

الكتاب: البحر الرائق

المؤلف: ابن نجيم المصري

الجزء: ٦

الوفاة: ٩٧٠

المجموعة: فقه المذهب الحنفي

تحقيق: ضبطه وخرج آياته وأحاديثه: الشيخ زكريا عميرات

الطبعة: الأولى

سنة الطبع: ١٤١٨ - ١٩٩٧ م

المطبعة:

الناشر: منشورات محمد علي بيضون - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان

ردمك:

ملاحظات:

البحر الرائق
شرح
كنز الرائق
(في فروع الحنفية)
للشيخ الإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي
المتوفى سنة ٧١٠ هـ
والشرح " البحر الرائق "
للإمام العلامة الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري
الحنفي
المتوفى سنة ٩٧٠ هـ
ومعه الحواشي المسماة
منحه الخالق على البحر الرائق
للعلامة الشيخ محمد امين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين
الدمشقي الحنفي
المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ
ضبطه وخرج آياته وأحاديثه
الشيخ زكريا عميرات
تنبيه
ووضعنا متن كنز الدقائق في أعلى الصفحات، ووضعنا أسفل منه مباشرة نص " البحر
الرائق "
ووضعنا في أسفل الصفحات حواشي الشيخ ابن عابدين
الجزء السادس
منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

باب خيار الشرط

باب خيار الشرط

من إضافة الشيء إلى سببه لأن الشرط سبب للخيار. وفي المصباح: الخيار الاختيار. وفسره في فتح الباري بالتخيير بين الامضاء والفسخ وهو ثابت بالنص على غير القياس وحين

ورد النص به جعلناه داخلا على الحكم مانعا له تقليلا لعمله بقدر الامكان، ولم نجعله داخلا

على أصل البيع للنهي عن بيع بشرط والبيع الذي شرط فيه الخيار يقال فيه علة اسما ومعنى

لا حكما، للخالي عنه علة اسما ومعنى وحكما. قال أهل الأصول: الموانع خمسة: مانع

يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلم ينعقد في الحر لعدم المحل، ومانع يمنع تمامها كبيع

مال الغير، ومانع يمنع ابتداء الحكم وهو خيا الشرط، ومانع يمنع تمامه كخيار الرؤية للمشتري، ومانع يمنع لزومه كخيار العيب. وقد حققنا في شرحنا على المنار أن تقسيمهم

الموانع مبني على قول ضعيف للأصوليين وهو جواز تخصيص العلل، وأما على الصحيح من

أنه لا يجوز تخصيصها فلا مانع لها أصلا ففي كل موضع عدم الحكم فإنما هو لعدم العلة

فتخلف الملك مع شرط الخيار إنما هو لعدم العلة لأنها البيع بلا خيار، وقولهم فيما فيه خيار

علة اسما ومعنى لا حكما مجاز على الصحيح لأن الموجود فيه شرط العلة لا كلها لأهلها لا تتم

إلا بأوصاف ثلاثة: أن تكون موضوعة، وأن تكون مؤثرة، وأن يوجد الحكم عقبها بلا تراخ. فما دام الخيار باقيا لم تتم العلة فإذا سقط تمت وتمامه في تقرير الأكمل في

بحث تقسيم

العلل إلى سبعة. والخيارات في البيع لا تنحصر في الثلاثة كما قدمناه بل هي ثلاثة عشر خيارا. والرابع خيار الغبن وسنتكلم عليه في المراجعة حيث ذكره هناك. والخامس

خيار

الكمية وقدمناه أول البيوع. والسادس خيار الاستحقاق وسيأتي في باب خيار العيب. والسابع خيار كشف الحال كما قدمناه. الثامن خيار تفرق الصفقة بهلاك البعض قبل

القبض

(٣)

وسياتي أيضا. والتاسع خيار إجازة عقد الفضولي. والعاشر خيار فوات الوصف
المشروط
المستحق بالعقد كاشتراطه الكتابة. والحادي عشر خيار التعيين. الثاني عشر في
المرابحة خيار
الخيانة. الثالث عشر من الخيارات خيار نقد الثمن وعدمه كما يأتي في هذا الباب.
قوله: (صح للمتبايعين أو لأحدهما ثلاثة أيام) أي جاز للبائع وللمشتري معا أو
لأحدهما في المدة المذكورة. والظاهر أن الضمير يعود إلى الخيار. وفي الوقاية والنقاية
صح
خيار الشرط فأبرزه والأولى ما في الاصلاح صح شرط الخيار لأن الموصوف بالصحة
شرط
الخيار لا نفس الخيار، والأصل في ثبوته ما وراه ابن ماجة في سننه أن حبان بن منقذ
بن
عمر كان رجلا قد أصابته آمة في رأسه فكسرت أسنانه وكان لا يدع على ذلك
التجارة فكان
لا يزال يغبن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال له: إذا أنت بايعت فقل
لا خلالة، ثم أنت
في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فإذا رضيت فأمسك، وإن سخطت فأرددها على
صاحبها. وحبان بفتح الحاء المهملة والباء الموحدة، والخلالة الخداع. وفائدة قوله لا
خلالة
أي لا خديعة في الدين لأن الدين النصيحة وللإعلام بأنه ليس من ذوي البصائر بالسلع
فالواجب نصيحته فلا تخدعوه بشئ اعتمادا على معرفته بل انصحوه لأنه ليس عالما
بها، كذا
في فتح الباري. والآمة شجة تصيب أم الرأس وكان حبان ألثغ باللام فكان يقول لا
خدابة
فقوله إذا بايعت شامل للبائع والمشتري وبه اندفع قول سفيان الثوري أنه لا يجوز إلا

للمشتري عملا بحديث الحاكم فجعل له الخيار فيما اشتراه ولأنه إنما جاز للحاجة إلى دفع الغبن بالتروي وهما فيها سواء. وفي الخانية: إذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد أصلا اه. وقيد بقوله للمتبايعين الدال على أن الشرط كان بعد العقد أو مقارنة له للاحتراز عما إذا كان قبله، فلو قال جعلتك بالخيار في البيع الذي نعقده ثم اشترى مطلقا لم يثبت كما في التارخانية. وأطلقه فشمّل البيع الفاسد فهو كالصحيح يثبت فيه خيار الشرط ولما كان خلاف الأصل فإذا اختلفا في اشتراطه فالقول لمن أنكره عند الإمام في ظاهر الرواية. وعند محمد: القول لمدعيه والبينة للآخر، كذا في الخانية. وشمل ما إذا شرطاه وقت العقد أو أحقاه به فلو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح إجماعا، فلو شرطاه بعده أزيد من الثلاثة فسد العقد عنده خلافا لهما كما لو أحقا بالبيع شرطا فاسدا فإنه يلتحق ويفسد العقد عنده، وعندهما لا يفسد ويبطل الشرط. وفي جامع الفصولين: هو يصح في ثمانية أشياء: في بيع وإجارة وقسمة وصلح عن مال بعينه وبغير عينه وكتابه وخلع وعتق على مال لو شرط للمرأة والقن. ولو شرط الخيار للراهن جاز للمرتهن إذ له نقض الرهن متى شاء بخيار ولو كفل بنفس أو مال وشرط الخيار للمكفول له أو للكفيل جاز اه. ويصح شرط الخيار في الإبراء بأن قال أبرأتك على أني بالخيار، ذكره فخر الإسلام من بحث الهزل. ويصح أيضا اشتراطه في تسليم الشفعة بعد طلب الموائبة ذكره فيه أيضا ويصح اشتراطه في الحوالة أيضا وفي الوقف على قول أبي يوسف، وينبغي صحته في المزارعة والمعاملة لأنها إجارة فهي خمسة عشر موضعا. ولا يصح في النكاح والطلاق واليمين والنذر والاقرار بعقد والصرف والسلم والوكالة. علله قاضيخان بأنه إنما يدخل في لازم يحتمل الفسخ.



(e)

وفي الولوالجية: اشترى عبدا واشترط أن للمشتري خيار يومين بعد شهر رمضان
والشراء في آخر رمضان فهو جائز ويكون له الخيار ثلاثة أيام واليوم الآخر من رمضان
ويومين

بعده لأنه سكت عن الخيار يوم العقد وأمكن تصحيح هذا العقد، ولعل تصحيح هذا
العقد

باشترط الخيار يوم العقد ويومين بعد رمضان. ولو قال البائع للمشتري لا خيار لك في
رمضان فالبيع فاسد لأنه تعذر تصحيح العقد اه. وفي فتح القدير: لو قال له أنت بالخيار
فله خيار المجلس فقط، ولو قال إلى الظهر فعند أبي حنيفة يستمر إلى أن يخرج وقت
الظهر،

وعندهما لا تدخل الغاية اه. وكذا إلى الليل أو إلى ثلاثة أيام يدخل ما بعد إلى. وشمل
ما إذا

شرطاه في كل المبيع أو بعضه لما في السراجية: اشترى مكيلا أو موزونا أو عبدا
وشرط

الخيار له في نصفه أو ثلثه أو ربه جاز مذكورة في الزيادات اه. وسيأتي حكم ما إذا
كان

المبيع متعددا فجعل الخيار في البعض وهو خيار التعيين. وفي التتارخانية: وإذا اشترطه
المشتري له في الثمن أو في المبيع كان له الخيار فيهما اه. ولو اشترى عبدا بألف
درهم على

أن المشتري بالخيار فأعطاه بها مائة دينار ثم فسخ البيع، فعن أبي يوسف الصرف جائز
ويرد

الدرهم والصرف باطل على قول أبي حنيفة، كذا في التتارخانية. فإن قلت: قد صرح
فيه أنه

لو أطلق الخيار فسد البيع ولا شك أن قوله أنت بالخيار أو لك الخيار إطلاق فما
التوفيق

قلت: قد صور في الولوالجية والخلاصة مسألة أنت بالخيار أنه باع بلا خيار ثم لقيه
بعد مدة

فقال له أنت بالخيار فه الخيار ما دام في المجلس بمنزلة قوله لك الإقالة بخلاف ما إذا
أطلقاه

وقت العقد. وفي الخانية: ابتداء التأجيل في البيع بثمن مؤجل بخيار من وقت سقوطه لا
من

وقت العقد، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، وللشفيع الطلب وقت العقد حيث
علم لا

وقت السقوط ويطلب في بيع الفضولي وقت الإجازة، في البيع الفاسد حين انقطاع

الاسترداد، وفي الهبة بشرط العوض روايتان في رواية يطلب عنه القبض، وفي رواية عند العقد وهو الصحيح. ولو كان الخيار للبائع فصالحه المشتري على معين لامضاء البيع

صح
ويكون زيادة في الثمن، وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على إسقاطه
فحط عنه

من الثمن كذا أو زاده عرضا جازاه، فلو صالحه البائع على إبطال البيع ويعطيه مائة ففعل
انفسخ البيع ولا شئ له كذا في التتارخانية. وأطلق في المتبايعين فشمّل الأصيل والنائب
فصح للوكيل والوصي كما في الخانية. ولو أمره ببيع مطلق فعقد بخيار له أو للآمر أو
لأجنبي صححاه، ولو أمره ببيع بخيار للآمر فشرط لنفسه لا يجوز وإن كان اشتراط
الخيار

لنفسه اشتراطا للآمر لأن الأمر إذا أمره ببيع لا يكون للمأمور فيه رأي وتديبر ويكون
للآمر
كله وفيما فعله يكون له رأي ويكون للآمر بطريق التبعية فيكون مخالفا. ولو أمره بشراء
بخيار

للأمر فاشتره بدون الخيار نفذ الشراء عليه دون الأمر للمخالفة بخلاف ما إذا أمره ببيع خيار

فباع باتا حيث يبطل البيع أصلا، كذا في الولوالجية. فإن قلت: هل يصح تعليق إبطاله وإضافته؟ قلت قال في الخانية: لو قال من له الخيار إن لم أفعل كذا اليوم فقد أبطلت خياره

كان باطلا ولا يبطل خياره، وكذا لو قال في خيار العيب إن لم أرده اليوم فقد أبطلت خياره

ولم يرده اليوم لا يبطل خياره، ولو لم يكن كذلك ولكن قال أبطلت غدا أو قال أبطلت خياره إذا جاء غد فجاء غد ذكر في المنتقى أنه يبطل خياره. قال: وليس هذا كالأول لأن

هذا وقت يجيء لا محالة بخلاف الأول اه. فقد سوا بين التعليق والإضافة في المحقق مع

أنهم لم يسوا بينهما في الطلاق والعتاق. وفي التارخانية: لو كان الخيار للمشتري فقال إن

لم أفسخ اليوم فقد رضيت وإن لم أفعل كذا فقد رضيت لا يصح اه. قوله: (ولو أكثر لا) أي لا يصح اشتراط أكثر من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة. وقالوا: يجوز إذا سمي مدة معلومة لحديث ابن عمر أنه عليه السلام أجاز الخيار إلى شهرين. وله أنه

مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم ثبت نصا على خلاف القياس في المدة المذكورة للتروي وهو يحصل فيها فلا حاجة إلى ما زاد عليها، ويدل عليه حديث عبد الرزاق أن رجلا اشترى من

رجل بعيرا وشرط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع. وأما حديث ابن عمر

فلم يعرف ولأنه جزء الدعوى لأنها جوازه أكثر من ثلاثة أيام، طالت المدة عنده أو قصرت وهو

يقيد بمدة خاصة ولأنه يحتمل خيار الشرط وخيار الرؤية والعيب فلا يكون حجة وإطلاق

المدة عنده كاشتراط الأكثر في عدم الجواز وإفساد البيع. ولو قال المؤلف ولو أكثر أو مؤبدا

أو مطلقا أو موقتا بوقت مجهول لكان أولى لأن البيع فاسد في هذه كلها كما في التارخانية.

وهكذا إذا كان المبيع مما لا يتسارع إليه الفساد، فإن كان مما يتسارع فحكمه في

الخبانية قال:
اشترى شيئاً يتسارع إليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام فالقياس لا يجبر المشتري
على شيء.
وفي الاستحسان يقال للمشتري إما أن تفسخ البيع وإما أن تأخذ المبيع ولا شيء عليك
من
الثلث حتى تجيز البيع أو يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو
ادعى في
يد رجل شراء شيء يتسارع إليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه وأقام
المدعى

البينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فإن القاضي يأمر مدعي الشراء أن ينقد الثمن
ويأخذ
السמכה، ثم القاضي يبيعه من آخر ويأخذ ثمنها ويضع الثمن الأول والثاني على يد
عدل،
فإن عدلت يقضي لمدعي الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الأول للبائع، ولو ضاع
الثمان
عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعي الشراء لأن بيع القاضي كبيعه، وإن لم
تعديل
البينة فإنه يضمن قيمة السمكة للمدعى عليه لأن البيع لم يثبت وبقي أخذ مال الغير
بجهة
البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة اه. وفي الظهيرية: ولو اشترى بيضا أو كفريا على أن
البائع بالخيار فخرج الفرخ أو صار الكفري ثمرا بطل البيع لأنه لو بقي لبقى مع الخيار،
ولو
بقي معه لم يقدر البائع على إجازته، وإن أبى المشتري لكون المبيع صار شيئا آخر. ولو
باع
قصيلا فلم يقبضه حتى صار حبا يبطل البيع في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف لا
يبطل اه. وفي الخانية: اشترى شيئا في رمضان على أنه بالخيار ثلاثة أيام بعد شهر
رمضان
فسد العقد في قول أبي حنيفة لأن عنده ما قبل الشهر يكون داخلا في الخيار فيصير
بمنزلة
شرط الخيار أربعة أيام فيفسد العقد عنده. وقال محمد: له الخيار في رمضان وثلاثة
أيام بعد
رمضا ويجوز البيع، وكذا لو كان الخيار للبائع على هذا الوجه. ولو شرط المشتري
على البائع
فقال لا خيار لك في رمضان ولك الخيار ثلاثة أيام بعد مضي رمضان فسد البيع عند
الكل
لأنه لا وجه إلى تصحيح هذا العقد اه. والإجارة كالبيع. قال في البزازية: استأجر على
أنه
بالخيار ثلاثة أيام يجوز وعلى أكثر على الخلاف اه. وفي آخر إجازات الذخيرة قبيل
الشفعة:
اشتراط الخيار في غير العقد لا يفسده وإن زاد على الثلاثة اجماعا اه. فهذا مما خالف
فيه
الإجارة البيع فإنهما إذا شرطاه بعد العقد أكثر من ثلاثة فسد البيع كما قدمناه. وأما

اشتراطه
في الخلع فقدمنا في بابه أنه يصح اشتراطه لها أكثر من ثلاثة أيام عنده، ويصح اشتراطه
في الكفالة أكثر من ثلاثة ويصح اشتراطه للمحتال وهما في البزازية. وأما اشتراطه في
الوقف
فجائز عند أبي يوسف بناء على أصله من اشتراط الغلة لنفسه ولما أفتوا بقوله هناك
فينبغي أن
يفتى به أيضا في جواز اشتراطه وقدمناه في الوقف. وفي المعراج: خذه وانظر إليه اليوم
فإن
رضيته أخذته بعشرة فهو خيار. ولو باع على أن له أن يغله ويستخدمه جاز وهو على
خياره،
وعلى أن يأكل من ثمره لا يجوز لأن الثمر له حصة من الثمن اه. وفي الذخيرة:
وكذلك لو
قال هو بيع لك إن شئت اليوم كان بيعا بخيار.
قوله: (فإذا أجاز في الثلاث صح) لزوال المفسد قبل تقررره فانقلب صحيحا، والضمير
يعود إلى من له الخيار. وقد اختلفوا في صفة العقد فقيل انعقد فاسدا ثم يعود صحيحا
بزوال
المفسد وهو قول العراقيين، وعند الخراسانيين موقوف على إسقاط الشرط فبمضي جزء
من

الرابع يفسد فلا ينقلب صحيحا، وهذا الطريق هي الأوجه واختارها الإمام السرخسي
وفخر
الاسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر كما في الفوائد الظهيرية والذخيرة ولكن
الأول
ظاهر الرواية. وفي الخانية: فإن أسقط الخيار في الأيام الثلاثة أو أعتق العبد أو مات
العبد أو
المشتري أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب البيع جائزا في قول أبي حنيفة ويلزمه
الضمن. وإن حدث عند المشتري في الأيام الثلاثة عيب إن كان عيبا يحتمل زواله في
مدة
الخيار كالمرض لا يبطل خياره إلا أنه لا يملك الرد قبل زوال العيب، وإن حدث به ما
لا
يحتمل الزوال لزمه البيع اه. وفي المعراج: لو شرط الخيار أبدا أو مطلقا أو موقتا بوقت
مجهول فسد بالاجماع، وأما في أربعة أيام ونحوها فكذلك عند أبي حنيفة. ولو كان
الخيار إلى
قدوم فلان أو إلى هبوب الريح فأسقطاه لم يحز البيع عند أبي يوسف. ولو شرط الخيار
لنفسه
بعد شهر جاز عند أبي يوسف في الشهر وله الخيار بعده يوما، كذا في المجتبي. ولم
أرهم
ذكروا للاختلاف السابق ثمرة وينبغي أنه لو كان عبدا فأعتقه قبل قبضه لم يصح على
القول
بانعقاده فاسدا، ويصح على القول بالوقف، وظاهر الخانية أنه ينقلب جائزا بالاعتاق فلم
تظهر الثمرة. ويمكن أن يقال: تظهر في حل مباشرته وحرمتها كما لا يخفي. وفي
الأسبيجاني: الأصل عند أصحابنا الثلاثة أن الفساد على ضربين: فساد قوي دخل في
صلب
العقد وهو البطل أو المبدل، وفساد ضعيف لم يدخل في صلب العقد وإنما دخل في
شرط
مستعار زائد على العقد. فالأول لا ينقلب إلى الجواز. برفع المفسد كما إذا باع بألف
درهم
ورطل من خبز ثم حط عن المشتري الخمر لا ينقلب إلى الجواز وأما الفساد الضعيف
فكمسألة الكتاب. وأما إذا باع إلى الحصاد أو الدياس ثم أبطل صاحب الاجل الاجل أو
نقد
الضمن انقلب إلى الجواز ولو مضت المدة المجهولة تأكد. ومن الثاني اشتراطه في عقد
السلم

فإن أبطله من له الخيار قبل التفرق صح إن كان رأس المال قائما اه.
(فرع) لا يصح تعليق خيار الشرط بالشرط فلو باعه حمارا على أنه إن لم يجاوز هذا
النهر

فرده يقبله وإلا لم يصح، وكذا إذا قال ما لم يجاوز به إلى الغد، كذا في القنية.
قوله: (ولو باع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا يبع صح وإلى أربعة لا) أي
لا يصح يعني عندهما. وقال محمد: يجوز إلى ما سميها. والأصل فيه أن هذا في معنى
اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماثلة في
الفسخ

فيكون ملحقا به فالإمام رحمه الله تعالى مر على أصله في الملحق به ونفى الزيادة على
الثلاثة،

وكذا محمد في تجويز الزيادة، وأبو يوسف أخذ في الأصل بالآثر وفي هذا بالقياس،
وفي

هذه المسألة قياس آخر وإليه مال زفر وهو أنه يبيع بشرط شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشترط الصحيح منها فيه مفسد فاشترط الفاسد أولى، وجه الاستحسان ما بينا، كذا في الهداية. وما ذكره من أبا يوسف مع الإمام قوله الأول وقد رجع عنه والذي رجع إليه أنه مع محمد، كذا في غاية البيان. وفي شرح المجمع: الأصح أنه مع أبي حنيفة وكثير من المشايخ حكموا على قوله بالاضطراب، وظاهر هذا الشرط أن المشتري إن لم ينقد الثمن في المدة فإن البيع يفسخ لقوله فلا يبيع بينهما ولذا قال في المحيط: وينفسخ البيع إن لم ينقل فإن كان المبيع عبدا قد أعتقه أو باعه ثم لم ينقد الثمن حتى مضت الثلاثة نفذ عتقه وبيعه لأن هذا بمعنى شرط الخيار لأن الإجازة والفسخ تعلقا بفعل المشتري وهو النقد في الثلاثة وترك النقد فيها، ولو أعتقه أو باعه في خيار الشرط يلزم البيع فكذا هذا. ولو أعتقه بعد مضي الثلاثة ولم ينقد الثمن لم يذكره في ظاهر الرواية. وذكر في النوادر وقال: إن كان قبل القبض لا ينفذ عتقه وبعد القبض ينفذ ويجعل البيع فاسدا بمضي ثلاثة أيام متى ترك النقد، ولم يجعله مفسوخا لأن قوله إن لم أنقد إلى ثلاثة أيام فلا يبيع بيننا توقيت للبيع وليس بفسخ له نصا فمتى ترك النقد في الثلاثة صار كأنه قال بعثك هذا العبد إلى ثلاثة أيام فيكون توقيتا للبيع وهو لا يقبل التوقيت فصار بمنزلة شرط فاسد يفسد البيع اه. وهذا ما قاله في الفوائد الظهيرية هنا مسألة لا بد من حفظها هي أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام يفسد البيع ولا يفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفذ لا إن كان في يد البائع اه. وقد علمت أنها رواية النوادر. وفي الخانية: ولو مضت الثلاثة ولم ينقده أشار في المأذون إلى أنه يفسخ البيع، والصحيح أنه يفسد ولا يفسخ حتى لو أعتقه بعد الأيام الثلاثة نفذ إن كان في يده وعليه قيمته لا إن كان في يد البائع اه. والخلاف السابق فيما لو شرط الخيار أكثر من ثلاثة

ثابت

هنا فيفسد عنده، ويرتفع بالنقد قبل مضي اليوم الثالث على ما ذهب إليه العراقيون، وموقوف على ما ذهب إليه الخراسانيون، كذا في الذخيرة. وأشار المصنف إلى جواز هذا

الشرط للبائع.

وفي الذخيرة: وإذا باع عبدا ونقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة فلا بيع بينهما كان جائزا وهو بمعنى شرط الخيار للبائع اه. فإن أعتقه البائع صح إعتاقه وإن أعتقه

المشتري لا يصح، كذا في الخانية. والعجب أن في مسألة الكتاب المنتفع بهذا الشرط هو

البائع مع أنهم جعلوا الخيار للمشتري باعتبار أنه المتمكن من إمضاء البيع بالنقد ومن فسخه

بعدمه، وفي عكسه المنتفع بهذا الشرط هو المشتري مع أنهم جعلوا الخيار للبائع باعتبار أن

البائع متمكن من الفسخ إن رد الثمن في المدة ومن الامضاء إن لم يرده. وفي الذخيرة

والخانية: ولو اشترى عبدا وقبضه ثم وكل المشتري رجلا على أنه إن لم ينقد الثمن إلى خمسة

عشر يوما فإن الوكيل يفسخ العقد بينهما جاز البيع لأن الشرط لم يكن في البيع فيجوز البيع

ويصح الشرط حتى لو لم ينقد الثمن إلى خمسة عشر يوما كان للوكيل أن يفسخ. وفي الخانية:

اشترى جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وقبض المشتري فباع ولم

ينقد الثمن حتى مضت الأيام الثلاث جاز بيع المشتري وللبائع الأول على المشتري الأول

الثمن كما لو باع بشرط الخيار للمشتري ثلاثة أيام، وكذا لو قتلها المشتري في الأيام الثلاثة

أو ماتت أو قتلها أجنبي خطأ وغرم القيمة لزم البيع، ولو كان المشتري وطئها وهي بكر أو

ثيب أو جنى عليها أو حدث بها عيب لا بفعل أحد ثم مضت الأيام الثلاثة قبل أن ينقد الثمن خير البائع إ شاء أخذها مع النقصان ولا شئ له من الثمن، وإن شاء ترك وأخذ

ثمنها اه. وفي المحيط: لو قطع المشتري يدها وقبضها بعد الثلاثة ولم ينقد الثمن خير البائع

إن شاء سلمها له وإن شاء أخذها ونصف الثمن. وفي التتارخانية: لو قطعها أجنبي في الثلاثة فقد لزم البيع اه. ثم قال في المحيط: فإن كان افتضها ضمنه من الثمن ما نقصها،

ولو ولدت بعد الثلاثة وماتت كان البائع بالخيار إن شاء أخذ الولد وضمنه حصتها من الثمن

وإن شاء سلم الولد بالثمن مع أمه لأن البيع لا يفسخ لعدم النقد في الثلاثة ما دام الولد قائما في يد المشتري لأن الزيادة المنفصلة مانعة من الانفساخ إلا أنه مات الأصل وبقي

التبع فله أن يختار التبع بحصته من الثمن، ولو كان الثمن عرضا أو عبدا وحدث ذلك كله

في الثلاث ثم مضت الثلاث فما يمنع الفسخ إذا كان الثمن دراهم يمنعه هنا وما لا فلا، وما

أثبت الخيار هناك أثبته هنا. ولو مضت الثلاثة ثم حدث ذلك كله فهو مثل الإقالة لأنه

لما مضت الثلاثة انتقض البيع وعاد كل عرض إلى ملك صاحبه اه. ثم اعلم أن بالقاهرة يباع

يسمى بيع الأمانة كما ذكره الزيلعي ويسمى أيضا الرهن المعاد كما في الملتقط،

وسماه الفقهاء
بيع الوفاء ويذكرونه في موضع من ثلاثة، فمنهم كالبزازي من ذكره في البيع الفاسد،
ومنهم من
ذكره هنا عند الكلام على خيار النقد كقاضيهان، ومنهم من ذكره في البيع الاكراه
كالزيلي،
وذكره هنا أنسب لأنه من أفراد مسألة خيار النقد وصورته: أن يقول البائع للمشتري
بع
منك هذا العين بدين لك علي علي أي متى قضيت الدين فهو لي أو يقول البائع بعتك
هذا
بكذا علي أي متى دفعت لك الثمن تدفع العين إلي فقد اختلفوا فيه على ثمانية أقوال
مذكورة
في البزازية: الأول ما اختاره صاحب المنظومة أنه رهن حقيقة فلا يملكه المشتري ولا
ينتفع به
إلا بإذن البائع، ويضمن ما أكل من نرله وما أتلف من الشجرة ويسقط الدين بهلاكه،
ولا

يضمن ما زاد كالأمانة ويسترد عند قضاء الدين. الثاني أنه بيع صحيح باتفاق مشايخ الزمان للعرف وما يفعله البائع من التعمير وأداء الخراج فهو بطريق الرضا لا الجبر كما لا يجبر على ترك الوفاء وجعله باتا، وللمشتري المطالبة بالثمن فإن انهدمت الدار لا يجبر البائع على رد

الثمن، وكذا إذا كان المبيع عينا هلك فإنه يتم الامر ولا سبيل لأحدهما على الآخر. وذكر الزيلعي أن الفتوى على أنه بيع جائز مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أنه لا يملك بيعه للغير. الثالث ما اختاره قاضيخان وقال: الصحيح أنه إن وقع بلفظ البيع لا

يكون رهنا، ثم إن شرطا فسخه في العقد أو تلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء أو تلفظا بالبيع

وعندهما هذا البيع غير لازم فالبيع فاسد، وإن ذكر البيع بلا شرط ثم شرطاه على وجه المواعدة جاز البيع ولزم الوفاء، وقد يلزم الوعد لحاجة الناس فرارا من الربا فبلخ اعتادوا الدين والإجارة وهي لا تصح في الكروم، وبخاري الإجارة الطويلة ولا يكون ذلك في الأشجار فاضطروا إلى بيعها وفاء، وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه. وقد نص في

غريب الرواية عن الإمام أن البيع لا يكون تلجئة حتى ينص عليها في العقد وهي الوفاء واحد. الرابع ما قاله في العدة واختاره ظهير الدين أنه بيع فاسد ولو ألحقاه بالبيع التحق وأفسده ولو بعد المجلس على الصحيح. ولو شرطاه ثم عقدا مطلقا إن لم يقرأ بالبناء على

الأول فالعقد جائز ولا عبرة بالسابق كما في التلجئة عند الإمام. الخامس ما اختاره أئمة خوارجهم أنه إذا أطلق البيع لكن وكل المشتري وكيلا يفسخ البيع إذا أحضر البائع الثمن أو

عهد أنه إذا أوفاه يفسخ البيع والثمن لا يعادل المبيع وفيه غبن فاحش أو وضع المشتري على

أصل المال ربحا بأن وضع على مائة عشرين دينارا فرهن وإلا فبيع بات. القول السادس ما

اختاره الإمام الزاهد أن الشرط إذا لم يذكر في البيع كان بيعا صحيحا في حق المشتري حتى

ملك الانزال ورهنا في حق البائع فلم يملك المشتري تحويل يده وملكه إلى غيره وأجبر على

الرد إذ أحضر الدين لأنه كالزرافة مركب من البيع والرهن ككثير من الأحكام له

حكمان

كالهبة حال المرض وبشرط العوض فجعلناه كذلك لحاجة الناس إليه فرارا عن الربا.

