبر يرد له لأنه عين الاول، لان سبب الجنون في حال الصغر والكبر متحد، وهو فساد الباطن: أي باطن الدماغ، وهذا معنى قول محمد رحمه الله تعالى: والجنون عيب أبدا، لا ما قيل إن معناه أنه لا تشتط المعاودة للجنون في يد المشتري فيرد بمجرد وجوده عند البائع فإنه غلط، لان الله تعالى قادر على إزالته بإزالة سببه، وإن كان قلما 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 الاصل والجامع الكبير، واختاره الاسيحاوي. فتح. قوله: (وقيل يختلف) فيكون مثل ما مر من الابق ونحوه، فلا بد من تكرره في الصغر أو في الكبر وهذا قول ثالث، قوله: (ومقداره فوق يوم وليلة) جزم به الزيلعي، وقيل: هو عيب ولو ساعة، وقيل: المطبق. نهر. والمطبق بفتح الباء. بحر. ومر تعريفه في الصوم. قوله: (في الاصح) 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. وعبرة البحر: الاصل 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 تمكن معاودته ط. قوله: (والولادة) قال في الفتح: إذا ولدت الجارية عند البائع لا من البائع أو عند آخر فإنها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وإن لم تلد ثانيا عند المشتري، لان الولادة عيب لازم، لان الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول أبدا، وعليه الفتوى. وفي رواية كتاب البيوع لا ترد أ هـ. وقوله: لا من البائع لانها ولدت منه صارت أو 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 أ هـ. قتل: هذا مسلم إن حصل بالولادة الثانية عيب زائد على الاول، فتأمل. قوله: (فتح) صوابه بحر لانه في الفتح لم يذكر إلا الاخيرة. قوله: (واعتمده في النهر) حيث قال: وعندي أن رواية البيوع أوجه، لان الله تعالى قادر على إزالة الضعف الحاصل بالولادة. ثم رأيت في البزازية عن النهاية: الولادة ليست بعيب إلا أن توجب نقصانا، وعليه الفتوى أ هـ. وهذا هو الذي ينبغي أن يعول عليه أ هـ كلام النهر. أقول: الذي رأيته في نسختين من البزازية، وكذا في غيرها نقلها عنها ما نصه: اشتراها وقبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لا من البائع وهو لا يعلم، في رواية المضاربة عيب مطلقا لان التكسر الحاصل بالولادة لا يزول أبدا، وعليه الفتوى، وفي رواية إن نقصتها الولادة عيب، وفي البهائم ليست بعيب إلا أن توجب نقصانا، وعليه الفتوى أ هـ. فقوله: وفي البهائم كأنه وقع في نسخة صاحب النهر، وفي النهاية فظنه تصحيحا للرواية الثانية في مسألة الجارية، وهو تصحيح من الكاتب، بنى عليه ما زعمه وليس كذلك، فلم يكن في المسألة اختلاف تصحيح، بل التصحيح الثاني لولادة البهيمة، فافهم. قوله: (الحبل عيب الخ) نص على هذا التفصيل في كافي الحكام فصار الحبل في حكم الولادة على ما عرفت، وعلمه في السراج بأن الجارية تراد للوطئ والتزويج والحبل يمنع من ذلك، وأما في البهائم فهو زيادة فيها. قوله: (وكذا

الادر) بفتح الهمزة والدال مع القصر، أما ممدود الهمزة فهو من به الادر، وفعله كفرح
والاسم الادره بالضم، وقوله: الانثيين غير شرط،

[125]

بل انتفاخ أحدهما كاف فيما يظهر ط. قوله: (والعينين) الظاهر أن الباء زائدة من
النساج والاصل، والعين بنونين، فيكون قوله: والخصي بكسر ففتح .وعبارة الخانية
والعنة عيب، وكذا الخصي والادرة. قوله: (عيب) مصدر يصدق بالمتعدد وغيره فلا
ينافي جعله خبرا عن شيئين، وعلى كون النسخة والعين والخصي بالتشديد فيهما
يكون التقدير ذو أعيب. قوله: (فلا خيار له) لانه الخصاص عند الامام في العبد عيب،
فكانه شرط العيب فبان سليما. وقال الثاني: الخصي أفضل لرغبة الناس فيه فيخير:
بزازية. وجزم في الفتح بقول الثاني، ومقتضاه جريان الخلاف أيضا فيما لو شرى
الجارية على أنها مغنية، لان الغناء عيب شرعا كالخصاص كما قدمناه قبيل خيار الرؤية.
قوله: (والبخر) بالموحدة المفتوحة والخاء المعجمة من حد تعب. أما بالجيم: فانتفاخ ما
تحت السرة، وهو عيب في الغلام أيضا. وفي الفتح: البخر الذي هو العيب الناشئ
من تغير المعدة دون ما يكون لقلح في الاسنان فإن ذلك يزول بتنظيفها ا ه نهر.
والقلح بالقاف والحاء المهملة محركا: صفرة الاسنان كما في القاموس، وهذا أولى
مما قيل إنه بالفاء والجيم، وهو تباعد ما بين الاسنان. قوله: (والدفر) 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 وأبط ذفر، وهو مارد الفقهاء من
قولهم: الذفر عيب في الجارية ا ه. 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 الانف) الظاهر أنه يقال فيه: ذفر بالمعجمة ونتين ربح الأبط بهما، نهر. قوله:
(كلها عيب فيها لا فيه) أي في الجارية لا في الغلام، لان الجارية قد يراد منها
الاستفراش، وهذه المعاني تمنع منه، بخلاف الغلام لانه للاستخدام وكذا التولد من
الزنا، لان الولد يعبر بالام التي هي ولد الزنا، كما في العزيمة عن المعراج. قوله:
خلاصة نص عبارتها: والاصح أن الامرد وغيره سواء ا ه. وبه سقط ما في حاشية نوح
أفندي والواني أنه في الخلاصة جعل البخر في الغلام الامرد عيبا، فتدبر. قوله: (بأن
يتكرر) لان اتباعهن محل بالخدمة. درر. قوله: (واللواط بها) أي بالمرأة بأن كانت تطلب
من الناس ذلك. قوله: (عيب مطلقا) أي مجانا أو بأجرة لانه يفسد الفراش. بحر. قوله:
(وبه إن مجانا) الظاهر تقييده بما إذا تكرر. قوله: (لانه دليل الابنة) في القاموس: الابنة
بالضم: العقدة في العود والعيب ا ه. والمراد هنا عيب خاص، وهو داء في الدبر تنفعه
للواط. قوله: (والكفر) لان طبع المسلم ينفر عن صحبته، ولانه يمنع صرفه في بعض
الكفارات فتختل الرغبة، فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يرد لانه زوال
العيب. هداية. زاد في الشرنبلالية: أي ولو كان المشتري كافرا ذكره

[126]

في المنيع شرح المجمع والسراج الوهاج كذا بخط العلامة الشيخ على
المقدسسي ا ه: أي لان الاسلام خير محض، وإن شرط المشتري الكافر عدمه. قوله:
(بحر بحثا) حيث قال: ولم أر ما لو وجده خارجا عن مذهب أهل السنة كالمعتزلي
والرافضي، وينبغي أن يكون كالكافر، لان السني ينفر عن صحبته وربما قتله الرافضي،
لان الرافضة يستحلون قتلنا ا ه. وأنت خبير بأن الصحيح في المعتزلة والرافضة
وغيرهم من المبتدعة أنه لا يحكم بكفرهم وإن سبوا الصحابة أو استحلوا قتلنا بشبهة
دليل بالخوارج الذين استحلوا قتل الصحابة، بخلاف الغلاة منهم كالفاتنين بالنبوة لعلي
والقاذفين للصديقة فإنه ليس لهم شبهة دليل فهم كفار كالفلاسفة كما بسطناه في
كتابنا تنبيه الولاة والحكام على حكم شاتم خير الانام وقدمنا بعضه في باب الردة، وبه
ظهر مراد البحر غير الكافر منهم، ولذا شبهه بالكافر، وبه سقط اعتراض النهر بأن
الرافضي 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 ذميا، سراج) عبارة السراج على ما في البحر: الكفر عيب، ولو اشتراها
مسلم أو ذمي. قال في البحر: وهو غريب في الذمي ا ه. وكذا قال في النهر: ولم أره
في كلام غير السراج، كيف ولا نفع للذمي بالمسلم لانه يجبر على إخراجه عن ملكه

أ هـ، 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 بالاولى 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 بعدما مر عن البحر. أقول: ليس بغريب، لما علم من أن العيب ما ينقص 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 للاعتاق في بعض الكفارات فتختل الرغبة أ هـ. قلت: ويؤيده أنها لو ظهرت مغنية له الرد، مع أن بعض الفسقة يرغب فيها ويزيد في ثمنها لأنه عيب شرعاً، وكذا لو ظهر الامرد أبحر ليس له الرد، مع أنه عيب عند بعض الفسقة، لكنه ليس بعيب شرعاً، لأنه لا يخل بالاستخدام وإن أخل بغرض المشتري الفاسق، نعم يشكل عليه ما في الخانية: يهودي باع يهودياً زيتاً وقعت فيه قطرات خمر جاز البيع، وليس له الرد لأن هذا ليس بعيب عندهم أ هـ تأمل. قوله: (وعدم الحيض) لأن ارتفاع الدم واستمرار علامة الداء، لأن الحيض مركب في بنات آدم، فإذا لم تحض فالظاهر أنه لداء فيها وذلك الداء هو العيب، وكذا الاستحاضة لداء فيها، زيلعي. قوله: (وعندهما خمسة عشر) ويقولهما يفتي ط. فانقطاع الحيض لا يكون عيباً إلا إذا كان في أوانه، أما انقطاعه في سن الصغر أو الأياس 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 الأياس فله الرد لأنه عيب، لأنه اشتراها للحبل والأيسة لا تحبل أ هـ. قلت: ما في المحيط ظاهر، لأنه حيث اشترط حيضها كان فوات الوصف المرغوب، أما إذا لم

يشترطه فالظاهر أنها لا ترد لما قدمناه عن البزازية: لو 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 الامة، فتدبر إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح أ هـ. ومثله في متن الملتقى. وذكر الزيلعي تبعاً للنهاية وغيرها من شروح الهداية أنه لا تسمع دعواه بأنه ارتفع حيضها إلا إذا ذكر سببه وهو الداء أو الحبل، فما لم يذكر أحدهما لا تسمع دعواه، ويعرف ذلك بقول الامة لأنه لا يعرفه غيرها ويستحلف البائع مع ذلك فتدبر بنكوله لو بعد القبض، وكذا قبله في الصحيح. وعن أبي يوسف: ترد بلا يمين البائع. قالوا في ظاهر الرواية: لا يقبل قول الامة فيه كما في الكافي، والمرجع في الحبل إلى قول النساء، وفي الداء إلى قول الاطباء، واشترط لثبوت العيب قول عدلين منهم أ هـ ملخصاً، واعترضهم في الفتح بأن اشتراط ذكر السبب مناف لتقرير الهداية بأنه يعرف بقول الامة، 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 الاطباء أو النساء، ولذا لم يتعرض له فقيه النفس قاضيخان، فظهر أن اشتراطه قول مشايخ آخرين يغلب على الظن خطأهم أ هـ ملخصاً، واعترضه في البحر بأن قاضيخان صرح أولاً بالاشتراط نقلاً عن الامام ابن الفضل، ثم نقل عنه أيضاً بعد صفحة ما عزاه صاحب الفتح إلى الخانية. ولا منافاة بين قولهم يعتبر قول الامة وقولهم والمرجع إلى النساء في الحبل وإلى الاطباء في الداء، لأن الاول إنما هو لاجل انقطاع الدم لتوجه الخصومة إلى البائع، فإذا توجهت إليه بقولها وعين المشتري أنه عن حبل، رجعنا إلى النساء العالمات بالحبل لتوجه اليمين على البائع، وإن عين أنه عن داء، رجعنا إلى قول الاطباء، كذلك كما لا يخفى أ هـ. لكن قال في النهر: ورأيت في المحيط أن اشتراط ذكر السبب رواية النوادر، وعليه يحمل ما في الخانية أ هـ. ومقتضاه تعيين الرجوع إلى قول الامة، 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، وأليه يشير كلام النهر أيضاً. تنبيه: في صفة الخصومة في ذلك أما على ما ذكره الشراح فهي أنه بعد بيان السبب والرجوع إلى النساء أو الاطباء ومضي المدة الآتي بيانها يسأل القاضي البائع، فإن صدق المشتري ردها عليه، وإن قال هي كذلك للحال وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للحال فللمشتري تحليفه، فإن حلف برئ 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، وتعبه في الفتح بأنه لو حلف كذلك لا يكون إلا باراً، إذ من أين يعلم أنها لم تحض عند المشتري أه. وأما

[128]

صفتها على ما صححه في الفتح فقال بأن يدعي 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 وجده عنده، فإن نكل ردت عليه، وإن اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع للحال فاستخبرت فأنكرت الانقطاع لا يستحلف عنده، وعندهما يستحلف أه. قوله: (ولا تسمع في أقل من ثلاثة أشهر عند الثاني) اعلم أن الزيلعي ذكر هنا أيضاً تبعاً لشرح الهداية أنه لو ادعى انقطاعه في مدة قصيرة لا تسمع دعواه، وفي المديدة تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند أبي يوسف، وأربعة أشهر وعشر عند محمد، وعن أبي حنيفة وزفر أنها سنتان أه. وفي رواية: تسمع دعوى الجبل 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. ورد 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 كمسألة مدة الاستبراء إذا انقطع الحيض، والروايات فيها مختلفة. ثم ذكر الروايات السابقة. فعلم أن ما ذكره هنا من المدة إنما ذكره 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 الوطئ ممنوع شرعاً إلى الحيض لاحتمال الحمل فيكون ماؤه ساقياً زرع غيره، فقدره أبو حنيفة وزفر بسنتين لأنه أكثر مدة الحمل، وهو أقيس، وقدره محمد وأبو حنيفة في رواية بعد الوفاة، لاه يظهر فيها الحمل غالباً. وأبو يوسف بثلاثة أشهر لأنها عدة من لا تحيض. وفي رواية عن محمد: شهران وخمسة أيام، وعليه الفتوى. والحكم هنا ليس إلا كون الامتداد عيباً فلا يتجه إناطته بسنتين أو غيرهما من المدة أه ملخصاً. فقد ظهر لك أنه لا يصلح 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 قياساً على مسألة الاستبراء، والامام فقيه النفس قاضيخان اختار تقدير المدة بشهر لتوجه الخصومة بالعيب المذكور، لأنه يظهر للقوابل أو للأطباء في شهر فلا حاجة إلى الأكثر، ورجحه خاتمة المحققين وهو من أهل الترجيح، فالقول بأنه خبط عجيب هو العجيب، فاعتنم هذا التحقيق، والله تعالى ولي التوفيق قوله: (والاستحاضة) بالجر عطفاً 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 ماليته تكون مشغولة به والغرماء مقدمون على المولى، وكذا لو في رقبته جناية. قال في السراج: لأنه يدفع فيها فتستحق رقبته بذلك، وهذا يتصور فيما لو حدثت بعد لعقد قبل القبض، فلو قبل العقد فبالبيع صار البائع مختاراً للعداء، ولو قضى المولى الدين قبل الرد

[129]

سقط الرد للزوال الموجب له أه. وكذا لو أبراه الغريم: بزازية: وفي القنية: الدين عيب إلا إذا كان يسيراً لا يعد مثله نقصاناً. بحر. قوله: (لا المؤجل لعنته) اللام بمعنى إلى، والمراد الذي تتأخر المطالبة به إلى ما بعد عتقه كدين لزمه بالمبايعه بلا إذن المولى. قوله: (لكن عمم الكمال) هو بحث منه مخالف للنقل. بحر. قوله: (وعلله بنقصان ولائه وميراثه) لم يظهر وجه نقصان الولاء إلا أن يراد نقصان الولاء بنقصان ثمرته

وهي الميراث. تأمل ا ه ح. قوله: (كسبل) هو داء في العين يشبه غشاوة كأنها نسج العنكبوت يعروق حمرا ه ح عن جامع اللغة. قوله: (وحوص) بفتحيتين والحاء والصاد مهملتان: ضيق في آخر العين، وبابه ضرب. وعن جامع اللغة ونحوه في القاموس والمصباح. وفي الفتح. أنه نوع من الحول. قوله: (بثر) بضم الباء وتسكين المثلثة يفرق بينه وبين واحده بالتاء ويذكر لكونه اسم جنس ويؤنث نظرا إلى الجمعية، فإنه اسم جنس وضعاً بمعنى استعمالاً على المختار ط. قوله: (والاصبعان عيبان الخ) أي قطعهما، فلو باعها بشرط البراءة من عيب واحد في يدها فإذا هي مقطوعة أصبع واحدة برئ، لا لو أصبعين لأنهما عيبان، وإن كانت الاصابع كلها مقطوعة مع نصف الكف فهو عيب واحد، ولو مقطوعة الكف لا يبرأ، لأن البراءة عن عيب اليد والعيب يكون حال قيامها لا حال عدمها كما في الخانية. ومفاده أنه لو لم يقل في يدها يبرأ مقطوعة الكف، وعليه يحمل كلام الشارح، وكان الانسب ذكر هذه المسألة فيما سيأتي عند ذكر اشتراط البراءة. قوله: (والشيب ومثله الشمط: وهو اختلاط البياض بالسواد، وعللوه بأنه في أوانه للكبر، وفي أوانه للداء. قال في جامع الفصولين: أقول: جعل الكبر هنا عيباً لا في عدم الحيض، حتى لو ادعى عدم الحيض للكبر لم يسمع على ما يدل عليه ما مر من قوله لا نسمع دعوى عدم الحيض، إلا أن يدعيه بحبل أو داء، وبينهما منافاة ه. قوله: (وشرب خمير جهرا) أي مع اللادمان، فلو على الكتمان أحياناً فليس يعيب كما في جامع الفصولين: أي لأنه لا ينقص الثمن وإن كان عيباً في الدين. قوله: (إن عد عيباً) كقمار بنرد وشرطرنج ونحوهما، لا إن كان لا يعد عيباً عرفاً كقمار بجوز وبطيخ. جامع الفصولين. فالمدار على العرف. قوله: (لو كبيرين مولدين) بخلافه في الصغيرين. وفي الجليب من دار الحرب لا يكون عيباً مطلقاً. قال في الخانية: وهذا عندهم، يعفي عدم الختان في الجارية المولدة. أما عندنا عدم الخفض في الجارية لا يكون عيباً 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 والاحرام ليس بعيب

فيها، وكذا لو كانت محرمة عليه برضاع أو صهرية، قوله: (وكذب ونميمة) ينبغي تقييدهما بالكثير المضر. قوله: (وترك صلاة) وكذا غيرها من الذنوب. بحر. قوله: (لكن في القنية الخ) يؤيده ما في جامع الفصولين رامزا إلى الأصل: الزنا في القن ليس بعيب لأنه نوع فسق فلا يوجب خللاً ككونه أكل الحرام أو تارك الصلاة ا ه، فافهم. قوله: (ينبغي أن يتمكن من الرد الخ) أقره في البحر والنهر. وفي الولوالجية: والهتوع عيب، وهو مأخوذ من الهتعة، وهي دائرة بيضاء تكون في صدر الحيوان إلى جانب نحره يتشاءم به، فيوجب نقصاناً في الثمن بسبب تشاؤم الناس ا ه، قوله: (لو على الذن الخ) عبارة البحر: وكذا الحال إن كان قبيحاً منقصاً ا ه. وفي البزازية: والخال والثؤلؤل لو في موضع مخل بالزينة. أما في موضع لا يخل بها كتحت الابط والركبة لا. قوله: (والعيوب كثيرة) منها الادرة في الغلام والعفلة وهي ورم في فرج الجارية، والسن الساقطة والخضراء والسوداء ضرراً أو لا. واختلف في الصفرة ومنها الظفر الاسود إن نقص القيمة، وعدم استمسك البول، والحرن في الدابة: وهو أن تقف ولا تنقاد، والجموح: وهو أن لا تقف عند الالجام، وخلع الرسن واللاجام، وكذا لو اشترى كرماً فوجد فيه ممراً أو مسيلاً للغير أو كان مرتفعاً لا يصل إليه الماء إلا بالسكر أو لا شرب له، بزازية: وذكر في البحر زيادة على ذلك، فراجع. قوله: (حدث عيب آخر عند المشتري) من ذلك ما إذا اشترى حديداً ليتخذ منه آلات النجارين وجعله في الكور ليحربه بالنار فوجد به عيباً ولا يصلح لتلك الآلات يرجع بالنقصان ولا يرده، ومنه أيضاً بل الجلود أو الأبريسم فإنه عيب آخر يمنع الرد، وتماومه في البحر. قوله: (بغير فعل البائع) ومثله الاجنبي، فبقي كلام المصنف شاملاً لما إذا كان بفعل المشتري أو بفعل المعقود عليه أو بأفة سماوية، ففي هذه الثلاث لا يرده بالعيب القديم، لأنه يلزم رده بعيبين، وإنما يرجع بحصة العيب إلا إذا رضي البائع به ناقصاً، أفاده في البحر. قوله: (فلو به) أي بفعل البائع ومثله الاجنبي، وقوله: بعد القبض يغني عن قول المصنف: عند المشتري لكنه صرح به ليقابله بقوله: وأما قبله فافهم. قوله: (رجع بحصته) أي حصة العيب الاول، وامتنع الرد. بحر. قوله: (ووجب الارش) أي أرش العيب الحادث بفعل البائع، فحينئذ يرجع على البائع بشيئين: الاول حصة العيب الاول من الثمن، والثاني أرش العيب الثاني ط. ولو كان العيب

الثاني بفعل أجنبي رجع بالارش عليه. قوله: (وأما قبله الخ) أي وأما إذا كان حدوث العيب الثاني بفعل البائع قبل القبض خير المشتري سواء وجد به عيبا أو لا بين أخذه: أي مع طرح حصة النقصان من الثمن وبين رده وأخذ كل الثمن، وكذا لو كان بأفة سماوية أو بفعل المعقود عليه فإنه يرد به بكل الثمن، أو يأخذه يطرح عنه حصة جناية المعقود عليه، وكذا لو كان بفعل أجنبي فإنه يخير، لكنه إن اختار الاخذ يرجع بالارش على الجاني وإن كان بفعل المشتري لزمه بجميع الثمن، وليس له أن يمسكه يطلب النقصان، أفاده في البحر. وقوله: ويطرح عنه حصة جناية المعقود عليه ظاهره أنه لا يطرح عنه شيء لو النقصان بأفة سماوية. ثم رأيت في جامع الفصولين قال: ولو بأفة سماوية، فإن كان النقصان قدرا يطرح عن المشتري حصته من الثمن وهو مخير في الباقي أخذه بحصته أو تركه ككون المبيع كيليا أو وزنيا أو عدديا متقاربا وفات بعض من القدر، وإن كان النقصان وصفا لا يطرح عن المشتري شيء من الثمن، وهو مخير أخذه بكل ثمنه أو تركه، والوصف ما يدخل في المبيع بلا ذكر كشجر وبناء في الارض وأطراف في الحيوان وجوده في الكيلوي والوزني، إذ الاوصاف لا قسط لها من الثمن إلا إذا ورد عليها الجناية أو القبض: يعني إذا قبض ثم استحق شيء من الاوصاف يرجع بحصته من الثمن ا هـ. قوله: (بكل الثمن) متعلق بقوله: أو رده ولا يصح تعلقه أيضا بقوله: فله أخذه أفاده ح. قوله: (مطلقا) أي سواء وجد به عيبا أو لا ح. ومثله ما مر 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 الاخذ والرد سواء كان به عيب قديم أو لا، 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) الاولى أن يقول: في موضع العقد ليشمل 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 فلا ضرر فيه على البائع، وقدما 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 البازري: وفي المفاضلة إن كان النقصان عشر القيمة رجع بنقصان ما جعل ثمنه: يعني ما دخل عليه الباء، ولا بد أن يكون المقوم اثنين يخبران بلفظ الشهادة بحضرة البائع والمقوم الاهل في كل حرفة، ولو زال الحادث كان له رد المبيع مع النقصان، وقيل: لا، وقيل: إن كان بدل النقصان قائما رد وإلا لا، وكذا في القنية، والاول بالقواعد أليق. نهر. قوله: (إلا فيما استثنى) أي من المسائل الست المتقدمة أول الباب ط. وقد علمت ما فيها، وكتبنا هناك مسائل أخر منها ما يأتي قريبا في كلام المصنف من مسألة البعير وغيرها. وفي فتح القدير: ثم الرجوع بالنقصان إذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري .

أما إذا كان بفعل من جهته 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 البدل إليه صار كأنه ملكه من القاتل بالبدل، 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 ما لو شره تولية) هذه إحدى مسألتين ذكرهما في البحر بقوله: يستثنى مسألتان: أحدهما بيع التولية لو باع شيئا تولية ثم حدث به عيب عند المشتري وبه عيب قديم لا رجوع ولا رد، لأنه لو رجع صار الثمن الثاني أنقص من الاول، وقضية التولية أن يكون مثل الاول، والثانية لو قبض المسلم فيه فوجد به عيبا كان عند المسلم إليه وحدث به عيب عند رب السلم، قال الامام: يخير المسلم إليه إن شاء قبله معيبا بالعيب الحادث، وإن شاء لم يقبل، ولا شيء عليه من رأس المال ولا من نقصان العيب، لأنه لو غرم نقصان العيب من رأس المال كان اعتياضا عن الجودة فيكون ربا ا هـ ملخصا. قوله: (أو خاطه لطفله) الاولى أن يقول: أو قطعه لطفله لأن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لطفله وخاطه صار مملكه له

بالقطع قبل الخياطة، فإذا وجد به عيباً لا يرجع بنقصانه، أما لو كان الولد كبيراً يرجع بالعيب لانه لا يصير ملكاً له إلا بقبضه، فإذا خاطه قبل القبض امتنع الرد بالخياطة، فإذا حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم لا يمتنع الرجوع بالنقصان، بناء على ما سيأتي من أن كل موضع للبائع أخذه معيباً لا يرجع بإخراجه عن ملكه، وإلا رجع، ففي الأول أخرجه عن ملكه قبل امتناع الرد، وفي الثاني بعده، إذ ليس للبائع أخذه معيباً بعد الخياطة كما يأتي، وتماه في الزيلعي. وبما قررناه ظهر أن التقييد بالخياطة تبعاً للهداية احترازي في الكبير، اتفاقي في الصغير، كما نبه عليه في البحر. قوله: (أو رضي به البائع) يعني أنه لو أراد الرجوع بنقصان العيب ورضي البائع بأخذه منه معيباً امتنع رجوع المشتري بالنقصان، بل إما أن يمسكه بلا رجوع وإما أن يرده. لا يقال: لا حاجة إلى هذه المسألة مع قول المتن: وله الرد برضا البائع لأن ما في 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 سالماً عن العيب الحادث، فتعين الرجوع بالنقصان، إلا أن يرضى بالضرر فيخير المشتري حينئذ بين الرد والامساك من غير رجوع بنقصان، وهذا المعنى لا يستفاد من المتن، فلو قال ولم يرجع بنقصان لكان أولى نهر.

[133]

قلت: وقد أفاد الشارح هذا المعنى بذكر المسألة التي قبله كما قررناه آنفاً، ثم إن مقتضى قولهم إلا أن يرضى بالضرر أن المشتري يرجع عليه بجميع الثمن كاملاً، وبه صرح القهستاني حيث قال: غير طالب: أي البائع لحصة النقصان أ. هـ. فدل على أن البائع ليس له طلب حصة النقصان الحادث فيرد كل الثمن. ثم رأيت أيضاً في حاشية نوح أفندي حيث قال: لسقوط حقه برضاه بالضرر فلا يرجع على المشتري بنقصان العيب الحادث أ. هـ. ولينظر الفرق بين هذا وبين ما قدمه الشارح عن العيني عند قوله: (والسرقة. تنبيه: أشار المصنف باشتراط رضا البائع إلى فرع في القنية لو رد المبيع بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو تقابلاً ثم ظفر البائع بعيب حدث عند المشتري فللبائع الرد أ. هـ: يعني لعدم رضاه به أولاً. وفي البزاية: رده المشتري بعيب وعلم البائع بحدوث عيب آخر عند المشتري رد على المشتري مع أرش العيب القديم أو رضي بالمردود ولا شيء به، وإن حدث فيه عيب آخر عند البائع رجع البائع على المشتري بأرش العيب الثاني، إلا أن يرضى أن يقبله بعيبه الثالث أيضاً أ. هـ بحر. هذا، وسيذكر 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 رجلاً خطأ ثم ظهر أنه قتل آخر عند البائع فقبله البائع بالجنايتين لا يجبر المشتري على ذلك، إنما يرجع بالنقصان على الجناية الأولى دفعاً للضرر عنه، لانه لو رده على بئعه كان مختاراً للداء فيهما، وكما لو اشترى عصيراً فتخمر بعدم قبضه ثم وجد فيه عيباً لا يرده وإن رضي البائع، وإنما ترجع بالنقصان، كذا في النهر ج. قوله: (أو زيادة) أي أو لإزالة مانعة، كما سيأتي في نحو الخياطة ج. 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 فلا تمنع قبل القبض، وكذا بعده في ظاهر الرواية، وللمشتري الرجوع بالنقصان، وليس للبائع قبوله عندهما، وعند محمد: له ذلك، وغير متولدة كغرس وبناء وصبغ وخياطة فتمنع الرد مطلقاً. والمنفصلة نوعان: متولدة كالولد والثمر والارث، فقبل القبض لا تمنع، فإن شاء ردهما أو رضي بهما بجميع الثمن، وبعد القبض يمتنع الرد ويرجع بحصة العيب. وغير متولدة ككسب وغلة وهبة وصدقة، فقبل القبض لا تمنع الرد، فإذا رد فهي للمشتري بلا ثمن عنده ولا تطيب له. وعندهما للبائع ولا تطيب له، وبعد القبض لا تمنع الرد أيضاً وتطيب له الزيادة، وتماه في البحر عن القنية.

[134]

وحاصله أنه يمتنع الرد في موضعين في المتصلة الغير المتولدة مطلقاً، وفي المنفصلة المتولدة لو بعد القبض كما في البزاية وغيرها، ووقع في الفتح أن المنفصلة المتولدة تمنع 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 تمنع الرد، وإنما يناسب الرد، وهو خلاف ما مر عن القنية والبيزانية وغيرهما، وذكر نحوه في نور العين. وأجاب في النهر بأن قول الفتح تمنع الرد معناه: تمنع رد الأصل وحده. قلت: ولا يخفى ما فيه، فإن قول الفتح وبعد القبض يرد المبيع وحده ينافيه، وقد صرح في الذخيرة أيضا بأنه لا يرده، لأن الولد يصير ربا لكونه صار للمشتري بلا عوض، بخلاف غير المتولدة كالكسب لأنه لم يتولد 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 الزيلعي. قوله: (كأن اشترى ثوبا) تمثيل لأصل المسألة لا للزيادة، قال في البحر: هو تكرار، لأن رجوعه وجواز رده برضا بئنه في الثوب من أفراد ما قدمه، ولم تظهر فائدة لأفراد الثوب إلا ليرتب عليه مسألة ما إذا خاطه فإنه يمتنع الرد ولو برضاه أ ه ط. قوله: (فقطعه) ووطئ الجارية كالقطع بكرا كانت أو ثيبا، نهر. وستأتي مسألة الجارية في المتن. قوله: (فاطلع على عيب) ذكر الغاء يفيد أن القطع لو كان بعد الاطلاع على العيب لا يرجع بالنقصان، ووجهه ظاهر فليراجع أ ه ج. ويشهد له قول المصنف الآتي واللبس والركوب والمداواة رضا بالعيب الخ. قوله: (فاسدا) الأولى فاسدة. قوله: لا يرجع لأفساد ماليته) أشار به إلى الفرق بين هذه المسألة وما قبلها، وهو أن النحر إفساد للمالية لصيرورة المبيع به عرضة للنتن والفساد، ولذا لا يقطع السارق به فاختر معنى قيام المبيع كما في النهر ج. وعدم الرجوع قول الامام. 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 أ ه. قال في البحر. وفي الوقعات: الفتوى على قولهما في الأكل فكذا هنا أ ه. قال الخير الرملي: ويجب تقييد المسألة بما إذا نحره وحياته مرجوه، أما إذا أيس من حياته فله الرجوع بالنقصان عند الامام أيضا، لأن النحر في هذه الحالة ليس إفسادا للمالية. تأمل أ ه. قوله: (كما لا يرجع لو باع المشتري الثوب الخ) أي أخرجه عن ملكه والبيع مثال، فعم ما لو وهبه أو أقر به لغيره، ولا فرق بين ما إذا كان بعد رؤية العيب أو قبله. كما في الفتح، سواء كان ذلك لخوف تلفه أو لا، حتى لو وجد السمكة المبيعة معيبة وغاب البائع بحيث لو 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 إذا كان بعد زيادة كخيطة ونحوها كما يأتي، ولذا قال في المحيط: ولو أخرج المبيع عن ملكه بحيث لا يبقى لملكه 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 أجزه أو رهنه أو كان طعاما فطبخه أو سويقا فلت به بسمن أو بنى في العرصة أو نحوه ثم علم بالعيب فإنه لا يرجع بالنقصان إلا في الكتابة بحر. لكن في جامع الفصولين: شراه فأجزه فوجد عيبه فله نقض الاجارة بعيبه، بخلاف رهنه من غيره فإنه يرده بعد فكه أ ه. والظاهر أن ما في المحيط من عدم رجوعه بالنقصان بعد الاجارة والرهن المراد به إذا رضيه البائع معيبا، فحينئذ لا يرجع بل يرده. تأمل. قوله: (أو بعضه) ظاهره أنه ليس له رد ما بقي لتعيبه بالقطع أو الشركة، وكذا ليس له الرجوع بنقصان الباقي كما يفيد ما نقلناه عن المحيط. ثم رأيت في القهستاني: لو باع بعضه لم يرجع بالنقصان بحصة ما باع، وكذا بحصة ما بقي على الصحيح ولم يرده عنده كما في المحيط أ ه. وهذا بخلاف ما لو كان أثوابا فباع بعضها فإن له رد الباقي كما مر متنا قبيل هذا الباب، وسيأتي أيضا في قوله: اشترى عبيدين الخ وبخلاف ما لو كان المبيع طعاما ويأتي الكلام عليه. قوله: (لجواز رده مقطوعا لا مخيطة) يعني أن الرد بعد القطع غير ممتنع برضا البائع، فلما باعه المشتري صار حابسا للمبيع بالبيع فلا يرجع بالنقصان لكونه صار مفوتا للرد، بخلاف ما لو خاطه قبل العلم بالعيب ثم باعه، فإنه لا يبطل الرجوع بالنقصان لأن الخيطة مانعة من الرد كما يأتي، فبيعه بعد امتناع الرد لا تأثير له، لأنه لم يصر حابسا له بالبيع كما أفاده الزيلعي وغيره، والأصل كما في الذخيرة أنه في كل موضع أمكن المشتري رد المبيع القائم في ملكه على البائع برضاه أو بدونه، فإذا أزاله عن ملكه ببيع أو شبهة لا يرجع بالنقصان، وفي كل موضع لا يمكنه رده على البائع، فإذا أزاله عن ملكه يرجع بالنقصان، ونحوه في الزيلعي، وبنى عليه مسألة ما لو خاط الثوب لطفله وقد مرت. قوله: (وخاطه) أشار به مع ما عطف عليه إلى الزيادة المتصلة الغير المتولدة، وقدمنا بيانها. قوله: (بأي صيغ كان) ولو

أسود، وعند أبي حنيفة: السواد نقصان، فيكون للبائع أخذه وهو اختلاف زمان أ ه ح. قوله: (أو لت السوق بسمين) أي خلطه به، ومثله لو اتخذ الزيت المبيع صابونا وهي واقعة الحال. رملتي. قوله: (أو غرس أو بنى) أي في الأرض المبيعة ط. قوله: (ثم اطلع على عيب) أي في السوق أو الثوب بعد هذه الأشياء. منح. قال ح: وهو يفيد أن الزيادة لو كانت بعد الاطلاع على العيب لا يرجع بالنقصان ووجهه ظاهر، ويدل عليه أيضا قول مسكين: ولم يكن عالما وقت الصبغ واللت أ ه. قوله: (بسبب الزيادة) لأنه لا وجه للفسخ في الأصل دونها لأنها لا تنفك عنه، ولا وجه إليه معها لحق الشرع الخ. قوله: (لحصول الربا) فإن الزيادة حينئذ تكون فضلا مستحقا في عقد المعاوضة بلا مقابل، وهو معنى الربا أو شبهته، ولشبهة الربا حكم الربا. فتح. وبه اندفع ما

[136]

في الدر المنتقى عن الواني من قوله: وفيه أن حرمة الربا بالقدر والجنس وهما مفقودان ها هنا، فتأمل أ ه. ويوضح الدفع قوله في العزيمة: إنه كلام غير محزر، فإن الربا ليس بمنحصر عندهم في الصورة المذكورة، لقولهم: إن الشروط الفاسدة من الربا، وهي في المعاوضات المالية وغيرها، لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ففيها فضل خال عن العوض وهو الربا كما في الزيلعي وغيره قبيل كتاب الصرف. قوله: (أي الممتنع رده في هذه الصور) أي صور الزيادة المتصلة من خياطة ونحوها. وأفاد 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 في الفتح: وإذا امتنع الرد بالفسخ، فلو باعه المشتري رجع بالنقصان، لأن الرد لما امتنع لم يكن المشتري ببيعه حابسا له. قوله: (بعد رؤية العيب) وكذا قبلها بالاولى ح. قوله: (قبل الرضا به صريحا أو دلالة) لم أر من ذكر هذا القيد هنا بعد مراجعة كثير من الكتب المذهب، وإنما رأيته في حواشي المنح للخير الرملي ذكره بعد قوله: أو مات العبد وهو في محله، كما تعرفه قريبا، أما هنا فلا محل له لأن العرض على البيع رضا بالعيب كما سيأتي، وهنا وجد البيع حقيقة ولم يمتنع الرجوع بالنقصان لتقرر الرجوع قبله كما علمته أنفا، فكان الشارح رأى هذا القيد في حواشي شيخه فسبق قلمه فكتبه في غير محله، فتأمل. قوله: (أو مات العبد) لأن الملك ينتهي بالموت، والشئ بانتهاؤه يتقرر، فكان بقاء الملك قائما والرد متعذر، وذلك موجب للرجوع، وتماهه في ح عن الفتح، قال في النهر: ولا فرق في هذا: أي موت العبد بين أن يكون بعد رؤية العيب أو قبلها أ ه. لكن إذا كان الموت بعد رؤية العيب لا بد أن يكون قبل الرضا به صريحا أو دلالة، كما ذكره الخير الرملي، ووجهه ظاهر لأنه إذا رأى العيب وقال: رضيت به أو عرضه على البيع أو استخدمه مرارا أو نحو ذلك مما يكون دلالة على الرضا امتنع رده والرجوع بنقصانه لو بقي العبد حيا، فكذا لو مات بالاولى. قوله: (المراد هلاك المبيع الخ) قال في النهر: ولو قال أو هلك المبيع لكان أفود، إذ لا فرق بين الأدمي وغيره، ومن ثم قال في الفصول، ذهب إلى بئنه ليرده بعيه فهلك في الطريق هلك على المشتري ويرجع بنقصه. وفي القنية: اشترى جدارا مائلا فلم يعلم به حتى سقط فله الرجوع بالنقصان أ ه. وفي الحاوي: اشترى أثوابا على أن كل واحد منها ستة عشر ذراعا فبلغ بها إلى بغداد فإذا هي ثلاثة عشر فرجع بها ليردها فهلك في الطريق يرجع بنقصان القيمة في ظاهر المذهب. قوله: (أو أعتقه) قال في الهداية: وأما الاعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع، لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل. وفي

[137]

الاستحسان: يرجع لأن العتق إنهاء الملك، لأن الأدمي ما خلق في الأصل محلا للملك، وإنما ثبت الملك فيه مؤقتا إلى الاعتاق لإنهاء كالموت، وهذا لأن الشئ يتقرر بانتهاؤه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر، والتدبير والاستيلاء بمنزلته، لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي أ ه ح. قوله: (أو وقف) (فإذا وقف المشتري الأرض ثم علم بالعيب رجع بالنقصان. وفي جعلها مسجدا اختلاف. والمختار الرجوع بالنقصان كما في جامع الفصولين. وفي البزازية: وعليه الفتوى، وما رجع به يسلم إليه، لأن النقصان لم يدخل تحت الوقف أ ه نهر. قوله: (قبل علمه) ظرف لاعتقه وما بعده أ ه ح. والحاصل أن هلاك المبيع ليس كإعتاقه، فإنه إذا هلك المبيع يرجع بنقصان

العيب سواء كان بعد العلم به أو قبله، وأما الاعتاق بعد العلم به فمانع من الرجوع بنقصانه بخلافه قبله، وليس إعتاقه كاستهلاكه، فإنه إذا استهلكه فلا رجوع مطلقاً، إلا في الأكل عندهما. بحر ط. قوله: (أو كان المبيع طعاماً فأكله) احتراز بالاكل عن استهلاكه بغيره، ففي الذخيرة: قال القدوري: ولو اشترى ثوباً أو طعاماً وأحرق الثوب أو استهلك الطعام ثم اطلع على عيب لا يرجع بشئ بالنقصان بلا خلاف أ هـ. وكذا لو باعه أو وهبه ثم اطلع على عيب لم يرجع إجماعاً كما في السراج، لكن في بيع بعضه الخلاف الآتي، وأراد بالطعام المكيل والموزون كما يعلم في الذخيرة والخانية. مطلب 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 مديره أو أم ولده أو لبس الثوب حتى تخرق مقيد بما قبل العلم بالعيب، فلو أخر الشارح قوله: قبل علمه بعيبه عن قوله: أو لبس الثوب حتى تخرق ليكون قيداً في المسائل العشرة لكان أولى ح. قلت: ويؤيده أنه في الفتح قال بعد هذه المسائل: وفي الكفاية كل تصرف يسقط خيار العيب إذا وجده في ملكه بعد العلم بالعيب فلا رد ولا أرش لأنه كالرضا به. تنبيه: وقع في المنح: أو أكله بعد اطلاعه على العيب، وهو سبق قلم كما نبه عليه الرملي. قوله: (أو أطعمه عبده أو مديره أو أم ولده) إنما يرجع في هذه المسائل لأن ملكه باق كما في البحر: يعني أن العبد والمدير وأم الولد إنما أكلوا الطعام على ملك السيد لأنهم لا يملكون، وإن ملكوا فكان ملكه باقياً في الطعام والرد متعذر كما قررناه في الاعتاق، بخلاف ما إذا أطعمه طفله وما عطف عليه مما سيأتي حيث لا يرجع، لأن فيه حبس المبيع بالتملك من هؤلاء فإنهم من أهل الملك أ هـ ح. قوله: (فإنه يرجع بالنقصان استحساناً عندهما) الذي في الهداية والعناية والفتح والتبيين: أن الاستحسان عدم الرجوع، وهو قول الامام فليحذر أ هـ ح. قلت: ما ذكره الشارح من أن الاستحسان قولهما 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 بدء: أن جعل الهداية قول الامام استحساناً مع تأخيرها. وجوابه عن دليلهما يفيد مخالفته في كون الفتوى على قولهما أ هـ.

قلت: ويؤيده أنه في الكنز والملتقى وغيرهما مشوا على قول الامام. وفي الذخيرة: ولو لبس الثوب حتى تخرق من اللبس أو أكل الطعام لا يرجع عنده هو الصحيح خلافاً لهما أ هـ. والحاصل أنهما قولان مصححان، ولكن صححوا قولهما 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 إجماعاً كما علمت، ويأتي وجه الفرق. تنبيه: ظاهر كلام الشارح أن الخلاف جارٍ في جميع المسائل التي ذكرها مع أنهم لم يذكروه إلا في أكل الطعام ولبس الثوب. أفادة ح. قلت: الظاهر جريان الخلاف في مسائل الاطعام أيضاً، لأنه لو أكل الطعام لا يرجع عند الامام، فكذا إذا أطعمه عبده بالاولى. تأمل. قوله: (وعنهما يرد ما بقي ويرجع بنقصان ما أكل) هذه رواية ثانية عنهما في صورة أكل البعض، والاولى أنه يرجع بنقصان العيب في الكل، فلا يرد ما بقي، هكذا نقل عنهما القدوري في التقريب وتبعه في الهداية. وذكر في شرح الطحاوي أن الاولى قول أبي يوسف. والثانية قول محمد كما في الفتح: وأما عند الامام فلا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما أكل ولا ما بقي. في الذخيرة: والفتوى على قول محمد كما نقله في البحر عن الاختيار والخلاصة، ومثله في النهاية وغاية البيان وجامع الفصولين والخانية والمجتبى، فلذا اقتصر عليه الشارح، وهذا كله في أكل البعض. أما لو باع بعض المكيل والموزون، ففي الذخيرة أنه عندهما: لا يرد ما بقي ولا يرجع بشئ، وعن محمد: يرد ما بقي 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 أ هـ. وفي جامع الفصولين عن الخانية. وعن محمد: لا يرجع بنقص ما باع ويرد الباقي بحصته من الثمن، وعليه الفتوى أ هـ. ومثله في الولوالجية والمجتبى والمواهب. والحاصل أن المفتى به أنه لو باع البعض أو أكله يرد الباقي ويرجع بنقص ما أكل لا بنقص ما باع. والفرق كما في الولوالجية أنه بالاكل تقرر العقد، فتقرر أحكامه، وبالباع ينقطع الملك فتقطع أحكامه. قال: فصار بمنزلة ما لو اشترى غلامين فقبضهما وباع أحدهما ثم وجد بهما عيباً يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما باع بالاجماع، فكذا هنا عند محمد أ هـ. قلت: لكن سيذكر المصنف تبعاً لغيره من المتون: لو وجد ببعض المكيل أو الموزون عيباً 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 شئ منه بقرينة قوله: له رد كله فيفرق بين ما إذا بقي كله وبين ما إذا تصرف ببعضه ببيع أو أكل، أو يقال: هو مبني على قول غير محمد. تأمل. تنبيه: الطعام في عرفهم البر، والمراد به هنا هو ما كان مثله من مكيل وموزون كما علم مما

[139]

نقلناه أنفا عن الذخيرة، وفي البحر عن الفنية: ولو كان غزلا فنسجه أو فليقا فجعله إبريسما ثم ظهر أنه كان رطباً وانتقص وزنه رجع بنقصان العيب، بخلاف ما إذا باع أ هـ. 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 أ هـ. 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 أ هـ. ومقتضاه أنه لا خلاف في ثبوت رد المعيب وحده، نعم نقل العلامة قاسم في تصحيحه عن الذخيرة أن من المشايخ من قال: لا فرق بين الوعاء واللاوعية ليس له أن يرد البعض بالعيب، وإطلاق محمد في الأصل يدل عليه، وبه كان يفني شمس الأئمة السرخسي. ثم قال العلامة قاسم: والاول أقيس وأرفق. قوله: (وسيجئ) أي قبيل قوله: اشترى جارية لكن الذي سيجئ هو ترجيح عدم الفرق بين الوعاء والاكثر. قوله: (فعلى ما في الاختيار الخ) أي من قوله: وعنهما يرد ما بقي ويرجع الخ فإنه يفيد مطلب: يرجح 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. وهذا تقرير كلام الشارح، وبه اندفع ما قيل: إن الشارح وافق هنا ما في الهداية وغيرها من أن القياس قولهما، فافهم، نعم ما فهمه الشارح على ما قرناه 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 أ هـ. وقال في الاختيار: عندهما يرجع استحسانا، وعنده لا يرجع الخ، فإنه المفهوم من هذا أنه في الهداية جعل الرجوع بالنقصان عندهما قياسا، وعندهما يرجع استحسانا، وفي الاختيار بالعكس. وحاصله أن الرجوع بالنقصان عندهما: قيل إنه قياس، وقيل: إنه استحسان. ثم بعد قولهما بالرجوع بالنقصان ففي صورة أكل البعض عنهما روايتان: الاولى 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 والاخرى استحسان كما فهمه الشارح، بل كل منهما قياس على ما في الهداية، والاستحسان قول الامام بعدم الرجوع بشئ أصلا، وكل منهما استحسان على ما في الاختيار، والقياس قول الامام المذكور، فتنبه. قوله: (ولو أعتقه على مال) أي لا يرجع لانه حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل. وعنه أنه يرجع لانه إنهاء للملك وإن كان بعوض. ح عن الهداية. وعند أبي

[140]

يوسف: يرجع في هذه المسائل. قوله: (أو كاتيه) وهي بمعنى الاعتاق على مال كما في البحر، والكلام فيه مغن عن الكلام فيها ح. قوله: (أو قتله) هو ظاهر الرواية عن أصحابنا، ووجهه أن القتل لم يعهد شرعا إلا مضمونا، وإنما سقط عن المولى بسبب الملك فصار كالمستفيد به عوضا، وهو سلامة نفسه عن القتل إن كان عمدا أو الدية إن كان خطأ فكانه باعه. نهر. قوله: (طفله) ليس بقيد، بل المصرح به في البحر والفتح: الولد الصغير والكبير والعلة وهي أهلية الملك كما قدمناه تشملهما أ هـ ح. قوله: (كذا ذكره المصنف) حيث قال: فلو أعتقه على مال أو قتله بعد اطلاعه على عيب. وقال محشية الرملي: صوابه قبل اطلاعه إذ هو محل الخلاف، إذ بعده لا

يرجع إجماعا، 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 والاباق، وهذا هو الصواب، لما علمت من أنه لا رجوع إجماعا لو بعد الاطلاع على العيب، لا لما قيل من أنه يلزم أن لا يبقى فوق بين هذه المسائل والمسائل المتقدمة فإنه ممنوع، إذ الفرق واضح وهو ثبوت الرجوع في المسائل المتقدمة وعدمه في هذه إجماعا، فافهم. قوله: (حتى العيني) أي في شرحه على نظم المجمع: أي فناقض كلامه في الرمز. قوله: (بالاولوية) أي لأنه إذا امتنع الرجوع إذا كانت هذه الاشياء قبل الاطلاع على العيب يمتنع بعد الاطلاع بالاولى لأنها دليل الرضا. قوله: (والاصل الخ) قدمنا بيانه عند قوله: لجواز رده مقطوعا لا مخيطا وقدمنا هناك بناءه على أصل آخر. (وفيه الخ) مكرر مع ما قدمه قريبا ح. قوله: (فوجده فاسدا الخ) لو قال: فوجده معيبا لكان أولى، لان من عيب الجوز: قلة لبه وسواده كما في البزازية وصرح في الذخيرة بأنه عيب لا فساد، واحتزر بقوله: فوجده أي المبيع عما إذا كسر البعض فوجده فاسدا فإنه يرد أو يرجع بنقصه فقط ولا يقيس الباقي عليه، ولذا قال في الذخيرة: ولا يرد الباقي إلا أن يبرهن أن الباقي فاسدا ه. أفاده في البحر، وقوله فإنه يرد الخ: أي يرد ما كسر لو غير منتفع به أو يرجع بنقصه فقط لو ينتفع به. قوله: (إن لم يتناول منه شيئا) فلو كسره فذاقه ثم تناول منه شيئا لم يرجع بنقصانه لرضاه به، وينبغي جريان الخلاف فيما لو أكل الطعام. بحر. وأصل البحث للزيلعي. واعترضه ط بأن الخلاف في الطعام إذ علم بالعيب بعد

الاكل لا قبله. قوله: (نقصانه) أي له نقصان عيبه لا رده، لان الكسر عيب حادث. بحر وغيره. قلت: الكسر في الجوز يزيد في ثمنه، فهو زيادة لا عيب، تأمل قوله: (إلا إذا رضي البائع به) أي بأخذه معيبا 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 لانه صار راضيا ه. ونبه على ذلك الزيلعي أيضا فقال: لا يرد ولا يرجع بالنقصان، لان كسره بعد العلم به دليل الرضا انتهى، لكن الزيلعي ذكر هذا بعد قوله: وإن لم ينتفع به أصلا، واعترض بأن محله هنا، لانه إن لم ينتفع به أصلا يرد. ويرجع بكل الثمن. قوله: (وإن لم ينتفع به أصلا) بأن كان البيض متنا والقضاء مرا والجوز خاويا، وما في العيني أو مزنا ففيه نظر، لانه يأكله الفقراء، نهر. قلت: وكذا ينتفع باستخراج دهنه، لكن هذا لو كان كثيرا، بل قد يقال: ولو قليلا لانه يباع لمن يستخرج دهنه فيكون له قيمة، إلا أن يكون جوزه أو جوزتين مثلا. قوله: (فله كل الثمن الخ) لانه 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: يرد ويرجع بكل الثمن لان ماليته باعتبار اللب، وظاهر الهداية يفيد ترجيحه، وكذا في البيض. أما بيض النعامة إذ وجد فاسدا بعد الكسر فإنه يرجع بنقصان العيب. قال في العناية: وعليه جرى في الفتح أن هذا يجب أن يكون بلا خلاف، لان 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 بالمشح بأن كان في بركة والقشر لا ينتقل كان كغيره. قال الشيخ عبد البر: ولا يخفى عليك فساد هذا التفصيل، فإن هذا القشر مقصود بالشراء في نفسه ينتفع به في سائر المواضع، وما ذكره لا ينهض لانه قد يتفق في كثير مما اتفقوا على صحة بيعه ولا يكون ذلك موجبا لفساد البيع ه. نهر. قوله: (ولو كان أكثره فاسدا جاز بحصته) أي بحصة الصحيح منه، وهذا عندهما، وهو الاصح كما في الفتح. وكذا في النهر عن النهاية. أما عنده فلا يصح في الصحيح منه أيضا، لانه كالجمع بين الحر والعبد في صفقة واحدة. ووجه الاصح كما في الزيلعي أنه بمنزلة ما لو فصل ثمنه، لانه ينقسم ثمنه على أجزائه كالمكيل والموزون لا على قيمته ه. بخلاف الحر مع العبد. تنبيه: عبر بالاكثر تبعا للعيني. واعترضه بأنه مختل، والصواب تعبير النهر وغيره بالكثير. قلت: وهو مدفوع لانه إذا صح فيما يكون أكثره فاسدا يصح فيما يكون الكثير منه فاسدا بالاولى، نعم الاولى التعبير بالكثير ليفيد صحة البيع في الكل إذا كان الفاسد منه قليلا لانه لا يمكن التحرز عنه، إذ لا يخلو عن قليل فاسد، فكان كقليل التراب في الحنطة فلا يرجع بشئ أصلا، وفي القياس: يفسد كما في الفتح. قال في النهر: والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد

والاثنتين في المائة، كذا في الهداية. وهو ظاهر في أن الواحد في العشرة كثير، وبه صرح في القنية. وقال السرخشي: الثلاثة عفو: يعني في المائة ا ه. وفي البحر: القليل الثلاثة وما دونها في المائة، والكثير ما زاد ا ه. وفي الفتح: وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز عفوا ا ه. مطلب: وجد في الحنطة ترابا فرع: اشترى أقفزة حنطة أو سمس فوجد فيه ترابا، إن كان يوجد مثله في ذلك عادة لا يرد، وإلا فإن أمكنه رد كل المبيع يرده، ولو أراد حبس الحنطة ورد التراب أو المعيب مميزا ليس له ذلك، فإن ميز التراب وأراد أن يخلطه ويرد إن أمكنه الرد على ذلك الكيل رد، وإلا بأن نقص من ذلك الكيل شيء لا، ورجع بنقصان الحنطة إلا أن يرضى البائع بأخذها ناقصة، بزازية. وفي الخانية: 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: (في 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 الرد عليه بالعيب القضاء ردا على موكله: لأن البيع واحد، فإذا ارتفع رجع إلى الموكل. بحر، وتاممه 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 لم يشهد أنه كان عند البائع الأول ليس للمشتري الأول أن يرده إجماعا، كذا في الفتح تبعا للدراية ا ه. 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 يرده على البائع الأول بالاتفاق. قوله: (لو رد عليه بقضاء) شامل لما إذا أقر بالعيب وامتنع من القبول فرد عليه القاضي جبرا، كما إذا أنكر العيب فأثبتته بالبينة أو النكول عن اليمين أو بالبينة على إقرار البائع بالعيب مع إنكاره الإقرار به فإنه يرد على بائعه في الصور الأربع لكون القضاء فسحا فيها، شربلاية. تنبيه: للبائع أن يمتنع عن القبول مع علمه بالعيب حتى يقضي 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 لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء. هداية. والمراد أنه لا فسخ فيما يستقبل لا في الأحكام الماضية، بدليل أن زوائد المبيع للمشتري ولا يرد لها مع الأصل، وتاممه في البحر. وسيدكر الشارح آخر الباب أنه فسخ في حق الكل إلا في مسألتين الخ، وبأتي 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 المذكور: أي فإن حدث عيب آخر عند البائع الثاني ثم رده عليه

المشتري منه بالعيب القديم فلا يرده 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 لئلا يخالف قول الامام. لما في البحر: لو باعه فاطلع مشتريه على عيب قديم به لا يحدث مثله وحدث عنده عيب ورجع بنقصان العيب القديم، فعنده: لا يرجع البائع على بائعه بنقصان العيب القديم، وعندهما: يرجع، كذا ذكره الاسبيجاني، ومثله في الصغرى ا ه، فافهم. قوله: (وهذا) أي اشتراط القضاء للرد ا ه ح. قوله: (لو بعد قبضه) (أي قبض المشتري الثاني المبيع ط. قوله: (قلو 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 فسحا من الأصل في حق الكل، فصار كما لو باع المشتري الأول للثاني بشرط الخيار له أو بيعا في خيار رؤية، فإنه إذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للاول أن يرده مطلقا، والفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء. قال الزيلعي: وفي العقار اختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة. والظاهر أنه بيع 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، لأن لا يجوز بيعه قبل القبض عنده. وعند أبي يوسف: بيع في حق الكل أ ه من حاشية نوح أفندي. قوله: (وهذا) الإشارة إلى قوله: رده على بائعه. قوله: (فلا رد مطلقاً) أي لا بقضاء ولا رضا، لأن بيعه بعد رؤية العيب دليل الرضا به. قوله: (وهذا) أي اشتراط القضاء للرد. قوله: (في غير النكدين) قال في البحر: وقيد بالمبيع وهو العين احترازاً عن الصرف فإنه يجعل فسخاً إذا رد بعيب لا فرق بين القضاء والرضا، لأنه لا يمكن أنه يجعل بيعاً جديداً، لأن الدينار هنا لا يتعين في العقود، فإذا اشترى ديناراً بدراهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشتري الثاني بالدينار عيباً 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 زيوفاً فردها عليه بلا قضاء وذكر في الظهيرية: وعلى هذا إذا قبض رجل دراهم على رجل وقضاها من غريمه فوجدها الغريم زيوفاً فردها عليه بلا قضاء فله ردها على الأول أ ه. وما ذكره في الظهيرية أفتى به الخير الرملي تبعاً لما في فتاوى قارئ الهداية وفتاوى ابن نجيم، وهذا إذا لم يكن أقر بقبض حقه أو الثمن أو الدين، فلو أقر بذلك ثم جاء ليرده لم يقبل منه لتناقضه، كما أوضح ذلك العلامة الطرسوسي في أنفع الوسائل، ولخصت ذلك في تنقيح الحامدية. وبقي ما إذا تصرف فيه القابض بعد علمه بعيبه فإنه لا يرده إذا رد عليه، لما في القنية برمز القاضي عبد الجبار: إذا أخذ من دينه ديناراً فجعله في الروث ليروج أو جعل الدرهم في البصل ونحوه ليس له الرد، كما لو داوى عيب مشربه ليس له الرد أ ه فليحفظ، لكن سيذكر الشارح من موانع الرد العرض على البيع، إلا الدراهم إذا وجدها زيوفاً فعرضها على البيع فليس برضا، وسيذكره

أيضاً في آخر متفرقات البيوع. وعلمه في البحر بأن حقه في الجياد فلم تدخل الزيوف في ملكه، لكن صرحوا بأنه لو تجوز بها ملكها وصارت عين حقه فصار الحاصل أنه لو رضي بها امتنع الرد، وإلا فله ردها وإن عرضها على البيع، وبه يظهر إن عرضها على البيع لا يكون دليل الرضا بها، فيحمل ما مر عن القنية على ما إذا رضي بها صريحاً، فليتأمل. وسيأتي في متفرقات البيوع متناً وشرحاً: لو قبض زيفاً بدل جيد كان له على آخر جاهلاً به، فلو علم وأنفق كان قضاء اتفاقاً، ونفق أو أنفق فهو قضاء لحقه، فلو قائماً رده اتفاقاً. وقال أبو يوسف: إذا لم يعلم يرد مثل زيفه ويرجع بجيده استحساناً كما لو كانت ستوفة أو نهرجه، واختار للفتوى أ ه. قوله: (ولو رده برضاه الخ) أي لو رد المشتري الثاني على الأول برضاه ليس له رده على بائعه سواء كان العيب يحدث مثله في المدة كالمرض أو لا كالاصبع الزائدة، لأن الرد بالعيب بعد القبض إقالة، وهي بيع جديد في حق الثالث وفسخ في حق المتعاقدين، والبائع الأول ثالثهما فصار في حقه كأن المشتري الأول اشتراه من الثاني فلا خصومة له مع بائعه لا في الرد ولا في الرجوع بالنقصان، بخلاف الرد بقضاء القاضي فإنه فسخ في حق الكل لعموم ولايته، فيصير كأن البائع الأول لم يبعه. أفاده نوح أفندي. تنبيه: الوكيل بالبيع على هذا التفصيل فإذا رد عليه المبيع بقضاء لزم الموكل لو بدونه لزمه دون الموكل، وليس له أن يخاصم الموكل وإن كان العيب لا يحدث مثله هو الصحيح، لأن الرد بلا قضاء في حق الموكل بمنزلة الإقالة، وتماثله في الخانية. قوله: (أو حط ثمن) فيما إذا حدث عنده عيب آخر فإنه يحط من الثمن نقصان العيب كما مر. قوله: (بعد قبضه المبيع) (قيد اتفاقي)، لأن البائع له المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع، فإذا ادعى المشتري عيباً لم يجبر فصدق عدم الجبر قبل القبض أيضاً. 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 لتنسحب الضمان كلها عليه. قوله: (لأثبت العيب) أي إثبات وجوده عنده وعند البائع، فإذا أثبت ذلك رد المبيع على البائع أو قبله ودفع ثمنه. قوله: (أو يحلف بائعه على نفيه) أي نفي والعيب عنده: أي عند البائع. وقوله: (ويدفع الثمن أي المشتري بعد أن حلف البائع، وقوله: إن لم يكن شهود مرتبط بقوله: ويحلفه أو بقوله: ويدفع 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 قولهما ورواية ضعيفة عن الامام، والصحيح عنده ما ذكره عقبه في مسألة دعوى الأباقي من أنه لا يحلف بائعه حتى يبرهن المشتري أنه أبق عنده كما يأتي بيانه وعن هذا أول الزيلعي

قول الكنز: أو يحلف بئنه، بقوله: أي بعد إقامة المشتري البينة أنه وجد فيه عنده: أي عند المشتري، وأوله في البحر

[145]

بما إذا أقر البائع بقيام العيب به، ولكن أنكر 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 بئنه، وقوله: بعده ولو ادعى إياها بيان لم يشترط تكراره، وإلا كان الثاني حشوا، فتدبره، فإني لم أر من عرج عليه أ هـ. قلت: وأشار إليه الشارح بقوله الآتي: مما يشترط الخ. قوله: (وإن ادعى غيبة شهوده) أي 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 لهما فتح) عبارة الفتح: تقبل في قول أبي حنيفة. وعند محمد: لا تقبل، ولا يحفظ في هذا رواية عن أبي يوسف أ هـ. وذكر قبله أنه لو قال لي بينة حاضرة ثم أتى بها تقبل بلا خلاف. قوله: (ولزم العيب بنكوله) أي لزمه حكمه، لأن النكول حجة في المال لأنه بذل أو إقرار. قوله: (إياها ونحوه الخ) احتراز عما لا يشترط تكرره 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) أي عند البائع والمشتري. قوله: (وجنون) قيل هذا على القول الضعيف المنقول عن العيني فيما تقدم أ هـ. قلت: الذي تقدم هو أن الجنون مما يختلف صغرا وكبرا، بمعنى أنه إذا وجد يد البائع في الصغر وفي يد المشتري في الكبر لا يكون عيبا كالاباق وأخويه، والكلام هنا في اشتراط المعاودة عند المشتري، وهو القول الاصح كما قدمه الشارح، وهذا غير ذاك كما لا يخفى ونبه عليه ط أيضا، فافهم. قوله: (لم يحلف بئنه) قال في البحر: أي إذا ادعى عيبا يطلع عليه الرجال ويمكن حدوثه فلا بد من إقامة البينة أولا على قيامه بالمبيع مع قطع النظر عن قدمه وحدوثه لينتصب البائع خصما، فإن لم يبرهن لا يمين على البائع عند الامام على الصحيح. وعندهما: يحلف على نفي العلم، وتمامه فيه. قوله: (إذا أنكر قيامه للحال) أما لو اعترف بذلك فإنه يسأل عن وجوده عنده، فإن اعترف به رده عليه بالتماس من المشتري، وإن أنكر طوبل المشتري بالبينة على أن الاباق وجد عند البائع، فإن أقامها رده وإلا حلف. نهر. قوله: (إنه قد أبى عنده) أي عند المشتري نفسه، لأن القول وإن كان قول البائع لكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفة تكون البينة. درر. قوله: (فإن برهن) أي المشتري على قيامه للحال. نهر. قوله: (حلف بئنه 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 الامام، فكذا عندهما بالاولى. قوله: (بالله ما أبى قط) عدل عن قول الكنز وغيره، بالله ما أبى عندك قط، بزيادة الظرف، لما قاله الزيلعي من أن فيه ترك النظر للمشتري، لأنه يحتمل أنه باعه وقد كان أبى عند غيره، وبه يرد عليه، فالاحوط أن يحلف ما أبى قط

[146]

أو ما يستحق عليك الرد من الوجه الذي ذكره، أو لقد سلمه وما به هذا العيب. قال في النهر: إلا أن كون حذف الظرف بالنظر إلى المشتري مسلما لا بالنظر إلى البائع، إذ يجوز أنه أبى عند الغاصب ولم يعلم منزل المولى ولم يقدر عليه، وقد مر أنه ليس بعيب، فالاحوط بالله ما يستحق عليك الرد الخ وما بعده. وفي البزازية: والاعتماد على المروي عن الثاني: بالله ما لهذا المشتري قبلك حق الرد بالوجه الذي يدعيه تحليفا على الحاصل أ هـ. ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب، لأن فيه ترك النظر للمشتري لجواز حدوثه بعد البيع قبل التسليم فيكون بارا مع أنه يوجب 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 سليما كما التزمه، قاله السرخسي. قال في الفتح: ومما تطارحناه أنه لو لم يبق عند البائع وأبى عند المشتري وكان أبى 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 يرده في تكرره أ هـ. والمطارحة إلقاء المسائل، وهي هنا ليست في أصل الرد

كما ظنه في البحر فقال :إنه منقول في القنية، بل في تحليفه علي عدم العلم أخذا من قولهم: إنما يحلف على البتات لادعائه العلم به، والغرض هنا أنه لا علم له به فتدبره ا هـ ما في النهر ملخصا. وتمامه فيه. قوله: (وما جن) الاولى إسقاطه كما تعرفه. قوله: (وفي الكبير الخ) عطف على محذوف تقديره: هذا الكيفية في إباق الصغير وفي الكبير الخ ط. قوله: (لاختلافه صغرا وكبرا) فيحتمل أنه أبق عنده في الصغر فقط ثم أبق عند المشتري بعد البلوغ، وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم، فلو ألزمناه الحلف على ما أبق عنده قط أضربنا به وألزمناه مالا يلزمه، ولو 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 هذا كان الاولى إسقاط قوله: وما جن لانه 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 مما ذكره المصنف أنفا. 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 رضي ونحوه، فإن حلف رده، وإن نكل امتنع الرد. فتح قوله: (ككبد) أي كوجع كبد وطحال. فتح. وفي بعض النسخ ككبيدي بياء النسب: أي كداء منسوب إلى كبد. قوله: (فيكفي قول عدل) أي لتوجه الخصومة. قال في الفتح: فإن اعترف به عندهما رده، وكذا إذا أنكر فأقام المشتري البينة أو حلف البائع فنكل، إلا إن ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا، وإن أنكره عند المشتري يريه طبييين مسلمين عدلين، والواحد يكفي والاثنان أحوط، فإذا قال به ذلك يخاصمه في أنه كان عنده ا هـ. واشترط العدلين منهم إنما هو للرد والواحد لتوجه الخصومة فيحلف البائع كما في البدائع، ولكن في أدب

القاضي ما يخالفه. بحر. قال في البزازية: وفي أدب القاضي الذي يرجع فيه إلى الأطباء لا يثبت في حق توجه الخصومة ما لم يتفق عدلان، بخلاف ما لا يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول المرأة الواحدة في حق الخصومة لا في حق الرد ا هـ . قلت: الاول أظهر. لأن العدلين يكتفي بهما للاثبات، فيكفي الواحد لتوجه الخصومة، ولذا جزم به في الخانية، حيث قال: إن أخبر بذلك واحد يثبت العيب في حق الخصومة والدعوى، وإن شهد عدلان أنه قديم كان عند البائع يرده على البائع. مطلب فيما لا يطلع عليه إلا النساء قوله: (فيكفي قول الواحدة) أي لاثبات العيب في حق الخصومة لا في 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 لقاضيخان، 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 اثنتان إنهما حبلى 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 قوي، ولا يفسخ العقد القوي بحجة ضعيفة، وإن قبل القبض فكذلك لا رد بقول الواحدة. أما المثني فقليل على قياس قوله لا ترد، وعلى قياس قولهما ترد. وذكر الخصاص أنها لا ترد في ظاهر رواية أصحابنا. وفي القدوري: إنه المشهور من قولهما، 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، لانه تعالى تولى علمه بنفسه ا هـ ما في الذخيرة ملخصا. ثم ذكر روايات أخر. والحاصل أن شهادة الواحدة أو الثنتين يثبت بها العيب المذكور في حق توجه الخصومة لا في حق الرد سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده في ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة، وهو المشهور فكان هو المذهب المعتمد وإن اقتصر في كثير من الكتب على خلافه، وقدمنا 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 والتي 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، فاعتنم تحقيق هذا المحل فإنك لا تجده في غير هذا الكتاب، والحمد لله الملك الوهاب. قوله: قلت وبقي خامس الخ) هذا الفرع مذكور في الفتح والبحر والنهر، لكنهم اقتصروا على عد الأنواع أربعة، فلما رأى الشارح مخالفة

حكمه لهذه الاربعة جعله نوعا خامسا فكان من زياداته الحسنة، فافهم. قلت: ومن هذا النوع ما لو ادعى ارتفاع حيض الجارية، فقد صرحوا بأنه لا تقبل الشهادة عليه

[148]

لانه لا يعلم إلا منها، وتتوجه الخصومة بقولها علي ما اختاره في الفتح، نعم على ما اختاره غيره من أنه لا بد من دعوى المشتري أنه عن داء فيرجع فيه إلى شهادة الاطباء، 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 والبرزازية: أن القاضي لا يستحلف الخصم بلا طلب المدعي، إلا في مسائل منها خيار العيب. وفي البدائع: لو أخبر امرأة بالحلل وامرأتان بعدمه صحت الخصومة، ولا يقبل قول النافية. وفي التهذيب: برهن البائع أنه حدث عند المشتري وبرهن المشتري أنه كان معيبا في يد البائع تقبل بينه المشتري. بحر ملخصا. 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 بقرينة قوله: وإن بعده خير في القيمي لا في غيره، فالمراد أنه يخير في الباقي بعد الاستحقاق بين إمساكه ورده، فليس المراد بالكل كل المبيع حتى يرد عليه أن البيع في البعض المستحق باطل، فافهم. قوله: (لتفرق الصفقة) أي تفرقها على المشتري قبل تمامها، لأنها قبل القبض لم يتم فلذا كان له الخيار. قوله: (وإن بعده الخ) أي وإن كان استحقاق البعض بعد القبض خير في القيمي لا في غيره، إذ لا يضره التبعض. قوله: (كما سيحجى) 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، وأنا تعيب أحد الشئتين فسيذكره المصنف في قوله: اشترى عبيدين الخ. 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 المستحق، ويخير المشتري في الباقي، سواء أورث الاستحقاق عيبا في الباقي أو لا، لتفرق الصفقة قبل التمام، وكذا لو استحق بعد قبض بعض سواء استحق المقبوض أو غيره يخير لما مر من التفرق، ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره، ثم لو أورث الاستحقاق عيبا فيمل بقي يخير المشتري، ولو لو يورث عيبا فيه كثوين، أو قنين استحق أحدهما أو كليهما أو وزني استحق بعضه ولا يضر تبعضه، فالمشتري يأخذ الباقي بلا خيار أ هـ. وفي النهر عن العناية: حكم العيب والاستحقاق سياتي قبل القبض في جميع الصور: يعني فيما يكال ويوزن وغيرهما، وحكمهما بعد القبض كذلك إلا في المكمل والموزون. قوله: (وما في الحاوي) أي من أنه

[149]

إذا أمسكه بعد الاطلاع على العيب مع قدرته على الرد كان رضا أ هـ ح. قوله: (كدليل الرضا) مما يأتي قريبا، وصريحه بالاولى. قوله: (وفي الخلاصة الخ) حيث قال: وجد به عيبا ولم يجد البائع ليرده فاطعمه وأمسكه ولم يتصرف فيه تصرفا يدل على الرضا فإنه يرده على البائع لو حضر، ولو هلك يرجع النقصان أ هـ: أي ولا يرجع على بائعه بالثمن، وهذا إذا لم يرفع الامر إلى القاضي كما سيذكره المصنف. قوله: (واللبس والركوب الخ) أي لو اطلع على عيب في المبيع فلبسه أو ركب له حاجته فهو رضا دلالة. ولو كان ركوبه للدابة 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 يرد 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: (والمداواة له أو به) أي أنه يشمل ما لو كان المبيع عبدا مثلا فداواه من عبه 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 دواؤه، أما إذا داوى المبيع من عيب قد برئ منه البائع وبه عيب آخر فإنه لا يمتنع رده كما في الولوالجية ا هـ. وفي جامع الفصولين: شرى معيبا فرأى عيبا آخر فعالج الاول مع علمه بالثاني لا يرده، ولو عالج الاول ثم علم عيبا آخر فله رده ا هـ. قالت: بقي ما لو اطلع على العيب بعد الشراء ولم يكن قد برئ البائع منه فداواه ثم اطلع على عيب آخر. وظاهر كلام الشارح أنه يرده، وهو الظاهر، كما لو رضي بالاول صريحا ثم رأى الآخر، إذ قد يرضى بعيب دون عيب، أو بعيب واحد لا بعيين، تأمل. ثم رأيت في الذخيرة عن المنتقى عن أبي يوسف: وجد بالجارية عيبا فداواها، فإن كان ذلك دواء من ذلك العيب فهو رضا، وإلا فلا، إلا أن ينقصها ا هـ. قوله: (ما لم 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 علم بالعيب) أي علمه بكون ذلك عيبا، ففي الخانية: لو رأى بالامة قرحة ولم يعلم أنها عيب فشرها ثم علم عيب له ردها لانه مما يشتبه على الناس فلا يثبت الرضا بالعيب ا هـ. وقدمنا أنه لو كان مما لا يشتبه على الناس كونه عيبا ليس له الرد. وفي نور العين عن المنية: قال البائع بعد تمام البيع قبل القبض تعيب المبيع فاتهمه المشتري في 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 عندي أرده عليك ا هـ. قوله: (والارش) أي نقصان العيب، قوله :

[150]

(ومنه العرض على البيع) ولو بأمر البائع، بأن قال له: اعرضه على البيع، فإن لم يشتتر منك رده علي، ولو طلب من البائع الاقالة 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، وفي جامع الفصولين: قبض بعضه رضا ثم نقل ليس برضا حتى يسقط خياره عند أبي يوسف ا هـ. قلت: وهذا في غير المثلي، لما في البحر عن البازية: لو عرض نصف الطعام على البيع لزمه النصف ويرد كالبيع ا هـ. وسيذكر الشارح الكلام في الاستخدام. تنمة: نقل في البحر: من جملة ما يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به الاجارة والعرض عليها والمطالبة بالغلة والرهن والكتابة، أما لو أجره ثم علم بالعيب فله نقضها للعذر ويرده، بخلاف الرهن فلا يرده إلا بعد الفكك، ومنه إرسال ولد البقرة عليها ليرتضع منها وحلب لبنها أو شربه، وهل يرجع بالنقصان؟ قولان. وابتداء سكنى الدار لا الدوام عليها، وسقي الارضي وزراعتها، وكسح الكرم، والبيع كلا أو بعضا، والاعتاق، والهبة ولو بلا تسليم لأنها أقوى من العرض، ودفع باقي الثمن، وجمع غلات الضيعة، وكذا تركها لانه تضييع، وليس منه أكل ثمر الشجر وغلة القن والدار وإرضاع الامة ولد المشتري، وضرب العبد إن لم يؤثر الضرب فيه ا هـ ملخصا. وفي الذخيرة: إذا أطلاه بعد رؤية العيب أو حجمه أو جز رأسه فليس برضا. ثم ذكر تفصيلا في الحجامة بين كونها دواء لذلك العيب فهو رضا، وإلا فلا. وفيها: أمر رجلا ببيعه ثم علم أن به عيبا: فإن باعه الوكيل بحضرة الموكل ولم يقل شيئا فهو رضا بالعيب. قوله: (إلا الدراهم الخ) ذكر المسألة في الذخيرة وجامع الفصولين وغيرهما، وسيذكرها الشارح في آخر متفرقات البيوع عن الملتقط. ثم إنه ينبغي أن يذكر هنا أيضا ما امتنع رده قبل البيع بزيادة ونحوها، كما لو لت السوق أو خاط الثوب ثم اطلع على عيب ثم باعه، فإن بيعه بعد رؤية العيب لا يكون رضا وله الرجوع بنقصانه، كما مر، فكذا لو عرضه البيع بالاولى. قوله: (فليس برضا) فلا يمنع الرد على المشتري، لان ردها لكونها خلاف حقه، لان حقه في الجياد فلم تدخل الزيوف في ملكه، بخلاف المبيع العين فإنه ملكه فالعرض رضا بعيبه. بحر. ومثل ذلك ما لو باعها ثم ردت عليه بلا قضاء فله ردها على بائعه كما قدمه الشارح عند قوله: باع ما اشتراه الخ وقدمنا تمام الكلام في ذلك. قوله: (كعرض ثوب الخ) محترز قوله: عل البيع والتشبيه في عدم الرضا. قوله: (قال نعم) الاولى فقال: نعم، عطفًا على قال الاول. قوله: (لزم) جواب لو أي لزم البيع، ولا يمكنه رده بالعيب. قال في نور العين: وهذه تصلح حيلة من البائع لاسقاط خيار العيب عن مشتريه. قوله: (ولا تقرير لملكه) لفظ: لا مبتدأ وتقرير خبره، والضمير في ملكه للبائع، كأنه يقول: لا أبيع له لكونه ملكك لانني أردته عليك. وفي البازية: 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 فينا في ما ذكره الشارح، وليس كذلك، بل ضمير يقول للمشتري أي ينبغي للمشتري أن يقول لا بدل قوله نعم لئلا يلزم البيع فيكون تحذيرا للمشتري فافهم، ثم إن الذي رأيته في البزاية وغالب نسخ البحر نقلا عنها ولا تقرير لمكنته: أي تمكنه من الرد على البائع، وعليه فالضمير للمشتري. قوله: (الركوب للرد على البائع) وكذا لو ركبته ليرده فعجز عن البيئة فركبه جائيا فله الرد. بحر عن جامع الفصولين: أي له رده بعد ذلك إذا وجد بيئة على كون العيب قديما 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 قيذا للاخيرين فقط، ولكن في كثير من النسخ واعتمد المصنف بلا ضمير، وهي الصواب، فقوله: وغيرهم بالجر عطفا على مجرور اللام في قوله: تبعنا للرد الخ وقوله: الاول بالنصب مفعول اعتمده، أما على نسخة اعتمده بالضمير يكون قوله: وغيرهم مرفوعا، والتقدير: واعتمد غيرهم الاول، ومشى في الفتح على الاول. وفي الذخيرة على الثاني. قال: ويدل له ما ذكره محمد في السير الكبير أن جوالق العلف لو كان واحدا فركب لا يكون رضا، لانه لا يمكن حمله إلا بالركوب، بخلاف ما إذا كان اثنين ه. لكن قال في الفتح: إن العذر المذكور في السقي يجري فيما إذا كان العلف في عدلين، فلا ينبغي إطلاق امتناع الرد فيه ه. وبقي قول ثالث هو ظاهر الكنز: وهو أنه غير قيد في الثلاثة، وظاهر الزييلي اعتماده حيث عبر عن القولين بقليل. وفي الشرنبلالية عن المواهب: الركوب للرد أو للسقي أو لشراء العلف لا يكون رضا مطلقا في الاظهر ه. فافهم. قوله: (فالقول للمشتري) لأن الظاهر يشهد له ط. وكذا لو قال ركبته للسقي بلا حاجة لانها تنقاد وهي ذلول، ينبغي أن يسمع قول المشتري، لأن الظاهر أن مسوغ الركوب بلا إبطال الرد هو خوف المشتري من شئ مما ذكرنا، لا حقيقة الجموح والصعوبة، والناس يختلفون في تخيل أسباب الخوف، فرب رجل لا يخطر ب خاطره شئ من تلك الأسباب وآخر بخلافه، كذا في الفتح. قوله: (فهو عذر) قال في الشرنبلالية: بعد نقله ويخالفه ما في البزاية: لو حمل عليه فاطلع على عيب في الطريق ولم يجد ما يحمله عليه ولو ألفاه في الطريق يتلف لا يتمكن من الرد، وقيل: يتمكن قياسا على ما إذا حمل عليه علفه. قلت: الفرق واضح، فإن علفه مما يقوم، إذ لولاه لا يبقى ولا كذلك العدل فكان من ضرورة الرد ه ما في البزاية. وهذا يفيد أن ما في الفتح ضعيف ه ط. قلت: وذكر الفرق أيضا في جامع الفصولين، ويؤيده ما في الذخيرة عن السير الكبير: اشترى

دابة في دار الاسلام وغزا عليها فوجد بها عيبا في دار الحرب ينبغي له أن لا يركبها، لأن الركوب بعد العلم بالعيب رضا 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 ه ملخصا. وحاصله: أن الركوب دليل الرضا وإن كان لعذر، لأن عذره ألزمه الرضا بالعيب لانه لا يعتبر في حق البائع، وأنت خبير بأن هذا مخالف للقول الثالث الذي اعتمده الزييلي وغيره كما قدمناه آنفا. وقد يجاب بأن العذر في ركوبها للسقي والعلف إنما هو لحق 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: (اختلفا بعد التقابض الخ) أي لو اشترى جارية مثلا فقبضها وأقبض الثمن ثم جاء ليردها بعيب واعترف به البائع، إلا أنه قال: بعثك هذه وأخرى معها فلك علي رد حصة هذه فقط من الثمن لا كله، وقال المشتري بعثنيها وحدها فاردد كل الثمن ولا بيئة لهما، فالقول للمشتري لانه قابض ينكر زيادة يدعيها البائع، ولأن البيع انفسخ في المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عنه، والبائع بدعي بعض الثمن بعد ظهور سبب السقوط والمشتري ينكر، وتماهه في الفتح. قوله: (ليتوزع الثمن الخ) علة لدعوى البائع وبيان لفائدتها على تقدير الرد: أي رد الثمن، لانه على دعواه يلزمه رد بعضه

كما قررناه. قوله: (أو في عدد المقبوض) أي بأن اتفقا على مقدار المبيع أنه الجاريتان وقبض البائع ثمنهما ثم جاء المشتري ليرد إحداهما فقال البائع قبضتهما وإنما تستحق حصة هذه وقال المشتري لم أقبض سواها. قوله: (والقول للقباض) وتقبل بينته لاسقاط اليمين عنه كالمودع إذا ادعى الرد أو الهلاك وأقام بينة تقبل. مع أن القول قوله والبيئة لاسقاط اليمين مقبولة كذا في الذخيرة، من باب الصرف. بحر. قوله: (مطلقا) فسرناه ما بعده. قوله: (قدرا) أي قدر المبيع أو المقبوض كما مر، ومنه ما في النهر عن صلح الخلاصة: لو قال المشتري بعد قبض المبيع موزونا وجدته ناقصا 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 العبد على أنه كاتب أو خباز وقال البائع لم أشتري شيئا فالقول للبائع ولا يتحالفان أ هـ. ومثله في الذخيرة والتاترخانية. وفي فتاوى قارئ الهداية: اختلفا في وصف المبيع فقال المشتري ذكرت لي أن هذه السلعة شامية فقال البائع: ما قلت إلا أنها بلدية، أجاب: القول للبائع بيمينه لأن ينكر حق الفسخ، والبيئة للمشتري لأنه مدع أ هـ. وفي النهر عن الظهيرية: اشترى عبيدين أحدهما بألف حالة والآخر بألف إلى سنة صفقة أو صفقتين فرد أحدهما بعيب ثم اختلفا فقال البائع: رددت مؤجل الثمن وقال المشتري: بل معجلة، فالقول للبائع سواء هلك ما في يد المشتري أو لا ولا تحالف أ هـ. ويؤيده قوله الآتي: كما لو اختلفا في طول المبيع وعرضه على خلاف ما في النهر كما تعرفه، فافهم. قوله: (فلو جاء ليرده الخ) تفرع على قوله: تعيينا ومثله 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 اختلافا في المقبوض، فالقول فيه قول القابض، بخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعي ثبوت حق الفسخ في الذي أحضره والبائع ينكره، وكذا 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 مصرحا بأن القول للبائع. قلت: وهو الذي رأيته الظهيرية ومنتخبها للعيني، وكذا في الذخيرة والتاترخانية، فما نقله في النهر عن الظهيرية من أن القول للمشتري تحريف أو سبق قلم، فافهم، ونص الظهيرية: ابن سماعة عن محمد: رجل باع من آخر ثوبا مروبيا فقبضه أو لم يقبضه حتى اختلفا فقال البائع بعته على أن ست في سبع وقال المشتري اشتريته على أنه سبع في ثمان فالقول قول البائع مع يمينه أ هـ. تنمة: قال: بعته وبها قرحة في موضع كذا فجاء المشتري ليردها بقرحة في ذلك فأنكر البائع أنها هذه القرحة بل القرحة برئت وهذه وغيرها، 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 يقول: أصبته بعد البيع كان القول قوله: بيمينه كما في الخانية. قوله: (اشترى عبيدين الخ) أعلم أن المبيع لا يخلو من كونه شيئا واحدا أو شيئين كواحد حكما من حيث لا يقوم أحدهما بلا صاحبة كمصراعي باب وزوجي خف أو شيئين بلا اتحاد حكما كثوبين وعبيدين. ثم الحادث في المبيع نوعان: عيب، واستحقاق، والاحوال 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 بحصته من الثمن وكذا ليس للبائع أن يقبل المعيب خاصة إلا إذا تراضيا على رد المعيب فقط وأخذ الباقي بحصته 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 في كل ما مر، إذ الصفقة لا تتم بعد سواء كان المبيع واحدا أو أشياء، ولو قبض كله فوجد عيبا قديما أو حادثا بين شرائه وقبضه، فإن كان البيع واحدا كدار وكرم وأرض وثوب، أو كيليا أو وزنيا في وعاء واحد، أو صبرة

واحدة، أو شيئين كشيئ واحد حكما يخير بين أخذ كله ورد كله دون رد بعضه فقط، إذ فيه زيادة عيب هو الاشتراك في الاعيان، وإن كان شيئين أو أكثر بلا اتحاد حكما كتياب وعبيد، أو كيليا أو وزنيا في أوعية مختلفة، فللمشتري الرضا به بكل ثمنه أو رد المعيب فقط، ولا يرد كله إلا بتراض، ولا يرد المعيب إلا برضا أو قضاء، إذ الصفقة تمت فيصح تفريقها فيرد المعيب بحصته من الثمن غير معيب، إذ المبيع المعيب دخل في البيع سليما، وفي خيار شرط ورؤية ليس له رد بعضه فقط وإن قبض الكل لانهما يمنعان تمام الصفقة، فهي قبل تمامها لا تحتل التفريق، وإنما قلنا إنه يمنع تمام الصفقة لانه 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 الطحاوي. ثم ذكر بعد ذلك مسائل الاستحقاق وقد مرت. والحاصل: أنه لو جد العيب قبل قبض شيء من المبيع أو بعد قبض البعض فقط فليس له رد المعيب وحده بلا رضا البائع، وكذا لو بعد قبض الكل إلا إذا كان متعددا غير متحد حكما كثنوين وطعام في وعاءين على ما ذكرنا، 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 المفتى به قول محمد أن له أن يرد الباقي ويرجع بنقصان ما أكل لا ما باع، ومربى هناك. قوله: (صفقة واحدة) منصوب على أنه حال من فاعل اشترى لتأوله بالمشقة: أي صافقا بمعنى عاقدا، أو على نزع الخافض: أي بصفقة أي عقد، واحتراز به عما لو كان كل منهما بعقد على حدة فهو من قسم ما لو كان المبيع واحدا وقد علمته. قوله: (وقبض أحدهما) كذا لو لم يقبضهما كما مر. قوله: (رد المعيب) احتراز عما فيه خيار شرط أو رؤية كما مر. قوله: (لم يعلم به إلا بعد القبض) 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 السليم ولم يعلم بعيب الآخر إلا بعد قبض المقبوض، ولذا قال في البحر: قيد بتراخي ظهور العيب عن القبض، لانه لو وجد بأحدهما عيبا قبل القبض: فإن قبض المعيب منهما لزمه، أما المعيب فلوجود الرضا به، وأما الآخر فلانه لا عيب به، ولو قبض السليم منهما أو كانا معيبين وقبض أحدهما له ردهما جميعا، لانه لا يمكن إلزام البيع في المقبوض دون الأمر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع، ولا يمكن إسقاط حقه في غير المقبوض لانه لم يرض به كذا في المحيط، فافهم. قوله: (كما لو قبض الخ) تشبيه بقوله: أخذهما أو ردهما والاولى عدم التقيد هنا بالقبض كما في الكنز ليشمل ما قبل القبض. قال في البحر: وما وقع في الهداية من أن المراد بعد القبض، فإنما هو ليقع الفرق بين القيميات والمثلثات اهـ. فإن القيميات كعبدین له رد المعيب منهما بعد قبضهما، بخلاف المثلثات كطعام في وعاء، أما قبل القبض فليس له رد المعيب في الكل، لكن هذه الاعتذار لا يتأتى في عبارة المصنف حيث أتى بكاف التشبيه. قوله: (ونحوه) أي من كل شيئين لا ينتفع بأحدهما بدون الآخر، وله أحكام ذكرها في

البحر عن المحيط، فراجع. قوله: (فإن له رد كله أو أخذه) أي دون أخذ المعيب وحده، وهذا تصريح بما تضمنه التشبيه، وعلمت أن هذا لو كان كله باقيا، بخلاف ما لو باع البعض أو أكله، قوله: (ولو في وعاءين) أي إذا كانا من جنس واحد كتمر برني أو صيحاني أو لبانة أو حنطة صعيدية أو بحرية فإنهما جنسان يتفاوتان في الثمن والعجين، كذا حرره في فتح القدير. قوله: (على الاظهر) (وقيل: إذا كان في وعاءين يكون بمنزلة عبيدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده. زيلعي. وقدمنا عن العلامة قاسم أن هذا القول أرفق وأقرب اهـ. ولذا مشى عليه في شرح الطحاوي كما علمته أنفا. قوله: (أو قبلها ألا مسها بشهوة) قال في البزاية: قال التمرتاشي: قول السرخسي: التقيل بشهوة يمنع الرد محمول على ما بعد العلم بالعيب. شرنبلالية. قلت: يخالف هذا الحمل ما في الذخيرة: إذا 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 علمه بالعيب فهو رضا بالعيب فلا رد ولا رجوع بنقصان اهـ. وكذا ما في الخانية: لو قبضها فوطئها أو قبلها بشهوة ثم وجد بها عيبا لا يردّها بل يرجع بنقصان العيب اهـ،

ولا يرد قوله الآتي: لانه استوفى ماءها لان دواعي الوطئ تأخذ حكمه في مواضع كما في حرمة المصاهرة، فافهم. قوله: (ولنا أنه استوفى ماءها وهو جزؤها) أي فإذا ردها صار كأنه أمسك بعضها، شرح المجمع، وعلل في شرح درر البحار بأن الرد بعيب فسخ العقد من أصله، فيكون وطؤه في غير مملوكة له فيكون عيبا يمنع الرد، وهذا في الثيب، فالبكر يمتنع ردها بالعيب اتفاقا هـ. قلت: وهذا التعليل أظهر، لانه يشمل دواعي الوطئ. قوله: (ولو الواطئ زوجها) أي الزوج الذي كان من عند البائع، أما لو زوجها المشتري لم يكن له ردها وطئها أو لا، وإن رضي بها البائع لحصول الزيادة المنفصلة وهي المهر وأنها تمنع الرد كما مر، كما لو وطئها أجنبي بشبهة في يد المشتري لوجوب العقر على الواطئ، بخلاف ما لو زنى بها فلا يرد ويرجع بالنقصان، إلا أن يرضى

[156]

بها البائع كذلك لأنها تعيبت بعيب الزنا، كذا في الذخيرة. قوله: (إن ثيبا ردها) أي إذا لم ينقصها الوطئ وكان الزوج وطئها عند البائع أيضا، أما إذا لم يكن وطئها إلا عند المشتري لم يذكره محمد في الاصل. واختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه يردها. ذخيرة. قوله: (ورجع بالنقصان) كذا 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 أنفا عن الذخيرة والخانية. وفي كافي الحاكم: وطئها المشتري ثم وجد بها عيبا لا يردها به، ولكن تقوم وبها العيب وتقوم وليس بها عيب، فإن كان العيب ينقصها العشر يرجع بعشر الثمن هـ ملخصا. وقال في الخلاصة: وفي الاصل رجل اشترى جارية ولم يبرأ من عيوبها فوطئها ثم وجد بها عيبا لا يملك ردها سواء كانت بكرا أو ثيبا نقصها الوطئ أو لا، بخلاف الاستخدام، وكذا لو قبلها أو لمسها بشهوة ويرجع بالنقصان إلا أن يقول البائع أنا قبلها هـ. فهذا نص المذهب. مطلب: الاصل للامام محمد من كتب ظاهر الرواية وكافي الحاكم جمع فيه كتب ظاهر الرواية فإن الاصل للامام محمد من كتب ظاهر الرواية وكافي الحاكم جمع فيه كتب ظاهر الرواية للامام محمد كما ذكره في الفتح والبحر في مواضع متعددة، وبه سقط ما في الشرنبلالية حيث قال: وفي البزازية ما يخالفه حيث جوز الرجوع بالنقص مع اللمس والنظر ومنعه من الوطئ هـ. قلت: وسقط به أيضا ما في البزازية أيضا من أن وطئ الثيب يمنع الرد والرجوع بالنقصان، وكذا التقبيل واللمس بشهوة قبل العلم بالعيب وبعده، وكذا ما يأتي قريبا في الخانية، فافهم. قوله: (فبانت ثيبا) أي بوطئ المشتري. وفي الخانية من أول فصل العيوب: ولو اشترى جارية على أنها بكر، ثم قال: هي ثيب يربها القاضي النساء، إن قلن بكر كان القول للبائع بلا يمين، وإن قلن: ثيب فالقول للمشتري بيمينه، وإن وطئها المشتري، فإن زایلها كما علم أنها ليست بكرا بلا لبث وإلا لزمته، هكذا ذكر الشيخ أبو القاسم هـ ومشى الشارح على هذا التفصيل في خيار الشرط عند قول المصنف وتم العقد بموته الخ، لكن علمت نص المذهب، ولهذا ذكر في القنية التفصيل المذكور عن أبي القاسم، ثم رمز لكتاب آخر الوطئ يمنع الرد وهو المذهب هـ. قوله: (بل يرجع بأربعين درهما) فيه أن هذا العيب قد ينقص القيمة أقل من هذا القدر، وقد ينقصها أكثر منه، فما وجه هذا التعيين ط. قلت: قد يجاب بأن نقصان الثيوبة كان كذلك في زمانهم. قوله: (الثيوبة ليست بعيب الخ) لانه ليس الغالب عدمها، فصارت كما لو شري دابة فوجدها كبيرة السن كما حققناه أول الباب، نعم لو شرط البكارة ولم توجد كان له الرد، لانه من باب فوات الوصف المرغوب، كما لو شري العبد على أنه كاتب أو خباز، وهذا لو وجدها ثيبا بغير الوطئ وإلا فالوطئ يمنع الرد، ولو نزع بلا لبث على المذهب، كما علمت، فافهم. قوله: (إلا إذا قبلها البائع) أي رضي أن يأخذها بعد ما وطئها المشتري،

[157]

وهذا استثناء من قوله: يرجع بالنقصان. قوله: (ويعود الرد الخ) محل هذه الجملة عند قول المصنف سابقا حدث عيب آخر عند المشتري رجع بنقصانه 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 رجع به المشتري على البائع حين كان الرد ممنوعا ط. قوله: (على الراجح) بناء على أنه من زوال المانع، قيل: لا يرد لان الرد

يسقط والساقط لا يعود، وقيل: إن كان بدل النقصان قائما ثبت له الرد، وإلا لا ط. قوله: (بمشرى البائع) الإضافة على معنى من: أي بمشرى منه. قوله: (وأثبته) أي المشتري. قوله: (فوضعه) أي القاضي عند عدل: أي عند أمين يحفظه لبائعه. وفي حاشية البحر للرملي: قد سئلت عن نفقة الدابة وهي عند العدل على من تكون فأجبت أخذاً مما في الذخيرة في آخر النفقات أنه لا يفرض القاضي لها على أحد نفقة، لأن الدابة ليست من أهل الاستحقاق والمشتري هو المالك، والمالك يفتي عليه ديانة بأن ينفق عليها ولا يجبره القاضي. قوله: (ينفذ على الاظهر) أي لو كان القاضي يرى ذلك كشافعي ونحوه، بخلاف الحنفي كما حرره في البحر، وقدمناه في كتاب المفقود: وسيأتي تمامه في القضاء إن شاء الله تعالى. قوله: (قتل العبد المقبوض أو قطع) قيد بكونه مقبوضاً، 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 اتفاقاً، وقيد بالقطع لأنه لو اشتراه مريضاً فمات عند المشتري أو عبداً زنى عند البائع فجلد عند المشتري فمات رجع بالنقصان اتفاقاً أيضاً، وتماه 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 رضى رده المشتري ورجع بثلاثة أرباع الثمن وإلا أمسكه ورجع بربعه، لأن اليد من الأدمي نصفه وقد تلفت بالسرقين فيتوزع نصف الثمن بينهما فيسقط ما إصاب المشتري ويرجع بالباقي، وتماه في الفتح، وقدم الشارح هذه المسألة عن العيني أول الباب. قوله: (كقتل أو ردة أي كما لو قتل العبد رجلاً عمداً أو ارتد والأولى أن يقول كقتل وسرقة ليكون بيانا لسبب القتل والقطع. قوله: (رد المقطوع وأخذ ثمنهما) قال في المبسوط: فإن مات من ذل القطع قبل أن يرد له لم يرجع إلا بنصف الثمن. فتح. قوله: (أو أمسكه) الأولى تأخيره عن قوله: وأخذ ثمنها بأن يقول: وله أن يمسك المقطوع ويرجع بنصف ثمنه ط. قوله: (مجمع) عبارته: ولو وجد العبد مباح الدم فقتل عنده فله كل الثمن، ولو قطع بسرقة فهو مخير، إن شاء رد واسترد أو أمسك واسترد النصف، وقالوا: 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 فلأنه لما لم يبعه لم يصح حابساً للمبيع فلا مانع من الرجوع، وأما بائعه فلا يرجع لأنه بالبائع صار حابساً له مع إمكان الرد، وقد علمت أن بيع المشتري للمعيب حبس للمبيع سواء علم أو لا فلا يمكنه الرد بعد ذلك. فتح. قوله: (لكونه كالاستحقاق) والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع. بحر. مطلب: في البيع بشرط البراءة من كل عيب قوله: (وضح البيع بشرط البراءة من كل عيب) بأن قال بعتك هذا العبد على أني بريء من كل عيب، ووقع في العيني لفظ فيه وهو سهو لما يأتي. نهر. قلت: ولا خصوصية لهذا اللفظ، بل مثله كل ما يؤدي معناه. مطلب: باعه على أنه كوم تراب أو حراق على الزناد أو حاضر حلال ومنه ما تعرف في زماننا فيما إذا باع داراً مثلاً فيقول: بعتك هذه الدار على أنها كوم تراب، وفي بيع الآباة يقول مكسرة محطمة، وفي نحو الثوب يقول حراق على الزناد ويريدون بذلك أنه مشتمل على جميع العيوب، فإذا رضى المشتري لا خيار له لأنه قبله بكل عيب يظهر فيه. وكذلك قوله: بعتك على أنه حاضر حلال ويراد بيع هذا الحاضر بما فيه من أي عيب كان سوى عيب الاستحقاق: أي لو ظهر غير حلال: أي مسروقاً أو مغصوباً يرجع عليه المشتري، فهذا كله بمعنى البراءة من كل عيب. ونظيره ما في البحر: لو قبل الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفو ه: أي لو كان فيه خرق لا يرد، وكذا لو وجدته مرقوعاً أو مرفوفاً، وهو من باب رفوت الثوب رفوفاً من باب قتل: أي أصلحته، ثم رأيت بعض المحشين ذكر أن العلامة إبراهيم البيري سئل عن باع أمة وقال: أبيعك الحاضر المنظور يريد بذلك جميع العيوب. فأجاب: ليس للمشتري رد الأمة التي أبرأه عن جميع عيوبها ه ملخصاً. قوله: (وإن لم يسم) أي لم يذكر أسماء العيوب. قوله: (خلافاً للشافعي) حيث قال: لا يصح إلا أن يعد العيوب، لأن في الإبراء معنى التملك، وتمليك المجهول لا يصح. زيلعي. قوله: (لعدم إفضائه إلى المنازعة) الأولى لعدم إفضائها لأن الضمير للبراءة. قال في الفتح: ولنا أن الإبراء إسقاط حتى يتم بلا قبول،

كما لو طلق نسوته أو أعتق عبيده ولا يدري كم هم ولا أعيانهم، والاسقاط لا تبطله جهالة الساقط لانها لا تفضي إلى المنازعة، وتماهيه فيه. قوله: (فلا يرد العيب) أي موجود أو حادث. قوله: (بالموجود) لان 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 عن كل عيب يوجب للمشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقترض الغرض المعلوم دخوله. فتح قوله: (كقوله من كل عيب به) فإنه لا يدخل فيه الحادث إجماعا. بحر. قوله: (ولو قال مما يحدث) أي 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 الطحاوي: فلا يصح بالاجماع .

[159]

وأورد على الثانية أنه لو أبرأه عن كل عيب يدخل الحادث عند أبي يوسف بلا تنقيص فكيف يبطل مع التنقيص. وأجيب بمنع الاجماع لما علمت من رواية المبسوط، ولئن سلم فالفرق أن الحادث يدخل تبعا لتقرير عرضهما، وكم من شيء لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا: أفاده في الفتح ونقل ط عن الحموي عن شرح المجمع أن الأصح وبه قطع الاكثرون أنه فاسد ا ه. فهذا تصحيح لرواية شرح الطحاوي، لكني لم أر ذلك في شرح المجمع الملكي فلعله في شرح آخر، فليراجع، نعم في البحر عن البدائع أن البيع بهذا الشرط فاسد عندنا، لان الأبراء لا يحتمل الاضافة، وإن كان إسقاطا ففيه معنى التملك، ولهذا لا يقبل الرد فلا يحتمل الاضافة نصا كالتعليق فكان شرطا فاسدا فأفسد البيع ا ه. وظاهر قوله: عندنا أنه قول علمائنا الثلاثة موافقا لما في شرح الطحاوي، فقول النهر: إنه مبني على قول محمد غير ظاهر. قوله: (وقيل على ما في 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 الاول، وإنما قيدنا بالعادة لان الداء في اللغة هو المرض سواء كان بالجوف أو بغيره ا ه. قلت: لكن عرفنا الآن موافق في اللغة. قوله: (فهي السرقة والاباق والزنا) هكذا روى عن أبي يوسف. فتح. وفي المصباح: غائلة العبد فجوره وإباقه ونحو ذلك. قوله: (بشرطه) (أي بالينة أو بإقرار البائع أو نكوله ا ه. ح. ومن شروط الرد أن لا يزيد زيادة مانعة من الرد، ولا يوجد ما هو دليل الرضا بالعيب مما مر ولا برئ البائع من عيوبه. قوله: (لانه مجاز عن الترويج) رواج المتاع نفاقه: أي أنه أراد رواجه ونفاقه عند المشتري. قال في المنح: لظهور أنه لا يخلو عن عيب ما فيتيقن القاضي بأن ظاهره غير مراد له ا ه. وفي الشرنبلالية عن المحيط: وهذا كمن قال لجارته: يا زانية، يا مجنونة فليس بإقرار بالعيب ولكنه للشتيمة، حتى قيل لو قال ذلك في الثوب: أي قال لآخر اشتريه فلا عيب به يكون إقرارا بنفي العيب، لان عيوب الثوب ظاهرة ا ه. قوله: (عبدي هذا أبق) أفاد باسم الاشارة أن العبد حاضر، وأن قوله أبق بمعنى الماضي، وهذا بخلاف ما إذا قال: بعثك على أنه أبق أو على أنني برئ من إباقه المشتري الاول فإن الثاني يرده عليه كما سنوضحه عند قوله: باع عبدا الخ .

[160]

قوله: (فوجده المشتري الثاني أبقا) بأن أبق عنده أيضا، لان الاباق لا يكون عيبا إلا بتكرره. قوله: (لا يرده) أي على البائع الثاني. قوله: (إنه أبق عنده) أي عند البائع الاول المقر. قوله: (الموجود منه السكوت) يعني والسكوت ليس تصديقا منه لبائعه فيما أقر به فأما إذا قال البائع الثاني وجدته أبقا الآن صار مصدقا للبائع في إقراره بكونه أبقا. شرنبلالية. قوله: (اشترى جارية الخ) قال في شرح الوهبانية: وفي البزازية: اشترى مرضعا ثم اطلع بها على عيب ثم أمرها بالارضاع له الرد لانه استخدام، ولو حلب اللبن فأكله أو باعه لا يرد لان اللبن جزء منها فاستيفأوه دليل الرضا: وفي الفتوى: الحلب بلا أكل أو بيع ولا يكون رضا، وحلب لبن الشاة رضا شرب أم لا. قوله: لانه استخدام والاستخدام لا يكون رضا. خانية: أي في المرة الاولى ويكون رضا في الثانية كما يأتي قريبا، ومقتضاه أنه لو أمرها به ثانيا كان رضا لا لو أرضعته مرات بالامر الاول. تأمل. مطلب في مسألة المصرة قوله: (بخلاف الشاة المصرة) روي أن النبي (ص) قال: لا تصروا الابل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك 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 والاجماع من أن ضمان العدوان بالمثل أو القيمة والتمر ليس منهما فكان مخالفا للقياس، ومخالفته للكتاب والسنة إجماع المتقدمين فلم يعمل به لما مر، فيرد قيمة اللبن عند أبي يوسف. وقال أبو حنيفة: ويرجع على البائع بأرشفها هـ. وفي شرح التحرير: وقد اختلف العلماء في حكمها فذهب إلى القول بظاهر الحديث الأئمة الثلاثة وأبو يوسف على ما في شرح الطحاوي للأسبيجاني نقلا عن أصحاب الامالي عند والمذكور عنه للخطابي وابن قديمة أنه يردها مع قيمة اللبن، ولم يأخذ أبو حنيفة ومحمد به لانه مخالف للاصول هـ. والحاصل كما في الحقائق أنه إذا اشتراها فحلبها فوجدها قليلة اللبن ليس له أن يردها عندنا. وعند الشافعي وغيره: له أن يردها مع اللبن لو قائما ومع صاع تمر لو هالكا، وهل يرجع بالنقصان عندنا؟ فعلى رواية الاسرار لا، وعلى رواية الطحاوي نعم. قال في شرح المجمع: وهو المختار، لان البائع بفعل التصرية غر المشتري فصار كما إذا غره بقوله إنها لبون. قوله: (في غير ذلك) أي في غير الارضاع. قوله: (فهو للاختبار) بالباء الموحدة: أي لاجل أن يختبره ويمتحنه ليعلم أنه مع العيب

يصلح له أم لا. قوله: (إلا على كره من العبد) مخالف لاطلاق ما مر أنه الاستحسان مع أن وجهه خفي. تأمل. قوله: (لما مر) أي قريبا في قوله: للتيقن بكذبه. قوله: (فله الرد الخ) كذا في الفتح. واستشكله في الشرنبلالية بما في المحيط: لو قال: علي أني برئ من إباقه أو على أنه أبق وقبله المشتري الاول على ذلك يرده الثاني عليه، لانه ذكر هذا وصفا للإيجاب أو شرطا فيه، والإيجاب يفتقر إلى الجواب، والجواب يتضمن إعادة ما في الخطاب، فإذا قال المشتري قبل ذلك صار كأنه قال: اشتريت على أنه أبق فيكون اعترافا بكونه أبقا، بخلاف قوله: علي أني برئ من الاباق لانه لم يصف الاباق إلى العبد ولا وصفه به فلم يكن اعترافا بوجود الاباق للحال، لان هذا الكلام كما يحتمل التبري عن إباق موجود من العبد يحتمل التبري عن إباق سيحدث في المستقبل، فلا يصير مقرا بكونه أبقا للحال بالشك فلا يثبت حق الرد بالشك هـ. وكتب الشرنبلالي في هامش الشرنبلالية أن حق العبارة في كلام الفتح لو قال: أنا برئ من كل عيب إلا إباقه لا يبرأ من إباقه فيرد به، ولو قال إلا الاباق فليس له الرد هـ. وحاصله: أن عبارة المصنف والفتح مقلوبة لمخالفتها لما في المحيط. أقول: لا مخالفة ولا قلب أصلا، وذلك أن ما في المحيط فيما إذا اشتراه كذلك ثم باعه لآخر فللمشتري الآخر رده على الاول، بخلاف مسألة المصنف. وبإنه أنه إذا قال البائع إلا إباقه بإضافة الاباق إليه يكون إخبارا بإباقه ويكون المشتري راضيا به قبل الشراء فلا يرده بإباقه عنده، بخلاف إلا الاباق بلا إضافة ولا وصف، إذ ليس فيه إقرار بإباقه للحال فلم يوجد رضا المشتري به فله رده، فلو فرض أن هذا المشتري باعه لآخر فلآخر رده عليه في الصورة الاولى لا في الثانية، وهذا هو المذكور في المحيط، فتدبر. قوله: (لو برئ من كل حق له قبله دخل العيب لا الدرك) لان العيب حق له قبله للحال والدرك لا، كذا في الذخيرة. وبإنه: لو قال المشتري للبائع أبرأتك من كل حق لي قبلك ثم ظهر في المبيع عيب ليس له دعوى الرد به لان الرد بالعيب من جملة الحقوق الثابتة له وقد أبرأه منها، بخلاف ما لو اشترى رجل عبدا مثلا فضمن له آخر الدرك: أي ضمن له الثمن إذا ظهر العبد مستحقا ثم قال المشتري للضامن أبرأتك من كل حق لي قبلك لا يدخل الدرك فلو استحق العبد كان للمشتري الرجوع على الضامن بالثمن، لانه لم يكن له وقت البراء حق الرجوع بالثمن لانه يتوقف على وجود الاستحقاق ثم على القضاء للمستحق على البائع بالثمن، لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل كما في الهداية من الكفالة، فحيث لم يثبت ذلك الحق في الحال لم يدخل في البراء المذكور. قوله: لعجز المشتري عن الاثبات اللام للتوقيف: أي حلف البائع وقت عجز المشتري، أما لو

برهن المشتري فإنه برده على البائع. قوله: (إن علم به) أي علم أن به عيبا 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 لانه صار حابسا له بحبس بدله، بخلاف ما إذا أعتقه بلا مال 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 نعي به أنه تمليك، لكن التمليك يثبت مقتضى للاقرار ضرورة فجعل كأنه ملكه بعد الشراء ثم أقر به ا ه. عزيمة. قوله: (قوله الغنيمة) أي لشئ مغنوم من الكفار. قوله: (بحر) ونصه: ثم اعلم أن الامام يصح بيعه للغانائم ولو في دار الحرب كما في التلخيص وشرحه، وقولهم: لا يصح بيعها قبل القسمة وفي دار الحرب محمول على غير الامام وأمينه ا ه. قلت: لكن قيد في الذخيرة بيع الامام بقوله لمصلحة رآها فأفاد قيدا آخر، وهو أنه لا يبيع لغير مصلحة. قوله: (قال المصنف الخ) رد على صاحب الدرر. قوله: (لأن الامين لا ينتصب خصما) المراد بالامين ما يعم الامام ليوافق الدليل المدعي، لأن الامام نفسه أمين بيت المال. عزيمة. وبين في الذخيرة وجه كونه لا ينتصب خصما بأن بيع الامام خرج على وجه القضاء بالنظر للغانمين، فلو صار خصما خرج بيعه عن أن يكون قضاء لأن القاضي لا يصلح خصما ا ه. قوله: (ولا يحلفه) أي لا يحلف منصوب الامام لو لم يكن عند المشتري بينة. قال في البحر: ولا يقبل إقراره بالعيب، ولا يمين عليه لو أنكر، وإنما هو خصم لاثباته بالبينة كالأب ووصيه في مال الصغير، بخلاف الوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله في غير مجلس القضاء فإنه وإن لم يصح لكنه ينزل به ا ه. قلت: لكن في الذخيرة فلو أقر منصوب الامام لم يصح إقراره، ويخرجه القاضي عن الخصومة وينصب للمشتري خصما آخر ا ه. ومقتضاه أنه مثل الوكيل بالخصومة. تأمل. قوله: (ولا يصح نكوله وإقراره) المناسب أن يقول: ولا يصح نكوله لانه إما بذل أو إقرار، ولا يصح بذله ولا إقراره ا ه

ج. وقوله: (ويرد النقص إلى محله) أي إن نقص الثمن الآخر عن الاول، إن كان المبيع من الاربعة أخماس يعطى منها وإن كان من الخمس يعطى منه، وكذا الزيادة توضع فيما كان المبيع منه. ح في الدرر. قوله: (لأن الغرم بالغنم) المراد به هنا أن الغرم وهو رد النقص إلى المشتري بسبب الغنم وهو رد الفضل إلى محله. قوله: (الدراهم) الاولى دراهم بالتنكير ط. قوله: (لا يصح) إلا إذا حدث به عيب عند المشتري كما بحثه الخير الرملي. قلت، ويستثنى أيضا ما إذا لم يقر بالبائع بالعيب، لما في جامع الفصولين شراه بمائة وقبضه فطعن بعيب فتصالحا على أن يأخذه البائع ويرد مائة إلا واحدا، قال: إن أقر البائع أن العيب كان عنده فعليه رد باقي الثمن، وإلا ملك الباقي. وهو قول أبي يوسف ا ه. قوله: (لانه لا وجه له غير الرشوة) في جامع الفصولين: لانه ربا، ولصاحب البحر رسالة في الرشوة ذكر ط هنا حاصلها، ومحل الكلام عليها في القضاء، وسنذكره هناك إن شاء الله تعالى. قوله: (ولو زال بمعالجة لا) أي لا يرجع، وعبر عنه في جامع الفصولين بقيل حيث قال: ولو قبض بدل الصلح وزال ذلك العيب، يرد بدل الصلح، وقيل: هذا لو زال بلا علاجه، فإن زال بعلاجه لا يرد ا ه. مطلب في الصلح عن العيب فرع: لو شراه فوجدا عيبا فصالح أحدهما البائع من حصته فليس للآخر أن يخاصم، وهذا فرع مسألة أن رجلين لو شريا فوجدا عيبا ليس لاحدهما الرد بدون الآخر عنده وعندهما لكل منهما رد حصته. جامع الفصولين. قوله: (رضي الوكيل بالعيب) أي الوكيل بالشراء. قوله: (يساوي الثمن المسمى) أي الذي اشتراه به كما في الخانية عن المنتقى بعدما ذكر قولا آخر، وهو أنه إن كان قبل قبض المبيع لزم الموكل لو العيب يسيرا وإلا فيلزم الوكيل، أن اليسير ما لا يفوت جنس المنفعة كقطع يد واحدة وفق عین، بخلاف قطع اليدين وفق عینين فهو فاحش. وذكر أن السرخشي قال: إن ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فاحش، بأن لا يقومه أحد من العيب بقيمة الصحيح، وأن ما في المنتقى قريب من هذا. ثم قال: وفي الزيادات إن رضي قبل القبض لزم الموكل، وإن بعده لزم الوكيل ولم يفصل بين اليسير والفاحش. والصحيح ما في المنتقى سوؤاء كان قبل القبض أو بعده، لانه يصير كأنه اشتراه مع العلم بالعيب، فإن كان لا يساوي ذلك الثمن لا يلزم الأمر ا ه فافهم. مطلب في جملة ما يسقط به الخيار تنبيه: قال في البحر: وإلى هنا ظهر أن خيار

العيب يسقط بالعلم به وقت البيع، أو وقت القبض أو الرضا به بعدهما أو اشتراط البراءة من كل عيب، أو الصلح على شئ أو الاقرار بأن لا عيب به إذا

[164]

عنه كقوله ليس بآبق فإنه إقرار بانتفاء الابق، بخلاف قوله: ليس به عيب كما مر ا ه ملخصا. قوله: (لان الغش حرام) ذكر في البحر أول الباب بعد ذلك عن البزاية عن الفتاوى: إذا باع سلعة معينة عليه البيان. وإن لم يبين، قال بعض مشايخنا: يفسق وترد شهادته، قال الصدر: لا تأخذ به ا ه. قال في النهر أي لا تأخذ بكونه يفسق بمجرد هذا لانه صغيرة ا ه. قلت: وفيه نظر لان الغش من أكل أموال الناس بالباطل فكيف يكون صغيرة، بل الظاهر في تعليل كلام الصدر أن فعل ذلك مرة بلا إعلان لا يصير به مردود الشهادة وإن كان كبيرة كما في شرب المسكر. قوله: (الاولى الاسير إذا شرى شيئا الخ) عبارة الاشباه عن الولوالجية: اشترى الاسير المسلم من دار الحرب ودفع الثمن الخ، والمتبادر منه أن الاسير فاعل الشراء كما هو صريح عبارة الشارح، وليس كذلك بل هو مفعوله، لان نص عبارة الولوالجية هكذا: رجل اشترى الاسير من أهل الحرب وأعطاهم الزيوف والمستوفة أو اشترى بعروض وأعطاهم العروض المغشوشة جاز، لان شراء الاحرار ليس بشراء ليجب عليه المال المسمى لكنه طريق لتخليصهم فكيفما استطاع تخليصهم له أن يفعل وعلى هذا قالوا: إذا اضطر المرء إلى إعطاء جعل العوان أجزاء أن يعطيه الزيوف والمستوفة وينقص الوزن بدليل مسألة الاسير وهذا إذا كان الاسراء أحرارا، فإن كانوا عبيدا لا يسعه شئ من ذلك إذا دخل بأمان ا ه. ومثله في الخانية: رجل اشترى الاسراء من أهل الحرب جاز له أن يعطيهم الزيوف والمغشوش لان شراء الاحرار لا يكون شراء حقيقة، وإن كان الاسراء عبيدا لا يسعه ذلك ا ه. قوله: (في الجبايات) جمع جباية 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. يري. ونقل قبله ما قدمناه أنفا عن الولوالجية عن مسألة جعل العوان. قوله: (فسخ في حق الكل) أي المتابعين وغيرهما، وقد ذكر ذلك في البحر عند قول الكنز: ولو باع المبيع فرد عليه الخ. ثم أورد على ذلك مسائل منها: مسألة الحوالة المذكورة، ومنها أنه لو كان المبيع عقارا فرد بعيب لم يبطل حق الشفيع في الشفعة، ولو كان فسخا لبطلت الحوالة والشفعة، ثم ذكر أنه أجاب في المعراج بأنه فسخ فيما يستقبل، لا في الاحكام الماضية، بدليل أن زوائد المبيع للمشتري ولا يردّها مع الاصل. قلت: وعليه فلا محل للاستثناء الذي ذكره الشارح. تأمل. قوله: (لو أحال البائع بالثمن) صورة المسألة كما في الذخيرة: باع عبدا من رجل بألف درهم ثم إن البائع أحال غريما على المشتري حوالة مقيدة بالثمن فمات العبد قبل القبض حتى سقط الثمن أو رد العبد بخيار رؤية أو بخيار شرط أو خيار عيب قبل القبض أو يعده لا تبطل الحوالة استحسانا لانها تعتبر متعلقة بمثل ما أضيفت الحوالة إليه من الدين فلا تكون متعلقة بعين ذلك الدين وتعتبر مطلقة إذا ظهر أن الدين لم يكن واجبا وقت الحوالة، وقيد بما إذا أحال البائع لانه إذا أحال المشتري البائع ثم رد المشتري بالعيب بقضاء فإن القاضي يبطل الحوالة. يري .

[165]

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 بغيرت والمطلقة بطلت، لكن بقاء المقيدة هنا استحسان كما علمت، والقياس 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 وما على المحال عليه. تأمل. قوله: (ثم رد المبيع) بالبناء للمجهول: أي رده المشتري على البائع: قوله: (من غير المشتري) أما لو باعه منه ثانيا جاز ط. ولا يرد عليه ما سيذكره المصنف في فصل التصرف في المبيع والثمن من أنه لو باع المنقول من بئنه قبل القبض لم يصح، لان ذاك فيما إذا كان العقد الاول باقيا بدليل ما ذكره في باب الاقالة من أنها فسخ في حقهما فيجوز للبائع بيعه من المشتري قبل قبضه. قوله: (وكان منقولاً) احترازاً عن العقار لجواز بيعه قبل قبضه خلافاً لمحمد وزفر. أفاده ط. قوله: (لانه ضمان العهدة) وهو باطل عند الامام للاشتباه

كما سيأتي في الكفالة إن شاء الله تعالى، وهنا لما ضمن عيوبه يحتمل أن المراد أنه يداويه منها، ويحتمل أن يضمن له النقصان، أو أنه يضمن له الرد على البائع 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 يرده وقضى على البائع ينقصان العيب كان للمشتري أن يرجع على الضامن. 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 يرده) لأنه عيب حدث عند المشتري ط. قوله: (وإن قبله) أي وإن حصلت الغلبة قبل القبض ط. قوله: (لتفرق الصفقة عليه) (أي بهلاك بعض المبيع قبل قبضه بأفة سماوية، وقدمنا عن جامع الفصولين أنه يطرح عن المشتري حصة النقصان من الثمن وهو مخير في الباقي بين أخذه بحصته أو تركه، والله سبحانه وتعالى أعلم .

[166]

باب البيع الفاسد آخره عن الصحيح لكون عقدا مخالفا للدين كما أوضحه في الفتح، وسيأتي أنه معصية يجب رفعها، وسيأتي في باب الربا أن كل عقد فاسد فهو ربا: يعني إذا كان فساده بالشرط الفاسد، وفي القاموس: فسد كنصر وقعد وكرم فسادا وفسودا ضد صلح فهو فاسد وفسيد، ولم يسمع انفسد ا هـ. ونقل في الفتح أنه يقال للحم الذي لا ينتفع به لدود ونحوه باطل، وإذا أتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم، وفيه مناسبة للمعنى الشرعي، وهو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، ومرادهم من مشروعية أصله كونه ما لا متوقفاً لا جوازه 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 يضم الاوائل: فسد أو سقط حكمه فهو باطل، والجمع بواطل أو أباطيل ا هـ. وفيه مناسبة للمعنى الشرعي وهو ما لا يكون مشروعاً بأصله 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 يباين ما ليس بمشروع أصلاً. وأيضاً حكم الفاسد أنه يفيد الملك بالقبض والباطل لا يفيد أصلاً، وتباين الحكمين 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 أعلم أن البيع جائز وقد مر بأقسامه. وغير جائز، وهو ثلاثة: باطل، وفاسد، وموقوف، كذا في الفتح. وأراد بالجائز النافذ، وبمقابله غيره لا الحرام، إذ لو أريد ذلك لخرج الموقوف لما قالوه من أن بيع مال الغير بلا إذنه بدون تسليم ليس بمعصية. مطلب لبيع الموقوف من قسم الصحيح على أنه في المستصفي جعله من قسم الصحيح، حيث قال: البيع نوعان: صحيح، وفاسد. والصحيح نوعان: لازم، وغير لازم. ونهر وذكر في البحر أن البيع المنهى عنه ثلاثة: باطل، وفاسد، ومكروه تحريماً، وقد مرت. وما لا نهى فيه ثلاثة أيضاً: نافذ لازم، ونافذ ليس بلازم، وموقوف، فالاول: ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه، والثاني: ما لم يتعلق به حق الغير، وفيه خيار. والموقوف: ما تعلق به 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

[167]

الحق لصدق التعريف وحكمه عليه فإن حكمه إفادة الملك بلا توقف على القبض، ولا يضر توقفه على الإجازة كتوقف ما فيه خيار على إسقاطه ا هـ. 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 الخلل فيه مبطل بأن كان البيع ميتة أو دما أو حرا أو خمرا، 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 خمرا مثلا، أو بأن كان من جهة كونه غير مقدور التسليم، أو فيه شرط مخالف لمقتضى العقد فيكون البيع بهذه الصفة فاسدا لا باطلا لسلامة ركنه ومحله عن الخلل، كما في ط عن البدائع. وبه ظهر أن الوصف ما كان خارجا عن الركن والمحل. تنبيه: في شرح مسكين: ثم الضابط في تمييز الفاسد من الباطل أن أحد العوضين إذا لم يكن مالا في دين سماوي فالبيع باطل، سواء كان مبيعا أو ثمنا، فبيع الميتة والدم والحر باطل، وكذا البيع به، وإن كان في بعض الأديان مالا دون البعض إن أمكن اعتباره ثمنا فالبيع فاسد، فبيع العبد بالخمر أو الخمر بالعبد فاسد، وأن تعين كونه مبيعا فالبيع باطل، فبيع الخمر بالدراهم أو الدراهم بالخمر باطل ه. 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 بقربنة قوله: والبيع به فإن ما يبطل سواء كان مبيعا أو ثمنا ما ليس بمال أصلا، بخلاف نحو الخمر فإن بيعه باطل إذا تعين كونه مبيعا، أو لو أمكن اعتباره ثمنا فبيعه فاسد كما علمته من الضابط المذكور آنفا، 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 بالاعيان. مطلب في تعريف المال قوله: (والمال) أي من حيث هو، لا المذكور قبله، لأن التعريف المذكور يدخل فيه الخمر فهي مال وإن لم تكن متقومة، ولذا قال بعده: وبطل بيع مال غير متقوم كخمر وخنزير، فإن المتقوم هو المال المباح الانتفاع به شرعا. وقدمنا أول البيوع تعريف المال بما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، وأنه خرج بالادخار المنفعة، فهي ملك لا مال، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص كما في التلويح. فالأولى ما في الدرر من قوله: المال موجود يميل إليه الطبع الخ، فإنه يخرج بالموجود المنفعة فافهم. ولا يرد أن المنفعة تملك بالاجارة، لأن ذلك تملك لا بيع حقيقة ولذا قالوا: إن الاجارة لا بيع المنافع حكما: أي إن فيها حكم البيع وهو التمليك لا حقيقته، فاعتنم هذا التحرير. قوله: (فخرج التراب) أي القليل ما دام في محله، وإلا فقد يعرض له بالنقل ما يصير به مالا معتبرا أو مثله الماء، وخرج أيضا نحو حبة من حنطة والعذرة الخالصة، بخلاف المخلوطة 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 كالمنخقة، والموقودة. نوح أفندي: ولم أر هذا الفرق في القاموس ولا في المصباح ولا غيرهما، فراجع. قوله: (ولا فرق في حق المسلم الخ) أما في حق الذمي فيراد بها الأول، وأما الثاني فاختلفت عباراتهم فيه، ففي التجنيس جعله قسما من الصحيح، لأنهم يدينونه ولم يحك خلافا، وجعله في الإيضاح قول أبي يوسف، وعند محمد: لا يجوز، وحزم 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 ه. وذكر ط أن عدم الفرق في حقنا في المنخقة مثلا إذا قوبلت بدراهم حتى تعين كونها مبيعا، أما إذا قوبلت بعين أمكن اعتبارها ثمنا فكان فاسدا بالنظر إلى العوض الآخر، باطلا بالنظر إليها، وهذا ما اقتضاه الضابط السابق ه. قوله: (التي ماتت حتف أنفها) الحنف: الهلاك. يقال: مات حتف أنفه: إذا مات بغير ضرب ولا قتل، ومعناه: أن يموت على فراشه فيتنفس حتى ينقضي رmqه، ولهذا خص الأنف. مصباح. قوله: (أو بخنق) مثل كتف ويسكن تخفيقا. مصباح. تنبيه: لم يذكروا 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 تخنق في الكلس أو الخل، فمقتضى ما مر 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 كثيرا في الصباغ وغيره، فينبغي جواز بيعها كبيع السرقين والعذرة المختلطة بالتراب كما يأتي، مع أن هذه الدودة إن لم يكن لها نفس سائلة تكون ميتتها ظاهرة كالذباب

والبعوض وإن لم يجز أكلها، وسيأتي أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع، وأنه يجوز بيع العلق للحاجة مع أنه من الهوام، وبيعها باطل، وكذا بيع الحيات للتداوي. وفي القنية: وبيع غير السمك من دواب البحر لو له ثمن كالسقنقور وجلود الخنزير ونحوها يجوز، وألا فلا، وجمل الماء: قيل يجوز حيا لا ميتا، والحسن أطلق الجواز اه فتأمل، ويأتي له مزيد بيان عند الكلام على بيع دود القز والعلق. قوله: (والبيع به) أي بما ليس بمال. قوله: (والمعدوم كبيع حق التعلي) قال في الفتح: وإذا كان السفلى لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط

[169]

العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز، لان المبيع حينئذ ليس إلا حق التعلي، وحق التعلي ليس بمال، لان المال عين يمكن إحرازها وإمسакها 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 لهلاك المبيع قبل القبض اه. والحاصل أن بيع العلو صحيح قبل سقوطه لا بعده، لان بيعه بعد سقوطه بيع لحق التعلي وهو ليس بمال، ولذا عبر في الكنز بقوله: وعلو سقط. وعبر في الدرر بحق التعلي لانه المراد من قول الكنز وعلو سقط، كما علمته من عبارة الفتح، فالمراد من العبارتين واحد، فلذا فسر الشارح إحداهما بالآخرى دفعا لما يتوهم من اختلاف المراد منهما، فافهم. تنبيه: لو كان العلو لصاحب السفلى فقال: بعثك علو هذا السفلى بكذا صح ويكون سطح السفلى لصاحب السفلى وللمشتري حق القرار، حتى لو انهدم العلو كان له أن يبنى عليه علوا آخر مثل الاول، لان السفلى اسم لمبنى مسقف فكان سطح السفلى سقفا للسفلى. خاتمة. قوله: (لانه معدوم) يغني عنه قول المصنف والمعدوم أفاده ط. قوله: (ومنه) أي من بيع المعدوم. مطلب في بيع المغيب في الأرض قوله: (بيع ما أصله غائب) أي ما يثبت في باطن الأرض، وهذا إذا كان لم يثبت أو ثبت ولم يعلم وجوده وقت البيع، وإلا جاز بيعه كما يأتي قريبا، قوله: (وفجّل) بضم الفاء وبضمّتين. قاموس. قوله: (كورد وياسمين) فإنه يخرج بالتدريج ط. قوله: (وورق فرصاد) قيل: هو التوت الاحمر. وقال أبو عبيد: هو التوت، وفي التهذيب: قال الليث: الفرصاد: شجر معروف. مصباح. قوله: وبه أفتى بعض مشايخنا بالياء في مشايخ لا بالهمزة. قال القهستاني: وأفتى العقيلي وغيره بجوازه بتبعية الموجود إذا كان أكثر من المعدوم اه ط. قلت: وهو رواية عن محمد، وقدمنا الكلام عليه في فصل ما يدخل تبعا. قوله: (هذا إذا ثبت الخ) الإشارة إلى قوله: ما أصله غائب وكان الاولى أن يقول: هذا إذا لم يثبت أو ثبت ولم يعلم وجوده فإنه لا يجوز بيعه فيهما، كما في ط عن الهندية. قوله: (وله خيار الرؤية الخ) قال في الهندية: إن كان المبيع في الأرض مما يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والجزر والبصل فقلع المشتري شيئا ياذن البائع أو قلع البائع، إن كان المقلوع مما يدخل تحت الكيل أو الوزن إذا رأى المقلوع ورضي به لزم البيع في الكل وتكون رؤية البعض رؤية الكل إذا وجد الباقي ذلك، وإن كان المقلوع شيئا يسيرا لا يدخل تحت الوزن لا يطل خياره. قال في البحر: وإن كان يباع بعد القلع عددا كالفجل فقلع البائع أو قلع المشتري ياذن البائع لا يلزمه الكل، لانه من العدديات 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 القاضي العقدا ه ط. مطلب في بيع أصل الفصصة قلت: بقي شيء لم أر من نبه عليه، وهو ما يكون أصله تحت الأرض ويبقى سنين متعددة، مثل

[170]

الفصصة تزرع في أرض الوقف تكون كالكردار للمستأجر في زماننا، فإذا باع ذلك الأصل وعلم وجوده في الأرض صح بيعه، لكنه لا يرى ولا يقصد قلعه لانه أعد للبقاء، فهل للمشتري فسخ البيع بخيار الرؤية؟ الظاهر نعم، لان خيار الرؤية يثبت قبل الرؤية. تأمل. قوله: ما في طهوه الآباء من المني موافق لما في الدرر والمنح. وعبرة البحر: المضامين جمع مضمونة: ما في أصلاب الابل، والملاقيح جمع ملقوح: ما في بطونها، وقيل: بالعكس. قوله: (والملاقيح الخ) يجب أن يحمل ههنا على ما سيكون وإلا كان حملا، وسيأتي أن بيع الحمل فاسد لا باطل. درر. قلت: وفي فساد كلام

سيأتي. قوله: (والنتاج بكسر النون) كذا ضبطه النووي واختاره المصنف: يعني صاحب الدرر، وضبطه الكاكي بفتح النون، وهو مصدر نتجت الناقة على البناء للمفعول، والمراد به هنا المنتوج، فسرره الزيلعي والرازي ومسكين بحبل الحبله وتبعهم المصنف. نوح. قوله: (حبل الحبله) بالفتحتين فيهما. قال في المغرب: مصدر حبلت المرأ حبلًا فهي حبلى، سمي به المحمول كما سمي بالحمل، وإنما أدخل عليه التاء للاشعار بمعنى الانوثة، لان معناه النهي عن بيع ما سوف يحمله الجنين إن كان إنثى، ومن روى الحبله بكسر الباء فقد أخطأ. ه. نوح. قوله: (وبيع أمة الخ) علله في الدرر بأنه بيع معدوم، ومقتضاه أن يكون معطوفاً على قوله: حقي التعلي أو قوله: والنتاج فكان الواجب إسقاط لفظ بيع نوح. قوله: (ذكر الضمير) أي أتى به مذكراً مع أن الأمة مؤنثة مراعاة لتذكير الخبر وهو عبد أو باعتبار الواقع. قوله: (وعكسه) بالرفع عطفاً على قوله: بيع وبالجاء عطفاً على أمة ط. قوله: (بخلاف البهائم) كما إذا باع كبشاً فإذا هو نعجة حيث ينبغي ويتخير. بحر. مطلب فيما إذا اجتمعت الإشارة مع التسمية قوله: والاصل الخ قال في الهداية: والفرق بيني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله تعالى، وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا، ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه، وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف، كمن اشترى عبداً على أنه خبز فإذا هو كاتب. وفي مسألتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للفتاوت في الاغراض، وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها. ه. قال في البحر: والاصل المذكور متفق عليه هنا، ويجري في سائر العقود من النكاح والاجازة والصلح عن دم العمد والخلع والعقود على مال، وبه ظهر أن الذكر والانثى في الآدمي جنسان في الفقه وإن اتحداً جنساً في المنطق لانه الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بتمييز داخل، وفي الفقه المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشاً. قال في

[171]

الفتح: ومن المختلفي الجنس ما إذا باع فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل، ولو باعه ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصغر صح البيع ويخير. قوله: (ولو من كافر) نقله في البحر أيضاً عن البازية وأقره. قلت: وينبغي أن يجري فيه الخلاف المار فيما مات بسبب غير الذبح مما يدين به أهل الذمة، بل هذا بالأولى لانه مما يدين به بعض المجتهدين، وكون حرمة بالنص لا يقتضي بطلان بيعه بين أهل الذمة لان حرمة المنخفة بالنص أيضاً، ولما اعتقدوا حلها لم نحكي بطلان بيعها بينهم، نعم لو باع متروك التسمية عمداً مسلم يقول يحله كشافعي: نحكم ببطلان بيعه لانه ملتزم لاحكامنا ومعتقد لبطلان ما خالف النص فنلزمه ببطلان البيع بالنص، بخلاف أهل الذمة لانا أمرنا بتركهم وما يدينون، فيكون بيعه بينهم صحيحاً أو فاسداً لا باطلاً كما مر، ويؤيده ما مر في شركة المفاوضة من عدم صحتها بين مسلم وذمي لعدم التساوي في التصرف وتصح بين حنفي وشافعي، وإن كان يتصرف في متروك التسمية وعلوه بأن ولاية الالتزام قائمة، ومعناه ما ذكرنا، فتدبر. قوله: (وكذا ما ضم إليه) قال في النهر: ومتروك التسمية عمداً كالذي مات حتف أنفه حتى يسري الفساد إلى ما ضم إليه، وكان ينبغي أن لا يسري لانه مجتهد فيه كالمدير فينعقد فيه البيع بالقضاء وأجاب في الكافي بأن حرمة منصوص عليها، فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ بالقضاء. قوله: (وبيع الكراب وكري الانهار) في المصباح كريت الارض من باب قتل كراباً بالكسر: قليبها للحرث، وفيه أيضاً: كرى النهر كراباً من باب رمي حفرة فيه جديدة. قوله: (ولولوا الجية قال فيها: ولو كان لرجل عمارة في أرض رجل فباعها، إن كان بناء أو أشجاراً جاز بيعه إذا لم يشترط تركها، وإن كان كراباً أو كرى الانهار ونحوه فلم يكن ذلك بمال ولا بمعنى مال لا يجوز. ه. يعني يبطل، فإنه داخل تحت قولنا: يبطل بيع ما ليس بمال كما لا يخفى، وبعدم الجواز في الكراب وكري الانهار، ونحو ذلك صرح في الخانية معللاً بأنه ليس بمال متقوم منج، 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 باطلاً لسرى البطلان إلى ما ضم إليه كالمضموم إلى الحر، وسيأتي أنه لا يسري، وقال بعضهم: فاسد. وأورد أنه يلزم أن يملوكوا بالقبض مع أنهم لم يملوكوا به اتفاقاً. وأجيب عنهما بادعاء

[172]

التخصيص، وهو أن من الباطل ما لا يسري حكمه إلى المضموم لضعفه، ومن الفاسد ما لا يملك بالقبض. وذكر في الفتح أن الحق أنه باطل، ولا تخصيص لجواز تخلف بعض الافراد الخصوصية. قلت: وما ذكره الشارح يصلح بيانا للخصوصية، وذلك أن بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محلته للبيع 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، لانهم دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم، فيبقى القن بحصته من الثمن. وتماه في الدرر. قوله: (وقول ابن الكمال (عبارته: البيع في هؤلاء باطل موقوف ينقلب جائزا بالرضا في المكاتب والقضاء في الآخرين لقيام المالية ا هـ. قوله: (قبل البيع) وتنفسخ الكتابة في ضمنه، لان اللزوم كان لحقه وقد رضي بإسقاطه، أما إذا باعه بغير رضاه فأجازه لم يجز رواية واحدة، لان 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 ومدير، وتبعه في البحر والفتح أن البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية، ولهذا ينفذ في المكاتب برضاه في الاصح، وفي المدير بقضاء القاضي، وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ا هـ. فقوله موقوف مخالف لقوله هنا باطل. وقوله: ينفذ في المكاتب برضاه في الاصح: مخالف للمذكور عن السراج والخانية، وبهذا يتأيد ما ذكره ابن المال. وقد يجاب بأن قوله ينفذ في المكاتب برضاه في الاصح أي رضاه وقت البيع فيكون موقوفا في الابتداء على رضاه، فلو لم يرض كان باطلا، وبهذا تنتفي المخالفة بين كلاميه، لكن هذا الجواب لا يتأني في عبارة ابن الكمال، فتأمل. قوله: (قلت الاوجه الخ) أي إذا قضى بنفاذ بيع أم الولد قاض يراه لا ينفذ فإذا رفع إلى قاض آخر فأماضه نفذ الاول وإن رده على ما قبل الامضاء، وما في الفتح على ما بعده. قوله: (ولد هؤلاء كهـم) أي ولد أم الولد من غير سيدها، بأن زوجها فولدت بعد ما ولدت من سيدها وكذا ولد المدير أو المكاتب المولود بعد التدبير والكتابة. وقوله: كهـم أي

في حكمهم، وفيه إدخال الكاف على الضمير وهو قليل. قوله: (وبيع مبيع) أي معتق البعض كبيع الحر. قوله: (ابن كمال) ونصه التقوم على ما ذكر في التلويح ضربان: عرقي وهو بالاحراز، فغير المحرز كالصيد والحشيش ليس بمتقوم. وشرعي وهو بإباحة الانتفاع به وهو المراد ههنا منفي ا هـ: أي هو المراد بالتقوم المنفي هنا. قوله: (كخمر) قيد بها لان ما سواها من الاشربة المحرمة جائز عنده خلافا لهما. كذا في البدائع. نهر. قوله: (وميتة لم تمت حتف أنفها) هذا في حق المسلم، أما الذمي ففي رواية يبيعها صحيح، وفي أخرى فاسد كما قدمناه عن البحر. وظاهره أن اختلاف الرواية في الميتة فقط، أما الخمر فصحيح. قوله: (ونحوه) (كالجرح، والضرب من أسباب الموت سوى الذكاة الشرعية. قوله: (فإنها) أي الميتة المذكورة، أما التي ماتت حتف أنفها فهي غير مال عند الكل، فلذا بطل بيعها في حق الكل كما مر. قوله: (وهذا) أي الحكم المذكور ببطلان بلا تفصيل. قوله: (أي بالدين) أي ما يصح أن يثبت ديناً في الدمة. قال ابن كمال: إنما قال بالدين دون الثمن لان الدين أعم منه، والمعتبر للمقابلة به دون الثمن. قوله: (بطل في الكل) لان المبيع هو الاصل وليس محلا للملك فبطل فيه فكذا في الثمن، بخلاف ما إذا كان الثمن عينا فإنه مبيع من وجه مقصود بالتملك ولكن فسدت التسمية فوجبت قيمته دون الخمر المسمى. قوله: (بطل في الخمر) أي وفي أخويه كما يستفاد من المتن والزيلعي. سائحاني. قال في البحر: والحاصل أن بيع الخمر باطل مطلقا، وإنما الكلام فيما قابله فإن دينا كان باطلا أيضا وإن عرضا كان فاسدا ثم قال، وقيدنا بالمسلم لان أهل الدمة لا يمنعون من بيعها لاعتقادهم الحل والتمول، وقد أمرنا بتركهم وما يدينون، وكذا في البدائع ا هـ ملخصا. وظاهره الحكم بصحة بيعها فيما بينهم ولو بيعت بالثمن، ويشهد له فروع ذكرها بعده. قوله: (بقيمتة) لم يذكر ابن كمال القيمة وإن كانت مرادة ط. قوله: (ضم إلى حر) ولو مبيعا كمعتق البعض كما مر في باب عتق البعض. قوله: (لتكون كالحر) (أي فلا تكون مالا أصلا، أما لو ماتت بخنق أو نحوه فهي مال غير متقوم كما مر آنفا فينبغي أن يصح البيع فيما ضم إليها كبيع قن ضم إلى مدير. تأمل. قوله: (خلافا لهما) فعندهما إذا فصل ثمن كل جاز في القن والذكية بحصتها من الثمن، لان الصفقة تصير متعددة معنى

فلا يسري الفساد من إحداهما إلى الأخرى. قوله: (وظاهر النهاية يفيد أنه فاسد) أي ما ضم إلى الحر والميتة وهو القن والذكية، وعزاه القهستاني للمحيط والمبسوط وغيرهما. والظاهر أن المراد بالفساد الباطل، فيوافق ما في الهداية وغيرها من التصريح بالبطالان. تأمل. قوله: (بخلاف بيع قن ضم إلى مدبر) كمكاتب وأم ولد كما في الفتوح: أي فيصح في القن بحصته، لأن المدبر محل للبيع عند البعض فيدخل في العقد ثم يخرج فيكون البيع بالحصّة في البقاء دون الابتداء، وفائدة ذلك تصحيح كلام العاقل من رعاية حق المدبر ابن كمال. قلت: ومعنى البيع بالحصّة بقاء إنه لما خرج المدبر صار القن مبيعاً بحصته مع الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقيمة المدبر فما أصاب القن فهو ثمنه، وهذا بخلاف ضم القن إلى الحر فإن فيه البيع بالحصّة ابتداء، لأن الحر لم يدخل في العقد لعدم ماليته. تنبيه: تقدم أن بيع المدبر ونحوه باطل لعدم دخوله في العقد، وههنا إنما دخل لتصحيح العقد فيما ضم إليه. قال في الهداية هناك: فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده، وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضم إليه أ هـ: أي إذا ضم البائع إليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة يجوز البيع في المضموم بالحصّة من الثمن المسمي على الأصح، وإن قيل إنه لا يصح أصلاً في شئ. فتح. مطلب فيما إذا اشترى أحد الشريكين جميع الدار المشتركة من شريكه قلت: علم من هذا ما يقع كثيراً، وهو أن أحد الشريكين في دار ونحوها يشتري من شريكه جميع الدار بثمن معلوم فإنه يصح على الأصح بخصّة شريكه من الثمن، وهي حادثة الفتوى فلتحفظ. وأصح من ذلك ما سيأتي في المراوحة في مسألة شراء رب المال من المضارب من أن الكل ماله. قوله: (أو قن غيره) معطوف على مدبر. قوله: (فإنه) (أي المسجد العامر. قوله: (بخلاف العامر المعجمة: الخراب) بخراب الخراب على أنه بدل من العامر، وكان الأولى أن يقول: وغيره أي من سائر الأوقاف. مطلب في بطلان بيع الوقف وصحة بيع الملك المضموم إليه وحاصله أن المسجد قبل خرابه كالحجر ليس بمال من كل وجه، بخلافه بعد خرابه لجواز بيعه إذا خرب في أحد القولين فصار مجتهداً 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 أيضاً. 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 لانه لا يقبل التملك والتملك، وغلط من جعل فاسداً، وأفتى به من علماء القرن العاشر ورد كلامه بجملة رسائل. ولنا فيه رسالة هي حساب الحكم متضمنة لبيان فساد قوله وبطلان فتواه أ هـ. والغالب المذكور هو قاضي القضاة نور الدين الطرابلسي والعلامة أحمد بن يونس الشلبي كما ذكره الشرنبلالي في رسالته المذكورة. قوله: (ولو محكوماً به الخ) قال في النهر: تكميل: قد علمت أن الأصح في الجمع بين الوقف والملك أنه يصح في الملك، وقيد بعض موالي الروم وهو مولانا أبو السعود جامع أشتات العلوم، تغمده الله تعالى برضوانه بما إذا لم يحكم بلزومه فأفتى بفساد البيع في هذه الصورة، ووافقه بعض علماء العصر من

المصريين، ومنهم شيخنا الاخ، إلا أنه قال في شرحه هنا: يرد عليه ما صرح به قاضيخان من أن الوقف بعد القضاء تسمع دعوى الملك فيه، ولي هو كالحجر، بدليل أنه لو ضم إلى ملك لا يفسد البيع في الملك، وهكذا في الظهيرية، وهذا لا يمكن تأويله فوجب الرجوع إلى الحق وهو إطلاق الوقف، لانه بعد القضاء وإن صار لازماً بالاجماع، لكنه يقبل البيع بعد لزومه، إما بشرط الاستبدال على المفتى به من قول أبي يوسف، أو بمرور غصب عليه ولا يمكن انتزاعه ونحو ذلك، والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب أ هـ. والحاصل أن هـا هنا مسألتين: الأولى: أن بيع الوقف باطل ولو غير مسجد خلافاً لمن أفتى بفساده، لكن المسجد العامر كالحجر وغيره كالمدبر. المسألة الثانية: أنه إذا كان كالمدبر يكون بيع ما ضم إليه صحيحاً ولو كان الوقف محكوماً بلزومه، خلافاً لما أفتى به 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 العامر كالحجر فيبطل بيع ما ضم إليه، لكن نقل في البحر عن المحيط أن الأصح الصحة في الملك، لأن ما فيها من المساجد والمقابر مستثنى

عادة ا هـ: أي فلم يوجد ضم الملك إلى المسجد بل البيع واقع على الملك وحده. قوله: (لا يعقل) قيد به لان الصبي العاقل إذا باع أو اشترى انعقد بيعه، وشرأؤه موقوفاً على إجازة وليه إن كان لنفسه، ونافذاً بلا عهدة عليه إن كان لغيره بطريق الولاية، ط عن المنح. وهذا إذا باع الصبي العاقل ماله أو اشترى بدون غبن فاحش، وإلا لم يتوقف لانه حينئذ لا يصح من وليه عليه كما يأتي فلا يصح منه بالاولى. قوله: (شيئاً) قدره للإشارة إلى أن الاضافة في بيع صبي من إضافة المصدر إلى فاعله ط. قوله: (جاز) أي بيعه ط. قوله: (كسرقين ويعر) في القاموس: السرجين والسرقين بكسرهما معربا سركين بالفتح، وفسره في المصباح بالزبل، قال ط: والمراد أنه يجوز بيعهما ولو خالصين ا هـ. وفي البحر عن السراج: ويجوز بيع السرقين واليعر والانتفاع به والوقود به. قوله: (واكتفى في البحر) حيث قال كما نقله عنه في المنح: ولم ينعقد بيع النحل ودود القز إلا تبعاً، ولا بيع العذرة خالصة بخلاف بيع السرقين والمخلوطة بتراب ا هـ. قوله: (وشعر الانسان) ولا يجوز الانتفاع به لحديث: لعن الله الواصلة والمستوصلة وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن. هداية. فرع: لو أخذ شعر النبي (ص) ممن عنده وأعطاه هدية عظيمة لا على وجه البيع فلا بأس به، سائحاني عن الفتاوى الهندية .

[176]

مطلب: الآدمي مكرم شرعاً ولو كافراً قوله: (ذكره المصنف) حيث قال: والآدمي مكرم شرعاً وإن كان كافراً، فأيراد العقد عليه وابتدأه به وإلحاقه بالجمادات إذلال له ا هـ: أي وهو غير جائز وبعبارة في حكمه، وصرح في فتح القدير ببطلانه ط. قلت: وفيه أنه يجوز استرقاق الحربي وبيعه وشرأؤه وإن أسلم بعد الاسترقاق، إلا أن يجاب بأن المراد تكريم صورته وخلقه، ولذا لم يحز كسر عظام ميت كافر، وليس ذلك محل الاسترقاق والبيع والشراء، بل محله النفس الحيوانية، فلذا لا يملك بيع لبن أمته في ظاهر الرواية كما سيأتي، فليتأمل. قوله: (وبيع ما ليس في ملكه) فيه أنه يشمل بيع ملك الغير بوكالة أو بدونها مع أن الاول صحيح نافذ، والثاني صحيح موقوف. وقد يجاب بأن المراد بيع ما سيملكه قبل ملكه له، ثم رأيت كذا في الفتح في أول فصل بيع الفضولي، وذكر أن سبب النهي في الحديث ذلك. قوله: (لبطلان بيع المعدوم) إذ من شرط المعقود عليه: أن يكون موجوداً مالا متقوماً مملوكاً في نفسه، وأن يكون ملك البائع فيما يبيعه لنفسه، وأن يكون مقدور التسليم. منح. قوله: (وماله خطر العدم) كالحمل واللبن في الضرع، فإنه على احتمال عدم الوجود، وأما بيع نتاج النتاج 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) أي من أحد الجانبين فلم يكن بيعاً وقيل: ينعقد لان نفيه لم يصح، لانه نفى العقد فصار كأنه سكت عن ذكر الثمن، وفيه ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض كما يأتي قريباً، أفاده في الدرر. قوله: (لانه أمانة) وذلك لان العقد إذا بطل بقي مجرد القبض بإذن المالك وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدي. درر. قوله: (وصح في القنية ضمانه الخ) قال في الدرر: وقيل: يكون مضموناً لانه يصير كالمقبوض على سوم الشراء، وهو أن يسمى الثمن فيقول: اذهب بهذا فإن رضيت به اشتريته بما ذكر، أما إذا لم يسمه فذهب به فهل عنده لا يضمن، نص عليه الفقيه أبو الليث، قيل: وعليه الفتوى. كذا في العناية ا هـ. قال في العزيمة: الذي يظهر من شروح الهداية عود الضميرين في عليه، وعليه إلى أن حكم المقبوض على سوم الشراء ذلك تعويلاً على كلام الفقيه، إلا أن القول الثاني في مسألتنا مرجح على القول الاول ا هـ. لكن في النهر واختار السرخسي وغيره أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة، لانه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء، وهو قول الاثمة الثلاثة .