فبلخ

اعتادوا الدين والإجارة وهي لا تصح في الكروم، وأهل بخارى اعتادوا الإجارة الطويلة

ولا

تمكن في الأشجار فاضطروا إلى بيعها وفاء، وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه

وقد

نص في غريب الرواية عن الإمام أن البيع لا يكون تلجئة حتى ينص عليها في لعقد وهي

والوفاء واحد. واختار الصدر الشهيد تاج الاسلام والإمام المرغيناني والإمام علاء الدين

المعروف ببدر أن البيع بشرط الرد عند نقد الثمن أن المشتري يملكه. وقال الإمام علاء

الدين: يملكه انتفاعا فإن باعه المشتري من غيره أجابوا - سوى علاء الدين - بصحة

البيع

الثاني لأنه سلمه البائع الأول إلى المشتري برضاه. القول السابع أنه غير صحيح واختاره صاحب الهداية وأولاده ومشايخ زماننا وعليه الفتوى أعني لا يملك المشتري بيعه من الغير

كما في بيع المكره لا كالبيع الفاسد بعد القبض. وسئل الصدر عنه بأنه يجعل فاسدا ويمنع

من الاسترداد بعد البيع من غيره كالفساد وإن قضى الدين قال: هذا كبيع المشتري من المكره. قيل له: فإن أكل المشتري غلة الكرم والأرض والدار؟ قال: حكمه حكم الزوائد في

البيع الفاسد يعني أنه يضمنه إذا استهلكه ولا يغرم إن هلك كزوائد المغصوب. القول الثامن

الجامع لبعض المحققين أنه فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ، وصحيح في حق بعض الأحكام كحل الانزال ومنافع المبيع، ورهن في حق البعض حتى لم

يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه ولم يملك قطع الشجر ولا هدم البناء وسقط الدين

بهلاكه وانقسم الثمن إن دخله نقصان كما في الرهن. قلت: هذا العقد مركب من العقود

الثلاثة كالزرافة فيها صفة البعير والبقر والنمر جوز لحاجة الناس إليه بشرط سلامة البدلين

لصاحبهما اه. وفي المستطرف: الزرافة حيوان عجيب الخلقة ولما كان مألوفها الشجر خلق

الله يديها أطول من رجليها وهي ألوان عجيبية، يقال إنها متولدة من ثلاثة حيوانات الناقة الوحشية والضبع والبقرة والوحشية، فينزو الضبع على الناقة فتأتي بذكر، فينزو ذلك الذكر على

البقرة فتولد منه الزرافة. والأصح أنه خلقة بذاته ذكر وأنثى كبقية الحيوانات. وقد فرع في

البزازية فروعاً كثيرة يحتاج إليها في بيع الوفاء تركناها خوفاً من الإطالة، وينبغي أن لا يعدل

في الافتاء عن القول الجامع قوله: (فإن نقد في الثلاث صح) يعني في قولهم جميعاً وقد منا

صفة انعقاده في الابتداء أما فاسد أو موقوف كما في خيار الشرط، ولم أر ثمرة للاختلاف

فإنه إذا أسقطه قبل دخول الرابع جاز اتفاقاً، وإن دخل تقرر فساده اتفاقاً. ولعل الثمرة

تظهر
في حل الاقدام عليه وعدمه، ويمكن أن يقال في ثبوت الملك بالقبض فمن قال بفساده
أثبتته و
من قال بالوقف نفاه.
قوله: (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام هذا السبب بالمرضاة فلا
يتم
مع الخيار فينفذ عتق البائع ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع. ودل
كلامه
على أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه للعلة المذكورة، وأن الخيار إذا
كان لهما لم
يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشتري. وفي البدائع: إن حكم البيع
بخيار
موقوف على معنى أنه لا يعرف له حكم للحال والخيار مانع من انعقاد الحكم. وفي
المعراج:
إلا أن السبب المنعقد في الأصل يسري إلى الزوائد المتصلة والمنفصلة لكونه محلا له
عند وجود

الشرط، فكما يثبت الحكم في الأصل يثبت في الزوائد اه. يعني فالأصل وإن بقي على ملك

من له الخيار لا يملك الزوائد إذا أجزى البيع. وفي الخانية: إن الأولاد والاكساب فيما إذا

كان الخيار للبائع تدور مع الأصل، فإن أجزى كانت للمشتري، وإن فسخ كانت للبائع وإن

كان الخيار للمشتري فحدثت عند البائع فكذا الجواب، وإن حدثت عند المشتري كانت له تم

البيع أو انتقض. قيل: هذا قولهما، أما على قوله فهي دائرة مع الأصل. وفي جامع الفصولين: لو كان الخيار إلى البائع فسلم المبيع إلى المشتري، فلو سلمه على وجه التمليك

بطل خياره لا لو سلمه على وجه الاختيار، ولو حط عنه من الثمن فعلى قياس مسألة الإبراء ينبغي أن يبطل خياره اه. وقال قبله: باع بخيار فوهب ثمنه للمشتري في المدة أو

أبرأه عن ثمنه أن شرى به شيئاً من المشتري صح تصرفه وبطل خياره، ولو اشترى من غير

المشتري شيئاً بذلك الثمن بطل خياره ولم يجز شراؤه اه. وكتبنا في الفوائد من الفائدة الرابعة

أن خيار الشرط في البيع يمنع الحكم ولا يبطل البيع الا في مسألة ما إذا شرط الخيار في بيع

الفضولي فإنه مبطل البيع ولا يتوقف، لأن الخيار له بدون الشرط فيكون الشرط مبطلاً، كذا

في فروق الكرايسي. وفيها أيضاً من الحادية والخمسين بعد المائتين: لا يصح الإبراء عن

الدين قبل لزوم أدائه إلا في مسائل فلينظر ثمة. وإذا كان الخيار للبائع فإنه يملك مطالبة المشتري بالثمن بخلاف ما إذا كان للمشتري كما في جامع الفصولين. وإن هلك في يد

البائع انفسخ البيع ولا شئ عليهما كما في المطلق عنه، وإن تعيب في يد البائع فهو على

خياره لأن ما انتقص بغير فعله لا يكون مضموناً عليه ولكن المشتري يتخير إن شاء أخذه

بجميع الثمن وإن شاء فسخ كما في البيع المطلق. وإن كان العيب بفعل البائع ينتقص البيع

فيه بقدره لأن ما يحدث بفعله يكون مضمونا عليه وتسقط به حصته من الثمن، كذا
ذكر
الشارح. ثم اعلم أن الخيار إذا كان للبائع ثم أجازته فالملك للمشتري يقتصر على وقت
الإجازة ولا يستند إلى وقت العقد لما في الخانية: رجل اشترى ابنه من رجل على أن
البائع
بالخيار ثم مات المشتري فأجاز البائع عتق الابن ولا يرث أباه اه. فعدم إرثه دليل على
الاقتصار ولكن عتقه يدل على الاستناد وإلا لم يعتق كما لا يخفي.
قوله: (وبقبض المشتري يهلك بالقيمة) لأن البيع يفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفا ولا
نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا بيده على سوم الشراء وفيه القيمة، كذا في الهداية.
والمراد
بالقيمة في المشبه والمشبه به البديل يشمل المثلي فإنه مضمون بالمثل والقيمي هو
المضمون

بالقيمة، والكلام هنا في موضعين في حكم المشبه وهي مسألة الكتاب ولا فرق بين هلاكه
في مدة الخيار مع بقاءه أو بعدما فسخ البائع البيع كما في جامع الفصولين وأما إذا هلك
في
يده بعد المدة من غير فسخ فيها فإنه يهلك بالثمن لسقوط الخيار. وفي مسألة الكتاب
إذا
ادعى البائع هلاكه في يده ووجوب القيمة له وادعى المشتري أنه أبق من يده فالقول
للمشتري
مع يمينه لأن الظاهر حياته، ويجوز البيع على البائع ويتم لأن بمضي الثلاثة يسقط
خياره.
وكذا لو كان البائع هو الذي يدعي الإباق والمدعي يدعي الموت فالقول للبائع مع
يمينه، كذا
في السراج الوهاج. ولم يذكر المصنف حكم ما إذا دخله عيب في يد المشتري وفي
السراج
الوهاج: إن كان من ذوات القيم يجب عليه ضمان ما نقص يوم القبض، وإن كان مثليا
فليس له أن
يضمنه نقصانه لشبهة الربا اه. وفي جامع الفصولين: باع أرضا بخيار وتقابضا فنقض
البائع في المدة فتبقى الأرض مضمونة بالقيمة على المشتري وله حبسها لثمن دفعه إلى
البائع،
فلو أذن البائع بعده للمشتري في زراعتها فزرعها تصير الأرض أمانة عند المشتري
وللبائع
أخذها منه متى شاء قبل أداء الثمن، وليس للمشتري حبسها بالثمن لأنه لما زرعتها صار
كأنه
سلمها إلى البائع اه. وأما الثاني أعني المشبه به وهو المقبوض على سوم الشراء فأطلقه
في
الهداية وقيده في أكثر الكتب بأن يسمى ثمنه. وعبارة الصدر الشهيد في الفتاوى
الصغرى:
المقبوض على سوم الشراء إنما يكون مضمونا إذا كان الثمن مسمى، نص عليه الفقيه
أبو
الليث في بيوع العيون فإنه ذكر إذا قال اذهب بهذا الثوب فإن رضيته اشتريته فذهب به
فهلك
لا يضمن، وإن قال إن رضيته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك فإنه يضمن القيمة وعليه
الفتوى اه. وفي الظهيرية أن هذا الشرط في ظاهر الرواية. وذكر الطرسوسي في أنفع

الوسائل بعد ذكر منقولات فتحرر أنه مضمون أن ذكر الثمن حالة المساومة، والمراد
بذكر
الثمن فيه من جانب المشتري لا من جانب البائع وحده فإنه قال في القنية عن أبي
حنيفة: قال
له هذا الثوب بعشرة فقال هاته حتى أنظر إليه فإن رضيته أخذته بعشرة فضع فهو على
ذلك
الثمن، فجعل ذكر البائع وحده ليس بموجب للضمان. وكذا في المسألة التي ذكر بعد
هذه:
لو قال إن رضيته أخذته بعشرة فعليه قيمته، ولو قال صاحب الثوب هو بعشرة فقال
المساوم
حتى أنظر إليه وقبضه وضاع لا يلزمه شيء. فعلمنا أن المراد ذكر الثمن من جهة
المساوم لا
من جهة البائع وحده إلى آخر ما أطل فيه. وقال: فليعتن بهذا التحرير فإنه فائدة جلييلة.
قلت: هو خطأ وبيان الثمن من جهة البائع وحده إذا أخذه المشتري بعده على وجه
السوم
كاف لضمائه.
قال في الخانية: رجل طلب من رجل ثوبا ليشتري فأعطاه البائع ثلاثة أثواب فقال هذا

بعشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين فاحمل الثياب إلى منزلك فأبي ثوب ترضى بعته منك،

فحمل هلك عند المشتري قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: إن فهلك جملة أو على التعاقب ولا يدري الذي هلك أولاً ولا الذي بعده ضمن المشتري ثلث كل ثوب، وإن عرف الأول لزمه ذلك الثوب والثوبان أمانة عنده، وإن هلك الثوبان وبقي الثالث فإنه يرد الثالث لأنه أمانة، وأما الثوبان يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما إذا كان لا

يعلم أيها هلك أولاً، وإن هلك واحد وبقي ثوبان يلزمه ثمن الهالك ويرد الثوبين، وإن احترق الثوبان ونقص الثالث ثلثه أو ربعه ويعلم أيهما احترق أولاً يرد ما بقي من الثالث ولا يضمن نقصان الحرق بقدره ويلزمه نصف ثمن كل واحد من الثوبين اه. فهذا صريح في

أن بيان الثمن من جهة البائع يكفي للضمان. في الخلاصة البزازية: اذهب به إن رضيته اشترت فذهب به فضاع لا يضمن، ولو قال إن رضيته اشترته بعشرة فذهب به وضاع ضمن اه. وهذا صريح فيما قلناه، وقد اشتباه عليه المقبوض على سوم الشراء بالمقبوض على

وجه النظر فإن فيما نقله عن القنية إنما قال المساوم حتى أنظر إليه والمقبوض على وجه النظر أمانة، وما ذكرناه عن أصحاب الفتاوى إنما قال إن رضيته اشترته والدليل على الفرق بينهما

ما في الخانية قال: ولو أخذ ثوبا على المساومة فدفعه إليه البائع وهو يساومه والبائع يقول

هو بعشرة فهو على الثمن الذي قال البائع حتى يرد عليه المشتري، وإن ساومه فقال المشتري حتى أنظر إليه فدفعه فضاغ منه فليس على المشتري شيء لأنه إنما أخذه للنظر،

وإن أخذه على غير النظر ثم قال حتى انظر إليه فقوله حتى أنظر إليه لا يخرج عن الضمان

اه. فهذا صريح في الفرق بينهما. وفي الذخيرة معزيا لأبي يوسف: رجل ساوم رجلا بثوب فقال صاحب الثوب هو بعشرة فقال المساوم هاته حتى أنظر إليه فدفعه إليه على ذلك

فضاع لا يلزمه شيء. علل فقال: لأنه أخذه على النظر إشارة إلى أن هذا ليس بمقبوض على سوم الشراء اه. فهذا صريح في الفرق بينهما أيضا. وفي الفتاوي الظهيرية: رجل قال هذا الثوب لك بعشرة فقال هاته حتى أنظر إليه أو قال حتى أريه غيري فأخذه على ذلك فضاع في يده لم يضمن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولو قال هاته فإن رضيته أخذته فضاع كان عليه الثمن اه. وهذا صريح أيضا فثبت بهذه النقول من الكتب المعتمدة

أنه لا فرق في المقبوض على سوم الشراء بين بيان الثمن من البائع أو من المشتري وحده،

ولقد صدق ختام المحققين ابن الهمام في فتح القدير حيث قال في كتاب الوقف: إن الطرسوسي بعيد عن الفقه، ثم رأيت الفرق بينهما أيضا صريحا في فروق الكرابيسي ومنها

نقلت قال: لو قال هذا الثوب لك بعشرة فقال هاته حتى أنظر إليه أو حتى أريه غيري فأخذه فضاع قال أبو حنيفة: لا شيء عليه يعني يهلك أمانة. وإن قال هاته حتى أنظر إليه فإن رضيته أخذته فهلك فعليه الثمن. والفرق أن في الفصل الأول أمره لينظر إليه أو ليريه غيره وذلك ليس ببيع، فأما في الفصل الآخر أمره بالاتيان به ليرضاه ويأخذه وذلك بيع بدون الأمر فمع الأمر أولى اه.

والظاهر من كلامهم أنه لا فرق بين الهلاك أو الاستهلاك، وما في الذخيرة عن أبي يوسف أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالثمن محمول على القيمة، وما ذكره

الطرسوسي من أنه إن هلك فمضمون بالقيمة وإن استهلكه فمضمون بالثمن ليس
بصحيح
لما في الخانية: إذا أخذ ثوبا على وجه المساومة بعد بيان الثمن فهلك في يده كان عليه
قيمته، وكذا واستهلكه وارث المشتري بعد موت المشتري اه. والوارث كالمورث،
وأما
مقبوض الوكيل بالسوم فقال في الخانية: الوكيل بالشراء إذا أخذ الثوب على سوم
الشراء
فأراه الموكل ولم يرض به ورده عليه فهلك عند الوكيل. قال الشيخ الإمام أبو بكر
محمد بن
الفضل: ضمن الوكيل قيمته ولا يرجع بها على الموكل إلا أن يأمره الوكيل بالأخذ على
سوم الشراء فحينئذ إذا ضمن الوكيل رجوع على الموكل اه. وفي البزازية: غلط وسلم
غير
المبيع وهلك ضمن القيمة لأنه قبضه على جهة البيع. بعث رسولا إلى البزاز وقال ابعث
إلي
ثوب كذا فبعث إليه البزاز معه أو من غيره فضاع الثوب قبل الوصول إلى الأمر
وتصادقوا
عليه لا ضمان على الرسول، ثم إن كان رسول الأمر فالضمان على الأمر، وإن كان
رسول
البزاز فلا ضمان على أحد لكن إذا وصل إلى الأمر ضمن الأمر، وكذا لو أرسل إلى آخر
وقال أرسل إلي عشرة دراهم قرضا فأرسل معه فالأمر ضامن إذا أقر أنه رسوله، فإن بعثه
مع غير رسوله لا ضمان على الأمر قبل أن يصل، وكذا الدائن إذا بعث رسولا لقبض
دينه

فبعث معه وضاع يكون من مال الدائن، وإن مع الآخر لا حتى يصل إليه اه. ثم اعلم أن المقبوض على سوم الشراء إذا بين ثمنه مضمون وإن اشترط أن لا ضمان فيه لما في البزازية: استباع قوسا وتقرر الثمن فمده بإذن البائع أو قال له إن انكسر فلا ضمان عليك

فمده وانكسر يضمن قيمته، وإن لم يتقرر الثمن فلا ضمان ولو بالاذن لأن اشترط عدم الضمان في المقبوض على السوم باطل. وعن الإمام أراه الدرهم لينظر إليه فغمزه أو قوسا

فمده فانكسر أو ثوبا فتحرق ضمن إن لم يأمره بالغمز والمد واللبس، وقيل إن كان لا يرى

إلا بالغمز لا يضمن إن لم يجاوز ويصدق في أنه لم يجاوز اه. وفي جامع الفصولين: المقبوض على سوم الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، 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، وما قبض على سوم النكاح مضمون يعني لو قبض أمة غيره ليتزوجها بإذن مولاهم فهلك في يده ضمن قيمتها والمهر

قبل تسليمه مضمون، وكذا بدل الخلع في يد المرأة يعني لو تزوجها على عين أو خالها

فهلك قبل قبضه يلزمه مثله في المثلي وقيمه في القيمي اه. ذكره في الثلاثين منه. قوله: (وخيار المشتري لا يمنع ولا يملك) أي لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع فيخرج عن ملكه للزومه من جهة من لا خيار له، فلو أعتقه البائع لم يصح إعتاقه، ولو

كان البائع حلف وقال إن بعته فهو حر فباعه بخيار للمشتري لم يعتق لخروجه عن ملكه، ولو باعه بخيار له عتق ولا يملكه المشتري عند الإمام رحمه الله تعالى لكن يصح إعتاقه ويكون إمضاء كما في الخانية. وفيها: باع عبداً بجارية على أن باع العبد بالخيار ثلاثة أيام فأعتق البائع العبد في الثلاثة أيام نفذ عتقه في قولهم ويطلق البيع لأنه أعتق ملك نفسه، وإن أعتق الجارية جاز ويكون إسقاطاً للخيار ويتم. ولو أعتقهما في كلام واحد نفذ عتقه لعدم الأولوية فيهما ويغرم قيمة الجارية ولا ينفذ إعتاق المشتري في العبد ولا في الجارية، ولو كان الخيار للمشتري انعكست الأحكام اه. وقالوا: يملكه لأنه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع. ولأبي حنيفة أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه، فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتماع البدلان في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة ولأن الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة، فلو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيفوت النظر وأورد على قوله لزوم السائبة ورد بأنها هي التي لا ملك فيها لاحد ولا علقه ملك والعلقة موجودة هنا، وأورد أيضاً استحقاق الشفعة بما بيع بخيار للمشتري وهو دليل على ملكه. وأجيب بأن استحقاقها لم ينحصر في الملك بل هو أو ما في معناه من كونه أحق بها تصرفاً بدليل صحة إعتاقه كاستحقاق العبد المأذون لها مع أنه لا ملك له حقيقة وهو تكلف لا يحتاج إليه لما سيأتي أن البيع ينبرم في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحها. ثم اعلم أن قولهما في دليلهما ولا عهد لنا به في الشرع معناه في باب التجارة والمعاوضات فاندفع عنهما ما

أورد من شراء متولي أمر الكعبة إذا اشترى عبدا لخدمتها وعبد الوقف إذا ضعف وبيع واشترى ببذله آخر لم يملكه المشتري لأنه من باب الأوقاف، وكذا لا ترد التركة المستغرقة

بالدين فإنها تخرج عن ملك الميت، ولا تدخل في ملك الورثة والغرماء للقيود المذكور. وأما

حكم جنابة العبد في مدة الخيار، فإن كان الخيار للبائع فأجاز البيع لم يكن مختارا للفداء

وخير المشتري بين الدفع والفداء، وإن فسخ البيع خير البائع كذلك، وفي الأول إنما يخير

المشتري بين الدفع والفداء إذا اختار إمضاء البيع، فإن اختار المشتري فسخه فالخيار للبائع

للعيب الحادث في يد البائع، فإن كانت في يد المشتري فالبائع على خياره، فإن أجاز ثبت

الملك للمشتري من وقت العقد وخير بين الدفع والفداء فإن كان الخيار للمشتري فجنى في

يده في مدته لم يكن له أن يردده على بائعه. ولو بيعت دار بخيار لأحدهما فوجد فيها قتيل

فالدية على عاقلة ذي اليد عنده، وعندهما على من يصير الملك له ولا يكون وجود القتل

عيبا فلا خيار للمشتري بخلاف جنابة العبد المبيع فإنها عيب، كذا في التتارخانية. وقول الإمام ولا أصل له في الشرع معناه في المعاوضة فلا يرد عليه المدبر إذا غصب وضمن الغاصب قيمته فإنه يملكه فقد اجتمع العوضان في ملك السيد لأنه ضمان جنابة لا

ضمان معاوضة، كذا في المعراج وفتح القدير. ولكن يرد عليه باب السلم فإن المسلم إليه

ملك رأس مال السلم والمسلم فيه فقد اجتمعا في المعاوضة. وأجيب بأن المسلم فيه دين لرب السلم في ذمة المسلم إليه فهو كالثمن يملكه البائع في ذمة المشتري وأورد المنافع والأجرة

المعجلة ملكهما المؤجر. وأجيب بأنها معدومة فلا ملك لها وإذا حدثت ملكها المستأجر، كذا

في البناية. قيد بالمبيع لأن الثمن لا يخرج عن ملك المشتري اجماعا كما بيناه. وفي السراج الوهاج:

والنفقة تجب على المشتري بالاجماع إذا كان الخيار له بخروج المبيع عن ملك البائع،

ولو تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار والخيار له جاز تصرفه اجماعا ويكون
إجازة منه
اه. وفي الخلاصة أن زوائد المبيع موقوفة إن تم البيع كانت للمشتري وإن فسخ كانت
للبيع
اه. وفي جامع الفصولين: المشتري بالخيار لو رهن بالثمن رهنا جاز الرهن به اه. فإن
قلت: ذكر في جامع الفصولين أيضا أن الخيار إذا كان للمشتري فأبرأه البائع عن الثمن
لم يجز
إبرأه اه. وفي التتارخانية: وروي عن محمد جوازه فينبغي أن لا يصح الرهن أيضا.
قلت:
الابراء يعتمد الدين ولا دين له عليه لأن الثمن باق على ملكه والرهن لا يشترط له
وجود
الدين حقيقة بدليل صحته على الدين الموعود به وقد بيناه فيما كتبناه من حواشي جامع
الفصولين، ولكن نقل بعده أعدم صحة الابراء قول أبي يوسف. وفي المعراج أن عدم

صحته قياس والاستحسان صحته لأن إبراء بعد وجود السبب وهو البيع، والدليل على أن الإبراء يعتمد تعلق الحق لا حقيقة الدين لو أبرأ البائع الموكل عن ثمن ما اشتراه الوكيل فإنه يصح الإبراء مع أن الثمن على الوكيل والدليل على التعلق بالموكل أن المشتري لو أتى بالثمن للموكل فإن يجبر على القبول. ولو كان للمشتري دين على الموكل صار قصاصا بالثمن ولولاه لم يجبر ولم يصر قصاصا كما في الصيرفية. وفي السراجية: اشترى على أنه بالخيار لم يجبر البائع على تسليم المبيع وإن نقد المشتري الثمن. وفي التارخانية: قوله: (وبقبضه يهلك بالثمن) أي إذا كان الخيار للمشتري وقبض المبيع وهلك في يده فإنه يهلك بثمنه بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع. والفرق أنه إذا دخله عيب يمتنع الرد والهالك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما إذا كان للبائع لأن بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف. وفي السراج الوهاج: 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 والاستهلاك كالهلاك كما سيأتي. وأطلقه فشمّل ما إذا كان الخيار للمشتري وحده أو لهما وأسقط البائع خياره بأن أجاز البيع ثم هلك في مدته فإن البيع يلزم بالثمن كما في التارخانية قوله: (كتعيبه) يعني إذا تعيب في يد المشتري والخيار له فإنه يلزمه الثمن لأنه صار بذلك ممسكا ببعضه، فلو رده لتفرقت الصفقة على البائع قبل الاتمام وهو لا يجوز فلزم البيع وسقط الخيار. أطلقه فشمّل ما إذا عيبه المشتري أو أجنبي أو تعيب بأفة سماوية أو بفعل المبيع كما في النهاية ولكن ليس باقيا على إطلاقه، وإنما المراد به عيب يلزم ولا يرتفع كما إذا قطعت يده. وأما ما يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره إن زال المرض في الأيام الثلاثة، وأما إذا

مضت والعيب قائم لزم البيع لتعذر الرد كما في النهاية أيضا. وفي الصحاح: عاب
المتاع أي
صار ذا عيب، وعيبه نسبه إلى العيب، وعيبه أيضا إذا جعله ذا عيب وتعيب مثله اه. وقد
ذكر المصنف حكم هلاكه في يد المشتري ونقصانه ولم يذكر حكم زيادته عنده.
وحاصله أن
الزيادة منفصلة كانت أو متصلة، سواء كانت متولدة من الأصل كالولد والسمن
والجمال
والبرء من المرض وذهاب البياض من العين أو لا كالصبغ والعقر والكسب والبناء ورش
الأرض، يمنع الفسخ إلا في المنفصلة الغير المتولدة فإنها لا تمنع كما في التارخانية.
وفي
البنية أن التعيب إذا كان بفعل البائع في يد المشتري لم يسقط خيار المشتري، فإن
أجاز البيع
ضمن به البائع النقصان اه. فيستثنى من إطلاق المصنف مسألتان: ما إذا كان العيب
يرتفع،

وما إذا كان بفعل البائع. ولكن ذكر في فتح القدير أن هذا قول محمد، وأما عندهما إذا تعيب بفعل البائع يلزم أبيع، وقد وعدنا بذكر مسائل المبيع إذا هلك في البيع الذي لا خيار فيه أو بخيار فإذا كان في يد البائع بأفة سماوية أو باستهلاك البائع أو كان حيوانا فقتل نفسه ييطل البيع لأنه مضمون بالثمن فيسقط الثمن فلا يكون مضمونا بالقيمة لأنه لا يتولى على شئ واحد ضمانان، فإن أتلغه المشتري والبيع بات أو بخيار له لزم الثمن، وإن كان للبائع والبيع فاسد لزم المثل في المثلي والقيمة في القيمي، إن بفعل أجنبي خير المشتري فإن فسخ وعاد إلى ملك البائع ضمن الجاني المثل أو القيمة والمضمون إن من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب وإن من خلافه طاب. وإن اختار المشتري أيضا البيع اتبع الجاني بالمثل أو بالقيمة وحكم الفضل ما ذكرناه في جانب البائع واختياره اتباع الجاني قبض عند الثاني خلافا لمحمد وأثره فيما إذا توى على الجاني وفيما إذا أخذ من الجاني مكانه شيئا آخر جاز عند الثاني. وإن هلك بعد القبض فعلى المشتري إلا إذا أتلغه البائع والقبض بلا إذنه والثمن حال غير منقود فالبائع يصير مستردا وييطل البيع وسقط الثمن عن المشتري. 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 كما إذا هلك كله وإن بأفة سماوية، إن نقصان قدر طرح عن المشتري حصة الفائت من الثمن وله الخيار في الباقي، وإن نقص وصف لا يسقط شئ من الثمن لكنه يخير بين الاخذ بكل الثمن أو الترك. والوصف ما يدخل تحت البيع بلا ذكر كالأشجار والبناء في الأرض وأطراف الحيوان والجودة في الكيلي والوزني. وإن بفعل المعقود

عليه فالجواب كذلك، وإن بفعل المشتري صار قابضاً ما أتلّف بالاتلاف والباقي بالتعيب، فإن هلك الباقي قبل حبسه فعلى المشتري، وإن بعد الحبس فعلى البائع وعلى المشتري حصة ما أتلّفه لا غير، فإن حبس بعد سقوط حقه من الحبس فعلى المشتري كل الثمن إلا إذا كان بفعل البائع، فإن لم يكن له حق الاسترداد فهو كالأستهلاك من الأجنبي، وإن كان له حق الاسترداد انفسخ البيع في قدر ما أتلّف وسقط حصته من الثمن. فلو هلك الباقي في يد المشتري لزمه قسطه من الثمن إلا إذا هلك الباقي من سراية جناية البائع فيكون مسترداً له أيضاً فيسقط الثمن، فإن زعم البائع أنه هلك بعد قبضه والمشتري بأنه قبل قبضه فالقول للمشتري وأيهما برهن قبل، وإن برهننا فللبائع. وكذا لو ادعى البائع أن المشتري، استهلكه وعكس المشتري وإن أرحا فبينة الأسبق أولى في الهلاك والأستهلاك، وتمامه في الفتاوي البزازية.

قوله: (فلو اشترى زوجته بالخيار بقي النكاح) أي بالخيار له وهذا مفرع على أنه لا يدخل في ملك المشتري فلذا لم يبطل النكاح قبل نفاذ البيع، وإذا سقط الخيار بطل للتنافي.

وعندهما انفسخ لدخولها في ملك الزوج فإذا فسخ المشتري البيع رجعت إلى مولاهما بلا نكاح عليها عندهما، وعنده تستمر زوجته، كذا في فتح القدير. وعلى هذا لو اشترى زوجته فاسدا وقبضها يفسد النكاح ثم فسخ البيع للفساد لا يرفع فساد النكاح قوله: (فإن وطأها له أن يردّها) لأن الوطئ بحكم ملك النكاح لبقائه لا يحكم ملك اليمين لعدمه، وعندهما ليس له أن يردّها مطلقا لما قدمناه. أطلقه وهو مقيد بما إذا لم تكن بكرا لو كانت بكرا أو نقصها الوطئ

امتنع الرد كما ذكره الأسيجاني. وظاهره أنه لو نقصها وهي ثيب فالحكم كذلك، وقد صرح به في فتح القدير. وكذا يتفرع أنه لو ردها فعنده تعود إلى سيدها منكوحة، وعندهما

بلا نكاح، وقيد بزوجه لأنه لو اشترى غير زوجته بخيار له فوطئها امتنع الرد مطلقا أي وإن لم ينقصها وسقط الخيار، كذا في المعراج. ولم أر حكم حل وطئ الأمة المبيعة بخيار، أما إذا كان الخيار للبائع فينبغي حله له لا للمشتري وإن كان للمشتري ينبغي أن لا يحل لهما. ونقله

في المعراج عن الشافعي فقال: وللشافعي في حل وطئها وجهان، والثاني لا يجوز وهو نصه، وفي انفساخ نكاحها وجهان والثاني لا يفسخ وهو ظاهر نصه. أما لو كان المبيع غير امرأته لم يحل للمشتري وطؤها على الأقوال كلها ويحل للبائع على الأقوال كلها، وقال أحمد: لا يحل للبائع اه. ثم اعلم أن دواعي الوطئ كالوطئ فإذا اشترى غير زوجته بالخيار فقبلها بشهوة أو

لمسها بشهوة أن نظر إلى فرجها بشهوة سقط خياره. وحدها انتشار آله أو زيادتها،
وقيل
بالقلب وإن لم تنتشر، فإن كان بغير شهوة لم يسقط في الكل. وإن ادعى أنه بغير شهوة
فإن
كان في الفم لم يقبل قوله وإلا قبل. وإن فعلت الأمة به ذلك وأقر أنه كان بشهوة كان
رضا
كما في السراج الوهاج، ولم يذكر المؤلف مما يظهر فيه ثمرة الاختلاف إلا هذه
المسألة.
وذكر في الهداية أن لهذه المسألة أخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري
بشرط
الخيار وعدمه منها: عتق المشتري على المشتري إذا كان قريبا له في مدة الخيار، ولو
كان للبائع
فمات المشتري فأجاز البائع عتق الابن ولا يرث أباه كما قدمناه عن الخانية. ومنها
عتقه إذا
كان المشتري حلف إن ملك عبدا فهو حر بخلاف ما إذا قال إن اشترت لأنه يصير
كالمنشئ
للعتق بعد الشراء فسقط الخيار. ومنها أن حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به من
الاستبراء عنده،
وعندهما يجتزأ، ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب الاستبراء عنده، وعندهما
يجب إذا ردت بعد القبض. ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد
له عنده
خلافًا لهما، ومحلها ما إذا كان قبل القبض، أما بعده فسقط الخيار اتفاقًا وتصير أم ولد
للمشتري لأنها تعيبت عنده بالولادة، كذا في النهاية. وفي الخانية: إذا ولدت بطل
خياره
وإن كان الولد ميتا ولم ينتقصها الولادة لا يبطل خياره اه. ثم اعلم أنهم لم يقيدوا
بدعوى
الولد وقيده بها في إيضاح الاصلاح قال: لأنه ولد والفراش ضعيف اه. وهو تقييد
لقولهما. ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده
في تلك
المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك، وعندهما من مال المشتري
لصحة الايداع باعتبار قيام الملك، ولو كان الخيار للبائع فسلم المبيع إلى المشتري
فأودعه البائع
فهلك عنده بطل البيع عند الكل، ولو كان البيع باتا فقبض المشتري المبيع بإذن البائع

أو بغير
إذنه ثم أودعه البائع فهلك كان على المشتري اتفاقاً لصحة الأيداع، كذا في
التتارخانية. ومنها
لو كان المشتري عبداً مأذوناً فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لأن الرد
امتناع
عن التملك والمأذون له يليه. وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكا
بغير
عوض وهو ليس من أهله وهذا يقتضي صحة الإبراء، وقدمنا أنه لا يصح عند أبي
يوسف
قياساً، ويصح عند محمد استحساناً ونبه عليه هنا في النهاية. ومنها إذا اشترى ذمي من
ذمي حمراً
على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم،

وعنده يبطل لبيع لأنه لم يملكها فلا يتملكها بإسقاط الخيار بعده وهو مسلم اه. ولو كان

الخيار للبائع فأسلم بطل البيع، ولو أسلم المشتري لا وخيار البائع على حاله، فإن أجاز صارت الخمر للمشتري حكما والمسلم أهل لأن يتملكها حكما، كذا في النهاية. فقد ذكر

فيها ثمان مسائل، وقد زاد الشارحون مسائل أيضا ففي فتح القدير: الأولى ما إذا تخمر العصير في بيع مسلمين في مدته فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه، وعندهما يتم لعجزه عن

رده. الثاني اشترى دارا على أنه بالخيار ثلاثة أيام وهو ساكنها بإجارة أو إعارة فاستدام سكنها

قال السرخسي: لا يكون اختيارا وهو في ابتداء السكني وقال خواهر زاده: استدامتها اختيار عندهما لملك العين، وعنده ليس باختيار. الثالثة حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه ثم

أحرم والظبي في يده فينقض البيع عنده ويرد إلى البائع، وعندهما يلزم المشتري، ولو كان

الخيار للبائع ينتقض بالاجماع، ولو كان للمشتري فأحرم المشتري له أن يرده. الرابعة إذا كان

الخيار للمشتري وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده لأنها لم تحدث على ملك المشتري،

وعندهما للمشتري لأنها حدثت على ملكه اه. وفي جامع الفصولين: لو اشترى بخيار فدام

على السكني لا يبطل خياره، ولو ابتدأها بطل يماثله خيار العيب وخيار الشرط في القسمة لا

يبطل بدوام السكني اه. وفي التتارخانية أن محمدا ذكر في البيوع أن خيار الشرط يبطل بالسكني وفي القسمة ذكر أنه لا يبطل فاختلف المشايخ، فمنهم من حمل ما في البيوع على

الابتداء وما في القسمة على الدوام ومنهم من أبقى ما في البيوع على إطلاقه فيبطل بالابتداء

والدوام وأبقى ما في القسمة على إطلاقه فلا يبطل خيار الشرط فيها بالابتداء والدوام. وفيها

أيضا: لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على مائة يدفعها له على أن يبطل البيع ففسخه

انفسخ ولا شيء له اه.



(۲۶)

قوله: (فلو أجاز من له الخيار بغيبة صاحبه صح ولو فسخ لا) أي لا يصح في غيبة صاحب وهذا عندهما. وقال أبو يوسف: يجوز الفسخ أيضا لأنه مسلط على الفسخ من جهة

صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجازة ولهذا لا يشترط رضاه فصار كالوكيل. ولهما أنه

تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسلعته

مشتريا فيما إذا كان الخيار للمشتري، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل

بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيه. ولا يقال إنه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك

الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط، كذا في الهداية. وفي المعراج: كذا الخلاف في

خيار الرؤية ولا خلاف في خيار العيب أنه لا يملكه والخلاف إنما هو في الفسخ بالقول،

أما إذا فسخ بالفعل فإنه يفسخ حكما اتفاقا في الحضرة والغيبة لأنه لا يشترط العلم في الحكمي كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر المأذون له في التجارة بارتداد ولحوق

وجنون. وبحث في فتح القدير بأنه ينبغي أن يكون الفعل الاختياري كالقول. والمراد بالغيبة

عدم علمه، وبالحضرة علمه، فلو فسخ في غيبته فبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به،

ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ، كذا في الهداية. وكذا إذ أجاز

البائع بعد فسخه قبل أن يعلم المشتري جاز وبطل فسخه، كذا ذكر الأسيجاني. وفي الذخيرة: ولو اشترى على أن البائع لو غاب عنه ففسخه عليه جائز فالبائع فاسد في قول أبي

حنيفة ومحمد لأن هذا شرط فاسد عندهما. ورجح في فتح القدير قول أبي يوسف قال: فعلى

هذا فالمسائل الموردة نقضا مسلمة لأنها على وقف ما ترجح من قول أبي يوسف لكنها نوردها

بناء على تسليم الدليل، فمنها أن المخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه

حكم ذلك، وأجيب بأن اللزوم بإيجابه على نفسه. ومنها الرجعة ينفرد بها الزوج بلا علمها حتى لو تزوجت بعدها بعد ثلاث حيض فسخ العقد إذا أثبتها، وأجيب بأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح فعليها استكشاف الحال. ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يثبت حكمها بلا علم الآخر، وأجيب بأنها اسقاطات. ومنها خيار المعلقة يصح بلا علم زوجها، وأجيب بأنه لا رواية فيه وعلى التقدير فقد أثبتته الشرع مطلقا. ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين، وأجيب بكون عقدهما لا وجود له في حق المالك. ومنها العدة لازمة عليها وإن لم تعلم بالطلاق وأجيب بأنها واجبة في ضمن الطلاق لا بسببه اه. وفي جامع

الفصولين: ولو كان الخيار للمشتريين ففسخ أحدهما بغيبة الآخر لم يجز. 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 ومن له الخيار لو اختار الرد أو القبول بقلبه فهو

باطل لتعلق الأحكام بالظاهر والباطن اه. قال فيه: شرى بخيار فأراد رده فاختلفى بائه قيل: للقاضي أن ينصب عن البائع خصما ليرده عليه وقيل لا اه. وهكذا ذكر الخلاف في

المعراج وفتح القدير والله أعلم.

قوله: (وتم العقد بموته ومضى المدة والاعتاق وتوابعه والاخذ بالشفعة) أي تحصل الإجازة بواحد مما ذكر وهو كلام موهم موقع في الغلط فإن في بعضها يكون إجازة، سواء

كان الخيار للبائع أو للمشتري، وفي بعضها إنما يكون إجازة إذا كان من المشتري، وأما من

البائع ففسخ. أما الموت فإنه مبطل لخيا الميت سواء كان بائعا أو مشتريا، ولا يورث عندنا

كخيار الرؤية لأنه ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله والإرث فيما يقبل الانتقال لا فيما

لا يقبله كملك المنكوحه والعقود التي عقدها المورث لا تنتقل. وإنما ملك الوارث الإقالة

لانتقال الملك إليه ولذا ملكها الموكل وإن لم يكن عاقدا، كذا في المعراج. ولا يرد علينا خيار

العيب فإنه موروث لكون المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث ففي التحقيق الموروث

العين بصفة السلامة من العيوب فأما نفس الخيار فلا يورث. وفي المعراج أن خيار العيب

يثبت للوارث ابتداء بدليل انه لو تعب بعد موت المشتري في يد البائع كان للوارث رده وأما خيار التعيين فيثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن يورث الخيار، هكذا

ذكروا وزاد في العناية بأن الوارث لا يملك الفسخ ولا يتأقت خياره بخلاف المورث اه.

ووجهه ظاهر لأن هذين حكما خيار الشرط ولم يتكلموا فيما رأيت على غير الأربعة

من
الخيارات هل تورث أو لا إلا خيار فوات الوصف المرغوب فيه فسيأتي أنه يورث.
والضمير
في قوله بموته عائد إلى من له الخيار احترازاً عن موت من لا خيار له لأنه إذا مات
فالخيار
باق لمن شرط له فإن أمضى مضى وإن فسخ انفسخ، كذا في فتح القدير. وفي
الظهيرية:
الوكيل إذا باع بشرط الخيار فمات الوكيل أو الموكل في المدة بطل الخيار وتم البيع
اه. وفي

جامع الفصولين: وكيل البيع أو الوصي باع بخيار أو المالك بنفسه 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 اه. وفي المعراج: ولو كان الخيار لهما فمات أحدهما لزم البيع من جهته والآخر على خياره اه. وقد أفاد كلامه أن الخيار لا ينتقل عن من هو له إلى غيره فلذا قال أبو يوسف: إذا اشترى الأب أو الوصي شيئا لليتيم وشرط الخيار لنفسه فبلغ الصبي في المدة تم البيع. وقال محمد: توقف على إجازة الابن فكأنه باشره بعد بلوغه حتى قيل لا تتأقت بالثلاث. وعن محمد أن للوصي أن يفسخ بعد بلوغ الصغير وليس له أن يجيز إلا برضاه. وروي أن الأب أو الوصي إذا اشترى عبدا للصغير بدراهم أو دنائير بشرط الخيار ثم بلغ الصغير في المدة ثم أجاز أنفذ الشراء عليهما إلا أن تكون الإجازة برضا الصغير بعد البلوغ فينفذ عليه. ولو حجر السيد على عبده المأذون تم البيع، وقيل ينتقل الخيار إلى المولى. ولو اشترى المكاتب أو باع بشرط الخيار ثم عجز في الثلاث تم البيع عندهم، كذا في الظهيرية. فقد علم أن الخيار لا ينتقل على المعتمد لأن قول أبي يوسف في الأولى هو المعتمد ولكن خرج عنه العبد المأذون إذا باع بشرط الخيار فإن للمولى الإجازة إن لم يكن مديونا ولا يجوز فسخه عليه إلا أن يجعله لنفسه ثم يفسخ بحضرة المشتري أو بما يكون فسخا من الأفعال في غيبة المشتري، كذا في الظهيرية. وأما الوكيل إذا عزل وله الخيار فإنه لا يبطل اتفاقا، كذا في السراج الوهاج. وأما مضي المدة فمبطل للخيار، سواء كان للبائع أو للمشتري إذا لم يثبت الخيار إلا فيها فلا بقاء له بعدها كالمخيرة في وقت مقدر. وأما الاعتاق وتوابعه وهي التدبير والكتابة فإنما يتم به إذا

كان الخيار للمشتري وفعّلها، أما إذا كان للبائع وفعّلها كان فسخاً. وذكر المصنف
السقوط
بطريق الضرورة وهو الموت ومضي المدة والسقوط بطريق الدلالة وهو الاعتاق، ولم
يذكر ما
يكون إجازة بالقول صريحاً ولا ما يكون إجازة بالفعل. أما الأول ففي جامع الفصولين:
المشتري بالخيار إذا قال أجزت شراءه أو شئت أخذه أو رضيت أخذه بطل خياره، ولو
قال
هويت أخذه أو أحببت أو أردت أو أعجبني أو وافقني لا يبطل اه. وفيه: لو طلب
المشتري
الاجر من الساكن بطل خياره، ولو دعا الجارية إلى فراشه لا يبطل سواء كان الخيار
للبيع أو
للمشتري. وأما الثاني ففيه لو حجم العبد أو سقاه دواءً أو حلق رأسه كان رضا لا لو
أمر

امرأة بمشط أو دهن ألبس. ولو اشترى أرضاً مع حرثه فسقى الحرث أو فعل منه شيئاً
أو
حصده أو عرض المبيع للبيع بطل خياره لا لو عرضه ليقوم، ومشتري الدار لو أسكنه
بأجر
أو بلا أجر أو ورم منه شيئاً أو بنى أو جصص أو طين أو هدم منه شيئاً فهو رضا. ولو
طحن
في الرحا ليعرف قدر طحنه إن طحن أكثر من يوم وليلة بطل خياره لا فيما دونه. ولو
قص
حوافر الدابة أو أخذ من عرفها لم يكن رضا، ولو ودجها أو بزغها فهو رضا. والتوديع
شق
الأوداج جملة. ولو استخدم الخادم مرة أو لبس الثوب مرة أو ركب الدابة مرة لم يبطل
خياره، ولو فعله مرتين بطل. ولو شرى قنا بخيار فرآه يحجم الناس بأجر فسكت كان
رضا
لا لو بلا أجر لأنه كالاستخدام ألا ترى أنه لو قال له احجمني فحجمه لم يكن رضا.
شرى
أمة فأمرها بإرضاع ولده لم يكن رضا لأنه استخدام. ولو ركب دابة ليسقيها أو ليردها
على
البائع بطل خياره قياساً لا استحساناً اه. ثم قال: شرى بقرة بخيار فحلبها قال أبو
حنيفة:
بطل خياره. وقال أبو يوسف: لا حتى يشرب اللبن أو يتلفه اه.
وذكر الشارح أن كل تصرف لا يحل إلا في الملك فإنه إجازة كالوطئ والتقبيل لا ما
يحل في غيره كالاستخدام. وزاد في المعراج على ما ذكرناه إغماء من له الخيار، ولو
أفاق في
المدة فله الخيار. وذكر الأسيجاني الأصح أنه على خياره. والتحقيق أن الإغماء
والجنون لا
يسقطان إنما المسقط له مضي المدة من غير اختيار، ولذا لو أفاق فيها وفسخ جاز، ولو
سكر
من الخمر لا يبطل بخلاف السكر من البنج، ولو ارتد فعلى خياره إجماعاً فلو تصرف
بحكم
خياره توقف عنده خلافاً لهما اه. وأطلق في الاعتاق فشمّل ما إذا علقه بشرط فوجد في
المدة كما في المعراج. وأشار بالاعتاق إلى كل تصرف لا يفعل إلا في الملك كما إذا
باعه أو
وهبه وسلمه أو رهن أو أجر وإن لم يسلم على الأصح كما في المعراج. وليس منه ما

إذا
قبض الثمن من البائع وكذا هبته وانفاقه إلا إذا استدانة لغيره كالدرهم والدنانير. ولو
باع
جارية بعبد على أنه بالخيار في الجارية فهبة العبد أو عرضه على البيع إجازة وعرضها
على

البائع ليس بفسخ على الأصح، ولو أبرأه من الثمن أو اشترى منه به شيئاً أو ساومه به فهو إجازة، كذا في المعراج. وقيد الاستخدام ثانية من المشتري بأن لا يكون في نوع آخر والركوب امتحاناً ليس إجازة لا ثانياً كر كوبها لحاجة أو شغل أو حمل عليها إلا علفها عند محمد، والركوب للرد والسقي والاعلاف إجازة، ولو نسخ من الكتاب لنفسه أو لغيره لا يبطل، وإن قلب الأوراق وبالدرس منه يبطل، وقيل على عكسه وبه أخذ الفقيه أبو الليث اه. وفي الظهيرية: لو سقى من نهرها أرضاً له أخرى سقط وكري النهر وكبس البئر يسقط خياره، ولو انهدمت البئر ثم بناها لم يعد خياره، ولو وقعت فيها فأرة أو نجاسة سقط وروي أنه إذا نزع عشرين دلوا لم يسقط اه. وفي السراج الوهاج: إذا زوج العبد أو الأمة سقط خياره. وفي المحيط: باع عبداً بخيار له فأذن له في التجارة لم يكن نقضاً إلا أن يلحقه دين، لو أمضاه بعدما لحقه دين لم يحز لأن الغريم أحق به من المشتري. ولم يذكر المصنف هنا حكم ما إذا زاد المبيع أو نقص في المدة وذكر فيما قبله حكم ما إذا تعيب. أما الثاني ففي المعراج: ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره، سواء حدث بفعل البائع أو بغير فعله، لكونه في ضمان المشتري حيث كان في يده عندهما. وقال محمد: لا يلزمه العقد بجناية البائع. وعلى قولهما يرجع المشتري بالأرش على البائع، ولو كان الخيار للبائع فحدث به عيب فهو على خياره لكنه يتخير المشتري، ولو حدث بفعل البائع انتقض البيع لأن ما انتقض مضمون عليه، كذا في المعراج وقدمناه. وأما الأول أعني الزيادة ففي جامع الفصولين شري بخيار فزاد المبيع في يد المشتري زيادة متصلة متولدة كسمن وجمال وبرء وانجلاء بياض عن العين يمنع الرد ويلزم البيع إلا عند محمد، وإن كانت متصلة لم تتولد كصبغ وخياطة ولت سويق بسمن وثنى أرض وغرس شجر يمنع الفسخ وفاقا. ولو

كانت
منفصلة متولدة كعقر وولد وأرث ولبن وثمر وصوف تمنع وفاقا، وإن كانت منفصلة لم
تولد
كغلة وكسب وهبة وصدقة لا يمنع وفاقا، فإن أجاز المشتري فهو له وإلا فكذلك
عندهما،
وعند أبي حنيفة ترد على البائع اه. وفي السراج: إذا باضت الدجاجة في المدة سقط
الخيار

إلا أن تكون مذرة، وإذا ولدت الحيوان ولدا سقط إلا أن يكون الولد ميتا اه. والحاصل أنها

مانعة مطلقا إلا منفصلة لم تتولد. وفي الظهيرية عن الثاني: اشترى عبدا بخيار ثلاثا وقبضه

فوهب للعبد مال أو اكتسبه ثم استهلكه العبد بعلم المشتري بغير إذنه أو بغير علمه لم يطل

خيار المشتري في العبد. ولو هب للعبد أم ولد المشتري وقبضها العبد بطل خيار المشتري

في العبد قال: ولا يشبه الولد أم الولد من قبل أن أم الولد تبقى على ملكه بعد الرد بحكم

الخيار والولد لا يبقى اه. والأخير يحتاج إلى تحرير، وأما الاخذ بشفعة فصورته أن يشتري

دارا بشرط الخيار ثم تباع دار أخرى بجنبها فيأخذها المشتري بشرط الخيار بالشفعة لأنه لا

يكون إلا بالملك فكان دليل الإجازة فتضمن سقوط الخيار، وقدمنا الاعتذار لأبي حنيفة عنه عند قوله ولا يملك المشتري ولو قال المؤلف وطلب الشفعة بها بدل الاخذ لكان أولى لأن

طلبها مسقط وإن لم يأخذها كما في المعراج. وقيد بخيار الشرط لأن طلبها لا يسقط خيار

الرؤية والعيب كما في المعراج واقتصار الشارح على خيار الرؤية قصور.

قوله: (ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح وأيها أجاز أو نقض صح) لأن شرط الخيار لغيره جائز استحسانا لا قياسا وهو قول زفر، لأنه من مواجب العقد فلا يجوز اشتراطه

لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري. ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت. إلا نيابة عن العاقد

فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه، وحينئذ يكون لكل منهما

الخيار فأيهما أجاز جاز وأيها نقض انتقض. ولو قال المصنف ولو شرط أحد المتعاقدين

الخيار لأجنبي 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 العاقدين ليتأتى فيه خلاف زفر. قيد بخيار الشرط لأن خيار العيب والرؤية
لا
يثبت لغير العاقدين كما في المعراج، وأفاد كلامه أن أحدهما لو أجاز فقال الآخر لا
أرضى
فالبيع لازم. ولو أمر وكيله بالبيع بشرط الخيار فباعه بشرط لم يجز، ولو باع واشترط
كما
أمره فليس له أن يجيز على الأمر وللأمر الإجازة، ولو وكله بشراء بشرط للأمر فاشترى
ولم
يشترطه نفذ عليه، كذا في السراج الوهاج قوله: (فإن أجاز أحدهما ونقض الآخر
فالأسبق
أحق) لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره.