[177]

وفي القنية إنه الصحيح لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب. وقيل: الاول قول أبي حنيفة، والثاني قولهما، وتاممه فيه لقوله: (بغبن فاحش) المشهور في تفسيره أنه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين. قوله: (ورجح) رجحه في البحر حيث قال: ينبغي أن يجري القولان في بيع الوقف المشروط استبداله أو الخراب الذي جاز استبداله إذا بيع بغبن فاحش، وينبغي ترجيح الثاني فيهما، لانه إذا ملك بالقبض وجبت قيمته فلا

ضرر على اليتيم والوقف ا هـ. قلت: وينبغي ترجيح الاول حيث لزم الضرر 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 في الشراء منه، كذا في المنح ا هـ ح. وفيه لف ونشر غير مرتب، لان قوله كذا في الشراء منه: أي من المضطر مثال لبيع المضطر: أي بأن اضطر إلى بيع شئ من ماله ولم يرض المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغين فاحش. ومثاله: ما لو ألزمه القاضي ببيع ماله لايفاء دينه، أو ألزم الذمي ببيع مصحف أو عبد مسلم ونحو ذلك، ولكن سيذكر المصنف في الاكراه: لو صادره السلطان ولم يعين ببيع ماله فباع صح. قال الشارح هناك: والحيلة أن يقول من أين أعطى، فإذا قال الظالم بع كذا فقد صار مكرها فيه ا هـ. فأفاد أنه بمجرد المصادرة لا يكون مكرها بل يصح بيعه، إلا إذا أمره بالبيع مع أنه بدون أمر مضطر إلى البيع حيث لا يمكنه غيره، وقد يجاب بأن هذا ليس فيه أنه باع بغين 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: (ما سكت فيه عن الثمن) لان مطلق البيع يقتضي المعاوضة، فإذا سكت كان غرضه القيمة، فكأنه باع بقيمته فيفسد ولا يبطل. درر: أي بخلاف ما إذا صرح بنفي الثمن كما قدمه قريبا. (وعكسه) أي بيع الخمر بالعرض، بأن أدخل الباء على العرض فينعقد في العرض: أي لانه أمكن اعتبار الخمر ثمنا وهي مال في الجملة، بخلاف بيع العرض بدم أو ميتة. قوله: (كما مر) أي 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 لان المشتري لام الولد وأخويه لا يملكهم بالقبض لبطلان بيعهم بقاء كما مر. قوله: (لما مر أنهم مال في الجملة) أي فيدخلون في العقد، ولذا لا يبطل العقد فيما ضم

إلى واحد منهم وبيع معهم، ولو كانوا كالحر لبطل كما في الدرر. قوله: (وفسد بيع سمك لم يصد لو بالعرض الخ) ظاهره أن الفاسد بيع السمك وأنه يملك القبض. وفيه أن بيع ما ليس في ملكه باطل كما تقام، لانه بيع المعدوم، والمعدوم ليس بمال فينبغي أن يكون بيعه باطلا، وأن يكون الفاسد هو بيع العرض لانه مبيع من وجه وإن دخلت عليه الباء ويكون السمك ثمنا فيصير كأنه باع العرض وسكت عن الثمن أو باعه بأم الولد، بل يمكن أن يقال: إن بيع العرض أيضا باطل، لان السمك ليس بمال فيكون كبيع العرض بميتة أو دم، لكن جعله كأم الولد أظهر لانه مال في الجملة، فإنه لو صاده بعده ملكه، نعم هذا يظهر لو باع سمكة بعينها قبل صيدها، أما لو كانت غير معينة ثم صاد سمكة لم تكن عين ما جعلت ثمن العرض حتى يقال إنها ملكت بالصيد. والحاصل: أنه لو باع سمكة مطلقة بعرض ينبغي أن يكون البيع باطلا من الجانبين كبيع ميتة بعرض أو عكسه، ولو كانت السمكة معينة بطل فيها لانها غير مملوكة، وفسد في العرض لان السمكة مال في الجملة، ومثلها ما لو كان البيع على لحم سمك لانه مثلي، ولو باعها بدراهم بطل البيع لتعين كونها مبيعة وهي غير مملوكة، وهذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل، ولم أر من تعرض لشيء منه. قوله: (صدر الشريعة) حيث قال: ففي السمك الذي لم يصد ينبغي أن يكون البيع باطلا إذا كان بالدراهم والدنانير، ويكون فاسدا إذا كان بالعرض لانه مال غير متقوم، لان التقوم بالاحراز، والاحراز منتف. قوله: (وله خيار الرؤية) ولا يعتد برؤيته وهو في الماء لانه يتفاوت في الماء وخارجه. شرنبلالية. قوله: (إلا إذا دخل بنفسه الخ) استثناء منقطع من قوله: وإن أخذ بدونها صح يعني أنه لو صيد فالقي في مكان يؤخذ منه بدون حيلة كان صحيحا، وأما إذا دخل بنفسه ولم يسد مدخله يكون باطلا لعدم الملك بقربنة قوله: فلو سده ملكه فافهم. قوله: (فلو سده ملكه) أي فيصح بيعه إن أمكن أخذه بلا حيلة، وإلا فلا لعدم القدرة على التسليم. والحاصل كما في الفتح أنه إذا دخل السمك في حظيرة: فإما أن يعدها لذلك أو لا، ففي الاول يملكه وليس لاحد أخذه، ثم إن أمكن أخذه بلا حيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم، وإلا لم يجز 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 يعدها لذلك لكنه أخذه وأرسله فيها ملكه، فإن أمكن أخذه بلا حيلة جاز بيعه لانه مقدور التسليم، أو بحيلة لم يجز، لانه وإن كان مملوكا فليس مقدور التسليم ا هـ. مطلب

في حكم إيجار البرك للاصطياد قوله: (ولم تجز إجارة بركة الخ) قال في النهر: اعلم أن
في مصر بركا صغيرة بركة الفهادة

[179]

تجتمع فيها الاسماك هل تجوز إيجارها لصيد السمك منها؟ نقل في البحر عن
(الايضاح عدم جوازها. ونقل أولا عن أبي يوسف في كتاب الخراج عن أبي الزناد قال:
كتب إلى عمر بن الخطاب في بحيرة يجتمع فيها السمك بأرض العراق أنؤجرها؟
فكتب إلي أن افعلوا. وما في الايضاح بالقواعد الفقهية أليق ا ه. ونقل في البحر أيضا
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 الأجام، فكتب إليه عمر: أنه لا بأس به،
وسماه الحبس ا ه. ثم قال في البحر: فعلى هذا لا يجوز بيع السمك في الأجام إلا
إذا كان في أرض بيت المال، ويلحق به أرض الوقف. وقال الخير الرملي: أقول: الذي
علم مما تقدم عدم جواز البيع مطلقا، 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 أيضا عن القواعد، ومرجعه إلى إجارة موضع مخصوص لمنفعة معلومة هي
الاصطياد، وما حدث به 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 ا ه. لكن قوله غير بعيد الخ
فيه نظر، لأن الإجارة واقعة على استهلاك العين، وسيأتي التصريح بأنه لا يصح إجارة
المراعي وهذا كذلك، ولذا جزم المقدسي بعدم الصحة. واعتراض 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
مبيعا أو ثمنا. بحر. قوله: (أما قبل صيده فباطل أصلا) 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، وتجوز كونها لا تعود أو
عروض عدم عودها لا يمنع جواز البيع كتجوز هلاك المبيع قبل القبض، ثم إذا عرض
الهلاك انفسخ، كذا هنا إذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ ا ه.
قوله: (وقيل لا) في البحر والشرنبلالية أنه ظاهر الرواية. قوله: (ورجحه في النهر)
حيث ذكر ما مر عن الفتح، ثم قال: وأقول فيه نظر، لأن من شروط صحة البيع القدرة
على التسليم عقبه، ولذا لم يجز بيع الأبق ا ه. قال ح: أقول: فرق ما بين الحمام
الأبق فإن العادة لم تقض بعودة غالبا، بخلاف الحمام، وما ادعاه من اشتراط القدرة
على التسليم عقبه، إن أراد به القدرة حقيقة فهو ممنوع وإلا لاشتراط حضور المبيع
مجلس العقد وأحد لا يقول به، وإن أراد به القدرة حكما كما ذكره بعد هذا، فما نحن
فيه كذلك لحكم العادة بعودة ا ه.

[180]

قلت: وهو وجيه، فهو نظير العبد المرسل في حاجة المولى فإنه يجوز بيعه،
وعلّوه بأنه مقدور التسليم وقت العقد حكما إذ الظاهر عوده، ولو أبق بعد البيع قبل
القبول خير المشتري في فسخ العقد كما في البحر وهنا كذلك، لكن لينظر متى يحكم
بفسخ العقد لعدم عود ذلك الطائر فإنه ما دام محتمل الحياة يحتمل عوده. تنبيه: في
الذخيرة: باع برج حمام، فإن ليلا جاز، ولو نهارا فلا، لأن بعضه يكون خارج البيت فلا
يمكن أخذه إلا بالاحتياط ا ه. والظاهر أنه مبني على ظاهر الرواية، تأمل، وفيه ألغز
بعضهم فقال: يا إماما في فقه نعمان أضحى حائز السبق مفردا لا يجارى أي بيت
يجوز بيعك إياه بليل ولا يجوز نهارا؟ قوله: (وبيع الحمل) بسكون الميم. قوله: (وجزم
في البحر ببطلانه) لنهيه (ص) عن المضامين والملاقيح وحبل الحيلة، لما فيه من
الغرر، وتقدم أن بيع الثلاثة باطل، واعترض في اليعقوبية التعليل بالغرر، وهو الشك
في وجوده بأنه ينبغي عليه أن لا يجوز بيع الشئ الملفوف الموصوف، لأنه يحتمل أن
لا يوجد شئ أو وصفه المذكور مع تصريحهم بجوازه ا ه. قلت: فيه أنه لا غرر فيه لأنه
يسهل الاطلاع عليه، بخلاف الحمل فتدبر: وفي البحر عن السراج: فلو باع الحمل

وولدت قبل الافتراق وسلم لا يجوز. قوله: (لفساده بالشرط) لان ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثنائه منه، والحمل لا يجوز إفراده بالبيع فكذا استثنائه، لانه بمنزلة الاطراف فصار شرطاً فاسداً وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع. مطلب: استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب ثم استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب. في وجه: يفسد العقد، والاستثناء كالبيع والاجارة والرهن لانها تبطلها الشروط الفاسدة. وفي وجه: العقد جائز، والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد. وفي وجه: يجوزان وهو الوصية، كما لو أوصى بجارية إلا حملها، وكذا لو أوصى بحملها لآخر صح، لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري في الحمل، فكذا الوصية بخلاف الخدمة: زيلعي ملخصاً: أي لو أوصى له بأمة إلا خدمتها لا يصح الاستثناء، لان الميراث لا يجري فيها والغلة كالخدمة. بحر. قوله: (بخلاف هبة ووصية) أي حيث يصح العقد فيهما، لكن الاستثناء باطل في الهبة جائز في الوصية كما علمت، فافهم. قوله: (وحزم البرجندي بطلانه) قال صدر الشريعة :

[181]

ذكروا في فساده علتين: إحداهما أنه لا يعلم أنه لبن أو دم أو ربح، وهذه تقتضي بطلان البيع لانه مشكوك الوجود فلا يكون مالا، والاخرى أن اللبن يوجد شيئاً فشيئاً فيختلط ملك المشتري بملك البائع ا هـ: أي وهذه تقتضي الفساد ط. قلت: مقتضى الفساد لا ينافي مقتضى البطلان بل بالعكس، لان ما يقتضي البطلان يدل على عدم المشروعية أصلاً فلذا جزم ببطلانه، فتأمل. قوله: (للغرر) لانه لا يعلم وجوده، وينبغي أن يكون باطلاً للعلة المذكورة، فهو مثل اللبن رملّي. قلت: ويؤيده ما في التجنيس: رجل اشترى لؤلؤة في صدف، قال أبو يوسف: البيع جائز، وله الخيار إذا رآه وقال محمد: البيع باطل، وعليه الفتوى ا هـ. قال الزيلعي: بخلاف ما إذا باع تراب الذهب والحبوب في غلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها ببعض أيضا ا هـ. قال في النهر: وينبغي أن يكون في ذلك الجوز الهندي. قوله: (وصوف على ظهر غنم) للنهي عنه، ولانه قبل الجز ليس بمال متقوم في نفسه لانه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر أطرافه، ولانه يزيد من أسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا في اللبن. زيلعي. قوله: (وجوزه الثاني) هو رواية عنه كما في الهداية. قوله: (لم ينقلب صحيحاً) مقتضاه أنه وقع باطلاً، وإلا لصح بزوال المفسد كما سيتضح في بيع الأبق، وهو أيضاً مقتضى التعليل بأنه ليس بمال متقوم، فكان على المصنف ذكره في الباطل، قوله: (وكذا كل ما اتصالة خلقي) بخلاف اتصال الجذع والثوب فإنه بصنع العباد بن ملك. قوله: (لما مر أنه معدوم عرفاً) أي مر في فصل: ما يدخل في البيع تبعاً عند قوله: كبيع بر في سنبلة وبيناه هناك بأنه هذا تمر وقطن، ولا يقال هذا نوى في تمره ولا حب في قطنه، ويقال هذه حنطة في سنبليها وهذا لوز وفستق في قشيره، ولا يقال هذه قشور فيها لوز، قوله: (وإنما صححو الخ) جواب عما استدل به أبو يوسف من جواز الصوف على ظهر الغنم كما في الكراث وقوائم الخلاف بالكسر وتخفيف اللام نوع من الصفصاف: أي مع أنها تزيد، والجواب كما في الزيلعي أنه أجيز في الكراث والقوائم للتعامل، إذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه ا هـ. وأيضاً فالقوائم تزيد من أعلاها :

[182]

أي فلا يحصل اختلاط المبيع بغيره، بخلاف الصوف ويعرف ذلك بالخضاب كما أفاده الزيلعي. وفي البحر من فصل فيما يدخل في البيع تبعاً عن الظهيرية: اشترى رطبة من البقول أو قثاء أو شيئاً ينمو ساعة فساعة لا يجوز، كبيع الصوف، وبيع قوائم الخلاف يجوز وإن كان ينمو لان نموها من الأعلى، بخلاف الرطبات إلا الكراث للتعامل، وما لا تعامل فيه لا يجوز ا هـ. قلت: وقوله: للتعامل علة لقوله: إلا الكراث فقط، وإلا فكون قوائم الخلاف، تنمو من الأعلى، بخلاف الرطبات يفيد الجواز بلا حاجة إلى التعليل للتعامل. وذكر في البحر هنا عن الفضلي تصحيح عدم الجواز في قوائم الخلاف لانه وإن كان ينمو من أعلاه فموضع القطع مجهول، كمن اشترى شجرة للقطع لا يجوز لجهاالة موضع القطع، 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 أيضاً، 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 القطع لكنه معلوم عرفاً صح، ولو ترك الأغصان له أن يقطعها في السنة الثانية، ولو باع أوراق توت لم يقطع قبل بسنة يجوز، وبسنتين لا يجوز لانه بسنة يعلم موضع قطعها عرفاً هـ. قوله: (وجذع) هو القطعة من النخل أو غيره توضع عليها الاخشاب. نهر، لانه لا يمكن تسليمه إلا بضرر، ولو لم يكن معينا لا يجوز أيضا لما ذكرنا وللجهالة أيضا، هداية، فقلوه: معين ليس للاحتراز عن الفساد بل لما ذكره بعده. قوله: (أما غير المعين) الاولى 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 الاصلاح وهو ضعيف لانه غير المعين معلل بلزوم الضرر والجهالة، فإذا تحمل البائع الضرر وسلمه زال المفسد وارتفعت الجهالة أيضا، ومن ثم جزم في الفتح بأنه يعود صحيحا هـ. قلت: والذي نقله العلامة نوح عن الزاهدي عن شرح مختصر الطحاوي عكس ما نقله عنه في النهر، فليراجع، نعم عبارة ابن كمال في إيضاح الاصلاح أن غير المعين لا يعود صحيحا، وعزاه إلى الزاهدي في شرح القدوري. قوله: (وبضرة التبويض) وكالتوب المهيأ للبس: زيلعي، وأشار المصنف إلى عدم جواز بيع حلية من سيف أو نصف زرع لم يدرك لانه 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

[183]

تسليم ذلك، ولا اعتبار بما التزمه من الضرر، لانه إنما التزم العقد ولاضرر فيه. بحر وفتح. وفي بيع نصف الزرع ونحوه كلام طويل قدمناه أول كتاب الشركة. قوله: (جاز) كما يجوز بيع قفيز من صبرة بحر. قوله: (لانتفاء المانع) علة للمسألتين. قوله: (وضربة القانص) من قنص قنصا على حد ضرب صاد كما في الصحاح بأن يقول أغوص غوصة ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة مرة بكذا. نهر. قوله: (والغانص) بأن يقول أغوص غوصة فما أخرجته من اللالكى فهو لك بكذا كما في تهذيب الازهري، ومقتضاه المباينة بين القانص بالقاف والغانص 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 للغانص والواقع ما قد علمته. وجعل في السراج القانص: صياد البر، والغانص: صياد البحر. والحق أن الصائد بالآلة وهو القانص بالقاف أعم من كونه في البحر أو البر، بخلاف الغانص اهـ. وحاصله أن القانص بالقاف: من يصطاد الصيد برا أو بحرا وأما الغانص بالغين: فهو من يغوص لاستخراج اللالكى مثلا. قوله: (كما مر) أي في قول المصنف: وبيع ما ليس في ملكه. قوله: (والمزابنة) من الزين: وهو الدفع، لانها 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 والحرز فيبيعه بقدره من التمر. قوله: (ومثله العنب) أي على الكرم. قوله: (ولشبهة الربا) لانه بيع مكمل بمكمل من جنسه مع احتمال عدم المساواة بينهما بالكيل. قوله: (فلو لم يكن) أي ما بيع بالتمر المقطوع. قال في البحر: ثم اعلم أن تعريف المزابنة بأنها بيع الثمر بالتمر: أي بالمثلثة في الاول والمثناة في الثاني خلاف التحقيق، والاولى أن يقال: بيع الرطب بتمر الخ، لان الثمر بالمثلثة الشجر رطبا أو غيره، وإذا لم يكن رطبا جاز لاختلاف الجنس، ولو كان الرطب على الارض كالتمر لم يجز بيعه متساويا عند العلماء إلا أبا حنيفة لما سيأتي في باب الربا هـ. قوله: (فنهى عنها كلها) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمناذرة زاد مسلم. أما الملامسة: كأن 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

[184]

إذا لمسه فقد باعه منه وفساده لتعليق التمليك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس. والمناذرة: أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولا ينظر

كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل النبد بيعا، وهذه كانت بيوعا يتعارفونها في الجاهلية، وكذا إلقاء الحجر أن يلقي حصة وثمة أثواب، فأى ثوب وقع عليه كان البيع بلا تأمل ورؤية ولا خيار بعد ذلك، ولا بد أن يسبق تراوضهما على الثمن، ولا فرق بين كون المبيع معينا أو غير معين. ومعنى النهي ما في كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فإنه في معنى إذا وقع حجري على ثوب فقد بعته منك أو بعثيه بكذا أو إذا نبذته أو لمسته، كذا في الفتح. وذكر في الدرر أن النهي عن إلقاء الحجر ألحق بالاولين دلالة. قوله: (لوجود القمار) أي بسبب تعليق التمليك بأحد هذه الأفعال أ ه ح. قوله: (إن سبق ذكر الثمن) عبارة البحر: ولا بد في هذه البيوع أن يسبق الكلام منهما على الثمن أ ه: أي 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) أي 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) أي رد ما هلك أولا فتعين مضمونا. بحر. قوله: (والقول للضامن) أي 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) أي الفساد فيما إذا باع ثوبين مثلا. قوله: (إذا لم يشترط خيار التعيين) أي فيما دون الأربعة، وقول البحر: فيما دون الثلاثة فيه قصور. قوله: (فلو شرط أخذ أيهما شاء) ينصب أخذ مصدرا على أنه مفعول به لشرط، بأن قال: بعثك واحدا منهما على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحسانا، وتقدم ذكر المسألة بفروعها في خيار الشرط. فتح. قوله: (لما مر) أي في باب خيار الشرط والتعيين. قوله: (والمراعي) في المصباح: الرعي بالكسر والمرعى بمعنى واحد، وهو ما ترعاه الدواب والجمع المراعي. بحر. قوله: (أي الكلا) فسرهما بالكلا دفعا لوهم أن يراد مكان الرعي فإنه جائز. فتح. أي إذا كان مملوكا كما لا يخفى. والكلا كجبل: العشب رطبه وبأسه. قاموس، قال في البحر: ويدخل فيه جميع أنواع ما ترعاه المواشي رطبا أو يابسا، بخلاف الأشجار، لأن الكلا ما لا ساق له والشجر له ساق فلا تدخل فيه، حتى يجوز بيعها إذا نبتت في أرضه لكونها ملكه، والكمأة كالكلا أ ه. قوله: (أما بطلانها) هذا

مخالف لسوق كلام المصنف، لأن كلامه في ذكر الفاسد، فمراده أن بيعها فاسد، وبه صرح في شرحه، نعم قال بعد ذلك: وصرح من لا خسر بفساد هذا البيع، وصرح في شرح الوقاية ببطلانه وعلمه بعدم الاحراز أ ه. فكان المناسب شرح كلامه على وفق مرامه مع بيان القول الآخر، وكان الشارح لما رأى القول بالفساد معطلا بعدم الملك حملته 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 لا ملك، 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 أي ثمن كل واحد منها، وأخرجه أبو داود وأحمد وابن أبي شيبة وابن عدي، قال الحافظ ابن حجر: ورجاله ثقات. نوح أفندي. ومعنى الشركة في النار: الاصطلاء بها وتجفيف الثياب، لا أخذ الجمر إلا بإذن صاحبه، وفي الماء سقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة، وفي الكلا الاحتشاش ولو في أرض مملوكة، غير أن لصاحب الأرض المنع من دخوله، ولغيره أن يقول إن لي في أرضك حقا، فإما أن توصلني إليه أو تحشه أو تستقي وتدفعه لي، وصار كتوب 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 الأجر الأجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه أ ه. قال في النهر: فيحتاج إلى الفرق بين البيع والإجارة أ ه. قوله: (وهذا) أي بطلان بيع الكلا. قوله: (وقيل لا) أي لا يملكه، وهو اختيار القدوري لأن الشركة ثابتة، وإنما تنقطع بالحيابة وسوق الماء ليس بحيابة وعلى الجواز أكثر المشايخ، واختاره الشهيد. قال في الفتح: وعليه فلنائل أن يقول: ينبغي أن حافر البئر

يملك الماء بتكلفه الحفر والطبي لتحصيل الماء، كما يملك الكلا بتكلفة سوق الماء إلى الارض لينبت، فله منع المستقي وإن لم يكن في أرض مملوكة له ا هـ. وأقول: يمكن أن يفرق بينهما بأن سقي 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 فراجع. وهذا ما دام في البئر، أما إذا أخرجه منها بالاحتياال كما في السواني فلا شك في ملكه له لحيازته له في الكيزان ثم صبه في البرك بعد حيازته. تأمل. ثم حرر الفرق بين ما في البئر وما في الحباب والصهاريج الموضوعة في البيوت لجمع ماء الشتاء بأنها أعدت لاحتراز الماء فيملك ما فيها، فلو أجز الدار لا يباح للمستأجر ماؤها إلا بإباحة المؤجر ا هـ ملخصا. قوله: (قال) أي العيني. قوله: (وبيع القصيل والرطبة) في المصباح قصلته قصلا من باب

[186]

ضرب: قطعته فهو قصيل ومقصول، ومنه القصيل وهو الشعير يجز إذا اخضر لعلف الدواب، والرطبة: الغضة خاصة قبل أن يجف والجمع رطاب مثل كلبة وكلاب، والرطب وزان قفل: المرعى الاخضر من بقول الربيع. وبعضهم يقول: الرطبة وزان: غرفة الخلا، وهو الغض من الكلا. قوله: (وحيلته) أي حيلة جواز بيع الكلا، وكذا إجارته. قال في البحر: والحيلة في جواز إجارته أن يستأجرها أرضا لا يقاف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن أو الاجرة فيحصل به غرضهما ا هـ. وفي الفتح: والحيلة أن يستأجر الأرض ليضرب فيها فسطاطه أو ليحمله حظيرة لغنمه ثم يستبيع المرعى فيحصل مقصودهما. قوله: (كمقيل ومراح) (المقيل: مكان القيلولة، وهي النوم نصف النهار. والمراح بالضم: حيث تأوي الماشية بالليل وبالفتح اسم الموضع. مطلب في بيع دودة القرمز قوله: (أي الابريس) في المصباح: القز معرب. قال الليث: هو ما يعمل منه الابريس، ولهذا قال بعضهم: القز والابريس مثل الحنطة والدقيق ا هـ. وأما الخز فاسم دابة، ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها. بحر. قوله: (أي بزره) أي البزر الذي يكون منه الدود قهستاني. وهو بالزاي. قال في المصباح: بذرت الحب بذرا: أي بالذال المعجمة من باب قتل: إذا ألقيته في الأرض للزراعة. والبذر: الميزور. قال بعضهم: البذر في الحبوب كالحنطة والشعير: والبزر: أي بالزاي في الرياحين والبقول، وهذا هو المشهور في الاستعمال. ونقل عن الخليل كل حب يبذر فهو بذر وبزر، ثم قال في اجتماع الباء مع الزاي: البزر من البقل ونحوه بالكسر والفتح لغة، وقولهم لبيض الدود: بزر القز مجاز على التشبيه ببزر البقل لصغره. قوله: (وهو بزر الفيلق) هو المسمى الآن بالشرانق. قوله: (المحرز) قال في البحر: وهو معنى ما في الذخيرة إذا كان مجموعا، لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبعغل والحمار. قوله: (وهذا) أي ما ذكره المصنف من جواز بيع الثلاث: وأما اقتصار صاحب الكنز على جواز الاولين دون النخل فلعل وجهه كما أفاده الخير الرملي أن إحرازه متعسر فترجح عنده قولهما. ولذا قال بعضهم: يجوز بيعه ليلا لا نهارا لتفرقه حال النهار في المراعي. وأما اعتذار البحر عنه بأنه لعله لم يطلع على أن الفتوى على قول محمد فهو بعيد. قوله: (بيع العلق) في المصباح: العلق شئ أسود شبيه الدود يكون في الماء يعلق بأفواه الابل عند

[187]

الشرب. قوله: (وبه يفتى للحاجة) في البحر عن الذخيرة: إذا اشترى العلق الذي يقال له بالفارسية مرغل يجوز، وبه أخذ الصدر الشهيد لحاجة الناس إليه لتمول الناس له ا هـ. أقول: العلق في زماننا يحتاج إليه للتداوي بمصه الدم، وحيث كان متمولا لمجرد ذلك دل على جواز بيع دودة القرمز، فإن تمولها الآن أعظم إذ هي من أعز الاموال، وبيع منها في كل سنة قناطير بثمان عظيم، ولعلها هي المرادة بالعلق في عبارة الذخيرة بقرينة التعليل، فتكون مستثناة من بيع الميتة كما قدمناه، ويؤيده أن الاحتياج إليه للتداوي لا يقتضي جواز بيعه كما في لبن المرأة، وكالاحتياج إلى الخرز بشعر الخنزير فإنه لا يسوغ بيعه كما يأتي، فعلم أن المراد به علق خاص متمول عند الناس، وذلك متحقق في دود القرمز، وهو أولى من دود القز وبيضه فإنه ينتفع به في الحال دود القز في المال، والله سبحانه أعلم. قوله: (من الهوام) جمع هامة مثل

دابة ودواب: وهي ماله: سم يقتل كالحية. قاله الازهري. وقد يطلق على ما يؤدي ولا يقتل كالحشرات مصباح، والمراد هنا ما يشمل المؤذي وغيره مما لا ينتفع به بقربنة ما بعده. قوله: فلا يجوز بيعها باطل، ذكره قاضيخان ط. قوله: (كحيات) في الحاوي الزاهدي: يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع منها للدوية، وما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه: أي من حيوانات البحر أو غيرها. قال في الحاوي: ولا يجوز بيع الهوام كالحية والفأرة والوزغة والضب والسلحفاة والقنفذ وكل ما لا ينتفع به ولا بجلده وبيع غير السمك من دواب البحر، إن كان له ثمن كالسقنقور وجلود الخنزير ونحوها يجوز، وإلا فلا كالصفدع والسرطان وذكر قبله. ويبطل بيع الاسد والذئب وسائر الهوام والحشرات، ولا يضمن متلفها. ويجوز بيع البازي والشاهين والصقر وأمثالها والهرة ويضمن متلفها، لا بيع الحدأة والرخمة وأمثالهما ويجوز بيع ريشها هـ. لكن في الخانية: بيع الكلب المعلم عندنا جائز، وكذا السنور وسباع الوحش والطير جائز معلما أو غير معلم، وبيع الفيل جائز. وفي القرد روايتان عن أبي حنيفة هـ. ونقل السائحاني عن الهندية ويجوز بيع سائر الحيوانات سوى الخنزير وهو المختار هـ. وعليه مشى في الهداية وغيرها من باب المتفرقات كما سيأتي. قوله: (والحاصل الخ) ويرد عليه شعر الخنزير 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 المعول عليه. قوله: (وهو بينهما أنصافا) الضمير عائد 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 اعتبارا بأصل الملك، كما لو زرع أرضا يبذر منهما فالخارج على قدر البذر وإن شرطا خلافه. قوله: (بالعلف مناصفة) متعلق بدفع: أي دفع له

ذلك ليكون الخارج من البذر 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 بالغا ما 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 هـ. قلت: ويتعارف الآن دفع المهر أو العجل أو الجحش ليربيه بنصفه فيبقى على ملك الدافع وللعامل أجر مثله وقيمة علفه. والحيلة فيه أن يبيعه نصف المهر بثمن يسير فيصير مشتركا بينهما. ويتعارف أيضا ما سيذكره المصنف في كتاب المساقاة، وهو دفع الأرض مدة معلومة ليغرسها وتكون الأرض والشجر بينهما فإنه لا يصح، والثمر والغرس لرب الأرض تبعا لأرضه، وللآخر قيمة غرسه يوم غرسه وأجر مثل عمله هـ. قوله: (والأبق) أي المطلق، 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 فبيعه صحيح كما يأتي. وأما لو باعه ممن يزعم أنه عند غيره. ففي النهر أن يبيعه فاسد اتفاقا، وعمله في الفتح بأن تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز، وفي النهر أيضا: خرج بالأبق 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 لا لقبض البيع، لأنه قبض بإزاء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بإزائه مال من الولد فكفت تلك اليد له نظرا للصغير، لأنه لو عاد إلى ملك الصغير، هكذا في الفتح والتبيين، بحر. وفي عن الذخيرة تقييد صحة الهبة بما دام العبد في دار الاسلام. قوله: (وما في الاشباه تحريف نهر) اعترض من وجهين: الأول: أن ما في الاشباه موافق لما هنا، وهذا نصه: بيع الأبق لا يجوز إلا لمن يزعم أنه عنده ولو لولده الصغير كما في الخانية. الثاني: أنه في النهر لم يتعرض للاشباه، بل حكم بالتحريف على ما في بعض نسخ الخانية المنقول في البحر وهو جواز بيع الأبق لطفله لا هبته له، والمعول عليه النسخة الأخرى. قلت: الذي رأيته في الاشباه ولولد بدون لو وعليها كتب الحموي، واعترضها بما مر عن الفتح والتبيين، ولما كان ما في الاشباه 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 تناقضاً، فإنه ذكر نسخة الخانية المحرفة وقال: إنه عكس ما ذكره الشارحون. ثم قال: إن الحق ما ذكره قاضيخان، لما في المعراج: لو باعه لطفه 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 الأبق 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 عنده غيره فهو فاسد اتفاقاً. وأجاب ط بحمل ما تقدم على ما إذا لم يقدر على أخذه إلا بخصومة أ هـ. قلت: راجعت عبارة السراج فلم أر فيها قوله: ممن هو عنده ومثله في الجوهرة، وحينئذ فقوله: أو كان يقدر على أخذه: أي في حال إباقه قبل أن يأخذه أحد، أما إذا أخذه أحد فلا يجوز لما علمته من تعليل الفتح السابق، وقد صور المسألة في الفتح بما إذا كان ذلك الأخذ له معترفاً بأخذه، فافهم: قوله: (وهل يصير قابضاً الخ) أي لو اشتراه من زعم أنه عنده هل يصير قابضاً في الحال، حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع أم لا. قوله: (إن قبضه) أي قبض الأبق حين وجده لنفسه لا ليرده على سيده، وهذا يغني عنه قوله: أو قبضه ولم يشهد أي على أنه قبضه لسيده. قوله: (نعم) أي يصير قابضاً، لأن قبضه هذا قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع كما في الفتح. قوله: (وأن أشهد لا الخ) أي لا يصير قابضاً، لأن قبضه هذا قبض أمانة، حتى لو هلك قبل أن يصل إلى سيده لا يضمنه. 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 أ هـ. وأشار بهذا إلى ما في البحر عن الذخيرة: إذا اشتري ما هو أمانة في يده من وديعة أو عارية لا يكون قابضاً، إلا إذا ذهب إلى العين إلى مكان يتمكن من قبضها فيصير الآن قابضاً بالتخلية، فإذا هلك بعده هلك من ماله، وليس للبائع حيس العين بالثمن لأنه صار راضياً بقبض المشتري دلالة أ هـ ملخصاً. قوله: (وإلا إذا أبق الخ) عطف على قوله: إلا ممن يزعم أن عنده. قوله: ذخيرة قال فيها: والأصل أن الأباق إنما يمنع جواز البيع إذا كان التسليم محتاجاً إليه بأن أبق من يد المالك ثم باعه المالك، فأما إذا لم يكن محتاجاً إليه كما في مسألتنا يجوز البيع أ هـ. قوله: (يتم البيع) هو رواية عن أبي حنيفة ومحمد لقيام الملك والمالية في الأبق ولذا صح عتقه، 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 القاضي البيع أو تخاصماً فلا يعود صحيحاً اتفاقاً. فتح. قوله: (على القول بفساده) قال في الفتح: والحق أن الاختلاف فيه بناء على الاختلاف في أنه باطل أو فاسد وأنك علمت أن ارتفاع المفسد في الفاسد يردّه صحيحاً، لأن البيع قائم مع الفساد، ومع البطلان لم يكن قائماً بصفة البطلان بل معدوماً 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 الاظهر من الرواية) قال في البحر: وأولوا تلك الرواية بأن المراد منها انعقاد البيع بالتعاطي الآن أ هـ. قلت: وهذا ينافي ما تقدم أول البيوع من أن البيع لا ينعقد بعد بيع باطل أو فاسد إلا بعد متاركة الأول. قوله: (وبه كان يفتي البلخي) الذي في الفتح وهو مختار مشايخ بلخ: والثلجي، وبالناء والجيم ط. قلت: والأول هو أبو مطيع البلخي من أصحاب أبي حنيفة، توفي سنة 179، والثاني هو محمد بن شجاع الثلجي من أصحاب الحسن بن زياد، توفي وهو ساجد سنة 632. 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 بذوات الأربع كالثدي للمرأة، فالأولى عدم التقيد ليعم ما قبل الانفصال وما بعده. قوله: (على الاظهر) أي ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف: جواز بيع لبن الأمة، لجواز إيراد البيع على نفسها، فكذا على جزئها. قلنا: الرق حل نفسها، فأما اللبن فلا رق فيه لأنه يختص بمحل تتحقق فيه القوة هي ضده وهو الحي، ولا حياة في اللبن فلا يكون محلاً للعتق ولا للرق فكذا البيع، وأشار إلى

أنه لا يضمن متلفه لكونه ليس بمال، وإلى أنه لا يحل التداوي به في العين الرمداء. وفيه قولان: قيل بالمنع، وقيل: بالجواز إذا علم فيه الشفاء كما في الفتح هنا. مطلب في التداوي بلبن البنت للرمد قولان وقال في موضع آخر: إن أهل الطب يثبتون نفعاً لبّن البنت للعين، وهي من أفراد مسألة الانتفاع بالمحرم للتداوي كالخمر، واختار في النهاية والخانية الجواز إذا علم فيه الشفاء ولم يجد دواء غيره. بحر. وسيأتي إن شاء الله تعالى تمامه في متفرقات البيوع، وكذا في الحظر والاباحة. قوله: (لنجاسة عينه) أي عين الخنزير: أي بجميع أجزائه. وأورد في الفتح. على هذا التعليل بين السرقيين

[191]

فإنه جائز للانتفاع به مع أنه نجس العين ا ه. قال في النهر: بل الصحيح عن الامام أن الانتفاع بالعدرة الخالصة جائز كما سيأتي إن شاء الله تعالى في الكراهية ا ه: أي مع أنه لا يجوز بيعها خالصة كما مر. قوله: (فيبطل بيعه) نقله في الشرنبلالية أيضاً 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 والاختاف. تأمل. قوله: (لضرورة الخرز) فإن في مبدأ شعره صلاحية قدر أصعب وبعده لين يصلح لوصل الخيط به. قهستاني ط. قوله: (وكره البيع) لانه لا حاجة إليه للبانع. زيلعي. وظاهره أن البيع صحيح. وفيه أن جواز إقدام المشتري على الشراء للضرورة لا يفيد صحة البيع، كما لو اضطر إلى دفع الرشوة لحياء حقه 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) أي عند أبي يوسف، لأن حكم الضرورة لا يتعدها 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 يعلق بهم بحيث لا يقدر على الامتناع منه ويجتمع في ثيابهم هذا المقدار. فتح. قوله: (خلافاً لمحمد) راجع إلى قوله: ويفسد الماء أي فإنه لا يفسد عنده. قال الزيلعي: لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته ا ه. وهذا يفيد تقييد حل الانتفاع به بالضرورة ويفيد جواز بيعه، ولذا قال في النهر: وينبغي أن يطيب للبانع الثمن على قول محمد. قوله: (قيل هذا) أي الخلاف المذكور في نجاسته وطهارته، وأشار بقيل إلى ضعفه، إذ المنتوف يفسد الماء ولو من غير الخنزير لاتصال اللحم النجس بمحل التنف من، ولو قيل: إن الخلاف في المجزوء، أما المنتوف فغير طاهر لكان له وجه. قوله: (وعن أبي يوسف الخ) مقابل قول المتن: وجاز الانتفاع به قال الزيلعي: والاول هو الظاهر، لأن الضرورة تبيح لحمه، فالشعر أولى ا ه. قوله: (لانه نجس) فيه أن النجاسة لا تنافي حل الانتفاع عند الضرورة كما علمت، لكن علل الزيلعي للكراهة بأن الخرز يتأتى بغيره، ومثله في الفتح، وحيث تأتي 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 .

[192]

وحاصله أن تأتي الخرز بغيره من شخص حمل نفسه مشقة في ذلك لا تزول به ضرورة الاحتياج إليه من عامة الناس. قوله: (ولعل هذا) أي حل الانتفاع به لضرورة الخرز. قوله: (أما في زماننا فلا حاجة إليه) للاستغناء عنه بالمخارز والابر. قال في البحر: ظاهر كلامهم منع الانتفاع به عند عدم الضرورة بأن أمكن الخرز بغيره ط. قوله: (وجلد ميتة) قيد بها، لأنها لو كانت مذبوحة فباع لحمها أو جلدها جاز لانه يطهر بالذكاة إلا الخنزير. خانية. قوله: (ولو بالعرض الخ) أي أن بيعه فاسد لو بيع بالعرض. وذكر في شرح المجمع قولين في فساد البيع وبطلانه. قلت: وما ذكره الشارح من التفصيل يصلح توفيقاً بين القولين، لكنه يتوقف على ثبوت كونه مالا في الجملة كالخمر والميتة لا يحتف أنفها، مع أن الزيلعي علل عدم جواز بيعه بأن نجاسته من الرطوبة المتصلة به بأصل الخلقة فصار حكم الميتة. زاد في الفتح: فيكون نجس العين، بخلاف الثوب أو الدهن، المنتجس حيث جاز بيعه لعروض نجاسته، وهذا يفيد بطلان بيعه مطلقاً، ولذا ذكر في الشرنبلالية عن البرهان أن الاظهر البطلان. تأمل.

قوله: (اعتمادا على ما سبق (أي في قول المصنف تبعا للدرر وبطل بيع مال غير متقوم كخمر وخنزير وميتة تمت حتف أنفها بالثمن. قوله: (إلا جلد إنسان الخ) فلا يباع وإن دبح لكرامته وفي الباقي لاهنته ولعدم عمل الدباغة فيه كما مر في محله. قوله: (وينتفع به) أي بالجلد بعد ديبغه. قوله: (ولو جلد مأكول على الصحيح) وقال بعضهم: يجوز أكله لانه طاهر كجلد الشاة المذكاة، أما جلد غير المأكول كالحمار لا يجوز أكله إجماعا، لان الدبغ فيه ليس بأقوى من الذكاة، وذكاته لا تبيحه فكذا ديبغه. أفاده المصنف ط. قوله: (ونجيز بيع الدهن المتنجس) عبارة المجمع النجس لكن مراده المتنجس: أي ما عرضت له النجاسة، وأشار بالفعل المضارع المسند لضمير الجماعة إلى خلاف الشافعي كما هو اصطلاحه. قوله: (في غير الاكل) كالاستصباح والدباغة وغيرهما. ابن مالك. وقيدوا الاستصباح بغير المسجد. قوله: (بخلاف الودك) أي دهن الميتة لانه جزؤها فلا يكون مالا. ابن ملك: أي فلا يجوز بيعه اتفاقا، وكذا الانتفاع به لحديث البخاري: إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام، قيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس قال: لا، هو حرام الحديث. قوله: (كعصبيها وصوفها) أدخلت الكاف عظمها وشعرها وربشها ومنقارها وظلفها ومنقارها وحافرها، فإن هذه الاشياء طاهرة لا تحلها الحياة فلا يحلها الموت، ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به

في الحمل والركوب والمقاتلة. منح ملخصا ط. قوله: (وفسد شراء ما باع الخ) أي لو باع شيئا وقبضه المشتري ولم يقبض البائع الثمن فاشتره بأقل من الثمن الاول لا يجوز. زيلعي: أي سواء كان الثمن الاول حالا أو مؤجلا. هداية. وقيد بقوله: وقبضه لان بيع المنقول قبل قبضه لا يجوز ولو من بئعه كما سيأتي في بابه، والمقصود بيان الفساد بالشراء بالاقبل من الثمن الاول. قال في البحر: وشمل شراء الكل أو البعض. قوله: (بنفسه أو بوكيله) تنازع فيه كل من شراء وباع. قال في البحر: وأطلق فيما باع فشمل ما باعه بنفسه أو وكيله وما باعه شيئا أصالة بنفسه أو وكيله 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 بالاقبل لا لنفسه ولا لغيره، لان بيع وكيله بإذنه كبيعته بنفسه. والوكيل بالبيع أصيل في حق الحقوق، فلا يصح شراؤه لنفسه، لانه شراء البائع من وجه، ولا لغيره لان الشراء واقع له من حيث الحقوق، فكان هذا شراء ما باع لنفسه من وجه، كذا يفاد من الزيلعي أيضا. قوله: (من الذي اشتراه) متعلق بشراء، وخرج به ما لو باعه المشتري لرجل أو وهبه له أو أوصى له به ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل فإنه يجوز، لان اختلاف سبب الملك كاختلاف العين. زيلعي. ولو خرج عن ملك المشتري ثم عاد إليه بحكم ملك جديد كإقالة أو شراء أو هبة أو إرث فشرى البائع منه بالاقبل جائز، لا إن عاد إليه بما هو فسخ بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده. بحر عن السراج. قوله: (ولو حكما) تعميم لقوله: من الذي اشتراه. قوله: (كوارثه) أي وارث المشتري: أي فلو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى به الموروث لم يجز لقيام الوارث مقام المورث، بخلاف ما إذا اشترى 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 في ملك العين. أفاده في البحر. قوله: (بالاقبل من قدر الثمن) الاول وكالقدر الوصف، كما لو باع بألف إلى سنة فاشتراه به إلى سنتين. بحر قوله: (قبل نقد كل الثمن الاول) قيد به لان بعده لا فساد، ولا يجوز قبل النقد وإن بقي درهم. وفي القنية: لو قبض نصف الثمن ثم اشترى النصف بأقل من نصف الثمن لم يجز. بحر. قلت: وبه يظهر أن إدخال الشارح لفظة كل لا محل له، لانه يفهم أن قبل نقد البعض لا يفسد، وهو خلاف الواقع. والحاصل أن نقد كل الثمن شرط لصحة الشراء لا لفساده، لانه يفسد قبل نقد الكل أو البعض، فتأمل. قوله: (وإن رخص السعر) لان تغير السعر غير معتبر في حق الاحكام مما في حق الغاصب وغيره فعاد إليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الربح. زيلعي. قوله: (للربا) علة لقوله: لم يجز أي لان الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل قبضه، فإذا عاد إليه عين ماله بالصفة التي خرج عن ملكه وصار بعض الثمن قصاصا ببعض بقي له عليه فضل بلا عوض، فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص. زيلعي. قوله: (كأبنة وأبيه) وكعبده ومكاتبه، لان شراء هؤلاء كشراء البائع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم، وهو نظير الوكيل في البيع إذا عقد مع هؤلاء. زيلعي: أي نظير ما لو باع

الوكيل من ابنه نحوه. ثم لا يخفى أن المراد شراء هؤلاء بالاقبل لأنفسهم، أما لو اشتروا بالوكالة عن البائع لا يجوز ولو كانوا أجنب عنه كما مر في قول المصنف أو بوكيله. قوله: (في غير عبده ومكاتبه) فشراؤهما متفق على عدم جوازه. قال الزيلعي: لأن كسب العبد لسيدته، وله في كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفه كتصرفه. قوله: (جاز مطلقاً) أي سواء كان الثمن الثاني أقل من الاول أو لا، لأن الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس إلا هـ منح. ولأن المبيع لو انتقص يكون النقصان من الثمن في مقابلة ما نقص من العين سواء كان النقصان من الثمن بقدر ما نقص منها أو بأكثر منه. بحر عن الفتح. قوله: (كما لو شراه الخ) تشبيه في الجواز مع قطع النظر عن قوله مطلقاً. قوله: (بأزيد أو بعد النقد) ومثل الأزيد المساوي كما في الزيلعي، وهذا قول المصنف بالاقبل قبل نقد الثمن. مطلب: الدراهم والدنانير جنس واحد في مسائل قوله: (والدراهم والدنانير جنس واحد) حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الاول لم يجز استحساناً، لأنهما جنسان صورة وجنس واحد معنى، لأن المقصود بهما واحد وهو التمنية، فبالنظر إلى الاول يصح، وبالنظر إلى الثاني لا يصح، فغلبنا المحرم على المبيح. زيلعي ملخصاً. قوله: (في ثمان مسائل) الذي في المنح عن العمادية أن المسائل سبع غير الاربعة المزيدة ا هـ ج. وزاد الشارح مسألة المضاربة ابتداء. قوله: (منها هنا) من اسم بمعنى بعض مبتدأ مضاف إلى الضمير وهنا اسم مكان مجازي مبني على السكون لتضمنه معنى الإشارة في محل نصب بمحذوف خبر المبتدأ، لا يصح جعل منها خبراً عن هنا لانه لتضمنه معنى غير مستقل لا يصح الابتداء به، ولو قال منها ما هنا لكان أولى ا هـ ج. قلت: ما ذكره من عدم صحة الابتداء بهنا صحيح، لكن علته أنه من الظروف التي لا تتصرف كما في المغني لا ما ذكره، وإلا لزم لا يصح الابتداء بأسماء الإشارة كلها، فافهم. قوله: (وفي قضاء دين) صورته: عليه دين دراهم وقد امتنع من القضاء فوقع من ماله في يد القاضي دنانير كان له أن يصرفها بالدراهم حتى يقضي غريمه، ولا يفعل ذلك في غير الدنانير عند الامام، وعندهما غير الدنانير كذلك ط. قوله: (وشفعة) صورته: أخبر الشفيع أن المشتري اشترى الدار بألف درهم فسلم الشفيع الشفعة ثم تبين أنه قد اشترى دنانير قيمتها ألف درهم أو أكثر ليس له طلبها وسقطت بالتسليم الاول ط. قوله: (واكره) كما لو أكره على بيع عبده بألف درهم فباعه بخمسين ديناراً قيمتها ألف درهم كان البيع على حكم الاكره، لا لو باعه بكيلي أو وزني أو عرض والقيمة كذلك. قوله: (ومضاربة ابتداء وانتهاء وبقاء) لم يذكر ذلك التقسيم في العمادية، وإنما ذكر صورتين في المضاربة. إحداهما: ما إذا كانت المضاربة دراهم فمات رب المال أو عزل المضارب عن المضاربة وفي يده دنانير لم يكن للمضارب أن يشتري بها شيئاً، ولكن يصرف الدنانير بالدراهم، ولو كان ما في يده عروض أو مكيل، أو موزون له أن يحوله إلى رأس المال، ولو باع المتاع بالدنانير لم يكن له أن يشتري بها إلا الدراهم .

ثانيهما: لو كانت المضاربة دراهم في يد المضارب فاشترى متاعاً بكيلي أو وزني لزمه، ولو اشترى بالدنانير فهو على المضاربة استحساناً عندهما ا هـ ملخصاً. فالصورة الاولى تصلح مثلاً للانتهاء، والثانية للبقاء، لكن لم يظهر لي كون الاولى مما نحن فيه، إذا لو كانت الدراهم والدنانير فيها جنساً واحداً ما كان يلزمه أن يصرف الدنانير بالدراهم. تأمل. ثم رأيت الشارح في باب المضاربة جعلهما جنسين في هذه المسألة وهذا عين ما فهمته، والله تعالى الحمد. أما مسألة المضاربة ابتداء فقد زادها الشارح. وقال ط: صورته: عقد معه المضاربة على ألف دينار وبين الربح فدفعت له دراهم قيمتها من الذهب تلك الدنانير صحت المضاربة والربح على ما شرطاً أو لا، كذا ظهر لي. قوله: (وامتناع مرايعة) صورته: اشترى ثوباً بعشرة دراهم وباعه مرايعة بائني عشر درهماً ثم اشترى أيضاً بدنانير لا يبيعه مرايعة لانه يحتاج إلى أن يحط من الدنانير ربحه، وهو درهمان في قول الامام، ولا يدرك ذلك إلا بالحزر والظن، ولو اشتراه بغير ذلك من الكيلي أو الوزني أو العروض باعه مرايعة على الثمن الثاني ا هـ. قوله: ولا يدرك الخ أي لانه يحتاج إلى تقويم الدنانير بالدراهم وهو مجرد ظن، ومبنى المرايعة كالتولية والوضيعة على اليقين بما قام عليه لتنتفي شبهة ا هـ ج. قوله:

(ويزاد زكاة) فإنه يضم أحد الجنسين إلى الآخر ويكمل به النصاب ويخرج زكاة أحد الجنسين من الآخر ط. قوله: (وشركات) أي إذا كان مال أحدهما دراهم ومال الآخر دنانير فإنها تنعقد شركة العنان بينهما ط. قوله: (وقيم المتلفات) يعني أن المقوم: إن شاء قوم بدراهم، وإن شاء قوم بدنانير، ولا يتعين أحد الجنسين ط. قوله: (وأروش جنابات) كالموضحة يجب فيها نصف عشر الدية، وفي الهاشمة العشر، وفي المنقلة عشر ونصف عشر، وفي الجائفة ثلث الدية. والدية إما ألف دينار وعشرة آلاف درهم من الورق، فيجوز التقدير في هذه الأشياء من أي الجنسين ط. قوله: (وفي الخلاصة) الخ لا محل لهذه الجملة هنا، وستأتي بعينها في محلها، وهو فصل التصرف في المبيع والتمن عقب باب المراجعة ح. قوله: (كل عوض الخ) كالمقول إذا اشتراه لا يجوز له التصرف فيه قبل قبضه بالبيع، بخلاف ما إذا أعتقه أو دبره أو وهبه أو تصدق به أو أقرضه من غير بائه فإنه يصح على ما سيأتي. وقوله: (ينفسخ) أي العقد بهلاكه: أي هلاك العوض، والجملة صفة عقد. قال ط: أخرج به الثمن فإنه يجوز التصرف فيه بهية أو بيع أو غيرهما قبل قبضه، سواء تعين بالتعيين كتمكيل أو لا كنقود، لأن العقد لا ينفسخ بهلاكه، لأن الأصل وهو المبيع موجود. ويأتي إيضاحه إن شاء الله تعالى في محله. قوله: (وصح البيع فيما ضم إليه) أي إلى شراء ما باعه بأقل قبل نقد الثمن، منح. قوله: (ثم اشتراه مع شئ آخر بعشرة) وكذا لو اشتراهما بخمسة عشر كما في النهر والفتح. ويظهر منه أنه لو اشتراهما بخمسة مثلاً: أي بأقل من

[196]

التمن الأول فهو كذلك بالاولى، فافهم. قوله: (لانه طارئ) لانه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسري. زيلعي. قوله: (ولمكان الاجتهاد) أي فكان الفساد فيما بيع أو لا ضعيفا لاختلاف العلماء فيه فلا يسري، كما إذا اشترى عبيدين فإذا أحدهما مدبر لا يفسد في الآخر لذلك، بخلاف الجمع بين حر وعبد، وتماهه في الفتح. لانه إنما منع في الاول 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 نفعا لأحد العاقدين، لانه قد يكون أكثر مما شرط أو أقل، قال ط: والحيلة في جوازه أن لا يعقد العقد إلا بعد وزنه تحرياً للصحة، فيقول بعد الوزن: بعثك ما في هذا الطرف بكذا ويقول الآخر قبلت فيكون هذا من بيع الجزاف وهو صحيح. حموي عن شرح ابن السليبي. قوله: (فإنه يجوز) فلو باع المشتري السلعة قبل أن يزن الطرف: عن أبي حنيفة: لا يجوز بيع المشتري. وقال أبو يوسف: يجوز. خانية. قوله: (كما لو عرف قدر وزنه) ببناء عرف للمجهول أي لو عرفاه وشرطاً طرح قدره فإنه مقتضى العقد فيجوز. قوله: (وقدره) الواو بمعنى أو ط. قوله: (لانه قابض أو منكر) لف ونشر مرتب، قال في البحر: لانه إن اعتبر اختلاف في تعيين الزق المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان أو آمينا، وإن اعتبر اختلاف في الزيت فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن، فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة. وإذا برهن البائع قبلت بينته. وأورد عليه مسألتان: إحداهما: لو باع عبيدين ومات أحدهما عند المشتري وجاء بالآخر يرده بعيب واختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع. والثانية: أن الاختلاف في الثمن يوجب التحالف. وأجيب عن الاول بأن القول فيه للبائع لانكاره الزيادة أيضاً، وعن الثاني بأن التحالف عن خلاف القياس عند الاختلاف في الثمن قصداً، وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزق المقبوض أهو هذا أو لا، فلا يوجب التحالف، كذا في الفتح، والزق: بالكسر الطرف .

[197]

مطلب في بيع الطريق قوله: (وصح بيع الطريق) ذكر في الهداية أنه يحتمل بيع رقة الطريق وبيع حق المرور، وفي الثاني روايتان ا هـ. ولما ذكر المصنف الثاني فيما يأتي علم أن مراده هنا الاول. ثم في الدرر عن التتارخانية: الطرق ثلاثة: طريق إلى الطريق الاعظم، وطريق إلى سكة غير نافذة، وطريق خاص في ملك إنسان، فالأخير لا يدخل في البيع بلا ذكره أو ذكر الحقوق أو المرافق، والاولان يدخلان بلا ذكر ا هـ ملخصاً. وحاصله: لو باع داراً مثلاً دخل فيهما الاولان تبعاً بلا ذكر، بخلاف الثالث: والظاهر أن المراد هنا هو الثالث، وقد علمت أيضاً أن المراد ببيع رقة 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، فإما أن يكون له فيها حق المرور فقط، وإما أن يكون له رقية الطريق، فإذا باع رقية الطريق صح، فإن حد فظاها، وإلا فله بقدر عرض باب الدار العظمى كما يأتي. والفرق بين هذا الطريق والطريق الثاني وهو ما يكون في سكة غير نافذة إن هذا ملك للبائع وحده ولذا سمي خاصا، بخلاف الثاني فإنه مشترك بين جميع أهل السكة، وفيه أيضا حق للعامة كما يأتي بيانه قريبا، وقد اشتبه ذلك على الشرنبلالي فراجع به يظهر لك ما فيه بعد فهمك ما قررناه، والحمد لله. قوله: وفي الشرنبلالية عن الخانية لا يصح) نقل في الشرنبلالية عن الخانية الصحة عن مشايخ بلخ فما هنا بناء عليه اهـ ح. قلت: عبارة الشرنبلالية هكذا: قوله: وصح بيع الطريق، يخالفه ما قال في الخانية، ولا يجوز بيع مسيل الماء وهبته، ولا بيع الطريق بدون الأرض، وكذلك بيع الشرب. وقال مشايخ بلخ: جائز، ويخالفه أيضا قوله الآتي في رواية الزيادات اهـ كلام الشرنبلالية، والمتبادر من قول الخانية: وقال مشايخ بلخ: جائز أن خلافهم في بيع الشرب: أي بدون أرض لا في 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 رقية 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 ويخالفه أيضا الخ غير مسلم حق المرور لا في بيع أيضا، لأن رواية الزيادات 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 رقية الطريق على أنه 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 الامام: معترضة بين بعض المقول،

وهو خبر ليس المقدم واسمها المؤخر، والواو في ولم ينفذ للحال: أي والحال أن الدرب ليس بنافذ. قال ابن الشحنة: والمسألة من التتمة عن نوادر ابن رستم. قال أبو حنيفة في سكة غير نافذة: ليس لأصحابها أن يبيعونها ولو اجتمعوا على ذلك، ولا أن يقسموها فيما بينهم، لأن الطريق الأعظم إذا كثر الناس فيه كان لهم أن يدخلوا هذه السكة حتى يخف هذا الزحام. قال الناطقي: وقال شداد في دور بين خمسة: باع أحدهم نصيبه من الطريق فالباع جائز، وليس للمشتري المرور فيه إلا أن يشتري دار البائع، وإذا أرادوا أن ينصبوا على رأس سكنهم دربا ويسدوا رأس السكة ليس لهم ذلك، لأنها وإن كانت ملكا لهم ظاهرا لكن للعامة فيها نوع حق اهـ. ملخصا. ثم أفاد أن ما توهمه الناظم في شرحه من اختلاف الروايتين مدفوع، فإن ما ذكره ابن رستم في بيع الكل، وما ذكره في شداد في بيع البعض. والفرق أن الثاني لا يفضي إلى إبطال حق العامة، بخلاف الأول. هذا، وقد علمت ما 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 معاياتها) خبر مقدم، والبيت مبتدأ مؤخر، وجملة وارتضاه الح معترضة، والضمير للوهبانية، وهي مفاعلة من عاياه: إذا سأله عن شيء يظن عجزه عن جوابه، من قولهم عيني عن جوابه: إذا عجز، وتمامه في ط عن ابن الشحنة. قال السائحاني: والمعاية عند الفرضيين كالالغاز عند الفقهاء والاحاجي عند أهل اللغة، لأن ما يستخرج بالحزر يوقي الحجي: أي العقل والالغاز: جمع لغز بضم اللام، وقيل: يفتحها ويفتح العين المعجمة. قوله: (وارتضاه في ألغاز الاشباه) حقه أن يذكر عند البيت الاول، فإن الذي في ألغاز الاشباه هكذا: أي شركاء فيما يمكن قسمته إذا طلبوها لم يقسم نقل السكة الغير النافذة ليس لهم أن يقتسموها وإن أجمعوا على ذلك اهـ. قوله: (ومالك أرض الخ) هي الأرض المملوكة من السكة الغير النافذة فإنه لا يملك بيعها من غير شريكه. قال: ولو باعها لبعض الشركاء هل يجوز؟ فيه نظر، ولم أقف على الجواب فيه اهـ. قلت: ظاهر قولهم أنه لا يجوز بيع الطريق يقتضي المنع مطلقا حالة الانفراد، وإنما يجوز بالتبعية فيما إذا باع الدار وطريقها. قاله عبد البر بن الشحنة. قلت: الذي تقدم في شداد جواز البيع، ثم عدم الجواز إنما هو على ما في الخانية. وقال مشايخ بلخ بالجواز ط. قلت: قدمنا الكلام على ما في

الخانية، فافهم. قوله: (وإن لم يبين الخ) بيان لقوله: أولاً وكان الأولى تقديمه على قوله: (وهبته) كما فعل في الدرر. قوله: يقدر بعرض باب الدار العظمى)

[199]

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 أ ه. قلت: والظاهر أن العظمى صفة لباب، وأنتها لاكتساب الباب التأنيث بإضافته إلى الدار المؤنثة، ومعناه أنه لو كان له دار في داخل 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 أ ه. وفي الفتح عند قوله: ولو اشترى جارية إلا حملها الخ، ولو قال: بعثك الدار الخارجة على أن تجعل لي طريقا إلى داري هذه الداخلة فسد البيع، ولو قال: إلا طريقا إلى داري الداخلة جاز وطريقه بعرض باب الدار الخارجة أ ه. فرع: في الخانية: 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 أ ه. فأفاد جواز بيع الطريق تبعا وإن لم يكن له ما يقدر به. تأمل. مطلب في بيع المسيل قوله: (لا بيع مسيل الماء) هذا أيضا يحتمل بيع رقة المسيل وبيع حق التسييل كما في الهدية، ولكن لما قال المصنف بعده لا بيع حق التسييل علم أن مراده بيع رقة المسيل. ووجه الفرق بينه وبين رقة الطريق كما في الهدية أن الطريق معلوم، لأن له طولاً وعرضاً معلوماً كما مر. وأما المسيل فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء أ ه. قال في الفتح: ومن هنا عرف أن المراد ما إذا لم يبين مقدار الطريق والمسيل، أما لو بين حد ما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد أن يبين حدوده أ ه. 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 مضمرات أ ه. والفرق بينه وبين حق التعلي حيث لا يجوز هو أن حق المرور حق يتعلق برقة الأرض، وهي مال هو عين، فيما يتعلق به له حكم العين. أما حق التعلي فمتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال أ ه 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 أ ه. وهذه الرواية التي توهم في الشربلالية مخالفتها لقول المصنف والدرر: وصح بيع الطريق، ومقدمناه ما فيه. مطلب في بيع الشرب قوله: (وكذا بيع الشرب) أي فإنه يجوز تبعا للأرض بالاجتماع، ووحده في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه نصيب من الماء. درر. ومحل الاتفاق ما إذا كان شرب تلك الأرض، فلو شرب غيرها

[200]

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 فاسدا لا باطلا، لأن بيعه يجوز في رواية، وبه أخذ بعض المشايخ، وحرث العادة ببيعته 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 محلا للبيع لما جاز عتقه، كما لو اشترى بميتة أو دم فأعتقه لا يجوز أ ه. وأما ضمانه بالاتلاف بأن يسقي أرضه بشرب غيره فهو إحدى الروايتين، والفتوى على عدمه كما في الذخيرة، وهو الأصح كما في الظهيرية. وتماهه في النهر. قوله: (وسنحققه في إحياء الموات) حيث قال هو المصنف 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 أ ه ط. قوله: (لا يصح 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 التعلي، وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات، ومروجه، وهو ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء وإن كان على الأرض، وهو أن يسيل الماء عن أرضه كي لا يفسدها فيمره على أرض لغيره فهو مجهول لجهالة محله الذي يأخذه، وتماهه في الفتح. قوله: (لانه حق التعلي (أي نظيره. قوله: (بثمن مؤجل) أي ثمن دين، أما تأجيل المبيع والثمن العين فمفسد مطلقا كما سيذكره الشارح. قوله: (إلى النيروز) أصله نوروز عرب. وقد تكلم به عمر رضي الله تعالى عنه فقال: كل يوم لنا نوروز، حين كان الكفار يبتهجون به. فتح. قوله: (في الحوت) الذي في الحموي عن البرجندي: الجدي ط. قلت: وهذا أول فصل الشتاء، وما ذكره الشارح مذكور في القهستاني. قوله: (فإذا لم يبين 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) (يكسر الميم وسكون الهاء. ط عن المفتاح، وفي القهستاني أنه نوعان عامة، وهو أول يوم من الخريف: أعني اليوم السادس عشر من مهرماه. وخاصة، وهو

[201]

اليوم السادس والعشرون منه. قوله: (فاكتفى بذكر أحدهما) ولكن إنما عبر المصنف بذلك كغيره لما قاله في السراج أيضا: إن صوم النصارى غير معلوم وفطرهم معلوم، واليهود بعكسه ه. والحاصل أن المدار على العلم وعدمه، كما أفاده المصنف بقوله: إذا لم يدر المتعاقدان. قوله: (فلو عرفاه جاز) أي عرفه كل منهما، ولو عرفه أحدهما فلا. أفاده الرملي. قوله: (للعلم به) قال في الهداية. لأن مدة صومهم بالأيام، فهي معلومة فلا جهالة ه. ومفاده أن صوم اليهود ليس كذلك. قال في الفتح: والحاصل أن المفسد الجهالة، فإذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز. قوله: (وهو خمسون يوما) كذا في الدرر عن التمرتاشي، وفي الفتح والنهر خمسة وخمسون يوما. وفي القهستاني: صوم النصارى سبعة وثلاثون يوما في مدة ثمانية وأربعين يوما، فإن ابتداء صومهم يوم الاثنين الذي يكون قريبا من اجتماع النيرين الواقع ثاني شباط من آذار، ولا يصومون يوم الأحد ولا يوم السبت إلا يوم السبت الثامن والأربعين، ويكون فطرهم: يعني يوم عيدهم يوم الأحد بعد ذلك. قوله: (والحصاد) بفتح الحاء وكسرها ومثله القطاف والدياس. فتح. قوله: (والدياس) هو دوس الحب بالقدم لينقشر، وأصله الدواس بالواو لأنه من الدوس قلبت ياء للكسرة قبلها. فتح. قوله: (قوله لأنها) أي المذكورات من قوله: إلى قدوم وما بعده. قوله: (ولو باع الخ) أفاد أن ما ذكر من الفساد بهذه الأجل إنما هو إذا ذكرت في أصل العقد، بخلاف ما إذا ذكرت بعده، كما لو ألحقا بعد العقد شرطا فاسدا، ويأتي تصحيح أنه لا يلتحق. قوله: (شمني) ومثله في الفتح. قوله: (صح التأجيل) كذا جزم به في الهداية والملتقى وغيرهما، وقدمنا تمام الكلام عليه أول البيوع عند قوله :

[202]

وصح بثمن حال ومؤجل إلى معلوم فراجع. قوله: (ومتجمله في الدين) راجع إلى قوله: ولو باع مطلقا الخ يعني أن التأجيل بعد صحة العقد تأجيل دين من الديون فتتحمل فيه الجهالة اليسيرة، بخلافه في صلب العقد، لأن قبول هذه الأجل شرط فاسد والعقد يفسد به، أفاده في الفتح. قوله: (والكفالة) فإنها تتحمل جهالة الاصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان، والذوب غير معلوم الوجود فتحل جهالة الوصف وهو الاجل بالاولى، وتماهه في الفتح. قوله: (لا الفاحشة) كإلى هبوب الريح ونحوه كما يأتي. قال في النهر: وهذا يشير إلى أن اليسيرة ما كانت في التقدم والتأخر، والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح، كذا في العناية ه. تنبيه: في الزاهدي: باعه بثمن نصفه نقد ونصفه إذا رجع من بلد كذا فهو فاسد. قوله: (أو أسقط المشتري الاجل) وجه الصحة أو الفساد كان للتنازع وقد ارتفع قبل تقريره، وأفاد أن له الحق يستند بإسقاطه لانه خالص حقه. وأما قول القدوري: تراضيا على إسقاطه، فهو قيد اتفاقي كما في الهداية. قوله: (قبل حلوله) قيد به لانه لو أسقطه بعد حلوله لا ينقلب جائزا. منح: أي لو قال أبطلت التأجيل الذي شرطته في العقد لا يبطل ويبقى الفساد لتقريره بمضي الاجل وليس المراد إسقاط الاجل الماضي، فافهم. قوله: (وقبل فسخه)

أي فسخ العقد: أما لو فسخه للفساد ثم أسقط الاجل لا يعود العقد صحيحا لارتفاعه بالفسخ. قوله: (وقبل الافتراق) هذا في الاجل المجهول جهالة متفاحشة كما يأتي فلا محل لذكره هنا، ولذا اعترضه الرملي بأن إطباق المتن علي عدم ذكره صريح في عدم اشتراطه. وقول الزيلعي: لو أسقط المشتري الاجل 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 تتبعت كلامهم جميعا وجدته كذلك اهـ. ملخصا. قوله: (قوله ابن كمال وابن مالك) أقول: عزاه ابن كمال إلى شرح الطحاوي، وعزاه ابن ملك إلى الحقائق عن شرح الطحاوي وهو غير صحيح، فإن الذي رأيته في الحقائق وهو شرح المنظومة النسفية في باب ما اختص به زفر هكذا: اعلم أن البيع بأجل مجهول لا يجوز إجماعا، سواء كانت الجهالة متقاربة كالحصاد والدياس مثلا، أو متفاوتة كهبوب الريح وقدوم واحد من سفره، فإن أبطل المشتري الاجل المجهول المتقارب قبل محله وقبل فسخ العقد بالفساد انقلب البيع جائزا عندنا، وعند زفر: لا ينقلب، ولو مضت المدة قبل إبطال الاجل تأكل الفساد ولا ينقلب جائزا إجماعا، وإن أبطل المشتري الاجل المجهول متفاوت قبل التفريق ونقد الثمن انقلب جائزا عندنا، وعند زفر: لا ينقلب جائزا، ولو تفرقا قبل الإبطال تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا إجماعا من شرح الطحاوي في أول السلم. قلت: ذكر أبو حنيفة الاجل المجهول مطلقا، وقد بينت أن إسقاط كل واحد مؤقت بوقت على حدة اهـ ما في الحقائق، وقدما مثله أول البيوع عن البحر عن السراج، ورأيت منقولا أيضا عن البدائع. وحاصله أن اعتبار إبطال الاجل قبل التفريق إنما هو في الاجل المجهول متفاوت: أي المجهول جهالة متفاحشة، لا في المجهول المتقارب فإنهم لم يذكروه فيه. والظاهر أن ابن كمال تابع ابن ملك،

وأن نسخة الحقائق التي نقل منها ابن مالك فيها سقط، وتبعه أيضا المصنف والشارح، وهذا من جملة المواضع التي لم أر من نبه عليها والله تعالى الحمد. تنبيه: قول الحقائق ونقد الثمن غير شرط في المجلس لما في التاسع والثلاثين من جامع الفصولين: أبطل المشتري الاجل الفاسد ونقد الثمن في المجلس أو بعده جاز البيع عندنا استحسانا. وقال زفر والشافعي: لم يجز، وتمامه فيه. قوله: (فلا ينقلب جائزا وإن أبطل الاجل) هذا يوهم أن المراد وإن أبطل الاجل قبل الافتراق وليس كذلك، لما علمت من صريح النقول أنه ينقلب جائزا، ولأن العيني لم يذكر قوله قبل الافتراق، فتعين أن المراد: وإن أبطله قبل حلوله. قوله: (أو أمر المسلم الخ) عطف على كفل من قوله: كما لو كفل ط. قوله: (بيع خمر أو خنزير (أي مملوكين له بأن أسلم عليهما ومات قبل أن يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما. فتح. قوله: (يعني صح ذلك) أي التوكيل وبيع الوكيل وشراؤه. بحر. قوله: (مع أشد كراهة) أي مع كراهة التحريم، فيجب عليه أن يخلل الخمر أو يريقها ويسيب الخنزير، ولو وكله ببيعهما يجب عليه أن يتصدق بثمانهما. نهر وغيره، وأنظر لم لم يقولوا: ويقتل الخنزير مع أن تسيب السوايب لا يخل. قوله: (كما صح ما مر (وهو المعطوف عليه. منح: أي الكفالة وإسقاط الاجل: وأفاد بهذا أن قوله: أو أمر معطوف على قوله: كفل لئلا يتوهم عطفه على ما لا يصح وهو البيع إلى النيروز. قوله: (لأن العاقد الخ) أي إن الوكيل في 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 حكمي) أي يحكم الشرع بانتقال ما ثبت للوكيل من الملك إليه فيثبت له كسبه الملك الجبري له بموت مورثه. قوله: (وقالا لا يصح) أي يبطل كما في البرهان. قوله: (وهو الاظهر) لعل وجهه ما قاله في الفتح من أن حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن، وفي الشراء أن يسبب الخنزير ويخلل الخمر أو يريقها فيقي تصرفا بلا فائدة فلا يشرع مع كونه مكروها تحريما، فاي فائدة في الصحة؟ وأجاب في النهر بأن لا نسلم عدم المشروعية، لأن عدم طيب الثمن لا يستلزم عدم الصحة، كما في شعر الخنزير إذا لم يوجد مباح الاصل جاز بيعه وإن لم يطلب ثمنه، وأما في الشراء فله فائدة في الجملة وهي تخليل الخمر اهـ. وتأمل ذلك مع ما قدمناه عند قوله: وشعر الخنزير الخ. مطلب في البيع بشرط فاسد قوله: (ولا بيع بشرط) شروع في الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط لنهي (ص) عن بيع وشرط، ولكن ليس كل شرط يفسد البيع. نهر. وأشار بقوله: بشرط إلى أنه لا بد من كونه مقارنا

للعقد، لان الشرط الفاسد لو التحق بعد العقد، قيل: يلتحق عند أبي حنيفة، وقيل: لا، وهو الاصح كما في جامع الفصولين في 93، لكن في الاصل أنه يلتحق عند أبي حنيفة وإن كان اللاحق بعد الافتراق عن المجلس، وتماهه في البحر. قلت: هذه الرواية الاخرى عن أبي حنيفة، وقد علمت تصحيح مقابله وهي قولهما: ويؤيده ما قدمه المصنف تبعا للهداية وغيرها، من أنه لو باع مطلقا عن هذه الأجل ثم أجل الثمن إليها صح فإنه في حكم الشرط الفاسد كما أشرنا إليه هناك، ثم ذكر في البحر أنه لو أخرجه مخرج الوعد لم يفسد. وصورته كما في الولوالجية: قال: اشتر حتى أبني الحوائط ا هـ. قال في النهر بعد ما ذكر عبارة جامع الفصولين: وبهذا ظهر خطأ بعض حنفية العصر، إذ أفتى في رجل باع لآخر قصب سكر قدرا معيناً وأشهد على نفسه بأنه يسقيه ويقوم عليه بأن البيع فاسد لانه شرط تركه على الارض، نعم الشرط غير لازم ا هـ. قلت: وفي جامع الفصولين أيضا لو ذكرنا البيع بلا شرط ثم ذكرنا 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 الصحيح أنه لا يشترط لالتحاقه مجلس العقد ا هـ. وبه أفتى في الخيرية وقال: فقد صرح علماؤنا بأنهما لو ذكرنا الشرط البيع بلا شرط ثم ذكرنا على وجه العدة جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد ا هـ. قلت: فهذا أيضا مبني على خلاف ما مر تصحيحه، والظاهر أنهما قولان مصححان. 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 ا هـ. قلت: وينبغي الفساد لو اتفقا على بناء العقد عليه كما صرحوا به في بيع الهزل كما سيأتي آخر البيوع، وقد سئل الخير الرملي عن رجلين تواضعا على بيع الوفاء قبل عقده وعقد البيع خاليا عن الشرط. فأجاب بأنه صرح في الخلاصة والفيض والتتارخانية وغيرها بأنه يكون على ما تواضعا. قوله: (عطف على إلى النيروز) كذا في الدرر، لكن هذا ظاهر لو كان لفظة بيع ليست من المتن كعبارة الدرر. أما على كونها من المتن فالعطف على البيع في قوله: والبيع إلى النيروز. قوله: (الاصل الجامع) مبتدأ، وقوله: بسبب شرط خبره ا هـ ج. والجملة في محل نصب بيعني، ويحتمل نصب الاصل على أنه مفعول يعني أي يعني المصنف الاصل الجامع في فساد العقد الخ ط. قلت: وفي كل من التوجيهين خفاء، وكان الاوضح أن يزيد الشارح لفظة ما قبل قوله: لا يقتضيه فتكون هي الخير، لان الظاهر أن قوله: بسبب متعلق بفساد، وهذا ينافي كونه خبرا عن الاصل، ولان مراده أن يصير قوله: لا يقتضيه القعد الخ أصلا وضابطا، ولا يتم ذلك إلا بما قلنا نعم يحتمل كون الخبر بيع بشرط فل عليه ما قبله، ولا يصح كون ما قبله هو الخبر اقترانه 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، كذا في الذخيرة. وفي السراج الوهاج: أن يكون راجعا إلى صفة الثمن أو المبيع كاشتراط الخبر والطبخ والكتابة ا هـ ما في البحر. قوله: (وفيه نفع لاحدهما) الاولى قول الزيلعي، وفيه نفع لاهل الاستحقاق، فإنه أشمل وأحضر لشموله ما فيه نفع لاجنبي، فيوافق قوله الآتي: ولا نفع فيه لاحد ولاستغنائه 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 بالف على أن يقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري لا يفسد البيع، لانه لا يلزم الاجنبي، ولا خيار للبائع ا هـ ملخصا. وفي البحر عن الملتقى قال محمد: كل شئ يشترطه المشتري على البائع يفسد به البيع، فإذا شرطه على أجنبي فهو باطل، كما إذا اشترى دابة على أن يهبه فلان لاجنبي كذا، وكل شئ يشترطه على البائع لا يفسد به البيع، فإذا شرطه على أجنبي فهو جائز وهو بالخيار، كما إذا اشترى على أن يحط عنه فلان الاجنبي كذا جاز البيع، فإن شاء أخذه بجميع الثمن أو ترك ا هـ. قوله: (من أهل الاستحقاق) أي ممن يستحق حقا على الغير وهو الأدمي. بحر. قوله: (فلو لم يكن الخ) صرح بمجتز هذا القيد والذي بعده وإن كان يأتي لزيادة البيان. قوله: (قوله كشرط أن يقطعه) أي يقطع المبيع من حيث هو الصادق على الثوب أو العبد أو غيرهما، وبهذا ساغ 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: خرج عن الملائم للعقد ما لو اشترى أمة بشرط أن يطأها أو لا يطأها فالباع 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 لاحد، فهو شرط لا طالب له هـ. 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 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

[206]

في غيره، ولو سلم فلامساس له بمسألتنا. قوله: (أو يعتقه) الضمير المستتر فيه وفيما بعده عائد على المشتري. قوله: (فإن أعتقه صح) أي انقلب جائزا عنده خلافا لهما، حتى يجب على المشتري الثمن وعندهما القيمة، بخلاف التدبير ونحوه، لأن شرط العتق بعد وجوده يصير ملائما للعقد لأنه منه للملك والفاقد لا تقرر له فيكون صحيحا، ولا كذلك التدبير ونحوه لجواز أن يحكم قاض بصحة بيعه فيقرر الفساد. وأجمعوا على أنه لو أعتقه قبل القبض لا يعتق إلا إذا أمره البائع 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 والأدمي 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 البازية: اشترى عبدا على أن يطعمه لم يفسد، وعلى أن يطعمه خبيصا فسد هـ 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 البازية إن إطعام العبد من مقتضيات العقد، بخلاف إطعامه نوعا خاصا كالخبص. 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 لاحد) أي من أهل الاستحقاق للنفع، إلا فالدابة تنتفع ببعض الشروط، وشمل ما فيه مضرة لاحدهما. قال في النهر: كان كان ثوبا على أن يخرقه 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 هـ. قلت: إطلاق المصنف مبني على قولهما، وشمل أيضا ما لا مضرة فيه ولا منفعة، قال في البحر: كأن اشترى طعاما أكله أو ثوبا بشرط لبسه فإنه يجوز هـ. تأمل. قوله: (ولو أجنبي) تعميم لقوله: لاحد وبه صرح الزيلعي أيضا. قوله: (فلو شرط الخ) (تفريع على مفهوم التعميم المذكور، فإن مفهومه أنه لو كان فيه نفع لاجنبي يفسد البيع، كما لو كان لاحد المتعاقدين. قوله: (أو أن يقرضه) أي إن يقرض فلانا أحد العاقدين كذا، بأن شرط المشتري على البائع أن يقرض زيدا

[207]

الاجنبي كذا من الدراهم أو شرط البائع على المشتري ذلك. قوله: (فالظاهر الفساد) وبه جزم في الفتح بقوله: وكذا إذا كانت المنفعة لغير العاقدين، ومنه إذا باع ساحة على أن يبني بها مسجدا أو طعاما على أن يتصدق به فهو فاسد هـ. ومفاده أنه لا يلزم أن يكون الاجنبي معينا، وتأمله مع ما قدمناه أنفا عن الخلاصة، إلا أن يجاب بأن المسجد والصدقة يراد بهما التقرب إلى الله تعالى وحده، وإن كانت المنفعة فيهما

لعباده، فصار المشروط له معينا بهذا الاعتبار. تأمل. قوله: (وظاهر البحر ترجيح الصحة) حيث قال: وخرج أيضا ما إذا شرط منفعة لاجنبي، كأن يقرض البائع أجنبيا، فالبيع صحيح كما في الذخيرة عن الصدر الشهيد، وفيها: ذكر القدوري أنه يفسد كأن يقول اشتريت منك هذا على أن تقرضني أو تقرض فلانا هـ. وفي القهستاني عن الاختيار جواز البيع وبطلان الشرط وفي المنح: واختار صاحب الوقاية تبعا لصاحب الهداية عدم الفساد هـ. وله جزم في الخانية. قلت: لكن قد علمت أن ما نقله الشارح عن ابن ملك من التعميم للاجنبي، صرح 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 لاحد أي من أهل الاستحقاق، فالتقييد بأهل الاستحقاق للاحتراز عما فيه 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: (كشروط رهن معلوم) أي بالإشارة أو التسمية، فلو لم يكن معلوما بذلك لم يجز إلا إذا تراضيا على تعيينه في المجلس ودفعه إليه قبل أن يتفرقا أو يعجل الثمن وبطلان الرهن، وإذا كان مسمى فامتنع عن تسليمه لم يجز، وإنما يؤمر بدفع الثمن، فإن لم يدفعهما 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 ففسد البيع قياسا واستحسانا ولو باع على أن يحيل المشتري البائع على غيره بالثمن ففسد قياسا وجاز استحسانا. قوله: (أي صرم) بفتح الصاد المهملة: وهو الاديم: أي الجلد. قوله: (سماه باسم ما يؤول) أي كتسمية العصور خمرا، 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 هـ. وأجاب في النهر بأنه يجوز أن يراد بالنعل الصرم، وضمير يشركه للنعل بالمعنى الحقيقي على طريق الاستخدام اهـ.

قلت: إرادة الحقيقة أظهرت 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 المجاز وهو الجلد. قوله: (ومثله تسمير القيقاب) أصله للمحقق ابن الهمام حيث قال: ومثله في ديارنا شراء القيقاب على أن يستمر له سيرا. قوله: (استحسانا للتعامل) أي يصح البيع ويلزم للشرط استحسانا للتعامل. والقياس فساد، لأن فيه نفعًا لاحدهما وصار كصبيغ الثوب، مقتضى القياس منعه لانه إجارة عقدت على استهلاك عين الصيغ مع المنفعة، ولكن جواز للتعامل، ومثله إجارة الطئر، وللتعامل جوزا الاستصناع مع أنه بيع المعدوم، ومن أنواعه شراء الصوف المنسوخ على أن يجعله البائع قلنسوة، أو قلنسوة بشرط أن يجعل البائع لها بطانة من عنده. وتماه في الفتح. وفي البزازية: اشترى ثوبا أو خفا خلفا على أن يرفعه البائع ويسلمه صح هـ. ومثله في الخانية: قال في النهر: بخلاف خياطة الثوب لعدم التعارف اهـ. قال في المنح: فإن قلت: نهى النبي (ص) 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 اهـ ملخصا. قلت: وتدل عبارة البزازية والخانية، وكذا مسألة القيقاب على اعتبار العرف الحادث. ومقتضى هذا أنه لو حدث عرف في شرط غير الشرط في النعل والثوب والقيقاب 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) أي التفصيل السابق. قوله: (إنما هو إذا 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 شرطاً وأن يكون الشرط في صلب العقد الخ، وقدمنا الكلام على الأخير. قوله: (بطل البيع) ظاهره ولو كان مضراً لا نفع فيه لأحد، وبه صرح القهستاني. قوله: (ووقته) بصيغة الماضي من التوقيت ط. قوله: (كخيار الشرط) أي كتوقيت خيار الشرط وهو ثلاثة أيام، وهذا منه، فإن خيار الشرط يصح لغير العاقدين. قوله: (ويحرر من مسائل شتى) أي متفرقة جمع شتيت، والمسألة المذكورة

[209]

في البحر في هذا الباب أيضاً، 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 لاستلزامه القبض، وهل التولية قبض هنا؟ صحح في المجتبى والعمادية عدمه، وصحح في الخانية أنها قبض، واختاره في الخلاصة من البحر والنهر، وطحن البائع الحنطة بأمر المشتري كالعتق كما سيذكره الشارح ويأتي تمامه. قوله: (عبر ابن الكمال بإذن) أي ليعم بيع المكروه إذ هو فاسد ولا رضا فيه كما حررناه أول البيوع. قوله: (بأن يأمره بالقبض) أي وقبضه بحضرته أو غيبته ط. عن الاتقاني. قوله: (بأن قبضه في مجلس العقد بحضرته) تصوير للآذن دلالة، أما بعد المجلس فلا بد من صريح الآذن، إلا إذا قبض البائع الثمن وهو مما يملك به فإنه يكون إذناً بالقبض دلالة هـ ح عن النهر. فإن كان مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير، فلا بد من صريح الآذن 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 مجازاً عرفياً فيعم الباطل والمكروه. قوله: (حقق إخراجاً) أي إخراج الباطل بذلك: أي بقوله: وكل من عوضه مال. وتعقبه الحموي بأن من أفراد الباطل ما لا يخرج بهذا القيد وهو بيع الخمر والخنزير بالدرهم فإنه باطل، ومع أن كلا من عوضه مال، وعلى هذا فلا بد من حذف هذا القيد لاقتضائه أن هذا الفرد من الباطل يكون فاسداً يملك بالقبض وليس كذلك ط. قلت: المراد المال المتقوم كما قيده به في النهر، ولا شك أن الخمر ونحوه غير متقوم، ويدل 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 دلالة كما هو صريح الهداية وغيرها: أي إن الرضا بالقبض دلالة كما مر تصويره مقيد بما إذا لم ينهه عن القبض، لأن الدلالة تلغو مع النهي الصريح، فافهم. قوله: (ولم يكن فيه خيار شرط) يوضحه قول الخانية: ويثبت خيار الشرط في البيع الفاسد كما يثبت في البيع الجائز، حتى لو باع عبد بألف درهم ورطل خمر على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبض المشتري العبد واعتقه في الأيام الثلاثة لا ينفذ إعتاقه، ولولا خيار الشرط للبائع نفذ إعتاق المشتري بعد القبض اه سائحاني. ومفاده صحة إعتاقه بعد مضي المدة لزوال الخيار وهو ظاهر. قوله: (ملكه) أي ملكاً خبيثاً حراماً فلا يحل أكله ولا لبسه الخ. قهستاني. وأفاد أنه يملك عينه، وهو الصحيح المختار خلافاً

[210]

لقول العراقيين إنه يملك التصرف فيه دون العين. وتماهه في البحر. قوله: (إلا في ثلاث) قلت: يزداد مثلها، وهي بيع المكاتب والمدير وأم الولد على القول بفساده كما مر الخلاف فيه. قوله: (في بيع الهازل) أي على ما صرح به البزودي وصاحب المنار من أنه فاسد؛ وذكر في الفنية أنه باطل فلا استثناء كما في البحر، وقد بسطنا الكلام عليه أول البيوع، وحققنا أن المراد من قول الخانية والفنية: إنه باطل: أي فاسد، بدليل أنهما لو أجازاه جاز، والباطل لا تلحقه الإجازة، وأنه منعقد بأصله لأنه مبادلة مال بمال لا بوصفه فافهم. قوله: (وفي شراء الاب من ماله لطفله الخ) وقعت هذه العبارة كذلك في البحر والاشباه عن المحيط، وضواها: وفي شراء الاب من مال طفله لنفسه فاسداً 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 ا هـ. وبه اندفع توقف المحشي. قوله: (حتى يستعمله) لان قبض الاب حاصل فلا بد من الاستعمال حتى يتحقق قبض حادث، ولذا جمع في المحيط بين القبض والاستعمال، وعلى هذا فلا يلزم في صورة الشراء لطفله أن يكون الاستعمال في حاجة طفله، فافهم، 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 النخلة قبض، ولذا قيده بكونها حاضرة، وإلا فقد مر أن قبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع ا هـ: أي لان قبض المبيع مضمون بالثمن أو بالقيمة لو فاسدا وقبض الامانة غير مضمون، وهو أضعف من المضمون فلا ينوب عنه، وقدما قريبا اختلافا التصحيح في كون النخلة قبضا في البيع الفاسد. قوله: (وإذا ملكه) مرتبط بقول المصنف ملكه ط. قوله: (تثبت كل أحكام الملك) فيكون المشتري خصما لم يدعيه لانه 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. وتامامه في البحر. قوله: (ولا وطؤها) ذكر العمادي في فصوله خلافا في حرمة وطئها، فقبل: يكره ولا يحرم وقيل: يحرم. بحر: أي لان فيه إعراضا عن الرد الواجب، وفي حاشية الحموي: قبل: وهل إذا تزوجها يحل للزوج وطؤها؟ الظاهر نعم، وهل يطيب المهر للمشتري أم لا؟ محل نظر. قوله: (ولا أن يتزوجها منه البائع) (المراد لا يصح، لانها بصد أن تعود إلى البائع نظرا إلى وجوب الفسخ فيصير ناكحا أمته، حموي. قوله: (ولا شفعة لجاره ولو عقارا) أي لو اشترى دارا شراء فاسدا وقبضها ولا يثبت للجار حق الشفعة. قال ط عن حاشية الاشباه للسيد أبي السعود: ولا لخليطه في نفس المبيع وشريكه في حق المبيع، لان حق البائع لم ينقطع لانه على شرف الفسخ والاسترداد نفيا للفساد، حتى إذا سقط حق الفسخ بأن بنى المشتري فيها يثبت حق الشفعة ا هـ. قوله: (ولا شفعة بها) هذا سبق نظر، لان الذي في الجوهرة هكذا: وإذا كان المشتري دارا فبيعت دار إلى جنبها ثبتت الشفعة للمشتري ا هـ. ثم ذكر المسألة المارة فقال: ولا تجب فيها شفعة للشفيع ا هـ. وفي الزيلعي والبحر وجامع الفصولين: لو اشترى دارا شراء فاسدا فبيعت بجنبها دار أخذها المشتري بالشفعة ا هـ. نعم في شرح المجمع: لو اشترى دارا لا تجوز الشفعة بها ا هـ.

[211]

ويجب أن تكون الباء بمعنى في ليوافق كلام غيره. ولا يمكن تأويل كلام الشارح بذلك لانه يصير عين المسألة التي قبلها. قوله: (بمثله إن مثليا) وإن انقطع المثل بقيمته يوم الخصومة كما أفتى به الرملي وعليه المتون في كتاب الغصب. قوله: (ولا فيقيمته) 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) تقيد لضمانه بالمثل أو بالقيمة، لانه إذا كان قائما بحاله كان الواجب رد عينه. قوله: (أو تعذر رده) عطف عام على خاص، لان تعذر الرد يكون بالهلاك ويتصرف قولي أو حسي مما يأتي قوله: (يوم قبضه) متعلق بقيمته. وقال محمد: قيمته يوم أتلغه لانه بالاتلاف يتقرر. بحر عن الكافي. قوله: (لان به) أي بالقبض، والاولى لانه ط. قوله: (فلا تعتبر الخ) تفريع على اعتبار قيمته يوم القبض لا يوم الاتلاف: أي لو زادت قيمته في يده فأتلغه 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: (لأنكاره الزيادة) أي الزيادة في المثل أو القيمة التي يدعيها البائع. قوله: (ويجب على كل واحد الخ) عدل عن قول الكنز والهداية: ولكل منهما فسخه، لان اللام تفيد التخيير مع أن الفسخ واجب، وإن أوجب بأن اللام مثلها في وإن أسأتم فلها. أو أن المراد بيان أن لكل منهما ولاية الفسخ رفعا لتوهم أنه إذا ملك بالقبض لزم، لان الآية تقتضي كون اللام بمعنى على بخلافها هنا، ولان كون المراد بيان الولاية المذكورة يلزمه منه ترك بيان الوجوب مع أنه مراد أيضا، والتصريح بالوجوب يدل على المرادين فكان أولى. قوله: (فسخه) أي فسخ البيع الفاسد. قلت: وهذا في غير بيع المكره فإنهم صرحوا بأنه فاسد، وبأنه مخير بين الفسخ والامضاء، نعم يظهر الوجوب في جانب المكره بالكسر. 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، كالبيع بالخمر أو الخنزير فكذلك، وإن كان بشرط زائد كالبيع إلى أجل مجهول أو بشرط فيه نفع لأحدهما فكذلك عندهما لعدم اللزوم، وعند محمد لمن له منفعة الشرط، واقتصر في

الهداية على قول محمد: ولم يذكر خلافا. بحر. وأفاد أن من عليه منفعة الشرط يفسخ بالقضاء والرضا على ما قال محمد: قهستاني. قوله: (ولكون امتناعا عنه) أي عن الفساد. قال في الهداية: وهذا قبل القبض ظاهر، لانه لم يفسد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه اهـ. فقوله: منه يحتمل عوده على الفساد أو على حكم البيع وهو الملك. تأمل. قوله: (ما دام المبيع بحاله) متعلق بقوله: وعلى كل واحد منهما فسخه واحترز به عما إذا عرض عليه ما تعذر به رده مما يمنع الفسخ كما يأتي بيانه. قوله: (ولذا) أي لوجوب وقع المعصية، والاولى عدم زيادة التعليل والاقتصار على عبارة المصنف ليصح التعليل بعده، وإلا كان التعليل الثاني عين الاول، إلا أن يفرق بأن الثاني أعم من الاول.

[212]

تأمل. قوله: (وإذا أصر أحدهما) عبارة المصنف في المنح: أي البائع والمشتري، وظاهره إن أصرا بضمير التثنية، وهو المرافق لما في البزازية، لما قدمناه قريبا من أن لكل الفسخ بعلم الآخر لا برضاه، فأصرار أحدهما لا يحتاج معه إلى فسخ القاضي. مطلب: رد المشتري فاسدا إلى بائعه فلم يقبله قوله: (وكل مبيع فاسد) وصف المبيع بالفساد لكونه محله. قوله: (كإعارة) وكوديعة ورهن. بحر. قوله: (وغصب) فيه أن الكلام في رد المشتري. والجواب أن المراد بالرد وقوعه في يد البائع كما أفاده ما بعده ط. قوله: (ووقع في يد بائعه) الظاهر أن هذا شرط في الرد الحكمي كما في المسائل المذكورة، أما لو رده عليه قصدا فلا لما في الخانية: رده المشتري للفساد فلم يقبله، فأعاده إلى منزله فهلك لا يضمنه. وقال بعضهم: هذا لو الفساد متفقا عليه، فلو مختلفا فيه ضمنه. والصحيح أنه يبرأ فيهما إلا إذا وضع بين يديه فلم يقبله فذهب به إلى منزله فإنه يضمنه اهـ. وذكر في البحر عن القنية أن الاشبه ما قاله بعضهم من التفصيل المذكور. قلت: لكن لا يخفى أن تصحيح قاضيخان مقدم، لانه فقيه النفس. والحاصل: أن الرد صح مطلقا وإن لم يقع في يد البائع لكون الرد قصديا لا ضمنيا، وبه يخرج عن الضمان لانه فعل الواجب عليه، لكن إذا وضعه بين يدي البائع حصل القبض أيضا بناء على أن التخلية قبض، وهو ما مر تصحيحه عن قاضيخان أيضا، فإذا ذهب به بلا إذن صار غاصبا فيضمنه، بخلاف ما إذا ذهب به قبل التخلية المذكورة لعدم حصول القبض من البائع، فلم يصر غاصبا بالذهاب ولم يضمنه 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 القصدي كما علمته، هذا ما ظهر لي فاغتنمه. قوله: (إن المستحق بجهة) كالرد للفساد هنا فإنه مستحق للبائع على المشتري، ومثله رد المغصوب على المغصوب منه. قوله: (بجهة أخرى) كالهبة ونحوها. قوله: (ولا فلا) أي 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 الاول 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: ما دام في يد المشتري وقيد بيع المشتري لأن البائع لو باعه بعد قبض المشتري وادعى أن الثاني كان فسخ الاول وقبضه وزعم المشتري الثاني أنه كان بعد الفسخ والقبض من الاول فالقول له لا للبائع، وينفسخ الاول بقبض الثاني. بحر عن البزازية. ومثله في جامع الفصولين. ولعل وجه انفساخ الاول أن المشتري 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

[213]

فلان الغائب وبرهن لا يقبل وللبائع 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 لانه يستغني به عما ذكره بعده. قوله: (كما علمت) من قول المصنف، وكل مبيع فاسد ط. قوله: (وفساده) أي فساد البيع الاول. قوله: (ينقض كل تصرفات المشتري) أي التي يمكن نقضها، بخلاف ما لا يمكن كالاتفاق فإنه يتعين فيه أخذ القيمة من المكروه بالكسر، فافهم. قوله: (وسلم)

قال في البحر: شرط في الهداية التسليم في الهبة لانها لا تغيد الملك إلا به، بخلاف البيع. قوله: (أو استولدها) أفاد أنه لا يلزمه مع القيمة العقر، وقيل: عليه عقرها أيضا جامع الفصولين. قال: وظاهره أي ظاهر ما في المتن أن المراد استيلاء حادث، فلو كانت زوجته أولا استولدها ثم اشتراها فاسدا وقبضها هل يكون كذلك لملكه إياه؟ فليحرر ا ه. قلت: الظاهر بقاء الفسخ، لأنه حق الشرع، ولم يعرض عليه تصرف حادث يمنع. تنبيه: نقل في النهر عن السراج أن التدبير كالاستيلاء، ومثله في القهستاني، لم يره في البحر منقولا فذكره بحثا. قوله: (بعد قبضه) الأولى ذكر آخر المسائل ط. قوله: (قلو قبله لم يعتق بعثقه) تخصيصه التفريع على العتق يوهم أن قوله: بعد قبضه متعلق بقوله: أو أعتقه فقط وليس كذلك، فكان الاظهر أن يقول: فلو قبله لم تنفذ تصرفاته المذكورة إلا إذا أعتقه البائع بأمر المشتري قوله: (وكذا لو أمره الخ) وفي جامع الفصولين: ولو برا، فخلطه البائع بطعام المشتري بأمره قبل قبضه صار قابضا وعليه مثله. بحر. قوله: (فيصير المشتري قابضا اقتضاء) ما يقدر لتصحيح الكلام كاعتق عبدك عني بألف فإنه يقتضي سبق البيع ليصح العتق عن الأمر وهنا كذلك، فإن صحة تصرف البائع عن المشتري تقتضي أن يقدر سابقا عليه، ولهذا قال في المنح عن الفصول العمادية: وإنما كان كذلك لأنه لما أمر البائع بالعتق فقد طلب أن يسلمه على القبض، وإذا أعتق البائع بأمره صار المشتري قابضا سابقا عليه ا ه فافهم. مطلب: يملك المأمور ما لا يملكه الأمر قوله: (ما لا يملكه الأمر) فإن الأمر وهو المشتري لا يصح 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 مر، في فعله ذلك تقريرها، فقد استوى الأمر والمأمور في ذلك، ولذلك ذكر في البحر مسألة الأمر بالعتق فقط. ثم قال: وهذه عجيبة حيث ملك المأمور ما لم يملك الأمر ا ه. والظاهر أن البائع يأثم بالعتق أيضا لما قلنا، ولكن الذي ملكه هو دون الأمر إنما هو نفاذ العتق مع قطع النظر عن الاثم وعدمه كما في باقي تصرفات المشتري بعد القبض، هذا ما ظهر لي فتدبره .

تنبيه: لهذه المسألة نظير يملك المأمور فيه ما لا يملكه الأمر، وهو ما مر في قول المتن: أو أمر المسلم ببيع خمر أو خنزير أو شرائهما ذميا، أو أمر المحرم غيره ببيع صيده. قوله: (وما في الخانية الخ) أي حيث جعل العتق عن البائع والدقيق والشاة له أيضا، ومثله في البزازية أيضا. قوله: (كما بسطه العمادي) وأقره في جامع الفصولين. قوله: (وقفا صحيحا) فلو فاسدا كان اشتراط فيه بيعه عند الحاجة لا يمنع الفسخ ط. قوله: (وأخرجه عن ملكه) عطف لازم على قوله: وقفه. قوله: (وما في جامع الفصولين) حيث قال: ولو وقفه أو جعله مسجدا لا يبطل حق الفسخ ما لم يبين ا ه ح: أي فالمانع من الفسخ هو البناء. قوله: (غير صحيح) حملة في النهر على إحدى روايتين، وهو أولى من التعليل ح. وحملة في البحر على ما إذا لم يقض به، أما إذا قضى به فإنه يرتفع الفساد للزومه. قلت: لكن المسجد يلزم بدون القضاء اتفاقا. قوله: (أو رهنه) أي وسلمه لأن الرهن لا يلزم بدونه. قوله: (أو أوصى به) أي ثم مات، لأنه ينتقل من ملكه إلى ملك الموصى له وهو ملك مبتدأ فصار كما لو باعه. منح. قوله: (أو تصدق به) أي وسلمه، لأنه لا يخرج عن ملك المتصدق بدون تسليم. قوله: (نفذ البيع الفاسد) أي لزم، وإلا فالاصل أن النافذ ما قابل الموقوف، واللازم ما لا خيار فيه، وهذا فيه خيار الفاسد، وبهذه التصرفات لزم. تأمل. ثم إن الشارح تبع المصنف حيث جعل فاعل نفذ هو البيع الفاسد، والمفهوم من الهداية أن الفاعل ضمير يعود إلى ما ذكر من التصرفات. وقال في الفتح: فإذا أعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة من أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته فيه، وإنما وجبت القيمة لأنه انقطع حق الاسترداد لتعلق حق العبد به، والاسترداد حق الشرع وحق العبد مقدم لفقره، فقد فوت المكنة بتأخير التوبة ا ه ملخصا: أي أن الواجب عليه كان هو التوبة بالفسخ والاسترداد، وتأخيرها إلى وجود هذه التصرفات التي تعلق بها حق عبد يكون قد فوت مكنته من الاسترداد فتعين لزوم القيمة، ومقتضاه أن المعصية تقررت عليه لا يخرج عن عهدها إلا بالتوبة، وأن الفسخ قبل هذه التصرفات توبة كما يشير إليه الشارح: رفعا للمعصية. قوله: (إلا في أربع الخ) عبارة الاشباه: العقد الفاسد إذا تعلق به حق عبد لزم وارتفع الفساد إلا في مسائل: أجر فاسدا فأجر المستأجر صحيحا فللاول نقضها. المشتري من المكروه لو باع صحيحا فللمكروه نقضه. المشتري فاسدا إذا أجر فللبائع نقضه. وكذا إذا زوج ا ه. وأنت خبير بأن كلام المتن في تصرف المشتري فاسدا فلا يصح استثناء الأولى لعدم دخولها، وكذا الثانية لاحتراز المتن عنها، والصورة الثالثة

والرابعة ذكرهما الشارح حيث قال: غير إجارة ونكاح ا ه ج. قلت: والضمان في نقضه للعقد الاول بقريئة الاستثناء، وعليه فقوله وكذا إذا زوج: أي يكون للبائع نقض البيع لا التزويج، فلا ينافي ما يأتي تحريره. قوله: (وكذا كل تصرف قولي) عطف على قوله في جميع ما مر وأراد به نحو التدبير، وما لو جعل مهرا أو بدل صلح أو إجارة أو غير ذلك مما يخرج عن ملكه كما تعيده عبارة النفاية التي نقلناها عند قوله: فإن باعه. قوله: (غير إجارة ونكاح)

[215]

أي فلا يمنعان الفسخ، لان الاجارة تفسخ بالاعذار، ورفع الفساد من الاعذار والنكاح ليس فيه إخراج عن الملك. بحر. قوله: (وهل يبطل نكاح الامة) لما ذكر أن النكاح لا يمنع البائع من فسخ البيع أراد أن يبين أنه هل يفسخ النكاح الذي عقده المشتري كما تفسخ الاجارة أم لا. قوله: (المختار نعم ولوالجية) (مخالفة لما صرح به في الفتح من عدم الانفساخ، وكذا في الزيلعي وغاية البيان عن التحفة. قال في المجتبى: إلا الاجارة وتزويج الامة، لكن ا لاجارة تفسخ بالاسترداد دون النكاح: وفي التتارخانية عن نوادر 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 لانه لا يفسخ بالاعذار وقد عقده المشتري وهي على ملكه. وقد نقل في البحر عبارة السراج. ثم قال: ويشكل عليه ما ذكره اللؤلؤجي في الفصل الاول من كتاب النكاح: لو زوج الجارية المبيعة قبل قبضها وانتقض البيع فإن النكاح يبطل في قول أبي يوسف، وهو المختار، لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل معنى فصار كأنه لم يكن فكان النكاح باطلا ا ه. إلا أن يحمل ما في السراج على قول محمد، أو يظهر بينهما فرق ا ه ما في البحر. وتبعه في النهر والمنح، وكتبت فيما علفته على البحر أن الفرق موجود، لان كلام اللؤلؤجي فيما قبل القبض، وكلام السراج فيما بعد القبض المفيد للملك، ثم رأيت ط نيه على ذلك الفرق، وكذلك نيه عليه الخير الرملي في حاشية المنح حيث قال: العجب من ذلك مع أن ما في السراج فيما عقد بعد القبض، وما في اللؤلؤجية قبل القبض كما هو صريح كل من العبارتين فكيف يستشكل بإحداهما على الاخرى، ولئن كان كلام السراج في البيع الفاسد وكلام اللؤلؤجي في مطلق البيع، فقد تقرر أن فاسد البيع كجائزة في الاحكام، فتأمل ا ه. قلت: ويكفي ما أسمعنك نقله عن كتب المذهب، على أن الظاهر أن كلام اللؤلؤجية لا يمكن حمله على مطلق البيع، بل مراده البيع الفاسد، لانه البيع الصحيح صورة إما أن ينتقض بالاستحقاق أو بالخيار أو بهلاك المبيع قبل قبضه، ولا فرق في الاولين بين ما قبل القبض وما بعده لعدم الملك أصلا، فتخصيصه الحكم 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 لانه زوجها وهي في ملكه فلا يفسخ النكاح بفسخ البيع. وأما إذا ماتت الجارية قبل قبضها في يد البائع فقد صرح في متفرقات بيوع البحر عن الفتح بأنه لا يبطل النكاح وإن بطل البيع. قوله: (كرجوع هبة) أي رجوع واهب في هبته بقضاء أو بدونه كما في البحر عن الفتح. قوله: (عاد حق الفسخ) لان 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 لزوال المانع، ولو رد بعيب بلا قضاء لا يعود حق الفسخ، كما لو اشتراه ثانيا، بحر. لان رده بلا قضاء عقد جديد في حق ثالث. قوله: (لا بعده) أي لو زال المانع بعد القضاء بالقيمة على المشتري لا يعود حق الفسخ، لان 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 الابق ثم عاد العبد. ذخيرة ومراده بالقيمة ما يعمر المثل. قوله: (بموت أحدهما)

[216]

وكذا بالاجارة والرهن كما علمته. قوله: (حتى يرد ثمنه) أي ما قبضه البائع من ثمن أو قيمة كما في الفتح. قوله: (المنقود) لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن. فتح. والمراد بالمنقود المقبوض احترازا عن الدين. قوله: (بخلاف ما لو شرى) أي بخلاف غير المنقود كما لو شرى الخ. قوله: (كإجارة ورهن) (أي فاسدين ا ه ج.

وقوله: وعقد صحيح قيل: صوابه: بخلاف عقد صحيح لما في النهر، أما إذا لم يكن الثمن منقوداً، كما إذا اشترى من مدينة عبداً بدين سابق شراء فاسداً وقبضه بالاذن فأراد البائع أخذه بحكم الفساد ليس للمشتري حبسه لاستيفاء ماله عليه من الدين والاجارة الفاسدة، وكذا الرهن الفاسد على هذا بخلاف ما إذا كان العقد صحيحاً في الابواب الثلاثة ا هـ. قلت: هذا بناء على ما فهمه المعترض وهو غير متعين، لانه يمكن حمل كلام الشارح على وجه صحيح، وهو أن قوله: كإجارة ورهن راجع لاصل المسألة، وهو قوله: لا يأخذه حتى يرد الثمن المنقود فيكون المراد ما إذا كان بدل الاجارة والرهن منقودين. قال في البحر: وأشار المؤلف إلى أنه لو استأجر إجارة فاسدة ونقد الاجرة أو ارتهن رهناً فاسداً أو أقرض قرضاً فاسداً وأخذ به رهناً كان له أن يحبس ما استأجر وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتباراً بالعقد الجائر إذا تفاسخا ا هـ. ونحوه في الفتح وعليه فقوله: وعقد صحيح قصد بذكره أن هذه العقود مثله إذا كان البدل فيها منقوداً، فإنه إذا كان منقوداً لا فرق بين العقد الصحيح والفساد في ثبوت حق الحبس بعد الفسخ في الكل بل الفرق بينهما في غير المنقود. قال في جامع الفصولين بربرمز الخانية: شري من مديونه فاسداً ففسخ ليس له حبس المبيع لاستيفاء دينه وكذا لو أجزأه إجارة فاسدة، ولو كان عقد البيع أو الاجارة جائزاً فله الحبس لدينه ا هـ. فأفاد أن له الحبس في العقد الجائر إذا كان البدل غير دين بالاولى فافهم. قوله: (والفرق في الكافي) أي الفرق بين الفاسد والصحيح إذا كان البدل غير منقود حيث يملك الحبس في الصحيح دون الفاسد هو ما ذكره في كافي النسفي. وحاصله: أنه لما وجب للمدينون على المشتري مثل الدين صار الثمن قصاصاً لاستوائهما قدراً ووصفاً، 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 وصفاً فلم يكن له حق الحبس ا هـ. قوله: (فإن مات أحدهما) عبارة العيني، والزيلعي: فإن مات البائع، وهي أنسب لقول المصنف: فالمشتري أحق. قوله: (والمستقرض) بأن استقرض قرضاً فاسداً وأعطى به رهناً. بحر. قوله: (فاسداً) حال من الكل، وفيه وصف العاقد بصفة عقده مجازاً لانه محله. قوله: (بعد الفسخ) نص على المتوهم، فإن الحكم كذلك قبل الفسخ بالاولى ط. قوله: (فالمشتري ونحوه) أي المستأجر والمقرض والمرتهن. وحاصله: أن الحي الذي بيده عين المبيع أو المستأجر أو الرهن أحق بما في يده من العين من

غرماء الآخر الميت حتى يقبض ما نقد. قال في الفتح: لانه مقدم عليه: في حياته، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته، إلا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما أعطى، فما فضل للغرماء ا هـ. قال الرحمتي: لكن سيأتي في كتاب الاجارة أن الراهن فاسداً أسوة الغرماء، وسيأتي آخر الرهن مثل ما هنا، ووفقنا بأن ما هنا وما يأتي في الرهن إذا كان سابقاً على الدين، وما في الاجارة إذا كان الدين متقدماً على الرهن ا هـ. وسيأتي توضيحه في آخر الرهن إن شاء الله تعالى. تنبيه: لم يذكر ما إذا مات المشتري فاسداً. وفي الخلاصة والبزاية: لو مات المشتري فالبائع أحق من سائر الغرماء بماليته، فإن زاد شيء فهو للغرماء ا هـ. ومعناه: أنه لو اشترى عبداً فاسداً وتقابض ثم مات المشتري وعليه ديون وفسخ البائع البيع مع الورثة فالبائع، 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 فتأمل. قوله: (بل قبض تجهيزه) أي تجهيز البائع أو المؤجر وما بعده، بمعنى أنه لو مات وكان المبيع ثوباً مثلاً احتيج لتكفيته به فللمشتري حبسه حتى يأخذ ماله. قال ط: والاولى أن يقول: بل من تجهيزه. مطلب في تعيين الدراهم في العقد الفاسد قوله: (بناء على تعيين الدراهم) المراد بها ما يشمل الدنانير. وفي الاشباه: النقد لا يتعين في المعاوضات وفي تعيينه في العقد الفاسد روايتان، ورجح بعضهم تفصيلاً بأن ما فسد من أصله: أي كما لو ظهر المبيع حراً أو أم ولد يتعين فيه لا فيما انتقض بعد صحته: أي كما لو هلك المبيع قبل التسليم والصحيح تعيينه في الصرف بعد فساده وبعد هلاك المبيع، وفي الدين المشترك فيؤمر برد نصف ما قبض على شريكه، وفيما إذا تبين بطلان القضاء، فلو ادعى على آخر مالا وأخذه ثم أقر أنه لم يكن له على خصمه حق فعلى المدعي رد عين ما قبض ما دام قائماً، ولا يتعين في المهر ولو بعد الطلاق قبل الدخول فتدبر مثل نصفه، ولذا لزمها زكاته ولو نصاباً حولياً عندها، ولا في النذر والوكالة قبل التسليم، وأما بعده فالعامة كذلك، وتتعين في الامانات والهبة والصدقة والشركة والمضاربة والغصب. وتماهه في جامع الفصولين ا هـ. قوله: (المصنف

وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري) صورة المسألة ما ذكره محمد في الجامع الصغير: اشترى من رجل جارية بيعا فاسدا بألف درهم وتقابضا وربح كل منهما فيما قبض بتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذي قبض الدراهم ا هـ. وقول الشارح: وإنما طاب الخ أوردته في صورة جواب عما استشكله صدر الشريعة وصاحب العناية والفتح والدرر والبحر والمنح وغيرهم، من أن المذكور في المتن من أن الربح يطيب للبائع في الثمن النقد هو الموافق للرواية المنصوصة في الجامع الصغير، وهو صريح في أن

[218]

الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد، فيناقض قولهم: إن تعيينها فيه هو الاصح، فإنه يقتضي أن الاصح أنه لا يطيب الربح للبائع فيما قبض، وقد أجاب العلامة سعدي جلبي 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 الاول الفاسد ا هـ. وبيانه أنه إذا باع فاسدا وقبض دراهم الثمن ثم فسخ العقد يجب رد تلك الدراهم بعينها على المشتري، لأن الاصح 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 أشاء إليها وقت العقد له دفع غيرها، فعدم تعيينها في هذا العقد الصحيح لا ينافي كون الاصح تعيينها في العقد الفاسد. وقد أجاب العلامة الخير الرملي بمثل ما أجاب العلامة سعدي قبل اطلاعه عليه وقال: إنني في عجب عجيب من فهم هؤلاء الاجلاء التناقض من مثل هذا مع ظهوره. قوله: (لا على الرواية الصحيحة) أي القائلة بعدم تعيين الدراهم في العقد الفاسد ا هـ ح. قوله: (في 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 يتعلق العقد به فتمكن الخبث فيه والنقد لا يتعين في عقود المعاوضة، فلم يتعلق العقد الثاني بعينه، فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصديق كما في الهداية، وإنما لم يتعين النقد لأن ثمن المبيع يثبت في الذمة، بخلاف نفس المبيع لأن العقد يتعلق بعينه، ومفاد هذا الفرق أنه لو كان بيع مفايضة لا يطيب الربح لهما، لأن كلا من البديلين مبيع من وجه، ولو كان عقد صرف يطيب لها، لكن قدمنا أنفا في الاشباه أن الصحيح تعيينه في الصرف بعد فساده، وفي شرح البيهقي عن الخلاطي أنه الصحيح المذكور في عامة الروايات ا هـ فافهم. قوله: (بأن باعه بأزيد) تصوير لظهور الربح فلا يطيب له ذلك الزائد عما اشترى به، وأفاد أن ذلك في أول عقد. وأما إذا أخذ الثمن واتجر وربح بعده أيضا يطيب له لعدم التعيين في العقد الثاني كما نبه عليه ط، وهو ظاهر مما مر. قوله: (كما طاب الخ) صورته ما في الجامع الصغير أيضا: لو ادعى على آخر مالا فقضاه ثم تصادقا على أنه لم يكن له عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم التي قبضها على أنها دينه يطيب له الربح، لأن الدين وجب بالاقرار عند الدعوى ثم استحق بالتصادق وكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين، وبدل المستحق مملوك ملكا فاسدا، بدليل أن من اشترى عبدا بجارية أو ثوب ثم أعتق العقد واستحققت الجارية يصح عتق العبد، فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق، إذ لا عتق في غير الملك. وتماهه في الفتح. قوله: (لأن بدل المستحق مملوكا) كذا فيما رأيته في عدة نسخ بنصب مملوكا وهو كذلك في بعض نسخ النهر، وفي بعضها بالرفع وهو الصواب على اللغة المشهورة في رفع خبر إن. قوله: (فيما يتعين) كالعروض لا فيما لا يتعين كالنقود، ومر بيانه. قوله: (كالغصب) وكالودبعة، فإذا تصرف الغاصب أو المودع في

[219]

العرض أو النقد يتصدق بالربح لتعلق العقد بمال غيره، وتماهه في الدرر. قوله: (وقال الكمال الخ) تقييد لما في المتن. قوله: (لا يملكه أصلا) لانه متيقن أنه لا ملك له فيه فتح: أي فلا يطيب له ما ربح مطلقا سواء تعين أو لا. قوله: (وقواه في النهر) يتصريحهم في الاقرار بأن المقر له إذا كان يعلم أن المقر كاذب في إقراره لا يحل له أخذه عن كره منه، أما لو اشتبه الامر عليه حل له الاخذ عند محمد، خلافا لابي يوسف، وحينئذ لا يطيب له ربحه، ويحمل الكلام ها هنا على ما إذا ظن أن عليه دينا بالارث من أبيه ثم تبين أن وكيله أوفاه لآبيه فتصادقا على أن لا دين فحينئذ يطيب له

وهذا فقه حسن فتدبره ا هـ. ونقله عنه الرملي وأقره، وبه اندفع ما في البحر من أن ظاهر إطلاقهم خلاف ما في الفتح. قوله: (الحرام ينتقل) أي تنتقل حرمة وإن تداولته الأيدي وتبدلت الاملاك. ويأتي تمامه قريباً. قوله: (ولا للمشتري منه) فيكون بشرائه منه مسيئاً لانه ملكه بكسب خبيث، وفي شرائه تقرير للخبيث ويؤمر بما كان يؤمر به البائع من رده على الحربي، لان وجوب الرد على البائع إنما كان لمراعاة ملك الحربي ولأجل غدر الامان، وهذا المعنى قائم في ملك المشتري كما في ملك البائع الذي أخرجه، بخلاف المشتري شراء فاسداً إذا باعه من غيره بيعاً صحيحاً فإن الثاني لا يؤمر بالرد وإن كان البائع مأموراً به، لان الموجب للرد قد زال ببيعه، لان وجوب الرد بفساد البيع حكمه مقصور على ملك المشتري وقد زال ملكه بالبيع من غيره، كذا في شرح السير الكبير للسرخسي 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 أيضاً، وقد ذكر هذا الحاكم في البحر معزياً للأسبجياي بدون هذا التعليل، فكان المناسب إسقاطه. ثم اعلم أنه ذكر في شرح السير الكبير في الباب الثاني والستين بعد المائة أنه إن لم يردده يكره للمسلمين شراؤه منه لانه ملك خبيث بمنزلة المشتري فاسداً إذا أراد بيع المشتري بعد القبض يكره شراؤه منه وإن نفذ فيه بيعه وعتقه لانه ملك حصل له بسبب حرام شرعاً ا هـ. فهذا مخالف لقوله: ويطيب للمشتري وقد يجب بأن ما أخرجه من دار الحرب لما وجب على المشتري رده على الحربي لبقاء المعنى الواجب على البائع رده تمكن الخبيث فيه فلم يطب للمشتري أيضاً كالبائع، بخلاف البيع الفاسد فإن رده واجب على البائع قبل البيع لا على المشتري، لعدم بقاء المعنى الموجب للرد كما قدمناه فلم يتمكن الخبيث فيه فلذا طاب للمشتري، وهذا لا ينافي أن نفس الشراء مكروه لحصوله للبائع بسبب حرام، لان فيه إعراضاً عن الفسخ الواجب، هذا ما ظهر لي. مطلب: الحرمة تتعدد قوله: (الحرمة تتعدد الخ) نقل الحموي عن سيدي عبد الوهاب الشعراني أنه قال في كتابه المتن: وما نقل عن بعض الحنفية من أن الحرام لا يتعدى ذمتين. سألت عنه الشهاب ابن الشلبي فقال: هو

محمول على ما إذا لم يعلم بذلك، أما لو رأى المكاس مثلاً يأخذ من أحد شيئاً من المكس ثم يعطيه آخر ثم يأخذ من ذلك الآخر آخر فهو حرام ا هـ. مطلب فيمن ورت مالا حراماً قوله: (إلا في حق الوارث الخ) أي 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 المفتي: مات رجل ويعلم الوارث أن أباه كان يكسب من حيث لا يحل ولكن لا يعلم الطالب بعينه ليرد عليه حل له الارث، والافضل أن يتورع ويتصدق بنية خصماء أبيه ا هـ، وكذا لا يحل إذا علم عين الغصب مثلاً وإن لم يعلم مالكة لما في البرازية: أخذ مورثه رشوة أو ظلماً، إذا علم ذلك بعينه لا يحل له أخذه، وإلا فله أخذه حكماً، أما في الديانة فيتصدق به بنية إرضاء الخصماء ا هـ. والحاصل: أنه إن علم أرباب الاموال وجب رده عليهم، وإلا فإن علم عين الحرام لا يحل له ويتصدق به بنية صاحبه وإن كان مالا مختلطاً مجتمعاً من الحرام ولا يعلم أربابه ولا شيئاً منه بعينه حل له حكماً، والاحسن ديانة التنزه عنه. ففي الذخيرة: سئل الفقيه أبو جعفر عن اكتسب ماله من أمراء السلطان ومن الغرامات المحرمات وغير ذلك هل يحل لمن عرف ذلك أن يأكل من طعامه؟ قال: أحب إلي في دينه أن لا يأكل ويسعه حكماً إن لم يكن ذلك الطعام غصباً أو رشوة. وفي الخانية: امرأة زوجها في أرض الجور إن أكلت من طعامه ولم يكن عين ذلك الطعام غصباً فهي في سعة من أكله، وكذا لو اشترى طعاماً أو كسوة من مال أصله ليس بطيب فهي في سعة من تناوله الاثم على الزوج ا هـ. قوله: (وسنحققه ثمة) أي في كتاب الحظر والاباحة. قال هناك بعد ذكره ما هنا لكن في المجتبى: مات وكسبه حرام فال ميراث حلال، ثم رمز وقال: لا نأخذ بهذه الرواية، وهو حرام مطلقاً على الورثة فتنبه ا هـ ح. ومفاده الحرمة وإن لم يعلم أربابه، وينبغي تقييده بما إذا كان عين الحرام ليوافق ما نقلناه، إذ لو اختلط بحيث لا يتميز يملكه ملكاً خبيثاً، لكن لا يحل له التصرف فيه ما لم يؤد بدله كما حققناه قبيل باب زكاة المال، فتأمل. مطلب في أحكام زيادة المبيع فاسداً قوله: (بنى أو غرس فيما اشتراه فاسداً) وكذا لو شري فاسداً قاضبان نخل فغرسه وأطعم وإن شراه مطعماً فكذلك عنده، وعند الثاني يقلعه إن لم يضر الأرض. ذخيرة. قوله: (لزمه فيمتهما) أي قيمة الدار والأرض. منح. والأولى أفراد الضمير لان العطف بأو، وعمله الكرخي في مختصره بأن البناء استهلاك عند الامام: أي ومثله الغرس لان البناء والغرس يقصد

بهما الدوام وقد حصلنا بتسليط من البائع فينقطع بهما حق الاسترداد كالبيع. قوله: (ورجحه) حيث قال: وقولهما أوجه، وكون البناء يقصد للدوام يمنع للاتفاق في الاجارة على إيجاب القلع، فظهر أنه قد يراد للبقاء وقد لا، فإن قال: إن المشتري يعلم أنه يكلف القلع ففعله مع ذلك دليل على أنه لم يرد البقاء قلنا المشتري فاسدا أيضا يكلف القلع عندنا هـ. قوله: وتعقبه في النهر الخ) حيث قال: أقول: البناء الحاصل

[221]

بتسليط البائع إنما يقصد به الدوام، بخلاف الاجارة، وبهذا عرف أن محط الاستدلال إنما هو التسليط من البائع، وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد هـ. قلت: وفيه أن المؤجر أيضا سلب المشتري على الانتفاع بأرضه والمشتري يملك البناء، فالاحسن الجواب بالفرق 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 للعبد لفقره وكون البيع ونحوه تعلق به حق الغير فيقدم، وهنا تعلق به حق العاقد العاصي فلا يقدم قد يمنع بأن العاصي لم يبطل الشرع حقه، كمن غضب حجرا وجعله أس حائطه يضمن قيمته ولا يكلف بنقص الحائط، فالهم. قوله: (وكذا) أي ومثل البناء الغرس في امتناع الفسخ كل زيادة متصلة بالمبيع غير متولدة منه. قوله: (وجارية علقت منه) وجعله من الزيادة الغير المتولدة نظرا لماء الرجل ط. قوله: (فلو منفصلة كولد الخ) أي بأن ولدت من غير المشتري. وفي الجوهرة: لو كانت الزيادة متصلة غير متولدة كالصبي والخياطة انقطع حق الفسخ، وإن كانت متولدة: أي كالسمن لا تمنع الفسخ، وكذا منفصلة متولدة، كالولد والعقر والارث، ولو هلك هذه الزوائد في يد المشتري لا يضمنها، وإن استهلكها ضمن، وإن هلك المبيع فقط فللبائع أخذها وأخذ قيمته المبيع يوم القبض، وإن كانت منفصلة غير متولدة كالكسب والهبة، فللبائع أخذ المبيع معها ولا تطيب له ويتصدق بها، وإن هلك في يد المشتري لا يضمن، وكذا لو استهلكها عنده، وعندهما: يضمن، وإن استهلك المبيع فقط ضمنه والزوائد له لتقرر ضمان الاصل هـ ملخصا. وبه علم أن الزيادة بأقسامها الاربع 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: ويضمنها باستهلاكها فإن هذه لا تضمن بالاستهلاك عند الامام كما علمته. مطلب: أحكام نقصان المبيع فاسدا قوله: (لو نقص الخ) شروع في حكم نقصان البيع فاسدا بعد بيان زيادته. قوله: (أخذ البائع من الارش) أي أرش النقصان، ويجبر على ذلك لو أراد المشتري، لما في جامع الفصولين: لو قطع ثوبا شره فاسدا ولم يخطه حتى أودعه عند بائعه يضمن نقص القطع لا قيمته لو صوله إلى ربه إلا قدر نقصه فوقع عن الرد المستحق. قال: هذا التعليل إشارة إلى أن المبيع فاسدا إذا نقص في يد المشتري لا يبطل حقه في الرد، إذ لو بطل لما كان الرد مستحقا عليه هـ. فهو كما ترى ناطق بما قلنا. رملني .

[222]

تنبيه: لو زال العيب رجع المشتري على البائع بالارش الذي دفعه إليه، كما لو ابيضت عين الجارية في يد المشتري فاسدا وردها مع نصف القيمة ثم ذهب البياض فعلى البائع رد الارش كما في التارخانية، ومثله ما قدمناه عنها فيما لو زوج المشتري الامة 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 حبس عن البائع هلك على البائع. جامع الفصولين. قوله: (خير 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 والاثم،

وذلك أنه دونه من حيث صحته وعدم فساده، لان 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 الاذان الاول) وهو الذي يجب السعي عنده. قوله: (إلا إذا تبايعا يمشيان الخ) قال الزيلعي: هذا مشكل، فإن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا، فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ، فلا يجوز بالرأي. شرنبلالية. والجواب ما أشار إليه الشارح من أن النص معلل بالاخلال بالسعي ومخصص، لكن ما مشى عليه الشارح هنا مشى على خلافه في الجمعة تبعا 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 بالرأي. قلت: وفيه نظر، فإن إشكال الزيلعي من حيث أن قوله تعالى: * وذروا البيع * مطلق عن التقيد 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 * (فاسعوا) * ولا يلزم منه تخصيص من ذكر أيضا في * وذروا البيع * (لان القرآن في النظم لا يلزم منه المشاركة في الحكم كما تقرر في كتب الاصول، نظيره قوله تعالى: * أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة * فإن الخطاب عام في الموضوعين، لكن خص الدليل من الاول جماعة كالمرضى العاجز، ومن الثاني جماعة كالفقير من أن المريض تلزمه الزكاة والفقير تلزمه الصلاة. والحاصل: أن الدليل خص من وجوب السعي جماعة كالمرضى والمسافر، ولم يرد الدليل بتخصيص هؤلاء من وجوب ترك البيع فيبقى الأمر شاملا لهم، إلا أن يعلل بترك الاخلال بالسعي فيرجع إلى الجواب الاول فلم يقد 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

يفيده. قوله: (في النكاح وغيره) أي كالاجارة، وهذا ذكره المصنف في منحه . قوله: (لا يكره) بل ذكر القهستاني وابن الكمال عن شرح الطحاوي أنه في هذه الصورة محمود. قوله: (والسوم على سوم غيره) وكذا البيع على بيع غيره. ففي الصحيحين: نهى رسول الله (ص) عن تلقي الركبان إلى أن قال: وأن يستام الرجل على سوم أخيه وفي الصحيحين أيضا: لا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له. وصورة السوم أن يتراضيا بثمان ويقع الركوب به فيجئ 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 الخير الرملي: ويدخل في السوم الاجارة، إذ هي بيع المنافع. قوله: (بل لزيادة التنفير) لان السوم على السوم يوجب إحاشا وإضرارا، وهو في حق الاخ 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 الاربعة 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: (وتلقي الجلب) (بفتحيتين وهو المراد من تلقي الركبان في الحديث المار، وهذا يؤيد تفسيره بالجالب، لان الركبان جمع راكب، لكن الذي في المصباح والمغرب تفسيره بالمجاوب. تأمل. قال في الفتح: وللتلقي صورتان: إحداهما: أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة لبيعوه من أهل البلد بزيادة. وثانيهما: أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر. قوله: (للضرر والغرر) لف ونشر مرتب، فالضرر في الصورة الاولى والغرر بتلبيس السعر في الصورة الثانية. قوله: (وبيع الحاضر للبادي) لحديث الصحيحين عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما: نهى رسول الله (ص) أن يتلقى الركبان، وأن يبيع حاضر لباد قال: قلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد قال: لا يكون له سمسار فتح. والحاضر من كان من أهل الحضر خلاف 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، وعز الشيء أعوزه من باب قال: احتجب إليه فلم أجده. قوله: (قيل الحاضر المالك الخ) (مشى

عليه في الهداية حيث قال: وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم ا ه أي بأهل البلد. قال الخير الرملي: وبشهادة لصحة هذا التفسير ما في الفصول العمادية 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 ا ه. قوله: (والاصح أنهما السمسار والبائع) بأن يصير الحاضر سمسارا للبائدي البائع. قال في الفتح قال الحلواني: هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع أنت أنا أعلم بذلك فيتوكل له ويبيع ويغالي، ولو تركه يبيع بنفسه لخص 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 يرزق الله بعضهم من بعض ونقل الخير الرملي عن ابن حجر الهيتمي 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 سير ما بأيدي الناس منها ا ه. قوله: (ولذا عدى باللام لا بمن) 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، لانه يقال: بعث الثوب من زيد. قال في المصباح. وربما دخلت اللام مكان من يقال: بعثك الشيء وبعته لك، فاللام زائدة زيادتها في قوله تعالى: * (واذ بوأنا لآبراهيم مكان البيت) * والاصل بوأنا إبراهيم. قوله: (لما مر) أي قريبا من قوله: وقد باع عليه الصلاة والسلام الخ. قوله: (ويسمى بيع الدلالة) أي بيع الدلال. قال في الفتح: وهو صفة البيع في أسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة. مطلب في التفريق بين الصغير ومحرمه قوله: (ولا يفرق) بالبناء للمجهول، وهو أولى من قول النهر: ولا يفرق المالك، لان 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، والكراهة فيه تحريمية كما في الفتح. قوله: (عبر بالنفي مبالغة في المنع) كذا في الفتح. ووجهه أن شأن المسلم عدم فعل المحرم شرعا، فكأنه أمر لا يقع منه لا حاجة إلى نهيه عنه. قوله: (وعن الثاني الخ) قال العلامة نوح من حواشي الدرر: عن أبي يوسف روايتان: رواية لا يجوز البيع في قرابة الولاد ويجوز في قرابة غيرها، وهو الاصح في مذهب الشافعي. وفي رواية: لا يجوز في الكل: أي قرابة الولاد وغيرها، وهو قول الامام أحمد، لان الامر بالرد في الحديث لا يكون إلا في الفاسد. وقال مالك: لا يجوز في الام ويجوز في غيرها ا ه، وما ذكره الشارح بعيد عن هذا ط. 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، لانهما من أهل النظر لانفسهما، وربما يريان المصلحة في ذلك. فتح. قوله: (وذي رحم) أطلقه فشمّل ما إذا كان صغيرا أيضا أو كبيرا كما في الهداية وغيرها، ولذا قال بعده: بخلاف الكبيرين. قوله: (أي محرم من جهة الرحم) أشار إلى أن الضمير في منه راجع إلى الرحم لا إلى الصغير، فلا بد أن يكون محرميته من جهة الرحم لا من الرضاع احترازا عن ابن عم هو أخ رضاعا فإنه رحم محرم لكن محرميته من الرضاع لا من الرحم، وإلى ذلك أشار بقوله فافهم. وخرج أيضا بالاولى المحرم لا من الرحم كالآخ الاجنبي رضاعا وامرأة الاب والرحم غير المحرم كابن العم. قوله: (وتوابعه) هي التدبير والاستيلاء والكتابة ح. قوله: (ولو على مال مبالغة على الاعتناق فقط كما لا يخفى، فلو قدمه لكان أولى ا ه ح. لكن إذا كان مما لا يخفى استوى فيه التقديم والتأخير، فافهم. قوله: (أو يبيع ممن حلف بعتقه) أي إذا حلف بقوله إن ملكت هذا فهو حر فباعه المالك منه ليعتق لم يكره، لان العتق ليس بتفريق، بل فيه زيادة التمكن من الاجتماع من محرمة. قوله: (أو كان المالك كافرا) ظاهره ولو كان المشتري مسلما لكان لا يناسبه التعليل ومع أنه يكره التفريق بالشراء. وفي الفتح: أما إذا كان كافرا فلا يكره لانهم غير مخاطبين بالشرائع والوجه أنه إن كان التفريق في ملتهم حلالا لا يتعرض لهم، إلا إن كان يبيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم، وإن كان ممتنعا في

ملتهم فلا يجوز ا هـ. وذكر قبله أن يجوز للمسلم شراؤه من حربي مستأمن، لأن مفسدة التفريق عارضها أعظم منها وهو ذهابه إلى دار الحرب، وفيه مفسدة الدين والدنيا، أما الدين فظاهر، وأما الدنيا فتعريضه للقتل والسبي ا هـ. وظاهره أنه يكره للمسلم شراؤه من كافر غير حربي لعدم هذه المفسدة المعارضة، وهو موافق لما استوجهه فيما مر، وعلى هذا فلا وجه لما في النهر من أن المراد بالحربي الكافر، وبه ظهر أنه كان الأولى للشارح: أي يقول كما في البحر: أو كان البائع حربيا مستأمنا لمسلم فإنه لا يمنع المسلم من الشراء دفعا للمفسدة. قوله: (أو متعدد الخ) أي إذا كان المالك متعددا، بأن كان أحدهما لزيد والآخر لعمرو فلا بأس بالبيع وإن كان العبد الآخر لطفل المالك الأول أو لمكاتبه، إذ الشرط اجتماعهما في ملك شخص واحد. قال في البزاية: ولو أحدهما له والآخر لولده الصغير أو لمملوكه أو لمكاتبه أو مضاربه لا يكره التفريق، ولو كلاهما له فباع أحدهما من ابنه الصغير يكره ا هـ. وبقي ما إذا كانت الشركة في كل منهما معا، وظاهر القهستاني عدم الكراهة أيضا فليراجع. قوله: (فلا بأس) جواب لقوله: ولو الآخر لطفله على أن لو شرطية لا وصلية، وإنما فصله عما قبله مصرحا بالجواب للتنبيه على أنه لا يكره وإن كان له ولاية على طفله، بحيث يمكنه بيعهما معا بلا تفريق وإن كان له حق في مال مكاتبه بحيث يمكن عود

الآخر إلى ملكه إذا عجز المكاتب، فافهم. قوله: (أو تعدد محارمه الخ) أي محارم الصغير، كما لو كان له أخوان شقيقان مثلا أو عميان أو خالان أو أكثر فله بيع الزائد على الواحد منهم، ويبقى الواحد مع الصغير ليستأنس به. وله بيع الصغير مع واحد منهم لا وحده. قال في الفتح: وكذا لو ملك ستة إخوة ثلاثة كبارا وثلاثة صغارا فباع مع كل صغير كبيرا جازا استحسانا. قوله: (غير الأقرب) (حال من ما ا هـ ح، فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لأم باع غير الشقيقة كما في الفتح. قوله: (والأبوين) أي وغير الأبوين، فإذا كان معه أبواه لا يبيع واحدا منهما هو الصحيح في المذهب كما في البحر عن الكفاية. قوله: (والمملوق بهما) كأخ لاب وأخ لأم أو خال وعم، فالمدلى بقرابة الأم قام مقامها، والمدلى بالاب كالأب، وإذا كان الصغير أب وأم واجتمعوا في ملك واحد لا يفرق بين أحدهم، فكذا هنا، وكذا لو كان له عمه وخالة أو أم أب وأم أم لم يفرق بينه وبين أحدهما. جوهرة. قلت: لكن اللاحق بالأبوين إنما يعتبر عند عدم أحدهما، لما في الفتح: لو كان معه أم وأخ أو أم وعمه أو خالة ألا أخ جاز بيع من سوى الأم في ظاهر الرواية وهو الصحيح، لأن شفقة الأم تغني 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 فصارا أبوين له ثم ملكوا جملة فاليقاس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما. وفي الاستحسان، لا يباع لأن الأب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي بيع فيمتنع احتياطاً، فصار الأصل أنه إذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه، وإن كانوا في درجة وكانوا من جنسين مختلفين كالأب والأم والخالة والعمه لا يفرق، ولكن يباع الكل أو يمسك الكل، وإن كانوا من جنس واحد كالأخوين والعمين والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ما سواه. ومثل الخال والعم أخ لاب وأخ لأم ا هـ. قوله: (كخروجه مستحقا) بأن ادعى رجل أحدهما أنه له وأثبتته. قوله: (بالجناية) كأن قتل أحدهما رجلا خطأ ودفعه سيده بها. قوله: (وبيعه بالدين) بأن كان مأذونا واستغفره الدين. قوله: (لأن النظر الخ) يعني أن المنظور إليه في منع التفريق دفع الضرر عن غيره وهو الصغير لا إلحاق الضرر به: أي بالملك، فلو منعنا التفريق هنا كان إلزاما للضرر بالملك، كذا في الفتح، أي لأن المالك يتضرر بإلزامه الفداء لولي الجناية وإلزامه القيمة للغرماء وإلزامه المعيب من غير اختياره. زيلعي. قوله: (والزوجين) أي ولو صغيرين زيلعي. قوله: (فالمستثنى أحد عشر) كان الواجب تقديم هذه الجملة على قوله: بخلاف الكبيرين والزوجين لعدم دخولهما في المستثنى منه ا هـ ح والاحد عشر: الاعتاق، توابعه، بيعه ممن حلف بعثقه كون المالك كافرا كونه متعددا، تعدد المحارم، ظهوره مستحقا، دفعه بجناية، بيعه بالدين، بيعه بإتلاف مال، رده بعيب. وزاد في البحر: ما إذا كان الصغير مراهقا ورضيت أمه ببيعه ا هـ ط. قلت: في الفتح: لو كان الولد مراهقا فرضي بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز بيعه ا هـ. ويزاد أيضا ما في الفتح حيث قال: ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط إذا كان للذمي عبد له امرأة

ولدت منه وأسلم العبد وولده الصغير فإنه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وإن كان تفريقاً بينه وبين أمه، لأنه يصير مسلماً بإسلام أبيه، فهذا تفريق بحق. قوله: (إلا من حربي) لأن مفسدة التفريق عارضها أعظم منها كما قدمناه. قوله: (أيضا) أي كما في البيع الفاسد، وقدمنا عن الدرر أنه لا يجب فسخه، وما ذكره الشارح عزاه في الفتح أول باب الاقالة إلى النهاية، ثم قال: وتبعه غيره وهو حق، لأن رفع المعصية واجب بقدر الامكان أ. ه. قلت: ويمكن التوفيق بوجوبه عليهما ديانة. بخلاف البيع الفاسد، فإنهما إذا أصرأ عليه يفسخه القاضي جبراً عليهما. ووجهه أن البيع هنا صحيح وبملك قبل القبض ويجب فيه الثمن لا القيمة، فلا يلي القاضي فسخه لحصول الملك الصحيح. قوله: (مجمع) عبارته: ويجوز البيع ويأثم أ. ه. وليس فيه ذكر الفسخ. قوله: (مسلماً) أي رقيقاً مسلماً ط. قوله: (مع الاجبار الخ) أي لرفع ذلك الكافر عن المسلم، ولحفظ الكتاب عن الاهانة ط، والله سبحانه أعلم. فصل في الفضولي نسبة إلى الفضول جمع الفضل: أي الزيادة وفتح الفاء خطأ، ولم ينسب إلى الواحد وإن كان هو القياس، لأنه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالانصاري والاعرابي. ط عن البناء. وفي المصباح: وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه، ولهذا نسب إليه على لفظه فقيل: فضولي لمن يشغل بما لا يعنيه، لأنه جعل علماً على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد، قوله: (مناسيته ظاهرة) هي توقف إفادة كل من الفاسد والموقوف الملك على شيء، وهو القبض في الاول والاجازة في الثاني ح. قوله: (لأنه من صورته) ووجهه أن المستحق يقول عند الدعوى هذا ملكي، ومن باعك إنما باعك بغير إذن فهو عين بيع الفضولي أ. ه. ح. قوله: (هو) أي لغة ولم يصرح بذلك اكتفاء بقوله بعده واصطلاحاً الخ فافهم. قوله: (يخشى عليه الكفر) لأن الامر بالمعروف وكذا النهي عن المنكر مما يعني كل مسلم، وإنما لم يكفر لاحتمال أنه لم يرد أن هذا فضل لا خير فيه، بل أراد أن أمرك لا يؤثر أو نحو ذلك. قوله: (بمنزلة الجنس) فيدخل فيه الوكيل الوصي والولي والفضولي. منح. قوله: (خرج به نحو وكيل ووصي) المراد خروج هذين وما شابههما لا هما فقط، فهو نظير قولهم: مثلك لا ييخل، 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 الاجازة وما لا يتوقف. قوله: (صدر منه) أي من الفضولي أو من المتصرف مطلقاً. قوله: (كبيع وتزويج) أشار إلى أن المراد بالتمليك 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، وكذا سائر الاسقاطات للديون وغيرها أ. ه. تنبيه: قال في البحر: والظاهر من فروعهما أن كل ما صح التوكيل به إذا باشره الفضولي يتوقف إلا بالشراء بشرطه أ. ه. قال الخير الرملي: أي من العقود والاسقاطات ليخرج قبض الدين. ففي جامع الفصولين: من قبض دين غيره بلا أمره ثم أجاز الطالب لم يجز قائماً أو هالكا أ. ه. قلت: هذا أحد قولين ذكرهما في جامع الفصولين، فإنه ذكر قبل ما مر رامزا إلى كتاب آخر ما نصه: قال لمديون ادفع إلي ألفاً لفلان فعسى يجيزه الطالب وأنا لست بوكيل عنه فدفع وأجاز الطالب يجوز؟ ولو هلك بعد الاجازة هلك على الطالب ولو هلك ثم أجاز لا تعتبر الاجازة أ. ه. قوله: (من يقدر على اجازته) كذا فسر في الفتح، فأفاد أنه ليس المراد المجيز بالفعل، بل المراد من له ولاية إمضاء ذلك الفعل من مالك أو لي كآب وجد ووصي وقاض كما مر بيانه قبيل باب المهر. وفي أحكام الصغار للاستروشن من مسائل النكاح ولا فوائد صاحب المحيط: صبية زوجت نفسها من كفء وهي تعقل النكاح ولا ولي لها، فالعقد يتوقف على اجازة القاضي، فإن كانت في موضع لم يكن فيه قاض، إن كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضي تلك البلدة ينعقد ويتوقف على اجازة ذلك القاضي وإلا فلا ينعقد. وقال بعض المتأخرين: ينعقد ويتوقف على اجازتها بعد البلوغ أ. ه. فهذا صريح في أن من ليس له ولي أو وصي خاص وكان تحت ولاية قاض فتصرفه موقوف على اجازة ذلك القاضي أو اجازته بعد بلوغه، وهذا إذا كان تصرفاً يقبل الاجازة احترازاً عما إذا طلق أو أعتق كما يأتي، وقد حررنا هذه المسألة قبيل كتاب الغصب من كتابنا تنقيح الفتاوى الحامدية، فارجع إليه فإن فيه فوائد سننية: قوله: (انعقد موقوفاً) أي على اجازة من يملك ذلك العقد ولو كان العاقد نفسه. بيانه ما في الرابع والعشرين من جامع الفصولين: باعه أو زوجه بلا إذن ثم أجاز بعد وكالته جاز استحساناً: باع مال يتيم ثم

جعله القاضي وصيا له فأجاز ذلك البيع صح استحسانا، ولو تزوج بلا إذن مولاه ثم أذن له في النكاح فأجاز ذلك النكاح جاز، ولا يجوز إلا بإجازته، ولو لم يأذن له لكنه عتق جاز بلا إجازة بعد عتقه، ولو تزوج الصبي أو باع ثم أذن له وليه أو بلغ لم يجز إلا بإجازته. وتامم الفروع هناك فراجع. قوله: (وما لا مجيز له) أي وكل تصرف ليس له من يقدر على إجازته حالة العقد. قوله: (بيانه) أي بيان هذا الضابط المذكور، وهذا يفيد أن الضمير في قول المصنف: كل تصرف صدر منه راجع للمتصرف لا للفضولي، لأن الصبي هنا لا ينطبق عليه تعريف الفضولي المار لأنه يتصرف في حق نفسه، إلا أن يجاب أن مباشرة العقد ليست حقه بل حق الولي ونحوه، فالمراد بالحق في التعريف ما يشمل العقد، كما أفاده ط. قوله: (صبي) أي غير مأذون. قوله: (باع مثلا الخ)

[229]

أي تصرف تصرفا يجوز عليه لو فعله وليه في صغره كبيع وشراء وتزويج أمته وكتابة قنه ونحوه، فإذا فعله الصبي بنفسه يتوقف على إجازة وليه ما دام صبيا، ولو بلغ قبل إجازة وليه فأجاز بنفسه جاز، ولم يجز بنفس البلوغ بلا إجازة، جامع الفصولين. قوله: (بخلاف ما لو طلق مثلا) أي أو خلع أو حرر قنه مجانا أو بعوض أو وهب ماله أو تصدق به أو زوج قنه امرأة أو باع ماله محاباة فاحشة أو شري شيئا بأكثر من قيمته فاحشا أو عقد عقدا مما لو فعله وليه في صباه لم يجز عليه، فهذه كلها باطلة، وإن أجازها الصبي بعد بلوغه لم تجز لأنه لا مجيز لها وقت العقد فلم تتوقف على الإجازة، إلا إذا كان لفظ إجازته بعد البلوغ يصلح للابتداء العقد، فيصح ابتداء لا إجازة كقوله أوفعت ذلك الطلاق أو العتق فيقع، لأنه يصلح للابتداء جامع الفصولين. قوله: (وقف بيع مال الغير) أي على الإجازة على ما بيناه، وفي حكم الغير: الصبي لو باع مال نفسه بلا إذن وليه كما علمت، ثم إذا أجاز بيع الفضولي والثمن نقد فهو للمجيز، أما لو كان عرضا فهو للفضولي، لأنه صار مشتريا له وعليه قيمته للمجيز كما سيأتي. قوله: (لو الغير بالغا عاقلا الخ) لم أر ذلك في الحاوي. ووجهه غير ظاهر إذا كان للصغير أو للمجنون ولي أو كان في ولاية قاض، لأنه يصير عقدا له مجيز وقت العقد فيتوقف على أنه مخالف، لما قدمناه عن جامع الفصولين من أنه: لو باع مال يتيم ثم جعله وصيا له فأجاز ذلك البيع صح استحسانا، فهذا صريح في أنه انعقد موقوفا فإنه لو لم ينعقد أصلا لم يقبل الإجازة بعد ما صار وصيا، ولعل ما في الحاوي قياس والعمل على الاستحسان. قوله: (وهذا) أي التوقف المفهوم من قول المصنف وقف. قوله: (على أنه لمالكه الخ) أي على أن البيع لأجل مالكة لا لأجل نفسه، وهذا مأخوذ من البحر حيث قال: ولو قال المصنف باع ملك غيره لمالكه لكان أولى، لأنه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا كما في البدائع أ هـ. 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 وللمستحق إجازته. وجه الاشكال 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 أ هـ. وذكر نحوه الخير 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 فمراد البدائع أو الموقوف ما باعه لغيره، أما لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا، فالخلل 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 الكنز: ومن باع ملك غيره: يعني لغيره، أما إذا باع لنفسه لم ينعقد كذا في البدائع أ هـ. 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

[230]

مشتريا لنفسه، وقد صرحوا بأن الواحد لا يتولى الطرفين في البيع. أفاده في المنح. قوله: (أو شرط الخيار للمالك) 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 ا هـ: أي لانه إذا كان للمالك الخيار في أن يجيز العقد أو يبطله. يكون اشتراطه لا فائدة فيه فيلغو، وحيث لم يكن منافيا للعقد فينبغي أن لا يبطله. وظاهر التعليق أن المراد خيار الاجازة، ومقتضى ما في الاشباه أن المراد به خيار الشرط حيث قال: خيار الشرط داخل على الحكم لا البيع فلا يبطله إلا في بيع الفضولي. وقال البيري: وتقييده بالمالك ليس بشرط، بل إذا شرط الفضولي للمشتري له بأن قال: اشتريت هذا لفلان بكذا على أن فلانا بالخيار ثلاثة أيام لا يتوقف، كما في قاضيان ومنية المفتي ا هـ. قلت: ولعل وجهه أن الاصل فساد العقد بشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، إلا في صور منها ورود النص به كشرط الخيار، وفائدته التروي دفعا للغبن، ومن وقع له عقد الفضولي يثبت له الخيار بلا شرط غير مقيد بمدة، فكان اشتراط الخيار له ثلاثة أيام فقط مخالفا للنص، لانه لا فائدة فيه بل فيه ضرر بقصر المدة فلذا لم يتوقف على الاجازة بل بطل لضعف عقد الفضولي، وإن كان الشرط الفاسد يقتضي الفساد لا البطلان هذا ما ظهر لي، والله سبحانه أعلم. قوله: (المكلف) قيد به لان المالك إذا كان صيبا أو مجنونا فالباع باطل وإن لم يشترط الخيار له فيه ا هـ ج. وهذا بناء على ما مر عن الحاوي وعلمت ما فيه. قوله: (أو باع عرضا الخ) بيانه: لرجل عبد وأمة فغصب زيد العبد وعمرو الأمة ثم باع زيد العبد من عمرو بالأمة فأجاز المالك البيع لم يجز. قال في البحر: لان فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف، وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم تلحقه إجازة، ولو غصبا من رجلين وتبايعا وأجاز المالكان جاز، ولو غصبا النقيدين من واحد وعقد الصرف وتقابضا ثم أجاز جاز، لان النقود لا تتعين في المعاولات، وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب، كذا في الفتح من آخر الباب ا هـ. قوله: (للمالك) أي مالك العرض الاول، وهو متعلق بمحذوف نعت العرض آخر، فيكون كل من العرضين لمالك واحد كما مشينا. قوله: (به) متعلق بقوله: باع والضمير عائد على العرض الآخر. قوله: (إلا في هذه الخمسة) أي الاربعة المذكورة هنا، ومسألة الحاوي هي الخامسة، وقد علمت أن الخامسة ليست كذلك، وكذلك مسألة بيعه على أنه لنفسه، فبقي المستثنى ثلاثة فقط وهي الآتية عن الاشباه. قلت: ويزاد ما في جامع الفصولين: باع ملك غيره فشراه من ماله وسلم إلى المشتري لم يجز والبيع باطل لا فاسد، وإنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه، حتى أن الغاصب لو باع المغصوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه، أما لو شراه الغاصب من ماله أو وهبه له أو ورثه منه لا ينفذ بيعه قبله، ولو غصب شيئا وباعه فإن ضمنه المالك قيمته يوم الغصب جاز بيعه، لا لو ضمنه قيمته يوم البيع ا هـ .