قوله: (وإن كانا معا فالفسخ) أي لو فسخ أحدهما وأجاز الآخر وخرجا منهما معا
ترجح الفسخ على الإجازة لأن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا
تلحقه
الإجازة، ولما ملك كل منهما التصرف رجحنا بحال التصرف، كذا في الهداية. وأورد
عليه
لا نسلم أن المفسوخ لا تلحقه الإجازة فإنه ذكر في المبسوط أن الفسخ بحكم الخيار
محتمل
للفسخ في نفسه حتى لو تفسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى إعادة العقد بينهما
جاز،
وفسخ الفسخ ليس هو إلا إجازة البيع في المفسوخ. وأجاب عنه في المعراج بأنه غير
لازم
لأننا نقول: الإجازة لا ترد على المنتقض ولا إجازة فيما ذكرتم بل هو بيع ابتداء، كذا
في
الفوائد الظهيرية. وما ذكره المصنف من ترجيح الفسخ دون تصرف العاقد صححه
قاضيخان
معزيا إلى المبسوط. وفي رواية الراجح تصرف العاقد لقوته لأن النائب يستفيد الولاية
منه.
وقيل: هو قول محمد، وما في الكتاب قول أبي يوسف. واستخرج ذلك بما إذا باع
الوكيل
من رجل والموكل من غيره معا، فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل، وأبو يوسف
يعتبرهما، كذا
في الهداية. وقيد بالوكيل بالبيع لأن الوكيل بطلاقها للسنة إذا طلقها الوكيل والموكل
معا
فالواقع طلاق أحدهما لا على التعيين. وأجاب عنه في فتح القدير بأن الوكيل فيه سفير
كالوكيل بالنكاح فكان الصادر من كل واحد منهما صادرا عن أصالة بخلاف الوكيل
بالبيع
اه. وفي الظهيرية: وعن أبي يوسف في المنتقى: وصيان يشترى بشرط الخيار فأجاز
أحدهما
ونقض الآخر فإن الإجازة أولى اه. وفي المحيط: وكيل اشترى بشرط الخيار لموكله
بأمره أو
بغير أمره إذا ادعى البائع رضا الأمر وأنكر الرجل فالقول للوكيل بلا يمين لأن البائع
يدعي
سقوط الخيار ووجوب الثمن وهو ينكر ولا يمين لأنه دعوى على الأمر دون العاقد،

والآمر
لو أنكروا لا يستحلون وكيله لأنه نائب عن العاقد في الحقوق وليس بأصيل، وإن ادعى
الرضا
على الوكيل يحلف لأن الدعوى توجهت عليه، وإن أقام بينة على رضا الأمر قبلت لأن
الوكيل
ينتصب خصما عن الأمر لأنه ادعى حقا على الحاضر وهو سقوط الخيار بسبب ادعائه
على
الغائب اه. وأشار المؤلف بكون الاشتراط للغير اشتراطا لنفسه إلى أنه لو أمره ببيع ما له
بشرط الخيار له فباع وشرطه للأمر لم يكن مخالفا، وعلى عكسه يكون مخالفا لأنه
أمره ببيع لا
يزيل الملك بدون رضاه وأن لا يكون للمأمور فيه رأي وتديير ويكون الرأي والتديير فيه
للأمر
أصلا وله تبعاً، وما فعله بعكسه فإن شرط الخيار للأمر ثم أجاز هو البيع جاز عليه دون
الأمر وخيار الأمر باق حتى لو أجاز كان له، أنه فسخ يلزم الوكيل لأن الخيار ثبت
للأمر
بالشرط فصار كخيار العيب إذا ثبت بالعقد والوكيل بالشراء إذا وجد عيبا بالمبيع
ورضى به
نفذ فيما بينه وبين البائع وخيار البائع على حاله، فإن رضى به لزمه، وإن رد لزم الوكيل

فكذا هذا، كذا في المحيط. ثم اعلم أن التصرفين إذا صدرا معا فقد علم الحكم في باب الخيار، وأما تصرف الموكل مع تصرف الوكيل فظاهر ما قدمناه أنه إن كان الوكيل أصيلا في الحقوق نفذ كل منهما في النصف، وإن كان نائبا فيها نفذ واحد لا على التعيين. وأما إذا صدرا من فضولين فلا كلام في التوقف على إجازة من له الإجازة وإنما الكلام فيما لو أجزا قالوا: يثبت الأقوى فلو باع فضولي وزوج آخر ترجح البيع فتصير مملوكة لا زوجة، ولو استويا فإن كانا نكاحين بطلا، وإن كانا بيعين تنصف والبيع أقوى من الهبة والإجازة والرهن والنكاح إلا هبة لا تبطل بالشيوع فإنهما سواء، والهبة والرهن أقوى من الإجازة وسيأتي في بيع الفضولي بقية مسائله إن شاء الله تعالى.

قوله: (ومن باع عبدين على أنه بالخيار في أحدهما أن فصل وعين صح وإلا فلا) شروع في بيان ما إذا كان المبيع متعددا. وحاصلها أنها رباعية فالصحة في واحدة وهو ما إذا فصل له ثمن كل منهما وعين من فيه الخيار منهما لأن المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطا لانعقاده في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما إذا جمع بين قن ومدير. والفساد في ثلاثة: الأولى إذا لم يفصل الثمن ولم يعين محل الخيار لجهالتهما. الثانية فصل ولم يعين محله لجهالة المبيع. والثالثة عين محله ولم يفصل الثمن لجهالة الثمن. والأصل فيه أن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم. وإنما جاز البيع في القن إذا ضم إلى مدير أو مكاتب أو أم ولد وبيعا صفقة وإن لم يفصل الثمن على الأصح لأن المانع من

حكم العقد فيما نحن فيه مقارن للعقد لفظا ومعنى فأثر الفساد، وفيما ذكر المانع مقارن معنى
لا لفظا لدخولهم في البيع حتى لو قضى به قاض يجوز لكن لم يثبت الحكم لحق محترم واجب
الصيانة فأثر الفساد، كذا في المعراج. وفي ضم أم الولد والمكاتب إلى المدبر في جواز القضاء
بيعه نظر فإن الصحيح أنه ينفذ في المدبر فقط. وفي فتح القدير: وعلى ما ذكر هنا يتفرع ما
في فتاوي قاضيخان: باع عبدين على أنه بالخيار فيهما وقبضهما المشتري ثم مات أحدهما لا
يجوز البيع في الباقي. وإن تراضيا على إجازته لأن الإجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصّة. ولو قال البائع في هذه المسألة نقضت البيع في هذا أو في أحدهما كان لغوا
كأنه لم يتكلم وخياره فيهما باق كما كان لو باع عبدا واحدا وشرط الخيار لنفسه فنقض
البيع في نصفه اه. وهكذا في الظهيرية. وتقييده بالبائع اتفريقي إذ لو شرط للمشتري كان كذلك صحة وفسادا. وأراد بالعبدين القيميين احترازا عن قيمي ومثليين إذ في القيمي الواحد

إذا شرط الخيار في نصفه يصح مطلقاً، وفي المثليين كذلك لعدم التفاوت كما ذكره الشارح اه قوله: (وصح خيار التعيين فيما دون الأربعة) وهو أن يبيع أحد العبدتين أو الثلاثة أو أحد الثوبين أو الثلاثة على أن يأخذ المشتري واحداً والقياس الفساد كالأربعة لجهالة المبيع وهو قول زفر. وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هذه تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردئ فيها، والجهالة لا تفضي إلى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار، وكذا في الأربعة إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتهما بالحاجة، وكون الجهالة موجودة غير مفضية إلى المنازعة فلا يثبت بإحدهما. أطلقه فشمّل ما إذا كان للبائع أو للمشتري وهو المذكور في المأذون وهو الأصح، ذكره في شرح التلخيص.

وفي جامع الفصولين: يجوز خيار التعيين في جانب البائع كما يجوز في جانب المشتري اه.

وفي الظهيرية: وللبائع أن يلزم أيهما شاء على المشتري، فإن هلك أحدهما في يد البائع فله أن يلزمه الباقي لا الهالك، ولو حدث في أحدهما عيب في يد البائع فله أن يلزمه السليم، وليس له أن يلزمه المعيب إلا برضا المشتري، فإن ألزمه المعيب ولم يرض به ليس له أن يلزمه الآخر بعد ذلك، ولو قبضهما المشتري وخيار التعيين للبائع فهلك فالبيان بحاله اه.

وأما إذا كان الخيار للمشتري فالبيع لازم في أحدهما إلا أن يكون معه خيار شرط وما هو مبيع مضمون بالثمن وغير المبيع أمانة، فلو اشترى ثلاثة أثواب وعين لكل ثمننا على أن له خيار التعيين فاحترق ثوبان ونصف الثالث رد النصف الباقي ولا شيء عليه من ضمان النصف المحترق وضمن نصف ثمن المحترقين ولو كان ثوبان فاحترق نصف كل معا

رد أيهما
شاء بغير ضمان وضمن ثمن الآخر، ولو احترق أحدهما ونصف الآخر لزمه ثمن
المحترق
لتعيينه مبيعا ورد الآخر بغير ضمان ويسقط خيار التعيين بما يسقط به خيار الشرط. وإذا
بيع
أحدهما أو هلك تعين هو مبيعا والآخر أمانة، ولو هلكا معا ضمن نصف ثمن كل واحد
منهما، ولو اختلفا في الهالك أولا تحالفا على العلم على قول أم الأول ثم رجع إلى قوله

الثاني من أن القول للمشتري مع يمينه وبينه البائع أولى. ولو تعيبا معا فالخيار ربحا له وإن على التعاقب تعيين الأول مبيعا، وإن اختلفا في الأول فعلى ما ذكرنا. ولو باعهما المشتري ثم اختار أحدهما صح بيعه فيه، ولو صبغ المشتري أحدهما تعين هو مبيعا ورد الآخر، ولو أعتقهما البائع عتق الذي يرد عليه وإن كان أعتق ما اختاره المشتري للبيع لم يصح إعتاقه. ولو استولدهما المشتري تعينت الأولى للبيع وضمن عقر الأخرى للبائع ولا يثبت نسب ولدا منه لعدم الملك ويؤمر المشتري بالبيان أيتها استولدها أولا، فإن مات قبل البيان فخيار التعيين للورثة، فإن لم تعرف الورثة الأول منهما ضمن المشتري نصف ثمن كل واحدة منهما ونصف عقرهما للبائع ويسعيان في نصف قيمتهما للبائع، وروي أن الولدين يسعيان أيضا في نصف قيمتهما للبائع. ولو وطئها البائع والمشتري فولدتا وادعى كل واحد منهما الولدين صدق المشتري في التي وطئها أولا وضمن عقر الأخرى ويثبت نسب الأخرى من البائع لأنه استولد جارية نفسه ويضمن البائع عقر الأخرى للمشتري. وإن ماتا قبل البيان ولم تعلم ورثة المشتري الأول منهما لم يثبت نسب الولد من أحد لوقوع الشك وعتقوا وضمن المشتري نصف ثمن كل واحدة منهما ونصف عقرها للبائع، والبائع يضمن نصف عقر كل واحدة للمشتري ويتقاصان وولاؤهم بينهما. وقيل: لا ولاء على الولدين، كذا في الظهيرية. ثم قال بعده: ويجوز خيار التعيين في الفاسد أيضا إلا أن ههنا ما يتعين للبيع كان مضمونا بالقيمة والباقي كما قلنا في الجائز. وإن ماتا معا ضمن نصف قيمة كل واحد منهما، ولو أعتقهما المشتري عتق أحدهما والتعيين إليه، ولو أعتق أحدهما المشتري بعينه أو باعه جاز وعليه قيمت، ولا يجوز إعتاق المبهم لا من البائع ولا من المشتري لأن العتق المبهم بين المملوكين للمعتق ولم يوجد. ولو أعتق البائع أحدهما بعينه ثم أعتق المشتري ذلك أو عينه

للبيع أو مات فعتق البائع باطل ولو رد ذلك على البائع صح عتقه، ولو كان أعتقهما
وردا
عليه عتق أحدهما والتعيين إليه اه. وقيدوا صورة خيار التعيين بأن يقول على أن تأخذ
أيهما
شئت لأنه لو لم يذكر هذه الزيادة وقال بعتك أحد هذين العبدین فقبل يكون فاسدا
لجهالة
المبيع، فإن قبضهما وماتا عنده ضمن نصف قيمة كل واحد منها، وإن مات أحدهما
قبل
صاحبه لزمه قيمة الآخر، كذا في المحيط وتقدم تفاريعه. ولم يذكر المؤلف خيار
الشرط مع
خيار التعيين للاختلاف، فقبل يشترط أن يكون فيه خيار الشرط مع خيار التعيين وهو
المذكور
في الجامع الصغير. قال شمس الأئمة: وهو الصحيح فإذا ذكرا فله ردهما في المدة وإذا
مضت لزم في أحدهما وله التعيين. وقيل: لا وهو المذكور في الجامع الكبير وصححه
فخر

الاسلام، فيكون ذكره في الجامع الصغير وفاقا لا شرطا. ورجحه في فتح القدير ولكن ذكر

قاضيخان أن الاشتراط قول أكثر المشايخ، وإذا لم يذكر خيار الشرط على هذا القول فلا بد

من تأقيت خيار التعيين بالثلاث عنده، وبأي مدة معلومة كانت عندهما، كذا في الهداية.

وذكر في المحيط أنه لا يتأقت عنده بالثلاث فيجوز إلى أربعة عنده. وفيها: ثم ذكر في بعض

النسخ: اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لأن المبيع في الحقيقة

أحدهما والآخر أمانة والأول تجوز واستعارة اه. وفي فتح القدير: وإذا أقت خيار التعيين وكان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يتقيد التعيين بثلاثة

أيام من ذلك الوقت، وحينئذ فإطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط مؤقت بالثلاث في قوله

غير مؤقت بها عندهما وخيار التعيين مؤقت فيه نظر اه. وذكر الشارح أنه إذا لم يذكر خيار

الشرط فلا معنى لتأقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فإن التأقيت فيه يفيد لزوم العقد

عند مضي المدة، وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لأنه لازم في أحدهما قبل مضي الوقت

يمكن تعينه بمضي الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك، والذي يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه اه. ويمكن أن يراد قسم آخر وهو ارتفاع العقد فيهما بمضي المدة من

غير تعيين بخلاف مضيها في خيار الشرط فإنه إجازة ليكون لكل خيار ما يناسبه. وأطلق في

محل الخيار وقيد في البدائع بالأشياء المتفاوتة. كالعبيد والثياب فعلى هذا لا يدخل خيار

التعيين في المثليات من جنس واحد لأنه لا فائدة له لعدم التفاوت وفيها: وأما ما يبطل هذا

الخيار وهو نوعان: اختياري وضروري. والاختياري نوعان: صريح وما يجري مجراه، فالاختياري اخترت هذا أو شئته أو رضيت به أو أجزته وما يجري مجراه، وأما الاختياري

دلالة فهو أن يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين الملك فيه كما قدمناه في خيار الشرط. وأما الضروري فهلاك أحدهما بعد القبض وتعيبه، وأما إذا تعيبا لم يتعين أحدهما للبيع وللمشتري أن يأخذ أيهما شاء بثمنه لكن ليس له ردهما للزوم البيع في أحدهما بتعيبهما في يده وبطل خيار الشرط، وهذا يؤيد قول من يقول بأن فيه خيارين. قوله: (ولو اشترى على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لا يردده الآخر) عند أبي حنيفة. وقالوا: له أن يردده وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية، كذا في الهداية. وخصه في البناية بما إذا كان بعد القبض، أما قبله فليس له الرد يعني اتفاقا. لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه. وله أن المبيع خرج عن

ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما لرده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد،
وليس من
ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد. وقوله رضا
أحدهما
لا يرده الآخر اتفاقي إذ لو رد أحدهما لا يجيزه الآخر ولم أره صريحا ولكن قولهم لو
رده
أحدهما لرده معيبا يدل عليه. وكذا قوله اشترى إذ لو باعا ليس لأحدهما الانفراد إجازة
أو
ردا لما في الخانية: رجل اشترى عبدا من رجلين صفقة واحدة على أن الباعين بالخيار
فرضي
أحدهما بالبيع ولم يرض الآخر لزمهما البيع في قول أبي حنيفة اه. وأشار إلى أن المبيع
لو كان
متعددا والخيار لأحدهما ليس له أن يجيز في البعض ويرد في البعض، وكذا لو كان
واحدا
فأجاز من له الخيار في النصف ورده في النصف كما قدمناه، وصرح به في الخانية
لكن
ذكره فيما إذا كان الخيار للبائع ولا فرق بينهما قوله: (ولو اشترى عبدا على أنه خباز
أو
كاتب فكان بخلافه أخذه بكل الثمن أو تركه) لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق
بالعقد
بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لأنه ما رضي بدونه، وهذا يرجع إلى اختلاف النوع
لقلة
التفاوت في الأغراض ولا يفسد بعدمه العقد بمنزلة وصف الذكورة والأنوثة في
الحيوانات
فصار كفوات وصف السلامة، وإذا أخذه أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها
شئ
من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف. وفي المعراج: قوله على أنه خباز أي
عبد
حرفته هكذا لأنه لو فعل هذا الفعل أحيانا لا يسمى خبازا. وفي الذخيرة قال محمد في
الزيادات: فإن قبضه المشتري فوجده كاتباً أو خبازاً على أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا
يكون
له حق الرد لا النهاية في الجودة. ومعنى أدنى ما ينطلق عليه الاسم أن يفعل من ذلك ما
يسمى به الفاعل خبازاً أو كاتباً لأن كل واحد لا يعجز في العادة من أن يكتب على

وجه
تتبين حروفه، وأن يخبز مقدار ما يدفع الهلاك عن نفسه وبذلك لا يسمى خبازا ولا
كاتبا اه.
وفي فتح القدير: لو مات هذا المشتري انتقل الخيار إلى وارثه اجماعا لأنه في ضمن
ملك العين

اه. وفي الذخيرة: فلو امتنع الرد بسبب من الأسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن فيقوم العبد كاتباً أو غير كاتب وينظر إلى تفاوت ما بينهما، فإن كان بقدر العشر رجع بعشر الثمن، وفي رواية لا رجوع بشيء ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح. ولو وقع الاختلاف بين البائع والمشتري في هذا لصورة بعدما مضى حين من وقت البيع فقال المشتري لم أجده كاتباً وقال البائع إني سلمته إليك كذلك ولكنه نسي عندك وقد ينسى ذلك في تلك المدة فالقول للمشتري لأن الاختلاف وقع في وصف عارض إذا الأصل عدم الكتابة والخبز. والأصل أن القول قول من يدعي الأصل وأن العدم أصل في الصفات العارضة والوجود أصل في الصفات الأصلية فالقول للمشتري في عدم الخبز والكتابة لأنهما من الصفات العارضة. والقول للبائع في أنها بكر لأنها صفة أصلية وتماهه في فتح القدير. وكتبناه في القواعد في قاعدة أن اليقين لا يزول بالشك. وفي تلخيص الجامع من باب الاقرار بالعيب: لو باعه ثوبا على أنه هروي ثم اختلفا في كونه هرويا فالقول للبائع لأن البائع لما قال بعته على أنه هروي فقبل المشتري صار كأنه أعاد ما في الايجاب فصار كأنه قال اشتريته على أنه هروي فكان مقرا بكونه هرويا، فدعواه بعد خلافه تناقض بخلاف ما إذا قال بعته على أنه كاتب فقبل فالقول للمشتري لأن الاختلاف فيه في المقبوض وتماهه في شرحه للفارسي. وفي النوازل: اشترى جارية على أنها عذراء فعلم المشتري أنها ليست كذلك فإن علم بالوطء، فإن زایلها عند علمه بلا لبث لم تلزمه وإلا لزمته. ولو اشترى بقرة على أنها حبلی فولدت عنده فشرب اللبن وأنفق عليها فإنه يردها والولد وما شرب من اللبن ولا شيء له مما أنفق لأن البيع وقع فاسدا فكانت في ضمانه والنفقة عليه. ولو اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هي معز يجوز البيع وله الخيار لأن حكمهما واحد في الصدقات، وكذا لو اشترى بقرة فإذا هي جاموس. وفي المجتبى عن جمع البخاري: الأصل فيه أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا، فإن كان المشار إليه من

خلاف
جنس المسمى فالعقد فاسد، وإن كان من جنسه فالعقد جائز. ثم إن كان المشار إليه
دون
المسمى كان الخيار للمشتري وإلا فلا. والثياب أجناس والذكر مع الاثني في بني آدم
جنسان
حكما وفي سائر الحيوانات جنس واحد. وإذا كان المشار إليه من خلاف جنس
المسمى فإنما
يتعلق العقد بالمسمى إذا لم يعلم المشتري به، أما إذا علم به فالعقد يتعلق بالمشار إليه
كمن قال
بعتك هذا الحمار وأشار إلى العبد فإنه يصح. ولو اشترى ثوبا على أنه هروي فإذا هو
بلخي

فالبيع فاسد عندنا، وكذا على أنه أبيض فإذا هو مصبوغ أو على أنه مصبوغ بعصفر فإذا هو

بزعفران أو دارا على أن بناءها آجر فإذا هو لبن أو على أن لأبناء أو لا نخل فيها فإذا فيها

بناء أو نخل أو أرضا على أن أشجارها كلها مثمرة فإذا فيها غير مثمر فسد البيع. ولو اشترى

جارية على أنها مولودة الكوفة فإذا هي مولودة بغداد أو غلاما على أنه تاجر أو كاتب أو غيره

فإذا هو لا يحسنه أو على أنه فحل فإذا هو خصي أو على عكسه أو على أنها بغلة فإذا هو بغل

أو على أنها ناقة فإذا هو جمل أو على أنها لحم معز فإذا هو لحم ضأن أو على أن هذا الحيوان

حامل فوجدها غير حامل، جاز البيع وله الخيار وكذا في أمثالها. ولو اشترى على أنه بغل

فإذا هي بغلة أو حمار ذكر فإذا هو أتان أو جارية على أنها رتقاء أو ثيب فوجدها خلاف ذلك

إلى خير جاز البيع ولا خيار له فيه ولا في أمثاله إذا وجده على صفة خير من المشروطة. ولو

باع دارا بما فيها من الجذوع والأبواب والخشب والنخيل فإذا ليس فيها شيء من ذلك لا

خيار للمشتري. وفي المحيط: اشترى شاة أو ناقة أو بقرة على أنها حامل فسد البيع إلا في

رواية الحسن، والأصح في الأمة جوازه أو على أنها حلوب أو لبون أو على أنها تحلب كذا أو

تضع بعد شهر يفسد. إلى هنا كلام المعراج.

وذكر بعضه في فتح لقدير ثم قال: وينبغي في مسألة البعير والناقة أن يكون في العرب والبوادي الذين يطلبون الدر والنسل، أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل اه.

وصحح قاضيخان أنه لو باع جارية على أنها حامل أن البيع جائز لأنه بمنزلة شرط البراءة من

العيب إلا أن يكون في بلد يرغبون في شراء الجواري لأجل الأولاد، واختلفوا فيما إذا باع

جارية على أنها ذات لبن فقيل لا يجوز والأكثر على الجواز. ولو اشترى فرسا على أنها هملاج

جاز لأن الهملاج لا يصير غير هملاج. وفي البدائع: اشترى جارية على أنها مغنية إن شرطه
على وجه الرغبة فيه فسد البيع لكونه شرط ما هو محظور محرم، وإن شرط في البيع على وجه

التبري من العيب لا يفسد، فإذا لم يجدها مغنية لا خيار له لأنه وجدها سالمة من العيب.

باع جارية على أنها ما ولدت فظهر أنها ولدت فله ردها، ولو اشترى ثوبا على أنه مصبوغ

العصفر فإذا هو أبيض جاز البيع ويخير بخلاف عكسه فإنه يفسد ولو اشترى كرباسا على أن

سداه ألف فإذا هو ألف ومائة سلم الثوب إلى المشتري لأنه زيادة وصف ولو اشترى ثوبا على أنه

سداسي فإذا هو خماسي خير المشتري إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك لأنه اختلاف

نوع لا جنس فلا يفسده. ولو باع ثوبا على أنه خز فإذا لحمته خز وسداه قطن جاز البيع لأن

السدي تبع للحمة. ولو اشترى سويقا على أن البائع لته بمن من سمن وتقابضا والمشتري ينظر

إليه فظهر أنه لته بنصف من جاز البيع ولا خيار للمشتري لأنه هذا مما يعرف بالعيان فإذا عاينه

انتفى الغرور، وهو كما لو اشترى صابونا على أنه متخذ من كذا جرة من الدهن ثم ظهر أنه

متخذ من أقل من ذلك والمشتري كان ينظر إلى الصابون وقت الشراء، وكذا لو اشترى قميصا

على أنه اتخذ من عشرة أذرع وهو ينظر إليه فإذا هو من تسعة جاز البيع ولا خيار للمشتري. ولو

باع أرضا على أنها غير خراجية فإذا هي خراجية فسد البيع، وينبغي أن يكون الجواب على

التفصيل إن علم المشتري أنها أرض خراج فسد البيع، وإن لم يكن عالما بذلك جاز البيع ويخير

المشتري. اشترى قلنسوة على أن حشوها قطن فلما فتقها المشتري وجدها صوفيا اختلفوا

والصحيح جواز البيع والرجوع بالنقصان لأن الحشو تبع وتغير التبغ لا يفسد اه. ما في الخانية. والهملاج قال في المصباح: هملج البرذون هملجة مشى مشية سهلة في سرعة. وقال

في مختصر العين: الهملجة حسن سير الدابة وكلهم قالوا في اسم الفاعل هملاج بكسر الهاء

للذكر والأنتى بمقتضى أن اسم الفاعل لم يجرى على قياسه وهو مهملج اه. اعلم أن
اشتراط

الوصف المرغوب فيه إما أن يكون صريحا أو دلالة لما في البدائع في خيار العيب:
والجهل
بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب لكونه حرفة كالخياطة إلا أن يكون ذلك شرطا
في
العقد، وإن ليكن مشروطا في العقد وكانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسيت
في
يده فاشتراها فوجدها لا تحسن ذلك ردها لأن الظاهر أنه إنما اشتراها رغبة في تلك
الصفة
فصارت مشروطة دلالة وهو كالمشروط نصا اه. والله أعلم بالصواب وإليه المرجع
والمآب.

باب خيار الرؤية

قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد
التمام. والإضافة من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم
الرؤية
هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية. ثم اعلم أن هذا الخيار يثبت للمشتري في شراء
الأعيان
ولا يثبت في الديون كالمسلم فبه والأثمان، وأما في رأس مال السلم إن كان عينا فإنه
يثبت
للبيع أي المسلم إليه الخيار فيه، ولا يثبت في كل عقد لا يفسخ بالرد كالمهر
وبدل الخلع وبدل الصلح عن القصاص والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده، ولا
يحتاج إلى قضاء
ولا رضا البائع. وينفسخ بقوله رددت إلا أنه لا يصلح الرد إلا بعلم البائع عندهما خلافا
للثاني وهو يثبت حكما لا بالشرط. ولا يتوقت ولا يمنع وقوع الملك للمشتري حتى
إنه 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 الوهاج. وذكر في المعراج أن خيار الرؤية لا
يثبت
إلا في أربعة أشياء: في الشراء والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال على شيء
بعينه.
وفي المعراج: لا يطالب البائع المشتري بالثمن قبل الرؤية قوله: (شراء ما لم يره جائز)
أي

صحيح لما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي مرسلا عن مكحول مرفوعا من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه وجهالته بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة لأنه لو لم يوافق يرده فصار كجهالة الوصف في المعايين المشار إليه. وإطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أو لا، وسواء أشار إلى مكانه أو إليه وهو حاضر مستور أو لا مثل أن يقول بعث منك ما في كمي، وعمامة 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 وصاحب الاسرار والذخيرة من أن الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لم يجز بالاجماع مثل أن يشتري ثوبا في جراب أو زيتا في زق أو حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئا، ومنه أن يقول بعثك درة في كمي صفتها كذا أو لم يقل صفتها كذا أو هذه الجارية وهي حاضرة متنقبة لبعث القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلا كأن يقول بعثك شيئا بعشرة، كذا في فتح القدير. وأراد بما لم يره ما لم يره وقت العقد ولا قبله، والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز فصارت الرؤية من أفرا المعنى المجاز ليشمل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشم كالمسك وما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيرا وما اشتراه الأعمى. وفي القنية: اشترى ما يذاق فذاقه ليلا ولم يره سقط خياره. قوله: (وله أن يرده إذا رآه وإن رضي قبله) أي للمشتري رده وإن قال رضيت قبل العلم به. وأعاد الضمير مذكرا للمعنى لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها. وأورد طلب الفرق بين الفسخ والإجازة قبلها فإنها غير لازمة وهو لازم مع استوائهما في التعلق بالشرط. والجواب أن للفسخ سببا آخر وهو عدم لزوم هذا العقد، وما كان ليس بلازم فللمشتري فسخه ولم يثبت لها سبب آخر فبقيت على العدم. ومنعه في فتح

القدير بأننا
لا نسلم أنه قبلها غير لازم بل نقول إنه بات، وإنما يحصل له عدم للزوم عندها فقبلها
يثبت
حكم السبب وهو اللزوم اه. وهو مردود لأن اللازم ما لا يقبل الفسخ من أحدهما بدون
رضا الآخر وهذا يقبله إذا رآه. وفي المحيط: قيل لا يملك فسخه قبلها وقيل يملكه
وهو
الأصح لأن الفسخ كما يملك بالخيار يملك بسبب عدم لزوم البيع كالعارية والوديعة
والوكالة
والشركة وعدم اللزوم ثابت بسبب جهالة المبيع. واختلفوا هل هو مطلق أو موقت؟
فقيل
موقت بوقت إمكان الفسخ بعدها حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره وإن لم
توجد
الإجازة صريحا ولا دلالة. وقيل: يثبت الخيار له مطلقا نص عليه في نوادر ابن رستم.
وذكر

محمد في الأصل وهو الصحيح لاطلاق النصف والعبرة لعين النص لا لمعناه اه. وحاصله أنه

غير لازم قبل الرؤية بسبب جهالة المبيع وإذا رآه حدث له سبب آخر بعد لزومه وهو الرؤية

ولا مانع من اجتماع الأسباب على مسبب واحد. ثم اعلم أنه لا يملك فسحة إلا بعلم البائع، وقيد بخيار الرؤية لأنه لو قال وله خيار العيب رضيت به قبل أن يراه ثم رآه فلا خيار

له لأن سبب الخيار فيه العيب وهو موجود قبل العلم بخلافه هنا فافترقا، كذا في المعراج.

وفي إيضاح الاصلاح: ولمشتريه الخيار عنده إلى أن يوجد مبطله، وإن قال رضيت قبلها لم

يقبل وإن رضي قبلها لما فيه من إبهام تحقق الرضا قبلها وفساده ظاهره اه. ويرد عليه البيع

بشرط البراءة من العيوب فإنه صحيح وقالوا: إنه رضي بجميع عيوبه الظاهرة والباطنة مع أنه

لم يطلع عليها حتى لو اطلع على عيب باطني لا يعلمه إلا الأطباء لا يملك رده فجاز تحقق

الرضا قبل العلم والرؤية. وفي جامع الفصولين: خيار الرؤية وخيار العيب لا يثبتان في البيع الفاسد. وفي المحيط: اشترى راوية ماء فله الخيار إذا رآه لأن بعض الماء أطيب من

بعض اه. فعلى هذا له رد الماء بعد صبه في الحب حيث لم يره قبله أي الزير ولكن سيأتي أن

البائع إذا حملة إلى منزل المشتري امتنع رده إلا إذا حملة إليه. وفي حيل اللوالجية: رجل باع

ضيعة لم يرها المشتري فأراد أن يبيعها على وجه لا يكون له خيار الرؤية فالحيلة أن يقر بثوب

لإنسان ثم يبيع الثوب مع الضيعة، ثم المقر له يستحق الثوب المقر به فيبطل خيار المشتري

لأنه اشترى شيئين صفقة واحدة وقد استحق أحدهما فليس له أن يرد الباقي بخيار الرؤية لأن

فيه تفريق الصفقة على البائع اه. قوله: (ولا خيار لمبايع ما لم يره) وهو قول الإمام المرجوع

إليه لأنه معلق بالشراء فلا يثبت دونه، وروي أن عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه باع أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة إنك قد غبت فقال لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أراه، وقيل لعثمان إنك قد غبت فقال لي الخيار لأنني بعت ما لم أراه فحكما بينهما جبير بن مطعم ففضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة، كذا في الهداية.

وهذا الأثر رواه الطحاوي ثم البيهقي.
فائدة: ذكر شيخ الإسلام ابن حجر في تقريب التهذيب جبير بن مطعم بن عدي بن نوفل بن عبد مناف القرشي النوفلي صحابي عارف بالأنساب، مات سنة ثمان أو سبع وخمسين. ومراده البيع بثمن، أما إذا باع سلعة بسلعة ولم ير كل منهما ما يحصل له من العوض كان لكل واحد منهما الخيار لأن كل واحد منها مشتر للعوض الذي يحصل له، كذا

في السراج الوهاج. وفي جامع الفصولين: يثبت الخيار للبائع في الثمن لو عينا والكيل والوزني إذا كانا عينا فهما كسائر الأعيان وكذا التبر من الذهب والفضة والأواني ولا يثبت

خيار الرؤية فيما ملك ديناً في الذمة كالسلم والدرهم والدنانير عينا كان أو ديناً، والكيل

والوزني لو لم يكونا عينا فهما كمنقذين لا يثبت فيهما خيار الرؤية إذا قبضا أه. وفي الظهيرية:

لو اشترى جارية بعبد وألف فتقبضا ثم رد بائع الجارية العبد بخيار الرؤية لم ينتقض البيع في

الجارية بحصة الألف. وفي المحيط: باع عينا بعين لم يرها وبدين ثم رآها فردها ينتقض البيع

في حصة العين ولا ينتقض في حصة الدين لأنه لا خيار في حصته أه.

قوله: (ويبطل بما يبطل به خيار الشرط) أي للمشتري يعني من صريح ودلالة وضرورة فما يفعل للامتحان لا يبطلهما إن لم يتكرر، فإن تكرر أبطلهما كالأستخدام مرة

ثانية وما لا يفعل للامتحان ولا يحل في غير الملك، فإن كان ذلك التصرف لا يمكن رفعه

كالاعتاق والتدبير أو تصرفاً يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق أو بشرط خيار للمشتري

والرهن
والإجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار، وإن كان
تصرفا لا
يوجب حقا للغير كالبيع بشر الخيار للبائع والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل قبل
الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا ويرد عليه
طلب
الشفعة فإنه مسقط لخيار الشرط دون خيار الرؤية هو المختار كما في الولوالجية لأنه
دليل

الرضا وصريحه لا يبطله فدلالته أولى كالعرض على البيع وأخواته، وهذا هو العذر للمؤلف
لأنه قدم أن صريح الرضا لا يبطله قبلها، ولا يرد أن على صاحب الهداية لأنه قال من تعيب
وتصرف كما في العناية لكن يرد عليه الاسكان بغير أجر فإنه مبطل لخيار الشرط فقط مع أنه
تصرف ويرد عليه الزيادة فإنها تبطلهما. والحاصل أن كلا من العبارتين لم يسلم من الايراد
فيرد على صاحب الكنز الاخذ بالشفعة والعرض على البيع والبيع بخيار والإجارة والاسكان
بلا أجر فإنها تبطل خيار الشرط دون الرؤية، وهذه لا ترد على صاحب الهداية إلا الاسكان
فإنه تصرف ولكن يرد عليه ما في جامع الفصولين: لو أسكن المشتري في الدار رجلا بلا
أجر سقط خيار الشرط كما لو أسكن بأجر، وفي خيار الرؤية لا يسقط إلا إن أسكنه بأجر
اه. ولم يقيد بكونه قبل الرؤية ويرد على الكلية أيضا الرضا به قبل الرؤية لا يبطله ويبطل خيار الشرط، وأما العرض على البيع فقد منا أنه لا يبطله قبله ويبطله بعدها والقبض أو نقد
التمن بعد الرؤية مسقط له. شراه 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 شرى متاعا وحمله إلى موضع فله رده بعيب أو رؤية لو رده إلى
موضع العقد وإلا فلا. ولو شرى أرضا لم يرها فزرعها أكاره بطل خياره، وكذا لو قال الأكار رضيت وتصرف اشترى في المبيع يسقط خياره إلا في الإعارة فإنه لو أعار الأرض قبل
أن يراها ليزرعها المستعير لا يسقط خياره قبل الزراعة، كذا في جامع الفصولين. وذكر قبله:
شرى شاة لم يرها فقال للبائع أحلب لبنها فتصدق به أو صبه على الأرض ففعل بطل خياره
في الشاة لقبض اللبن، ولو تصرف المشتري وسقط خياره ثم عاد إلى ملكه بسبب

كالرد
بقضاء أو فك الرهن أو فسخت الإجارة لم يرد بخيار الرؤية لأنه بطل فلا يعود، كذا
في
المعراج: وفي القنية: اشترى قوصرة سكر لم يره ثم أخرجه من القوصرة وغربله فلم
يعجبه
سقط خياره. ثم رقم أن خياره باق وقدمنا مسألة ما إذا حملة المشتري إلى بلد آخر
وأنه لا
يرده إلا إذا أعاده إلى مكان العقد. - زاد في القنية - سواء ازدادت قيمته بالحمل أو
انتقص.

وفي القنية أيضا: المشتري مضمون على المشتري بعد الرد بالثمن كما لو كان له خيار الشرط، وكذا الرد بالعيب بقضاء، وفي إيضاح الاصلاح: ومعنى بطلانه قبل الرؤية خروجه عن صلاحية أن يثبت له الخيار عندهما اه. وبه اندفع ما يقال كيف قالوا ببطلان الخيار قبلها مع أنه معلق بها كما قدمناه. وفي الظهيرية: لو اشترى عبدين فقتل أحد العبدین إنسان خطأ قبل القبض فأخذ المشتري قيمته من قاتله لا يبطل خياره في الآخر، والوطئ والولادة تبطل الخيار وإن مات الولد. عن عيسى بن أبان: إذا زوج المشتري الجارية قبل القبض ثم رآها قبل دخول الزوج فله الرد، والمهر يصلح بدلا عن عيب التزويج، وإن كان أرش العيب أكثر من المهر قيل يغرم الباقي وهو الصحيح. ولو عرض بعض المبيع على البيع أو قال رضيت ببعضه بعد ما رآه فالخيار بحاله في رواية المعلى عن أبي يوسف. وقال محمد: بطل خياره وهو قول أبي حنيفة. ولو اشترى شيئين ورآهما ثم قبض أحدهما فهو رضا. رواه ابن رستم عن أبي حنيفة. ورؤية أحدهما لا تكون كرؤيتهما إلا إذا قبض الذي رآه وأتلفه فحينئذ يلزمه وفيه خلاف أبي يوسف اه. وفي المحيط: اشترى عدل ثياب فلبس واحدا منهم بطل خياره في الكل. ثم اعلم أن من له الخيار يملك الفسخ إلا ثلاثة لا يملكونه: الوكيل والوصي والعبد المأذون إذا اشترى شيئا ناقل من قيمته فإنهم لا يملكونه إذا كان خيار عيب ويملكونه إذا كان خيار رؤية أو شرط كما سيأتي في خيار العيب. ثم علم أن قوله يبطل بما يبطل به خيار الشرط غير منعكس فلا يقال ما لا يبطل خيار الشرط لا يبطل خيار الرؤية لانتفاضة بالقبض بعد الرؤية فإنه مبطل خيار الرؤية والعيب لا خيار الشرط، وهلاك بعض المبيع لا يبطل خيار الشر والعيب ويبطل خيار الرؤية، ذكرهما في التلخيص للمحبوبي. قوله: (وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق والدابة وكفلها وظاهر الثوب المطوى وداخل

الدار) لأن الأصل فيه أن رؤية جميع المبيع غيره شروطه فيكتفي برؤية ما يدل
على العلم
بالمقصود، فرؤية وجه الصبرة معرفة للبقية لكونه مكيلا يعرض بالنموذج وهو
المكيلات
والموزونات فيكتفي برؤية بعضه إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له
الخيار أي
خيار العيب لا خيار الرؤية كما في الينايع وظاهر ما في الكافي أنه خيار رؤية،
والتحقيق أنه
في بعض الصور خيار عيب وهو ما إذا كان اختلاف الباقي يوصله إلى حد العيب،
وخيار

رؤية إذا كان الاختلاف لا يوصله إلى اسم العيب بل الدون، وقد يجتمعان فيما إذا اشترى ما

لم يره فلم يقبضه حتى ذكر البائع به عيبا ثم أراه المبيع في الحال - كذا في فتح القدير -

بخلاف ما إذا كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب فلا بد من رؤية كل واحد. والجوز

والبيض مما يتفاوت آحاده فيما ذكر الكرخي، قال في الهداية: وينبغي أن يكون مثل الحنطة

والشعير لكونها متقاربة. وصرح به في المحيط وفي المجرد وهو الأصح، ثم السقوط برؤية

البعض في المكيل إذا كان في وعاء واحد، أما إذا كان في وعاءين أو أكثر اختلفوا فمشايخ

العراق على أن رؤية أحدهما كرؤية الكل ومشايخ بلخ لا يكفي بلا بد من رؤية كل وعاء والصحيح أنه يبطل برؤية البعض لأنه يعرف الباقي. هذا إذا ظهر له أن ما في الوعاء

الآخر مثله أو أجود، أما إذا كان أردأ فهو على خياره وأما إذا كان متفاوت الآحاد كالبطاويخ والرمان فلا تكفي رؤية البعض في سقوط خياره ولو قال رضيت وأسقطت خياره. وفي شراء الرحا لا بد من رؤية الكل، وكذا السراج بأداته ولبده لا بد من رؤية الكل، كذا في فتح القدير. وإنما ذكر الرقيق ولم يذكر الجارية ليشمل العبد كما في المعراج

من أن المعتبر فيهما النظر إلى الوجه ولا اعتبار برؤية ما عداه من الأعضاء، ولا يشترط رؤية

الكفين واللسان والأسنان والشعر عندنا، وعن الشافعي اشتراطه، وفي المصباح: إلا نموذج

بضم الهمزة ما يدل على صفة الشيء وهو معرب، وفي لغة نموذج بفتح النون والذال معجمه مفتوحة مطلقا. وقال الصغاني: النموذج مثال الشيء الذي يعمل عليه وهو تعريب نموذجه. وقال: الصواب النموذج لأنه لا تغيير فيه بزيادة اه. وقوله والدابة بالجر عطف على الصرة أي وكفت رؤية وجه الدابة وكفلها لأنه هو المقصود، وظاهره انه لا يشترط

رؤية القوائم وهو المروي عن أبي يوسف وهو الصحيح، كذا في المعراج. وقيل: يشترط

وخص من إطلاق الدابة الشاه فلا بد من الجنس في شاة اللحم لكونه هو المقصود وفي شاة

القنية لا بد من رؤية الضرع، وشاة القنية هي التي تحبس في البيوت لأجل النتائج.
اقتنيته
اتخذته لنفسه قنية أي أخذ المال للنسل لا للتجارة.
وفي المجتبى معزيا إلى المحيط عن أبي حنيفة في البرذون والحمار والبغل يكفي أن
يرى
شيئا منه إلا الحافر والذنب والناصية، كذا في المعراج وفي الظهيرية، وفي شاة القنية لا
بد
من النظر إلى ضرعها وسائر جسدها اه. فليحفظ فإن في بعض العبارات ما يوهم
الاقتصاد

على رؤية ضرعها. والكفل بفتحيتين العجز، كذا في المصباح. وأما الثوب فاكتفى
المصنف برؤية
ظاهرة مطويا لأن البادئ يعرف ما في الطي فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتسكره
ونقصان قيمته
وبذلك ينقص ثمنه عليه إلا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كليهما أو يكون في
طيه ما
يقصد بالرؤية كالعلم. ثم قيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فما لم ير الباطن لا يسقط
خياره لأنها
استقر اختلاف الباطن - والظاهر في الثياب وهو قول زفر: وفي المبسوط الجواب على
ما قال
زفر وفي الظهيرية رؤية الظهارة تكفي إلا أن تكون البطانة مقصودة بأن كانت بسمور
أو
نحوه فتعتبر رؤية اه. وأما الدار فظاهر الرواية أنه إذا رأى خارجها أو رأى أشجار
البستان من
خارج فإنه يكفي به. وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت. والأصح أن جواب
الكتاب
على وفاق عاداتهم في الأبنية فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ، فأما اليوم فلا بد من
الدخول
داخل الدار للتفاوت، فالنظر إلى ظاهر لا يوقع العلم بالداخل، وفي جامع الفصولين وبه
يفتى. فالحاصل أن المؤلف رحمه الله تعالى اختار قول زفر في الدار وكان ينبغي له
اختياره في
الثوب فإن المختار قوله فيهما. وشرط بعضهم رؤية العلو والمطبخ والمزبلة وهو الأظهر
والأشبه
كما قال الشافعي وهو المعتمد في ديار مصر والشام. ولم يذكر المصنف بقية أنواع
المبيعات ولا بد
من ذكرها قالوا: لا بد في البستان من رؤية ظاهره وباطنه، وفي الكرم لا بد من رؤية
عنب
الكرم من كل نوع شيئا، وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض، ولو اشترى دهنا
في
زجاجة فرؤيته من خارج الزجاج لا تكفي حتى يصبه في كفه عند أبي حنيفة لأنه لم
ير الدهن
حقيقة لوجود الحائل. وفي التحفة: لو نظر المرأة فرأى المبيع قالوا: الا يسقط خياره
لأنه ما

رأى عينه بل رأى مثاله. ولو اشترى سمكا في ماء أخذه من غير اصطياذ فرآه في الماء
قال بعضهم: يسقط خياره لأنه رأى عين المبيع. وقال بعضهم: لا يسقط. وهو الصحيح
لأن
المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما كان فهذه الرؤية لا تعرف المبيع
وإن كان المبيع
مما يطعم فلا بد من الذوق لأنه المعرف المقصود، وإن كان مما يشم فلا بد من شمه
كالمسك.
وفي اللؤلؤ الجية: اشترى نافجة مسك فأخرج المسك منها ليس له الرد بخيار الرؤية ولا
بخيار
العيب لأن الإخراج يدخل عليه عيبا ظاهرا حتى لو لم يدخل كان أن يرد بخيار العيب
والرؤية جميعا اه. وفي جامع الفصولين: اشترى دارا واستثنى منه بيتا معنيا لا بد من
رؤية
المستثنى فكما يشترط رؤية المبيع لسقوط الخيار يشترط رؤية المستثنى لأن وصف
المستثنى توجب جهاله في المستثنى منه اه. وقدمنا عن الخانية حكم ما إذا اشترى مغيبا
في
الأرض. وفي الظهيرية وفي الثمار على رؤوس الأشجار يعتبر رؤية جميعها بخلاف
الموضوعة على الأرض، وفي تراب المعدن وتراب الصواعين يعتبر رؤية ما يخرج منه،
ورؤية

أحد المصارعين أو أحد الخفين أو أحد النعلين لا يكفي ولا يكفي أن يرى ظاهرا لنفسه ما لم

ير وجهها وموضع الشيء منها وما كان له وجهان مختلفان تعتبر رؤيتهما اه. وفي المعراج:

وفي البساط لا بد من رؤية جميعه، ولو نظر إلى ظهور المكعب لا يبطل خياره، ولو نظر إلى

وجهها دون الصرم يبطل. قلت: وينبغي أن يشترط رؤية الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا. وفي الوسادة المحشوة لو رأى ظاهرها فإن كانت محشوة مما يحشى مثلها يبطل

خياره، وإن كان مما لا يحشى مثلها فله الخيار اه. وفي المحيط: الأصل أن غير المرئي إن

كان تبعا للمرئي فلا خيار له في غير المرئي، وإن كان غير المرئي أصلا فإن كان رؤية ما رأى

لم تعرفه حال رؤيته بقي خياره وإن كانت تعرفه بطل اه.

قوله: (ونظر وكيله بالقبض كنظره لا نظر رسوله) أي بأن قبض الوكيل وهو ينظر إليه، كذا في البدائع. وهذا عند أبي حنيفة. وقالاهما سواء وله الرد لأنه توكل بالقبض دون

إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا. أو له

أن القبض نوعان: نام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورا، وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة، ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لا طلاق

توكيله. وإذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف. ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه فإن الاختيار وهو المقصود

بالخيار يكون بعده فكذا يملكه وكيله، وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئا وإنما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض إذا كان رسولا في البيع. قيد الوكيل بالقبض لأنه لو

كان وكيفا بالشراء فرؤيته مسقطه للخيار بالاجماع، كذا في الهداية ثم اعلم أنهم جعلوا

الوكيل بالقبض كالرسول في مسائل منها لا يصح إبرأؤه بخلاف الوكيل بالبيع، ومنها لا

رجوع عليه بالثمن إذا رد المبيع بعيب بعد ما دفع إلى الموكل بخلاف الوكيل بالبيع،
ومنها لو
حلف لا يقبض فوكل به حنث بخلاف لا يبيع فوكل لا يحنث، ومنها تصح كفالة
الوكيل
بقبض الثمن المشتري بخلاف الوكيل بالبيع، ومنها قبول شهادة الوكيل بقبض الدين
به،
وستأتي المسائل في كتاب الوكالة تماما إن شاء الله تعالى. وبهذا يترجح قولهما هنا أنه
بمنزله
الرسول ورؤية الرسول بالشراء تسقط الخيار، كذا في المحيط. وفي المعراج: قيل
الفرق
بين الرسول والوكيل أن الوكيل لا يضيف العقد إلى الموكل والرسول لا يستغنى عن
إضافته
إلى المرسل وإليه الإشارة في قوله تعالى: * (يا أيها الرسول بلغ) * [المائدة: ٧٦]
وقوله تعالى
* (وما أنت عليهم بوكيل) * [الانعام: ٧٠١] * (قل لست عليكم بوكيل) * [الانعام:
٦٦] نفي

الوكالة وأثبت الرسالة. وفي الفوائد: صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكيلاً
في قبض المبيع أو وكلتك بقبضة، وصورة الرسول أن يقول كن رسولا عني في قبضة أو
أمرتك بقبضة أو أرسلتك لتقبضه، أو قال قل لفلان أن يدفع المبيع إليك. وقيل لا فرق بين
الرسول والوكيل في فصل الامر بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار اه. ونقص قول الإمام أن
الوكيل كالموكل بمسألتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما: أحدهما أن الوكيل لو
رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض سقط خياره. والثانية لو
الموكل مستورا ثم رآه ثم بعد القبض فأبطل الخيار بطل، والوكيل لو فعل ذلك لم
يبطل. وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل إنما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته
بالوكالة وليس هذا ثابتا في مجرد رؤيته قبل القبض ونقول: بل الحكم المذكور للموكل وهو
سقوط خياره إذا رآه إنما يتأتى على القول بأن مجرد مضي ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية
يسقط الخيار وليس هو بالصحيح، وبعين الجواب الأول يقع الفرق في المسألة الثانية، كذا في
فتح القدير. وفي الظهيرية: ولا يجوز التوكيل بإسقاط خيار الرؤية اه. وفي جامع الفصولين:
والتوكيل بالرؤية مقصودا لا يصح ولا تصير رؤيته كرؤية موكله حتى لو شرى شيئا لم
يره فوكل رجلا برؤيته وقال إن رضيته فخره لم يجز، والوكيل بالشراء لو شرى ما رآه موكله ولم
يعلم به الوكيل فله خيار الرؤية ولو لم يره، وهذا فيما إذا وكله بشراء شيء لا بعينه، ففي المعين
ليس للوكيل خيار الرؤية. وكله بشراء قن بلا عينه فشرى قنا رآه الوكيل فليس له ولا لموكله
خيار

الرؤية وكذا خيار العيب اه. وإنما لم يصح التوكيل بالرؤية لأنها من المباحات يملكها كل واحد
فلا تتوقف على توكيله. وفي المحيط، ولو وكل رجلا بالنظر إلى ما اشتراه ولم يره إن
رضي
يلزم العقد، وإن لم يرض يفسخه يصح التوكيل فيقوم نظره مقام نظر الموكل لأنه جعل
الرأي والنظر إليه

فيصح كما لو فوض الفسخ والإجازة إليه في البيع بشرط الخيار اه. وهو مخصص لا
طلاق

قولهم لا يصح التوكيل بالرؤية مقصودا فيقال إلا إذا فوض إليه الفسخ والإجازة.
قوله: (وصح عقد الأعمى) أي بيعه وشراؤه وسائر عقوده لأنه مكلف محتاج إليها
فصار كالبصير، ولتعامل الناس له من غير نكير فصار بمنزلة الاجماع وبه قال الأئمة
الثلاثة

وقد كتبت في الفوائد أن الأعمى كالبصير إلا في مسائل: لا جهاد عليه ولا جمعه ولا
جماعه

ولا حج وإن وجد قائدا في الكل، ولا يصلح كونه شاهدا ولو فيما تقبل فيه الشهادة
بالتسامح على المذاهب. ولادية في عينيه وإنما الواجب حكومة عدل، وكره أذانه
وحده

وإمامته إلا أن يكون أعلم القوم، ولا يجوز إعتاقه عن الكفارات ولا كونه إماما أعظم
ولا

قاضيا، ويكره ذبحه ولم أر حكم صيده ورميه واجتهاده في القبلة قوله: (وسقط خياره
إذا

اشترى بحبس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار بوصفه) لأن هذه الأشياء تفيد العلم لمن
استعملها

على ما بينا في البصير. والمراد بسقوطه سقوطه إذا وجدت هذه الأشياء قبل الشراء ثم
اشترى، وأما إذا اشترى قبل هذه فهذه مثبتة للخيار له لا لأنها مسقطه ويمتد إلى أن
يوجد منه ما

يدل على الرضا من قول أو فعل في الصحيح. وعبرة الولوالجية أن هذه الأشياء منه
بمنزله

النظر من البصير. وقوله بحبس المبيع معناه أن كان مما يحبس وشمه إن كان مما يشم
كالمسك

والذوق فيما يذاق باللسان، وأما إذا اشترى عقارا فرؤيته بوصفه له في جامع الفتاوى
هو أن

يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه ثم يذكر صفته، ولا يخفى أن إيقافه في ذلك

المكان ليس
شرطا في صحة الوصف وسقوط الخيار به ولذا لم يذكره في المبسوط، واكتفى بذكر
الوصف
لأنه أقيم مقام الرؤية في السلم. وممن أنكره الكرخي وقال: وقوفه في ذلك الموضع
وغيره
سواء في أنه لا يستفيد بذلك علما، كذا في فتح القدير. وظاهر ما في الكتاب أن
الوصف
إنما يكتفي به العقار وأن غيره لا يوصف له. وعن أبي يوسف اعتبار الوصف في غير
العقار
أيضا أنه لا شرط مع الوصف في العقار. وقال مشايخ بلخ: يمس الحيطان
والأشجار. وظاهر أيضا أن الجس فيما عدا ما يشم ويذاق والعقار. واستثنى منه في فتح

التقدير الثمر على رؤوس الأشجار أنه يعتبر فيه الوصف لأنه لا يمكن جسده. ولا بد في الوصف للأعمى من كون الموصوف على ما وصف له ليكون في حقه بمنزلة الرؤية في حق

البصير، كذا في البدائع. والحاصل كما في المعراج أن الخيار ثابت للأعمى لجهله بصفات

المبيع فإذا زال ذلك بأي وجه كان سقط خياره ولذا قال في الكامل عن محمد: يعتبر للمس

في الثياب والحنطة، وحكي أن أعمى اشترى أيضا فقال قودوني إليها فقادوه فجعل عن محمد: يمس

الأرض حتى انتهى إلى موضع منها فقال أموضع كدس هذا. قالوا لا فقال: هذه الأرض لا تصلح لأنها لا تكسو نفسها فكيف تكسوني وكان كما قال فإذا كان هذا الأعمى بهذه

الصفة فرضى بها بعدما مسها سقط خياره اه. وقال الحسن: يوكل الأعمى وكيلا بقبضه

وهو يسقط خياره. وقال في الهداية، وهذا أشبه بقول أبي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل

رؤية الموكل، ولو وصف للأعمى ثم أبصر فلا خيار له لأنه قد سقط فلا يعود إلا بسبب

جديد، ولو اشترى البصير ثم عمي انتقل الخيار إلى الوصف وفي المصباح: جسده بيده جسا

من باب قتل واجتسه ليتعرفه اه. وظاهر كلام المصنف أن الجس يكتفي به في الرقيق والثياب والدواب وشاة القنية وكل شيء يمكن جسده. وفي الأصل وجس الأعمى في المتاع

والمنقولات مثل نظر البصير لأن التقليل والجس مما يعرف بعض أوصاف المبيع من اللين

والخشونة وإن كان مما لا يعرف الجميع فيقام مقام النظر حالة العجز كما تقام الإشارة من

الأخرس مقام النطق للعجز، كذا في المحيط. وهل يحبس الموضع الذي يراه البصير فيجس

من الرقيق وجهه ومن الحيوان الوجه والكفل حتى لو مس غيرهما لا يكتفي به؟ لم أره والظاهر اشتراطه.