فهاتان مسألتان، فرجعت المسائل المستثناة خمسا لكن في الاخيرة كلام سيأتي. قوله: (نفذ عليه) أي على المشتري، لو أشهد أنه يشتري لفلان وقال فلان رضيت فالعقد للمشتري، لانه إذا لم يكن وكيفا بالشراء وقع الملك له فلا اعتبار بالاجازة بعد ذلك، لانها إنما تلحق الموقوف لا النافذ، فإن دفع المشتري إلى العبد وأخذ الثمن كان بيعا بالتعاطي بينهما، وإن ادعى فلان أن الشراء كان بأمره وأنكر المشتري فالقول لفلان لان الشراء بإقراره وقع له. بحر عن البازية. قوله: (فيوقف) أي على إجازة من شري له، فإن أجاز جاز وعهده على المجيز لا على العاقد، وهذا لان الشراء إنما لا يتوقف إذا وجد نفاذا 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 اشتريت لفلان كما في البازية وغيرها لان قوله: بع أمر لا يصلح إيجابا. وفي الفتح قال: اشتريته لاجل فلان فقال: بعث أو قال المالك ابتداء بعته منك لاجل فلان فقال: اشتريت لم يتوقف، لانه وجد نفاذا على المشتري لانه أضيف إليه ظاهرا، وقوله: لاجل فلان يحتمل لاجل شفاعته أو رضاه ا هـ. وذكر في البازية كذلك، ثم قال: والصحيح أنه إذا أضيف العقد في أحد الكلامين إلى فلان يتوقف على إجازته، وأقره في البحر، لكن في البازية أيضا: لو قال اشتريت لفلان وقال البائع: بعث منك الاصح عدم التوقف ا هـ. وظاهره أنه ينفذ على المشتري، لكن نقل في البحر هذه الاخيرة عن فروق الكرابيسي وقال: بطل العقد في أصح الروايتين لانه خاطب المشتري فردة لغيره فلا يكون جوابا فكان شطر العقد، بخلاف قوله: بعته لفلان فقال: اشتريت له أو قبلت ولم يقل له، وقوله: بعث من فلان فقال: اشتريت لاجله أو قبلت فإنه يتوقف لضافته إلى فلان في الكلامين. قال في النهر: وعلى هذا فلاكتفاء بالاضافة في أحد الكلامين بأن لا يضاف إلى الآخر ا هـ. وحاصله أن ما مر عن البازية من تصحيح التوقف بالاضافة إلى فلان في أحد الكلامين محمول على ما إذا لم يصف

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: بعث منك فقال: اشتريت لفلان أو بالعكس، لأن الكلام الثاني لا يصلح قبولاً 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، فصار الحاصل أنه إذا أضيف إلى فلان في الكلامين توقف على إجازته، وإلا نفذ عن المشتري ما لم يصف إلى الآخر صريحا فيبطل، ووقع في بعض الكتب هنا اضطراب وعدول عن الصواب كما يعلم من مراجعة نور العين، وهذا ما يحصل لي بعد التأمل، والله سبحانه أعلم. قوله: (برازية وغيرها) يوجد هنا في بعض النسخ زيادة نقلت من نسخة الشارح ونصها: قيد ببيعه لمالكه لأن بيعه لنفسه باطل كما في البحر والاشباه عن البدائع كأنه لأنه غاصب، وكذا من نفسه لأن الواحد لا يتولى طرفي البيع إلا الأب كما مر. وعبارة الاشباه: وبيع الفضولي موقوف إلا من ثلاث فباطل: إذا باع لنفسه بدائع. وإذا شرط الخيار فيه للمالك تلقيح. وإذا باع عرضا من غاصب عرض آخر للمالك به. فتح. لكن ضعف المصنف الأولى لمخالفتها لفروع المذهب، لتصريحهم بأن بيع الغاصب موقوف، وبأن المبيع إذا استحق

فللمستحق إجازته على الظاهر مع أن البائع باع لنفسه لا للمالك الذي هو المستحق مع أنه توقف على الإجازة. وأما الثانية ففي النهر: وينبغي إلغاء الشرط فقط. قلت: وحاصله كما قاله شيخنا إن بيعه موقوف ولو لنفسه على الصحيح أ هـ. لكن في حاشية الاشباه لابن المصنف. وردت مسألتين من الحاوي: وهما بيع الفضولي مال صغير، ومجنون لا ينعقد أصلا، وهذا آخر ما وجدته من الزيادة، ولا يخفى ما فيها من التكرار، وكان الشارح قصد أن يعدل إليها عما كتبه أولا من قوله: أما لو باعه إلى قوله: قيد البيع. 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 لا سيده، فلو أقر بمال آخر إلى عتقه لو لغير مولاه ولو له هدر ويحد وقود أقيم في الحال لبقائه على أصل الحرية في حقهما، ومن عقد عقدا يدور بين نفع وضرر من هؤلاء المحجورين وهو يعقله أجاز وليه أو رد، وإن لم يعقله فباطل، وإن أتلّفوا شيئا ضمنوا، لكن لا ضمان العبد بعد العتق أ هـ. وبه ظهر أن قول العمادية لا تنعقد الخ ليس على إطلاقه، وإن مراده بلا تنعقد لا تنفذ، فيشمل ما ينعقد موقوفا وما لا ينعقد أصلا 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 أ هـ. وهذا أولى لأن الكلام في توقف المبيع. أما على ما في المتن فالموقوف شراء فاسد العقل. أما البيع الصادر من الرشيد فغير موقوف، ولذا قال في الشرنبلالية: هذا التركيب فيه نظر. والمسألة من الخانية: الصبي المحجور إذا بلغ سفيها يتوقف بيعه وشراؤه وعلى إجازة الوصي أو القاضي. وفي الخلاصة: إذا باع ماله وهو غير رشيد يتوقف على إجازة القاضي هـ. قلت: وهذا على قولهما: أما علي قول الامام فتصرفه صحيح كما سيأتي في بابه. مطلب في بيع المرهون والمستأجر قوله: (ووقف بيع المرهون والمستأجر الخ) أي فإن إجازة المرتهن والمستأجر نفذ، وهل يملكان الفسخ؟ قيل: لا وهو الصحيح، وقيل: يملكه المرتهن دون المستأجر لأن حقه في المنفعة، ولذا لو هلك العين لا يسقط دينه وفي الرهن يسقط، وتماه في البحر. وجزم في الخانية بالثاني، لكن في حاشية الفصولين للرملي على الزيلعي: لا يملك المرتهن الفسخ في أصح الروايتين أ هـ. وليس للراهن والمؤجر الفسخ. وأما المشتري فله خيار الفسخ إن لم يعلم بالأجارة والرهن عند أبي يوسف، وعندهما: له ذلك وإن علم، وعزى كل منهما إلى ظاهر الرواية كما في الفتح، لكن في حاشية الفصولين للرملي عن الولوالجية أن قولهما هو الصحيح، وعليه الفتوى، بقي لو لم يجز المستأجر حتى انفسخت الأجارة 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 الاجارة لا للانتزاع من يده .وعن بعضنا: أنه لو باع وسلم أجازهما المستأجر بطل حتى حبسه ولو أجاز البيع لا التسليم لا يبطل حق حبسه ا هـ. تنبيه: لو بيع المستأجر من مستأجره لا يتوقف كما علم مما ذكرناه، وبه صرح في الفصولين وغيره. وفيه: باع المستأجر ورضي المشتري أن لا يفسخ الشراء إلى مضي مدة الاجارة 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 الارض الارض يتوقف على إجازة المزارع ا هـ. أي لانه في حكم المستأجر للارض. وأما لو كان البذر من المالك فينفذ لو لم يزرع، لان المزارع أجبر له، ولو زرع لا لتعلق حق المزارع. وتماه في جامع الفصولين. قوله: (نفذ) حقه أن يقول توقف، لانه إذا علم في المجلس توقف على إجازته فيخير بين أخذه وتركه، لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية كما ذكره في البحر من المراجعة. قوله: (وإلا بطل) المناسب لما بعده وإلا فسد. قوله: (قلت الخ) استدراك على المصنف، فإن مفاد كلامه أن المتوقف صحته: أي أن صحيح له عرضية الفساد فهو مبني على الضعيف، ويمكن حمل كلام المصنف على ما بعد العلم في المجلس. قوله: (وبيع المبيع من غير مشترية) (قال في الدرر: صورته باع شيئاً من زيد ثم باعه من بكر لا ينعقد الثاني، حتى لو تفاسخا الاول لا ينعقد الثاني، لكن يتوقف على إجازة المشتري إن كان بعد القبض، وإن كان قبله في المنقول لا، وفي العقار على الخلاف ا هـ. قوله: أولاً: لا ينعقد الثاني، معناه: لا ينفذ بقرينة 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 عقاراً فباعه قبل قبض، والكلام هنا في بيع البائع. قلت: لا يخفى أن الاجارة اللاحقة كالوكالة السابقة، فالبيع في الحقيقة من المشتري، ولذا قال في جامع الفصولين: شراره ولم يقبضه حتى باعه البائع من آخر بأكثر فأجازه المشتري لم يجز، لانه بيع ما لم يقبض ا هـ. فاعتبره بيعاً من جانب المشتري قبل قبضه، فافهم. وظاهره أنه يبقى على ملك المشتري الاول، وبأي تمامه في فصل التصرف في المبيع. قوله: (لدخوله في بيع مال الغير) لا يخفى أن في هذه الصورة تفصيلاً ورفقاً بين الاجارة قبل القبض أو بعده وهو محتاج للتنبيه عليه، بخلاف غيرها من بيع مال الغير، فالاولى ذكرها كما فعل في الدرر. قوله: (وبيع المرتد) فإنه موقوف عند الامام على الاسلام، 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 لانه فاسد يملك بالقبض شرنبلالية. قوله: (وبيع فيه خيار المجلس كما مر) الذي مر أول البيوع أنه إذا أوجب أحدهما فلآخر القبول في المجلس، لان خيار القبول مقيد به، فإذا قبل فيه لزم البيع بلا خيار إلا لعب أو رؤية خلافاً للشافعي، فإن كان المراد خيار القبول ففيه كما قال الواني إن البيع الموقوف إنما يكون بعد الإيجاب والقبول، وإن كان المراد خيار الشرط، ففي الشرنبلالية أنه ليس من الموقوف، والخيار المشروط المقدر بالمجلس صحيح، وله الخيار ما دام فيه. وإذا شرط الخيار ولم يقدر له أجل كان له الخيار بذلك المجلس فقط كما في الفتح ا هـ. وبيانه أن الموقوف مقابل للنافذ، وما فيه خيار مقابل للزوم، 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 مقيداً بالمجلس وغيره، ولئلا يتوهم منه خيار القبول. ثم إن ما نقله الشرنبلالي عن الفتح مخالف لما قدمه الشارح من أن خيار الشرط ثلاثة أيام أو أقل وأنه يفسد عند إطلاق أو تأبيد، وقدمنا 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 الولوالجية وغيرها، وحمل عليه في البحر كلام الفتح. قوله: (على إجازة المالك) فلو تداولته الأيدي فأجاز عقداً من العقود جاز ذلك العقد خاصة كما سيأتي تحريره. وفي جامع الفصولين: لو باعه الغاصب ثم ضمنه مالكة جاز

البيع، ولو شراه غاصبه من ماله أو وهبه منه أو ورثه لم ينفذ بيعه قبل ذلك. قوله: (يعني إذ باعه لماله الخ) تبع في ذلك المصنف، مع أن المصنف ذكر فيها مر أن هذا مخالف لفروع المذهب، فلا فرق بين بيعه لماله أو لنفسه، وقد علمت الكلام على ما في البدائع. قوله: (على البينة) أي إن أنكر الغاصب ط. قوله: (وبيع ما في تسليمه ضرر) كبيع جذع من السقف سواء كان معينا أو لا على ما في النهر عن الفتح، وقد علم أن المراد تعداد الموقوف، ولو صدر فاسدا فإن البيع في هذه الصورة فاسد موقوف ط. قوله: (وبيع المريض لوارثه) أي ولو بمثل القيمة وهذا عنده، وعندهما: يجوز ويخير المشتري بين فسخ وإتمام لو فيه غبن أو محاباة قلت أو كثرت، كذا وصى الميت له باعه من الوارث فهو على هذا الخلاف، وكذا وارث صحيح بايع 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 تجز الورثة بطل. فتح. قوله: (علي 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 ه.

مطلب: البيع الموقوف نيف وثلاثون قوله: (وأوصله) أي البيع الموقوف. قوله: (إلى نيف وثلاثين) أي ثمان وثلاثين، ذكر المصنف والشارح منها ثلاثة وعشرون صورة. ذكر 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 فإن موقوف على إجازة الغرماء، وكذا بيعه 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 يريده أو بما يجب أو برأس ماله أو بما اشتراه ه. أي فإنه يتوقف على بيانه في المجلس كما تقدم نظيره ط. قوله: (قبول الإجازة) أي ولو تداولته الأيدي كما قدمناه أنفا. قوله: (من المالك) أفاد أنه لا تجوز إجازة وارثه كما يذكره قريبا ويعني 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 أو لا وهو قول محمد لأن الأصل بقاءه ثم رجع أبو يوسف وقال: لا يصلح حتى يعلم قيامه عند الإجازة، لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك. فتح ونهر، ولو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للبائع أنه هلك بعد الإجازة لا للمشتري أنه هلك قبلها كما في جامع الفصولين. قوله: (بحيث يعد شيئا آخر) بيان للمنفعي وهو التغير، فلو صيغه المشتري فأجاز المالك البيع جاز، ولو قطعه وخاطه ثم أجاز لا يجوز لأنه صار شيئا آخر. منح ودرر، ومثله في التتارخانية 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 العرصة. قوله: (لأن إجازته كالبيع حكما) أي ولا بد في البيع من قيام هذه الثلاثة. قوله: (لو كان عرضا معينا) بأن كان بيع مقايضة. فتح. وفيه بالتعيين لأن الاحتراز عن الدين إنما يحصل به فإن العرض قد يكون دينا على ما ستقف عليه. ابن كمال: أي كالمسلم. قوله: (فيكون ملكا للفضولي) أي فإذا هلك يهلك عليه ط. وإنما توقف على الإجازة لأن إجازة المالك إجازة عقد 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 وإجازة المالك لا ينتقل إليه، بل تأثير إجازته في النقد لا العقد، ثم يجب على الفضولي مثل المبيع إن كان مثليا، وإلا فقيمته لأنه لما صار البدل له صار مشتربا لنفسه بمال

الغير مستقرضا له في ضمن الشراء فيجب عليه رده، كما لو قضى دينه بمال الغير. واستقرض غير المثلي جائز ضمنا وإن لم يجر قصدا، ألا ترى أن الرجل إذا تزوج امرأة على عبد الغير صح ويجب عليه قيمته. قوله: (أمانة في يد الفضولي (فلو هلك لا يضمنه كالوكيل، لأن الاجازة 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، وتماثله في الفتح، وأطلقه فشمّل ما إذا هلك قبل تحقق الاجازة أو بعده كما يأتي بيانه. فرع: لو أراد المشتري استرداد الثمن منه بعد دفعه له على رجاء الاجازة لم يملك ذلك. ذكره في المجتبى آخر الوكالة. رملي على الفصولين. 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 آل للجنس فيكون أخذ بعضه إجازة أيضا لدلالته على الرضا، ولتصريحهم في نكاح الفضولي بأن قبض بعد المهر إجازة. أفاده الرملي عن المصنف. قوله: (وهل للمشتري الخ) كان الأولى ذكر هذه الجملة بتمامها عقب ما قدمه عن الملتقى، لأن ذاك فيما إذا وجدت الاجازة، وهذا فيما إذا لم توجد. وحاصله: أنه إذا لم توجد الاجازة 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 يجر المالك البيع فالثمن مضمون على الفضولي. ثم رمز القاضيخان وقال: رجع على الفضولي بمثل الثمن، ثم رمز لبرهان صاحب المحيط وقال: لا يرجع عليه بشيء ثم رمز لظهير الدين المرغيناني وقال: إن علم أنه فضولي وقت أداء الثمن يهلك أمانة. ذكره في المنتقى. قال البديع: وهو الاصح اه. وعلة تصحيح كونه أمينا أن الدفع إليه مع العلم بكونه فضوليا صيره كالوكيل اه. قوله: (واعتمده ابن الشحنة) كأنه أخذ اعتماده له من ذكر علة التصحيح المذكورة. تأمل. قوله: (وأقره المصنف). قلت: وبه جزم في البازية وجامع الفصولين، وعزاه في شرح الملتقى إلى القهستاني عن العمادية. قوله: (وجزم الزيلعي وابن ملك الخ) حيث قالوا: وإذا أجاز المالك كان الثمن مملوكا له أمانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك بعد الاجازة أو قبلها، لأن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة اه. وبه علم أن قول الشارح مطلقا معناه: سواء هلك قبل الاجازة أو بعدها، فافهم. ثم اعلم أن المتبادر من كلام الزيلعي وابن ملك أن المراد: إذا وجدت الاجازة لا يضمن الفضولي الثمن سواء هلك قبلها أو بعدها، لأن الثمن غير العرض يصير ملكا للمجيز، لأن الفضولي

بالاجازة اللاحقة صار كالوكيل، فيكون الثمن في يده أمانة قبل الهلاك من حين قبضه فيهلك على المجيز وإن كانت الاجازة بعد الهلاك، والمتبادر من كلام القنية أن الاجازة 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 النقلين، هذا ما ظهر لي فتدبره. وبقي ما إذا هلك الثمن العرض في يد الفضولي قبل الاجازة، ففي جامع الفصولين: يبطل العقد ولا تلحقه الاجازة، ويضمن للمشتري مثل عرضه أو قيمته لو قيميا لأنه قبضه بعقد فاسد اه. تنمة: لم يذكر حكم هلاك المبيع وذكره في جامع الفصولين. وحاصله أنه لو هلك قبل الاجازة، فإن كان قبض المشتري بطل العقد، وإن بعده لم يجر بالاجازة وللمالك تضمين أيهما شاء وأيها اختار تضمينه ملكه، وببرأ الآخر فلا يقدر على أن يضمنه، 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: أي بأن قبضه بلا إذن مالكة نفذ بيعه بضمانه، وإن كان قبضه أمانة، وإنما صار مضمونا عليه بالتسليم بعد البيع لا ينفذ بيعه بضمانه، لأن سبب ملكه تأخر عن عقده. وذكر محمد في ظاهر الرواية أن البيع يجوز بتضمين البائع، وقيل: تأويله أنه سلم أولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كمغصوب اه. قوله: (بئسما صنعت) قال في جامع الفصولين: هو إجازة في نكاح وبيع وطلاق وغيرها، كذا روي عن محمد. وفي ظاهر الرواية: هو رد، وبه يفتي اه. والظاهر أن مثله أسأت. قوله: (على المختار) أي في أحسن وأصبت، ومقابله ما في الخانية من أنه ليس إجازة لأنه يذكر للاستهزاء. وفي الذخيرة أن فيه روايتين. وفي جامع الفصولين: أحسنت أو وفقت أو كفيتني مؤنة البيع أو أحسنت فجزاك الله خيرا ليس

إجازة، لانه يذكر للاستهزاء، إلا أن محمدا قال: إن أحسنت أو أصبت إجازة استحسانا. أقول: ينبغي أن يفصل، فإن قاله جدا فهو إجازة، لا لو قاله استهزاء، ويعرف بالقرائن، ولو لم توجد ينبغي أن يكون إجازة إذ الأصل هو الجد ا هـ. وفي حاشيته للرملي عن المصنف أن المختار ما ذكره من التفصيل كما أفصح عنه البزاري. قوله: (لو المبيع قائما) ذكره لانه تتمه عبارة العمادية، وإلا فالكلام فيه. قوله: (بيع الآخر) بالجيم المكسورة. قوله: (جاز) لانه بعدم إجازته لا يفسخ، لما مر من أن المستأجر لا يملك الفسخ. قوله: (بالفعل وبالقول) الاول من قوله أخذ الثمن، والثاني من قوله أو طلبه وما بعده. وفي جامع الفصولين: لو أخذ المالك بثمنه خطأ من المشتري فهو إجازة، لا لو سكت عند بيع الفضولي بحضرته ا هـ. وسيدكر الشارح مسألة السكوت آخر الفصل. قوله: (وإن للمالك الخ) استفيد ذلك من قول المصنف وحكمه قبول الاجازة، فإن المراد إجازة المالك كما مر فإنه يفيد أن له الفسخ أيضا، وأن المشتري والفضولي ليس لهما الاجازة، فافهم. قوله: (وللمشتري الفسخ) أي قبل إجازة المالك تحرزا عن لزوم العقد. بحر. وهذا عند التوافق، على أن المالك لم يجز

البيع ولم يأمر به فلا ينافي قول المصنف الآتي: باع عبد غيره بغير أمره الخ. هذا، وذكر في الفتح وجامع الفصولين في باب الاستحقاق: ولو استحق فأراد المشتري نقض البيع بلا قضاء ولا رضا البائع لا يملكه، لان احتمال إقامة البينة على النتاج من البائع أو علي التلقي من المستحق ثابت، إلا إذا حكم القاضي فيلزم العجز فينفسخ ا هـ. وقد مر أول الفصل أن الاستحقاق من صور بيع الفضولي، فينبغي تقييد قوله: (وللمشتري الفسخ بالرضا أو القضاء. تأمل. قوله): وكذا للفضولي قبلها) أي قبل إجازة المالك ليدفع الحقوق عن نفسه فإنه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالغيب، وفي ذلك ضرر عليه فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته. قوله: (لا النكاح) أي ليس للفضولي في النكاح الفسخ بالقول ولا بالفعل لانه معبر محض، فبالاجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا للفضولي. وفي النهاية أن له الفسخ بالفعل، بأن زوج رجلا امرأة ثم أختها قبل الاجازة فهو فسخ للاول، وفي الخانية خلافة. بحر ملخصا. قوله: (خير المشتري في حصته) أي حصة المجيز، لان المشتري رغب في شرائه ليسلم له جميع المبيع، فإذا لم يسلم يخسر لكونه معيبا يعيب الشركة، وألزمه محمد بها لانه رضي بتفريق الصفقة عليه ليعلمه أنهما قد لا يجتمعان على الاجازة، شرح المجمع. قوله: (فالمعتبر إجازته) ولو بدأ بالرد ثم أجاز فالمعتبر ما بدأ به، رملي علي الفصولين. قوله: (مطلقا) أي علم المالك بالثمن أو لم يعلم. وأجاب صاحب الهداية أنه إذا علم بالحط بعد الاجازة فله الخيار بين الرضا والفسخ. بحر عن البزارية. 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 الاجازة ليس له أخذ الثمن من المشتري إلا إذا ادعى الفضولي وكله بقبضه. مات العبد في يد المشتري ثم ادعى المالك الامر أو الاجازة، فإن قال كنت أمرته به صدق، ولو قال: بلغني فأجزته لم يصدق إلا ببينة، وكذا لو زوج الكبيرة أبوها ومات زوجها فطلبت الارث وادعت الامر أو الاجازة. قوله: (اشترى من غاصب عبدا) لو قال من فضولي لكان أولى، لانه إذا لم يسلم المبيع لم يكن غاصبا مع أن الحكم كذلك، ولعله إنما ذكره لاجل قوله: أو باعه فإن بيع العبد قبل قبض 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 عمر وإن كان أعتقه، وأما إن كان باعه فلا ينفذ البيع. قوله: (فأجاز المالك بيع الغاصب) قيد به، لانه 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 الايدي فأجاز ماله عقدا من العقود جاز ذلك العقد خاصة لتوقف كلها على الاجازة، فإذا أجاز عقدا منها جاز ذلك خاصة ا هـ. 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 الخير الرملي في حاشية البحر. قوله: (أو أدى الغاصب الضمان إلى المالك على الاصح. هداية (وتبعه في البناء، خلافا لما في لزيعي من أنه لا ينفذ بأداء الضمان من الغاصب وينفذ بأدائه من المشتري. أفاده في البحر. قوله: (نفذ الاول) 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 بالتضمن. وفي جامع الفصولين: وإنما يجوز لو تقدم سبب ملكه على بيعه، حتى أن غاصبه لو باعه ثم ضمنه ماله جاز بيعه، ولو شراه غاصبه من ماله أو وهبه منه أو ورثه لم ينفذ بيعه قبل ذلك، إذا الغصب سبب الملك عند الضمان، وليس بسبب البيع أو الهبة أو الارث، فيبقى السبب وهو البيع والهبة والارث متأخرا عن البيع، ويجوز بيعه لو ضمنه قيمته يوم غصبه لا يوم بيعه ا هـ. ثم ذكر أنه لم يفصل بين قيمة وقيمة في عامة الروايات. قوله: (لان الاعتاق الخ) علة لنفاذ الاعتاق، وأما عدم نفاذ البيع فليطالنه بالإجازة لانه يثبت بها الملك للمشتري باتا. مطلب: إذا طرأ ملك بات على موقوف أبطله والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله، وكذا لو وهبه مولاة للغاصب أو تصدق به عليه أو مات ورثته 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 ضروري أداء الضمان فلم يظهر في إبطال ملك المشتري. بحر. وأجاب في حواشي مسكين بأن هذا غير وارد، لان الاصل المذكور ليس على إطلاقه، لما في البزاية عن القاعدي ونصه: الاصل أن من باشر عقدا في ملك الغير ثم ملكه ينفذ لزوال المانع كالغاصب باع المغصوب ثم ملكه، وكذا لو باع ملك أبيه ثم ورثه نفذ، وطرو البات إنما يبطل الموقوف إذا حدث لغير من باشر الموقوف، كما إذا باع المالك ما باعه الفضولي من غير الفضولي ولو ممن اشترى من الفضولي. أما إن باعه من الفضولي فلا ا هـ. قلت: وعليه ففي مسألة بيع المشتري من الغاصب لو أجاز بيع الغاصب نفذ وبطل بيع المشتري، لان الملك البات للغاصب طرأ على ملك موقوف باشره هو، وأما بالنسبة إلى المشتري فقد طرأ على ملك موقوف لغير من باشره، لان المباشر للبيع الثاني الموقوف هو المشتري، نعم لو أجاز عقد المشتري يكون طور البات لمن باشر الموقوف. قوله: (لثبوت ملكه به) أي بالضمان لا بالغصب، لان الغصب

غير موضوع لإفادة الملك ا هـ ح. قوله: (ولو قطعت يده) أي يد ما باعه الغاصب. وقوله: مثلا أشار به إلى أن المراد أرش أي جراحة كانت، واحترز بالقطع من القتل أو الموت عند المشتري، فإن البيع لا يجوز بالإجازة لغوات المعقود عليه، وشرط صحة الإجازة قيامه كما مر، وتماه في الفتح. قوله: (عند مشتريه) احتراز عن الغاصب كما يأتي. قوله: (له): أي للمشتري. قوله: (يكون للمشتري) (تصريح بما أفاده التشبيه في قوله: وكذا الخ. قوله: (لان الملك تم له من وقت الشراء) أي فتبين أن القطع ورد على ملكه ط عن المنح. قوله: (بخلاف الغاصب) أي لو قطعت اليد عنده ثم ضمن قيمته لا يكون الارش له لما مر قريبا من أن ثبوت ملكه بالضمان: أي لا بالغصب، لان الغصب غير موضوع للملك فلا يملك الارش وإن ملك العبد لعدم حصوله في ملكه. قوله: (بما زاد) أي من الارش على نصف الثمن إن كان نصف القيمة أكثر من نصف الثمن. نهر. قوله: (وجوبا) قال في البحر: هو ظاهر ما في الفتح. قوله: (لعدم دخوله في ضمانه) لان الملك غير موجود حقيقة وقت القطع، وأرش اليد الواحدة في الحر نصف الدية، وفي العبد نصف القيمة، والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن، ففيما زاد في نصف الثمن شبهة عدم الملك. وتماه في البحر. قوله: (قيد اتفاقي) فإنه وإن وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسألة. فتح: أي لان 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 لمدعي الامر، إذ غيره متناقض فلا تصح دعواه، ولذا لم يكن له استحلافه ا هـ. وليس راجعا لقوله: المشتري على معنى أن البائع كذلك لانه يتكرر مع قول المصنف، كما لو أقام البائع البينة، أفاده ط. قوله: (الفضولي) لامحل لذكره بعد تصريحه بأن قوله: بغير أمره قيد اتفاقي. قوله: (ردت بينته) أي إن برهن، وقوله: ولم يقبل قوله أي إن لم يبرهن. قوله: (للتناقض) إذ الاقدام على الشراء والبيع دليل على دعوى الصحة، وأنه يملك البيع ودعوى الاقرار بعدم الامر تناقضه، وقبول البينة مبني على صحة الدعوى. نهر وغيره. واعترض بأن التوفيق ممكن لجواز أن لا يعلم إلا بعد الشراء بإخبار عدول له بأننا سمعنا إقرار البائع

بذلك قبل البيع. وأجاب في البحر بأنه وإن أمكن التوفيق بذلك لكنه ساع في نقض ما تم من

[241]

جهته فسعيه مردود عليه فقولهم إمكان التوفيق يدفع التناقض على أحد القولين مقيد بما إذا لم يكن ساعيا في نقض ما تم من جهته. قوله: (إلا في مسألتين) ذكرهما في البحر هنا، لكن الشارح قدم في الوقف عند قوله: باع دارا ثم ادعى أنني كنت وقفها أن المستثنى سبع، وقدمنا هناك عن قضاء الاشباه أنها تسع، وممر الكلام عليها فراجع. قوله: (ولو عند غير القاضي) أفاد أن قول الكنز عند القاضي قيد اتفاقي. قوله: (لان التناقض) أي من البائع لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة في إقراره على نفسه، فللمشتري أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فيبطل البيع في حقهما. قوله: (خلافًا 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 نكل لزمه لا إن حلف. وتمامه فيه وفي البحر. قوله: (بغير أمره) لا حاجة إليه لانه محل النزاع ط. ولذا لم يذكره في الكنز. قوله: (نهر) نقله عن البناية ولم يتكلم على مفهومه، ولعله لانه أولوي فإنه إذا لم يضمن إذا قبضها لا يضمن إذا لم يقبض بالأولى ط. قوله: (فقيد اتفاقا) أي وقع في الكنز وغيره اتفاقا مقصودا للاحتراز، لانه إذا لم يدخلها يكون بالأولى. قوله: (لعدم سرية 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 بغصبها فهي عدم صحة غصب العقار، وهو قولهم، وقال محمد: يضمن قيمة الدار، وهو قول أبي يوسف أولا لصحة غصبه عنده ط. ولذا قال في الفتح: وهي مسألة غصب العقار هل يتحقق أو لا؟ فعند أبي حنيفة لا فلا يضمن: وعند محمد نعم فيضمن أ ه. قوله: (فإن برهن الخ) (وإن لم يبرهن كان التلق مضافا إلى عجزه عنه لا إلى عقد البائع. قال السائحاني: والظاهر أن الثمن يوضع في بيت المال حتى يتبين الحال. قوله: (لانه نور دعواه بها) أي جعل لها نورا بالبينة: أي أوضحها وأظهرها. قوله: (باعه) أي الشئ. قوله: (فتصير مملوكة لا زوجة) إنما نص على أنها لا تصير زوجة مع أن البيع يقدم على الاجارة والرهن أيضا لانه يفهم من نفي الزوجية نفي الادنى منها بالأولى. قال في الفتح: ونثبت الهبة لو وهبه فضولي وأجره آخر، وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لانها لازمة، والاجارة أحق من الرهن لافادتها ملك المنفعة والبيع أحق من الهبة لبطلانها بالشيوخ، فما لا يبطل بالشيوخ كهبة فضولي عبد أو بيع آخر إياه يستويان، لان الهبة مع القبض تساوي

[242]

البيع في إفادة الملك، وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة، فيأخذ كل نصفه، ولو زوجها كل من رجل فأجيزا بطلا، ولو باعهاا تنصف بين المشتريين ويخبر كل منهما أ ه. والله سبحانه أعلم. باب الاقالة مناسبتها للفضولي أنه عقد يرفع عند عدم الاجارة والاقالة 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 قالا من باب باع إلا أنه قليل. نهر. قوله: (أجوف) أي عينه حرف علة ثم بينه بأنه يائي، وهو خبر مبتدأ محذوف: أي هو أجوف، ويأتي خبر ثان أ ه ج. وفيه رد على من قال: إنه واوي من القول والهمزة للسلب، فأقال بمعنى أزال القول: أي القول الاول وهو البيع، كاشكاه: أزال شكايته، ودفع بثلاثة أوجه ذكرها في الفتح: الال قولهم قلته بالكسر فهو يدل على أن عينه ياء لا واو فليس من القول. الثاني أنه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف من الياء لا مع الواو. الثالث أنه ذكر في مجموع اللغة قال البيع قالا وإقالة: فسخره أ ه. قوله: (رفع العقد) ولو في بعض المبيع لما في الحاوي: لو باع منه حنطة مائة من دينار ودفعها إليه فافترقا ثم قال للمشتري: ادفع إلي الثمن أو الحنطة التي دفعتها إليك فدفعها أو بعضها فهو فسخ في المردود أ ه. قوله: (فبخر بالعقد) فهو تعريف للاعم من إقالة البيع والاجارة ونحوهما. بحر. واعترضه في النهر بأن مراده بالعقد عقد البيع. قلت: تخصيصه بالبيع لكون الكلام فيه، وإلا فهو تعريف للاقالة مطلقا، لان حقيقتها في الاجارة 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) الاولى تأخيرها عن قوله: أو أحدهما مستقبل كما فعل المصنف ط. قوله: (أو أحدهما مستقبل الخ) اعلم أن الاقالة عند أبي يوسف بيع، إلا أن لا يمكن فسخ كما يأتي، وعند محمد بالعكس. والعجب أن قول أبي يوسف كقول الامام في أنها تصح بلفظين أحدهما مستقبل مع أنها بيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك، ومحمد يقول: إنها فسخ ويقول: لا تنعقد إلا بماضيين لأنها كالبيع، فأعطاه بسبب الشبه حكم البيع. وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعطها حكمه، والجواب له أن المساومة لا تجري في الاقالة فحمل اللفظ على التحقيق، بخلاف البيع. فتح. قوله: (لعدم المساومة فيها) إشارة إلى الجواب المذكور أي لان الاقالة لا تكون إلا بعد نظر وتأمل، فلا يكون قوله: أقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح، وبه فارق البيع كما في شروح الهداية. قوله: (وقال محمد: كالبيع) أي فلا تنعقد إلا

[243]

بماضيين كما مر. قال في الفتح: والذي في الخانية أن قول الامام كقول محمد. قوله: (قال البرجندي الخ) قال في الفتح: وفي الخلاصة: اختاروا قول محمد: وفي الشرنبلالية: ويرجح قول محمد كون الامام معه على ما في الخانية ا هـ. قلت: واختار المصنف قول أبي يوسف تبعا للدرر واللمتقى. قوله: (وتصح أيضا الخ) فلا يتعين فيها لفظ كما في الفتح، وظاهره أنه لا فرق بين الاقالة وهذه الالفاظ، وهو غير مراد، فإن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما، وهذا إذا كانت بلفظ الاقالة، فلو بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد لم تجعل بيعا اتفاقا، ولو بلفظ بيع فبيع إجماعا كما يأتي، فتنبه لذلك. وفي البازية: طلب الاقالة فقال المشتري هات الثمن فأقالة ا هـ. قلت: والظاهر أن مثله ما لو كان الطلب من المشتري فقال البائع: خذ الثمن. وفيها: اشترى عبدا ولم يقبضه حتى قال للبائع به لنفسك فلو باع جاز وانفسخ الاول، ولو قال به لي أو به ممن شئت أو به ولم يرد عليه لا يصح ا هـ. وظاهره أنه في الصورة الاولى ينفسخ، وإن باعه بعد المجلس. تأمل. ووجهه أنه إقالة اقتضاء، فإن أمره بالبيع لنفسه لا يتم إلا بتقديم الاقالة، فهو نظير قولك أعتق عبدك عني بألف، بخلاف بقية الصور، فإنه توكيل لا إقالة. ثم رأيت ذلك التوجيه في الولوالجية وفي البازية: ولا يصح تعليق الاقالة بالشرط بأن باع ثورا من زيد فقال: اشتره رخيصا فقال زيد: إن وجدت مشتريا بالزيادة فبعه منه. فوجد فباع بأزيد لا ينعقد البيع الثاني، لأنه تعليق الاقالة لا الوكالة بالشرط، وفيها: قال المشتري إنه يخسر، فقال البائع به فإن خسر فعلي، فباع فخسر لا يلزمه شيء. قوله: (هو الصحيح. بازية) عبارتها: قبض الطعام المشتري وسلم بعض الثمن ثم قال بعد أيام إن الثمن غال فرد البائع بعض الثمن المقبوض، فمن قال البيع ينعقد بالتعاطي من أحد الجانبين جعله إقالة وهو الصحيح، ومن شرط القبض من الجانبين لا يكون إقالة عنده ا هـ. ومثله في الخانية. قوله: (وفي السراجية) الخ مقابل الصحيح، والمراد بالتسليم تسليم المبيع، وبالقبض قبض الثمن المدفوع ط. قوله: (وتتوقف علي القبول) فلو اشترى حمارا ثم جاء به ليرده، فلم يقبله البائع صريحا واستعمل الحمار أياما ثم امتنع عن رد الثمن وقبول الاقالة كان له ذلك، لأنه لم رد كلام المشتري بطل فلا تتم الاقالة باستعماله. خانية. قوله: (في المجلس) (فلو قبل بعد الزوال المجلس أو بعد ما صدر عنه فيه ما يدل على الاعراض لا تتم الاقالة. ابن ملك. وفي القنية: جاء الدلال بالثمن إلى البائع بعد ما باعه بالأمر المطلق، فقال له البائع لا أدفعه بهذا الثمن فأخبر به المشتري فقال أنا لا أريده أيضا، لا يفسخ لأنه ليس من ألفاظ الفسخ، ولان اتحاد المجلس في الإيجاب والقبول شرط في الاقالة ولم يوجد، اشترى حمارا ثم جاء ليرده فلم يجد البائع فأدخله في إصطبله فجاء البائع بالبيطار فيزغه فليس بفسخ، لان فعل البائع وإن كان قبولا ولكن يشترط فيه اتحاد المجلس ا هـ. قوله: (ولو كان القبول فعلا) أفاد أنه بعد الإيجاب لا يكون من التعاطي، لان التعاطي ليس فيه إيجاب لما قدمناه أول البيوع عن الفتح من أنه

[244]

إذا قال بعته بألف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا خلافا لمن قال إنه بيع بالتعاطي، لأن التعاطي ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط أ هـ . تنبيه: قال في البزازية: جاء بقبالة العقار المشتري، فأخذها البائع وتصرف في العقار بإقالة. وفي الخزنة، دفع القبالة إلى البائع، وقبضه ليس بإقالة. وكذا لو تصرف البائع في المبيع بعد قبض القبالة وسكت المشتري لعدم تسليم المبيع وقبض الثمن أ هـ . قلت: وإقالة 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 الخزنة مبنية على أنه لا بد لكونه من الجانبين بقريئة التعليل، تأمل. قوله: (فور قول المشتري أقلتك) متعلق بالامرين. قال في الفتح: ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل، كما إذا قطعه قميصا في فور قول المشتري: أقلتك أ هـ . والمراد بالفورية: أن يكون في المجلس بأن يقطعه قبل أن يتفرقا ولم يتكلم بشئ كما في ح عن الخانية. وظاهر هذا أن القبض فورا بلا قطع لا يكفي، وهو خلاف قول الشارح: أو قبضه ولعل المسألة مفروضة فيما إذا كان الثوب بيد البائع قبل قوله: أقلتك فتأمل. ثم رأيت في الذخيرة) وكذا في الحاوي صورة المسألة بما يرفع الاشكال حيث قال: وكذا دلالة بالفعل، ألا ترى أن من باع ثوبا وسلمه ثم قال للمشتري: أقلت البيع فاقطعه لي قميصا فإن قطعه في المجلس فهو إقالة وإلا فلا أ هـ . فالمتكلم بقوله، أقلت 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) علة لقوله: وتتوقف الخ ولا يرد أن المعطوفات لا تصلح تعليلا له، لأن العلة مجموع ما ذكر فكأنه قال: لأن لها شروطا منها اتحاد المجلس فافهم. قوله: (ورضا المتعاقدين) لأن الكلام في رفع عقد لازم، وأما رفع ما ليس بلازم فلم له الخيار بعلم صاحبه لا يرزاه 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 الموصى له كما في القنية أ هـ . قوله: (وبقاء المحل) أي المبيع كلا أو بعضا لما سيذكره المصنف من أنه يمنع صحتها هلاك المبيع وهلاك بعضه يمنع بقدره. قوله: (القابل للفسخ بخيار) نعت للمحل وبخيار متعلق بالفسخ، ووصف المحل بقوله الفسخ مجاز لأن القابل لذلك عقده. قال ح: أي القابل للفسخ بخيار من الخيارات كخيار العيب والشرط والرؤية كما في الفتاوى الهندية أ هـ . وفي الخلاصة: والذي يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة. ومثله في الفتح. قوله: (فلو زاد الخ) تفريع على قوله: القابل للفسخ بخيار وقدما في خيار العيب أن الزيادة إما متصلة متولدة كسمن وجمال أو غير متولدة كفرس وبناء وخياطة، وإما منفصلة متولدة كولد وثمرة وأرشد أو غير متولدة ككسب وهبة، والكل إما قبل القبض أو بعده، ويمتنع الفسخ بخيار العيب في موضعين: في المتصلة الغير المتولدة مطلقا، وفي المنفصلة المتولدة لو بعد القبض فقط، فافهم. ويأتي زيادة بيان. قوله: (وقبض بدلي الصرف في إقالته) أي إقالة عقد الصرف، أما على قول أبي يوسف

فظاهر، لأنها بيع، وأما على أصلها فلأنها بائع في حق ثالث وهو حق الشرع . بحر. قوله: (وأن لا يهب البائع الثمن للمشتري) أي المشتري المأذون. فلو وهبه لم تصح الاقالة بعدها، وقوله: قبل قبضه أي قبل قبض البائع الثمن من المأذون، وذلك لأنها لو صحت الاقالة حينئذ لكان تبرعا بالمبيع للبائع، ولا يقدر على الرجوع عليه بالثمن لأنه لم يصل إلى البائع منه شئ، وهو ليس من أهل التبرع. أما بعد القبض فيرجع المأذون عليه بالثمن لوصله ليد له فلم يكن متبرعا فصحت الاقالة، ويرجع على البائع بعدها بقدر الموهوب له فيكون الواصل إليه قدر الثمن مرتين الموهوب وقدره. وقاس ح على المأذون وصي اليتيم ومتولي الوقف نظرا للصغير والوقف، فيجري فيهما حكمه ط. قوله: (في بيع مأذون ووصي ومتول) وكذا إذا اشتروا بأقل من القيمة، فإن الاقالة لا تصح. نهر. وكان على الشارح أن يقول: وأن لا يهب الثمن للمشتري المأذون أو الوصي أو المتولي قبل قبضه، وأن لا يكون بيعهم بأكثر من القيمة ولا شراؤهم بأقل منها أ هـ ، ويمكن أن يكون قوله: في بيع مأذون الخ قيد للمسألتين، لكن 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) أي أو الشراء كما يظهر مما يأتي. قوله: (الثلاثة المذكورة) أي المأذون والوصي والمتولي إذا باعوا بأكثر من القيمة. قال في

جامع الفصولين: الوصي والمتولي لو باع شيئا بأكثر من قيمته ثم أقال لم يجز أ هـ. وعبارة الاشباه إلا في مسائل: اشترى الوصي من مديون الميت دارا بعشرين وقيمتها خمسون لم تصح الاقالة. اشترى المأذون غلاما بألف وقيمته ثلاثة آلاف لم تصح. والمتولي على الوقف لو أجر الوقف ثم أقال ولا مصلحة لم يجز عل الوقف أ هـ. فما في جامع الفصولين في البيع وما في الاشباه في الشراء. مطلب: تحرير مهم في إقالة الوكيل بالبيع قوله: (والوكيل بالشراء) بخلاف الوكيل بالبيع تصح، ويضمن. بحر. ثم قال: وإنما يضمن الوكيل بالبيع إذا أقال بعد قبض الثمن، أما قبله فيملكها في قول محمد، كذا في الظهيرية أ هـ. 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 الاقالة إجماعا أ هـ. وفي حاشية الخير الرملي بعد أن ذكر عبارة البحر أقول: وفيه توقف من وجوه: الاول تقييده الضمان بما إذا كانت الاقالة بعد قبض الثمن، مع أن الوكيل لو قبض الثمن لا يملك الاقالة إجماعا .

الثاني قوله: فيملكها عند محمد مع أنها جائزة عند الامام 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 والبازية ما صورته: والوكيل بالمبيع يملك الاقالة بخلاف الوكيل بالشراء، يستوي أن تكون الاقالة قبل القبض أو بعده، فتأمله مع ما في الظهيرية، ومع 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 الاقالة إجماعا: أي على الموكل فلا يعود المبيع إلى ملكه وتصح الاقالة عليه فيضمن، وبهذا يحصل التوفيق ويتضح الأمر، وقد ذكر في البحر أول الاقالة فرعا لطيفا عن القنية فيه دلالة على صحة التوفيق المذكور، فراجع. فتحصل أن إقالته تصح عند الامام 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 البازية إقالة الوكيل بالبيع جائزة عند الامام ومحمد أ هـ. 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 أ هـ. 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 عيب أو من غير عيب أ هـ. 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 الاقالة بيع جديد في حق ثالث وهو الموكل هنا، فإذا أقال البائع بلا إذنه لا يصير مشتريا له إذ لا يملك ذلك عليه، بل صار البائع مشتريا لنفسه إذ 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 أقال وأجاز الابن الاقالة ثم باعها ثانيا بغير إجازته يجوز، ولا يتوقف على إجازته، لأن بالاقالة يعود المبيع إلى ملك العاقد لا إلى ملك الموكل والمجيز أ هـ. أي أنها بإجازة ابنها البيع الاول صارت وكيلة عنه فيه، ثم صارت بالاقالة مشتريه لنفسها فلذا نفذ بيعها الثاني بلا إجازة، ويظهر مما ذكرنا أن إقالة المتولي أو الوصي البيع فيما تقدم تصح عليه ويضمن، فاعتنم تحرير هذا المحل. قوله: (قيل 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 وهبه قبل قبضه أو أقاله أو احتال به صح، وضمن عندهما، ولم يجز عند أبي يوسف. قوله: (ولا إقالة في نكاح الخ) أي لعدم قبول الفسخ بخيار. قوله: (للحديث) هو قوله (ص): 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 صونا لهما عن المحذور، ولا يكون إلا بالاقالة كما في النهاية وتبعه غيره. قال في الفتح: وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق، لأن رفع المعصية واجب بقدر الامكان هـ. وظاهر كلام النهاية أن ذلك إقالة حقيقة، ومقتضاه أنه يترتب عليه أحكام البيع الآتية، وأورد عليه أن الفاسد يجب فسخه على كل منهما بدون رضا الآخر، وكذا للقاضي فسخه بلا رضاهما، والاقالة يشترط لها الرضا، اللهم إلا أن يراد بالاقالة مطلق الفسخ كما أفاده محشي مسكين. قلت: وإليه يشير كلام الفتح المذكور، وهو الظاهر لأن المقصود منه رفع العقد كأنه لم يكن رفعا للمعصية والاقال تحقق العقد من بعض الوجوه، فلا بد أن يكون الفسخ في حق المتعاقدين وحق غيرهما. والله سبحانه أعلم. قوله: (وفيما إذا غره البائع يسيرا الخ) أصل البحث لصاحب البحر وضمن الشارح غره معنى غبنه، والمعنى: إذ غره غابنا له غبنا يسيرا: أي فإذا طلب منه المشتري الاقالة وجبت عليه رفعا للمعصية. تأمل. قوله: (كما سيجيئ) أي في آخر الباب الآتي. قوله: (وحكمها أنها فسخ الخ) الظاهر أنه أراد بالفسخ الانفساخ. لأن حكم العقد الاثر الثابت به كالمملك في البيع، وأما الفسخ بمعنى الرفع فهو حقيقتها. قوله: (فسخ في حق المتعاقدين) هذا إذا كانت قبل القبض بالاجماع، وأما بعده فذلك عند الامام 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 والاقالة قبل القبض فتبطل. وقال محمد: هي فسخ إن كانت بالثمن الاول أو بأقل، ولو بأكثر أو بجنس آخر فبيع، والخلاف مقيد بما إذا كانت بلفظ الاقالة كما يأتي. نهر. والصحيح قول الامام كما في تصحيح العلامة. قاسم. قوله: (فيما هو من موجبات العقد) قيد به الزبلي وتبعه أكثر الشراح وفيه شئ، فإن الكلام فيما هو من موجبات العقد لا فيما هو ثابت بشرط زائد إذ الأصل عدمه، فقولهم فسخ: أي لما أوجبه عقد البيع، فهو على إطلاقه تدبر. رمل. على المنع. قوله: (أي أحكام العقد) أي ما ثبت بنفس العقد من غير شرط، بحر قوله: (بشرط زائد) الاولى أن يقول: بأمر زائد، وذلك كحلول الدين فإنه لا يفسخ بالاقالة ليعود الاجل، 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 الاجل، وصارت المقابلة بعد ذلك كأنه باع المبيع من بائعه فيثبت له عليه دين جديد. تأمل. قوله: (ولو رده بخيار) أي خيار عيب وعبرة بحر بعيب. قوله: (لأنه فسخ) فإن الرد بخيار العيب إذا كان بالقضاء يكون فسخا ولذا يثبت

للبيع رده على بائعه، بخلاف ما إذا كان بالتراضي، فإنه بيع جديد. قوله: لم تعد الكفالة فيهما) أي في الاقالة والرد بعيب بقضاء هـ ح. فتحصل أن الاجل والكفالة في البيع بما عليه لا يعودان بعد الاقالة، وفي الرد بقضاء في العيب يعود الاجل، ولا تعود الكفالة هـ ط. قلت: ومقتضى هذا أنه لو كان الرد بالرضا لا تعود الكفالة بالاولى، وذكر الرملي في كتاب الكفالة أنه ذكر في التتارخانية عن المحيط، عدم عودها سواء كان الرد بقضاء أو رضا وعن المبسوط أنه إن كان بالقضاء تعود، وإلا فلا. ثم قال الرملي 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 والارث والعقر، إذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والدفع وإن كانت بعد القبض متصلة، فذلك عنده، وإن كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها هـ. ومثله في ابن ملك على المجمع لكن قدمنا عن الخلاصة أن ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة، وقدمنا أيضا أن الرد بالعيب يمتنع في المتصلة الغير المتولدة مطلقا، وفي المنفصلة المتولدة لو بعد القبض فقط. ويوافق ما في الخامس والعشرين من جامع الفصولين: أن الرد بالعيب يمتنع لو الزيادة متصلة لم تتولد اتفاقا كصبي وبناء، والمنفصلة المتولدة كولد وثمر وأرث وعقر تمنع الرد، وكذا تمنع الفسخ بسائر أسباب الفسخ والمنفصلة التي لم تتولد ككسب وغلة لا تمنع الرد والفسخ بسائر أسبابه هـ. تنبيه: قال في الحاوي: تقايلا البيع في الثوب بعدما قطعه المشتري وخاطه قميصا، أو في الحديد بعد ما اتخذ سيفاً لا تصح الاقالة كمن اشترى غزلا 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 رضي بكون الخياطة للبائع بأن يسلم الثوب إليه كذلك نقول: تصح هـ. وفي حاشية الخير الرملي على الفصولين: وقد سئلت في مبيع استغله المشتري هل تصح الاقالة فيه؟ فأجبت بقولي: نعم،

وتطبيب الغلة له والغلة اسم للزيادة المنفصلة كأجرة الدار وكسب العبد، فلا يخالف ما في الخلاصة من قوله: رجل باع آخر كرما فسلمه إليه فأكل نرله: يعني ثمرته سنة ثم تقايلا، لا تصح، وكذا إذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها الاجنبي ا هـ. قوله: (وتصح بمثل الثمن الاول) حتى لو كان الثمن عشرة دنانير، فدفعت إليه دراهم ثم تقايلا، وقد رخصت الدنانير رجح بالدنانير لا بما دفع، وكذا لو رد بعيب وكذا في الاجرة لو فسخت، ولو عقد بدراهم فكسدت ثم تقايلا رد الكاسد، كذا في الفتح. نهر قوله: (وبالسكوت عنه) المراد أن الواجب هو الثمن الاول سواء سماه أو لا. قال في الفتح: والاصل في لزوم الثمن، أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين، وحقيقة الفسخ ليس إلا رفع الاول، كان لم يكن فيثبت الحال الاول، وثبوته يرجع عين الثمن إلى مالكة كانه لم يدخل في الوجود غيره، وهذا يستلزم تعين الاول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس ا هـ. قوله: (ويرد مثل المشروط الخ) ذكر هذا هنا غير مناسب، لان ليس من فروع

[249]

كونها فسخا بل من فروع كونها بيعا، ولذا ذكره الزيلعي وغيره في محتررات قوله فيما هو من موجبات العقد، فقال: كذا لو قبض أردأ من الثمن الاول أو أجود منه يجب رد مثل المشروط في البيع الاول كانه باعه من البائع بمثل الثمن الاول، وقال الفقيه أبو جعفر: عليه رد مثل المقبوض، لانه 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 لانه فسخ من كل وجه ا هـ. ومثله في المنح، فافهم. قوله: (ولو تقايلا الخ) قدمناه أنفا 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 ا هـ ج. قوله: (أو أكثر منه) أي من الثمن الاول أو من الجنس. قوله: (أو أجله) بأن كان الثمن حالا فأجله المشتري عند الاقالة، فإن التأجيل يبطل وتصح الاقالة، وإن تقايلا ثم أجله ينبغي أن لا يصح الاجل، عند أبي حنيفة، فإن الشرط اللاحق بعد العقد يلتحق بأصل العقد عنده، كذا في القنية بحر. لكن تقدم في البيع الفاسد أنه لا يصح البيع إلى قدوم الحاج، والحصاد والدياس، ولو باع مطلقا ثم أجل إليها صح التأجيل، وقدمنا أيضا تصحيح عدم التحاق الشرط الفاسد. قوله: (إلا من تعيبه) أي تعيب المبيع عند المشتري فإنها تصح بالاقول، وصار المحطوط بإزاء نقصان العيب. قهستاني. قوله: (لا أزيد ولا أنقص) فلو كان أزيد أو أنقص، هل يرجع بكل الثمن أو بنقص بقدر العيب ويرجع بما بقي، فليراجع ط. قلت: الظاهر الثاني، لان الاقالة عند التعيب جائزة بالاقول، والمراد نفي الزيادة والنقصان عن مقدار العيب، فصار الباقي بمنزلة أصل الثمن فتلغو الزيادة والنقصان فقط ويرجع بما بقي، والله أعلم. تنبيه: علم من كلامهم أنه لو زال العيب فأقال على أقل من الاول لا يلزم إلا الاول، بقي لو زال بعد الاقالة هل يرجع المشتري على البائع بنقصان العيب الذي أسقطه من الثمن الاول؟ مقتضى كونها فسخا في حقهما أنه يرجع، ونظيره ما قدمناه في أوائل باب خيار العيب، لو صالحه عن العيب ثم زال رجح البائع. تأمل. وفي التاترخانية تعيبت الجارية بيد المشتري أو بأفة سماوية وتقايلا، ولم يعلم البائع بالعيب وقت الاقالة إن شاء أمضى الاقالة وإن شاء رد، وإن علم به لا خيار له ا هـ. قال الخير الرملي في حواشي المنح بعد نقله أقول: فلو تعذر الرد بهلاك المبيع هل يرجع بنقصان العيب بمقتضى جعلها بيعا جديدا أم لا لانها فسخ في حقهما؟ الظاهر الثاني ا هـ. وهذا يؤيده ما قلنا. قوله: (قيل الخ) نقله في البحر عن البناية عن تاج الشريعة، ولم يعبر عنه بقليل، ولعل الشارح أشار إلى ضعفه لمخالفته إطلاق ما في الزيلعي والفتح من نفي الزيادة والنقصان، مع أن وجه هذا القول ظاهر، لان المراد بما يتغابن فيه ما يدخل تحت تقويم المقومين، فلو كان المبيع ثوبا حدث فيه عيب، بعضهم يقول بنقصه عشرة، وبعضهم أحد عشر فهذا الدرهم يتغابن فيه؟ نعم، لو اتفق المقومون على

[250]

شئ 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 مشتريا بأزيد فبعه منه. قوله: (كما سيحكي) أي قبيل باب الصرف ا هـ ج. قوله: (والرابع الخ) صورته باع زيد من عمرو شيئا منقولاً كثوب، وقبضه ثم تقايلا ثم باعه زيد ثانياً من عمرو قبل قبضه منه جاز البيع، لأن الاقالة فسخ في حقهما، فقد عاد إلى البائع ملكه السابق فلم يكن بائعاً ما شره قبل قبضه. قوله: (ولو كان) أي عقد المقايلة. قوله: (البطل) أي فسد، وبه عبر المصنف ووجهه أنه باع المنقول قبل قبضه ط. قوله: (كبيعه من غير المشتري) أي كما لو باعه البائع المذكور من غير المشتري قبل قبضه من المشتري فيفسد البيع لكون الاقالة بيعاً جديداً في حق ثالث، فصار بائعاً ما شره قبل قبضه، بخلاف ما إذا باعه من المشتري لما علمت. قوله: (جاز قبض المكيل والموزون) المراد جواز التصرف به ببيع أو أكل بلا إعادة كيله أو وزنه، ولو كانت الاقالة بيعاً لم يجز ذلك كما سيأتي في باب هـ. وقوله: منه: أي من المشتري متعلق بقبض. قوله: (قبل القبض) متعلق بهبة، وفائدته أنه لو كانت الاقالة بيعاً انفسخ، لأن البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض كما في البحر، وإذا انفسخ لم تصح الهبة. قوله: (بيع في حق ثالث) إنما كانت عنده فسخاً في حقهما لأنها تنبئ عن الفسخ والرفع، وبيعاً في حق الثالث ضرورة أنه يثبت به مثل حكم البيع، وهو الملك لا مقتضى الصيغة، فحمل عليه لعدم ولائهما على غيرهما كما في الزيلعي وتوضيحه في الشرنبلالية عن الجوهرة. قوله: (بلفظ الاقالة) أي صريحاً أو ضمناً لأنها قد تكون بالتعاطي كما مر، فالمراد الاحتراز عما لو كانت بلفظ فسخ ونحوه أو بيع. قوله: (في غير العقار) أي في المنقول، لأنه لا يجوز بيعه قبل قبضه، أما في العقار فهي بيع مطلقاً لجواز بيعه قبل قبضه، وما ذكره الشارح من كونها بيعاً قبل القبض فسخاً قبله، هو ما جزم به الزيلعي، وذكر في البحر عن البدائع أن هذا رواية عن أبي حنيفة. قال: وظاهره ترجيح الإطلاق ا هـ. ويؤيده ما في الجوهرة من أنه لا خلاف بينهم أنها بيع في حق الغير، سواء كانت قبل القبض أو بعده، حملة على العقار بعيد، فليتأمل. قوله: (لم تجعل بيعاً اتفاقاً) إعمالاً لموضوعه اللغوي. ط عن الدرر. قوله: (ولو بلفظ البيع) كما لو قال البائع له: بعني ما اشتريت فقال: بعث كان بيعاً. بحر. قوله: (فبيع إجماعاً) أي من أبي يوسف منهما فيجري فيها حكم البيع حتى إذا دفع السلعة من غير بيان الثمن، كان بيعاً فاسداً ط. وكذا يفسد لو كان المبيع منقولاً قبل قبضه وما في ح أنها بيع لو بعد القبض، وإلا ففسخ لثلاً يلزم بيع المنقول قبل قبضه ففيه أن هذا التفصيل ففي لفظ الاقالة والكلام في لفظ البيع، فافهم، ولا يرد ما قدمناه عن البرازية من أن المشتري لو قال للبائع: بعه لنفسك، فلو باع جاز وانفسخ الاول، لأن المراد بالبيع هنا أن يبيعه

المشتري للبائع وفيما مر إذنه بالبيع لنفسه يقتضي تقدم الاقالة كما قدمناه. قوله: (وثمرته) أي ثمرة كونها بيعاً في حق ثالث. قوله: (فسلم الشفع الشفعة) قيد به لتظهر فائدة كونها بيعاً وإلا لو لم يسلم بأن أقال قبل أن يعلم الشفع بالبيع فله الأخذ بالشفعة أيضاً إن شاء بالبيع الاول وإن شاء بالبيع الحاصل بالاقالة. تأمل رمل. قوله: (قضى له بها) أي إذا طلبها عند علمه بالمقايلة. قوله: (والثاني لا يرد الخ) أي إذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان في يد البائع، فأراد أن يرده على البائع ليس له ذلك، لأنه بيع في حقه فكانه اشتراه من المشتري. بحر الثالث هنا هو البائع الاول، وهذه كما في الشرنبلالية حيلة للشراء بأقل مما باع قبل نقده ثمه. قوله: (لأنه) أي الموهوب له لما تقايل مع المشتري منه صار كالمشتري من المشتري منه، فكانه عاد إليه الموهوب بملك جديد وذلك مانع من رجوع الواهب في هبته، فالثالث هنا هو الواهب. قوله: (والرابع المشتري الخ) صورته: اشترى شيئاً فقبضه قبل نقد الثمن، فباعه من آخر، ثم تقايلا 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 يعيب بلا قضاء إقالة) أي والاقالة بيع جديد في حق الفقير، فيكون بالبيع الاول مستهلكاً للعروض فتجب الزكاة، ولو كانت الاقالة فسخاً في حق الفقير لارتفع البيع الاول وصار كأنه لم يبع وقد هلكت العروض فلا تجب الزكاة ا هـ ج. وعن هذا قيد المصنف بكون العبد للخدمة، إذ لو كان للتجارة لم يكن البيع استهلاكاً، فإذا هلكت العروض بعد الرد لم تجب زكاتها، وكذا قيد بكون الرد بغير قضاء، لأنه بالقضاء يكون فسخاً في حق الكل، فكانه لم يصدر بيع، فلا تجب زكاتها بهلاكها بعده. أفاده ط. بقي شيء وهو أن كون الاقالة بيعاً في حق ثالث شرطه كونها بلفظ الاقالة كما قدمه، والرد بلا قضاء ليس فيه لفظها، والجواب أن هذا الرد إقالة حكماً، وليس المراد خصوص حروف الاقالة كما نبهنا عليه فيما مر. فتدبر. قوله: (التقايض في

(الصرف) لما مر من أن قبض بدلية شرط في صحتها. قال في الفتح: لأنه مستحق الشرع، فكان بيعا جديدا في حق الشرع. قوله: (ووجب الاستبراء) أي إذا اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا البيع نزل هذه التقابل منزلة البيع في حق ثالث، حتي لا يكون للبائع الاول وطؤها إلا بعد الاستبراء. حموي عن ابن مالك. قوله: (لأنه حق الله تعالى) علة للمسألتين. قوله: (والاقالة بعد الاجارة والرهن) أي 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 المرتهن، أو قبضه دينه وعلى إجازة المستأجر. قوله: (فالمترتهن ثالثهما) الاولى زيادة المستأجر. قوله: (فهي تسعة)

[252]

يزاد ما قدمه في قوله: أما لو وجب بشرط زائد كانت بيعا جديدا في حقهما أيضا الخ. وقدما أن من فروع ذلك ما ذكره بعده في 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. بحر. وكذا هلاكه بعد الاقالة وقبل التسليم يبطلها كما يأتي، وقدما عن الخلاصة أن ما يمنع الرد بالعيب يمنعها. قوله: (كإباق) تمثيل للهلاك حكما: أي لو أبق قبل الاقالة، أو بعدها ولم يقدر على تسليمه. قوله: (ولو في بدل الصرف) لأن المعقود عليه الذي وجب لكل واحد منهما بذمة صاحبه وهذا إباق. نهر. والاولى أن يقول: ولو في بدلي الصرف، وكأنه نظر إلى أن لفظ بدل نكرة مضافة فتعم. قوله: (وهلاك بعضه) أي بعض المبيع، كما يأتي تصويره في قوله: شري أرضا مزروعة الخ. قوله: (اعتبارا للجزء بالكل) يعني هلاك الكل كما منع في الكل، فهلاك البعض يمنع في البعض، وفيه إشارة إلى أنه لو قايله في بعض المبيع وقبله صح، وبه صرح في الحاوي، سائحاني، وقدما أول الباب عبارة الحاوي. قوله: (وليس منه) أي من هلاك البعض، فليس له أن ينقص شيئا من الثمن لجفافه. قوله: (في المقايضة) بالياء المثناة التحتية: وهي بيع عين بعين كان تباعا عبدا بجارية فهلك العبد في يد بائع الجارية، ثم أقالا البيع في الجارية وجب رد قيمة العبد، ولا تبطل بهلاك أحدهما بعد وجودهما، لأن كل واحد منهما مبيع، فكان المبيع قائما وتماه في العناية. قوله: (وكذا في السلم) قال في البحر: ثم أعلم إنه لا يرد على اشتراط قيام المبيع لصحة الاقالة إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه، فإنها صحيحة سواء كان رأس المال عينا أو دينا، وسواء كان قائما في يد المسلم إليه أو هالكا لأن المسلم فيه، وإن كان دينا حقيقة فله حكم العين، حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه، وإذا صحت: فإن كان رأس المال عينا ردت، وإن كانت هالكة رد المثل إن كان مثليا والقيمة إن كان قيميا، وكذا إقالته بعد قبض المسلم فيه إن كان قائما، ويرد رب السلم عين المقبوض لكونه متعينا، كذا في البدائع ا هـ ج. قوله: (ولو هلكا) أي البدلان. قوله: (إلا في الصرف) فهلاك بدليه لا يبطل الاقالة، لما مر أن المعقود عليه ما في ذمة كل من المتعاقدين. قوله: (تقايلا فأبق العبد) أراد به أن الهلاك كما يمنع ابتداء الاقالة يمنع بقاءها ا هـ ج. وبه صرح في النهر. قوله: (أو هلك المبيع) أي حقيقة لأن الإباق هلاك لكنه حكمي. والحاصل: أن قول المصنف: (ويمنع صحتها هلاك المبيع لا يختص بكون الهلاك قبل الاقالة، بل مثله ما إذا كان الهلاك حقيقة أو حكما بعد الاقالة قبل التسليم إلى البائع، زنص عبارة البزازية: هلك المبيع بعد الاقالة قبل التسليم بطلت ا هـ. ثم رأيت الرملي في حاشية البحر نقل هذه العبارة عن البزازية، ونقلها أيضا بعينها عن مجمع الفتاوى ومجمع الرواية شرح القدوري عن شرح الطحاوي، ثم قال: ومثله في كثير من الكتب اهـ. وبه سقط ما قيل إن هذه العبارة ليست في البزازية، بل ذكرها في البحر بلا عزو بدون قوله :

[253]

قبل القبض ا هـ فافهم. قوله: (بزازية) عزو لقوله: تقايلا الخ نبه به على أنه ليس من مسائل المتون. قوله: (مشجرة) في القاموس: أرض شجرة ومشجرة وشجرا: كثيرة الشجر ا هـ. فهي بفتح الميم والجيم والراء كما يقال: أرض مسبعة على وزن مرحلة: كثيرة السباع كما في القاموس أيضا فافهم. قوله: (فقطعه) أي المشتري، والضمير للشجر المعلوم من مشجرة ط. قوله: (من أرث الشجر واليد) في المصباح: أرث الجراحة ديتها، وأصله الفساد ثم استعمل في نقصان الاعيان أنه فساد

فيها ا هـ. فالمراد هنا بدل الفساد: أي بدل نقصان المبيع، فافهم. قوله: قنية عزو 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 الارش: أي أرش اليد، فإنه لم يدخل في البيع أصلاً لا قصداً ولا ضمناً ا هـ. قال الخير الرملي: وعليه فكل شئ موجود وقت البيع للبائع أخذ قيمته دخل ضمناً أو قصداً، وكل شئ لم يدخل أصلاً لا قصداً ولا ضمناً ليس للبائع أخذه، وينبغي ترجيح هذا لما فيه من دفع الضرر عنه ا هـ. قوله: (صحت في الأرض بحصتها) الفرق بينه وبين الشجر أن الشجر يدخل في بيع الأرض تبعاً، بخلاف الزرع كما في البحر ا هـ ج: 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 تقايلاً بعد إدراكه) أي في يد المشتري لم يجز، لأن العقد إنما رد على التفصيل دون الحنطة. بحر عن القنية: أي والحنطة زيادة منفصلة متولدة، وهي مانعة كما قدمناه عن جامع الفصولين. قوله: (ردها وأخذ ثمنها) أي له ذلك، وقدمنا أن ما يمنع الرد بالعيب بمنع الاقالة، وقدم المصنف في خيار العيب أنه لو وطئ الجارية أو قبلها أو مسها بشهوة، ثم وجد بها عيباً لم يردها مطلقاً: أي ولو ثيباً. قوله: (وفيها مؤنة الرد على البائع مطلقاً) لأنه عاد إلى ملكه فمؤنة رده عليه. قال القاضي بديع الدين: سواء تقايلاً بحضرة المبيع أو بغيته ا هـ منح. وهذا معنى قوله: مطلقاً وإن لم يذكر في عبارة القنية فسقط ما قيل إن الصواب إسقاطه، فافهم. قوله: (إلا إقالة السلم) أي قبل قبض المسلم فيه، فلو بعده صحت كما تعرفه. قوله: (لكون المسلم فيه ديناً سقط) أي بالاقالة، فلو انفسخت الاقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه، والساقط لا يحتمل العود، بخلاف الاقالة في البيع، لأنه عين فأمكن عوده إلى ملك المشتري. بحر من باب السلم. قوله: (رأس المال) أي مال السلم. قوله: (كهو قبلها) أي حكمها بعدها كحكمه قبلها، وفيه إدخال الكاف على ضمير الرفع المنفصل، وهو مختص بالضرورة، وكذا قوله: كقبلها فيه أن الظروف التي تقع غايات لا تجز إلا بمن، حموي. قوله: (فلا يتصرف فيه) أي بنحو بيع وشركة قبل قبضه فلا يجوز لرب المسلم شراء

شئ من المسلم إليه برأس المال بعد الاقالة قبل قبضه: أي قبل قبض رب السلم رأس المال من المسلم إليه، وهذا في السلم الصحيح، فلو فاسداً جاز الاستبدال كسائر الديون كما ذكره الشارح في بابه، وفيه كلام سيأتي هناك. قوله: (إلا في مسألتين) استثناء من قوله: كهو قبلها. قوله: (لو اختلفا فيه) أي في رأس المال بعدها: أي بعد الاقالة: يعني وقبل تسليم المسلم فيه لما في سلم البحر عن الذخيرة: لو تقايلاً بعد ما سلم المسلم إليه المسلم فيه ثم اختلفا في رأس المال تحالفاً، لأن المسلم فيه عين قائمة، وليس بدين فالاقالة هنا تحتمل الفسخ قصداً ا هـ. وهذا صريح في أن إقالة الاقالة 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 ج: لأن التحالف باعتبار أن اختلافهما في رأس المال اختلاف في نفس العقد، ولا عقد بعد الاقالة. قوله: (ولو تفرقا قبل قبضه) أي قبض رأس مال السلم بعد الاقالة جاز، لأن قبضه شرط حال بقاء العقد لا بعد إقالته. قوله: (إلا في الصرف) استثناء منقطع ا هـ ج. لأن أصل الكلام في رأس المال، فالأولى أن يقول: بخلاف الصرف. فإن الحاصل: أن رأس المال في السلم بعد الاقالة لا يجوز الاستبدال به، ولا يجب قبضه في مجلسها، وبدل الصرف بالعكس، فإن قبضه في مجلس الاقالة شرط لصحتها ويجوز الاستبدال به. قال في البحر: من السلم، ووجه الفرق أن القبض في مجلس العقد في البدلين ما شرط لعينه بل للتعينين، وهو أن يصير البدل معيناً بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين، ولا حاجة إلى التعيين في مجلس الاقالة 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 مجلس التعيين ا هـ. وحاصله: أن السلم لما لم يجز الاستبدال به قبل قبضه ولم يلزم قبضه في مجلس الاقالة لأن التعيين موجود، بخلاف الصرف، فإنه لما جاز استبداله لزم قبضه ليحصل التعيين. مطلب في اختلافهما في الصحة والفساد أو في الصحة والبطان قوله: (اختلف المتبايعان الخ) كان الأولى ذكر هذه المسألة في باب البيع الفاسد ولكن مناسبتها هنا ذكر المسألة المستثناة. قوله: (فالقول لمدعي البطان) لأن انعقاد البيع حادث والأصل عدمه ا هـ ج. فهو منكر الأصل العقد. قوله: (لمدعي الصحة) لأنهما

لما اتفقا على العقد كان الظاهر من إقدامهما عليه صحته ا ه ج. ولان مدعي الفساد يدعي حق الفسخ وخصمه ينكر ذلك والقول للمنكر، ط. ولو برهنا فالبينة بينة الفساد، وهذا لو ادعى الفساد بشرط فاسد أو أجل فاسد باتفاق الروايات، وإن كان لمعنى في صلب العقد بأن ادعى أنه اشتراه بألف درهم وبرطل خمر والآخر يدعي البيع بألف درهم، فيه روايتان، عن أبي حنيفة في ظاهر الرواية: القول لمدعي الصحة أيضا والبينة بينة الآخر كما في الوجه الاول، وفي رواية القول لمدعي الفساد، خانية. ولم يذكر هناك ما لو اختلفا في أنه لتحية أو جد أو اختلفا في أنه بات أو وفاء لانه سيذكر ذلك في آخر باب الصرف. قوله: (قلت إلا في

مسألة) الاستثناء من صاحب الاشباه وعزا فيها المسألة إلى الفتح. قوله : (وادعى البائع الاقالة) أي به كما في الفتح، والظاهر أن الضمير في به عائد إلى الاقل المذكور لا إلى الثمن. فصورة المسألة: اشترى زيد من عمرو ثوبا بألف، ثم رد زيد الثوب إليه قبل نقد الثمن، وادعى أنه باعه من قبل النقد بتسعين، وفسد البيع بذلك، وادعى البائع أنه رده إليه على وجه الاقالة بالتسعين، فالقول لزيد المشتري أي مع يمينه في إنكار الاقالة كما في الفتح، ووجهه كما في الحموي أن دعوى الاقالة تستلزم دعوى صحة البيع، لانها لا تكون إلا في الصحيح ا ه. قلت: لكن تقدم أنها تجب في عقد مكروه وفاسد مع ما فيه من الكلام، ويظهر لي أن وجهه هو أن المشتري لما ادعى بيعه بالتسعين لم يجب له غيرها، ومدعي الاقالة يدعي أن الواجب المائة، لان الاقالة إن كانت بمائة فظاهر، وإن كانت بتسعين فلانها لا تكون إلا بمثل الثمن الاول وإن شرط أقل منه كما مر فقد صار مقرا للمشتري بالعشرة والمشتري يكذبه فلغا كلام مدعي الاقالة. تأمل. قوله: (ولو بعكسه) بأن ادعى زيد المشتري الاقالة وادعى عمرو البائع أنه اشتراه من المشتري بتسعين. قوله: (تحالفا) وجهه: أن المشتري بدعواه الاقالة يدعي أن الثمن الذي يستحقه بالرد مائة، والبائع بدعواه الشراء بالتسعين يدعي 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 الاول إنما ترد إلى المشتري بحكم الاقالة في البيع الاول وهي غير الخمسين التي هي الثمن في البيع الثاني، أفاده الحموي. قلت: وفيه أن الكلام فيما قبل نقد المشتري الثمن، وأيضاً فمسألة التحالف عند اختلاف المتبايعين، ورد بها النص على خلاف القياس فكيف يقاس عليها غيرها مع عدم التماثل الحادث؟ والذي يظهر لي أن المسألة مفرغة على قول أبي يوسف أن الاقالة بيع لا فسخ، وحينئذ فقد توافقا على البيع الحادث، لكن المشتري يدعيه بوجه الاقالة، والواجب فيها مائة والبائع يدعيه بالبيع الاقل، وذلك اختلاف في الثمن في عقد حادث والله أعلم، فافهم. قوله: (بشرط قيام المبيع الخ) هذا شرط التحالف مطلقاً. قال في الاشباه: يشترط قيام البيع عند الاختلاف في التحالف إلا إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري كما في الهداية ا ه. فإنه إذا استهلكه غير المشتري تكون قيمة العين قائمة مقامها، وأما إذا استهلكه المشتري في يد البائع نزل قابضا وامتنعت الاقالة، وكذا إذا استهلكه أحد في يده لفقد شرط الصحة، وهو بقاء المبيع، ومحل عدم التحالف عند هلاك المبيع إذا كان الثمن ديناً، أما إذا كان عينا بأن كان العقد مقابضة وهلك أحد العوضين فإنهما يتحالفاً من غير خلاف، لان المبيع في أحد الجانبين قائم، ويرد مثل الهالك أو قيمته والمصير إلى التحالف فرع العجز عن إثبات الزيادة بالبينة، وتماهه في حاشية الاشباه لابي السعود ط. قوله: (نزله) بضم النون والزاي. والمراد ثمونه ا ه ج. قوله: (لم يصح) تمام عبارة الخلاصة: وكذا إذا هلك الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها أجنبي ا ه. أقول: ينبغي تقييد المسألة بما إذا حدثت هذه الزيادة بعض القبض، أما قبله فلا تمنع الاقالة كما في الرد بالعيب. تأمل. وفي التارخانية: ولو اشترى أرضاً فيها نخل فأكل الثمر ثم تقايلا قالوا إنه تصح الاقالة، ومعناه على قيمته إلا أن يرضى البائع أن يأخذها كذلك اه رملني على المنح، وبما

ذكره من التقييد يندفع ما يتوهم من منافاة ما في الخلاصة لما مر من أن هلاك بعضه يمنع الاقالة بقدره، ولما مر في قوله: شري أرضا مزروعة الخ ومثله مسألة التارخانية المذكورة، ويؤيده ما قدمناه من أن الزيادة المنفصلة المتولدة تمنع لو بعض القبض، والله سبحانه أعلم. باب المراجعة والتولية وجه تقديم الاقالة عليهما: أن الاقالة بمنزلة المفرد من المركب، لأنها إنما تكون مع البائع، بخلاف التولية والمراجعة فإنهما أعم من كونهما مع البائع وغيره ط. وأيضا فالاقالة متعلقة بالمبيع لا بالثمن، ولذا كان من شروطها قيام المبيع، والتولية والمراجعة متعلقان أصالة بالثمن، والاصل هو المبيع. قوله: (لما بين المثلثين الخ) قال في الغاية: لما فرع 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 الاول على الثاني لاصالة المبيع دون الثمن ا ه ط. عن الشلبي. قوله: (ولم يذكر المساومة) هي البيع بأي ثمن كان من غير نظر إلى الثمن الاول وهي المعتادة. قوله: (والوضعية) هي البيع بمثل الثمن الاول، مع نقصان يسير، إتقاني. وفي البحر: هي البيع بأنقص من الاول، وقدمنا أول البيوع عن البحر خامسا وهو الاشتراك: أي أن يشرك غيره فيما اشتراه: أي بأن يبيعه نصفه مثلا لكنه غير خارج عن الاربعة. قوله: (وشرعا بيع ما ملكه بما قام عليه وبفضل) عدل عن قول الكنز: هو بيع بثلثين سابق، لما أورد من أنه غير مطرد ولا منعكس: أي غير مانع ولا جامع. أما الاول فلان من شري دنائير بالدرهم لا يجوز له بيعها مرابحة، وكذا من اشترى شيئا بثلثين نسيئة لا يجوز له أن يربح عليه من صدق التعريف عليهما، وأما الثاني فلان المغصوب الآبق إذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيع الغاصب له مرابحة بأن يقول: قام علي بكذا، ولا يصدق التعريف عليه بعدم الثمن، وكذا لو رقم في الثوب مقدارا ولو أزيد من الثمن الاول ثم رابحه عليه جاز كما سيأتي بيانه عند ذكر الشارح له، وكذا لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية وقومه قيمة ثم رابحه على تلك القيمة، ولا يصدق التعريف عليهما، لكن أجيب عن مسألة الدنائير بأن الثمن المطلق يفيد أن مقابلته مبيع متعين، ولذا قال الشارح: من العروض ويأتي بيانه، وعن مسألة الاجل بأن الثمن مقابل بشيئين: أي بالمبيع وبالاجل، فلم يصدق في أحدهما أنه بثلثين سابق. وقول البحر: أنه لا يرد لجوازها إذا بين أنه اشتراه نسيئة، رده في النهر بأن الجواز إذا بين لا يختص بذلك، بل هو في كل ما لا تجوز فيه المراجعة، 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 الاولى قول المصنف تبعا للدرر بيع ما ملكه الخ لعدم احتياجه إلى تحرير المراد، ولأنه لا يدخل فيه مسألة الاجل، لأنه إذا لم يبين الاجل لم يصدق عليه أنه بيع ما ملكه بما قام عليه لما علمت قوله: (من العروض) احتراز عما ذكرنا من أنه لو شري دنائير بدرهم، لا يجوز له بيعها مرابحة كما في الزيلعي والبحر والنهر والفتح. وعلمه في الفتح بأن يدلي الصرف لا يتعينان، فلم تكن عن هذه الدنائير متعينة لتلزم مبيعا ا ه. 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، لان كون مقابلته ثمنا مطلقا يفيد أن ما ملكه بالضرورة مبيع مطلقا كما في الفتح. وقول المصنف: بما قام عليه ليس المراد به الثمن لما مر فلذا زاد الشارح قوله: من العروض تتميما للتعريف. قوله: (ولبهبة 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 رقما كما مر. قال في الفتح: وصورة المسألة أن يقول: قيمته كذا أو رقمه كذا فأرباحك على القيمة أو الرقم ا ه. وظاهره أنه لا يقول: قام علي 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 تعريفا، وفسر الفضل بما يضم فصار مجموع المتن مع الشرح عبارة المبسوط: وهي عبارة مستقيمة في ذاتها، لكن بقي تعريف المراجعة بيع ما ملكه فقط وهو تعريف فاسد لكونه غير مانع ا ه. أي لان قوله: بما قام عليه جزء التعريف. وكذا قوله: ويفضل فإن مراده به: فضل الربح لتحقيق المراجعة، وإلا كان العقد تولية، وأما فضل المؤنة فإنه يضم إلى ما قام عليه، لكن لما كانت عبارة المتن في نفسها تعريفا تاما 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. قلت: والظاهر كون المراد من جنس الثمن بقرينة ما بعده. تأمل. قوله: (ونحوه) أي كصباغ وطران. قوله: (ثم باعه مرابحة) أي بزيادة ربح تلك القيمة التي قوم بها الموهوب ونحوه مع ضم المؤنة إليها لأن كلامه في ذلك، بخلاف ما كان اشتراه بثمن فإنه يربح على ثمنه لا على قيمته. فافهم. قوله: (جعله والياً) فكان البائع جعل المشتري والياً فيما اشتراه نهر: أي جعل له ولاية عليه، وهذا إبداء مناسبة لمعنى الشرعي للمعنى اللغوي. قوله: (بيعه بثمنه الاول) قد علمت أن المصنف عدل في تعريف المرابحة عن التعبير بالثمن الاول إلى قوله: بما قام عليه لدفع الايراد السابق، فما فر منه أولاً وقع فيه ثانياً، فكان المناسب أن يقول: والتولية بيعه كذلك بلا فصل. قوله: (ولو حكماً) أدخل به ما مر في قوله: لو بهية الخ فإنبويه بقيمته لكونه لم يملكه بثمن. قوله: (يعني بقيمته) تفسير للثمن الحكم لا لقوله بثمنه كما لا يخفى ح. قوله: (وعبر عنها به) أي بالثمن حيث أراد به ما يعم القيمة حتى صار عبارة عنه وعنهما، فافهم. قوله: (لأنه الغالب) أي الغالب فيما يملكه الانسان أنه يكون بثمن سابق. قوله: (كون العوض) أي الكائن في العقد الاول ه ح. وهو ملك به المبيع. نهر. تنبيه: استفيد من التعريف أن المعتبر ما وقع عليه العقد الاول دون ما وقع عوضاً عنه، فلو

اشترى بعشرة دراهم فدفعت عنها دينار أو ثوبا بقيمته عشرة أو أقل أو أكثر فرأس المال العشرة لا الدينار والثوب، لأن وجوبه بعقد آخر وهو الاستبدال. فتح. ولو كان المبلغ مثلياً فربح على بعضه كقفيز من قفيزين جاز لعدم التفاوت، بخلاف القيمي، وتماثل تعريفه في شرح المجمع. وفي المحيط: لو كان ثوباً ونحوه لا يبيع جزءاً منه معينا لانقسامه باعتبار القيمة، وإن باع جزءاً شائعاً جاز، وقيل: يفسد. بحر. قوله: (مثلياً) كالدراهم والدينار والمكيل والموزون والعدي المتقارب، أما إذا لم يكن له مثل بأن اشترى ثوباً بعبد مفاضة مثلاً فربحه أو ولده إياه كان يبيعاً بقيمة عبد صفته كذا أو بقيمة عبد ابتداء، وهي مجهولة. فتح ونهر. قوله: أو قيمياً مملوكاً للمشتري صورته: اشترى زيد من عمرو عبداً بثوب ثم باع العبد من بكر بذلك الثوب مع ربح أو لا، والحال أن بكرًا كان قد ملك الثوب من عمرو قبل شراء العبد أو اشترى العبد بالثوب قبل أن يملكه من عمرو فأجازه بعده، فلا شك أن الثوب بعد الاجازة صار مملوكاً لبكر المشتري، فيتناول قول المتن: أو كان مملوكاً للمشتري ه ح. فهذه الصورة مستثناة مما لا مثل له. قوله: (وكون الربح شيئاً معلوماً) تقدير لفظ الكون، هو مقتضى نصب المصنف قوله: معلوماً. ووقع في عبارة المجمع مرفوعاً حيث قال: ولا يصح ذلك حتى يكون العوض مثلياً أو مملوكاً للمشتري، والربح مثلي معلوم، ومثله في الغرر، وصرح في شرحه الدرر بأن الجملة حالية، وكذا قال في البحر: إن قوله: أي المجمع والربح مثلي معلوم شرط في القيمي المملوك للمشتري كما لا يخفى ا ه. وتبعه في المنح، فقد ظهر أن هذا ليس شرطاً مستقلاً، بل هو شرط للشرط الثاني، لأن معلومية الربح وإن كان شرطاً في صحة البيع مطلقاً لكنه أمر ظاهر لا يحتاج إلى التنبيه عليه لأن جهالته تفضي إلى جهالة الثمن، وإنما المراد التنبيه على أنه إذا كان الثمن الذي ملك به المبيع في العقد الاول قيمياً لا يصح البيع مرابحة، إلا إذا كان ذلك القيمي مملوكاً للمشتري والحال أن الربح معلوم، ولهذا ذكر في الفتح أولاً أنه لا يصح كون الثمن قيمياً. ثم قال: أما لو كان ما اشتراه به وصل إلى من يبيعه منه فربحه عليه بربح معين كأن يقول: أبيعك مرابحة على الثوب الذي بيدك وربح درهم أو كر شعير أو ربح هذا الثوب جاز، لأنه يقدر على الوفاء بما التزمه من الثمن ا ه. وأفاد أن الربح المعلوم أعم كونه مثلياً أو قيمياً كما نبه عليه الشارح بقوله: ولو قيمياً الخ فاعتنم تحرير هذا المحل. قوله: (حتى لو باعه) (تفريع على مفهوم قوله: معلوماً في مسألة كون القيمي مملوكاً للمشتري: يعني فلو كان الربح مجهولاً في هذه الصورة لا يجوز، حتى لو باعه الخ، فافهم. واعلم: أن لفظ ده بفتح الدال وسكون الهاء اسم للعشرة بالفارسية. وزيادة بالياء المثناة التحتية وسكون الزاي: اسم أحد عشرة بالفارسية كما نقله عن البنائية، وبيان هذه التفريع ما في البحر حيث قال: وقيد الربح بكونه معلوماً للاحتراز عما إذا باعه بربح ده يازده، لأنه باعه برأس المال وبيعه بقيمته، لأنه ليس من ذوات الامثال، كذا في الهداية. ومعنى قوله: ده يازده أي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم، فإن كان الثمن الاول عشرين كان الربح بزيادة درهمين، وإن كان ثلاثين كان الربح ثلاثة دراهم، فهذا يقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال، لأنه جعل الربح مثل عشر

الثلث، وعشر الشيء يكون من جنسه، كذا في النهاية ١ هـ ما في البحر . وحاصله: أنه إذا كان الثمن في العقد الاوقيما كالعبد مثلا وكان مملوكا للمشتري فباع المالك المبيع من المشتري بذلك العبد وببرج ده يارده لا يصح، لانه يصير كأنه باعه المبيع بالعبد وبعشر قيمته فيكون الربح مجهولا لكون القيمة مجهولة، لانا إنما ندرك بالحرز والتخمين والشرط كون الربح معلوما كما مر، بخلاف ما إذا كان الثمن مثليا والربح ده يارده فإنه يصح. قال في النهر: ولو كان البدل مثليا فباعه به وبعشرة: أي عشر ذلك المثلي، فإن كان المشتري يعلم جملة ذلك صح، وإلا فإن علم في المجلس خير وإلا فسد ١ هـ. وبه ظهر أن قول الشارح: لم يجر أي فيما إذا كان الثمن قيميا كما قررناه أولا، وقوله: إلا أن يعلم الخ أي فيما إذا كان مثليا لانه الذي يمكن علمه في المجلس، فافهم. قوله: أجر القصار) قيد بالاجرة لانه لو عمل هذه الاعمال بنفسه لا يضم شيئا منها، وكذا لو تطوع متطوع بها أو بإعارة. نهر. وسيجيئ. قوله: (والصبي) هو بالفتح مصدر، وبالكسر ما يصبغ به، درر. والأظهر هنا الفتح لقول الشارح: بأي لون كان ط. قوله: (والفتل) هو ما يصنع بأطراف الثياب بحريز أو كتان، من فتلت الحبل أفتله. بحر. قوله: (وكسوته) بالنصب: أي كسوة العبد المبيع. قال في الفتح: ولا يضم ثم الجلال ونحوه، ويضم الثياب في الرقيق ١ هـ تأمل. قوله: (وطعام المبيع بلا سرف) 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 كألبانها 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، لان الغلة ليست متولدة من العين، وكذا دجاجة أصاب من بيضها يحتسب بما ناله وبما أنفق ويضم الباقي ١ هـ. قوله: (وسقي الزرع) أي أجرته، وكذا يقال فيما بعده ط. قوله: (وكسحها) في المصباح: كسحت البيت كسحا من باب نفع كنسته، ثم استعير لتنقية البئر والنهر وغيره فقل: كسحته: إذا نقيته، وكسحت الشيء: قطعته وأذهبته. قوله: (وكرى المسناة) في المصباح: كرى النهر كريا من باب رمى: حفر فيه حفرة جديدة، والمسناة: حائط يبنى في وجه الارض ويسمى السد ١ هـ. وفسرها في المغرب بما بنى للسيل ليرد الماء، وكان الشارح ضمن الكرى معنى الاصلاح. تأمل. قوله: (هو الدال على مكان السلعة وصاحبها) لا فرق لغة بين السمسار والدلال، وقد فسرهما في القاموس بالمتوسط بين البائع والمشتري، وفرق بينهما الفقهاء، فالسمسار هو ما ذكره المؤلف، والدلال هو المصاحب للسلعة غالبا. أفاده سري الدين عن بعض المتأخرين ط. وكأنه أراد ببعض المتأخرين صاحب النهر: فإنه قال: وفي عرفنا الفرق بينهما هو أن السمسار الخ. قوله: (ورجح في البحر الاطلاق) حيث قال: وأما أجرة السمسار والدلال فقال الشارح الزيلعي: إن كانت مشروطة في العقد تضم، وإلا فأكثرهم على عدم الضم في الاول، ولا تضم أجرة الدلال بالاجماع ١ هـ. وهو تسامح، فإن أجرة الاول تضم في ظاهر الرواية والتفصيل المذكور

قويلة، وفي الدلال قيل: لا تضم والمرجع العرف، كذا في فتح القدير ١ هـ. قوله: (وضابطه الخ) فإن الصيغ وأخواته في عين المبيع والحمل، والسوق يزيد في قيمته لانها تختلف باختلاف المكان فتلتحق أجرتها برأس المال. درر. لكن أورد أن السمسار لا يزيد في عين المبيع ولا في قيمته. وأجيب بأن له دخلا في الاخذ بالاكل، فيكون في معنى الزيادة في القيمة، وقال في الفتح بعد ذكره الضابط المذكور: قال في الايضاح: هذا المعنى ظاهر، ولكن لا يتمشى في بعض المواضع، والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتي يعم المواضع كلها. قوله: (وكذا إذا قوم الموروث الخ) قال في الفتح: لو ملكه بهية أو إرث أو وصية وقومه قيمته، ثم باعه مرابحة على تلك القيمة يجوز. وصورته: أن يقول قيمته كذا أو رقمه كذا فأرباحك على القيمة أو رقمه، ومعنى الرقم أن يكتب على الثوب المشتري مقدارا سواء كان قدر الثمن أو أزيد ثم يربحه عليه، وهو إذا قال رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا، فإن غبن المشتري فيه فمن قبل جهله ١ هـ. 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 خيانة وله الخيار ١ هـ. وفي البحر أيضا عن النهاية في مسألة الرقم: ولا يقول قام علي

بكذا ولا قيمته كذا ولا اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب ا هـ. وبه يظهر أن ما يفيد كلام الشارح من أنه يقول: قام علي بكذا غير مراد، بل يظهر لي أنه لا يقول ذلك في مسألة الهبة أيضا، لانه 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 أن قول الفتح ظاهره اشتراط كون الرقم بمقدار القيمة، فيخالف ما مر عن النهاية، وحمله على أن معناه أنه لا يرقمه بعشرة، ثم يبيعه لجاهل بالخط على رقم أحد عشر بعيد، والاحسن 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 خلا ف ما يدل عليه كلام المبسوط. قال في الفتح: وكذا: أي لا يضم أجر تعليم العبد صناعة أو قرآنا أو علما أو شعرا، لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه: أي في المتعلم وهو حذاقته، فلم يكن ما أنفقه على التعليم موجبا للزيادة في المالية، ولا يخفى ما فيه، إذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم، وأنه مسبب على التعليم عادة، وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم كقابلية الثوب للصيغ، لا يمنع نسبته إلى التعليم فهو علة عادية والقابلية شرط. وفي المبسوط: لو كان في ضم المنفق في التعليم عرف ظاهر يخلق برأس المال ا هـ. 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 الشلبي قوله: (وجعل الآبق)

[261]

لانه نادر فلا يلحق بالسائق، لانه لا عرف في النادر. فتح. قوله: (كأنه للعرف) أصل هذا لصاحب النهر، حيث قال: وقد مر أن أجرة المخزن تضم وكأنه للعرف، وإلا فالمخزن وبيت الحفظ سواء في عدم الزيادة في العين ا هـ ط. قوله: (هذا هو الاصل) أي ولو في نفقة نفسه كما يقتضيه العموم ط. قوله: (كما يفيد كلام الكمال) حيث ذكر ما قدمناه عنه ثم قال أيضا بعد أن عد جملة مما لا يضم: كذا ما لم تجر عادة التجار ا هـ. وقد علمت مما مر عن المبسوط، أن المعتبر هو العرف الظاهر لاجرا النادر كجعل الآبق، لانه لا عرف في النادر كما قدمناه أنفا. قوله: (فإن ظهر خيانتة) أي البائع في مرايحة 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، لانه في دعوى الخيانة متناقض والحق سماعها كدعوى العيب. فتح. قوله: (أخذه بكل ثمنه الخ) أي ولا حط هنا، بخلاف التولية، وهذا عنده. وقال أبو يوسف: يحط فيهما، وقال محمد: يخير فيهما، والمتون على قول الامام، وفي البحر عن السراج: وبيان الحط في المرايحة على قول أبي يوسف إذا اشتراه بعشرة وباعه بربح خمسة، ثم ظهر أنه اشتراه بثمانية فإنه يحط قدر الخيانة من الاصل وهو الخمس وهو درهمان، وما قابله من الربح وهو درهم فيأخذ الثوب باثني عشر درهما ا هـ. قوله: (وله الحط (أي لاغير. بحر. قوله: (لتحقق التولية) في نسخة بتاءين، وفي نسخة بتاء واحدة على أنه فعل مضارع، والتولية فاعلة أو مصدر مضاف إلى التولية، وعلى كل فهو علة لقوله: وله الحط قدر الخيانة في التولية ط. قال ح: يعني لو لم يحط في التولية تخرج عن كونها تولية لانها تكون بأكثر من الثمن الاول، بخلاف المرايحة فإنه لو لم يحط فيها بقيت مرايحة. قوله: (ولو هلك المبيع الخ) لم أر ما لو هلك بعضه، هل يمتنع رد الباقي مقتضى قوله: أو حدث به ما يمتنع من الرد أن له الرد كما لو أكل بعض المثلي أو باعه، ثم ظهر له فيه عيب أو اشترى عبيدين أو ثوبين فباع أحدهما ثم رأى في الباقي عيبا له رد ما بقي، بخلاف الثوب الواحد كما مر في خيار العيب. تأمل. قوله: (لزمه جميع الثمن) في الروايات الظاهرة، لانه 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، لان المستحق فيه جزء فائت يطالب به، فيسقط ما يقابله إذا عجز عن تسليمه. وتمامه في الفتح، وانظر ما سيذكره الشارح عن أبي جعفر. مطلب: خيار الخيانة في المرايحة لا يورث تنبيه: قال في البحر: وظاهر كلامهم أن خيار ظهور الخيانة لا يورث، فإنه مات المشتري فاطلع الوارث على خيانة بالطريق السابق فلا خيار له. قوله: (وقدمنا) أي في أوائل خيار العيب .

[262]

قوله: (لو وجد المولى) بتشديد اللام المفتوحة اسم مفعول من التولية. قوله: (لم يرجع بالنقصان) لانه بالرجوع يصير الثاني أنقص من الاول، وقضية التولية أن يكون مثل الاول. بحر. قوله: (شراه ثانيا الخ) صورته: اشترى بعشرة وباعه مرايحة بخمسة عشرة ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرايحة بخمسة ويقول: قام علي بخمسة. قوله: (يجنس الثمن الاول) يأتي محترزه. قوله: (فإن رايح الخ) ظاهر دليل الامام يقتضي أنه لا فرق بين بيعه مرايحة أو تولية، والمتون كلها مقيدة بالمرايحة، وظاهرها جواز التولية على الثمن الاخير، والظاهر الاول كما لا يخفى. بحر. وبه جزم في النهر. قوله: (وإن استغرق الربح ثمنه) كما لو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرايحة، ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرايحة أصلا، وعندهما يرايح على عشرة في الفصلين. بحر: أي في الاستغراق وعدمه. قوله: (لم يرايح) (لان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة، لانه أي الربح يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب، فيرده فيزول الربح عنه والشبهة كالحقيقة في بيع المرايحة احتياطا، وقيد بقوله: لم يرايح لان له أن يبيعه مساومة. نهر. قوله: (بحر) أي عن المحيط، ومعنى كون قول الامام أوثق أي أحوط لما علمت من أن الشبهة كالحقيقة هنا للتحرز عن الخيانة. قوله: (ولو بين ذلك) بأن يقول كنت بعته فريحت فيه عشرة، ثم اشتريته بعشرة، وأنا أبيع به ربح كذا على العشرة. نهر. قوله: (أو باع بغير الجنس) بأن باعه بوصيف: أي غلام أبو بداية أو عرض آخر، ثم اشتراه بعشرة كان له أن يبيعه مرايحة على عشرة، لانه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الاول، ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة، ولا مدخل لها في المرايحة ولذا قلنا: لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد، ليس له أن يبيع بعضها مرايحة على حصته من الثمن، كذا في الفتح وأراد بالاشياء القيميات، وتمامه في النهر وقد مر. قوله: (أو تخلل ثالث) بأن اشترى من مشتري مشتريه لان التأكيد حصل بغيره. درر. تنبيه: علم من التقييد بالشراء أنه لو وهب ثوب، فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة يرايح على العشرة، ومن التقييد بالبيع يربح أنه لو أجر المبيع ولم يدخله نقص يرايح بلا بيان، لان الاجرة ليست من نفس المبيع، ولا من أجزائه فلم يكن حابسا لشئ منه: أي بخلاف ما لو نال من صوفه أو سمنه كما قدمناه، وأنه لو حط عنه بائه كل الثمن يرايح على ما اشترى، بخلاف ما لو حط البعض لالتحاقه بالعقد دون حط الكل، لنلا يكون يباعا بلا ثمن، فصار تمليكاً مبتدأ كالهبة وسيأتي أن الزيادة تلتحق فيرايح على الاصل والزيادة، وفي المحيط: شراره ثم خرج عن ملكه، ثم عاد إن عاد قديم ملكه كرجوع في هبة، أو بخيار شرط، أو رؤية أو عيب أو إقالة يرايح بما اشترى لانفساخ العقد، كأن لم يكن لا إن عاد بسبب جديد كهبة وإرث. وتمامه في البحر. قوله: (أي جاز أن يرايح) الاقعد في

التعبير: أي إذا أراد أن يرايح سيد الخ وجب عليه أن يرايح على ما اشترى العبد، لان المرايحة على ذلك واجبة لا جائزة ط. وكأن الشارح نظر إلى بيان صحتها فعبّر بالجواز تبعاً للدرر، فافهم. قوله: (من مكاتبه) أو مدبره 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 الامام، ومن المشايخ من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد، وتبعه المصنف وشمس الائمة في المبسوط، لم يذكر الدين أصلا. قال في العناية: والحق ذكره لانه إذا لم يكن عليه دين لم يصح البيع، والتحقيق أن ذكره وعدمه سواء بالنظر إلى المرايحة، لانها إذا لم تجز مع الدين فمع عدمه أولى، وأما بالنظر إلى صحة العقد وعدمه فله فائدة، والباب لم يعقد إلا للمرايحة فصنع شمس الائمة أقعد ا ه. قوله: (على ما شري المأذون) متعلق بقوله: رايح 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 للثمة) لان الحاصل للعبد لم يخل عن حق المولى، ولذا كان له أن يستبقي ما في يده، ويقضي دينه وكذا في كسب المكاتب، ويصير ذلك الحق له حقيقة بعجزه فصار كأنه باع واشترى ملك نفسه من نفسه فاعتبر عد ما في حكم المرايحة نفيا للثمة. نهر. قوله: (كأصله وفرعه) وأحد 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. مطلب: اشترى من شريكه سلعة تنبيه: في الفتح: اشترى من شريكه سلعة ليست من شركتهما يرايح على ما اشترى، ولا يبين ولو من شركتهما يبيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثاني، ونصيب نفسه على ضمانه في الشراء الاول، لجواز كونها شريت بألف من شركتهما فاشترها منه بألف ومائتين، فإنه يرايح على

ألف ومائة، لأن نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول خمسمائة فيبيعها على ذلك ا هـ. قوله: (بالنصف) أي بنصف الربح له، والباقي لرب المال وهو متعلق بقوله: مضارباً فكان الاوضح تقديمه على قوله: معه عشرة كما قاله ح. قوله: (باع مرابحة رب المال باثني عشرة ونصف) وهذا في خصوص هذا المثال صحيح، والتفصيل ما ذكره في مضاربه البحر عن المحيط، من أنه على أربعة أقسام: الاول: أن يكون في قيمة المبيع، ولا في الثمن فضل على رأس المال، بأن كان رأس المال ألفاً فاشترى منها المضارب عبداً 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 كالاول. الثالث: أن يكون فيهما، فإنه يربح على ما اشترى به المضارب، وحصة المضارب. الرابع :

[264]

أن يكون الفضل في الثمن فقط وهو كالثالث ا هـ ج. ولا يخفى أن مثال الشارح يحتمل كونه من الثالث أو الرابع لصدقه على كون قيمة الثوب عشرة كراس المال أو المال أو أكثر، فلذا كان له أن يربح على ما اشترى به المضارب، وهو عشرة وعلى حصة المضارب من الربح وهو درهمان ونصف دون حصة رب المال، لأنها سلمت له، ولم تخرج عن ملكه. ثم أعلم أن المصنف لم يسبق منه تمثيل المسألة بالشراء بالعشرة والبيع بالخمسة عشر، حتى يظهر قوله باثني عشرة 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 أيضاً على أربعة أقسام، قسمان: لا يربح فيهما إلا على ما اشترى به رب المال، هما إذا كان لا فضل في الثمن، وقيمة المبيع على رأس المال كما لو اشترى المضارب من رب المال بألف المضاربة عبداً قيمته ألف كان قد اشتراه رب المال بنصف ألف أو لا فضل في قيمة المبيع فقط، بأن اشترى رب المال عبداً بألف قيمته ألف وباعه من المضارب بألفين، وقسمان يربح على ما اشترى به رب المال، وحصة المضارب: وهما إذا كان فيهما فضل، بأن اشترى رب المال عبداً بألف قيمته ألفان ثم باعه من المضارب بألفين، بعد ما عمل المضارب في ألف المضاربة، وربح فيها ألفاً فإنه يربح على ألف وخمسمائة، أو كان في قيمة العبد فقط بأن كان العبد يساوي ألفاً وخمسمائة، فاشتراه رب المال بألف فباعه من المضارب بألف يبيعه المضارب على ألف ومائتين وخمسين، كذا في البحر عن المحيط ا هـ ج. وبه ظهر أن قول الشارح: وكذا عكسه أراد به القسمين الآخرين. قوله: (كما سيحكي في بابه) وهو باب المضارب يضارب ط. قوله: (وتحقيقه في النهر) حاصله: أنه ذكر في مضاربة الكنز تبعاً للهداية أنه لو اشترى المضارب من المالك بألف عبداً اشتراه بنصفه ربح بنصفه ا هـ. فاعتبر أقل الثمنين، وقال الزيلعي هناك: ولو بالعكس: أي بأن اشترى رب المال بألف من المضارب عبداً مشترى بنصفه ربح بنصفه أيضاً، فصورة العكس هناك مفروضة في شراء رب المال من المضارب، وهي 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 الاصل، 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 الاول من كلام المحيط، فلم يكن فيه مخالفة لما ذكره في المراجعة أنه يضم حصة المضارب، لانه القسم الثالث أو الرابع من كلام المحيط ا هـ ما في مضاربة البحر ملخصاً. قلت: ولم يتعرض هناك للجواب عما في السراج، وقد علمت صحته مما كتبناه على قول الشارح: وكذا عكسه وقد أوضحنا هذا المقام بأكثر مما هنا فيما علقناه على البحر. قوله: (مريدها) أي مريد المراجعة. قوله: (أي من غير بيان) لا حاجة إلى هذا لبيان لوضوح ط. قوله: (أما بيان نفس العيب فواجب) لان الغش حرام إلا في مسألتين كما قدمه آخر خيار العيب، مر الكلام على ذلك. قوله: (فتعيب عنده) أما لو وجد بالمبيع عيباً فرضي به كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن

[265]

الذي اشتراه به، لان الثابت له خيار فإسقاطه لا يمنع من البيع مربحة كما لو كان فيه خيار شرط أو رؤية، وكذا لو اشتراه مربحة فاطلع على خيانة فرضي به كان له أن يبيعه مربحة على ما أخذه به لما ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار. بحر عن الفتح. قوله: (بالتعيب) مصدر تعيب صار معيبا بلا صنع أحد، ويلحق 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 مربحة بلا بيان، ودل كلامه أنه لو نقص بتغير السعر بأمر الله تعالى لا يلزمه البيان بالاولى. بحر. قوله: (ووطئ الثيب) بصيغة الفعل الماضي عطفًا على قوله: اشتراه أو بصيغة المصدر عطفًا على أنه اشتراه. قوله: (كقرض أبو وحرق نار) الاولى ذكرهما بعد قوله: بأفة سماوية ا ه ج. وقرض بالقاف، وذكره أبو اليسر بالفاء. فتح. والذي في القاموس والمصباح الاول. قوله: (المشتري) بصيغة المفعول نعت للثوب. قوله: (لا بد من بيانه) أي بيان أنه تعيب عنده بالتعيب. قوله: (ورجحه الكمال) نعم رجحه أولا بقوله: واختياره وهذا حسن، لان مبنى المراجعة على عدم الخيانة وعدم ذكره أنها انتقصت إيهام للمشتري، أن الثمن المذكور كان لها ناقصة، والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة إلا بحطية ا ه. لكنه قال بعده: لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بأمر الله تعالى فإنه لا يجب عليه أنه يبين أن اشتراه في حال غلائه، وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه أو توسخ إلزام قوي ا ه. نعم أجاب في النهر بقوله: وقد يفرق بأن الابهام فيما ذكر ضعيف لا يعول عليه، بخلاف ما لو اعورت الجارية فرايحه على ثمنها فإنه قوي جدا فلم يغتفر ا ه. قلت: وفيه كلام فقد يكون تفاوت السعرين أفحش من التفاوت بالعيب، والكلام حيث لا علم للمشتري بكل ذلك، والاحسن 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: إن الاجل يقابله جزء من الثمن عادة، فيكون كالجزء فيلزمه البيان. قوله: (وأقره المصنف) (وكذا شيخه في بحره والمقدسي). قوله: (بالتعيب) مصدر عيبه إذا أحدث به عيبا. بحر. قوله: (ولو بفعل غيره الخ) دخل فيه ما إذا كان بفعله بالاولى وكذا ما إذا كان بفعل غيره بأمره، واحتزر به عما إذا كان بفعل المبيع، فإنه ملحق بالآفة السماوية كما مر، لان المراجيح لم يكن حابسا شيئا. قوله: (وإن لم يأخذ الارش) لتحقيق وجوب الضمان. فتح قوله: (ووطئ البكر) لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها. فتح. قوله: (كتكسر) أي تكسر الثوب. قوله: (لصيرورة الاوصاف مقصودة بالاتلاف) أي فخرج عن التبعية بالقصدية، فوجب اعتبارها فتقابل

بعض الثمن. فتح. وهذا علة لقوله ببيان بالتعيب. قوله: (ولذا قال الخ (أي) فإنه يفهم منه أن الثيب لو نقصها الوطئ يلزمه البيان، لانه صار مقصودا بالاتلاف. قوله: (اشتراه بألف نسيئة) أفاد أن الاجل مشروط في العقد، فإن لم يكن، ولكنه كان معتاد التنجيم، قيل: لا بد من بيانه، لان المعروف كالمشروط وقيل: لا يلزمه البيان وهو قول الجمهور كما في الزيلعي. نهر. وينبغي ترجيح الاول، لانها مبنية على الامانة، والاحتراز عن شبهة الخيانة، وعلى كل من القولين لو لم يكن مشروطا ولا معروفا، وإنما أجله بعد العقد لا يلزمه بيانه، بحر. قال في النهر: لما مر من أن الاصح أنهما لو ألحقا به شرطا لا يلتحق بأصل العقد، فيكون تأجيلا مستأنفا، وعلى القول بأنه يلتحق ينبغي أن يلزمه البيان ا ه. قوله: (خير المشتري) أي بين رده وأخذه بألف ومائة حالة، لان للاجل شبهة بالمبيع، ألا ترى أنه يزداد في الثمن لاجله، والشبهة ملحقة بالحقيقة، فصار كأنه اشترى شيئين بالالف، وباع أحدهما بها على وجه المراجعة، وهذا خيانة فيما إذا كان مبيعا حقيقة، وإذا كان أحد الشئيين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة. فتح. قوله: (لزم كل الثمن حالا) لان الاجل في نفسه ليس بمال، فلا يقابله شيء حقيقة إذا لم يشترط زيادة الثمن بمقابلته قصدا، ويزاد في الثمن لاجله إذا ذكر الاجل بمقابلة زيادة الثمن قصدا، فاعتبر مالا في المراجعة احترازا عن شبهة الخيانة، ولم يعتبر مالا في حق الرجوع عملا بالحقيقة. بحر. قوله: (في جميع ما مر) أي لا كما وقع في الزيلعي والفتح من إرجاعه إلى المسألة التي قبله وهو بحث للبحر حيث قال: وينبغي أن يعود قوله: وكذا التولية إلى جميع ما ذكره للمراجعة، فلا بد من البيان في التولية أيضا في التعيب ووطئ البكر وبدونه في التعيب، ووطئ الثيب. قوله: (وقال أبو جعفر الخ) عبر عنه في الفتح بقيل: حيث قال: وقيل: تقوم بثمان حال ومؤجل، فيرجع بفضل ما بينهما على البائع. قال الفقيه أبو جعفر الهندواني ا ه. قلت: وينبغي على قول أبي جعفر أن يرجع بالاولى فيما إذا ظهرت خيانة في مراجعة، لان

الاجل لا يقابله شئ من الثمن حقيقة. تأمل. قوله: (بحر ومصنف) ومثله في الزيلعي معللا بالتعارف. قوله: (وخير الخ) لان الفساد لم يتقرر، فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد، وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس، ونظيره بيع الشئ برقمه إذا علم في المجلس، وإنما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله، لعدم العلم كما في خيار الرؤية. وظاهر كلام المصنف وغيره: أن هذا العقد ينقصد فاسدا بعرضية الصحة، وهو الصحيح، خلافا للمروي 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: (والا بطل) أي تقرر فساده ط .

[267]

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 الحط والتجاوز بدون الحق، ومبنى الشراء على الاستقصاء ه ملخصا. مطلب في الكلام على الرد بالغبن الفاحش قوله: (لا رد بغبن فاحش) في البحر عن المصباح: غبنه في البيع والشراء غبنا من باب ضرب، مثل غبنه فانغبين وغبنه: أي نقصه، وغبن بالبناء للمفعول فهو مغبون: أي منقوص في الثمن، أو غيره، والعينة اسم منه. 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، لانه 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 بدون، لكن هذا الاطلاق لم يذكره في القنية، وإنما حكى في القنية الاقوال الثلاثة، فيفهم منه أن هذا غير مقيد بالتغريب أو بدون، ولكن نقل في الفتح أن الامام 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 ه: أي بمسألة ما إذا خان في المراجعة فإن ذلك تغريب يثبت به الرد. قوله: (ويفتى بالرد) ظاهره الاطلاق: أي سواء غره أولا بقريئة القول الثالث. قوله: (أو غره الدلال) قال الرملي: مفهومه أنه لو غره رجل أجنبي غير الدلال لا يثبت له الرد، وبقي ما لو غر المشتري البائع في العقار فأخذه الشفيع، هل للبائع أن يسترد منه؟ ينبغي عدمه لانه لم يغرره وإنما غره المشتري، وتماهه في حاشيته على البحر. قوله: (وبه أفتى صدر الاسلام وغيره) وهو الصحيح كما يأتي، وظاهر كلامهم أن الخلاف حقيق، ولو قيل إنه لفظي، ويحمل القولان المطلقان على القول المفصل لكان حسنا، ويدل عليه حمل صاحب التحفة المتقدم ط. قلت: ويؤيده أيضا عدم التصريح بالاطلاق في القولين الاولين، وحيث كان ظاهر الرواية محمولا على هذا القول المفصل، يكون هو ظاهر الرواية إذا لم يذكروا 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 سميته تحبير (تحبير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغريب) قوله: (فيرد مثل ما أئلفه) أي مع رد الباقي كما في القنية. ونصها: قال الغزال: لا معرفة لي

[268]

بالغزل فأنتني بغزل أشتريه، فأنتي رجل بغزل لهذا الغزال ولم يعلم به المشتري، فجعل نفسه دلالا 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: والصواب 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 إنفاق شئ منه، وبعده يرد الباقي ومثل ما أنفق ويسترد الثمن، كذا ذكره أبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى ه. قوله: (بقي ما لو كان

قيماً) أي وتصرف ببعضه، فهل يرجع بقدر ما غبن فيه أو لا يرجع، أو يرد الباقي ويضمن قيمة ما تصرف به؟ ووجه التوقف أن ما ذكره في القنية مفروض في المثلي، لأن الغزل مثلي كما هو صريح كلام القنية المذكور آنفاً، وكذا صرح في الفصل الثالث والثلاثين من جامع الفصولين: بأنه مثلي، وفي التتارخانية عن المنتقى: ولا يصح بيع غزل قطن لين بغزل قطن خشن إلا مثلاً بمثل، لأن القطن سواء أ هـ. فحيث كان المنقول هنا في المثلي لم يعلم حكم القيمي، فافهم. ثم اعلم أن ما قدمناه عن المنح عن تحفة الفقهاء من أن المغبون إذا غر له الرد استدلالاً بمسألة المراجعة يفيد أن خيار التغير في حكم خيار الخيانة والمراجعة، 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 المسمي، 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 وبالاخير، إلى قوله: وغيره) الاولى ذكر هذا عند قوله: وبه أفتى صدر الاسلام وغيره أ هـ ج. مطلب: الغرور لا يوجب الرجوع إلا في ثلاث مسائل قوله: (وفي كفاية الاشباه الخ) حيث قال: الغرور لا يوجب الرجوع، فلو قال: اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فأخذه للصوص، 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 المخبر إلا في ثلاث مسائل. الاولى: إذا كان الغرور بالشرط، كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استحققت فإنه يرجع على المخبر بما غرمه للمستحق من قيمة الولد. الثانية: أن يكون في ضمن عقد معاوضة، فيرجع المشتري على البائع من بقيمة الولد إذا استحققت بعد الاستيلاء ويرجع بقيمة البناء، لو بنى المشتري ثم استحققت الدار بعد أن يسلم البناء. وإذا قال الأب لاهل السوق: بايعوا ابني فقد أذنت له في التجارة فظهر أنه ابن غيره رجعوا عليه للغرور، وكذا لو قال: بايعوا عبدي فقد أذنت له فيباعوه ولحقه دين ثم ظهر أنه عبد لغيره رجعوا عليه إن كان الأب حراً وإلا فبعد العتق، وكذا لو

ظهر حراً أو مدبراً أو مكاتباً، ولا بد في الرجوع من إضافته إليه والامر 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 ضمنه، وكذا من كان بمعناهما، وفي عارية وهبة لا رجوع، إذ القبض كان لنفسه. وتماهه في الخانية من فصل الغرور من البيوع أ هـ. قلت: وعبر في الخانية في الثالثة بالقبض بدل 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 سيذكره المصنف آخر الكفاية 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: (رجع) أي الشخص الذي هو المودع أو المستأجر على الدافع لانه غره بأنه أودعه أو أجره ملكه. قوله: (لكون القبض لنفسه) أي نفس المستعير أو الموهوب له، فكان هو المنتفع بالقبض دون المعير أو الواهب. قوله: (أن يكون في ضمن عقد معاوضة) من بيع صحيح أو فاسد، وأخرج به عقود التبرعات كالهبة والصدقة، فإن الغرور لا يثبت الرجوع فيها، ط. عن البيري. وكذا أخرج الرهن لانه عقد وثيقة لا معاوضة كما يأتي. وفي البيري عن المبسوط: إن الغرور في عقد المعاوضات يثبت الرجوع لأن العقد يستحق صفة السلامة من العيب، ولا عيب فوق الاستحقاق، فأما بعقد التبرع فلان الموهوب له لا يستحق الموهوب بصفة السلامة. قوله: (كبايعوا عبدي الخ) أي فيكون ضامناً للدرك فيما يثبت لهم على العبد في عقد المبايعه لحصول التغير في هذا العقد كما يأتي تقريره، وبه اندفع ما قيل: إن التغير لم يوجد في ضمن عقد المعاوضة. قوله: (ثم ظهر حراً أو ابن الغير) لف ونشر مرتب. قوله: (إن كان الأب حراً) (والاولى ما في بعض نسخ الاشباه إن كان الأذان حراً لشموله للمولى والأب: أي الأب صورة لا حقيقة، وهذا القيد لشئ مقدر في قوله: رجعوا عليه أي في الحال بقربته قوله: وإلا فبعد العتق. قوله: (وهذا) أي الرجوع شرطه شيان أن يضيف العبد أو الابن إلى نفسه، وأمرهم بمبايعته فيضمن الأقل من قيمته ومن الدين، كما في البيري عن مختصر المحيط. قوله: (ومنه) أي من التغير في ضمن عقد المعاوضة. قوله: (اشتري فانا عبد ارتهنني) صوابه: بخلاف ارتهنني: أي لو قال العبد اشتري فانا عبد فاشتراه فإذا هو

حر، فإن كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة: أي يدري مكانه لا يرجع على العبد بما قبضه البائع للتمكن من الرجوع على القابض، وإن كان لا يدري أين هو رجوع 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 ديننا بلا أمره والتقييد بقوله: اشتريني فأنا عبد، لأنه لو قال: أنا عبد ولم يأمره بالشراء أو قال: اشتريني ولم يقل: فأنا عبد لا يرجع عليه بشئ ولو قال :

[270]

ارتهنني فأنا عبد الراهن لم يرجع على العبد، ولو الراهن غائبا في ظاهر الرواية عنهم، وعن أبي يوسف: لا يرجع في البيع والرهن، لأن الرجوع بالمعوضة وهي المبيعة هنا أو بالكفالة ولم يوجد هنا، بل وجد مجرد الأخبار كاذبا فصار كما لو قال أجنبي لشخص ذلك، ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره وإقراره فكان مغرورا من جهته، والتغريب في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يحصل سببا للضمان دفعا للغرر بقدر الامكان، فكان بتغريبه ضامنا لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع، كالمولى إذا قال لاهل السوق بايعوا عبيدي فأني أدنت له ثم ظهر استحقاق العبد فإنهم يرجعون على المولى بقيمة العبد، ويجعل المولى بذلك ضامنا لدرك 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 استبدالا به قبل قبضه وهو حرام، وبخلاف الأجنبي فإنه لا يعاب بقوله فالرجل هو الذي اغترأ ه ملخصا من الفتح في أول باب الاستحقاق. قوله: (كما لو زوجه امرأة على أنها حرة) أي بأن كان وليا أو وكيلها عنها، وهذا بخلاف ما إذا أخبره بأنها حرة فتزوجها كما مر في عبارة الاشباه. قوله: (استظهر المصنف لا) حيث قال: ولم أطلع في كلامهم على ما لو مات من ثبت في حقه التغريب، 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 الارث، 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 ا ه. قلت: ويؤيده ما بحثه في البحر من أن خيار ظهور الخيانة لا يورث مستندا لذلك بما مر أنه لو هلك المبيع لزمه جميع الثمن، وعلوه بأنه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط الخ ما قدمناه هناك، وفي مجموعة السائحاتي بخطه، وأجاد المصنف بالاستشهاد بخيار الشرط، لأن الكل لدفع الخداع، فإذا كان خيار الشرط المملووظ به لا يورث فكيف غير المملووظ مع كونه مختلفا فيه ا ه. قوله: (قلت وقدمناه الخ) قدمناه هناك أن ذلك لم يذكره في الدرر بل ذكره المصنف هناك أيضا، وقدمنا أيضا أن الخير الرملي عن العلامة المقدسي أنه قال: والذي أميل إليه أنه مثل خيار العيب: يعني فيورث ا ه وهذا خلاف ما عزاه الشارح إلى حاشية ابن المصنف عن المقدسي، وقدمنا أيضا أن الخير الرملي وافق المقدسي في أنه يورث قياسا على خيار فوات الوصف المرغوب فيه كشرائه عبد على أنه خباز، وقال: إنه به أشبه لأنه اشتراه على قول البائع فكان شارطا له افتضاء وصفا مرغوبا فيه فبان بخلافه ا ه وقدمنا هناك ترجيح ما بحثه المصنف من أنه لا يورث كخيار ظهور الخيانة في المراجعة وأنه به

[271]

أشبهه فراجعهم فافهم. قوله: (ومال إلى أنه يورث) المراد بالارث انتقاله إلى الوارث بطريق الخلفية لا بطريق الارث حقيقة، كما علم مما نقلناه من عبارة المصنف في المنح وحققناه في باب خيار الشرط وعلمت ترجيح ما بحثه المصنف أولا :قوله: (قبيل التاسعة) صوابه قبيل العاشرة. قوله: (ويصير مغرورا) عبارة الاشباه: ثم اعلم أن ملك الوارث بطريق الخلافة عن 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 وطيها 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 بالتغريب فيما إذا اشترى مورثه شيئا بغبن فاحش بتغريب البائع، لانه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن، بخلاف ثبوت حرية ولده فإنه ليس بخيار فهذا تأييد بما لا يفيد، فافهم. قوله: (وقدما) أي قبيل باب خيار الرؤية. قوله: (انتفى الغرر) كما لو اشترى سويقا على أن البائع لته 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. ظهيرية . قلت: وكون ذلك مما يعرف بالعيان غير ظاهر، فليتأمل. وقدما تماما هناك، والله سبحانه أعلم. فصل في التصرف في المبيع والثمن الخ أوردها في فصل على حدة، لانها ليست في المراجعة، غير أن صحتها لما توقفت على القبض كان لها ارتباط بالتصرف بالبائع قبل القبض والباقي استطراد. نهر. قوله: (صح بيع عقار الخ) أي عندهما. وقال محمد: لا يجوز، وعبر بالصحة دون النفاذ واللزوم، لانهما موقوفان على نقد الثمن أو رضا البائع، وإلا فللبائع إبطاله: أي إبطال بيع المشتري، وكذا كل تصرف يقبل النقص إذا فعله المشتري قبل القبض، أو بعده بغير إذن البائع فللبائع إبطاله، بخلاف ما لا يقبل النقص كالعتق والتدبير والاستيلاء . بحر. وقوله: أو بعده بغير إذن البائع الجار والمجور متعلق بالضمير العائد على القبض: أي بعد القبض الواقع بلا إذنه لان قبض المبيع قبل نقد الثمن بلا إذن البائع غير معتبر، لان له استرداده وحبسه إلى قبض الثمن، وقيد بالبائع لانه لو اشترى عقارا فوهبه قبل القبض من غير البائع يجوز عند الكل كما في البحر عن الخانية: أي لحصول القبض بقبض الموهوب له كما يأتي واحتراز به عن الاجارة فإنها لا تصح كما يأتي. قوله: (من بئعه متعلق بقبض لا ببيع، لان بيعه من بئعه 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: يخشى هلاكه. قوله: (ونحوه) بأن كان في موضع لا يؤمن أن تغلب عليه الرمال ح عن النهر، ومثله في الفتح. قوله: (كان كمنقول) أي بمنزلته من حيث لحقوق الغرر بهلاكه. قوله: (ككتابة) قال في الجوهرة: وفي الكتابة يحتمل أن يقال: لا تجوز لانها عقد مبادلة كالبيع، ويحتمل أن يقال: تجوز لانها أوسع من البيع جوازا ه. لكن قال الزيلعي، ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته، وكان للبائع حبسه بالثمن، لان الكتابة محتملة للفسخ، فلم تنفذ في حق البائع نظرا له وان نقد الثمن نفذت لزوال المانع ه. قال في البحر: ولا خصوصية لها، بل كل عقد يقبل النقص فهو موقوف كما قدمناه ه. وبه علم أن الكتابة تصح لكنها تتوقف فلا يناسب قوله: فلا يصح اتفاقا كما أفاده ح، فكان المناسب إسقاطها قوله: (وإجارة) أي إجارة العقار فإنها لا تصح اتفاقا، وقيل: على الخلاف، والصحيح الاول لان المعقود عليه في الاجارة المنافع، وهلاكها غير نادر وهو الصحيح، كذا في الفوائد الظهيرية، وعليه الفتوى. وكذا في الكافي فتح غيره. قوله: (وبيع منقول) مجرور بالعطف على كتابة وهو في عبارة المصنف مرفوع، والاولى في التعبير أن يقول: حتى لو كان علوا أو على شط نهر أو نحوه أو أجره كان كمنقول، ولا يصح بيع منقول الخ. وفي البحر: ودخل في البيع الاجارة لانها بيع المنافع: أي وهي في حكم المنقول والصلح لانه بيع ه. 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 بئعه) مرتبط بقوله: وبيع منقول ط. قوله: (كما سيحى) أي قريبا في قول المصنف ولو باعه منه قبله لم يصح ط. قوله: (بخلاف عتقه وتدبيره) يوههم أن فيه خلاف محمد الآتي، وليس كذلك، ففي الجوهرة: وأما الوصية والعتق والتدبير وإقراره بأنها أم ولده يجوز قبل القبض بالاتفاق ه. وفي البحر: وأما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فجائز، لان الغرر لا يمنع جوازه بدليل صحة تزويج الأبق، ولو زوجها قبل القبض ثم فسخ البيع انفسخ النكاح على قول أبي يوسف، وهو المختار كما في الولوالجية. قوله: (غير بئعه) قيد به ليفهم أنه لو كان من بئعه فهو كذلك بالاولى. قوله: (وهو واضح) صرح به الزيلعي وغيره خلافا لأبي يوسف. قوله: (والاصل الخ) قال في الفتح: الاصل أن كل عقد يفسخ بهلاك العوض قبل القبض، لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والاجارة إذا كانت عينا في الاجارة وبدل الصلح عن الدين إذا كان عينا لا يجوز بيع شئ من ذلك، ولا أن يشرك

فيه غيره، وما لا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر إذا كان عينا، وبدل الخلع والعقد 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، لانه يكون نائباً عنه ثم يصير قابضاً لنفسه، كما لو قال: أطعم عن كفارتي جاز، ويكون الفقير نائباً عنه في القبض، ثم قابضاً لنفسه اهـ ملخصاً .

[273]

قلت: وحيث مشى المصنف على قول محمد كان ينبغي للشارح ذكر الاصل الثاني أيضاً، لانه يظهر مما ذكرنا أن الاصل غير خاص بقول أبي يوسف، إلا أن الشق الاول الاول منه وهو ما ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض كالبيع والاجارة لا يجوز التصرف قبل القبض في عوضه المعين عند أبي يوسف مطلقاً، وأجاز محمد فيه كل تصرف لا يتم إلا بالقبض كالهبة ونحوها، لأن الهبة لما كانت لا تتم إلا بالقبض صار الموهوب له نائباً عن الواهب، وهو المشتري الذي وهبه المبيع قبل قبضه، ثم يصير قابضاً لنفسه فتتم الهبة بعد القبض، بخلاف التصرف الذي يتم قبل القبض كالبيع مثلاً، فإنه لا يجوز لانه إذا قبضه المشتري الثاني لا يكون قابضاً عن الاول لعدم توقف البيع على القبض فيلزم منه تمليك المبيع قبل قبضه، وهو لا يصح، لكن يرد على الاصل المذكور العتق والتدبير بأن أعتق أو دبر المبيع قبل قبضه، فقد علمت جوازه اتفاقاً مع أنه يتم قبل القبض، وهو تصرف في عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض فليتأمل. قوله: (فقبله) أي قبل هبته، فإن لم يقبلها بطلت والبيع صحيح على حاله. جوهرة. قوله: (لأن الهبة مجاز على الاقالة) يقال: هب لي ديني وأقلني عثرتي، وإنما كان كذلك، لأن قبض البائع لا ينوب عن قبض المشتري كما في شرح المجمع. قوله: (بخلاف بيعه) فإنه لا يحتمل المجاز عن الاقالة لانه ضدها ط. عن الشلبي. قوله: (مطلقاً) أي سواء باعه من بئنه أو من غيره ح. قوله: (قلت الخ) استدراك على قول الجوهرة فإنه باطل. قوله: (ونفي الصحة) أي الواقع في المتن يحتملها: أي يحتمل البطالان والفساد، والظاهر الثاني لأن علة الفساد الغرر كما مر مع وجود ركني البيع، وكثيراً ما يطلق الباطل على الفاسد، أفاده ط. مطلب في تصرف البائع في المبيع قبل القبض تنمة: جميع ما مر إنما هو من تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه، فلو تصرف فيه البائع قبل قبضه، فإما بامر المشتري أو لا، فلو بأمره كان أمره أن يهبه من فلان أو يؤجره ففعل وسلم صح وصار المشتري قابضاً، وكذا لو أعار البائع أو وهب أو رهن فأجاز المشتري، ولو قال: ادفع الثوب إلى فلان يمسه إلى أن دفع لك ثمنه فهلك عند فلان لزم البائع، لأن إمساك فلان لأجل البائع، ولو أمره بالبيع، فإن قال: بعه لنفسك أو بعه ففعل كان فسخاً، 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 تضمين، لانه 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، لانه لو ضمنهم لو يرجعوا على البائع ولو باعه البائع فمات عند المشتري الثاني، فللاول فسخ البيع وله تضمين المشتري الثاني فيرجع بالثمن على البائع إن كان نقده اهـ ملخصاً من البحر عن الخانية. وفي جامع الفصولين: شراه ولم يقبضه حتى باعه البائع من آخر بأكثر فأجازه المشتري لم يجز، لانه بيع ما لم يقبض اهـ. ويظهر منه ومما قبله أنه يبقى على ملك المشتري الاول فله أخذه من الثاني لو قائماً، وتضمينه لو كان هالكا، والظاهر أن له أخذ القائم

[274]

لو كان نقد الثمن لبائعه، وإلا فلا إلا بإذن بائعه، تأمل. قوله: (اشتري مكيلاً الخ) قيد بالشراء لانه لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل والمطلق من المبيع ينصرف إل الكامل، وهو الصحيح منه حتى لو باع ما اشتراه فاسداً بعد قبضه مكايلاً لم يحتج المشتري الثاني إلى إعادة الكيل. قال أبو يوسف: لأن البيع الفاسد يملك بالقبض كالقرض. قوله: (أي كره تحريماً) فسر الحرمة بذلك، لأن النهي خير أحاد لا يثبت به الحرمة القطعية، وهو ما أسنده ابن ماجه عن جابر رضي الله تعالى عنه أنه (ص) نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع، وصاع

المشتري ويقولنا أخذ مالك والشافعي وأحمد، وحين علله الفقهاء بأنه من تمام القبض ألحقوا بمنع البيع منع الأكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبني 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. وتمامه 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 فلا تبعه حتى تكيله وترزقه وتعهده، فإن بعته قبل أن تفعل وقد قبضته فالباع فاسد في الكيل والوزن اهـ 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 باع 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، وبقي الاحتياج إلى كيل للمشتري فقط فلا يصح بيعه من عمرو بلا كيل، فهنا فسد البيع الثاني فقط، ثم إذا باعه 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 حراما، لأنه أكل ملك نفسه، إلا أنه آثم لتركه ما أمر به من الكيل، فكان هذا الكلام أصلا في سائر المبيعات يباع فاسدا إذا قبضها فملكها ثم أكلها، وتقدم أنه لا يحل أكل ما اشتراه شراء فاسدا، وهذا يبين أن ليس كل ما لا يحل أكله أن يقال فيه أكل حراما اهـ ما في الفتح. وحاصله: أنه إذا حرم الفعل وهو الأكل لا يلزم منه أن يكون أكل حراما، لأنه قد يكون المأكل حراما كالميتة وملك الغير، وقد لا يكون حراما كما هنا، وكالمشتري فاسدا بعد قبضه لأنه ملكه، ومثله ما لو دخل دار الحرب بأمان وسرق منهم شيئا وأخرجه إلى دارنا ملكه خبيثا ويجب عليه رده عليهم، وكذا لو غصب شيئا واستهلكه بخلط ونحوه حتى ملكه ولم يؤد ضمانه يحرم عليه التصرف فيه بأكل ونحوه وإن كان ملكه. قوله: (والمعدود) أي الذي لا تتفاوت آحاده كالجز والبيض. فتح. وعن الامام أنه يجوز في المعدود قبل العد، وهو قولهما، كذا في السراج، والأول هو

أظهر الروایتين عن الامام كما في الفتح. نهر. قوله: (لاحتمال 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 كل البيع فاسدا، ونص على الفساد في الجامع الصغير اهـ. 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 ابتاع صبرة على ظن أنها عشرة فظهرت خمسة عشر وتمامه في العناية، ومثل الشراء مجازفة ما لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية كما مر أو بزراعة أو استقرض حنطة على أنها كر لأن الاستقراض وإن كان تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما، لأن ما يرده عين المقبوض حكما فكان تمليكه بلا عوض حكما كما في الفتح، ولو باع أحد هؤلاء مكايلة فلا بد من كيل المشتري وإن سقط كيل البائع كما قدمنا. وفي الفتح: ولو اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض لا يجوز في ظاهر الرواية، لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه. وفي نوادر ابن سماعة: يجوز اهـ. وبه ظهر أن قوله: بخلافه مجازفة مقيد بما إذا لم يكن البائع اشترى مكايلة. قوله: (لجواز التصرف فيهما 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 التعاطي الخ) عبارة البحر: وهذا كله في غير بيع التعاطي، أما هو فقال في القنية: ولا يحتاج الخ، وظاهر قوله وهذا كله، لأنه لا يتقيد بالموزونات بل التعاطي في المكيلات والمعدودات كذلك، وهو مفاد التعليل أيضا بأنه صار يباع بعد القبض، فإنه لا يخص الموزونات، لكن فيه أن مقتضى هذا أنه لا يصير يباع قبل القبض ولعله مبني على القول بأنه لا بد فيه من القبض من الجانبين، والأصح خلافه، وعليه فلو دفع الثمن ولم يقبض صح، وقدمنا في

أول البيوع عن القنية دفع إلى بائع الحنطة خمسة دنانير ليأخذ منه حنطة وقال له بكم تبيعها فقال مائة بدينار فسكت المشتري ثم طلب منه الحنطة ليأخذها فقال البائع: غدا أدفع لك ولم يجر بينهما بيع، وذهب المشتري فجاء غدا ليأخذ وقد تغير السعر فعلى البائع أن يدفعها بالسعر الأول هـ. وتماهه هناك فتأمل. قوله: (وكفى كيله من البائع بحضرته) قال في الخانية: لو اشترى كيليا مكابله أو موزونا موازنة، فكال البائع بحضرة المشتري قال الإمام ابن الفضل يكفيه كيل البائع، ويجوز له أن يتصرف فيه قبل أن يكيله هـ. قلت: وأفاد أن الشرط مجرد الحضرة لا الرؤية، لما في القنية: يشتري من الخيار خبزا كذا منا فيزنه وكفة سنجات ميزانه في دربنده، فلا يراه المشتري أو من البائع كذا منا فيزنه في حانوته، ثم يخرج به إليه موزونا لا يجب عليه إعادة الوزن، وكذا إذا لم يعرف عدد سنجاته هـ. قوله: (لا قبله أصلا الخ) أي لو كاله البائع قبل المبيع لا يكفي أصلا: أي ولو بحضرة المشتري، وكذا لو كاله بعد البيع بغيبة المشتري لما علمت من أن الكيل من تمام التسليم ولا تسليم مع الغيبة. قوله: (فلو كيل الخ)

تفريع على قوله: لا قبله أصلا لان قوله لعدم كيل الاول مبني 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 في المجلس، ثم باعه مكابله قبل أن يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء اكتاله للمشتري منه أو لا، لانه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فبيعه بيع ما لم يقبض فلا يجوز هـ. ومثله في البحر والمنح، فقوله: سواء اكتاله للمشتري منه أو لا الخ صريح في أن فاعل اكتاله هو المشتري الاول الذي كيل الطعام بحضرته، ثم اشتراه ثم باعه. وقول الشارح: وإن اكتاله الثاني صريح في أن فاعل اكتاله هو المشتري الثاني. وعبارة الفتح أحسن لفادتها أن هذا الكيل الواقع من المشتري الاول للمشتري الثاني لا يكفيه عن كيل نفسه لوقوعه بعد بيعه للثاني، فكان بيعا قبل القبض لعدم اعتبار الكيل الواقع أولا بحضرته قبل شرائه. وأما على عبارة الشارح فلا شبهة في عدم الجواز، ثم إن ما أفاده كلام الفتح من أن كيله للمشتري منه لا يكفي عن كيل نفسه ظاهر للتعليل الذي ذكره، لكنه مخالف لما شرح به كلام الهداية أولا 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 هـ ملخصا. فإن قوله كفاه: أي كفى البائع وهو المشتري الاول يفيد أنه يكفيه ذلك عن الكيل لنفسه، ولعل الشارح لاجل ذلك جعل فاعل اكتاله المشتري الثاني، لكن الظاهر عدم الاكتفاء بذلك الكيل، وإن وقع من المشتري الاول بعد البيع لما ذكره من التعليل، والله سبحانه أعلم. قوله: (ولو كان المكيل أو الموزون ثمنا (أي بأن اشترى عبدا مثلا بكر بر أو برطل زيت، ثم لا يخفى أن هذه المسألة من أفراد قوله الآتي: وجاز التصرف في الثمن قبل قبضه، وقد تبع المصنف شيخه في ذكرها هنا. قوله: (فقبل الكيل أولى) لان الكيل من تمام القبض كما مر. قوله: (وإن اشتراه بشرطه) أي وإن اشترى المذروع شرط الذرع. قوله: (في حرمة ما ذكر (أي من البيع ولا يصح إرادة الاكل هنا، وفي حكم البيع كل تصرف يبنيني على الملك ط. قوله: (والاصل ما مر مرارا الخ) منها ما قدمه أول البيع عند قوله: وإن باع صبرة الخ وقدمنا هناك وجه الفرق بين كون الذرع في القيميات وصفا وكون القدر بالكيل أو الوزن في المثليات أصلا وهو كون التشقيص يضر الاول دون الثاني الخ. وذكر في الذخيرة الفرق بأن الذراع عبارة عن الزيادة أو النقصان في الطول والعرض، وذلك وصف. قوله: (فيكون كله للمشتري) قال في الفتح: فلو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع جاز أن يبيعه قبل الذرع، لانه لو زاد كان للمشتري ولو نقص كان له الخيار، فإذا باعه بلا ذرع كان مسقطا خياره على تقدير النقص وله ذلك هـ. قوله: (إلا إذا كان مقصودا) بأن أفرد لكل ذراع ثمنا، لانه بذلك التحق بالقدر في حق ازدياد الثمن، فصار المبيع في هذه الحالة هو الثوب المقدر، وذلك يظهر بالذرع والقدر معقود في المقدرات حتى يجب رد الزيادة فيما لا يضره التبعض، ويلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره وينقص من ثمنه عند انتقاصه هـ ط عن الزيلعي. قوله: (واستثنى ابن الكمال) أي بحثا، وما يضره التبعض كمصوغ فيجوز التصرف فيه قبل وزنه ولو اشتراه بشرطه .