قوله: (ومن رأى أحد الثوبين فاشترهما ثم رأى الآخر فله ردهما) لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يردده، وحده كي لا يكون

تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا

يتمكن من الرد من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون فسخا من الأصل. وفي النهاية: الصفقة العقد

الذي تنهى في موجه ولذا قال عمر رضي الله تعالى عنه: البيع إما صفقه أو خيار أي إما

يتناهى في اللزوم أو غير لازم بأن كان فيه خيار، وورد النهي عن تفريق الصفقة. وإنما قدم

على حديث خيار الرؤية لأن حديث النهي محكم وحديث خيار الرؤية خص منه ما إذا تعيب

أو أعتقه أو باعه أو لأنه محرم وذلك مبيح أو لكونه متأخر لئلا يلزم تكرار النسخ اه. وتعقب الأولى بأنه أيضا مخصوص بما قبل التمام وما أجاب به العناية من أنه إنما قيد به

بالقياس على ابتداء الصفقة غير دافع كما لا يخفى. وفي المصباح: الصفقة العقد وكان العرب

إذا وجب البيع ضرب بيده على يد صاحبه اه. والأولى ما في فتح القدير من أنا عملنا بالحديثين. غاية الأمر أنا شرطنا أن يردهما جميعا عملا بحديث الصفقة جمعا بينهما. والحاصل

أنه ليس له رد البعض وإمساك البعض في خيار الرؤية والشرط قبل القبض وبعده لكونه تفريقا قبل التمام لكونه مانعا من التمام في الرؤية ومن الابتداء في الشرط، وله ذلك في خيار العيب بعد القبض لتمامها، والخيار مانع من اللزوم فقط لا قبله لكون القبض من تمامها. وأما إذا استحق البعض، فإن كان المبيع واحدا فله الخيار مطلقا قبل القبض وبعده

وإن كان متعددا فإن كان قيميا وقبض البعض ولم يقبض البعض فاستحق البعض له لتفرقتها قبل التمام، ولو كان مثليا فاستحق بعضه فإن كان قبل القبض خير وإلا فلا. واستفيد من كلام المؤلف أنه لو رأهما فرضي بأحدهما أنه لا يرد الآخر لما ذكرنا. والحاصل أنه

إذا استحق بعض المبيع، فإن كان قبل قبض الكل أو البعض تخير مطلقا متعددا أو واحدا مثليا أو

قيميا، وإن كان بعد قبض جميعه فلا خيار في الكل، إلا في قيمي واحد استحق بعضه

فإنه يتخير. وفي خيار العيب إذا اطلع على عيب بالبعض، فإن كان بعد القبض رد
المعيب
وحده إلا في قيمتي واحد فيرد الكل وإن كان قلبه يرد الكل وفي خيار الشرط والرؤية
لا
يرد إلا لكل قبل القبض وبعده (تنبيه) وقع في الهداية أن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية
قبل

القبض وبعده فحمله بعض الشارحين على ما إذا قبضه مستورا، أما إذا قبضه مكشوفاً فأبطل

خياره. ورده في المعراج بأن الخيار يبقى إلى أن يوجد ما يطلبه وأقره في البناية عليه. قوله: (ولا يورث كخيار الشرط) لأنه ثابت بالنص للعاقد وهو ليس بعاقد ولأنه وصف فلا يجري فيه الإرث كما قدمناه بخلاف خيار العيب والتعيين وقد أسلفناه قوله: (ومن اشترى ما رأى خيران تغير وإلا لا) أي إن لم يتغير لا يخير لأن العلم بالأوصاف حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار وان وجدته متغيراً فله الخيار لأن تلك الرؤية لم تقع معاملة بأوصافه فكأنه لم يره. وأطلق قوله وإلا لا وهو مقيد بشيئين: الأولي أن يعلم أنه

مرئية وقت الشراء فلو يعلم به له الخيار ولعدم الرضا به كما في الهداية. الثاني أن تكون الرؤية السابقة لقصد الشراء فلو رآه لا لقصد الشراء ثم اشتراه فله الخيار كما في الظهيرية

معبراً عنه بقليل ووجهه ظاهر لأنه إذا رأى لا لقصد الشراء لا يتأمل كل التأمل فلم تقع معرفة. وفيها لو رأى ثوبين ثم اشتراهما بثمن متفاوت ملفوفين فله الخيار لأنه ربما يكون

الأردأ بأكثر الثمنين وهو لا يعلم، ولو رأى ثياباً فرفع البائع بعضها ثم اشترى الباقي ولا يعرف الباقي فله الخيار اه. وفي المحيط: ولو سمي لكل واحد عشرة فلا خيار له لأن الثمن

لما لم يختلف استويا في الأوصاف. ولو قال المصنف ومن اشترى ما رأى فلا خيار له إلا إذا

تغير لكان أولى لأن الأصل فيما رآه عدم الخيار ولذا لو اختلفا فالقول للبائع. وفي الظهيرية: لو اشترى جارية لم يرها فجاء بها البائع متنقبة لا يعرفها المشتري فقبضها فهو

قبض، وكذا لو اشترى خفافاً فالبسه البائع إياه وهو نائم فقام ومشى وهو لا يعلم فهو قبض

وله الخيار في المسألتين إذا لم ينقصه المشي اه. قوله: (وإن اختلفا في التغير فالقول قول البائع

مع يمينه) لأن التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر. أطلقه وهو مقيد بما إذا اقتربت المدة لأن

الظاهر شاهد له، أما إذا بعدت المدة فالقول للمشتري لأن الظاهر شاهد له. وفي المبسوط: فإن بعدت المدة بأن رأى جارية شابه ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم البائع أنها لم

تتغير فالقول للمشتري وبه يفني الصدر الشهيد والإمام ظهير الدين المرغيناني، كذا في الذخيرة. ولم يرد التحديد في تغيير كل مبيع ففي الظهيرية: ولو رأى شيئاً ثم اشتراه فلا خيار له إلا أن تطول والشهر طويل وما دونه قليل، ولو تغير فله الخيار بكل حال ولا يصدق في دعوى التغير إلا بحجة إلا إذا طالت المدة اه. وفي فتح القدير: جعل الشهر قليلاً قوله: (وللمشتري لو في الرؤية) أي القول للمشتري مع يمينه لو قال البائع له رأيت قبل الشراء

وقال المشتري ما رأيت أو قال له رأيت بعد الشراء ثم رضيت فقال رضيت قبل الرؤية، ولذا أطلق في الكتاب لأن البائع يدعى أمرا عارضا هو العلم بالصفة والمشتري ينكره فالقول له. وما في فتح القدير من أنه ينبغي أن يكون القول للبائع لأن الغالب في البايعات في الأسواق كون المشتريين رأوا المبيع، فدعوى البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر لأن الغالب هو الظاهر. والمذهب أن القول لمن تمسك بالظاهر لا بالأصل إلا أن

يعارضه ظاهر آخر اه. مدفوع بما ذكرناه في قاعدة أن الأصل العدم فراجعها إن شئت. وفي المحيط: لو أراد المشتري أن يردّه فأنكر البائع كون المردود مبيعا والقول للمشتري، وكذلك في خيار الشرط لأنه انفسخ العقد برده وبقي ملك البائع في يده فيكون القول القابض في تعيين ملكه أمينا كان أو ضمينا كالمودع والغاصب. فلوا اختلفا في الرد بالعيب فالقول للبائع لأن العقد لا يفسخ بفسخ المشتري حتى يلزمه القاضي فبقي المشتري مدعيا حق الفسخ والبائع ينكر فيكون القول له اه. وهذا ما كتبناه

في الفوائد أن القول للقابض، إلا في هذه المسألة. وفي الظهيرية في مسألة الاختلاف في التعيين في خيار الشرط للمشتري وكانت السلعة غير مقبوضة فأراد المشتري إجازة العقد في عين يد البائع فقال البائع ما بعثك هذا وقال المشتري بل بعثني هذا لم يذكر محمد هذه الصورة في شيء من الكتب وقالوا: ينبغي أن يكون القول قول البائع كما لو ادعي بيع هذه العين وأنكر البائع البيع أصلا، وأما إذا كان الخيار للبائع والعين غير مقبوضة فأراد البائع الزام البيع في عين وقال المشتري ما اشتريت هذا ذكر أن القول للمشتري اه. والحاصل أن الخلاف إن كان في التعيين مع خيار الشرط والسلعة مقبوضة

فالقول للمشتري سواء كان الخيار له أو للبائع، وإن لم تكن مقبوضة فإن كان الخيار للمشتري فالقول للبائع وعكسه فالقول للمشتري، وإذا اختلفا في اشتراط الخيار فالقول لمنكره عندهما، وعنده لمدعيه كما في المجمع لأن منكره يدعى لزوم العقد ومدعيه ينكر

اللزوم فالقول له وتمامه في شرح المجمع. وفي القنية: اختلفا في شرط الخيار وأقاما البيئة فبيئة مدعي الخيار أولى وفي البزازية: أقر بقبض المشتري ثم قال لم أر كله لا يصدق اه.

قوله: (ولو اشترى عدلا وباع منه ثوبا أو وهب رد بعيب لا بخيار رؤية أو شرط) لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب ولتمامها معه بعد القبض. وترك المصنف قيد

التسليم في الهبة ولا بد منه لأنه لا يخرج عن ملكه بها إلا معه ولذا قيدها به في الهداية. والمفعول في كلامه مقدر رأى رد ما بقي والمسألة موضوعه فيما إذا كان بعد القبض كما قيده به في الجامع الصغير وإلا لم يصح بيع الثوب قبل قبضة، كذا في العناية. أما قبله فالكل سواء لا تتم الصفقة معه. نعم يقع الفرق بين القبض وعدمه فيما إذا اشترى شيئين ولم يقبضهما ثم اطلع على عيب بأحدهما فإنه لا يرد المعيب وحده بخلاف ما إذا كان بعد قبضهما، فلو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي. وعن أبي يوسف:

لا يعود بعد سقوطه لخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري، كذا في الهداية بخلاف ما إذا وهب عبده المدين ممن له الدين أو عبده الجاني من ولي الجناية ثم رجع في الهبة حيث يعودان عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. والعدر لأبي يوسف أن حق خيار الرؤية أضعف منها، كذا في الشرح. والعدل المثل والمراد هنا الغرارة التي هي عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوه أو نحوه أي يعادلها وفيها أثواب. وفتح: ما اعتمده القدوري صححه قاضيخان وحقيقة الملاحظ تختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضي وهو خيار الرؤية عمله ولحظ على هذه الرواية مسقطا، وإذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويطل الخيار قبل الرؤية وبعدها اه. والأوجه عندي ما ذكره شمس الأئمة السرخسي. وقوله لأن نفس هذا التصرف إلى آخره ممنوع وإنما يدل لو تصرف في جميع المبيع. وإما الكلام هنا فيما إذا تصرف في البعض فحينئذ لو رد الباقي فقط لزم تفرق الصفقة فكان لزوم تفوقها مانعا من رد الباقي فإذا زال عمل المقتضى علمه وكأنه اختلط عليه بما إذا باع المبيع كله وسقط خياره ثم رد عليه بما هو فسخ فإنه لا يعود خياره كما قدمناه

لكن لم يذكروا فيها خلافا والله تعالى أعلم

(٥٧)

. باب خيار العيب

تقدم وجه ترتيب الخيارات. والإضافة في خيار العيب إضافة الشيء إلى سببه، وأما العيب فهو في اللغة يقال عاب المتاع عيبا من باب سار فهو عائب وعابه صاحبه فهو معيب

يتعدى ولا يتعدى. والفاعل من هذا عائب وعياب مبالغة، والاسم العاب والمعاب. وعيبه

بالتشديد نسبه إلى العيب واستعمل العيب اسما وجمع على عيوب، كذا في المصباح. وفسره

في فتح القدير بما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة. وأما في الشريعة فما سيذكره المصنف من

أنه ما أوجب نقصان الثمن عند التجار (تنبيه): كتمان عيب السلعة حرام. وفي البزازية وفي

لفتاوى: إذا باع سلعة معيبة عليه البيان وإن لم يبين قال بعض مشايخنا: يفسق وترد شهادته.

قال الصدر) ولا نأخذ به اه. وقيده في الخلاصة بأن يعلم به. وفي الظهيرية وفي الحديث:

اشترى عداء بن خالد بن هوذة - بالذال المعجمة وفتح الهاء وسكون الواو - من رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا لا داء فيه ولا غائلة ولا خبثة وهذه الرواية هي الصحيحة، كذا ذكره الطحاوي

في شرح مشكل الآثار بإسناده إلى عبد المجيد. قال العداء بن خالد: ألا أقرئك كتابا كتبه لي رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قلت: بلى فأخرج إلي كتابا فإذا فيه بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما اشترى العداء من محمد رسول الله الخ. بهذا تبين أن المشتري كان العداء لا محمد رسول الله. وفي عامة كتب الفقه هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء لكن الصحيح ما قلنا اه. قوله: (من وجد بالمبيع عيبا أخذه بكل الثمن أو رده) لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به. دل كلامه أنه ليس له إمساكه وأخذ النقصان

لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به، ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره. أطلقه فشمّل ما إذا كان به عند البيع أو حدث بعده في يد البائع وما إذا كان فاحشا أو يسيرا، كذا في السراج الوهاج. وفي جامع الفصولين: والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد يرد بفاحش العيب لا بيسيره وفي غيرها يرد بهما والفاحش في المهر ما يخرج من الجيد إلى الوسط ومن الوسط إلى الرديء، وإنما لا يرد في المهر بيسيره إذا لم يكن كيليا أو وزنيا وأما هما فيرد بيسيره أيضا اه. ولم يتكلم الشارحون على ما إذا رد البعض هل له أن يعطي مثله

سليما؟ قال في القنية وفي الذخيرة: اشترى منا من الفانيد فوجد واحدة أو اثنين منها أسود فأبد له البائع أبيض بغير وزن جاز، وفي الثلاث لا يجوز لأنها تدخل تحت الوزن ولذا لو

اشترى الخبز ووجد خبزا واحدا محترقا فأبدله الخباز لم يجز إلا بالوزن لأنه مما يدخل تحت الوزن، فإن خمسة أساتير وعشرة وزن حجر فلا تجوز فيه المجازفة. قال رضي الله تعالى عنه:
وعرف به كثير من المسائل وهو أن استبدال شيء بمثله في الرد بالعيب إنما يجوز مجازفة إذا لم يكن لذلك المقدار من ذلك الجنس حجر يوزن به، وإن كان له من جنس آخر حجر فلا ألا ترى أنه جعل الثلاثة من الفانيد موزونة وإن لم يكن ذلك القدر من الخبز موزونا اه. ولا بد للمسألة من قيود: الأول أن يكون العيب عند البائع. الثاني أن لا يعلم به المشتري عند

البيع. الثالث أن لا يعلم به عند القبض وهي في الهداية. الرابع أن لا يتمكن من إزالته بلا

مشقة فإن تمكن فلا كإحرام الجارية فإنه بسبيل من تحليلها ونجاسة الثوب، وينبغي حملة على

ثوب لا يفسد بال غسل ولا ينقص، كذا في فتح القدير. ولا حاجة إلى قوله ينبغي مع التصحيح. قال في الولوالجية: اشترى ثوبا فوجد فيه دما إن كان إذا غسله من الدم ينقض

الثوب كان عيبا لوجود حده وإلا لا يكون عيبا اه. ولو اشترى جبة فوجد فيها فأرة ميتة فهو عيب لوجود حده فإن لبسها حتى نقصها رجع بنقصان العيب لتعذر الرد اه. وقيدها في

البزازية بأن يضرها الفتق فإن ضرها يردّها وإن لم يضرها لم يردّها اه. الخامس أن لا يشترط البراءة منه خصوصا أو من العيوب عموما وسيأتي آخر الباب. السادس أن لا يزول قبل الفسخ فإن

زال ليس له الرد مثل بياض العين إذا انجلى والحمى إذا زالت، كذا في السراج الوهاج. ويستثنى من إطلاقهم مسائل ذكرناها في الفوائد: الأولى بيع صيد بين حلالين ثم أحرمها أو

أحدهما فوجد به عيبا امتنع رده، وإنما يرجع بالنقصان كما صرحوا به في جنائيات الإحرام.

الثانية قال في البغية والقنية: لو كان في الدار باب في الطريق الأعظم وبابه في سكة غير نافذة أقام أهلها بينة أنهم أعاروا البائع هذا الطريق فأمر القاضي بسده يخير المشتري إن شاء

رده وإن شاء رجع بنقصان ذلك الطريق والتخيير هنا بخلاف سائر العيوب اه. الثالثة اشترى

الذمي خمرا وقبضها وبه عيب ثم أسلم سقط خيار الرد، كذا في مهر فتح القدير. الرابعة اشترى

كفنا للميت ووجد به عيبا لا يرد ولا يرجع بالنقصان إن تبرع به أجنبي ولو وارثا رجع بالنقص إن كان من التركة اه. الخامسة اشترى من عبده المأذون المديون المستغرق فوجد به

عيبا لا يرده عليه ولا على بائعه إن كان الثمن منقودا وإن لم ينقده المولى وقبض المبيع أولا

ووجد به عيبا يرده إن كان الثمن من النقود أو كيليا أو وزنيا بغير عينه لأنه يدفع بالرد مطالبة

المأذون من نفسه وإن كان عرضا لا يمكن الرد. وفي المحيط: لو اشترى المولى من

مكاتبه

فوجد به عيبا يرده ولا يرجع ولا يخاصم بئعه لكونه عبده اه. السادسة باع نفس العبد من العبد بجارية ثم وجد بها عيبا رد الجارية وأخذ من العبد قيمة نفسه عندهما، وعند

محمد

يرجع بقيمة الجارية. السابعة باع الوارث من مورثه فمات المشتري وورثه البائع ووجد به عيبا

رد إلى الوارث الآخر إن كان وإن لم يكن له سواه لا يرد ولا يرجع بالنقصان، وكذا إذا اشترى لنفسه من ابنه الصغير شيئا وقبضه وأشهد ثم وجد به عيبا يرفع الامر إلى القاضي

حتى ينصب عن ابنه خصما يرده عليه ثم يرد الأب لابنه على بائعه، وكذا لو باع الأب من

ابنه، وكذا لو باع من وارثه فورثه المشتري ووجد به عيبا يرفع الامر إلى القاضي فينصب

خصما فيرده المشتري إليه ويرده القيم إلى الوارث نقده الثمن أو لا في الصحيح. الثامنة اشترى العبد المأذون شيئا وأبرأه البائع عن الثمن لا يرده بالعيب وأن المشتري حرا لو بعد

القبض فكذلك، وإن قبله فله الرد لأنه امتناع عن القبول، وكذا خيار الشرط. التاسعة لو اصطلحا على أن يدفع البائع شيئا والمبيع للمشتري جاز بخلاف ما لو اصطلحا على أن يدفع

المشتري شيئا والجارية للبائع لا لأنه ربا. والمسائل المذكورة من الرابعة إلى الثامنة في البزازية.

العاشرة اشترى إناء فضة مشارا إليها فوجده رديئا ليس له الرد إلا إذا كان به كسر أو غش،

وكذا إذا اشترى جارية فوجدها سوداء تام الخلقة ليس له الرد لأن القبح في الجواري ليس

بعيب. الحادي عشر قال في المحيط: وصي أو وكيل أو عبد مأذون اشترى شيئا بألف وقيمته

ثلاثة آلاف درهم فليس له أن يرده بالعيب لما فيه من الاضرار باليتيم والموكل والمولى، ولو

كان في خيار الشرط والرؤية فله الرد لعدم تمام الصفقة اه..

قوله: (تبيهات مهمة) الأولى وجد بالمبيع الذي له حمل ومؤنة عيبا ورده فمؤنة الرد على المشتري. الثاني اشترى عبدا وتقابضا وضمن رجل له عيوبه فاطلع على عيب ورده لا

ضمان عليه على قياس قول الإمام لأنه باطل كضمان العهدة، ولو ضمن له ضمان السرقة أو

الحرية فوجده مسروقا أو حرا أو الجنون أو والعمى فوجده كذلك رجع على الضامن بالثمن،

ولو مات عنده وقضى بالنقص رجع به على ضامن الثمن، ولو ضمن له حصة ما يجده فيه

من العيب جاز عند الإمامين إن رد رجع بالثمن كله، وإن تعيب عنده رجع بحصة العيب

على الضامن كما يرجع على البائع، وإن ضمن ما لحقه من الثمن من عهده هذا البيع

كان
كذلك عند الإمام إن استحق رجوع بالثمن. الثالث ادعى عليه عيبا في المبيع فاصطلحا
على أن
يبدل البائع للمشتري مالا ثم بان أنه لا عيب أو كان لكنه برئ استرد بدل الصلح اه.

الرابع اطلع على عيب بالغلام أو الدابة فلم يجد المالك فأطعمه وأمسكه ولم يتصرف فيه بما يدل على الرضا يرده لو حضر ويرجع بالنقصان إن هلك. وفي الحاوي القدسي: أنه إذا أمسكه بعد الاطلاع على العيب مع قدرته على الرد كان رضا وهو غريب، والمعتمد أنه على التراخي. الخامس اطلع على عيب فأعلم القاضي وبرهن على الشراء والعيب فوضعها القاضي عند عدل وماتت عنده ثم حضر البائع، إن كان لم يقض بالرد على الغائب لم يرجع عليه بالثمن، وإن قضى رجع لأن للقضاء نفاذا في الأظهر عن أصحابنا. وفي السير: اشترى دابة في دار الاسلام وخرج عليها غازيا واطلع على عيب بغيبة البائع لا يركبها وإن في دار الحرب لأنه رضا وإن أمره الإمام لكن إذا قضى بأن الركوب ليس برضا نفذ وأمضاه القاضي الثاني. السادس خاصم البائع في العيب ثم ترك الخصومة زمانا وزعم أن الترك كان لينظر هل هو عيب أم لا؟ له الرد. السابع أقر المشتري بعدما اطلع على عيب أو قبله أن المبيع كان لفلان غير البائع وكذبه فلان له الرد على البائع، وتمام مسائل الاقرار للغير بالمبيع مذكورة في الولوجية. الثامن عشر على عيب فقال للبائع إن لم أرد إليك اليوم رضيت به قال محمد: القول باطل وله الرد. التاسع قال البائع ركبها بعد العثور على العيب في حاجتك وقال المشتري بل ركبها لا ردها عليك فالقول قول المشتري. العاشر اطلع على عيب قبل القبض فقال المشتري للبائع رددته عليك بطل البيع قبل البائع أولا، والكل من البرازية. وفي السراج الوهاج: وإن قال ذلك بعد القبض لم يكن ذلك ردا ما لم يقل البائع قبلت أو رضيت ثم إذا رده برضا البائع كان فسخا في حقهما بيعا في حق غيرهما اه. وإن رده بحكم فهو فسخ عام. وكذا كل عقد يفسخ، بالرد ويكون المردود مضمونا بما يقابله، كذا فجامع الفصولين. وفي القنية: اشترى حمارا ووجد به عيبا قديما فأراد الرد فصولح بينهما بدينار وأخذه ثم وجد به عيبا قديما آخر فله رده مع

الدينار.
ثم رقم لآخر أنه يرجع بنقصان العيب وعنه أنه يرده اه. الحادي عشر باع بعيرا فوجده
المشتري معيبا فرده فقال له البائع اذهب فتعهده إلى عشرة أيام فإن برئ فلك البعير،
وإن
هلك فمن مالي لا يكون ردا، كذا في القنية. الثاني عشر المشتري إذا رد المبيع بالعيب
فإنه
يرجع بالثمن على بائعه إلا في مسألة في القنية: باع عبدا وسلمه ثم وكل وكيلا بقبض
الثمن

فأقر الوكيل بقبضه وهلاكه وجحد البائع الموكل برئ المشتري ولا ضمان على الوكيل، فإن وجد المشتري به عيبا رده ولا يرجع بالثمن على البائع لاقرار الوكيل ولا على الوكيل لكونه أميناً وليس بعاقداً. والثانية في الفوائد. الثالث عشر قال البائع بعته لك معيباً بهذا العيب وقال المشتري اشتريته سليماً فالقول للمشتري ثم رقم أنه ينبغي أن يحكم الثمن يعني إن كان الثمن يسيراً فالقول للبائع وإلا فللمشتري اهـ. الرابع عشر اشترى حمارة بثلاثة دنانير ذهب ثم أعطها عوضها دراهم ثم رده بعد شهر بعيب وقد انتقص سعر الدراهم فله أن يطلب من البائع عين الذهب، وبمثله أجاب في الإقالة إلا إذا دفع مكان الذهب حنطة، وهي وما قبلها في القنية. الخامس عشر الموصى له لا يملك الرد بالعيب إلا إذا لم يكن وارث، كذا في الصغرى قوله: (وما أوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب) لأن المقصود نقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله وهم التجار أو أرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات، كذا في فتح القدير. فلا يقتصر الحكم على التجار. أطلقه فشمّل ما إذا كان ينقص العين أولاً ينقصها ولا ينقص منافعها بل مجرد النظر إليها كالظفر الأسود الصحيح القوي على العمل، وكما في جارية تركية لا تعرف لسان الترك كما في فتح القدير. وقيد في المعراج الظفر الأسود لكونه عيباً بالأتراك أما في الحبش فلا. وقيد في البزازية عدم معرفة اللسان بأن يعده أهل الخبرة عيباً وقال القاضي في المولد لا يكون عيباً. والتجار بضم التاء مع التشديد جمع تاجر وبكسرهما مع التخفيف ولا يكاد يوجد تاء بعدها جيم، كذا في

المصباح. والضابط عند الشافعية أنه يرد بكل ما في المعقود عليه من منقص القيمة أو نقصان

يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه. قالوا: وإنما شرطنا

فوات غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه. قالوا: وإنما شرطنا فوات غرض صحيح لأنه لو بان فوات قطعة يسيرة من فحذه أو ساقه لا رد، ولو قطع من

أذن الشاة ما يمنع التضحية ردها وإلا فلا. وشرطنا الغالب لأنه لا ترد الأمة إذا كانت ثيبا

مع أن الثيابة معنى ينقص القيمة لكن ليس الغالب عدم الثيابة، كذا في شرح وجيزهم كما

في المعراج وقواعدنا لا تأباه للمتأمل. وفي خزانة الفقه: العيب ما نقص العين أو المنفعة وإلا

فإن أعده التجار عيبا كان عيبا وإلا فلا، وهو أحسن مما في الكتاب، وذكرها في التلخيص

من باب الاقرار بالعيب من البيوع، وحاصلها أنه أربع لا يرده في مسألتين وتمامه في شرحه

للفارسي قوله: (كالإباق) من أبق العبد أبقا من باب تعب وقتل في لغة، والأكثر من باب

ضرب إذا هرب من سيده من غير خوف ولا كد. والإباق - بالكسر - اسم منه فهو أبق

والجمع إباق مثل كافر وكفار، كذا في المصباح. وفي الجوهرة من بابه قال الثعالبي: الآبق

الهارب من غير ظلم السيد فإن هرب من الظلم لا يسمى أبقا بل يسمى هاربا فعلى هذا الإباق عيب والهروب ليس يعيب اه. وفي خزانة الفقه: الإباق الاستخفاء عن مولاه تمردا.

وفي القاموس إنه من باب ضرب ومنع وسمع اه. فعلى هذا له أبواب أربعة: الثلاثة وقتل كما في المصباح فسره في القاموس بالذهاب من غير خوف ولا كد عمله أو استخفى ثم

ذهب. أطلقه فشمّل ما إذا أبق من المولى أو من غيره مستأجرا أو مستعيرا أو مودعا إلا من

غاصب إلى المولى أو غيره إن لم يعرف منزله أو لم يقو على الرجوع إليه، ويرد على إطلاقهم ما

إذا أبق من المشتري إلى البائع ولم يختف عنده فإنه ليس بعيب كما في القنية. وشمل
ما إذا
كان مسيرة سفر أو أقل وما إذا خرج من البلد أو لم يخرج لكن الأشبه أن البلدة إذا
كانت

كبيرة كالقاهرة فهو عيب، وإن كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه أهلها وبيوتها لا يكون عيبا
كما ذكره الشارح. وشمل الصغير والكبير لكن إذا كان غير مميز لا يكون عيبا والعدر له أنه

يسمى ضالا لا أبقا كما في السراج الوهاج، فلذا لم يقيده وسيأتي أنه لا بد من المعاودة عند المشتري واتحاد السبب. وفي البزازية: قال لآخر اشتره لا عيب فيه فاشتراه ثم وجد به عيبا

له أن يرده على بائعه، ولو قال اشتر هذا العبد فإنه غير آبق والمسألة بحالها لا يرد بعيب الإباق. وفي الصغرى: قول المشتري ليس به عيب لا يكون إقرارا بانتفاء العيوب، ولو عين

فقال ليس بآبق لا يكون إقرارا بانتفائه. شهدا أنه باعه بشرط البراءة من كل عيب أو من الإباق ثم اشتراه الشاهد ووجد به عيبا أو قال إنه آبق له الرد. عبدي هذا آبق فاشتراه وباع

من آخر فوجده الثاني أبقا وأراد الرد بإقرار بائعه لا يقبل، وإن قال عند البيع بعته على أنه آبق أو على أنه برئ من إباقه يرده ولو قال إنه برئ من الإباق لا لعدم الإضافة اه. وفي جامع

الفصولين: ولو شراه وأبق من عنده وكان آبق عند البائع لا يرجع بنقصان ما دام القن حيا

آبقا عند أبي حنيفة، وكذا لو سرق المبيع فعلم بعيبه لا يرجع بنقصه ليس للمشتري أن يطلب

البائع بشمنه قبل عود الآبق اه. وفي الصغرى قبل عوده أو موته. وشمل إطلاقه أيضا إباق الثور ولكن فيه ثلاثة أقوال في القنية قيل: إذا أبق الثور من قرية المشتري إلى قرية البائع لا

يكون عيبا، وقيل في الغلام عيب، وقيل في الثور عيب كخلع الرسن عيب فهذا أولى، وقيل إن دام فعيب أما المرتان والثلاثة فلا. قال رحمه الله تعالى: والثاني أحسن. وفيها أيضا: اشترى عبدا فأبق ثم وجده ولم يأبق عند بائعه بل آبق عند بائع بائعه ثم فله الرد اه. قوله:

(والبول في الفراش من العيوب) أطلقه فشمّل الكبير والصغير ويستثنى منه غير المميز فإنه لا

يكون عيبا ولا بد من معاودته عند المشتري في حالة واحدة، فإن بال في الصغر عند

البائع
ثم بعد البلوغ عند المشتري لا يرده لأنه في الصغر لضعف المثانة، وبعد البلوغ لداء في
باطنه
فهو عيب حادث بخلاف ما إذا بال عندهما في الصغر أو في الكبر لاتحاد السبب.
وفي
الفوائد الظهرية هنا مسألة عجيبة هي أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش
كان
له الرد، ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له أن يرجع بنقصان العيب، فإذا رجع
به ثم
كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ؟ لا رواية فيها قال:
وكان
والذي يقول: ينبغي أن يسترد استدلال بمسئلتين: إحداهما إذا اشترى جارية فوجدها
ذات

زوج كان له أن يردّها ولو تعيبت بعيب آخر يرجع بالنقصان فإذا رجع ثم أبانها الزوج
كان

للبيع أن يسترد النقصان.

الثانية اشترى عبدا فوجده مريضا له الرد فإذا تعيب بعيب آخر رجع بنقصان العيب،
فإذا رجع ثم برئ بالمدّاواة لا يسترد وإلا استرد، والبلوغ هنا لا بالمدّاواة فينبغي أن
يسترد،

كذا في المعراج والنهاية. وفي فتاوي قاضيخان: اشترى جارية وادعى أنها لا تحيض
واسترد

بعض الثمن ثم حاضت قالوا: إن كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان
للبيع

أن يسترد ذلك. وفيها أيضا: اشترى عبدا فقبضه وحم عنده وكان يحم عند البائع. قال
الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: المسألة محفوظة عن أصحابنا أنه إن حم في الوقت
الذي كأم

يحم عند البائع كان له أن يردّه أو في غيره فلا قبل له، فلو اشترى أرضا فنزت عند
المشتري

وقد كانت تنز عند البائع كان له أن يرد لأن سبب النز واحد وهو تسفل الأرض وقرب
الماء

إلا أن يجرى ماء غالب أو كان المشتري رفع من ترابها فيكون النز غير ذلك أو يشتهه
فلا يدرى

أنه عينه أو غيره قال القاضي الإمام يشكل ما في الزيادات اشترى جارية بيضاء إحدى
العينين ولا يعلم ذلك فانجلى البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد وجعل الثاني غير
الأول.

ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين وهو يعلم بذلك فلم يقبضها حتى انجلى ثم عاد
عند

البائع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني عين الأول الذي رضي به إذا كان الثاني عند
البائع،

ولم يجعله عينه إذا عاد البياض عند المشتري وقال لا يردّه. ثم قال القاضي الإمام:
كنت

أشاور شمس الأئمة الحلواني وهو يشاورني فيما كان مشكلا إذا اجتمعنا فشاورته في
هذا

المسألة فما استفدت منه فرقا، كذا في فتح القدير. فالحاصل ليس له الرد في المسألتين
لكن

في الأولى لجعله غير الأول إذ لو كان عينه لملك الرد لعدم العلم به، وفي الثانية لجعله

عين
الأول إذ لو كان غيره لملك الرد لكونه لم يرض به. وفي جامع الفصولين: شراه فوجده
يول
في الفراش يضعه القاضي عند عدل ينظر فيه. وفي الوقعات الحسامية: اشترى جارية
فوجد
في إحدى عينيها بياضا فانجلى البياض ثم عاد فقبض المشتري وهو لا يعلم بذلك ثم
علم فله
أن يرد، فرق بين هذا وبين ما إذا قبض وفي إحدى عينيها بياض وهو لا يعلم ثم انجلى
البياض ثم عاد ليس له أن يرد، والفرق أن البياض الثاني غير الأول حقيقة إلا أن في
الصورة
الأولى الثاني حدث في يد البائع فيوجب الرد، وفي الثانية البياض الثاني حدث في يد
المشتري

فلا يوجب الرد اه. وبهذا ظهر أن لا إشكال ولا يحتاج إلى المشاورة نعم على ما نقله
في فتح
القدير من امتناع الرد في المسألتين مشكل قوله: (والسرقة من العيوب في العبد
والجارية)
أطلقه فشمّل الصغير والكبير إلا الذي لا يميز كما قدمناه في الإباق والبول في الفراش
فالثلاثة من غير المميز ليست عيبا. وفسر في المعراج المميز هنا بأن يأكل وحده
ويشرب وحده
ويستنجي وحده، وقدره بعضهم بخمس سنين كما في المعراج أيضا. ولا بد من
المعاودة عند
المشتري في حالة واحدة فلا بد من السرقة عندهما في الصغر أو بعد البلوغ، فإن سرق
عند
البائع في صغره ثم عند المشتري بعد بلوغه لا برده لحدوث العيب لأن في الصغر لقلة
المبالاة
وفي الكبير لخبث في الباطن ولا بد من أن لا تقطع يده عند المشتري ولذا قال في
المحيط:
اشترى عبدا فسرق عنده وقد كان سرق عند البائع فقطعت يده بالسرقتين يرجع بربع
الثلثين
لأن اليد قطعت بالسرقتين جميعا اه. وفي الظهيرية من المحاضر أن الطراز والنباش
وقاطع
الطريق كالسارق عيب في العبد. وفي البدائع أن العبد إذا زنى فحد فإنه يكون عيبا.
أطلقه
فشمّل ما إذا سرق من المولى أو من غيره قليلا كان أو كثيرا ويرد عليه مسألتان:
الأولى ما إذا
سرق من المولى طعاما ليأكله فإنه لا يكون عيبا بخلاف ما إذا سرقه لبيعه أو سرقه من
غير
المولى ليأكله فإذا عيب فيهما. وفي البزازية: إذا سرق طعاما لا للاكل بل لبيعه ونحوه
فعب
مطلقا، وظاهره أن الإهداء كالبيع. الثانية ما إذا سرق فلسا أو فلسين فإنه لا يكون عيبا
وقد
جزم به الشارح، وظاهر ما في المعراج أنها قوية وأن المذهب الاطلاق وعلى هذا
القول ما
دون الدرهم كذلك كما ذكره فيه. وفي الظهيرية. وإذا نقب البيت ولم يختلس فهو
عيب.

وفي جامع الفصولين: لو سرق بصلا أو بطيخا من الغالين أو فلسا كما تسرق التلامذة
لم
يكن عيبا، ولو سرق بطيخا من فاليز الأجنبي فهو عيب هو المختار، وإن سرق للادخار
فهو
عيب مطلقا اه. قوله: (والجنون) لما ذكرنا ولا بد فيه من وجوده عند البائع ثم عند
المشتري
كذلك كما لا يخفي، سواء اتحدت الحالة أو لا. فلو جن عند البائع فصغره ثم عند
المشتري في صغره أو بعد بلوغه فهو عيب لكونه عين الأول لأنه عن فساد في الباطن
ولا
يختلف سببه بالصغر الكبير كما في العيوب الثلاثة، وهذا معنى قول الإمام محمد أنه
عيب
أبدا وليس معناه عدم اشتراط العود في يد المشتري لأن الله تعالى قادر على إزالته وإن
كان قل
ما يزول، كذا في الهداية وهو الصحيح وهو قول الجمهور وهو المذكور في الأصل
والجامع

الكبير وبه أخذ الطحاوي، ولكن ميل الحلواني وخواهر زاده إلى ظاهر كلام محمد من عدم
اشترط العود عند المشتري للحديث من جن ساعة لم يفق أبدا. وقال الأسيحابي:
ظاهر
الجواب عدم اشتراط المعاودة في يد المشتري، وقيل تشترط وهو الصحيح، وقيل
تشترط بلا
خلاف بين المشايخ، كذا في عامة الروايات. فالحاصل أن المشايخ اختلفوا فيه على
ثلاثة
أقوال، فمنهم من جعله كالإباق والبول في الفراش فلا بد من المعاودة واتحاد السبب
وهو
قول أبي بكر الإسكاف البلخي كما في غاية البيان معزيا إلى أبي المعين في شرح
الجامع
الكبير، ومنهم من لم يشترطه نظرا إلى قول محمد في الجامع الصغير أن الجنون عيب
لازم أبدا
فإذا جن في يد البائع كفى للرد، واختاره الفقيه أبو الليث كما في غاية البيان والحلواني
وخواهر زاده كما قدمناه، وعامة المشايخ على اشتراط العود في يد المشتري وإن لم
يتحد
السبب. واختاره الصدر الشهيد وقاضيخان وصاحب الهداية وصححوه وحكموا بغلط
ما
عداه. وفي التلويح: الجنون اختلال القوة المميزة بين الأشياء الحسنة والقبیحة المدركة
للعواقب اه. والأخضر اختلال القوة التي بها إدراك الكليات. وبه يعلم تعريف العقل من
أنه القوة التي بها ذلك. ثم اعلم أن الاختلاف لا يخص الجنون فقد نقل في البدائع عن
بعض
المشايخ أن البول في الفراش والإباق والسرقة والجنون لا يشترط معاودة ذلك في يد
المشتري، ووجودها عند البائع يكفي للرد والعامة على خلافه. وفي المحيط: تكلموا
في
مقدار الجنون قيل ساعة عيب، وقيل أكثر من يوم وليلة، وقيل المطبق دون غيره، كذا
في
المعراج. والمطبق - بفتح الباء - والأصل إن المعاودة عند المشتري بعد الوجود عند
البائع شرط
للرد إلا في مسائل: الأولى زنا الجارية. والثانية التولد من الزنا. الثالثة ولادة الجارية عند
البائع أو غيره فإنه عيب ترد به على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وإن لم تلد
ثانيا عند

المشتري لأن الولادة عيب لازم لأن الضعف الذي حصل بها لا يزول أبدا وعليه الفتوى.

وفي رواية كتاب البيوع لا ترد، كذا في فتح القدير. وفي الصحاح: جن الرجل جنونا وأجنه الله تعالى فهو مجنون ولا يقال مجن، وقولهم في المجنون ما أجنه شاذ لا يقاس عليه

لأنه لا يقال في مضروب ما أضربه ولا في المسلول ما أسله اه. وفي فتح القدير: والحمق

عيب وفسره في المغرب بنقصان العقل قوله: (والبخر والدفن والزنا وولده في الجارية)
أي
عيب فيها لا في الغلام لأن المقصود قد يكون الاستفراش وهذه تخل به. والمقصود من
الغلام
الاستخدام ولا يخل به إلا إذا كان البخر والدفن فاحشا بأن كان عن داء بحيث يمنعه
عن
قرب سيده لأن الدعاء عيب وأن يكون الزنا عادة له لأن اتباعهن يخل بالخدمة وهو أن
يتكرر
منه الزنا أكثر من مرتين. وأشار بكون الزنا ليس عيبا فيه الدال على القوة إلى أنه لو
وجده
عينا فله الرد كما في البناية. والبخر - بالباء المفتوحة والخاء المعجمة المفتوحة
الفوقية - من
بخر الفم بخرا من باب تعب أنتنت ريحه فالذكر أبخر والأنثى بخراء والجمع بخر مثل
أحمر
وحمراء وحمر، كذا في المصباح. والبخر الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة
دون ما
يكون بفلج بالأسنان فإنه ذلك يزول بتنظيفها، كذا في فتح القدير. وفي المستطرف:
يقال إن
البخر يحصل من طول انطباق الفم وكل رطب الفم سائل اللعاب سالم منه وفيه كان
يقال لا
ابتلاك الله ببخر عبد الملك بن مروان ولا بصمم ابن سيرين ولا بعمى حسان. وحكي
أن
عبد الملك أكل من تفاحة ثم رماها إلى زوجته فتناولت السكين فسألها فقالت: لأزيل
الأذى
عنها فغضب وطلقها. وإنما قيدنا بالخاء الفوقية احترازا عن البجر بالجيم فإنه عيب
فيهما
وهو انتفاخ ما تحت السرة وبه سمى بعض الناس أبجر، كذا في النهاية. ولا فرق بين
الأمرد
وغيره في البخر من كونه ليس بعيب وهو الصحيح، وقيل الأمرد كالجارية، وأما الدفن
فهو
نتن ريح الإبط وهو بالدال المهملة المفتوحة والفاء المفتوحة يقال دفن الشيء دفرا فهو
دافر من
باب تعب أنتنت ريحه، وأدفر بالألف لغة والدفن وزان فلس اسم منه يقال فيه دفن أي

نتن، ويقال للجارية إذا شتمت يا دفار أي منتنة الريح كناية عن خبث الخبر والمخبر، كذا في المصباح. وأما الذفر بالذال المعجمة فهو من ذفر الشيء دفرا فهو ذفر من باب تعب، وامرأة ذفرة ظهرت رائجتها واشتدت طيبة كانت كالمسك أو كريهة كالصنان. قالوا: ولا يسكن المصدر إلا للمرة والواحدة إذا دخلها هاء التأنيث فيقال ذفرة وقالت أعرابية تهجو شيخا أدبر ذفره وأقبل بخره، كذا في المصباح. وفي البزازية: نتن ريح الفم والأنف والإبط عيب اه. والمراد بقوله وولده التولد من الزنا ولو عبر به كما في الاصلاح لكان أولى لأن نفس ولد الزنا ليس بعيب إنما العيب التولد منه، وأما الولد فمعيب ويمكن أن يقدر كون أي كونها ولد الزنا عيب. ولم يذكر المصنف اللواطه بالجارية والگلام قال في القنية. وجامع الفصولين: لو اشترى عبدا يعمل به عمل قوم لوط فإن كان مجانا فهو عيب لأنه دليل الابنة، وإن كان

بأجر فلا بخلاف الجارية فإنه يكون عيبا كيفما كان لأنه يفسد الفراش اه. وفي المصباح:

الابنة العقدة في العود والعدواة اه. وكل ليس بمناسب وهي عيب حتى في البهائم لما في القنية: اشترى حمارا ذكرا يعلوه الحمر ويأتونه في دبره قال: وقعت هذه بينخارى فلم يستقر فيها جواب الأئمة. وقال عبد الملك النسفي: ان طواع فعيب والا فلا وقيل عيب اه. وفي اقرار تلخيص الجامع من باب الاقرار بالعيب ادعى العيب وأقام أن البائع كان لها يا زانية أو هذه الزانية فعلت كذا لم ترد لأنه للاستحضار والسب دون تحقق المعنى ولهذا لو قال يا ابني أو يا كافرة لا يعتق ولا تبين لا يلزم بيا حر يا مولاي لأننا اعتبرنا الحقيقة فيما يكون ثبوته من جهته والعرف فيما يتعذر ولا الحد لأن الحقيقة منافية فتعلق باللفظ ولا كذلك الرد، ولو قال هذه الزانية أو نون ترد لأنه جملة خبرية فتفيد المخبر، وتمامه في شرحه فهي رباعية ترد في اثنين ولا ترد في اثنين اه قوله: (والكفر أقبح العيوب) لأن المسلم ينفر عن صحبته ولا يصلح للاعتاق في بعض الكفارات فتختل الرغبة. أطلقه فشمّل كفر الغلام والجارية والنصراني واليهودي والمجوسي كما في النهاية. وما إذا شرط إسلامه فظهر كفره. أو أطلق وما إذا كان قريبا من بلاد الكفر أو من بلاد الاسلام. ولو شرط كفره فظهر اسلامه لا يرده لأن الشرط للتبري من عيبه فصار كما إذا اشتراه على أنه معيب فإذا هو سليم وحالفنا الشافعي وأحمد نظرا إلى أنه ربما اشترط كفره ليستخدمه في محقرات الامر ولم أر حكم ما إذا وجدته خارجا عن مذهب أهل السنة كالمعتزلي والرافضي، وينبغي أن يكون كالكافر لأن السني ينفر عن صحبته وربما قتله الرافضي لأن الرافضة يستحلون قتلنا. وفي السراج الوهاج: الكفر عيب ولو اشتراها مسلم أو ذمي اه. وهو غريب الذمي قوله: (وعدم الحيض

والاستحاضة) لأن انقطاع الحيض أو استمرار الدم علامة الداء لأن الحيض هو الأصل
في
بنات آدم وهو دم صحة فإذا لم تحض فالظاهر أنه عن داء بها ولهذا قالوا: لا تسمع
دعواه
بانقطاعه إلا إذا ذكر سببه من داء أو حبل. ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ سبع
عشرة
سنة عند الإمام، وخمسة عشر عندهما، ويعرف ذلك بقول الأمة لأنه لا يعرفه غيرها
ولكن لا
ترد بقولها بل لا بد من استحلاف البائع فترد بنكوله إن كان بعد القبض، وإن كان قبله
فكذلك في الصحيح. ولو ادعاه في مدة قصيرة لم تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند الثاني،
وأربعة أشهر وعشر عند الثالث وابتدؤها من وقت الشراء. وحاصلها أنه إذا صحح
دعواه
سئل البائع فإن صدقه رد ت عليه وإلا لم يحلف عند الإمام كما سيأتي، وإن أقر به
وأنكر كونه

عنده حلف، فإن نكل ردت عليه ولا تقبل البينة على أنه الانقطاع كان عند البائع للتيقن بكذبهم بخلاف الشهادة على الاستحاضة لأنها درور الدم، والمرجع في الحبل إلى قول النساء،

وفي الداء إلى الأطباء وهم عدلان، كذا ذكر الشارح تبعا للنهائية والدراية ولكن فيها أن الرجوع فيها إلى قول الأمة إنما هو قول محمد، أما في ظاهر الرواية فلا قول للأمة في ذلك

اه. وبما قررناه ظهر أن انقطاع الحيض لا يكون عيبا إلا إذا كان في أوانه، أما انقطاعه في

سن الصغر أو الإياس فلا اتفاقا كما في المعراج. واعتبر قاضيخان في فتاواه مدة الانقطاع

بشهر ورجحه في فتح القدير ولذا لم يشترط قاضيخان لصحة دعوى الانقطاع تعيين أن يكون

عن داء أو حبل. ورجحه في فتح القدير لأنه وإن لم يكن عن داء فهو طريق إليه، وطريق

توجه الخصومة على ما صححه في فتح القدير أن يدعى انقطاعه للحال ووجوده عند البائع

فإن أنكروا وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية، فإن ذكرت أنها منقطعة

اتجهت الخصومة فيحلف ما وجد عنده، فإن نكل ردت عليه. وفي القنية: ولو وجد الجارية

تحيض في كل ستة أشهر مرة فله الرد. طم: إن كانت مغنية فله الرد اه. ثم اعلم أنه قد وقع من ابن الهمام خبط عجيب فإنه رد على الشارحين في موضعين: الأول في

اشتراطهم أن يكون الانقطاع عن داء أو حبل وزعم أن فقيه النفس قاضيخان لم يتعرض له وليس كما

زعم بل قاضيخان في الفتاوي صرح به أولا فقال: لو اشترى جارية وقبضها ثم قال إنها لا

تحيض قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: لا تسمع دعوى المشتري إلا أن يدعي

ارتفاع الحيض بالحبل أو بسبب الداء، فإن ادعى بسبب الحبل يريها القاضي النساء إن قلن هي

حبلية يحلف البائع أن ذلك لم يكن عنده، وإن قلن ليست بحبلية فلا يمين. وفي معرفة داء في

باطنها يرجع إلى الأطباء إلى آخره. فهذا كما ترى صريح فيما نقلوه فكيف يصح قوله
إنه لم
يتعرض له لكن وقع له عبارة أخرى في الفتاوى بعد هذه بصفحة قال: رجل اشترى
جارية
وقبضها ولم تحض عند المشتري شهرا وأربعين يوما قال القاضي الإمام أبو بكر محمد
بن
الفضل ارتفاع الحيض عيب وأدناه شهر أحد وإذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان
له أن
يرد إذا أثبت أنه كان عند البائع اه. فالعبارتان لواحد وهو الشيخ الإمام أبو بكر لكن
الأولى
لسماع الدعوى عند القاضي. والثانية لتحقيق العيب في نفسه لا لبيان سببه فلا مخالفة

بينهما. الثاني في نقلهم أنه لا بد من مدة مديدة سنتان أو أربعة أشهر وعشر أو ثلاثة أشهر
محتجا بالعبارة الثانية لقاضيخان، ولا اعتبار بها مع صريح النقل عن الأئمة الثلاثة
ويمكن
حملها على رواية أخرى، فنسبته لهم إلى الغلط غلط فاحش منه فالمعتمد ما نقله
الشارحون في
النهاية والعناية والدراية والبنائة والتبيين والكافي وغيرهم. وفي البزازية: ارتفاعه بدون
أحد
هذين لا يعد عيبا. ونقل عن أبي مطيع أنه قدر المدة بتسعة أشهر، وسفيان بحولين.
وفي
التحفة: قدره بشهرين كما في غاية البيان فهي سبعة أقوال. ثم اعلم أنه لا منافاة بين
قولهم
يعتبر قول الأمة وبين قولهم والمرجع في الحبل إلى قول النساء وفي الداء إلى قول
الأطباء لأن
اعتبار قول الأمة إنما هو لأجل انقطاع الدم لتوجه الخصومة إلى البائع فإذا توجهت إليه
بقولها
وعين المشتري أنه عن حبل رجعنا إلى قول النساء العالمات بالحبل لتوجه اليمين على
البائع وإن

عين أنه عن داء رجعنا إلى قول الأطباء كذلك كما لا يخفي قوله: (والسعال القديم) وهو ما

كان عن داء أما المعتاد فلا كما في فتح القدير. وظاهر الكتاب أن الحادث منه ليس بعيب ولو

كان موجودا عندهما، والظاهر أن ما كان داء فهو قديم وأن هذا هو مراده من كونه قديما

فالمنظور إليه كونه عن داء لا القدم ولذا قال في جامع الفصولين: السعال عيب إن فحش

وإلا فلا اه (حكاية) في المستظرف: خطب المأمون بمرور فسعل الناس فنأدى بهم إلا من كان

به سعال فليتداو بشرب خل الخمر ففعلوا فانقطع عنهم السعال. قوله: (والدين) لأن ماليته

تكون مشغولة به والغرماء مقدمون على المولى. أطلقه فشمّل دين العبد والجارية وما إذا كان

مطالباً به للحال أو متأخراً إلى ما بعد العتق. وفرق بينهما الشافعي وهو حسن إذ لا ضرر

على المولى في الثاني وجوابه أنه يلحقه ضرر بنقصان ميراثه منه حيث كان وارثاً له، كذا في

فتح القدير. وهو بحث منه مخالف للنقل. قال مسكين: والدين أي الدين الذي يطالب به

في الحال، أما الدين المؤجل فإنه ليس بعيب، كذا في الذخيرة. والمراد المؤجل إلى العتق.