والاولى للشارح ذكر هذا عند قول المصنف: ومثله الموزون ط. وعبارة ابن الكمال هي قوله بعد ذكر الاصل المار: ولا يخفى أن موجب هذا التعليل أن يستثنى ما يضره التعييز من جنس الموزون، لان الوزن فيه وصف على ما مر ا هـ. مطلب في بيان الثمن والمبيع والدين قوله: (وجاز التصرف في الثمن الخ) الثمن: ما يثبت في الذمة ديناً عند المقابلة، وهو النقدان والمثليات إذا كانت معينة، وقوبلت بالاعيان أو غير معينة وصحبها حرف الباء: وأما المبيع: فهو القيميات والمثليات إذا قوبلت بنقد أو بعين: وهي غير معينة مثل اشتريت كر بر بهذا العبد. هذا حاصل ما في الشرنبلالية عن الفتح، وسيذكره المصنف في آخر الصرف. قوله: (أو غيرهما) كإجارة ووصية. منح. قوله: (أي مشاراً إليه) هذا التفسير لم يذكره ابن ملك، بل زاده الشارح، والمراد بالمشار إليه ما يقبل الإشارة فيوافق تفسير بعضهم له بالحاضر. وذكر ح أنه يشمل القيمي والمثلي غير النقدين، واعترضه ط بأنه لا وجه له، لان الباعث للشرح على هذا التفسير إدخال النقدين، لانه يتوهم من العين العرض ليقابل قوله: ولو ديناً. قلت: أنت خير بأن دخول القيمي هنا لا وجه له أصلاً، لان الكلام في الثمن، وهو ما يثبت ديناً في الذمة والقيمي مبيع لا ثمن، وإنما مراد الشارح بيان أن الثمن قسمان، لانه تارة يكون حاضراً، كما لو اشترى عبداً بهذا الكر من البر أو بهذه الدراهم، فهذا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بهية وغيرها من المشتري وغيره وتارة يكون ديناً في الذمة كما لو اشترى العبد بكر بر أو عشرة دراهم في الذمة، فهذا يجوز التصرف فيه بتملكه من المشتري فقط، لانه تملك الدين، ولا يصح إلا ممن هو عليه، ثم لا يخفى أن الدين قد لا يكون ثمناً، فقد ظهر أن بينهما عمومًا وخصوصًا من وجه، لاجتماعهما في الشراء بدراهم في الذمة، وانفرد الثمن بالشراء بعبد، وانفاد الدين في الزوج أو الطلاق على دراهم في الذمة قوله: (فالتصرف فيه تملك ممن عليه الدين) في بعض النسخ تملكه وهي الموافقة لقول ابن ملك: فالتصرف فيه هو تملكه الخ: أي إن التصرف فيه الجائز هو كذا، قوله: (قوله ولو بعوض) كان اشترى البائع من المشتري شيئاً بالثمن الذي له عليه أو استأجر به عبداً أو داراً للمشتري، ومثال التملك بغير عوض هبته 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 سلطه عليه، واستثنى في الاشباه من ذلك ثلاث صور. الاولى: إذا سلطه على قبضه، فيكون وكيلًا قابضًا للموكل ثم لنفسه. الثانية: الحوالة. الثالثة: الوصية. قوله: (كمكيل) فإنه إذا اشترى العبد بهذا الكر من البر تعين ذلك الكر، فلا يجوز له دفع كر غيره. مطلب فيما تعين فيه النقود وما لا تعين قوله: (كنقود) فإذا اشترى بهذا الدرهم له دفع غيره وعدم تعين النقد ليس على إطلاقه، بل ذلك في المعاوضات وفي العقد الفاسد على إحدى الروايتين، وفي المهر: ولو بعد الطلاق قبل الدخول، وفي النذر والامانات والهبة والصدقة والشركة والمضاربة والغضب والوكالة قبل التسليم أو

بعده، ويتعين في الصرف بعد هلاكه وبعد هلاك المبيع، وفي الدين المشترك فيؤمر برد نصف ما قبض على شريكه، وفيما إذا تبين بطلان القضاء بأن أقر بعد الاخذ أنه لم يكن له على خصمه شيء فيرد عين ما قبض لو قائماً. وتماهه في الاشباه في أحكام النقد، وقدمنا في أواخر البيع الفاسد. قوله: (فلو باع الخ) (تفريع على قول المصنف: وجاز التصرف في الثمن الخ. مطلب في تعريف الكر قوله): أو بكر بر) الكر كيل معروف، وهو ستون قفيزاً، والقفيز ثمانية مكايك، والمكوك صاع ونصف. مصباح. قوله: (جاز أخذ بدلها شيئاً آخر) لكن بشرط أن لا يكون افتراقاً بدين كما يأتي في القرض. قوله: (وكذا الحكم في كل دين) أي يجوز التصرف فيه قبل قبضه، لكن بشرط أن يكون تملكاً ممن عليه بعوض أو بدونه كما علمت، ولما كان الثمن أخص من الدين من وجه كما قررناه بين أن ما عداه من الدين مثله. قوله: (كمهر الخ) وكذا القرض. قال في الجوهرة: وقد قال الطحاوي: إن القرض لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه وهو ليس بصحيح أ هـ. قوله: (وضمان متلف) أي ضمانه بالمثل لو مثلياً وإلا فبالقيمة، فافهم. قوله: (بمال) قيد لخلع وعتق، لانهما بدون مال لا يكون لهما بدل، فافهم. قوله: (وموروث وموصى به) قال الكمال: وأما الميراث فالتصرف فيه جائز قبل القبض، لان الوارث يخلف المورث في الملك وكان للميت ذلك التصرف، فكذا للوارث وكذا الموصى له، لان الوصية أخت الميراث أ هـ. ومثله للاتقاني، 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 لرأس السلم في

المسلم قبل قبضه بنحو بيع وشركة ولو ممن عليه ولا شراء المسلم إليه برأس المال بعد الاقالة قبل قبضه يحكم الاقالة، بخلاف بدل الصرف حيث يجوز الاستبدال عنه، لكن بشرط قبضه في مجلس الاقالة لجواز تصرفه فيه، بخلاف السلم ا هـ، وسيأتي بيانه وممرت مسألة الاقالة في بابها. قوله: (فلا يجوز أخذ خلاف جنسه) الاولى 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 باللزوم بدل الصحة لكان أولى، لانها لازمة حتى لو ندم المشتري بعد ما زاد يجبر إذا امتنع كما في الخلاصة ا هـ. قوله: (في المجلس) أي مجلس العقد أو بعده. قوله: (أو من أجنبي) فإن زاد بأمر المشتري تجب على المشتري لا على 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 رجع، وإلا فلا. بحر عن الخلاصة. قوله: (في غير صرف) يوهم أن الزيادة فيه لا تصح، مع أنها تصح وتفسده كما يذكره قريبا، كأنه حمل الصحة على الجواز والحمل، أو أراد من عدم الصحة في الصرف فسادها. قوله: (في المجلس) أي مجلس الزيادة. قوله: (لو ندم الخ)

أشار إلى أن الزيادة لازمه 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 يشتريه فكذلك بالاولى. قوله: (وكونه) أالمبيع 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 كالتدبير والكتابة. قوله: (فلو باع الخ) تفريع على قوله: فلا تصح بعد هلاكه وكذا لو وهب وسلم أو طبخ اللحم أو طحن أو نسج الغزل أن تحمر العصير أو أسلم مشتري الخمر ذميا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد، إذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج، ولهذا يصير الغاصب أحق بهما إذا فعل بالمغصوب ذلك، وكذا الزيادة في المهر شرطها بقاء الزوجية، فلو زاد بعد موتها لا يصح ا هـ فتح. وروى الحسن في غير رواية الاصول 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 الامة أو تخمر العصير أو أخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما، وعلى هذا الخلاف الزيادة في مهر المرأة بعد موتها ا هـ. فليتأمل. قوله: (بخلاف ما لو أجر) وكذا لو خاط الثوب أو قطعت يد العبد وأخذ المشتري الارش. فتح. قوله: (لقيام الاسم والصورة) أي في غير جعل الحديد سيفاً فإن الصورة تبدلت فيه ط. قوله: (وصح الحط منه) أي من الثمن، وكذا رأس مال السلم والمسلم فيه كما هو صريح كلامهم. رملي على المنح. قوله: (وقبض الثمن) بالجر عطفاً على هلاك، وسيأتي بيان الحط بعد قبض الثمن عند قوله: ويصح الحط من المبيع الخ. قوله: يلتحقان بأصل العقد هذا لو الحط من غير الوكيل، ففي شفعة الخانية: الوكيل بالبيع إذا باع الدار بألف ثم حط عن المشتري مائة صح وضمن المائة للآمر، وبرئ المشتري عنها ويأخذ الشفيع الدار بألف، لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد. قوله: (بالاستناد) وهو أن يثبت أولا في الحال، ثم يستند إلى وقت العقد، ولهذا لا تثبت الزيادة في صورة الهلاك كما مر، لأن ثبوته في الحال متعذر لانتفاء المحل فتعذر استناده، كالبيع الموقوف لا ينبرم بالأجازة بعد هلاك المبيع وقتها كما في الفتح. قوله: (فيطل حط الكل) أي بطل التحاقه مع صحة العقد، وسقوط الثمن عن المشتري خلافا لما توهمه بعضهم من أن البيع يفسد أخذاً من تعليل الزيلعي بقوله: لأن الالتحاق فيه يؤدي إلى تبديله، لأنه ينقلب هبة أو بيعاً بلا ثمن فيفسد، وقد كان من قصدهما التجارة بعقد مشروع من كل وجه، فالالتحاق فيه يؤدي إلى تبديله فلا يلتحق به ا هـ فقوله: فلا يلتحق صريح في أن الكلام في الالتحاق، وأن قوله فيفسد 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: ولو 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 بيعاً بلا ثمن، فلم يصح الحط في حق الشفيع وصح في حق المشتري وكان إبراء له عن الثمن أ هـ. زاد في المحيط: لأنه لا فائدة لنا في ذمته. وتماهه في فتاوى العلامة قاسم. قوله: (وأثر الالتحاق بالخ) لا يخفى أن الزيادة تجب على المشتري، والمحطوط يسقط 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 ومرايحة) فيولي ويرايح 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 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 متساوية ثم زاد أحدهما أو حط وقيل الآخر وقبض الزائد في الزيادة أو المردود في الحط ففسد العقد، كأنهما عقدها كذلك من الابتداء عند أبي حنيفة، زيلعي. ويأتي تمام الكلام عليه أول باب الربا، وزاد الزيلعي: مما ظهر فيه أثر الالتحاق ما إذا زوج أمته ثم أعتقها، ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى المهر. وفي النهر: وتظهر فيما لو وجد بالثياب المبيعة عيباً رجع بحصته من الثمن مع الزيادة، وفيما إذا زاد في الثمن ما لا يجوز الشراء به، وفي المبيع ما لا يجوز بيعه فقبل فسد العقد، كذا في السراج أ هـ. وتماهه فيه. وكأن 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 تجوز الزيادة في المسلم فيه لأنه معدوم حقيقة، وإنما جعل موجوداً في الذمة لحاجة المسلم إليه، والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجته بل تزيد في حاجته فلا تجوز أ هـ ج. ودل كلام السراج على جواز الحط منه. رملبي. قوله: (وقبل المشتري) أي في مجلس الزيادة كما يفيد ما مر 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 وتقابض ثم زاد المشتري عرضاً قيمته خمسون وهلك العرض قبل التسليم ينفسخ العقد في ثلثه. بحر عن القنية. ووجه الانفساخ أن العرض مبيع وإن جعل ثمناً، وهلاك المبيع

قبل القبض يوجب الانفساخ، 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 قائماً 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 استناداً. بحر. قوله: (فيرجع) أي المشتري على البائع. قوله: (لا في براءة الاستيفاء) لأن براءة الاسقاط تسقط الدين عن الذمة، بخلاف براءة الاستيفاء مثال الأولى: أسقطت وحطت وأبرأت براءة إسقاط ومثال الثانية: أبرأتك براءة استيفاء أو قبض أو أبرأتك عن الاستيفاء أ هـ ج. مطلب في بيان براءة الاستيفاء وبراءة الاسقاط وحاصله: أن براءة الاستيفاء عبارة عن الاقرار بأنه استوفى حقه وقبضه. قوله: (اتفاقاً) يرجع إليهما ط. قوله: (ولو أطلقها) كما لو قال: أبرأتك ولم يقيد بشيء أ هـ ج. قوله: (وأما الإبراء المضاف إلى الثمن الخ) تابع صاحب البحر حيث ذكر أولاً صحة المبيع لو دينا لا عينا وعلله بما مر، ثم ذكر حط الثمن وهيبته وإبراءه. وحاصل ما ذكره في البحر عن الذخيرة: أنه لو وهبه بعض الثمن أو أبرأه عنه قبل القبض فهو حط، وإن حط البعض أو وهبه بعد القبض صح، ووجب عليه للمشتري مثل ذلك، ولو أبرأه عن البعض بعده لا يصح، والفرق أن الدين باق في ذمة المشتري بعد القضاء، لأنه لا يقضي عين الواجب بل مثله، إلا أن المشتري لا يطالب به لأن له

مثله على البائع بالقضاء فلا تفيد المطالبة، فقد صادفت الهبة والخط ديناً قائماً في ذمة المشتري، وإنما لم يصح الإبراء لانه نوعان: براءة قبض، واستيفاء، وبراءة إسقاط، فإذا أطلقت تحمل على الأول لانه أقل فكانه قال: أبرأتك براءة قبض واستيفاء، وفيه لا يرجع، ولو قال براءة إسقاط صح ورجع على البائع، أما الهبة والخط فإسقاط فقط، وإذا وهبه كل الدين أو خط أو أبرأه منه فهو على ما ذكرنا، هذا ما ذكره شيخ الاسلام. وذكر السرخسي أن الإبراء المضاف إلى الثمن بعد الاستيفاء صحيح، حتى يجب على البائع رد ما قبض، وسوى بين الإبراء والهبة والخط، فيتأمل عند الفتوى أ هـ. هذا حاصل ما في البحر عن الذخيرة. قال في النهر: وعرف من هذا أنه لا خلاف في رجوع الدافع بما أداه إذا أبرأه براءة إسقاط وفي عدم ورجوعه إذا أبرأه 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 ورجع عليها، كذا في الاشباه أ هـ. قلت: والظاهر أن المبيع الدين مثل الثمن فيما ذكر، فكان الأولى للشارح أن يقول بعد قوله: بخلاف الدين وكذا الثمن لو خط بعضه أو وهبه، أو أبرأ عنه قبل القبض وكذا بعده فيرجع المشتري بما دفع. لكن لو البراءة براءة إسقاط لا براءة استيفاء اتفاقاً، ولو أطلقها فقولان، فيتأمل عند الفتوى

الخ، فافهم. قوله: (وهو المناسب للإطلاق) أي الرجوع هو المناسب للإطلاق البراءة، لكن الظاهر ما قاله شيخ الاسلام من حملها عند الإطلاق على براءة القبض والاستيفاء لانه أقل كما مر، لأن حملها على معنى الاسقاط يوجب الرجوع عليه بما أخذ وهذا أكثر. قوله: (لا يثبت بالشك) ولأن وقوع الإبراء بعد القبض قرينة على أن المراد به براءة القبض، إلا أن يظهر بقرينة حالية إرادة ومعنى الاسقاط، وعن هذا والله تعالى أعلم قال: فيتأمل عند الفتوى: أي يتأمل المفتي وينظر ما يقتضيه المقام في الحادثة المسؤول عنها فيفتي به، والله سبحانه أعلم. قوله: (للحقوق الخط بأصل العقد) كأنه باعه ابتداءً بالقدر الباقي بعد الخط ط: أي بخلاف الهبة فكان شرطاً لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحدهما. قوله: (والاستحقاق الخ) المارد به هنا طلب الحق أو ثبوت الحق، وقوله: لبائع متعلق به، ومعناه في البائع أن له حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن وما زيد فيه، ومعناه في المشتري أنه لو استحق منه المبيع رجع على بائعه بالثمن، وما زيد فيه كما تقدم، وكذا لو رده بعيب ونحوه كما يأتي، ومعناه في الشفع أنه لو زاد البائع في العقار المبيع، فإن الشفع يأخذ الكل، وعليه فالمراد بالزيادة أعم من أن تكون في الثمن أو في المبيع. قوله: (فلو رد الخ) تفرع على قوله: أو مشتر أي إذا رد المشتري المبيع بخيار عيب أو نحوه من خيار شرط أو رؤية رجع على بائعه بالكل: أي بالثمن وما زيد فيه، وفي الجوهرة: إذا اشترى عشرة أثواب بمائة فزاده البائع بعد العقد ثوباً آخر ثم اطلع المشتري على عيب في أحد الثياب: إن كان قبل القبض فالمشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع في جميعها، وإن شاء رضي بها، وإن كان بعد القبض فله رد المعيب بحصته وإن كانت الزيادة هي المعيبة أ هـ. مطلب في تأجيل الدين قوله: (ولزم تأجيل كل دين) الدين: ما وجب في الذمة بعقد أو استهلاك، وما صار في ذمته ديناً باستقراضه فهو أعم من القرض، كذا في الكفاية. ويأتي في أول الفصل تعريف القرض، وأطلق التأجيل فشمّل ما لو كان الاجل معلوماً أو مجهولاً، لكن إن كانت الجهالة متقاربة كالحصاد والدياس يصح، لا إن كانت متفاحشة كهبوب الريح كما في الهداية وغيرها، ومر في باب البيع الفاسد أن الجهالة اليسيرة متحملة في الدين بمنزلة الكفالة. قوله: (إن قبل المديون) فلو لم يقبله بطل التأجيل فيكون حالاً. ذكره الاسيحاوي. ويصح تعليق التأجيل بالشرط، فلو قال لمن عليه ألف حالة إن دفعت إلي غداً خمسمائة فإلخمسائة الأخرى مؤخرة عنك إلى سنة فهو جائز، كذا في الذخيرة. وفي الخانية: لو قال المديون: أبطلت الاجل أو تركته صار حالاً، بخلاف برئت من الاجل أو لا حاجة لي فيه، وإذا قضاه قبل الحلول فاستحق المقبوض من القايض أو وجده زيوفاً فردّه أو وجد بالمبيع عيباً فردّه بقضاء عاد الاجل، لا لو اشترى من مديونه شيئاً بالدين وقبضه ثم تقايلاً البيع، ولو كان بهذا الدين المؤجل كفيل لا تعود الكفالة في الوجهين أ هـ. بحر. وقوله: في الوجهين: أي في الاقالة، وفي الرد بعيب

بقضاء، وقدمنا في الاقالة أن عدم عود الكفاية في الرد يعيب فيه خلاف، فراجع. قوله: (إلا في سبع) وهي في الحقيقة ست، فإن مسألتي الاقالة واحدة . قوله: (بدلي صرف وسلم) لاشتراط القبض لبدلي الصرف في المجلس واشترطه في رأس مال السلم، وهو المراد ببذله هنا، أما المسلم فيه فشرطه التأجيل ط. قوله: (وثن عند إقالة وبعدها) في القنية: أجل المشتري البائع سنة عند الاقالة صحت الاقالة وبطل الاجل، ولو تقابلا ثم أحله ينبغي أن لا يصح الاجل عند أبي حنيفة، فإن الشرط اللاحق بعد العقد ملتحق بأصل العقد عنده هـ. بحر وتقدمت المسألة في باب الاقالة، 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 الاقالة، لانه دين لا يجب قبضه في المجلس كسائر الديون هـ. ثم رأيت العلامة البيري قال: إن قوله الشرط اللاحق ملتحق بأصل العقد ساقط، لان 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 الاشباه كيف أقره على ذلك هـ كلام البيري ملخصا. قلت: لكن وجه ما في القنية أن الاقالة بيع من وجه، وقد مر الخلاف في باب البيع الفاسد فيما لو باع مطلقا ثم أجل إلى أجل مجهول، قيل: يصح الاجل، وقيل: لا بناء على أنه يلتحق بالعقد، وهنا إذا التحق بعقد الاقالة يلزم أن يزيد الثمن فيها بوصف التأجيل، مع أن الاقالة إنما تصح بمثل الثمن الاول، فالاحسن الجواب بما قلنا من تصحيح عدم الالتحاق. تأمل. قوله: (وما أخذ به الشفيع) يعني لو أجل المشتري الشفيع في الثمن لم يصح. بحر. وشمل ما لو كان الشراء بمؤجل، فإن الاجل لا يثبت في أخذ الشفيع كما سيذكره في بابها. قوله: (ودين الميت) أي لو مات المديون وحل المال فأجل الدائن وارثه لم يصح، لان الدين في الذمة، وفائدة التأجيل أن يتجر فيؤدي الدين من نماء المال، فإذا مات من له الاجل 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 لان الاجل صفة الدين، ولا دين على الوارث، فلا يثبت الاجل في حقه، ولا وجه أيضا لثبوته للميت، لانه سقط عن ذمته بالموت ولا لثبوته في المال لانه عين والاعيان لا تقبل التأجيل. وفي البرجندي قال صاحب المحيط: الاصح عندي أن تأجيله صحيح، وهكذا أفنى الامام قاضيان، لانه إذا كان هذا الدين يتعلق بالتركة، لكنه يثبت في الذمة فلا يكون عينا فيصح التأجيل، وأفنى بعضهم بعدم الصحة، كذا في الفصول العمادية. بي. قوله: (فلا يلزم تأجيله) أي أنه يصح بأجله مع كونه غير لازم للمقرض الرجوع عنه، لكن قال في الهداية: فإن تأجيله لا يصح لانه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة، ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء، فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة إذ لا جبر في التبرع، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح، لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا هـ. ومقتضاه أن قوله لا يصح على حقيقته، لانه إذا وجد فيه مقتضى عدم اللزوم ومقتضى عدم الصحة وكان الاول لا ينافي الثاني، لان ما لا يصح لا يلزم وجب اعتبار

عدم الصحة، ولهذا علل في الفتح لعدم الصحة أيضا بقوله: ولانه لو لم يكن التبرع ملزما على المتبرع، ثم للمثل المردود حكم العين كأنه رد العين، وإلا كان تمليك دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس، والتأجيل في الاعيان يصح هـ 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 يلتزم تأجيلها بدل صرف وسلم دين على ميت وما للمشتري على مقيل أو شفيع يا سري والقرض إلا أربعاً فيها مضى جحد وصية حوالة قضى قوله: (إذا كان مجحودا) في الخانية: رجل له على رجل ألف درهم قرض فصالحه على مائة إلى أجل صح الحط والمائة حالة، وإن كان المستقرض جاحدا للقرض فالمائة إلى الاجل هـ بي. ومثله لو قال المستقرض للمقرض سرا لا أقر لك حتى تؤجله عني، فأقر له عند الشهود بالالف مؤجلة. قوله: (أو حكم مالكي بلزومه) فإنه عنده لازم، وفيد به لان الارجح أن حكم الحنفي بخلاف مذهبه لا ينفذ خصوصا في قضاة زماننا، وفيد بقوله: بعد ثبوت أصل الدين عنده لانه لو لم يكن ثابتا لا يصح حكمه بلزوم تأجيله، ولان المجحود لا يتوقف تأجيله على حكم مالكي. قوله: (أو أحاله

(الخ) في الفتح والحلية في لزوم تأجيله: أن يجبل المستقرض المقرض على آخر دينه، فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزمه. وإذا لزم فإن كان للمحيل على المحال عليه دين فلا إشكال، وإلا أقر المحيل بقدر المحال به للمحال عليه مؤجلاً أشار إليه في المحيط. بحر. وفائدة الاقرار تمكن المحال عليه من الرجوع على المحيل بما يدفعه للمقرض. قوله: (أو أحاله على مديون الخ) أفاد أنه لا فرق بين كون تأجيل المحال عليه صادراً من المقرض أو من المحيل وهو المستقرض. قوله: (لان الحوالة ميرثة) أي تبرأ بها ذمة المحيل وثبت بها للمحال: أي المقرض دين على المحال عليه بحكم الحوالة، فهو في الحقيقة تأجيل دين لا قرض. قوله: (فيلزم من ثلثه) فإن خرجت الالف من الثلث فيها وإلا فيقدر ما يخرج ط. قوله: (ويسامح فيها نظراً للموصي) لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقاً للموصي. هداية. وحاصله: أن لزوم الوصية بالتبرع، ومنه ما نحن فيه خارج عن القياس رحمة وفضلاً على الموصي إذ كان القياس أن لا تصح وصيته لانها تملك مضاف إلى حال زوال مالكيتها. قوله: (وأقره المصنف) أي أقر ما ذكر من الحاصل، وهو لصاحب البحر فكان الأولى عزوه إليه. قوله: (وتعقبه) أي تعقب الحاصل المذكور، فافهم. قوله: (بأن الملحق بالقرض) هو الاقالة بقسميها والشفيع ودين الميت ح. قوله: (تأجيله

[285]

باطل) لتعبيرهم 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 بالبطل ما يحرم فعله ويلزم منه الفساد، فإن تأجيل بدلي الصرف والسلم كذلك، بخلاف القرض والملحق به، فإنه لو ترك المطالبة به إلى حلول الاجل لم يلزم منه ذلك، فلذا قال: إنه صحيح غير لازم، لكن ما قدمناه عن الهداية في القرض من قوله: وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا ه. يقتضي أنه يلزم منه الفساد وأنه حرام ولم يظهر لي وجهه، فليتأمل. قوله: (لان الدين واحد) أي فإذا تأخر عن الكفيل لزم تأخيره عن الاصيل أيضاً إذ يثبت ضمناً ما يمتنع قصداً كبيع الشرب والطريق كما في البحر عن تلخيص الجامع، لكن في النهر عن السراج: قال أبو يوسف: إذا أقرض رجل رجلاً مالا فكفل به رجل عنه إلى وقت كان على الكفيل إلى وقته، وعلى المستقرض حالاً ه. ونقل نحوه في كفالة البحر عن الذخيرة والغيثية، وذكر في أنفع الوسائل مثله من 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 ه. وحاصله: أن الجمهور على أنه يتأجل على الكفيل دون الاصيل، وبه أفتى العلامة قارئ الهداية وغيره وسيأتي تمامه في الكفالة إن شاء الله تعالى. تنبيه: لم يذكر ما لو أجل الكفيل الاصيل، وهو جائز، ففي البيهقي روى ابن سماعة عن محمد رجل قال لغيره: اضمن عني لفلان الالف التي علي ففعل، وأداها الضامن، ثم إن الضامن آخر المضمون عنه فالتأخير جائز، وليس هذا بمنزلة القرض، ولو قال: اقض عني هذا الرجل ألف درهم ففعل ثم أخرها لم يجز التأخير، لان هذا أدى عنه فصار مقرضاً، والتأخير في القرض باطل والاول أدى عن نفسه ه. قوله: (أن يقر الوارث الخ) الظاهر أنه مفروض في وارث لا مشارك له في الميراث، وإلا يلحقه ضرر بلزوم الدين علي وحده، والمقصود من هذه الحيلة بيان حكمها لو وقعت كذلك لا تعليم فعلها، لان فيها الاخبار بخلاف الواقع. قوله: (ويصدق الطالب أنه الخ) لو قال: ويصدق الطالب في ذلك لكان أخصر وأظهر، لان تصديقه بتأجيله على الميت غير لازم. قوله: (والأمر الوارث الخ) عبارة الاشباه: وإلا فقد حل الدين بموته فيؤمر الوارث الخ. مطلب إذا قضى المديون الدين قبل حلول الاجل أو مات لا يؤخذ من المراجعة إلا بقدر ما مضى قوله: (وسيجئ آخر الكتاب) أي قبيل كتاب الفرائض، وهذا مأخوذ من القنية حيث قال فيها بمرز نجم الدين: قضى المديون الدين قبل الحلول أو مات فأخذ من تركته، فجواب المتأخرين أنه لا

[286]

يؤخذ من المراجعة التي جرت بينهما إلا بقدر ما مضى من الايام، قيل له : أنفتني به أيضاً؟ قال: نعم. قال: ولو أخذ المقرض القرض والمراجعة قبل مضي الاجل فللمديون أن يرجع بحصة ما بقي من الايام ه. وذكر الشارح آخر الكتاب أنه أفتى به

المرحوم مفتي الروم أبو السعود، وعلله بالرفق من الجانبين. قلت: وبه أفتى الحانوتي وغيره، وفي الفتاوى الحامدية: سئل فيما إذا كان لزيد بذمة عمرو مبلغ دين معلوم فرايحه عليه إلى سنة، ثم بعد ذلك بعشرين يوما مات عمرو المديون، فحل الدين ودفعه الوارث لزيد، فهل يؤخذ من المراجعة شئ أو لا؟ الجواب جواب المتأخرين: أنه لا يؤخذ من المراجعة التي جرت المبايعة عليها بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام. قيل للعلامة نجم الدين: أفتى به؟ قال: نعم، كذا في الانقروى والتنوير، وأفتى به علامة الروم مولانا أبو السعود، وفي هذه الصورة بعد أداء الدين دون المراجعة إذا ظنت الورثة أن المراجعة تلزمهم فرايحوه عليها عدة سنين بناء على أن المراجعة تلزمهم حتى اجتمع عليهم مال، فهل يلزمهم المال أو لا؟ الجواب: لا يلزمهم لما في الفنية برمز بكر جواهر زاده: كان يطالب الكفيل بالدين بعد أخذه من الاصيل، ويبيعه بالمراجعة حتى اجتمع عليه سبعون دينارا، ثم تبين أنه قد أخذه فلا شئ له لان المبايعة على قيام الدين ولم يكن له هذا ما ظهر لما والله سبحانه أعلم اهـ. فصل في القرض بالفتح والكسر. منح. ومناسيته لما قبله ذكر القرض في قوله: ولزم تأجيل كل دين إلا القرض. قوله: (ما تعطيه لتقاضاه) أي من قيمتي أو مثلي، وفي المغرب: تقاضيته ديني ويديني واستقصيته: طلبت قضاءه واقتضيت منه حق: أخذته. قوله: (وشرعا ما تعطيه 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 أعم من القرض. قوله: (عقد مخصوص (الظاهر أن المراد عقد بلفظ مخصوص، لان العقد لفظ. لذا قال: أي بلفظ القرض ونحوه: أي كالدين، وكقوله: أعطني درهما لارد عليك مثله، وقدمنا عن الهداية أنه يصح بلفظ الاعارة. قوله: (بمنزلة الجنس) أي من حيث شموله القرض وغيره، وليس جنسا حقيقا، لعدم الماهية الحقيقية كما عرف في موضعه، واعترض بأن الذي 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 أي بلفظ القرض ونحوه كما علمت، فصار الذي بمنزلة الجنس هو مجموع قوله: عقد مخصوص يرد على دفع مال، تأمل: قوله: (لآخر) متعلق بقوله: دفع. قوله: (خرج نحو وديعة وهبة) أي خرج وديعة وهبة ونحوهما كعارية وصدقة، لانه يجب رد عين الوديعة والعارية ولا يجب رد شئ في الهبة والصدقة. قوله: (في مثلي)

كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب كالجوز والبيض. وحاصله: أن المثلي ما لا تتفاوت أحاده: أي تفاوتوا تختلف به القيمة، فإنه نحو الجوز تتفاوت أحاده تفاوتاً يسيراً. قوله: (لتعذر رد المثل) علة لقوله: لا في غيره أي لا يصح القرض في غير المثلي، لان القرض إعاره ابتداء حتى صح بلفظها معاوضة انتهاء، لانه لا يمكن به إلا باستهلاك عينه، فيستلزم إيجاب المثلي في الذمة، وهذا لا يتأتى في غير المثلي، قال في البحر: ولا يجوز في غير المثلي، لانه لا يجب دينا في الذمة، ويملكه المستقرض بالقبض كالصحيح والمقبوض بقرض فاسد يتعين للرد، وفي القرض الجائر 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 اهـ. أي قرض ما لا يجوز قرضه عارية من حيث إنه يجب رد عينه لا مطلقا لما علمت من أنه يملك القبض. تأمل. قوله: (كمقبوض ببيع فاسد)، أي فيفيد الملك بالقبض كما علمت. وفي جامع الفصولين: القرض الفاسد يفيد الملك، حتى لو استقرض بيتا فقبضه ملكه، وكذا سائر الاعيان، وتجب القيمة على المستقرض، كما لو أمر بشراء قن بأمة المأمور ففعل فالقن للآمر. قوله: (فيحرم الخ) عبارة جامع الفصولين: ثم في كل موضع لا يجوز القرض لم يجز الانتفاع به لعدم الحل، ويجوز بيعه لثبوت الملك كبيع فاسد اهـ. فقوله: ويجوز بيعه بمعنى يصح لا بمعنى يحل، إذ لا شك في أن الفاسد يجب فسخه والبيع من الفسخ فلا يحل، كما لا يحل سائر التصرفات المانعة من الفسخ كما مر في باب، وبه تعلم ما في عبارة الشارح. قوله: (وكاغد) أي قرطاس، وقوله: عددا قيد للثلاثة، وما ذكره في الكاغد ذكره في التاترخانية. ثم نقل بعده عن الخانية. ولا يجوز السلم في الكاغد عددا، لانه عددي متفاوت اهـ. ولعل الثاني محمول على ما إذا لم يعلم نوعه وصفته. قوله: (كما سيحى) أي في باب الربا حيث قال: ويستقرض الخبز وزنا وعددا عند محمد، وعليه الفتوى، ابن ملك. واستحسنه الكمال واختاره المصنف تيسيرا اهـ. وفي التاترخانية، قال أبو حنيفة: لا يجوز قرضه واستقراضه لا عددا ولا وزنا. وفي رواية عن أبي يوسف مثله. وقوله المعروف أنه لا بأس به، وعليه أفعال الناس جارية، والفتوى

على قول محمد ا ه ملخصا. ونقل في الهندية عن الخانية والظهيرية والكافي: أن الفتوى على جواز استقراضه وزنا لا عددا، وهو قول الثاني ا ه. ولعله هو المراد بقوله المعروف، وسيذكر استقراض العجين والخميرة. قوله: (والعدالي) بفتح العين المهملة وتخفيف الدال المهملة، وباللام المكسورة: وهي الدراهم المنسوبة إلى العدال، وكأنه اسم ملك نسب إليه درهم فيه غش، كذا في صرف البحر عن البناية. 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 ثمينتها، فتبطل ثمينتها بالكساد، وهو ترك التعامل بها، بخلاف ما كانت فضتها خالصة أو غالبية، فإنها أثمان خلقه فلا تبطل ثمينتها بالكساد كما حققناه أول البيوع عند قوله: وضح بثمان حال ومؤجل. قوله: (فعليه مثلها كاسدة) أي إذا هلك، وإلا فيرد عينها اتفاقا كما في صرف الشربلالية، وفيه كلام سيأتي. قوله :

[288]

(فلا عبرة بغلائه ورخصه) فيه أن الكلام في الكساد، وهو ترك التعامل بالفلوس ونحوها كما قلنا، والغلاء والرخص غيره، وكأنه نظر إلى اتحاد الحكم فصح التفريع. تأمل. وفي كافي الحاكم: لو قال أقرضني دائق 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 دائق 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 ما يكال ويوزن فالقرض فيه جائز، وكذلك ما يعد من البيض والجوز ا ه. وفي الفتاوى الهندية: استقرض حنطة فأعطى مثلها بعد ما تغير سعرها يجبر المقرض على القبول. قوله: (وجعله) أي ما في الفتن من قوله: فعليه مثلها. قوله: (وعند الثاني الخ) حاصله أن الصاحبين اتفقا على وجوب رد القيمة دون المثل، لأنه لما بطل وصف الثمينة بالكساد تعذر رد عينها كما قبضها فيجب رد قيمتها، وظاهر الهداية اختيار قولهما. فتح. ثم إنهما اختلفا في وقت الضمان: قال في صرف الفتح: وأصله اختلافهما فيمن غصب مثليا فانقطع، فعند أبي يوسف: تجب قيمته يوم الغصب، وعند محمد: يوم القضاء، وقولهما: انظر للمقرض في قول الامام، لأن في رد المثل إضرارا به، ثم قول أبي يوسف: أنظر له أيضا لأن قيمته يوم القرض أكثر من يوم الانقطاع وهو أيسر أيضا، فإن ضبط وقت الانقطاع عسر ا ه ملخصا. ولم يذكر حكم الغلاء والرخص، وقدمنا أول البيوع أنه عند أبي يوسف تجب قيمتها يوم القبض أيضا، وعليه الفتوى كما في البزازية والخلاصة، وهذا يؤيد ترجيح قوله في الكساد أيضا، وحكم البيع كالقرض، إلا أنه عند الامام يبطل البيع، وعند أبي يوسف: لا يبطل، وعليه قيمتها يوم البيع في الكساد والرخص والغلاء كما قدمناه أو البيوع. قوله: (فأخذه) بمد الهمزة. أي طلب أخذه منه. قوله: (بالعراق يوم اقتراضه) متعلقان بقوله: قيمته والثاني يغني عن الاول. قوله: (وعند الثالث يوم اختصما) وعبرة الخانية: قيمته بالعراق يوم اختصما، فأفاد أن الواجب قيمته يوم الاختصام التي في بلد القرض، فكان المناسب ذكر قوله بالعراق هنا وإسقاطه من الاول، كما فعله في الذخيرة. قوله: (فأخذ طعامه) أي مثله في بلد القرض. قوله: (ولو استقرض الطعام الخ) هذه هي المسألة الاولى، وهي ما لو ذهب إلى بلدة غير بلدة القرض وقيمة البلدتين مختلفتين، لأن العادة أن الطعام في مكة أعلى منه في العراق، وهذه رواية أخرى وهي قول الامام، كما صرح به في الذخيرة، فإنه ذكر أولا ما مر من حكاية القولين .

[289]

ثم قال ما نصه: بشر عن أبي يوسف: رجل أقرض رجلا طعاما أو غصبه إياه وله حمل ومؤنة والتقيا في بلدة أخرى الطعام فيها أعلى 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، وأيهما 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 لا على القيمة ا ه. وفيها أيضا: وذكر القدوري في شرحه:

إذا استقرض دراهم بخارية، والتقى في بلدة لا يقدر فيها على البخارية، فإن كان ينفق في ذلك البلد، فإن شاء صاحب الحق أجله قدر المسافة ذاهبا وجائيا واستوثق منه، وإن كان البلد لا ينفق فيها وجب القيمة ا هـ. وقدمنا أول البيوع أن الدراهم البخارية فلوس على صفة مخصوصة، فلذا أوجب القيمة إذا كانت لا تنفق في ذلك البلد لبطلان الثمينة بالكساد، كما قدمناه، وبهذا ظهر أنه لو كانت الدراهم فضتها خالصة أو غالبية كالريال الفرنجي في زماننا فالواجب رد مثلها، وإن كانا في بلدة أخرى، لأن ثمنية الفضة لا تبطل بالكساد ولا بالرخص أو الغلاء، ويدل 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 كيلبي أو وزني إذا استقرضه ثم انقطع عن أيدي الناس قبل أن يقبضه إلى المقرض، فعند أبي حنيفة: يجبر المقرض على التأخير إلى إدراك الجديد 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 غال فليس له حبسه، ويوثق له بكفيل حتى يعطيه إياه في بلده، ذخيرة ملخصا. قوله: (بنفس القبض) أي قبل أن يستهلكه. قوله: (خلافا للثاني) حيث قال: لا يملك المستقرض القرض ما دام قائما، كما في المنح آخر الفصل ا هـ ج. قوله: (فله رد المثل) أي لو استقرض كر بر مثلا وقبضه فله حبسه ورد مثله، وإن طلب المقرض رد العين، لأنه خرج عن ملك المقرض، وثبت له في ذمة المستقرض مثله لا عينه ولو قائما. قوله: (بناء على انعقاده الخ) هكذا نقل هذه العبارة هنا في المنح عن البحر، ونقل أيضا عن الزيلعي: أنهم اختلفوا في انعقاده بلفظ القرض، قيل: ينعقد، وقيل: لا، وقيل: الأول قياس قولهما، والثاني: قياس قوله ا هـ. قلت: والعبارتان غير مذكورتين في هذا الفصل من البحر وشرح الزيلعي، وإنما ذكرهما في كتاب النكاح عند قول الكنز: وينعقد بكل ما وضع لتمليك العين في الحال، فالضمير في انعقاده في عبارة البحر المذكورة في الشرح، وعبارة الزيلعي النبي نقلناها عائدة على النكاح لا على القرض كما يوهمه كلام الشارح تبعا للمنح، وهذا أمر عجيب، نعم لهذه المسألة مناسبة هنا، وذلك أن ظاهر كلام المتن ترجيح قولهما، فكان المناسب للشارح أن يقول: وعلى هذا ينبغي اعتماد انعقاد النكاح بلفظ القرض، وهو أحد الصحيحين لافادته الملك للحال، فافهم.

مطلب في شراء المستقرض القرض من المقرض قوله: (فجاز شراء المستقرض القرض) (تفريع على قولهما، والمراد شراؤه ما في ذمته لا عين القرض الذي في يده، وحينئذ فقوله: ولو قائما فيه استخدام، لأنه عائد إلى عين القرض الذي في يده، وبيان ذلك أنه تارة يشتري ما في ذمته للمقرض وتارة ما في يده: أي عين ما استقرضه، فإن كان الأول: ففي الذخيرة اشترى من المقرض الكر الذي له عليه بمائة دينار جاز، لأنه دين عليه لا بعقد صرف ولا سلم، فإن كان مستهلكا وقت الشراء فالجواز قول الكل لأنه ملكه بالاستهلاك وعليه مثله في ذمته بلا خلاف، وإن كان قائما فذلك عندهما، وعلى قول أبي يوسف ينبغي أن لا يجوز لأنه لا يملكه ما لم يستهلكه فلم يجب مثله في ذمته، فإذا أضاف الشراء الكر الذي في ذمته فقد أضافه إلى معدوم فلا يجوز ا هـ. وهذا ما في الشرح. وإن كان الثاني: ففي الذخيرة أيضا: استقرض من رجل كرا وقبضه ثم اشترى ذلك الكر بعينه من المقرض لا يجوز على قولهما، لأنه ملكه بنفس القبض فيصير مشتريا ملك نفسه، أما على قول أبي يوسف فالكر باق على ملك المقرض فيصير المستقرض مشتريا ملك غيره فيصح: وبقي ما لو كان المستقرض هو الذي باع الكر من المقرض، فيجوز على قولهما، لأنه باع ملك نفسه. واختلفوا على قول أبي يوسف: بعضهم قالوا: يجوز لأن المستقرض على قوله وإن لم يملك الكر بنفس القرض، إلا أنه يملك التصرف فيه بيعا وهبة واستهلاكاً فيصير متملكا له، وبالباع من المقرض صار متصرفا فيه وزال عن ملك المقرض فصح البيع منه ا هـ ملخصا. قوله: (بدراهم مقبوضة الخ) في البزازية من آخر الصرف: إذا كان له على آخر طعام، أو فلوس فاشتراه من عليه بدراهم وتفرقا قبل قبض الدراهم بطل، وهذا مما يحفظ، فإن مستقرض الحنطة أو الشعير بتلفها، ثم يطالبه المالك بها ويعجز عن الاداء فيبيعها مقرضها منه بأحد النقيدين إلى أجل، وأنه فاسد لأنه افتراق عن دين بدين ا هـ. وفيها في الفصل الثالث من البيوع: والحيلة فيه أن يبيع الحنطة ونحوها بثوب، ثم يبيع الثوب منه بدراهم ويسلم الثوب إليه ا هـ. 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 الهنديّة 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 الوديعة ا ه ط . قوله: (خلافا للثاني) فيؤاخذ به حالا كالوديعة عنده. هندية ط . قوله: (وهو) أي الاقراض لهؤلاء. قوله: (وكذا الدين والسلم) أي لو جاء المديون أو رب السلم بدراهم ليدفعها إلى الدائن عن دينه، أو إلى المسلم إليه عن رأس المال فقال له: القها الخ. قوله: (بخلاف الشراء والوديعة) المراد بالشراء

[291]

المشري: أي لو جاء البائع بالمشتري أو المودع بالوديعة فقال له المشتري أو صاحب الوديعة: ألق ذلك في الماء فألقاه صح الأمر، ويكون ذلك على الأمر، وبصير 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 يفيد الملك قبل القبض فيكون على ملك البائع. قوله: (وعزاه لغريب الرواية) ظاهره أن الضمير عائد 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 شئ آخر) الظاهر أن أصل العبارة كشرط رد شئ آخر ا ه ح . قوله: (وقيل لا) هذا هو الصحيح كما في الخانية، وفيها: ولو كان الدين مؤجلا فقصاه قبل حلول الاجل يجبر على القبول ا ه. وذكر الشارح إعطاء الاجود، ولم يذكر الزيادة، وفي الخانية: وإن أعطاه المديون أكثر مما عليه وزنا، فإن كانت الزيادة تجري بين الوزنين: أي بأن كانت تظهر في ميزان دون ميزان جاز، وأجمعوا على أن الدائق في المائة يسير يجري بين الوزنين وقدر الدرهم والدرهمين كثير لا يجوز، واختلفوا في نصف الدرهم: قال الدبوسي: إنه في المائة كثير يرد على صاحبه، فإن كانت كثيرة لا تجري بين الوزنين إن لم يعلم المديون بها ترد على صاحبها، وإن علم وأعطاهما اختيارا إن كانت الدراهم المدفوعة مكسرة أو صحاحا لا يضرها التبعض لا يجوز إذا علم الدافع والقباض، وتكون هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، وإن كان لا يضره التبعض وعلمنا جاز، وتكون هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة ا ه. وسيذكر الشارح بعضه أول باب الربا. قوله: (بأن يقرض الخ) هذا يسمى الآن بالوصية قال في الدرر: كره للسفحة بضم السين وفتح التاء تعريب سفته: وهي شئ محكم، ويسمى هذا القرض به لاحكام أمره. صورته: أنه يدفع إلى تاجر مبلغا قرضا ليدفعه إلى صديقه في بلد آخر ليستفيد به سقوط خطر الطريق ا ه. وقال في الخانية: وتكره السفحة إلا أن يستقرض، مطلقا ويوفي بعد ذلك في بلد أخرى من غير شرط ا ه. وسيأتي تمام الكلام عليها آخر كتاب الحوالة. مطلب: كل قرض جر نفعاً حرام قوله: (كل قرض جر نفعاً حرام) أي إذا كان مشروطاً كما علم مما نقله عن البحر. وعن الخلاصة وفي الذخيرة: وإن لم يكن النفع مشروطاً في القرض، فعلى قول الكرخي: لا بأس به، ويأتي تمامه. قوله: (فكره للمرتهن الخ) (الذي في رهن الاشباه: يكره للمرتهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن الراهن ا ه سائحاني .

[292]

قلت: وهذا هو الموافق لما سيذكره المصنف في أول كتاب الرهن. قال في المنح هناك: وعن عبد الله بن محمد بن أسلم السمرقندي، وكان من كبار علماء سمرقند: أنه لا يحل له أن ينتفع بشئ منه بوجه من الوجوه وإن أذن له الراهن، لأنه أذن له في الربا لأنه يستوفي دينه كاملاً فتبقى له المنفعة فضلاً، فتكون ربا، وهذا أمر عظيم. قلت: وهذا مخالف لعامة المعتمرات من أنه يحل بالاذن إلا أن يحمل على الديانة وما في المعتمرات على الحكم. ثم رأيت في جواهر الفتاوى: إذا كان مشروطاً صار قرضاً فيه منفعة وهو ربا، وإلا فلا بأس به ا ه ما في المنح ملخصاً. 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

توفيقاً آخر يحمل ما في المعتمرات على غير المشروط، وما مر على المشروط، وهو أولى من إبقاء التنافي. ويؤيده ما ذكره فيما لو أهدى المستقرض للمقرض إن كانت بشرط كره، وإلا فلا، وأفتى في الخيرية فيمن رهن شجر الزيتون على أن يأكل المرتين ثمرة نظير صبره بالدين بأنه يضمن. قوله: (دفعته) أي القرض والأولى دفعته: أي العشرة. قوله: (فأنكر المولى الخ) مفهومه أنه إذا أقر بقبض العبد يلزمه لما في الخانية، ولو أرسل رسولا إلى رجل وقال: ابعث إلي بعشرة دراهم قرضا فبعث بها مع رسوله كان الأمر ضامنا لها إذا أقر أن رسوله قبضها أ. ه. قوله: (لأنه أقر أنه قبضها بحق) وهو كونه نائباً عن سيده في القبض. قوله: (ليس له) أي ليس للمقرض أن يطلب منه: أي من القابض إلا حصته من القرض، لأنه قبض الباقي بالوكالة عن رفيقه. قوله: (لا بالاستقراض) هذا منصوص عليه، ففي جامع الفصولين: بعث رجلاً ليستقرضه فأقرضه فضاع في يده، فلو قال أقرض للمرسل ضمن مرسله، ولو قال: أقرضني للمرسل ضمن رسوله. والحاصل: أن التوكيل بالاقرض جائز لا بالاستقراض، والرسالة بالاستقراض تجوز، ولو أخرج وكيل الاستقراض كلامه مخرج الرسالة يقع القرض للأمر، ولو مخرج الوكالة بأن أضافه إلى نفسه يقع للتوكيل وله منعه عن أمره أ. ه. 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 بأن قال: أقرضني كذا أو قال: أقرضني لفلان كذا، فإنه يقع لنفسه، ويكون قوله لفلان بمعنى لاجله، وقالوا: إنما لم يصح التوكيل بالاستقراض لأنه توكيل بالتكدي، وهو لا يصح. قلت: ووجهه أن القرض صلة وتبرع ابتداء فيقع للمستقرض إذا لا تصح النيابة في ذلك فهو نوع من التكدي بمعنى الشحادة، هذا ما ظهر لي. قوله: (استقراض العجين وزنا يجوز) هو المختار:

مختار الفتاوى. واحتج بالوزن عن المجازفة فلا يجوز. بحر ط. قوله: (ما رآه المسلمون) هو من حديث أحمد عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قال: إن الله نظر إلى قلوب العباد فاختار له أصحاباً فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه فما رآه المسلمون الخ وهو موقوف حسن، وتماه في المقاصد الحسنة ط. قوله: (يجوز ويكره) (أي يصح مع الكراهة، وهذا لو الشراء بعد القرض لما في الذخيرة: وإن لم يكن النفع مشروطاً في القرض ولكن اشترى المستقرض من المقرض بعد القرض متاعاً، 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 يرد بذلك بأساً. وقال خواهر 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. وهذا إذا تقدم الاقرض على البيع، فإن تقدم البيع بأن باع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوباً قيمته عشرون ديناراً بأربعين ديناراً ثم أقرضه ستين ديناراً أخرى حتى صار له على المستقرض مائة دينار وحصل للمستقرض ثمانون ديناراً، 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 وجدا معاً فكانت المنفعة مشروطة في القرض. وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بقول الخصاص. وابن سلمة يقول: هذا ليس بقرض جر منفعة، بل هو بيع جر منفعة وهي القرض أ. ه. ملخصاً. وانظر ما سنذكره في الصرف عند قوله: وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة قوله: (بطريف المعاملة) هو ما ذكره من شراء الشيء اليسير بثمن غال. قوله: (بأزيد من عشرة ونصف) وهناك فتوى أخرى بأزيد من أحد عشرة ونصف وعليها العمل. سائحاني. ولعله لورود الأمر بها متأخراً عن الأمر الأول. قوله: (يعجز) لأن طاعة أمر السلطان بمباح واجبة. قوله: (ما أخذه من الربح) أي زائداً عما ورد به الأمر ط. قوله: (إن حصله منه بالتراضي الخ) مفهومه أنه لو أخذه بلا رضاه أنه يثبت له الرجوع بالزائد عما ورد وهو غير ظاهر، لأنه إذا أقرضه مائة وباعه سلعة بثلاثين مثلاً بيعاً مستوفياً شرائطه الشرعية لم يكن فيه إلا مخالفته 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 بالاولى، على

[294]

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 فساد، فتعين أن هذا المفهوم غير مراد. فتأمل. قوله: (لكن يظهر الخ) لا وجه للاستدراك بعد ورود الأمر الواجب الاتباع بعد الرجوع ط. وقد يجب 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 ليعزز 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 منهم 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: رببان على التخفيف كما في المصباح، والنسب إليه ربوي 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 النسيئة ولا البيع الفاسد، إلا إذا كان فساد لهلة 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 مال بلا عوض في معاوضة مال بمال أ هـ. فإن الأجل في أحد العوضين فضل حكمي بلا عوض، ولما كان الأجل يقصد له زيادة العوض كما مر في المراجعة صح وصفه بكونه فضل مال حكماً تأمل. قال في الشرنبلالية: ومن شرائط الربا عصمة البديلين، وكونهما مضمونين بالاتلاف فعصمة أحدهما وعدم تقومه لا يمنع، فشراء الأسير أو التاجر مال الحربي أو المسلم الذي لم يهاجر بجنسه متفضلاً جائز، ومنها أن لا يكون البطلان مملوكين لأحد المتبايعين كالسيد مع عبده، ولا مشتركين فيهما بشركة عنان أو معاوضة كما في البدائع أ هـ. وسيأتي بيان هذه المسائل آخر الباب. قوله: (والبيوع الفاسدة الخ) تبع فيه البحر عن البناء، وفيه نظر، فإن كثيراً من البيوع الفاسدة ليس فيه فضل خال عن عوض كبيع ما سكت فيه عن الثمن، وبيع عرض بخمر أو بأم ولد فتجب القيمة ويملك بالقبض، وكذا بيع جذع من سقف وذراع من ثوب يضره التبعض، وثوب من ثوبين، والبيع إلى النبروز ونحو ذلك، مما سبب الفساد فيه الجهالة، أو الضرر أو نحو ذلك نعم يظهر ذلك في الفساد بسبب شرط فيه نفع لأحد المتعاقدين 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 بالشروط الفاسدة لا ما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات، لأن الشروط

[295]

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 أ هـ ملخصاً. قوله: (فيجب رد عين الربا لو قائما لا رد 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 الفينة ما حاصله: أن شيخ صاحب الفينة أفتى فيمن كان يشتري الدينار الرديء بخمسة دنانق ثم أبرأه غراموه عن الزائد بعد الاستهلاك بأنه يبرأ، ووافقه بعض علماء عصره، واستدل له بقول البرزوي: إن من جملة صور البيع الفاسد جملة العقود الربوية يملك العوض فيها

بالقبض، وخالفه بعضهم قائلا: إن الأبراء لا يعمل في الربا، لأن رده لحق الشرع، وأيد صاحب القنية الأول بأن الزائد إذا ملكه القابض بالقبض، واستهلكه وضمن مثله، فلو لم يصح الأبراء ولزمه رد مثل ما استهلكه لا يرتفع العقد السابق بل يتقرر مفيدا للملك في الزائد، فلم يكن في رده فائدة نقض عقد الربا ليجب حقا للشرع، لأن الواجب حقا للشرع رد عين الربا لو قائما لا رد ضمانه أ هـ. 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 فقول ذلك البعض: إن الأبراء 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 دانقا وهبه منه فإنه لا يفسد العقد كما يأتي بيانه قريبا. قوله: (خرج مسألة صرف الجنس بخلاف جنسه) كبيع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير، فإن للثاني فضلا على الأول لكنه غير خال عن العوض لصرف الجنس لخلاف جنسه، والممنوع فضل المتجانسين. قوله: (بمعيار شرعي) متعلق بمحذوف صفة لفضل أو حال منه، ولو أسقط هذا القيد لشمّل التعريف ربا النساء ويمكنه الاحتراز عن الذرع والعد بالتصريح بنفيه. قوله: (فليس الذرع والعد بربا) أي بذى ربا أو بمعيار ربا فهو على حذف مضاف أو الذرع، والعد بمعنى المذروع والمعدود: أي لا يتحقق فيهما ربا والمراد ربا الفضل لتحقق ربا النسيئة، فلو باع خمسة أذرع من الهروي بستة أذرع منه أو بيضة ببيضتين جاز لو بدا بيد، لا لو نسيئة، لأن وجود الجنس فقط يحرم النساء لا الفضل كوجود القدر فقط كما يأتي. قوله: (مشروط) تركه أولى، فإنه مشعر بأن تحقق الربا يتوقف عليه وليس كذلك، والحد لا يتم بالعناية. قهستاني. فإن الزيادة بلا شرط ربا أيضا إلا أن يهبها على ما سيأتي. قوله: (أي بائع أو مشتر) أي مثلا

فمثلهما المقرضان والراهنان قهستاني قال: ويدخل فيه ما إذا شرط الانتفاع بالرهن كالاستخدام والركوب والزراعة واللبس وشرب اللبن وأكل الثمر، فإن الكل ربا حرام كما في الجواهر والنتف أ هـ ط. قوله: (فلو شرط لغيرهما فليس ربا) (عزاه في البحر إلى شرح الوقاية، وهذا مبني 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 مبني على ما قدمه في باب البيع الفاسد من أن الأظهر الفساد بشرط النفع للأجنبي، وبه اندفع ما في حواشي مسكين. قوله: (فليس لأفضل في الهبة بربا) أي وإن كان مشروطا. ط عن الدر المنتقى: أي كما لو قال وهبتك كذا بشرط أن تخدمني شهرا فإن هذا شرط فاسد لا تبطل الهبة به كما سيأتي قبيل الصرف، وظاهر ما هنا أنه لو خدمه لم يكن فيه بأس. قوله: (فلو شرى الخ) تفريع على مفهوم قوله: مشروط. قوله: (وزاده دانقا) (أي ولو لم يكن مشروطا في الشراء كما هو في عبارة الذخيرة المنقول عنها، فلو مشروطا وجب رده لو قائما كما مر عن القنية ثم إن. قوله: (وزاده) بضمير المذكر يفيد أن الزيادة مقصودة. وذكر ح أن الذي في المنح زادت بالتاء: أي زادت الدراهم، ومفاده أن الزيادة غير مقصودة، لكن الذي رأيته في المنح عن الذخيرة بدون تاء، وكذا في البحر عنها، وكذا رأيته في الذخيرة أيضا، فافهم. قوله: (وهذا) أي انعدام الربا بسبب الهبة إن ضرها: أي الدراهم الكسر، فلو لم يضرها الكسر لم تصح الهبة إلا بقسمة الدانق وتسليمه لأمكان القسمة. قوله: (وفي صرف المجمع الخ) قال في الذخيرة من الفصل الرابع في الحط عن بدل الصرف: والزيادة فيه سوى أبو حنيفة بين الحط والزيادة، فحكم بصحتها والتحاقهما بأصل العقد وفساد العقد بتسميتهما، وكذا أبو يوسف سوى بينهما: أي فأبطلهما ولم يجعل شيئا منهما هبة مبتدأة، ومحمد فوق بينهما فصح الحط هبة مبتدأة دون الزيادة. والفرق أن في الحط معنى الهبة، لأن المحطوط يصير ملكا للمحطوط عنه بلا عوض، بخلاف الزيادة، إذ لو صحت تلتحق بأصل العقد، وبأخذ حصة من البيع والهبة تملك بلا عوض، والتمليك بلا عوض لا يصلح كناية عن التملك بعوض فلذا افتراقا أ هـ. قلت: وتوضيحه أن الحط إسقاط بلا عوض، فيجعل كناية عن الهبة لأنها تملك بلا عوض أيضا، بخلاف الزيادة فإنها تكون مع باقي الثمن عوضا عن المبيع، فكانت تمليك 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 يفوت التماثل ويفسد العقد فلذا جعل هبة مبتدأة. قوله: (والفرق بينهما خفي عندي) قد أسمعتك الفرق. وقال

ح: قال الشيخ قاسم: ولكنه ظاهر عندي، لان من الحط ما يمكن أن لا يلحق بأصل العقد ويجعل هبة مبتدأة بالاتفاق وهو حط جميع الثمن، فكان البعض كالكل، بخلاف الزيادة فإنها لا تكون إلا ملحقة بالعقد وبذلك يفوت التساوي هـ. قوله: (قال وفي الخلاصة الخ) أي قال ابن ملك ناقلا على الخلاصة

[297]

ما يفيد عدم الفرق بين الحط والزيادة، فإن قول الخلاصة: فحلله: أي وهبه زيادته جاز يفيد ذلك. قوله: (قلت الخ) استدراك على المجمع وتأيد لكلام شارحه. ابن ملك. قوله: (صريح في عدم الفرق بينهما) أي بين الزيادة والحط، فإن ما قدمه من قوله: إن وهبه منه انعدم الربا صريح في أن زيادة الدانق صحيحة عند محمد فينا في 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 عدمه، 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 عشرة، فإن جعل الخمسة زيادة في الثمن وقبل البائع ذلك في المجلس صح والتحقت بأصل العقد إن كان المبيع قائما، وإن جعل الخمسة هبة لم تصر زيادة في الثمن. بل تكون هبة مبتدأة فيراعى لها شروط الهبة من الافراز والتسليم سواء كان المبيع قائما أو لا، 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 ضرها الكسر الخ ومثله ما نقله ابن ملك عن الخلاصة، فهذا صريح أنه لا يصح زيادة وإنما يصح هبة بشروطها، ولا مخالفة فيه لقول المجمع: إن محمدا أبطل الزيادة. والحاصل: أن محمدا أجاز هنا الحط دون الزيادة، لكنه يجعل الحط هبة مبتدأة لا حطا حقيقة لئلا يفسد العقد كما مر، وأما الزيادة فقد أبطلها لأنها لو التحقت بالعقد أفسدته، ولا يصح جعلها كناية عن الهبة لما مر فلذا بطلت، إلا إذا وهبه الزيادة صريحا، ولذا قال في الذخيرة: وإنما جاز هذا الصرف، لأنه لو لم يجز إنما لم يجز لمكان الربا، فإذا وهب الدانق منه فقد انعدم الربا هـ. 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 الكل وجب نقض العقد لحق الشرع، ولا تؤثر الهبة والابراء إلا بعد الاستهلاك كما مر تحريره عن القنية. قوله: (وعليه) أي على ما فهمه من التنافي 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: (يفسد) لأن الزيادة والحط يصحان عنده على حقيقتهما، لا بمعنى الهبة، وإذا صح التحق بأصل العقد فيفسد لعدم التساوي. قوله: (وعلته) العلة لغة: المرض الشاغل، واصطلاحاً: ما يضاف إليه ثبوت الحكم بلا واسطة، وتماهه في البحر. قوله: (أي علة تحريم الزيادة) كذا فسر الضمير في الفتح، وهو أولى من قول بعضهم: أي علة الربا، لأنه وإن كان هو المذكور سابقا لكنه يحتاج إلى تقدير مضاف وهو لفظ تحريم، فافهم. وأراد بالزيادة الحقيقة كما في قوله بعده أي الزيادة وأما كون المراد بها هنا ما يشمل الحكمية: وهي الاجل، ففيه أن المصنف لم يدخلها في التعريف كما بيناه، فالمتبادر إرادة الزيادة المعرفة وهي الحقيقة، وأيضا فإن قوله :

[298]

القدر مع الجنس يختص بالحقيقة، لأن علة الحكمية أحدهما كما بينه بعده، فقد عرف الحقيقة وبين علتهما لكونها هي المتبادرة عند الإطلاق، ثم ذكر علة الحكمية تنميما للفائدة، فافهم. قوله: (المعهود بكيل أو وزن) أشار إلى ما في الحواشي السعدية من أن أُل في القدر للعهد، وبه اندفع ما في الفتح من اعتراضه على الهداية بشموله الذرع والعد، لكن الأولى أن يقول: وعلته الكيل أو الوزن لكونه أوضح، ولئلا يرد ما ذكره عن ابن كمال. تنبيه: ما ينسب إلى الرطل فهو وزني. قال في الهداية: معناه ما يباع بالواقي لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا، بخلاف سائر المكييل هـ. قلت: وليس المراد بالرطل والواقي معناه المتعارف، بل المراد بالرطل كل ما يوزن به، بالواقي الاوعية التي يوضع فيها الدهن ونحوه، وتقدر بوزن خاص مثل كوز الزيت في زماننا فإنه يباع الزيت به ويحسب بالوزن، هكذا يفهم من كلامهم،

وعليه فالأواقي جمع واقية من الوقاية وهي الحفظ، لأنها يحفظ بها المانع ونحوه لتعسر وضعه في الميزان بدونها، ولذا في الخير الرملي: فعلى هذا الزيت والسمن والعسل ونحوها موزونات وإن كُلت بالمواعين لاعتبار الوزن فيها اه. قوله: (بالمذ) أي مع فتح النون. قوله: (فلم يجز الخ) ترك التفريع على الفضل لظهوره ط: أي كبيع قفيز بر بغيرين منه حالا. قوله: (متساويا) أما إذا وجد التفاضل مع النساء فالحرمة الفضل. أفاده ابن كمال ط. قوله: (وأحدهما نساء) أي ذو نساء، والجملة حالية، قال ط: فلو كان نسيئة يحرم أيضا لأنه بيع الكالئ بالكالئ. ابن كمال: أي النسيئة كمال. ثم اعلم أن ذكر النساء للاحتراز عن التأجيل، لأن القبض في المجلس لا يشترط إلا في الصرف، وهو بيع الاثمان بعضها ببعض، أما ما عداه فإنما يشترط فيه التعيين دون التقايض كما يأتي. قوله: (كهروي بمرويين) الأولى أن يزيد نسيئة كما عبر في البحر وغيره ليكون مثالا لحل الفضل والنساء بسبب فقد القدر والجنس، فإن الثوب الهروي والثوب المروي يسكون الرأء جنسان كما يعلم مما يأتي، وليس بمكيل ولا موزون. قوله: (لعدم العلة الخ) لأن عدم العلة وإن كان لا يوجب الحكم لكن إذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم، لا بمعنى أنها تؤثر العدم، بل لا يثبت الوجود لعدم علته فيبقى عدم الحكم وهو عدم الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الأصلي، وإذا عدم سبب الحرمة والأصل في البيع مطلقا الإباحة إلا ما أخرجه الدليل كان الثابت الحل. فتح. قوله: (أي القدر وحده) كالحنطة بالشعير. قوله: (أو الجنس) أي وحده كالهروي بهروي مثله. قوله: (حل الفضل الخ) فيحل كر بر بكرى شعير حالا وهروي بهرويين حالا، ولو مؤجلا لم يحل. والحاصل: كما في الهداية أن حرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما. قوله: (ولو مع التساوي) مبالغة على قوله: وحرم النساء فقط ح. قوله: (لوجود الجنسية) فيه أن علة الحكم هنا عدم قبول العبد التأجيل لا وجود الجنسية، فلو مثل ببيع هروي 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: فإن الوزن فيها مختلف، فإنه في النقود بالمتاقيل والدراهم الصنجات، وفي الزعفران بالأمناء والقبان، وهذا اختلاف في الصورة بينهما، وبينهما اختلاف آخر معنوي، وهو أن النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين: وآخر حكمي، وهو أنه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له بيعها قبل الوزن، وفي الزعفران ونحوه: يشترط إعادة الوزن، فإذا اختلفا: أي النقود ونحو 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 بالاجماع كي لا ينسد 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 وزنيا بالصنعة إلا في الذهب والفضة، فلو أسلم سيفاً فيما يوزن جاز إلا في الحديد، لأن السيف خرج من أن يكون موزوناً، ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس، وكذا يجوز بيع إناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاساً كان أو حديداً، وإن كان أحدهما أثقل من الآخر، بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجري فيها ربا الفضل وإن كانت لاتباع وزناً، لأن الوزن منصوب عليه فيهما 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 مختلفاً، بخلاف ما لو عبر بالكيل أو الوزن: أي بأو التي لاحد الشئيين فإنه لا يشمل القدر المختلف، لكن فيه أن لفظ القدر مشترك كما قال: ولا يجوز استعماله في كلا معنييه عندنا، فإذا ذكر لا بد أن يراد منه إما الكيل وحده أو الوزن وحده، فيساوي التعبير بالكيل أو الوزن إلا أن يدعي أن القدر مشترك معنوي لا لفظي تأمل. قوله: (ومفاده) أي مفاد ما ذكر من جواز إسلام منقود في موزون وإسلام الحنطة في الزيت، فإنه قد وجد في الأول القدر المتفق، وفي الثاني القدر المختلف، فافهم. قوله: (فليحذر) تحريره ما أفاده عقبة 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 للاجماع

كما مر. قوله: (وقد مر في السلم الخ) بيان لتحرير المراد، لكن اعترض بأن السلم سيأتي بعد، وهذا على نسخة فتنبه بالفاء، والامر بالتنبيه 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

[300]

في الزيت لاختلاف القدر لكون الحنطة مكيلا والزيت موزونا. وبقي ما لو أسلم الحنطة في شعير وزيت: أي في مكيل وموزون، وقد نص في كافي الحاكم على أنه لا يجوز عندهما، ويجوز عند محمد في حصة الزيت. قوله: (متفاضلا) أي ونسبته وتركه لفهمه لزوما، فإنه كلما حرم الفضل حرم النساء ولا عكس وكلما حل النساء حل الفضل ولا عكس ه. قوله: (خلافا للشافعي) فإنه جعل العلة الطعم والتمنية، فما ليس بمطعم ولا ثمن فليس بربوي. قوله: (كيلي) قيد به احترازا عما إذا اُصطلح الناس على بيعه جزافا، فإن التفاضل فيه جائز ومثله قوله: وزني فإنه احتراز عما إذا لم يتعارفوا وزنه أو عن بعض أنواعه كالسيف ا ه ح: أي فإن السيف خرج بالصنعة عن كونه وزنيا فيحل بيعه بجنسه متفاضلا بشرط الحلول كما مر. قوله: (ثم اختلاف الجنس الخ) الأولى ذكر هذا عند قوله قبله: وإن عدما الخ لانه لا ذكر هنا لاختلاف الجنس، إلا أن يقال: إن قوله بجنسه يستدعي معرفة ما يختلف به الجنس ليعلم ما يتحد به. قوله: (كما بسطة الكمال) حيث قال بعدما تقدم: فالحنطة والشعير جنسان، خلافا لمالك لأنهما مختلفان اسما ومعنى، وإفراد كل عن الآخر في قوله (ص): الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير يدل عليه، وإلا قال الطعام بالطعام، والثوب الهروي والمروي جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها، وكذا المروي المنسوج ببغداد وخراسان واللبد الارمني والطاقاني جنسان والتمر كله جنس واحد، والحديد والرصاص والشبه أجناس، وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والالية واللحم وشحم البطن أجناس، ودهن البنفسج والجيري جنسان والادهان المختلفة أصولها أجناس، ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب، لأن الطيب زيادة ا ه ملخصا. وسيدكر الشارح أن الاختلاف باختلاف الاصل أو المقصود أو بتبدل الصفة، ويأتي بيانه. قوله: (تمثالا) الشرط تحقق ذلك عند العقد. ففي الفتح: لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك، فظهر متساويين لم يجز خلافا لزفر، لأن العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز ا ه. لكن ذكر في البحر أول كتاب الصرف عن السراج: لو تبايعا ذهبا بذهب أو فضة بفضة مجازفة لم يجز، فإن علم التساوي في المجلس وتفرقا عن قبض صح ا ه فيحمل الاول 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 من أنه لا يصح بيع درهم بدرهم استويا وزنا وصفة لكونه غير مفيد، تأمل. قوله: (وبلا معيار شرعي) قال في الفتح: لما حصروا المعرف في الكيل والوزن أجازوا ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة كتفاحة بتفاحتين وحفنة بحفنتين لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة، فلم يتحقق الفضل، ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف 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 ا ه. ثم رجع 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 ا ه. وظاهر قوله كالذرة أنها غير قيد، ويؤيده قول المصنف وذرة من ذهب الخ فيشمل الذرتين والاكثر مما لا يوزن، والظاهر أن الحبة معيار شرعا فلو باع نصف درهم بنصف إلا حبة لم يجز كما سيأتي آخر الصرف، فقد اعتبروا الحبة

[301]

مقدارا شرعيا. وفي الفتح عن الاسرار: ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له ا ه. ومقتضاه أن ما دون الحبة في حكم الذرة، فالمراد بالذرة هنا ما لا يبلغ حبة، فافهم. قوله: (كحفنة) بفتح المهملة وسكون الفاء ملء الكفين كما في الصحاح والمقاييس، لكن في المغرب والقاموس والطلبة والنهاية ملء الكف ء قهستاني.

قوله: (ما لم يبلغ نصف صاع) أي فإذا بلغ نصف صاع لم يصح بيعه بحفنة كما ذكرناه أنفاً عن الفتح. قوله: (وفلس بفلسين) هذا عندهما. وقال محمد: لا يجوز. ومبنى الخلاف على أن الفلوس الرائجة أثمان، والاثمان لا تتعين بالتعيين، فصار عنده كبيع درهم بدرهمين. وعندهما: لما كانت غير أثمان خلقة بطلت ثمنيتها باصطلاح العقادين، وإذا بطلت تتعين بالتعيين كالعروض. وتماهه في الفتح. قوله: (بأعيانها) أي بسبب تعين ذات البدلين ونقديتهما، فالباء السببية، لا بمعنى مع كما ظن، فإنه حال ولم يجز تنكير صاحبها كما تقرر، فهستاني. قلت: كون الباء للسببية بعيد، لأن قوله: بأعيانها شرط لصحة البيع لا سبب، وكونها بمعنى مع لا يلزم كونه حالاً بل يجوز كونه صفة. تأمل. قوله: (إنه قيد في الكل) المتبادر من كلام الفتح وغيره أنه قيد لقوله: وفلس بفلسين وقد يقال: يعلم أنه قيد للكل بالاولى، لأنه إذا اشترط التعيين في مسألة الفلوس مع الاختلاف في بقائها أثماناً أو لا ففي غيرها بالاولى، إذ لا خلاف في أن غيرها ليس أثماناً بل في حكم العروض فلا بد من تعيينها. تأمل. قوله: (فلو كانا) أي البدلان، وهذا بيان لمحتز قوله: بأعيانها. قوله: (لم يجز اتفاقاً) قال في النهر بعده: غير أن عدم الجواز عند انتفاء تعينهما باق وإن تقابضاً في المجلس، بخلاف ما لو كان أحدهما فقط وقبض الدين فإنه يجوز، كذا في المحيط اهـ. وحاصله: أن الصور أربع ما لو كانا معينين، وهو مسألة المتن الخلافية، وما إذا كانا غير معينين فلا يصح اتفاقاً مطلقاً، وما لو عين أحد البدلين دون الآخر. وفيه صورتان: فإن قبض المعين منهما صح، وإلا فلا، وهذا مخالف لاطلاق المصنف الآتي في قوله: باع فلوساً بمثلها وبأني تمامه. قوله: (وببيعة ببيضتين) (فيه أن هذا مما لم يدخله القدر الشرعي كالسيف والسيفين والابرة والابرتين، فجواز التفاضل لعدم دخول القدر الشرعي فيهما، ويحرم النساء لوجود الجنس ط. والجواب أن قول المصنف وبلا معيار شرعي أعم من أن يكون مما يمكن تقديره بالمعيار الشرعي أو لا، فالعلة في الكل عدم القدر كما صرح به الزيلعي، وأفاده الشارح بعد، فافهم. قوله: (وسيف بسيفين الخ) لأنه بالصنعة خرج عن كونه وزنياً كما قدمناه عن الفتح. قوله: (وإناء بأثقل منه) أي إذا كان لا يباع وزناً لما في البحر عن الخانية باع إناء من حديد بحديد إن كان الإناء يباع وزناً تعتبر المساواة في الوزن، وإلا فلا، وكذا لو كان الإناء من نحاس أو صفر باعه بصفر اهـ. قوله: (فيمتنع التفاضل) أي وإن كانت لا تباع وزناً، لأن صورة الوزن منصوص عليها في النقدين فلا تتغير 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: (بمثليها) أي بمثلي الذرة، وفي بعض النسخ بصيغة المفرد، والاولى أولى لموافقته لقوله: حفنة بحفنتين الخ. قوله: (فجاز الفضل الخ) تفريع على جميع ما مر بيان أن وجه جواز الفضل في هذه المذكورات كونها غير مقدرة شرعاً وإن اتحد الجنس ففقدت إحدى علتين، فلذا حل الفضل وحرم النساء، ولم يصرح المصنف باشتراط الحلول لعلمه مما سبق. قوله: (حتى لو انتفى) أي الجنس قوله: (فيحل) الاولى إسقاط الفاء لأنه جواب لو. قوله: (مطلقاً) أي حالاً ونسيئة. 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 صاع، ثم قال: ولا يسكن الخاطر إلى هذا، بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحه بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين، أما إن كان مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدر وثمان القدر المصري فلا شك، وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يسلمتزم 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 شئ حرم في الكثير فالقليل منه حرام اهـ. فهذا كما ترى تصحيح لهذه الرواية، وقد نقل من بعده كلامه هذا وأقروه عليه كصاحب البحر والنهر والمنح والشرنبلالية والمقدسي. قوله: (كبر وشعير الخ) أي كهذه الاربعة والذهب والفضة، فالكاف في الموضوعين استقصائية كما في الدر المنتقى. قوله: (ولا يتغير أبداً) أي سواء وافقه العرف أو صار العرف بخلافه. قوله: (ولو مع التساوي) أي التساوي وزناً في الحنطة وكيلاً في الذهب لاحتمال التفاضل بالمعيار المنصوص عليه، أما لو علم تساويهما في الوزن والكيل معاً 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 والسرّج إلى المقابر ليالي العيد، 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 (ص): ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ا هـ. 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: (مطلقا) أي وإن كان خلاف النص، لأن النص على ذلك الكيل في الشئ أو الوزن فيه ما كان في ذلك الوقت، إلا لأن

[303]

العادة إذ ذاك كذلك وقد تبدلت فتبدل الحكم، وأجيب بأن تقريره (ص) إياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف، لأن العرف لا يعارض النص، كذا وجه ا هـ فتح. قوله: (ورجحه الكمال) حيث قال عقب ما ذكرنا: ولا يخفى أن هذا لا يلزم أبا يوسف، لأن قصاره أنه كنصه على ذلك، وهو يقول يصار إلى العرف الطارئ بعد النص بناء على أن تغير العادة يستلزم تغير النص، حتى لو كان (ص) حيا نص عليه ا هـ. وتماه فيه. وحاصله توجيه قول أبي يوسف أن المعتبر العرف الطارئ بأنه لا يخالف النص بل يوافقه، لأن النص على كيلة الأربعة، ووزنية الذهب والفضة مبني على ما كان في زمنه (ص) من كون العرف كذلك، حتى لو كان العرف إذ ذاك بالعكس لو رد النص موافقا له، ولو تغير العرف في حياته (ص) 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، فافهم. مطلب: في استقراض الدراهم عددا قوله: (وخرج عليه سعدي أفندي) أي في حواشيه على العناية، ولا يختص هذا بالاستقراض بل مثله البيع والاجارة، إذ لا بد من بيان مقدار الثمن أو الاجرة الغير المشار إليهما، ومقدار الوزن لا يعلم بالعد كالعكس. وكذا قال العلامة البركوي في أواخر الطريقة المحمدية: إنه لا حيلة فيه إلا التمسك بالرواية الضعيفة عن أبي يوسف، لكن ذكر شارحها سيدي عبد الغني النابلسي ما حاصله: أن العمل بالضعيف مع وجود الصحيح لا يجوز، ولكن نحن نقول: إذا كان الذهب والفضة مضروبين، فذكر العد كناية عن الوزن اصطلاحا لأن لهما وزنا مخصوصا، ولذا نقش وضبط، والنقصان الحاصل بالقطع أمر جزئي لا يبلغ المعيار الشرعي، وأيضا فالدرهم المقطوع عرف الناس مقداره، فلا يشترط ذكر الوزن إذا كان العد دالا عليه، وقد وقع في بعض العبارات ذكر العد بدل الوزن، حيث عبر في زكاة درر البحار بعشرين ذهبا، وفي الكنز بعشرين دينارا بدل عشرين مثقالا ا هـ ملخصا. وهو كلام وجيه. ولكن هذا ظاهر فيما إذا كان الوزن مضبوطا بأن لا يزيد دينار على دينار، ولا درهم على درهم، والواقع في زماننا خلافة، فإن النوع الواحد من أنواع الذهب، والفضة المضروبين قد يختلف في الوزن كالجهادي والعدلي والغازي من ضرب سلطان زماننا أيده الله، فإذا استقرض مائة دينار من نوع فلا بد أن يوفي بدلها مائة من نوعها الموافق لها في الوزن، أو يوفي بدلها وزنا لا عددا، وأما بدون ذلك فهو ربا لانه مجازفة، والظاهر أنه لا يجوز على رواية أبي يوسف أيضا، لأن المتبادر مما قدمناه من اعتبار العرف الطارئ على هذه الرواية أنه لو تعورف تقدير المكيل بالوزن أو بالعكس اعتبر، أما لو تعورف إلغاء الوزن أصلا كما في زماننا من الاقتصار على العدد بلا نظر إلى الوزن، فلا يجوز لا على الروايات المشهورة، ولا على هذه الرواية لما يلزم عليه من إبطال نصوص التساوي 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، لخلاف بيعها بالنقود الخالصة، فإنه لا يجوز إلا وزنا كما سيأتي في كتاب الصرف إن شاء الله

[304]

تعالى وتتمام الكلام على هذه المسألة مبسوط في رسالتنا (نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف) فراجعها. قوله: (وبيع الدقيق الخ) لا حاجة إلى استخراجها، فقد وجد في الغياثية عن أبي يوسف أنه يجوز استقراضه وزنا إذا تعارف الناس ذلك، وعليه الفتوى ا هـ ط. وفي التارخانية: وعن أبي يوسف: يجوز بيع الدقيق

واستقراضه وزنا إذا تعارف الناس ذلك استحسنت فيه ^{ا هـ} ونقل بعض المحشين عن تلقيح المحبوبي أن بيعه وزنا جائز، لأن النص عين الكيل في الحنطة دون الدقيق ^{ا هـ} ومقتضاه أنه على قول الكل، لأن ما لم يرد فيه نص يعتبر فيه العرف اتفاقاً، لكن سنذكر عن الفتح أن فيه روايتين، وأنه في الخلاصة جزم برواية عدم الجواز. قوله: (يعني بمثله) المراد من التخيير على هذه الرواية بيع الدقيق وزنا بمثله احترازاً عن بيعه وزنا بالدرهم، فإنه جائز اتفاقاً كما في الذخيرة، ونصه: قال شيخ الإسلام: وأجمعوا على أن ما ثبت كيله بالنص إذا بيع وزنا بالدرهم يجوز، وكذلك ما ثبت وزنه بالنص. قوله: (وفي الكافي الفتوى على عادة الناس) ظاهر البحر وغيره أن هذا في السلم ففي المنع عن البحر: وأما الإسلام في الحنطة وزنا ففيه روايتان، والفتوى على الجواز لأن الشرط كونه معلوماً، وفي الكافي: الفتوى على عادة الناس ^{ا هـ}. قال في النهر وقول الكافي: الفتوى على عادة الناس، يقضي أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلاً وأسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغي ذلك، بل إذا اتفقا على معرفة كيل أو وزن ينبغي أن يجوز لوجود المصحح، وانتفاء المانع، كذا في الفتح ^{ا هـ}. والحاصل أن عدم جواز الوزن في الأشياء الأربعة المنصوص على أنها مكيلة إنما هو فيما إذا بيعت بمثلها، بخلاف بيعها بالدرهم كما إذا أسلم 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 الذخيرة. قوله: (بحر 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 كالثياب: 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 الاثمان ذهباً وفضة بجنسه، أو بخلاف لا يحصل فيه التعيين إلا بالقبض، فإن الاثمان لا تتعين مملوكة إلا به، ولذا كان لكل من العاقدين تبدلها 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 بابه وكأنه خصه بالذكر لدفع ما يتوهم من خروجه عن حكم الصرف بسبب الصنعة. قوله: (حتى لو باع الخ) قال في البحر: بيانه كما ذكره الأسبجاني بقوله: وإذا تباعا كيلاً بكيلي أو وزناً بوزني كلاهما من جنس واحد أو من جنسين مختلفين، فإن البيع لا يجوز حتى يكون كلاهما عيناً أضيف إليه العقد، وهو حاضر أو غائب بعد أن يكون موجوداً في ملكه، والتقاضى قبل الافتراق بالابدان ليس بشرط لجوازه، إلا في الذهب والفضة، لو كان أحدهما عيناً أضيف إليه العقد، والآخر ديناً موصوفاً في الذمة فإنه ينظر إن جعل الدين منهما ثمناً، والعين مبيعاً جاز البيع بشرط أن يتعين الدين منهما قبل التفريق بالابدان، وإن جعل

الدين منهما مبيعاً لا يجوز وإن أحضره في المجلس، والذي ذكر فيه الباء ثمن وما لم يدخل فيه الباء مبيع. وبيانه: إذا قال بعثك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيز حنطة جيدة، أو قال بعث منك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيز من شعير جيد فالبيع جائز، لأنه جعل العين منهما مبيعاً والدين الموصوف ثمناً، ولكن قبض الدين منهما قبل التفريق بالابدان 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 قال: 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 ما ليس عنده، وهو لا يجوز ^{ا هـ}. قوله: (خلافاً للشافعي في بيع الطعام) أي كل مطعوم حنطة أو شعير أو لحم أو فاكهة فإنه يشترط فيه التقاضى وتماحه في الفتح. قوله: (وجيد مال الربا ورديته سواء) أي فلا يجوز بيع الجيد بالردئ مما فيه الربا إلا مثلاً بمثل لاهدار التفاوت في الوصف هداية. قوله: (لا حقوق العباد) عطف على مال الربا. قال في المنع: قيد بمال الربا، لأن الجودة معتبرة في حقوق العباد، فإذا أتلّف جيداً لزمه مثله قدراً وجودة إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً، ولكن لا تستحق: أي الجودة بإطلاق عقد البيع، حتى لو اشترى حنطة أو شيئاً فوجده رديئاً بلا عيب لا يرده كما في البحر معزياً إلى صرف المحيط ^{ا هـ}. 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 من الاموال الربوية :أي ما لا يجمعها قدر وجنس ولا يتقيد ذلك بالاتلاف، ولذا قال البيهقي: قيد بالاموال الربوية لان الجودة في غيرها لها قيمة عند المقابلة بجنسها، كمن اشترى ثوبا جيدا بثوب ردي وزيادة درهم بإزاء الجودة كان ذلك جائزا كما في الذخيرة ا هـ. قوله: (إلا في أربع الخ) فيه أن هذه الاربعة من حقوق العباد أيضا، وإن كان المراد من حقوق العباد خصوص الضمان عند التعدي، فالمناسب أن يذكره مع الأربع ويقول: إلا في خمس، ثم إن الاولى ذكرها في البحر بحثا، فإنه قال: وتعتبر أي الجودة في الاموال الربوية في مال اليتيم، فلا يجوز للوصي بيع قفيز حنطة جيدة بقفيز ردي، وينبغي أن تعتبر في مال الوقف لانه كاليتيم: ثم قال: وفي حق المريض حتى تنفذ من الثلث، وفي الرهن القلب إذا انكسر عند المرتهن ونقصت قيمته، فإن المرتهن يضمن قيمته ذهبيا ويكون رهنا عنده ا هـ. قلت: والقلب بضم القاف وسكون اللام: ما يلبس في الذراع من فضة، جمعه قلبة كقرط وقرطة: وهي الحلق في الاذن، فإن كان من ذهب فهو السوار كما في البيهقي عن شرح التلخيص للخللاطي، وقوله: فإن المرتهن يضمن قيمته ذهبيا: أفاد به أن ضمان القيمة إنما يكون من خلاف جنسه، إذ لو ضمن قيمته فضة، وهي أكثر من وزنه بسبب الصياغة يلزم الربا، ولو ضمن مثل وزنه يلزم إبطال حق المالك، ففي تضمينه القيمة من خلاف الجنس إعمال لحق الشرع وحق العبد، وليس هذا خاصا بقلب الرهن، بل مثله كل مثلي تعيب بغصب 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 التفريق، لانه صرف حكما لا حقيقة كما سنذكره في الصرف. 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، فما قيل إنه يفهم من استثنائها أنه يجوز للوصي بيع قفيز جيد بقفيزين رديين نظرا للجودة المعتبرة في مال اليتيم ونحوه من بقية المسائل، وهو خطأ للزوم الربا غير وارد، لان المراد أنه لا يجوز إهدار الجودة في مال اليتيم ونحوه، حتى لا يجوز للوصي بيع قفيزه الجيد بقفيز ردي ولا يلزم من اعتبار أحد الحقين إهدار الحق الآخر، فاعتنم 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 يجر، كما عبر الشارح ونبه عليه الرملي، ثم إنه نقل في البحر قبله عن الذخيرة في مسألة بيع فلس بفلسين بأعيانهما أن محمدا ذكرها في صرف الاصل، ولم يشترط التقابض، وذكر في الجامع الصغير ما يدل على أنه شرط، فمنهم من لم يصحح الثاني، لان التقابض مع التعيين شرط في الصرف، وليس به، ومنهم من صححه، لان الفلوس لها حكم العروض من وجه وحكم الثمن من وجه، فجاز التفاضل للاول واشترط التقابض للثاني ا هـ. وأنت خبير بأن لفظ التقابض يفيد اشتراطه من الجانبين، فقوله فإن نقد أحدهما جاز قول ثالث، لكن يتعين حمل ما في الاصل على هذا فلا يكون قولاً آخر، لان ما في الاصل لا يمكن حمله، على أنه لا يشترط التقابض، ولو من أحد الجانبين، لانه يكون افتراقا عن دين بدين وهو غير صحيح، فيتعين حمله على أنه لا يشترط منهما جميعا بل من أحدهما فقط. فصار الحاصل أن ما في الاصل يفيد اشتراطه من أحد الجانبين، وما في الجامع اشتراطه منهما، ثم إن الذي مر اشتراط التعيين في البدلين أو أحدهما مع القبض في المجلس فلو غير معينين لم يصح وإن قبضا في المجلس فقوله لما مر فيه نظر. تنبيه: سئل الخانوتي عن بيع الذهب بالفلوس نسيئة، فأجاب: بأنه يجوز إذا قبض أحد البدلين، لما في البزاية لو اشترى مائة فلس بدرهم يكفي التقابض من أحد الجانبين. قال: ومثله ما لو باع فضة أو ذهباً بفلوس كما في البحر عن المحيط. قال: فلا يغتر بما في فتاوى قارئ الهداية من أنه لا يجوز بيع الفلوس إلى أجل بذهب أو فضة لقولهم: لا يجوز إسلام موزون في موزون، إلا إذا كان المسلم فيه مبيعا كزعفران والفلوس غير مبيعة بل صارت أثمانا ا هـ. قلت: والجواب حمل ما في فتاوى قارئ الهداية، على ما دل عليه كلام الجامع من اشتراط التقابض من الجانبين، فلا يعتز عليه بما في البزاية المحمول على ما في الاصل، وهذا أحسن مما أجاب به في صرف النهر من أن مراده بالبيع السلم والفلوس لها شبه بالثمن، ولا يصح السلم في الاثمان، ومن حيث إنها عروض في الاصل اكتفى بالقبض من أحد الجانبين. تأمل. قوله: (فيجوز كيفما كان) أي سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا، مساويا لما في الحيوان أو لا نهر .

قوله: (أما نسيئة فلا) لأنها إن كانت في الحيوان أو في اللحم كان سلماً، وهو في كل منهما غير صحيح نهر. قوله: (وشرط محمد زيادة المجانس) قال في النهر: وقال محمد: إن كان يغير جنسه كلحم البقر بالشاة الحية جاز كيفما كان، وإن كان بجنسه كلحم شاة بشاة حية فلا بد أن يكون اللحم المفزر أكثر من الذي في الشاة، لتكون الشاة بمقابلة مثله من اللحم وباقي اللحم بمقابلة السقط. قوله: (ولو باع مذبوحة بحية) قال في النهر: أما على قولهما فظاهر، وأما على قول محمد فلأنه لحم بلحم وزيادة اللحم في أحدهما مع سقطها بإزاء السقط هـ. والظاهر أنه يقال ذلك في المذبوحة بالمذبوحة ط. قوله: (وكذا المسلوختين) أي وكذا بيع المسلوختين، ففيه خلاف 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 هـ. قوله: (كرباس) بكسر الكاف: ثوب من القطن الأبيض قاموس. قوله: (كيفما كان) متساوياً أو متفاضلاً هـ ح. قوله: (لاختلافهما جنساً) لأنه وإن اتحد الأصل فقد اختلفت الصفة كالحنطة والخبز، ولك اختلاف جنس كما سيأتي، وعلمه في الاختيار باختلاف المقصود والميعار. قوله: (في قول محمد) وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا متساوياً. بحر وأفاد أن بيع الكرباس بالقطن لا خلاف فيه، وبه صرح في الاختيار. قلت: لأن القطن يصير غزلاً ثم يصير كرباساً، فالغزل أقرب إلى القطن من الكرباس، فلذا ادعى أبو يوسف المجانسة بين الغزل والقطن لا بين الكرباس والقطن. قوله: (وهو الأصح) والفتوى عليه كما في الاختيار، وفي البحر أنه الأظهر. قوله: (وفي القنية) أي عن أبي يوسف: قوله: (لأنهما ليسا بموزونين) أي بل أحدهما موزون فقط، وهو الغزل فلم يجمعهما القدر، فجاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً. وقوله: (ولا جنسين أي بل هما جنس واحد، لأنهما من أجزاء القطن، فلذا قيد بقوله: يدا بيد فيحرم النساء لاتحاد الجنس، ويظهر لي أن ما في القنية محمول على ثياب يمكن نقضها لكن لا تباع وزناً كما قيده آخر، فيظهر اتحاد الجنس نظراً لما بعد النقض، وحينئذ فلا يخالف قول الشارح في بيع الكرباس بالقطن لاختلافهما جنساً، لأن الكرباس بالنقض يعود غزلاً لا قطناً، فاختلاف 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 التاترخانية عن الغيائية: ويجوز بيع الثوب بالغزل كيفما كان إلا ثوباً يوزن وينقض هـ فافهم. قوله: (خلافاً للعيني) حيث قال وزناً، وكأنه سبق فلم ح. قوله: (في الحال) متعلق بقوله: متماثلاً. قوله: (لا المأل) بمد الهمزة، أي لا يعتبر التماثل بعد الجفاف. قوله: (خلافاً لهما) راجع لقوله: أو بتمر وبقولهما قالت الأئمة الثلاثة، أما بيع الرطب بالرطب فهو جائز بالاجماع كما في النهر وغيره. قوله: (لم يجز اتفاقاً) لأن المجازفة والوزن لا يعلم بهما

المساواة كيلاً، لأن أحدهما قد يكون أثقل من الآخر وزناً وهو أنقص كيلاً. أفاده ط. قوله: (أو بزيب) فيه الاختلاف السابق، وقيل لا يجوز اتفاقاً. بحر. وحكي في الفتح فيه قولين آخرين: الجواز اتفاقاً، والجواز عندهما بالاعتبار كالزيت بالزيتون. قوله: (كذلك) أي في الحال لا المأل هـ ح. وهذا بالنظر إلى عبارة الشرح، أما على عبارة المتن فالإشارة إلى قوله: متماثلاً فافهم. قوله: (كتين ورمان) وكشمش وجوز وكمشري وإخاص. فتح. قوله: (يباع رطبها برطبها الخ) بفتح الراء وسكون الطاء خلاف اليابس، وهذا تصريح بوجه الشبه المفاد من قوله: وكذا وهذا على الخلاف المار بين الامام وصاحبيه. قوله: (بمثله) أي رطباً برطب أو مبلولاً بمبلول وقوله: وباليابس أي رطباً بيابس أو مبلولاً بيابس، فالصور أربع كما في العناية. قوله: (منقوع) الذي في الهداية والدرر وغيرهما منقوع، وفي العزيمة عن المغرب المنقوع بالفتح لا غير، من أنقع الزبيب في الخابية إذا ألقاه يبتل وتخرج منه الحلاوة هـ. قوله: (خلافاً لمحمد) راجع لما ذكر في قوله: كبيع بر إلى هنا كما في الفتح، وذكر أيضاً أن الأصل أن محمداً اعتبر المماثلة في أعدل الأحوال وهو المأل عند الجفاف وهما اعتبارها في الحال، إلا أن أبا يوسف ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر، لحديث النهي عنه، ولا يلحق به إلا ما في معناه قال الحلواني: الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة المبلولة باليابسة إنما لا يجوز إذا انتفخت، أما إذا بليت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة إذا تساوى كيلاً.

قولا: (وفي العناية الخ) بيان لضابط فيما يجوز بيعه من المتجانسين المتفاوتين وما لا يجوز. وأورد على الاصل للاول جواز بيع البر المبلول بمثله، وباليابس مع أن التفاوت بينهما بصنع العبد. قال في الفتح: وأجيب بأن الحنطة في أصل الخلقة رطبة الخلقة رطبة وهي مال الربا إذ ذاك، والبل بالماء يعيدها إلى ما هو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر، بخلاف القلي. قوله: (فهو ساقط الاعتبار) فيجوز البيع بشرط التساوي. قوله: (كما سيحى) أي قريبا في قوله: لا بيع البر بدقيق الخ. قوله: (لحوم مختلفة) أي مختلفة الجنس كلحم الابل والبقر والغنم، بخلاف البقر والجاموس والمعز والضأن. قوله: (يدا بيد) فلا يحل النساء لوجود القدر. قوله: (ولين بقر وغنم) الاولى تقديمه على قوله: بعضها ببعض وفي نسخة: ولبن بقر بغنم: أي بلبن غنم، وهذه النسخة أولى. قوله: (باعتبار العادة) أي باتخاذ الحل منه. قوله: (وشحم بطن بالية أو لحم) لأنها وإن كانت كلها من الضأن إلا أنها أجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والمقاصد. نهر قال ط: فقله بعد لاختلاف أجناسها يرجع إلى هذا أيضا. قوله: (بالفتح) أي فتح الهمزة وسكون اللام وتخفيف الباء المثناة التحتية. قوله: (بير أو دقيق) لان الخبز بالصنعة صار جنسا آخر، حتى خرج من أن يكون مكيلا والبر والدقيق مكيلا، فلم يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع أحدهما بالآخر نسيئة. بحر نسيئة. بحر ويأتي تمامه قريبا. قوله: (ولو منه) أي ولو كان الدقيق من البر. قوله: (وزيت مطبوخ بغير المطبوخ الخ) كذا في البحر.

وقال في الفتح وأعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فتتمنع النسيئة كما في المجانسة العينية، وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم، وتنتفي باعتبار ما أضيفت إليه، فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل، 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 الاصل 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 التي فيها بإزاء الزيادة على الرطل هـ ملخصا. وتماه فيه فراجع، وعلى هذا فقول الشارح: وزيت مطبوخ إن أراد به المغلي لا يصح، لانه 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، وأن صحة بيعه متفاضلا مشروطة بما إذا كانت الزيادة في غير المطيب لتكون الزيادة فيه بإزاء الرائحة التي في المطيب. قوله: (أو وزنا) (المناسب إسقاطه، لانه يغني عنه قوله بعده: كيف كان ولان 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 الامام قيل: هو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة، وعليه الفتوى عددا أو وزنا كيفما اصطلاحوا عليه، لانه بالصنعة صار جنسا آخر والبر والدقيق مكيلا فانتفت العلتان هـ. قوله: (فلو اتحد) كلحم 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) أي واتحد جنسه لم يجز: أي متفاضلا. قوله: (أن الاختلاف) أي اختلاف الجنس. قوله: (باختلاف الاصل) كخل الدقل مع خل العنب ولحم البقر مع لحم الضأن. قوله: (أو المقصود) (كشعر المعز وصوف الغنم، فإن ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف بخلاف لحمهما ولبنهما، فإنه جعل جنسا واحدا كما مر لعدم الاختلاف، أفاده في الفتح. قوله: (أو بتبدل الصفة) كالخبز مع الحنطة والزيت المطيب بغير المطيب، و عبارة الفتح: وزيادة الصنعة بالنون والعين. قوله: (وجاز الاخير) وهو بيع خبز ببر أو دقيق. قوله: (ولو الخبز نسيئة) عبارة الدرر: وبالنساء في الاخير فقط، والشارح أخذ ذلك من قوله: به يفتى لانه إذا كان المتأخر هو البر جاز اتفاقا لانه أسلم وزنيا في كلي، والخلاف فيما إذا كان الخبز هو النسيئة فمعناه، وأجازه أبو يوسف ط. قوله: (والاحوط المنع الخ) قال في الفتح: لكن يجب أن يحتاط وقت القبض بقبض الجنس المسمى، حتى لا يصير استبدالا بالسلم فيه قبل قبضه إذا قبض دون المسمى صفة وإذا كان كذلك فالاحتياط، في منعه، لانه قل أن يأخذ من النوع المسمى خصوصا فيمن يقبض في أيام كل يوم كذا وكذا رغيفا. قوله: (الاحسن الخ)

أي في بيع الخبز بالبر نسيئة، ووجه كونه أحسن كون الخبز فيه ثمن لا مبيعاً، فلا يلزم فيه شروط السلم. تأمل. وأصل المسألة في الذخيرة حيث قال في السلم: وإذا دفع الحنطة إلى خبز جملة، وأخذ الخبز مفرقاً ينبغي أن يبيع صاحب الحنطة خاتماً أو سكيناً من الخبز بألف من الخبز مثلاً، ويجعل الخبز ثمناً ويصفه بصفة معلومة حتى يصير ديناً في ذمة الخبز ويسلم الخاتم إليه، ثم يبيع الخبز الخاتم من صاحب الحنطة بالحنطة مقدار ما يريد الدفع ويدفع الحنطة، فيبقى له على الخبز الذي هو بمن هكذا قيل، وهو مشكل عندي، قالوا إذا دفع دراهم إلى خبز فأخذ منه كل يوم شيئاً من الخبز فكلما أخذ يقول هو على ما قاطعتك عليه أ هـ ما في الذخيرة. قلت: ولعل وجه الاشكال أن اشتراطهم أن يقول المشتري كلما أخذ شيئاً هو على ما قاطعتك عليه ليكون بيعاً مستأنفاً على شيء متعين، وهذا يقتضي أن الخبز لا يصح أن يكون ديناً في الذمة، وإلا لم يحتج إلى أن يقول المشتري ذلك، ورأيت معزياً إلى خط المقدسي ما نصه. أقول: يمكن دفعه بأن الخبز هنا ثمن بخلاف التي قست عليها، فتأمل أ هـ. 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 المسلم على أن المقيس عليها لا يلزم فيها قول المشتري ذلك، لأنه لو أخذ شيئاً وسكت بنعقد بيعاً بالتعاطي، نعم لو قال حين دفع الدراهم اشتريت منك كذا من الخبز وصار يأخذ كل يوم من الخبز يكون فاسداً والاكل مكروه، لأنه اشترى خبزاً غير مشار إليه، فكان المبيع مجهولاً كما قدمناه عن الولوالجية أول البيوع في مسألة بيع الاستجرار. قوله: وكذا عدداً وعليه الفتوى هذا موجود في عبارة القهستاني عن المضمرات بهذا اللفظ، فمن نفى وجوده فيها فكأنه سقط من نسخته، ولعل وجه الافتاء به مبني على الافتاء بقول محمد الآتي في استقراضه عدداً. قوله: (وسجئ) أي قريباً متناً. قوله: (بدقيق أو سويق) أي دقيق البر أو سويقه، بخلاف دقيق الشعير أو سويقه فإنه يجوز لاختلاف الجنس. أفاده في الفتح. قوله: (هو المجروش) أي الخشن، وفي القهستاني وغيره: السويق دقيق البر المقلي، ولعله يجرش فلا ينافي ما قبله. قوله: (ولا بيع بسويق) أي كلاهما من الحنطة أو الشعير كما في الفتح، فلو اختلف الجنس جاز. قوله: (ولو متساوياً) تفسير للاطلاق. قوله: (لعدم المساوي) قال في الاختيار: والاصل فيه أن شبهة الربا وشبهة الجنسية ملتحقة بالحقيقة في باب الربا احتياطاً للحرمة، وهذه الأشياء جنس واحد نظراً إلى الاصل، والمخلص: أي عن الربا هو التساوي في الكيل، وأنه متعذر لانكباس الدقيق في المكيال أكثر من غيره، وإذا عدم المخلص حرم البيع. قوله: (خلافاً لهما) هذا الخلاف في بيع الدقيق بالسويق كما هو صريح الزيلعي، فأجازه لانهما جنسان مختلفان، لاختلاف الاسم والمقصود، ولا يجوز نسيئة لأن القدر يجمعهما ط. وكذا اقتصر على ذكر الخلاف في هذه المسألة في الهداية وغيرها

وفي شرح درر البحار، ومنع اتفاقاً أن يباع البر بأجزائه كدقيق وسويق ونخالة، والدقيق بالسويق ممنوع عنده مطلقاً وجوازه مطلقاً. قوله: (متساوياً كيلاً) نصب متساوياً على الحال وكيلاً على التمييز، وهو تمييز نسبة مثل تصيب عرقاً والاصل متساوياً كيلاً. فتح. قوله: (إذا كانا مكبوسين) لم يذكره في الهداية وغيرها، بل عزاه في الذخيرة إلى ابن الفضل. قال في الفتح: وهو حسن. ثم قال: وفي بيعه وزناً روايتان، ولم يذكر في الخلاصة إلا رواية المنع. وفيها أيضاً: سواء كان أحد الدقيقين أخشن أو أدق: وكذا بيع النخالة بالنخالة وبيع الدقيق بالمنخول بغير المنخول لا يجوز إلا مماثلاً، وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبي يوسف بأن تكون النخالة الخالصة أكثر من التي في الدقيق. قوله: (حنطة مقلية بمقلية) المقلي: الذي يقلى على النار، وهو المحمص عرفاً. قال في الفتح: واختلفوا فيه: قيل يجوز إذا تساوى كيلاً، وقيل لا، وعليه عول في المبسوط، ووجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والاول أولى أ هـ. قوله: (ففاسد) أي اتفاقاً. فتح. قوله: (والسمسم) بكسر السينين وحكي 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 البيع والتمن في المجلس بعد هذا الاعتبار خصوصا من تعليل الزيلعي بقوله لاتحاد الجنس بينهما معنى باعتبار ما في ضمنهما، وإن اختلفا صورة، فثبتت بذلك شبهة المجانسة والربا يثبت بالشبهة ا هـ. قلت: وفيه غفلة عما تقدم متنا من أن التقابض معتبر في الصرف أما غيره من الربويات فالمعتبر فيه التعيين، وتعليل الزيلعي بالجنسية لوجوب الاعتبار وحرمة التفاضل بدونه، فتدبر. قوله: (بالثقل) بضم الثاء المثلثة: ما استقر تحت الشئ من كدره. قاموس وغيره. قوله: (كجوز بدهنه الخ) قال في الفتح وأظن أن لا قيمة لثفل الجوز إلا أن يكون بيع بقشره فيوقد، وكذا العنب لا قيمة لثفله فلا تشترط زيادة العصير على ما يخرج ا هـ. قوله: (فسد بالزيادة) ولا بد من المساواة، لأن التراب لا قيمة له فلا يجعل بإزائه شئ. منح ط. تنبيه: مثل ما ذكر في الوجوه الاربعة: بيع شاة ذات لبن أو صوف بلبن أو صوف، والرطب بالدبس، والقطن بحبه، والتمر بنواه. وتماهه في القهستاني. قوله: (عند محمد) وقال أبو حنيفة: لا يجوز وزنا ولا عددا. وقال أبو يوسف: يجوز وزنا لا عددا، وبه جزم في الكنز وفي الزيلعي أن الفتوى عليه. قوله: (وعليه الفتوى) وهو المختار لتعامل الناس وحاجاتهم إليه. ط. عن الاختيار. وما عزاه الشارح إلى ابن ملك ذكره في التاترخانية أيضا كما قدمناه في فصل القرض. قوله: (واستحسنه الكمال) حيث قال: ومحمد يقول: قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالبا، والقياس يترك بالتعامل، وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف، وأنا أرى أن قول محمد أحسن. قوله :

[312]

(وبعكسه لا) أي وإذا كان الرغبة نقدا والرغيف نسيئة لا يجوز. بحر ونهر عن المجتبى. وهكذا رأيته في المجتبى، فافهم. وانظر ما وجه المسالتين. وقال ط في توجيه الاولى: لانه عددي متفاوت، فيجعل الرغيف بمقابلة أحد الرغيفين. والاصل يجعل رغيفا حكما بمقابلة الرغيف الثاني مجتبى ا هـ. ولم أره في المجتبى. ويرد عليه أنه متى وجد الجنس حرم النساء كما مر في بيع ثمرة بتمرتين، وأيضا التعليل بأنه عددي متفاوت يقتضي عدم الجواز، ولذا لما أجاز محمد استقراضه علله بإهدار التفاوت، فكيف يجعل التفاوت علة الجواز، وعلله شيخنا بأن تأجيل الثمن جائز دون البيع، وفيه أن هذا لا يظهر في الكسيرات. والحاصل: أنه مشكل ولذا قال السائحاني: إن هذا الفرع خارج عن القواعد، لأن الجنس بانفراده محرم النساء فلا يعمل به حتى ينص على تصحيحه، كيف وهو من صاحب المجتبى. قوله: (كيف كان) أي نقدا ونسيئة. مجتبى. قوله: (ولا ربا بين السيد وعبده) لانه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا لعدم تحقق البيع. فتح. قوله: (ولو مدبرا) دخل أم الولد كما في الفتح. قوله: (لا مكاتباً) لانه صار كالحر يدا وتصرفا في كسبه. نهر. قوله: (إذا لم يكون دينه مستغرقا) وكذا إذا لم يكن عليه دين أصلا بالاولى، فافهم. قوله: (يتحقق الربا اتفاقا) أما عند الامام فلعدم ملكه لما في يد عبده المأذون المديون، وأما عندهما فلانه إن لم يزل ملكه عما في يده، لكن تعلق بما في يده حق الغرماء فصار المولى كالاجنبي، فيتحقق الربا بينهما كما يتحقق بينه وبين مكاتبه. فتح. قوله: (التحقيق الاطلاق) أي عن الشرط المذكور كما فعل في الكنز تبعا للمبسوط، وقد تبع المصنف الهداية قوله: (لا للربا بل لتعلق حق الغرماء) لانه أخذه بغير عوض. ولو أعطاه العبد درهما بدرهمين لا يجب عليه الرد: أي على المولى كما في صرف المحيط. نهر. قوله: (إذا تبايعا من مال الشركة) الظاهر أن المراد إذا كان كل من البديلين من مال الشركة أما لو اشترى أحدهما درهمين من مال الشركة بدرهم من ماله مثلا فقد حصل للمشتري زيادة وهي حصة شريكه من الدرهم الزائد بلا عوض وهو عين الربا. تأمل. قوله: (ولا بين حربي ومسلم مستأمن) احترز بالحربي عن المسلم الاصلي والذمي، وكذا عن المسلم الحربي إذا هاجر إلينا ثم عاد إليهم، فإنه ليس للمسلم أن يراني معه اتفاقا كما يذكره الشارح، ووقع في البحر هنا غلط حيث قال: وفي المجتبى مستأمن منا بأشهر مع رجل مسلما كان أو ذميا في دراهم أو من أسلم هناك شيئا من العقود التي لا تجوز فيما بيننا كالربويات وبيع الميتة جاز عندهما، خلافا لابي يوسف ا هـ فإن مدلوله جواز الربا بين مسلم أصلي مع مثله أو مع ذمي هنا، وهو غير

[313]

صحيح لما علمته من مسألة المسلم الحربي، والذي رأيت في المجتبى هكذا: مستأمن من أهل دارنا مسلما كان أو ذميا في دارهم أو من أسلم هناك باشر معهم من العقود التي لا تجوز الخ. وهي عبارة صحيحة، فما في البحر تحريف، فتنبه . قوله: (ومسلم مستأمن) مثله الاسير، لكن له أخذ مالهم ولو بلا رضاهم كما مر في الجهاد. قوله: (ولو بعقد فاسد) أي ولو كان الربا بسبب عقد فاسد من غير الاموال الربوية كبيع بشرط كما حققناه فيما مر، وأعم منه عبارة المجتبى المذكورة، وكذا قول الزيلعي: وكذا إذا تبايعا فيها بيعا فاسدا. قوله: (ثمة) أي في دار الحرب قيد به، لانه لو دخل دارنا بأمان فباع منه مسلم درهما بدرهمين لا يجوز اتفاقا. ط عن مسكين. قوله: (لان ماله ثمة مباح) قال في فتح القدير: لا يخفى أن هذا التعليل إنما يقتضي حل مباشرة العقد إذا كانت الزيادة ينالها المسلم، والربا أعم من ذلك، إذ يشمل ما إذا كان الدرهمان: أي في بيع درهم بدرهمين من جهة المسلم ومن جهة الكافر. وجواب المسألة بالحل عام في الوجهين، وكذا القمار قد يفضي إلى أن يكون مال الخطر للكافر بأن يكون الغلب له، فالظاهر أن الإباحة بقيد نيل المسلم الزيادة، وقد أزم الاصحاح في الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما إذا حصلت الزيادة للمسلم نظرا إلى العلة وإن كان إطلاق الجواب خلافه، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب اهـ. قلت: ويدل على ذلك ما في السير الكبير وشرحه حيث قال: وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان، فلا بأس بأن يأخذ منهم أموالهم بطيب أنفسهم بأي وجه كان، لانه إنما أخذ المباح على وجه عري عن الغدر فيكون ذلك طيبا له، والاسير والمستأمن سواء، حتى لو باعهم درهما بدرهمين أو باعهم ميتة بدرهم أو أخذ مالا منهم بطريق القمار فذلك كله طيب له اهـ ملخصا. فانظر كيف جعل موضوع المسألة الاخذ من أموالهم برضاهم، فعلم أن المراد من الربا والقمار في كلامهم ما كان على هذا الوجه وإن كان اللفظ عاما، لان الحكم بدور مع علته غالبا. قوله: (مطلقا) أي ولو بعقد فاسد ط. قوله: (بلا غدر) لانه لما دخل دارهم بأمان، فقد التزم أن لا يغدرهم، وهذا القيد لزيادة الايضاح، لان ما أخذه برضاهم لا غدر فيه. قوله: (خلافا للثاني) أي أبي يوسف وخلافه في المستأمن دون الاسير. قوله: (والثلاثة) (أي الأئمة الثلاثة). قوله: (لان ماله غير معصوم) العصمة: الحفظ والمنع، وقال في الشرنبلالية: لعله أراد بالعصمة التقويم: أي لا تقوم له، فلا يضمن بالاتلاف لما قال في البدائع معللا لابي حنيفة، لان العصمة وإن كانت ثابتة فالتقويم ليس بثابت عنده حتى لا يضمن بالاتلاف، وعندهما نفسه وماله معصومان متقومان اهـ. قوله: (فلا ربا اتفاقا) أي لا يجوز الربا معه فهو نفي بمعنى النهي كما في قوله تعالى: * (فلا رفا ولا فسوق) * (البقرة: 791) فافهم. قوله: (ومنه يعلم الخ) أي يعلم مما ذكره المصنف مع تعليقه أن من أسلم ثمة ولم يهاجر لا يتحقق الربا بينهما أيضا كما في النهر عن الكرمانى، وهذا يعلم بالاولى. قوله: (إلا في هذه الست مسائل) أولها السيد مع عبده، وآخرها من أسلم ولم يهاجر، وحقه أن يقول المسائل بالتعريف، والله سبحانه أعلم .

باب الحقوق جمع حق، والحق خلاف الباطل، وهو مصدر حق الشئ من بابي ضرب وقتل: إذا وجب وثبت، ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها اهـ. وفي البنائية: الحق ما يستحقه الرجل، وله معان أخر منها ضد الباطل اهـ. وتاممه في البحر وفي النهر: أعلم أن الحق في العادة يذكر فيما هو تبع للمبيع، ولا بد له منه ولا يقصد إلا لاجله كالطريق والشرب للارض، ويأتي تاممه. قوله: (لتبعيتها) أي لان الحقوق توابع فيلق ذكرها بعد مسائل البيوع بحر عن المعراج. قال بعضهم: ولهذا الباب مناسبة خاصة بالربا، لان 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 الحموي. قوله: (لان الشئ) 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 ما لم يذكر اسم العلو صريحا، لان العلو مثله في أنه مسقف يبات فيه، والشئ لا يستتبع مثله، بل ما هو أدنى منه. فتح. ولم يدخل بذكر الحق لان حق الشئ تبع له فهو دونه، والعلو مثل البيت لا دونه. قوله: (هو ما لا 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 قضاء الحاجة، فيتأتى السكنى بالعيال مع ضرب قصور، إذ ليس له صحن غير مسقف ولا اصطبل الدواب، فيكون البيت دونه ويصح أن يستتبعه، فليشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص على اسمه الخاص، وليشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة اهـ. أي زيادة ذكر التوابع: أي

قوله: بكل حق هو له الخ. قوله: (أي حقوقه) في جامع الفصولين 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: أو بمرافقه نهر. فعلى قول أبي يوسف المرافق أعم لأنها توابع الدار مما يرتفق به كالمتموض والمطبخ كما في القهستاني، وقدم قبله أن حق الشيء تابع لا بد له منه كالطريق والشرب ا هـ. 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 لا لقليل أو كثير، فإن الصفة لا توصف ولا لكل على رأي كما تقرر، وبهذا التقرير اندفع طعن أبي يوسف على محمد بدخول الامتعة فيها، وطعن زفر عليه بدخول الزوجة والولد والحشرات، قهستاني. قوله: (بشراء دار) هي اسم لساحة أدير عليها الحدود تشتمل على بيوت واصطبل وصحن غير مسقف وعلو، فيجمع فيها بين

[315]

الصحن للاسترواح ومنافع الابنية للاسكان. فتح. قوله: (سواء كان المبيع بيتا الخ) عبارة النهر: قالوا هذا في عرف أهل الكوفة، أما في عرفنا فيدخل العلو من غير ذكر الصور كلها، سواء كان المبيع بيتا فوفقه علوا ومنزلا كذلك، لأن كل مسكن يسمى خانة في العجم، ولو علوا سواء كان صغيرا كالبيت أو غيره إلا دار الملك فتسمى سراي ا هـ. وهو مأخوذ من الفتح، لكن قوله: ولو علوا صوابه وله علو كما في عبارة الفتح. وعبرة الهداية: ولا يخلو عن علو. مطلب: الاحكام تبتنى على العرف قلت: وحاصله أن كل مسكن في عرف العجم يسمى خانة، إلا دار الملك تسمى سراي، والخانة 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، والاحكام تبتنى على العرف، فيعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عرف أهله ا هـ. قلت: وحيث كان المعتبر العرف فلا كلام، سواء كان باسم خانة أو غيره، وفي عرفنا: لو باع بيتا من دار أو باع دكانا أو اصطبلا أو نحوه لا يدخل علو المبنى فوفقه ما لم يكن باب العلو من داخل المبيع. قوله: (إلا دار الملك) المستثنى منه غير مذكور في كلامه كما علم مما ذكرناه. قوله: (الكنيف) أي ولو خارجا مبنيا على الظلة لأنه يعد في الدار. بحر. وهو المستراح، وبعضهم يعبر عنه ببيت الماء. نهر. قوله: (والاشجار) أي 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، وادعى في إيضاح الأصلح أن هذا وهم، بل هي الساباط الذي أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات التي في السكة وعليه جرى في فتح القدير وغيره. نهر. قوله: (ويدخل الباب الأعظم) أي إذا كان له باب أعظم وداخله باب آخر دونه، وقوله: مع ذكر الموافق يفيد أنه لا يدخل بدونه وهو خفي، فإن ظاهر أنه مثل الطريق إلى سكة كما يأتي، فتأمل. وقد يقال: إن صورة المسألة ما لو 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 الموافق، بخلاف ما إذا كان البابان للمبيع وحده، وكان يتوصل من أحدهما إلى الآخر. تأمل. قوله: (لا يدخل الطريق الخ) يوهم أنه لا يدخل مع ذكر المرافق، 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

[316]

والمسيل لأنه خارج الحدود، إلا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع ا هـ. 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 ا هـ. فلا يدخل كما في الكفاية عن شرح الطحاوي. وقال فخر الاسلام: إذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها في دار أخرى لا يدخل بلا

ذكر الحقوق لانه ليس من هذا الدار ا هـ. وصورته: إذا كانت دار داخل دار أخرى للبائع أو غيره فباع الداخلة فطريقها في الدار الخارجة ليس من الدار المباعة 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 لانه ليس منه بل خارج عن حدوده كما مر عن الهداية، فما أورده في الفتح من أن تعليل فخر الاسلام 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 الاول ا هـ. وفي الفتح عن فخر الاسلام: فإن قال البائع ليس للدار المباعة طريق في دار أخرى فالمشتري لا يستحق الطريق، ولكن له أن يردّها بالعيب، ولو كان عليها جذوع لدار أخرى: فإن كانت للبائع أمر برفعها، وإن لغيره كانت بمنزلة العيب، ولو ظهر فيها طريق أو مسيل ماء لدار أخرى للبائع فلا طريق له في المباعة ا هـ. وفي حاشية الرملي عن النوازل: له داران مسيل الاولى على سطح الثاني فباع الثانية بكل حق لها ثم باع الاولى من آخر فللمشتري الاول منع الثاني من التسييل على سطحه، إلا إذا استثنى البائع المسيل وقت البيع ا هـ ملخصا. قال: وما وقع في الخلاصة والبيازية عن النوازل من أنه ليس للاول منع الثاني سبق قلم، لان الذي في النوازل ما قدمناه ومثله في الولوالجية، وبه علم جواب حادثة الفتوى له كرمان طريق الاول على الثاني فباع لبيته الثاني على أن له المرور فيه كما كان فباعته لاجنبي ليس للاجنبي منع الاب. تتمه: جرى العرف في بلاد الشام أنه إذا كان في الدار ميازيب مركبة على سطحها أو بركة ماء في صحنها أو نهر كنيف تحت أرضها، وهي المسمى بالمالح دخول حق التسييل 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 نقضا كثيرا، وقد مر أنفا عن الكافي أن الاحكام تبتنى على العرف وأنه يعتبر في كل إقليم وعصر عرف أهله، وقد نبهنا على ذلك في فصل ما يدخل في البيع، وأيدناه بما في الذخيرة من أن الاصل 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،

وقدما هناك عن البحر أن السلم الغير المتصل يدخل في عرف مصر القاهرة، لان بيوتهم طبقات لا ينتفع بها بدونه، وتماثل ذلك في رسالتنا نشر العرف، والله سبحانه أعلم. قوله: (والشرب) بكسر الشين المعجمة: الحظ من الماء وفي الخانية: رجل باع أرضا بشرها فللمشتري قدر ما يكفيها، وليس له جميع ما كان للبائع ا هـ عزيمة. قوله: (ونحوه) لا حاجة إليه مع المتن. قوله: (مما مر) أي من ذكر المرافق أو كل قليل وكثير منه ط. قوله: (فتدخل بلا ذكر) أي يدخل الطريق والمسيل. نهر. قوله: (لانها الخ) أي لان الاجارة تعقد للانتفاع بعين هذه الاشياء، والبيع ليس كذلك، فإن المقصود منه في الاصل ملك الرقبة لا خصوص الانتفاع بل إما هو أو ليتجر 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 مسيل ماء الميزاب إذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه ا هـ ومثله في المنع عن العيني. وفي حواشي مسكين أن هذا تقييد لقول المصنف بخلاف الاجارة فأفاد أن دخول المسيل في الاجارة بلا ذكر الحقوق مقيد بما إذا لم يكن في ملك خاص. قوله: (كالبيع) أفاد به أن الشرب والمسيل في حكم الطريق ط. قوله: (ولا يدخل في القسمة الخ) حاصل ما في الفتح: أنهما إذا اقتسما ولاحداهما على الآخر مسيل أو طريق ولم يذكر الحقوق لا تدخل، لكن إن أمكن له إحداثها في نصيبه فالقسمة صحيحة، وإلا فلا، بخلاف الاجارة، لان الأجر إنما يستوجب الأجر إذا تمكن المستأجر من الانتفاع، ففي إدخال الشرب توفير المنفعة عليهما، وإن ذكر الحقوق في القسمة دخلت إن لم يمكنه إحداثها، لا إن أمكن إلا برضا صريح، لان المقصود بالقسمة تمييز الملك لكل منهما لينتفع به على الخصوص، بخلاف البيع فإن الحقوق تدخل بذكرها وإن أمكن إحداثها، لان المقصود منه إيجاد الملك ا هـ ومثله في الكفاية عن الفوائد الظهيرية. وفي النهر عن الوهبانية: إذا لم يمكنه فتح باب، وقد علم ذلك وقت القسمة صحت، وإن لم يعلم فسدت ا هـ: أي لانه عيب وينبغي أن يقيد بذلك قول الفتح، وإلا فلا: أي

وإن لم يمكن إحداثها فلا تصح القسمة إن لم يعلم بذلك وقتها، لانه إذا علم يكون راضيا بالعيب تأمل. قوله: (نهر عن الفتح) كان عليه أن يؤجر العزو إلى النهر آخر العبارة، فإن جميع ما يأتي مذكور فيه ا ه ح. قوله: (كما من) 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) لانها لاستحداث ملك لم يكن لا لخصوص الانتفاع، بخلاف الاجارة، والله سبحانه أعلم .

[318]

باب الاستحقاق ذكره بعد الحقوق للمناسبة بينهما لفظا ومعنى، ولولا هذا لكان ذكره عقب الصرف أولى. نهر. قوله: (هو طلب الحق) أفاد أن السنين والتاء للطلب، لكن في المصباح: استحق فلان الامر: استوجبه قاله الفارابي وجماعة، فالامر مستحق بالفتح اسم مفعول، ومنه خرج المبيع مستحقا ا ه فأشار إلى أن معناه الشرعي موافق للغوي، وهو كون المراد بالاستحقاق ظهور كون الشيء حقا واجبا للغير. قوله: (بالكلية) أي بحيث لا يبقى لاحد عليه حق التملك. منح ودر. والمراد بالاحد أحد الباعة مثلا لا المدعي، فإن له حق التملك في المدير والمكاتب والاستحقاق فيهما 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 عدم الرضا: أي بالبيع ليس بلازم لجواز أن يكون دليل عدم الرضا بأن يذهب من يده مجانا، وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق ويثبت استمراره في يد المشتري من غير أن يحصل له عينه ولا بد له، فإثباته ليحصل أحدهما: إما العين، أو البذل بأن يجيز ذلك البيع. ثم اعلم أنه اختلف في البيع متى يفسخ فقبل إذا قبض المستحق، وقيل بنفس القضاء، والصحيح أنه لا يفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن، حتى لو أجاز المستحق بعدما قضى له أو بعدما 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 على بائعه بالقضاء، وفي الزيادات: روي عن الامام أنه لا ينقض ما لم يأخذ العين بحكم القضاء. وفي ظاهر الرواية: لا يفسخ ما لم يفسخ وهو الاصل ا ه. ومعنى هذا أن يتراضيا على الفسخ، لانه ذكر فيها أيضا أنه ليس للمشتري الفسخ بلا قضاء أو رضا البائع، لانه احتمال إقامة البائع البينة على النتائج ثابت إلا إذا قضى القاضي فيلزم فيفسخ، وتماه في الفتح. فقد اختلف التصحيح فيما يفسخ به العقد، ويأتي 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، لانه رضي بالفسخ، وكذا لو طلب المشتري من القاضي أنه 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. بقي شيء: وهو أنه يثبت للبائع الرجوع على بائعه بالثمن، وإن كان قد دفع الثمن إلى المشتري بلا إلزام القاضي إياه، وهذا مذهب محمد وعليه الفتوى، خلافا لابن يوسف كما في الحامدية ونور

[319]

العين عن جواهر الفتاوى. قوله: (لانه لا يوجب بطلان الملك) أي ملك المشتري، لان الاستحقاق أظهر توقف العقد على إجازة المستحق أو فسخه كما علمت. قوله: (حكم على ذي اليد) حتى يؤخذ المدعي من يده در، 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 لاني شريته من فلان صار البائع مقضيا عليه ويرجع المشتري عليه بالثمن. أما إن قال في الجواب ملكي ولم يزد عليه لا يصير

البائع مقضيا عليه، والارث كالشراء نص عليه في الجامع الكبير. وصورته: دار بيد رجل يدعى أنها له فجاء آخر وادعى أنها له وقضى له بها فجاء أخو المقضى عليه وادعى أنها كانت لابيه تركها ميراثا له وللمقضى عليه يقضى للاخ المدعي بنصفها لان ذاك لم يقل ملكي لاني ورثتها من أبي ليصير الاخ مقضيا عليه، كذا لو أقر الاخ المقضى عليه أنه ورثها من أبيه بعد إنكاره وإقامة البينة، ولو أقر بالارث قبل إقامة البينة لا تسمع دعوى الاخ ا هـ. قال: وذكر قبله إذا صار المورث مقضيا عليه في محدود فمات فادعى وارثه ذلك المحدود إن ادعى الارث 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 ا هـ. فرع: وفي البزاية: مسلم باع عبدا من نصراني فاستحقه نصراني بشهادة نصرانيين لا يقضى له، لانه لو قضى له لرجع بالثمن على المسلم. قوله: (ولو مورثه) الضمير عائد على من في قوله: وعلى من تلقى الملك منه أي لو اشتراه ذو اليد من مورثه، فالحكم عليه بالاستحقاق حكم على المورث، فلا تسمع دعوى بقية الورثة على المتسحق بالارث. قوله: (فلا تسمع دعوى الملك منهم) تفريع على قوله: والحكم به حكم على ذي اليد الخ درر. وأنى بضمير الجمع إشارة إلى شمول ما لو تعدد البيع من واحد إلى آخر وهكذا، ولذا قال في الدرر: بلا واسطة أو وسائط، وفرع في الغرر على ذلك أيضا: أنه لا تعاد البينة للرجوع. قال في شرحه: يعني إذا كان الحكم للمتسحق حكما على الباعة، فإذا أراد واحد من المشتريين أن يرجع على بائعه بالثمن لا يحتاج إلى إعادة البينة. قوله: (بل دعوى النتاج) عبارة الغرر: بل دعوى النتاج أو تلقي الملك من المتسحق. قال في شرحه الدرر: بأن يقول بائع من الباعة حين رجع عليه بالثمن أنا لا أعطي الثمن لان المتسحق كاذب لان المبيع نتج في ملكي، أو ملك بائعي بلا واسطة، أو بها فتسمع دعواه، وبطل الحكم إن أثبت، أو يقول: أنا لا أعطي الثمن لاني اشتريته من المتسحق، فتسمع أيضا اهـ. وأفاد كلامه أنه لا يشترط لاثبات النتاج حضور المتسحق كما أجاب به في الحامدية، وقال: إن مقتضى ما أفتى به في الخيرية في باب الإقامة موافقا لما في العمادية: من أن هذا القول أظهر وأشبه، لكن في البزاية أن الاشتراط هو الاظهر والاشبه. قلت: وعبارة البزاية وعند محمد: وهو اختيار شمس الاسلام يقلل بلا حضرته، لان الرجوع بالثمن أمر يخص المشتري فاكتفى بحضوره، واختيار صاحب المنظومة وهو قياس قولهما وهو الاظهر

والاشبه عدم القبول بلا حضور المتسحق ا هـ. لكن في الذخيرة. قيل على قول محمد وأبي يوسف الآخر يشترط، وعلى قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول لا يشترط، وهذا القول أشبه وأظهر ا هـ. وهكذا عزاه في العمادية إلى الذخير والمحيط ومثله في جامع الفصولين ونور العين، فالظاهر أن ما في البزاية من العكس سبق قلم، كما حررناه في تنقيح الحامدية فتنبه لذلك. واختلف في اشتراط حضرة المبيع وأفتى ظهير الدين بعدمه كما سنذكره. قوله: (ما لم يرجع عليه) (فليس للمشتري الاوسط أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه المشتري الاخير. درر. وأفاد أنه لا يشترط إلزام القاضي 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، لانه لا ثمن له على بائعه، وكذلك بقية الباعة لا يرجع بعضهم على بعض. ذخيرة: أي لتعذر القضاء على الذي أبرأ مشتريه. جامع الفصولين. ثم نقل فيه أن في رجوع بقية الباعة بعضهم على بعض، خلافا بين المتأخرين، وأما لو أبرأ المشتري البائع بعد الحكم له بالرجوع فيأتي 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 الاخير، لما علمت من أن الحكم بالاستحقاق حكم على ذي اليد وعلى من تلقى الملك منه، وقبل القضاء لا مطالبة لاحد. قلت: هذا اشتباه، فإن 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 ا هـ. وهي في الهداية والكنز وغيرهما، وعلمه في الهداية هناك بقوله: لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية، ما لم يقض له بالثمن على البائع، فلم يجب على الاصل رد الثمن فلا يجب على الكفيل ا هـ فافهم، لكن علمت مما قررناه أن العقد ينتقض بفسخ العاقلين،

وبالرجوع بالثمن على البائع بدون قضاء، وأنه ليس المراد قصر الفسخ على واحد مما ذكره، وإذا انفسخ العقد بواحد منها وجب على الاصيل، وهو البائع رد الثمن على المشتري فيجب على الكفيل أيضا ولو بدون قضاء، ويؤيده قول محمد المفتي به المار آنفا. قوله: (لئلا يجتمع ثمنان الخ) علة لقوله: ولا يرجع أحد الخ كما أفاده في الدرر. قال ط: وهذا التعليل يظهر في غير المشتري الاخير وغير البائع الاول فيظهر في الباعة المتوسطين، فإن عند كل منهم ثمن، فلو رجع بالثمن قبل أن يرجع عليه اجتمع في ملكه ثمنان ا هـ. قوله: (لان بدل المستحق مملوك) أي ثمنه باق على ملك البائع، وعبر عنه بالبدل ليشمل ما لو كان قيميا، وهذا بيان لوجه اجتماع الثمنين في رجوع أحدهم قبل الرجوع عليه. قوله: (ولو صالح بشئ الخ) عبارة جامع الفصولين: المشتري لو رجع على بائعه وصالح البائع على شئ قليل، فلبائعه أن يرجع على بائعه بثمنه، وكذا لو أبراه المشتري عن ثمنه بعد الحكم له برجوع عليه، فلبائعه أن يرجع على بائعه أيضا إذ المانع اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد، ولم يوجد لزوال المبدل عن ملكه، ولو حكم للمستحق وصالح المشتري ليأخذ المشتري بعض الثمن من المستحق ويدفع المبيع إلى المستحق، ليس له أن يرجع على بائعه بثمنه، لانه بالصلح أبطل حق الرجوع ا هـ.

[321]

قلت: وما ذكره في الابرأ إنما هو في إبراء المشتري البائع، وأما لو أبرأ البائع المشتري عن الثمن قبل الاستحقاق، فقدمنا آنفا أنه يمتنع الرجوع. ثم قال في الفصولين: فلو أثبتته: أي الاستحقاق وحكم له. فدفع إليه شيئا وأمسك المبيع يصير هذا شراء للمبيع من المستحق، فينبغي أن يثبت له الرجوع على بائعه ا هـ. 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، لان صلحه مع المستحق على بعض الثمن أسقط حقه في الرجوع، وهذا بخلاف العكس وهو ما إذا دفع المشتري إلى المستحق شيئا وأمسك المبيع، لانه صار مشتريا من المستحق فلا يبطل حق رجوعه كما علمت، وهذه المسألة هي الآتية عن نظم المحبية، ولا يخفى ظهور الفرق بينها وبين الاولى كما أفاده ط. فافهم. قوله: (يوجب فسخ العقود) أي الجارية بين الباعة بلا حاجة في انفساخ كل منها إلى حكم القاضي درر. قوله: (ولكل واحد الخ) فلو أقام العبد بينة أنه حر الاصل، أو أنه كان عبدا لفلان فأعتقه، أو أقام رجل البينة أنه عبده دبره، ففضى بشئ من ذلك فلكل واحد أن يرجع على بائعه قبل القضاء عليه، وكذا المشتري يرجع على الكفيل قبل الرجوع عليه. هندية عن الحاوي. قوله: (وإن لم يرجع عليه (بصيغة المجهول: أي وإن لم يحصل الرجوع عليه. درر. قوله: (ويرجع هو أيضا) أي يرجع من له الرجوع على الكفيل بالدرك أيضا: أي كماله الرجوع على بائعه، وقوله: كذلك يغني عنه قول المصنف ولو قبل القضاء عليه أي قبل القضاء على المكفول عنه بالثمن. قوله: (والحكم بالحرية الاصلية الخ) هذه الجملة في موقع التعليل لما قبلها، واحتز بالاصلية عن العارضة بعق ونحوه لانها تأتي. قوله: (أو بقوله أنا حر) صورته: ادعى أنه عبد فقال المدعى عليه أنا حر الاصل ولم يسبق منه إقرار بالرق وعجز المدعي عن البينة، حكم القاضي بالحرية الاصلية، وكان حكمه بها حكما على العامة ا هـ ج. قوله: (إذا لم يسبق منه إقرار بالرق) أي ولو حكما كسكوته عند البيع مع انقياده كما سيأتي، وتسمع دعواه الحرية بعد اعترافه بالرق إذا برهن كما سيأتي. قوله: (وكذا العتق وفروعه) عطف على قوله والحكم بالحرية الاصلية أي إذا ادعى أنه كان عبد فلان فأعتقه، أو ادعى رجل أنه عبده دبره أو أنها أمته استولدها، وحكم بذلك فهو حكم على الكافة، فلا تسمع دعوى أحد عليه بذلك. ونقل الحموي عن بعضهم أن هذا بعد ثبوت ملك المعتق، وإلا فقد يعتق الانسان ما لا يملكه. قوله: (وأما الحكم بالعتق في الملك المؤرخ الخ) يعني إذا قال زيد ليكر إنك عبيد ملكتك منذ خمسة أعوام، فقال بكر إنني كنت عبد بشر ملكني منذ ستة أعوام فأعتقني، وبرهن عليه اندفع دعوى زيد، ثم إذا قال عمرو ليكر إنك عبيد ملكتك منذ سبعة أعوام وأنت ملكي الآن فبرهن عليه تقبل، ويفسخ الحكم بحريته ويجعل ملكا لعمرو. درر. وكذا الحكم بالملك على المستحق منه حكم على الباعة

[322]

من وقت التاريخ كما في الخانية، وفي المقدسي: شراها منذ شهرين فأقام رجل بينة أنها له منذ شهر يقضي بها له، ولا يقضى على بائعه، برهنت أمة في يد مشتر أخير على أنها معتقة فلان أو مديرتة أو أم ولده رجع الكل إلا من كان قبل فلان. سائحاني. قوله: (قيل كالحرية) أفتى به المولى أبو السعود، وحزم به في المحبية، ورجحه المصنف في كتاب الوقف كما قدمه الشارح أول الوقف. قوله: (وهو المختار) في الفواكه البدرية لابن الغرس: وهو الصحيح أ ه واقتصر عليه في الخانية في باب ما يبطل دعوى المدعي، واستدل له فكان مختاره. قوله: (وصححه العمادي) نقل الرملي عن المصنف عبارة الفصول العمادية، وليس فيها تصحيح أصلا بل مجرد حكاية: الأول عن الحلواني والسعدي، والثاني عن أبي الليث والصدر الشهيد أ ه. وفي جامع الفصولين: القضاء بالوقفية قيل يكون على الناس كافة، وقيل لا. قوله: (القضاء يتعدى الخ) فإذا قضى بواحدة منها لا تسمع دعوى آخر، وأراد بالحرية ما يشمل العارضة كالعتق، ويجري 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 معين الحكام: لو أحضر رجلا وادعى عليه حقا لموكله وأقام البينة على أنه وكله في استيفاء حقوقه والخصومة في ذلك قبلت، ويقضى بالوكالة ويكون قضاء على كافة الناس، لانه ادعى حقا بسبب الوكالة فكان إثبات السبب عليه إثباتا على كافة، حتى لو أحضر آخر وادعى عليه حقا لا يكلف إعادة البينة على الوكالة أ ه. 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 بالبينة لا يرجع المشتري على البائع بالثمن، لان الاستحقاق ما ورد على ملكه، لان لو كان ملكه في الاصل انقطع بالقطع والخياطة، كمن غصبه فقطعه وخاطه ملكه، فالاصل أن الاستحقاق إذا ورد على ملك البائع الكائن من الاصل يرجع عليه، وإن ورد عليه بعدما صار إلى حال لو كان غصبا ملكه به لا يرجع، لان 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 أ ه 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 الأبراء 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 نتج في ملكه، وعجز عن إثباته وأخذ منه الثمن فله الرجوع على بائعه، لانه لما حكم عليه التحق دعواه بالعدم، وكذا لو زعم أنه ليس له الرجوع

لأنكاره البيع، لانه لما حكم عليه ببينة 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 وكلا، فللمشتري مطالبة 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، لانه لم يسلم له لمبيع، فلا يحل للبائع أخذ الثمن وقد استحق المبيع أ ه ملخصا كل ذلك من الذخيرة. تنبيه: إذا ادعى المشتري استحقاق المبيع على بائعه ليرجع بثمنه، فلا بد أن يفسر الاستحقاق، ويبين سببه فلو بينه وأنكر البائع البيع فائتته المشتري رجع بثمنه. وقيل: يشترط حضرة المبيع لسماع البينة، وقيل لا، وبه أفتى ظهير الدين المرغيناني. فلو ذكر شية العبد وصفته وقدر ثمنه كفى. جامع الفصولين. وفيه أن للمستحق عليه تحليف المستحق بالله ما باعه ولا وهبه ولا تصدق به ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه، وتماه فيه. فرع: استأجر حمارا فادعاه رجل ولم يصدقه أنه مستأجر واستحقه عليه لا يرجع الأجر على بائعه، لان هذا الاستحقاق ظلم لانه لم يقع على خصم. ذخيرة. قوله: (إذا كان الاستحقاق بالبينة) فلو أخذ المستحق العين من المشتري بلا حكم فهلك فالوجه في رجوع المشتري على بائعه أن يدعي على المستحق أنك قبضته مني بلا حكم، وكان ملكي وقد هلك في يدك فأد إلي قيمته، فيبرهن أنه له فيرجع المشتري على بائعه بثمنه. جامع الفصولين ومفهومه أنه لو لم يهلك فللمشتري منه استرداده، حتى

يرهن فيرجع المشتري على بائه إن لم يقر المشتري أولاً بأنه للمستحق. وفي الفصولين أيضاً: أخذه بلا حكم فقال المشتري لبائه أخذه المستحق مني بلا حكم فأد ثمنه إلي فأداه، ثم برهن على المستحق أنه له في غيبة المشتري صح لانفساخ البيع بينه وبين المشتري بتراضيهما، فيقي على ملك البائع ولم يصح الاستحقاق ا هـ. واحترز بقوله بلا حكم عما إذا كان بحكم، ولم يرجع المشتري على بائه بالثمن، فإنه لا يصح مع غيبة المشتري، لعدم انفساخ البيع بالاستحقاق. رملي. قوله: (ياقرار المشتري (ولو عدل المشتري شهود المستحق: قال أبو يوسف: أسأل عنهما فإن عدلاً 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 بائه لا يقبل للتناقض. لأنه لما أقدم على الشراء فقد أقر أنه ملك البائع، فإذا ادعى لغيره كان تناقضاً يمنع دعوى الملك، ولأنه إثبات ما هو ثابت بإقراره، فلغا، أما لو برهن على إقرار البائع أنه للمستحق يقبل لعدم التناقض، وأنه إثبات ما ليس بثابت ولا بيينة له فله تحليف البائع بالله ما هو للمدعي، لأنه لو أقر لزمه جامع الفصولين: نعم لو أقر به للمستحق ثم برهن على أن الامة حرة الاصل وهي تدعي أو أنها ملك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل الشراء تقبل ويرجع بالثمن، لان التناقض في

دعوى الحرية وفروعها لا يضر. فتح. قال في النهر: وظاهر أن قوله وهي تدعي اتفاقي. قوله: (كما هو ظاهر كلام الزيلعي) حيث قال: لان البينة لا تصير حجة إلا بقضاء القاضي، وللقاضى ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة، والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء، وللمقر ولاية على نفسه دون غيره، فيقتصر عليه ا هـ. 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 ا هـ. وحينئذ فلا حاجة للاستدراك ا هـ. قوله: (ونحوه) من فروعه وكولاء ونكاح ونسب ط. قوله: (إن ثبت الحق بهما) الظاهر أنه احتراز عما لو سبق الحكم بالبينة عقب الانكار، ثم أقر بخلاف العكس، لأنه بعد الحكم للمستحق بإقرار المشتري لا يصح الحكم بعده بالبينة، بخلاف ما إذا كان قبل الحكم بشئ منهما بأن رهن ثم أقر المشتري أو بالعكس فإنه يجعل الحكم قضاء بالبينة عند الحاجة إلى الرجوع كما هنا. وإن أمكن جعله قضاء بالاقرار، فافهم، وعلى هذا حمل في الفتح ما في فتاوى رشيد الدين من أنه لو أقر ومع ذلك برهن المستحق وأثبت عليه البينة رجع، لان 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 فقل: يقضى بالاقرار، وقيل بالبينة، والاول أظهر وأقرب للصواب ا هـ. قال في الفتح: وهذا يناقض ما قبله، إلا أن يخص ذلك بعرض الحاجة إلى الرجوع. فيتحصل أنه إذا ثبت الحق بهما يقضى بالاقرار على ما جعله الاظهر، وإن سبقته إقامة البينة مع تمكن القاضي من اعتباره قضاء بالبينة، وعند تحقق حاجة الخصم إليه ينبغي اعتباره قضاء بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع ا هـ ملخصاً. قلت: ويؤيد هذا التوفيق أنه في جامع الفصولين نقل عبارة رشيد الدين الاولى معللة بالحاجة، وذكر في نور العين أن هذا أظهر وحقق ذلك فراجع. والظاهر أن مثل ما هنا ما لو باع شيئاً كان اشتراه ثم رد عليه بعيب قديم وأقر به وبرهن عليه المشتري وقضى بذلك يجعل قضاء بالبينة لحاجته إلى الرجوع على بائه بخيار العيب. قوله: (فبالبينة أولى) أي فاعتبار القضاء بالبينة أولى. قوله: (فلو استحققت مبيعة ولدت) يشمل الدابة إذا ولدت عند المشتري أولاداً كما في نور العين عن جامع الفتاوى. قوله: (لا باستيلاده) قيد به لمكان قوله يتبعها ولدها وإلا فاستيلاد المشتري لا يمنع استحقاق الولد بالبينة، لكنه لا يتبعها بل يكون ولد المشتري حراً بالقيمة كما نبه عليه بعده. قوله: (يتبعها ولدها) وكذا أرشها. فتح. قال: ولا خصوصية للولد بل زوائد المبيع كلها على التفصيل ا هـ. أي التفصيل بين كون الاستحقاق بالبينة أو بالاقرار، وبين دعوى المقر له الزوائد وعدمها، وسيذكر الشارح الزوائد آخر. قوله: (بشرط القضاء به) لان أصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بد من الحكم به، وهو الاصح في المذهب. فتح. قال في الهداية: وإليه تشير المسائل، فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد. قال محمد: لا تدخل الزوائد في الحكم، وكذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت

الحكم بالام تبعاً هـ. والظاهر أن الارش لا يدخل تبعاً. قوله: (في الاصح) مقابله ما قيل: إنه إذا قضى القاضي بالام يصير مقضياً به أيضاً كما في الفتح. قوله: (وكلام البزازي يفيد تقييده) أي تقييد القضاء بالولد للمستحق، وأخذ ذلك في النهر من قول البزازي: شهدوا على رجل في يده جارية أنها لهذا المدعي ثم غابا أو ماتا ولها ولد في يد المدعى عليه ويدعي أنه له وبرهن على ذلك لا يلتفت الحاكم إلى برهانه ويقضي بالولد للمدعي، فإن حضر الشهود وقالوا الولد للمدعى عليه ضمن الشهود قيمة الولد كأنهم رجعوا، فإن كانوا حضروا وسألهم عن الولد فإن قالوا إنه للمدعى عليه أو لا ندري لمن الولد يقضى بالام للمدعي دون الولد هـ. قوله: (بما إذا سكت الشهود) أي عن كونه لذي اليد، وكذا بالاولى إذا قالوا إنه للمستحق. قوله إنه للمستحق. قوله: (ثم استيلاده) أي استيلاد المشتري. مطلب في الولد المغرور قوله: (فيكون ولد المغرور) الاولى 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: أي يكون لذي اليد حراً، لأن وطأه كان في الملك ظاهراً، وعليه للمستحق القيمة: أي يوم الخصومة كما سيذكره في باب دعوى النسب، قال في جامع الفصولين: ولو أولدها على هبة أو صدقة أو شراء أو وصية أخذ المستحق الامة وقيمة الولد إذا الموجب للغرور ملك مطلق الاستباحة في الظاهر وقد وجد ويرجع الاب على البائع بثمنها وبقية ولدها لا بالعقر عندنا، ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصي بقيمة الولد عندنا، ولو باعها المشتري الاول فأولدها الثاني فاستحقت يرجع المشتري الثاني على الاول بالثمن وبقية الولد ولا يرجع الاول على بائعه إلا بالثمن عنده، وعندهما يرجع بقيمة الولد أيضاً، ونظيره أن المشتري الثاني لو وجد عبياً وقد تعذر رده لعيب حدث فيرجع على بائعه بنقص العيب وبائعه لا يرجع به في بائعه عنده خلافاً لهما. مطلب: لا يرجع على بائعه بالعقر ولا بأجر الدار التي ظهرت وفقاً تنبيه: إنما لم يرجع المشتري بالعقر لأنه بدل منفعة استوفاه لنفسه، وجزاء على فعله ومثله ما لو نقصت الأرض المستحقة بالزراعة، وضمن نقصانها لا يرجع به على بائعه وبه ظهر جواب حادثة الفتوى: فيمن اشترى داراً فظهرت وفقاً وضمنه ناظر الوقف أجزتها فأجبت: بأنه لا يرجع بالاجرة على البائع خلافاً لما أفتى به بعض علماء مصر القاهرة في زماننا مستدلاً بقولهم الغرور في ضمن عقد المعاوضة يوجب الرجوع، ولا يخفى أنه غير صحيح لأنه إنما يرجع بما يمكن تسليمه كما يأتي بيانه وبما ليس جزءاً لفعله كما علمت. قوله: (بالقيمة لمستحقه) أي مضمونها 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 مبنية فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلاً بها، فيكون له أما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة

الاخبار، 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 واحتراز عن استهلاكها فتضمن به. قوله: (ومنع التناقص دعوى الملك) هذا إذا كان الكلام الاول قد أثبت لشخص معين حقاً، وإلا لم يمنع كقوله: لا حق لي على أحد من أهل سمرقند ثم ادعى شيئاً على أحد منهم تصح دعواه كما في المؤبدية عن صدر الشريعة هـ وكذا إذا كان كل من الكلامين عند القاضي واكتفى بعضهم في تحققه كون الثاني عند القاضي واختار في النهر الاول، لأن من شرائط الدعوى كونها لديه واختار في البحر من متفرقات القضاء الثاني. قال في المنح: ولعل وجهه أنه الذي يتحقق به التناقص هـ. وقال المقدسي: يكاد أن يكون الخلاف لفظياً، لأن الكلام الاول لا بد أن يثبت عند القاضي، ليرتب على ما عنده حصول التناقص والثابت بالبيان كالثابت بالعيان، فكأنهما في مجلس القاضي، فالذي شرط كونهما في مجلسه يعم الحقيقي والحكمي في السابق واللاحق هـ. قلت: ويشهد له مسائل كثيرة في دعوى الدفع وسيأتي تمام الكلام عليه في متفرقات القضاء إن شاء الله تعالى. مطلب في مسائل التناقص ثم اعلم أن التناقص يرتفع بتصدق الخصم وتكذيب الحاكم أيضاً وهو معنى قولهم: المقر إذا صار مكذباً شرعاً بطل إقراره. بحر عن البزازية. وقد مرنا 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 البزازية عن الذخيرة ادعاء مطلقا، فدفعه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا، وبرهن عليه فقال المدعي أدعيه الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ا هـ. أي لكون المطلق أزيد من المقيد وهو مانع لصحة الدعوى، ولذا لو ادعى المطلق أو لا تسمع كما في البزازية لكونه بدعوى المقيد، ثانيا يدعي أقل، لكن ما نقله في البحر عن البزازية لا يدل على كون ذلك قاعدة في إبطال التناقض، وإلا لزم أن يضرب تناقض أصلا لتمكن المتناقض من قوله: تركت الكلام الاول، فإذا أقر أنه ليس له ثم قال هو لي وتركت الاول تسمع ولا قائل به أصلا. والظاهر أن ما نقله عن البزازية وجهة كونه توفيقا بين الكلامين بأن مراد المدعي الأقل الذي ادعاه أولا بدليل ما في البزازية أيضا: ادعى عليه ملكا مطلقا ثم ادعى عليه عند ذلك الحاكم بسبب يقبل، بخلاف العكس، إلا أن يقول العاكس أردت بالمطلق الثاني المقيد الاول لكون المطلق أزيد من المقيد، وعليه الفتوى ا هـ فافهم. قوله: طلب نكاح الامة يمنع دعوى تملكها) تنمة عبارة الصغرى وطلب نكاح الحرة مانع من دعوى نكاحها ا هـ. وكان الاولى ذكره لانه 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 الاول وقد وكلني بالخصومة ثم باعه من الثاني ووكلني أيضا، والتدارك ممكن بأن غاب عن المجلس وجاء بعد فوت مدة وبرهن على ذلك على ما نص عليه الحصري في الجامع دل على أن الامكان لا يكفي. نهر عن البزازية. قوله: (سنحققه الخ) حاصل ما ذكره هناك حكاية الخلاف. قلت: وذكر في البحر هناك أن الاكتفاء بإمكان التوفيق هو القياس، والاستحسان أن التوفيق بالفعل شرط، وذكر محشيه الرملي عن منية المفتى أن جواب الاستحسان هو الاصح. ا هـ. وفي جامع الفصولين بعد حكاية الخلاف: والاصوب عندي أن التناقض إذا كان ظاهر السلب، والایجاب والتوفيق خفيا لا يكفي إمكان التوفيق، وإلا ينبغي أن يكفي الامكان، ويؤيده ما في ح: أنه لو أقر له أنه له فمكت قدر ما يمكنه الشراء منه ثم برهن على الشراء منه بلا تاريخ قبل لامكان التوفيق بأن يشتريه بعد إقراره، ولأن البينة على العقد المبهم تفيد الملك للحال ولذا لا تعتبر الزوائد ا هـ. وأقر في نور العين. قوله: (وفروع هذا الاصل كثيرة) منها: ادعى عليه ألفا ديناً فأنكر ثم ادعاه من جهة الشركة لا تسمع، وبالعكس تسمع لامكان التوفيق، لأن مال الشركة يجوز كونه ديناً بالوجود. ادعى الشراء من أبيه ثم برهن على أنه ورثها منه يقبل لامكان أنه جحده الشراء ثم ورثه منه، وبالعكس لا ادعى أولا الوقف ثم لنفسه لا تسمع، كما لو ادعاه لغيره ثم لنفسه، وبالعكس تسمع لصحة الاضافة بالاختصاص انتفاعا. ادعاه بشراء أو إرث ثم ادعاه مطلقا لا تسمع، بخلاف العكس كما مر. بحر ملخصا. قوله: (وإن قال أبي وابني) مفاده أن قول ذلك بعد قول المدعي الاول هو أخي، وليس كذلك لأن المراد أن مدعي النفقة لو قال هو أبي أو ابني وكذبه ثم بعد موته صدقه المدعى عليه، وادعى الارث يقبل. والفرق أن ادعاء الولاد مجردا يقبل لعدم حمل النسب على الغير، بخلاف دعوى الاخوة، أفاده ح. ويمكن إرجاع ضمير قال هنا وفي المعطوف عليه إلى مدعي النفقة، ويكون المراد أن مدعي الارث وافقه على دعواه، فافهم. قوله: (والاصل الخ) أشار بهذا وبالكاف إلى أنه ليس المراد حصر ما يعفى فيه التناقض بما ذكره المصنف، بل كل ما في سببه خفاء، فمنه: 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 منديل 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 صغري يقبل، وإن مطلقا لا، وتماه في البحر. قوله: (كالنسب) كما لو باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعى البائع الاول أنه ابنه يقبل ويبطل الشراء الاول والثاني، لأن النسب يبتنى على العلوق فيخفى 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 ينتفي بنفيه، وهذا إذا صدقه الابن، وإلا فلا يثبت النسب لانه إقرار على الغير بأنه جزئي، لكن إذا لم يصدقه الابن ثم صدقه تثبت البنية، لان إقرار الاب لم يبطل بعدم التصديق، ولو أنكر الاب إقراره فبرهن الابن عليه يقبل، والاقرار بأنه ابني يقبل لانه إقرار على نفسه بأنه جزؤه، أما الاقرار بأنه أخوه فلا، لانه إقرار على الغير. ولو ادعى أن أبي فلان وصدقه ثبت نسبه فإذا ادعى أنه ابن فلان آخر لا يسمع، لان فيه إبطال حق الاول، وكذا لو لم يصدقه الاول لانه أثبت له حق التصديق، فلو صححنا إقراره الثاني يفضي إلى إبطال حق التصديق للاول وصار كمن ادعى أنه مولى فلان ولم يصدقه ثم ادعى أنه مولى فلان آخر لم يجز أ هـ. وتماه فيه. قوله: (والطلاق) حتى لو برهنت على الثالث بعدما 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 البازية: ادعت الطلاق فأنكر ثم مات لا تملك مطالبة الميراث أ هـ. تأمل. قوله: (وكذا الحرية) أي ولو عارضة 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 يحتمل بناء على الخلفاء، وإذا يتحقق في المشتري لا البائع لانه يستبد بالعتق، فالاولى أن يحمل هذا على قولهما، إذ الدعوى غير شرط عندهما في عتق العبد، فتقبل بينة البائع حسبة وإن لم تصح الدعوى للتناقض أ هـ. ومنها: لو أدى المكاتب بدل الكتابة ثم ادعى تقدم إعتاقه قبلها يقبل. بازية. وفي المبسوط: أقرت له بالرق فباعها ثم برهنت على عتق من البائع أو على أنها حرة الاصل 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 ما تم من جهته إلا أن يبرهن فيقبل، وكذا لو رهنه أو دفعه بجنابة كان إقرارا بالرق، لا لو أجره ثم قال أنا حر فالقول له، لان الاجارة تصرف في منافعه لا في عينه. وتماه في البحر. قوله: (فلو قال عبد) أي إنسان وسماه عبدا باعتبار ظاهر الحال الآن، وإلا فالفرض أنه حر. وقوله لمشتري أي لمريد الشراء. قوله: (اشترني فأنا عبد) لا بد في كون المشتري مغرورا يرجع بالثمن من هذين القيدين: أعني الامر بالشراء والاقرار بكونه عبدا كما في الفتح وغيره. وما في العتابة من الاكتفاء بسكوت العبد عند البيع في رجوع المشتري عليه فهو مخالف لما في سائر الكتب، وإن غلط فيه بعض من تصدر للافتاء بدار السلطنة العلية وأفتى بخلافه، كما أفاده الانقروفي في منهوات فتاويه، وأفاد بقوله اشترني أنه لو قال له أجنبي اشتره فإنه عبد فلا رجوع بحال كما في جامع الفصولين وغيره. قوله: (لزيد) كذا في النهر. قال السائحاني: والظاهر أنه ليس بشرط، لان الغرور في ضمن المعاوضة ليس كفالة صريحة حتى يشترط معرفة المكفول له وعنه، ومما اغتفروا أيضا هنا رجوع العبد على سيده بما أدى مع أنه لم يأمره بهذا الضمان الواقع منه ضمن قوله اشترني فأنا عبد أ هـ. قوله: (معتمدا على مقالته) احترز به عما إذا كان عالما بكونه حرا، لانه لا تغير مع العلم كما لا يخفى، ولذا لو استولدها عالما بأن البائع غصبها فاستحقت لا يرجع بقيمة الولد وهو رقيق كما

يذكره الشارح. فافهم. قوله: (أي ظهر حرا) بينة أقامها، لانه وإن كان دعوى العبد شرطا عند أبي حنيفة في الحرية الاصلية، وكذا في العارضة بعتق ونحوه في الصحيح، لكن التناقض لا يمنع صحتها كما أفاده تفريع المسألة، وتماه في الفتح. قوله: (يعرف مكانه) ظاهر إطلاقهم ولو بعد بحث لا يوصل إليه عادة كأقصى الهند. نهر. فافهم. قوله: (لوجود القابض) أي البائع، والاولى قوله الفتح للتمكن من الرجوع على القابض. قوله: (والا) أي بأن لم يعلم مكانه، ومثله ما إذا مات ولم يترك شيئا، فلو كان له تركة يعلم مكانها يرجع فيها فيما يظهر لان ذلك دين عليه كما يأتي، والدين لا يبطل بالموت، فافهم. قوله: (رجع المشتري على العبد بالثمن) لانه يجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه، والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الامر به ضمنا للسلامة كما هو موجبة. هداية. قوله: (خلافا للثاني) أي في رواية عنه. قوله: (لا رجوع عليه اتفاقا) لان الحر يشتري تخلصا كالاسير، وقد لا يجوز شراء العبد كالمكاتب. زيلعي.

قوله: (ورجع العبد على البائع) إنما يرجع عليه مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لانه أدى دينه، وهو مضطر في أدائه. فتح. فهو كمعير الرهن إذا قضى الدين لتخليص الرهن يرجع على المديون لانه مضطر في أدائه. قوله: (لم بضمن أصلاً) أي سواء كان البائع حاضراً أو غائبا. قال في الهداية: لان الرهن ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال، فلا يجعل الامر به ضمنا للسلامة، وبخلاف الاجنبي: أي لو قال: اشتراه فإنه عبد لانه لا يعيا بقوله فيه فلا يتحقق الغرور، ونظير مسألتنا قول المولى: بايعوا عبيدي هذا فإنني قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته ا هـ. قوله: (والاصل الخ) مر هذا الاصل مبسوطا آخر باب المراجعة والتولية. مطلب فيما لو باع عقارا وبرهن أنه وقف قوله: (لان مجرد الوقف لا يزيل الملك) أي عند الامام والفتوى على لزومه بدون الحكم بلزومه. قوله: (على خلاف ما صوبه الزيلعي) حيث قال: وإن أقام البينة على ذلك قيل تقبل، وقيل لا تقبل وهو أصوب وأحوط ا هـ. قوله: (وتقدم في الوقف) قدمنا هناك أن الاصح سماع البينة دون الدعوى المجردة بلا تفصيل لان الوقف حق الله تعالى، فتسمع فيه البينة وتماثل تحقيق المسألة هناك فراجع. قوله: (للقضاء عليهما) لان الملك للمشتري واليد للبائع والمدعى يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما

فتح. بقي لو قال المستحق لا بينة لي واستخلفهما فحلف البائع ونكل المشتري، فإنه يؤخذ بالثمن فإذا أذاه أخذ العبد وسلمه إلى المدعي، وإن حلف المشتري ونكل البائع لزم البائع كل قيمة العبد إلا أن يجيز المستحق البيع ويرضى بالثمن. بزازية وجامع الفصولين. قوله: (ثم هو) أي البائع. قوله: (ولزم البيع) لانه يقرر القضاء الاول ولا ينقضه. فتح لان القضاء بأن المستحق باعه يقرر القضاء بأنه ملك المستحق. قوله: (وتماثل في الفتح) حيث قال: ولو فسح القاضي البيع بطلب المشتري، ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض ا هـ. فأفاد أن قوله ولزم البيع مقيد بما إذا لم يفسخ القاضي البيع. مطلب لا عبرة بتاريخ الغيبة قوله: (لا عبرة بتاريخ الغيبة الخ) اعلم أن الخارج مع ذي اليد لو ادعى ملكا مطلقا فالخارج أولى إلا إذا برهن ذو اليد على النتائج أو أرخا الملك وتاريخ ذي اليد أسبق فهو أولى، ولو أرخ أحدهما فقط يقضى للخارج عندهما، وعند أبي يوسف وهو رواية عن الامام يحكم للمؤرخ خارجا أو ذا يد كما في جامع الفصولين من الفصل الثامن. وأفاد المصنف أن تاريخ الغيبة غير معتبر، لان قول الخارج إن هذا الحمار غاب عني منذ سنة ليس فيه تاريخ مالك فإذا قال ذو اليد: إنه ملكي منذ سنتين مثلا، وبرهن لا يحكم له لانه وجد تاريخ الملك من أحدهما فقط، وهو غير معتبر فيقضي به للخارج عندهما كما علمت، ومثله لو برهن الخارج أنه له منذ سنتين وذو اليد أنه بيده منذ ثلاث سنين، فهو للخارج لان ذا اليد لم يبرهن على الملك كما في جامع الفصولين. قوله: (بل العبرة لتاريخ الملك) أي التاريخ الموجود من الطرفين كما علمت، وإلا فتاريخ الملك هنا وجد من المدعى عليه لكنه لم يوجد من المدعي بل وجد منه تاريخ الغيبة فقط. قوله: (فقبل) ظرف متعلق بأخبر. قوله: (أخبر المستحق عليه) أي الذي ادعى عليه بالاستحقاق، وهو المشتري وهو مرفوع على أنه فاعل أخبر والبائع مفعوله. قوله: (بل يقضى بها للمستحق) لانه ما ذكر تاريخ الملك بل تاريخ الغيبة، فيبقى دعواه الملك بلا تاريخ والبائع ذكر تاريخ الملك ودعواه دعوى المشتري، لان المشتري تلقى الملك منه، فصار كأن المشتري ادعى ملك بائعه بتاريخ سنتين إلا أن التاريخ لا يعتبر حالة الانفراد، فسقط اعتبار ذكره وبقيت الدعوى في الملك المطلق، فيقضي بالادابة. درر: أي يقضى بها للمستحق. قال في جامع الفصولين من الفصل السادس عشر بعد ذكره ما مر أقول: ويقضى بها للمؤرخ عند أبي يوسف، لانه يرجح المؤرخ حالة الانفراد وينبغي الافتاء به لانه أرفق وأظهر والله تعالى أعلم ا هـ. قوله: (لانعدام الغرور) لعلمه بحقيقة الحال. درر ومثله ما لو تزوج من أخبرته بأنها حرة عالما بكذبها فأولدها فالولد رقيق كما في جامع الفصولين. قوله: (ويرجع بالثمن) أي على بائعه وكان الاولى ذكر الرجوع بالثمن أولا، لكونه المقصود

من التفريع علي كلام المتن، ثم يقول: ولكن يكون الولد رقيقا. أفاده السائحاني. قوله: (وإن أقر بملكية المبيع للمستحق) أي بعد أن يكون الاستحقاق ثابتا بالبينة لا بإقرار المشتري المذكور، فلا ينافي قول المصنف السابق أما إذا كان بإقرار المشتري أو بنكوله فلا، على أنه قدم الشارح أنه إذا اجتمع الاقرار والبينة يقضى بالبينة عند الحاجة إلى الرجوع. وبه اندفع ما في الشرنبلالية من توهم المنافة فافهم. قوله: (ورجع) أي بالثمن. قوله: (بسبب ما) أي بشراء أو هبة أو إرث أو وصية. قوله: (بخلاف ما إذا لم يقر) أي المشتري أي لم يقر نسا بأنه ملك للبائع، فإن الشراء وإن كان إقرارا بالملك، لكنه محتمل، وفي جامع الفصولين: لانه وإن جعل مقرا بالملك للبائع لكنه مقتضى الشراء، وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار. قوله: (بل لا بد من الشهادة على مضمونه) بأن يشهد 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 المنح. والمحضر ما يكتبه القاضي من حضور الخصمين والتداعي والشهادة. والسجل ما يكتب فيه نحو ذلك وهو عنده. والصك ما يكتبه لمشتري أو شفعي ونحو ذلك ه ط. قوله: (بخلاف نقل وكالة) كما إذا وكل المدعي إنسانا بحضرة القاضي ليدعي على شخص في ولاية قاض آخر وكتب القاضي كتابا يخبره 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) أي لمجرد الاعلام لا لنقل الحكم، فلا تشترط الشهادة على مضمونها، بل تكفي الشهادة بأنهما من قاضي بلدة كذا. هذا ما يفيد كلامه تبعا للدرر. ولكن 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 مبني 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 مسألة نقل الشهادة ولا بد من إسلام شهوده ولو كان لزمي على ذمي وعلله الشارح بقوله: لشهادتهم على فعل المسلم ه ط. قوله: (ولا رجوع الخ) أي لو ادعى حقا مجهولا في دار فصولح على شئ كمائة درهم مثلا فاستحق بعض الدار لم يرجع صاحب الدار بشئ من البذل على المدعي لجواز أن تكون دعواه فيما بقي وإن قل. درر وعبرة الهداية: فاستحققت الدار إلا ذراعا منها. والظاهر أنه لو كان الاستحقاق على سهم شائع كربع أو نصف فهو كذلك، لان المدعي لم يدع سهما

منها لان دعوى حق مجهول تشمل السهم والجزء. نعم لو ادعى سهما شائعا يكون استحقاق الربع مثلا واردا على ربع ذلك السهم أيضا فللمدعي عليه الرجوع بربع بدل الصلح، هذا ما ظهر لي فتأمل. قوله: (لدخول المدعي في المستحق) بالبناء للمجهول فيهما، قال في الدرر: للعلم بأنه أخذ عوض ما لم يملكه. قوله: (واستفيد منه الخ) كذا ذكره شرح الهداية. قوله: (لان جهالة الساقط لا تقضي إلى المنازعة) لان المصالح عنه ساقط، فهو مثل الأبراء عن المجهول فإنه جائز عندنا لما ذكر، بخلاف عوض الصلح فإنه لما كان مطلوب التسليم اشترط كونه معلوما لئلا يفضي إلى المنازعة. قوله: (لصحته) أي صحة الصلح. قوله: (لجهالة المدعى به) بيان لوجه عدم صحة الدعوى، لان المدعى به إذا كان مجهولا لا تصح الدعوى حتى لو برهن عليه لم يقبل. قوله: (ما لم يدع إقراره به) أي فإذا ادعى إقرار المدعى عليه بذلك الحق المجهول وبرهن على إقراره به يقبل: أي ويجبر المقر على البيان كما نقله ط عن نوح. قوله: (بحصته) الأولى ذكره بعد قوله: شئ منها لان الضمير راجع إليه ط. قوله: (لفوات سلامة المبدل) أي الشئ الذي استحق فإنه لم يسلم للمصالح. قال في الدرر: لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار، فإذا استحق منها شئ تبين أن المدعى لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض ه فافهم. قوله: (لم يرجع الخ) هذا ظاهر فيما إذا ورد الاستحقاق على سهم شائع أيضا كربعها أو نصفها، أما إذا استحق جزء معين منها كذراع مثلا من موضع كذا فالصلح عن دعوى ربعها يدخل فيه ربع ذلك الجزء المستحق. تأمل. قوله: (وإن بقي أقل) بأن ادعى الربع ولم يبق الاستحقاق في يد المدعى عليه إلا الثمن فيرجع بحصة الثمن المستحق ط. قوله: (فوجب الرجوع) أي بأصل المدعي وهو الدنانير ط. قوله: (وفيها فروع آخر فلتنظر) منها استحقاق بعض المبيع وسيأتي. ومنها مسائل آخر تقدمت في فصل

الفضولي. قوله: (إلا إذا البائع هاهنا ادعى الخ) أي فلا يرجع بالثمن، لأنه لو رجع على بائعه فهو أيضا يرجع عليه. بزازية. لكن هذا ظاهر إذا اتحد الثمن، فلو زاد فله الرجوع بالزيادة كما قاله ط. وكذا لو ادعى عليه إقراره بأنه اشتراه مني وهي حيلة لا من البائع غائلة الرد بالاستحقاق، وبيانها أن يقر المشتري بأن بائعي قبل أن يبيعه مني اشتراه مني فحينئذ لا يرجع بعد الاستحقاق لما قلنا، أما لو قال لا أرجع بالثمن إن ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع، ولا يعمل

[333]

ما قاله لان البراء لا يصح تعليقه بالشروط كما في الفتح. قوله: (وطفقا ذاك) أي شرع واسم الإشارة للمشتري. قوله: (أكامها) بمد الهمزة جمع أكمة محركة: التل. قوله: (تمامها) أي الخرابه 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، ولو 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 لو كان غصبا لملكه كما لو قطع الثوب وخاطه قميصا فاستحق القميص أو طحن البر فاستحق الدقيق. وقد اختلفوا فيما لو غصب أرضا وبنى فيها أو غرس ما قيمته أكثر من قيمة الأرض هل يملك الأرض بقيمتها أم يؤمر بالقلع والرد إلى الملك؟ أفتى المفتي أبو السعود بالثاني وعليه يظهر إطلاقهم هنا، أما على القول الأول فتفيد 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) أي 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 عائد على الذي. قوله: (يرجع الخ) أي لأنه صار شاريا للمبيع من المستحق، ومر تمام الكلام على ذلك أوائل الباب. قوله: (شرى دارا) أي ولو كان الشراء فاسدا كما في جامع الفصولين، معللا بتحقيق الغرور فيه. قوله: (وبنى فيها) أي من ماله، فلو بنى بنقضها لم يرجع بقيمتها كما هو ظاهر، ولا بما أنفق كما يعلم مما يأتي قوله (فاستحققت) أي الدار وحدها دون ما بناه فيها قوله (وقيمة البناء مبنيا) (أي يقوم مبنيا فيرجع بقيمتها 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 النقض إليه) ظاهره أنه يرجع بعدما كلفه المستحق الهدم فهدمه والبائع غائب، ثم سلم نقضه إلى البائع، وذكر في الخانية عن ظاهر الرواية أنه لا يرجع عليه إلا إذا

[334]

سلمه البناء قائما فهدمه البائع، ثم قال: والاول أقرب إلى النظر. 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، ونقلناه في آخر المراجعة عن الخانية. قوله: (فبالثمن لا غير) وعند البعض: له إمساك النقض والرجوع بنقصانه أيضا كما في الذخيرة. قوله: (كما لو استحققت بجميع بنائها) أي فإنه يرجع بالثمن لا غير، وهذه مسألة الخرابه السابقة. قوله: (لما تقرر الخ) قال في جامع الفصولين: لان 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 لا يرجع بقيمة بنائه ما لم يسلمه إلى البائع ا هـ. قوله: (لان الحكم الخ) أي حكم القاضي بالاستحقاق يوجب الرجوع بالقيمة: أي بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه كما يأتي، لا بالنفقة: أي لا بما أنفق وهو هنا أجرة 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 الخرابه)

أي المتقدمة في النظم وهذا تشبيه، لقوله: لا بالنفقة إن كان لم يبن في الخراب، وإن كان بنى فيها فهو تمثيل لقوله: كما لو استحققت الخ. قوله: (حتى لو كتب في الصك) أي صك عقد البيع وهو تفريع 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: (وطواها) أي بناها حجر أو آجر. قوله: (لا بقيمة الحفر) كذا في جامع الفصولين، والظاهر التعبير بنفقة الحفر لأن الحفر غير متقوم. قوله: (فلو شرطاه) أي الرجوع بنفقة الحفر. قوله: (وبالجملة) أي وأقول قولاً ملتبساً بالجملة: أي مشتملاً على جملة ما تقرر. قوله: (بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه) أي بعد أن يسلمه للبائع كما مر، وهذا إن لم يكن عالماً بأن البائع غاصب، فلو علم لم يرجع لأنه مغتر لا مغرور. بزازية. ولو قال البائع بعثها مبنية وقال المشتري أنا بنيتها فأرجع عليك فالقول للبائع، لأنه منكر حق الرجوع، ولو أخذ داراً بشفعة فبنى ثم استحق منه رجع على المشتري بثمنه لا بقيمة بنائه لأنه أخذها برأيه: جامع الفصولين، وفيه: لو أضر الزرع بالأرض فللمستحق أن يضمه للنقصان ولا يرجع المشتري على بائعه إلا بالثمن. تنبيه: نظم في المحبية مسألة أخرى وعزاها شارحها سيدي عبد الغني النابلسي إلى جامع الفتاوى وهي: رجل اشترى كرماً فقبطه وتصرف فيه ثلاث سنين، ثم استحقه رجل وبرهن وأخذه بقضاء

القاضي، ثم طلب الغلة التي أتلفها المشتري هل يجوز رده أم لا؟ الجواب فيه: يوضع من الغلة مقدار ما أنفق في عمارة الكرم من قطع الكرم وإصلاح السواقي وبنیان الحيطان وممرته، وما فضل من ذلك يأخذه المستحق من المشتري هـ. وبه أفتى في الحامدية أيضاً وعزاها إلى جامع الفتاوى، وقال: بمثله أفتى الشيخ خير الدين في فتاواه، وأيضاً أبو السعود أفندي مفتي السلطنة نقلاً عن التوفيق كما في صور المسائل من الاستحقاق، ونقله الانقروفي في فتاواه هـ. 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 أنفقه لم يكن رجوعاً من كل وجه، لأن الغلة إنما نمت وصلحت بإنفاقه كما في الانفاق على الدابة كما يأتي لكن كما لا يوافق الرجوع على البائع لأنه غر المشتري في ضمن عقد البيع ولا صنع للمستحق في ذلك. فلي تأمل. قوله: (في الفصل الخامس عشر) صوابه السادس عشر. قوله: (له رد الباقي) لعبب 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 بضر 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 هـ. وهذا إذا كان بعد القبض ولذا قال بعده: ولو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع في قدر المستحق، ويخير المشتري في الباقي كما مر، سواء أورث الاستحقاق عيباً في الباقي أو لا لتفرق الصفقة قبل التمام، وكذا لو استحق بعد قبضه، سواء استحق المقبوض أو غيره بخير كما مر لما مر من التفرق، ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره، ثم لو أورث الاستحقاق عيباً فيما بقي يخير المشتري كما مر، ولو لم يورث عيباً فيه كثوبين أو قنين استحق أحدهما، أو كليهما أو وزني استحق بعضه أو لا يضر تبغيضه فالمشتري يأخذ الباقي بلا خيار هـ. وتقدم تمام الكلام على ذلك في خيار العيب. قوله: (لم يرجع بما أنفق) أي لم يرجع المشتري على البائع. قنية. وفيها أيضاً: اشترى إبلاً مهزلاً فعلقها حتى سمت ثم استحققت لا يرجع على البائع بما أنفقه وبالعلف هـ. ونقل في الحامدية بعده عن القاعدية: اشترى بقرة وسمنها ثم استحققت فإنه يرجع على بائعه بما زاد، كما لو اشترى داراً وبنى فيها ثم استحققت هـ. 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 أرضاً فيها أشجار حتى دخلت بلا ذكر فاستحققت الأشجار، قيل لا حصة لها من الثمن كثوب قن وبردة حمار، فإن ما يدخل تبعاً لا حصة له من الثمن، وقيل الرواية أنه يرجع بحصة الأشجار والفرق أنها مركبة في الأرض، فكأنه استحق بعض الأرض بخلاف الثياب والتبعية هنا أقل، ولذا كان للبائع أن يعطي غيرها لو كانت ثياب مثله. ثم قال: أقول في الشجر: وكل ما يدخل تبعاً إذا استحق بعد القبض ينبغي أن يكون له حصة من الثمن هـ.

قلت: ويدل له ما نقل عن شرح الاسبيجاني: الاوصاف لا قسط لها من الثمن إلا إذا ورد عليها القبض، والاصناف ما يدخل في البيع بلا ذكر كبناء وشجر في أرض وأطراف في حيوان وجوده في الكيلي والوزني وعن فتاوى رشيد الدين: البناء وإن كان تبعاً إذا لم يذكر في الشراء، لكن إذا قبض يصير مقصوداً له حصة من الثمن أ هـ. وفي الخانية: وضع محمد رحمه الله تعالى أصلاً: كل شئ إذا بعته وحده لا يجوز بيعه، وإذا بعته مع غيره جاز، فإذا استحق ذلك الشئ قبل القبض كان المشتري بالخيار: إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن، وإن شاء ترك. وكل شئ إذا بعته وحده يجوز بيعه، فإذا بعته مع غيره فاستحق كان له حصة من الثمن أ هـ. قلت: فصار الحاصل أن ما يدخل في البيع تبعاً 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 بشئ بل يخير بين الأخذ بكل الثمن والترك، وإن جاز بيعه وحده كالشجر وثوب الفن كان له حصة من الثمن، فيرجع بها على البائع، وهذا إذا لم يذكر في البيع لما في جامع الفصولين: إذا ذكر البناء والشجر كانا مبيعين قصداً لا تبعاً، حتى لو فاتا قبل القبض يأخذ الأرض بحصتها ولا خيار له، ولو احترقا أو قلعهما ظالماً قبل القبض يأخذها بجميع الثمن أو ترك ولا يأخذ بالحصة، بخلاف الاستحقاق والهلاك بعد القبض وهو على المشتري. قوله: (بلا إعادة بينة) أي على الاستحقاق، وهذا إذا كان الرجوع عند القاضي الذي حكم بالاستحقاق وهو ذاك لذلك فلو نسي أو كان عند غيره لا بد من الاعادة، كما أفاده في جامع الفصولين. قوله: (لو أبرأ الأول من الثمن) أي بأن يحكم القاضي بالاستحقاق وحكم للمشتري الأخير بالرجوع على الأول بالثمن ثم أبرأه، فللمشتري الأول الرجوع على بائعه كما قدمه الشارح أوائل الباب عن جامع الفصولين، ونقلنا قبله عن الذخيرة وجامع الفصولين: أنه لو أبرأ البائع عن الثمن قبل الاستحقاق فلا رجوع له بعد الاستحقاق، لانه لا ثمن له على بائعه، وكذا لا رجوع لبقية الباعة. قوله: (لكن في الفصولين ما يخالفه) الذي في جامع الفصولين: التفرقة بني الاستحقاق المبطل والناقل كما تقدم في المتن أول الباب. وهذا لا يخالف المنقول هنا عن أبي حنيفة، وإن كان مراده المخالفة في مسألة الأبراء فلم أر فيه مخالفة لما هنا أيضاً، بل فيه التفرقة بين إبراء المشتري البائع وبين إبراء البائع المشتري كما ذكرناه آنفاً وقدمناه أول الباب. قوله: (لم يرجع المستحق بالمال على المعتق) كذا في القنية، والظاهر أن المراد بالمال ما كان من كسب العبد، لان غايته أنه ظهر بالاستحقاق أن المعتق غاصب للعبد والغاصب يملك كسب العبد المغصوب، أما لو كان المال للمولى مع العبد فأعتقه عليه ينبغي أن يثبت للمستحق الرجوع به على المعتق. تأمل. قوله: (وأخذت بالشفعة) أي بقيمة العبد أو بعينه إن وصل إلى الشفيع بجهة ط.

قوله: (ويأخذ البائع الدار من الشفيع) أي ويرجع الشفيع بما دفع من قيمة العبد على البائع. قوله: (لبطلان البيع) علة لقوله: بطلت الشفعة ط. والتعليل بذلك مذكور في القنية، وهو صريح في أن الاستحقاق في بيع المقايضة يبطل البيع. وفي جامع الفصولين: استحقاق بدل المبيع يوجب الرجوع بعين المبيع قائماً وقيمه هالكة. وفيه أيضاً: إذا استحق أحد البديلين في المقايضة وهلك البديل الآخر تجب قيمة الهالك لا قيمة المستحق لانتقاض البيع أ هـ. وفي حاشيته للخير الرملي: هذا يدل بإطلاقه على ما لو باعه المقايض لغيره وسلمه له ثم استحق بدله من يد المقايض للثاني أن يرجع بعين المبيع على المشتري منه لانتقاض البيع، ومن لوازمه رجوعه إلى ملكه، فإذا رجع عليه وأخذ منه يرجع هو بما دفع لبائعه من الثمن، وتسمع دعوى مالك المبيع على المشتري بغية بائعه لدعواه الملك لنفسه، فينتصب خصماً للمدعي وهي واقعة الحال في مقايضة بهيم بهيم وتقاياض وباع أحدهما ما في يده وسلم فاستحق من مشتريه، ولم أر فيها صريح النقل غير ما هنا، لكن مجرد الاستحقاق لا يوجب نقض البيع وفسخه كما مر بيانه أ هـ ملخصاً. وتماهه فيها. خاتمة: لم أر من ذكر ما إذا ورد الاستحقاق بعد هلاك المبيع كموت الدابة مثلاً وهي واقعة الفتوى، وقد أجبنا بأن المستحق لا بد له من إقامة البينة على قيمتها يوم الشراء، فيضمن المشتري القيمة ويرجع على بائعه بالثمن لا بما ضمن، لان المشتري غاصب

الغاصب، وقد صرحوا في الغصب بأن المشتري من الغاصب إذا ضمن القيمة يرجع على بائعه بالثمن، لأن رد القيمة كرد العيب، والله سبحانه وتعالى أعلم. باب السلم شروع فيما يشترط فيه قبض أحد العوضين أو قبضهما كالصرف، وقدم السلم عليه لانه بمنزلة المفرد من المركب، وخص باسم السلم لتحقيق إيجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه: أعني تسليم رأس المال، وتماهه في النهر. قوله: (وشرعا) معطوف على قوله: لغة. قوله: (بيع أجل بعاجل) كذا عرفه في الفتح، واعترض على ما في السراج والعناية من أنه أخذ عاجل بأجل بأنه غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل. وفي غاية البيان أنه تحريف من النساخ. وأجاب في البحر بأنه من باب القلب، والاصل أخذ أجل بعاجل. قلت: وفيه أن القلب لا يسوغ لغير البلغاء لأجل نكتة 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 الحواشي السعدية ما يوافق ما قلنا حيث قال: يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بأجل بقرينة المعنى اللغوي، إذ الاصل هو عدم التغيير إلا أن يثبت بدليل ا هـ. ويظهر لي أيضا أن الاولى في تعريفه أن يقال شراء أجل بعاجل، لأن السلم اسم من الاسلام كما في القهستاني، ولا يخفى أن الاسلام صفة المسلم، فهو المنظور إليه أصالة ولذا سموه رب السلم: أي صاحبه، فالمناسب بناء التعريف على

ما يشعر به اللفظ والمعنى، وهو الشراء الذي هو المراد بالاسلام الصادر من رب السلم، بخلاف البيع الصادر من المسلم إليه، ومثله الاخذ لعدم إشعار اشتقاق اللفظ بهما. قوله: (وركنه ركن البيع) من الايجاب والقبول. قوله: (حتى ينعقد الخ) وكذا ينعقد البيع والشراء بلفظ السلم، ولم يحك في القنية فيه خلافا. نهر قوله: (ويصح فيما أمكن ضبط صفته) لانه دين، وهو لا يعرف إلا بالوصف، فإذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة تفضي إلى المنازعة، فلا يجوز كسائر الديون. نهر قوله: (كمكيل 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. بحر. قوله: (فلم يحز فيها السلم) لكن إذا كان رأس المال دراهم أو دنانير أيضا كان العقد باطلا اتفاقا، وإن كان غيرها كثوب في عشرة دراهم لا يصح سلما اتفاقا، وهل ينعقد بيعا في الثوب بثمن مؤجل؟ قال أبو بكر الأعمش: ينعقد، وعيسى بن أبان: لا، وهو الأصح. نهر. وهذا صححه في الهداية، ورجح في الفتح الاول، وأقره في البحر واعترضه في النهر بما هو ساقط جدا كما أوضحته فيما علقته على البحر. قوله: (وعدي متقارب) الفاصل بين المتفاوت والمتقارب أن ما ضمن مستهلكه بالمثل فهو متقارب، وبالقائمة يكون متفاوتا. بحر عن المعراج. قوله: (كجوز) أي جوز الشام، بخلاف جوز الهند كما في البحر. قوله: (وبيض) ظاهر الرواية أن بيض النعام من المتقارب، في رواية الحسن عن الامام، لا يجوز لتفاوت أحاده، والوجه أن ينظر إلى الغرض في العرف، فإن كان الغرض منه الاكل فقط كعرف أهل البوادي وجب العلم بالاول، أو القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في مصر وغيرها وجب العمل بالرواية الاخرى، ووجب مع ذكر العدد تعيين المقدار واللون من نقاء البياض وإهداره أفاده في الفتح، وأجازوه في الباذنجان والكاغد عددا، وحمله في الفتح على باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك، وعليه كاغد بقال خاص، وإلا لا يجوز ا هـ. وفي الجوهرة: لا يجوز السلم في الورق إلا أن يشترط منه ضرب معلوم الطول والعرض والجودة. قوله: (وفلس) الاولى وفلوس لانه مفرد لا اسم جنس. قيل وفيه خلاف محمد لمنعه بيع الفلس بالفلسين، إلا أن ظاهر الرواية عنه كقولهما، وبيان الفرق في النهر وغيره. قوله: (بكسر الباء) أي الموحدة وقد تخفف فيصير كحمل كما في المصباح وهو الطوب النئ. نهر. قوله: (وأجر) بضم الجيم وتشديد الراء مع المد أشهر من التخفيف وهو اللبن إذا طبخ. مصباح. قوله: (بملين) كمنبر: قالب الطين. قاموس. فهو يفتح الباء. وما في البحر عن الصحاح من أنه بكسر الباء فهو سبق قلم، فإنه لم يوجد في الصحاح، بل الذي فيه الملين قالب اللبن، والملين المحلب. قوله: (بين صفته ومكان ضربه خلاصة) فيه نظر، فإن عبارة الخلاصة: ولا بأس في السلم في اللبن والأجر إذا بين الملين والمكان وذكر عددا معلوما والمكان: قال

بعضهم: مكان الایفاء، وهذا قول أبي حنيفة. وقال بعضهم: المكان الذي يضرب فيه اللبن ا هـ: أي لاختلاف الارض رخاوة وصلابة وقربا وبعدا، ولا يخفى أن الملبن إذا كان معينا لا يحتاج إلى بيان صفته، بخلاف ما إذا كان غير معين فلا بد من كونه معلوما، ويعلم كما في الجوهرة بذكر طوله وعرضه وسمكه. قوله: (وذرعى كتوب الخ) وكالبسط والحصر والبوارى كما في الفتح، وأراد بالثوب غير المخيط. قال في الفتح: ولا في الجلود عددا، وكذا الاخشاب والجوالقات والفراء والثياب المخيطة والخفاف والقلائس، إلا أن يذكر العدد لقصد التعدد في المسلم فيه ضبطا للكمية، ثم يذكر ما يقع به الضبط كأن يذكر في الجلود مقدار من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم الخ. قوله: (بين قدره) أي كونه كذا كذا ذراعا. فتح. وظاهره أن الضمير للثوب لا للذراع. وفي البزازية: إن أطلق الذراع فله الوسط، وفي الذخيرة اختلفوا في قول محمد: له ذراع وسط، فقليل المراد به المصدر: أي فعل الذرع فلا يمد كل المد ولا يرخى كل الارشاء، وقيل الآلة، والصحيح أنه يحمل عليهما. قوله: (كقطن) فيه أن هذا جنس والصفة كأصغر ومركب منهما كالملمح. ط عن المنح. وفسر الصفة في الدرر بالركة والغلط لكنه لا يناسب المتن. قوله: (فإن الديباح) هو ثوب سداه ولحمته إبريسم، بكسر الدال أصوب من فتحها. مصباح. وهو نوع من الحرير. قوله: (والحرير الخ) قال في الفتح: هذا عرفهم، وعرفنا ثياب الحرير أيضا وهي المسماة بالكمشاء كلما ثقلت زادت القيمة. فالحاصل: أنه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة ا هـ. قوله: (فلا بد من بيانه مع الذرع) هو الصحيح كما في الظهيرية، ولو ذكر الوزن بدون الذرع لا يجوز، وقيده جواهر زاده بما إذا لم يبين لكل ذراع ثمنًا، فإن بينه جاز، كذا في التاترخانية. نهر. قوله: (ما تتفاوت ماليته) أي مالية أفرادها. قوله: (بلا ممين) أي بلا ضابط غير مجرد العدد كطول وغلط 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 بجنسها، والمعدود ليس منها وإنما كان باصطلاحهما، فلا يصير بذلك مكيفا مطلقا ليكون ربويا، وإذا أجزأه كيلا فوزنا أولى. فتح. وكذا ما جاز كيلا جاز وزنا وبالعكس على المعتمد لوجود الضبط كما قدمناه عن البحر: أي وإن لم يجر فيه عرف كما قدمناه في الربا قبيل قوله: والمعتبر تعيين الربوي. قوله: (ويصح في سمك ملبح) في المغرب سمك ملبح ومملوح، وهو القدير الذي فيه الملح. قوله: (ومالح لغة رديئة) كذا في المصباح، وذكر أن قولهم ماء مالح لغة حجازية، واستشهد لها وأطال. قوله: (وفي طري حين يوجد) فإن كان ينقطع في بعض السنة كما قيل إنه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد: أي لانجماد الماء فلا ينقطع في الشتاء، ولو أسلم في الصيف وجب أن يكون الاجل لا يبلغ الشتاء، هذا معنى قول محمد، لا خير في السمك الطري إلا في حينه: يعني أن يكون السلم مع شروطه في حينه، كي لا ينقطع بين العقد والحلول، وإن كان في

بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا لا عددا لما ذكرنا من التفاوت في أحاده. فتح أما الملبح فإنه يدخر ويباع في الاسواق 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 الاسواق إلا نادرا. قوله: (جاز وزنا وكيلا) أي بعد بيان النوع لقطع المنازعة ط. قوله: (وفي الكبار) أي وزنا ولا يجوز كيلا رواية واحدة. أفاده أبو السعود ط. قوله: (روايتان) والمختار الجواز، وهو قولهما لأن السمن 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 ا هـ. قوله: (لا في حيوان ما) أي دابة كان أو رفيقا، ويدخل في جميع أجناسه، حتى الحمام والقمري والعصافير هو المنصوص عن محمد إلا أنه يخص من عمومهم السمك. نهر. قال في البحر: لكن في الفتح إن شرطت حياته: أي السمك قلنا أن نمنع صحته ا هـ. وأقره في النهر والمنح. قوله: (خلافا للشافعي) ومعه مالك وأحمد، وأطال في الفتح في ترجيح أدلة المذهب المنقولة والمعقولة، ثم ضعف المعقولة وحط كلامه على أن المعبر النهي الوارد في السنة كما قاله محمد: أي فهو تعدي. قوله: (وأكارع) جمع كراع، وهو ما دون الركبة في الدواب. فتح قوله: (وجاز وزنا في رواية) في السراج أو أسلم فيه وزنا اختلفوا فيه. نهر. واختار هذه الرواية في الفتح حيث

قال: وعندي لا بأس بالسلم في الرؤوس والاكارع وزنا بعد ذكر النوع، وبأقي الشروط فإنها من جنس واحد، وحنئذ لا تتفاوت تفاوتاً فاحشاً هـ. وأقره في النهر. قوله: (بالحزم) بضم الحاء وفتح الزاي جمع حزمة. في القاموس حزمه يحزمه: شدة، والحزمة بالضم: ما حزم. قوله: (ورطبة) هي الفصة خاصة قبل أن تجف، والجمع رطاب مثل كلية وكلاب، والرطب وزان قفل: المرعى الأخضر من بقول الربيع، وبعضهم يقول: الرطبة وزان غرفة: الخلا، وهو الغض من الكلا. مصباح. قوله: (بالجرز) جمع جرزة مثل غرفة وغرف، وهي القبضة من القتب ونحوه أو الحزمة. مصباح. وفيه: والقت: الفصة إذا يبست. قوله: (إلا إذا ضبط الخ) بأن بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي إلى النزاع. زيلعي. قوله: (وجاز وزنا) أي في الكل. فتح. قال: وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن، فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو أضبط وأطيب. قوله: (وجوهر) كالياقوت والبلخش والفيروز ج. نهر. قوله: (وخزن) بالتحريك الذي ينظم وخزرات الملك جواهر تاجه، وكان إذا ملك عاماً زيدت في تاجه خرزة ليعلم عدد سني ملكه. قاله الجوهري. وذلك كالعقيق والبلور لتفاوت

[341]

أحاديها تفاوتاً فاحشاً، وكذلك لا يجوز في اللآلئ الكبار. نهر. قوله: (من وقت العقد إلى وقت الاستحقاق) دوام الانقطاع ليس شرطاً، حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو بالعكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز، وحد الانقطاع أن لا يوجد في الاسواق وإن كان في البيوت، كذا في التبيين. شرنبلالية. ومثله في الفتح و البحر والنهر، وعبرة الهداية: ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل، وسيذكره الشارح فما أوهمه كلامه هنا كالدرر غير مراد. قوله: (لم يجز في المنقطع) أي المنقطع فيه، لأنه لا يمكن إحضاره إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم. بحر. قوله: (بعد الاستحقاق) أي قبل أن يوفي المسلم فيه. بحر. قوله: (ولحم) في الهداية: ولا خير في السلم في اللحم. قال في الفتح: وهذه العبارة تأكيد في نفي الجواز، وتماهيه فيه. قوله: (ولو منزوع عظم) هو الاصح. هداية وهو رواية ابن شجاع عن الامام وفي رواية الحسن عنه جواز منزوع العظم كما في الفتح. قوله: (وجوازه إذا بين وصفه وموضعه) في البحر، وقال: يجوز إذا بين جنسه ونوعه وسنه وصفته وموضعه وقدره كشاة خصي ثني سمين من الجنب أو الفخذ مائة رطل هـ. 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: (بالرويتين) أي رواية الحسن، ورواية ابن شجاع وهي الاصح، فما في القهستاني مبني على خلاف الاصح. مطلب هل اللحم قيمى أو مثلى؟ قوله: (وفي العيني الخ) في البحر عن الظهيرية: وإقراض اللحم عندهما يجوز كالسلم، وعنه روايتان، وهو مضمون بالقيمة في ضمان العد، وإن لو مطبوخاً إجماعاً ولو نيئاً فكذلك هو الصحيح هـ. وذكر في الفتح عن الجامع الكبير والمنتقى أن اللحم مضمون بالقيمة واختيار الاسبيجاني ضمانه بالمثل وهو الوجه، لأن جريان ربا الفضل فيه قاطع بأنه مثلى فيفرق بين الضمان والسلم بأن المعادلة في الضمان منصوص عليها وتماهيه بالمثل، لأنه مثل صورة ومعنى والقيمة مثل معنى فقط، وتماهيه الكلام فيه. قوله: (ولا بمكيال وذراع مجهول) أي لم يدر قدره كما في الكنز، والواو بمعنى أو أي لا يجوز السلم بمكيال معين أو بذراع معين لا يعرف قدره، لأنه يحتمل أن يضع فيؤدي إلى النزاع، بخلاف البيع به حالا حيث يجوز لأن التسليم به يجب في الحال فلا يتوهم فوته، وفي السلم يتأخر التسليم فيخاف فوته. زيلعي. زاد في الهداية: ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينسبط كالقصاص مثلاً، وإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز إلا في قرب الماء للتعامل فيه، كذا عن أبي يوسف هـ. واعترضه الزيلعي بأن هذا التفصيل إنما يستقيم في البيع حالا حيث يجوز بإناء لا يعرف قدره بشرط أن لا ينكبس ولا ينسبط ويفيد فيه استثناء قرب الماء، ولا يستقيم في السلم، لأنه

[342]

إن كان لا يعرف قدره لا يجوز السلم به مطلقاً، وإن عرف قدره فالسلم به لبيان القدر لا لتعيينه، فكيف يتأتى فيه الفرق بين المنكبس وغيره هـ. وأجاب في النهر:

بأنه إذا أسلم بمقدار هذا الوعاء برا وقد عرف أنه وبيته مثلاً جاز، غير أنه إذا كان ينقبض وينبسط لا يجوز لأنه يؤدي إلى النزاع وقت التسليم في الكيس وعدمه، لانه عند بقاء عينه يتعين. وقول الزيلعي: لا لتعيينه ممنوع. نعم هلاكه بعد العلم بمقداره لا يفسد العقد أ. ه. قلت: ولا يخفى ما فيه، لان الوعاء إذا تحقق معرفة قدره لا يتعين قطعاً، وإلا فسد العقد بعد هلاكه، ولا نزاع بعد معرفة قدره لامكان العدول إلى ما عرف من مقداره فيسلمه بلا منازعة، كما إذا هلك، لان الكلام فيما عرف قدره، ويظهر لي الجواب عن الهداية بأن قوله: ولا بد الخ بيان لما يعرف قدره لا شرط زائد عليه، ويكون المراد أنه إذا كان مما ينقبض وينكيس بالكيس لا يتقدر بمقدار معين، لتفاوت الانقباض والكيس فيؤدي إلى النزاع، ولذا لم يجز البيع فيه حالاً، فكلام الزيلعي وارد على ما يتبادر من كلام الهداية من أنه شرط زائد على معرفة القدر وعلى ما قلنا فلا، فاعتنم هذا التحرير. قوله: (إلا إذا كانت النسبة لثمرة الخ) كان الأولى إسقاط قوله: لثمرة أو أنه يقول لثمرة أو بر إلى نخلة أو قرية. تأمل. قال في الفتح: فلو كانت نسبة الثمرة إلى قرية معينة لبيان الصفة لا لتعيين الخارج من أرضها بعينه كالخشراني ببخارى، والسباخي وهي قرية حنطتها جيدة بفرغانة لا بأس به، لانه لا يراد خصوص النبات هناك بل الاقليم، ولا يتوهم انقطاع طعام إقليم بكماله فالسلم فيه، وفي طعام العراق والشام سواء، وكذا في ديار مصر في قمح الصعيد. وفي الخلاصة و المجتبى وغيره. لو أسلم في حنطة بخارى أو سمرقند أو إسبيجاب لا يجوز لتوهم انقطاعه، ولو أسلم في حنطة هراة لا يجوز، أو في ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لان حنطتها يتوهم انقطاعها، إذ الاضافة لتخصيص البقعة، بخلاف إضافة الثوب لانها لبيان الجنس 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 والمقتضي العرف، فإن تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز، وإلا فلا أ. ه. ملخصاً. قلت: ويظهر من هذا أن النسبة إلى بلدة معينة كبخارى وسمرقند مثل النسبة إلى قرية معينة، فلا يصح إلا إذا أريد بها الاقليم كالشام والعراق مثلاً، وعلى هذا فلو قال دمشقية لا يصح لانه لا يراد بدمشق الاقليم، ولكن هل المراد ببخارى وسمرقند ودمشق خصوص البلدة أو هي وما يشمل قراها المنسوبة إليها؟ فإن كان المراد الاول فعدم الجواز ظاهر، وإن كان الثاني فله وجه لانها ليست إقليمياً، ولكن لا يصح قول الشارح: كقمح مرجي أو بلدي فإن القمح المرجي نسبة إلى المرج وهو كورة شرقي دمشق تشتمل على قرى عديدة مثل حوران: وهي كورة قبلي دمشق، وقراها أكثر وقمحتها أجود من باقي كور دمشق، وإلبلي في عرفنا غير الحوراني: ولا شك أن ذلك كله ليس بأقليم، فإن الاقليم واحد أقاليم الدنيا السبعة كما في القاموس. وفي المصباح: يقال الدنيا سبعة أقاليم، وقد يقال ليس مرادهم خصوص الاقليم المصطلح، بل ما يشمل القطر والكورة، فإنه لا يتوهم انقطاع طعام ذلك بكماله فيصح إذا قال حورانية أو مرجية، وبه يصح كلام الشارح. تأمل. قوله: (فالمانع الخ) تقدم أنفاً

بيانه فيما لو أسلم في حنطة هراة أو ثوب هراة. قوله: (إلى وقت المحل) بفتح فكسر مصدر ميمي بمعنى الحلول. قوله: (لانه لا يدري الخ) هذا التعليل مخالف للتعليل المار عن الفتح، وعزاه إلى شرح الطحاوي. قال في النهر: وهو أولى لان مقتضى هذا أنه لو عين جديد إقليم كجديدة من الصعيد مثلاً أن يصح إذ لا يتوهم عدم طلوع شئ فيه أصلاً أ. ه. يعني وهذا المقتضي غير مراد لمنافاته للشرط المار. قوله: (قلت الخ) القول والتقييد الذي بعده لصاحب البحر. قوله: (أي شروط صحته) أشار إلى أن الاضافة في شرطه للجنس فيصدق على الواحد والاكثر، قوله: (التي تذكر في العقد) أفاد أن له شروطاً آخر سكت عنها المصنف، لانها لا يشترط ذكرها فيه بل وجودها. نهر. وذلك كقبض رأس المال ونقده وعدم الخيار وعدم علتى الربا، لكن ذكر المصنف من الشروط قبض رأس المال قبل الافتراق مع أنه ليس مما يشترط ذكره في العقد. قوله: (سبعة) أي إجمالاً، وإلا فالاربعة الاول منها تشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه، فهي ثمانية بالتفصيل. بحر. وسيأتي وفيه عن المعراج: إنما يشترط بيان النوع في رأس المال إذا كان في البلد نقود مختلفة وإلا فلا، وفيه عن الخلاصة: لا يشترط بيان النوع فيما لا نوع له. قوله: (كبر أو تمر) ومن قال كصعيدية أو بحرية فقد وهم، وإنما هو من بيان النوع كما في البحر. قوله: (كمسقي) هو ما يسقى سيجاً: أي بالماء الجاري. قوله: (وبعلي) هو ما سقته السماء. قاموس. قوله: (لا ينقبض ولا ينبسط) كالصاع مثلاً، بخلاف الجراب والزنبيل. قوله: (وأجل) فإن أسلماً حالاً، ثم أدخل الاجل قبل الافتراق، وقبل استهلاك رأس المال جاز أ. ه. ط عن

الجوهرة. قوله: (في السلم (احتراز عن خيار الشرط ولا حاجة إليه. قوله: (به يفتى) وقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم، وقيل ينظر إلى العرف في تأجيل مثله، والاول: 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

[344]

بالربع، وهكذا وذلك إنما يكون في الثمن المثلي. قوله: (واكتفيا بالاشارة الخ) فلو قال أسلمت إليك هذه الدراهم في كر بر ولم يدر وز 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 بالاشارة. درر. قوله: (كما في مذروع وحيوان) لأن الذرع وصف في المذروع والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد على قدره، ولهذا لو نقص ذراعا أو تلف بعض أعضاء الحيوان لا ينقص من المسلم فيه شئ، بل المسلم إليه بالخيار إن شاء رضي به بكل المسلم فيه، وإن شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب، وتماهه في الفتح. قوله: (قلنا الخ) هو جواب عن قولهما بأنه لا يلزم بيان قدر رأس المال، ولو في مكيل ونحوه، بل تكفي الاشارة 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 بفسد 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 الاول. تنبيه: من فروع المسألة ما لو أسلم في جنسين كمائة درهم في كر حنطة وكر شعير بلا بيان حصة واحد منهما من رأس المال لم يصح فيهما لانقسامه عليهما بالقيمة، وهي تعرف بالحرز، وكذا لو أسلم جنسين كدراهم ودنانير في كر حنطة وبين قدر أحدهما فقط، لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضا لاتحاد الصفقة. بحر وغيره. قوله: (للمسلم فيه) احتراز عن رأس المال فإنه يتعين مكان العقد لايفائه اتفاقا، بحر. قوله: (فيما له حمل) بفتح الحاء: أي ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر وأجرة حمال. نهر. قوله: (ومثله في الثمن والأجرة والقسمة) بأن اشترى أو استأجر دارا بمكيل أو موزون موصوف في الذمة أو اقتسماها وأخذ أحدهما أكثر من نصيبه والتزما بمقابلة الزائد بمكيل أو موزون كذلك إلى أجل، فعنده يشترط بيان مكان الايفاء وهو الصحيح، وعندهما لا يشترط. نهر. قوله: (وعينا مكان العقد) أي إن أمكن التسلم فيه بخلاف ما إذا كان في مركب أو جبل فيجب في أقرب الاماكن التي يمكن فيها، بحر وفتح، والمختار قول الامام كما في الدر المننقى عن القهستاني. قوله: (كبيع الخ) أي لو باع حنطة أو استقرضها أو أتلها 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 الاول: أي السلم فإنه غير واجب في الحال فلا يتعين مكانه فيفضي إلى المنازعة، لأن قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان. وتماهه في الفتح قوله: (فكل محلاتها سواء فيه) قبيل هذا إذا لم تبلغ نواحيه فرسخا، فإن بلغته فلا بد من بيان

[345]

ناحية منه. فتح وبحر. وحزم به في النهر. قوله: (وفيها قبله) أي في البزازية قبل ما ذكر. قوله: (بعد الايفاء) قيد به لانه لو شرط الايفاء فقط أو الحمل فقط أو الايفاء بعد الحمل جاز، ولو شرط الايفاء بعد الايفاء كشرط أن يوفيه في محلة كذا ثم يوفيه في منزله لم يجز على قول العامة كما في البحر. قوله: (الاجازة) أي التي تضمنها شرط الحمل بعد الايفاء والتجارة: أي الشراء المقصود بالعقد، وهذا بدل من الصفقتين

بدل مفصل من مجمل. قوله: (وما لا حمل له الخ) هو الذي لا يحتاج في حمله إلى ظهر وأجرة حمل، وقيل هو الذي لو أمر إنسانا بحمله إلى مجلس القضاء حمله مجانا، وقيل ما يمكن رفعه بيد واحدة هـ ح عن النهر. قوله: (كمسك وكافور) يعني القليل منه، وإلا فقد يسلم في أمان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا. فتح. وأراد بالقليل ما لا يحتاج إلى ظهر وأجرة حمل، فافهم. قوله: (وصحح ابن كمال مكان العقد) نقل تصحيحه عن المحيط السرخسي، وكذا نقله عنه في البحر وحزم به في الفتح، لكن المتون على الأول، وصححه في الهداية والملتقى. قوله: (فيما ذكر) أي فيما لا حمل له ولا مؤنة. قوله: (لأنه يفيد سقوط خطر الطريق) هذا التعليل مذكور في الفتح أيضا تبعا للهداية ومعناه: أنه إذا تعين المكان وأوفاه في مكان آخر يلزم المسلم إليه نقله إلى المكان 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: (ويقي من الشروط) إنما غير التعبير، لأن هذه الشروط الآتية ليست مما يشترط ذكرها في العقد بل وجودها ط. قوله: (قبض رأس المال) فلو انتقض بطل السلم كما لو كان عينا فوجده معيبا أو مستحقا ولم يررض بالعيب أو لم يجز المستحق أو دينا فاستحق ولم يجزه واستبدل بعد المجلس، فلو قبله صح، أو وجده زيوفا أو نهرجة وردها بعد الافتراق سواء استبدلها في مجلس الرد أو لا، فلو قبله واستبدلها في المجلس أو رضي بها ولو بعد الافتراق صح، والكثير كالكل، وفي تحديده روايتان: ما زاد على الثلث، أو ما زاد على النصف، وإن وجده ستوقفة أو رصا فإن استبدلها في المجلس صح، وإن بعد الافتراق بطل، وإن رضي بها لأنها غير جنس حقه. بحر ملخصا. قوله: (ولو عينا) هو جواب الاستحسان. وفي الواقعات: باع عبدا بثوب موصوف إلى أجل جاز لوجود شرط السلم، فلو افترقا 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 إلي ألفا فأنت حر ه نهر. قلت: والظاهر أن هذا مفرع على جواب القياس. تأمل. قوله: (وصحت الكفالة والحوالة الخ) أي 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 افترقا بطل السلم وعليه رد الرهن لصاحبه. بحر عن البدائع ملخصا. قوله: (برأس مال السلم) وكذا الكفالة بالمسلم فيه صرح به في منية المفتي، وما سيأتي في الكفالة من أنها لا تصح في المبيع، لأنه مضمون بغيره وهو الثمن فذاك في بيع العين، وهذا بيع الدين. أفاده في حواشي مسكين: أي فإن عقد السلم لا يفسخ بهلاك قدر المسلم فيه قبل قبضه، لأن له أن يقيم غيره مقامه لعدم تعينه، بخلاف هلاك المبيع المعين قبل قبضه فإنه مضمون بغيره وهو الثمن فيسقط عن المشتري، وسمي الثمن غيرا لأن المضمون بالقيمة مضمون بعينه حكما. وفي البحر عن أبحاث الكرماني. لو أخذ بالمسلم فيه رهنا سلطه على بيعه فباعه، ولو بغير جنس المسلم فيه جاز. قوله: (وهو شرط بقاءه على الصحة) هو الصحيح، وستأتي 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 هـ. قوله: (بوصفها) أي وصف الصحة والاضافة ببيان. قوله: (كون رأس المال منقودا) أي نقده الصيرفي ليعرف جيده من الردئ، 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 الامام: إن بيان قدر رأس المال شرط، ولا تكفي الإشارة إليه كما مر، ومفاده عدم اشتراط الانتقاد أولا، وذكر قبله أن اشتراط الانتقاد يغني عن اشتراط بيان القدر. وحاصله: أن أحدهما يكفي عن الآخر. وأجاب في النهر بأن بيان القدر لا يدفع توهم الفساد المذكور: أي فلا بد من اشتراط الانتقاد. قلت: ويرد على هذا الشرط أيضا أنه تقدم أنه لو وجده زيوفا فرضي بها صح مطلقا، ولو ستوقفة، لا، إلى آخر ما مر، ومفاده أن الضرر جاء من عدم التبديل في المجلس لا من عدم الانتقاد على أن النقد قد يخطئ، وأيضا فإن رأس المال قد يكون مكيلا أو موزونا، ويظهر بعضه معيبا فيرده بعد

هلاك البعض ويلزم الجهالة كما مر، فلا بد حينئذ من ذكر الشرطين: تأمل. قوله: (وعدم الخيار) أي خيار الشرط، فإن أسقطه قبل الافتراق ورأس المال قائم في يد المسلم إليه صح، وإن هالكا لا ينقلب صحيحا بحر عن البازية، تنبيه: لا يثبت في السلم خيار الرؤية، لأنه لا يثبت فيما ملكه ديناً 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 حنطة، وكذا في زعفران ونحوه، فإن الوزن وإن تحقق فيه إلا أن الكيفية مختلفة كما تقدم في الربا أفاده ط. وكذا إسلام الحنطة في الزيت فإنه جائز كما مر هناك عن ولا الكمال. قوله: (سبعة عشر) ستة في رأس المال، وهي بيان جنسه ونوعه وصفته وقدره ونقده

[347]

وقبضه قبل الافتراق، وأحد عشر في المسلم فيه: وهي الأربعة الأولى، وبيان مكان إيفائه وأجله وعدم انقطاعه، وكونه مما يتعين بالتعيين وكونه مضبوطاً بالوصف كالاجناس الأربعة المكيل والموزون والمذروع والمعدود المتقارب، وواحد يرجع إلى العقد وهو كونه باتاً ليس فيه خيار شرط، وواحد بالنظر للبديلين وهو عدم شمول إحدى علتَي 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 منقطعاً هـ ح. وأما القدرة بالفعل في الحال فليست شرطاً 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 درهماً ط. قلت: فيكون القفيز اثني عشر صاعاً والكر سبعمائة وعشرين صاعاً والصاع نصف مد شامي تقريباً، فالكر أربع غرائر ونصف غرارة كل غرارة ثمانون مداً شامياً. قوله: (حال كون المائتين) أشار به إلى أن مائة في الموضعين نصب على الحال بتأويل مقسومة هذه القسمة وتجوز البدلية هـ ح. قوله: (ديناً عليه) صفة المائة. نهر. أو بدل. عيني. وهو احتراز عما إذا كانت ديناً على أجنبي كما يأتي. قال في النهر: والتقييد بإضافة ثم جعل المائة قصاصاً بما في ذمته من الدين فالحكم كذلك في الأصح هـ. قوله: (لأنه طار) أي عرض بالافتراق قبل القبض، لما مر أن القبض شرط لبقاء العقد على الصحة لا شرط انعقاد. قوله: (ولو إحداهما دنائير) محترز قول المصنف مائتي درهم الخ حيث فرض المسألة بكون مائتي الدين والنقد متحدٍ الجنس، لأنه لو اختلفا بأن أسلم مائة درهم نقداً وعشرة دنائير ديناً أو بالعكس لا يجوز في الكل، أما حصة الدين فلما مر، وأما حصة العين فلجهالة ما يخصه، وهذا عنده وعندهما يجوز في حصة النقد كما في الزيلعي، والخلاف مبني على إعلام قدر رأس المال. بحر قوله: (أو على غير العاقدين) محترز قوله: مائة ديناً عليه فلو قال: أسلمت إليك هذه المائة والمائة التي لي على فلان بطل في الكل، وإن نقد الكل لاشتراط تسليم الثمن على غير العاقد، وهو مفسد مقارنة فتعدي. بحر. قوله: (قبل قبضه) أي قبض ما ذكر من رأس المال والمسلم فيه، أما الأول فلما فيه من تفويت حق الشبرع، وهو القبض المستحق شرعاً قبل الافتراق، وأما الثاني فلأنه بيع منقول، وقد مر أن التصرف فيه قبل القبض لا يجوز. نهر. قوله: (بنحو بيع الخ) متعلق بالتصرف وذكره البيع مستدرك بقوله بعده ومراوحة وتولية تأمل. قوله: (وشركة) صورته أن يقول رب السلم لآخر: أعطني نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك. بحر. قوله: (ومراوحة وتولية) صورة التولية أن يقول لآخر

[348]

أعطني مثل ما أعطيت المسلم إليه، 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 الحاوي. 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 الفنية. وانظر ما فائدة التقييد بالاكتر، وتقدم أول فصل التصرف في المبيع أن بيع المنقول من بئنه 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 فسخا لعقد السلم، ولو أبرأ إليه رب السلم من رأس المال وقبل الأبراء يبطل السلم، فإن رده لا، والفرق أن المسلم فيه لا يستحق قبضه في المجلس بخلاف رأس المال. نهر. قال في البحر: والحاصل أن التصرف المنفي في المتن شامل للبيع والاستبدال والهبه والأبراء، إلا أن في الهبة والأبراء يكون مجازا عن الإقامة، فيرد رأس المال كلا أو بعضا ولا يشمل الاقالة لأنها جائزة، ولا التصرف في الوصف من دفع الجيد مكان الردي والعكس أ. ه. قوله: (إقالة بعض السلم جائزة) أي لو أقاله عن نصف المسلم فيه أو ريعه مثلا جاز، ويبقى العقد في الباقي. قال في البحر: واحتترز به عن الاقالة على مجرد الوصف بأن كان المسلم فيه جيدا فتقايلا على الردي على أن يرد المسلم إليه درهما لا يجوز عندهما، خلافا لابي يوسف في رواية، فيجوز عنده لا بطريق الاقالة بل بطريق الحط على رأس المال أ. ه. قال الرملي 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 أ. ه. قوله: (بعد الاقالة) أفاد أن الاقالة جائزة في السلم، مع أن شرط الاقالة قيام المبيع، لأن المسلم فيه وإن كان دينار حقيقة فله حكم العين، ولذا لم يجز الاستبدال به قبل قبضه، وإذا صحت فإن كان رأس المال عينا ردت وإن كانت هالكة رد المثل أو القيمة لو قيمة، وتقدم تمامه في بابها. قوله: (فلو كان فاسدا جاز الاستبدال) لأن رأس ماله في يد البائع كمغصوب. منح عن جامع الفصولين. لكن لا يخفى أن جواز الاستبدال لا يدل على جواز التصرف بالشراء كما هو موضوع المسألة كما يظهر لك قريبا. قوله: (كسائر الديون) أي كدين مهر وأجرة وضمان متلف ونحو ذلك سوى صرف وسلم، لكن التصرف في الدين لا يجوز إلا تملكه ممن هو عليه بهبة، أو وصية أو بيع أو إجارة لا من غيره إلا إذا سلطه على قبضه، وقدمنا تمام الكلام عليه في فصل التصرف في المبيع والثمن. قوله: (قبل قبضه) أي قبض رب السلم رأس المال من المسلم إليه. قوله: (بحكم الاقالة) أي قبضا كائنا بحكم الاقالة لا بحكم عقد السلم، لأن رأس المال مقبوض في يد المسلم إليه وإلا لم تصح الاقالة لعدم صحة السلم. قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام الخ) رواه بمعناه أبو داود وابن ماجه

وحسنه الترمذي، وتمام في الفتح. قوله: (فامتنع الاستبدال) فصار رأس المال بعد الاقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها فيأخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره، فحكم رأس المال بعدها كحكمه قبلها إلا أنه لا يجب قبضه في مجلسها، كما كان يجب قبلها لكونها ليست بيعا من كل وجه، ولهذا جاز إبرأؤه عنه وإن كان لا يجوز قبلها. بحر. وقدم الشارح في باب الاقالة عن الاشباه أن رأس المال بعدها كهبه قبلها، إلا في مسألتين 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، ويؤدبا بدله قبل الافتراق كما سيأتي في باب الصرف، واحتترز بالاستبدال عن التصرف فيه لما سيأتي هناك أنه لا يتصرف في ثمن الصرف قبل قبضه، فلو باع دينارا بدراهم واشترى بها قبل قبضها ثوبا 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 أيضا أن قول الشارح لجواز تصرفه فيه غير صحيح، لأن الجائر 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 الاقالة، ولا يجوز الاستبدال عنه بخلاف الصرف. وأصل المسألة في البحر حيث قال: قيد بالسلم لأن الصرف إذا تقايلاه جاز الاستبدال عنه ويجب قبضه في مجلس الاقالة، بخلاف السلم. وقال قبله: وفي البدائع: قبض رأس المال شرط حال بقاء العقد لا بعد ارتفاعه بإقالة أو غيرها وقبض بدل الصرف في مجلس الاقالة شرط لصحتها كقبضه في مجلس العقد، ووجه الفرق أن القبض في مجلس العقد في البدلين ما شرط لعينه، بل للتعيين، وهو أن يصير البدل معينا بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين، ولا حاجة إلى التعيين في مجلس الاقالة 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 أ. ه. قوله: (ولو شترى المسلم إليه في كر الخ) صورته: أسلم رجلا مائة درهم في كر حنطة فاشترى المسلم إليه كرا وأمر رب السلم بقبضه لم يصح، حتى يكتاله رب السلم مرتين مرة عن المسلم إليه، ومرة عن نفسه. قال في البحر: قيد بالشراء

لان المسلم إليه لو ملك كرا يارث أو هبة أو وصية فأوفاه رب السلم واكتاله مرة جاز، لان لم يوجد إلا عقد واحد بشرط الكيل وقيد بالكر، لانه لو اشترى حنطة مجازفة فاكتالها مرة جاز لما قلنا، وأشار بالكر المكيل إلى أن الموزون كذلك، وكذا المعدود إذا اشتراه بشرط العد. وفي البناية: إن فيه روايتين. قوله: قضاء) مفعول لاجله. قوله: (للزوم الكيل مرتين) لانه اجتمع صفتان صفقة بين المسلم إليه وبين المشتري منه وصفة 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: (وضح لو كان الكر قرضا) صورته: استقرض المسلم إليه كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض، وكذا لو استقرض رجل كرا ثم اشترى كرا وأمر المقرض بقبضه قضاء

[350]

لحقه كما في البحر. قوله: (لانه) أي القرض إعارة حتى ينقضي بلفظها فكان المقبوض عين حقه تقديرا. بحر. قوله: (ثم لنفسه) الشرط أن يكيه مرتين وإن لم يتعد الأمر، حتى لو قال: أقبض الكر الذي اشتريته من فلان عن حقه، فذهب فاكتاله ثم أعاد كياله صار قابضا، ولفظ الجامع يفيد. بحر عن الفتحة. قوله: (لزوال المانع) علة لصح. قوله: (أي المسلم إليه) تفسير للضمير المتصل المنصوب. قوله: (في ظرفه) أي ظرف رب السلم، ويفهم منه حكم ما إذا أمره بكياله في ظرف المسلم إليه بالاولى بحر. وهذا إذا لم يكن في الطرف طعام لرب السلم، فلو فيه طعامه: ففي المبسوط: الاصح عندي أنه يصير قابضا لان أمره بخلطه على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضا. فتح. قوله: (فيصير قابضا بالتخلية) أي سواء كان الطرف له أو للبائع أو مستأجرا، وبه صرح الفقيه أبو الليث. بحر عن البناية. قوله: (بذلك) أي بكياله في ظرفه. قوله: (طرف البائع) بدل من قوله: ظرفه. قوله: (لم يكن قبضا لحقه) لان رب السلم حقه في الذمة ولا يملكه إلا بالقبض، فلم يصادف أمره ملكه فلا يصح، فيكون المسلم إليه مستعيرا للطرف جاعلا فيه ملك نفسه كالدائن إذا دفع كيسا إلى المدين وأمره أن يزن دينه ويجعله فيه لم يصح قابضا. وفي مسألة البيع يكون المشتري استعار طرف البائع ولم يقبضه فلا يصير بيده، فكذا ما يقع فيه فصار كما لو أمره أن يكيه في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يد البائع. بحر. قوله: (لان حقه في العين) لانه ملكه بنفس الشراء، فيصح أمره لمصادفته ملكه، فيكون قابضا بجعله في الطرف ويكون البائع وكيفا في إمساك الطرف، فيكون الطرف 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 يهلك من مال المسلم إليه وفي الشراء من مال المشتري ه. قال في النهر: وأورد أنه لو وكل البائع بالقبض صريحا لم يصح، فعدم الصحة هنا أولى. وأجيب بأنه لما صح أمره لكونه مالكا صار وكيفا له ضرورة، وكمن من شئ يثبت ضمنا لا قصدا. قوله: (كيل العين) مبتدأ وجعلهما معطوف عليه، وقوله: قبض خبره. وصورة المسألة: رجل أسلم في كر حنطة، فلما حل الاجل اشترى رب السلم من المسلم إليه كر حنطة بعينها ودفع رب السلم طرفا إلى المسلم إليه ليجعل الكر المسلم فيه والكر المشتري في ذلك الطرف، فإن بدأ بكيل العين المشتري في الطرف صار قابضا للعين لصحة الأمر في ولدين المسلم فيه لمصادفته ملكه، كمن استقرض حنطة وأمر المقرض أن يزرعها في أرضه، وإن بدأ بالدين لم يصح قابضا لشئ منهما، أما الدين فلعدم صحة الأمر فيه، وأم العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند أبي حنيفة فينتقض البيع، وهذا الخلط غير مرضي به لجواز أن يكون مراده البدء بالعين، وعندهما بالخيار: إن شاء نقض البيع، وإن شاء شاركه في المخلوط، لان الخلط ليس باستهلاك عندهما. درر .

[351]

قوله: (وقبضت) أي قبضها المسلم إليه. قال في النهر: قيد بذلك لانهما لو تفرقا لا عن قبضها لم تصح الاقالة لعدم صحة السلم. قوله: (قبل قبضها) أي قبل أن يقبضها رب السلم بسبب الاقالة. قوله: (أو ماتت) على قوله السابق فتقابلا فيكون الموت بعد القبض. قوله: (صح) أي عقد الاقالة. قوله: (لبقاء المعقود عليه) لان الجارية رأس المال، وهو في حكم الثمن في العقد والمبيع هو المسلم فيه، وصحة الاقالة

تعتمد قيام المبيع لا الثمن كما مر، فهلاك الامة لا يغير حال الاقالة من البقاء في الاولى والصحة في الثانية. درر. قوله: (وعليه قيمتها) لانه إذ انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً فوجب عليه ردها وقد عجز عنه فوجب رد قيمتها. درر. قوله: (كذا الحكم في المقايضة) هي بيع العين بالعين فتبقى الاقالة، وتصح بعد هلاك أحد العوضين لان كل واحد منهما مبيع من وجه وضمن من وجه، ففي الباقي يعتبر المبيعة وفي الهالك الثمنية. درر. قوله: (بخلاف الشراء بالثمن فيهما) أي في المسألتين، فإذا اشترى أمة بألف فتقايلاً فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة، ولو تقايلاً بعد موتها فالاقالة باطلة، لان الامة هي الاصل في البيع فلا تبقى بعد هلاكها، فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لعدم محلها. درر. قوله: (في السلم) أي وفي المقايضة. قوله: (بخلاف البيع) أي بالثمن. قوله: (تقايلاً البيع الخ) تقدمت هذه المسألة في باب الاقالة متناً. قوله: (والقول لمدعي الرداء) هذا صادق بما إذا قال أحدهما شرطنا ردينا فقال الآخر لم نشتري شيئاً، وبما إذا ادعى الآخر اشتراط الجودة وقال الآخر إنا شرطنا ردينا والمراد الاول، ولذا أردفه بقوله: لا لنا في الوصف والاجل ولافادة أن الرداء مثال، حتى لو قال أحدهما شرطنا جيداً وقال الآخر لم نشتري شيئاً فالحكم كذلك. نهر. والظاهر أن القول إنما يقبل مع اليمين وقد صرح به في مسألة الاجل الآتية، ولا فرق يظهر. قوله: (وهو الرداء) أي مثلاً. قوله: (والاجل) بالجر عطفاً على الوصف، والاجل مدة الشئ، والمراد به هنا التأجيل، وهو تحديد الاجل بقرينة التعبير به قبله، وادعى في البحر أنه يتعين كون التأجيل بمعنى الاجل مجازاً بدليل ما بعده، ويظهر أن المتعين العكس كما قلنا، لان المراد الاختلاف في أصل التأجيل لا في مقدار الاجل، ويؤيده قول المصنف بعده ولو اختلفا في مقداره. قوله: (والاصل أن من خرج كلامه تعنتاً) بأن ينكر ما ينفعه كأن قال المسلم إليه شرطت لك رديه وقال رب السلم لم نشتري شيئاً، فالقول للمسلم إليه لان رب السلم متعنت في إنكار الصحة، لان المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة، وكذا لو قال رب السلم كان له أجل وأنكر المسلم إليه فهو متعنت في إنكاره حقاً له وهو الاجل، كما في الهداية. قوله: (وإن خرج خصومة) بأن أنكر ما يضره كعكس التصوير في المسألتين، فالقول لمدعي الصحة عنده وهو رب

السلم في الاولى، والمسلم إليه في الثانية، وعندهما الحكم كالاول 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، لانه ينكر استحقاق زيادة الربح، وإن تضمن ذلك إنكار الصحة، هذا عندهما، وأما عنده فلان عقد المضاربة إذا صح كان شركة، وإذا فسد صار إجازة فلم يتفقا على عقد واحد، فإن مدعي الفساد يدعي إجازة ومدعي الصحة يدعي الشركة، فكان اختلافهما في نوع العقد، بخلاف السلم فإن السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الاجل سلم فاسد لا عقد آخر ولهذا يحتج في يمينه لا يسلم في شئ فقد اتفقا على عقد واحد. واختلفا في صحته: فالقول لمدعي الصحة. وتماه في الفتح. قوله: (فالقول لمدعي الصحة عندهما وعنده للمنكر) كذا في بعض النسخ وهو سبق قلم. وعبرة الهداية وغيرها: فالقول لمدعي الصحة عنده، وعندهما للمنكر، وهو كذلك في بعض النسخ. قوله: (فالقول للطالب) أي رب السلم، فإن يطالب المسلم إليه بالمسلم فيه. قوله: (وأي برهن قبل) لكن برهان رب السلم وحده مؤكد لقوله لا مثبت، لان القول له بدونه، بخلاف برهان المسلم إليه وحده، ولذا قضى بيمينته إذا برهنا معاً. قوله: (فالقول للمطلوب) لأنكاره توجهه المطالبة. بحر. قوله: (وإن برهنا فبينة المطلوب) لاثباتها زيادة الاجل، فالقول قوله والبينة بينته. بحر. قوله: (ولو اختلفا في السلم تحالفاً استحساناً) أي ويبدأ بيمين الطالب وأي برهن قبل، وإن برهنا فبرهان الطالب والمسألة على أوجه، لان رأس المال إما عين أو دين، وعلى كل إما أن يتفقا عليه ويختلفا في السلم فيه أو بالعكس، أو يختلفا فيهما، فإن كان عينا واختلفا في السلم 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 واتفقا فيه فقط يقضى للطالب بسلم واحد عند الثاني، خلافاً لمحمد، وكذا لو اختلفا في السلم فيه فقط، ولو فيهما كقوله عشرة دراهم في كر حنطة وقال الآخر خمسة عشر في كر وبرهنا، فعند الثاني تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين، وعند محمد يقضى بالعقدين اه فتح ملخصاً. مطلب

في الاستصناع قوله: (هو لغة طلب الصنعة (أي أن يطلب من الصانع العمل. ففي القاموس: الصناعة ككتابة: حرفة الصانع وعمله الصنعة ا هـ. فالصنعة عمل الصانع في صناعته: أي حرفته. وأما شرعا: فهو طلب العمل منه في شئ خاص على وجه مخصوص يعلم ما يأتي. وفي البدائع: من شروطه :

[353]

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 مجئ 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 ذكره على وجه الاستمهال، وإن كان للاستعجال بأن قال على أن تفرغ منه غدا أو بعد غد كان صحيحا ا هـ. ومثله في البحر وغيره وسيذكره 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) أي فلا يبقى استصناعا كما في التتارخانية، فلذا قال الشارح فتعتبر شرائطه أي شرائط السلم، ولهذا لم يكن فيه خيار مع أن الاستصناع فيه خيار لكونه عقدا غير لازم كما يأتي تحريره. قوله: (جرى فيه تعامل) كخف وطست وقمقة ونحوها درر. قوله: (أم لا) كالتياب ونحوها. درر. قوله: (وقالا الاول) أي 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، وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى. هدية. قوله: (وبدونه) متعلق بقوله: صح الآتي ومقابل هذا قوله بعد ولم يصح فيما لم يتعامل به. قوله: (وذكره في المغرب في الشين المعجمة) هو خلاف ما في الصحاح والقاموس والمصباح. قوله: (وقد يقال) أي في جمعه، وبيانه ما في المصباح الطست. قال ابن قتيبة: أصلها طس، فأبدلت من أحد المضعفين تاء، لأنه يقال في جمعها طساس كسهم وسهام، وجمعت أيضا على طسوس لاعتبار الأصل، وعلى طسوت باعتبار اللفظ. قوله: (بيعا لا عدة) أي صح على أنه بيع لا على أنه مواعدة، ثم ينعقد عند الفراغ بيعا بالتعاطي، إذ لو كان كذلك لم يختص بما في تعامل. وتماه في البحر. قال في النهر: وأورد أن بطلانه بموت الصانع ينافي كونه بيعا. وأجيب بأنه إنما بطل بموته لشبهه بالاجارة. وفي الذخيرة: هو إجارة ابتداء بيع انتهاء، لكن قبل التسليم لا عند التسليم، وأورد أنه لو انعقد إجارة لاجبر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسى، وأجيب بأنه إنما لا يجبر لأنه لا يمكنه إلا إتلاف عين له من قطع الأديم ونحوه، والاجارة تفسخ بهذا العذر، ألا ترى أن الذراع له أن لا يعمل إذا كان البذر من جهته، وكذا رب الأرض ا هـ. ومثله في البحر والفتح والزبلعي. قوله: (فيجبر الصانع على عمله) تبع في ذلك الدرر ومختصر الوقاية. وهو مخالف لما ذكرناه أنفا عن عدة كتب من أنه لا جبر فيه ولقول البحر، وحكمه الجواز دون اللزوم، ولذا قلنا للصانع أن

[354]

يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غير لازم ا هـ. ولما في البدائع: وأما صفته: فهي 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 أحضره الصانع على الصفة المشروطة سقط خياره، وللمستصنع الخيار. هذا جواب ظاهر الرواية، وروي عنه ثبوته لهما، وعن الثاني عدمه لهما، والصحيح الاول ا هـ. وقال أيضا: ولكل واحد منهما الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق، ثم إذا صار سلما يراعى فيه شرائط السلم: فإن وجدت صح، وإلا لا ا هـ. وقال أيضا: فإن ضرب له أجلا صار سلما حتى يعتبر فيه شرائط السلم، ولا خيار لواحد

منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي عليه في السلم ا هـ. وذكر في كافي الحاكم أن للصانع بيعه قبل أن يراه المستصنع، ثم ذكر أن الاستصناع لا يصح في الثوب، وأنه لو ضرب له أجلا وعجل الثمن جاز وكان سلما، ولا خيار له فيه ا هـ. وفي التتارخانية: ولا يجبر المستصنع على إعطاء الدراهم، وإن شرط تعجيله هذا إذا لم يضرب له أجلا، فإن ضرب قال أبو حنيفة: يصير سلما ولا يبقى استصناعا حتى يشترط فيه شرائط السلم ا هـ. فقد ظهر لك بهذه النقول أن الاستصناع لا جبر 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 مسلما فكان عليه ذكره قبل قوله: وبدونه وإلا فهو مناقض لما ذكره بعده من إثبات الخيار للأمر، ومن أن المعقود عليه العين لا العمل، فإذا لم يكن العمل معقودا عليه كيف يجبر عليه. وأما ما في الهداية عن المبسوط، من أنه لا خيار للصانع في الاصح، فذاك بعد ما صنعه ورآه الأمر كما صرح به في الفتح، وهو ما مر عن البائع، والظاهر أن هذا منشأ توهم المصنف وغيره كما يأتي. وبعد تحريري لهذا المقام رأيت موافقته في الفصل الرابع والعشرين من نور العين إصلاح 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 ا هـ. فاعتنم هذا التحرير والله الحمد. قوله: (والمبيع هو العين لا عمله) أي أنه بيع عين موصوفة في الذمة لا بيع عمل: أي لا إجارة على العمل، لكن قدمنا أنه إجارة ابتداء بيع انتهاء. تأمل. مطلب ترجمة البردعي قوله: (خلافاً 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 وثلاثمائة، وتمام ترجمته في طبقات عبد القادر. قوله: (بمصنوع غيره) أي بما صنعه غيره. قوله: (فأخذه) أي الأمر. قوله: (بلا رضاه) أي رضا الأمر أو رضا الصانع. قوله: (قبل رؤية أمره) الأولى قبل اختياره، لأن مدار تعيينه له على اختياره، وهو يتحقق

بقبضه قبل الرؤية. ابن كمال. قوله: (ومفاده الخ) قدمنا التصريح بهذا المفاد عن البدائع، وعلمه بأن الصانع بائع ما لم يره ولا خيار له، ولأنه بإحضاره أسقط خيار نفسه الذي كان له قبله فبقي خيار صاحبه على حاله ا هـ. وفي الفتح: وأما بعد ما رآه فالأصح أنه لا خيار للصانع، بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه له لأنه بالآخرة بائع ا هـ. وهذا هو المراد من نفي الخيار في المبسوط، فقول المصنف في المنع ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط، فيجبر على العمل، لأنه باع 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 الاصح) 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 يجر فيه تعامل صح، لكنه خلاف ما يفهم من المتن ولم أره صريحا، فتأمل. قوله: (في الدبس) بكسر وبكسرتين: غسل التمر وغسل 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 دبسا معينا. 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 نينا ذكره المؤلف في الغصب وتقدم الكلام فيه. قوله: (والأجر والصابون) لاختلافهما في الطبخ. قوله: (والصرم) بالفتح: الجلد، مصباح. وقدمنا أول الباب عن الفتح: أنه يصح السلم في الجلود إذا بين ما يقع به في الضبط. قوله: (وبر مخلوط) (الاصوب) وبر مخلوطا عطفا على الرب المنصوب. نعم

الرفع جائز على القول بجواز العطف بالرفع على محل اسم إن قبل استكمال العمل فافهم، والله سبحانه أعلم .

[356]

باب المتفرقات جرت عاداتهم أن المسائل التي تشذ عن الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها يجمعونها بعد، ويسمونها بأحد هذه الاسماء ط. قوله: (بمسائل مثنورة) شبهت بالمتنور من الذهب أو الفضة لنفاستها، وهو بالرفع على الحكاية ط ويجوز الجر. قوله: (من خزف) أي طين. قال ط: قيد به لأنها لو كانت من خشب أو صفر جاز اتفاقا فيما يظهر لامكان الانتفاع بها وحرره ا ه. وهو ظاهر. قوله: (ولا يضمن متلفه) كأنه لأنه آلة لهو، ولا يقال فيها نحو ما قيل في عود اللهو من أنه يضمن خشبا لا مهيا على أحد القولين، لأنه لا قيمة لهذه الاشياء إذا قطع النظر عن التلهي بها. ط. قوله: (وقيل بخلافه) يشعر بضعفه مع أن المصنف نقله عن القنية. وفي القنية لم يعبر عنه بقيل، بل رمز للاول ثم للثاني. قوله: (عن أبي يوسف) أي ناقلا عن أبي يوسف، وظاهر أنه قوله لا رواية عنه حتى يقال: إن هذا يشعر بضعفه، ونسبته إلى أبي يوسف لا تدل على أن الامام يخالفه لاحتمال أن يكون له في المسألة قول، فافهم. قوله: (ولو عقورا) فيه كلام يأتي. قوله: (والفيل) هذا بالاجماع لأنه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا بحر عن البدائع: أي ينتفع به لقناله والحمل وينتفع بعظمه. قوله: (والقرد) فيه قولان كما يأتي. قوله: (والسباع) وكذا يجوز بيع لحمها بعد التذكية لطعام كلب أو سنور، بخلاف لحم الخنزير، لأنه لا يجوز إطعامه. محيط. لكن على أصح التصحيحين من أن الذكاة الشرعية لا تطهر إلا الجلد دون اللحم لا يصح بيع اللحم. شرنبلالية. قوله: (حتى الهرة) لأنها تصطاد الفار والهوام المؤذية فهي منتفع بها. فتح قوله: (وكذا الطيور) أي الجوارح. درر قوله: (علمت أولا) تصريح بما فهم من عبارة محمد في الاصل، 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 الاسد إن كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه، وإلا فلا، والفهد والباري يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال ا ه. قال في الفتاح: فعلى هذا لا يجوز بيع النمر بحال، لأنه لشراسته لا يقبل التعليم، وفي بيع القرد روايتان ا ه. وجه رواية الجواز وهو الاصح. زيلعي. أنه يمكن الانتفاع بجلده، وهو وجه ما في المتن أيضا، وصح في البدائع عدم الجواز لأنه لا يشتري للانتفاع بجلده عادة بل للتلهي به وهو حرام ا ه بحر. قلت: وظاهره أنه لولا قصد التلهي به لجاز بيعه، ثم إنه يرد عليه ما ذكره الشارح عن شرح الوهبانية من أن هذا لا يقتضي عدم صحة البيع بل كراهته. الحاصل: أن المتون على جواز بيع ما سوى الخنزير مطلقا، وصحح السرخسي التقييد بالمعلم

[357]

منها. قوله: (لا ينبغي اتخاذ كلب الخ) الاحسن عبارة الفتاح، وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع، لكن لا ينبغي أن يتخذ في داره إلا إن خاف لصوا أو أعداء للحديث الصحيح من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان. قوله: (خرء حمام كثير) لعل المراد به ما تبلغ قيمته فلسا فإنه أقل قيمة المبيع ط. ومثل الحمام بقية الطيور المأكولة لطهارة خرنها، وتقدم في البيع الفاسد جواز بيع سرقين وبعر ولو خالصين والانتفاع به والوقود به، وبيع رجيع الأدمي لو مخلوطا بتراب. قوله: (لا يجوز) أي إذا لم تبلغ قيمتها فلسا. قوله: (والقنفاذ) جميع قنفاذ بضم الفاء وفتح مصباح. وذكره في الفاموس في الدال المهملة والذال 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 ا ه. قوله: (بيع ما له ثمن) في الشرنبلالية عن المحيط: يجوز بيع العلق في الصحيح لتمول الناس واحتياجهم إليه لمعالجة مص الدم من الجسد ا ه. قلت: وعليه فيجوز بيع دودة القرمز، لأنها من أغز الاموال وأنفسها في زماننا وينتفع بها، خلافا لمن أفتى بأنه لا يجوز بيعها ولا يضمن متلفها كما حررناه في البيع الفاسد. قوله: (كسفنقور) حيوان مستقل، وقيل بيض التماسيح إذا فسد ويكبر طول ذراعين على أنحاء السمكة، وتماحه في تذكرة الشيخ داود. قوله: (وجلود خز) الخز اسم دابة ثم أطلق

على الثوب المتخذ من وبرها. مصباح. قوله: (لو حيا) عبارة البحار عن القنية: قيل يجوز حيا لا ميتا الخ. مطلب في التداوي بالمحرم قوله: (ورده في البدائع الخ) قدمنا في البيع الفاسد عند قوله: ولين امرأة أن صاحب الخانية والنهابة اختارا جوازه إن علم أن فيه شفاء ولم يجد دواء غيره. قال في النهاية وفي التهذيب: يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوي إذا أخبره طبيب مسلم أن فيه شفاءه ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه، وإن قال الطبيب يتعجل شفاؤك به فيه وجهان. وهل يجوز شرب العليل من الخمر للتداوي؟ فيه وجهان، كذا ذكره الامام التمرتاشي، 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 إذا علم وليس له دواء غيره يجوز. ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه: لم يجعل شفاؤكم فيما حرم عليكم، يحتمل أن يكون قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم، لأنه حينئذ يتسغني بالحلال عن الحرام، ويجوز أن يقال: تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وإنما يكون بالحلال أ ه نور العين

[358]

من آخر الفصل التاسع والاربعين. قوله: (أي متنجس) احترز به عن دهن الميتة والخنزير أ ه ح. قوله: (وينتفع به للاستصباح) عطف علة على معلول ط. لان الانتفاع به علة جواز البيع. قوله: (كما مر) أي في باب الانجاس، لكن عبارته هناك: ولا يضر أثر دهن الادھز ودك ميتة لانه عيني النجاسة، حتى لا يدبغ به جلد بل يستصبح به في غير مسجد أ ه. وقدمنا هناك تأييد ما هنا بالحديث الصحيح، وقدمنا ذلك أيضا في البيع الفاسد. قوله: (غير الخمر والخنزير الخ) فإننا نجيز بيع بعضهم بعضا لخصوص فيه من قول عمر رضي الله تعالى عنه أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج: حضر عمر بن الخطاب واجتمع إليه عماله، فقال: يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر، فقال بلال: أجل إنهم يفعلون ذلك، فقال: فلا تفعلوا، ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم، ولا نجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم. فتح. قوله: (وميتة الخ) هذا زاده ابن الكمال وصاحب الدرر استدراكا على الهداية بأن المستثنى غير محصور بالخمر والخنزير، واستدرك أيضا في النهر شراءه عبدا مسلما أو مصحفا. قلت: هذا إنما يظهر أن لو كان التشبيه في قولهم: والذمي كالمسلم الخ من جهة الحل والحرمة، والظاهر أنه من جهة الصحة والفساد، لان الصحيح من مذهب أصحابنا أن الكفار مخاطبون بشرائع، هي محرمات، 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 غاير المصنف في التعبير فقال: وصح شراؤه عبدا الخ، ثم هذا على رواية أن بيع ما لم يمت حتف أنه صحيح بينهم، وفي رواية أنه فاسد، بخلاف ما مات حتف أنه فإن بيع باطل فيما بيننا وبينهم، كما مر أول البيع الفاسد. مطلب أمرنا بتركهم وما يدينون قوله: (وقد أمرنا بتركهم وما يدينون) كذا في الهداية. وقال: دل عليه قول عمر: ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها أ ه. وأشار به إلى أن إعراضنا عنهم ليس لكونها مباحة شرعا في حقهم كما هو قول البعض، بل الحرمة ثابتة في حقهم في الصحيح، لانهم مخاطبون بها كما قلنا لكنهم لا يمنعون من بيعها، لانهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها، وقد أمرنا بتركهم وما يدينون كما في البحر عن البدائع، لكن الاولى الاستدلال بأن هذا مخصوص بالآثر 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 بطلانه، وأيضا لو

[359]

اعتقدوا حل السلم أو الصرف أو نحوهما بدون شروطه المعتبرة عندنا نحكم بينهم بشرعنا، إلا في الخمر والخنزير فعقدهم عليهما كعقدنا على الشاة والعصير. وفي البحر عن حدود القنية: ويمنع الذمي عما يمنع المسلم، إلا شرب الخمر فإن غنوا وضربوا العيذان منعوا كالمسلمين لانه لم يستثن عنهم أ ه. قال في النهر: ويرد عليه أنه لا يمنع من لبس الحرير والذهب بخلاف المسلم أ ه. قوله: (ويجبر على بيعه) ولو اشتراه من كافر مثله شراء فاسدا أجبر على رده، لان دفع الفساد واجب حقا للشرع، ثم يجبر البائع على بيعه. بحر. قوله: (أجبر وليه) وينبغي أن عقد الصغير

في هذا لا يتوقف على الاجازة. نهر: أي لعدم فائدته، لانه إذا أجازه عليه أجبر أيضا على بيعه، وقد يقال: إنه قد يسلم قبل إجبار عليه فيبقى على ملكه فكان للاجازة فائدة. قوله: (وكذا لو أسلم عنده) في بعض النسخ عبده بالباء بدل النون، وأفاد أنه لا فرق بين كون العبد مسلما وقت الشراء أو بعده. قوله: (ويتبعه طفلة) أي لو أسلم العبد وله ولد غير بالغ يتبعه في الاسلام والاجبار على بيعه معه. قوله: (فإن عجز) أي المكاتب. قوله: (أجبر) أي الكافر على بيعه، ومفهومه أنه لا يجبر ما دام عقد الكتابة وهو ظاهر، لان المكاتب لا يجوز بيعه. قوله: (من عادته شراء المردان) عبارة النهر عن المحيط: الفاسق المسلم إذا اشترى عبدا أمرد وكان من عادته اتباع المرد أجبر على بيعه دفعا للفساد. هـ. وعن هذا أفتى المولى أبو السعود بأنه لا تسمع دعواه على أمرد، وبه أفتى الخير الرملي والمصنف أيضا. قوله: (يؤمر بإرساله) ولا يصح بيعه، ومر بيان ذلك كله في الحج. قوله: (ولو أسلم مقرض الخمر سقطت) لتعذر قبضها فصار هلاكها مستندا إلى معنى فيها، وفي البيع: لو أسلم أو أحدهما قبل القبض انتقض البيع: أي ثبت حق الفسخ لتعذر القبض بالاسلام فصار كما لو أبق المبيع، وتماهه في البحر. قوله: (فروايتان) أي عن الامام في رواية تسقط، وفي رواية عليه قيمتها، وهو قول محمد لتعذره لمعنى من جهته. بحر. قوله: (التي أنكحها المشتري الخ) أي إذا اشترى أمة وزوجها لرجل قبل قبضها من البائع فوطئها الزوج صار المشتري قابضا قوله: (فصار فعلة) أي الزوج كفعله: أي المشتري. قوله: (استحسانا) والقياس أن يكون قبضا لانه تعيب حكمي، ألا ترى أنه لو وجد المشترة مزوجة بردها بالعيب، وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها فعل حسي من المشتري، والتزويج فعل تعيب حكمي بمعنى تقليل الرغبات فيها كنقصان السعر، وتماهه في النهر. قوله: (فلو انتقض البيع) أي بنحو خيار عيب أو فساد. قوله: (بطل النكاح) لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا. بحر. قوله: (وقيده الكمال) لم يقيده الكمال من عنده بل قال: وقيده القاضي الامام أبو بكر بطلان النكاح الخ، فلو قال الشارح: وقيده القاضي أبو بكر لكان أصوب،

ولسلم عزوه في آخر العبارة إلى الفتح من الاستدراك. قوله: (بطلانه) أي البيع. قوله: (فيلزمه 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 هالكة من مال البائع ويكون المهر للمشتري فهو مخالف لقولهم: الغرم بالغنم. هـ. قلت: عدم بطلان النكاح دليل على أن بطلان البيع مقتصر على وقت الموت فلم يصير العقد كأن لم يكن، فيظهر أن النكاح كان على ملك المشتري فيستحق المهر. تأمل. وانظر في قدمناه في البيع الفاسد قبيل قوله: ولا يبطل حق الفسخ بموت أحدهما. قوله: (إذ العقار لا يبيعه القاضي) في بعض النسخ لا يبيعه إلا القاضي بزيادة إلا والصواب الاول، وهو الموجود في النهر، وكذا في البحر عن النهاية وجامع الفصولين. وعبارة جامع الفصولين: جاز للقاضي بيع المبيع وإبقاء الثمن لو كان منقولاً لا لو عقارا هـ. قوله: (قبل القبض) فلو غاب بعده لا يبيعه القاضي لانه حقه غير متعلق بمالته بل بذمة المشتري، وقيده في جامع الفصولين بما إذا لم يخف عليه التلف، فإن خيف جاز له البيع حيث قال: للقاضي إيداع مال غائب ومفقود، وله إقراضه وبيع منقوله إذا خيف تلفه ولم يعلم مكان الغائب لا لو علم هـ. وينبغي أن يقال: إن خوف التلف محوز للبيع، علم مكانه أو لا، وقدما نحوه في خيار الشرط فارجع إليه. نهر. قوله: (غيبه معروفة) بأن كانت البلدة التي خرج إليها معروفة وإن بعدت. نهر. قوله: (فأقام بائعه بينة الخ) ليست البينة هنا للقضاء على الغائب، بل لنفي التهمة وإنكشاف الحال كما في الزيلعي، فلا يحتاج إلى خصم حاضر، لان العبد في يده وقد أقر به للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه. بحر. قال في جامع الفصولين: الخصم شرط لقبول البينة لو أراد المدعي أن يأخذ من يد الخصم الغائب شيئا، أما إذا أراد أن يأخذ حقه من مال كان للغائب في يده فلا يشترط ولا يحتاج لوكيل كهذه المسألة، وكذا لو استأجر إبلا إلى مكة ذاهبا أو جائيا ودفع الكراء ومات رب الدابة في الذهاب فانفسخت الاجارة فله أن يركبها ولا يضمن، وعليه أجرتها إلى مكة، فإذا أتاها ورفع الامر إلى القاضي فرأى بيعها ودفع بعض الاجر إلى المستأجر جاز، وعلى هذا لو رهن المديون وغاب غيبة منقطعة فرفع المرتهن الامر إلى القاضي لبيع الرهن ينبغي أن يجوز كما في هاتين المسألتين هـ. وأقره في البحر قوله: (إنه باعه منه) وأنه لم ينقد إليه الثمن. نهر وفتح. مطلب للقاضي إيداع مال غائب وإقراضه وبيع منقوله الخ قوله: (بأعه القاضي أو

مأموره) ولو أذن له بأن يؤجر الدابة ويعلفها من أجرها جاز كما في جامع الفصولين، وظاهر كلامهم أن البائع لا يملك البيع بلا إذن القاضي فإن باع كان فضوليا، وإن سلم كان متعديا والمشتري منه غاصب، بحر. قلت: وفي الولوالجية: اشترى لحما فذهب ليحیی بالثمن فأبطأ فخاف البائع أن يفسد يسع

[361]

البائع بيعه، لان المشتري يكون راضيا بالانفساخ، فإن باع بزيادة تصدق بها أو بنقصان وضع على المشتري وهذا نوع استحسان هـ. وبه علم أن ما يسرع فساد لا يتوقف على القاضي لرضاه بالانفساخ، بخلاف غيره فإن القاضي يبيعه على ملك المشتري، ولذا كان الفضل له والنقص عليه. قوله: (نظرا للغائب) أي وللبائع، لان البائع يصل به إلى حقه ويبرأ عن ضمانه، والمشتري أيضا تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته. بحر. فرع: في جامع الفصولين: سئل نجم الدين عمن وهبه أمير أمة فأخبرته أنها لتاجر قتل فأخذت وتداولتها الايدي حتى وصلت إليه ولا يجد وارث القتل ويعلم أنه لو خلاها ضاعت ولو أمسكها يخاف الفتنة. فأجاب: للقاضي بيعها من ذي اليد، فلو ظهر المالك كان له على ذي اليد ثمنها. قوله: (وإن اشترى اثنان شيئا) أي اشترى عبدا صفقة واحدة كما عبر في الجامع الصغير لقاضيخان. قوله: (وغاب واحد منهما) أي بحيث لم يدر مكانه نهر. وقيد به لانه لو كان حاضرا يكون متبرعا بالاجماع، لانه لا يكون مضطرا في إيفاء الكل، إذ يمكنه أن يخاصمه إلى القاضي في أن ينقد حصته ليقبض نصيبه. فتح. قوله: (ويجيز الخ) الظاهر أن هذا لو المبيع غير مثلي، أما المثلي كالبر ونحوه مما يمكن قسمته فلا جبر على دفع الكل، ولذا صوروا المسألة بالعبد كما ذكرنا. تأمل. قوله: (وله) أي للحاضر قبضه: أي قبض كل المبيع. قوله: (حتى ينقد شريكه الثمن) أي ثمن حصته إذا كان الثمن حالا. وفي ط عن الواني: النقد في الاصل تمييز الجيد من الردي من نحو الدارهم ثم استعمل في معنى الاداء. قوله: (بخلاف أحد المستأجرين) لو غاب قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها كان متبرعا لانه غير مضطر، إذ ليس للمؤجر حبس الدار الاستيفاء الاجرة. ذكره التمرتاشي. نهر. وهذه الاحكام المذكورة من دفع الثمن وجبر البائع ودفع الكل والقبض والحبس مذهبهما، وخالف أبو يوسف في جميعها ط. مطلب في العلو إذا سقط قوله: (فكان مضطرا) فصار كمعير الرهن إذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب، فإن المعير إذا افتكه يدفع الدين يرجع على الراهن لانه مضطر فيه، وكصاحب العلو إذا سقط بسقوط السفل كان له أن يئني السفل إذا لم يئنه مالكة بغير أمره ليتوصل به إلى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله ما لم يعطه ما صرفه، وتمامه في الفتح. قوله: (اللهم الخ) بحث لصاحب النهر. قوله: (لعدم الاولوية) لانه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما نصفه، ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها، بخلاف ما إذا قال بألف من الدراهم والدنانير حيث لا يشترط بيان الصفة

[362]

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) الاشارة إلى ما ذكره المصنف: أي إن قوله: باع بألف مثقال الخ ليس البيع قيذا في ذلك وكذا الموزون، بل مثله المكيل ونحوه كما لو أقر له برطل من سمن وعسل وزيت أو بمائة من بيض وجوز وتفاج أو بمائة ذراع من كتان وإبريسم وخز يلزمه من كل ثلث. قوله: (وزن سبعة) أي 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 في موضعين بالنظر إلى العرف الحادث: الاول فيما ينصرف إليه اسم الدرهم، والثاني في قيمته. فذكر في الفتح أن انصراف الدراهم إلى وزن سبعة إذا كان متعارفا في بلد العقد. وأما في 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 في البحر أن الواقف بمصر لو شرط دراهم للمستحق ولم يقيدها ينصرف إلى الفلوس النحاس، وإن قيدها بالنقرة ينصرف إلى الفضة. واعترضه في النهر بأن ما في الفتح حكاية عما في زمنه، ولا يلزم منه كون كل زمن كذلك، فالذي ينبغي أن لا يعدل عنه اعتبار زمن الواقف إن عرف، وإلا صرف إلى الفضة لانه

الاصل ا هـ. الموضوع الثاني: قال في النهر: وأما قيمة كل درهم منها، فقال في البحر بعدما أعاد المسألة في الصرف قد وقع الاشتباه في أنها خالصة أو مغشوشة، وكنت قد استفتيت بعض المالكية عنها: يعني به علامة عصره ناصر الدين اللقاني، فأفتى أنه سمع ممن يوثق به أن الدرهم منها يساوي نصفاً وثلاثة من الفلوس، قال: فليعمل على ذلك ما لم يوجد خلافه ا هـ. وقد اعتبر ذلك في زماننا، لأن الأدنى متيقن به وما زاد عليه فهو مشكوك فيه، ولكن الأوفق بفروع مذهبنا وجوب درهم وسط لما في جامع الفصولين من دعوى النقرة: لو تزوجها على مائة درهم نقرة ولم يصفها صح العقد، ولو ادعت مائة درهم مهراً وجب لها مائة وسط ا هـ. فينبغي أن يعمل عليه ا هـ. ورأيت في فتاوى بعض الشافعية أن قيمته باعتبار المعاملة نصف وثلث، وأنت قد علمت أن القيمة تختلف باختلاف الأزمان، ولا شك في اختلاف أزمنة الواقفين فينبغي اعتبار زمن الواقف، والله تعالى الموفق ا هـ. قلت: وفي زماننا وقبله بمدة مديدة ترك الناس التعامل بلفظ الدرهم، وإنما يذكرون لفظ

[363]

القرش وهو اسم لاربعين نصف فضة، وهذا يختلف باختلاف الزمان، فينظر إلى قرش زمن الواقف أيضاً. قوله: (فقيمة درهمها نصفان) هذا ذكره في النهر بعدما حرر المقام، والظاهر أن مراده أن ذلك كان في زمن الواقف فلا ينافي 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 تطلق عليه في زمن الواقف أو يكون قيدها بشئ، فافهم. قوله: (الاستيمارات القديمة) أي التصرفات أو العطايا أو الدفاتر أو نحوها، مأخوذة من استمرار الشئ: إذا دام، والمراد أنه ينظر إلى ما جرى عليه التعامل من قديم الزمان فيتبع. قوله: (ولو قبض زيفاً) أي رديناً، وهو من الوصف بالمصدر، لأنه يقال: زافت الدراهم تزيف زيفاً من باب سار: أي رداً، ثم وصف به فقيل درهم زيف ودراهم زيوف كفلس وفلوس، وربما قيل زائف على الأصل كما في المصباح. مطلب في النهرجة والزيوف والستوفة وفي التارخانية: الدراهم أنواع أربعة: جياد، ونهرجة، وزيوف، وستوفة. واختلفوا في تفسير النهرجة، قيل هي التي تضرب في غير دار السلطان، والزيوف: هي المغشوشة. والستوفة: صغر مموه بالفضة. وقال عامة المشايخ: الجياد فضة خالصة تروج في التجارات وتوضع في بيت المال. والزيوف ما زيفه بيت المال: أي يرده، ولكن تأخذه التجار في التجارات لا بأس بالشراء بها، ولكن يبين للبائع أنها زيوف. والنهرجة: ما يرده التجار. والستوفة: أن يكون الطاق الأعلى فضة والأسفل كذلك وبينهما صفر، وليس لها حكم الدراهم ا هـ. وقال في أنفع الوسائل: وحاصل ما قالوه أن الزيوف أجود وبعده النهرجة وبعدهما الستوفة، وهي بمنزلة الزغل التي نحاسها أكثر من فضتها. قوله: (كان قضاء اتفاقاً) لأنه صار راضياً 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 نفوقاً من باب قعد: هلكت. مصباح. قوله: (استحساناً) وقوله قياس كما ذكره فخر الإسلام وغيره، وظاهره ترجيح قول أبي يوسف. بحر. قوله: (ولو فرخ طير) يقال فرخ بالتشديد وأفرخ: صار ذا أفراخ، وأفرخت البيضة: انفلقت عن الفرخ فخرج منها. مصباح. قوله: (أو تكسر) وقع في الكنز تكسس. وفي المغرب: كنس الطيبي دخل في الكناس كنوساً من باب طلب وتكنس مثله، ومنه الصيد: إذا تكنس في أرض رجل: أي استتر،

[364]

ويروى تكسر وانكسر ا هـ. وفي الفتح: وفي بعض النسخ تكسر: أي وقع فيها فتكسر احترازاً عما لو كسره رجل فيها. بحر. وقوله من باب طلب صوابه من باب جلس. رملي، وقوله احترازاً الخ، إنما يتم إذا لم يكن تكسر للمطاوعة وإلا فهو من فعل غيره، يقال كسره بالتشديد فتكسر وكسره بالتخفيف فانكسر: أي قبل ذلك. تأمل. قوله: (إلا إذا هيا أرضه لذلك الخ) أي بأن حفر فيها بئراً ليسقط فيها أو أعد مكاناً للفراخ ليأخذها. فتح. لأن الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالقصد. بحر. قوله: (أو كان صاحب الأرض قريباً 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 يشكك عليه ما في الذخيرة عن المنتقى حيث قال: نصب حباله فوقع 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 أخذاً له إلا أنه في الأول بطل الأخذ قبل تأكده، وفي الثاني بعد تأكده، وكذا صيد البازي، والكلب إذا انفلت فهو على هذا التفصيل أ هـ. أفاده ط. قوله: (فلو أخذه غيره لم يملكه) استدلل عليه في النهر بعبارة المنتقى المذكورة. قوله: (مثل ما مر) يدل من قوله وكذا أو عطف بيان أفاد به أن الإشارة إلى ما ذكر في أول المسألة من أنه لأخذه. قوله: (أو دخل دار رجل) وكذا لو دخل بيته وأغلق عليه الباب ولم يعلم به لم يصير أخذاً مالكا له، حتى لو خرج بعد ذلك فأخذه غيره ملكه. وعن أبي يوسف: لو اصطاده في دار رجل من الهواء أو على الشجر ملكه، لأن حصوله علي 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 اختلفا في أخذه من الهواء أو الشجرة فكذلك لأن الظاهر أن ما في داره يكون له. وتمامه في البحر. قوله: (ملكه بهذا الفعل) أي بالاعداد أو الكف، وظاهره أنه بدون ذلك لا يملكه، وإن وقع قريباً منه بحيث تناله يده، والفرق بينه وبين الصيد أن الصيد يملكه بالقرب منه إذا وقع في أرضه ونحوها لا مطلقاً، وإلا لزم لزم أنه لو قرب من صيد في برية ملكه والنثار يكون في بيت أهل العرس عادة فلا يعتبر فيه مجرد القرب بل لا بد من إعداد الثوب أو كفه. وأيضاً لو اعتبر مجرد القرب يؤدي إلى المنازعة بين الحاضرين الذين وقع بينهم إذ كلهم يدعيه. قوله: (ملكه مطلقاً) أي وإن لم يعدها لذلك. قوله: (لأنه صار من أنزلها) أي ريعها، فهو بفتح الهمزة جمع نزل. قال في المصباح: نزل الطعام نزلاً من باب تعب: كثر ريعه ونماؤه فهو نزل، وطعام كثير النزل بوزن سبب: أي البركة، ومنهم من يقول: كثير النزل بوزن قفل. قوله: (لا يجبر عليه) وكذا لا يجبر على إعطاء الصك القديم كما في الخيرية عن جواهر

الفتاوى. قال: نعم لو توقف إحياء الحق على عرضه، كما لو غصب المبيع وامتنعت الشهود من الشهادة حتى يروا خطوطهم يجبر على عرضه، كما أفتى به الفقيه أبو جعفر صيانة لحق المشتري أ هـ. قوله: (ولا على الأشهاد والخروج إليه) أي إلى الأشهاد، وهو عطف تفسير على الأشهاد لأنه ليس له الامتناع عن الأشهاد المجرد بقربة ما بعده. قوله: (فليس له الامتناع عن الاقرار) فإن لم يقر يرفعه إلى الحاكم، فإن أقر بين يديه كتب سجلاً وأشهد عليه. ملقط. قوله: (فغزلته امرأته) أي بإذنه أو بغير إذنه. ملقط. قوله: (المرأة إذا كفنت) أي كفنت زوجها. وعبارة مجمع الفتاوى وغيرها: أحد الورثة إذا كفن الميت بماله الخ فالمرأة غير قيد، نعم خرج الاجنبى فإنه لا يرجع كما في التتارخانية: أي إلا إذا كان وصياً. قوله: (ولو أكثر لا ترجع بشئ) علله في البزازية بأن اختيار ذلك دليل التبرع، وهذا إذا أنفق الوارث من ماله ليرجع، وسيذكر المصنف في باب الوصي أنه إذا زاد في عدد الكفن ضمن الزيادة، وإن زاد في قيمته ضمن الكل: أي لأنه صار مشترياً 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 التكفين بأكثر من كفن المثل اختيار التبرع بالكل بل بالزائد. مطلب إذا اكتسب حراماً ثم اشترى على خمسة أوجه قوله: (اكتسب حراماً الخ) توضيح المسألة ما في التتارخانية حيث قال: رجل اكتسب مالاً من حرام ثم اشترى فهذا على خمسة أوجه: أما إن دفع تلك الدراهم إلى البائع أولاً ثم اشترى منه بها أو اشترى قبل الدفع بها ودفعها، أو اشترى قبل الدفع بها ودفع غيرها، أو اشترى مطلقاً 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 ألفاً فاشترى بها جارية وباعها بألفين تصدق بالبرج. 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 للحرص عن الناس أ هـ. وفي الولوالجية وقال بعضهم: لا يطيب في الوجه كلها وهو المختار، لكن الفتوى اليوم على قول الكرخي دفعا للحرص لكثرة

الحرام ا ه. وعلى هذا مشى المصنف في كتاب الغصب تبعاً للدرر وغيرها. قوله: (قال الكرخي) صوابه: قال أبو نصر كما رأيته في الملتقط: ولم أر فيه ذكر قول

[366]

الكرخي أصلاً. قوله: (جاز أخذ ربحه) لان الظاهر أنه اكتسب في الحلال .
الولولاجية. وظاهره أنه لا كراهة فيه، وتقدم في شركة المفاوضة أن أبا يوسف أجازها مع اختلاف الملة مع الكراهة، وعلله الزيلعي هناك بأن الكافر لا يهتدي إلى الجائز من العقود. قوله: (لا يجوز لأحد أخذه الخ) ظاهره أنه لا يجوز الاقدام على الأخذ ما لم يسمع المالك. قال: ليأخذه من أراده، وظاهره أنه يملكه بالأخذ إذا قال الملك ذلك، وإلا لا. وتقدم تمام الكلام على هذه المسألة في باب الجنابة على الاحرام من كتاب الحج. قوله: (والأب مفسد فاسق) احتراز عما إذا كان محموداً عند الناس أو مستور الحال فإنه حينئذ يصح بيعه عقار ابنه الصغير كما سيذكره في باب الوصي. قوله: (لم يجز بيعه) نقضه بعد بلوغه هو المختار، إلا إذا كان خيراً بأن باع بضعف القيمة وبيع منقوله يجوز في رواية ويوضع ثمنه في يد عدل، لا في رواية لولا خير بضعف قيمته، وبه يفتى جامع الفصولين. قوله: (على أن لا ترجع عليه) قيد بذلك لما في الاشباه شراء الام لابنها الصغير ما لا يحتاج إليه غير نافذ عليه، إلا إذا اشترت من أبيه أو منه ومن أجنبي كما في الولولاجية. قوله: (جاز وهو كالهبة) قال في الخانية: تكون الام مشترية لنفسها ثم يصير منها هبة لولدها الصغير وصلة، وليس لها أن تمنع الصيغة عن ولدها الصغير ا ه ط. قوله: (رجع بما أدى) مخالف لما صححه في النفقات حيث قال نقلاً عن جامع الفصولين: الاسير ومن أخذه السلطان ليصادره، لو قال لرجل خلصني فدفع المأمور مالا فخلصه، قيل يرجع، وقيل لا في الصحيح. به يفتى ا ه. لكن سيأتي في الكفالة قبيل كفالة الرجلين تصحيح الاول، ومثله في البزازية والخانية، وقدمنا في النفقات تأييده، فهما قولان مصححان. ثم رأيت الجزم بالاول في شرح السير الكبير، ولم يحك فيه خلافاً فكان هو المذهب، فافهم. قوله: (ولو قال بألف الخ) عبارة الملتقط: وقال شداد: إذا قال الاسير الحر اشتريني بألف درهم فاشتره بأكثر منه جاز وعليه قدر الالف، ولا يلزمه الفضل لانه تخلص لا شراء، بخلاف الوكيل بالشراء ا ه. قلت: بيانه أن الوكيل بالشراء لو شري بأكثر مما عينه الوكيل وقع الشراء له، ولا يلزم الموكل شيء من الثمن، لان الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري لزم فيلزمه جميع الثمن ولا يلزم الأمر شيء، وهنا لزم الأمر قدر ما عينه لانه هنا تخلص لا شراء 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 ا ه. أقول: ويظهر لي أن قوله يرجع بألفين سبق قلم، وصوابه بألف بدليل التعليل والتنظير، فإن المأمور بإنفاق ألف لا شك أنه يرجع بأكثر من ألف، ثم راجعت السير الكبير للسرخسي فرأيت فيه مثل ما قدمناه عن الملتقط وقال: إنما يرجع عليه بالالف خاصة، لان الرجوع بحكم الاستقراض وذلك في الالف خاصة، وهذا بخلاف الشراء الخ، فهذا صريح فيما قلنا والله الحمد. فافهم .

[367]

مطلب دبع في داره وتأذى الجيران قوله: (وتأذى 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 ضرراً بيناً، قيل وبه أخذ كثير من المشايخ وعليه الفتوى ا ه. وفيه: أراد أن يبني في داره تنورا للخبز دائماً أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين يمنع عنه لتضرر جيرانه ضرراً فاحشاً. وفيه: لو اتخذ داره حماماً ويتأذى الجيران من دخانها فلهم منعه إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخان الجيران ا ه. وانظر ما لو كانت داراً قديمة بهذا الوصف، هل للجيران الحادئين أن يغيروا القديم عما كان عليه؟ ط. مطلب الضرر البين يزال ولو قديماً قلت: الضرر البين يزال ولو قديماً كما أفتى به العلامة المهنداري، ومثله في حاشية البحر الرملّي 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) أي لاختلاف الرغبة وإن كانا في باب الربا جنساً واحداً. تأمل. قال في الملتقط:

وكذلك إذا اشترى على أنه لحم موجوءة فوجده لحم فحل. قوله: (قال زن لي الخ) في المجرد 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 وكذا فوزن فله الخيار، ولو قال زن لي من هذا الجنب كذا بكذا أو قال زن لي ما عندك من اللحم بحساب كذا فوزنه جاز ولا خيار له. وعن أبي يوسف مثله. حاوي الزاهدي. قلت: ولعل وجه قول الامام: أن هذا بيع بالتعاطي فلا يتم قبل قبض المبيع، وعلى قول محمد: يتم بالوزن إن عين الموضع أو كان العقد على الكل. تأمل. قوله: (لم بخير) لعل وجهه أن الخبز المشتري منه لا يختلف، بخلاف اللحم، فإن لحم الرقية 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 قائما رده الخ) أي لاختلاف الجنس فبطل البيع، ولو اختلف النوع لا يرجع بثمنه جامع الفصولين. وفيه: شري على أنه بذر بطيخ شتوي فزرعه فوجده صيفيا بطل البيع فيأخذ المشتري ثمنه وعليه مثل ذلك البذر ا ه. قلت: ومقتضاه أنه من اختلاف الجنس، كما لو وجده بذر قثاء. والذي يظهر أنه من اختلاف

[368]

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 ا ه. أي لانه 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 ا ه. والحاصل أنه إذا ظهر خلاف الجنس كبذر البطيخ وبذر القثاء بطل البيع فيرده لو قائما ويرد مثله لو هالكا ويرجع بالثمن، ولو ظهر خلاف الوصف كالربيعي والخريفي صح البيع فيرده لو قائما، ولا يرجع بشئ لو هالكا عند الامام. وعندهما: يرجع بنقصانه، وبه يفتى. بقي ما لو زرعه فلم ينبت، ففي الخيرية: ليس له الرجوع بالثمن ولا بالنقص لانه قد استهلك المبيع، ولا رجوع بعد الاتلاف كما صرح به ظهير الدين في حب القطن، وقيل يرجع بنقصانه إن ثبت عدم نباته لعيب به، وإلا لا بالاتفاق لاحتمال أن عدم نباته لرداءة حرثه أو لجفاف أرضه أو لامر آخر ا ه. قلت: الظاهر أن ما نقله عن ظهير الدين مبني على قول الامام، وقوله وقيل يرجع مبني على قولهما المفتى به كما علمت. قوله: (فانكسروا) في بعض النسخ فانكسرت وهي الاولى لان الواو لجاعة العقلاء. قوله: (ضمن الاقداح لا القدح) لان القدح قبضه على سوم الشراء بلا بيان الثمن والاقداح انكسرت بفعله فيضمنها بين الثمن أو لا كما في الخانية. قوله: (بأصلها) هو المدفون في الارض المسمى شرشا. مطلب شري شجرة وفي قلعها ضرر قوله: (يقطعه من وجه الارض) عبارة الملتقط يقطعها وفيه أيضا: إذا اشترى أشجارا من وجه الارض وفي قطعها بالصف ضرر فللبائع أن يدفع إليه قيمتها وهي قائمة، إلا أن يتراضيا على تركها إلى وقت لا ضرر في قطعها. وفيه أيضا: ولو باع شجرة، إن بين موضع قطعها من وجه الارض فعلى ذلك، وإن بين بأصلها فعلى قرارها من الارض، وإن لم يبين له أن يقطع من أصلها إلا أن تقوم دلالة ا ه. قوله: (فكسرهما المشتري) كذا رأيت في الملتقط وكأنه مصور في الصرف، وإلا فالمناسب فكسرها البائع. ورأيت فيه تقييد الزيوف بالنهرجة، ويدل له ما نقله بعض المحشين عن الخانية لو أن المشتري دفع إلى البائع دراهم صحاحا فكسرها البائع فوجدها نهرجة كان له أن يردها على المشتري، ولا يضمن بالكسر لان الصحاح والمكسرة فيه سواء ا ه. قوله: (وإن طحنه لا يبيع) أي إلا أن يبين لانه لا

[369]

يرى. قوله: (وقال الثاني الخ) وقال أيضا لا بأس أن يشتري بستوقة إذا بين وأرى للسلطان أن يكسرها لعلها تقع في أيدي من لا يبين. وروى بشر في الاملاء عنه: أكره للرجل أن يعطي الزيوف والنهرجة والتسوقة وإن بين ذلك، وتجاوز بها عند الاخذ من قبل أن إنفاقها ضرر على العوام، وما كان ضرا عاما فهو مكروه خوفا من

الوقوف في أيدي المدلسة على الجاهل به ومن التاجر الذي لا يتحرج ا ه ملخصا من الهندية. قوله: (لا ينفقها حتى يعدها) لاحتمال أن يظهر الدرهم معيبا وقد أنفق الفلوس أو بعضها فيلزم الجهالة في المنفق. والظاهر أن محله إذا أخذها عددا لا وزنا، وهل ذلك يجري في صرف الذهب بالفضة؟ يحرط تأمل. قوله: (ثمنه) الضمير راجع للمشتري: أي الثمن الواجب عليه أو للثياب باعتبار كونها مبيعا. قوله: (لجهالة الاجل) لانه لم يعلم بذلك وقت الدفع. نعم لو قال إلى شهر على أن يؤديه بسمرقند جاز، ويبطل الشرط كما قدمناه أول البيوع. قوله: (فهو فاسد) لان فيه نفعا للبائع ولا يقتضيه العقد. قوله: (من الاكار) أي المزارع. قوله: (يرجع على الدهقان) أي صاحب الارض. وفي هذه المسألة كلام سيأتي إن شاء الله تعالى قبيل باب كفالة الرجلين. قوله: (إن رضي الاكار جاز) أي إذا دفع صاحب الكرم كرمه إلى أكار مساقاة بالربع مثلا وعمل الاكار حتى صار له حصة في الثمر يتوقف بيع الثمر على رضا الاكار لان له فيه حصة، فإن أجاز البيع يقسم الثمن على قيمة الارض وقيمة الثمر فيأخذ الاكار قدر حصته من ثمن الثمر، وأما لو دفع أرضه مزارعة على أن يكون البذر من العامل فباع الارض توقف بيع الارض على إجازة المزارع لانه صار بمنزلة مستأجر الارض كما مر في باب الفضولي، ولا يخفى أن هذه مسألة أخرى، فافهم. قوله: (فقبله ولم ينفقه) الاوضح 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 بقي على ملك الدافع فصح أمر الدافع بالتصرف، فهو في الابتداء تصرف للدافع وفي الانتهاء لنفسه، بخلاف التصرف في العين لانها 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 لم يترجم له بفصل ولا باب لدخوله في بال المتفرقات، وما اسم موصول مبتدأ خبره: قوله البيع الخ وتقدم في باب البيع الفاسد بيان الشرط الفاسد. والتعليق: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، وتقدم الكلام عليه في كتاب الطلاق، ومثال الشرط الفاسد: بعتك بشرط كذا، ومثال التعليق: بعتك إن رضي فلان. وفي حاشية الاشباه للحموي عن قواعد الزركشي: الفرق بين التعليق والشرط: أن التعليق داخل في أصل الفعل بأن ونحوها، والشرط ما جزم فيه بأصل الفعل، أو يقال: التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد بأن أو إحدى آخراتها، والشرط: التزام لم يوجد في أمر لم يوجد بصيغة مخصوصة ا ه. قوله: (هاهنا أصلان الخ) الذي تحصل من هذين الاصلين أن ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد، ويبطل تعليقه أيضا لدخوله في التمليكات لانها أعم، وما ليس مبادلة مال بمال إن كان من التمليكات أو التقييدات يبطل تعليقه بالشرط فقط وإن لم يكن منهما، فإن كان من الاسقاطات والالتزامات التي يحلف بها يصح تعليقه باللائم، وغيره، وإن كان من الاطلاقات والولايات والتحريضات يصح باللائم 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 الاولى على تقدير ما أخرى: أي وما لا يصح تعليقه به كما في قوله تعالى: * (وما أنزلنا إلينا وما أنزل إليكم) * أي وما أنزل إليكم فيكون ما في المتن قاعدتين الاولى ما يبطل بالشرط، والثانية ما لا يصح تعليقه به، وبدون هذا التقدير يكون قاعدة واحدة أريد بها ما اجتمع فيه الامران، وذلك خاص بالتمليكات التي هي مبادلة مال بمال فإنها تبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقها به، وذلك غير مراد لان المصنف عد من ذلك الرجعة والابراء وعزل الوكيل والاعتكاف والاقرار 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 الاصلين المذكورين. وعليه فما ذكره المصنف منه ما هو داخل تحتهما معا، ومنه ما هو داخل تحت الثانية فقط، وبدل عليه أيضا ما في الزيلعي حيث قال بعد ذكر ما لا يبطل بالشرط الفاسد: ثم الشيخ ذكر هنا ما يبطل بالشروط الفاسدة وما لا يبطل بها وما لا يصح تعليقه بالشرط ولم يذكر ما يجوز تعليقه بالشرط الخ. إذا علمت ذلك ظهر لك أن هاهنا أربعة قواعد: الاولى ما يبطل بالشرط الفاسد. الثانية ما

لا يصح تعليقه بالشرط وهاتان المذكورتان هنا. والثالثة عكس الاولى وهي ما يأتي في قول المصنف وما لا يبطل بالشرط الفاسد الخ. والرابعة عكس الثانية، وهي المذكورة في قول الشارح وبقي ما يجوز تعليقه الخ. والاولى داخله تحت الثانية لان كل ما بطل بالشرط الفاسد لا يصح تعليقه به ولا عكس، فالفروع التي ذكرها المصنف كلها داخله تحت الثانية وبعضها تحت الاولى لخروج الرجعة والابراء ونحوهما كما ذكرناه، وما خرج عنها دخل تحت الثالثة. والرابعة داخله تحت الثالثة لان كل ما جاز تعليقه لا يبطله الشرط الفاسد ولا عكس كما ستعرفه. ثم اعلم أن قوله: لا يصح تعليقه ليس المراد به بطلان نفس التعليق مع صحة المعلق، لان ما كان من التمليكات يفسد بالتعليق، بل المراد أنه لا يقبل التعليق بمعنى أنه يفسد به، فاغتنم تحرير هذا المقام فإن به يندفع كثير من الاوهام كما يظهر لك في تقدير الكلام. قوله: (وما لا فلا) أي 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 مثالا للشئيين، وإنما لم يفسد ذلك لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو في المعاوضات المالية لا غير، لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض. وحقيقة الشروط الفاسدة كما مر هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيها فضل خال عن العوض وهو الربا، ولا يتصور ذلك في المعاوضات الغير المالية ولا في التبرعات، بل يفسد الشرط ويصح التصرف. وتمامه 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 والاذن 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) أي المحض كما في البحر 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 والارض تحتنا تطلق للحال، ولو علق البراءة بشرط كائن يصح، ولو قال للخطاب زوجت بنتي من فلان فكذبه فقال إن لم أكن زوجتها منه فقد زوجتها منك فقبل الخاطب وظهر كذب الاب انعقد. قوله: (والاصح) أي أن لا يكن من التمليكات والتقييدات بأن كان من الاسقاطات المحضة أو الالتزامات أو الاطلاقات أو الولايات أو التحريضات صح التعليق. قوله: (لكن في أسقاطات) أي محضة كالطلاق والعتاق. بحر، احترازاً عن الابراء فإنه وإن كان إسقاطاً لكنه تملك من وجه كما يأتي فهو من التمليكات. قوله: (يخلف بهما) الضمير المثني عائد إلى إسقاطات والتزامات، وقوله: كحج وطلاق لف ونشر مشوش، وقوله: مطلقاً أي بشرط ملائم، أو غير ملائم، ولم يظهر من كلامه حكم ما لا يخلف به من النوعين ولا أمثلته، ولم أر من ذكر ذلك. ويظهر لي أنه كالتمليكات يبطل تعليقه، وأن من الاول تسليم الشفعة إذا علق بشرط غير كائن فإن فاسد ويبقى على شفعته كما سنوضحه، ومن الثاني ما إذا التزم ما لا يلزمه شرعاً، كما لو استأذن جاره لهدم جدار مشترك بينهما فأذن بشرط منع الضرر عنه بنصب خشبات ولم يفعل حتى

انهدم منزل الجار لا يضمن، لانه ليس عليه حفظ دار شريكه كما في البولواجية ففيه التزام الحفظ، كأنه قال اهدم الجدار بشرط نصب الخشبات فلا يصح. تأمل. قوله: (وفي إطلاقات) كالاذن بالتجارة وولايات كالقضاء والامارة وتحريضات نحو من قتل قتيلاً فله سلبه ا ه ج. قوله: (بالملائم) أي يصح تعليقها بالشرط الملائم، وفسره في الخلاصة بما يؤكد موجب العقد ا ه. مثل: إن وصلت إلى بلدة كذا فقد وليتك قضاءها أو إمارتها، أو إن قتلت قتيلاً فلك سلبه، بخلاف نحو، إن هبت الريح. قوله: (فالاول الخ) قد علمت أن حاصل الاصلين المذكورين في الشرح أن من المسائل ما يفسد بالشرط الفاسد، وما لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد، وما يصح بالشرط وما يصح تعليقه به، فهي أربعة: الفاسد منها قسمان، والصحيح قسمان. فقوله فالاول أربعة عشر أراد به الفاسد منها بقسميه، وهو الذي عبر عنه المصنف بقوله: ما يبطل الشرط الفاسد ولا يصح تعليقه وأما ما يصح فسيذكر المصنف القسم الاول منه بقوله:

وما لا يبطل بالشرط الفاسد وذكر الشارح بعده القسم الآخر بقوله: وبقي ما يجوز تعليقه بالشرط كما نبهنا عليه أولا، وحينئذ فلا حاجة إلى أن يراد بالاول الاصل الاول من الاصلين حتى يرد عليه أن الصور التي ذكرها المصنف ليست كلها مبادلة مال بمال بل بعضها، فافهم. قوله: (على ما في الدرر الخ) أي كونها أربعة عشر مبنية على ما ذكر في هذه الكتب، وأشار به إلى أنها تزيد على ذلك كما نبه عليه الشارح بعد، ويأتي تمامه. ثم إن المذكور في إجازة الوقاية ما يصح مضافا وهو ما سيأتي آخر، وليس الكلام فيه كما لا يخفى. قوله: (البيع) صورة البيع بالشرط قوله: بعته بشرط استخدامه شهرا وتعليقه بالشرط كقوله: بعته إن كان زيد حاضرا، وفي إطلاق البطلان على البيع بشرط تسامح لأنه من قبيل الفاسد لا الباطل، وإليه يشير قوله وقد مر في البيع الفاسد. شرنبلالية. قوله: (إن علقه بكلمة إن) إلا في صورة واحدة وهي أن يقول بعث منك هذا إن رضي فلان فإنه يجوز إن وقته بثلاثة أيام، لأنه اشتراط الخيار إلى أجنبي وهو جائز. بحر. لكن فيه أن الكلام في الشرط الفاسد وهذا شرط صحيح. تأمل. قوله: (على ما بينا في البيع الفاسد) أي 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 لاهل الاستحقاق فسد وإلا فلا. هـ. وقول العاقد بشرط كذا بمنزلة على، ولا بد أن لا يقرن الشرط بالواو وإلا جاز ويجعل مشاورة وأن يكون في صلب العقد، حتى لو أحقاه به لم يلتحق في أصح الروايتين. مكى. وفي الذخيرة: اشترى حطباً في قرية شراء صحيحاً وقال موصولا بالشراء من غير شرط في الشراء أحمله إلى منزلي لا يفسد، أو استأجر أرضاً للزراعة ثم قال بعد تمامها إن الحرف على المستأجر لا تفسد لأنه كلام مبتدأ. هـ. ط. وتقدم آخر باب خيار الشرط أن البيع لا يفسد بالشرط في اثنين وثلاثين موضعاً ذكرها في الاشباه وأوضحناها هناك قوله: (والقسمة) من صور فسادها بالشرط: ما إذا اقتسم الشريكان على أن ل أحدهما الصامت وللآخر 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 دراها مسماة. بحر عن الولوجية. وقال أيضا: وصورة تعليقها أن يقتسموا دارا وشرطوا رضا فلان، لان القسمة فيها معنى المبادلة فهي كالبيع. عيني. ومر جواز تعليق

البيع برضا فلان على أنه شرط خيار إذا وقته، ولكن في الولوجية: خيار الشرط والرؤية يثبت في قسمة لا يجبر الأبى عليها وهي قسمة الاجناس المختلفة، لا فيما يجبر عليها كالمثلي من جنس واحد، بحر ملخصا. وحاصله أن تعليق القسمة على رضا فلان غير موقت لا يصح مطلقا، ومؤقتا يصح في الجنس الواحد على أنه خيار شرط لأجنبي كما يصح في البيع، فكلام العيني محمول على غير الموقت أو على الاجناس المختلفة. ثم اعلم أن القسمة التي يجبر الأبى عليها لا تختص بالمثلي، لأنها تكون في العروض المتحد جنسها، إلا الرقيق والجواهر فلا يجبر عليها كقسمة الاجناس بعضها في بعض، وكدور مشتركة أو دار وضعية فيقسم كل منها وحده لا بعضها في بعض إلا بالتراضي كما سيأتي في بابها. قوله: (أما قسمة القيمي الخ) أفاد أن قسمة المثلي لا تصح بالشرط مطلقا، أما قسمة القيمي فتصح إن علق بختيار شرط أو رؤية وإلا فلا، لكن علمت أن الافتراق بين الجبر وعدمه لا بين المثلي والقيمي، فافهم. وأيضاً فالكلام في الشرط الفاسد كما مر، وشرط الخيار ليس شرطا فاسدا فلا حاجة إلى التنبيه على صحته. تأمل. قوله: (والاجارة) أي كان أجر داره على أن يقرضه المستأجر أو يهدي إليه أو إن قدم زيد. عيني. ومن ذلك استأجر حانوتا بكذا على أن يعمره ويحسب ما أنفق من الاجرة فعليه أجر المثل وله ما أنفق وأجر مثل قيامه عليه، وتماومه في البحر، وبه علم أنها تفسد بالشرط الفاسد وبالتعليق لأنها تملك المنفعة والاجرة. قوله: (فيصح به يفتى (لعل وجهه أنه وقت يجئ لا محالة فلم يكن تعليقا بخطر، أو هو إضافة لا تعلق والاجارة تقبل الاضافة 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 بالاجارة في الحال كأنه علقه على القبول فقيل. تأمل. قوله: (فقول البكر) الاولى إبدال البكر بالبالغة كما هو في عبارة البزازية. قوله: (وكذا كل ما لا يصح تعليقه بالشرط) وهو التمليكات والتقييدات كما مر، وهذا التعميم أخذه في البحر من إطلاق عبارة الكنز لفظ الاجارة، واستشهد له بما مر عن البزازية، وأقره في النهر. واعترضه

الحموي بما في القنية قال باعني فلان عبدك بكذا فقال إن كان كذا فقد أجزته أو فهو جائز إن كان بكذا أو بأكثر من ذلك النوع، ولو أجاز بثمان آخر يبطل أ هـ. قلت: قد يجاب بأن هذا تعليق بكائن فلم يكن شرطا محضا، 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 الإجازة بقوله بأن باع فضولي عبده فقال: أجزته بشرط أن تقرضني أو تهدي إلي أو علق إجازته بشرط لأنها بيع معنى أ هـ. ومثله قول الدرر: والبيع وإجازته. وقال ح: ينبغي أن يراد بالإجازة إجازة عقد هو مبادلة مال بمال، لأن كلامه فيما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه

[374]

بالشرط، وذلك خاص بالمعاوضات المالية، وما ذكره عن البزازية من إجازة النكاح صحيح في نفسه، لكنه لا يلائم المتن، لأن إجازة النكاح مثله فلا تبطل بالشرط الفاسد وإن لم يصح تعليقها به أ هـ ملخصا. قلت: قد علمت مما قررناه سابقا أن ما ذكره المصنف قاعدتان لا واحدة، والفروع التي ذكرها المصنف بعضها مفرع على القاعدتين وبعضها على واحدة منهما، فمثل إجازة النكاح مفرعة على الثانية فقط، ومثل إجازة البيع مفرعة على كل منهما، وكان من اقتصر على تصوير الإجازة بالبيع قصد بيان ما تفرع على القاعدتين. فافهم. قوله: (قال شيخنا في بحره) من كلام المصنف في المنح. قوله: (وأطال الكلام إلخ) 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 والهزل واللعب والخطأ كالنكاح وفي كتب الأصول من بحث الهزل: أن ما يصح مع الهزل لا تبطله الشروط الفاسدة، وما لا يصح معه تبطله أ هـ. قلت: وقد مر أيضا في الأصل الاول أن ما ليس بمبادلة مال بمال لا يفسد بالشرط الفاسد، ولا يخفى أن الرجعة كذلك، والجواب عما قاله في البحر أنه ميني على أن قولهم ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به قاعدة واحدة، والفروع المذكورة بعدها مفرعة عليها وذلك غير صحيح، بل هما قاعدتان كما قررناه، والرجعة مفرعة على الثانية منهما فقط فلا بطلان في كلامهم بعد فهم مرامهم، 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 أ هـ. قلت: وأيضا فقوله: وتبطل بالشرط هو محل النزاع، فالصواب ذكره بالفاء لا بالواو على أنك قد سمعت الجواب الحاسم لمادة الاشكال. تنبيه: علل في الخلاصة لعدم صحة تعليق الرجعة بالشرط بأنه إنما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز أن يحلف به ولا يحلف بالرجعة أ هـ. واعترضه في نور العين بأن عدم التحليف في الرجعة قوم الامام، والمفتى به قولهما أنه يحلف، وعليه فينبغي أن يصح تعليقها بالشرط أ هـ. قلت: اشتبه عليه الامر، فإن قول الخلاصة: لا يحلف بالرجعة بتخفيف اللام بمعنى أنه لا يقال إن فعلت كذا فعلي أن أراجع زوجتي كما يقال فعلي حج أو عمرة أو غيرهما مما يحلف به وكأنه ظنه يحلف بتشديد اللام وجعل الباء للسببية: أي إذا أنكر الرجعة لا يحلفه القاضي عليها كبقية المسائل الست التي لا يحلف عليها المنكر عنده، وعندهما يحلف، ولا يخفى أن هذا من بعض الظن فاجتنبه. قوله: (والصلح عن مال بمال) كصالحتك على أن تسكنني في الدار سنة أو إن قدم زيد، لانه

[375]

معاوضة مال بمال فيكون بيعا. عيني. وفي صلح الزيلعي: إنما يكون بيعا إذا كان البديل خلاف جنس المدعى به، فلو على جنسه: فإن بأقل منه فهو حط وإبراء، وإن بمثله فقبض واستيفاء، وإن بأكثر فهو فضل وربا. قوله: (وفي النهر الظاهر الاطلاق) أي عدم التقييد بكونه بيعا فيشمل ما إذا كان على جنس المدعى بصوره الثلاث المذكورة آنفا، لكن الاولى منها داخلة في الإبراء الآتي، والثالثة فاسدة بدون الشرط والتعليق لكونها ربا، وأما الثانية فيظهر عدم فسادها مطلقا. ويحتمل أن يراد بالاطلاق عدم التقييد بكونه عن إقرار بقربة التفريع، وما قيل 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، فما لم يصلح فرعاً للاولى يكون فرعاً للثاني، ولذا اقتصر الشارح على قوله: ولا يجوز تعليقه فافهم. قوله: (والابراء عن الدين) بأن قال أبرأتك عن ديني علي أن تخدمني شهراً أو إن قدم فلان. عيني. وفي العزيمة عن إيضاح الكرمانى بأن قال أبرأت ذمتك بشرط أن لي الخيار في رد الابراء وتصحيحه في أي وقت شئت، أو قال إن دخلت الدار فقد أبرأتك، أو قال لمديونه أو كفيله إذا أدبت إلي كذا أو متى أدبت أو إن أدبت إلي خمسمائة فأنت برئ عن الباقي فهو باطل ولا إبراء ا هـ. وذكر في البحر صحة الابراء عن الكفالة إذا علقه بشرط ملائم كان وافيت به غدا فأنت برئ فوافاه به برئ من المال، وهو قول البعض. وفي الفتح أنه الاوجه لانه إسقاط لا تملك. بحر. وسيأتي تمام الكلام عليه في بابها. قوله: (لانه تملك من وجه) حتى يترد بالرد وإن كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبراً بالتملكات فلا يجوز تعليقه بالشرط. بحر عن العيين. وفي أن الابراء عن الدين ليس من مبادلة المال بالمال فينبغي أن لا يبطل بالشرط الفاسد، وكونه معتبراً بالتملكات لا يدل إلا على بطلان تعليقه بالشرط ولذلك فرعه عليه، وعلى هذا فينبغي أن يذكر في القسم الآتي، هذا ما ظهر لي فتأمل هـ. وهكذا قال في البحر: إن الابراء يصح تقييده بالشرط، وعليه فروع كثيرة مذكورة في آخر كتاب الصلح، وذكر الزيلعي هناك: أن الابراء يصح تقييده لا تعليقه ا هـ. وأوضحناه فيما علقناه على البحر، لكن لا بد أن يكون الشرط متعارفاً كما يأتي. والحاصل: أن الابراء مفرع على القاعدة الثانية فقط فلذا ذكره هنا، فافهم. ومن فروعه ما في البحر عن الميسوط: لو قال الخصم إن حلفت فأنت برئ فهذا باطل، لانه تعليق البراءة بخطر وهي لا تحتل التعليق ا هـ. ويصح تفريع الابراء على القاعدة الاولى أيضاً إذا كان الشرط غير متعارف، ومنه ما نقلناه عن العزيمة، فافهم. قوله: (إلا إذا كان الشرط متعارفاً) كما لو أبرأته مطلقته بشرط الامهات فيصح لانه شرط متعارف، وتعليق الابراء بشرط متعارف جائز، فإن قبل الامهات وهم بأن

يمهرها فأبت ولم تزوج نفسها منه لا يبرأ لغوات الامهات الصحيح، ولو أبرأته المبتوتة بشرط تجديد النكاح بمهر ومهر مثلها مائة، فلو جدد لها نكاحاً بدينار فأبت لا يبرأ بدون الشرط. قالت المسرحة لزوجها: تزوجني فقال هبي لي المهر الذي لك علي فاتزوجك، فأبرأته مطلقاً غير معلق بشر الزوج يبرأ إذا تزوجها، وإلا فلا لانه إبراء معلق دلالة، وقيل لا يبرأ، وإن تزوجها لانه رشوة. بحر عن القنية. ومنه يعلم أن التعليق يكون بالدلالة، ويتفرع على ذلك مسائل كثيرة فليحفظ ذلك. رملي. والمراد بالتعليق المذكور التقييد بالشرط بقربة الامثلة 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 برئ لانه علقه بشرط كائن فتجزأ هـ. قوله: (كأن أعطيته شريكاً الخ) هذا ذكره في الدرر بالفاظ فارسية، وفسره الوانبي بذلك: والظاهر أن المراد بالبراءة هنا براءة الاسقاط فيرد عليه ما قبضه شريكه، إلا أن يكون المراد الابراء عن باقي الدين. مطلب قال لمديونه إذا مت فأنت برئ قوله: (وكذا بموته الخ) في الخانية لو قال لمديونه إذا مت فأنت برئ من الدين جاز ويكون وصية، ولو قال: إن مت أي بفتح التاء لا يبرأ وهو مخاطرة، كأن دخلت الدار فأنت برئ لا يبرأ ا هـ. وفيها: لو قالت المريضة لزوجها إن مت من مرضي هذا فمهرني عليك صدقة أو أنت في حل منه فماتت فيه فمهرها عليه، لان هذه مخاطرة فلا تصح ا هـ. قلت: والفرق بين هذه المسائل مشكل، فإن الموت في الاوليين 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 فيبقى محض إبراء، ولا يعلم أنه هل يبقى الدين إلى موته فكان مخاطرة فلم يصح، وكذلك مسألة المهر فيها مخاطرة من حيث تعليق الابراء على موتها من ذلك المرض فإنه لا يعلم هل يكون أو لا، لكن علمت أن الوصية يصح تعليقها بالشرط، فإن قيد بما ليس فيه مخاطرة يلزم أن لا تصح هذه الوصية لو كان لاجنبي مع أن حقيقة الوصية تملك مضاف لما بعد الموت ويصح تعليقها بالعتق كما علمت، وإن كانت المخاطرة من حيث إنه لا يعلم تجيز الورثة ذلك أو لا، أو هل يكون أجنبياً عنها وقت الموت حتى تصح الوصية أو لا؟ لم يبق فائدة لقولها من مرضي هذا، ويلزم منه صحة التعليق إذا قالت إن مت بدون قولها من مرضي هذا ويحتاج 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 وارثاً هـ. وفيه أن المانع كونه مخاطرة كما صرح به في عبارة الخانية ط. قوله: (وعزل الوكيل) بأن قال له عزلتك على أن تهدي إلي شيئاً، أو إن قدم فلانا لانه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط عيني. قال في البحر، تعليقه يقتضي عدم صحة تعليقه لا كونه يبطل بالشرط. وعندني أن هذا خطأ أيضاً، وأنه مما لا يصح تعليقه لا مما يبطل بالشرط هـ ملخصاً. ويدل عليه أن ما يفسد بالشرط الفاسد ما كان مبادلة مال

[377]

بمال، وهذا ليس منها بل هو من التقييدات كما مر فيبطل تعليقه فيكون مفرعاً على القاعدة الثانية فقط فلم يكن ذكره هنا خطأ، فافهم، وفيد بعزل الوكيل لأن الوكالة تخالفه حيث يصح تعليقه كما يأتي. قوله: (والاعتكاف) قال في البحر: عندني أن ذكره هنا خطأ لما في القنية، قال: لله علي 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 والاجماع 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 معلقاً بأن قال إن قدم غائب أو شفى الله مريض فلانا فله علي أن اعتكف شهراً فعجل شهراً قبل ذلك لم يجز، فهذه العبارة دالة على صحة تعليقه بالاجماع، وهذا الموضوع الثالث مما أخطؤوا فيه، والخطأ هنا أقبح لكثرة الصرائح بصحة تعليقه، وأنا متعجب لكونهم تداولوا هذه العبارات متوناً وشروحاً وفتاوى، وقد يقع كثيراً أن مؤلفاً يذكر شيئاً خطأ فينقلونه بلا تنبيه فيكثر الناقلون وأصله لواحد مخطئ هـ. وتمامه فيه. وأجاب العلامة المقدسي بأن المراد أن نفس الاعتكاف لا يعلق بالشرط لانه 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 علي الاعتكاف إن قدم زيد، لكنه خلاف الظاهر فتدبره هـ. ثم قال: والحق أن كلامهم هنا محمول على رواية في الاعتكاف وإن كانت الأخرى هي التي عليها الأكثر هـ. قلت: وفيه نظر، لما علمت من أن ما هنا مذكور في المتون والشروح والفتاوى، بل الصواب في الجواب أنه إذا كان كلامهم فيما 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 كان شفى الله مريض صحيح كيف يصح حمل كلامهم هنا على ما يناقضه ثم يعترض عليهم بأنهم أخطؤوا وتداولوا الخطأ حتى لا يبقى ل أحد ثقة بكلامهم الذي يتوافقون عليه، مع أنا نرد على من خرج عن كلامهم بما يتداولونه فإنهم قدوتنا وعمدتنا شكر الله سعيهم، بل الواجب حمل كلامهم على وفق مرامهم، وذلك كما مثل به في الحواشي العزمية بقوله: فساد الاعتكاف بالشرط، بأن قال من عليه اعتكاف أيام نوبت أن اعتكف عشرة أيام لأجله بشرط أن لا أصوم أو أباشر امرأتي في الاعتكاف أو أن أخرج عنه في أي وقت شئت بحاجة أو بغير حاجة يكون الاعتكاف فاسداً، وتعليقه بالشرط بأن يقول نوبت أن أعتكف عشرة أيام إن شاء الله تعالى هـ. لكن هذا تصوير لنفس الاعتكاف لا لإيجابه فيصور إيجابه بأن يقول لله علي أن أعتكف شهراً بشرط أن لا أصوم الخ، أو إن رضي زيد. وقد يقال: إن الشروع فيه موجب أيضاً، فإذا شرع فيه بالنية على هذا الشرط الفاسد لم يصح إيجابه، فافهم، والحمد لله على ما ألهم. قوله: (فإنهما ليسا مما يحلف به) هذا صحيح في عزل الوكيل، أما الاعتكاف فيحلف به بالاجماع كما علمت. أفاده ح. قوله: (والصحيح إلحاق الاعتكاف بالنذر) أي في صحة تعليقه بالشرط، وهذا التصحيح مأخوذ من قول النهر: وإن كانت الأخرى هي التي عليها الأكثر، فهو ضعيف للرواية التي مشى عليها أصحاب المتون والشروح، وقد علمت الجواب

[378]

الصواب. قوله: (لأنهما إجارة) فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشرط الفاسد، ولا يجوز تعليقهما بالشرط، كما لو قال زارعتك أرضي أو ساقيتك كرمي على

أن تقرضني ألفاً أو إن قدم زيد، وتماومه في البحر. قال الرملي: وبه يعلم فساد ما يقع في بلادنا من المزارعة بشرط مؤنة العامل على رب الأرض سواء كانت من الدراهم أو من الطعام. قوله: (والاقرار) بأن قال لفلان علي كذا إن أقرضني كذا أو إن قدم فلان لأنه ليس مما يحلف به فلا يصح تعليقه بالشرط. عيني. وفي المبسوط: ادعى عليه مالا فقال إن لم آتكَ به غدا فهو علي لم يلزمه إن لم يأت به غدا، لأنه تعليق الاقرار بالخطر. وفيه لفلان علي ألف درهم إن حلف أو على أن يحلف فحلف فلان وحده المقر لم يؤخذ به لأنه علق الاقرار بشرط فيه خطر، والتعليق بالشرط يخرج من أن يكون إقراراً هـ. بحر وظاهره أن قوله على أن يحلف تعليق لا شرط، لكن قد يطلق التعليق على التقييد بالشرط. وذكر في البحر أن ظاهر الاطلاق دخول الاقرار بالطلاق، والعق، مثل إن دخلت الدار فأنا مقر بطلاقها أو بعثقه فلا يقع، بخلاف تعليق الانشاء، ويدل على الفرق بينهما أنه لو أكره على الانشاء به وقع أو على الاقرار به لم يقع. هذا. وقد حكى الزيلعي في كتاب الاقرار خلافاً في أن الاقرار المعلق باطل أولاً. ونقل عن المبسوط ما يشهد لصحته فظاهره تصحيحه. والحق تضعيفه لتصريحهم هنا بأنه لا يصح تعليقه بالشرط وأنه يبطل بالشرط الفاسد هـ ملخصاً. واعترضه في النهر بأنه حيث اعتمد على كلامهم هنا كان عليه التزامه في عزل الوكيل والاعتكاف. قلت: إنما لم يلزمه فيهما بناء على ما فهمه من مخالفته لكلامهم، ولا يلزم اطراده في باقي المسائل. نعم في كون الاقرار مما يبطل بالشرط نظر لأنه ليس من المعاولات المالية، ولم أر من صرح ببطلانه به، ولا يلزم من ذكره هنا بطلانه لما علمته مما مر مراراً أن ما ذكره المصنف من الفروع بعضه مما يبطل بالشرط وبعضه مما لا يبطل، فلا بد من نقل صريح، ولا سيما وقد اقتصر الزيلعي وغيره على ذكر أنه لا يصح تعليقه بالشرط، فليراجع. قوله: (إلا إذا علقه بمجنئ الغد) كقوله علي ألف إذا جاء غد أو رأس الشهر أو أظفر الناس، لأن هذا ليس بتعليق بل هو دعوى الاجل إلى الوقت المذكور فيقبل إقراره، ودعواه الاجل لا تقبل إلا بحجة. زيلعي من كتاب الاقرار. قوله: (أو بموته) مثل: له علي ألف إن مت فهو عليه مات أو عاش لأنه ليس بتعليق لأن موته كائن لا محالة، بل مراده الاشهاد عليه ليشهدوا به بعد موته إذا جحدت الورثة فهو تأكيد للاقرار. زيلعي. قوله: (والوقف) لأنه ليس مما يحلف به، فلو قال إن قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا تصير وقفاً، لأن شرطه أن يكون منجزاً، جزم به في فتح القدير والاسعاف حيث قال: إذا جاء غد أو رأس الشهر أو إذا كلمت فلاناً أو إذا تزوجت فلانة فأرضي صدقة موقوفة يكون باطلاً لأنه تعليق والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر. وفيه أيضاً: وقف أرضه على أن له أصلها أو على أن لا يزول ملكه عنها أو على أن يبيع أصلها ويتصدق بثمنها كان الوقف باطلاً وحكي في البزاية 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 وحكي. تأمل. ومقتضى ما نقله عن الاسعاف ثانياً أن الوقف يبطل بالشرط الفاسد مع أنه ليس بمبادلة مال بمال، وأن المفتى 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 بالشروط الفاسدة. ويمكن التوفيق بينه وبين ما في الاسعاف بأن الشرط الفاسد لا يبطل عقد التبرع إذا لم يكن موجبه نقض العد من أصله، فإن اشتراط أن تبقى رقية الأرض له أو أن لا يزول ملكه عنها، أو أن يبيعها بلا استبدال نقض للتبرع. قوله: (لأنه صلح معنى) قال في الدرر فإنه تولية صورة وصلح معنى، إذ لا يصار إليه إلا بتراضيهما لقطع الخصومة بينهما، فباعتبار أنه صلح لا يصح تعليقه ولا إضافته، وباعتبار أنه تولية يصح فلا يصح بالشك هـ. والظاهر أنه لا يفسد بالشرط الفاسد لأنه ليس بمبادلة مال بمال. قوله: (عند الثاني) وعند محمد: يجوز كالوكالة والامارة والقضاء بحر. قوله: (كما في قضاء الخانية) ومثله في بيوع الخلاصة قوله: (وبقي إبطال الاجل) بقي أيضاً تعليق الكفالة بشرط غير ملائم كما سيأتي في بابها إن شاء الله تعالى والأقالة كما مر في بابها، ويأتي مثاله، والكتابة بشرط في صلب العقد كما يأتي بيانه قريباً، 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 أعرتك تبطل لأنها تملك المنفعة، وقيل تجوز كالاجارة، وقيل تبطل الاجارة، ولو قال أعرتك غدا تصح العارية هـ. وبقي أيضاً عزل القاضي في أحد القولين كما يأتي، وسيدكر الشارح أن ما لا تصح إضافته لا يعلق بالشرط. قوله: (وفي البزاية أنه يبطل بالشرط الفاسد) بأن قال كلما حل نجم ولم

تؤد فالمال حال صح وصار حالا، هكذا عبارة البزازية. واعترضها في البحر بأنها سهو ظاهر، لانه لو كان كذلك لبقى الاجل فكيف يقول صح. وعبارة الخلاصة: وإبطال الاجل يبطل بالشرط الفاسد، ولو قال كلما حل نجم الخ فجعلها مسألة أخرى وهو الصواب ا هـ. وذكر العلامة المقدسي أن العبارتين مشكلتان، وأن الظاهر أن المراد أن الاجل يبطل، وأنه إذا علق على شرط فاسد كعدم أداء نجم في المثال المذكور يبطل به الاجل فيصير المال حالا ا هـ. وحاصله: أن لفظ إبطال في عبارتي البزازية والخلاصة زائد، وأنه لا مدخل لذكره في هذا القسم أصلا. قوله: (وكذا الحجر) يوهم أنه يفسد بالشرط الفاسد وليس كذلك كما سيأتي، نعم لا يصح تعليقه بالشرط. قال في جامع الفصولين: ولو قال لقنه إذا جاء غد فقد أذنت لك في التجارة صح الاذن، ولو قال إذا جاء غد فقد حجرت عليك لا يصح، والقاضي لو قال لرجل قد حجرت عليك إذا سفهت لم يكن حكما بحجره، ولو قال لسفيه قد أذنت لك إذا صلحت جاز ا هـ. قوله: (وما يصح ولا يبطل بالشرط الفاسد) شروع في القاعدة الثالثة المقابلة للاولى، والاصل فيها ما ذكره في البحر عن الاصوليين في كتب الاصول في بحث الهزل من قسم العوارض أن ما يصح مع الهزل لا تبطله الشروط الفاسدة، وما لا يصح مع الهزل تبطله الشروط الفاسدة ا هـ. والمراد بقول الشارح ما يصح أي في نفسه ويلغو الشرط، وإنما زاده لكون نفي البطلان لا يستلزم الصحة لصدقه على الفساد، فافهم. قوله: (لعدم المعاوضة المالية) أشار إلى ما قدمه في الاصل الاول من أن ما ليس بمبادلة مال بمال

[380]

لا يفسد بالشرط الفاسد: أي ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وذلك فضل خال عن العوض فيكون ربا، والربا لا يكون في المعاوضات الغير المالية ولا في التبرعات. قوله: (وزدت ثمانية) هي الابراء عن دم العمد، والصلح عن جناية غضب، ووديعة، وعارية إذا ضمنها الخ، والنسب والحجر على المأذون والغصب وأمان القن. ط. قلت: وقدمنا أن كل ما جاز تعليقه لا يفسد بالشرط الفاسد، وسيأتي أيضا. قوله: (القرض) كأقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمني سنة. وفي البزازية: وتعليق القرض حرام والشرط لا يلزم. والذي في الخلاصة عن كفالة الاصل: والقرض بالشرط حرام ا هـ. نهر: أي فالمراد بالتعليق الشرط. وفي صرف البزازية: أقرضه على أن يوفيه بالعراق فسد ا هـ. 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 لانه فاسد. وفي جامع الفصولين: ويصح تعليق الهبة بشرط ملائم كوهبتك علي أن تعوضني كذا، ولو مخالفا تصح الهبة لا الشرط ا هـ. وفي حاشيته للخير الرملي. أقول: يؤخذ منه جواب واقعة الفتوى: وهب لزوجته بقرة على أنه إن جاءه أولاد منها تهب البقرة لهم وهو صحة الهبة وبطلان الشرط ا هـ. وسيذكر 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 الخانية: تزوجتك على أني بالخيار يجوز النكاح، ولا يصح الخيار لانه ما علق النكاح بالشرط بل باشر النكاح وشرط الخيار ا هـ. وليس منه: إن أجاز أبي أو رضي، لانه تعليق والنكاح لا يحتمله فلا يصح كما في الخانية، وكلام النهر هنا غير محرر، فتدبر. وفي الظهيرية: لو كان الأب حاضرا فقبل في المجلس جاز. قال في النهر: وهو مشكل. والحق ما في الخانية ا هـ. قلت: ما في الظهيرية ذكره في الخانية أيضا عن أمالي أبي يوسف وقال: إنه استحسان. قوله: (والطلاق) كطلقتك عن أن لا تتزوجي غيري. بحر. والظاهر أنه إذا قال إن لم تتزوجي غيري فكذلك، ويأتي بيانه قريبا. قوله: (والخلع) كخالعتك على أن لي الخيار مدة يراها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال. وأما اشتراط الخيار لها فصحيح عند الامام كما مضى. بحر. قوله: (والعتق) بأن قال أعتقتك على أني بالخيار بحر وقدمنا أنفا لو أعتق أمة على أن لا تتزوج عتقت تزوجت أو لا. 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، لان الكلام في الشرط الفاسد الذي لا يفسد العقد وما هنا صحيح. نهر. وفيه نظر، فإنه قال في

[381]

البزازية فهو وصي والشرط باطل والمائة له وصية ا هـ. ومعنى بطلانه كما في البحر أنه يبطل جعلها شرطا للايضاء وتبقى وصية، إن قبلها كانت له وإلا فلا ا هـ: أي فهو شرط فاسد لم يفسد عقد الايضاء. قوله: (والوصية) كأوصيت لك بثلاث مالي إن أجاز فلان. عيني. وفيه نظر لانه مثال تعليقها بالشرط، وليس الكلام فيه. وفي البزازية: وتعليقها بالشرط جائز لانها في الحقيقة إثبات الخلافة عند الموت ا هـ. ومعنى صحة التعليق أن الشرط إن وجد كان للموصى له المال وإلا فلا شئ له. بحر. ثم قال في الخانية: لو أوصى بثلثه لام ولده إن لم تتزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فلها الثلث بحكم الوصية ا هـ. مع أن الشرط لم يوجد، إلا أن يكون المراد بالشرط عدم تزوجها عقب انقضاء العدة لا عدمه إلى الموت، بدليل أنه قال تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان للاحتراز عن تزوجها عقب الانقضاء ا هـ. قلت: ووجهه أنه إذا مضت مدة بعد العدة ولم تتزوج 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 طلقته إن لم تتزوجي أنه إذا مضى بعد العدة زمان ولم تتزوج 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 منجزا، ويؤيده ما مر قريبا، ومر تحقيقه في كتاب الطلاق في أول باب التعليق. قوله: (والشركة) فيه أنها تفسد باشتراط ما يؤدي إلى قطع الاشتراك في الربح كاشتراط عشرة لاحدهما. وفي البزازية: الشركة تبطل ببعض الشروط الفاسدة دون بعض، حتى لو شرط التفاضل في الوضعية لا تبطل، وتبطل باشتراط عشرة لاحدهما. وفيها: لو شرط صاحب الالف العمل على صاحب الالفين والربح نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثا ا هـ. أما لو لم يشترط العمل على أحدهما مالا بل تبرع به. فأجاب في البحر بأن شرط الربح صحيح لان التبرع ليس من قبيل الشرط بدليل ما في بيع الذخيرة: اشترى حطبا في قرية، وقال موصولا بالشراء من غير شرط في الشراء: احمله إلى منزلي لا يفسد لانه كلام مبتدأ بعد تمام البيع قوله: (وكذا المضاربة) كما لو شرط نفقة السفر على المضارب بطل الشرط وجازت بزارية. وفيها: ولو شرط من الربح عشرة دراهم فسدت لا لانه شرط بل لقطع الشركة دفع إليه ألفا على أن يدفع لرب المال للمضارب أرضا يزرعها سنة أو دارا للسكنى بطل الشرط وجازت، ولو شرط ذلك على المضارب لرب المال فسدت لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وأجرة الدار ا هـ. وبه علم أنها تفسد ببعض الشروط كالشركة. قوله: (كوليتك بلدة كذا مؤبدا) فقول: مؤبدا شرط فاسد، لان التولية لا تقتضي ذلك لانه ينعزل بعارض جنون أو عزل أو نحوه، ومثله وليتك على أن لا تعزل أبدا أو على أن لا تركب كما مثل به في البحر وقال: فهذا الشرط فاسد ولا تبطل إمرته بهذا. قوله: (واختار في النهر إطلاق الصحة) حيث قال رادا على ذلك البعض: وعندي أنه لا سلف له فيه ولا دليل يقتضيه لانه حيث صح العزل كان إلغاء للتأييد سواء نص على الغاية أو لا. قوله: (صح التقليد والشرط) فإن فعل شيئا 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 أيضا: لو شرط في التقليد أنه متى فسق ينعزل انعزل ا هـ. قلت: وإنما صح الشرط لكونه شرطا صحيحا، 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 وأحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع علي عند التوي. نهر: يعني فتصح ويبطل الشرط. وفي البزازية: لو قال كفلت به على أني متى أو كلما طولبت به فلي أجل شهر، فإذا طال به فله أجل شهر من وقت المطالبة الاولى فإذا تم الشهر من وقت المطالبة الاولى لزم التسليم ولا يكون للمطالبة الثانية تأجيل ا هـ. وفيه أن كلما تقتضي التكرار مقدسي. ولعله ألغى التكرار هنا لما يلزم عليه من إبطال موجب الكفالة، وحيث أمكن الاعمال فهو أولى من الإبطال. تأمل. وسيدكر الشارح هذه المسألة أوائل الكفالة، ويأتي توضيحها هناك. وفي البزازية أيضا: كفل على أنه بالخيار عشرة أيام أو أكثر يصح، بخلاف البيع لان مبناه على التوسع ا هـ. ففي هذا وفيما قبله صحت الكفالة والشرط لانه شرط تأجيل أو خيار وكلاهما شرط صحيح، ولا يرد على المصنف لان كلامه في الشرط الفاسد، وسيأتي في بابها أنه لا يصح تعليقها بشرط غير ملائم ويأتي هنا في كلام

الشارح أيضا. قوله: (إلا إذا شرط الخ) أي شرط المحال على المحال عليه أن يعطيه المال المحال به من ثمن دار المحيل. قال في البازية: بخلاف ما إذا التزم المحتال عليه الاعطاء من ثمن دار نفسه لانه قادر على بيع دار نفسه ولا يجبر على بيع داره كما إذا كان قبولها بشرط الاعطاء عند الحصاد لا يجبر على الاداء قبل الاجل ا هـ. وظاهره صحة التأجيل إلى الحصاد لانه مجهول جهالة يسيرة، بخلاف هبوب الريح كما يأتي في بابها. قوله: (من المحتال) صوابه المحتال عليه. قوله: (فليحذر) أشار إلى ما في هذا الجواب، فإن كونه وعدا لا يخرج عن كونه شرطا مع أن فرض المسألة أنه مذكور في صلب العقد على أنه شرط، إذ لو كان بعد العقد لا على وجه الاشتراط لم يفسد العقد، كما مر عند قوله: والشركة وأيضا 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 الالف برئ 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 مشروطا في الحوالة صحت ويجبر على البيع كما في آخر حوالة البازية. أما لو شرط الدفع من ثمن داره صحت الحوالة لقدرته على بيع داره ولكن لا يجبر على البيع، ولو باع يجبر على الاداء لتحقيق الوجوب كما في الدرر. قوله: (والوكالة) كوكلتك على أن تبرأني مما لك علي. نهر. وفي البازية: الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، أي شرط كان، وفيها تعليق الوكالة بالشرط جائز وتعليق العزل به باطل، وتفرع عليه أنه لو قال كلما عزلتكم فأنت وكيلني صح لانه تعليق التوكيل بالعزل، ولو قال كلما وكلتكم فأنت

معزول لم يصح لانه تعليق العزل بالشرط بحر. قوله: (والاقالة) حتى لو تقايلا على أن يكون الثمن أكثر من الاول أو أقل صحت ولغا الشرط، وقد مر في بابها. نهر. وذكر المصنف في بابها أنها لا تفسد بالشرط وإن لم يصح تعليقها به، وصورة التعليق كما ذكره في البحر هناك عن البازية. ما لو باع ثورا من زيد فقال اشترينه رخيصة فقال زيد إن وجدت مشتريا بالزيادة فبعه منه فوجد فباع بأزيد لا ينعقد البيع الثاني، لانه تعليق الاقالة 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 في نوع من التجارة فتصح ويبطل الشرط لانه غير داخل في صلب العقد. نهر. قوله: (في صلب العقد) صلب الشئ: ما يقوم به ذلك الشئ وقيام البيع بأحد العوضين، فكل فساد يكون في أحدهما يكون فسادا في صلب العقد. درر. قوله: (وعليه) أي على كونه الفساد في صلب العقد ط. قوله: (يحمل إطلاقهم) أي إطلاق من قال إنها تبطل بالشرط الفاسد كالعمادي والاستروشنى فإنهما قالا: وتعليق الكتابة بالشرط لا يجوز وإنها تبطل بالشرط، ويحمل قولهما ثانيا الكتابة بشرط متعارف وغير متعارف تصح، ويبطل الشرط على كونه الشرط زائدا ليس في صلب العقد، وبه يندفع اعتراض صاحب جامع الفصولين عليهما. هذا حاصل ما في الدرر. وأما ما في البحر عن البازية: كاتبها وهي حامل على أن لا يدخل ولدها في الكتابة فسدت لأنها تبطل بالشرط الفاسد ا هـ. فالمراد به ما كان في صلب العقد، لان استثناء حملها وهو جزء منها شرط في صلب العقد، كما لو باع أمة إلا حملها لأنها أحد العوضين، فافهم. قوله: (وإذن العبد في التجارة) (كأذنت لك في التجارة) على أن تتجر إلى شهر أو على أن تتجر في كذا فيكون عاما في التجارة والاقالات ويبطل الشرط. بحر. قوله: (كهذا الولد مني إن رضيت امرأتي) تابع البحر في ذلك مع أنه في البحر اعترض على العيني مرارا بأن الكلام في الشرط الفاسد لا في التعليق، فالاولى قول النهر بشرط رضا زوجتي. وقال في العزيمة: وصور ذلك في إيضاح الكرمانى 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 ويطل الشرط لانهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت الآخر لما عرف، وشرط أن لا يرث بشرط فاسد لمخالفة الشرع والنسب لا يفسد به ا هـ. قوله: (والصلح عن دم العمد) بأن صالح ولي المقتول عمدا القاتل على شئ بشرط أن يقرضه أو يهدي إليه شيئا فالصلح صحيح والشرط فاسد، ويسقط الدم لانه من الاسقاطات فلا يحتل الشرط. بحر. قوله: (ولم يذكروه اكتفاء بالصلح) إذ ليس بينهما كثير فرق، فإن الولي إذا قال للقاتل عمدا أبرأت ذمتك على أن لا تقيم في هذا البلد مثلا أو صالح معه عليه صح الابراء والصلح، ولا يعتبر الشرط. درر. قوله: (التي فيها القود) في المصباح: القود القصاص وبه عبر في الدرر، فلا فرق في التعبير، فافهم. قوله: (والا) بأن كان الصلح

عن القتل الخطأ أو الجراحة التي فيها الارش كان من القسم الاول. درر: أي لان موجب ذلك المال فكان مبادلة لا إسقاطا. قوله: (وعن جناية غصب) أي مغصوب، وقوله: إذا ضمنها أي موجبات الصلح في الصور المذكورة. درر. ولعل صورة المسألة لو

[384]

أُتلف ما غصبه أو أُلّف ودیعة أو عارية عنده وأراد المالك أن يضمه ذلك فصالحه على شئ وضمن رجل موجب الصلح بشرط أي يحيله 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. شرنبلالية عن العمادية . ومثله في جامع الفصولين، ولا ينافي ما قدمه عن الاشباه لان ذاك في بطلان تعليقه بالشرط كما قدمناه. قوله: (والغصب) كذا ذكره في جامع الفصولين وغيره مع ذكرهم مسألة جناية 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 الامان بالشرط جائز بدليل: أن النبي (ص) حين أمن أهل خيبر علي أمانهم بكتمانهم شيئا، وأبطل أمان آل أبي الجعد بكتمانهم الحلبي ه. وبه يعلم أن القن ليس قيذا. حموي: أي سواء كانت إضافة الامان من إضافة المصدر إلى فاعله أو إلى مفعوله. وفي بعض النسخ وأمان النفس. قوله: (وعقد الذمة) فإن الامام إذا فتح بلدة وأقر أهلها على أملاكهم وشرطوا معه في عقد الذمة أن لا يعطوا الجزية بطريق الاهانة 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 يجب أن المراد بالتعليق التقييد أو أن كل ما صح تعليقه صح تقييده كما مر وبه ظهر أنه ليس المراد ما يتوهم أن تعليق الرد بأحد الخيارين بالشرط يصح تقييده بالشرط، إذ لا يظهر تصوير تقييد التعليق. ثم إنه مثل للاول في البحر بما إذا قال: إن وجدت بالمبيع عيبا أردته عليك إن شاء فلان، وللثاني بما إذا قال من له خيار الشرط: رددت البيع أو أسقطت خياري إن شاء فلان فإنه يصح ويبطل الشرط اه 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 خياري كان باطلا ولا يبطل خياره، وكذا لو قال في خيار العيب إن لم أردته اليوم فقد أبطلت خياري ولم يردده اليوم لم يبطل خياره، ولو لم يكن كذلك ولكنه قال أبطلت غدا أو قال أبطلت خياري إذا جاء غد فجاء غد، ذكر في الملتقى أنه يبطل خياره. قال: وليس هذا كالاول لان هذا وقت يجئ لا محالة بخلاف الاول اه. قال في البحر هناك: فقد سووا بين التعليق والاضافة في المحقق مع أنهم لم يسووا بينهما في الطلاق والعناق. وفي التاترخانية: لو كان الخيار للمشتري فقال إن لم أفسخ اليوم فقد رضيت أو إن لم أفعل كذا فقد رضيت لا يصح اه. أي بل يبقى خياره. قوله: (وعزل القاضي) في جامع الفصولين: ولو قال الامير لرجل إذا قدم فلان فأنت قاضي بلدة كذا أو أميرها يجوز، ولو قال إذا أتاك كتابي هذا فأنت معزول ينعزل بوضوله، وقيل لا اه. وذكر في الدرر عن العمادية

[385]

والاستروشنية أن الثاني به يفتى. واعترض بأن عبارة العمادية والاستروشنية قال ظهير الدين المرعيني: ونحن لا نفتي بصحة التعليق وهو فتوى الازجندي اه. وظاهر ما في جامع الفصولين ترجيح الاول، ولذا مشى عليه في الكنز والملتقى وغيرهما. قوله: (كعزلتك إن شاء فلان) كذا مثل في البحر. واعترض بأن هذا تعليق وليس الكلام فيه. قلت: والعجب أنه في البحر اعترض على العيني مرارا بمثل هذا . وقد يجب أن لا يبطل بالتعليق لا يبطل بالاولى كعزلتك على أن أوليك في بلدة كذا. قوله: (لما ذكرنا) أي في قوله لعدم المعاوضة المالية. قوله: (وبقي ما

يجوز تعليقه بالشرط) هذه القاعدة الرابعة، وقدما أنها داخلة تحت الثالثة، لما في جامع الفصولين أن ما جاز تعليقه بالشرط لا تبطله الشروط كطلاق وعتق وحوالة وكفالة ويبطل الشرط ا هـ. قوله: (وهو مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها) لو حذف قوله التي يحلف بها لدخل الاذن في التجارة وتسليم الشفعة لكونهما 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: (والتوليّات) فيصحّ تعليقها بالملائم فقط، وكذا في إطلاقات وتحريضات كما مر في الاصل الثاني. قوله: (وتسليم الشفعة) أي لانه إسقاط محض كما علمت فيصحّ تعليقه. هذا. وفي شفعة الهداية عند قوله: وإذا صالح من شفّعته على عوض بطلت ورد العوض، لان حق الشفعة لا يتعلق إسقاطه 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 لانه علقه بشرط وصح، لان تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق فصحّ تعليقه بالشرط ا هـ. قال الطوري في تكملة البحر: وقد يفرق بحمل ما في الهداية على التي تدل على الاعراض والرضا بالمجاورة مطلقا والثاني على خلافه فيفرق بين شرط وشرط ا هـ. تنبيه: لا يخفى أن هذا كله في التسليم بعد وجوبها. وبقي ما لو قال الشفيع قبل البيع إن اشتريت فقد سلمتها هل يصح أم لا؟ بحث فيه الخير الرملي بقوله: لا شبهة في أنه تعليق الاسقاط قبل الوجوب بوجود سببه، ومقتضى قولهم التعليق بالشرط المحض يجوز فيما كان في باب الاسقاط المحض، وقولهم المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده، وقولهم من لا يملك التنجيز لا يملك التعليق إلا إذا علقه بالملك أو سببه صحة التعليق المذكور لانه إسقاط، وقد علقه بسبب الملك فكأنه نجزه عند وجوده، لكن أورد في الظهيرية إشكالا على كون تسليم الشفعة إسقاطا محضا، وهو ما ذكره السرخسي في باب الصلح عن الجنایات من أن القصاص لا يصح تعليق إسقاطه بالشرط، ولا يحتمل الاضافة إلى الوقت وإن كان إسقاطا محضا، ولهذا لا يرتد برد من عليه القصاص، ولو أكره على أسقاط الشفعة لا يبطل حقه. قال: وبه تبين أن تسليم الشفعة ليس بإسقاط محض، وإلا لصح مع الاكراه كسائر الاسقاطات ا هـ. قال الرملي: وعليه لا يصح التعليق قبل الشراء كالتنجيز قبله والمسألة تقع كثيرا، والذي يظهر عدم صحة التعليق ا هـ. قوله: وحرر المصنف دخول الاسلام في القسم الاول) أي ما لا

يصحّ تعليقه بالشرط، وذلك حيث ذكر أولا أن الاسلام لا بد فيه بعد الاتيان بالشهادتين من التبري كما علمت تفاصيله في الكتب المبسوطه. ويؤخذ عدم صحة تعليقه بالشرط من قولهم بعدم صحة تعليق الاقرار بالشرط. وتحقيقه أن الاسلام تصديق الجنان وإقرار باللسان، وكلاهما لا يصحّ تعليقه بالشرط، ومن المعلوم أن الكافر الذي يعلق إسلامه على فعل شئ غالبا يكون شئنا لا يريد كونه فلا يقصد تحصيل ما علق عليه. وقد ذكر الزيلعي وغيره أن الاسلام عمل، بخلاف الكفر فإنه ترك، ونظيره الاقامة والصيام، فلا يصير المقيم مسافرا، ولا الصائم مفطرا، ولا الكافر مسلما بمجرد النية لانه فعل، ويصير مقيما وصائما وكافرا بمجرد النية لانه ترك، فإذا علقه المسلم على فعل وفعله والظاهر أنه مختار في فعله فيكون قاصدا للكفر فيكفر، بخلاف الاسلام ا هـ. قوله: (ودخول الكفر هنا) أي فيما يصحّ 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 لانه ترك: أي ترك العمل والتصديق فيتحقق في الحال قبل وجود المعلق عليه، ولو صحّ تعليقه لما وجد في الحال، فافهم. قوله: (وبصحّ تعليقه هبة) في البزازية من البيوع تعليق الهبة بأن باطل وبعلى إن ملائما كهبته على أن يعوضه يجوز، وإن مخالفا بطل الشرط وصحت الهبة ا هـ بحر. وهذا مخالف لما ذكره الشارح، لان كلامه في صحة التعليق بأداة الشرط لا في التقييد بالشرط، لان هذا تقدم في المتن حيث ذكر الهبة فيما لا يبطل بالشرط الفاسد فافهم. لكن في البحر أيضا عن المناقب عن الناصحي: لو قال إن اشتريت جارية فقد ملكتها منك يصحّ ومعناه: إذا قبضه بناء على ذلك ا هـ: أي إذا قبض الموهوب له الموهوب بناء على التمليك يصحّ مع أنه معلق بأن، وهو خلاف ما في البزازية من إطلاق بطلانه ولعله قول آخر يجعل التعليق بالملائم صحيحا كالتقيد. تأمل. قوله: (وحوالة وكفالة) في البزازية من البيوع: وتعليق الكفالة إن متعارفا كقدوم المطلوب يصح، وإن شرطا محضا كإن دخل الدار أو هبت الريح لا، والكفالة إلى هبوب الريح جائزة والشرط باطل، ونص النسفي أن الشرط إن لم يتعارف تصحّ الكفالة ويبطل الشرط والحوالة كهي ا هـ بحر

قوله: (وإبراء عنها) كأن وافيت به غدا فأنت برئ كما قدمناه في مسألة الإبراء عن الدين. قوله: (بملائم) قيد للاربعة. تنمة: بقي مما يصح تعليقه دعوة الولد كأن كانت جاريتي حاملا فمني، وكذا الوصية والإيضاء والوكالة والعزل عن القضاء فهذه نص في البحر عليها في أثناء شرحها ونبهنا على ذلك، والإبراء عن الدين إذا علق بكائن أو بمتعارف كما مر، وذكر في جامع الفصولين مما يصح تعليقه إذن القن، وكذا النكاح بشرط علم للحال، وكذا تعليق الامهال: أي تأجيل الدين غير القرض إن علق بكائن، ولو قال بعته بكذا إن رضي فلان جاز البيع والشرط جميعا، ولو قال بعته منك إن شئت فقال قبلت تم البيع، وقدمنا تقييد مسألة البيع بما إذا وقته بثلاثة أيام، وذكر خلافا في صحة تعليق القبول. مطلب ما يصح إضافته وما لا يصح قوله: (وما تصح إضافته الخ) شروع فيما يضاف وما لا يضاف بعد الفراغ من الكلام على التعليق ولم أر من ذكر لذلك ضابطا، وسياقي بيانه، ثم الفرق بين التعليق والإضافة، هو أن 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 لانتفاء 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 علي أن أتصدق بكذا لا يجوز له التصديق قبل الغد، لأنه لا تعجيل قبل السبب، ولو قال لله علي أن أتصدق بكذا غدا له التعجيل 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 حنث وإن علقه لم يحنث، 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: (الاجارة) (في جامع الفصولين): ولو قال أجرتك غدا فيه اختلاف، والمختار أنها تجوز، ثم في الاجارة المضافة إذا باع أو وهب قبل الوقت يفتى بجواز ما صنع وتبطل الاجارة، فلو رد عليه بعيب بقضاء أو رجع في الهبة قبل الوقت عادت الاجارة، ولو عاد إليه بملك مستقيل لا تعود الاجارة. وفي فتاوى ظهير الدين: لو قال أجرتك هذه رأس كل شهر بكذا يجوز في قولهم. قوله: (وفسخها) في العزيمة على الخائنة أن الفتوى عليه. وفي الشرنبلالية: المعتمد اختيار عدم الصحة، وهو المذكور في الكافي واختيار ظهير الدين ا هـ. ففيه اختلاف التصحيح. قوله: (والمزارعة والمعاملة) فإنهما إجارة، حتى إن من يجيزهما لا يجيزهما إلا بطريقها ويراعى فيهما شرائطها. درر. قوله: (والمضاربة والوكالة) فإنهما من باب الاطلاقات والاسقاطات، 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 بالاولى، لأن التعليق يمنع السببية، بخلاف الإضافة كما علمت. وبه اندفع اعتراض المصنف في المنح 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 الملازم درر. قوله: (والإيضاء) أي جعل الشخص وصيا والوصية بالمال فإنهما لا يفيدان إلا بعد الموت فيجوز تعليقهما وإضافتهما. درر. قوله: (والقضاء والامارة) فإنهما تولية وتفويض محض فجاز إضافتهما. درر قوله: (والطلاق والعناق) فإنهما من باب الاطلاقات والاسقاطات وهو ظاهر. درر. قوله: (والوقف) فإن تعليقه إلى ما بعد الموت جائز. درر. والكلام فيه كما مر في المضاربة والوكالة. قوله: (وبقي العارية والأذن في التجارة) قال في جامع الفصولين الذي جمع فيه الفصول العمادية والفصول الاستروشنية: تبطل إضافة الاعارة بأن قال: إذا جاء غد فقد أعرتك لأنها تملك المنفعة، وقيل تجوز، ولو قال أعرتك غدا تصح وقال قبله ولو قال لقنه إذا جاء غد فقد أذنت لك في التجارة صح الأذن، ولو قال إذا جاء غد فقد حجرت عليك لا يصح ا هـ. وأنت خبير بأن الكلام في الإضافة، ولفظ إذا جاء غد تعليق، ويسمى إضافة باعتبار ذكر

الوقف فيه لا حقيقة، ولذا فرق في مسألة الاعارة بين ذكر إذا وعدمه، فعد الإذن في التجارة هنا تبعا للقهستاني غير ظاهر. تأمل. وفي جامع الفصولين: إذا قال أبطلت خيارى غدا بطل خياره، وقدمنا فيما يصح تعليقه أن إسقاط القصاص لا يحتمل الاضافة إلى الوقت. قوله: (لأنها تمليكات الخ) كذا في الدرر. وقال الزيلعي آخر كتاب الاجارة: لأنها تمليك، وقد أمكن تنجزها للحال فلا حاجة إلى الاضافة، بخلاف الفصل الاول، لأن الاجارة وما شاكلها لا يمكن تمليكه للحال وكذا الوصية، وأما الامارة والقضاء فمن باب الولاية، والكفالة من باب الالتزام ا هـ. قلت: ويظهر من هذا ومما ذكرنا أنفا عن الدرر أن الاضافة تصح فيما لا يمكن تمليكه للحال، وفيما كان من الاطلاقات والاسقاطات والالتزامات والولايات، ولا تصح في كل ما أمكن تمليكه للحال. تأمل. قوله: (لما فيه من القمار) هو المراهنة كما في القاموس، وفيه المراهنة، والرهان المخاطرة. وحاصله: أنه تمليك على سبيل المخاطرة. ولما كانت هذه تمليكات للحال لم يصح تعليقها بالخطر لوجود معنى القمار. قوله: (وبقي الوكالة) الظاهر أنه سبق قلم، وصوابه التحكيم، فإنه الذي فيه خلاف أبي يوسف. قال في البزاية: وتعليق كونه حكما بالخطر أو الاضافة إلى مستقبل صحيح عند محمد، خلافا للثاني، والفتوى على الثاني ا هـ. وهكذا قدمه الشارح قبيل ما لا يبطل بالشرط الفاسد، وكيف يصح عد الوكالة هنا وقد ذكرها المصنف تبعا للكنز والوقاية فيما تصح إضافته، وكذا في جامع الفصولين وغيره، وكذا تقدم أنها مما لا يفسد بالشرط، وبه صرح في الكنز وغيره، بل قدمنا جواز تعليقها بالشرط فكيف لا تصح إضافتها. نعم بقي فسخ الاجارة على أحد التصحيحين كما قدمناه أنفا، والله سبحانه أعلم. باب الصرف لما كان عقدا على الاثمان والثلثين في الجملة تبعا لما هو المقصود من البيع آخره عنه. قوله: (عنونه بالباب) قال في الدرر: عنونه الاكثرون بالكتاب وهو لا يناسب لكون الصرف من أنواع البيع كالربا والسلم، فالاحسن ما اختيرها هنا. قوله: (هو لغة الزيادة) هذا أحد معانيه، ففي المصباح: صرفته عن وجهه صرفا من باب ضرب، وصرفت الاجير والصبي: خليت سبيله، وصرفت المال: أنفقت، وصرفت الذهب بالدرهم: بعته، واسم الفاعل من هذا صيرفي وصيروف وصراف

للمبالغة. قال ابن فارس: الصرف فضل الدرهم في الجودة على الدرهم، وصرفت الكلام: زينته، وصرفته بالثقل، واسم الفاعل مصرف، والصرف: التوبة في قوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعدل: الغدية ا هـ. زاد في القاموس في معنى الحديث المذكور قوله: أو هو النافلة. والعدل: الفريضة أو بالعكس أو الوزن. العدل: الكيل، أو هو الاكتساب، والعدل: الغدية أو الحيل ا هـ. وقد علمت أنه يطلق لغة على بيع الثمن بالثمن لكنه في الشرع أخص. تأمل. قوله: (أي ما خلق للثمنية) ذكر نحوه في 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 في العقد ومع ذلك بيعه صرف ا هـ. قوله: (ويشترط عدم التأجيل والخيار) أي وعدم الخيار: أي خيار الشرط، بخلاف خيار رؤية أو عيب كما يأتي. ولا يقال هذا مكرر مع قوله الآتي ويفسد بخيار الشرط والاجل لأن ذاك 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 تبعا للنهائية وغيرها، لأن شرط التقاض يعني عن ذلك، لأن خيار الشرط يمنع ثوب الملك أو تمامه على القولين وذلك يخل بتمام القبض وهو ما يحصل به التعيين ا هـ. ولا يخفى ما فيه. قوله: (أي التساوي وزنا) قيد به لانه لا اعتبار به عددا. بحر عن الذخيرة والشرط التساوي في العلم لا بحسب نفس الامر فقط، فلو لم يعلما التساوي وكان في نفس الامر لم يجز إلا إذا ظهر التساوي في المجلس كما أوضحه في الفتح، ونذكر قريبا حكم الزيادة والخط. قوله: (بالبراجم) جمع برجمة بالضم: وهي مفاصل الاصابع ح عن جامع اللغة. قوله: (لا بالتخلية) أشار إلى أن التقييد بالبراجم للاحتراز عن التخلية، واشترط القبض بالفعل لا خصوص البراجم، حتى لو وضعه له في كفه أو في جيبه صار قابضا. قوله: (قبل الافتراق) أي افتراق المتعاقدين بأبدانهما، والتقييد بالعاقدين يعم المالكين والنائبين، وتقييد الفرقة بالأبدان يفيد عموم اعتبار المجلس، ومن ثم قالوا: إنه لا يبطل بما يدل على الاعراض، ولو سارا فرسخا ولم يتفرقا صح، وقد اعتبروا المجلس في مسألة هي ما لو قال الأب اشهدوا أنني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة

دراهم ثم قام قبل أن يزن العشرة فهو باطل، كذا عن محمد، لأنه لا يمكن اعتبار التفرق بالابدان. نهر. وفي البحر: لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لم يجز، لأنهما مفترقان بأبدانهما، وتفرغ على اشتراط القبض أنه لا يجوز الإبراء عن بدل الصرف ولا هبته والتصدق به، فلو فعل لم يصح بدون قبو الآخر، فإن قبل انتقض الصرف وإلا لم يصح ولم ينتقض، وتماه في البحر. تنبيه: قبض بدل الصرف في مجلس الاقالة 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 قصاصا ببطل الصرف وإن تراضيا، ولو قبض بدل الصرف ثم انتقض القبض فيه. لمعنى أوجب انتقاضه يبطل الصرف، ولو استحق أحد بدليه بعد الافتراق 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

[390]

الصحيح) وقيل شرط لانعقاده صحيحا، وعلى الاول قول الهداية: فإن تفرقا قبل القبض بطل، فلولا أنه منعقد لما بطل بالافتراق كما في المعراج وثمره الخلاف فيما إذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفا عند أبي حنيفة، ولا يفسد على القول الأصح. فتح. قوله: (وإن اختلفا جودة وصياغة) قيد إسقاط الصفة بالائتمان، لأنه لو باع نكاح بمثله وأحدهما أثقل من الآخر جاز مع أن النكاح وغيره مما يوزن من الاموال الربوية أيضا لأنه صفة الوزن في النقيدين منصوص عليها فلا تتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزونا بتعارف جعله عدليا لو تعورف ذلك، بخلاف غيرهما فإن الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديا لو تعورف ذلك، بخلاف غيرهما فإن الوزن لو تعارفوا بيع هذه الاواني بالوزن لا بالعدد لا يجوز بيعها بجنسها إلا متساويا، كذا في الذخيرة. نهر. قوله: (لما مر في الربا) أي من أن جيد مال الربا ورديته سواء، وتقدم استثناء حقوق العباد، وممر الكلام فيه فراجع، ومنه ما في البحر عن الذخيرة: غصب قلب فضة ثم استهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه، فإن تفرقا قبل قبض القيمة جاز خلافا لفرق لأنه صرف حكما للضمان الواجب بالغصب لا مقصودا فلا يشترط له القبض ا هـ. وإنما لزمه الضمان من خلاف جنسه لئلا يلزم الربا لان قيمته مصوغا أزيد من وزنه. قوله: (شرط التقابض) أي قبل الافتراق كما قيد به بعض النسخ. وفي البحر عن الذخيرة: لو اشترى المودع الوديعة الدراهم بدنانير وافتراق قبل أن يحدد المودع قبضا في الوديعة بطل الصرف، بخلاف المغصوبة، لان قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء، بخلاف الوديعة ا هـ. قوله: (لحرمة النساء) بالفتح: أي التأخير فإنه يحرم بإحدى علتَي الربا: أي القدر أو الجنس كما مر في بابه. قوله: (فلو باع النقيدين) تفريع على قوله وإلا شرط التقابض فإنه يفهم منه أنه لا يشترط التماثل، وقيد بالنقيدين لأنه لو باع فضة بفلوس فإنه يشترط قبض أحد البديلين قبل الافتراق لا قبضهما كما في البحر عن الذخيرة. ونقل في النهر عن فتاوى قارئ 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 حيث لم يصح ما لم يعلم التساوي قبل الافتراق كما قدمناه قوله (جزافا) أي بدون معرفة قدر، وقوله أو بفضل أي بتحقيق زيادة أحدهما على الآخر، وسكت عن التساوي للعلم بصحته بالاولى. قوله: (والعوضان لا يتعينان) أي في الصرف ما دام صحيحا، أما بعد فساده فالصحيح التعيين كما في الاشباه، وقدمنا عنها في أواخر البيع الفاسد ما تتعين فيه النقود وما لا تتعين. 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: (وأدبا مثلهما) ضمير

[391]

مثلهما عائد على ما وثناه باعتبار المعنى. قوله (ويفسد الصرف) أي فسادا من الاصل لأنه فساد مقترن بالعقد كما في المحيط. شرنبلالية قوله: (لاخلالهما

بالقبض) لان خيار الشرط يتمتع به استحقاق القبض ما بقي الخيار، لان استحقاقه مبني على الملك والخيار يمنعه والاجل 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 والاجل، إذ بدون نقد لا يكفي وأنه لا يلزم الجمع بين الفعل والقول، ثم رأيت في القهستاني قال: فلو تفرقا من غير تقابض أو من أجل شرط خيار فسد البيع، ولو تقابضا في الصور قبل التفرق انقلب صحيحا هـ. ونحوه في التاترخانية، فافهم. قوله: (لزوال المانع) أي قبل تقرر. درر. قوله: (في مصوغ لا نقد) فيه أن النقد يدخله خيار العيب كما ذكره المصنف في قوله عقبه ظهر بعض الثمن زيوتا 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، لان العقد لا يفسخ بردها لانه إنما وقع على مثلها، بخلاف التبر والحلي والاولاني من الذهب والفضة، لانه ينتقض العقد برده لتعيينه فيه الخ، فكان الصواب أن يقول في مصوغ لا خيار رؤية في نقد. 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 الحق به هل يلتحق؟ لكن محمد فرق بين الزيادة والحط. ولو زاد أو حط في صرف بخلاف الجنس جاز إجماعا بشرط قبض الزيادة قبل الافتراق هـ. 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 رصا، فإن كانا لم يتفرقا استبدله، وإن كانا قد تفرقا رده عليه وكان شريكا في الدينار بحصته. وهذا بمنزلة ما لو نقده تسعة دراهم ثم فارق هـ. ومقتضاه أنه بعد التفرق لا يثأتي الاستبدال فافهم. قوله: (لا يتصرف في بدل الصرف قبل قبضه) أي بهبة أو صدقة أو بيع، حتى لو وهبه البديل أو تصدق أو أبرأه منه، فإن قبل بطل الصرف وإلا لا، فإن البراءة ونحوها سبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما بعد صحة العقد. فتح. وقيد بالتصرف لان الاستبدال به صحيح كما مر. قوله: (فسد بيع الثوب) لانه لو جاز سقط حق القبض المستحق لله تعالى فلا يسقط بإسقاط المتعاقدين. فتح. وعند زفر: يصح البيع لان الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف، لان النقد لا يتعين، وقواه في الفتح. ونازعه في البحر بما اعترضه في النهر: وأجاب عما في الفتح بجواب آخر فراجع، وأطلق

فساد البيع فشمل ما لو كان الشراء من صاحبه أو من أجنبي كما في الكافي. قوله: (والصرف بحاله) أي فيقبض بدله ممن عاقده معه. فتح. وهذا بخلاف ما لو أبرأه أو وهبه وقبل فإن الصرف يبطل كما علمت. قوله: (باعت أمة الخ) حاصل هذه المسائل أن الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا بما يقابلها من الثمن. نهر. قوله: (قيمتها ألف) كون قيمة الجارية مع الطوق متساويين ليس بشرط، بل إذا بيع نقد مع غيره من جنسه لا بد من أن يزيد الثمن على النقد المضمون 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 لانه ذكر القيمة في كل منهما، ولا تعتبر القيمة في الطوق وإنما يعتبر القدر عند المقابلة بالجنس، وكذا لا حاجة إلى بيان قيمة الجارية، لان قدر الطوق مقابل به والباقي بالجارية قلت قيمتها أو كثرت، فلا فائدة في بيان قيمتها، إلا إذا قدر أن الثمن بخلاف جنس بيان قيمتها، إلا إذا قدر أن الثمن بخلاف جنس الطوق فحينئذ يفيد بيان قيمتها لان الثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتهما هـ. وبه ظهر أن تقييد الشارح أولا الطوق بكونه فضة لا يناسب ما ذكره من الانقسام، إلا أن يحمل الالف في قوله: قيمته ألف على أنه من الذهب: أي ألف مثقال، لكن قوله: أو أنه غير جنس الطوق ينافي ذلك، وقد تبع فيه العيني. وصوابه: إذا كان غير جنس الطوق فيوافق ما أجاب به الزيلعي، لان الانقسام المذكور إنما يكون عند اختلاف الجنس، وبعد هذا يرد عليه كما قال ط: إنه عند اختلاف الجنس لا تعتبر القيمة بل يشترط التقابض كما سيذكره في الاصل الآتي. وفي المنح: ولو بيع المصوغ من الذهب أو المزرکش منه بالدراهم 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

البيع، لانه لو أجل الكل فسد البيع في الكل عنده، وقالوا في الطوق فقط. وتماهه في البحر. وذكر في الدرر أنه لو نقد ألفا في تأجيل الكل فهو حصة الطوق. واعترضه في الشرنبلالية بأنه فاسد من الاصل على قوم الامام فلا يحكم بصحته بنقد الالف بعده. وأجيب بأنه إذا نقد حصة الصرف قبل الافتراق يعود إلى الجواز لزوال المفسد قبل تقررره كما مر في اشتراط الاجل. قوله: (ويخلص بلا ضرر) الاولى إسقاطه كما فعل في الكنز، وقد تبع المصنف في ذكره الوقاية والدرر. واعترضهم في العزيمة وغيرها، وأيضا فلا معنى لكونه شرطا في هذه المسألة، لان البيع صح في الكل. وأجيب بأنه يفهم ما إذا تخلص بضرر بالاولى، نعم ذكره عند قوله الآتي: فإن افترقا في محله. قوله: (ونقد خمسين) أي والخمسون الباقية دين أو نسيئة ط .

[393]

مطلب: يستعمل المثني في الواحد قوله: (تحريا للجواز) إذ الظاهر قصدهما الوجه المصحح، لان العقد لا يفيد تمام مقصودهما إلا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر. والظاهر يجب العمل به إلا إذا صرح بخلافه كما يأتي، وقوله: خذ هذا من ثمنهما لا يخالفه لان المثني استعمل في الواحد أيضا كما في قوله تعالى * يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان) * (الرحمن: 22) وقوله تعالى: * (يا معشر الجن والانس أستمعوا أمر ربكم رسل منكم) * (الانعام: 031) والرسول من الانس، وقوله تعالى) * :نسيا حوتهما) * (الكهف: 16) وقوله (ص) إذا سافرتما فأذنا وأقيما وتماهه في الفتح. قال في البحر: ونظيره في الفقه إذا حضمتا حيضة أو ولدتما ولدا علق بإحدهما للاستحالة، بخلاف ما إذا لم يذكر المفعول به للامكان. قوله: (لانه اسم للحلية أيضا الخ) عبارات الزيلعي لانهما شئ واحد ا هـ. وبه يظهر أنه في مسألة الجارية المطوقة لو قال خذ هذا من ثمن الجارية يفسد البيع، وبه صرح في النهر. قوله: (ولو زاد خاصة فسد البيع) أي بان قال هذا المعجل حصة 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 لامكان التسليم، وبهذا الحمل وفق الزيلعي 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 ويصحان جميعا لانه قصد صحة البيع ولا صحة له إلا بصرف المنقود إلى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحا للبيع، وإن أمكن تمييزها بلا ضرر بطل الصرف ا هـ. ولا يخفى حسن هذا التوفيق لانه إذا صح البيع والصرف مع ذكر النصل يجعل المنقود ثمنا للحلية التي لا يمكن تمييزها إلا بضرر يلزم أن يصح مع ذكر السيف بالاولى، إذ لا شك أن لفظ النصل أخص من لفظ السيف، لان السيف يطلق على النصل والحلية، وبه اندفع ما في البحر. نعم في كلام الزيلعي نظر من وجه آخر بيناه فيما علقناه على البحر. تنبيه: بقي ما لو قال نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف فالمقبوض من ثمن الحلية كما في الزيلعي والظاهر حملة على ما إذا لم يمكن تمييز 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 نصفها من ثمن القلب ونصفها من ثمن الثوب ثم تفرقا وقد قبض القلب والثوب انتقض البيع في نصف القلب. وأما في السيف إذا سمي فقال نصفها من ثمن الحلية ونصفها من ثمن نصل السيف ثم تفرقا لم يفسد البيع ا هـ تأمل. وانظر ما علقناه على البحر. قوله: (وصح في السيف) لعدم اشتراط قبض ثمنه في المجلس. نهر. قوله: (كطوق الجارية) الاولى كالجارية المطوقة، لانه 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 المموه تمة: قال في كافي الحاكم: وإذا اشترى لجاما مموها بفضة بدراهم أقل مما فيه أو أكثر فهو جائز

[394]

لان التمويه لا يخلص، ألا ترى أنه إذا اشترى الدار المموهة بالذهب بثمن مؤجل يجوز ذلك وإن كان ما في سقفوها من التمويه بالذهب أكثر من الذهب في الثمن ا هـ. والتمويه: الطلي. ونقل الخير الرملي نحوه عن المحيط، ثم قال :وأقول يجب تقييد المسألة بما إذا لم تكثر الفضة أو الذهب المموه. أما إذا كثر بحيث يحصل

منه شيء يدخل في الميزان بالعرض على النار يجب حينئذ اعتباره، ولم أره لأصحابنا، لكن رأيت للشافعية وقواعدنا شاهدة به، فتأمل أ هـ. قوله: (والاصل الخ) أشار به إلى فائدة قوله فباعه بمائة: أي بثمان زائد على قدر الحلية التي من جنس الثمن ليكون قدر الحلية ثمنًا لها والزائد ثمنًا 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 تحريًا للجواز. مطلب في بيع المفضض والمزركش وحكم علم الثوب قوله: (كمفضض ومزركش) الأول ما رصع بفضة أو ألبس فضة كسرج من خشب ألبس فضة، والثاني في العرف هو المطرز بخيوط فضة أو ذهب، وبه عير في البحر. وأما حلية السيف فتشمل ما إذا كانت الفضة غير ذلك كقبعة السيف تأمل، وخرج المموه كما علمت آنفاً. 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 وزنًا ولذا لا يباع وزنًا، 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 أ هـ. وفي التاترخانية عن الغيائية: لو باع دارا في سقوفها ذهب بذهب: في رواية لا يجوز بدون الاعتبار لأن الذهب لا يكون تبعًا، بخلاف علم الثوب والابريسم في الذهب فإنه لا يعتبر لانه تبع محض أ هـ. وظاهر التعليل أن ذهب السقوف عين قائمة لا مجرد تمويه، ويدل عليه ما قدمناه آنفاً عن الكافي من أن المموه لا يعتبر لكونه لا يخلص. وفي الهندية عن المحيط: والدار فيها صفائح ذهب أو فضة يبيعها بجنسها كالسيف المحلي أ هـ. وحاصل هذا كله اعتبار المنسوج قولًا واحدًا، واختلاف الرواية في ذهب السقف والعلم وأن المعتمد عدم اعتباره في المنسوج، وقد علم بهذا أن الذهب إن كان عينًا قائمة في المبيع كمسامير الذهب ونحوها في السقف مثلاً يعتبر كطوق الأمة وحلية السيف، ومثله المنسوج بالذهب فإنه قائم بعينه غير تابع، بل هو مقصود بالبيع كالحلية والطرق، وبه صار الثوب ثوبا ولذا يسمى ثوب ذهب، بخلاف المموه لانه 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 الحلية تبع للسيف أيضا، فإن تبعيتها له من حيث دخولها في مسماه عرفا سواء كانت فيه أو في قرابه، لكنه أصل من حيث قيامها بذاتها وقصدها 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 المحل، فتأمل. قوله: (شرط التقايض

فقط) أي ولا يشترط تحقق زيادة الثمن كما قدمناه. قوله: (صح فيما قبض) لوجود شرط الصرف فيه. نهر. قوله: (لانه صرف) هذا علة العلة، لأن علة الاشتراك بطلان البيع فيما لم يقبض لانه 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 مسألتني الجارية مع الطوق والسيف مع الحلية، فإن كل واحدة منهما صرف وبيع، فإذا نقد بدل الصرف صح في الكل. قوله: (لتعييه من قبله) أي لتعيب الاناء ببيع الشركة من جهة المشتري بصنعه بسبب عدم نقده كل الثمن قبل الافتراق. قوله: (فيخير) أي في أخذ الباقي. قوله: (وإذا استحق بعضه) أي وقد كان نقد كل الثمن. قوله: (لتعييه بغير صنعه) لأن عيب الاشتراك كان موجودا عند البائع مقارنا للعقد. قوله: (ومفاده) أي مفاد التعليل المذكور. قوله: (لا بإقراءه) أي لو ادعى المستحق بعض الاناء فأقر له به المشتري لا يخبر لأن الشركة ثبتت بصنعه. ولا يخفى أن النكول عن اليمين إن كان من البائع فهو كالبينة، وإن كان من المشتري فهو في حكم الاقرار منه، ولذا لا يرجع بالثمن على بائعه إذا نكل، كما لو أقر كما مر في باب. قوله: (اختلفوا الخ) فإنه قيل إن العقد يفسخ بقضاء القاضي للمتسحق بالاستحقاق وهو رواية الخفاف، وقيل لا ما لم يرجع المشتري على بائعه، وقيل ما لم يأخذ المستحق العين، وقيل ما لم يقبض على البائع بالثمن. وفي الهداية أنه ظاهر الرواية. وقدمنا تحرير الكلام على ذلك والتوفيق بينه وبين ما نقله عن الفتوح 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 بالحكم، وهذه رواية الخفاف كما علمت، وهي خلاف ظاهر الرواية. قوله: (وكان الثمن له) أي

للمستحق، لأن البائع كان فضولياً 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 الجوهرة وهي للحدادي صاحب السراج قبل الإجازة، ويؤيده قوله في السراج والجوهرة. حتى لو افترق العاقدان قبل إجازة المستحق بطل العقد، وإن فارقه المستحق قبل الإجازة اللاحقة باقيا في المجلس صح العقد أ هـ. والحاصل أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيصير هذا الفضولي بعد الإجازة كأنه كان وكيلًا بالبيع قبلها، فإن حصل التقاوض بينه وبين المشتري قبل الافتراق نفذ العقد بالإجازة اللاحقة، وإن افترقا قبل التقاوض لا ينفذ العقد بها، لأنه لو كان وكيلًا حقيقة قبل العقد يفسد بالافتراق بلا قبض، فكيف إذا صار وكيلًا بالإجازة اللاحقة؟ ثم إذا حصل التقاوض قبل الافتراق، والإجازة ثم أجاز نفذ

[396]

العقد وإن افترقا بعد، أما إذا أجاز قبل الافتراق والتقاوض، فلا بد من التقاوض بعدها قبل الافتراق لفساد العقد بالافتراق بدون تقاوض 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 الأذابة تسمى تبراً كما في المصباح ويقال نقرة فضة على الإضافة للبيان كما في المغرب. قوله: (لأن التبعض لا يضرها) فلم يلزم عيب الشركة لامكان أن يقطع حصته مثلاً. نهر. قوله: (لتفرق الصفة) أي قبل تمامها، بخلاف ما بعد القبض لتمامها. بحر. ويقال فيما إذا أجاز المستحق قبل فسخ الحاكم العقد ما قيل في مسألة الاناء السابقة أفاده الشرنبلالي. قوله: (وكذا الدينار والدرهم) أي نظير النقرة لأن الشركة في ذلك لا تعد عيباً، كذا في الكرخي. منح عن الجوهرة: أي لو استحق بعضه لا يخرى لأنه ليس عيباً، قال ط: لامكان صرفه واستيفاء كل حقه من بدله. قوله: (بصرف الجنس بخلاف جنسه) أي تصحيحاً للعقد، كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فإنه ينصرف إلى نصيبه تصحيحاً للعقد. وفي الظهيرية عن المبسوط: باع عشرة وثوباً بعشرة وثوب وافتراق قبل القبض بطل العقد في الدارهم، ولو صرف الجنس إلى خلاف جنسه لم يبطل، ولكن قبل في العقود للتصحيح في الابتداء ولا يحتاج للبقاء على الصحة أ هـ. بحر أي لأن الفساد هنا عرض بالافتراق قبل القبض. قوله: (وكذا بيع أحد عشر درهماً 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 الجنسان في كل من البديلين أو أحدهما. أفاده في النهر عن العناية. قوله: (بفتح وتشديد) أي بفتح العين المعجمة وتشديد اللام. قوله: (ما يردده بيت المال) أي لا لزيافتها بل لكونها قطعاً. عزمي عن النهاية، وفيه توفيق بين تفسيرها بما ذكر الشارح وتفسيرها بالدارهم المقطعة. مطلب في حكم بيع فضة بفضة قليلة مع شيء آخر لاسقاط الربا تنبيه: في الهداية ولو تباعا فضة بفضة أو ذهباً بذهب ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة، وإن لم تبلغ فمع الكراهة، وإن لم يكن له قيمة لا يجوز البيع لتحقيق الربا، إذ الزيادة لا يقابلها عوض فتكون ربا أ 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 باشرتا الحيلة لاسقاط الربا كبيع العينة فإنه مكروه أ هـ. بحر. وأورد أنه لو كان مكروهاً لزم أن يكره في مسألة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين ولم يذكره .

[397]

وأجيب عنه بجواب اعتراضه في الفتح، ثم قال: وغاية الأمر أنه لم ينص هناك على الكراهة فيه ثم ذكر أصلاً كلياً يفيد، وينبغي أن يكون قول أبي حنيفة أيضاً على الكراهة كما هو ظاهر إطلاق المصنف بلا ذكر خلاف أ 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: (فصح بيعه منه) هذا وإن علم لكن كرره لبيان أن قوله ديناراً مفعول بيع وكان الاوضح والاخصر للمصنف أن يقول: وصح بيع دينار بعشرة عليه أو مطلقاً 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 النسيئة، ولا ربا في دين سقط، إنما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته، ولذا لو تصارفا دراهم ديناً بدنانير ديناً صح لغوات الخطر. قوله: (إن دفع البائع الدينار) قيد في الصورتين. ط عن مكى. قوله: (وتقاصا العشرة) قيد في الثانية فقط. نهر قوله: (بالعشرة الدين استحساناً) والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر لكونه استبدالاً بيد الصرف قبل قبضه، وجه الاستحسان أنه بالتقايض انفسخ العقد الأول وانعقد صرف آخر مضاف إلى الدين، لأنهما لما غيرا موجب العقد فسخاه إلى آخر اقتضاه، كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الأول، كذا قالوا. وتماهه في النهر. وأطلق في العشرة الدين، فشمّل ما إذا كانت عليه قبل عقد الصرف أو حدثت بعده في الاصح، فإذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصاً ولا يحتاج إلى التراضي لأنه قد وجد منه القبض. بحر ملخصاً. 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 يتقاصا، وإن حدث بالشراء بأن باع مشتري الدينار من بائع الدينار ثوباً بعشرة: إن لم يجعله قصاصاً لا يصير قصاصاً باتفاق الروايات، وإن جعله ففيه روايتان ذخيرة. مطلب مسائل في المقاصة ومن مسائل المقاصة: ما لو كان للمودع على صاحب الوديعة دين من جنسها لم تصر قصاصاً به إلا إذا اتفقا عليه وكانت في يده أو رجع إلى أهله فأخذها، والمغصوب كالوديعة، وكذلك لا تقع المقاصة ما لم يتقاصا لو كان الدينان من جنسين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين، أو أحدهما حالا والآخر مؤجلاً، أو أحدهما غلة والآخر صحيحاً كما في الذخيرة. وإذا اختلف الجنس وتقاصا كما لو كان له عليه مائة درهم وللمديون مائة دينار عليه: فإذا تقاصا تصير الدراهم قصاصاً بمائة من قيمة الدنانير ويبقى لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم ما بقي منها ظهيرية. ودين النفقة للزوجة لا يقع قصاصاً بدين للزوج عليها إلا بالتراضي، بخلاف سائر الديون لأن دين النفقة أدنى. فروق الكرابيسي اهـ ملخصاً. قال: وتقدم شئ من مسائل المقاصة في باب أم الولد. قوله: (حكماً) تمييز

محول عن المبتدأ: أي حكم ما غلب فضته وزهبه حكم الفضة والذهب الخالصين، وذلك لأن النقود لا تخلو عن قليل غش للانطباع، وقد يكون خلقياً كما في الردئ فيعتبر القليل بالردئ فيكون كالمستهلك ط. قوله: (الاستقراض بها) الاوضح استقراضه ط. وبه عبر في الملتقى. قوله: (كما مر في بابه) لم أره صرح بذلك في باب القرض. قوله: (في حكم عروض) الأولى تعبير الكنز بقوله: ليس في حكم الدراهم والدنانير، وذلك لأنه يجب فيها الاعتبار والتقايض، ولا تتعين بالتعيين إن راجت. قوله: (اعتباراً الغالب) أي في الصورتين. قوله: (إن كان الخالص أكثر من المغشوش) أي أكثر من الخالص الذي خالطه الغش. والواضح أن يقول: أكثر مما في المغشوش. 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 لقتلها بل تحترق لا عبرة بها أصلاً، بل تكون كالمموهة لا تعتبر ولا تراعى فيها شرائط الصرف وإنما هو كاللون، وقد كان في أوائل سيعمانية في فضاء دمشق قريب من ذلك. قال المصنف: أي صاحب الهداية ومشايخنا: يعني مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند لم يفتوا بجواز ذلك: أي بيعها بجنسها متفاضلاً في العدالي والغطارفة مع أن الغش فيها أكثر من الفضة لأنها أعز الاموال في ديارنا، فلو أبيح التفاضل فيها يفتح باب الربا الصريح، فإن الناس حينئذ يعتادون في الاموال النفيسة فيتدحرجون ذلك في النقود الخالصة فمنع حسماً لمادة الفساد اهـ. وفي البزازية: والصواب أنه لا يفتى بالجواز في الغطارفة لأنها أعز الاموال، وعليه صاحب الهداية والفضلي. قوله: (كما مر) أي في مسألة بيع الزيتون بالزيت. بحر. وهذه مرت في باب الربا. ويحتمل كون التشبيه راجعاً إلى ما في المتن من اشتراط كون الخالص أكثر، ومراده بما مر مسألة حلية السيف، كما أفاده في الهداية. قوله: (وزناً وعدداً) أي على حسب حالها في الرواج. قال في الهداية: ثم إن كانت تروج بالوزن فالتتابع والاستقراض فيها بالوزن، وإن كانت تروج بالعد فبالعد، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما، لأن المعتبر هو المعتاد فيها إذا لم يكن نص اهـ. ويأتي قريباً. قوله: (بصرف الجنس لخلافه) أي بأن يصرف فضاء كل واحد منهما إلى غش الآخر. قوله: (في الصورتين) أي بيعه بالخالص وصورة

بيعه بجنسه. قوله: (لضرر التمييز) قال في البحر: يشترط التقابض قبل الافتراق، لانه صرف في البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين، ويشترط في الغش أيضا لانه لا يتميز إلا بضراها. فالعلة المذكورة لاشتراط قبض الغش، فاشتراط قبضه لا لذاته بل لانه لا يمكن فصله عن الخالص الذي فيه المشروط قبضه لذاته. لا يقال: إن النحاس الذي هو الغش موزون أيضا، فقد وجد فيه القدر فيشترط قبضه لذاته أيضا. لانا 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 في المجلس، لان القدر يحرم النساء مع أنه يجوز السلم فيه كما مر في بابه. ولا يخفى أن الغش لو كان فضة في ذهب فالشرط قبض الكل لذاته

[399]

لانه صرف في 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 في الاولى فقط دون الثلاثة الباقية كما مر في بيع السيف مع حليته. قوله: (أي مثل المغشوش) أي الذي اختلط بالغش. قوله: (فلا يصح البيع) أي لا في الفضة ولا في النحاس أيضا إذا كان لا تتخلص الفضة إلا بضرا. فتح. قوله: (للربا في الاولين) بزيادة الغش في الاول وزيادته مع بعض الذهب أو الفضة في الثاني ط. قوله: (ولا احتماله في الثالث) وللشبهة في الربا حكم الحقيقة ط. قوله: (لا يتعين بالتعيين) فلو قال اشترت بهذه الدراهم فله أن يمسكها ويدفع غيرها مثله. قوله: (لثمنيته حينئذ) أي حين إذ كان رائجا لانه بالاصطلاح صار أثمنا، فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية لقيام المقتضي بحر. فلو هلك قبل القبض لا يبطل العقد. فتح. قوله: (تعين به) أي بالتعيين، لان هذه الدراهم في الاصل سلعة وإنما صارت أثمنا بالاصطلاح، فإذا تركوا المعاملة بها رجعت إلى أصلها بحر. 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 أن الآخر يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد لا بالمشار إليه من هذه الدراهم التي لا تروج. فتح. قوله: (إن علم علم البائع بحاله) لانه رضي بذلك وأدرج نفسه في البعض الذين يقبلونها فتح. قوله: (وإلا) أي وإن كان لا يعلم بحال هذه الدراهم أو باعه بها على ظن أنها جيد تعلق حقه بالجيد لعدم الرضا بها. بحر. قوله: (بما يروج منه) أي من الذي غلب غشه. قوله: (عملا بالعرف الخ) الاولى ذكره بعد قوله فبكل منهما لان المراد أن اعتبار الوزن أو العدد أو كل منهما مبني على ما هو المتعارف فيها من ذلك. قوله: (فيه) أي فالبيع والاستقراض بالوزن. قوله: (وذهب) الاولى عطفه بأو. قوله: (فلم يجز إلا بالوزن) بمنزلة الدراهم الرديئة لان الفضة فيها موجودة حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب الاعتبار بالوزن شرعا. بحر. قوله: (إلا إذا أشار إليهما) أي إلى المتساوي وغالب الفضة: أي في المبايعه فيكون بيانا لقدرها ووصفها، ولا يبطل البيع بهلاكها قبل القبض ويعطيه مثلها لكونها ثمنا لم تتعين. بحر. وأفاد أنه في الاستقراض لا يجوز إلا وزنا وإن أشار إليها. قوله: (كما في الخلاصة) أي كما لو أشار إلى الدراهم الخالصة من الغش، وعبارة النهر: كما لو أشار إلى الجيد ا ه. 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 ما في كل منهما من الغش إلى ما في الآخر من الفضة كما مر في الغالب غشه، وظاهره جواز التفاضل هنا أيضا. لكن قال الزيلعي: وفي الخانية: إن كان نصفها صفرا ونصفها فضة لا يجوز التفاضل، فظاهره أنه أراد به فيما إذا بيعت بجنسها، وهو مخالف لما ذكر هنا،

[400]

ووجهه أن فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كأن كلها فضة في حق الصرف احتياطا ا ه. وأقره في البحر والنهر والمنح: وظاهره اعتماد ما في الخانية. تأمل. وقال الزيلعي: ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى تكون الخالصة أكثر مما فيه من الفضة، لانه لا غلبة لاحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما، فصار كما لو جمع بين فضة وقطعة نحاس فباعهما بمثلهما أو بفضة فقط ا ه. وقوله لا غلبة لاحدهما: لاي لواحد 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 والاولى فيه الافراد ط قوله: (قبل التسليم للبائع) قيد به لانه لو قبضها ولو فضوليا فيه فكسدت لا يفسد البيع ولا شئ 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 ما فيه، ووجه بطلانه عند الامام كما في الهداية أن الثمن يهلك بالكساد، لان الثمنية بالاصطلاح ولم يبق فبقي بيعا بلا ثمن فيبطل، فإذا بطل يجب رد المبيع إن كان قائما، وقيمه إن كان هالكا كما في البيع الفاسد ا ه. قوله: (فإنه كالكساد) كذا في البحر تبعا للزيلعي. وفي المصنرات: لو انقطع ذلك فعليه من الذهب والضة قيمته في آخر يوم انقطع هو المختار. وفي الذخيرة: الانقطاع كالكساد والاول أصح ا ه. رملي 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 الجودة ا ه. تأمل ملخصا. قلت: لكن علمت أن بطلان البيع في كساد غالب الغش والفلوس معلل عند الامام ببطلان الثمنية فبقي بيعا بلا ثمن، ولا شك أن الجياد لا تبطل ثمنيتها بالكساد لان ثمنيتها بأصل الخلقة كما صرحوا به لا بالاصطلاح فلا وجه لبطلانه عنده بكساد الجياد، فالظاهر أن مراد البحر بالدراهم غالبية الغش، لكنه مكرر بما في المتن. تأمل. ثم رأيت في الفتح قال: ولا يبي حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد، لان مالية الفلوس والدراهم غالبية الغش بالاصطلاح لا بالخلقة، بخلاف النقيدين فإن ماليتهما بالخلقة لا بالاصطلاح ا ه. نعم يمكن أن يجاب بأن هذا في النقض الخالص والمغشوشة التي غلبت فضتها تخالفه، لكن قد مر أنها كالخالصة لان الفضة قلما تنطبع 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 ويثمن حال ومؤجل. قوله: (وصحاحه بقيمة المبيع) صوابه: بقيمة الثمن. سائحاني. أو بقيمة الهالك 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 لانه مضمون بالبيع كقوله في المغصوب: إذا هلك عليه قيمته يوم الغصب لانه يوم تحقق السبب. وقال محمد: عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع لانه أو ان انتقال إلى

القيمة. وفي المحيط والتممة والحقائق: به يفتى رفقا بالناس ا ه. ونحوه في البحر. وبه تعلم ما في عبارة الشارح. قوله: (بل يتخير البائع لتعييها) قال في البحر: وإن كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل، لكنصه تعيب إذا لم ترج في بلدهم فيتخير البائع، إن شاء وأخذه وإن شاء قيمته ا ه. 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) (الاولى أن يقول: بقي على الصحة بدليل التعليل. أفاده ط. قوله: (أي ثبت للبائع ولاية فسخه) هذا تفسير لمحذوف وهو مؤول، وذلك المحذوف خبر المبتدأ وهو قول: ثم إن ما ذكره مأخوذ من البحر استدلالا بعبارة البزازية، والظاهر أن ما فيها مبني على قول البعض. ففي الفتح: لو اشترى مائة فلس بدرهم فكسدت قبل القبض بطل البيع استحسانا لان كسادها كهلاكها، وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد. وقال بعض مشايخنا: إنما يبطل العقد إذا اختار المشتري إبطاله فسخا، لان فسادها كعيب فيها والمعقود عليه إذا حدث به عيب قبل القبض ثبت للمشتري فيه الخيار، والاول أظهر ا ه. ومثله في غاية البيان. قوله: (لو انقضت قيمتها) أي قيمة غالبية الغش، ويعلم منه أنه لا يبطل في غالبية الفضة بالاولى. أفاده ط عن أبي السعود. قوله: (وعكسه) لا حاجة 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 الخانية والاسبيجاني من أنه يلزم المثل ولا ينظر إلى القيمة، فمراده بالمثل المقدار. تأمل. وفيه عن البزازية والذخيرة والخلصة عن المنتقى: غلت الفلوس القرض أو رخصت: فعند الامام الاول والثاني أولا ليس عليه غيرها، وقال الثاني ثانيا: 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، لان الدلال إذا باع بغير إذن كان فضوليا، ولعله زاده لان الدلال في العادة يبيع بالاذن كما هو مقتضى اشتقاقه من الدلالة فإنه يدل البائع على المشتري أو بالعكس ليتوسط بينهما في البيع فزاد قوله أو فضولي ليناسب قول المصنف بغير إذنه

[402]

ويشير إلى أنه لا فرق بين كونه بالاذن أو لا، ولذا قال في النهر: قيدنا بعدم قبض البائع، لانه لو قبضها ولو فضوليا فكسدت لا يفسد البيع لا شئ. قوله: عيني (غيره) اعترض بأن عبارة الفتح والعيني والخاصة دلال باع متاع الغير بإذنه. قلت: لكن الذي رأيته في الفتح عن الخلاصة كعبارة المصنف، ولفظه: وفي الخلاصة المحيط: دلال باع متاع الغير بغير إذنه الخ. نعم الذي في العيني والبحر عن الخلاصة عن المحيط، وكذا في متن المصنف مصلحا بإذنه وهو المناسب لقوله لا يفسد البيع ولقوله لان حق القبض له وعلى ما في الفتح يكون المراد أن المالك أجاز البيع ليناسب ما ذكر. تأمل. قوله: (وإن لم تعين) لأنها صارت أثمنا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت في الذمة كالنقدين، ولا تتعين وإن عينها كالنقد، إلا إذا قال: أردنا تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق بها، بخلاف ما إذا باع فلسا بفلسين بأعيانهما حيث يتعين بلا تصريح لئلا يفسد البيع. بحر. وهو ملخص من كلام الزيلعي. قوله: (حتى يعينها) لأنها مبيعة في هذه الحالة والمبيع لا بدأ أن يعين. نهر قوله: (كسلع) عبارة البحر: لأنها سلع. وفي المصباح: السلعة البضاعة جمعها سلع كسدره وسدر. قوله: (رد مثل أفلس القرض إذا كسدت) أي رد مثلها عددا عند أبي حنيفة. بحر. وأما إذا استقرض دراهم غالب الغش، فكذلك في قياس قوله. قال أبو يوسف: ولست أروي ذلك عنه، ولكن لروايته في الفلوس. فتح. قال محشي مسكين: وانظر حكم ما إذا اقترض من فصة خالصة أو غالبية أو مساوية للغش ثم كسدت هل هو على هذا الاختلاف: أي بين الامام وصاحبيه أو يجب رد المثل بالاتفاق؟ ا هـ. قلت: ويظهر لي الثاني لما قدمناه قريبا، ولما يأتي قريبا 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 ا هـ. قلت: لكن قدما قريبا أن الفتوى على قول أبي يوسف. ثانيا 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 الامام كما في الهداية أن القرض إعارة وموجبه رد العين معنى والتمنية فضل فيه. ولهما وجوب القيمة أنه لما بطل وصف التمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها، كما إذا استقرض مثليا فانقطع ا هـ. وفي الشرنبلالية عن شرح المجمع: محل الخلاف فيما إذا هلكت ثم كسدت، أما لو كانت باقية عنده فإنه يرد عينها اتفاقا ا هـ. ومثله في الكفاية. قلت: ومفاد التعليق المذكور يخالفه، فتأمل. قوله: (وعليه الفتوى في بزازية (وكذا في الخانية والفتاوى الصغرى رفقا بالناس. بحر. وفي الفتح: وقولهما أنظر للمقرض من قوله: لان في رد المثل إضرارا به، وقول أبي يوسف

[403]

أنظر له من قول محمد، لان قيمته يوم القرض أكثر منها يوم الانقطاع، وقول محمد: أنظر للمستقرض، وقول أبي يوسف أيسر، لان القيمة يوم القبض معلومة لا يختلف فيها ويوم الانقطاع يعسر ضبطه، فكان قول أبي يوسف أيسر في ذلك ا هـ. ومثله في الكفاية. قوله: (وفي النهر الخ) أصله لصاحب الفتح. قوله: (في اختيار قولهما) 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، ويدل عليه قوله بعده: أو بدرهين فلوس فإنه لو كان مضافا وجب حذف نون التثنية أو جر فلوس على أنه بدل أو عطف بيان، ويجوز نصبه على التمييز. قوله: (مثلا) الاولى 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 لفظ دينار كذلك. قوله: (للعلم به الخ) جواب عن قول زفر إنه لا يصح لانه اشترى بالفلوس وهي تقدر

بالعدد لا بالدرهم والدانق لانه موزون، فذكره لا يغني عن العد فبقى الثمن مجهولا. والجواب 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 لانه لو اشترى بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس لا يجوز عند محمد لعدم العرف. وجوزه أبو يوسف في الكل للعرف وهو الاصح كذا في الكافي والمجتبى ١ هـ. 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) الاولى أن يقول كما في النهاية وغيرها: أي درهما صغيرا يساوي نصفًا إلا حبة، وبه تظهر المقابلة لقوله كبيرًا. وعبرة الدرر: أي ما ضرب من الفضة على وزن نصف درهم ١ هـ. قلت: والاولى أن يقول: على وزن نصف درهم إلا حبة، لان 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 نصفًا إلا حبة، فعندهما جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي من النصف الآخر لانه ربا، وعلى قياس قول الامام بطل في الكل، لان الصفقة متحدة والفساد قوي مقارنة للعقد، ولو كرر لفظ الاعضاء بأن قال وأعطني بنصفه نصفًا إلا حبة اختص الفساد بالنصف الآخر اتفاقا لانهما يبعان لتعدد الصفقة، وهذا هو المختار، وتامه في الفتح .

[404]

والحاصل أنه في صورة المتن صح البيع اتفاقا، وفي صورة الشرح فسد في الكل عنده، وفي الفضة فقط عندهما، وفي الآخر جاز في الفلوس فقط كما في البحر: قال: ولم يذكر المصنف القبض قبل الافتراق للعلم به مما قدمه. وحاصله: إن تفرقا قبل القبض فسد في النصف إلا حبة لكونه صرفا، لا في الفلوس لانها بيع، فيكفي قبض أحد البديلين، ولو لم يعطه الدراهم ولم يأخذ الفلوس حتى افتراقا بطل في الكل للافتراق عن دين بدين ١ هـ. قوله: (وبما تقر) أي في أول البيوع إلى هاهنا قوله: (مبيع بكل حال) أي قبول بجنسه أو لا، دخلت عليه الهاء أو لا. مطلب في بيان ما يكون مبيعا وما يكون ثمنا وقد يقال في بيع المقايضة: كل من السلعتين مبيع من وجه وثمر من وجه ط. قلت: المراد بالثمن هنا ما يثبت دينا في الذمة وهذا ليس كذلك. قوله: (كالمثليات) أي غير النقدين وهي المكمل والموزون والعدي المتقارب. قوله: (فإن اتصل بها الباء فثمن) هذا إذا كانت غير متعينة ولم تقابل بأحد النقدين كبعتك هذا العبد بكر حنطة، أما لو كانت متعينة وقوبلت بنقد فهي مبيعة كما في درر البحار أول البيوع. وفي الشرنبلالية في فصل التصرف في المبيع معزيا للفتح: لو قوبلت بالاعيان وهي معينة فثمن ١ هـ أي كبعتك هذا العبد بهذا الكر أو هذا الكر بهذا العبد، لانه لم يقيده بدخول الباء عليها. وفي الفتح: هنا وإن لم تعين: أي المثليات، فإن صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهي ثمن، أي وإن لم يصحبها حرف الباء ولم يقابلها ثمن فهي مبيعة، وهذا لان الثمن ما يثبت في الذمة دينا عند المقابلة ١ هـ فالاول كما مثلنا، والثاني كقولك اشتريت منك كر حنطة بهذا العبد فيكون الكر مبيعا ويشترط له شرائط السلم. قوله: (والا فمبيع) أي وإن لم يصحبها الباء فهي مبيع، وهذا إذا لم يقابلها ثمن وهي غير متعينة كما علمته من كلام الفتح وتكون سلما كما قلنا، وكذا لو قابلها ثمن بالاولى كاشتريت منك كر حنطة بمائة درهم، وكذا لو كانت متعينة وقوبلت بثمر كما علمته من عبارة درر البحار. والحاصل أن المثليات تكون ثمنا إذا دخلتها الباء ولم تقابل بثمر أي بأحد النقدين سواء تعينت أولا وكذا إذا لم تدخلها الباء ولم تقابل بثمر وتعينت، وتكون مبيعا إذا قوبلت بثمر مطلقا: أي سواء دخلتها الباء أو لا تعينت أولا، وكذا إذا لم تقابل بثمر ولم يصحبها الباء ولم تعين كبعتك كر حنطة بهذا العبد كما علم من عبارة الفتح الثانية. قوله: (وأما الفلوس الرائجة) يستفاد من البحر أنها قسم رابع، حيث قال: وثمر بالاصطلاح، وهو سلعة في الاصل كالفلوس: فإن كانت رائجة فهي ثمن،

[405]

والا فسلعة ١ هـ ط. قوله: (ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم) (الاولى أن يقول: ويصح التصرف به قبل قبضه في غير الصرف والسلم، لان الاستبدال يصح

في بدل الصرف، لانه لا يتعين بالتعيين، فلو تبايعا دراهم بدينار جاز أن يمسكا ما أشارا إليه في العقد ويؤديا بدله قبل الافتراق بخلاف التصرف به ببيع ونحوه قبل قبضه كما مر في بابه، وأوضحنا ذلك في باب السلم فراجع. قال في الشرنبلالية في باب التصرف في المبيع: قوله جاز التصرف في الثمن قبل قبضه، يستثنى منه بدل الصرف والسلم لانه للمقبوض من رأس المال 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 والاجارة والوصية وسائر الديون كالثمن ا هـ. قوله: (وهكذا) أي وتقول هكذا في عكس باقي الاحكام المذكورة في الثمن بأن تقول: ويبطل البيع بهلاكه ولا يصح الاستبدال به. قوله: (ومن حكمهما) أي حكم الثمن والمبيع. قوله: (كما تقرر) أي في باب الربا. قوله: (تذنيب) شبه هذه المسائل التي ذكرها في آخر كتاب البيوع بذنب الحيوان المتصل بعجزه، وجعل ذكرها في آخره بمنزلة تعليق الذنب في عجز الحيوان، وفيه استعارة لا تخفى. مطلب في بيع العينة قوله: (في بيع العينة) اختلف المشايخ في تفسير العينة التي ورد النهي عنها. قال بعضهم تفسيرها أن يأتي الرجل المحتاج إلى آخر ويستقرضه عشرة دراهم ولا يرغب المقرض في الاقراض طمعا في فضل لا يناله بالقرض فيقول لا أقرضك ولكن أبيعك هذا الثوب إن شئت باثني عشر درهما وقيمته في السوق عشرة ليبيعه في السوق بعشرة فيرضى به المستقرض فيبيعه كذلك، فيحصل لرب الثوب درهمان وللمشتري قرض عشرة. وقال بعضهم: هي أن يدخل بينهما ثالثا فيبيع المقرض ثوبه من المستقرض باثني 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 أبي يوسف: العينة جائزة مأجور من عمل بها، كذا في مختار الفتاوى. هندية. وقال محمد: هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا. وقال عليه الصلاة والسلام: إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتكم وظهر عليكم عدوكم. قال في الفتح: ولا كراهة فيه إلا خلاف الاولى، لما فيه من الاعراض عن مبرة القرض ا هـ ط. ملخصا. قوله: (ويأتي متنا في الكفالة) وإنما نبه على ذكره هنا لانه من أقسام البيوعات، ونبه على أن بيانه سيأتي في الكفالة. مطلب في بيع التلجنة قوله: (وبيع التلجنة) هي ما ألجئ إليه الانسان بغير اختياره، وذلك أن يخاف الرجل السلطان

فيقول لآخر أني أظهر أني بعت دارني مك، وليس ببيع في الحقيقة وإنما هو تلجنة ويشهد على ذلك. مغرب. قوله: (بل كالهزل) أي في حق الاحكام والهزل كما في المنار: هو أن يراد بالشئ ما لم يوضع له ولا ما يصلح اللفظ له استعارة، وهو ضد الجد: وهو أن يراد ما وضع له أو ما صلح له، وأنه ينافي اختيار الحكم والرضا به، ولا ينافي الرضا بالمباشرة واختيار المباشرة فصار بمعنى خيار الشرط في البيع، وشرطه أن يكون صريحا مشروطا باللسان: أي بأن يقول إن أبيع هازلا إلا أنه لا يشترط ذكره في العقد، بخلاف خيار الشرط ا هـ. فالهزل أعم من التلجنة لانه يجوز أن لا يكون مضطرا إليه وأن يكون سابقا ومقارنا، والتلجنة إنما تكون عن اضطراب ولا تكون مقارنة، كذا قيل، والظاهر أنهما سواء في الاصطلاح كما قال فخر الاسلام: التلجنة هي الهزل، كذا في جامع الاسرار على المنار للكاكي. ثم اعلم أن التلجنة تكون في الانشاء وفي الاخبار كالاقرار، وفي الاعتقاد كالردة. والاول قسمان: ما يحتمل الفسخ، وما لا كالطلاق والعتاق، وقد بسط ذلك كله في المنار، والغرض الآن بيان الانشاء المحتمل للفسخ كالبيع وهو ثلاثة أقسام، لانه إما أن يكون الهزل في أصل العقد، أو في قدر الثمن، أو جنسه. قال في المنار: فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع واتفقا على البناء: أي بناء العقد على المواضة يفسد البيع لعدم الرضا بالحكم كالبيع بشرط الخيار المؤبد: أي فلا يملك بالقبض وإن اتفقا على الاعراض: أي بأن قالا بعد البيع قد أعرضا وقت البيع عن الهزل إلى الجد فالببيع صحيح والهزل باطل. وإن اتفقا على أنه لم يحضرهما شئ عند البيع من البناء والاعراض أو اختلفا في البناء على المواضة والاعراض عنها فالعقد صحيح عنده في الحالين خلافا لهما، فجعل صحة الايجاب أولى لانهما الاصل، وهما اعتبرا المواضة إلا أن يوجد ما يناقضها: أي كما إذا اتفقا على البناء وإن كان ذلك: أي المواضة في القدر: أي بأن اتفقا على الجد في العقد بألف لكنهما تواضعا على البيع بألفين على أن أحدهما هزل، فإن اتفقا على الاعراض عن المواضة كان الثمن ألفين لبطلان الهزل بإعراضهما، وإن اتفقا على أنه لم يحضرهما

شئ من البناء والمواضعة أو اختلغا فالهزل باطل والتسمية للالغين صحيحة عنده، وعندهما العمل بالمواضعة واجب، والالف الذي هزلا به باطل، لما مر أن الأصل عنده الجذ، وعندهما المواضعة، وإن اتفقا على البناء على المواضعة فالثمن ألفان عنده، وإن كان ذلك الهزل في الجنس: أي جنس الثمن بأن تواضعا على مائة دينار وإنما الثمن مائة درهم أو بالعكس فالبيع جائز بالمسمى في العقد على كل حال بالاتفاق: أي سواء اتفقا على البناء أو على الاعراض، أو على عدم حضور شئ منهما، أو اختلغا فيهما إله موضعا من شرح الشارح عليه. ومن حواشينا على شرحه المسماة بنسمات الاسجار على إفاضة الانوار، وتمايم بيان ذلك مبسوط فيها. قوله: (أن الاقسام ثمانية وسبعون) قال في التلويح: لان 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 الاتفاق ستة، وإن اختلفا فدعوى أحد المتعاقدين تكون، إما إعراضهما، وإما بناءهما، وإما ذهولهما، وإما بناءه مع إعراض الآخر أو ذهوله، وإما إعراضه مع بناء الآخر أو ذهوله، وإما ذهوله مع بناء الآخر أو إعراضه تصير تسعة، وعلى كل تقدير

[407]

من التقادير التسعة يكون اختلاف الخصم بأن يدعي إحدى الصور الثمانية الباقية فتصير أقسام الاختلاف اثنين وسبعين من ضرب التسعة في الثمانية إله . وهي مع الست صور الاتفاق ثمانية وسبعون. قلت: وقد أوصلتها في حاشيتي على شرح المنار للشارح إلى سبعمائة وثمانين، ولم أر من أوصلها إلى ذلك فراجعها هناك وأمنحني بدعائك. قوله: (ملخصه أنه بيع منعقد غير لازم) لم يصرح في الخانية بذلك، وإنما ذكر أن التلجئة على ثلاثة أوجه كما قدمناه. ثم قال في الاول: وهو ما إذا كانت في نفس العقد لو تصادقا على المواضعة فالبيع باطل، وعنه في رواية أنه جائز، ولو تصادقا أن البيع كان تلجئة ثم أجازاه صحت الإجازة، كما لو تباعا هزلا ثم جعلاه جدا يصير جدا وإن إجاز أحدهما لا يصح. وفي بيع التلجئة إذا قبض المشتري العبد المشتري واعتقه لا يجوز إعتاقه، وليس هذا كبيع المكروه لان بيع التلجئة هزل، وذكر في الأصل أن بيع الهازل باطل، أما بيع المكروه ففاسد إله ملخصا. ولعل الشارح فهم أنه منعقد غير لازم من قوله ثم أجازاه صحت الإجازة، لكن ينافيه التصريح بأنه باطل، فإن أريد بالبطل الفاسد نافاه التصريح بأنه إذا قبض العبد لا يصح إعتاقه: أي لانه لا يملك بالقبض كما مر مع أن الفاسد يملك به. وقد يقال: إن صحة الإجازة مبنية على أنها تكون بيعا جديدا فلا تنافي كونه باطلا، وحينئذ فلا يصح قوله إنه بيع منعقد غير لازم، إلا أن يجب بأن قوله باطل: بمعنى أنه قابل للبطلان عند عدم الإجازة، والاحسن ما أجابنا به في أول البيوع من أنه فاسد كما صرح به الاصوليون، لان الباطل ما ليس منعقدا أصلا وهذا منعقد بأصله، لانه مبادلة مال بمال دون وصفه لعدم الرضا بحكمه كالبيع بشرط الخيار أبدا، ولذا لم يملك بالقبض، وليس كل فاسد يملك بالقبض كما لو اشترى الاب شيئا من ماله لطفله أو باعه له كذلك فاسدا لا يملكه بالقبض حتى يستعمله كما في المحيط، وقدمنا هناك تمام الكلام على ذلك، والله تعالى هو الموفق للصواب. قوله: (ولو ادعى أحدهما الخ) هذا أيضا مذكور في الخانية سوى قوله: ولو لم تحضرهما نية الخ. قوله: (فالقول لمدعي الجذ) لانه الأصل. قوله: (ولو برهن أحدهما قبل) الاظهر قول الخانية: ولو برهن مدعي التلجئة قبل، لان مدعي الجذ لا يحتاج إلى برهان كما علمت، لان البرهان يثبت خلاف الظاهر. قوله: (فالتلجئة) أي لانه خلاف الظاهر. قوله: (فالبيع باطل) أي فاسد كما علمت، فإن نقضه أحدهما انتقض لا إن أجازاه أي بل يتوقف على إجازتهما جميعا لانه كخيار الشرط لهما، وإن أجازاه جاز بقيد كونها في ثلاثة أيام عنده ومطلقا عندهما، كذا في التحرير. قوله: (والا) بأن اتفقا بعد البيع على أنهما أعرضا وقته عن المواضعة. قوله: (ولو لم تحضرهما نية فباطل الخ) مثله في المؤبدية عن الغنية حيث قال: وإن تصادقا على أنهما لم تحضرهما نية عند العقد ففي ظاهر الجواب البيع باطل. وروى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن البيع صحيح إله. والاول قولهما كما مر عن المنار، ورجحه أيضا المحقق ابن الهمام في التحرير، وأقره تلميذه ابن أمير حاج في شرحه، وجعل المحقق مثله ما إذا اختلفا في الاعراض والبناء: أي بأن

[408]

قال أحدهما بنينا العقد على المواضعة وقال الآخر على الجذ فلا يصح أيضا عندهما. ثم قال: ولو قال أحدهما أعرضت والآخر لم يحضرني شيء أو بنى أحدهما وقال الآخر لم يحضرني شيء فعل أصله عدم الحضور كالاعراض: أي فيصح، وعلى أصلهما كالبناء: أي فلا يصح. قوله: (ومفاده الخ) أي مفاد قوله: وإلا فلازم لكن إنما يتم هذا المفاد إذا قصدا إخلاء العقد عن شرط الوفاء. أما لو لم تحضرهما نية فقد علمت أنه باطل، وهذا المفاد صرح به في جامع الفصولين حيث قال: لو شرطا التلجنة في البيع ففسد البيع، ولو تواضعا قبل البيع ثم تباعا بلا ذكر شرط فيه جاز البيع عند أبي حنيفة إلا إذا تصادقا أنهما تباعا على تلك المواضعة. وكذا لو تواضعا الوفاء قبل البيع ثم عقدا بلا شرط الوفاء فالعقد جائز، ولا عبرة للمواضعة السابقة أ هـ. وفي البرازية: وإن شرطا الوفاء ثم عقاد مطلقا إن لم يقرأ بالبناء على الأول فالعقد جائز، ولا عبرة بالسابق كما في التلجنة عند الامام، وقوله فالعقد جائز: أي 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 نصف 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 مبني على أنه بيع صحيح لحاجة التخليص من الربا حتى يسوغ للمشتري أكل ريعه، وبعضهم يسميه بيع المعاملة. ووجهه أن المعاملة ربح الدين وهذا يشتريه الدائن لينتفع به بمقابلة دينه. قوله: (وصورته الخ) كذا في العناية. وفي الكفاية عن المحيط: هو أن يقول البائع للمشتري بعث منك هذا العين بما لك علي من الدين على أنني متى قضيته فهو لي أ هـ. وفي حاشية الفصولين عن جواهر الفتاوى: هو أن يقول بعث منك على أن تبيعه مني متى جئت بالثمن فهذا البيع باطل وهو رهن، وحكمه حكم الرهن وهو الصحيح أ هـ. فعلم أنه لا فرق بين قوله على أن ترده علي أو على أن تبيعه مني. قوله: (بيع الامانة) وجهه أنه أمانة عند المشتري بناء على أنه رهن: أي كالامانة. قوله: (بيع الطاعة) كذا في عامة النسخ، وفي بعضها بيع الطاعة، وهو المشهور الآن في بلادنا. وفي المصباح: أطاعه إطاعة: أي انقاد له وأطاعه طوعا من باب قال لغة، وانطاع له: انقاد. قالوا: ولا تكون الطاعة إلا عن أمر كما أن الجواب لا يكون إلا عن قول، يقال أمره فأطاع أ هـ. ووجهه حينئذ أن الدائن يأمر المدين ببيع داره مثلا بالدين فيطيعه فصار معناه بيع الانقياد قوله: (قيل هو رهن) قدمنا أنفا عن جواهر الفتاوى أنه الصحيح. قال في الخيرية: والذي عليه الأكثر أنه رهن لا يفترق عن الرهن في حكم من الأحكام. قال السيد الامام: قلت للامام الحسن الماتريدي: قد فشا هذا البيع بين الناس. وفيه مفسدة عظيمة، وفتواك أنه رهن وأنا أيضا على ذلك، فالصواب أن نجمع الأئمة ونتفق على هذا ونظيره بين الناس،

فقال المعتمد اليوم فتوانا وقد ظهر ذلك بين الناس، فمن خالفنا فليبرز نفسه وليقم دليله أ هـ. قلت: وبه صدر في جامع الفصولين فقال رامزا لفتاوي النسفي: البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالا للربا وسموه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة لا يملكه ولا ينتفع به إلا بإذن مالكة، وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجرة ويسقط الدين بهلاكه لو بقي ولا يضمن الزيادة وللبائع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام أ هـ. ثم نقل ما مر عن السيد الامام. وفي جامع الفصولين: ولو بيع كرم بجنب هذا الكرم فالشفعة للبائع لا للمشتري، لان بيع المعاملة وبيع التلجنة حكمهما حكم الرهن، وللراهن حق الشفعة وإن كان في يد المرتهن أ هـ. قوله: (وقيل بيع يفيد الانتفاع به) هذا محتمل لاحد قولين، الأول أنه بيع صحيح مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أنه لا يملك بيعه. قال الزيلعي في الاكراه: وعليه الفتوى. الثاني القول الجامع لبعض المحققين أنه فاسد في حق بعض الاحكام حتى ملك كل منهما الفسخ صحيح في حق بعض الاحكام: 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 والنمر جوز لحاجة الناس إليه بشرط سلامه البديلين لصاحبهما. قال في البحر: وينبغي أن لا يعدل في الافتاء عن القول الجامع. وفي النهر: والعمل في ديارنا على ما رجحه الزيلعي. قوله: (لم يكن رهنا) لان كلا منهما عقد مستقل شرعا لكل منهما أحكام

مستقلة ا ه درر ط. قوله: (ثم إن ذكرنا الفسخ فيه) أي شرطاه فيه، وبه عبر في الدرر ط. وكذا في البزازية. قوله: (أو قبله) الذي في الدرر بدل هذا؛ أو تلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء ا ه ط. ومثله في البزازية. قوله: (جاز) مقتضاه أنه بيع صحيح بقربة مقابلته لقوله كان بيعا فاسدا، والظاهر أنه مبني على قولهما بأن ذكر الشرط الفاسد بعد العقد لا يفسد العقد فلا ينافي ما بعده عن الظهيرية. قوله: (ولزم الوفاء به) ظاهره أنه لا يلزم الورثة بعد موته، كما أفتى به ابن الشلبي معللا بانقطاع حكم الشرط بموته لأنه بيع فيه إقالة وشرطها بقاء المتعاقدين، ولأنه بمنزلة خيار الشرط وهو لا يورث ا ه. قلت: وهذا ظاهر على هذا القول بأنه بيع صحيح لا يفسده الشرط اللاحق فلا ينافي ما يأتي عن الشرنبلالية. 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 بغين يسير ا ه. وبه أفتى في الحامدية أيضا. فلو كان بغين فاحش مع علم البائع به فهو رهن، وكذا لو وضع المشتري على أصل المال ربحا. أما لو كان بمثل الثمن أو بغين يسير بلا وضع ربح فبات، لانا إنما نجعله رهنا بظاهر حاله أنه لا يقصد البات عالما بالغين أو مع وضع الربح. أفاده في البزازية وذكر أنه مختار أئمة خوارزم، وذكر في موضع آخر أنه لو أجره من البائع، قال صاحب الهداية: الاقدام على الاجارة بعد

[410]

البيع دل على أنهما قصدا بالبيع الرهن لا البيع فلا يحل للمشتري الانتفاع به ا ه. 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 الاجارة من البائع مع الربح أو نقص الثمن. قوله: (لان المواعيد قد تكون لازمة) قال في البزازية في أول كتاب الكفالة: إذ كفل معلقا بأن قال إن لم يؤد فلان فانا 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 فانا أحج يلزم الحج. قوله: (بزيادة وفي الظهيرية الخ) يعني أن ابن ملك أقره أيضا، وزاد عليه قوله وفي الظهيرية الخ: أي مقترنا بهذه الزيادة، فلفظ زيادة مصدر وما بعده جملة أريد بها لفظها في محل نصب مفعول المصدر. قوله: (يلتحق بالعقد عند أبي حنيفة) أي فيصير بيع الوفاء كأنه شرط في العقد فيأتي فيه الخلاف أنه رهن أو بيع فاسد أو بيع صحيح في بعض الاحكام، وقدمنا في البيع الفاسد ترجيح قولهما بعدم التحاق الشرط المتأخر عن العقد به. قوله: (ولم يذكر أنه في مجلس العقد أو بعده) أي فيفهم أنه لا يشترط له المجلس. وفي جامع الفصولين: اختلف فيه المشايخ، والصحيح أنه لا يشترط ا ه. ومثله في البزازية. قوله: (ولو باعه) أي البائع، وقوله: توقف الخ أي على القول بأنه رهن، وهل يتوقف على بقية الاقوال المارة محل تردد. قوله: (فللبائع أو ورثته حق الاسترداد) أي على القول بأنه رهن، وكذا علي القولين القائلين بأنه بيع يفيد الانتفاع به فإنه لا يملك بيعه كما قدمناه. قوله: (وأفاده في الشرنبلالية الخ) ذكره بحثا، وقوله: نظرا لجانب الرهن يفيد أنه لا يخالف ما قدمناه عن ابن الشلبي، فافهم. وهذا البحث مصرح به في البزازية حيث قال في القول الاول: إنه رهن حقيقة. باع كرمه وفاء من آخر وباعه المشتري بعد قبضه من آخر باتا وسلمه وغاب فللبائع الاول استرداده من الثاني، لان 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 الاول والثاني فلورثة البائع الاول الاخذ من ورثة المشتري الثاني، ولورثة المرتهن إعادة يدهم إلى قبض دينه ا ه. قوله: (لا يلزم الاجر الخ) أفتى به في الحامدية تبعا للخيرية، فإنه قال في الخيرية ولا تصح الاجارة المذكورة ولا تجب فيها الاجرة على المفتى به سواء كانت بعد قبض المشتري الدار أم قبله. مطلب باع داره وفاء ثم استأجر قال في النهاية: سئل القاضي الإمام الحسن الماتريدي عمن باع داره من آخر بثمن معلوم بيع الوفاء وتقابضا ثم استأجرها من المشتري مع شرائط صحة الاجارة وقبضها ومضت المدة هل يلزمه

[411]

الاجر؟ فقال لا، لانه عندنا رهن والراهن إذا استأجر الرهن من المرتهن لا يجب الاجر ا هـ. وفي البازية: فإن أجز المبيع وفاء من البائع، فمن جعله فاسدا قال: لا تصح الاجارة ولا يجب شئ، ومن جعله رهنا كذلك، ومن أجزه جوز الاجارة من البائع وغيره وأوجب الاجرة، وإن أجزه من البائع قبل القبض. أجاب صاحب الهداية أنه لا يصح، واستدل بما لو أجز عبدا اشتراه قبل قبضه أنه لا تجب الاجرة وهذا في البات فما ظنك بالجائز ا هـ. فعلم به أن الاجارة قبل التقاض لا تصح على قول من الاقوال الثلاثة ا هـ ما في الخيرية. وفيها أيضا: وأما إذا أجزه المشتري وفاء بإذن البائع فهو كإذن الراهن للمرتهن بذلك. وحكمه أن الاجرة للراهن وإن كان يغير إذنه يتصدق بها أو يردها على الراهن المذكور وهو أولى صرح به علماؤنا ا هـ. قلت: وإذا أجزه بإذنه يبطل الرهن كما ذكره في حاشيته على الفصولين. قوله: (ولو للبناء وحده) أي ولو كان البيع وفاء للبناء وحده كالقائم في الارض المحتكرة. قوله: (فهى صحيحة) أي بناء على القول بجواز البيع كما علمت فإنه يملك الانتفاع به، وقد علمت ترجيح القول بأنه رهن وأنه لا تصح إجارته ما البائع. قوله: (لازمة للبائع) اللام بمعنى على: أي على البائع، أو للتقوية لكون العامل اسم فاعل فهى زائدة. قوله: (وعليه) أي على القول بصحة الاجارة. قوله: (يلزوم أجز المثل) هذا مشكل، فإن من أجز ملكه مدة ثم انقضت وبقي المستأجر ساكنا لا يلزمه أجرة إلا إذا طالبه الملاك بالاجرة، فإذا سكن بعد المطالبة يكون قبولا للاستئجار كما ذكره في محله، وهذا في الملك الحقيقي فما ظنك في المبيع وفاء مع كون المستأجر هو البائع. نعم قالوا يلزوم الاجرة في الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال، ولعل ما ذكره مبني على أنه صار معدا للاستغلال بذلك الايجار كما يشير إليه قوله: ويسمونه بيع الاستغلال وفيه نظر فليتأمل. وعلى كل فهذا مبني على خلاف الراجح كما علمت. قوله: (واختلف في المنقول) قال في البازية 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 ا هـ. والظاهر أن الخلاف فيه على القول بجواز البيع كما يفيدته قوله، وصح في العقار الخ أما على القول بأنه رهن فينبغي عدم الخلاف في صحته. قوله: (القول لمدعي الجد والبنات) لانه الاصل في العقود. قوله: (إلا بقريئة) هي ما يأتي من نقصان الثمن كثيرا. قوله: (أن القول لمدعي الوفاء) في جامع الفصولين يرمز شيخ الاسلام برهان الدين: ادعى البائع وفاء والمشتري باتا أو عكسا فالقول لمدعي البات، وكنت أفتي في الابتداء أن القول لمدعي الوفاء، وله وجه حسن إلا أن أئمة بخارى هكذا أجابوا فوافقهم ا هـ. وفي حاشيته للرملي بعد كلام نقله عن الخانية وغيرها قال: فظهر به وبقوله كنت أفتي الخ أن المعتمد في المذهب أن القول لمدعي البات منهما وأن البينة بينة مدعي الوفاء منهما .

مطلب قاضيخان من أهل التصحيح والترجيح وقد ذكر المسألة في جواهر الفتاوى وذكر فيها اختلافا كثيرا واختلاف تصحيح، ولكن عليك بما في الخانية، فإن قاضيخان من أهل التصحيح والترجيح ا هـ. وبهذا أفتى في الخيرية أيضا. قلت: لكن قوله هنا استحسانا يقتضي ترجيح مدعي الوفاء فينبغي تقييده بقام القرينة، ثم راجعت عبارة الملتقط فرأيت ذكر الاستحسان في مسألة الاختلاف في البينة، فإنه قال في الشهادات: وإن ادعى أحدهما بيعا باتا والآخر بيع الوفاء وأقاما البينة كانوا يفتون أن البات أولى، ثم أفتوا أن بيع الوفاء أولى وهذا استحسان ا هـ. 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 يدعي البات، وكان يفتي فيما مضى أن القول قول الآخر وهو القياس ا هـ. فتحصل من عبارتي الملتقط أن الاستحسان في الاختلاف في البينة ترجيح بينة الوفاء، وفي الاختلاف في القول ترجيح قول مدعي البات، وهذا الذي حرره الرملي فيما مر، فتدبر. وبه ظهر أن ما ذكره الشارح سبق قلم، فافهم. قوله: (ولو قال البائع الخ) هذه العبارة بعينها ذكرها في الملتقط عقب عبارته التي ذكرناها عنه في البيوع، وهي تفيد تقييد الاستحسان، وهو كون القول لمدعي البات بما إذا لم تقم القرينة على خلافه، وهذا مؤيد لما بحثناه آنفا ولكن في التعبير مساهلة فإنه كان ينبغي أن يقول: ولو قال المشتري اشتريت باتا الخ، لانه هو الذي يدعي البات عند نقصان الثمن كثيرا بخلاف البائع. قوله: (إلا أن يدل على الوفاء بنقصان الثمن كثيرا) وهو ما لا يتغابن 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 الاقدام

على الاجارة بعد البيع دل على أنهما قصدا بالبيع الرهن لا البيع. قوله: (إلا أن يدعي) أي مع البرهان. قوله: (وفي الاشباه الخ) المقصود من هذه العبارة بيان حكم العرف العام والخاص، وأن العام معتبر ما لم يخالف نصا، وبه يعلم حكم بيع الوفاء وبيع الخلو لابتنائهما على العرف. قوله: (بالنصف) أي نصف ما ينسجه أجرة على النسخ. قوله: (ثم نقل) أي صاحب الاشباه. قوله: (والفتوى على جواب الكتاب) أي المبسوط للامام محمد وهو المسمى بالاصل لانه مذكور في صدر عبارة الاشباه. أفاده ط. قوله: (للطحان) أي لمسألة قفيز الطحان، وهي كما في البزازية أن يستأجر رجلا ليحمل له طعاما أو يطحنه بقفيز منه فالاجارة فاسدة، ويجب أجر المثل لا يتجاوز به المسمى. قوله: (لانه منصوص) أي عدم الجواز منصوص عليه بالنهي عن قفيز الطحان ودفع الغزل إلى حائك في معناه. قال البيهقي: والحاصل أن المشايخ أرباب الاختيار اختلفوا في الافتاء في ذلك. قال في العتبية: قال أبو الليث: النسخ بالثلث والريع لا يجوز عند علمائنا، لكن مشايخ بلخ استحسونه وأجازوه

[413]

تتعامل الناس. قال: وبه نأخذ. قال السيد الامام الشهيد: لا نأخذ باستحسان مشايخ بلخ، وإنما نأخذ بقول أصحابنا المتقدمين، لان التعامل في بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن على الاستمرار من الصدر الاول فيكون ذلك دليلا على تقرير النبي (ص) 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، والاجماع حجة، ألا ترى أنهم لو تعاملوا على بيع الخمر والربا لا يفتى بالحل ا ه. قوله: (وفيها) أي في البزازية وهو من كلام الاشياء قوله: (فرارا من الربا) لان صاحب المال لا يقرض إلا بنفع والمستقرض محتاج، فأجازوا ذلك لينتفع المقرض بالمبيع وتعارفه الناس، لكنه مخالف للنهي عن بيع وشرط، وقلذا رجحوا كونه رهنا. قوله: (فأقول على اعتباره الخ) قدمنا الكلام على مسألة الخلو أول البيوع فراجع. قوله: (وكذا أقول الخ) قدمنا أيضا هناك الكلام على هذه المسألة، وذكرنا أيضا عن الحموي أن ما نقله عن واقعات الضريري ليس فيه لفظ الخلو، وبسطنا الكلام هناك فراجع فإنه تكفل بالمقصود، والحمد لله ذي الفضل والجود .

[414]

كتاب الكفالة قوله: (لكونها فيه غالبا) الاولى حذف اللام ط. والاولى أيضا كونها عقبه غالبا، قال في الفتح: أوردتها عقب البيوع لانها غالبا يكون تحققها في الوجود عقب البيع، فإنه قد لا يطمئن البائع إلى المشتري فيحتاج إلى من يكفله بالثمن، أو لا 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 الاثمان 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) * (آل عمران: 73) أي ضمها إلى نفسه. وقال عليه الصلاة والسلام أنا وكافل اليتيم كهاتين أي ضام اليتيم إلى نفسه. وفي المغرب: وتركيبه يدل على الضم والتضمين. قوله: (كلفته وكفلت به وعنه) أي يتعدى بنفسه وبالباء وعن. وفي القهستاني: يتعدى إلى المفعول الثاني في الاصل بالباء، فالمكفول به الدين ثم يتعدى بعن للمديون وباللام للدائن. قوله: (وتثليث الفاء) مقتضاه أن ابن القطاع حكاة وليس كذلك. وعبرة البحر: قال في المصباح: كفلت بالمال وبالنفس كفلا من باب قتل وكفولا أيضا والاسم الكفالة. وحكى أبو زيد سمعا من العرب من بابي تعب وقرب. وحكى ابن القطاع كفلته وكفلت به وعنه: إذا تحملت به ا ه ج. قوله: (ضم ذمة الكفيل) الذمة وصف شرعي به الاهلية لوجوب ماله وعليه، وفسرها فخر الاسلام بالنفس والرقبة التي لها عهد، والمراد بها العهد، فقولهم في ذمته: أي في نفسه باعتبار عهدها من باب إطلاق الحال وإرادة المحل، كذا في التحرير. نهر. قوله: (بنفس) متعلق بمطالبة ج. قوله: (أو بدين أو عين) زاد بعضهم رابعا وهو الكفالة بتسليم المال، ويمكن دخوله في الدين. قلت: وكذا بتسليم عين غير مضمونة كالامانة، وسيأتي تحقيق ذلك كله. قوله: (كمغصوب ونحوه) أي من كل ما يجب

تسليمه بعينه، وإذا هلك ضمن مثله أو قيمته، كالمبيع فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم عمدا احترازا عن المضمون بغيره كالمرهون وغير المضمون أصلا كالامانة فلا تصح الكفالة بأعيانها. قوله: (كما سيحكي) أي في كفالة المال ح. قوله: (لان المطالبة تعم ذلك) أي المذكور من الاقسام الثلاثة، وهو تعليل لتفسير الاطلاق بها وتمهيد لقوله: وبه يستغني الخ. قوله: (ومن عرفها بالضم في الدين الخ) اعلم أنه اختلف في تعريف الكفالة: فقليل إنها الضم في المطالبة كما مشى عليه المصنف وغيره من أصحاب المتون، وقيل الضم في الدين فثبت بها دين آخر في ذمة الكفيل، ويكتفى باستيفاء أحدهما، ولم يرجع في المبسوط أحد القولين، لكن في الهداية وغيرها الاول أصح. ووجهه كما في العناية أنها كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين، وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة، ويلزم أن يصير الدين الواحد دينين ا هـ. وفيه نظر، إذ من عرفها بالضم في الدين إنما أراد تعريف نوع منها وهو الكفالة بالمال. وأما الكفالة

بالنفس والاعيان فهي في المطالبة اتفاقا، وهما ماهيتان لا يمكن جمعهما في تعريف واحد، وأفرد تعريف الكفالة بالمال لانه محل الخلاف. نهر. وحاصله أن كون تعريفها بالضم في المطالبة أعم لشموله الانواع الثلاثة لا يصح توجيهها لكونه أصح من تعريفها بالضم في الدين، لان المراد به تعريف نوع منها وهو كفالة الدين. أما النوعان الآخران فمتفق على كون الكفالة بهما كفالة بالمطالبة، ولا يمكن الجمع بين الكفالة بالاول والكفالة بالآخرين في تعريف واحد، لان الضم في الدين غير الضم في المطالبة. ثم لا يخفى أن تعريفها بالضم في الدين يقتضي ثبوت الدين في ذمة الكفيل كما صرح به أولا، ويدل عليه أنه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع به على الاصيل، 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 لانه لا يستوفي إلا من أحدهما، كالغاصب مع غاصب الغاصب فإن كلا ضامن للقيمة، وليس حق المالك إلا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي إلا من أحدهما، واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر فكذا هنا، لكن هنا بالقبض لا بمجرد اختياره، لكن المختار الاول، وهو أن الضم في مجرد المطالبة لا الدين، لان اعتباره في ذمتين، وإن أمكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب ولا موجب هنا، لان التوثيق 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 شئ في ذمتهم كما في البحر، وذكر أنهم لم يذكروا لهذا الاختلاف ثمرة، فإن الاتفاق على أن الدين لا يستوفي إلا من أحدهما وأن الكفيل مطالب وأن هبة الدين له صحيحة ويرجع به على الاصيل، ولو اشترى الطالب بالدين شيئا من الكفيل صح مع أن الشراء بالدين من غير من عليه لا يصح. ويمكن أن تظهر فيما إذا حلف الكفيل أن لا دين عليه فيحنت على الضعيف لا على الاصح ا هـ. قلت: يظهر لي الاتفاق على ثبوت الدين في ذمة الكفيل أيضا بدليل الاتفاق على هذه المسائل المذكورة، ولان 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، لان المطالبة تسقط عنه بموته كالكفيل بالنفس لما كان كفيلًا بالمطالبة فقط بطلت الكفالة بموته، مع أن المصرح به أن المال يحل بموت الكفيل وأنه يؤخذ من تركته، ولان الكفيل يصح أن يكفله عند الطالب كفيل آخر بالمال المكفول به، فإذا أدى الآخر المال إلى الطالب لم يرجع به على الاصيل بل يرجع على الكفيل الاول، فإن أدى إليه رجع الاول على الاصيل لو الكفالة بالامر، نص عليه في كافي الحاكم، ويشهد لذلك فروع آخر ستظهر في محالها. وعلى هذا فمعنى كون التعريف الاول أصح لشموله أنواع الكفالة الثلاثة، بخلاف التعريف الثاني كما مر عن العناية. والجواب بأنه إنما أراد تعريف نوع منها لا يدفع اليراد لانه لم يعرف النوعين الآخرين فكان موهما اختصاصا بذلك النوع فقط، هذا ما ظهر لي، فندبره. قوله: (وهو الكفالة بالمال) أراد بالمال الدين، وإلا فهو يشمل العين مقابل الدين ا هـ ح. قوله: (لانه محل الخلاف) بيان لوجه اقتضاه على تعريف كفالة الدين فقط، ولا يخفى أن التعريف يذكر للتعليم والتفهيم في ابتداء الابواب فلا بد من التنبيه على ما يوقع في الاشتباه، فكان عليه أن يذكر تعريف النوعين الآخرين كما قلنا آنفا. قوله: (وبه) أي بما ذكر من تعميم المطالبة. قوله: (يستغني عما ذكره

منعلاخسرو) أي صاحب الدرر. قال في النهر: وبه استغني عما في نكاح الدرر من تعريفها بضم ذمة إلى ذمة في مطالبة النفس أو المال أو التسليم مدعيا أن قولهم والاول أصح لا صحة له فضلا عن كونه أصح، لأنهم قسموها إلى كفالة في المال والنفس ثم إن تقسيمهم يشعر بانحصارها مع أنهم ذكروا في أثناء المسائل ما يدل على وجود قسم ثالث وهو الكفالة بالتسليم ا هـ. وأنت قد علمت ما هو الواقع ا هـ: أي من أن ما عرف به هو مراده لأن المطالبة تشمل الانواع 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. رمل. قوله: (ولم يجعل الثاني) أي أبو يوسف وقوله: الثاني أي القبول وهو بالنصف على أنه مفعول يجعل وقوله: ركننا 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 وللطالب الرد كما في البحر وهو الاصح كما في المحيط: أي الاصح من قوله. نهر وفي الدرر والبرازية: ويقول الثاني يفتى. وفي أنفع الوسائل وغيره: الفتوى على قولهما، وسيأتي تمامه عند قوله: ولا تصح بلا قبول الطالب في مجلس العقد. قوله: (نفسا أو مالا) الاولى إسقاطه لياتي 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، لانه لو كان حيا ثم مات بطلت كفالة النفس، وكذا لو كان غائبا لا بدري مكانه فلا تصح كفالته بالنفس كما في جامع الفصولين. وعبرة البحر عن البدائع: وأما شرائط المكفول به: فالاول أن يكون مضمونا على الاصيل دينا أو عينا أو نفسا أو فعلا، ولكن يشترط في العين أن تكون مضمونة بنفسها. الثاني أن يكون مقدور التسليم من الكفيل، فلا تجوز بالحدود والقصاص. الثالث أن يكون الدين لازما وهو خاص بالكفالة بالمال، فلا تجوز الكفالة ببذل الكتابة. قوله: (وفي الدين كونه صحيحا) هو ما لا يسقط إلا بالاداء أو الإبراء كما سيأتي متنا، وسيذكر الشارح هناك استثناء الدين المشترك والنفقة وبذل السعاية، وأفاد أنه لا يشترط أن يكون معلوم القدر كما في البحر وسيأتي أيضا مع بيانه. قوله: (لا ساقطا الخ) محترز قوله: قائما فلا تصح كفالة ميت مفلس بدين عليه كما سيذكره المصنف. قوله: (ولا ضعيفا) محترز قوله: صحيحا. قوله: (كبذل كتابة) لانه 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، وبذل الكتابة دين إلا أنه ضعيف، ولا تصح الكفالة به، فما ليس دينا أولى ا هـ. وبه يظهر ما في عبارة الشارح من الخفاء، فكان عليه أن يقول: ولا ضعيفا كبذل كتابة فما ليس

دينا كنفقة زوجة قبل القضاء أو الرضا بالاولى. ولا يخفى أنها حيث لم تصر دينا لا تكون من أمثلة الدين الساقط، فافهم. ثم ظاهر كلام النهر أنها لو صارت دينا بالقضاء بها أو الرضا تصير دينا صحيحا، مع أنه ليس كذلك لسقوطها بالموت أو الطلاق إلا إذا كانت مستدانة بأمر القاضي، لكن غير المستدانة مع كونها دينا غير صحيح تصح الكفالة بها استحسانا، فهي مستثناة من هذا الشرط كما سينبه عليه الشارح عند قول المصنف إذا كان دينا صحيحا بل ذكر بعده بأسطر عن الخانية: لو كفل لها رجل بالنفقة أبدا ما دامت الزوجية جاز، وكذا ذكر قبيل الباب الآتي جواز الكفالة بها إذا أراد زوجها السفر، وعليه الفتوى، مع أنها لم تصر دينا أصلا لان النفقة لم تجب بعد فيحمل ما ذكره هنا تبعا للنهر على النفقة الماضية لانها تسقط بالمضي قبل القضاء أو الرضا فلا تصح الكفالة بها، والفرق بين الماضية والمستقبلة أن الزوجة مقصورة بتركها بدون قضاء أو رضا إلى أن سقطت بالمضي، بخلاف المستقبلة، فتدبر. قوله: (وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل) أي ثبوت حق المطالبة متى شاء الطالب، سواء تعذر عليه مطالبة الاصيل 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 ا هـ. وقدمناه أيضا. قوله: (بما هو على الاصيل) الاولى بما وقعت الكفالة به على الاصيل، لان الاصيل عليه تسليم نفسه أو تسليم المال، والكفيل بالنفس ليس عليه تسليم المال، ولان 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: (نفساً أو مالاً) شمل المال الدين والعين، وينبغي أن يزيد أو فعلاً، 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 تاجر، وكذا لا تجوز له إلا إذا كان تاجرًا، وأما الكفالة عنه فهي لازمة للكفيل يؤخذ بها، ولا يجبر الصبي على الحضور معه إلا إذا كانت بطلبه وهو تاجر أو يطلب أبيه مطلقاً، 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 كفالة النفس، وما قضى به على أبيه أو وصيه لزم الكفيل، ولا يرجع على الصبي إلا إذا أمره الأب أو الوصي بالضمان أو هـ ملخصاً 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 احترازاً عن النفس لأن ضمان الدين قد لزمه: أي لزم الصبي من غير شرط فالشرط لا يزيده إلا تأكيداً فلم يكن متبرعاً، فأما ضمان النفس وهو تسليم نفس الأب أو الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعاً به فلم يجز. بحر عن البدائع قوله: (ويكون إذن في الاداء) لأن الوصي ينوب عنه في الاداء، فإذا أمره بالضمان فقد أذن له في الاداء فيجب عليه الاداء. نهر عن المحيط. قوله: (ولولاها لطولب الولي) أي فقط. قوله: (ولا من مريض إلا من الثلث) لكن إذا كفل لوارث أو عن وارث لا تصح أصلاً، ولو كان عليه دين محيط بماله بطلت، ولو

كفل ولا دين عليه ثم أقر بدين محيط لأجنبي ثم مات فالمقر له أولى بتركته من المكفول له: وإن لم يحط: فإن كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي بعد الدين صحت كلها، وإلا فيقدر الثلث وإن أقر المريض أن الكفالة كانت في صحته لزمه الكل في ماله إن لم تكن لوارث أو عن وارث. وتمامه في الفصل التاسع عشر من التاترخانية. قوله: (ولا من عبد) أي لا تصح الكفالة منه بنفس أو مال كما في الكافي، وسواء كفل عن مولاه أو أجنبي كما في التاترخانية. قوله: (إلا إن أذن له المولى) أي بالكفالة عن مولاه أو عن أجنبي فتصح كفالته إذا لم يكن مديوناً، وكذا الأمانة والمديونة وأم الولد، وإن كان مديوناً لا يلزمه شيء ما لم يعتق تاترخانية، وسيأتي تمام الكلام عليه قبيل الحوالة. قوله: (ولا من مكاتب الخ) أي ويطلب بها بعد عتقه، وهذا لو كانت عن أجنبي كما في البحر. وقال أيضاً: وتصح كفالة المكاتب والمأذون عن مولاها. قال في النهر: وينبغي أن يقيد ذلك بما إذا كانت بأمره، ثم رأيت كذلك في عقد الفرائد معزياً إلى المبسوط. قلت: وسيأتي أيضاً متناً قبيل الحوالة في العبد مع التقييد بكونه غير مديون مستغرق. قوله: (والمدعي) أي من يكون له حق الدعوى على غريمه إذ لا يلزم في إعطاء الكفيل الدعوى بالفعل. قوله: (مكفول له) ويسمى الطالب أيضاً. قوله: (مكفول عنه) هذا في كفالة المال دون كفالة النفس. ففي البحر عن التاترخانية، ويقال للمكفول بنفسه مكفول به ولا يقال مكفول عنه هـ. لكن قال الخير الرملي: وجدنا بعضهم يقوله، ووجد في التاترخانية عن الذخيرة قوله: (كفيل) ويسمى ضامناً وضميناً وحميلاً وزعيماً وصبيراً وقبيلاً وتمامه في حاشية البحر للرملي. قوله: (وسنده) أي سند الإجماع، إذ لا إجماع إلا عن مستند وإن لم يلزم علمنا به. قوله: (قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم) أي يلزمه الاداء عند المطالبة به، فهو بيان لحكم الكفالة، والحديث كما في الفتح رواه أبو داود والترمذي وقال: حديث حسن. وقد استدل في الفتح لشرعيتها بقوله تعالى: * () * (يوسف: 27) (وعادتهم تقديم ما ورد في الكتاب على ما في السنة والشارح لم يذكره أصلاً، ولعله لشهرته أو لما قيل إنه لا كفالة هنا لأنه مستأجر لمن جاء بالصواع بحمل بعير، والمستأجر يلزمه ضمان الأجرة، ولكن جوابه أن الكفيل كان رسولاً من الملك لا وكيلاً بالاستئجار والرسول سفير، فكانه قال إن الملك يقول لمن جاء به حمل بعير، ثم قال الرسول وأنا بذلك الحمل زعيم: أي كفيل، ويحث فيه فيه في النهر. قوله: (وتركها أحوط) أي إذا كان يخاف أن لا يملك نفسه من الندم على ما فعله من هذا المعروف، أو المراد أحوط في سلامة المال لا في الديانة، إذ هي بالنية الحسنة تكون طاعة يثاب عليها، فقد قال في الفتح: ومحاسن الكفالة جليلة: وهي تفريج كرب الطالب الخائف على ما له والمطلوب الخائف على نفسه، حيث كفا مؤنة ما أهمهما، وذلك نعمة كبيرة عليهما، ولذا كانت من الأفعال العالية، وتمامه فيه. قوله: (مكتوب في التوراة الخ) رأيت في الملتقط: قيل مكتوب على باب من أبواب الروم وفيه زيادة على ما هنا، ومن لم يصدق فليجرب حتى يعرف البلاء من السلامة. قوله:

(أولهما ملامة) سقط أولها من بعض النسخ، وهو موجود في البحر عن المجتبى، والمراد والله أعلم أنه يعقبا في أول الأمر الملامة لنفسه منه أو من الناس، ثم عند المطالبة بالمال يندم على إتلافه لماله، ثم بعد ذلك يغرم المال أو يتعب نفسه بإحضار المكفول به لأن الغرم لزوم الضرر، ومنه قوله تعالى * (إن عذابها كان غراما) * (الفرقان: 56). مطلب يصح كفاية الكفيل قوله: (وكفاية النفس تتعقد الخ) عبارة الكنز: وتصح بالنفس وإن تعددت. قال في النهر: أي بأن أخذ منه كفيلة ثم كفيلة أو كان للكفيل كفيل، ويجوز عود الضمير إلى النفس بأن يكفل واحد نفوسا، والاول هو الظاهر ا هـ. وقدمنا عن كافي الحاكم صحة كفاية الكفيل بالمال أيضا. قوله: (بكفلة بنفسه) بفتح الفاء أفصح من كسرها، ويكون بمعنى عال فيتعدى بنفسه ومنه * (وكفله زكريا) * (آل عمران: 73) وبمعنى ضمن والتزم فيتعدى بالحرف واستعمال كثير من الفقهاء له متعديا بنفس مؤول. رملني 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 الكفاية إذا كانت امرأة، كذا في التتارخانية. نهر. وتاممه فيه. قوله: (ويجزئ شائع الخ) لأن النفس الواحدة في حق الكفاية لا تتجزأ فذكر بعضها شائعا كذكر كلها، ولو أضاف الكفيل الجزء إلى نفسه ككفل لك نصفي أو ثلثي فإنه لا يجوز، كذا في السراج، لكن لو قيل إن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله لم يفتقر الحال. نهر. قوله: (وتتعد بضمنته الخ) أما ضمنته فلأنه تصريح بمقتضى الكفاية لأنه يصير ضامنا للتسليم، والعقد يتعقد بالتصريح بموجبه كالبيع يتعقد بالتمليك: وأما علي فلأنه صيغة التزام، ومن هنا أفتى قارئ الهداية بأنه لو قال التزمت بما علي فلان كان كفاية، وإلى بمعناه هنا، وتاممه في النهر. ثم أعلم أن ألفاظ الكفاية كل ما ينبئ عن العهدة في العرف والعادة وفي جامع الفتاوى: هذا إلي أو علي وأنا كفيل به أو قبيل أو زعيم كان كله كفاية بالنفس لا كفاية بالمال ا هـ تتارخانية. وفي كافي الحاكم: وقوله ضمننت وكفلة وهو إلي وهو علي سواء كله وهو كفيل بنفسه ا هـ. ثم ذكر في باب الكفاية بالمال إذا قال إن مات فلان قبل أن يوفيك مالك فهو علي فهو جائز ا هـ. فقد علم أن قوله أولا هو إلي هو علي كفيل بنفسه إنما هو حيث كان الضمير للرجل المكفول به، أما لو كان الضمير للمال فهو كفاية مال، وكذا بقية الألفاظ. ففي التتارخانية 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 فانا ضامن بقيمة العبد فهو ضامن يأخذه منه من ساعته ولا يحتاج إلى إثبات بالبينة ا هـ. فقد ظهر لك أن ما مر أولا عن التتارخانية من أن هذه الألفاظ كفاية نفس لا كفاية مال، ليس المراد أنها لا تكون كفاية مال أصلا، بل المراد أنه

إذا قال أنا به كفيل أو زعم الخ: أي بالرجل كان كفاية نفس لأنها أدنى من كفاية المال ولم يصرح بالمال، بخلاف ما إذا توجهت هذه الألفاظ على المال فإنها تكون كفاية مال لأنها صريحة به فلا يراد بها الأدنى وهو كفاية النفس مع التصريح بالمال أو بضميره، وهذا معنى ما نقله الشلبي عن شرح القدوري للشيخ أبي نصر الاقطع من قوله: فإذا ثبت أن هذه الألفاظ يصح الضمان بها، فلا فرق بين ضمان النفس وضمان المال ا هـ: أي إذا قال ضمننت زيدا أو أنا كفيل به أو هو علي أو إلي يكون كفاية نفس كما أفتى به في الخيرية. وإذا قال: ضمننت لك ما عليه من المال أو أنا كفيل به الخ فهو كفاية مال قطعاً، وأما إذا لم يعلم المكفول به أنه كفاية نفس أو مال فلا تصح الكفاية أصلا كما يأتي بيانه قريبا، وبه علم أنه لا تحرير فيما قاله الشلبي بعدما مر عن شرح الاقطع من أنه ينبغي أن يقال: هذه الألفاظ إذا أطلقت تحمل على الكفاية بالنفس، وإذا كان هناك قرينة على الكفاية بالمال تتمحض حينئذ للكفاية به ا هـ. فإنه إذا لم يعلم المكفول به بأن قال أنا ضامن ولم يصرح بنفس ولا مال لا تصح أصلا كما يأتي، فقولته تحمل على الكفاية بالنفس مخالف للمنفرد كما تعرفه. نعم لو قامت قرينة على أحدهما يمكن أن يقال يعمل بها، كما إذا قال قائل اضمن لي هذا الرجل فقال لاخر أنا ضامن فهو قرينة على كفاية النفس، وإن قال اضمن لي ما عليه من المال فقال أنا ضامن فهو قرينة على المال، لأن الجواب معاد في السؤال، فافهم

واغنم 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
التاريخية: لك عندي هذا الرجل أو قال دعه إلي كانت كفالة أ هـ: 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 إلي هذا المال أ هـ. فهذا صريح أيضا بأن عندي يكون كفالة نفس وكفالة
مال بحسب ما توجه إليه اللفظ، وبه أفتي في الخيرية والحمدية. وأما ما قاله في
البحر عند قول الكنز: وبما لك عليه من أن عندي كعلي في التعليق فقط ولا تغيد
كفالة بالمال بل بالنفس، وما أفتي به من أنه: لو قال لا تطالب فلانا ما لك عندي لا
يكون كفيلا، فقد رده في النهر بأن ما مر عن الخانية من العلة المذكورة غير مقيد
بالتعليق، ورده المصنف أيضا، وكذا الخير الرملي بقولهم: إن مطلق لفظ عندي للوديعة
لكنه بقرينة الدين يكون كفالة. وفي الزيلعي من الاقرار أنه العرف. قال الرملي:
ومقتضى ذلك أن القاضي لو سأل المدعى عليه عن جواب الدعوى فقال عندي كان
إقرارا أ هـ. قوله: (بمعنى محمول) كذا عزاه المصنف إلى البدائع أيضا قال ط: الاظهر أن
يكون بمعنى فاعل لانه حامل لكفالتة. قوله: (وتعتقد بقوله أنا ضامن حتى تجتمعا
الخ) أقول: اشتبه هنا على المصنف مسألة بمسألة بسبب سقط وقع في نسخة
الخانية التي نقل عنها في شرحه، فإن قال فيه: قال في الخانية: وعن أبو يوسف: لو
قال هو علي حتى تجتمعا أو حتى تلتقيا لا يكون كفالة لانه لم يبين المضمون أنه
نفس أو مال أ هـ. مع أن عبارة الخانية هكذا: وعن أبي يوسف: لو قال هو علي حتى
تجتمعا أو قال علي أو أوافيك به أو ألقاك به كانت كفالة بالنفس، ولو قال: أنا ضامن
حتى تجتمعا أو حتى تلتقيا لا يكون كفالة لانه لم يبين المضمون أنه نفس أو مال أ هـ
كلام الخانية. وفي السراج: لو قال هو علي حتى تجتمعا أو تلتقيا

فهو جائز، لأن قوله هو علي ضمان مضاف إلى العين وجعل الالتقاء غاية له أ
هـ: يعني أن الضمير في هو علي إلي 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: وتعتقد بقوله هو علي
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 نص المذهب، وذلك أنه قال: ولو قال أنا به قبيل أو زعيم
أو قال ضمين فهو كفيلا. وقال أبو يوسف ومحمد: وكذلك لو قال علي أو أوفيك به أو
علي أن ألقاك به أو قال هو علي حتى تجتمعا أو حتى توافيا أو حتى تلتقيا. وإن لم
يقبل هو علي وقال أنا ضامن لك حتى تجتمعا أو تلتقيا. فهو باطل أ هـ. 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 قوله الخانية: وعن
أبي يوسف: ليس لحكاية الخلاف ولا للتمريض، بل هو بيان لكون ذلك منقولا عنه،
وكذا عن محمد كما علمت، وحيث لم يوجد نص للامام فالعمل على ما نقله الثقات
عن أصحابه كما علم في محله. قوله: (تاريخية) عبارتها هو علي حتى تجتمعا، فهو
كفيل إلى الغاية التي ذكرها أ هـ. هكذا ذكره المصنف في المنح وأنت خبير بأن هذه
المسألة ليست التي ذكرها في متنه، فإن التي ذكرها في متنه لا تنعقد فيها الكفالة
أصلا كما علمته أنفا. قوله: (كما نقله في الخانية) قد أسمعناك عبارة الخانية. 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 تصح فيها الكفالة، والآخر لا تصح بلا ذكر خلاف
فيهما كما حررناه أنفا. 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 تصح
الكفالة. قوله: ثم قال وينبغي الخ) أقول: هذا مسلم إذا كان الطالب يدعي كفالة
النفس أيضا، أما لو ادعى عليه كفالة المال فقط فلا، إذ الاقرار يرتد بالرد ولا يؤخذ
المقر بلا دعوى. أفاده الرحمتي. قوله: (على المذهب) لانهم قالوا: إنه ظاهر الرواية.
زاد في الفتح عن الواقعات وبه يفتى. وفي البحر عن الخلاصة: وعليه الفتوى. مطلب
لو قال أنا أعرفه لا يكون كفيلا قوله: (لانه 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 كفيلا كما

[422]

في لسراج. قوله: (والوجه اللزوم) لانه مصدر متعد إلى اثنين، فقد التزم أن يعرفه الغريم، بخلاف معرفته فإنه لا يقتضي إلا معرفة الكفيل للمطلوب، فتح. فصار معنى الاول أنا ضامن لان أعرفك غريمك وتعريفه بإحضاره للطالب، وإلا فهو معروف له، ومعنى الثاني أنا ضامن لان أعرفه ولا يلزم منه إحضاره له، لكن ما يأتي عن الخاتبة يفيد لزوم دلالة عليه وإن لم يصير كفيلا. قال في النهر: وما مر من أنه صار كاللزامه الدلالة يؤيده قوله: ولا يلزم الخ أي لا يلزم من لزوم دلالة عليه أن يكون كفيلا بنفسه ليرتب عليه أحكامها. نهر. أي لانه يخرج عن ذلك بقوله هو في المحل الفلاني فأذهب إليه، فلا يلزمه إحضاره أو السفر إليه إذا غاب، وغير ذلك من أحكام كفالة النفس. تمة: قدمنا أن ألفاظ الكفالة كل ما ينبئ عن العهدة في العرف والعادة، ومن ذلك كما في الفتوح على أن أوافيك به أو على أن ألقاك به أودعه إلي. ثم قال: وفي فتاوى النسفي: لو قال الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه إليك أو أسلمه إليك أو أقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام، وقيد في الخلاصة بما إذا قاله منجزا، فلو معلقا يكون كفالة نحو أن يقول: إن لم يؤد فانا أؤدي، نظيره في النذر ولو قال أنا أحج لا يلزمه شيء، ولو قال إن دخلت الدار فانا أحج يلزمه الحج ا ه. قلت: لكن لو قال ضمننت لك ما عليه أنا أقبضه وأدفعه إليك يصير كفالة بالقبض والتسليم، كما سنذكره في بحث كفالة المال. مطلب في الكفالة المؤقتة قوله: (وإذا كفل إلى ثلاثة أيام الخ) حاصلة: أنه إذا قال كفلت لك زيدا أو ما على زيد من الدين إلى شهر مثلا صار كفيلا في الحال أبدا: أي في الشهر وبعده، ويكون ذكر المدة لتأخير المطالبة إلى شهر لا لتأخير الكفالة، كما لو باع عبدا بألف إلى ثلاثة أيام يصير مطالبا بالثمن بعد الثلاثة، وقيل لا يصير كفيلا في الحال بل بعد المدة فقط وهو ظاهر عبارة الاصل، وعلى كل فلا يطالب في الحال، وهو ظاهر الرواية كما في التتارخانية. وفي السراجية: وهو الاصح، وفي الصغرى: وبه يفتى كما في البحر. قلت: ومقابل ما قاله أبو يوسف والحسن أنه يطالب به في المدة فقط وبعدها يبرأ الكفيل، كما لو ظاهر أو ألى من امراته مدة فإنهما يقعان فيها ويبطلان بمضيها كما في الظهيرية وغيرها. وفيها أيضا: ولو قال كفلت فلانا من هذه الساعة إلى شهر تنتهي الكفالة بمضي الشهر بلا خلاف، ولو قال شهرا لم يذكره محمد. واختلف فيه: فقيل هو كفيل أبدا، كما لو قال إلى شهر، وقيل في المدة فقط: أي كما لو قال من هذه الساعة إلى شهر. والحاصل: أنه إما أن يذكر إلى بدون من فيقول كفلته إلى شهر وهي 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

[423]

ولا إلى فيقول كفلته شهرا أو ثلاثة أيام، فقيل كالاول، وقيل كالثاني وفي التتارخانية عن جمع التفاريق قال: واعتماد أهل زماننا على أنه كالثاني. قلت: وينبغي عدم الفرق بين الصور الثلاث في زماننا كما هو قول أبي يوسف والحسن، لان الناس اليوم لا يقصدون بذلك إلا توقيت الكفالة بالمدة وأنه لا كفالة بعدها، وقد تقدم أن مبنى ألفاظ الكفالة على العرف والعادة، وأن لفظ عندي للامانة، وصار في العرف للكفالة بقرينة الدين. وقالوا: إن كلام كل عاقد وناذر وحالف وواقف يحمل على عرفه، سواء وافق عرف اللغة أو لا. ثم رأيت في الذخيرة قال: وكان القاضي الامام الاجل أبو علي النسفي يقول: قول أبي يوسف أشبه بعرف الناس إذا كفلوا إلى مدة يفهمون بضرب المدة أنهم يطالبون في المدة لا بعدها، إلا أنه يجب على المفتي أن يكتب في الفتوى أنه إذا مضت المدة المذكورة فالقاضي يخرج عن الكفالة احترازا عن خلاف جواب الكتاب، وإن وجد هناك قرينة تدل على إرادته جواب الكتاب فهو عليه ا ه. لكن نازع في ذلك في أنفع الوسائل بأن القاضي المقلد لا يحكم إلا بظاهر الرواية لا بالرواية الشاذة، إلا أن ينصوا على أن الفتوى عليها ا ه. قلت: ما ذكره النسفي مبني على أن المذكور في ظاهر الرواية إنما هو حيث لا عرف، إذ لا وجه للحكم على

المتعاقدين بما لم يقصده فليس قضاء، بخلاف ظاهر الرواية، وما ذكره من إخراج القاضي له عن الكفالة زيادة احتياط لاحتمال كون العاقدين عالمين بذلك المعنى قاصدين له، ولذا قال: إن وجد قرينة على خلاف العرف يحكم بجواب ظاهر الرواية، والله سبحانه أعلم. قوله: (لما في الملتقط الخ) تعليل لما فهم من قوله أيضا من أنه يكون كفيلا قبل الثلاثة هـ ج. قوله: (لو سلمه للحال برئ) ويجبر الطالب على القبول، كمن عليه دين مؤجل إذا عجله قبل حلول الاجل يجبر الطالب على القبول. فلو لم يصل كفيلا قبل مضي المدة لم يصح تسليمه فيها ولم يجبر الآخر على القبول. قوله: (لم يصير كفيلا أصلا) لانه لا يصير كفيلا بعد المدة لنفيهما الكفالة فيه صريحا ولا في الحال على ما ذكرنا في ظاهر الرواية. ظهيرية. قوله: (ونقله الخ) نقل القولين في البحر أيضا عن البزازية. قوله: (أنه يصير كفيلا (أي في المدة فقط كما يفيد قول جامع الفصولين في الفصل السادس والعشرين. كفل بنفسه إلى شهر على أنه برئ بعد الشهر فهو كما قال. قوله: (لكن تقوى الاول بأنه ظاهر المذهب) قلت: وتقوى الثاني بأنه المتعارف بين الناس بحيث لا يقصدون غيره، إلا أن يكون الكفيل عالما بحكم ظاهر المذهب قاصدا له فالامر ظاهر. قوله: (ولا يطالب الخ) أي في مسألة المتن. قوله: (لزم التسليم) أي بالطلب الاول، وقوله: ولا أجل له ثانيا أي بالطلب الثاني، وهذا ما لم يدفعه، فإذا دفعه إليه: فإن قال برئت إليك منه يبرأ في المستقبل، وإن لم يبرأ منه فله أن يطالبه ثانيا،

ولا يكون ذلك براءة لانه قال في الكفالة كلما طلبته مني فلي أجل شهر، فكأنه قال كلما طلبته مني 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 برئ إليه حين دفعه مرة وجد صريح الإبراء، وما لا فلا، فإذا دفعه إليه ولم يبرأ فطالبه بعد ذلك فللكفيل أجل شهر آخر من يوم طلبه لانه غير الطلب الاول، بخلاف ما إذا لم يدفعه مرة. ذخيرة وبزازية ملخصا. قلت: وحاصله أنه إذا طالبه بتسليم المكفول بنفسه فله أجل شهر، فإذا تم الشهر فله مطالبة بالتسليم ولا أجل له في هذه المطالبة الثانية، فإذا سلمه وتبرأ إليه من عهده فلا شئ 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 ما لم يسلمه إلى الطالب وهكذا، ثم لا يخفى أن هذا في كفالة النفس، أما في كفالة المال فإنه بعد تسليمه لا يطالب به ثانيا لان الكفالة تنتهي به، ولذا قال في الذخيرة: ولو كفله يألف على أنه متى طالبه به فله أجر شهر فمتى طلبه فله الاجل، فإذا مضى فله أخذه منه متى شاء بالطلب الاول ولا يكون للكفيل أجل شهر آخر هـ. وبه ظهر أن كلام الشارح محمول على كفالة المال، ولعله جردت متى وكلما عن العموم لعدم إمكانه هنا لما قلنا، بخلاف كفالة النفس كما علمت. قوله: (بخلاف البيع) فإنه لا يصح الخيار فيه أكثر من ثلاثة أيام. قوله: (وإن شرط) ينبغي كونه بالبناء للمفعول ليشمل ما إذا كان الشرط في لفظ الكفيل أو الطالب ط. قوله: (أحضره) أي لزمه إحضاره بالشرط. قوله: (فيها) أي بالقضية المشروطة قد وفى. قوله: (حين يظهر مطله) في بعض النسخ حتى والصواب الاول، وذلك كما لو أنكر الكفالة حتى أقيمت عليه البينة، بخلاف ما لو أقر بها فإنه لا يحبس في أول مرة، وهذا ظاهر الرواية كما في البزازية: أي لظهور مطله بإنكاره فصار كمسألة المديون، وبه صرح في الخانية، وكأن الزيلعي لم يطلع على ذلك فذكره بحثا. أفاده في البحر. قوله: (لا يحبس) لكن لا يحول بينه وبين الكفيل فيلزمه ولا يمنع منه أشغاله وفي التاترخانية: لو أضرت ملازمته له استوثق منه بكفيل. نهر قوله: (فإن غاب) أي المكفول عنه وطلب الغريم منه إحضاره. نهر. هذا إذا ثبت عند القاضي غيبته ببلد آخر بعلم القاضي أو ببينة أقامها الكفيل كما في البزازية وكافي الحاكم، وأطلقه فشمّل المسافلة القريبة والبعيدة كما في الفتح. بحر. قوله: (أمهله) أي إذا أراد الكفيل السفر إليه، فإن أبى حبسه للحال بلا إمهال كما في البزازية. وفي التاترخانية: وإن كان في الطريق عذر لا يؤاخذ الكفيل به. بحر. قوله: (وإبابه) بالكسر: أي رجوعه. قوله: (ولو لدار الحرب) ولا تبطل بالحق بدار الحرب، لانه وإن كان موتا حكما لكن بالنسبة إلى ماله ولا فهو حي مطالب بالتوبة والرجوع، هكذا أطلقه في النهاية، وقيد في الذخيرة بما إذا كان الكفيل قادرا على رده بأن كان بيننا وبينهم موادة أنهم يردون إلينا المرتد ولا لا يؤاخذ به هـ. 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 هـ. فأنت ترى أن الزيلعي لم يجعل ذلك شرطا لنفي المطالبة، بل بين أن فرض المسألة فيما إذا صدقه الطالب، ثم أعقب الزيلعي ذلك بقوله: ولو اختلفا إلى آخر ما يأتي فبين حكم ما إذا لم يصدقه، وهو أنه إذا لم يكن له خرجة معروفة فالقول للكفيل: أي فلا يطالب به، فلعم 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 الامام علي 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 تبعا والقصد إثبات سقوط المطالبة. مقدسي. وما قاله الرحمتي 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: (والا حلف) عبارة الزيلعي والفتح والبحر: والا فالقول للكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة. وقال بعضهم: لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبسه القاضي إلى أن يظهر عجزه، لأن المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق في إسقاطها عن نفسه بما يدعي هـ. وكأن 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 يكتفي بقول الكفيل لا أعرف مكانه ما لم يصدقه الطالب أو يبرهن عليه الكفيل. نعم ما في المتن يتمشى على قول البعض المعبر عنه في الفتح بقليل، وذلك يفيد ضعفه. تنبيه: قال في النهر: ولم أر ما لو برهنا، وينبغي أن تقدم بينة الطالب لأن معها زيادة علم. قوله: (ويبرأ الكفيل بالنفس بموت المكفول به) أي يبرأ أصلاً بموت الشخص المطلوب، والمراد أنها تبطل بموته كما عبر به في الكنز وغيره لتحقيق عجز الكفيل عن إحضاره كما في النهر: أي عجزاً مستمرا، بخلاف الجهل بمكانه لاحتمال العلم به بعد، فلذا قالوا هناك لا يطالب به وقالوا هنا تبطل، وأما ما في البزازية والخلاصة من أنه لو كان المكفول به غائبا لا يعلم مكانه ولا يوقف على أثره يجعل كالموت ولا يحبس، فالمراد به أنه كالموت في عدم المطالبة في الحال، ولذا قال ولا يحبس، لا في بطلان الكفالة وسقوط المطالبة أصلاً وإلا خالف كلامهم متونا وشروحا، ونبهنا على ذلك تمهيدا لما نذكره قريبا من حادثة الفتوى. قوله: (بموت المكفول به) هذا شامل لبراءة كفيل الكفيل بموت الكفيل ولبراءتهما بموت الأصل. قال في الخانية: الكفيل بالنفس إذا أعطى الطالب كفيلا بنفسه فمات الأصل برئ الكفيلان، وكذا لو مات الكفيل الأول برئ الكفيل الثاني هـ.

مطلب كفالة النفس لا تبطل بإبراء الأصل بخلاف كفالة المال قال في البحر: وأشار باقتضاره في بطلانها على موت المطلوب والكفيل إلى أنها لا تبطل بإبراء الأصل، وتماهه فيه، وسذكره الشارح قبيل كفالة المال. قوله: (أراد به الخ) (كذا في المنح ولا يخفى أن التوهم باق وذلك أنه قال في الخلاصة: لو كفل بنفس عبد فمات العبد برئ الكفيل إن كان المدعى به المال على العبد وإن كان المدعى به نفس العبد لا يبرأ وضمن قيمته هـ ففي المسألتين المكفول به نفس العبد لكن المدعى به في الأول المال على العبد وفي الثانية رقة العبد فقول المصنف ولو عبدا يوهم 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: (وسيجئ) أي في الباب الآتي ما لو كفل برقبته أي بأن كان المدعى به رقة العبد، وهي المسألة الثانية وستجئ 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 الاجل. بحر وتماهه في الفتح. قوله: (بل وارثه أو وصيه يطالب الكفيل) فإن سلمه إلى أحد الورثة أو أحد الوصيين خاصة فللباق المطالبة بإحضاره. بحر عن الينابيع وقد يشكل عليه قولهم 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 لان له استيفاء حقه فقط وإنما قام مقام الباقي في إثبات حقهم فافهم. قوله: (وقيل يبرأ) أي الكفيل بموت الطالب. قوله: (ويبرأ بدفعه إلى من كفل له) أي بالتخلية بينه وبين الخصم، وذلك برفع الموانع فيقول: هذا خصمك فخذ إن شئت وأطلقه فشمّل ما إذا كان للتسليم وقت فسلمه قبله أو لا، لان الاجل حق الكفيل فله إسقاطه كالدين المؤجل إذا قضاه قبل الحلول بحر. قوله: (أي في موضع يمكن الخ) ويشترط عندهما أن يكون هو المصّر الذي كفل فيه لا عند الامام وقولهما أوجه كما في الفتح وقيل إنه اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان وبيانه في الزيلعي، واحترز به عما لو سلمه في برية أو سواد وتماه في النهر. قوله: (سواء قبله الطالب أولاً) فيجبر على قبوله بمعنى أنه ينزل قابضا كالغاصب إذا رد العين والمديون إذا دفع الدين منح، بخلاف ما إذا سلمه أجنبي فلا يجبر كما يأتي. قوله: (ويبرأ بتسليمه مرة) إلا إذا كان فيها ما يتقضي التكرار كما إذا كفله على أنه كلما طلبه فله أجل شهر، كما مر تقريره. قوله: (به يفتى) وهو قول زفر وهذه إحدى المسائل التي يفتى فيها بقول زفر بحر وعدّها سبعا وقال: وليس المراد الحصر قلت: وقد زدّت عليها مسائل وذكرتها منظومة في النفقات قال في النهر وفي الواقعات

الحسامية جعل هذا رأياً للمتأخرين لا قولاً لزفر. ولفظه: والمتأخرين من مشايخنا يقولون جواب الكتاب أنه يبرأ إذا سلمه في السوق أو في موضع آخر في المصّر بناء على عاداتهم في ذلك الزمان، أما في زماننا فلا يبرأ لان الناس يعينون المطلوب على الامتناع عن الحضور لغلبة الفسق فكان الشرط مقيداً فيصح، وبه يفتى اه وهو الظاهر، إذ كيف يكون هذا اختلاف عصر وزمان مع أن زفر كان في ذلك الزمان اه. قلت: فيه نظر ظاهر، فكم من مسألة اختلف فيها الامام وأصحابه وجعلوا الخلاف فيها بسبب اختلاف الزمان كمسألة الاكتفاء بظاهر العدالة وغيرها وكالمسألة المارة آنفاً، وبعد نقل الثقات ذلك عن زفر كيف ينفي بكلام يحتمل أنه مبني على قوله: والمشاهد اختلاف الزمان في مدة يسيرة. قوله: (ولو سلمه عند الامير) أي وقد شرط تسليمه عند القاضي. قوله: (عند قاض آخر) أي غير قاضي الرساتيق كما أجاب بعضهم، واستحسنه في القنية، لان أغلبهم ظلمة. قال ط: قلت: ولا خصوص للرساتيق، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. قوله: (ابن مالك) ونص كلامه في شرحه على المجمع، ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يتمكن من إحضاره مجلس الحكم. وفي المحيط: هذا إذا كان السجن سجن قاض آخر في بلد آخر. أما لو كان سجن هذا القاضي أو سجن أمير البلد في هذا المصّر يبرأ وإن كان حبسه قد غير الطالب، لان سجنه في يده فيخلو سبيله حتى يجيب خصمه ثم يعيده إلى السجن اه. وفي البحر عن البزاية: ولو ضمن وهو محبوس فسلمه فيه يبرأ، ولو أطلق ثم حبس ثانياً فدفعه إليه فيه، إن الحبس الثاني في أمور التجارة ونحوها صح الدفع، وإن في أمور السلطان ونحوها لا اه. وفي كافي الحاكم: وإذا حبس المكفول به بدين أو غيره أخذت الكفيل لانه يقدر على أنه يفكه مما حبس به بأداء حقه الذي حبسه اه. أي إذا لم يمكنه تسليمه كما يعلم من كلام المحيط المار. قوله: (وكذا يبرأ الكفيل بتسليم المطلوب نفسه) هذا إذا كانت الكفالة بالامر أي أمر المطلوب وإلا فلا يبرأ كما في السراج عن الفوائد والوجه فيه ظاهر لانها إذا كانت بغير أمره لا يلزم المطلوب الحضور فليس مطالبة بالتسليم فإذا سلم نفسه لا يبرأ الكفيل نهر وفي التاترخانية لو كفل بنفسه بلا أمره فلا مطالبة للكفيل عليه إلا أن يجده فيسلمه فيبرأ اه، فلا يآثم بعدم التمكين منه فله الهرب بخلاف ما إذا كانت بأمرة وكذا قولهم له منعه من السفر إنما هو إذا كانت بأمرة أفاده في البحر. قوله: (وبتسليم وكيل الكفيل) لو قال وتسلم نائبه لكان أجود وأفود، لان كفيل الكفيل لو سلمه برئ الكفيل أيضاً كما في الخانية نهر. قوله: (ورسوله إليه) أي إلى الطالب بأن دفع المطلوب إلى رجل يسلمه إلى الطالب على وجه الرسالة فيقول الرجل إن الكفيل أرسل معي هذا لاسلمه إليك. قوله: (لان رسوله إلى غيره كالأجنبي) تعليل لمفهوم قوله إليه فإن مفهومه أنه لا يبرأ لو كان رسولا إلى غيره بمجرد التسليم ومثاله كما في ط لو قال الكفيل لشخص: خذ هذا وسلمه لفلان ليسلمه للطالب فأخذه الرسول وسلمه إلى الطالب بنفسه فإنه يكون كتسليم الأجنبي. قوله: (وفيه) أي في تسليم الأجنبي يشترط أي زيادة على الشرط الذي بعده قبول الطالب .

قال في البحر: وقيد بالوكيل والرسول، لانه لو سلمه أجنبي بغير أمر الكفيل وقال سلمت إليك عن الكفيل وقف على قبوله، فإن قبله الطالب برئ الكفيل، وإن سكت لا ا هـ. قوله: (ويشترط أن يقول كل واحد من هؤلاء) أي الثلاثة وهم المطلوب والوكيل والرسول، وهذا دخول على المتن، أراد به التنبيه على أمرين: أحدهما: أن قول المصنف من كفالاته 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 كفالاته 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 كفالاته فافهم، لكن اقتصر في الدرر على قوله عن الكفيل، وعزاه إلى الخانية، واقتصر في البحر على قوله عن الكفالة، وعبر في الفتح مرة بالاول ومرة بالثاني، فعلم أنه لا يلزم الجمع بينهما، فلو زاد الشارح كلمة أو بأن قال أو من كفالاته لكان أولى. قوله: (والا لا يبرأ) أي إن لم يقل أحد هؤلاء ذلك لا يبرأ الكفيل. قوله: (ابن كمال) ومثله في الفتح والبحر والمنح وغيرها. قوله: (فإن قال إن لم أواف الخ) قيد بعدم الموافقة للاحتراز عما في البزاية: كفل بنفسه على أنه متى طالبه سلمه، فإن لم يسلمه فعليه ما عليه ومات المطلوب وطالبه بالتسليم وعجز لا يلزمه المال، لان المطالبة بالتسليم بعد الموت لا تصح، فإن لم تصح المطالبة لم يتحقق العجز الموجب للزوم المال فلم يجب ا هـ بحر. قوله: (أي آت) ومثله إن لم أدفعه إليك أو إن غاب عنك. نهر قوله: (فهو) أي القائل وهو من تنمة المقول بالمعنى، لانه إنما يقول أنا 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 لانه لو قاله فالمال الذي لك على فلان رجل آخر وهو ألف درهم فهو علي جاز في قول أبي يوسف. وقال محمد: الكفالة بالنفس جائزة، والكفالة بالمال باطلة لانه مخاطرة إذا كان المال على غيره، وإنما يجوز إذا كان المال عليه استحسانا، ولو كفل بنفس رجل للطالب عليه مال فلزم الطالب الكفيل وأخذ منه كفيلا بنفسه على أنه إن لم يواف به فالمال الذي على المكفول به الاول عليه جاز، وليس هذا كالذي عليه مال ولم يكفل به أحد، كذا في كافي الحاكم. قوله: (مع قدرته عليه) صرح بهذا القيد الزيلعي والشميني في شرح النفاية، وكذا في البحر. وقال المصنف في المنح: إنه قيد لازم، لانه إذا عجز لا يلزمه إلا إذا عجز بموت المطلوب أو جنونه ا هـ. 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، فدخلت الغيبة المذكورة في العجز. وأما ما قدمناه عن الخلاصة والبزاية من أن الغيبة المذكورة كالموت فقدمنا أن المراد أنها مثله في سقوط المطالبة في الحال لا من كل وجه، على أن ذلك مذكور في كفالة النفس، والموت هناك مبطل للكفالة بالنفس ومسقط

للمطالبة بالكلية وليس هناك كفالة بالمال، وهنا المراد ثبوت كفالة المال المتعلقة 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 لتحقيق العجز، وإن جعلت كالموت بالمعنى المراد هنا هو ثبوت الضمان نافي قولهم 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 خلاف ما أراده في البزاية والخلاصة لانهما ذكرنا 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 مسألتنا، وإنما تسقط المطالبة بالنفس فقط، وأما المطالبة بالمال فهي حكم الكفالة الاخرى المتعلقة على عدم الموافقة مع القدرة، فإذا وجد ما علقت عليه

ثبتت، وإلا فلا، ومع الغيبة المذكورة لم توجد القدرة فلا تثبت المطالبة بالمال كاملاً يخفى. مطلب حادثة الفتوى فإذا علمت ذلك ظهر لك جواب حادثة الفتوى قريباً من كتابتي لهذا المحل، وهي: رجلان عليهما ديون فكفلهما زيد كفالة مال وكفلهما عند زيد أربعة رجال على أنهم إن لم يوفوه بالمطلوبين عند حلول الاجل فالمال المذكور عليهم، ثم حل الاجل 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 البزازية المارة فأجبت بما حررت، 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 غداً كما نبه عليه الشارح بقوله: في الصورة المذكورة أي المقيدة بالغد، لكن مفاده أنه لو لم يقيد بالغد لا يثبت الضمان بالموت مع أنه صرح في الفتح أيضاً بأنه لا فرق بين المقيد والمطلق، فليتأمل. ثم رأيت في كافي الحاكم قيد بقوله: فمات المكفول به قبل الاجل ثم حل الاجل فالمال على الكفيل، فهذا مخالف لقول الفتح: يعني بعد الغد. قوله: (في صورتين) 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. بحر. قوله: (بشرط متعارف) فلو قال إن وافيئك به غداً فعلي ما عليه ثم وافي 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: لو قال إن وافيئك به غداً فعلي المال لم تصح الكفالة، بخلاف إن لم أوافك به غداً هـ.

واستشكل في نور العين الفرق بين المسألتين، لأن قوله: وإلا فعلي المال بمعنى: إن لم أوافك به غداً. قلت: الظاهر أن قوله: وإلا زائد والصواب إسقاطه بدليل كلام المنية، وبه يزول الاشكال. تدبر. قوله: (لعدم التنافي) إذ كل منهما للتوثق، ولعله يطالبه بحق آخر يدعي به غير المال الذي كفل به معلقاً كما في الفتح. قوله: (لفقد شرط) وهو بقاء الكفالة بالنفس لزوالها بالبراء، وطولب بالفرق بينه وبين موت المطلوب، فإنها بالموت زالت أيضاً. وأجيب بأن البراء، وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه، والانفساخ بالموت إنما هو لضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر، إذ لا ضرورة إلى تعديه إلى الكفالة بالمال، كذا في الفتح. نهر. قوله: (طلب وارثه) أي طلب وارثه من الكفيل إحضار المكفول به في الوقت وإن مضى الوقت طلب منه المال. قوله: (طوبل وارثه) أي إحضار المكفول به في الوقت وبالمال بعده. قوله: (فإن دفعه) تفريع على قوله: ولو مات الكفيل الخ. قوله: (فالقول للطالب) ويكون الأمر على ما كان في الابتداء، ولا يمين على واحد منهما لأن كلا منهما مدع: الكفيل البراءة، والطالب الوجوب، ولا يمين على المدعي عندنا، بحر عن نظم الفقه. قوله: (ولو اختفى الطالب) أي عند مجئ الوقت. مطلب في المواضع التي ينصب فيها القاضي وكيفا بالقبض المتواري عن الغائب المتواري قوله: (نصب القاضي عنه وكيفا) أي فيسلمه إليه، وكذا لو اشترى بالخيار فتواري البائع أو حلف ليقضين دينه اليوم فتغيب الدائن، أو جعل أمرها بيدها إن لم تصل نفقتها فتغيبت، فالمتأخرون على أن القاضي ينصب وكيفا عن الغائب في الكل، وهو قول أبي يوسف، كذا في الخانية. قال أبو الليث: هذا خلاف قول أصحابنا، وإنما روي 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 حقاً) أفاد أنه لا فرق بين أن يبين مقداراً أصلاً أو يبين المقدار ولم يبين صفته، وقد جمع بين المسألتين الإمام محمد في الجامع الصغير، واقتصر في الكنز على الثانية. قال في النهر: ولو تبعه المصنف لكان أولى، والخلاف الآتي جار فيهما خلافاً لما يوهمه كلام البحر. قوله: (لتصح الدعوى (علة للمنفى بلم، أفاد أن صحة الدعوى وقت الكفالة غير شرط).

قوله: (أي فعلية المائة) أي المائة الدينار المذكورة والاولى أن يزيد مائة دينار منكراً لاجل قوله: حقاً وقيد بكونه كفيل بقدر معلوم، لما في كافي الحاكم من أنه لو كفيل بنفسه على أنه إن لم يواف به غداً فعلية ما للطالب عليه من شيء فلم يواف به في الغد وقال الكفيل لا شيء 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 فعلية من المال ما أقر به المطلوب فأقر المطلوب بألف فالكفيل ضامن لها، ولو قال فعلية ما ادعى الطالب، وادعى ألفاً وأقر له بها المطلوب فالقول للكفيل مع يمينه على علمه هـ. قوله: (فعلية المائة) هذا قول الامام والثاني آخره. وقال محمد: إن لم يبينها ثم ادعى وبينها لا تلزمه، وتماهه في النهر قوله: (أما بالبينة الخ) تابع فيه صاحب النهر، وكأنه أخذه مما يأتي عن السراج من اشتراط إقرار المدعى عليه بالمال والبينة مثل الاقرار، لكن هذا مخالف لكلام المصنف وغيره من أن القول للمدعي كما يأتي. قوله: (والقول له أي للكفيل) عبارة المصنف في المنح: أي للمكفول له، وهي الصواب، وقد تبع الشارح الدرر. واعترضه في العزيمة بقوله: هذا سهو ظاهر، والصواب: للمدعي. أما رواية فلان قولهم لانه يدعي الصحة يشهد بذلك، فإن ادعاء الصحة لا يوافق مدعاه. وأما رواية فلقوله في معراج الدراية ويكون القول له في هذا البيان لانه يدعي الصحة والكفيل يدعي الفساد، ذكره في الذخيرة هـ. وفي غاية البيان: ويقبل قول المدعي أنه أراد ذلك عند الدعوى لانه يدعي الصحة هـ ما في العزيمة. وفي النهاية: فإذا بين المدعي ذلك عند القاضي ينصرف بيانه إلى ابتداء الدعوى والملازمة، فتظهر صحة الكفالة بالنفس والمال جميعاً ويكون القول قوله: في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة هـ. ومثله في شرح الجامع الصغير لقاضيخان. فهذه العبارات صريحة في المراد، وهو ظاهر عبارات المتون والهداية. قوله: (وكلام السراج يفيد الخ) وذلك حيث قال: لو ادعى على رجل ألفاً فأنكره فقال له رجل إن لم أوافقك به غداً فهي علي فلم يوافه به غداً لا يلزمه شيء، لان المكفول عنه لم يعترف بوجود المال ولا اعترف الكفيل بها أيضاً، فصار هذا مالا معلقاً بخطر فلا يجوز هـ. قوله: (فليحرج) لا يخفى أن ما في السراج لا يعارض ما في مشاهير كتب المذهب التي ذكرناها. وقال السائحاني: الذي تحرر لي أن يحمل ما في السراج على قول محمد وقول أبي يوسف ثانياً هـ. وهو ظاهر. ولا يقال: إن قول السراج فأنكره يفيد التوفيق بحمل كلامهم على الاقرار، لانه خلاف ما فرض به المسألة في كافي الحاكم من كون الكفيل والمطلوب منكرين للمال. قوله: (في دعوى حد وقود) قيد بالدعوى لان الكفالة بنفس الحد والقود لا تجوز إجماعاً كما يأتي، إذ لا يمكن

استيفاؤهما من الكفيل، وقيد بالقصاص لانه في القتل والجراحة خطأ يجبر عليه الكفيل إجماعاً لان الموجب هو المال. نهر. قوله: (مطلقاً) أي في حقه تعالى أو حق عبد، وهذا راجع لقوله: حد والاولى ذكره عقبه، قوله: (وسرقة) هذا ألحقه التمرتاشي وجعله من حقوق العباد لكون الدعوى فيه شرطاً، بخلاف غيره لعدم اشتراطها. بحر. قلت: قد صرح به الحاكم في الكافي حيث قال: ولو ادعى رجل قبل رجل أنه سرق مالا منه وقال بينتي 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 يحبس وتوضع السرقة على يدي عدل حتى يزكي الشهود هـ. قلت: والظاهر أنه يحبس ولا يكفل في الثانية لانه صار متهما بقيام البينة قبل التزكية والمتهم يحبس كما يأتي وفي الاول لم يحبس لان الحبس عقوبة فلا يفعلها قبل الشهادة. قوله: (كتعزير) قال في الكافي: لو ادعى رجل قبل رجل شتيمة فيها تعزير وقال بينتي حاضرة أخذ له منه كفيلاً بنفسه ثلاثة أيام لانه ليس بحد وهو من حقوق الناس، ألا ترى أنه لو عفا عنه وتركه جاز. ثم قال: وإن أقام عليه شاهدين بالشتيمة لم يحبس، ولكن يؤخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود، فإن زكوا عزره القاضي أسواطاً، وإن رأى أن لا يضربه وأن يحبسه أياماً عقوبة فعل، وإن كان المدعى عليه رجلاً له مروءة وخطر استحسنت أن لا أحبسه ولا أعزره إذا كان ذلك أول ما فعل هـ. قوله: (لانه حق آدمي) ظاهره أن ما كان: أي من التعزير من حقوقه تعالى لا يجوز به التكفيل بالحد. بحر قوله: (والمراد بالجبر) أي على قولهما 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: (جان) لانه أمكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم. هداية. قال في الفتح: ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة إذا سمح بها في الحدود الخالصة، لان تسليم النفس واجب فيها، لكن نص في الفوائد الخبازية على أن ذلك في الحدود التي للعباد فيها حق كحد القذف لا غيرا ه نهر. وفي البحر: قدمنا أنه لا تجوز بنفس من عليه في الحدود الخالصة. قوله: (وظاهر كلامهم) أي حيث اقتصروا على هذه الثلاثة، وقد أسمعنك التصريح به في الفتح عن الخبازية، وذكره قبل ذلك أيضا حيث قال: بخلاف الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب لا تجوز 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 سيجئ بحمل ما هنا على حقوق العباد، وما سيجئ على حقوقه تعالى. لكن فيه أن الكفالة بنفس الحد لا تصح مطلقا، لان 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

[433]

أن ما سيجئ من قولهم لا تصح بنفس حد وقود هو التوفيق بينه وبين ما هنا من أنه لو أعطى كفيلا برضاه جاز، فإن ذاك في أنها لا تصح بنفس الحد والقود، وما هنا من الجواز في دعوى الحد والقود كما أشار إليه أولا حيث قال وفي دعوى حد وقود. قوله: (ولا حبس فيهما) أي في الحدود والقصاص. قوله: (يعرفه القاضي بالعدالة) أي فلا يحتاج إلى تعديله. قوله: (لان الحبس للتهمة مشروع) أي والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة العدد أو العدالة. فتح. وهذا جواب عما قد يقال: الحبس أقوى من الكفالة، فإذا لم يؤخذ بالادنى يؤخذ بالأقوى؟ فأجاب بأن الحبس للتهمة لا للحد. أفاده السائحاني. 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 الدعوى ولا على الثبوت، بل إذا أخبر القاضي عدل بذلك عززه لتصريحهم هنا بحبس المتهم بشهادة مستورين أو عدل، والحبس تعزير ا ه ملخصا. وحاصله: جواز تعزير المتهم فيما هو من حقوقه تعالى، وبذل عليه ما قدمناه أنفا على الكافي من جواز حبسه إذا أقيمت البينة على السرقة حتى تركي الشهود، بخلاف ما إذا أقيمت على شتمه فإنه يكفل ولا يحبس إلا بعد تركيهم فحينئذ يضرب أو يحبس. تنبيه: أورد في النهر أن تعزير القاضي المتهم وإن لم يثبت عليه مبني على خلاف المفتى به عند المتأخرين من أنه ليس للقاضي أن يقضي 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 عليه من العدول ويعمل بموجبه في حقوقه تعالى ا ه ملخصا. قلت: وهذا خاص بالتعزير، لان قضاءه بعلمه في الحدود الخالصة لا يصح اتفاقا كما صرح به في الفتح قبيل باب التحكيم، وكذا في شرح الوهبانية للشرنبلالي، وجزم به في شرح أدب القضاء بلا حكاية خلاف، فما أجاب به في النهر 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 خلى رجلا من المسجونين حبسه القاضي بدين عليه فلرب الدين أن يطلب السجان بإحضاره كما في القنية. أشباه، وقيد بإحضاره إذ لا يلزمه الدين لعدم موجبه. قوله: (والاب في صورتين) الأولى الاب إذا أمر أجنبيا بضمن ابنه فطلبه الضامن منه. الثانية ادعى الاب مهر ابنته من الزوج فادعى الزوج أنه دخل بها وطلب من الاب إحضارها: فإن كانت تخرج

[434]

في حوائجها أمر القاضي الاب بإحضارها، وكذا لو ادعى الزوج عليها شيئا آخر، وإلا أرسل إليها أمينا من أمثائه، ذكره الولوالجي. أشباه. 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 الولوالجية. وهكذا فهمته قبل أن أراه، والله تعالى الحمد فافهم. وهذا مبني على القول بأنها بعد الدخول بها برضاها ليس لها منع نفسها لقبض المهر. قوله: (الاب يطالب بإحضار طفله إذا تغيب) أي إذا كان مآذونا في التجارة وطلب من رجل أن يضمنه، فافهم، وهذه غير الأولى من الصورتين السابقتين، وقدمناه عن الكافي، وكذا قال في جامع الفصولين من الاحكامات: لو تغيب الغلام وأخذ الكفيل أبا الغلام وقال أنت أمرتني أن أضمنه فخلصني فإن الاب يؤاخذ به حتى يحضر ابنه إذ الصبي في يده وتديره، وكذا قالوا إن الصبي المآذون لو أعطى كفيلًا بنفسه ثم تغيب الصبي فإن الاب يطالب بإحضاره، بخلاف أجنبي قال أكفل بنفس زيد وكفل فغاب زيد فالأمر بالكفالة لا يطالب بإحضار زيد لأنه لم يكن بيده وتديره ا هـ. قوله: (وفيها) أي في الاشياء. قوله: (ياحضار المدعى) بالفتح: أي المدعى به إذا كان منقولًا. قوله: (وكذا المدعى عليه) أي يأخذ من المدعى عليه كفيلًا بنفسه إذا برهن المدعى ولم ترك شهوده، أو أقام واحداً أو ادعى وقال شهودي حضور ولا يجبر على إعطاء كفيل بالمال. أشباه. قوله: (إلا في أربع الخ) عبارة الاشياء: ويستثنى من طلب كفيل بنفسه إذا كان المدعى عليه وصيا أو وكيلًا ولم يثبت المدعي الوصاية والوكالة، وهما في أدب القضاء للخصاف، وما إذا ادعى بدل الكاتبة على مكاتبه أو ديناً غيرها، وما إذا ادعى العبد المآذون الغير المديون على مولاه ديناً، بخلاف ما إذا ادعى المكاتب على مولاه أو المآذون المديون فإنه يكفل، كذا في كافي الحاكم ا هـ. قوله: (إذا لم يثبت المدعي الوصاية والوكالة) لان المدعى عليه إذا أنكر كونه وصيا أو وكيلًا لم يكن خصما عن الميت أو الغائب بل هو أجنبي، فإذا قال المدعي عندي بينة على كونه وصيا أو وكيلًا لم يؤخذ له كفيل من المدعى عليه بنفسه، لان الوصاية أو الوكالة ليست حقا على المدعى عليه، أما لو أثبت ذلك وأراد أن يثبت ديناً له على الميت أو الموكل فقد صار المدعى عليه خصما، فإذا قال للقاضي لي بينة حاضرة في المصر فخذ لي كفيلًا بنفسه إلى ثلاثة أيام مثلا فإنه يجيبه، هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل. قوله: (لا يجبر على الكفيل) وفي ظاهر الرواية يجبر، كما أنه يجبر على إعطاء الكفيل وإن كان المال حقيقاً ط عن حاشية أبي السعود. قوله: (إلا كفيل النفس) (فإن الطالب إذا أقر أنه لا حق له قبل المكفول به فإن أبا حنيفة قال: له أن يأخذ الكفيل به، ألا ترى أنه يكون وصيا يثبت عليه أو وكيلًا 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 قسماً ثالثاً، فتأمل ا هـ. وهو ظاهر ما في البحر عن التاترخانية له مال على رجل فقال رجل 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 غصب من مال رجل ألفاً فقاتله المغصوب منه وأراد أخذها منه فقال رجل لا تقاتله فأنا ضامن لها أخذها وأدفعها إليك لزمه ذلك، ولو كان الغاصب استهلك الألف وصارت ديناً كان هذا الضمان باطلاً وكان عليه ضمان التقاضي ا هـ. فهذه الالفاظ لا تكون كفالة بنفس لمال بل بتقاضيه، وهذا إذا لم يذكره معلقاً. ففي جامع الفصولين: قال دينك الذي على فلان أنا أدفعه إليك أنا أسلمه أنا أقبضه لا يكون كفيلًا ما لم يتكلم بلفظة تدل على الالتزام. ثم قال: لو أتى بهذه الالفاظ منجزاً لا يصير كفيلًا ولو معلقاً كقوله: لو لم يؤد فأنا أؤدي فأنا أدفع يصير كفيلًا ا هـ. مطلب كفالة المال قسمان: كفالة بنفس المال، وكفالة بتقاضيه وقد علم بما مر أن كفالة المال قسمان، كفالة بنفس المال وكفالة بتقاضيه، ومن الثاني الكفالة بتسليم عين كإمانة ونحوها كما يأتي، ومنه أيضاً قوله: ولو غصب من مال رجل الخ لان دراهم الغصب تتعين فيجب رد عينها لو قائمة، بخلاف ما إذا هلكت لانها تصير ديناً فلا تصح الكفالة بدفعها بل يصير كفيلًا بالتقاضي، وبه ظهر الفرق بين المسألتين. قوله: (فتصح به) أطلقه فشمّل ما إذا كان الاصيل مطالباً به الآن أو لا، فتصح عن العبد المحجور بما يلزمه بعد العتق باستهلاك أو قرض ويطالب الكفيل الآن، كما لو فليس القاضي المديون وله كفيل فإن المطالبة تتأخر عن الاصيل دون الكفيل كما في التاترخانية. نهر. وشمّل كفالة المال عن الاصيل وعن الكفيل بأن كفّل عن الكفيل كفيل آخر بما على الاصيل كما قدمناه أول الباب عن الكافي. وقال في البحر: أطلق صحتها فشمّل كل من عليه المال حراً كان أو عبداً، مآذوناً أو محجوراً صبيّاً أو بالغاً، رجلاً أو امرأة، مسلماً كان أو

ذميا، وكان من له المال، لكن في البزازية الكفالة للصبي التاجر صحيحة لانه تبرع عليه، وللصبي العاقل غير التاجر روايتان ا هـ. 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 ا هـ. قلت: والظاهر أن مبني الخلاف على أنه هل يشترط في الكفالة القبول في المجلس ولو من فضولي؟ وعند أبي يوسف: لا يشترط، وسيأتي اختلاف التصحيح، وقد صرحوا بأن يصح ضمان الولي مهر الصغيرة، وسيأتي تمام الكلام عليه. قوله: (ولو المال مجهولا) لابتنائها على التوسع، وقد أجمعوا على صحتها بالدرك مع أنه لا يعلم كما 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 أي مقدار شاء ا هـ. وفي البحر عن البدائع: لو كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء ا هـ. ومثله في الكافي. قوله: (إذا كان ذلك المال دينا صحيحا) يأتي تفسيره ودخل فيه المسلم فيه، فتصح الكفالة به كما عزاه

الحنوتي إلى شرح التكملة. ويشترط أيضا أن يكون الدين قائما كما قدمه أول الباب. قوله: (كما سيجيئ) في قوله: ولا لشريك بدين مشترك فهذا دين صحيح لا تصح به الكفالة. قوله: (لان قسمة الدين قبل قبضه لا تجوز) لانه إما أن يكفل نصفاً مقدراً فيكون قسمة الدين قبل قبضه، أو نصفاً شائعاً فيصير كفيلاً لنفسه، لان له أن يأخذ من المقبوض نصفه كما في النهر عن المحيط. قوله: (والا في مسألة النفقة المقررة) ما قبل هذا الاستثناء وما بعده استثناء من صريح قوله: إذا كان دينا 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 المستقلة كما يذكره الشارح بعد أسطر، مع أنها لم تصر دينا 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: (والا في بدل السعاية) أي كما إذا أعتق بعضه وسعى في باقيه وفي كافي الحاكم: والمستسعى في بعض قيمته بعدما عتق بمنزلة المكاتب، في قوله 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 ا هـ. 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، لانه ليس دينا حقيقة من كل وجه ا هـ. قلت: وفي قوله: كذلك نظر، لان الدين الصحيح ما لا يسقط إلا بالاداء 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) الاولى: فدخل دين المهر الساقط بمطاعتها ط. قوله: (للإبراء الحكمي) لان تعمدتها ذلك قبل الدخول مسقط لمهرها فكانها أبرأته منه. لكن بقي أن المهر يسقط منه نصفه بالطلاق قبل الدخول مع أنه لم يوجد من الزوج إبراء أصلا لا حقيقة ولا حكما، إذ يتصور كون الطلاق قبل الدخول إبراء نصف المهر لانه بطلاقه 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 بالوطئ ونحوه، حتى إنه بعد تأكده بالدخول لا يسقط، وإن كانت الفرقة 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 لانه بعد السقوط تظهر براءة الكفيل، كما لا يضر احتمال سقوط ثمن المبيع باستحقاق المبيع أو برده بخيار عيب أو شرط أو رؤية، فإن الكفيل به يبرأ من الكفالة، مع أن الثمن عند العقد ديناً صحيحاً يصدق عليه أنه لا يسقط إلا بالاداء أو الابرأ: أي لا يسقط إلا بذلك ما لم يعرض له مسقط ناسخ لحكم العقد وهو لزوم الثمن، لانه بأحد هذه الاشياء ظهر أن العقد غير ملزم للثمن في حق العاقدین، فكذا عقد النكاح يلزم به تمام المهر بحيث لا يسقط إلا بالاداء أو الابرأ ما لم يعرض له مسقط لكله أو نصفه لانه انعقد من أصله محتملاً لسقوطه بذلك المسقط، فإذا عرض ذلك المسقط تبين أنه لم يجب من أصله، بخلاف سقوطه بالاداء أو الابرأ فإنه مقتصر على الحال. وبهذا التقرير ظهر أنه لا حاجة إلى ما نقله عن ابن كمال، فاغتنم ذلك والله الحمد. قوله: (فلا تصح ببدل الكتابة) وكذا لا تصح الكفالة بالدية كما في الخلاصة والبرازية. وفي الظهيرية: وأعلم أن الكفالة ببدل الكتابة والدية لا تصح أ هـ. ونقلها في التاترخانية عن الظهيرية ولم ينقل فيه خلافاً، ونقلها صاحب النقول عن الخلاصة. رملی. ولعل وجهه أن الدية ليست ديناً حقيقة على العاقلة، لأنها إنما جب أولاً على القاتل ثم على العاقلة بطريق التحمل والمعاونة والظاهر أنها لو وجبت في مال القاتل كما لو كانت باعترافه تصح الكفالة بها، فتأمل. وفي كافى 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 بإسقاط هذا الدين بأن يعجز نفسه متى أراد فلم يكن ديناً صحيحاً، لان العقد من أصله لم ينعقد ملزماً لبذل الكتابة لانه دين للسيد على عبده، ولا يستحق السيد على عبده ديناً ولذا ليس له حبسه به، فظهر الفرق بينه وبين المهر والثمن، فتدبر. قوله: (ولو كفل) أي ضمن بدل الكتابة. قوله: (يعني الخ) هذا ذكره صاحب النهر. قوله: (وسيجئ) أي عند قوله: وبالعهد وبالخلاص. قوله: (قيد آخر) هو إذا حسب أنه مجبر على ذلك لضمانه السابق. قلت: ويظهر من هذا أنه يرجع على المولى لانه دفع له مالا على ظن لزومه له ثم تبين عدمه، وحينئذ فلا فائدة للقيد الاول إلا إذا كان المراد الرجوع على المكاتب، تأمل. ثم رأيت بعض المحشين ذكر نحو ما قلته. قوله: (بكفلت الخ) أشار إلى أن الكفالة بالمال لا تكون به ما لم يدل عليه دليل، وإلا كانت كفالة نفس، وإل أن سائر ألفاظ الكفالة المارة في كفالة النفس تكون كفالة مال أيضاً كما حررناه هناك، وإلى ما في جامع الفصولين من أنه لو قال: دينك الذي على فلان أنا أدفعه إليك أنا أسلمه أقبضه لا يصير كفيلاً ما لم يتكلم بلفظه تدل على الالتزام كقوله: كفلت ضمانت علي إلي، وقدمنا عنه قريباً في أنا أدفعه الخ لو أتى بهذه الالفاظ منجزاً لا يصير كفيلاً ولو معلقاً كقوله: لو لم يؤد فأنا أؤدي فأنا أدفع يصير كفيلاً. قوله: (بما لك عليه) قال في البحر. وسيأتي أنه لا بد من البرهان أن له عليه كذا أو إقرار الكفيل، وإلا فالقول له مع يمينه أ هـ. وقدمنا عن الفتح صحة الكفالة

بكفلت بعض ما لك عليه ويجبر الكفيل على البيان. قوله: (وهذا يسمى ضمان الدرك) بفتحين ويسكون الراء: وهو الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع، وتماهه في البحر. شرطه ثبوت الثمن على البائع بالقضاء كما سيذكره المصنف آخر الباب ويأتي بيانه. قوله: (وبما بايعت فلانا فعلي) معطوف على قوله: بكفلت فهو متعلق أيضاً بتصحيح لا على قوله: بألف، إذ لا يناسبه جعل ما شرطية جوابها قوله: فعلي. قوله: (وكذا قول الرجل الخ) في الخانية: قال لغيره ادفع إلى فلان كل يوم درهما على أن ذلك علي فدفع حتى اجتمع عليه مال كثير فقال الأمر لم أرد جميع ذلك كان عليه الجميع بمنزلة قوله: ما بايعت فلانا فهو علي يلزمه جميع ما بايعه، وهو كقوله: لامرأة الغير كفلت لك بالنفقة أبداً يلزمه النفقة أبداً. ما دامت في نكاحه، ولو قال لها: ما دمت في نكاحه فنفتكت علي فإن مات أحدهما أو زال النكاح لا تبقى النفقة أ هـ. وقدمنا في باب النفقات لزوم الكفيل نفقة العدة أيضاً. قوله: (وما غصبك فلان) وكذا ما أتلف لك المودع فعلي، وكذا كل الامانات. جامع الفصولين. قوله: (ما هنا شرطية) أي في قوله: ما بايعت وما غصبك. قوله: (أي إن بايعته فعلي لا ما اشتريته) أراد بيان أمرين: كون ما لمجرد الشرط مثل إن وكون المكفول به الثمن لا المبيع بقربنة التعليل. وعبارة الدرر أظهر في المقصود حيث قال: أي ما بايعت منه فإني ضامن لثمنه لا ما اشتريته فإني ضامن للمبيع، لان الكفالة بالمبيع لا تجوز كما سيأتي. ثم قال: وما في هذه الصور شرطية معناه: إن بايعت فلانا، فيكون في معنى التعليق أ هـ. وما كتبه ح هنا لا يخفى ما فيه على من تأمله، فافهم. تنبيه: قيد بضمان الثمن، لما في البحر

عن البزازية: لو قال بايع فلانا على أن ما أصابك من خسران فعلي لم يصح ا هـ. قال الخير الرملي: وهو صريح بأن من قال استأجر طاحونة فلان وما أصابك من خسران فعلي لم يصح، وهي واقعة الفتوى ا هـ. قوله: (لما سيجي) أي في قوله: ولا بمبيع قبل قبضه وهذا في البيع الصحيح، وسيأتي تمامه. قوله: (بأن بايعه الخ) تصوير للقبول دلالة. وعبرة النهر هكذا: وفي الكل يشترط القبول، إلا أنه في البزازية قال: طلب من غيره قرضا فلم يقرضه فقال رجل أقرضه فما أقرضته فأنا ضامن فأقرضه في الحال من غير أن يقبل ضمانه صريحا يصح، ويكفي هذا القدر ا هـ. وينبغي أن يكون ما بايعت فلانا أو ما غصبك فعلي كذلك إذا بايعه أو غصب منه للحال ا هـ ما في النهر. قلت: ما ذكره في المبيعة صحيح، بخلاف الغصب فإن الطالب مغصوب منه فكيف يتصور كون الغصب قبولا منه للكفالة، لان الغصب فعل غيره. أما المبيعة فهي فعله، فأقدمه عليها في الحال يصح كونه قبولا منه، فافهم. قوله: (إلا في كلما) هذا ما مشى عليه العيني وابن الهمام. قال في الفتح: لان المعنى إن بايعته فعلي درك ذلك البيع، وإن ذات لك عليه شئ فعلي، وكذا ما غصبك فعلي وإذا صحت فعلي ما يجب بالمبيعة الاولى، فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن في

[439]

المبيعة الثانية، ذكره في المجرد عن أبي حنيفة نسا، وفي نوادر أبي يوسف برواية ابن سماعه: يلزمه كله ا هـ. قوله: (وقيل يلزم) أي في ما مثل كلما وكذا الذي. قوله: (إلا في إذا) أي ونحوها مما لا يفيد التكرار مثل متى، وإن قال في النهر وفي المبسوط: لو قال متى أو إذا إن بايعت لزمه الاول فقط، بخلاف كلما وما ا هـ. وزاد في المحيط الذي ا هـ. ومقتضى ما مر عن الفتح أن ما في المبسوط رواية عن أبي يوسف، وأن الاول قول الامام ونقل ط التصريح بذلك عن حاشية سري الدين على الزيلعي عن المحيط وغيره، لكن ما في المبسوط هو الذي في كافي الحاكم ولم يذكر فيه خلافا، فكان هو المذهب: والحاصل الاتفاق على إفادة التكرار في كلما وعلى عدمها في إذا ومتى وإن والخلاف في ما. قوله: (وعليه القهستاني والشرنبلالي) ومشى عليه أيضا في جامع الفصولين. قوله: (ولو رجع عنه الكفيل الخ) في البزازية تبع للمبسوط: لو رجع عن هذا الضمان قبل أن يبايعه ونهاه عن مبايعته لم يلزمه بعد ذلك شئ، ولم يشترط الولوالجي نهي عن الرجوع حيث قال: لو قال رجعت عن الكفالة قبل المبيعة لم يلزم الكفيل شئ وفي الكفالة بالذوب لا يصح والفرق أن الاولى مبنية على الامر دلالة وهذا الامر غير لازم، وفي الثانية مبنية على ما هو لازم ا هـ. وهو ظاهر. نهر: أي لان قوله: كفلت لك مما ذاب لك على فلان: أي بما ثبت لك عليه بالقضاء كفالة بمحقق لازم، بخلاف بما بايعته فإنه لم يتحقق بعد بيانه ما في البحر عن المبسوط لان لزوم الكفالة بعد وجود المبيعة وتوجه المطالبة على الكفيل، فأما قبل ذلك هو غير مطلوب بشئ ولا ملتزم في ذمته شيئا فيصح رجوعه، يوضحه أن بعد المبيعة إنما أوجبنا المال على الكفيل دفعا للغرور عن الطالب لانه يقول: إنما اعتمدت في المبيعة معه كفالة هذا الرجل، وقد اندفع هذا الغرور حين نهاه عن المبيعة ا هـ. قوله: (وبخلاف ما غصبك الناس الخ) مرتبط بالمتن. قال في الفتح قيد بقوله: فلانا ليصير المكفول عنه معلوما، فإن جهالته تمنع صحة الكفالة ا هـ. وقد ذكر الشارح ست مسائل: ففي الاولى جهالة المكفول عنه، وفي الثانية والثالثة والرابعة جهالة المكفول بنفسه وفي الخامسة والسادسة جهالة المكفول له، وهذا داخل تحت قوله: الآتي ولا تصح بجهالة المكفول عنه الخ. قوله: (كقوله: ما غصبك أهل هذه الدار الخ) أي لان فيه جهالة المكفول عنه، بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعلي فإنه يصح، فأيهما بايعه فعلي الكفيل. والفرق أنه في الاولى ليسوا معينين معلومين عند المخاطب وفي الثانية معينون. والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة، وفي التخيير لا تمنع نحو كفلت مالك على فلان أو فلان كذا في الفتح. نهر. وذكر في الفتح أنه يجب كون أهل الدار ليسوا معينين معلومين عند المخاطب، وإلا فلا فرق. قوله: (أو علفت بشرط صريح) عطف على قوله: بكلفت من حيث المعنى فإنه منجز، فهو في معنى قولك إذا نجزت أو علفت الخ، والمراد بالصريح ما صرح به بأداة التعليق

[440]

وهي إن أو إحدى أخواتها، فدخل فيه بالاولى ما كان في معنى التعليق مثل علي فإنه يسمى تقييدا بالشرط لا تعليقا محضا كما يعلم مما مر في بحث ما يبطل تعليقه، أو المراد بالصريح ما قابل الضمني في قوله: ما بايعت فلانا فعلي، فإن المعنى إن بايعت كما في الفتح، وقد عده في الهداية من أمثلة المعلق بالشرط، فافهم. قوله: (ملائم) أي موافق من الملاءمة بالهمز وقد تقلب ياء. قوله: (بأحد أمور) متعلق بموافق والباء للسببية ط. قوله: (بكونه شرطا الخ) بدل من أحد أمور بدل مفصل من مجمل ط وعبر في الفتح بدل الشرط بالسبب وقال: فإن استحقاق المبيع سبب لوجود الثمن على البائع للمشتري. قوله: (أو جحدك المودع) ومثله: إن أتلف لك المودع وكذا كل الامانات كما قدمناه عن الفصولين. قوله: (أو قتلك) (أي خطأ كما في الفتح عن الخلاصة، وقدمناه عن الكافي، وقدمنا أيضا عن عدة كتب أن الكفالة بالدية لا تصح، فليتأمل. قوله: (فعلي الدية) أراد بها البدل فيشمل باقي الامثلة. قوله: (ورضي به المكفول) أي المكفول له. قوله: (بخلاف إن أكلك السبع) لأن فعله غير مضمون لحديث جرح العجماء جبار قوله: (أو شرطا لامكان الاستيفاء الخ) أي لسهولة تمكن الكفيل من استيفاء المال من الاصيل قال في الفتح: فإن قدومه سبب موصل للاستيفاء منه. قوله: (وهو معنى قوله): أي ما ذكر من كون التقدير: فعلي ما عليه من الدين هو معنى قوله: وهو مكفول عنه. قوله: (أو مضاربه) الضمير فيه وفيما بعده يرجع إلى المكفول عنه ا ه ح وقد أفاد أنه لا بد أن يكون قدوم زيد وسيلة للاداء في الجملة وإن لم يكن أصيلا، بخلاف ما إذا كان أجنبيا من كل وجه، وهذا ما حققه في النهر والرملي في حاشية البحر ردا على ما فهمه في البحر. قلت: ومن أمعن النظر في 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 في البدائع، لأن قدومه وسيلة إلى الاداء في الجملة لجواز أن يكون مكفولا عنه أو مضاربه ا ه ثم قال: وعبرة البدائع أزال اللبس وأوضحت كل تخمين وحس ا ه. فهذا ظاهر في أنه لم يرد الاجنبي من كل وجه تأمل. قوله: (وأمثله كثيرة) منها ما في الدراية: ضمنت كل مالك على فلان إن توى، وكذا إن مات ولم يدع شيئا فأنا ضامن، وكذا إن حل مالك على فلان ولم يوافك به فهو علي، وإن حل مالك على فلان أو إن مات فهو علي، وقدمنا عن الخانية: إن غاب ولم أوافك به فأنا ضامن لما عليه، فهذا على أن يوافي به بعد الغيبة وعن محمد: إن لم يدفع مديونك أو إن لم يقضه فهو علي، ثم إن الطالب تقاضى المطلوب فقال المديون لا أدفعه ولا أقضيه وجب على الكفيل الساعة وعنه أيضا: وإن لم يعطك فأنا ضامن فمات قبل أن يتقاضاه ويعطيه بطل الضمان، ولو بعد التقاضي قال أنا أعطيك فإن أعطاه مكانه أو ذهب به إلى السوق أو منزله وأعطاه جاز، وإن طال ذلك ولم يعطه لزم الكفيل. وفي القنية: إن لم يؤد فلان ما لك عليه إلى ستة أشهر فأنا ضامن له، يصح التعليق لانه شرط متعارف. نهر .

قلت: ويقع كثيرا في زماننا: إن راح لك شيء عنده فأنا ضامن، وهذا معنى قوله: المار: إن توى: أي هلك، وسيأتي في الحوالة أن التوى عند الامام لا يتحقق لا بموته مفلسا. مطلب في تعليق الكفالة بشرط غير ملائم وفي تأجيلها قوله: (ولا تصح إن علقت بغير ملائم الخ) اعلم أن هاهنا 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 يجئ المطر لا يصح، ولكن تثبت الكفالة ويبطل الاجل، ومثله إلى قدوم زيد وهو غير مكفول به، وإن كان مجهولا جهالة غير متفاحشة مثل إلى الحصاد أو الدياس أو المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل وكذلك الحوالة، ومثله: إلى أن يقدم المكفول به من سفره، صرح بذلك كله في كافي الحاكم، وكذا في الفتح وغيره بلا حكاية خلاف، وهذا لا نزاع فيه. المسألة الثانية: تعليق الكفالة بالشرط، وهذا لا يخلو إما أن يكون شرطا ملائما أو لا، ففي الاول تصح الكفالة والتعليق وقد مر، وفي الثاني وهو التعليق بشرط غير ملائم، مثل أن يقول: إذا هبت الريح أو إذا جاء المطر أو إذا قدم فلان الاجنبي فأنا كفيل بنفس فلان أو بما لك عليه فالكفالة باطلة كما نقله في الفتح عن المبسوط والخانية وصرح به أيضا في النهاية والمعراج والعناية وشرح الوقاية، ومثله في أجناس الناطفي 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 على فلان فعلي ا ه. وجزم بذلك الزيلعي وصاحب البحر والنهر والمنح. ولكن وقع في كثير من الكتب أنه يبطل التعليق وتصح الكفالة ويلزم المال حالا، منها حاشية الهداية

للخيازي وغاية البيان، وكذلك الكفاية للبيهقي حيث قال: فإن قال إذا هبت الريح أو دخل زيد الدار فالكفالة جائزة والشرط باطل والمال حال، وكذا في شرح العيون لابي الليث والمختار، ووقع اختلاف في نسخ الهداية ونسخ الكنز، ففي بعضها كالاول وفي بعضها كالثاني، وقد مال إلى الثاني العلامة الطرسوسي في أنفع الوسائل وأرجع ما مر عن الخانية وغيرها إليه، ورد عليه العلامة الشرنبلالي في رسالة خاصة، وادعى أن ما في الخيازية مؤول وأرجعه إلى ما في الخانية وغيرها، ورد أيضا على قول الدرر: إن في المسألة قولين. أقول: والانصاف ما في الدرر، لان ارتكاب تأويل هذه العبارات وإرجاع بعضها إلى البعض يحتاج إلى نهاية التكلف والتعسف، والاولى اتباع ما مشى عليه جمهور شراح الهداية وشراح الكنز وغيرهم للميسوط والخانية من بطلان الكفالة. قوله: (وما في الهداية) حيث قال: لا يصح التعليق بمجرد الشرط، كقوله: إن هبت الريح أو جاء المطر، إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا، لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعنق، وتبعه صاحب الكافي. لكن في بعض نسخ الهداية بعد قوله: أو جاء المطر: وكذا إذا جعل واحدا منها أجلا، وحينئذ فقوله: إلا أنه تصح الكفالة الخ راجع إلى مسألة الاجل فقط، ولا ينافيه قوله: لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط الخ، لان المراد به الشرط الملائم، وقد أطال الكلام على تأويل عبارة الهداية في

البحر والنهر وغيرهما. قوله: (نعم لو جعله أجلا) أي بأن قال إلى هبوب الريح أو مجئ المطر ونحوه مما هو مجهول جهالة متفاحشة فيبطل التأجيل وتصح الكفالة، بخلاف ما كانت جهالته غير متفاحشة كالحصاد ونحوه فإنها تصح إلى الاجل كما قدمناه آنفا. قوله: (في تعليق) نحو: إن غصبك إنسان شيئا فانا كفيل ا ه ج. ويستثنى منه ما سيأتي متنا آخر الباب، وهو ما لو قال له اسلك هذا الطريق الخ، وسيأتي بيانه. قوله: (وأضافة) نحو ما ذاب لك على الناس فعلي ا ه ج. وقد صرح أيضا في الفتح بأنه من جهالة المضمون في الاضافة. قلت: ووجهه أن ما ذاب ماض أريد به المستقبل كما يأتي فكان مضافا إلى المستقبل معنى، وعن هذا جعل في الفصول العمادية المعلق من المضاف لان المعلق واقع في المستقبل أيضا وقدمنا أن في الهداية جعل ما بايعت فلانا من المعلق لانه في حكمه من حيث وقوع كل منهما في 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 الاوضح، فلذا غير بينهما تبعا للفتح. فافهم. قوله: (لا تخير) بالخاء المعجمة، وسماه تخييرا لكون المكفول له مخيرا كما ذكره، لكن الواقع في عبارة الفتح وغيره تنجيز بالجيم والزاي وهو الاصوب، لان المراد به الحال المقابل للتعليق والاضافة المراد بهما المستقبل، ووجه جواز جهالة المكفول عنه في التنجيز دون التعليق كما في الفتح أن القياس يأتي جواز اضافة الكفالة، لانها تملك في حق الطالب، وإنما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول عنه معلوما ما بقي المجهول على القياس. قوله: (والتعين للمكفول له لانه 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 لانها جهالة المكفول عنه في غير تعليق. ويكون الخيار للكفيل ا ه. 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، وأيهما دفع فهو برئ ا ه. وبه علم أن ما هنا قول آخر أو سبق قلم. قوله: (ولا بجهالة المكفول له) يستثنى منه الكفالة في شركة المفاوضة فإنها تضح 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، والقرينة على ذلك الاستدراك ا ه ج. 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 اضافة 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، والاضافة تمنع صحة الكفالة، وفي التنجيز لا تمنع ا ه. ومراده بالمكفول به المال عكس ما في الشرح. قوله: (جاز) لان الجهالة في الاقرار لا تمنع صحته. بحر

عن البزازية. وذكر عنها أيضا: لو شهد على رجل أنه كفل بنفس رجل نعرفه بوجهه إن جاء لكن لا نعرفه باسمه جاز. قوله: (لم يضمن) لأن فعله جبار كما مر في إن أكلك سبع. قوله: (أي ما ثبت) قال في المنصورية: الذوب وال لزوم يراد بهما القضاء، فما لم يقض بالمكفول به بعد الكفالة على المكفول عنه لا يلزم الكفيل، وهذا في غير عرف أهل الكوفة، أما عرفنا فالذوب وال لزوم عبارة عن الوجوب فيجب المال وإن لم يقض به ا ه 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 الاصيل بعد الكفالة، لكنه هنا لا يلزمه شئ لجهالة المكفول عنه. قوله: (مثال للاول) وهو جهالة المكفول عنه. قوله: (ونحوه ما بايعت الخ) أي هو مثال للاول 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 استحق عليه الحمل على دابة معينة، والكفيل لو أعطى دابة من عنده لا يستحق الاجرة لأنه أتى بغير المعقود عليه، ألا ترى أن المؤجر لو حمله على دابة أخرى لا يستحق الاجرة 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 دابة نفسه ا ه. قوله: (لا التسليم) لأن لو كان الواجب التسليم لزم صحة الكفالة في معينة أيضا، لأن الكفالة بتسليمها صحيحة كما يأتي. قوله: (ولا بمبيع قبل قبضه) بأن يقول للمشتري إن هلك المبيع فعلي. درر، لأن ماليته غير مضمونة على الاصيل، فإنه لو هلك يفسخ البيع ويجب رد الثمن كما ذكره صدر الشريعة. قوله: (ومرهون وأمانة) اعلم أن الاعيان إما مضمونة على الاصيل أو أمانة. فالثاني كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية والمستأجر في يد المتساجر، والمضمونة إما بغيرها كالبيع قبل القبض والرهن فإنهما مضمونان بالثمن والدين، وإما بنفسها كالبيع فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ونحوه مما تجب قيمته عند الهلاك، وهذا تصح الكفالة به كما يذكره المصنف دون الاولين لفقد شرطها، وهو أن يكون المكفول مضمونا على الاصيل لا يخرج عنه إلا بدفع عينه أو بدله، هذا خلاصة ما في البحر وغيره. قوله: (فلو بتسليمها صح في الكل) أي في الامانات والمبيع والمرهون، فإذا كانت قائمة وجب تسليمها، وإن هلك لم يجب على الكفيل شئ كالكفيل بالنفس، وقيل إن وجب تسليمها على الاصيل كالعارية والاجارة جازت الكفالة بتسليمها وإلا فلا. درر. أي وأن لم يجب تسليمها على الاصيل كالوديعة ومال المضاربة والشركة فلا تجوز، لأن الواجب عليه عدم المنع عند الطلب لا الرد، وهذا التفصيل جزم به شراح الهداية. قوله: (ورجحه الكمال) أي رجع ما في الدرر من صحتها في تسليم الامانات كغيرها .

وحاصل ما ذكره الوجه عندي صحة الكفالة بتسليم الامانة، إذ لا شك في وجوب ردها عند الطلب، غير أنه في الوديعة وأخويها يكون بالتخلى، وفي غيرها بحمل المردود إلى ربه. قال في الذخيرة: الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة ا ه. 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 الاصيل كالعارية والاجارة جاز وإلا فلا، فأفاد أن التفصيل بين أمانة وأمانة ضعيف ا ه. قوله: (فلو هلك المستأجر) بفتح الجيم. قال في الفتح: ولو عجز أي عن التسليم بأن مات العبد المبيع أو المستأجر أو الرهن انفسخت الكفالة على وزان كفالة النفس. قوله: (وضح لو ثمن) أي صح تكفله الثمن عن المشتري، واحتراز به عن تكفل المبيع عن البائع فإنه لا يصح، لأنه مضمون بغيره وهو الثمن كما تقدم، والمراد بقوله: لو ثمن أي ثمن مبيع يباع صحيحا، لما في النهر عن التاترخانية 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: يعني والكفيل يرجع بما أداه على المشتري، وكأن 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 أ هـ. وفيه أيضا وقالوا لو استحق المبيع برئ الكفيل بالثمن ولو كانت الكفالة لغريم البائع، ولو رد عليه بعيب بقضاء أو بغيره أو بخيار رؤية أو شرط برئ الكفيل إلا أن تكون الكفالة 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 يسري عليه أ هـ. 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 أ هـ. ومسألة الدرك فيما لو كان الصبي بائعا وهو الذي قدمه في النهر عند قول الكنز: إذا كان ديننا صحيحا. قوله: (وكذا لو مغبوبا الخ) لأن هذه الاعيان مضمونة بنفسها على الاصيل فيلزم الضامن إحضارها وتسليمها، وعند الهلاك تجب قيمتها، وإن مستهلكة فالضمان لقيمتها. نهر بخلاف الاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع والرهن، بخلاف الامانات على ما تقدم. زيلعي. قوله: (ولا فهو أمانة كما مر) أي في البيوع، وإذا كان أمانة لا يكون من هذا النوع بل من نوع الامانات وقد مر حكمها. قوله: (وبدل صلح عن دم) أي لو كان البدل عبدا مثلا فكفل به إنسان صحت، فإن هلك قبل القبض فعليه قيمته. بحر. وتقييده بالدم يفيد أن الكفالة ببدل 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، فتصح الكفالة في هذه المواضع بالعين كعبد مثلا، لأن هذه الاشياء، لا تبطل بهلاك العين كما في البحر. قوله: (بنوعيتها) 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 عن فلان لفلان فقال قد فعلت والطالب غائب ثم قدم فرضي بذلك جاز، لأن خاطب به مخاطبا وإن لم يكن وكلا، وللكفيل أن يخرج من الكفالة قبل قدوم الطالب. وفي البحر عن السراج: لو قال ضمنت ما لفلان على فلان وهما غائبان فقبل فضولي ثم بلغهما وأجازا: فإن أجاب المطلوب أولا ثم الطالب جازت وكانت كفالة بالامر، وإن بالعكس كانت بلا أمر، وإن لم يقبل فضولي لم تجز مطلقا، وإن كان الطالب حاضرا وقبل ورضي المطلوب: فإن رضي قبل قبول الطالب رجع عليه، وإن بعده فلا أ هـ. علله في الخانية بأن الكفالة تمت: أي بقبول الطالب أولا ونفذت ولزم المال الكفيل فلا تتغير بإجازة المطلوب أ هـ. وبه علم أن إجازة المطلوب قبل قبول الطالب بمنزلة الامر بالكفالة فللكفيل الرجوع بما ضمن، فتنبه لذلك. مطلب في ضمان المهر تنبيه: قدمنا أنه لو كفل رجل لصبي صح بقبوله لو مأذونا، وإلا فقبول وليه أو قبول أجنبي وإجازة وليه، وإن لم يقبل عند أحد فعلى الخلاف: أي فعندهما لا يصح، وعليه فلو ضمن للصغيرة مهرها لم يصح إلا بقبول كما ذكر، وهذا لو أجنبي. ففي باب الاولياء من الخانية: زوج صغيرته وضمن لها مهرها عن الزوج صح إن لم يكن في مرض موته، فإذا بلغت وضمت الأب لم يرجع على الزوج إلا إذا كان بأمرة، وإن زوج ابنه الصغير وضمن عنه المهر في صحته جاز ويرجع بما ضمن في مال الصغير قياسا، وفي الاستحسان لا يرجع، وتمامه هناك. قوله: (واختاره الشيخ قاسم) حيث نقل اختيار ذلك عن أهل الترجيح كالمحبوبي والنسفي وغيرهما وأقره الرملي، وظاهر الهداية ترجيحه لتأخيره دليلهما وعليه المتون. قوله: (ولو أخبر عنها الخ) بيان لاستثناء مسألتين من قوله: ولا تصح بلا قول الطالب وفي استثناء الاولى نظر كما يظهر من التعليق. قوله: (بمال فلان) الاولى جعل ما موصولة وجعل اللام متصلة بفلان على أنها جارة كما يوجد في بعض النسخ. قوله: (وارث المريض) قيد به، لأنه قال هذا في الصحة لم يجز ولم يلزم الكفيل شيء، وهذا قول محمد، وهو قول أبو يوسف الاول، ثم رجع وقال: الكفالة جائزة. كافي وجزم بالاول في الفتح عن المبسوط. قوله: (الملي) أي الذي عنده ما يفني بدينه. قوله: (لأنها وصية) تحليل للثانية، وترك تحليل الاولى لظهوره، فإن الاخبار عن العقد إخبار عن ركنيه الإيجاب والقبول أ هـ ح. 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 تفريغا 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، لانا حيث اشترطنا وجود المال فالوارث يطالب به على كل حال. وأجاب بأن فائدته تظهر في تفريغ 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 هـ. قلت: الظاهر أن هذا وصية من وجه وكفالة من وجه، فيراعى الشبه من الطرفين لأنهم ذكروا للاستحسان وجهين متنافيين، فعلم أن المراد مراعاتهما بالقدر الممكن وإلا لزم إلغاؤهما. قوله: (الصحة أوجه) أيده في الحواشي السعدية بأن الوارث حيث كان مطالبا بالدين في الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه في الجملة، فكان ينبغي أن لا تجوز كفالته، فإذا جازت لما مر في الوجهين فكفالة الاجنبي وهي سالمة عن هذا المانع أولى أن تصح هـ. وأقره في النهر. قوله: (وحقق أنها كفالة) أي وبنى عليه صحتها من الاجنبي، لكن يرد عليه إلغاء أحد وجهي الاستحسان، وإذا مشينا على ما قلنا من إعمال الوجهين وتوفير الشبهين بالوصية والكفالة لم يضرنا، لان الاجنبي يصح كونه وصيا وكونه كفيلًا، قوله: (لكن يرد عليه توقفها على المال) حيث قد يكون المريض مليا، والكفالة عن المريض لا تتوقف على المال. قلت: وهذا وارد على كونها كفالة من 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 والجواب لصاحب النهر، ولا يخفى عدم إفادته رفع التوقف لان 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 مالهم بل من مال الميت، وذلك يفيد الانتظار، ويفيد أيضا أنه لو هلك المال بعد الموت لا يلزم الورثة لم أره صريحا. قوله: (ولو ضمنه) أي لو ضمن وارث المريض الملي بعد موته في غيبة الطالب. قوله: (ولعله قول الثاني لما مر) أي من تجويزه الكفالة بلا قبول، وهذا الحمل متعين لانها إذا لم تصح عندهما في حال الصحة لا تصح بعد الموت بالأولى، ولان وجه كونها كفالة في المرض قيام المريض مقام الطالب في القبول. قوله: (اختلفا في الاخبار والأنشاء) راجع لمسألة المصنف الأولى: أي إذا قال أنا كفيل زيد فقال الطالب كنت مخبرا بذلك فلا يحتاج لقبولي وقال الكفيل كنت منشئا

للكفالة فالقول للمخير، لانه يدعي 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، بحر. قوله: (إلا إذا كان به كفيل أو رهن) استثناء من قوله: ساقط ولو حذف ساقط أولا ثم علل بقوله لانه 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، لانه لو كفيل في حياته ثم مات مفلسا لم تبطل الكفالة، وكذا لو كان به رهن ثم مات مفلسا لا يبطل الرهن، لان سقوط الدين في أحكام الدنيا في حقه للضرورة فتتقدر 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 لزوم الكفيل بقدره. قوله: (على الطريق) المراد به الحفر في غير ملكه. قوله: (لزمه ضمان المال في ماله وضمان النفس على عاقلته) هذا زيادة من الشارح على ما في البحر. قوله: (وهو الحفر الثابت حال قيام الذمة) والمستند يثبت أولا في الحال، ويلزمه اعتبار قوتها حينئذ به لكونه محل الاستيفاء. بحر عن التحرير: أي ويلزم ثبوته في الحال اعتبار قوة الذمة 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) لانه عند الامام 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. بحر. قيد بالوكيل لان الرسول بالبيع يصح ضمانه الثمن عن المشتري، ومثله الوكيل ببيع الغنائم عن الامام لانه كالرسول، وقيد بالثمن لان الوكيل بتزويج المرأة لو ضمن لها المهر صح لكونه سفيرا ومعبرا. بحر. وقيد بالكفالة لانه لو تبرع بأداء الثمن عن المشتري صح كما في النهر عن الخانية. قوله: (فيما لو وكل ببيعه) الاولى أن يقول: أي ثمن ما وكل ببيعه، قيد به لان الوكيل بقبض الثمن لو كفل به يصح كما في البحر. قوله: (لان حق القبض له بالاصالة) ولذا لا يبطل بموت الموكل وبعزله، وجاز أن يكون الموكل وكيفا عنه في القبض، وللوكيل عزله، وتماحه في البحر. قوله: (ومفاده الخ) هو لصاحب البحر وتبعه في النهر. قوله: (لو أبرأه) بمد الهمزة بضمير التثنية. قوله: (لما مر) أي في الوكيل من قوله: لان حق القبض له الخ. قوله: (ولان الثمن الخ) ذكره الزيلعي، وقوله: أمانة عندهما أي

[448]

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 الاول ما مر ووجه الثاني أن الثمن بعد قبضه أمانة عندهما غير مضمونة أو بعده، ووجه الاول ما مر ووجه الثاني أن الثمن بعد قبضه أمانة عندهما غير مضمونة والكفالة غرامة، وفي ذلك تغيير لحكم الشرع بعد ضمانه بلا تعد، وأيضا كفالتهم لما قبضاه كفالة الكفيل عن نفسه، وأما ما مر من صحة الكفالة بتسليم الامانة فذاك في كفالة من ليست الامانة عنده. قوله: (ولا تصح للشريك الخ) مفهومه أنه لو ضمن أجنبى لاحد الشريكين بحصته تصح، والظاهر أنه يصح مع بقاء الشركة، فما يؤديه الكفيل يكون مشتركا بينهما كما لو أدى الاصيل، تأمل. قوله: (ولو يارث) تفسير للاطلاق، وأشار به إلى أن ما وقع في الكنز وغيره من فرض المسألة في ثمن المبيع غير قيد. قوله: (مع الشركة) بأن ضمن نصفاً شائعاً. قوله: (يصير ضامنا لنفسه) لانه ما من جزء يؤديه المشتري أو الكفيل من الثمن إلا لشريكه فيه نصيب. زيلعي. قوله: (ولو صح في حصة صاحبه) بأن كفل نصفاً مقدراً. قوله: (وذا لا يجوز) لان القسمة عبارة عن الافراز والحيازة، وهو أن يصير حق كل واحد منهما مفزراً في حيز على جهة وذا لا يتصور في غير العين، لان الفعل الحسي يستدعي محلاً حسياً والدين حكمي، وتماحه في الزيلعي قوله: (نعم لو تبرع جاز) أي لو أدى نصيب شريكه بلا سبق ضمان جاز ولا يرجع بما أدى، بخلاف صورة الضمان، فإنه يرجع بما دفع إذ قضاؤه على فساد كما في جامع الفصولين قوله: (كما لو كان صفتين) بأن سمى كل منهما لنصيبه ثمناً صح ضمان أحدهما نصيب الآخر لامتيان 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 الصفقة تفصيل الثمن وذكروا في البيوع أن هذا قولهما، وأما قوله: فلا بد من تكرار لفظ بعت. بحر. قوله: (ولا تصح الكفالة بالعهد) بأن يشتري عبداً فيضمن رجل العهد للمشتري. نهر. قوله: (لاشتباه المراد بها) لانطلاقها على الصك القديم أي الوثيقة التي تشهد للبائع بالملك وهي ملكه، فإذا ضمن بتسليمها للمشتري لم يصح، لانه ضمن ما لم يقدر عليه وعلى العقد وحقوقه وعلى الدرك وخيار الشرط فلم تصح الكفالة للجهالة نهر. قلت: فلو فسرهما بالدرك صح، كما لو اشترى إطلاقاً عليه في العرف لزوال المانع. تأمل. قوله: (ولا بالخلاص) أي عند الامام. وقالوا تصح، والخلاف مبني على تفسيره، فهما فسرهما بتخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه، وهذا ضمان الدرك في المعنى، وفسرهما الامام بتخليص المبيع فقط ولا قدرة له عليه. نهر. قوله: (متى أدى بكفالة فاسدة رجع كصححة) لم أر هذه العبارة في جامع الفصولين وإنما قال في صورة الضمان: أي ضمان أحد الشريكين يرجع بما دفع إذ قضاؤه على فساد فيرجع، كما لو أدى بكفالة فاسدة. ونظيره: لو كفل ببدل الكتابة لم يصح فيرجع بما أدى إذ حسب أن مجبر على ذلك لضمانه السابق، وبمثله لو أدى من غير سبق ضمان لا يرجع لتبرعه،

[449]

وكذا وكيل البيع إذا ضمن الثمن لموكله لم يرجع لو أدى بغير ضمان جاز ولا يرجع له قوله: (ولو كفل بأمرة) شمل الأمر حكماً، كما إذا كفل الأب عن ابنه الصغير مهر امرأته ثم مات الأب وأخذ من تركته كان للورثة الرجوع في نصيب الابن، لانه كفالة بامر الصبي حكماً لثبوت الولاية، فإن أدى بنفسه، فإن أشهد رجوع وإلا لا، كذا في نكاح المجمع، وكما لو جحد الكفالة فبرهن لادعي عليها بالأمر وقضى على الكفيل فأدى فإنه يرجع وإن كان متناقضاً لكونه صار مكذباً شرعاً بالقضاء عليه، كذا في تلخيص الجامع الكبير. نهر. وقدمنا قريباً عند قول الشارح ولو فضولياً أن إجازة المطلوب قبل قبول الطالب بمنزلة الأمر بالكفالة، ونقله أيضاً في الدر المننقى عن القهستاني عن الخانية، وتأتي الإشارة إليه في كلام الشارح قريباً. قوله: (أي بامر المطلوب) فلو بامر أجنبي فلا رجوع أصلاً، ففي نور العين عن الفتاوى الصغرى: أمر رجلاً أن يكفل عن فلان لفلان فكفل وأدى لم يرجع على الأمر له. قوله: (أو على أنه علي) أي على أن ما تضمنه يكون علي قال في الفتح: فلو قال اضمن الالف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الاداء لجواز أن يكون القصد ليرجع أو لطلب التبرع فلا يلزم المال، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد له. لكن في النهر عن الخانية علي كعني، فلو قال اكفل لفلان بآلف درهم علي أو انقده ألف درهم علي أو اضمن له الالف التي علي أو اقضه ما له علي ونحو ذلك رجع بما دفع في رواية الاصل، وعن أبي حنيفة في المجرد: إذا قال لآخر اضمن لفلان الالف التي له علي فضمنها وأدى إليه لا يرجع له. فعلم أن ما في الفتح على رواية المجرد، وقد جزم في الولوالجية بالرجوع، وإنما حكى الخلاف في نحو اضمن له ألف درهم إذا لم يقل عني أو هي له علي ونحوه، فعندهما لا يرجع إلا إذا كان خليطاً. وعند أبي يوسف: يرجع مطلقاً، ومثله في الذخيرة، وكذا في كافي الحاكم. قال في النهر وأجمعوا على أن المأمور لو كان خليطاً رجع، وهو الذي في عياله من والد أو ولد أو زوجة أو أجير والشريك شركة عنان، كذا في الينابيع. وقال في الاصل: والخليط أيضاً الذي يأخذ منه ويعطيه ويديانه ويضع عنده المال، والظاهر أن الكل يعطى لهم حكم الخليط، وتماه فيه. قلت: وما استظهره مصرح به في كافي الحاكم. قوله: (وهو غير صبي الخ) قال في جامع الفصولين: الكفالة بامر إنما توجب الرجوع لو كان الأمر ممن يجوز إقراره على نفسه، فلا يرجع علي صبي محجور ولو أمرة، ويرجع علي القن بعد عتقه له. قال في البحر: بخلاف المأذون فيهما لصحة أمره وإن لم يكن أهلاً لها: أي للكفالة. قوله: (رجع بما أدى) شمل ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الالف بخمسائة فيرجع بها لا بآلف لانه إسقاط، أو إبراء كما في البحر: وقال أيضاً: إن قوله: رجع بما أدى مقيد بما إذا دفع ما وجب دفعه على الاصل، فلو كفل عن المستأجر بالاجرة فدفع الكفيل قبل الوجوب لا رجوع له كما في إجازات البزازية له. قلت: ونظيره ما لو أدى الاصل قبله، ففي حاوي الزاهدي: الكفيل بامر الاصل أدى المال إلى الدائن بعدما أدى الاصل ولم يعلم به لا يرجع به لانه شئ حكمي، فلا فرق فيه بين العلم

والجهل كعزل الوكيل له: أي بل يرجع على الدائن. قوله: (إن أدى بما ضمن) الاولى حذف الباء. قوله: (وإن أدى أردأ) إن وصلياً: أي إن لم يؤد ما ضمن لا يرجع بما أدى بل بما ضمن، كما إذا ضمن بالجيد فأدى الأردأ أو بالعكس. قوله: (لملكه الدين بالاداء الخ) أي يرجع بما ضمن لا بما أدى، لان رجوعه بحكم الكفالة، وحكمها أنه يملك الدين بالاداء فيصير كالتطالب نفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما إذا ملك الكفيل الدين بالارث بأن مات الطالب والكفيل وارثه وإنما له عينه، وكذا إذا وهب الطالب الدين للكفيل فإنه يملكه ويطلب به المكفول بعينه وصحت الهبة مع أنه هبة الدين لا تصح إلا ممن عليه الدين، وليس الدين على الكفيل على المختار، لان الواهب إذا أذن للموهوب بقبض الدين جاز استحساناً، وهنا بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء، وهذا بخلاف المأمور بقضاء فإنه يرجع بما أدى لانه لم يملك الدين بالاداء، وتماه في الفتح. قوله: (وإن بغيره) أي وإن كفل بغيره أمره لا يرجع. قوله: (إلا إذا إجاز في المجلس) أي قبل قبول الطالب، فلو كفل بحضورهما بلا أمره فرضي المطلوب أولاً رجع، ولو رضي الطالب أولاً لا لتماه العقد به فلا يتغير. قهستاني عن الخانية، وقدمناه أيضاً عن السراج. قوله: (وحيلة الرجوع بلا أمر الخ) عبارة الولوالجية: رجل كفل بنفس رجل ولم يقدر على تسليمه فقال له الطالب ادفع إلي مالي علي 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 ما له على المطلوب ويوكله بقبضه فيكون له حق المطالبة، فإذا قبضه يكون له حق الرجوع، لانه

لو دفع المال إليه بغير هذه الحيلة يكون متطوعا، ولو أدى بشرط أن لا يرجع لا يجوز ا ه ولا يخفى أنه ليس في ذلك كفالة مال بل كفالة نفس فقط، لكن إذا ساع له الرجوع بدون كفالة بهذه الحيلة فمع الكفالة أولى، لكن علمت أنفا أن هبة الطالب الدين للكفيل لا يشترط فيها الاذن بقبضه، لان عقد الكفالة يتضمن إذنه بالقبض عند الاداء، والظاهر أنه لا فرق في ذلك بين كونها بإذن المطلوب أو بدونه، فقول الشارح ويؤكله بقبضه غير لازم هنا، بخلافه في مسألة الولوالجية لانها ليس فيها عقد كفالة بالمال، فلذلك ذكر فيها التوكيل بالقبض إذ لا تصح الهبة بدونه. وأورد أنه إذا دفع دين الاصيل برئ الاصيل من دينه، فلا رجوع له عليه إلا إذا دفع قدر الدين من غير تعرض لكونه دين الاصيل: أي بأن يدفعه للطالب على وجه الهبة. قلت: هذا وارد على مسألة الولوالجية، أما على ما ذكره الشارح من فرض المسألة في الكفيل بلا أمر فلا، لما علمت من أن الكفيل يملك الدين بمجرد الهبة ويرجع بعينه على الاصيل، فافهم. نعم ينبغي أن تكون الهبة سابقة على أداء الكفيل وإلا كانت هبة دين سقط بالاداء فلا تصح. قوله: (لان تملكه بالاداء) أي تملك الكفيل الدين إنما يثبت له بالاداء لا قبله، فإذا أداه يصير كالتالي كما قررناه أنفا فحينئذ يثبت له حبس المطلوب. قوله: (نعم للكفيل أخذ رهن الخ) يعني لو دفع الاصيل إلى الكفيل رهنا بالدين فله أخذه، والاولى في التعبير أن يقال نعم للاصيل دفع رهن للكفيل لنلا يوهم

لزوم الدفع على الاصيل بطلب الكفيل، وقد تبع الشارح في هذا التعبير صاحب البحر أخذنا من عبارة الخانية، مع أنها إنصما تغيد ما قلنا، فإنه قال فيها: ذكر في الاصل أنه لو كفل بمال مؤجل على الاصيل فأعطاه المكفول عنه رهنا بذلك جاز، ولو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به إلى سنة فعليه المال الذي عليه وهو ألف درهم ثم أعطاه المكفول عنه بالمال رهنا إلى سنة كان الرهن باطلا، لانه لم يجب المال للكفيل على الاصيل بعد، وكذا لو قال إن مات فلان ولم يؤدك فهو علي ثم أعطاه المكفول عنه رهنا لم يجز. وعن أبي يوسف في النوادر: يجوز ا ه. قوله: (وإذا حبسه له حبسه) في حاشية المنح للرملي. أقول: سيأتي في كتاب القضاء من بحث الحبس أن المكفول له يتمكن من حبس الكفيل والاصيل وكفيل الكفيل وإن كثروا ا ه. 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 الاصيل كالكفيل، وإلا فليس له ملازمته ا ه. وقيده في الشرنبلالية أيضا بما إذا لم يكن المطلوب من أصول الطالب، فلو كان أباه مثلا ليس له حبس الكفيل لما يلزم من فعل ذلك بالمطلوب وهو ممتنع: أي لانه لا يحبس الاصل بدين فرعه، وإذا امتنع اللازم امتنع الملزوم. واعترضه السيد أبو السعود بمنع الملازمة، وبأنه مخالف للمنقول في القهستاني فلا يعول عليه وإن تبعه بعضهم ا ه. قلت: وعبرة القهستاني: وإن حبس حبس هو المكفول عنه، إلا إذا كان كفيلًا عن أحد الأبوين أو الجدين، فإنه إن حبس لم يحبسه به يشعر قضاء الخلاصة ا ه. ولا يخفى أن المتبادر من هذه العبارة، ما إذا كان الطالب أجنبيا والمطلوب: أي المدين أصلا للكفيل لا للطالب، وهذا غير ما في الشرنبلالية، وهو ما إذا كان المطلوب أصلا للطالب لا للكفيل، فما في الشرنبلالية تقييد لقولهم: إن للطالب حبس الكفيل، وما في القهستاني تقييد لقولهم: للكفيل حبس المكفول إذا حبس: أي إذا كان المكفول أصلا للكفيل فللطالب الاجنبي حبس الكفيل، وليس للكفيل إذا حبس أن يحبس المكفول لكونه أصله، بخلاف ما إذا كان المكفول أصلا للطالب فإنه ليس للطالب حبس الكفيل لانه يلزم من حبسه له أن يحبس هو المكفول فيلزم حبس الاصل بدين فرعه. وقد ذكر الشرنبلالي في رسالة خاصة، وذكر فيها أنه سئل عن هذه المسألة ولم يجد فيها نقلا وحقق فيها ما ذكرناه، لكن ذكر الخبر الرملي في حاشية البحر في باب الحبس من كتاب القضاء أنه وقع الاستفتاء عن هذه المسألة، ثم قال: للكفيل حبس المكفول الذي هو أصل الدائن، لانه إنما حبس لحق الكفيل ولذلك يرجع عليه بما أدى فهو محبوس بدينه، فلم يدخل في قولهم لا يحبس أصل في دين فرعه لانه إنما حبسه أجنبي فيما ثبت له عليه ا ه ملخصا، ومفاده أن للطالب الذي هو فرع المكفول حبس الكفيل الاجنبي، لان الكفيل لا يحبس المكفول ما لم يحبسه الطالب، ولا يخفى أن المكفول إنما يحبس بدين الطالب حقيقة فيلزم حبس الاصل بدين فرعه وإن كان الحابس له مباشرة غير الفرع، نعم يظهر ما ذكره الخير الرملي على القول بأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الدين، لكن علمت أن الكفيل لا يملك الدين قبل الاداء فبقي الدين للطالب ولزم المحذور،

والله سبحانه أعلم فافهم. قوله: (يوجب برأتهما) أي براءة الكفيل والاصليل وقوله: للطالب قيل متعلق بأداء.

[452]

قلت: وفيه بعد، والظاهر تعلقه بمحذوف على أنه حال من براءة: أي منتبهة إلى الطالب على أن اللام بمعنى إلى، ونظيره قوله الآتي: برئت إلى فافهم. قوله: (إلا إذا أحاله) فإن الحوالة كما يأتي نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فهو في حكم الاداء فصح الاستثناء، فافهم. قوله: (وشرط براءة نفسه فقط) فحينئذ يبرأ الكفيل دون الاصيل، وللطالب أخذ الاصيل أو المحال عليه بدينه ما لم ينو المال على المحال عليه، وبدون هذا الشرط يبرأ الاصيل أيضا، لأن الدين عليه والحوالة حصلت بأصل الدين فتضمنت برأتهما، كما في البحر عن السراج. قوله: (وبرئ الكفيل بأداء الاصيل) وكذا يبرأ لو شرط الدفع من وديعة فهلك، ففي الكافي: لو كفل بألف عن فلان على أن يعطيها إياه من وديعة لفلان عنده جاز، فإن هلكت الوديعة فلا ضمان على الكفيل أ هـ. وفيه أيضا في باب بطلان المال عن الكفيل بغير أداء ولا إبراء: لو كفل عن رجل بالثمن فاستحق المبيع من يده أو رده بعيب ولو بلا قضاء أو بإقالة أو بخيار رؤية أو بفساد البع بئ الكفيل، وكذا لو بطل المهر أو بعضه عن الزوج بوجه برئ مما بطل عن الزوج أو ضم المشتري الثمن لغريم البائع فاستحق المبيع من يد المشتري بطلت الكفالة أيضا 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، وتمامه فيه. قوله: (إلا إذا برهن) أي الاصيل على أدائه قبل الكفالة فيبرأ: أي الاصيل فقط: أي دون الكفيل لانه أقر بهذه الكفالة أن الالف على الاصيل، وبهذا يظهر أن الاستثناء منقطع، لما في البحر من أن هذا ليس من البراءة، وإنما تبين أن لا دين على الاصيل والكفيل عومل بإقراره: أي لأن البيئة لما قامت على الاداء قبل الكفالة علم أن ما كفل به الكفيل غير هذا الدين، بخلاف ما إذا برهن أنه قضاؤه بعد الكفالة، ففي البحر أنهما يبرآن. قوله: (بحر) صوابه نهر فإنه نقل عن القنية براءة الاصيل إنما توجب براءة الكفيل إذا كانت بالاداء أو الابراء، فإن كانت بالحلف فلا، لأن الحلف يفيد براءة الحالف فحسب أ هـ. والظاهر أنه مصور فيما إذا كانت الكفالة بغير أمره، وإلا فقوله: اكفل عني لفلان بكذا، إقرار بالمال لفلان كما في الخانية وغيرها، وحينئذ فإذا ادعى عليه المال فأنكر وحلفه برئ وحده، إنما قلنا كذلك لانه لو ادعى الاصيل الاداء فعليه البيئة لا اليمين. تأمل. قوله: (ولو أبرأ الطالب الاصيل الخ) محل براءة الكفيل بإبراء الطالب الاصيل إذا لم يكفل بشرط براءة الاصيل، فإن كفل كذلك برئ الاصيل دون الكفيل لانها حوالة ط. ولو قال ولو برئ الاصيل لشمّل ما في الخانية لو مات الطالب والاصليل وارثه برئ الكفيل أيضا أ هـ بحر. قوله: (برئ الكفيل) بشرط قبول الاصيل وموته قبل القبول والرد يقول مقام القبول، ولو رده ارتد. وهل يعود الدين على الكفيل أم لا؟ خلاف كذا في الفتح. نهر. وفي التتارخانية عن المحيط: لا ذكر لهذه المسألة في شيء من الكتب. واختلف المشايخ، فمنهم من قال لا يبرأ الكفيل: أي برد الاصيل الابراء كما في رد الهبة، ومنهم من قال: يبرأ الكفيل أ هـ. قال في الفتح. وهذا بخلاف الكفيل فإنه إذا أبرأه صح وإن لم يقبل، ولا يرجع على الاصيل، ولو كان إبراء الاصيل أو هبته أو التصديق عليه بعد موته

[453]

فعند أبي يوسف: القبول والرد للوارث، فإن قبلوا صح، وإن ردوا ارتد. وقال محمد: لا يرتد بردهم كما لو أبرأهم في حال حياته ثم مات، وهذا يختص بالابراء أ هـ. قوله: (كما مر) أي قبيل الكفالة بالمال. قوله: (وتأخر الدين عنه) مرتبط بقوله: أو آخر عنه وشمل كفيل الكفيل، فإذا آخر الطالب عن الاصيل تأخر عن الكفيل وكفيله، وإن أخره عن الكفيل الاول تأخر عن الثاني أيضا لا عن الاصيل كما في الكافي، وشرطه أيضا قبول الاصيل، فلو رده ارتد، كما أفاده الفتح. قوله: (تأخرت مطالبة المصالح) مصدر مضاف إلى مفعوله، والمراد به المكاتب والفاعل ولي القتل أو إلى فاعله، والمراد به الولي والمفعول المكاتب، فإن المصالحة مفاعلة من الطرفين، وهذا أولى لئلا يلزم الاظهار في مقام الاضمار فافهم، ومثل هذه المسألة ما لو كفل العبد المحجور بما

لزمه بعد عتقه، فإن المطالبة تتأخر عن الاصيل 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 حالا لا يبرأ الاصيل ولا يتأخر عنه. قال في النهر: وإذا لم يبرأ الاصيل لم يرجع عليه الكفيل بشئ، بخلاف ما لو وهبه الدين أو تصدق عليه به حيث يرجع ا هـ. قوله: (نعم لو تكفل بالحال مؤجلا الخ) أفاد أنه لو كان مؤجلا على الاصيل فكفل به تأخر عنهما بالاولى وإن لم يسم الاجل في الكفالة، كما صرح به في الكافي وغيره. قوله: (لان تأجيله على الكفيل تأجيل عليهما) هذا التعليل غير تام، فإن العلة كما في الفتح هي أن الطالب ليس له حال الكفالة حق يقبل التأجيل، إلا الدين فبالضرورة يتأجل عن الاصيل بتأجيل الكفيل، أما في مسألة المتن 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 تبعا للهداية وغيرها من أنه يتأجل عليهما يستثنى منه ما إذا أضاف الكفيل الاجل إلى نفسه، بأن قال أحلني أو شرط الطالب وقت الكفالة الاجل للكفيل خاصة فلا يتأخر الدين حينئذ عن الاصيل، كما ذكره في الفتاوى الهندية. ونقل ط عبارتها. مطلب لو كفل بالقرض مؤجلا تأجل عن الكفيل دون الاصيل ويستثنى أيضا ما لو كفل بالقرض مؤجلا إلى سنة مثلا فهو على الكفيل إلى الاجل وعلى الاصيل حال كما في البحر عن التارخانية معزيا إلى الذخيرة والغياثة. ثم نقل خلافه عن تلخيص الجامع من شموله للقرض، وأن هذا هو الحيلة في تأجيل القرض، وسيذكره 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، وقدمنا تمام الكلام عليه قبيل فصل القرض، ويؤيده أن الحاكم الشهيد في الكافي صرح بأنه لا يتأخر عن الاصيل، وكفى به حجة. قوله: (وفيه) متعلق بقوله: يشترط والضمير المجزور عائد إلى قول المتن ولو أبرأ الاصيل الخ

ولو أسقط لفظة فيه لكان أوضح. و عبارة الدرر هكذا: أبرأ الطالب الاصيل إن قبل برئاً: أي الاصيل والكفيل معا، أو أخره عنه تأخر عنهما بلا عكس فيهما، ولو أبرأ الكفيل فقط برئ وإن لم يقبل، إذ لا دين عليه ليجتاج إلى القبول بل عليه المطالبة وهي تسقط بالابراء، ولو وهب الدين له: أي للكفيل إن كان غنيا أو تصدق عليه إن كان فقيرا يشترط القبول، كما هو حكم الهبة والصدقة وهبة الدين لغير من عليه الدين تصح إذا سلط عليه والكفيل مسلط على الدين في الجملة، كذا في الكافي، وبعده له الرجوع على الاصيل ا هـ. وضمير بعده للقبول. وحاصله أن حكم الابراء والهبة في الكفيل مختلف، ففي الابراء لا يحتاج إلى القبول، وفي الهبة والصدقة يحتاج، وفي الاصيل متفق فيحتاج إلى القبول في الكل، وموته قبل القبول والرد كالقبول. شربلالية. ولم يذكر حكم الرد. وأفاد في الفتح أن الابراء والتأجيل يرتدان برد الاصيل. وأما الكفيل فلا يرتد برده الابراء بل التأجيل. والفرق أن الابراء إسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تملك مال لان الواجب عليه مجرد المطالبة، والاسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط، بخلاف التأخير لعوده بعد الاجل، فإذا عرف هذا، فإن لم يقبل الكفيل التأخير أو الاصيل فالمال حال يطالبان به للحال ا هـ. وقدمنا تمام الكلام عليه. تنبيه: نقل في البحر عن قوله: وبطل تعليق البراءة عن الهداية مثل ما هنا، من أن إبراء الكفيل لا يرتد بالرد، بخلاف إبراء الاصيل. ثم نقل عن الخانية: لو قال للكفيل أخرجتك عن الكفالة فقال الكفيل لا أخرج لم يصح خارجا. ثم قال في البحر: فثبت أن إبراء الكفيل أيضا يرتد بالرد ا هـ. قال في النهر: وفيه نظر، ولم يبين وجهه. وأجاب المقدسي بأن ما في الخانية في معنى الاقالة لعقد الكفالة، فحيث لم يقبلها الكفيل بطلت فتبقى الكفالة، بخلاف الابراء لانه محض إسقاط فيتم بالمسقط ا هـ. على أن ما في الهداية منصوص عليه في كافي الحاكم. قوله: (والتأجيل) هذا غير موجود في عبارة الدرر كما عرفته. نعم هو في الفتح كما ذكرناه أنفا. قوله: (لا الكفيل) أي لا يشترط قبول الكفيل الابراء 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 الخ) ونصها: سئل عن رجل ضمن آخر في دين عليه ثمن مبيع أو أجرة لازمة عليه ثم إن رب المال أجله على الكفيل إلى مدة معلومة هل يصير مؤجلا عليه وحده وعلى الاصيل حالا أو مؤجلا عليهما؟ أجاب يصير مؤجلا عليهما كما صرح به في الحاوي القدسي ا هـ. أقول: هذا غير صحيح لمخالفته لعبارات المتون والشروح، على أني راجعت الحاوي القدسي فرأيت خلاف ما عزاه إليه. ونص عبارة الحاوي: وإن أخر

الطالب الدين عن الاصيل كان تأخيرا عن الكفيل، وإن أخره عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الاصيل ا هـ بالحرف، وكأن ابن نجيم اشتبه عليه ذلك بما لو تكفل بالمال مؤجلا مع أن صريح السؤال خلافه، فافهم. قوله: (فليحفظ) بل الواجب

[455]

حفظ ما في كتب المذهب، لان هذا سبق نظر فلا يحفظ ولا يلحظ. قوله: (وهو المختار) لان الناس لا يريدون نفي التعلق أصلا، وإنما يريدون نفي التعلق الحسي، وإنني لا أتعلق به تعلق المطالبة ا هـ ج. على أن إبراء الاصيل يتوقف على قبوله ولم يوجد. قوله: (وإذا حل الدين المؤجل الخ) أفاد أن الدين يحل بموت الكفيل كما صرح به في الغرر وشرح الوهبانية عن المبسوط، وعلله في المنح عن الولوالجية بأن الاجل يسقط بموت من له الاجل. قوله: (لا يحل على الاصيل (وكذا إذا عجل الكفيل الدين حال حياته لا يرجع على المطلوب إلا عند حلول الاجل عند علمائنا الثلاثة، وهو نظير ما لو كفل بالزئوف وأدى الجياد. تاترخانية. قوله: (خير الطالب) أي في أخذه من أي التركتين شاء، لان دينه ثابت على كل واحد منهما كما في حال الحياة. درر. قوله: (مثلا) فالنصف غير قيد. قوله: (برئنا) أي الاصيل والكفيل، لانه أضاف الصلح إلى الالف الدين وهو على الاصيل فيبرأ عن خمسمائة وبرأته توجب براءة الكفيل. درر. قوله: (وإذا شرط براءة الكفيل وحده الخ) ليس المراد أن الطالب يأخذ البدل في مقابلة إبراء الكفيل عنها، وإنما المراد أن ما أخذه من الكفيل محسوب من أصل دينه ويرجع بالباقي على الاصيل. بحر. ونبه بذلك على الفرق بني هذه وبين المسألة التي عقيبها كما يأتي، ويوضحه ما في الفتح عن المبسوط: لو صالحه على مائة درهم على أن أبرئ الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل عن الاصيل بمائة ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة، لان إبراء الكفيل يكون فسخا للكفالة ولا يكون إسقاطا لاصل الدين ا هـ. قوله: (كانت فسخا للكفالة) هذه عبارة المبسوط كما علمت أي أن البراءة عن باقي الدين التي تضمنها عقد الصلح تتضمن فسخ الكفالة 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 مطالبتة سقطت عنهما جميعا. قوله: (فيبرأ هو) أي الكفيل وحده عن خمسمائة وهي التي سقطت بعقد الصلح، وكذا عن التي دفعها بدلا عن الصلح وهو ظاهر، لان الصلح على بعض الدين أخذ لبعض حقه وإبراء عن الباقي، فحيث أخذ الطالب من الكفيل بعض حقه وأبرأه عن باقيه فقد سقطت المطالبة عنه أصلا، وبرأة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فلذا قال دون الاصيل. قوله: (والكفيل بخمسمائة) أي ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة وهي أداها للطالب بدل الصلح في الصور الاربع. قوله: (لو بأمره) أي يرجع بها لو كفل عنه بأمره وإلا فلا رجوع له. قوله: (على جنس آخر) مفهوم قوله: على نصفه ا هـ ج. قوله: (رجع بالالف) لان الصلح بجنس آخر مبادلة فيملك الدين فيرجع بجميع الالف. فتح. وكذا يرجع بجميع الالف لو صالحه على خمسمائة على أن يهب له الباقي كما في الفتح أيضا، ومثله في الكافي. قوله: (كما من) الاولى أن يقول

[456]

لما مر: أي من أنه يملك الدين بالاداء. قوله: (صالح الكفيل الطالب الخ) (في الهداية: ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل، لان هذا إبراء الكفيل عن المطالبة ا هـ. ومقتضاه صحة الصلح ولزوم المال وسقوط المطالبة عن الكفيل دون الاصيل، وهو خلاف ما ذكره المصنف تبعا للخانية، إلا أن يحمل على الكفالة بالنفس، لما في التاترخانية: الكفيل بالنفس إذا صالح الطالب على خمسمائة دينار على أن أبرئه من الكفالة بالنفس لا يجوز ولا يبرأ عنها، فلو كان كفيلا بالنفس والمال على إنسان واحد برئ ا هـ. وفي الهنديّة عن الذخيرة: صالح على مال لاسقاط الكفالة لا يصح أخذ المال، وهل تسقط الكفالة بالنفس؟ فيه روايتان، في رواية تسقط، وبه يفتى ا هـ. وحينئذ فيحمل ما في الهداية على الكفالة بالمال توفيقا بين الكلامين. تأمل. ثم لا يخفى أن الفرق بين هذه المسألة والتي قبلها في المتن وهي الرابعة هو أن هذه في الصلح عن الكفالة 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 عبار المبسوط. ومن العجب ما في النهاية حيث جعل عبارة المبسوط المارة تصويرا لما ذكره هنا في الهداية، فإنه عكس الموضع، لان 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 نيه 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 إلي) متعلق بمحذوف حال: أي حال كونك مؤديا إلي كما في شرح مسكين أي فهو براءة استيفاء لا براءة إسقاط. قوله: (لاقراره بالقبض) لان مفاد هذا التركيب براءة من المال مبدؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين، وهذا هو معنى الاقرار بالقبض من الكفيل فكأنه قال دفعت إلي. قوله: (ومفاده) أي مفاد التعليل المذكور، وهذا الكلام 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 لاقراره 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: (لانه إبراء) تعليل لعدم الرجوع في الصور الثلاث، إذ ليس فيها ما يفيد القبض ليكون إقرارا به، بل هو محتمل للإبراء بسبب القبض، وللاسقاط فلا يثبت القبض بالشك. قوله: (أي إلي) المراد برئت إلي. قوله: (وهو أقرب الاحتمالين) أي احتمال أنه براءة قبض واحتمال أنه براءة إسقاط.

[457]

وجه الاقرب ما في الفتح من قوله: لانه إقرار ببراءة ابتداؤها من الكفيل المخاطب. وحاصله إثبات البراءة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت، والبراءة الكائنة منه خاصة كالإيفاء بخلاف البراءة بالبراءة فإنها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافه إلى الكفيل، وما قاله محمد: أي من أنه لا يثبت القبض بالشك إنما يتم إذا كان الاحتمالان متساويين. 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 بالإيفاء، وإن حصلت بالبراءة لا يكتب الصك عليه فجعلت إقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الأبراء. فتح. قوله: (وهذا كله الخ) عزاه في فتح القدير إلى شروح الجامع الصغير، وجزم به في الملتقى والدرر، وأقره الشرنبلالي وكذا الزيلعي وابن كمال، فتعبير البحر عنه بقبل غير ظاهر فافهم، والاشارة إلى جميع الالفاظ المارة. قال في البحر عن النهاية: حتى في برئت إلي لاحتمال لاني أبرأتك مجازا وإن كان بعيدا في الاستعمال. ه. قال في النهر: والظاهر أن في لفظ الحل لا يرجع إليه لظهور أنه مسامحة لا أنه أخذ منه شيئا. ه. قلت: وفيه نظر يظهر بأدنى نظر. قوله: (لمراده) متعلق بالبيان: أي يسأل: هل أردت القبض أو لا؟ قوله: (لانه المجل) (بكسر ثالثة اسم فاعل: أي فإن الاصل في الاجمال أن يرجع فيه إلى المجل، والمراد بالمجل هنا ما يحتاج إلى تأمل، ويحتمل المجاز وإن كان بعيدا لا حقيقة المجل: يعني يرجع إليه إذا كان حاضرا لازالة الاحتمالات، خصوصا إن كان العرف في ذلك اللفظ مشتركا: منهم من يقصد القبض، ومنهم من يقصد الأبراء. فتح. قوله: (ومثل الكفالة الحوالة) في كافي الحاكم والمحتال عليه في جميع ذلك كالکفيل. ه. قال ط: فإن قال المحتال للمحتال عليه برئت إلي رجع المحتال عليه على المحيل، وإن قال أبرأتك لا. واختلف فيما إذا قال برئت فقط. ه. وإنما يرجع إذا لم يكن للمحيل دين على المحتال عليه. مطلب في بطلان تعليق البراءة من الكفالة بالشرط قوله: (ويطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أي لما فيه من معنى التملك، ويروى أنه يصح لانه عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطا محضا كالطلاق. هداية. وظاهره ترجيح عدم بطلانه بناء على الصحيح. بحر. 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 لانه يلزم منه بقاء البراءة صحيحة منجزة وتبطل الكفالة بها، ولا يناسبه العلة المذكورة لان نفس التعليق ليس فيه معنى التملك، بل الذي فيه معنى التملك هو

البراءة المعلقة فتبطل. ثم رأيت بخط بعض العلماء على نسخة قديمة من شرح المجمع ما نصه: معناه أن الكفالة جائزة والشرط باطل أ هـ. وهذا عين ما قلته . قوله: (بالشرط الغير الملائم) نحو إذا جاء غدا فأنت برئ من المال، ومثال الملائم ما لو كفّل بالمال أو بالنفس وقال إن وافيت به غدا فأنت برئ من المال فوافاه من الغد فهو برئ من المال، كذا في العناية أ هـ ج. وفي البحر عن المعراج: الغير الملائم هو ما لا منفعة فيه للطالب أصلاً كدخول الدار ومجيئ الغد لأنه غير متعارف أ هـ. قلت: وسئلت عمن قال كفلته عن أنك إن طالبتني به قبل حلول الاجل فلا كفالة لي، ويظهر لي أنه من غير الملائم، فليتأمل. قوله: (على ما اختاره في الفتح والمعراج) أقول: الذي في الفتح هكذا قوله: ولا يجوز تعليق الإبراء من الكفالة بالشرط: أي بالشرط المتعارف مثل أن يقول: إن عجلت لي البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة، أما غير المتعارف فلا يجوز، ثم قال: ويروى أنه يجوز وهو أوجه الخ. فهذا شرح لعبارة الهداية التي قدمناها آنفاً، وقدّمنا 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 بالاولى. ثم ذكر مقابل الرواية الاولى وهي رواية الجواز فعلم أن المراد بها الشرط المتعارف أيضاً وأن غير المتعارف لا يجوز أصلاً، ويحتمل أن يكون قوله، ويروى أنه يجوز: أي إذا كان الشرط غير متعارف ويلزم منه جواز المتعارف بالاولى، فعلى الاحتمال الاول يكون قد اختار في الفتح جواز التعليق بالشرط المتعارف، وعلى الثاني اختار جوازه مطلقاً، وهذا الاحتمال أظهر، لأنه حيث قيد رواية عدم الجواز بالمتعارف علم أن غير المتعارف لا يجوز بالاولى، ثم اختار مقابل هذه الرواية وهو رواية الجواز: أي مطلقاً، فكان على الشارح أن يقول: وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط ولو ملائماً، وروي جوازه مطلقاً، 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؟ فافهم. قوله: (وأقره المصنف) أي في شرحه في هذا المحل: أي أقر ما في المعراج من التفصيل والتوفيق. قوله، (والمترقات) أي مترقات البيوع في بحث ما يبطل تعليقه. قوله: (ترجيح الاطلاق) أي رواية بطلان التعليق المتبادر منها الاطلاق عما فصله في المعراج، وفي كون الزيلعي رجع ذلك نظر، بل كلامه قريب من كلام الهداية المار فراجع. قوله: (قيد بكفالة النفس) أي باعتبار أن الكلام فيها، وإلا فلم يذكر القيد في المتن كالكنز أ هـ ج. قوله: (مبسوطاً في الخانية) 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، وفيه وجه يصحان كما إذا كان كفيلاً بالمال أيضاً 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 أ هـ. قوله: (لا يسترد أصيل الخ) أي إذا دفع الاصيل وهو المديون إلى الكفيل المال المكفول به ليس للاصيل أن يسترده من الكفيل وإن لم يعطه الكفيل إلى الطالب. قال في النهر لأنه أي الكفيل ملكه بالاقتضاء، وبه ظهر أن الكفالة توجب ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على الاصيل، لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل إلى وقت الاداء، ولذا لو أخذ الكفيل من الاصيل رهناً أو أبرأه أو وهب منه الدين صح فلا يرجع بأدائه، كذا في النهاية، ولا ينافيه ما مر من أن الراجح 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 بالامر توجب ثبوت دينين وثلاث مطالبات تعرف بالتدبر أ هـ ما في النهر: أي دين ومطالبة حاليين للطالب على الاصيل، ودين ومطالبة مؤخرين للكفيل على الاصيل أيضاً، ومطالبة فقط للطالب على الكفيل بناء على الراجح من أنها الضم في المطالبة. تنبيه: نقل محشي مسكين عن الحموي عن المفتاح أن عدم الاسترداد مقيد بما إذا لم يؤخره الطالب عن الاصيل أو الكفيل، فإن أخره له أن يسترده أ هـ. قلت: لكن قوله:

أو الكفيل لم يظهر لي وجهه. تأمل. قوله: (بأمره) متعلق بالكفيل احترازًا عن الكفيل بلا أمر كما سيأتي. قال في النهر: قيد به في الهداية ولا بد منه. قوله: (ليدفع للطالب) متعلق بأدى. وإعلم أن ما مر من أن الكفيل ملك المؤدى فذلك فيما إذا دفعه إليه الاصيل على وجه القضاء، بأن قال له إنني لا أؤمن أن يأخذ منك الطالب حقه فأنا أقضيك المال قبل أن تؤديه، بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة بأن المطلوب للكفيل خذ هذا المال وإدفعه إلى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكًا 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 الاصل، كذا في الكفالة شرح الهداية، وما نقله عن الكافي نقل ط مثل عن العناية والمعراج وعليه مشى في البحر والنهر. والمراد بالكافي كافي النسفي، أما كافي الحاكم الشهيد الذي جمع كتب ظاهر الرواية فإنه أشار فيه أيضًا إلى أن له الاسترداد لو دفعه على وجه الرسالة فإنه ذكر أنه لو قبضه على وجه القضاء فله التصرف فيه وله ربحه لأنه له، ولو هلك منه ضمنه، ولو قبضه على وجه الرسالة فلهك كان مؤتمنا ويرجع به على الاصيل، ولو لم يهلك فعمل به وريح تصدق بالربح لأنه غاصب، وكذا في الهداية إشارة إليه حيث ذكر أولاً أنه إذا قضا لا يسترد. ثم قال: بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده، فدل كلامه على أن عدم الاسترداد في الاداء على وجه القضاء لا الرسالة حيث جعله في الرسالة محض أمانة والأمانة مستردة. ونقل ط عن غاية البيان أن له الاسترداد. قال: ومثله في صدر الشريعة. قال في اليعقوبية: إنه الظاهر لأنه أمانة محضة ويد الرسول يد المرسل فكأنه لم يقبضه فلا يعتبر حق الطالب، وهو المتبادر من الهداية هـ.

[460]

قلت: وهو المتبادر أيضًا مما في المتن من أن الربح يطيب له، فإنه دليل على أن المراد الاداء على وجه القضاء، وقول الشارح تبعًا للدرر ليدفعه للطالب ظاهره الدفع على وجه الرسالة، وهو موافق لما في كافي النسفي وغيره، ويفهم منه أنه في الدفع على وجه القضاء له ذلك بالأولي. ويمكن حمله على ما في كافي الحاكم وغيره بأن يكون المراد أنه لم يصرح له بأنه يدفعه للطالب، بل أضمر ذلك في نفسه وقت الاداء. ففي الشرنبلالية 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 فللمطلوب أن يرجع على الكفيل بما أعطاه كما في الكافي وغيره. قوله: (وإن لم يعطه طالبه) إن وصلية وطالبه بكسر اللام بزنة اسم الفاعل مضاف للضمير وهو المفعول الثاني ليعطه. قوله: (ولا يعمل نهيه الخ) هذا ما أجاب به في البحر حيث قال: وقد سئلت عما إذا دفع المديون الدين للكفيل ليؤديه إلى الطالب ثم نهاه عن الاداء هل يعمل نهيه؟ فأجبت إن كان كفيلًا بالامر لم يعمل نهيه لأنه لا يملك الاسترداد، وإلا عمل لأنه يملكه هـ. قلت: وظاهر قوله: ليؤديه أن الدفع على وجه الرسالة فهو مبني على ما في كافي النسفي. قوله: (لأنه حينئذ) أي حين إذ كان كفيلًا بلا أمر يملك الاصيل الاسترداد، لأن الكفيل لا دين له عليه فلم يملك المؤدى بل هو في يده محض أمانة، كما إذا أداها الاصيل إليه على وجه الرسالة وكانت الكفالة بالامر على ما مر، بل هذا بالأولى لما علمت من أنه هنا لا دين له أصلاً. قوله: (لكنه قدم قبله ما يخالفه) لعل مراده بالمخالفة أن المصنف لم يقيد متنه بكون الكفيل كفيلًا بالامر، وفرق هنا بين كونه بالامر فلا يعمل نهيه وإلا عمل، لكن في شرح المصنف إشارة إلى أن مراده في المتن الكفيل بالامر، وقد علمت أن هذا القيد لا بد منه فلا مخالفة. قوله: (حيث قبضه على وجه الاقتضاء) تقييد للمتن ولتعليقه بأنه نماء ملكه، وصرح بعده بمفهومه وعبرة الهداية: فإن ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لأنه ملكه حين قبضه، وهذا إذا قضى الدين ظاهر، وكذا إذا قضاها المطلوب بنفسه وثبت له استرداد ما دفع للكفيل، وإنما حكمنا بثبوت ملكه إذا قضاها المطلوب بنفسه، لأن الكفيل وجب له بمجرد الكفالة على الاصيل مثل ما وجب للطالب على الكفيل وهو المطالبة هـ. موضحًا من الفتح وتامامه فيه. قوله: (خلافاً للثاني) أي أبي يوسف فعنده يطيب له كمن غصب من إنسان وريح فيه يتصدق بالربح عندهما، لأنه استفاده من أصل خبيث، ويطيب له عنده مستبدلاً بجديت الخراج بالضمان فتح قوله: (ونب 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 الخبث لا يظهر فيها، بخلاف ما يتعين كالحنطة ونحوها بأن كفل عنه حنطة وأداها الاصيل إلى الكفيل وريح الكفيل فيها فإنه يندب رد الربح إلى الاصيل. قال في النهر: وهذا هو أحد

الروايات عن الامام، وهو الاصح، وعنه أنه لا يردّه بل يطيب له، وهو قولهما لانه نماء ملكه، وعنه أنه يتصدق به، وتمامه فيه، قوله: (إن قضى الدين بنفسه) أي إن قضاه الاصيل للطالب، وهذه العبارة تابع فيها صاحب الدرر

[461]

الزيلعي، وأقره الشرنبلالي، لكن اعترضه الواني بأن هذا الفيد غير لازم وموهم خلاف المقصود. قلت: وهو كذلك كما يعلم من الهداية حيث قال في توجيه الاصح: وله أي للامام أنه تمكن الخبث مع الملك لانه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه الخ، فجعل إمكان الاسترداد بقضاء الدين بنفسه دليل ثبوت الخبث في الربح مع قيام الملك، فعلم أن ذلك غير قيد في المسألة. قوله: (الاشبه نعم ولو غنيا) الذي في العناية وكذا البحر والنهر: إن كان فقيرا طاب، وإن كان غنيا ففيه روايتان، والاشبه أن يطيب له أيضا، فكان الاولى للشارح أن يؤخر قوله: (الاشبه نعم عن قوله: ولو غنيا لان الروايتين فيه لا في الفقير. مطلب بيع العينة قوله: (أمر كفيله ببيع العينة) بكسر العين المهملة وهي السلف، يقال: باعه بعينة: أي نسيئة. مغرب وفي المصباح: وقيل لهذا البيع عينة، لان مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عينا: أي نقدا حاضرا ا ه. أي قال الاصيل للكفيل: اشتر من الناس نوعا من الاقمشة ثم بعه، فما ربحه البائع منك وخسرته أنت فعلي فيأتي إلى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر منه الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوي عشرة مثلا بخمسة عشر نسيئة فيبيعه هو في السوق بعشرة فيحل له العشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشر إلى أجل، أو يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التي أقرضه على أنها ثمن الثوب فيبقى عليه الخمسة عشر قرضا. درر. ومن صورها: أن يعود الثوب إليه كما إذا اشتراه التاجر في الصورة الاولى من المشتري الثاني ودفع الثمن إليه ليدفعه إلى المشتري الاول، وإنما لم يشتره من المشتري الاول تحرزا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن. قوله: (أي بيع العين بالربح) أي بثمان زائد نسيئة: 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، لان الكفيل مأمور بشراء العينة لا ببيعها، وأما بيعه بعد ذلك لما اشتراه فليس على وجه العينة لانه يبيعها حالة بدون ربح. قوله: (وهو مكروه) أي عند محمد، وبه جزم في الهداية. قال في الفتح: وقال أبو يوسف: لا يكره هذا البيع لانه فعله كثير من الصحابة وحمدوا على ذلك ولم يعدوه من الربا، حتى لو باع كاغدة بألف يجوز ولا يكره، وقال محمد: هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا، وقد ذمهم رسول الله (ص) (فقال: إذا تبايعتم بالعينة وتابعتهم أذنان البقر ذلتهم وظهر عليكم عدوكم أي اشتغلتم بالحرث عن الجهاد. وفي رواية سلط عليكم شراركم فیدعوا 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 كعود الثوب إليه في الصورة المارة وكعود الخمسة في صورة إقراض الخمسة عشر فيكره: يعني تحريما فإن لم يعد كما إذا باعه المديون في السوق فلا كراهة فيه، بل خلاف الاولى، فإن الاجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائما بل هو مندوب، وما لم ترجع إليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لان من العين المسترجعة لا العين مطلقا، وإلا

[462]

فكل بيع بيع العينة ا ه. وأقره في البحر والنهر والشرنبلالية وهو ظاهر، وجعله السيد أبو السعود محمل قول أبي يوسف، وحمل قول محمد والحديث على صورة العود. هذا، وفي الفتح أيضا: ثم ذموا البياعات الكائنة الآن أشد من بيع العينة، حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة للتجار: إن العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح، فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر الحال فيها علي وزنها مطروفة ثم إسقاط مقدار معين على الطرف وبه يصير البيع فاسدا، ولا شك أن البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم، فأين هو من بيع العين الصحيح المختلف في كراهته ا ه. قوله: (لانه إما ضمان الخسران) أي نظرا إلى قوله: علي فإنها للجوب فلا يجوز، كما إذا قال لرجل بايع في السوق فما خسرت فعلي.

در قوله: (أو توكيل بمجهول) أي نظرا إلى الأمر به فلا يجوز أيضا لجهالة نوع الثوب وثمنه. درر. قوله: (كفل عن رجل) الأولى أن يقول كفل عن رجل لرجل ليكون مرجع الضمير في له المذكور وهو الرجل الثاني المكفول له وإن كان معلوما من المقام. قوله: (بما ذاب له) أي بما ثبت ووجب بالقضاء. قوله: (عبارة الدرر لزم بلا ضمير) الذي رأيناه في الدرر لزمه بالضمير، وكأنه سقط من نسخة الشارح وهي أولى، لأن ضمير له في المواضع الثلاثة للمكفول له وضمير لزمه للمكفول، ففيه تشتت الضمائر مع إيهام عوده للمكفول أيضا 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 الأولى 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 مكفولا به كما يعلم مما يأتي. قوله: (لم يقبل برهانه) لأنه إنما كفل عنه بمال مقضى بعد الكفالة، لأنه جعل الذوب شرطا والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود، فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلًا، والبيئة لم تشهد بقضاء دين وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلًا عن الغائب بل على أجنبي، وهذا في لفظ القضاء ظاهر، وكذا في ذاب لأن معناه تقرر ووجب، وهو بالقضاء بعد الكفالة، حتى لو ادعى أنني قدمت الغائب إلى قاضي كذا وأقمت عليه بيئة بكذا بعد الكفالة وقضى لي عليه بذلك وأقام البيئة على ذلك صار كفيلًا وضحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو لا، إلا أنه إذا كانت بغير أمر يكون القضاء على الكفيل خاصة، كذا في الفتح، وقوله: حتى لو ادعى الخ هو معني ما في الفصول العمادية: ادعى على رجل أنه كفل عن فلان بما يذوب له عليه فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق وأقام المدعي بيئة أنه ذاب له على فلان كذا فإن يقضي به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعا، حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره أ. ه. فإن قوله: وأقام المدعي بيئة أنه ذاب له على فلان كذا معناه أنه وجب له عليه بالقضاء بعد الكفالة: أي أن القاضي قضى له

عليه بذلك، فحيث برهن على أن الأصل الغائب محكوم عليه بذلك ثبت شرط الكفالة فصار الكفيل خصما فيثبت عليه المال قصدا أو على الغائب ضمنا، بخلاف ما في المتن فإن المدعي برهن على أن له على الأصل كذا لا على أنه كان حكم له على الأصل بكذا، فلو قبلت هذه البيئة يكون قضاء على الغائب قصدا لأن الكفيل لم يصر خصما لأنه لم يثبت شرط كفالته، فالفرق بين المسألتين جلي واضح وإن خفي على صاحب النهر وغيره. والعجب من قول البحر إن جزمهم هنا بعدم القبول ينبغي أن يكون على الرواية الضعيفة، أما على أظهر الروايتين المفتى به من نفاذ القضاء على الغائب فينبغي النفاذ أ. ه. فإن المفتى به نفاذ القضاء على الغائب من حكم يراه كشافعي، حتى لو رفع حكمه إلى الحنفية نفذ كما حرره صاحب البحر نفسه في كتاب القضاء، وكلامهم هنا في الحاكم الحنفي، فإن حكمه لا ينفذ لما علمته من عدم الخصم. قوله: (وإن برهن الخ) هذه مسألة مبتدأة غير داخلية تحت قوله: كفل بما ذاب الخ كما نبه عليه صدر الشريعة وابن الكمال وغيرهما، لأن الكفالة هنا بمال مطلق كما يأتي. قوله: (وهو كفيل) أي بذلك المال. قوله: (فللكفيل الرجوع) أي فإذا قضى عليهما: أي على الكفيل الحاضر وعلى الأصل الغائب ثبت للكفيل بالأمر الرجوع على الغائب بلا إعادة بيئة عليه إذا حضر لأنه صار مقضيا عليه ضمنا. قوله: (لأن المكفول به هنا) أي في قوله، وإن برهن الخ مال مطلق: أي غير مقيد بكونه ثابتا بعد الكفالة، بخلاف ما تقدم في قوله: كفل بما ذاب الخ لأن الكفالة فيه بمال موصوف بكونه مقضيا به بعد الكفالة، فما لم تثبت تلك الصفة لا يكون كفيلًا فلا يكون خصما كما في شرح الجامع لقاضيخان، وهذا تعليل الأصل القضاء على الكفيل. وأما كون القضاء يتعدى إلى الأصل 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 إذ الكفالة: إما مطلقة ككفلت بما لك على فلان، أو مقيدة بألف درهم وكل إما بالأمر أو بدون، وقد علمت أن المقيدة إذا كانت بالأمر كان القضاء بها عليهما وإلا فعلى الكفيل فقط. وأما المطلقة فإن القضاء بها عليهما سواء كانت بالأمر أو لا، لأن الطالب لا يتوصل لإثبات حقه على الكفيل إلا بعد إثباته على الأصل، وهذا لأن المذهب أن القضاء على

الغائب لا يجوز ا هـ .وتمامه في الفتح. قوله: (وهذه حيلة الخ) ذكر في البحر الالوجه الاربعة المذكورة أنفا عن الجامع، ثم ذكر أن المطلقة هي الحيلة في القضاء على الغائب، وأن المقيدة لا تصلح للحيلة لان شرط التعدي على الغائب كونها بأمره ا هـ . 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 بالامر أو لا، فيتعدى فيها الحكم إلى الغائب لان الكفيل إذا أقر بالكفالة وأنكر الدين على الاصيل فبرهن المدعي على الدين

[464]

وقدره للزام الكفيل به لا يمكن إثباته إلا بعد إثباته على الاصيل فيثبت عليهما، لان 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 المدعي 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 لانه يحتاج إلى إثبات كون الكفالة بالامر 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، لان المذكور في كلامه الكفالة المقيدة وفي بقسميها لا تصلح للحيلة، فافهم. قوله: (وكذا الحوالة) عبارة الفتح: وكذا الحوالة على هذه الوجوه ا هـ. أي: إنها تكون مطلقة ومقيدة وكل منهما بالامر 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 الامر أو لم يدع، فإن شهدوا بالحوالة المقيدة إن ادعى الامر يكون قضاء على الحاضر والغائب فيرجع، وإن لم يدع الامر يكون قضاء على الحاضر خاصة ولا يرجع، وتمامه فيه، وبه ظهر أن الإشارة بقوله: وكذا الحوالة راجعة إلى أصل المسألة لا إلى بيان جعلها حيلة، لان بشرط 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 المدعي إثباته على الغائب بالبينه، وهذه حوالة مطلقة لانها لم تقيد بنوع مخصوص كما سيأتي بيانها 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، لانها إن كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب له، وإن لم تكن مشروطة فالمراد بها إحكام البيع وترغيب المشتري فينزل منزلة الاقرار بالملك. فكانه قال اشتراها فإنها ملك البائع، فإن استحققت فأنا ضامن ثمنها. نهر. قوله: (كشفعة) أي لو كان الكفيل شفيعها فلا شفعة له. بحر. لرضاه بشراء المشتري. قوله: (فلا دعوى له) (أي فلا تسمع دعواه بالملك فيها، وبالشفعة 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 بالبيع الخ) لان الشهادة به على إنسان إقرار منه بنفاذ 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، لان البيع قد يصدر من غير المالك، ولعله كتب شهادته ليحفظ الواقعة، بخلاف ما تقدم فإنه مقيد بما ذكر درر: أي ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة. فتح. قوله: (لانه مجرد إخبار) ولو أخبر بأن

[465]

فلانا باع شيئا كان له أن يدعيه. درر. وقولهم هنا: إن الشهادة لا تكون إقرارا بالملك يدل بالاولى على أن السكوت زمانا لا يمنع الدعوى. بحر. وفي حاشية السيد أبي السعود: لكن نقل شيخنا عن فتاوى الشيخ الشلبي أن حضوره مجلس البيع وسكوته بلا عذر مانع له من الدعوى بعد ذلك حسما لباب التزوير ا هـ. قلت: سيأتي آخر الكتاب قبيل الوصايا إن شاء الله تعالى أن ذلك في القريب والزوجة، وكذا في الجار إذا سكوت بعد ذلك زمانا. وفي دعوى الخيرية أن علماءنا نصوا في متونهم وشرحهم وفتاويهم أن تصرف المشتري في المبيع مع اطلاع الخصم ولو كان أجنبيا بنحو البناء أو

الغراس أو الزرع بمنعه من سماع الدعوى. قوله: ولم يذكر الختم (الخ) 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 هـ. فالحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا، كذا في العناية. قال في النهر: ولم أر ما لو تعارفوا رسم الشهادة بالختم فقط، والذي يجب أن يعول عليه اعتبار المكتوب في الصك، فإن كان فيه ما يفيد الاعتراف بالملك ثم ختم كان اعترافا به، وإلا لا هـ. قوله: (إلى شهر) أي بعد شهر فلا مطالبة لك علي الآن. قوله: (هو) أي الضمان. قوله: (فالقول للضامن) أي مع يمينه في ظاهر الرواية. ط عن الشلبي. واحتراز به عما روي عن الثاني أن القول للمقر له. قوله: (لأنه ينكر المطالبة) أي في الحال. قوله: (لأن المقر له ينكر الاجل) فإن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال، إذ 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 الحلول الاصل والاجل عارض، فكان الدين المؤجل معروضا لعارض لا نوعا ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها والآخر ينكره، وفي الكفالة ما أقر بالدين على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في الحال والكفيل ينكر ذلك فالحق له، وهذا لأن التزام المطالبة يتنوع إلى التزامها في الحال أو في المستقبل كالكفالة بما ذاب أو بالدرك وإنما أقر بنوع منها فلا يلزم بالنوع الآخر هـ 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 للمدعي، وقيل إذا قال ليس لك علي حق فلا بأس به إذا لم يرد إتياء حقه. زيلعي. 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 بإنكاره المذكور لا أثر له، لأن الخصم يطلب تحليفه ويكذبه في الإنكار، فالأذن له بالإنكار إذن بالحلف، ولا يخفى أن ليس للنفي في الحال إلا لقربة على خلافه، فإذا حلف وقال ليس لك علي حق: أي في الحال فهو صادق، فافهم .

قوله: (إذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع) الطرف متعلق بقوله: ولا يؤخذ وأراد بالاستحقاق الناقل، أما المبطل كدعوى النسب ودعوى الوقف في الأرض المشتركة أو أنها كانت مسجدا يرجع على الكفيل وإن لم يقض بالثمن على المكفول عنه، ولكل الرجوع على بائعه وإن لم يرجع عليه، بخلاف الناقل، وممر تمام أحكامه في بابه. قيد بالاستحقاق لأنه لو انفسخ بخيار رؤية أو شرط أو عيب لم يؤخذ الكفيل به وبالثمن، لأنه لو بنى في 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 بالثمن، كذا في السراج نهر. قوله: (لا ينتقض البيع) ولهذا لو أجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز ولو بعد قبضه وهو الصحيح، فما لم يقض بالثمن على البائع لا يجب رد الثمن على الاصيل فلا يجب على الكفيل، وقوله: كما مر أي في باب الاستحقاق، وانظر ما كتبناه هناك. قوله: (أي الموظف في كل سنة) لأنه دين له مطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون، وتماه في الزيلعي، وهذا التعليل اعتمده جميعا فيدل على اختصاص الخراج المضمون بالموظف. أما خراج المقاسمة فجزء من الخارج وهو عين غيره مضمون حتى لو هلك لا يؤخذ بشئ، والكفالة بأعيان لا تجوز ط. قوله: (على خلاف ما أطلقه في البحر) فإنه قال: وأطلقه فشم الخراج الموظف وخراج المقاسمة، وخصه بعضهم بالموظف الخ. ووجه الاعتراض على البحر حيث حمل كلام الكنز على الإطلاق مع وجود القربة المذكورة على التقييد بالموظف، فكان الأولى التقييد، فافهم، وكذا التعليل المار يدل عليه. ولذا قال في الفتح: وقد قيدت الكفالة بما إذا كان خراجا موظفا لا خراجا مقاسمة فإنه غير واجب في الذمة. قوله: (منقوض) النقض لصاحب البحر. قوله: (وكذا النوائب) جمع نائبة. وفي الصحاح: النائبة المصيبة، واحدة نوائب الدهر هـ. وفي اصطلاحهم ما يأتي: قال في الفتح: قيل أراد بها ما يكون بحق كأجرة الحراس وكري النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسرى إذا لم يكن في بيت المال شئ وغيرهما مما هو بحق، فالكفالة به جائزة بالاتفاق لأنها واجبة على كل مسلم موسر بإيجاب طاعة ولي الأمر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أو لزمه ولا شئ فيه، وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم أو شهر فإنها ظلم. فاختلف المشايخ في صحة الكفالة بها: فقيل تصح إذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة إما بحق أو باطل، ولهذا قلنا:

إن من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور، وينبغي أن من قال الكفالة ضم في الدين يمنعها هنا، ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بصحتها أو يمنعها بناء على أنها في المطالبة بالدين أو مطلقاً هـ: أي فإن قال بالدين منعها، وإن قال مطلقاً: أي بالدين وغيره أجازها. قوله: (حتى لو

[467]

أخذت الخ) تأييد للقول بجواز الكفالة بها، فإنها إذا أخذت من الأكار وجاز له الرجوع بها بلا كفالة فمع الكفالة بالأولى، لكن في البزاية: لا يرجع الأكار في ظاهر الرواية، وقال الفقيه. يرجع وإن أخذ من الجار لا يرجع. وزاد في جامع الفصولين: أن أحد الشريكين لو أدى الخراج يكون متبرعاً. نعم في آخر إجازات القنية برمز ظهير الدين المرغيناني وغيره: المستأجر إذا أخذ منه الجباية الراتبية على الدور والحوانيت يرجع على الأجر، وكذا الأكار في الأرض، وعليه الفتوى هـ. قوله: (وعليه الفتوى) راجع لقوله: ولو بغير حق وكذا المسألة الأكار كما علمت. وفي البحر: وظاهر كلامهم ترجيح الصحة: أي في كفالة النوائب بغير حق، ولذا قال في إيضاح الإصلاح، والفتوى على الصحة. وفي الخانية: الصحيح الصحة، ويرجع على المكفول عنه إن كان بأمره هـ. وعليه مشى في الاختيار والمختار والملتقى. نعم صحح صاحب الخانية في شرحه على الجامع الصغير عدم الصحة وكذلك أفتى في الخيرية بعدم الصحة مستنداً لما في البزاية والخلاصة من أنه قول عامة المشايخ، ولما في العمادية من أن الأسير لو قال لغيره خلصني فدفعت المأمور 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 ويحرم تقريره وفي القول بصحة تقريره هـ ملخصاً. 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 متفرقات البيوع، وأما قوله: والعلة فيه الخ فهو مدفوع بما رأته في هامش نسختي المنح بخط بعض العلماء وأظنه السيد الحموي، مما حاصله أن المراد من صحة الكفالة بالنوائب رجوع الكفيل على الأصل لو كانت الكفالة بالأمر، لا أنه يضمن لطالبها الظالم لأن الظلم يجب إعدامه ولا يجوز تقريره. فلا تغتر بظاهر الكلام هـ. وهو تنبيه حسن، ولهذا لم يذكروا الرجوع على الكفيل بل اقتصرنا على بيان الرجوع على الأصل لو الكفالة بأمره، وليس في هذا تقرير الظلم بل فيه تحقيقه، لأن لولا الكفالة يحبس الظالم المكفول ويضربه ويكلفه بيع عقاره وسائر أملاكه بثمن بخس، أو بالاستدانة بالمرابحة 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 قوله النهر. وفي الخانية: قضى نائبة غيره بأمره رجوع عليه وإن لم يشترط الرجوع وهو الصحيح، وقيده شمس الأئمة الخ: أي قيد قوله بأمره، وهذا التقيد ظاهر إذ لا خفاء أن أمر المكره غير معتبر. فرع: في مجموع النوازل: جماعة طمع الوالي أن يأخذ منهم شيئاً بغير حق فاختمى بعضهم وظفر الوالي ببعضهم فقال المختفون لهم لا تطلعوه علينا وما أصابكم فهو علينا بالحصص، فلو أخذ منهم شيئاً فلهم الرجوع، قال هذا مستقيم على قول من جوز ضمان الجباية، وعلى قول عامة المشايخ لا يصح. فتح. قوله: (لم يعتبر لما أمره بالرجوع) الاضوب في الرجوع كما هو في البحر وغيره عن العناية للاكمل. فالباء بمعنى في متعلقة بيعتبر لا بأمره، ليس المراد أنه أمره بالرجوع عليه بل أمره بقضاء النائبة وإن لم يشترط الرجوع، وحينئذ فالمعنى أنه إذا كان مكرها بالأمر بالقضاء لم يعتبر

[468]

أمره في حق الرجوع لفساد الأمر بالأكراه فلا رجوع للمأمور عليه. قوله: (بلا شرط) أي بلا شرط الرجوع. قوله: (على الصحيح) مخالف لما قدمه في النفقات من أن الصحيح عدم الرجوع، وبه يفتى، ففيه اختلاف التصحيح كما ذكرناه أنفاً. قوله: (على هامشها) أي هامش البزاية وفي القاموس: الهامش حاشية الكتاب. مولد. تمة: من أصحابنا من قال: الأفضل أن يساوي أهل محلته في إعطاء النائبة. قال

القاضي: هذا كان في زمانهم لانه على إعانة على الحاجة والجهاد، أما في زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلماً، ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له .نهر. وتماحه في الفتح. ونقل في القنية أن الاولى الامتناع إن لم يحمل حصته على الباقيين، وإلا فالاولى عدمه. ثم قال: وفيه إشكال لان الاعطاء إعانة للظالم على ظلمه. قوله: (أي النصيب من النائية) أي حصة الشخص منها إذا قسمها الامام. فتح قوله (وقيل هي النائية الموظفة) والمراد بالنوائب ما هو منها غير راتب فتغابرا فتح قوله: (وقيل غير ذلك) قال في النهر: وقيل هو أن يقسم ثم يمنع أحد الشريكين قسم صاحب. وقال الهندواني: هي أن يمتنع أحد الشريكين من القسمة فيضمنه إنسان ليقوم مقامه فيها. قوله: (فإنه أمن) بقصر الهمة على تقدير مضاف: أي ذو أمن أو يمدّها على صورة اسم الفاعل بمعنى المفعول كساحل بمعنى مسحول أو بمعنى أمن سالكه مثل نهاره صائم، وعلى الوجهين عيشة راضية .قوله: (لم يضمن) مثله كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات لا ضمان عليه، وكذا لو أخبره رجل أنها حرة فتزوجها ثم ظهرت مملوكة فلا رجوع بقيمة الولد على المخبر. أشباه ط. قوله: (والمسألة بحالها) أي فسلكه وأخذ ماله ط. قوله: (ضمن) أما لو قال له إن أكل ابنك سبع أو أتلّف مالك سبع فأنا ضامن لا يصح. هندية. لما تقدم من 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 إنه غره لان الغرور يوجب الرجوع إذا كان بالشرط أبو السعود. ط. ولذا أعقبه الشارح بذكر الاصل، لكن يأتي أن ضمان الغرر في الحقيقة هو ضمان الكفالة. ثم اعلم أن المصنف في ذكر هذه المسألة صاحب الدرر عن العمادية، وعزاها البيري إلى الذخيرة بزيادة أن المكفول عنه مجهول، ومع هذا جوزوا الضمان ا ه. لكن قال في الثالث والثلاثين من جامع الفصولين برمز المحيط: ما ذكر من الجواب مخالف لقول القدوري: من قال لغيره من غصبك من الناس أو من بايعت من الناس فأنا ضامن لذلك فهو باطل ا ه. وأجاب في نور العين بأن عدم الضمان في مسألة القدوري لعدم التغير فظهر الفرق .

قلت: لكن في البزاية: وذكر القاضي بايع فلانا على أن ما أصابك من خسران فعلي أو قال لرجل إن هلك عينك هذا فأنا ضامن لم يصح ا ه. إلا أن يجاب بأن قوله: بايع فلانا لا تغير فيه لعدم العلم بحصول الخسران في المبايعه 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 ولا صنع فيه للمأمور، فقد تحقق فيه التغير، فإذا ضمنه الأمر نسا رجع عليه، ولعلمهم أجازوا الضمان فيه مع جهل المكفول عنه زجرا عن هذا الفعل كما في تضمين الساعي، والله سبحانه أعلم. قوله: (في ضمن المعاوضة) فيرجع على البائع بقيمة الولد إذا استحققت بعد الاستيلاد، وبقيمة البناء بعد أن يسلم البناء إليه، واحترز عما إذا كان في ضمن عقد التبرع كالهبة والصدقة. قوله: (أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نسا) أي كمسألة المتن الثانية فإنه نص فيها على الضمان، بخلاف الاولى وتماه عبارة الدرر: حتى لو قال الطحان لصاحب الحنطة اجعل الحنطة في الدلو فذهب من ثقبه ما كان فيه إلى الماء والطحان كان عالما به يضمن، لانه صار غارا في ضمن العقد، بخلاف المسألة الاولى لان ثمة ما ضمن السلامة بحكم العقد وهنا العقد يقتضي السلامة، كذا في العمادية ا ه. وأراد بالاولى قوله: اسلك هذا الطريق فإنه أمن، ويظهر من التعليل أن قوله: حتى لو قال الخ تغريب على الاصل الاول، وقوله: إن كان عالما به أي بثقب الولد يشكل عليه مسألة الاستحقاق. قوله: (وتماه في الاشباه) ذكرناه في آخر باب المراجعة وتكلمنا عليه هناك فراجع. قوله: (هو ضمان الكفالة) أما في الاصل الثاني فهو ظاهر، لان شرطه أن يذكر الضمان نسا، وأما في الاول فلان عقد المعاوضة يقتضي السلامة، فكانه بسبب أخذ العوض ضمن له سلامة المعوض. قوله: (لو كفالته حالة (ينبغي أن يجري فيه ما سيذكره الشارح آخر الباب عن المحيط. قوله: (ليخلصه بأداء أو إبراء) أي بأن يؤدي المال إليه أو إلى الطالب أو بأن يتكلم مع الطالب ليبرئ الكفيل. قوله: (يرده إليه) في بعض النسخ برده بالباء الموحدة وهي أحسن فهو متعلق بيبخله: أي برد نفسه وتسليمها إلى الطالب. قوله: (أي ولو بأمره) لان الكفيل بلا أمر متبرع ليس له مطالبة الاصيل بمال ولا نفس، حتى إنه لا يأثم بالامتناع من تسليم نفسه معه كما مر سابقا. قوله: (من قام عن غيره بواجب بأمره الخ) الظاهر أن المراد بالواجب اللازم شرعا أو عادة ليصح استثناء التعويض عن الهبة ونفس الهبة، إلا أن يكون لفظ إلا بمعنى لكن، وقوله: بأمره متعلق بقام. قوله: (أمره بتعويض عن هبته) أي أمر

الموهوب له رجلا أن يعوض الواهب عن هبته. قوله: (وبإطعام الخ) وكذا لو قال أحجج عني رجلا أو أعتق عني عبدا عن ظهاري خانية

[470]

فالمراد الواجب الاخرى. قوله: (وبأن يهب فلانا) فلو قال هب لفلان عني ألفا تكون من الأمر ولا رجوع للمأمور عليه ولا على القابض وللأمر الرجوع فيها والدافع متطوع، ولو قال على أي ضامن ضمن للمأمور وللأمر الرجوع فيها دون الدافع. خانية. قوله: (في كل موضع الخ) فالمشتري أو الغاصب إذا أمر رجلا بأن يدفع الثمن أو بدل الغصب إلى البائع أو المالك كان المدفوع إليه مالكا للمدفع بمقابلة مال هو المبيع أو المغصوب، 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 بالاحجاج عنه ونحوه فإنه ليس بمقابلة مال فلا رجوع للمأمور على الأمر إلا بشرط الرجوع، ويرد عليه الأمر بالانفاق عليه، فإنه قدم أنه يرجع بلا شرط مع أنه ليس بمقابلة ملك مال، وكذا الأمر بأداء النوائب وتخليص الأسير على ما مر. هذا، وسيذكر 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 بالانفاق، وانظر ما حررناه في تنقيح الحامدية. قوله: (الكفيل للمختلعة الخ) صورته: خالعت زوجها على مهرها مثلا ولها عليه دين فكلفه به لها رجل ثم جددا عقد النكاح بينهما لا يبرأ الكفيل لعدم ما يسقط ما ثبت عليه بالكفالة أفاده ط. قوله: (ثوب الخ) تابع صاحب الملتقط في ذكر هذه الفروع في الكفالة لمناسبة الضمان، وإلا فمحلها الوديعة أو الاجارات. قوله: (لا ضمان عليه) هذا لو ضاع منه، أما لو قال لا أدري في أي حانوت وضعت ضمن نقله بعض المحشين عن الخانية. وذكر الشارح نحوه آخر الوديعة. قوله: (وانتفا على الثمن) أي قبل العقد فيكون مقبوضا على سوم الشراء. قوله: (ضمن الدلال بالاتفاق) أقول: هذا إذا وضعه أمانة عند صاحب الدكان، أما لو وضعه عنده ليشتره ففيه خلاف مذکور في الثالث والثلاثين من جامع الفصولين، فقليل يضمن 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 الاجارات. قوله: (برئ) لأنه كغاصب الغاصب إذا رد على الغاصب يبرأ، وإنما يبرأ لو أثبت رده بحجة جامع الفصولين. قوله: (لأنه يصير عاملا لنفسه) إذ ولاية القبض له والضامن يعمل لغيره ط. فلو أن وكيل البيع ضمن الثمن لموكله وأدى يرجع، ولو أدى بلا ضمان لا يرجع كما

[471]

في الفصولين وقد مر. قوله: (إلا لعمال بيت المال) أي إذا كان يرده 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: * (اجعلني على خزائن الأرض) * (يوسف: 55) قال: أخرج ابن أبي حاتم والحاكم عن أبي هريرة قال: استعملني عمر على البحرين ثم نزعني وغرمني اثني عشر ألفا، ثم دعاني بعد إلى العمل فأبيت، فقال لم؟ وقد سأل يوسف العمل وكان خيرا منك، فقلت: إن يوسف عليه السلام نبي ابن نبي ابن نبي ابن نبي، وأنا ابن أمية وأخاف أن أقول بغير علم وأفني بغير علم وأن يضرب ظهري ويشتم عرضي ويؤخذ مالي أ ه بحر. قلت: ولعل مذهبه أن هدية العمال جائزة، بخلاف مذهب عمر رضي الله تعالى عنه، فلذا غرمه. قوله: (ويلحق بهم الخ) قال السيد الحموي: هذا مما يعلم ويكتف، ولا تجوز الفتوى به لأنه يكون ذريعة إلى ما لا يجوز، وذلك لأن حكام زماننا لو أفتوا بهذا وصادروا من ذكر لا يردون الأموال إلى الاوقاف وإن علمت أعيانها ولا لبيت المال بل بصرفونها فيما لا يليق ذكره، فليكن هذا على ذكر منك أ ه. قلت: والفاعل لهذا عمر وأين عمر ط. قوله: (وفي التلخيص الخ) قدمنا عند قوله: ولو أبرأ الاصيل أو آخر عنه برئ الكفيل ولا ينعكس أن هذا مخالف لما في كل الكتب، ولا يجوز العمل به بل يتأخر عن الكفيل فقط دون الاصيل. قوله: (وقدمنا) أي قبيل فصل القرض، وذكرنا هناك أيضا ما فيه كفاية. قوله: (وسيجيئ) أي في فصل الحبس من كتاب القضاء. قوله: (وليس للدائن منعه الخ) وكذا ليس له أن يطالبه بإعطاء الكفيل وإن قرب حلول الاجل كما في الاقضية. وذكر في المنتقى: يطالبه بإعطاء الكفيل وإن كان الدين مؤجلا، وتماهه في التاسع والعشرين من نور

العين. وفصل في القنية بأنه إن عرف المديون بالمطل والتسويق يأخذ الكفيل وإلا فلا ه. فالأقوال ثلاثة. قوله: (واستحسن الخ) وفي الظهيرية: قالت زوجي يريد أن يغيب فخذ بالنفقة كفيلًا لا يجيبها الحاكم إلى ذلك لأنها لم تجب بعد، واستحسن الامام الثاني أخذ الكفيل رفقا بها، وعليه الفتوى. ويجعل كأنه كفيل بما ذاب لها عليه ه. بحر. عند قوله وتصح بالنفس وإن تعددت. قال في النهر وظاهره يفيد أنه يكون كفيلًا بنفقتها عند الثاني ما دام غائبًا، ووقع في كثير من

[472]

العبارات أنه استحسن أخذ الكفيل بنفقة شهر. وقد قال كما في المجمع: لو كفّل لها بنفقة كل شهر لزمته ما دام النكاح بينهما عند أبي يوسف، وقالوا: يلزمه نفقة شهر ه. وقدم الشارح نحو هذا عن الخانية عند قول المصنف وبما بايعت فلانا فعلي لكن هذا فيما لو كفّل 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 يمكث في السفر أكثر من شهر يأخذ الكفيل بأكثر من شهر عند أبي يوسف ه. قوله: (وقاس عليه الخ) في البحر عن المحيط بعدما مر عن أبي يوسف: لو أفتى بقوله الثاني في سائر الديون بأخذ الكفيل كان حسنا رفقا بالناس ه. قال: وفي شرح المنظومة لابن الشحنة: هذا ترجيح من صاحب المحيط ه. 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 ه. قلت: ورأيت بخط شيخ مشايخنا التركماني، وتعليل الفرق 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 الاجل، إذ ربما يصرف في السفر أكثر من دينه، فلو أفتى بقول صاحب المحيط وحسام الدين الشهيد والمنتقى والمحبية كان حسنا وفيه حفظ لحقوق العباد من الضياع والتلف خصوصا في هذا الزمان ه. ونحوه في مجموعة السائحاني، وإليه يميل كلام الشارح بقريئة الاستدراك عليه وفي البيري عن خزانة الفتاوى: يأخذ كفيلًا أو رهنا بحقه، وإن كان ظاهر المذهب عدمه، لكن المصلحة في هذا لما ظهر من التعنت والجور في الناس ه. 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 وأراد وأعمل الثاني وأضمر للاول مرفوعه، ولو أعمل الاول لوجب أن يقال وأراده بإبراز الضمير، فافهم. قوله: (ثم الكفيل الخ) تقدم هذا أيضا عند قول المصنف وإذا حل على الكفيل بموته لا يحل على الاصيل. قوله: (من قبل ما التأجيل تم) ما مصدرية. والتأجيل فاعل لفعل محذوف دل عليه المذكور وهو تم فافهم، والله سبحانه أعلم.

[473]

باب كفالة الرجلين شروع فيما هو كالمركب بعد الفراغ من المفرد ط. قوله : (بأن اشتريا منه عبدا بمائة) أشار إلى استواء الدينين صفة وسببا، فلو اختلفا صفة بأن كان ما عليه: أي ما على المؤدي مؤجلا وما على صاحبه حالا، فإذا أدى صح تعيينه عن شريكه ورجع به عليه، وعلى عكسه لا يرجع، لان الكفيل إذا عجل دينا مؤجلا ليس له الرجوع على الاصيل قبل الحلول، ولو اختلف سببهما نحو أن يكون ما على أحدهما فرضا وما على الآخر ثمن مبيع فإنه يصح تعيين المؤدي، لان النية في الجنسيتين المختلفتين معتبرة، وفي الجنس الواحد لغو. بحر عن الفتح. قوله: (وكفّل كل عن صاحبه) فلو كفّل أحدهما عن صاحبه دون الآخر وأدى الكفيل فجعله عن صاحبه فإنه يصدق. بحر. قوله: بأمره وإلا فلا رجوع بشئ أصلا قوله: (زائدا على النصف) المراد أن يكون زائدا على ما عليه ولو كان دون النصف أو أكثر ط. قوله: (لرجحان جهة الاصاله على النيابة) لان الاول دين عليه، والثاني مطالبة بلا دين. ثم هو تابع فوجب صرف المؤدي إلى الأقوى حتى على القول بجعل الدين على الكفيل مع المطالبة فإن ما عليه بالاصالة أقوى، فإن من اشترى في مرض موته شيئا كان من كل المال ولو مديونا، ولو كفّل كان من الثلث إلا إذا كان مديونا فلا يجوز، أفاده في الفتح. قوله: (لأدى إلى الدور) لان لو جعل شئ من المؤدى عن صاحبه فلصاحبه أن يقول: أداؤك كأدائي، فإن جعلت شيئا من المؤدى عني ورجعت علي بذلك فلي أن أجعل المؤدى

عنك كما لو أدت بنفسه فيفضي إلى الدور .كذا في الكفاية. وذكر في الفتح أنه ليس المراد حقيقة الدور، فإنه توقف الشيء على ما توقف عليه، بل اللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع إلى المؤدي إليه، وتتامه فيه قوله: (كل واحد منهما بجميعه منفردا) قيد بقوله: بجميعه للاحتراز عما لو تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل عن صاحبه، فهي كالمسألة الأولى في الصحيح فلا يرجع حتى يزيد على النصف، ويقول: منفردا وهو حال من كل للاحتراز عما لو تكفلا عن الاصيل بجميع الدين معا ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهو كذلك، لأن الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع كما في البحر وفي نور العين عن النهاية عن الشافعي: ثلاثة كفلا بألف يطالب كل واحد بثلاث الألف، وإن كفلا على التعاقب يطالب كل واحد بالألف، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي والمرغيناني والتمرناشي ا هـ. 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 برئوا جميعا ولا يرجع على صاحبه بشيء، ولو كان كل واحد كفيلا عن صاحبه رجع المؤدي عليهما بالثلثين ولصاحب المال أن يطالب كل واحد منهما بالألف، هذا إذا ظفر: أي المؤدي بالكفيلين، فإن ظفر بأحدهما رجع عليه بالنصف ثم رجعا على الثالث بالثلث ثم رجعا جميعا على الاصيل بالألف، وإن ظفر بالاصيل

[474]

قبل أن يظفر بصاحبه رجع عليه بجميع الألف ا هـ. قوله: (بالجميع) احتراز عما لو تكفل كل عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف فإنه كالأولى كما في البحر قوله: (وبهذه القيود) أي كون كفالة كل منهما عن الاصيل بالجميع وكونها على التعاقب وكون كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع أيضا. قوله: (خالفت الأولى) أي في الحكم، وإلا فالموضوع مختلف، فإن أصل الدين في الأولى عليهما لآخر، وفي الثانية على غيرهما وقد كفلا به. قوله: (رجع بنصفه على شريكه) أي ثم يرجعان على الاصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه. بحر. قوله: (لكون الكل كفالة هنا) أي ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر، فلا ترجيح للبعض على البعض ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة، بخلاف ما تقدم، وتتامه في الفتح. قوله: (أخذ الآخر) ضبطه في النهر بالمد وهو غير متعين ففي المصباح: أخذه الله أهلكه، وأخذه بذنبه عاقبة عليه، وأخذ بالمد مؤاخذه كذلك ا هـ. قوله: (بكله) لأن إبراء الكفيل لا يوجب إبراء الاصيل الثاني كفيل عنه بكله فيأخذه بكفله نهر. قوله: (ولو افترق المفاوضان) قيد بالمفاوضين، لأن شريكي العنان لو افترقا وثمة دين لم يأخذ الغريم أحدهما إلا بما يخصه. نهر. قوله: (أخذ الغريم) يطلق الغريم على من له الدين ومن عليه كما في ط عن الدستور. قوله: (لتضمنها الكفالة) ولا تبطل بالافتراق ط عن الاتقاني. قوله: (كما مر) أي في كتاب الشركة. قوله: (لما مر) أي في المسألة الأولى من أنه أصيل في النصف وكفيل في الآخر، فما أدى يصرف إلى ما عليه. بحق الاصلة، فإن زاد على النصف كان الزائد عن الكفالة فيرجع. نهر. قوله: (كتابة واحدة) بأن قال كاتبتكما على ألف إلى سنة، قيد بالواحدة لأنه لو كانت كلا على حدة فكفل كل منهما عن صاحبه ببدل الكتابة للمولى لا يصح قياسا واستحسانا ا هـ. كفاية. قوله: (صح استحسانا) والقياس أن لا يصح، لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل ذلك باطل فيكون شرطها في الكتابة مفسدا. وجه الاستحسان أن هذا عقد يحتمل الصحة بأن يجعل كل واحد في حق المولى كأن المال كله عليه وعق الآخر معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصلة لا بحكم الكفالة، وفي الحقيقة المال مقابل بهما حتى يكون منقسما عليهما، ولكننا قدرنا المال على كل واحد منهما تصحيفا للكتابة وفيما وراء ذلك العبرة للحقيقة. كفاية. قوله: (المعتق) مبني للمجهول والآخر معطوف عليه منصوبان على البدلية من أيا شاء أو مرفوعان بفعل محذوف دل عليه المذكور، أو على الابتداء والخبر محذوف: أي مؤاخذه. قوله: (لكفالاته)

[475]

أي 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

حق مولاه الخ) أفاد أن حكم ما يظهر وهو ما يؤخذ به للحال كذلك بالاولى كدين الاستهلاك عيانا وما لزمه بالتجارة بإذن المولى، وجعله الزيلعي قيدا احترازيا وهو سهو. بحر. قوله: (لزمه بإقراره) أي وكذبه المولى. بحر. قوله: (أو استقراض) أي أو بيع وهو محجور عليه. بحر. قوله: (لحلولة على العبد (لوجود السبب وقبول الذمة. بحر قوله: (وعدم مطالبته لعسرته) إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين به. فتح قوله: (والكفيل غير معسر) فالمانع الذي تحقق في الاصيل منتف عن الكفيل مع وجود المقتضي وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال، كما لو كفل عن مفلس أو غائب يلزمه في الحال مع أن الاصيل لا يلزمه، وتماه في الفتح. قوله: (ويرجع بعد عتقه) لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيل لقيامه مقامه بحر، وقوله: لو بأمرة أي لو كانت الكفالة بأمر العبد. وبقي ما لو كفل بدين الاستهلاك المعايين: قال في الفتح: ينبغي أن يرجع قبل العتق إذا أدى لأنه دين غير مؤخر إلى العتق فيطالب السيد بتسليمه رقبته أو القضاء عنه، وبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبد أو السيد؟ وقوى عندي الثاني لأن الرجوع في الحقيقة على السيد ا هـ. قال في النهر: ورأيت مقيدا عندي أن ما قوي عنده هو المذكور في البدائع. قال ط. فلو كانت بأمر العبد لا يرجع عليه إلا بعد العتق. فالحاصل: أن ضمان العبد فيما لا يؤخذ به حالا صحيح، والرجوع عليه بعد العتق: إن كان بأمرة وضمانه فيما يؤخذ به حالا إن كان بأمر السيد صح ورجع به حالا عليه، وإن كان بأمر العبد صح ورجع به عليه بعد العتق، كذا يؤخذ من كلامهم ا هـ. قوله: (كما من) أي عند قول المتن ولا ينعكس من قوله: نعم لو تكفل بالحال مؤجلا تأجل عنهما الخ. قوله: (فمات العبد) بأن ثبت موته ببرهان ذي اليد أو بتصديق المدعي فلو لم يكن ثمة برهان ولا تصديق لم يقبل قول ذي اليد أنه مات بل يحبس هو والكفيل، فإن طال الحبس ضمن القيمة، وكذا الوديعة المجحودة نهر عن النهاية. قوله: (فبرهن المدعي) قيد بالبرهان، لأنه لو ثبت ملكه بإقرار ذي اليد أو بنكوله لم يضمن شيئا. نهر. قوله: (لجوازها بالاعيان المضمونة) أي بنفسها وفيها يجب على ذي اليد رد العين، فإن هلكت وجب رد القيمة. قوله: (ولو ادعى على عبد مالا) أي معلوم القدر، بأن قال أخذ مني كذا بالغصب أو استهلكه ط. قوله: (برئ الكفيل) أي كل لو كان المكفول بنفسه حرا .

قال في النهر: وأعلم أن هاتين المسألتين مكررتان، أما الاولى فلاستفادتها من قوله فيما مر ومغصوب، وأما الثانية فلما قدمه من أن الكفالة بالنفس تبطل بموت المطلوب اهـ. قال في البحر: لكن ذكر الثانية هنا لبيان الفرق بينها وبين الاولى، وهو ظاهر لأن المكفول به في الاولى رقبة العبد وهي مال، وهي لا تبطل بهلاك المال بخلاف الثانية قوله: (ولو كفل عبد غير مديون مستغرق الخ) بحر مستغرق بكسر الراء على أنه صفة لمديون، ونسبه الاستغراق إليه مجاز لأن الدين استغرقه: أي استغرق رقبته ومات في يده أو بفتح الراء، وقيد به لأنه لو كان عليهن دين مستغرق لم تلزمه الكفالة في رقه فإذا عتق لزمته، كذا في كافي الحاكم أي لأن حق الغرماء مقدم وحققهم في قيمة رقبته يبيعونه بدينهم إن لم يفده سيده وبعد العتق صار الحق في ذمته. وأما إذا كان دينه غير مستغرق فالظاهر أنه يقدم دين الغرماء والباقي للكفالة كما لو كفل عن غير سيده. قال في الكافي: 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 وبيع في دين الكفالة وإن كان عليهن دين بدئ بدينه قبل دين الكفالة ويسعى المدبر وأم الولد في الدين اهـ. قوله (لأن الحق له) أي إذا لم يكن على العبد دين يكون الحق في ماليته لمولاه فصح إذنه له في كفالته قوله (إذا عتق فأذاه) (نص على المتوهم، فإنه إذا أذاه حال رقه لا يرجع بالاولى ط قوله (بأمرة) أي بأمر العبد، وهذا زاده في النهر، وقال: هذا القيد لا بد منه اهـ. ثم رأيت مذكورا في شرح الجامع لقاضيخان، ولا يخفى أنه إذا لم يرجع مع الأمر، فعدم الرجوع بدونه بالاولى، ولعل فائدته أنه محل الخلاف الآن في قوله (لانعقادها غير موجبة للرجوع الخ) جواب عن قول زفر بالرجوع لتحقيق الموجب له وهو الكافة بالأمر، والمانع هو الرق وقد مال كما في الهداية قوله (بعد ذلك) أي بعد انعقادها غير موجبة للرجوع قوله (كما لو كفل الخ) من تنمة الجواب، وهذه المسألة تقدمت عند قول المصنف في باب الكفالة ولو كفل بأمرة رجع عليه بما أدى الخ قوله (لما قلناه) أي من قوله لانعقادها غير موجبة الخ قوله (من سائر أمواله) بخلاف ما إذا لم يكفل فإنه لا يلزمه عينا إلا أن يسلمه لبيع، وقد لا يفى ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء إلى تمام الدين وبالكفالة

يصلون فتح قوله) برقبته) أي فيثبت لهن بيعه إن لم يفده المولى ولذا اشترط أن يكون مديونا كما مر وبدون الكفالة ليس لهم ذلك قوله (برقبته) أي فيثبت لهم بيعه إن لم يفده المولى ولذا اشترط أن لا يكون مديونا كما مر وبدون الكفالة ليس لهم ذلك قوله (وهذا) أي قوله فائدة كفالة المولى الخ قوله (في شرحه) وأثبتته شرحا وهو موجود فيما من رأيته من نسخ المتن المجردة ط، والله سبحانه أعلم .

[477]

كتاب الحوالة كل من الحوالة والكفالة عقد التزام ما على الاصيل للتوثق، إلا أن الحوالة تتضمن إبراء الاصيل إبراء مقيدا كما سيحى، فكانت كالمركب مع المفرد، والثاني مقدم فلزم تأخير الحوالة. نهر. قوله: (هي لغة النقل) أي مطلقا لدين أو عين، وهي اسم من الاحالة، ومنه يقال: أحلت زيدا على عمرو، فاحتال: أي قبل. وفي المغرب: تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل، وهو نقل الشئ من محل إلى محل، وتماه في الفتح. قوله: (وشرعا نقل الدين الخ) أي مع المطالبة، وقيل: نقل المطالبة فقط، ونسب الزيلعي الاول إلى أبي يوسف والثاني إلى محمد. وجه الاول دلالة الاجماع، على أن المحتال لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهبه منه صح، ولو أبرأ المحيل أو وهبه لم يصح، وحكي في المجمع خلاف محمد في الثانية، ووجه الثاني دلالة الاجماع 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 الابراء والهبة، وكذا المحال لو أبرأ المحال عليه لم يرجع على المحيل، وإن كانت بأمرة الكفالة، 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 عود الدين بالتوى، وعلى جبر المحال على قبول الدين من المحيل وعلى قسمة الدين بين غرماء المحيل بعد موته 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 اعتبرت الحوالة تأجيلا إلى التوى في بعض الاحكام وجعل النقل للمطالبة وفي بعضها اعتبرت إبراء وجعل النقل للدين أيضا، وتماه التوجيه في البحر. وفي الحامدية عن فتاوي قارئ الهداية: إذا أحال الطالب إنسانا على مديونه وبالدين كفيل برئ المديون من دين المحيل وبرئ كفيله، وبطالب المحتال الاصيل لا الكفيل، لانه لا يضمن له شيئا لكنها براءة موقوفة، وكذا إذا أحال المرتهن بدينه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن ولا يكون رهنا عند المحتال ا هـ. وفي هذه المسألة المرتهن هو المحيل وفيما مر هو المحتال، وعلمت وجه الفرق بينهما، ويأتي أيضا ومسألة الكفالة في البازية وفيها: لو أحال الكفيل الطالب بالمال على رجل برئ الاصيل والكفيل، إلا أن يشترط الطالب براءة الكفيل فقط فلا يبرأ الاصيل. قوله: (والدائن محتال ومحتال له الخ) يعني يطلق عليه هذه الالفاظ الاربعة في الاصطلاح. درر. وظاهره أن اللغة بخلافه، ولذا قال في المعراج: قولهم للمحتال له لغو، لانه لا حاجة إلى هذه الصلة زاد في الفتح بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه، فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه ا هـ .

[478]

قلت: ويمكن تصحيح كلامهم، وذلك أن الحوالة لغة بمعنى النقل مطلقا كما مر، فالمديون يدفع الطالب عن نفسه ويسلطة على غريمه، وفي الاصطلاح نقل الدين وهو من أفراد المعنى اللغوي أيضا، فعلى الاول يقال: محتال لا غير وعلى الثاني محتال له لا غير، لان المحيل بمعنى الناقل، والمحال عليه بمعنى المنقول عليه الدين، والدين منقول والطالب محال له: أي منقول لاجله، ولو قيل محال بمعنى منقول لم يصح، لان المنقول هو الدين على هذا الوجه، بخلافه على الاول فإن

المنقول هو ذات الطالب، وبهذا ظهر أن قولهم محتال ومحتال له مبني على اختلاف المراد في المنقول هل هو ذات الطالب أو دينه، فافهم، نعم يصح على الثاني أن يقال فيه محتال بطريق المجاز: أي محتال دينه، وبه ظهر أنه لا لغو في كلامهم، فاعتنم هذا التقرير. قوله: (وبزاد خامس وهو حويل) عبارة الفتح: ويقال للمحتال 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: فلعله يطلق عليهما. قوله: (فالفرق بالصلة) أي باختلافها وهي اللام في الاول، وعلى في الثاني، وهذا على وجودها في الاول وقد علمت وجه صحتها، وأما على حذفها المفاد بقوله: وقد تحذف فالمراد أن الفرق بالصلة وجودا وعدما 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 المكره، 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 المحتال العقل والرضا، وأما البلوغ فشرط النفاذ أيضا، فانهقد احتيال الصبي موقوفا على إجازة وليه إن كان الثاني أملا من الاول كاحتياال الوصي بمال اليتيم. ومن شرط صحتها المجلس قال في الخانية: والشرط حضرة المحتال فقط حتى لا تصح في غيبته إلا أن يقبل عنه آخر، وأما غيبة المحتال عليه فلا تمنع، حتى لو أحال عليه فبلغه فأجاز صح، وهكذا في البزازية، ولا بد في قبولها من الرضا، فلو أكره على قبولها لم تصح، وفي المحال به أن يكون ديننا لازما فلا تصح ببدل الكتابة كالكفالة ا هـ. قوله: (رضا الكل) أم رضا الاول فلان ذوي المروءات قد يأنفون تحمل غيرهم ما عليهم من الدين، فلا بد من رضاه، وأما رضا المحتال فلان فيها انتقال حقه إلى ذمة أخرى والذمم متفاوتة، وأما رضا الثالث وهو المحتال عليه فلانها إلزام الدين ولا لزوم بلا التزام. درر. قلت: نقل السائحاني عن لقطة البحر: إذا استندانت الزوجة النفقة بأمر القاضي لها أن تحيل على الزوج بلا رضاه. قوله: (فلا يشترط على المختار) هو رواية الزيادات قال فيها: لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر، بل فيه منفعة لان المحال عليه لا يرجع إذا لم يكن بأمره. درر قوله: (لرجوع 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 محمل رواية الزيادات. قوله: (لكن استظهر الاكمل الخ) أي في العناية، وهو توفيق آخر بين روايتي

الزيادات والقُدوري، لكن لا بد فيه من ضميمة التوفيق الاول كما تعرفه. قوله: (شرط ضرورة) لانها إحالة وهي فعل اختياري ولا يتصور بدون الإرادة والرضا وهو محمل رواية القُدوري، وقوله: إلا 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 يخفى أنه على الثاني لا يثبت للمحال عليه الرجوع بما أدى، ولو كان عليه للمحيل دين لا يسقط إلا برضا المحيل فرجع إلى التوفيق الاول. قوله: (وأراد بالرضا القبول) أي الذي هو أحد ركني العقد فيشترط له المجلس، لان شرط العقد لا يتوقف على قبول غائب بل يلغو، بخلاف الرضا الذي ليس ركن عقد. قوله: (فإن قبولها الخ) ذكر في البحر أولا أن من الشروط مجلس الحوالة، وقال: وهو شرط الانعقاد في قولهما، خلافا لأبي يوسف فإنه شرط النفاذ عنده، فلو كان المحتال غائبا عن المجلس قبله الخبر فأجاز لم ينعقد عندهما خلافا له، والصحيح قولهما ا هـ. ثم قال هنا: وأراد من الرضا القبول في مجلس الايجاب لما قدمناه أن قبولهما في مجلس الايجاب شرط الانعقاد، وهو مصرح به في البدائع ا هـ. وما ذكره في البحر أولا هو عبارة البدائع، فقوله: لما قدمناه أن قبولهما الظاهر أن الميم فيه زائدة، وأن الضمير فيه مفرد عائد للحوالة، لان المتبادر من كلام البدائع أن اشتراط المجلس عندهما إنما هو في المحتال فقط بقربة التفريع، ويأتي قريبا ما يؤيده ا هـ. قوله: (لكن في الدرر وغيرها) أي كالخانية والبزازية والخلاصة. وعبارة الخانية: الحوالة تعتمد قبول المحتال له والمحال عليه، ولا تصح في غيبة المحتال له 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 قبل صحت الحوالة ا هـ. ومراده بالقبول في قوله: تعتمد قبول الخ، الرضا الاعم من القبول المشروط له المجلس بقربة 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 لخصه في النهر كما مر، وظاهره أن خلاف أبي يوسف في المحتال فقط، فعنده لا تشتط 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 قولهما المصحح فافهم. وبما قررناه ظهر أنه لا خلاف في اشتراط الرضا الاعم، وأن الخلاف في قبول المحتال في المجلس لا في رضاه، فلا ينافي ذلك قول المصنف شرط رضا الكل بلا خلاف الخ خلافا 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 ثانيتهما ياء التثنية، وفي عامة النسخ بياء واحدة على أنه جمع أريد به ما فوق الواحد، ثم لا يخفى أن اشتراط رضا المحيل مبني على رواية القدوري وهي خلاف المختار كما قدمه، فالاحسن عبارة الغرر متن الدرر وهي: وشرط حضور الثاني إلا أن يقبل فضولي له لا حضور الباقيين أ هـ. فلم يذكر اشتراط رضاهما فيصدق بكل من الروايتين. وقال في الدرر: أما عدم اشتراط حضور الاول، وهو المحيل فبان يقول رجل للدائن لك على فلان بن فلان ألف درهم فاحتل بها علي فرضي

الدائن فإن الحوالة تصح حتى لا يكون له أن يرجع، وأما عدم اشتراط حضور الثالث وهو المحتال عليه فبان يحيل الدائن على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة، كذا في الخانية. قلت: فلم يذكر في هذا التصوير رضا المحيل الغائب، وذكر في الثاني رضا المحتال عليه الغائب، وذلك مبني على رواية الزيادات المختارة كما مر. قوله: (وتصح في الدين) الشرط كون الدين للمحتال 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 وبرئ الاول والمال على الآخر كال كفالة من الكفيل أ هـ. فدخل في الدين دين الحوالة كما دخل دين الكفالة، فإن الكفيل لو أحال الطالب جاز كما يأتي. وفي البزازية: كل دين جازت به الكفالة جازت به الحوالة. وفي الهندية: ما لا 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 أيضاً بهذا اللفظ. بحر عن البزازية. قوله: (لا في العين) لأن النقل الذي تضمنته نقل شرعي، وهو لا يتصور في الاعيان، بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقلاً للوصف الشرعي وهو الدين. فتح. قال في الشرنبلالية: يرد عليه ما سيذكره من أنها تصح بالدراهم الوديعية إذ ليس فيها نقل الدين، وكذا الغصب على القول بأن الواجب فيه رد العين والقيمة مخلص، ودفع الايراد بأن الحوالة بالوديعية وكالة حقيقة أ هـ. قلت: فيه نظر لما سيأتي في الحوالة المقيدة بوديعية ونحوها أنه لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه، ولا المحتال عليه دفعها للمحيل، ولا يخفى أن الوكالة حقيقة تنافي ذلك، فالصواب في دفع الايراد أن النقل موجود، لأن المديون إذا أحال الدائن على المودع فقد انتقل الدين عن المديون إلى المودع وصار المودع مطالباً بالدين كأنه في ذمته فكانت حوالة بالدين لا بالعين. نعم لو أحال المودع رب الوديعية 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 الامام. وعبارة النهر: وبه عرف أن الحوالة على الامام 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 ديناً من زيد ثم أحاله به على الامام صحت الحوالة، سواء قيدها بأن يعطيه الامام من حقه من الغنيمة المحرزة أو لا، 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 أصلاً، وهكذا يقال في المستحق إذا استدان ثم أحال الدائن على الناظر، سواء قيد الحوالة بمعلومه الذي يد الناظر أو لا، فهي أيضاً من الحوالة بالدين لا بالحقوق. نعم لو أحال الامام الغازي أو أحال الناظر المستحق على آخر كان مظنة أن يقال إنها من الحوالة بالحقوق، لأن الغنيمة إذا أحرزت بدارنا يتأكد فيها حق الغانمين ولا تملك إلا بالقسمة، ولا يقال: إن الوارث إذا مات بعد الاحراز قبل القسمة يورث نصيبه فيقتضي الملك قبل القسمة. لانا 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 كلا من الغازي والمستحق لم يثبت له دين في ذمة الامام 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 بأن 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 تعتق للشركة العامة إلا إذا قسمت الغنيمة على الرايات فيصح للشركة الخاصة، وعلى هذا فإذا صارت الغلة في يد الناظر صارت أمانة عنده ملكا للمستحقين لهم مطالبته بها، ويحبس إذا امتنع من أدائها، ويضمنها إذا 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 دينا بذمته 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 محتالا، وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة، وأن ما ذكره الشارح عن النهر غير محرر، فافهم وتدبر واغنم تحرير هذا المقام، فإنه من فيض ذي الجلال والاکرام. قوله: (لا تصح) قد علمت أنه لا وجه له. قوله: (وهذا في الحوالة المطلقة ظاهر) لتصريحهم باختصاصها بالديون لا بتنازلها على النقل. نهر. قلت: وهذه حوالة بالدين وإن كانت مطلقة، بل الصحة فيها أظهر من عدمها لأن الحوالة المطلقة على ما يأتي أن لا يقيد 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 لا تكون من الحوالة بالحقوق، لأن المستحق إنما أحال دائنه بدين صحيح، بل هي حوالة بالدين مقيدة بما عند المحال عليه وهو الناظر. قوله: (كإحالة على المودع) بجامع أن كلا منهما أمين ولا دين عليه ط. قوله: (لأنها مطالبة) أي لأن الحوالة تثبت المطالبة ولا مطالبة على الناظر فيما لم يصل إليه من مال الوقف الذي قيدت الحوالة به. قوله: (انتهى) أي كلام البحر، وقوله: ومقتضاه الخ من كلام النهر أيضا، فافهم. قوله: (وعندي فيه تردد) نقله الحموي وأقره، ويؤيد الصحة ما ذكره في المغنم أنه يورث عنه لتأكد ملكه فيه، وقد وجد الجامع للقياس فيها وفي الوديع ط. قوله: (وبرئ المحيل من الدين الخ) أي 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 بالثمن لا يحبس المبيع، وكذا لو أحال الراهن المرتهن بالدين لا يحبس الرهن، ولو أحالها بصدقها لم تحبس نفسها،

بخلاف العكس: أي إحالة البائع غريمه على المشتري بالثمن أو المرتهن غريمه على الراهن أو المرأة على الزوج، والمذكور في الزيادات عكس هذا، وهو أن البائع والمرتته إذا أحالا سقط حقهما في الحبس، ولو أحالا لم يسقط، تمامه في البحر. قلت: ووجهه ظاهر، وهو أن البائع والمرتته إذا أحالا غريما لهما على المشتري أو الراهن سقطت مطالبتهم فيسقط حقهما في الحبس، بخلاف ما لو أحالا فإنه مطالبتهم باقية كما أوضحه الزيلعي. قال في البحر: وفي قوله: برئ المحيل إشارة إلى براءة كفيله، فإذا أحال الاصيل الطالب برئ، كذا في المحيط اه. وقوله: والمطالبة جميعا دخل فيه ما لو أحال المكفول له ونص على براءته فإنه يبرأ عن المطالبة، وإن أطلق الحوالة برئ الاصيل أيضا. نهر. وفي حاشية البحر للرملي: يؤخذ من براءة المحيل أن الكفيل لو أحال المكفول له على المديون بالدين المكفول به وقبله برئ، وهي واقعة الفتوى اه. وأطال في الاستشهاد له. قوله: (بالقبول من المحتال) اقتصر 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 صرفاً بأن كان دينه ذهباً فأحال عنه بفضة جاز إن قبل الغريم ناقداً في مجلس المحيل والمحتال، وتمامه في البحر عن تلخيص الجامع. قوله: (ولا يرجع المحتال على المحيل الخ) هذا إذا لم يشترط الخيار للمحال أو لم يفسخها المحيل والمحتال، أما إذا جعل للمحال الخيار أو أحاله على أنه 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 يملكان النقض فيبرأ المحتال عليه. وفي الذخيرة: إذا أحال المديون الطالب على رجل بألف أو بجميع حقه وقبل منه ثم أحاله أيضاً بجميع حقه على آخر وقبل منه صار الثاني نقضاً للاول وبرئ الاول ا هـ. بحر. قلت: وكذا تبطل لو أحال البائع على المشتري بالثمن ثم استحق المبيع أو ظهر أنه حر، لا لو رد بعيب ولو بقضاء، وكذلك لو مات العبد قبل القبض، وإذا مات المحال عليه مديوناً قسم ماله بين الغرماء وبين المحال بالحصص وما بقي له يرجع به على المحيل، وإن مات المحيل مديوناً فما قبض المحتال في حياته فهو له، وما لم يقبضه فهو بيه وبين الغرماء ا هـ ملخصاً من كافي الحاكم. قوله: (إلا بالتوى) وزان حصى وقد يمد. مصباح. يقال توى المال بالكسر يتوى توى وأتواه: غيره بحر عن الصحاح. قوله: (هالك المال) هذا معناه اللغوي، ومعناه الاصطلاحي ما ذكره المصنف. بحر. قوله: (لان براءته) أي براءة المحيل من الدين مقيدة بسلامة حقه: أي حق المحتال، واختلف المشايخ في كيفية عود الدين ف قيل بفسخ الحوالة: أي بفسخها المحتال كالمشتري إذا وجد بالمبيع عيباً، وقيل تنفسخ كالمبيع إذا هلك قبل القبض وقيل في الموت تنفسخ وفي الجحود لا تنفسخ، ولم أر أن فسخ المحتال هل يحتاج إلى الترافع عند القاضي؟ وظاهر التشبيه بالمشتري إذا وجد عيباً أنه يحتاج. نعم على أنها تنفسخ لا يحتاج فتدبره. نهر.

قلت: المشتري يستقل بالفسخ بخيار العيب بدون الترافع عند القاضي، وإنما الترافع شرط لرد البائع على بائعه بذلك العيب. قوله: (وقيده في البحر الخ) (وقال لما في الذخيرة: رجل أحال رجلاً له عليه دين على رجل ثم إن المحتال عليه أحاله على الذي عليه الاصل برئ المحتال عليه الاول، فإنه توى المال على الذي عليه الاصل لا يعود إلى المحتال عليه الاول ا هـ. قوله: (وبأحد أمرين الخ) (الضمير راجع للتوى، وهذا في الحوالة المطلقة، أما المقيدة بوديعة فيثبت له الرجوع بهلاكها كما يأتي. قوله: (أي لمحتال ومحيل) فقول: له أي لكل منهما كما في الفتح. قوله: (مفلساً) بالتخفيف يقال أفلس الرجل: إذا صار ذا فلس بعد أن كان ذا دراهم ودنانير، فاستعمل مكان افتقر ا هـ. كفاية ونهر عن طلبية الطلبة للعلامة عمر النسفي. قوله: (بغير عين) الاوضح أن يقول: بأن لم يترك عينا الخ: أي عينا تفى بالمحال به، وكذا يقال في الدين، ولا بد في الكفيل أن يكون كفيلاً بجميعه فلو كفّل البعض فقد توى الباقي كما لا يخفى ط. وكذا لو ترك ما يفى بالبعض فقد توى الباقي، وكذا لو مات مديوناً وقسم ماله بالحصص كما قدمناه أنفاً. قوله: (ودين) المراد به ما يمكن أن يثبت في الذمة بقرينة مقابلته بالعين، فيشمل النقود والمكيل والموزون. وفي الهندية عن المحيط: لو كان القاضي يعلم أن للميت ديناً على مفلس، فعلى قول الامام لا يقضي ببطلان الحوالة ا هـ: أي لان الافلاس ليس بتوى عنده لاحتمال أن يحدث له مال، فيكون المحال عليه قد ترك مالا حكماً وهو ما على مديونه المفلس. قوله: (وكفيل) فوجود الكفيل يمنع موته مفلساً على ما في الزيادات وفي الخلاصة لا يمنع. بحر. وتبعه في المنح، لكنني لم أر في الخلاصة ما عزاه إليها، بل اقتصر فيها على نقل عبارة الزيادات. نعم قال فيها: ولو مات المحتال عليه ولم يترك شيئاً وقد أعطى كفيلاً بالمال ثم أبرأ صاحب المال الكفيل منه له أن يرجع على الاصيل ا هـ. وهذه مسألة أخرى وقد جزم في الفتح وغيره بما في الزيادات بلا حكاية خلاف. تنبيه: في البحر عن البزازية: وإن لم يكن به كفيل، ولكن تبرع رجل ورهن به رهناً ثم مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل، ولو كان مسلطاً على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحال عليه مفلساً بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن ا هـ. وفي حكم التبرع بالرهن ما لو استعار المطلوب شيئاً ورهنه عند الطالب ثم مات مفلساً. شرنبلالية عن الخانية. قوله: (وقالا بهما) أي بالجحد والموت مفلساً. قوله: (وبأن فلسه الحاكم) أي في حياته، يقال فلسه القاضي: إذ قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله كفاية عن الطلبة، وهذا بناء على أن تغليس القاضي يصح عندهما، وعنده لا يصح لانه يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود بتغليس القاضي على المحيل. فتح. وتعذر الاستيفاء

لا يوجب الرجوع، ألا ترى أنه لو تعذر بغية المحتال عليه لا يرجع على المحيل، بخلاف موته مفلسا لخراب الذمة، فيثبت الفتوى، وتماهه في الكفاية، وظاهر كلامهم متونا وشروحا تصحيح قول الامام، ونقل تصحيحه العلامة قاسم ولم أر من صحح قولهما. نعم صححوه في صحة الحجر عن السفينة صيانة لما له كما سيأتي في بابه. قوله: (ولو اختلفا فيه) (بأن قال المحتال مات المحتال عليه بلا تركه وقال المحيل عن تركه. بزازية. قوله: (وكذا في موته قبل الاداء أو بعده) الاولى وبعده بالواو كما في

[484]

بعض النسخ، لان الاختلاف فيهما لا في أحدهما. قوله: (على العلم) أي نفي العلم بأن يحلف أنه لا يعلم يساره ط. وهذا في مسألة المتن. أما في الاختلاف في الموت قبل الاداء أو بعده فإنه يحلف على البتات لكونه على فعل نفسه وهو القبض. أفاده ح. قوله: (وهو العسرة) أي في المسألة الاولى وعدم الاداء في الثانية. قوله: (وقيل القول للمحيل بيمينه) لانكاره عود الدين، فتح. قوله: (طالب المحتال عليه المحيل الخ) أي بعد ما دفع المحال به إلى المحتال ولو حكما بأن وهبه المحتال من المحال عليه، لانه قيل الدفع إليه لا يطالبه إلا إذا طوّل، ولا يلزمه إلا إذا لوزم، وتماهه في البحر. قوله: (بأمره) قيد به، لانه لو قضاه بغير أمره يكون متبرعا ولو لم يدع المحيل ما ذكر ط. قوله: (مثل الدين) إنما لم يقل بما أداه، لانه لو كان المحال به دراهم فأدى دينار أو عكسه صرفا رجع بالمحال به، وكذا إذا أعطاه عرضا، وإن أعطاه زيوتا بدل الجياد رجع بالجياد، وكذا لو صالحه بشئ رجع بالمحال به إلا إذا صالحه عن جنس الدين بأقل فإنه يرجع بقدر المؤدي، بخلاف المأمور بقضاء الدين فإنه يرجع بما أدى، إلا إذا أدى أجود أو جنسا آخر. بحر. قوله: (لأنكاره) قال في البحر: لان سب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره، إلا أن المحيل يدعي عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر ا هـ. قوله: (فقال المحتال) فيه إيماء إلى أنه حاضر، فلو كان غائبا وأراد المحيل قبض ما على المحال عليه قائلا إنما وكلته يقبضه: قال أبو يوسف: لا أصدقه ولا أقبل بينته. وقال محمد: يقبل قوله كما في الخانية. ولو ادعى المحال أن المحال به ثمن متاع كان المحيل وكيفا في بيعه وأنكر المحيل ذلك فالقول له أيضا. نهر. قوله: (فالقول للمحيل) فيؤمر المحتال برد ما أخذه إلى المحيل، لان 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 في الوكالة) أي مجازا، ومنه قول محمد: إذا امتنع المضارب عن تقاضي الدين لعدم الربح يقال له أحل رب الدين: أي وكله. نهر. ولكن لما كان فيه نوع مخالفة للظاهر صدق مع يمينه كما في المنع. وأفاد في 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 ا هـ. قوله: (بماله) الاظهر أن ما موصولة أو موصوفة واللام جارة، ويحتمل أنها كلمة واحدة مجرورة بكسرة اللام. قوله: (ودیعة) المراد بها الامانة كما عبر في الفتح وغيره. قال ط: فيعم العارية والموهوب إذا تراضيا على رده أو قضى القاضي به والعين المستأجرة إذا انقضت مدة الاجارة. قوله: (صحت) لانه أقدر على القضاء لتيسر ما يقضي به وحضوره بخلاف الدين، فتح. قوله: (فإن هلكت الوديعة) قيد بهلاك الوديعة

[485]

لان الحوالة لو كانت مقيدة بدين ثم ارتفع ذلك الدين لم تبطل على تفصيل فيه. بحر. ويأتي بعضه. قوله: (برئ المودع) ويثبت الهلاك بقوله. نهر. واستحقاق الوديعة مبطل للحوالة كهلاكها كما في الخانية، ولو لم يعط المحال عليه الوديعة وإنما قضى من ماله كان متطوعا قياسا لا استحسانا، كذا في المحيط. وفي التاترخانية: لو وهب المحتال الوديعة من المحال عليه صح التملك، لانه لما كان له حق أن يملكها كان له حق أن يملكها. بحر. قوله: (وعاد الدين على المحيل) لانه نوى حقه، وأما ما سبق من أن التوي بوجهين عنده وثلاثة أوجه عندهما، ففي الحوالة المطلقة فلا يرد شئ بهذا الوجه الرابع. يعقوبية. قوله: (لان مثله يخلفه) أراد بالمثل البدل ليشمل القيمي. قال في الفتح: فإذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه، لان الواجب على الغاصب رد العين، فإن عجز رد المثل أو القيمة، فإذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ، لان له خلفا والفوات إلى خلف كلا فوات، فبقيت

متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال ا هـ. فلو استحق المغصوب بطلت لعدم ما يخلفه كما في الدرر. قوله: (وتصح أيضا بدين خاص) بأن يحيله بدينه الذي له على فلان المحال عليه. فتح. وفي الخلاصة عن التجريد: لو كان للمحيل على المحتال عليه دين فأحال به مطلقاً ولم يشترط في الحوالة أن يعطيه مما عليه فالحوالة جائزة ودين المحيل بحاله وله أن يطالبه به ا هـ. ومثله في البزازية ومقتضاه أنها لا تكون مقيدة ما لم ينص على الدين. قوله: (ثلاثة أقسام) أي مقيدة بعين أمانة أو مغصوبة أو بدين خاص. قوله: (وحكمها الخ) أي حكم المقيدة في 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 يضمه للمرتهن لأنه يستحقه. فتح. قوله: (مع أن المحتال الخ) (يعني أن هذه الأموال إذا تعلق بها حق المحتال كان ينبغي أن لا يكون المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته كما في الرهن مع أنه أسوة لهم، لأن العين، التي بيد المحتال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصير مملوكاً للمحال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقة، لأن الحوالة ما وضعت للملك بل للنقل فيكون بين الغرماء، وأما المرتهن فملك المرهون يدا وحسباً، فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه ا هـ درر. قال في البحر: وإذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال على المحال عليه بحصة الغرماء لاستحقاق الدين الذي كان عليه، ولو مات المحيل وله ورثة لا غرماء استظهر البحر، وأقره من بعده أن الدين المحال به قبل قبض المحتال يقسم بين الورثة بمعنى أن لهم المطالبة به دون المحتال فيضم إلى تركته ا هـ. وحينئذ فيتبع المحتال التركة ط. تنبيه: ما ذكر من القسمة وكون المحتال أسوة الغرماء في الحوالة المقيدة يعلم منه بالاولى أن الحوالة المطلقة كذلك، لما صرح به في الخلاصة والبزازية، وصرح في الحاوي بطلان الحوالة بموت المحال عليه، وقدمنا عن الكافي أن ما بقي للمحتال بعد القسمة يرجع به على المحيل، وأنه لو مات

المحيل مديوناً فما قبضه المحتال فهو له وما بقي يقسم بينه وبين الغرماء . قوله: (بخلاف الحوالة المطلقة) أي يملك 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 بالالف التي لك علي هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذي عليه، فلو له عنده وديعة أو مغصوبة أو دين كان له أن يطالبه به لأنه لا تعلق للمحتال بذلك الدين أو العين لوقعها مطلقة عنه، بل بذمة المحتال عليه، وفي 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 في المقيدة انقطعت مطالبة المحيل من المحال عليه، فإن بطل الدين في المقيدة وتبين براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة بطلت، مثل أن يحيل البائع رجلاً على المشتري بالثمن، ثم استحق المبيع أو ظهر حراً، فتبطل وللمحال الرجوع على المحيل بدينه، وكذا لو قيد بوديعة، فهلكت عند المودع، وأما إذا سقط الدين الذي قيدت به الحوالة بأمر عارض ولم تتبين براءة الأصل منه فلا تبطل، مثل أن يحتال بألف من ثمن مبيع فهلكت 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 قصاصاً، ولو تبين براءة المحال عليه من دين المحيل لا تبطل أيضاً، ولو أن المحال أبرأ المحال عليه من الدين صح، وإن لم يقبل المحال عليه، ولا يرجع المحال عليه على المحيل بشيء، لأن البراءة إسقاط لا تمليك، وإن وهبه له احتاج إلى القبول، وله أن يرجع على المحيل لأنه ملك ما في ذمته بالهبة فصار كما لو ملكه بالاداء، وكذا لو مات المحيل فورثه المحال عليه له أن يرجع على المحيل لأنه ملكه بالارث، وتام الكلام فيها. قال في البحر: وقد وقعت حادثة الفتوى في المديون إذا باع شيئاً من دائنه بمثل الدين، ثم أحال عليه بنظير الثمن أو بالثمن فهل يصح أم لا؟ فأجبت: إذا وقع بنظيره صحت لأنها لم تقيد بالثمن، ولا يشترط لصحتها دين على المحال عليه، وإن وقعت بالثمن فهي مقيدة بالدين، وهو مستحق للمحال عليه لوقوع المقاصة بنفس الشراء وقدمنا أن الدين إذا استحق للغير فإنها تبطل، والله سبحانه

وتعالى أعلم ا هـ: أي لان الدين لم يسقط بأمر عارض بعد الحوالة بل تبين براءة المحال عليه منه بأمر سابق. قوله: (بطل) أي البيع: أي فسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للبائع. درر: أي وبطلت الحوالة التي في ضمنه ط. قلت: ووجه النفع أن فيه دفع مطالبة غريمه له وتسليطه على المشتري. قوله: (لانه شرط ملائم) لانه يؤكد موجب العقد، إذ الحوالة في العادة تكون على الملئ والاحسن قضاء فصار كشرط الجودة. درر. قلت: وحاصله: أن في هذا الشرط تعجيل اقتضائه الثمن في زعم البائع. قوله: (بخلاف الاول) لان المطلوب بالثمن قبل الحوالة وبعدها واحد وهو المشتري. قوله: (في الحوالة الفاسدة) كالصور الآتية. قوله: (فهو) أي المؤدي وهو المحال عليه. قوله: (وكذا في كل موضع ورد

[487]

(الاستحقاق) أي استحقاق المبيع الذي أحيل بثمنه. قال في الخلاصة والبرازية: 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 بالثمن على المؤجر المحيل، وإن شاء رجع على المستأجر القابض ا هـ. قوله: (ما لو شرط فيها الاعطاء الخ) صادق بما إذا وقع الشرط بين المحيل والمحال أو بين الثلاثة عليه، فافهم، وهي من قسم الحوالة المقيدة. قوله: (مثلا) أدخل به الاجنبي لليلة المذكورة ط. قوله: (لعجزه عن الوفاء) علة للفساد لانه شرط غير ملائم. قوله: (نعم لو أجاز) أي المحيل بيع داره بأن أمره بالبيع فحينئذ يصح لوجود القدرة على البيع والاداء كما في الدرر، وقد ذكر في البرازية المسألة بدون هذا الاستدراك ثم قال بعد نحو صفحة ما نصه: وفي الظهيرية احتال على أن يؤديه من ثمن دار المحيل، وقد كان أمره بذلك حتى جازت الحوالة لا يجبر المحتال عليه على الاداء قبل البيع، ويجبر على البيع إن كان البيع مشروطا في الحوالة كما في الرهن، وإنما أعدنا المسألة لانه توفيق بين الروايات المختلفة ا هـ. ومفاده أنه يجبر في بعض الروايات وفي بعضها لا يجبر، والتوفيق أنه إن قبل المحال عليه الحوالة من المحيل بشرط بيع دار المحيل ليؤدي المال من ثمنها صحت الحوالة والشرط، كما لو شرط المرتهن بيع الرهن إذا لم يؤد الراهن 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 الاداء قبل البيع. درر. وعبرة البرازية: أولا يجبر على بيع داره، كما إذا كان قبولها بشرط الاعطاء عند الحصاد لا يجبر على الاعطاء قبل الاجل ا هـ. قوله: (ولو باع يجبر على الاداء) لتحقق الوجوب. درر. قوله: (على أن أحيلك به على فلان) فإن أحاله وقبل جاز، وإن لم يقبل برئ 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 رضي الطالب بتأخير المطالبة إلى شهر فيقي الاجل 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 يصير المعنى على أن أحيلك حوالة مقيدة بشهر، وذلك لا يصح، لانه ينافي انتقال الدين إلى ذمة المحال عليه. تأمل. تنبيه: قال في الفتا: تنقسم الحوالة المطلقة إلى حالة ومؤجلة: فالحالة أن يحيل الطالب بألف هي على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة، لان الحوالة لتحويل الدين، فيتحول بصفته التي علي الاصيل. والمؤجلة أن تكون الالف إلى سنة فأحال بها إلى سنة، ولو أبهمها لم يذكره محمد،

[488]

وقالوا: ينبغي أن تثبت مؤجلة كما في الكفالة، فلو مات المحيل بقي الاجل لا لو مات المحال عليه لاستغنائه عن الاجل بموته، فإن لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل إلى أجله لان الاجل سقط حكما للحوالة، وقد انتقضت بالتوي فينتقض ما في ضمنها، كما لو باع المديون بدين مؤجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل ا هـ. ملخصا. وقدمنا قريبا عن البرازية: لو قبلها إلى الحصاد لا يجبر على الاعطاء قبله، فأفاد صحة التأجيل مع الجهالة القريبة، وقدمنا التصريح به في كتاب الكفالة، وشمل التأجيل القرض فيصح هنا. ففي كافي الحاكم ما حاصله: لو كان لزيد على عمرو ألف

قرض ولعمرو على بكر ألف قرض فأحال عمرو زيدا بالالف على بكر إلى سنة جاز، وليس لعمرو أن يأخذ بكرا بها وإن أبرأه منها أو وهبها له لم يجز أ هـ. مطلب في السفتجة وهي البوليصه قوله: (وكرهت السفتجة) واحدة السفاتج، فارسي معرب، أصله سفته: وهو الشئ 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 يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق كفاية. قوله: (فكأنه أحال الخ) بيان لمناسبة المسألة بكتاب الحوالة أ هـ. وفي نظم الكنز لابن الفصيح. وكرهت سفاتج 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 الكراهة بجر النفع، سواء كان ذلك مشروطا أو لا. قال الزيلعي: وقيل إذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به أ هـ. وجزم بهذا القيل في الصغرى والواقعات الحسامية والكفاية للبيهقي، وعلى ذلك جرى في صرف البزازية أ هـ. وظاهر الفتح اعتماده أيضا، حيث قال: وفي الفتاوي 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. وروي عن ابن عباس ذلك، ألا ترى أنه لو قضاه أحسن مما عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطا، قالوا: إنما يحل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف ظاهر، فإن كان يعرف أن ذلك يفعل كذلك فلا أ هـ. قوله: (فرع الخ) ذكره استطرادا. نعم ذكر في البحر والنهر عن البزازية ما له مناسبة هنا .

[489]

وحاصله: أن المستقرض لو قضى أجود مما استقرض يحل بلا شرط، ولو قضى أزيد فيه تفصيل الخ، وقدمنا في فصل القرض عن الخانية أن الزيادة إذا كانت تجري بين الوزنين، أي بأن كانت تظهر في ميزان دون ميزان جاز كالدانق في المائة، بخلاف قدر درهم، وإن لم تجز فإن لم يعلم صاحبها بها ترد عليه، وإن علم وأعطاه اختيارا، فلو كانت الدراهم لا يضرها التبعض لا تجوز، لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، ولو يضرها جاز وتكون هبة المشاع فيما يقسم أ هـ. وعليه فلو قضاه مثل قرضه ثم زاده درهما مفروزا أو أكثر جاز إن لم يكن مشروطا، وقدمنا هناك عن خواهر زاده أن المنفعة في القرض إذا كانت غير مشروطة تجوز بلا خلاف. قوله: (لم يصح) لكون المحيل يعمل لنفسه ليستفيد الأبراء المؤبد. بحر عند قوله: هي نقل الدين ط. وإذا لم تصح لا يجبر المحال عليه على الدفع إليه. قوله: (لان الحوالة الخ) كما أن الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة كما في الهداية والملتقى. قوله: (ولا بينة) أي وحلف الجاحد ط. قوله: (وجعل جحوده فسحا) هي مسألة تواء الدين السابقة في المتن، وممر أن الرجوع إنما هو لان براءة المحيل مشروط بسلامة حق المحال ط. قوله: (والا لم يجز) لان تصرفهما مقيد بشرط النظر. قال في كافي الحاكم: ومنه ما لو احتال إلى أجل، وكذا الوكيل إذا لم يفوض إليه الموكل ذلك أ هـ. قال في البحر عن المحيط: لكونه إبراء مؤقتا فيعتبر بالابراء المؤبد، وهذا إذا كان ديناً ورثه الصغير وإن وجب بعقدتهما جاز التأجيل عندهما، خلافا لابي يوسف أ هـ. قوله: (قلت ومفادهما) أي مفاد ما في السراجية وما في الجوهرة، وهذا أحد قولين حكاهما المصنف عن الذخيرة ثم رجح ما في الخانية بما ذكره الشارح، والله تعالى أعلم .

[490]

كتاب القضاء ترجم له في الهداية بأدب القاضي، والادب، الخصال الحميدة، فذكر ما ينبغي للقاضي أن يفعله ويكون عليه، وهو في الاصل من الادب بسكون الدال وهو الجمع والدعاء، وهو أن تجمع الناس وتدعوهم إلى طعامك، يقال أدب يأدب كضرب يضرب: إذا دعا إلى طعامه، سميت به الخصال الحميدة لانها تدعو إلى الخير، وتنامه في الفتح. قوله: (لما كان الخ) كذا في العناية والفتح، وهو صريح في أن المراد بالقضاء الحكم، وحينئذ فكان ينبغي إبراده عقب الدعوى، وأيضا كان ينبغي بيان وجه

التأجير عما قبله، كذا قيل. ويمكن أن يقال: أرادوا بيان من يصلح للقضاء: أي الحكم لتصح الدعوى عنده، فلا جرم أن ذكر قبلها، ولا خفاء أن وجه التأخير عما قبله مستفاد من أن أكثر المنازعات في الديون والحوالة المطلقة مختصة بها فذكر بعدها. نهر. قوله: (لغة الحكم) وأصله قضي لانه من قضيت، إلا أن الياء لما جاءت بعد الالف همزت، والجمع (القضية) * () * (الاسراء: 32) أي حكم، وقد يكون بمعنى الفراغ تقول: قضيت حاجتي، وضربه فقضى عليه: أي قتله، وقضى نحبه: مات، وبمعنى الاداء والانهاء، ومنه قوله تعالى: * (وقضينا إليه ذلك الأمر) * (الحجر: 66) وبمعنى الصنع والتقدير، ومنه قوله تعالى: * (فقضاهن سبع سماوات) * (فصلت: 21) ومنه القضاء والقدر. بحر ملخصا عن الصحاح. قوله: (وشرعا فصل الخصومات 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 إلزام في مسائل الاجتهاد المتقاربة فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا، فخرج القضاء على خلاف الاجماع وما ليس بحادثة وما كان من العبادات ومنه قول العلامة ابن الغرس إنه 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، لانه راجع إلى خطاب الله تعالى وعلى صيغة مختصة: أي الشرعية كالزمت وقضيت وحكمت وأنفذت عليك القضاء وبأمر ظن لزومه الخ فصل عن الجور والتشهّي، ومعنى في الظاهر: أي الصور الظاهرة، إشارة إلى أن القضاء مظهر في التحقيق للأمر الشرعي، لا مثبت خلافا لما يتوهم من أنه مثبت، أخذا من قول الامام بنفوذ ظاهرا وباطنا في العقود والفسوخ بشهادة الزور، لان الأمر الشرعي في مثله ثابت تقديرا والقضاء يقرره في الظاهر، ولم يثبت أمرا لم يكن لان الشرع قد يعتبر المعدوم موجودا أو الموجود معدوا، كوجود الدخول حكما في إلحاق نسب ولد المشرقية بالمغربي، فأجري الممكن مجرى الواقع لنلا يهلك الولد بانتفاء نسبه مع وجود العقد المفضي إلى ثبوته ا ه ملخصا. وتماهه في رسالته. قوله: (وأركانه ستة الخ) فيه نظر، لان المراد بالقضاء الحكم كما مر، والحكم أحد الستة المذكورة فيلزم أن يكون ركنا لنفسه، فالمناسب ما في البحر من أن ركنه ما يدل عليه من قول أو فعل ويأتي بيانه. قوله: (على ما نظمه) أي من بحر الكامل، ونصف البيت الثاني

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 الحكمية) وله الشرح المشهور على شرح العقائد النسفية للتفتازاني. قوله: (أطراف كل قضية حكمية) الاطراف جمع بالتحريك، وطرف الشئ منتهاه، وقضية أصله قضية بياء النسبة إلى القضاء، حذفت منه الواو بعد قلبها ألفا، وحكمية صفة مخصصة لان القضاء يطلق على معان منها الحكم كما مر، والمراد بالقضية الحادثة التي يقع فيها التخاصم كدعوى بيع مثلا فركنها اللفظ الدال عليها، ولا تكون قضية: أي منسوبة إلى القضاء، والحكم: أي لا تكون محلا لثبوت حق المدعي فيها وعدمه إلا باستجماع هذه الشروط الستة التي هي بمنزلة أطراف الشئ المحيطة به أو أطراف الانسان، هذا ما ظهر لي فافهم. قوله: (بعدها) بتشديد الدال مصدر عد الشئ يعده: أحصى عدة أفرادها، ويلح بمعنى يظهر، والتحقيق فاعله. قوله: (حكم) (تقدم تعريفه، وعلمت أنه قولي وفعلي فالقولي مثل ألزمت، وقضيت مثلا، وكذا قوله: بعد إقامة البينة لمعتمده أقمه واطلب الذهب منه، وقوله: ثبت عندي يكفي، 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 كما في الخانية وغيرها، وتماهه في البحر. وذكر في الفواكه البدرية أنه المذهب، ولكن عرف المتشرعين والمؤثقيين 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 المبيعة، وإلا فهو حكم وتماهه فيها، وفيها أيضا. مطلب في التنفيذ وأما التنفيذ فالاصل 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 فمعناه: إحاطة القاضي الثاني علما بحكم الاول على وجه التسليم له ويسمى اتصالا ا ه ملخصا. وسيأتي تمام

الكلام عليه في آخر فصل الحبس. مطلب: أمر القاضي هل هو حكم أو لا؟ وأما أمر القاضي فاتفقوا على أن أمره بحبس المدعى عليه قضاء بالحق كأمره بالاخذ 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، وتامم الكلام عليه في البحر والنهر، وأطلق الشارح في الفروع آخر الفصل الآتي تبعا للبرازي أنه حكم إلا في مسألة الوقف، وسيأتي تمامه. مطلب: الحكم الفعلي وأما الحكم الفعلي فسيأتي في الفروع هناك أن فعل القاضي حكم إلا في مسألتين، وحقق ابن

[492]

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 تعالى كحد القذف أو السرقة أو غلب فيه حق العبد كالقصاص والتعزير ابن الغرس. وشرطه كونه معلوما بحر عن البدائع، وعن هذا فالحكم بالموجب بفتح الجيم لا يكفي 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 الاصيل 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 المدعي وعرفوه بمن لا يجبر على الخصومة إذا تركها، وقيل غير ذلك، والشرط فيه بالاجماع حضرته أو حضرة نائب عنه كوكيل أو ولي أو وصي فالمحكوم له المحجور كالغائب أو ملخصا من الفواكه البدرية. قوله: (ومحكوم عليه) وهو العبد دائما، لكنه إما متعين واحدا أو أكثر، كجماعة اشتركوا في قتل فقضي عليهم بالقصاص أو لا كما في القضاء بالحرية الاصلية فإنه حكم على كافة الناس، بخلاف العارضة بالاعتناق فإنه جزئي واختلفوا في الوقف، والصحيح المفتى به أنه لا يكون على الكافة فتسمع فيه دعوى الملك أو وقف آخر والمحكوم عليه في حقوق الشرع من يستوفي منه حق، سواء كان مدعى عليه أو لا، كما مرت الإشارة إليه أو 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 الامام أو القاضي أو المحكم، أما الامام فقال علماؤنا: حكم السلطان العادل ينفذ. واختلفوا في المرأة فيما سوى الحدود والقصاص، وإطلاقهم يتناول أهلية الفاسق الجاهل، وفيه بحث. وأما المحكم فشرطه أهلية القضاء ويقضي فيما سوى الحدود والقصاص، ثم القاضي تنقيد ولايته بالزمان والمكان والحوادث أو ملخصا من الفواكه. وجميع ذلك سيأتي مفردا في مواضعه مع بيان بقية صفة الحاكم وشروطه. قوله: (وطريق) طريق القاضي إلى الحكم يختلف بحسب اختلاف المحكوم به، والطريق فيما يرجع إلى حقوق العباد المحضة عبارة عن الدعوى والحجة: وهي إما البينة أو الاقرار أو اليمين أو النكول عنه أو القسامة أو علم القاضي بما يريد أن يحكم به أو القرائن الواضحة التي تصير الامر في حيز المقطوع به، فقد قالوا: لو ظهر إنسان من دار بيده سكين وهو متلوث بالدم سريع الحركة عليه أثر الخوف فدخلوا الدار على الفور فوجدوا فيها إنسانا مذبوحا بذلك الوقت ولم يوجد أحد غير ذلك الخارج فإنه يؤخذ به، وهو ظاهر إذ لا يمتري أحد في أنه قاتله، والقول بأنه ذبحه آخر ثم تسور الحائط أو أنه ذبح نفسه احتمال بعيد لا يلتفت إليه إذ لم ينشأ عن دليل أو من الفواكه لابن الغرس. ثم أطال هنا في بيان الدعوى وتعريفها وشروطها، إلى أن قال: ثم لا يشترط في الطريق إلى الحكم أن تكون بتمامها عند القاضي الواحد، حتى لو ادعى عند نائب القاضي وبرهن ثم وقعت الحادثة إلى القاضي أو بالعكس صح، وله

[493]

أن يبنى على ما وقع أولا ويقضي ا هـ. وستأتي هذه متنا. ثم قال في الفصل السابع: وقد اتفق أئمة الحنفية والشافعية على أنه يشترط لحصة الحكم واعتباره في حقوق العباد الدعوى الصحيحة وأنه لا بد في ذلك من الخصومة الشرعية، وإذا كان القاضي يعلم أن باطن الأمر ليس كظاهره وأنه لا تخاصم ولا تنازع في نفس الأمر بين المتداعيين ليس له سماع هذه الدعوى ولا يعتبر القضاء المترتب عليها ولا يصح الاحتياط لحصول القضاء بمثل، وأما إذا لم يعلم عذر ونفذ قضاؤه، ولعمري هذا شيء عمت به البلوى وبلغت شهرة اعتباره الغاية القصوى ا هـ ملخصا ونقله المصنف في المنح بتمامه وأقره فراجع، وكذا جزم به في فتاواه. تنبيه: بقي طريق ثبوت الحكم: أي بعد وقوعه، وعليه اقتصر في البحر فقال: له وجهان: أحدهما: اعترافه حيث كان مولى فلو معزولا فكواحد من الرعايا لا يقبل قوله إلا فيما في يده. الثاني: الشهادة على حكمه بعد دعوى صحيحة إن لم يكن منكرا، أما لو شهدا أنه قضى بكذا وقال لم أقض لا تقبل شهادتهما، خلافا لمحمد، ورجح في جامع الفصولين قول محمد لفساد قضاة الزمان ا هـ. وسيأتي تمام الكلام عند قول المصنف ولم يعمل بقول معزول وقد ذكر في البحر فروعا كثيرا في أحكام القضاء يلزم الوقوف عليها. قوله: (وأهله أهل الشهادة) أهل الاول خبر مقدم والثاني مبتدأ مؤخر، لان الجملة الخبرية يحكم فيها بمجهول على معلوم فإذا علم زيد وجعل قيامه تقول زيد القائم، وإذا علم وجعل أنه زيد تقول القائم زيد، ولذا قالوا: لما كان أوصاف الشهادة أشهر عند الناس عرف أوصافه بأوصافها، ثم الضمير في أهله راجع إلى القضاء، بمعنى من يصح منه أو بمعنى من يصح توليته كما في البحر. وحاصله: أن شروط الشهادة من الاسلام والعقل والبلوغ والحرية وعدم العمى والحد في قذف شروط لصحة توليته، ولصحة حكمه بعدها، ومقتضاه أن تقليد الكافر لا يصح. وإن أسلم قال في البحر: وفي الوقعات الحسامية الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة، فإن الكفر لا ينافي ابتداء القضاء في إحدى الروايتين حتى لو قلد الكافر ثم أسلم هل يحتاج إلى تقليد آخر؟ فيه روايتان ا هـ. قال في البحر: وبه علم أن تقليد الكافر صحيح، وإن لم يصح قضاؤه على المسلم حال كفره ا هـ. وهذا ترجيح لرواية صحة التولية أخذا من كون الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة، خلافا لما مشى عليه المصنف في باب التحكيم من رواية عدم الصحة. وفي الفتح: قلد عبد فعتق جاز قضاؤه بتلك الولاية بلا حاجة إلى تجديد، بخلاف تولية صبي فأدرك. ولو قلد كافر فأسلم: قال محمد: هو على قضائه فصار الكافر كالعبد، الفرق أن كلا منهما له ولاية وبه مانع وبالعق والاسلام يرتفع، أما الصبي فلا ولاية له أصلا. وما في الفصول: لو قال لصبي أو كافر إذا أدركت فصل بالناس أو اقض بينهم جاز، لا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط وما تقدم تنجيز ا هـ. وبه ظهر أن الاولى كون المراد في مرجع الضمير من يصح منه القضاء لا من تصح توليته إلا أن يراد بها الكاملة وهي النافذة الحكم، وأما تولية الاطروش فسيذكرها الشارح. قوله: (ويرد عليه الخ) (أي على ما في الحواشي من تقييده بالمسلمين، فكان عليه إسقاطه ليكون المراد أداءها على من يقضي عليه فيدخل الكافر، لكن التفسير بالاداء احتراز عن التحمل، لانه يصح تحملها حالة الكفر والرق لا أداؤها فينافي ذلك، والتحقيق أن يقال كما يعلم مما قدمناه. إن كان المراد بمرجع الضمير من تصح توليته

يكون المراد بالشهادة تحملها فيدخل فيه العبد 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 يضر، كما لا يضر تخصيص قاضي المسلمين بجماعة معينين، لان المراد من يصح قضاؤه في الجملة، وعلى كل فالواجب إسقاط ذلك القيد، إلا أن يكون مراده تعريف القاضي الكامل. قوله: (ليحكم بين أهل الذمة) (أي حال كفره، وإلا فقد علمت أن الكافر يصح توليته مطلقا لكن لا يحكم إلا إذا أسلم. مطلب في حكم القاضي الدرزي والنصراني تنبيه: ظهر من كلامهم حكم القاضي المنسوب في بلاد الدروز في القطر الشامي، ويكون درزيا ويكون نصرانيا فكل منهما لا يصح حكمه على المسلمين، فإن الدرزي لا ملة له كالمنافق والزندقي وإن سمي نفسه مسلما. وقد أفتى في الخيرية بأنه لا تقبل شهادته على المسلم. والظاهر أنه يصح حكم الدرزي على النصراني وبالعكس. تأمل. وهذا كله بعد كونه منصوبا من طرف السلطان أو مأموره بذلك، وإلا فالواقع أنه ينصبه أمير تلك الناحية، ولا أدري أنه مأذون له بذلك أم لا، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، لكن جرت العادة أن أمير صيدا يولي القضاء في تلك الثغور والبلاد، بخلاف دمشق ونحوها، فإن أميرها ليس له ذلك فيها بدليل أن لها

قاضيا في كل سنة يأتي من طرف السلطان. ثم رأيت في الفتح قال: والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة وأطلق له التصرف، وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف، فإن له أن يولي ويعزل، كذا قالوا: ولا بد من أن يصرح له بالمنع أو يعلم بذلك بعرفهم، فإن نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاء ولا يعزلون أ هـ. والله سبحانه أعلم. قوله: (وشرط أهليتها الخ) تكرار مع قوله: وأهله أهل الشهادة أ هـ ح. والظاهر أن المصنف ذكر الجملة الاولى تبعا للكنز وغيره، ثم ذكر الثانية تبعا للغرر توضيحا وشرحا للاولى. وأما الجواب بأنه ذكرها ليرتب عليها قوله: (والفاسق أهلها فغير مفيد، فافهم. قوله: (فلذا قيل الخ) علة للعلة. قوله: (والفاسق أهلها) سيأتي بيان الفسق والعدالة في الشهادات، وأفصح بهذه الجملة دفعا لتوهم من قال: إن الفاسق ليس بأهل للقضاء فلا يصح قضاؤه، لأنه لا يؤمن عليه لفسقه، وهو قول الثلاثة، واختاره الطحاوي. قال العيني: وينبغي أن يفتى به خصوصا في هذا الزمان أ هـ. أقول: لو اعتبر هذا لا نسد باب القضاء خصوصا في زماننا، فلذا كان ما جرى عليه المصنف هو الاصح كما في الخلاصة، وهو أصح الاقوال كما في العمادية. نهر. وفي الفتح: والوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا، وحينئذ فيحكم بفتوى غيره أ هـ. قوله: (لكنه لا يقلد وجوبا الخ) قال في البحر: وفي غير موضع ذكر الاولوية: يعني الاولى أن لا تقبل شهادته وإن قبل جاز. وفي الفتح: ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضي بها، فإن

[495]

قضى جاز ونفذ أ هـ. ومقتضاه الاثم، وظاهر قوله تعالى: * () * (الحجرات 6) : أنه لا يحل قبولها قبل تعرف حاله، وقولهم بوجوب السؤال عن الشاهد سرا وعلانية طعن الخصم أولا في سائر الحقوق على قولهما المفتى به يقتضي الاثم بتركه لأنه للتعرف عن حاله حتى لا يقبل الفاسق. وصرح ابن الكمال بأن من قلد فاسقا يأثم، وإذا قبل القاضي شهادته يأثم أ هـ. قوله: (به يفتى) راجع لما في المتن، فقد علمت التصريح بتصحيحه وبأنه ظاهر المذهب، وأما كون عدم تقليده واجبا ففيه كلام كما علمت، فافهم. قوله: (وقيده) أي قيد قبول شهادة الفاسق المفهوم من قابل أ هـ ح. وعبارة الدرر: حتى لو قبلها القاضي وحكم بها كان أثما لكنه ينفذه وفي الفتاوي القاعدية: هذا إذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ أ هـ. قلت: والظاهر أنه لا يأثم أيضا لحصول التبين المأمور 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 أ هـ. قوله: (واستثنى الثاني) أي أبو يوسف من الفاسق الذي يأثم القاضي بقبول شهادته، والظاهر أن هذا مما يغلب على ظن القاضي صدقه، فيكون داخلا تحت كلام القاعدية فلا حاجة إلى استثنائه على ما استظهرناه أنفا تأمل. قوله: (سيجئ تضعيفه) أي في الشهادات حيث قال: وما في الفنية والمجتبى من قبول ذي المروءة الصادق فقول الثاني، وضعفه الكمال بأنه تعليل في مقابلة النص فلا يقبل، وأقره المصنف أ هـ. قلت: قدمنا أنفا 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: * () * (الطلاق: 2) لكن فيه أن دلالاته على عدم قبول العدل إنما هي بالمفهوم، وهو غير معتبر عندنا ولا سيما هو مفهوم لقب، مع أن الآية الاولى 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 فليُنظر من يقدم ط. قوله: (إذا كانت دينوية) سيذكر تفسيرها عن شرح الشرنبلالي، واحترز بالدينوية عن الدينية، فإن من عادى غيره لارتكابه ما لا يحل لا يهتم بأنه يشهد عليه بزور، بخلاف المعادة الدينوية، وعن هذا قبلت شهادة المسلم على الكافر، وإن كان عدوه من حيث الديانة، وكذا شهادة اليهودي على النصراني. قوله: (ولو قضى القاضي بها لا ينفذ) دفع به ما

[496]

يتوهم أنها مثل شهادة الفاسق فإنه تقدم أنه يصح قبولها، وإن أثم القاضي فشهادة العدو ليست كذلك، بل هي كما لو قبل شهادة العبد والصبي. قوله: (ذكره يعقوب باشا) أي في حاشيته على صدر الشريعة. وقال في الخيرية: والمسألة دواة في الكتب. مطلب في قضاء العدو على عدوه قوله: (فلا يصح قضاؤه عليه) أي إذا كانت شهادة العدو على عدوه لا تقبل، ولو قضى بها القاضي لا ينفذ، يتفرع عليه أن القاضي 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 فالمخلص إنابة غيره إذا كان ماذونا بالاستنابة، وسيأتي أنه يستنيب إذا وقعت له أو لولده حادثة. قوله: (قال) أي المصنف في المنح ونصه: ورأيت بموضع ثقة معزوا إلى بعض الفتاوى، وأظن أنها الفتاوى الكبرى للخاصي أن سجل العدو لا يقبل على عدوه كما لا تقبل شهادته عليه هـ، فافهم، والظاهر أن المراد بالسجل كما قال ط: كتاب القاضي إلى قاض في حادثة على عدو للقاضي، وهو ما يأتي عن الناصحي. قوله: (ثم نقل) أي المصنف. قوله: (أنه لم ير نقلها) أي نقل مسألة قضاء القاضي على عدوه، وهذا الكلام ذكره عبد البر بن الشحنة في شرح الوهبانية عن ابن وهبان، فينبغي أن يكون قوله: لم ير نقلها مبنيًا للمجهول. قوله: (وينبغي النفاذ) أي مطلقا سواء كان بعلمه أو بشهادة عدلين، وهذا البحث لشارح الوهبانية خالف فيه بحث ابن وهبان الآتي، وذكره عقبه بقوله: قلت بل ينبغي النفاذ مطلقا لو القاضي عدلا. قوله: (إن بعلمه لم يجز) أي بناء على القول بجواز قضاة القاضي بعلمه، والمعتمد خلافه، وعليه فلا خلاف بين كلامي ابن الشحنة وابن وهبان، فإن مؤدي كلاميهما نفوذ حكمه لو عدلا بشهادة العدول، قوله: (واعتمده الخ) المتبادر من النظم اعتماد الاول وهو بحث ابن الشحنة فيتعين عود الضمير إليه. قوله: (واختار بعض العلماء) هو ابن وهبان. قوله: (قلت لكن الخ) أصله للمصنف حيث قال: وقد غفل الشيخان: أي ابن وهبان وشارحه عبد البر عما انتفتت كلمتهم عليه في 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 هـ. قلت: ولم أر هذا الكلام في نسختي من شرح المصنف .

ثم اعلم أن مراد الشارح الاستدراك على كلام الشيخين وتأيد كلام المتن، فإن المصنف فرع عدم صحة القضاء على عدم قبول الشهادة، وهو مفهوم الكلية 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 الكلية المذكورة مصرح به في عبارة الناصحي، فسقط الاحتمال واندفع بحث الشيخين وتأيد كلام المصنف، ولذا قال: وهو صريح أو كالصريح فيما اعتمده المصنف، ولكن بقي هاهنا تحقيق توفيق، وهو أنه ذكر في القنية أن العداوة الدنيوية لا تمنع قبول الشهادة ما لم يفسق بها، وأنه الصحيح وعليه الاعتماد، 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 هـ ملخصا. والحاصل: أن في المسألة قولين معتمدين: أحدهما: عدم قبولها على العدو، وهذا اختيار المتأخرين، وعليه صاحب الكنز والملتقى، 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 الناصحي لا يعارض كلام الشيخين لاختلاف المناط، فاعتزم هذا التحقيق ودع التلقيق. 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 أفتى محقق الشافعية الرملي) هذا غير ما نقله في شرح الوهبانية عن الرافعي عن الماوردي من جواز القضاء على العدو لا الشهادة عليه، لظهور أسباب الحكم وخفاء أسباب الشهادة هـ. وهو وجيه، ولذا قيد ابن وهبان صحة القضاء بما إذا كان بشهادة العدول بمحض 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: أنه لو قضى الخ مفعول

نقلت أو بدل من الضمير المجرور في قوله: وبه أفتى وجملة ومن خطه نقلت معترضة، أو هي خبر مقدم، وجملة أنه لو قضى الخ مبتدأ مؤخر، واقتصر ط على الأخير. قوله: (وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي الخ) أصله لناظمها 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 ثبت بنحو الخ هـ.

[498]

قلت: لكن قد علمت أن مختار ابن وهبان أن العداوة لا تمنع قبول الشهادة، إلا إذا فسق بها فعلم أنها قد تكون مفسقة وقد لا تكون، فقوله: وإنما ثبت الخ يريد به العداوة المانعة وهي المفسقة، ولا يخفى أن هذه تمنع القبول على العدو وعلى غيره، وسيأتي تمام الكلام على هذه المسألة في الشهادات إن شاء الله تعالى. قوله: (ووصي) أي فيما أوصى 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 يحل استفتاؤه، ويؤيده قول ابن الهمام في التحرير: الاتفاق على حل استفتاء من عرف من أهل العلم بالاجتهاد والعدالة أو راه منتصبا والناس يستفتونه معظمين له، وعلى امتناعه إن ظن عدم أحدهما: أي عدم الاجتهاد أو العدالة كما في شرحه، ولكن اشتراط الاجتهاد مبني على اصطلاح الاصوليين أن المفتي المجتهد: أي الذي يفتي بمذهبه، وأن غيره ليس بمفت بل هو ناقل كما سيأتي، والثاني هو المراد هنا بدليل ما سيأتي من أن اجتهاده شرط الاولوية، 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 الالهية في تحقيق الواقعات الشرعية طاعة الله عزوجل والتمسك بحبل التقوى، قال تعالى: * (واتقوا الله ويعلمكم الله) * (البقرة: 282) ومن اعتمد على رأيه وذهنه في استخراج دقائق الفقه وكنوزه وهو في المعاصي حقيق بانزال الخذلان فقد اعتمد على ما لا يعتمد عليه * (ومن لم يجعل الله له نورا فما له من نور) * (النور: 04) هـ. قوله: (وظاهر ما في التحرير) بل هو صريحه كما سمعت. قوله: (وبه جزم في الكنز) حيث قال: والفاسق يصلح مفتيا، وقيل لا، فجزم بالاول ونسب الثاني إلى قائله بصيغة التمریض، فافهم. قوله: (لا يجتهد الخ) هذا التعليل لا يظهر في زماننا، لانه قد يعرض عن النص الضروري قصدا لغرض فاسد، وربما عورض بالنص فيدعي فساد النص ط. قوله: (حذار نسبة الخطأ) الاولى أن يقول: حذر لما في القاموس: وحذار حذار، وقد ينون الثاني: أي احذر ط. قوله: (وشروط بعضهم تيقظه) احترازا عمن 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: أفتاني المفتي بأن الحق معي والخصم جاهل لا يدري ما في الفتوى، فلا بد أن يكون المفتي متيقظا يعلم حيل الناس ودسائسهم، فإذا جاء السائل يقرره من لسانه ولا يقول له إن كان كذا فالحق معك وإن كان كذا فالحق مع خصمك، لانه يختار لنفسه ما ينفعه ولا يعجز عن إثباته بشاهدي زور، بل الاحسن 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

[499]

لموكله بأي وجه أمكن، ولهم مهارة في الحيل والتزوير وقلب الكلام وتصوير الباطل بصورة الحق، فإذا أخذ الفتوى قهر خصمه ووصل إلى غرضه الفاسد، فلا يحل للمفتي أن يعينه على ضلاله، وقد قالوا: من جهل بأهل زمانه فهو جاهل، وقد يسأل عن أمر شرعي وتدل القرائن للمفتي المتيقظ أن مراده التوصل 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 كالراوي لا كالشاهد والقاضي، ولذا تصح فتواه لمن لا تقبل شهادته له. قوله: (فيصح إفتاء الآخرس) أي حيث فهمت إشارته، بل يجوز أن يعمل بإشارة الناطق كما في الهندية، وأفاده عموم قول المصنف ويكتفي بالإشارة منه ط. قوله: (فالاصح الصحة) لانه يفرق بين المدعي والمدعى عليه، وقيل لا يجوز، لانه لا يسمع الاقرار فيضيع حقوق الناس، بخلاف الاصم، 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 سماع. 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 فيحتاج فيه، بخلاف الافتاء فإنه إفادة الحكم الشرعي ولو بالإشارة فلا يشترط فيه السماع. هـ منح ملخصاً. قلت: لا شك أنه إذا كتب له وأجاب عنه جاز العمل بفتواه، وأما إذا كان منصوباً 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 لا له والمفتي لم يسمع ذلك منه فيفتيه على ما سمع من بعض كلامه فيضيع حق خصمه، وهذا قد شاهدته كثيراً فلا ينبغي التردد في أنه لا يصلح أن يكون مفتياً عاماً ينتظر القاضي جوابه ليحكم به، فإن ضرر مثل هذا أعظم من نفعه، والله سبحانه أعلم. مطلب: يفتي بقول الامام على الاطلاق قوله: (ويفتي القاضي الخ) في الظهيرية: ولا بأس للقاضي أن يفتي من لم يخاصم إليه ولا يفتي أحد الخصمين فيما خوصم إليه هـ بحر. وفي الخلاصة: القاضي هل يفتي؟ فيه أقاويل، والصحيح أنه لا بأس به في مجلس القضاء وغيره في الديانات والمعاملات هـ. ويمكن حمله على من لم يخاصم إليه فيوافق ما في الظهيرية ومن ثم عولنا عليه في هذا المختصر. منح. وقد جمع الشارح بين العبارتين بهذا الحمل. وفي كافى الحاكم: وأكره للقاضي أن يفتي في القضاء للخصوم كراهة أن يعلم خصمه قوله: فيتحرز منه بالباطل هـ. قوله: (وسيتضح) (لعله أراد به مسألة التسوية. تأمل .

قوله: (على الاطلاق) أي سواء كان معه أحد أصحابه أو انفراد، لكن سيأتي قبيل الفصل أن الفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته. قوله: (وهو الاصح) مقابله ما يأتي عن الحاوي وما في جامع الفصولين من أنه لو معه أحد صاحبيه أخذ بقوله: وإن خالفاه. قيل كذلك، وقيل يخير إلا فيما كان الاختلاف بحسب تغير الزمان كالحكم بظاهر العدالة وفيما أجمع المتأخرون عليه كالمزارعة والمعاملة فيختار قولهما. قوله: (وعبارة النهر الخ) أي لافادة أن رتبة الحسن بعد زفر، بخلاف عبارة المصنف فإن عطفه بالواو يفيد أنهما في رتبة واحدة، وعبارة المصنف هي المشهورة في الكتب. قوله: (وصح في الحاوي) أي الحاوي القدسي، وهذا فيما إذا خالف الصحابيان الامام، والمراد بقوة المدرك: قوة الدليل، أطلق عليه المدرك لأنه محل إدراك الحكم لأن الحكم يؤخذ منه. قوله: (والاول أضبط) لأن ما في الحاوي خاص فيمن له اطلاع على الكتاب والسنة وصار له ملكة النظر في الأدلة واستنباط الاحكام منها، وذلك هو المجتهد المطلق أو المقيد، بخلاف الاول فإنه يمكن لمن هو دون ذلك. قوله: (ولا يخير إلا إذا كان مجتهداً) أي لا يجوز له مخالفة الترتيب المذكور إلا إذا كان له ملكة يقتدر بها على الاطلاع على قوة المدرك، وبهذا رجع القول الاول إلى ما في الحاوي من أن العبرة في المفتي المجتهد لقوة المدرك. نعم فيه زيادة تفصيل سكنت عنه الحاوي، فقد اتفق القولان على أن الاصح هو أن المجتهد في المذهب من المشايخ الذين هم أصحاب الترجيح، لا يلزمه الاخذ بقول الامام على الاطلاق، بل عليه النظر في الدليل وترجيح ما رجح عنده دليله، ونحن نتبع ما رجحوه واعتمدوه كما لو أفتوا في حياتهم كما حققه الشارح في أول الكتاب نقلاً عن العلامة قاسم، ويأتي قريباً عن الملتقط أنه إن لم يكن مجتهداً فعليه تقليدهم واتباع رأيهم، فإذا قضى بخلافه لا ينفذ حكمه. وفي فتاوي ابن الشلبي: لا يعدل عن قول الامام إلا إذا صرح أحد من المشايخ بأن الفتوى على قول غيره، وبهذا سقط ما بحثه في البحر من أن علينا الافتاء بقول الامام وإن أفتى المشايخ بخلافه، وقد اعترضه محشيه الخير الرملي بما معناه: أن المفتي حقيقة هو المجتهد، وأما غيره فنافل لقول المجتهد، فكيف يجب علينا الافتاء بقول الامام وإن أفتى المشايخ بخلافه ونحن إنما نحكي فتواهم لا غير هـ وتمايم أبحاث هذه المسألة حررناه في منظومتنا في رسم المفتي وفي شرحها، وقدما بعضه في أول الكتاب، والله الهادي إلى الصواب، فافهم. قوله: (معتمد مذهبه) أي الذي اعتمده مشايخ المذهب، سواء وافق قول الامام أو خالفه كما قررناه آنفاً. قوله: (وسيجئ) أي بعد أسطر عن الملتقط، 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 الاشباه من المسائل التي فوضت لرأي القاضي إحدى عشرة مسألة، زاد محشيه الخير الرملي أربع عشرة مسألة أخرى ذكرها الحموي في حاشيته، ولحفيد

هذه المسائل لا يظهر توقف الرأي فيها على الاجتهاد المصطلح، فليتأمل . وانظر ما ذكره في الفصل الآتي عند قوله: فيحبسه بما رأى قوله: (وانما ينفذ القضاء الخ) هذا في القاضي المجتهد، أما المقلد فعليه العمل بمعتقد مذهب علم فيه خلافاً أو لا هـ ط. وسيأتي تمام الكلام على هذه المسألة عند قول المصنف وإذا رفع إليه حكم قاض آخر نفذ. قوله: (وإذا أشكل الخ) قال في الهندية: وإن لم يقع اجتهاد على شئ وبقيت الحادثة مختلفة ومشكلة كتب إلي غير فقهاء مصره، فالمشاور بالكتاب سنة قديمة في الحوادث الشرعية، فإن اتفق رأيهم على شئ ورأيه يوافقهم وهو من أهل الرأي والاجتهاد أمضى ذلك برأيه، وإن اختلفوا نظر إلي أقرب الأقوال عند من الحق إن كان من أهل الاجتهاد، وإلا أخذ بقول من هو أفقه وأورع عنده هـ ط. قوله: (وقضى بما رآه صواباً) 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 رأي نفسه. ففي الهندية عن المحيط: وإن شاور القاضي رجلاً واحداً كفى، فإن رأى بخلاف رأيه وذلك الرجل أفضل وأفقه عنده لم تذكر 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 يترك رأي نفسه ويقضي برأي غيره هـ: أي لأن المجتهد لا يقلد غيره. قوله: (واتباع رأيهم) أي إن اتفقوا على شئ وإلا أخذ بقول الأفقه والأورع عنده كما مر. قال في الفتوح: وعندي 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 هـ. 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 اتفقوا على ترجيحه أو كان ظاهر الرواية أو قول الامام 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 بالسواد صحيح، وبه يفتى، كذا في البزاية هـ. وبه علم أن كلا من القولين معزو إلى ظاهر الرواية، وفيه تأمل. رملني على المنح. قوله: (وفي عقار الخ) في البحر: ولا يشترط أن يكون المتداعيان من بلد القاضي إذا كانت الدعوى في المنقول والدين، وأما في عقار لا في ولايته

فالصحيح الجواز كما في الخلاصة والبزاية، وإياك أن تفهم خلاف ذلك فإنه غلط. هـ. مطلب في الكلام على الرشوة والهدية قوله: (أخذ القضاء برشوة) (بتثليث الرأ. قاموس. وفي المصباح: الرشوة بالكسر: ما يعطيه الشخص الحاكم وغيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد. جمعها رشاً مثل سدره وسدر، والضم لغة، وجمعها: رشاً بالضم هـ. وفيه البرطيل بكسر الباء: الرشوة، وفتح الباء عامي. وفي الفتوح: ثم الرشوة أربعة أقسام: منها ما هو حرام على الأخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والامارة. الثاني: ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك ولو القضاء بحق لانه واجب عليه. الثالث: أخذ المال ليسوي أمره عند السلطان دفعا للضرر أو جلباً للنفع وهو حرام على الأخذ فقط، وحيلة حلها: أن يستأجره يوماً إلى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب إلى السلطان للأمر الفلاني، وفي الاقضية قسم الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال: حلال من الجانبين كالأهداء للتودد وحرام منهما كالأهداء ليعينه على الظلم وحرام على الأخذ فقط، وهو أن يهدي ليكيف عنه الظلم، والحيلة أن يستأجره الخ قال: أي في الاقضية: هذا إذا كان فيه شرط، أما إذا كان بلا شرط لكن يعلم يقيناً أنه إنما يهدي ليعينه عند السلطان فمشايخنا 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 فورع. الرابع: ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع إليه على نفسه أو ماله حلال للدافع حرام على الأخذ، لأن دفع الضرر عن

المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب ا هـ ما في الفتح ملخصا. وفي القنية: الرشوة يجب ردها ولا تملك، وفيها دفع للقاضي أو لغيره سحتا لاصلاح المهم فأصلح ثم ندم يرد ما دفع إليه ا هـ. وتام الكلام عليها في البحر، ويأتي الكلام على الهدية للقاضي والمفتي والعمال. قوله: (للسلطان) صفة لرشوة: أي دفعها القاضي له، وكذا لو دفعها غيره كما في البحر عن البزازية. قوله: (أو ارتشى) المناسب إسقاطه، لانه يغني عنه قوله: ولو كان عدلا مع ما فيه من الإيهام كما تعرفه. قوله: (لا ينفذ حكمه) فيه إيهام التسوية بين المسألتين، مع أنه إذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا، كما في الكنز. قال في البحر: وهو الصحيح ولو قضى لم ينفذ، وبه يفتى ا هـ. ومثله في الدرر عن العمادية. وأما إذا ارتشى: أي بعد صحة توليته سواء ارتشى ثم قضى أو قضى ثم ارتشى كما في الفتح، فحكمي في العمادية فيه ثلاثة أقوال: قيل إن قضاءه نافذ فيما ارتشى فيه وفي غيره. وقيل لا ينفذ فيه وينفذ فيما سواه، واختاره السرخسي. وقيل لا ينفذ فيهما. والاول اختاره البزدوي واستحسنه في الفتح، لان 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 ا هـ. قال في النهر تبعا للبحر: وأنت خير بأن كون خصوص هذا الفسق غير مؤثر ممنوع، بل يؤثر بملاحظة كونه عملا لنفسه، وبهذا يترجح ما اختاره السرخسي. وفي الخانية أجمعوا أنه إذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى فيه ا هـ.

قلت: حكاية الاجماع منقوضة بما اختاره البزدوي، واستحسنه في الفتح وينبغي اعتماده للضرورة في هذا الزمان وإلا بطلت جميع القضايا الواقعة الآن، لانه لا تخلو قضية عن أخذ القاضي الرشوة المسماة بالمحصول قبل الحكم أو بعده فيلزم تعطيل الاحكام، وقد مر عن صاحب النهر في ترجيح أن الفاسق أهل للقضاء أنه لو اعتبر العدالة لانسد باب القضاء فكذا يقال هنا، وانظر ما سنذكره في أول باب التحكيم. وفي الحامدية عن جواهر الفتاوى: قال شيخنا وإمامنا جمال الدين البزدوي: أنا متحير في هذه المسألة، لا أقدر أن أقول تنفذ أحكامهم لما أرى من التخليط والجهل والجرأة فيهم، ولا أقدر أن أقول لا تنفذ لان أهل زماننا كذلك، فلو أفتيت بالبطالان أدى إلى إبطال الاحكام جميعا، يحكم الله بيننا وبين قضاة زماننا، أفسدوا علينا ديننا وشريعة نبينا (ص)، لم يبق منهم إلا الاسم والرسم ا هـ. هذا في قضاة ذلك الزمان، فما بالك في قضاة زماننا، فإنهم زادوا على من قبلهم باعتقادهم حل ما يأخذونه من المحصول بزعمهم الفاسد أن السلطان يأذن لهم بذلك، وسمعت من بعضهم أن المولى أبا السعود أفتى بذلك، وأظن أن ذلك افتراء عليه، وانظر ما سنذكره قبيل كتاب الشهادات، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. قوله: (ومنه الخ) أي من قسم أخذ القضاء بالرشوة، وهذا يسمى الآن مقاطعة والتزاما، بأن يكون على رجل قضاء ناحية فيدفع له آخر شيئا معلوما ليقضي فيها ويستقل بجميع ما يحصله من المحصول لنفسه، وذكر في الخيرية في شأنهم نظما يصرح بكفرهم. قوله: (لكن في الفتح الخ) استدراك على قوله: أو شفاعة. قوله: (أو بغيره) كزنا أو شرب خمر. قوله: (لأنها المعظم) أي معظم ما يفسق به القاضي. نهر. قوله: (استحق العزل) هذا ظاهر المذهب وعليه مشايخنا البخاريون والسمرقنديون، ومعناه أنه يجب على السلطان عزله. ذكره في الفصول، وقيل إذا ولي عدلا ثم فسق انعزل، لان عدالته مشروطة معنى، لان موليه اعتمدها فيزول بزوالها وفيه أنه لا يلزم من اعتبار ولايته لصالحته تقييدها به على وجه تزول بزواله. فتح ملخصا. قوله: (وقيل يعزل وعليه الفتوى) قال في البحر بعد نقله: وهو غريب والمذهب خلافه. قوله: (ثم صلح) أي بالطاعة أو الاسلام ط. قوله: (فهو على قضائه) مخالف لما في البحر عن البزازية أربع خصال إذا حلت بالقاضي انعزل: فوات السمع أو البصر أو العقل أو الدين ا هـ. لكن قال بعده، وفي الوقعات الحسامية: الفتوى على أنه لا يعزل بالردة، فإن المكفر لا ينافي ابتداء القضاء في إحدى الروايتين، ثم قال: وبه علمت أن ما مر على خلاف المفتى به. وفي الولوالجية: إذا ارتد أو فسق ثم صلح فهو على حاله، لان الارتداد فسق، وبنفس الفسق لا يعزل، إلا أن ما قضى في حال الردة باطل ا هـ. قلت: وظاهر ما في الولوالجية 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 وتنفذ 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 ببطلانها هـ. قوله: (لكن في أول دعوى الخانية الخ) حيث قال كما في البحر : والوالي إذا فسق فهو بمنزلة القاضي يستحق العزل ولا ينزل هـ. 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 الاشراف والاعيان، وبأن ينفذ حكمه على رعيته خوفا من قهره، فإن بويع ولم ينفذ فيهم حكمه لعجزه عن قهرهم لا يصير سلطانا، فإذا صار سلطانا بالمبايعة فجاز إن كان له قهر وغلبة لا ينزل، لانه لو انزل يصير سلطانا بالقهر والغلبة فلا يفيد، وإن لم يكن له قهر وغلبة ينزل هـ. 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، لان القضاء 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 الاولى، فافهم. مطلب في تفسير الصلاح والصلاح قوله: (موثوقا به) أي مؤتمنا من وثقت به أثق بكسرهما ثقة ووثوقا: ائتمنته، والعفاف: الكف عن المحارم وخوارم المروءة، والمراد بالوثوق بعقله كونه كاملا، فلا يولي الاخف وهو ناقص العقل، والصلاح خلاف الفساد، وفسر الخفاف الصالح بمن كان مستورا غير مهتوك ولا صاحب ريبة، مستقيم الطريقة سليم الناحية كامن الاذى قليل السوء، ليس بمعاقر للنبيذ ولا ينادم عليه الرجال وليس بغداف للمحسنيات، ولا معروفا بالكذب، فهذا عندنا من أهل الصلاح هـ. والمراد بعلم السنة ما ثبت عن رسول الله (ص) قولاً وفعلاً وتقريراً عند أمر يعاينه ويوجوه الفقه طريقه. بحر ملخصا. والاثر كما قال السخاوي لغة: البقية، واصطلاحاً: الاحاديث مرفوعة أو موقوفة على المعتمد وإن قصره بعض الفقهاء على الثاني. مطلب في الاجتهاد وشروطه قوله: (والاجتهاد شرط الاولوية) هو لغة: بذل المجهول في تحصيل ذي كلفة، وعرفاً: ذلك من الفقيه في تحصيل حكم شرعي. قال في التلويح: ومعنى بذل الطاقة أن يحس من نفسه العجز عن المزيد عليه، وشرطه الاسلام والعقل والبلوغ، وكونه فقيه النفس: أي شديد الفهم بالطبع، وعلمه

باللغة العربية وكونه حاوياً لكتاب الله تعالى فيما يتعلق بالاحكام، وعالمًا بالحديث متناً وسنداً وناسخاً ومنسوخاً، وبالقياس. وهذه الشرائط في المجتهد المطلق الذي يفتى في جميع الاحكام. وأما المجتهد في حكم دون حكم فعليه معرفة ما يتعلق بذلك الحكم، مثلاً كالاكتفاء في حكم متعلق بالصلاة لا بتوقف على معرفة جميع ما يتعلق بالنكاح هـ. ومراد المصنف هنا الاجتهاد بالمعنى الاول. نهر. قوله: (لتعذر) أي لانه متعذر الوجود في كل زمن وفي كل بلد، فكان شرط الاولوية بمعنى أنه إن وجد فهو الاولى بالتولية، فافهم. قوله: (على أنه) متعلق بمحذوف: أي قلنا بالتعذر في كل زمن بناء على أنه الخ. قوله: (عند الاكثر) خلافاً لما قيل إنه لا يخلو عنه زمن، وتمام ذلك في كتب الاصول. قوله: (فصح تولية العامي) الاولى في التفريع أن يقال: فصح تولية المقلد لانه مقابل المجتهد، ثم إن المقلد يشمل العامي ومن له تأهل في العلم والفهم، وعين ابن الغرس الثاني قال: وأقله أن يحسن بعض الحوادث والمسائل الدقيقة، وأن يعرف طريق تحصيل الاحكام الشرعية من كتب المذهب، وصدر المشايخ وكيفية الايراد، والاصدار في الوقائع والدعاوي والحجج، ونازعه في النهر ورجح أن المراد الجاهل لتعليهم بقولهم لان إيصال الحق إلى مستحقه يحصل بالعمل بفتوى غيره. قال في الحواشي البيهقي: إذ المحتاج إلى فتوى غيره هو من لا يقدر على أخذ المسائل من كتب الفقه وضبط أقوال الفقهاء هـ.

ونحوه في البحر عن العناية، وكذا روجه ابن الكمال. قلت: وفيه للبحث مجال، فإن المفتي عند الأصوليين هو المجتهد كما يأتي، فيصير المعنى أنه لا يشترط في القاضي أن يكون مجتهداً لأنه يكفيهِ العمل باجتهاد غيره، ولا يلزم من هذا أن يكون عامياً، لكن قد يقال: إن الاجتهاد كما تعذر في القاضي تعذر في المفتي الآن، فإذا احتاج إلى السؤال عمن ينقل الحكم من الكتب يلزم أن يكون غير قادر على ذلك. تأمل. قوله: (المفتي يفتي بالديانة (مثلاً إذا قال رجل: قلت لزوجتي أنت طالق قاصداً بذلك الاخبار كاذباً، فإن المفتي يفتيه بعدم الوقوع، والقاضي يحكم عليه الوقوع لأنه يحكم بالظاهر، فإذا كان القاضي يحكم بالفتوى يلزم 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 سألته عما يحكم به، بلا بد أن يبين له حكم القضاء، فعلم أن ما في البزاية لا ينافي قولهم: يحكم بفتوى غيره. قوله: (في الدماء والفروج) أي وفي الأموال، لكن خصهما بالذكر لأنه لا يمكن فيهما الاستباحة بوجه، بخلاف المال، ولقصد التهويل فإن الحاكم الذي مجرى أحكامه في ذلك لا بد أن يكون عالماً ديناً. قوله: (كالكبريت الاحمر) معدن عزيز الوجود، والحار والمجروح متعلق بمحذوف على أنه حال أو خبر لمبتدأ محذوف. قوله: (وأين العلم) عبارة بالبزاية: وأين 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 التصنيف المشهورة للمجتهدين. لأنه بمنزلة الخبر المتواتر المشهور، هكذا ذكر الرازي، فعلى هذا لو وجد بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزو ما فيها إلى محمد ولا إلى أبي يوسف، لأنها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول. نعم إذا وجد النقل عن النوادر مثلاً في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلاً 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 أسماؤها، لكنها 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 بكون ذلك الكتاب هو المسمى بذلك الاسم بأن وجد العلماء ينقلون عنه، ورأى ما نقلوه عنه موجوداً فيه أو وجد منه أكثر من نسخة، فإنه يغلب على الظن أنه هو، ويدل على ذلك قوله: إما أن يكون له سند فيه: أي فيما ينقله، والسند لا يلزم تواتره ولا شهرته، وأيضاً 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 احتمالته 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، لا سيما في مثل زماننا، والله سبحانه أعلم. قوله: (ولا يطلب القضاء) لما أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال: قال رسول الله (ص): من سأل القضاء وكل إلى نفسه، ومن أجبر عليه ينزل إليه ملك يسدده وأخرج البخاري: قال (ص): يا عبد الرحمن بن سمره لا تسأل الإمارة، فإنك إن أوتيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أوتيتها من غير مسألة أعنت عليها وإذا كان كذلك وجب أن لا يحل له لأنه معلوم وقوع الفساد منه لأنه مخدول. فتح ملخصاً. قوله: (بقليه) أراد بهذا أن يفرق بين الطلب والسؤال، فالاول للقلب والثاني للسان كما في المستصفي، وتماه في النهر. قوله: (في الخلاصة الخ) أفاد أنه كما لا يحل الطلب لا تحل التولية كما في النهر، وأن ذلك لا يختص بالقضاء بل كل ولاية ولو خاصة كولاية على وقف أو يتيم 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 الطلب صيانة لحقوق المسلمين، ودفعاً لظلم الظالمين ولم أر حكم ما إذا تعين، ولم يول إلا بمال هل يحل بذله؟ وكذا لم أر جواز عزله، وينبغي أن يحل بذله للمال 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 يردّه. وأما عدم صحة عزله فممنوع. قال في الفتح: للسلطان أن يعزل القاضي بريئة، وبلا ريب ولا ينعزل حتى يبلغه العزل أ هـ. نعم لو قيل لا يحل عزله في هذه الحالة لم يبعد كالوصي العدل أ هـ. قلت: أيضاً حيث تعين عليه يخرج عن عهدة الوجوب بالسؤال فإذا منعه السلطان أثم بالمنع، لأنه

إذا منع الأولى وولى غيره يكون قد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين كما مر في الحديث، وإذا منعه لم يبق واجبا عليه، فبأي وجه يحل له دفع الرشوة. وقد قال بعض علمائنا: إن

[507]

فرضية الحج تسقط بدفع الرشوة إلى الاعراب كما قدمناه في باب، فهذا أولى كما لا يخفى. وأما صحة عزله فظاهرة لأنه وكيل عن السلطان، وإثمه بعزله لا يلزم منه عدم صحة العزل كالوصي العدل المنسوب من جهة القاضي، وأما المنسوب من جهة الميت، فالمعتمد عدم صحة عزله، لكن الفرق بينه وبين ما نحن فيه أن الوصي خليفة الميت فليس للقاضي عزله، وأما القاضي فهو خليفة عن السلطان وولايته مستمدة منه فله عزله كوصي القاضي، هذا ما ظهر لي. قوله: (أو كانت التولية مشروطة له) ذكره في النهر بحثا معللا بأنه حينئذ يطلب تنفيذ شرط الواقف أ هـ . قلت: وهذا في الحقيقة ليس طالبا من القاضي أن يوليه، لأنه متول بالشرط، بل يريد إثبات ذلك في وجه من يعارضه، ومثله وصي الميت إذا أراد إثبات وصايته، وبهذا سقط قوله في البحر إن ظاهر كلامهم أنه لا تطلب التولية على الوقف ولو كانت بشرط الواقف له لاطلاقهم أ هـ. قوله: (أو ادعى الخ) أي فإن له طلب العود من القاضي الجديد وحين ذلك يقول له القاضي أثبت إنك أهل للولاية ثم يوليه نص عليه الخفاف. نهر. قوله: (لخامل الذكر) هو بالخاء المعجمة غير المشهور. قوله: (ويختار المقلد) بصيغة اسم الفاعل، وقدمنا قبيل قوله: وشرط أهليتها عن الفتح من له ولاية التقليد، والظاهر أن هذا الاختيار واجب لئلا يكون خائنا لله ورسوله وعامة المؤمنين كما مر في الحديث. قوله: (ولا يكون فظا الخ) الفظ: هو الجافي سيئ الخلق، والغليظ: قاسي القلب، والجبار: من جبره على الأمر، بمعنى أجبره: أي لا يجبر غيره على ما لا يريد، والعنيد: المعاند المجانب للحق المعادي لاهله. بحر عن مسكين. قوله: (لأنه خليفة رسول الله (ص)) أي في إمضاء الأحكام الشرعية. قوله: (أي أخذ القضاء) هذا يناسب كون العبارة التقلد. قال في البحر: وهما نسختان: أي في الكنز التقليد: أي النصب من السلطان، والتقلد: أي قبول تقليد القضاء وهي الأولى أ هـ. وهي التي شرح عليها المصنف وقال أيضا إنها أولى. قلت: ويمكن إرجاع الأولى إلى الثانية بتقدير مضاف: أي قبول التقليد، وهو معنى قول الشارح أي أخذ القضاء. قوله: (لمن خاف الحيف) فلو كان غالب ظنه أنه يجوز في الحكم ينبغي أن يكون حراما. بحر. قوله: (أو العجز) (يحتتمل أن يراد به العجز عن سماع دعاوي 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 أعم. تأمل. قوله: (ابن كمال) أي نقلا عن القدوري . قوله: (وإن تعين له) أي مع خوف الحيف. قال في الفتح: ومحل الكراهة ما إذا لم يتعين عليه، فإن انحصر صار فرض عين عليه، وعليه ضبط نفسه، إلا إذا كان السلطان يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك أ هـ. مطلب: للسلطان أن يقضي بين الخصمين وهذا صريح في أن للسلطان أن يقضي بين الخصمين، وقدمنا التصريح به عن ابن الغرس عند

[508]

قوله: وحاكم. قال الرملي: وفي الخلاصة وفي النوازل: أنه لا ينفذ. وفي أدب القاضي للخفاف: ينفذ وهو الأصح. وقال القاضي الامام: ينفذ، وهذا أصح، وبه يفتى أ هـ. تنبيه: لو تعين عليه هل يجبر على القبول لو امتنع؟ قال في البحر: لم أره، والظاهر نعم، وكذا جواز جبر واحد من المتأهلين أ هـ. لكن صرح في الاختيار بأن من تعين له يفترض عليه ولو امتنع لا يجبر عليه. قوله: (والتقلد) (أي الدخول فيه عند الأمن وعدم التنعين. مطلب: ما كان فرض كفاية يكون أدنى فعله الندب قوله: (والترك عزيمة الخ) هو الصحيح كما في النهر عن النهاية، وبه جزم في الفتح معللا بأن الغالب خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال، فيظهر منه خلافة، وقيل إن الدخول فيه عزيمة والامتناع رخصة، فالأولى الدخول فيه. قال في الكفالة: فإن قيل: إذا كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوبا لما أن أدنى درجات فرض الكفاية الندب كما في صلاة الجنازة ونحوها. قلنا: نعم ذلك، إلا أن فيه خطرا عظيما وأمرًا مخوفا لا يسلم في بحره كل سابع، ولا ينجو منه كل طامح، إلا من عصمه الله تعالى وهو عزيز وجوده. مطلب: أبو

حنيفة دعي إلى القضاء ثلاث مرات فأبى ألا ترى أن أبا حنيفة دعي إلى القضاء ثلاث مرات فأبى، حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا، فلما كان في المرة الثالثة قال: حتى أستشير أصحابي، فاستشار أبا يوسف فقال: لو تقلدت لنفعت الناس، فنظر إليه أبو حنيفة رحمه الله تعالى نظر المغضب وقال: رأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت أقدر عليه؟ وكأنني بك قاضيا. وكذا دعي محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس واضطر فتقلد أ ه. قوله: (ويحرم على غير الاهل) الظاهر أنه ليس المراد بالاهل هنا ما مر في قوله: وأهله أهل الشهادة لان المراد به من تصح توليته ولو فاسقا أو جائرا أو جاهلا مع قطع النظر عن حله أو حرمة، بل المراد به هنا ما مر في قوله: وينبغي أن يكون موثوقا به في عفافه وعقله الخ ويحتمل أن يراد به الجاهل. تأمل. وفي الفتح: وأخرج أبو داود عن بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله (ص): القضاة ثلاثة: اثنان في النار وواحد في الجنة: رجل عرف الحق فقصى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحق فلم يقض وجار في الحكم فهو في النار، ورجل لم يعرف الحق فقصى للناس على جهل فهو في النار. قوله: (ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائز) أي الظالم، وهذا ظاهر في اختصاص تولية القضاء بالسلطان ونحوه كالخليفة، حتى لو اجتمع أهل بلدة على تولية واحد القضاء لم يصح، بخلاف ما لو ولوا سلطانا بعد موت سلطانهم كما في البزازية. نهر. وتماه فيه. قلت: وهذا حيث لا ضرورة، وإلا فلهم تولية القاضي أيضا كما يأتي بعده. قوله: (ولو كافرا) في التاترخانية: الاسلام ليس بشرط فيه: أي في السلطان الذي يقلد، وبلاد الاسلام التي في أيدي الكفرة لا شك أنها بلاد الاسلام لا بلاد الحرب، لانهم لم يظهروا فيها حكم الكفر والقضاة مسلمون والملوك الذين يطيعونهم عن ضرورة مسلمون، ولو كان عن غير ضرورة منهم ففساق، وكل مصر

فيه وال من جهتهم تجوز فيه إقامة الجمع والاعيان، وأخذ الخراج وتقليد القضاة وتزويج الايامى لاستيلاء المسلم عليه، وأما إطاعة الكفر فذاك مخادعة. وأما بلاد عليها ولاية كفار فيجوز للمسلمين إقامة الجمع والاعيان، ويصير القاضي قاضيا بتراضي المسلمين، فيجب عليهم أن يلتمسوا واليا مسلما منهم أ ه. وعزاه مسكين في شرحه إلى الاصل، ونحوه 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 فيولي قاضيا، ويكون هو الذي يقضي بينهم، وكذا ينصبوا إماما يصلي بهم الجمعة أ ه. وهذا هو الذي تطمئن النفس إليه فليعتمد. نهر. والاشارة بقوله: وهذا إلى ما أفاده كلام الفتح من عدم صحة تقلد القضاء من كافر على خلاف ما مر عن التاترخانية، 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 البغية) 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، ويدل بمفهومه على أن القاضي لو كان من البغاة فإن قضاياه تنفذ كسائر فساق أهل العدل، لان الفاسق يصلح قاضيا في الاصح، وذكر في الفصول ثلاثة أقوال فيه: الاول ما ذكرنا وهو المعتمد. الثاني عدم النفاذ، فإذا رفع إلى العادل لا يمضيه. الثالث حكمه حكم المحكم بمضية لو وافق رأيه وإلا أبطله أ ه بحر. قوله: (وبه جزم الناصحي) لكن قد علمت ما هو المعتمد. مطلب في العمل بالسجلات وكتب الاوقاف 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 أ ه. 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 تبعاً لمسكين إن ما في الكنز مجاز لان الديوان نفس السجلات والمحاضر لا الكيس فيه نظر، فافهم. والسجل لغة: كتاب القاضي، والمحاضر جمع محضر. وفي الدرر: أن المحضر ما كتب فيه ما جرى بين الخصمين من إقرار أو إنكار والحكم ببينة أو نكول على وجه يرفع الاشتباه، وكذا السجل، والصك: ما كتب فيه البيع والرهن والاقرار

وغيرها، والحجة والوثيقة يتناولان الثلاثة هـ. والعرف الآن ما كتب في الواقعة وبقي عند القاضي وليس عليه خطه، والحجة ما عليه علامة القاضي

[510]

أعلاه وخط الشاهدين أسفله وأعطى للخصم بحر ملخصا. وإنما يطلبه لان 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 القاضي في الصحيح لانهم وضعوها في يد القاضي لعمله، وكذا القاضي يحمل على أنه عمل ذلك تدبيرا لا تمولا، وتماحه في الزيلعي. تنبيه: مفاد قول الزيلعي: ليكون حجة عند الحاجة، ومثله في الفتح: أنه يجوز للجديد الاعتماد على سجل المعزول مع أنه يأتي أنه لا يعمل بقول المعزول. وفي الاشباه: لا يعتمد على الخط ولا يعمل بمكتوب الوقف الذي عليه خطوط القضاة الماضين. لكن قال البيري: المراد من قوله لا عتمد: أي لا يقضي القاضي بذلك عند المنازعة، لان الخط مما يزور ويفتعل كما في مختصر الطهيرية وليس منه ما في الاجناس بنص، وما وجده القاضي 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 من الامناء اهـ: أي لان سجل القاضي لا يزور عادة، حيث كان محفوظا عند الامناء، بخلاف ما كان بيد الخصم. وقدمنا في الوقف عن الخيرية أنه إن كان للوقف كتاب في سجل القضاة وهو في أيديهم أتبع ما فيه استحسانا إذا تنازع أهله فيه، وصرح أيضا في الاسعاف وغيره بأن العمل بما في دواوين القضاة استحسانا، والظاهر أن وجه الاستحسان ضرورة إحياء الاوقاف ونحوها عند تقادم الزمان، بخلاف السجل الجديد لامكان الوقوف على حقيقة ما فيه بإقرار الخصم أو البينة، فلذا لا يعتمد عليه، وعلى هذا فقول الزيلعي: ليكون حجة عند الحاجة معناه: عند تقادم الزمان، وبهذا يتأيد ما قاله المحقق هبة الله البعلبي في شرحه على الاشباه بعد ما مر عن البيري من أن هذا صريح في جواز العمل بالحجة، وإن مات شهودها حيث كان مضمونها ثابتا في السجل المحفوظ اهـ. لكن لا بد من تقييده بتقادم العهد كما قلنا توفيقا بين كلامهم، ويأتي تمام الكلام على الخط في باب كتاب القاضي، وانظر ما كتبناه في دعوى تنقيح الفتاوى الحامدية. قوله: (ونظر في حال المحبوسين إلخ) (بأن يبعث إلى السجن من يدهم بأسمائهم ثم يسأل عن سبب حبسهم، ولا بد أن يثبت عنده سبب وجوب حبسهم، وثبوته عند الاول ليس بحجة يعتمدها الثاني في حبسهم، لان قوله لم يبق حجة، كذا في الفتح. نهر. قوه: (والأ أطلقه) أي إن لم يكن له قضية، وعبرة النهر عن كتاب الخراج لأبي يوسف: فمن كان منهم من أهل الدعارة والتلصص والجنايات ولزمه أدب أدبه، ومن لم يكن له قضية خلي سبيله. قوله: (أو قامت عليه بينة) أعم من أن تشهد بأصل الحق أو بحكم القاضي عليه. بحر. قوله: (ألزمه الحبس) أي أدام حبسه. بحر. قوله: (وقبل الحق) قائله 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 لانه بطل، بل يستقبل الامر فإن أقر أربعة في أربعة مجالس حده هـ. وفي أن المتبادر من الحق حق العبد. قوله: (والأ) أي وإن لم يقر بشئ ولم تقم عليه

[511]

بينة بل ادعى أنه حبس ظلما. نهر قوله: (نادى عليه) ويقول المنادي: من كان يطالب فلان بن فلان الفلاني بحق فليحضر. زيلعي. قوله: (فإن أبى) عن إعطاء الكفيل وقال: لا كفيل لي. بحر. قوله: (نادى عليه شهرا) أي يستأنفه بعد مدة المنادة الاولى. قوله: (في الدوائع) أي ودائع اليتامي. نهر. قوله: (ببينة) (أي يقيمها الوصي مثلا على من هي تحت يده أنها ليتيم فلان أو ناظر الوقف أن هذه الغلة لوقف فلان، وكأنه مبني على عرفهم من أن الكل تحت يد أمين القاضي، وفي زماننا أموال الاوقاف تحت يد نظارها وودائع اليتامى تحت يد الاوصياء، ولو فرض أن المعزول وضع ذلك تحت يد أمين عمل القاضي بما ذكر. نهر. قوله: (المولى) (بتشديد اللام المفتوحة: أي القاضي الجديد. قوله: (در) ومثله في الهداية وغيرها. قوله: (ومفاده) أي مفاد قوله:

خصوصا بفعل نفسه وأصل البحث لصاحب البحر، وقد رأيت صريحا في كافي الحاكم ونصه: وإذا عزل عن القضاء ثم قال كنت قضيت لهذا على هذا بكذا وكذا لم يقبل قوله فيه، وإن شهد مع آخر لم تقبل شهادته حتى يشهد شاهداً سواه هـ. ومثله في القهستاني عن المبسوط. قوله: وتبعه ابن نجيم) أي في فتاواه، وأما ما ذكره في بحره فقد علمت موافقته لما في النهر، وعبارة فتاواه التي رتبها له تلميذه المصنف هكذا: سئل عن الحاكم إذا أخبر حاكماً آخر بقضية هل يكتفي بإخباره، ويسوغ له الحكم بذلك أم لا بد من شاهد آخر معه؟ أجاب: لا يكتفي بإخباره ولا بد من شاهد آخر معه. قال المرتب لهذه الفتاوى: وقد تبع شيخنا في ذلك ما أفتى به الشيخ سراج الدين قارئ الهداية، ولا شك أن هذا قول محمد، وأن الشيخين قالوا بقبول إخباره عن إقراره بشئ مطلقاً إذا كان لا يصح رجوعه عنه، ورافقهما محمد ثم رجع عنه وقال: لا يقبل إلا بضم رجل آخر عدل إليه، وهو المراد بقول من روى عنه أنه لا يقبل مطلقاً، ثم صح رجوعه قولهما كما في البحر، ثم قال: وأما إذا أخبر القاضي بإقراره عن شئ يصح رجوعه كالحديث لم يقبل قوله بالاجماع، وإن أخبر عن ثبوت الحق بالبينه فقال قامت بذلك بينة وعدلوا أو قبلت شهادتهم على ذلك يقبل في الوجهين جميعاً، انتهى كلامه. انتهى ما في الفتاوى. أقول: وحاصله أن القاضي لو أخبر عن إقراره رجل بما لا يصح رجوعه عنه كبيع أو قرض مثلاً يقبل عندهما مطلقاً، ووافقهما محمد أولاً ثم رجع وقال: لا يقبل ما لم يشهد معه آخر، ثم صح رجوعه إلى قولهما بالقبول مطلقاً كما لو أخبر عن حكمه بثبوت حق بالبينه، فعلى هذا لم يبق خلاف في قبول قول القاضي، ولا يخفى أن كلامنا في المعزول وهذا في المولى كما يعلم من شرح أدب القضاء وكذا مما سيأتي قبيل كتاب الشهادات عند قوله: ولو قال قاض عدل قضيت على هذا بالرحم الخ وبه يشعر أصل السؤال حيث عبر بالحاكم وعبارة قارئ الهداية كذلك، وبه علم أن الاستدراك على ما في النهر في غير محله. قوله: (فيقبل قوله) أي قول المعزول، وشمل ثلاث صور: ما إذا قال ذو اليد بعد إقرار بتسليم القاضي المعزول إليه إنها لزبد الذي أقر له المعزول، أو قال إنها لغيره، أو قال لا أدري. لانه في هذه الثلاث ثبت بإقراره أنه مودع المعزول، ويد المودع كيده فصار كأنه في يد

المعزول فيقبل إقراره به كما في الزيلعي، بخلاف ما إذا أنكر ذو اليد التسليم فإنه لا يقبل قول المعزول كما في البحر. قوله: (فيسلم للمقر له الاول) لانه لما بدأ بالقرار صح إقراره ولزم لانه أقر بما هو في يده، فلما قال دفعه إلى القاضي فقد أقر أن اليد كانت للقاضي يقر به لآخر فيصير هو بإقراره متلفاً لذلك على من أقر له القاضي. فتح. ثم قال: فرع يناسب هذا: لو شهد شاهداً أن القاضي قضى لفلان على فلان بكذا وقال القاضي لم أقض بشئ لا تجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضي. وعند محمد: تقبل وينفذ ذلك هـ. وقدما عن البحر أنه في جامع الفصولين رجع قول محمد لفساد الزمان. قوله: (ويقضي في المسجد) وبه قال أحمد ومالك في الصحيح عنه خلافاً للشافعي له أن القضاء بحضرة المشرك وهو نجس بالنص، وقد طال في الفتح في الاستدلال للمذهب ثم قال: وأما نجاسة المشرك ففي الاعتقاد على معنى التشبيه، والحائض يخرج إليها أو يرسل نائبه كما لو كانت الدعوى في دابة، وتمايز الفروع فيه وفي البحر. قوله: (ويستدبر) أي ندباً كما في الذي قبله ط. مطلب في أجرة المحضر قوله: (وأجرة المحضر الخ) بضم أوله وكسر ثالثه: هو من يحضر الخصم، وعبارة البحر هكذا. وفي البزازية: ويستعين بأعوان الوالي على الاحضار وأجرة الاشخاص في بيت المال، وقيل على المتمرد في المصر من نصف درهم إلى درهم، وفي خارجه لكل فرسخ ثلاثة دراهم أو أربعة، وأجرة الموكل على المدعي وهو الاصح. وفي الذخيرة: أنه المشخص وهو المأمور بملازمة المدعي عليه هـ. والاشخاص بالكسبر بمعنى الاحضار، فقد فرق بين المحضر وبين الملازم، وهذا غير ما نقله الشارح، فتأمل. وفي منية المفتي: مؤنة المشخص قيل في بيت المال، وفي الاصح على المتمرد هـ. وهذا ما في الخانية. والحاصل: أن الصحيح أن أجرة المشخص بمعنى الملازم على المدعي، وبمعنى الرسول المحضر على المدعي عليه لو تمرد بمعنى امتنع عن الحضور، وإلا فعلى المدعي. هذا خلاصة ما في شرح الوهبانية. قوله: (أو في داره) لان العبادة لا تتقيد بمكان، والاولى أن تكون الدار في وسط البلد كالمسجد. نهر. مطلب في هدية القاضي قوله: (ويرد هدية) الاصل في ذلك ما في البخاري، عن أبي حميد الساعدي قال: استعمل النبي (ص) رجلاً من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم وهذا لي، قال عليه الصلاة والسلام: هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدي له أم لا؟ قال عمر

بن عبد العزيز: كانت الهدية على عهد رسول الله (ص) 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

[513]

هلا قعدت في بيتك فتتظر أيهدي لك أم لا؟ فأخذ ذلك منه، وجعله في بيت المال. وتعليل النبي (ص) دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية. فتح. قال في البحر: وذكر الهدية ليس احترازا، إذ يحرم عليه الاستقراض والاستعارة ممن يحرم عليه قبول هديته كما في الخانية ا هـ. قلت: ومقتضاه أنه يحرم عليه سائر التبرعات، فتحرم المحابة أيضا ولذا قالوا له: أخذ أجره كتابة الصك بقدر أجر المثل، فإن مفاده أنه لا يحل له أخذ الزيادة لأنها محابة، وعلى هذا فما يفعله بعضهم من شراء الهدية بشئ يسير أو بيع الصك بشئ 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) عزاه في الفتح إلى شرح الاقطع. قوله: (وضعها في بيت المال) أي إلى أن يحضر صاحبها فتدفع له بمنزلة اللقطة كما في الفتح. قوله: (وفيها الخ) أي في التاترخانية، وهذا مخالف لما ذكره أولا فيها في حق الامام، ويؤيد الاول ما مر عن الفتح من أن تعليل النبي (ص) دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية، وكذا قوله: وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي ا هـ. مطلب في حكم الهدية للمفتي واعترضه في البحر بما ذكره الشارح عن التاترخانية وبما في الخانية من أنه يجوز للامام والمفتي قبول الهدية وإجابة الدعوة الخاصة، ثم قال: إلا أن يراد بالامام إمام الجامع: أي وأما الامام بمعنى الوالي فلا تحل الهدية فلا منافاة، وهذا هو المناسب للدلالة ولأنه رأس العمال، قال في النهر: والظاهر أن المراد بالعمل ولاية ناشئة عن الامام أو نائبه كالساعي والعاشر ا هـ. قلت: ومثلهم مشايخ القرى والحرف وغيرهم ممن لهم قهر وتسلط على من دونهم، فإنه يهدي إليهم خوفا من شرهم أو ليرجع عندهم، وظاهر قوله: ناشئة عن الامام الخ دخول المفتي إذا كان منصوبا من طرف الامام أو نائبه، لكنه مخالف لاطلاقهم جواز قبول الهدية له، وإلا لزم كون إمام الجامع والمدرس المنصوبين من طرف الامام كذلك، إلا أن يفرق بأن المفتي يطلب منه المهدي المساعدة على دعواه ونصره على خصمه فيكون بمنزلة القاضي، لكن يلزم من هذا الفرق أن المفتي لو لم يكن منصوبا من الامام يكون كذلك فيخالف ما صرحوا به من جوازها للمفتي، فإن الفرق بينه وبين القاضي واضح، فإن القاضي ملزم وخليفة عن رسول الله (ص) في تنفيذ الاحكام، فأخذه الهدية يكون رشوة على الحكم الذي يؤمله المهدي ويلزم منه بطلان حكمه، والمفتي ليس كذلك، وقد يقال: إن مرادهم بجوازها للمفتي إذا كانت لعلمه لا لاعانته للمهدي بدليل التعليل الذي نقله الشارح، فإذا كانت لاعانته صدق عليها حد الرشوة، لكن المذكور في حدها شرط الاعانة. وقدما عن الفتح عن الاقضية أنه لو أهدها ليعينه عند السلطان بلا شرط لكن يعلم يقينا أنه إنما يهدي ليعينه فمشايخنا على أنه لا بأس به الخ. وهذا يشمل ما إذا كان من العمال أو غيرهم .

[514]

وعن هذا قال في جامع الفصولين: القاضي لا يقبل الهدية من رجل لو لم يكن قاضيا لا يهدي إليه ويكون ذلك بمنزلة الشرط، ثم قال أقول: يخالفه ما ذكر في الاقضية الخ. قلت: والظاهر عدم المخالفة، لأن القاضي منصوب على أنه لا يقبل الهدية على التفصيل الآتي، فما في الاقضية مفروض في غيره، فيحتمل أن يكون المفتي مثله في ذلك ويحتمل أن يكون، والله سبحانه أعلم بحقيقة الحال. ولا شك أن عدم القبول هو المقبول. ورأيت في حاشية شرح المنهج للعلامة محمد الداودي الشافعي ما نصه: قال ع ش: ومن العمال مشايخ الاسواق والبلدان ومباشرو الاوقاف، وكل من يتعاطى أمرا يتعلق بالمسلمين انتهى. قال م ر في شرحه: ولا يلحق بالقاضي فيما ذكر المفتي والواعظ ومعلم القرآن والعلم، لأنهم ليس لهم أهلية الالتزام، والاولى في حقهم إن كانت الهدية لاجل ما يحصل منهم من الافناء والوعظ والتعليم عدم القبول ليكون علمهم خالصا لله تعالى، وإن أهدي إليهم تحببا وتوددا لعلمهم وصلاتهم فالاولى القبول. وأما إذا أخذ المفتي الهدية ليرخص في الفتوى:

فإن كان بوجه باطل فهو رجل فاجر يبدل أحكام الله تعالى ويشتري بها ثمنًا قليلًا، وإن كان بوجه صحيح فهو مكروه كراهة شديدة انتهى هذا كلامه وقواعدنا لا تأباه، ولا حول ولا قوة إلا بالله. وأما إذا أخذ لا ليرخص له بل لبيان الحكم الشرعي، فهذا ما ذكره أولاً، وهذا إذا لم يكن بطريق الاجرة بل مجرد هدية، لأن أخذ الاجرة على بيان الحكم الشرعي لا يحل عندنا، وإنما يحل على الكتابة لانها غير واجبة عليه، والله سبحانه أعلم. قوله: (السلطان والباشا) عزاه في الاشباه إلى تهذيب القلانسي. قال الحموي: وفيه فصول، إذ لا يشمل القاضي الذي يتولى منه، وهو قاضي العسكر لقضاة الاقطار. وعبارة القلانسي: ولا يقبل الهدية إلا من ذي رحم محرم أو وال يتولى الامر منه أو وال مقدم الولاية على القضاء، ومعناه أنه يقبل الهدية من الوالي الذي تولى القضاء منه وكذا من وال مقدم عليه في الرتبة، فإنه يشمل القاضي الذي تولى منه والباشا، ووجهه أن منع قبولها إنما هو للخوف من مراعاته لاجلها، وهو إن راعى الملك ونائبه لم يراعه لاجلها. قوله: (المحرم) هذا القيد لا بد منه ليخرج ابن العم. نهر. قوله: (أو ممن جرت عادته بذلك) قال في الاشباه: ولم أر بماذا تثبت العادة ونقل الحموي عن بعضهم: إنها تثبت بمرة، ثم إن ظاهر العطف أن قبولها من القريب غير مقيد بجري العادة منه، وهو ظاهر إطلاق القدوري والهداية. وفي النهاية عن شيخ الاسلام أنه قيد فيه أيضاً، وتماه في النهر. قوله: (بقدر عادته) فلو زاد لا يقبل الزيادة. وذكر فخر الاسلام: إلا أن يكون مال المهدي قد زاد، فيقدر ما زاد ماله إذا زاد في الهدية لا بأس بقبولها، فتح. قال في الاشباه: وظاهر كلامه أنه زاد في القدر، فلو في المعنى كأن كانت عادته إهداء ثوب كتان فأهدى ثوبا حريرا لم أره لاصحابنا، وينبغي وجوب رد الكل لا يقدر ما زاد في قيمة لعدم تمييزها، ونظر فيه في حواشي الاشباه. تنبيه في الفتح: ويجب أن تكون هدية المستقرض للمقرض كالهديّة للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة ا هـ. قال في البحر: وهو سهو، والمنقول كما قدمناه آخر الحوالة أنه يحل حيث لم يكن مشروطا مطلقا ا هـ. 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 بحثا. وفي ط عن الحموي: إلا أن يكون ممن لا تنتهي خصوماته كنظار الاوقاف ومباشرها ا هـ. 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 ا هـ: أي سواء كان محرما أو غيره على ما مر عن شيخ الاسلام. قوله: (دعوة خاصة) الدعوة إلى الطعام بفتح الدال عند أكثر العرب وبعضهم يكسرها كما في المصباح، فلو عامة له حضورها لولا خصومه لصاحبها كما في الفتح. قوله: (وهي الخ) هذا هو المصحح في تفسيرها، وقيل العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة. وقيل إن كانت لخمس إلى عشرة فخاصة، وإن لأكثر فعامّة، وتماه في البحر والنهر. قوله: (وقيل هي كالهديّة (ظاهر الفتح اعتماده، فإنه قال بعد الكلام: فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضيافة، وكذا قال في البحر: الاحسن 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 عادته الدعوة له في كل شهر مرة فدعاه كل أسبوع بعد القضاء لا يجيبه، ولو اتخذ له طعاما أكثر من الاول لا يجيبه إلا أن يكون ماله قد زاد، كذا في التاترخانية. 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 المنح، وهذا لا يناسب القيل المذكور قبله، لأنه يلزم أن تكون العامة كالخاصة، وهو خلاف تقييدهم بالمنع بالخاصة فقط. تأمل. قوله: (ويعود المريض) إلا أنه لا يطيل المكث عنده. بحر. قوله: (إن لم يكن لهما ولا عليهما دعوى) الذي في الفتح وغيره الاقتصار على ذكر المريض. تأمل. قوله: (ويسوي وجوبا بين الخصمين الخ) إطلاقه يعم الصغير والكبير والخليفة والرعية والدنى والشريف والاب والابن والمسلم والكافر، إلا إذا كان المدعى عليه هو الخليفة ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه، وأن يجلسه مع خصمه، ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما، ولا ينبغي أن يجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره، لأن لليمين فضلا ولذا كان النبي (ص) يخص به الشيخين، بل المستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه كالمعلم بين يديه معلمه، ويكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحوهما، ولا يمكنهما من التربع ونحوه، ويكون أعوانه قائمة بين يديه. وأما قيام الاخصام بين يديه فليس معروفا، وإنما حدث

لما فيه من الحاجة إليه والناس مختلفو الاحوال والادب، 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، فيعطي كل إنسان ما يستحقه. بقي 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: (واقبالا) أي نظرا. قهستاني. والاولى تفسيره بالتوجيه إليه صورة أو معنى لئلا يتكرر بما بعده. قوله: (ويمتنع من مساواة أحدهما) أي يجتنب التكلم معه خفية، وكذا القائم بين يديه كما في الولوالجية، وهو الجلواز الذي يمنع الناس من التقدم إليه بل يقيمهم بين يديه على البعد ومعه سوط

[516]

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 الضيافة. 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 وجه: لا بأس بتلقيين الحجة ا هـ. وظاهره ضعفها. بل ظاهر الفتح أن هذا في تلقيين 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، وعن أبي يوسف وهو وجه للشافعي: لا بأس به لمن استولته الحيرة أو الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه في غير موضع التهمة، أما فيها بأن ادعى المدعي ألفا وخمسماية والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف فيقول القاضي يحتمل أنه أبرأ من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق في شهادته كما وفق القاضي، فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقيين أحد الخصمين ا هـ ثم ذكر أن ظاهر الهداية ترجيح قول أبي يوسف ا هـ. وحكاية الرواية في تلقيين الشاهد والاتفاق في تلقيين أحد الخصمين ينفي ما مر 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 ا هـ. والظاهر أن مدته لم تطل، ولذا لم يشتهر بالقضاء كما اشتهر أبو يوسف، فلم يحصل له من التجربة ما حصل لأبي يوسف، لأنه كان قاضي المشرق والمغرب وزيادة التجربة تفيد زيادة علم. قال الحموي: قال مجد الأئمة الترجماني: والذي يؤيده ما ذكره في الفتاوى أن أبا حنيفة كان يقول: الصدقة أفضل من حج التطوع، فلما حج وعرف مشاقه رجع وقال: الحج أفضل ا هـ. قوله: (حتى بالقلب) أي لم يحصل منه ميل قلبه إلى عدم التسوية بين الخصمين بقربة الاستثناء. قوله: (قلت ومفاده الخ) قال في الفتح: والدليل عليه قضية شريح مع علي، فإنه قام وأجلس عليا مجلسه ا هـ. قوله: (وسيجئ) أي في آخر باب كتاب القاضي. قوله: (بلسان لا يعرفه الآخر) لأنه كالمسارة. قوله: (أحكم بينكما) أي ويقولان: نعم احكم بيننا. قوله :

[517]

(لم يلزمه) أفاد أنه لو استأنف براءة لعرضه لا بأس به. قوله: (نسخة السجل) أي كتاب القاضي الذي فيه حكمه المسمى الآن بالحجة. قوله: (ألزمه القاضي بذلك) الظاهر أن الإشارة للعرض على العلماء، لان السجل: أي الحجة لو كان ملكه لا يلزمه دفعه للمقضى عليه. تأمل. قوله: (وفي الفتح الخ) حيث قال: وفي المبسوط ما حاصله: أنه ينبغي للقاضي أن يعتذر للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه ويبين له أنه فهم حجته، ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره، ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس، ونسبته إلى أنه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو برئ، وإذا أمكن إقامة الحق مع عدم إيقار الصدور كان أولى ا هـ. وفي الصحاح: الوغر: شدة توقد الحر، ومنه: قيل في صدره علي وغر بالتسكين: أي ضغن وعداوة وتوقد من الغيظ. قوله: (قصص الخصوم) جمع قصة، وهي بالفتح: الحصة، والمراد بها هنا: ورقة يكتب فيها قضيته مع خصمه ويسمى الآن عرض الحال. قوله: (لا) أي لان كلامه بلسانه أحسن من كتابته. قوله: (ولا يأخذ بما فيها) عبارة

غيره. ولا يؤاخذ: أي لا يؤاخذ صاحبها بما كتبه فيها من إقرار ونحوه ما لم يقر بذلك صريحا، لانه لا عبرة بمجرد الخط فافهم، والله سبحانه أعلم. فصل في الحبس هو من أحكام القضاء، إلا أنه لما اختص بأحكام كثيرة أفره بفصل على حدة. نهر. وهو لغة: المنع مصدر حبس كضرب.. ثم أطلق على الموضوع وترجم المصنف له وزاد فيه مسائل آخر من أحكام القضاء ذكرها في الهداية في فصل على حدة، فكان الأولى أن يقول: في الحبس وغيره كما قال في باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره. قوله: (هو مشروع الخ) أراد أنه مشروع بالكتاب والسنة. زاد الزيلعي: والاجماع لان الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا عليه قوله: * (أو ينغوا من الارض) * (المائدة: 33) فإن المراد بالنفي الحبس كما تقدم في قطاع الطريق ا هـ ح. قوله: (وأحدث السجن علي) أي أحدث بناء سجن خاص فلا ينافي ما قالوا أيضا من أنه لم يكن في عهده (ص) وأبي بكر سجن، إنما كان يحبس في المسجد أو الدهليز حتى اشتري عمر رضي الله تعالى عنه دارا بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذة محبسا. قوله: (من مدر) بالتحريك: قطع الطين اليابس

[518]

والحجارة كما في القاموس. قوله: (يفتح الباء) أي المثناة التحتية مشددة والعجب مما في البحر والنهر والمنح من ضبط بالتاء المثناة الفوقية، وقد ذكره في القاموس في الاجوف الثاني فقال: المخيس كمعظم السجن، وسجن بناء علي رضي الله تعالى عنه. قوله: (كيسا) قال في المصباح: الكيس وزان فلس: الطرف والفطنة. وقال ابن الاعرابي: العقل، ويقال إنه مخفف من كيس مثل هين وهين، والاول أصح لانه مصدر من كاس كيسا من باب باع، وأما المثلث فاسم فاعل، والجمع أكياس مثل جيد وأجباد ا هـ. وفي الفتح: الكيس: أي مخففا: حسن التأني في الامور، والكيس المنسوب إليه الكيس ا هـ. قوله: (وأميناً) أراد به السجن الذي نصبه فيه. فتح. وعليه فعطفه على ما قبله: نظير علفتها تبنا وماء باردا فيراد بقوله: بنيت اتخذت، وما قيل من أنه يصح كونه وصفا لمخيسا كالذي قبله لا يناسبه قول كيسا، فافهم. قوله: (صفته) الضمير للحبس بالمعنى المصدري، فلذا قال: أن يكون بموضع أي في موضع، فافهم. قوله: (ولا وطاء) على وزن كتاب المهاد الوطئ. مصباح. وفيه: والمهد والمهاد: الفراش. وفي القاموس عن الكسائي: إن الوطاء خلاف الغطاء. قلت: فإن أريد به المهاد الوطئ: أي اللين السهل فهو أخص مما قبله، وكذا إن أريد به ما ينام عليه، وهو خلاف الغطاء، قوله: (ومفاده) أي مفاد قوله: ليضجر. قوله: (ولا يمكن) بالبناء للمجهول مع التشديد. قوله: (ولا يمكنون عنده طويلا) أي بحيث يحصل له الاستئناس بهم، بل بقدر ما يحصل به المقصود من المشاورة. مطلب: لا تحبس زوجته معه لو حبسته قوله: (ومفاده) أي مفاد قوله: للاستئناس. وفي النهر: إذا احتاج للجماع دخلت عليه زوجته أو أمته إن كان فيه موضع سترة. وفيه دليل على أن زوجته لا تحبس معه لو كانت هي الحابسة له، وهو الظاهر ا هـ. وأنت خير بأن الاستدلال على المسألة بما قاله الشارح أولى مما في النهر، لان عدم دخول أحد عليه للاستئناس أصرح بعدم حبسها معه، إذ في حبسها معه غاية الاستئناس له مع كون المقصود من ذلك الضجر ليوفي دينه، وإذا كانت هي الحابسة له وقلنا بجواز حبسها معه لا يحصل المقصود، بل يحصل ضده وهو ضجرها لتخرجها من الحبس حتى تخرج معه، ففي ذلك أيضا دليل على أنها لا تحبس معه لو هي الحابسة وليس فيما قاله في النهر ما يدل على ذلك أيضا، فلذا عدل الشارح عن كلام النهر: فقد ظهر أنه ليس في عدوله عنه خلل، بل الخلل في متابعتها له فافهم. ثم إن الظاهر أن المقصود بهذا الرد على من قال إنها تحبس معه. وفي البحر عن الخلاصة: فإذا حبست المرأة زوجها لا تحبس معه. وفيه عن البزازية وغيرها: إذا خيف عليها الفساد استحسن المتأخرون أن تحبس معه ا هـ .

[519]

وحاصله: أنها إذا حبسته وكانت من أهل الفساد ويخشى عليها فعل ذلك إذا لم يكن مراقبا لها يكون مظنة أن حبسها له لاجل ذلك لا لمجرد استيفاء حقها منه فله حبسها معه، أما إذا لم تكن كذلك فلا وجه لحبسها معه، وهذا محمل ما في الخلاصة. قوله: (من وطئ جاريته) وكذا زوجته كما مر، وقيل يمنع من ذلك لان الوطئ

ليس من الحوائج الاصلية. فتح. قوله: (وفي الخلاصة يخرج بكفيل)، هذا هو الصواب في نقل عبارة الخلاصة، ونقل عنها في البحر: يخرج الكفيل فكأنه سقطت الباء من نسخته كما نبه عليه في النهر وكذا الرمل. وقال أيضا: والعجب أن البازي وقع في ذلك فقال: وذكر القاضي أن الكفيل يخرج لجنابة الوالدين الخ. والذي في فتاوى القاضي: يعني قاضيخان: يخرج بالكفيل. قوله: (وعليه الفتوى (قال في الفتح: وفيه نظر لأنه إبطال حق آدمي بلا موجب. نعم إذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك. وسئل محمد عما إذا مات والده أخرج؟ فقال لا ه. وحاصله: أن ما في الخلاصة مخالف لنص محمد رحمه الله تعالى. قال في البحر: وقد يدفع بأن نص محمد في المديون أصالة والكلام في الكفيل ه. وهذا بناء على ما وقع له في نسخة الخلاصة من التحريف على أنه لا يظهر الفرق بين المديون وكفيله كما قاله المصنف في المنح. قوله: (يخرج بكفيل) قال في الفتح: وإن لم يكن له خادم يخرج إن كان يموت بسبب عدم الممرض، ولا يجوز أن يكون الدين مفضيا للتسبب في هلاكه ه. ومقتضى التعليل أنه لم يجد كفيلًا يخرج، لكن في المنح عن الخلاصة: فإن لم يجد كفيلًا لا يطلقه. تأمل. قوله: (والا لا) أي وإن وجد من يخدمه لا يخرج، هكذا روي عن محمد، هذا إذا كان الغالب هو الهلاك، وعن أبي يوسف: لا يخرج، والهلاك في السجن وغيره سواء. والفتوى على رواية محمد. منح عن الخلاصة. قوله: (لمعالجة) أي لمداداة مرضه لا مكان ذلك في السجن. قوله: (قيل ولا يتكسب فيه) كذا في بعض النسخ، وفي أكثرها: بل ولا يتكسب فيه، وهي الصواب لأن التعبير بقيل يفيد الضعف، وقد صرح في البحر وغيره بأن الاصح المنع، وفي شرح أدب القضاء عن السرخسي أنه الصحيح من المذهب، لأن الحبس مشروع ليضجر، ومتى تمكن من الاكتساب لا يضجر، فيكون السجن له بمنزلة الحانوت. قوله: (ولو له ديون خرج ليخاصم ثم يحبس) فيه إشارة إلى أنه إذا ادعى عليه آخر بدين يخرج لسماع الدعوى، فإن أثبتته بالوجه الشرعي أعيد في الحبس لاجلها. سائجاني عن الهندية. قوله: (إذا امتنع عن كفارة) لأن حق المرأة في الجماع يفوت بالتأخير. أشباه. واعترضه الحموي بأن حقها فيه قضاء في العمر مرة واحدة ه. قلت: هذه المرة لاجل انتفاء العنة والتفريق بها، وإلا فلها حق في الوطئ بعدها، ولذا حرم الإيلاء منها، ويفرق بينهما بمضي مدته لأنه امتناع بسبب محذور، وكذا في الظهار لأنه منكر من

القول فلذا ظهر فيه المطالبة بالعود إليها، ويضرب عند الامتناع، وإن كان لا يضرب عنه الامتناع عنها بغير سبب. تأمل. قوله: (والانفاق على قريبه) بالجر عطا على كفارة، وكذا قوله والقسم كما هو ظاهر فافهم، وهذا مخالف لما قدمه في النفقة من أنه إذا امتنع من الانفاق على القريب يضرب ولا يحبس، ومثله في القسم كما في باب، لكن قدمنا في آخر النفقة أنه تابع البحر في نقل ذلك عن البدائع، وأن الذي في البدائع أنه يحبس سواء كان أبًا أو غيره، بخلاف الممتنع من القسم فإنه يضرب ولا يحبس، وهو الموافق لما سيذكره المصنف متنا. وذكر في البحر أنهم صرحوا بأنه لو امتنع من التكفير مع قدرته يضرب وكذا لو امتنع من الانفاق على قريبه، بخلاف سائر الديون ه. قوله: (والضابط) أي لما يضرب فيه المحبوس، فإنه بالامتناع عما ذكر يفوت الواجب لا إلى خلف، فإن نفقة القريب تسقط بالمضي ولو مقضيا بها أو متراضي عليها وكذا الوطئ والقسم يفوتان بالمضي. قوله: (ما في الوهبانية) الشطر الثاني لشارحها غير فيه نظم الاصل. قوله: (وإن فر) أي من الحبس. قوله: (في العنت يذكر) أي إذا كان متعنتا لا يؤدي المال: قيل يطين عليه الباب ويترك له ثقبه يلقي له الخبز والماء، وقيل الرأي فيه للقاضي، وهو ما يذكره قريبا عن البازية. قوله: (ولا يغل) أي لا يوضع له الغل بالضم وهو طوق من حديد يوضع في العنق جمعه أغلال كقفل وأققال مصباح. وأما القيد فما يوضع في الرجل. قوله: (ولا يجرد) أي من ثيابه في الحبس. قوله: (وعن الثاني) عبارة النهر: ولا يؤجر خلافا لما 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 ه. قوله: (وأفتى المصنف الخ) ذكر في المنح عبارة قارئ 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 ا هـ. قوله: (وإذا ثبت الحق للمدعي (أي عند القاضي كما في الهدية وغيرها، وظاهره أن المحكم لا يحبس. قال في البحر: ولم أره. نهر. لكن نقل

[521]

الحموي عن صدر الشريعة أن له الحبس. قوله: (ولو دانقا) في كافي الحاكم : ويحبس في درهم وفي أقل منه ا هـ. ومثله في الفتح معللا بأن ظلمه يتحقق بمنع ذلك. قوله: (بينة) أو بنكول. بحر عن القلانسي. قوله: (عجل حبسه) إلا إذا ادعى الفقر فيما يقبل فيه دعواه ط. قوله: (يطلب المدعي) ذكره قاضيان وهو قيد لازم. منح. قوله: (لم يعجل حبسه) لأن الحبس جزاء المماطلة، ولم يعرف كونه مماتلا في أول الوهلة، فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله. هداية. قوله: (بل يأمره بالاداء ينبغي أن يقيد هذا بما إذا لم يتمكن القاضي من أداء ما عليه بنفسه، كما إذا ادعى عينا في يد غيره أو وديعة له عنده وبرهن أنها هي التي في يده، أو دينا له عليه وبرهن على ذلك فوجد 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 طغر بجنس حقه له أن يأخذ، 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 أبى حبسه فيقال إنما يحبس إذا لم يتمكن القاضي الخ فافهم. قوله: (فإن أبى حبسه (فلو قال أمهلني ثلاثة أيام لادفعه إليك فإنه يمهل ولم يكن بهذا القول ممتنعا من الاداء 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 يعتذر بأنني ما كنت أعلم أن علي دينا له بخلافه بالاقرار، لأنه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى أحوجه إلى شكواه. فتح. قوله: (وسوى بينهما في الكنز) حيث قال: وإذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه، فإن أبى 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 يقول له قم فارضه، فإن عاد به إليه حبسه ا هـ. قوله: (واستحسنه الزيلعي) حيث قال: والاحسن ما ذكره هنا: أي في الكنز فإنه يؤمر بالايفاء مطلقا، لأنه يحتمل أن يوفي فلا يعجل بحبسه قبل أن يتبين له حاله بالامر والمطالبة. قوله: (وهو المذهب عندنا) صرح بذلك في شرح أدب القضاء وقال: 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 ا هـ. وهي عبارة الكافي المارة. ثم

[522]

رأيت بعضهم نبه على ما ذكرته. قوله: (ويحبس المديون الخ) اعلم أن المدعي إذا ادعى دينا وأثبتته يؤمر المديون بدفعه، فإن أبى وطلب المدعي حبسه وهو غني يحبس، ثم إن كان الدين ثمنا ونحوه من الاربعة المذكورة في المتن وادعى المديون الفقر لا يصدق، لأن إقدامه على الشراء ونحوه مما ذكر دليل على عدم فقره، فيحبس إلا إذا كان فقره ظاهرا كما سيأتي. وإن كان الدين غير الاربعة المذكورة وادعى الفقر فالقول له ولا يحبس إلى آخر ما سيجئ. تنبيه: أطلق المديون فشمّل المكاتب والعبد المأذون والصبي المحجور، فإنهم يحبسون، لكن الصبي لا يحبس بدين استهلاك بل يحبس والده أو وصية، فإن لم يكونا أمر القاضي رجلا ببيع ماله في دينه، كذا في البزارية. بحر. قلت: وحبس والده أو وصية بدين الاستهلاك إنما هو حيث كان الصبي مال وامتنع الاب أو الوصي من بيعه، أما إذا لم يكن له مال فلا حبس كما يعلم من آخر العبارة، وهو ظاهر، والقول له إنه فقير لأن دين الاستهلاك مما لا يحبس به إذا ادعى الفقر كما يأتي، وسيذكر الشارح آخر الباب نظما من لا يحبس وفيه تفصيل للثلاثة المذكورين. قوله: (في كل دين هو بدل مال) كثر المبيع وبدل القرض، وقوله:

أو ملتزم بعقد كالمهر والكفالة، وهو من عطف العام على الخاص، فلو اقتصر عليه كما وقع في بعض الكتب لا غناء عما فيه. زاد في البحر من القلانسبي: وفي كل عين يقدر على تسليمها، وسيأتي في كلام الشارح. ثم اعلم أن هذه العبارة التي عزاها الشارح إلى الدرر والمجمع والملتقى أصلها للقدوري، عدل عنها صاحب الكنز إلى قوله: في الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة وتبعه المصنف لوجهين نيه عليهما في النهر: الأول أن قوله: بدل مال يدخل فيه بدل المصنوب وضمان المتلفات، والثاني أن قوله: أو ملتزم بعقد يدخل فيه أيضا ما التزمه بعقد الصلح عن دم العمد والخلع مع أنه لا يحبس فيها هذه المواضع إذا ادعى الفقر ا هـ. وصرح الشارح بعد أيضا بأنه لا يحبس فيها فكان عليه عدم ذكر هذه العبارة، لكن ما ذكره في النهر عن مسلم. أما الأول فلان المراد بدل مال حصل في يد المديون، كما سيأتي فيكون دليلا على قدرته على الوفاء بخلاف ما استهلكه من الغصب. وأما الثاني فلانه يحبس في الصلح والخلع كما تعرفه فالاحسن 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 الثمن) شمل الثمن ما على المشتري وما على البائع بعد فسخ البيع بينهما بإقالة أو خيار، وشمل رأس مال السلم بعد الإقالة وما إذا قبض المشتري المبيع أولا. بحر. قوله: (كالاجرة) لانها ثمن المنافع. بحر. فإن المنفعة وإن كانت غير مال لكنها تتقوم في باب الاجارة للضرورة. قوله: (ولو لزمي) يرجع إلى الثمن والقرض وكان المناسب ذكره عقب قوله: ويحبس المديون قال في البحر: أطلقه فأفاد أن المسلم يحبس بدين الذمي والمستأمن وعكسه ا هـ. قوله: (والمهر المعجل) أي ما شرط تعجيله أو تعورف. نهر. قوله: (وما لزمه بكفالة) استثنى منه في الشرنبلالية كفيل أصله كما لو كفل أباه أو أمه: أي فإنه لا يحبس مطلقا لما يلزم عليه من حبس الاب معه، وفي كلام قدمناه في الكفالة. قوله: (ولو بالدرك) هو المطالبة بالثمن عند استحقاق المبيع وهذا ذكره في النهر أخذنا من إطلاق الكفالة، ثم

قال: ولم أره صريحا. قوله: (أو كفيل الكفيل) بالنصب خبر لكان المقدرة بعد لو فهو داخل تحت المبالغة: أي ولو كان كفيل الكفيل فدخل تحت المبالغة الاصيل وكفيله. قال في البحر: وأشار المؤلف إلى حبس الكفيل والاصل معا: الكفيل بما التزمه، والاصل بما لزمه بدلا عن مال، وللكفيل بالامر حبس الاصيل إذا حبس، كذا في المحيط. وفي البزاية: يتمكن المكفول له من حبس الكفيل والاصل وكفيل الكفيل وإن كثروا ا هـ. قوله: (لانه التزمه بعقد) أي لان 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 التزامه ذلك بالعقد دليل القدرة لعى الاداء، لان العاقل لا يلتزم ما لا قدرة له عليه فيحبس وإن ادعى الفقر لانه كالمتناقض لوجوده دلالة اليسار وظهر به وجه حبسه أيضا بالثمن والقرض، لانه إذا ثبت المال بيده ثبت غناه به. أفاد ذلك في الفتح وغيره. والآخر مبني على التمسك بالاصل، فإن الاصل بقاؤه في يده. قوله: (هذا هو المعتمد) الإشارة إلى ما في المتن من أنه يحبس في الأربعة المذكورة وإن ادعى الفقر، وهذا أحد خمسة أقوال: ثانيها: ما في الخانية: ثالثها: القول للمديون في الكل: أي في الأربعة وفي غيرها مما يأتي. رابعها: للدائن في الكل. خامسها: أنه يحكم الزبي: أي الهيئة إلا الفقهاء والعلوية لانهم يتزبون بزبي الأغنياء وإن كانوا فقراء صيانة لماء وجههم، كما في أنفع الوسائل. مطلب: إذا تعارض ما في المتون والفتاوى فالمعتمد ما في المتون قوله: (خلافا لفتوى قاضيخان) حيث قال: إن كان الدين بدلا عن مال كالقرض وثمان المبيع فالقول للمدعي، وعلى الفتوى، وإن لم يكن بدل مال فالقول للمديون ا هـ. وعليه فلا يحبس في المهر والكفالة. قال في البحر: وهو خلاف مختار المصنف تبعا لصاحب الهداية. وذكر الطرسوسي في أنفع الوسائل أنه: أي ما في الهداية المذهب المفتى به. فقد اختلف الافتاء فيما التزمه بعقد ولم يكن بدل، والعمل على ما في المتون، لانه إذا تعارض ما في المتون والفتاوى فالمعتمد ما في المتون، كما في أنفع الوسائل، وكذا يقدم ما في الشروح على ما في الفتاوى ا هـ. قلت: وما في الخانية نقل في أنفع الوسائل عن المبسوط أنه ظاهر الرواية. قوله: (نعم عده في الاختيار لبطل الخلع هنا خطأ) عده بالرفع مبتدأ، واللازم في لبطل متعلق به وخطأ خبر المبتدأ. وفي بعض النسخ: كبطل بالكاف وهو تحريف، وقوله: هنا أي فيما يكون القول فيه للمدعي كالمسائل الأربع، وعبارة الاختيار هكذا: وإن قال المدعي هو موسر وهو يقول أنا معسر، فإن كان القاضي يعرف يساره أو كان الدين

بدل مال كالثمن والقرض أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة وبدل الخلع ونحوه حبسه، لان 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

[524]

المدعي والمدعى عليه في الفقر وعدمه ونقل عبارات الكتب، منها كتاب اختلاف الفقهاء للطحاوي: أن كل دين أصله من مال وقع في يد المديون كأثمان البياعات والقروض ونحوها حبسه، وما لم يكن أصله كذلك كالمهر والخلع والصلح عن عدم العمد ونحوه لم يحبس حتى يثبت ملأته هـ. ونقل نحوه عن متن البحر المحيط وغيره، وذكر عن السغناقي وغيره حكاية قول آخر أيضا، وهو أن كل دين لزمه يعقد فالقول فيه للمدعي، وكل دين لزمه حكما لا بمباشرة العقد فالقول فيه للمديون . قالوا: وهذا القول لا فرق بين ما ثبت بدلا عن مال أو لا ثم إن الطرسوسي قال: إن صاحب الاختيار أخطأ، حيث جعل بدل الخلع كالثمن والقرض في أن القول فيه للمدعي، وهو مخالف لما نقلناه عن اختلاف الفقهاء للطحاوي ومتن البحر المحيط وغيره، وأيضا فإن الخلع ليس بدلا عن مال، هذا حاصل كلامه. وإذا أمعنت النظر تعلم أنه كلام ساقط، فإن ما ذكره عن اختلاف الفقهاء ومتن البحر المحيط وغيره هو القول الذي مر عن قاضيخان، وما ذكره عن السغناقي وغيره هو الذي مشى عليه القدوري ونقله الشارح عن الدرر والمجمع والملتقى. فالقول الأول: اعتبر في كون القول للمدعي كون الدين بدلا عن مال حصل في يد المديون، ولم يعتبر كونه بعقد، ولا شك أن المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد وإن كان بعقد لكنه ليس بدل مال فلا يكون القول فيه للمدعي بل للمديون فلا يحبس فيه. والقول الثاني: اعتبر كون الدين ملتزما بعقد سواء كان بدل مال أو غيره، ولا شك أن الخلع ملتزم بعقد كالمهر فيكون القول فيه للمدعي، والذين صرحوا بأن بدل الخلع لا يحبس فيه المديون هم أهل القول الأول فجعلوه كالمهر لكون كل منهما ليس بدل مال، وقد علمت أن صاحب الاختيار من أهل القول الثاني، فإنه اعتبر العقد كما قدمناه عنه، فلذا جعل القول للمدعي في المهر والكفالة والخلع، ويلزم منه أيضا أن يكون الصلح عن دم العمد كذلك لانه بعقد، وحينئذ فاعتراض الطرسوسي على صاحب الاختيار بما حكاه أهل القول الأول ساقط، فإن صاحب الاختيار لم يقل بقولهم حتى يعترض عليه بذلك، بل قال بالقول الثاني كبقية أصحاب المتون، غير أنه زاد على المتون التصريح بالخلع لدخوله تحت العقد، وتبعه في الدرر. كيف وصاحب الاختيار إمام كبير من مشايخ المذهب، ومن أصحاب المتون المعتمدة، وأما الطرسوسي فلقد صدق فيه قول المحقق ابن الهمام: إنه لم يكن من أهل الفقه، فافهم واغتم تحقيق هذا الجواب فإنك لا تجده في غير هذا الكتاب، والحمد لله ملهم الصواب. ثم بعد مدة رأيت في مختصر أنفع الوسائل للزهري ردا على الطرسوسي بنحو ما قلنا والله الحمد. قوله: (لا يحبس في غيره) أي إن ادعى الفقر كما يأتي. قوله: (بدل خلع) الصواب إسقاطه كما علمت من أنه من القسم الأول. قوله: (ومغصوب) بالجر عطفًا على خلع، وكذا ما بعده: أي وبدل مغصوب: أي إذا ثبت استهلاكه للمغصوب ولزمه بدله من القيمة أو المثل وادعى الفقر لا يحبس، لانه وإن كان مال دخل في يده لكنه باستهلاكه لم يبق في يده حتى يدل على قدرته على الإيفاء، بخلاف ثمن المبيع فإن المبيع دخل في يده، والأصل بقاؤه كما مر فلذا يحبس فيه، وبخلاف العين المغصوبة القادر على تسليمها، فإنه يحبس أيضا على تسليمها كما قدمه أنفا عن تهذيب القلانسي، فلا منافاة بينه وبين ما هنا. قال في أنفع الوسائل: وقولهم أو ضمان المغصوب معناه: إذا اعترف بالغصب وقال إنه فقير وتصادقا على الهلاك أو حبس لاجل العلم بالهلاك فإن القول للغاصب في العسرة، هكذا ذكره السغناقي وتاج الشريعة وحמיד الدين الضرير هـ. قوله: (ومتلف) أي وبدل ما أتلفه من أمانة ونحوها. قوله :

[525]

(ودم عمد) أي بدل الصلح عن دم عمد. قال في أنفع الوسائل: معناه أنه لو قتل مورثه عمدا فصالحه على مال فادعى أنه فقير يكون القول قول القاتل في ذلك

لأنه ليس بدلا عن مال، وما صرح بهذه أحد سوى الطحاوي في اختلاف الفقهاء، وهو صحيح موافق للقواعد وداخل تحت قولهم عما ليس بمال أ هـ. قال في البحر: وبشكل جعلهم القول فيه للمديون مع أنه التزمه بعقد أ هـ. أقول: لا إشكال فيه، لأن ذلك مبني على القول بعدم اعتبار العقد، وأن المعتبر هو كون الدين بدلا عن مال وقع في يد المديون كما علمته مما نقلناه سابقا من عبارة الطحاوي، وهذا القول هو الذي مر عن الخانية، وأما على القول الذي مشى عليه القدوري وصاحب الاختيار وغيرهما من أصحاب المتن من أن المعتبر ما كان بدلا عن مال أو ملتزما بعقد، وإن لم يكن بدلا عن مال، فلا شك في دخول هذه الصورة في العقد، فتكون على هذا القول من القسم الاول الذي يكون القول فيه للمدعي لأنها كالمهر، وإنما يشكل الامر لو صرح أحد من أهل هذا القول بأن بدل دم العمد يكون القول فيه للمديون، مع أنه لم يصرح بذلك أحد إلا الطحاوي القائل بالقول الاول، فعلمنا أنه مبني على أصله من أنه لا يعتبر العقد أصلا، فمعارضة أهل القول الثاني بهذا القول غير واردة والاشكال ساقط كما قررنا نظيره في مسألة الخلع، وبهذا ظهر أن الصواب إسقاط هذه الصورة أيضا وذكرها في القسم الاول. قوله: (وعتق حظ شريك (أي لو أعتق أحد شريكي عبد حصته منه بلا إذن الآخر واختار الآخر تضمينه فادعى المعتقد الفقر فالقول له، لأن تضمينه لم يجب بدلا عن مال وقع في يده، ولا ملتزما بعقد حتى يكون دليل قدرته، بل هو في الحقيقة ضمان إتلاف. قوله: (وأرث جناية) هذا وما بعده مرفوع عطفا على بدل لا على خلع المجرور، لأن الارش هو بدل الجناية، والمراد أرش جناية موجبها المال دون القصاص. قوله: (ونفقة قريب وزوجة) أي نفقة مدة ماضية مقضي بها أو متراض عليها، لكن نفقة القريب تسقط بالمضي إلا إذا كانت مستدانة بالامر، وسيذكر المصنف مسألة النفقة. قوله: (ومؤجل مهر) استشكله في البحر بأنه التزمه بعقد: أي فيكون من القسم الاول، لكن جوابه أنه لما علم عدم مطالبته به في الحال لم يدل على قدرته عليه، بخلاف المعجل شرطا أو عرفا. قوله: (قلت ظاهره ولو بعد طلاق) هذا هو المتعين، لأنه قبل الطلاق أو الموت لا يطالب به فكيف يتوهم حبسه به. قوله: (وفي نفقات البزاية الخ) الانسب ذكر هذا عند قول المتن الآتي إلا أن يبرهن غريمه على غناه وعيارة البزاية كما في البحر: وإن لم يكن لها بينة على يساره وطلبت من القاضي أن يسأل من جيرانه لا يجب عليه السؤال، وإن سأل كان حسنا، فإن سأل فأخبره عدلان ببساره ثبت اليسار، بخلاف سائر الديون حيث لا يثبت اليسار بالاخبار، وإن قالا سمعنا أنه موسر أو بلغنا ذلك لا يقبله القاضي أ هـ. قوله: (لكن الخ) فإن قوله: ما لم يثبت غناه المتبادر منه كونه بالشهادة، ويمكن أن يقال الثبوت في دين النفقة بالاخبار في غيره بالاشهاد، فعبارته غير معينة ط. قلت: لكن قول المصنف الآتي إلا أن يبرهن يقتضي عدم الفرق. نعم عبارة الكنز والهداية :

إلا أن يثبت، لكن قيده الزيلعي بالبينه. تأمل. قوله: (فالقول للمديون) أي فلا يحبس إن ادعى الفقر. قوله: (وأقره في النهر) وكذا في البحر، ووجهه ظاهر لانكاره ما يوجب حبسه. قوله: (لا يحبس في دين مؤجل) لأنه لا يطالب به قبل حلول الاجل. قوله: (وإن بعد) أي السفر بحيث يحل الاجل قبل قدومه. قوله: (وقدما في الكفالة) أي في آخرها، وقدما هناك ترجيح إلزامه بإعطاء كفيل فراجع. قوله: (إن ادعى الفقر) قيد لقوله: لا يحبس في غيره. قوله: (إذ الاصل العسرة) لأن الأدمي يولد فقيرا لا مال له، والمدعي يدعي أمرا عارضا، فكان القول لصاحبه مع يمينه ما لم يكذبه الظاهر، إلا أن يثبت المدعي بالبينه أن له مالا بخلاف ما تقدم، لأن الظاهر يكذبه زيلعي. قوله: (أي على قدرته على الوفاء) أي ليس المراد بالغنى ملك النصاب لأنه يحبس فيما دونه. أفاده في الفتح. قوله: (ولو باقتراض) في البزاية: لو وجد المديون من يقرضه فلم يفعل فهو ظالم، وفي كراهية القنية: لو كان للمديون حرفة تفضي إلى قضاء دينه فامتنع منها لا يعذر أ هـ. وكل من الفرعين ينبغي تخريجه على ما يقبل فيه قوله، فإذا ادعى في المهر المؤجل مثلا أنه معسر ووجد من يقرضه، أو كان له حرفة توفيحه فلم يفعل حبسه الحاكم، لأن الحبس جزاء الظلم، وأما ما لا يقبل فيه قوله فظلمه فيه ثابت قبل وجود من يقرضه. نهر. قوله: (أو بتقاضي غريمه) بأن كان له مال على غريم موسر. قال في البزاية: فإن حبس غريمه الموسر لا يحبس، وفيها: ولو كان للمحبوس مال في بلد آخر يطلقه بكفيل أ هـ. قوله: (فيحبسه حينئذ) أي حين إذ قام البرهان على غناه في هذا القسم، وبمجرد دعوى المدعي غناه في القسم الاول كما مر. قوله: (ولو يوما) أخذه في البحر من ظاهر كلامهم. قوله: (هو الصحيح) صرح به في الهداية، لأن المقصود من الحبس الضجر والتسارع لقضاء الدين وأحوال

الناس فهي متفاوتة، ومقابلته رواية تقديره بشهرين أو ثلاثة، وفي رواية بأربعة، وفي رواية بنصف حول. قوله: (لم أحبس) 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 عن أمره أفقر أم غني وإلا سألت عنه عاجلا: يعني إذا كان ظاهر الفقر أقبل البينة على الإفلاس وأخلى سبيله هـ. قوله: (قال المديون) أي بما أصله ثمن ونحوه، إذ القسم الثاني القول فيه للمديون أنه معسر فلا يحتاج إلى تحليل الدائن. نعم يتأتى فيه أيضا

[527]

إذا أثبت يساره لكنه بعيد، إذ لا يحلف المدعي بعد البينة. تأمل. قوله: قلت قدما 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 ا هـ: أي فإن ما يقتضيه حال ذلك المديون من قدر مدة حبسه التي يظهر فيها أنه لو كان له مال لظهره، يستوي في علم ذلك المجتهد وغيره بدون توقف على العلم باللغة والكتاب والسنة متنا وسندا كما لا يخفى، فالظاهر حمل ما قالوه فيما يفوض إلى رأي القاضي من الأحكام، والله سبحانه أعلم. قوله: (ثم بعد حبسه الخ) (الطرف متعلق بقول المنصف 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: (احتياط لا وجوبا) قال شيخ الاسلام: لان الشهادة بالاعسار 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 المدعي بينة يساره من غير حاجة إلى سؤال. قوله: (ويكفي عدل) والاثنان أحوط، وكيفيته أن يقول المخبر إن حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وحاله ضيقة، وقد اخترنا حاله في السر والعلانية. بحر عن البزاية. وقيد سماع هذه الشهادة بما بعد الحبس ومضي المدة، لانها قبل الحبس لا تقبل في الاصح كما يأتي، وكذا قبل المدة التي يراها القاضي كما سنذكره. قوله: (بغية دائن) أي يكفي ذلك في غيبة الدائن فلا يشترط لسماعها حضرته، لكن إذا كان غائبا سمعها وأطلقه بكفيل كما في البحر عن البزاية، وسيأتي مع زيادة: ما لو كان الدين لوفد أو يتيم. قوله: (وأما المستور الخ) فيه كلام يأتي قريبا. قوله: (ولا يشترط حضرة الخصم) يعني عنه قوله: بغية دائن. قوله: (إلا إذا تنازعا الخ) قال في النهر: وقيد في النهاية الاكتفاء بالواحد بما إذا لم تقع خصومة، فإن كانت كأن ادعى المحبوس الاعسار ورب الدين يساره فلا بد من إقامة البينة على الاعسار ا هـ. ومثله في البحر . قلت: وهذا مشكل، فإن ما مر من الاكتفاء بعدل لا شك أنه عند المنازعة، إذ لو اعترف المدعي بفقر المحبوس أو اعترف المحبوس بغناه لم يحتج إلى سؤال ولا إلى إخبار، ثم رأيت في أنفع الوسائل نقل عبارة النهاية المادة بزيادة وهي: فإن شهدا بأنه معسر خلي سبيله، ولا تكون هذه شهادة على النفي فإن الاعسار بعد اليسار أمر حادث، فتكون شهادة بأمر حادث لا بالنفي ا هـ. فأفاد أن هذه الخصومة بإعسار حادث، يعني إذا أراد حبسه فيما يكون القول فيه للمدعي بيساره أو في القسم الآخر، وبرهن على يساره بإثبات من أبيه منذ شهر مثلا، وهو ادعى إعسارا حادثا فلا بد فيه من نصاب الشهادة، لانها 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 إعسار بعد حبسه قبل تمام المدة التي يظهر فيها للقاضي عسرته، لكن سيأتي أن سماع البينة قبل المدة خلاف ظاهر الرواية، فتأمل .

[528]

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 الاسلام المارة، ثم قال: فقوله: أي شيخ

الاسلام: 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 لان 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: والاحسن عندي أن يقال: إن كان رأي القاضي موافقا لقول هذا المستور في العسرة يقبل، وإلا بأن لم يكن للقاضي رأي في عسرة المحبوس أو يسر به فيشترط كون المخبر عدلا هـ. واستحسنه في النهر وغيره. قلت: قد رجع إلى ما قاله الزيلعي من حيث لا يشعر، وذلك أنه إذا كان للقاضي رأي في عسرته بأن ظهر له حاله لا يحتاج إلى شاهد أصلا، بل له إخراجها بلا سؤال، والاحوط السؤال من عدل ليتحقق به ما رآه القاضي ولا يكون بمجرد رأيه، ويظهر من كلام شيخ الاسلام المار وكذا من كلام الفتح الذي ذكرناه بعده أنه لا يلزمه العمل بقول ذلك العدل إذ خالف رأيه، وإذا وافق قول المخبر رأي القاضي لا شك أنه يعمل به، سواء كان المخبر عدلا أو فاسقا أو مستورا، فعلم أن كلام الزيلعي محمول على ما إذا لم يكن للقاضي رأي 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 رأي له، فقد ظهر أنه في هذه الصورة تشترط العدالة كما اعترف به الطرسوسي. وفي الصورة الاولى 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 بإخبار 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 إلحاقا باليتيم. قوله: (فعلى القاضي القضاء به) أي إذا أبى المحبوس أن يخرج حتى يقضي بإفلاسه كما في البحر وغيره. قوله: (حتى لا يعيده الدائن ثانيا) أي قبل ظهور غناه. بحر. والظاهر أن المراد أن لا يعيده قاض آخر، لان الاول ظهر له حاله فكيف يعيده إلى الحبس، بل لا يعيده لا لهذا الدائن ولا لغيره حتى يثبت غناه كما هو صريح عبارة البازية المذكورة، وأيضا إذا ثبت إعساره الحادث بشهادة تامة بعد خصومة كما مر فليس لقاض آخر حبسه ثانيا فيما يظهر لانه يكون ثبوتا فيتعدى، بخلاف ما إذا أطلقه بإخبار واحد. تأمل. وقدم الشارح في الوقف في صور من ينتصب خصما من غيره عد منها المديون إذا أثبت إعساره

في وجه أحد الغرماء. قوله: (يريد تطويل حبسه) الظاهر أنه قيد باعتبار العادة، وإلا ففي غيبته تطويل حبسه وإن لم يرد ذلك، ولذا لم يقيد بذلك في عبارة الاشباه الآتية. أفاده ط. قوله: (وقدره) بالنصب عطفًا على الضمير المنصوب في علمه. قوله: (أو كفيلا) أي بالمال أو النفس. قوله: (إلا إذا ثبت إعساره) 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 العفار كذلك فيما يظهر، وكذا لو قال أمهلني ثلاثا لادفعه كما قدمناه عن شرح الوهبانية، وهذا أعم من أن يدفعه ببيع عرض أو عقار باستقراض أو استيهاب أو غير ذلك، ولا داعي إلى ما قاله المصنف في المنع من حمله على المقيد هنا كما لا يخفى. قوله: (لإبلاء الاعذار) أي لاختبار مدعيها، ويحتمل أن الهمزة للسلب، والإبلاء بمعنى الافناء: أي لازالة الاعذار: يعني أنه لا عذر له بعدها فالثلاثة تبلي الاعذار وتغنيها ط. قوله: (وسيجئ تمامه في الحجر) قال المصنف والشارح هناك: والقاضي يحبس الحر المديون ليبيع ماله لدينه وقضى دراهم دينه من دراهمه: يعني بلا أمره، وكذا لو كانا دنانير وباع دنانيره بدراهم دينه وبالعكس استحسانا لاتحادهما في الثمنية لا يبيع القاضي عرضه ولا عقاره للدين خلافا لهما وبه: أي بقولهما يبيعهما للدين يفتي. اختيار. وصححه في تصحيح القدوري وبييع كل ما لا يحتاجه للحال هـ. وحاصله: أنه إذا امتنع عن البيع يبيع عليه القاضي عرضه وعقاره وغيرهما. وفي البازية: وفرع على صحة الحجر أنه يترك له دست من الثياب وبيع الباقي وتباع الحسنة ويشتري له الكفاية وبيع كانون الحديد ويشتري له من طين وبيع في الصيف ما يحتاجه للشتاء وعكسه. قوله: (ولم يمنع غرماء عنه) عطف على قوله: خلاء وكان ينبغي ذكره عقبه. قوله: (على الظاهر) أي ظاهر الرواية وهو الصحيح. بحر. مطلب في ملازمة المديون قوله: (فيلازمونه الخ) قال

في أنفع الوسائل: وبعد ما خلى القاضي سبيله فلصاحب الدين أن يلازمه في الصحيح، وأحسن الاقاول في الملازمة ما روي عن محمد أنه قال: يلازمه في قيامه وقعوده ولا يمنعه من الدخول على أهله ولا من الغداء والعشاء والوضوء والخلاء، وله أن يلازمه بنفسه وإخوانه وولده ممن أحب إليه، وتماهه في البحر. قوله: (لا ليلا) لانه ليس بوقت الكسب فلا يتوهم وقوع المال في يده، فالملازمة لا تفيد بحر عن المحيط. ويظهر 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 الاضجار، لان الكلام فيما بعد ظهور عسرته وتخليته من الحبس والعلة في الملازمة إمكان قدرته على

[530]

الوفاء بعد تخليته فيلازمه كي لا يخفيه. قوله: (ويستأجر للمرأة امرأة تلازمها. منية) عبارة منية المفتي: ولو كان المدعى عليه امرأة قبل يستأجر 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. ونقل الثاني في البحر عن الواقعات معللا بأن له ضرورة في هذه الخلوة: أي الخلوة بالمرأة الأجنبية. قوله: (إلا لضرر) عبارة الهداية: إلا إذا علم القاضي أن بالملازمة يدخل عليه ضرر بين بأن لا يمكنه من دخول داره، فيحنئذ يحبس دفعًا للضرر. قلت: والظاهر أن هذا فيمن لم يظهر للقاضي عسرته بعد حبسه، وإلا فكيف يحبس ثانيا بلا ظهور غناه أو هو مفروض فيما قبل الحبس أصلا. قوله: (وكلفه في البزازية الكفيل بالنفس) الأولى بكفيل بالياء، وعبارة البزازية نقلا عن الامام محمد: وإن في ملازمته ذهاب قوله وعياله أكفله أن يقيم كفيلًا 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 رأي القاضي، فإن رأى أنه لين يقبل، وإن علم أنه وقح لا. قال في أنفع الوسائل: وكأنه أراد بقوله: لين أن يعتذر إليه ويتلطف معه، ويقول: وقح أن يقول لو قعدت في الحسن كذا وكذا، لا يحصل لك مني شيء وأخرتي أخرج على رغمتك ونحو ذلك. ثم قال: وكان والدي يقول: ينبغي للقاضي إذا علم أن بينته عدول ممهدون في العدالة يقبل. قال: وهذا حسن أيضا وعملي عليه، لان العدل المتحري لا يشهد ما لم يقطع بفقره، بخلاف غيره ممن يحتاج إلى تركية ولا يعرف القاضي تحريره ولا ديانتته. هـ ملخصا. وبقي ما إذا برهن على إفلاسه بعد حبسه قبل مضي المدة، وفي الخانية لا يقبل في الروايات الظاهرة إلا بعد مضي المدة. هـ. ومشى الامام الخفاف في أدب القضاء على قبولها قبل مضي المدة. قوله: (وصححه عزمي زاده) ليس هو من أهل التصحيح ولكنه نقل عن الزيلعي أن عليه عامة المشايخ. قلت: وعليه الكنز وغيره، وعلمت التصريح بتصحيحه، وعلمه الزيلعي بأنها بينة على النفي فلا تقبل ما لم تتأيد بمؤيد وهو الحبس، وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب كما بينا. هـ. قوله: (والمعول عليه رايه) أي رأي القاضي. وأعلم أن كلام النهر هنا غير محرر، فإنه قال بعد تعليل الزيلعي المذكور أنفا: والمعول عليه رايه كما مر عن شيخ الاسلام، وهذا هو إحدى الروايتين وهو اختيار العامة وهو الصحيح. قال ابن الفضل: الصحيح أنها تقبل. وقال قاضيخان: ينبغي أن يكون مفوضا إلى رأي القاضي: إن علم يساره

[531]

لا يقبلها، وإن علم إعساره قبلها. هـ. وبقي ما إذا لم يعلم من حاله شيئا والظاهر أنه لا يقبلها. هـ. ما في النهر. وفيه أن ما مر عن شيخ الاسلام 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 غير ما قدمناه عنه أنفا، ولا يخفى ما فيه، فإنه إذا علم إعساره وكان ظاهرا يسأل عنه عاجلا ويقبل بينته ويخلي سبيله كما قدمه الشارح والكلام هنا فيما إذا كان أمره مشكلا كما في البزازية، حيث قال: وإن كان مشكلا هل يقبل البينة قبل الحبس؟ فيه روايتان. مطلب بينة اليسار أحق من بينة الاعسار عند التعارض قوله: (وبينة يساره أحق الخ) هذا

ظاهر فيما يكون فيه القول للمديون إنه فقير، لان البينة لاثبات خلاف الظاهر وذلك في بيعة اليسار. أما القسم الاول وهو ما يكون القول فيه للمدعي بأن كان الدين ملتزما بمقابلة مال أو يعقد فلا يظهر، لان الاصل فيه اليسار، بل الظاهر تقدم بيعة الاعسار لاثباتها خلاف الظاهر، ولم أر من فصل بل كلامهم هنا مجمل، فليتأمل. قوله: (لان اليسار عارض) فإن الأدمي يولد ولا مال له كما مر، لكن إذا تحقق دخول المبيع في يده صار اليسار هو الاصل فينبغي ترجيح بيعة الاعسار كما قلنا. تأمل. قوله: (نعم لو بين الخ) عبارة الفتح هكذا: وكلما تعارضت بيعة اليسار والاعسار قدمت بيعة اليسار لان معها زيادة علم، اللهم إلا أن يدعي أنه موسر وهو يقول أعسرت من بعد ذلك وأقام بذلك بيعة فإنها تقدم، لان معها علما بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال ا هـ . قال في البحر: والظاهر أنه بحث منه، وليس بصحيح لجواز حدوث اليسار بعد إعسائه الذي ادعاه ا هـ ورده المقدسي بقوله: وهذا تجر من غير تحر ا هـ. 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 الاعسار وشهدوا به، وما في البحر مدفوع بأنهم لم يشهدوا بيسار حادث، بل بما هو سابق على الاعسار الحادث، وبيعة الاعسار تحدث أمرا عارضا ا هـ. لكن يظهر لي أن بيان سبب الاعسار غير لازم، بل يكفي قولهم إنه أعسر بعد ذلك. تأمل. تنبيه: قال البيهقي وفي أوضح رمز ناقلا عن المستصفي: وأعم أن بيعة الاعسار إنما تقبل إذا قالوا إنه كثير العيال وضيق الحال، أما إذا قالوا لا مال له لا تقبل ا هـ. قوله: (فتقدم) الاولى حذف الفاء ط. قوله: (قبلت) لان المقصود منها دوام الحبس عليه. بحر عن البزازية. قوله: (ولا 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 موسى كذلك فيقبل ا هـ. قلت : وحاصله أن الشهود لو قالوا إنه يملك الشئ الغلاني مثلا لا تقبل، لانه يقول لا أملك شيئا وهم يشهدون له بأن ذلك الشئ 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 شئ معين أو مقدار قدر الدين لان اليسار أعم، وأيضا فإنها ضمنية لا صريحة، بل الصريح منها قصد إدامة حبسه، فافهم. قوله: (وسيجيئ في الحجر) قدمنا عبارته فيه. قوله: (وحينئذ فلا يتأبد حبسه) أي على قولهما، وكذا على قوله إن كان ماله غير عقار ولا عرض بل كان من الاثمان ولو خلاف جنس الدين كما قدمناه. قوله: (ولا يحبس لما مضى الخ) اعلم أن نفقة الزوجة لا تصير دينا 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 الاقارب 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، وقدمناه هناك أنه مخالف لاطلاق المتون والشروح، ولما صرح به في الهداية والذخيرة وشرح أدب القضاء والخانية من أن نفقة الولد والوالدين والارحام إذا قضى بها ومضت مدة سقطت. قوله: (وإن قضى بها) أفاد أنه إذا لم يقض بها لا يحبس بها بالاولى لانها لم تصر دينا أصلا، وأما إذا قضى بها ومثله الرضا فلانها ليست بدل مال ولا ملتزمة بعقد على ما مر: أي في قوله: لا يحبس 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 مقضيا بها أو متراضى عليها. قوله: (كما لو أبى أن ينفق عليهما) أي كما يحبس الموسر لو امتنع من الانفاق 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 الانفاق عليه كما هو الظاهر ا هـ. وفي الفتح: ويتحقق الامتناع بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة، وإن كان مقدار النفقة قليلا كالدانق إذا رأى القاضي ذلك، فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبس، لان العقوبة تستحق بالظلم، وهو بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق، وهذا يقتضي أنه إذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي إذا قدمته في

اليوم الثاني أن يأمره بالانفاق، فإن رجع فلم ينفق أوجعه عقوبة، وإن كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها، وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم :

[533]

إذا لم يقسم لها فرافعته يأمره بالقسم وعدم الجور، فإن ذهب ولم يقسم فرافعته أوجعه عقوبة، وإن كان ما ذهب لها من الحق لا يقضي ويحصل به ضرر كبير هـ. قوله: (وفروعه) أي وبقية فروعه كالاناث والولد البالغ الزمن، وهذا بناء على ما مر من أن الصغير غير قيد. قوله: (وهل يحبس لمحرمه لو أبى لم أره) أصل التوقف لصاحب الشرع بالولاية. قلت: إذا حبس الأب فغيره بالأولى، مع أنا قدمنا في آخر النفقات التصريح بذلك عن البدائع فإنه قال: ويحبس 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 يحبس سقط حق الولد رأساً فكان في حبسه دفع الهلاك واستدراك الحق عن الفوات، لأن حبسه يحمله على الأداء هـ. وقدمنا هناك أن هذا خلاف ما عراه الشارح إلى البدائع. قوله: (وظاهر تقييدهم) أي بالولد، فإن عبارة الكنز وغيره: ويحبس الرجل بنفقة زوجته لا في دين ولده، إلا إذا امتنع من الانفاق عليه، ولا يخفى أنها لا تفيد عدم الحبس في نفقة غير الولد. قوله: (لكن ما مر) أي في أول الباب. قوله: (يفيده) أي يفيد حبسه بالامتناع عن نفقة القريب المحرم حيث عبر بالمحبوس. قوله: (فتأمل عند الفتوى) أي حيث حصل الاضطراب في فهم هذا الحكم من كلامهم فلا تعجل في الفتوى. قلت: وبما نقلناه عن البدائع زال الاضطراب واتضح الجواب، فافهم. قوله: (وسيجئ) أي في آخر الباب، ويأتي الكلام عليه. قوله: (لا يحبس أهل الخ) (أي ولو جد 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). وسيذكر الشارح آخر الباب نظاماً جماعة ممن لا يحبس وسيأتي عدتهم عشرة. قوله: (بل يقضي القاضي الخ) أفاد أنه لا فرق في عدم الحبس بين الموسر والمعسر، لكن يبيع القاضي مال الأب لقضاء دين ابنه إذا امتنع، لأنه لا طريق له إلا البيع ولا ضاع. أفاده في البحر. وذكر في جواهر الفتاوى: لا يحبس الأب إلا إذا تمرد على الحاكم هـ. لكن ما ذكر من أن القاضي يقضي دينه يغني عن حبسه ذكره الرملي عن المصنف. قوله: (من عين ماله) أي إن كان من جنس الدين، وقوله: أو قيمته أي إن كان من غير جنسه، كما لو كان الدين دراهم والمال دنائير فتباع الدنانير بالدراهم ويقضي بها الدين عند الامام وصاحبيه. قوله: (والصحيح الخ) مقابله أنه يبيع عندهما المنقول دون العقار، وأما عنده فلا يبيع المنقول ولا العقار، وقدمنا أن المفتى به قولهما. مطلب في استخلاف القاضي نائباً عنه قوله: (ولا يستخلف قاض الخ) أي ولو بعذر. بحر عن العناية، فدخل فيه ما لو وقعت له حادثة فلا يستخلف بلا تفويض. ففي البحر عن السراجية: القاضي إذا وقعت له حادثة أو لولده فأناب غيره وكان من أهل الانابة وتخاصما عنده وقضى له أو لولده جاز. ثم قال: وقد سئلت عن

[534]

صحة تولية القاضي ابنه قاضياً حيث كان مأذوناً له بالاستخلاف فأجبت بنعم، وشمل إطلاقه الاستخلاف ما إذا كان مذهب الخليفة موافقاً لمذهبه إلى مخالفه. ثم قال: وظاهر إطلاقهم أن المأذون له بالاستخلاف يملكه قبل الوصول إلى محل قضاءه، وقد جرت عادتهم بذلك، وسئلت عنه فأجبت بذلك هـ. ثم نقل عن شرح أدب القضاء أنه ذكر في موضع أن القاضي إنما يصير قاضياً إذا بلغ إلى الموضع، ألا ترى أن الأول لا ينعزل ما لم يبلغ هو البلد، وفي موضع آخر: ينبغي له أن يقدم نائبه قبل وصوله ليتعرف عن أحوال الناس هـ. فالأول يفيد أنه لا يملكه قبل وصوله، إلا أن يقال: إن قاضي القضاة مأذون بذلك من السلطان، وهو الواقع الآن هـ ملخصاً. قلت: وما نقله ثانياً صريح في أن له الانابة قبل وصوله، والتعليل بالتعرف عن أحوال الناس لا ينافي أن للنائب القضاء قبل وصول المنيب، لأن التعرف يكون بالقضاء، فحينئذ إذا وصل نائبه فالظاهر انعزال الأول، لأن النائب قائم مقام المنيب، وقد عللوا لعدم انعزال الأول قبل وصول الثاني بصيانة المسلمين عن تعطيل قضاياهم وبوصول نائب الثاني لا تتعطل قضاياهم، وحيث كان الواقع الآن هو الأذن من السلطان فلا كلام، وبه اندفع ما قيل إنه لا يعول على ما أفتى به في البحر. قوله: (إلا إذا فوض إليه) ومثله نائب القاضي. قال

في البحر وفي الخلاصة: الخليفة إذا أذن للقاضي في الاستخلاف فاستخلف رجلا وأذن له في الاستخلاف جاز له الاستخلاف ثم وثم ا هـ. قوله: (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 يصح عطفه على قوله: واستبدل لانه يقتضي أنه لو قال ول من شئت واستخلف من شئت يملك العزل أيضا، وليس كذلك لان 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 للاطلاق. قوله: (فإنه يستخلف بلا تفويض) فإن كان قبل شروعه لحدث أصابه لم يجز أن يستخلف إلا من كان شهد الخطبة، وإن بعد الشروع فاستخلف من لم يشهدها جاز. نهر: أي لانه بان وليس بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح، وقد وجد في حق الاصل. فتح واعتراض بما لو استخلف شخصا لم يشهد الخطبة ثم أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فإنه يجوز. وأجيب بأنه لما صح شروعه فيها وصار خليفة للاول التحق بمن شهدها، واستظهر في العناية الجواب بالحاقه بالباقي لتقدم شروعه فيها. قوله: (للاذن دلالة) لان المولى عالم بتوقفتها، وأنه إذا عرض عارض فأتت لا إلى خلف، ومعلوم أن الانسان غرض للاعراض فتح. قال في النهر: وهو ظاهر في جواز الاستخلاف للمرض ونحوه، وتقييد الزيلعي

بالحدث لا دليل عليه، وقدمنا في الجمعة مسألة الاستنابة بغير عذر فارجع إليه ا هـ. وحاصل ما مر في الجمعة أنه قيل: لا يصح 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 ا هـ. وهو ما مر عن الزيلعي. قوله: (وقد مر في الجمعة) (ومر أيضا هناك عن العلامة محب الدين بن جرياش في النجعة في تعداد الجمعة أن إذن السلطان بإقامة الخطبة شرط أول مرة للباقي، فيكون الاذن منسحبا لتولية النظار الخطباء وإقامة الخطيب نائباً، ولا يشترط الاذن لكل خطيب ا هـ بحر. وقدمنا هناك نحوه عن فتاوى ابن الجليبي وذكرنا هناك أن معناه أن إذن السلطان شرط في أول مرة، فإذا أذن لشخص بإقامتها كان له الاذن الآخر، وللآخر الاذن لآخر وهكذا، وليس المراد أن إذن السلطان بإقامتها 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) بالجر نعت للقاضي. قوله: (بغير تفويض منه) أي في السلطان. درر. قوله: (كوكيل وكل) أي بإذن الموكل فإنه لا يملك عزله ولا ينزل بموته، وينزلان بموت الموكل، بخلاف الوصي حيث يملك الايضاء إلى غيره، ويملك التوكيل والعزل في حياته لرضا الموصي بذلك دلالة لعجزه. بحر. قوله: (وكذا لا ينزل أيضا بعزله) أي لا ينزل النائب بعزل القاضي: أي بعزل السلطان له. قوله: (ولا بموته) أي موت القاضي المستنيب. قوله: (ولا بموت السلطان) أي لا ينزل النائب به كما لا ينزل المستنيب، بخلاف موت الموكل فإنه ينزل به الوكيل، والفرق كما في وكالة الزيلعي أن السلطان عامل للمسلمين فلا ينزل بموت القاضي الذي ولاه هو أو ولاه القاضي بإذنه، والموكل عامل لنفسه فينزل وكيله بموته لبطان حقه. قوله: (بل بعزله) (أي بعزل السلطان للنائب. قوله: (واعتمده في الدرر) أي في متنها حيث قال: ولا ينزل: أي نائب القاضي بخروجه: أي القاضي عن القضاء، وقال في الملتقى: فنائبه لا ينزل بعزله ولا بموته، بل هو نائب السلطان الاصيل ا هـ. فالضمير راجع إلى عدم عزل النائب بموته القاضي أو بعزله ط. قوله: (وتمامه في الاشباه) قال فيها: فتحرر من ذلك اختلاف المشايخ في انعزال النائب بعزل القاضي وموته، وقول البازية: الفتوى على أنه لا ينزل بعزل القاضي، يدل على أن الفتوى على أنه لا ينزل بموته بالاولى، ثم نقل عن التاترخانية: القاضي رسول عن السلطان في نصب النواب ا هـ ط. قوله: (وفي فتاوى المصنف الخ) حيث سئل عما ذكره ابن الغرس، من أن نائب القاضي في زماننا ينزل بعزله أو بموته فإنه نائبه من كل وجه. أجاب: لا يعتمد على ما ذكره ابن الغرس لمخالفته للمذهب، فقد نقل الثقات أن النائب ينزل بعزل الاصيل ولا

بموته. قال الزيلعي: من كتاب الوكالة لا يملك القاضي الاستخلاف إلا بإذن الخليفة، ثم لا ينزل بعزل القاضي الأول ولا بموته، وينزلان بعزل الخليفة لهما ولا ينزلان بموته، وهو المعتمد في المذهب، ولم نر خلافا في المسألة، والله سبحانه أعلم. لكن الخلاف موجود كما مر عن الأشباه. قوله: (صح قضاؤه لو أهلا) في التاترخانية 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 ينظر: إن كان بحال يجوز حكمه لو كان قاضيا جاز إمضاء القاضي حكمه، وإن كان بحال لا يجوز حكمه لو كان قاضيا ينظر: إن كان ممن يختلف فيه الفقهاء كالمحدود في القذف جاز إمضاءه ذلك، وإن كان عبدا أو صبيا لم يجز. قوله: (بل لو قضى فضولي (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 أجازته في نوبته جاز. جامع الفصولين. قوله: (في القضاء) أي ليس خاصا بعقد نحو البيع والنكاح. قوله: (ففوض لغيره صح) ظاهره ولو بدون الأذن الصريح، لأنه مأذون دلالة للعلم بأن قضاءه بنفسه لا يصح. تأمل. قوله: (ولو عتق الخ) ومثله لو فرض 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 أمضاه إن وافق مذهبه، وإلا أبطله لأن حكمه لا يرفع خلافا كما يأتي في التحكيم ج. قوله: (ودخل الميت الخ) وكذا قاضي البغاة، فإذا رفع إلى قاضي العدل نفذه كما ذكره الشارح عند قول المصنف فيما مر ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائز وأهل البغي وقدمنا فيه ثلاثة أقوال، وأن المعتمد أنه ينفذه وافق رأيه أو لا، فافهم. قوله: (والمخالف لرأيه) أي رأي القاضي المرفوع إليه الحكم، لكن فيه تفصيل يأتي قريبا، وأما لو كان القاضي الأول حكم بخلاف رأيه، فسيأتي في قول المصنف قضى في مجتهد فيه الخ. مطلب في عموم النكرة في سياق الشرط قوله: (لأنه نكرة الخ) تعليل لقوله: ودخل الخ قصد به الرد على الزيلعي حيث ذكر أن كلام المصنف يومهم اختصاصه بما إذا كان موافقا لرأيه، وقد تبع الشارح في هذا التعليل صاحب البحر. وفيه نظر، وكان المناسب أن يقول بدله لأنه مطلق عن التقييد. أما العموم فممنوع لما صرحوا به في كتب الأصول كالتهذيب وغيره من أن النكرة إنما تعم نضا إذا وقعت في سياق النفي، ومنه وقوعها في الشرط المثبت إذا كان يمينًا، 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 تعم في الشرط المثبت. مثل: إن لم أكلم رجلا، لأنه على الأثبات، كأنه قال: لا كلمن رجلا فلا تعم. وأما الشرط في

غير اليمين مثل، إن جاءك رجل فأطعمه فليس نضا 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 سؤالًا، وأجاب عنه بأنه لا يصح، لأنه غير ممكن شرعا، إذ القاضي لا يقضي لنفسه بالاجماع، والحكم به حكم بصحة فعل نفس فيلغو أ. ه. قلت: هذا ظاهر بالنسبة إلى رفع الخلاف، أما بالنسبة إلى منع الخصم وإلزامه به فلا، فتأمل. قوله: (نفذه) أي يجب عليه تنفيذه (قوله لو مجتهدا فيه) بنصب مجتهدا خبرا لكان المقدرة بعد الواو واسمها ضمير عائد إلى حكم العائد إليه ضمير نفذه. ثم اعلم أنهم قسموا الحكم ثلاثة أقسام: قسم يرد بكل حال، وهو ما خالف النص أو الاجماع كما يأتي وقسم يمضي بكل حال، وهو الحكم في محل الاجتهاد 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 بمجتهده فيه فينفذ لأن المجتهد فيه سبب القضاء، وهو أن شهادة هؤلاء هل تصير حجة للحكم أم لا؟ فالخلاف في المسألة وسبب الحكم لا في نفس الحكم، وكذا لو سمع البينة على الغائب بلا وكيل عنه وقضى بها ينفذ، لأن المجتهد فيه

سبب القضاء، وهو أن البيئة 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، فقليل ينفذ، وقيل يتوقف على إمضاء قاض آخر وهو الصحيح كما في الزيلعي وغيره، وبه جزم في الخانية. وحكى ابن الشحنة في رسالته المؤلفة في الشهادة على الخط عن جده ترجيح الاول، فإذا رفع إلى الثاني فأماه بصير كأن القاضي الثاني حكم في فصل مجتهد فيه فليس للثالث نقضه، ولو أبطله الثاني بطل، وليس لاحد أن يجيزه، كما لو قضى لولده على أجنبي أو لامرأته أو كان القاضي محدودا في قذف، لان نفس القضاء مختلف فيه، وسيشير الشارح إلى القسم الاخير، وتامم الكلام على ذلك في رسالة ابن الشحنة المذكورة والبيزانية، وسيأتي له مزيد تحقيق. قوله: (عالمنا) حال من قول المصنف قاض آخر وساغ مجئ الحال منه وهو نكرة لتخصصها بالوصف وهو آخر، ولا يصح كونه خبرا بعد خبر لكان المقدرة بعد لو في قوله: لو مجتهدا فيه لان الضمير المستتر فيها عائد إلى الحكم كما علمت، فيلزم أن يكون الضمير المستتر في عالمنا عائدا إلى الحكم أيضا، ولا يصح. مطلب مهم في قولهم يشترط كون القاضي عالمنا باختلاف الفقهاء قوله: (عالمنا) باختلاف الفقهاء فيه الخ (أقول: ذكر ذلك أيضا في البحر، فذكر أن هذا شرط نفاذ القضاء في ظاهر المذهب، ثم ذكر عبارة الخلاصة، ثم قال: والتحقيق المعتمد أن علمه يكون ما حكم به مجتهدا فيه شرط، وأما علمه بكون المسألة اجتهادية فلا، ويدل عليه ما في التفاوى الصغرى

ا هـ. ثم ذكر مسألة قضاء القاضي مخالفا لرأيه، وأطال الكلام عليها. وسيدكره المصنف في قوله: قضى في مجتهد فيه بخلاف رأيه الخ، ويأتي الكلام عليها، وهذه غير مسألة اشتراط العلم التي نحن