وفي القنية: الدين عيب إلا إذا كان يسيراً لا يعد مثله نقصاناً. وفي السراج الوهاج: إذا كان

على العبد دين أو في رقبة جناية فهو عيب لأنه يجب بيعه فيه ودفعه فيها فتستحق رقبته بذلك، ويتصور هذا فيما إذا حدثت به الجناية بعد العقد قبل القبض، أما إذا كانت قبل

العقد فبالبيع يصير البائع مختاراً للجناية، فإن قضى المولى الدين قبل الرد سقط الرد لأن المعنى

الموجب للرد قد زال اه. وكذا إذا أبرأ الغريم كما في البرازية قوله: (والشعر والماء في العين) لأنهما يضعفان البصر ويورثان العمى، ولا خصوصية لهما بل كل مرض بالعين

فهو عيب ومنه السبل كما في المعراج وكثرة الدمع. وقد ذكر المصنف أولاً ضابط العيب ثم ذكر

عددا من العيوب ولم يستوفها لكثرتها فلا بأس بتعداد ما اطلعنا عليه في كلامهم كثيرا للفوائد ولكثرة الاحتياج إليها في المعاملات. ففي المعراج: الثؤلول عيب، وكذا الخال إن كان قبيحا منقصا، والصهوبة حمرة الشعر إذا فحش بحيث تضرب إلى البياض، والشمط وهو اختلاط البياض بالسواد في الشعر في غير أوانه دليل الداء وفي أوانه دليل الكبر، والعشي عيب وهو ضعف البصر بحيث لا يبصر في الليل، والسن الساقط ضرسا كان أو غيره، وكذا السوداء والظفر الأسود المنقص للثمن، والعسر وهو العمل باليسار دون اليمين عجزا لا أن يكون عسر يسر وهو الأضبط الذي يعمل بهما، وقد كان عمر رضي الله تعالى عنه بهذه

الصفة فهو زيادة. والقشف وهو يبوسة الجلد وتشنج في الأعضاء والكي إن كان من
داء والا
لا كما في الحبشة. والحرن على وجه لا يستفز ولا ينقاد للراكب عند العطف والسير.
والجمع عيب وهو أن لا يلين عند اللجام، وخلل الرأس من العذار، وبل المخلاة إن
نقص
وهو أن يسيل لعاب الفرس على وجه يبيل المخلاة إذا جعل على رأسه وفيه علفه، وقيل
أن
يرميها وهو نوع من الجمع. والغرب في العين وهو ورم في المآقي وربما يسيل منه شيء
حتى قال محمد: إنه إذا كان سائلا فصاحبه من أصحاب الاعذار. والشتر عيب وهو
انقلاب
في الأجفان وبه سمي الأشتر وهو لضعف البصر والحول كذلك. والحوص وهو نوع
من
الحول، والقبل في انسان العين، وإذا كان في جانب فهو الحوص. والظفر وهو بياض
يبدو
في إنسان العين وكل ذلك لضعف البصر وربما منعه أصلا. والحرب في العين وغيرها
لكونه
عن داء، والعزل وهو أن يعزل ذنبه في أحد الجانبين، والمشش وهو ورم في الدابة له
صلابة، والفحج وهو تباعد ما بين القدمين، والصكك وهو أن يصكك إحدى ركبتيه
على
الأخرى، والحبل في بنات آدم عيب لكونه منقضا بخلافه في البهائم لكونه زيادة،
والقرن
عظم في المآتي مانع من الوصول، والرتق وهو لحم في المآتي، والعفل وهو أن يكون
المآتي
منها شبه الكيس لا يلتذ الواطئ بوطئها والكل يخل بالمقصود. والبرص والجذام وهو
قيح
يوجد تحت الجلد يوجد نتنه من بعيد. والفتق وهو ريح في المثانة وربما يهيج بالمرء
فيقتله ولا
يكون إلا لداء في الباطن، والسلعة وهي القروح التي تكون على العين، وقيل داء في
الرأس
يتناثر منه شعر الرأس، وقيل غدة تحت الجلد تدور بين اللحم والجلد، والدحس وهو
ورم
يكون في أطراف حافر الفرس والحمار، والحنف وهو إقبال كل واحد من الابهامين
إلى

صاحبه وهو ينقص من قوة المشي، وقيل الأحنف الذي يمشي على ظهر قدميه.
والصدف
التواه في أصل العنق، وقيل إقبال إحدى الركبتين إلى الأخرى. والشدق وهو سعة
مفرطة في
الفم، والتخنث، والحمق، وكونها مغنية، وشرب الخمر، وترك الصلاة وغيرها من
الذنوب.
وكل عيب يتمكن المشتري من إزالته بلا مشقة لا يرده به كإحرام الجارية ونجاسة
الثوب.
وقلة الأكل في البقرة عيب. ولو اشترى زوجي الخف وأحدهما أضيف من الآخر فإنه
خرج
عن العادة فله الرد، وإن كان الخف لا يتسع في اللبس وقد اشتراه له فهو عيب.
والتراب
في الحنطة الخارج عن العادة عيب فله ردها، وليس له أن يميز التراب ويرجع بحصته،
ولو
خلطه بها بعد التمييز أو انتقص الكيل والوزن بالتنقية امتنع الرد وله النقصان، وإن وجد
الجارية دميمة أو سوداء لا ترد، وإن كانت محترقة الوجه لا يعرف جمالها وقبحها فله
الرد.
ولو امتنع الرد رجح بفضل ما بينهما، ولو اشترى دارا ليس لها مسيل أو أرضا لا شرب
لها

أو مرتفعة لا تسقى إلا بالسكر فله الرد. اه ما في المعراج. ونقل منه في فتح القدير
ولكن
يحتاج إلى ضبط بعض ألفاظ ليزول الاشتباه عنها: التؤلؤل بهمزة ساكنة وزان عصفور
ويجوز
التخفيف والجمع التآليل وهو من ثل ثألا من باب تعب فالذكر أثال والأثنى تآلاء
والجمع
ثؤل مثل أحمر وحمراء وحمز وهو داء يشبه الحبوب. وقال ابن فارس: الثأل داء
يصيب الشاة
فتسترخي أعضاؤها، كذا في الصحاح. والعشي من عشى عشيا من باب تعب ضعف
بصره
فهو أعشى والمرأة عشاء منه أيضا. والقشف من قشف الرجل قشفا فهو قشف من باب
تعب
لم يعتد النظافة وأصله خشونة العيش منه أيضا. والجمع من جمح الفرس براكبه يجمع
بفتحتين
جماحا بالكسر وجموحا مصدر استعصى حتى غلبه فهو جموح بالفتح وجامح يستوي
فيه الذكر
والأثنى، كذا في المصباح. ولم يذكر أن مصدره الجمع ولكن في الصحاح: جمع
الفرس
جموحا وجماحا وجمحا إذا أعثر فارسه وغلبه اه. فعلى هذا الجمع في كلامهم بفتح
الجيم
وسكون الميم. والغرب بفتح الغين المعجمة والراء الساكنة وللعين غربان، كذا في
الصحاح.
والحوص بفتحتين ضيف في مؤخر العين والرجل أحوص منه أيضا. والقبل بفتحتين في
العين
إقبال السواد على الانف. والعزل بفتحتين والأعزل من الخيل الذي يقع ذنبه في جانب
ولك عادة لا حلقة وهو عيب منه أيضا والمشش بفتحتين وهو شئ يشخص في وطيفها
حتى يكون له حجم منه أيضا. والسكك بفتحتين. ولو ذكروا من العيوب أيضا الصأك
بصاد
ثم همزة مفتوحة وهو من صئك الرجل يصأك صأكا إذا عرق فهاجت منه ريح منتنة من
ذفر
أو غير ذلك - كما في الصحاح - لكان أفود، ويمكن تخصيصه بالجارية كالبحر
والدفر.
والسلعة بكسر السين اسم لزيادة تحدث في الجسد كالغدة تتحرك إذا حركت وتكون

من
حمصة إلى بطيخة، والسلعة بالفتح الشجة منه أيضا وما قدمناه من تفسيرها بعيد.
والحنف
بفتحيتين إعوجاج في الرجل. والصدف بالصاد والبدال المهملتين يقال فرى أصدف إذا
كان
متداني الفخذين متباعدا الحافرين في التواء من الرسغين، وقيل الصدف ميل في الحافر
إلى
الشق الوحشي، وقيل أن يميل خف البعير من اليد أو الرجل إلى الجانب الوحشي، فإن
مال
إلى الانسي فهو لا يعد منه أيضا. والشدق بفتح الشين وكسر الدال سعة الشدق وهو
جانب
الفم منه أيضا. وفي فتح القدير: ومن العيوب العثار في الدواب إن كان كثيرا فاحشا،
وأكل
العدار، وعدم الختان في الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافهما في الصغيرين، وفي
الجليب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا. وفي فتاوي قاضيخان: وهذا عندهم يعني
عدم
الختان في الجارية المولدة أما عندنا عدم الخفض في الجوار لا يكون عيبا اه. وفي
السراج
الوهاج: الزكام ليس بعيب والجنون عيب، وكذا العمى والعمور والشلل والصمم
والخرس

والإصبع الزائدة والناقصة والقروح والشحاج والأمراض كلها. والأدر عيب وهو انتفاخ الأثنيين والعشي عيب وهو الذي لا يبصر بالليل، وكذا العمش والعنين والخصي. ولو اشتراه

على أنه خصي فوجده فحلا لا خيار له. والكذب والنميمة عيب فيهما وقله الاكل في الدواب لا في بني آدم. والنكاح في الجارية والغلام فإن طلقها زوجها رجعا فله الرد وإن

كان بائنا سقط، وإذا وجدها محرمة عليه برضاع أو صهرية كأخته أو أم امرأته فليس بعيب

لأنه يقدر على الانتفاع بتزويجها وأخذ العوض وإذا وجدها لا تحسن الطبخ والخبز فليس

بعيب، وإذا وجد في المصحف سقطا أو خطأ فهو عيب، وإن كانت معتدة من طلاق بائن

فليس بعيب لأنه لا سبيل للزوج عليها والحرمه عارضة كتحریم الحائض اه. وفي الخانية: لو

اشترى جارية وقبضها ثم ادعى أن لها زوجا وأراد أن يردها فقال البائع كان لها زوج أبانها أو

مات عنها قبل البيع كان القول قول البائع ولا ترد عليه، ولو أقام المشتري البينة على قيام

النكاح لا تقبل بينته. ولو أقام البينة على إقرار البائع بذلك قبلت بينته، ولو قال البائع كان

زوجها عبدي فلان أبانها قبل البيع والمشتري ينكر الطلاق كان القول قول البائع، فإن حضر

المقر له بالنكاح وأنكر الطلاق كان للمشتري أن يردها، ولو قال البائع كان لها زوج عبدي

يوم البيع فأبانها أو مات عنها قبل القبض أو بعده والمشتري ينكر الطلاق كان للمشتري أن

يرد الجارية، ولو كان لها زوج عند المشتري فقال البائع كان لها زوج عندي غير هذا الرجل

أبانها أو مات عنها قبل البيع كان القول قول البائع اه. وفي البرازية: التخنت نوعان: أحدهما بمعنى الردى من الأفعال وهو عيب. الثاني الرعونة واللين في الصوت والتكسر

في المشي فإنه قل لا يرد وإن كثر رده. ولو اشترى غلاما أمرد فوجده محلوق اللحية يرده، وعدم

استمسك البول عيب. ولو اشترى حبلى فولدت عند المشتري لا خصومة له مع البائع،
فإن ماتت في نفسها رجل بنقصان الحبل إن لم يعلم به عند الشراء. اشتراها على أنها
صغيرة فإذا هي بالغة لا يردها. والثقب في الاذنين إن واسعا فهو عيب في التركية إن عدوه عيبا لا
في الهندية. وإن وجد الحنطة مسوسة يرد لا رديئا وجع الضرس مرة بعد مرة عيب، وإذا
كانت إحدى العينين زرقاء والأخرى غير زرقاء أو إحداهما كحلاء والأخرى بيضاء فهو
عيب. وإذا كانت البقرة لا تحلب إن كان مثلها يشتري للحلب ردها وإن للحم لا، وإن كانت
تمص إحدى ثدييها له الرد. وإن كانت الدابة بطيئة السير لا ترد إلا إذا شرط أنها عجول، وكونها
وكون العبد أكلوا فليس بعيب وفي الجارية عيب لأنها تفسد الفراش. اشترى عبدا فأصابه
حمى في يده وكان في يد البائع أيضا إن اتحد الوقتان يرد وإن اختلف لا. والنقب الكبير في
الجدار عيب. وكذا في بيوت النمل في الكرم إن فاحشا عيب، وكذا لو كان فيه ممر الغير أو
مسيل

الغير. ولو وجد في المسك رصاصا ميزه ورده بحصته قل أو كثر، ولو وجد في الشحم
ملحا كثيرا أو وجد في الدهن ودكا كثيرا فكالحنطة. أقر البائع بعد بيع السمن الذائب
بموت

فأرة فيه رجع عليه المشتري بالنقصان عندهما وعليه الفتوى اه. وفي جامع الفصولين:
وكونه

مقامرا إن كان يعد عيبا كقمار نرد وشطرنج ونحوهما فهو عيب، وكذا السحر عيب
فيهما لما

فيه من الضرر. وشرب الخمر عيب على سبيل الاعلان والادمان لا على الكتمان أحيانا.
اشترى فرسا فوجده كبير السن قيل ينبغي أن لا ترد إلا إذا شرط صغر السن كالجارية
إذا

وجدها كبيرة السن اه. وفي الظهيرية: والدفن عيب وهو أن يسيل الماء من المنخرين.
والأجهر عيب وهو من لا يبصر في النهار. والدحس وهو ورم يكون في أطرة حافر
الفرس

والأطرة دور الحافر، والقدع عوج في الرسغ بينه وبين الساعد وفي القدم كذلك عوج
بين

عظم الساق، وفي الفرس التواء الرسغ من الجانب الأيمن. والجرذ عيب وهو بالذال
المعجمة

كل ما حدث في عرقوب الدابة من ترند أو انتفاخ عصب. والهقعة وهي دائرة في
عرض

زور يعد عيبا ويتشاءم به ومنه يقال اتقوا الخيل المهقوع. والزور أعلى الصدر وفسره
في المنتقى

فقال: المهقوع الذي إذا سار سمع ما بين حاصرتيه وفرجه صوت. والانتشار وهو
انتفاخ

العصب عند الاعياء وتحرك الشظى كانتشار العصب غير أن الفرس لانتشار العصب
أشد

احتمالا منه لتحرك الشظى والشظى عظم ملتزق بالذراع. والشامة إن كانت على الخد
كانت

زينة فإن كانت على الأرنبة كانت قبحا اه. وفي القنية: اشترى حانوتا فوجد بعد القبض
على

بابه مكتوبا وقف على مسجد كذا لا يرده لأنها علامة لا تبني الأحكام عليه. اشترى
أرضا

فظهر أنها ميثومة فينبغي أن يتمكن من الرد لأن الناس لا يرغبون فيها، ولو اشترى
حمارا لا

ينهق فهو عيب. وترك الصلاة في العيد لا يوجب الرد اه. وقدمنا خلافه. وفي آخر
الباب

من فتح القدير: قطع الإصبع عيب والإصبعان عيبان والأصابع مع الكف عيب واحد،
وحذف الحروف أو نقصها والنقط أو الاعراب في المصحف عيب.
فائدة: في ميم المصحف الحركات الثلاثة ذكره الكرماني من شرح كتاب الإمامة.
والمصرأة شاة ونحوها أشد ضرعها ليجمع لبنها ليظن المشتري أنها كثيرة اللبن فإذا
حلبها ليس

له ردها عندنا، ولا يرجع بالنقصان في رواية الكرخي، ويرجع في رواية الطحاوي
لفوات

وصف مرغوب بعد زيادة منفصلة، ولو اختيرت للفتوى كان حسنا لغرور المشتري
بالتصيرية

اه. وفي الظهيرية: التصيرية ليست بعيب عندنا وكذا لو سود أنامل عبده وأجلسه علي
المعرض حتى ظنه المشتري كاتباً أو ألبسه ثياب الخبازين حتى ظنه خبازاً فليس له أن
يرده لأنه

مغتر وليس بمغرور اه. وفي الحاوي القدسي في المصرة: وعن أبي يوسف أنه يردها
وقيمة
صاع من تمر ويحبس لبنها لنفسه اه. وهو أقرب إلى حديث المصرة الثابت في
الصحيحين إلا
أن الحديث أوجب رد الصاع وهو أوجب قيمته قوله: (فلو حدث آخر عند المشتري
رجع
بنقصانه أو رد برضا بائعه) أي حدث بعدما اطلع على العيب القديم امتنع رده جبرا على
البائع
لدفع الاضرار عنه لكونه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فتعين الرجوع بالنقصان إلا
أن
يرضى البائع بما حدث لرضا بالضرر إلا في مسألة فإن البائع إذا رضي بالعيب الحادث
فإنه
المشتري لا يجبر على رده وإنما يرجع بالنقصان هي ما إذا اشترى عبدا فظهر أنه قتل
إنسانا
خطأ عند البائع ثم قتل آخر عند المشتري فإنه البائع إذا أراد قبوله بالجنايتين لا يجبر
المشتري
وإنما يرجع بنقصان الجناية الأولى دفعا للضرر عنه لأنه لو رده على بائعه كان مختار
للفداء
فيهما وتمامه في الولوالجية. أطلق في الحدوث فشمّل ما إذا كان بأفة سماوية أو
بعيرها، كذا
في المعراج. وشمّل ما إذا اشتراه مريضا فازداد في يده فإنه ليس له الرد، وقيل ينبغي أن
يرد
كما في وجع السن إذا ازداد إلا إذا صار صاحب فراش، كذا في خزنة الفقه. وفي
جامع
الفصولين: إذا تعيب عند المشتري بفعله أو بفعل أجنبي أو بأفة سماوية وظهره أنه إذا
تعيب
عنده بفعل البائع لا يمتنع الرد وظاهر اطلاق الكتاب امتناع الرد جبرا أيضا وفي القنية
اشترى
عبدا وبه أثر قرحة وبرأت منه ولم يعلم به ثم عادت قرحة فأخبر الجراحون أن عودها
بالعيب
القديم لم يرده ويرجع بنقصان العيب وهذا بخلاف مسألة كانت به قرحة فانفجرت أو
جدري
فانفجر عند المشتري فله الرد لأن انفجاره ليس بعيب حادث اه ومن العيب الحادث ما

لو
اشترى ماله حمل ومؤنة في بلد فأراد أن يرده بعيب قديم في بلد آخر ليس له الرد جبر
إلا في
بلد العقد كالتمر ومن العيب الحادث نتف ريش الطير المذبوح فيمتنع الرد كما في
القنية ثم
اعلم أن حدوث العيب عند المشتري شامل لما إذا نقص عنده وحاصل ما إذا نقص
المبيع إنه
لا يخلوا ما أن يكون في يد البائع أو يد المشتري فإن كان لأول فعلى خمسة أوجه
بفعل البائع
أو بفعل المشتري أو أجنبي أو المعقود عليه أو بأفة سماوية فإن بفعل البائع خير
المشتري وجد
به عيباً أو لا إن شاء تركه وإن شاء أخذه وطرح من الثمن حصة النقصان وإن كان
بفعل
المشتري لزمه جميع الثمن وليس له أن يمسكه ويطلب النقصان ولو منعه البائع بعد
جناية
المشتري لأجل الثمن فللمشتري رده بالعيب ويسقط عنه الثمن إلا ما نقصه بفعله وإن
كان
النقصان بفعل الأجنبي فالمشتري بالخيار بعيب أو لا إن شاء رضي به بجميع الثمن
واتبع
الجاني بإرشه وإن شاء تركه وسقط عنه الثمن وإن كان النقصان بأفة سماوية أو بفعل
المعقود

عليه يرده بجميع الثمن أو يأخذه وجد به عيبا أو لا ولو أخذه يطرح عنه حصة جناية
المعقود

عليه وأما النقصان بعد القبض فإن كان بفعله أو بفعل المعقود عليه أو بأفة سماوية لا
يرده

بالعيب لأنه يرده بعينين ويرجع بحصة العيب إلا إذا رضي به البائع ناقصا وإن كان بفعل
البائع أو الأجنبي يجب الأرش على الجاني وأنه يمنع الرد ويرجع بحصة العيب من
الثمن اه

وفي الواقعات اطلع على عيب بالكفن لا يرده ولا يرجع بنقصان العيب إلا إذا أحدث به
عيبا

فله الرجوع بالنقصان وصورة الرجوع بالنقصان أن يقوم المبيع وليس به عيب قديم
ويقوم وبه

ذلك فينظر إلى ما نقص من قيمته لأجل النقصان وينسب إلى القيمة السليمة فإن كانت
النسبة

العشر رجع بعشر الثمن وإن كانت النصف فبنصف الثمن بيانه إذا اشترى ثوبا بعشرة
دراهم

وقيمته مائة درهم واطلع على عيب ينقصه عشرة دراهم وقد حدث به عيب عنده فإنه
يرجع

بعشرة الثمن وهو درهم ولو اشتراه بمائتين وقيمته مائة ونقصه العيب عشرة فإنه يرجع
بعشر

الثمن وذلك عشرون وإن نقصه عشرين رجع بخمس الثمن وهو أربعون وإن اشتراه
بمائة

وهو يساوي مائة ونقصه عشرة رجع بعشر الثمن وهو عشرة كذا في السراج الوهاج
معزيا إلى

الينايع وفي البزازية وفي المقايضة إن النقصان عشر القيمة رجل بعشر ما جلع ثمنا
والمقوم لا

بد أن يكون اثنين يخبران بلفظ الشهادة بحضرة البائع والمشتري والمقوم الأهل في كل
حرفة اه

ويحتاج إلى الفرق بين التقويم هنا وفي كل موضع فإنهم اكتفوا في تقويم المتلفات
بتقويم

واحد كما في شرح المنظومة وظاهر الكتاب ان البائع إذا رضي برده فالخيار للمشتري
بين

الرد والامسك والرجوع بالنقصان وليس كذلك بل إذا رضي البائع فإنه يخير إن شاء
أمسكه

ولا رجوع له بالنقصان وإن شاء رده كما في المعراج وغيره وإذ رجع بالنقصان ثم زال العيب الجديد فله رد المعيب مع النقصان ونقل في القنية فيها أقوالا ثلاثة الأول ما ذكرناه وقواه بكتاب آخر ثم رقم للثاني بأنه ليس له الرد ثم رقم لثالث بأنه مال إلى أنه يرده إن كان بدل النقصان قائما والا فلا اه والذي يظهر ترجيح الأول لأن العيب الحادث كان مانعا من الرد بالتقديم وقد زال فيعود الرد والقائل بعدمه يقول أن الرد سقط والساقط لا يعود ويشهد له قولهم في خيار الرؤية لو باعه ثم رد عليه بقضاء فإنه لا خيار له لأنه قد سقط فلا يعود ومن العيب الحادث المانع من الرد ما إذا اشترى حديدا ليتخذ منه آلات النجارين وجعله في الكور ليحربه بالنار فوجد به عيبا ولا يصلح لتلك الآلات فإنه يرجع بالنقصان ولا يرده كما في القنية ومنه أيضا بل الجلود عيب حادث يمنع الرد بتقديم وكذا بل الابريسم منه أيضا وفي جامع الفصولين بل إبريسما فرأى عيبه يرجع بنقصه وكذا الأديم لو أنقع في الماء فرأى عيبه

لم يرده وإن رضى بئعه وهذا شكل ولو أدخل في النار قدوما فرأى عيبه لم يرده إذا الحديد

ينقص بالنار بخلاف الذهب والفضة كحديد أقول الذهب ينتقص في النار إذا ذاب أيضا اللهم إلا أن يكون قبل الذوب لو حدد سكيناً فرأى عيبه فإن حدده بحجر فله الرد لا لو حدده بمبرد لأنه ينتقص منه اهـ. وذكر قبله شري شجرة ليتخذ منها بابا أو نحوه فقطعها فوجدتها لا تصلح لذلك فله الرجوع بنقص العيب لا الرد إلا برضا بئعه اهـ. وأشار المصنف

باشترط رضا البائع إلى فرع في القنية لو رد المبيع بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو تقايلا ثم ظفر البائع بعيب حدث عند المشتري فله الرد اهـ. يعني لعدم رضاه به أولا وفي البزازية رده

ليشتري بعيب وعلم البائع بحدوث عيب آخر عند المشتري رد على المشتري مع إرش العيب

القديم أو رضى بالمردود ولا شيء به وإن حدث فيه عيب آخر عند البائع رجع البائع على

المشتري بإرش العيب الثاني إلا أن يرضى أن يقبل بعيب الثالث أيضا اهـ. ثم اعلم أنا كتينا

في الفوائد الفقهية أنه يستثنى من قولهم لو حدث به عيب وبه عيب قديم رجع بنقصه أ ورد

برضا بئعه مسألتان إحداهما بيع التولية لو باع شيئاً تولية ثم حدث به

عيب عند المشتري وبه عيب قديم لا رجوع ولا رد لأنه لو رجع صار الثمن الثاني أنقص من الأول وقضية التولية

أن يكون مثل الأول ذكره الشارح في بابها الثانية في السلم لو قبض المسلم فيه فوجد به عيبا

كان عند المسلم إليه وحدث به عيب عند رب السلم قال أبو حنيفة خير المسلم إليه إن شاء

قبله معيبا بالعيب الحادث وإن شاء لم يقبل ولا شيء عليه لا من رأس المال ولا من نقصان

العيب كذا في الخانية من باب السلم وذكره الولوالجي هنا وعمله بأنه لو غرم نقصان العيب

من رأس المال كما قال محمد كان اعتياضا عن الجودة وهو ربا اهـ. قوله: (ومن اشترى ثوبا

فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب) أي بنقصان العيب القديم لأن القطع عيب حادث

قوله: (وإن قبله البائع كذلك فله ذلك) لأن الامتناع لحقه وقد رضى به وهو تكرار لأن

رجوعه وجواز رده برضا بائعه في الثوب من أفراد ما قدمه ولم تظهر فائدة لافراد الثوب
إلا
ليترتب عليه مسألة ما إذا خاطه فإنه يمتنع الرد ولو برضاه وكان يمكنه أن يقول أولاً أو
رد
برضا بائعه إلا عند حدوث زيادة ووطئ الجارية كقطع الثوب. وفي الظهيرية: ووطئها
يمنع
الرد بالعيب بكرا كانت أو ثيبا وكان له أن يرجع بالنقصان إلا أن يقول البائع أنا أقبلها
كذلك
ووطئ غير المشتري كذلك يمنع الرد بالعيب سواء كان عن شبهة أو لا عن شبهة غير
أن
الوطئ إذا كان عن شبهة كان للمشتري أن يرجع بالنقصان، وإن قال البائع أنا أقبلها
كذلك
لمكان العقر الواجب بالوطئ عن شبهة، وإن كانت الجارية ذات زوج عند البائع
فوطئها
زوجها عند المشتري إن كان الجارية بكرا فليس للمشتري أن يردها، وإن كانت ثيبا
إن
نقصها الوطئ فكذلك الجواب، وإن لم ينقصها كان للمشتري أن يردها. هذا إذا وطئها
الزوج
مرة في يد البائع ثم وطئها عند المشتري فأما إذا لم يطأها عند البائع مرة إنما وطئها
عند
المشتري لم يذكر محمد هذا لفصل في الأصل، واختلف المشايخ فيه والصحيح أنها
ترد
بالعيب. ولو اشترى برذونا فحصاه ثم اطلع على عيب به بعد الخصاء كان له الرد إذا
لم
ينقصه الخصي، كذا في فتاوى أهل سمرقند، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني
يفتي
بخلافه اه قوله: (وإن باعه المشتري لم يرجع بشيء) لكونه حابسا له بالبيع لامكان الرد
برضا
بائعه فكان مفوتا للرد، أطلقه فشمّل ما إذا كان باعه بعد رؤية العيب أو قبله كما في
فتح
القدر، وما إذا كان لضرورة أو لا لما في القنية: اشترى سمكة فوجدها معيبة وغاب
البائع
ولو انتظر حضوره تفسد فشواها أو باعها ليس له أن يرجع بنقصان العيب ولا سبيل له

في
دفع هذا الضرر سئل عن مثلها في المشمش فقال: لا يرجع على قول أبي حنيفة اه.
وفي
المحيط معزيا إلى الجامع: اشترى عصيرا وقبضه ثم تخمر ثم وجد به عيبا لا يرده وإن
رضي
به البائع لأن في الرد تملك الخمر وتملكه قصدا لأن الرد بالتراضي بيع جديد في حق
المالك
وحرمة تملك الخمر حق الشرع فاعتبر بيعا جديدا في حقه، وإن صار خلا لا يرد إلا
إذا
رضي به البائع لأنه تعيب عنده بعيب آخر لأنه قبضه حلوا ويرده حامضا ويرجع بنقصان
العيب في الحالين. وكذا النصرانيان تبايعا خمرا وتقابضا ثم أسلما ثم وجد المشتري
بالخمر

عيبا لا يرده ويرجع بالنقصان، الأصل أن القضاء بثمانين معا مقابلا بالمبيع الواحد جائز لأن اجتماع ثمنين في ذمة واحدة بمقابلة مبيع واحد على الترادف جائز بأن اشترى أحدهما وباعه من آخر ثم اشتراه منه. رجلا ن ادعى كل واحد عبدا في يد إنسان أنه باعه من ذي اليد وهو ينكر وإقامة البينة فعليه الثمنان، وكذلك لو قام كل واحد البينة أنه عبده باعه منه وقد نتج عنده الدعوى وقعت في الثمن لا في المبيع لأن المبيع متى كان مسلما لا تقبل البينة على البيع لاثبات الملك فيه لاستغنائه عنه لأنه إنما يفتقر إليه فيما يقدر على تسليمه فيستوجب الثمن على المشتري وقد استغنى عن تسليمه وتمامه فيه، وفي تلخيص الجامع من الشهادات في البيوع: القضاء بثمانين معا في عين جائز ومبيعين لا إلى أن فرع على الأول لو اطلع على عيب رده على أيهما شاء، ولو حدث به عيب عنده رجع بالنقصان على أيهما شاء لا عليهما. ثم اعلم أن البيع مانع من الرجوع بالنقصان مطلقا سواء كان بعد حدوث نقص عند المشتري أو قبله إلا إذا كان بعد زيادة كما سيأتي 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 أجره أو رهنه أو كان طعاما فطبخه أو سويقا فلتته بسمن أو بناء في العرصة ونحوه ثم علم بالعيب فإنه يرجع بالنقصان إلا في الكتابة اه. وذكر هنا مسألتين في فروق الكرابيسي من أول كتاب الوكالة قال: رجل اشترى جارية فقبضها فباعها من غيره وقبضها الثاني ثم اشترها المشتري الأول من المشتري الثاني وقبضها ثم اطلع على عيب كان عند البائع الأول فإن المشتري الأول لا يرد لا على

البائع
الأول ولا على المشتري الثاني لأنه لا يفيد لأن قرار الرجوع عليه والوكيل بالشراء إذا
سلمه
إلى الموكل ثم اشتراه منه فوجد به عيبا يردده على البائع لأن قرار الرجوع ليس عليه بل
على

البائع الأول اه. وفي الولوالجية: وإذا طعن المشتري بعيب فصالحه على شئ أخذه أو حط
من ثمنه شيئاً فإن كان يقدر على رد المبيع والمطالبة بأرش العيب فالصالح جائز، وإن لم يقدر
فالصالح باطل نحو أن يكون المشتري باع المعيب لكونه أبطل حقه في الرد متى باعه اه
قوله:
(ولو قطعه وخاطه أو صبغه أولت السويق بسمن فاطلح على عيب رجع بنقصانه كما لو باعه
بعد رؤية العيب) لامتناع الرد بسبب الزيادة لأن لا وجه للفسخ في الأصل دونها لأنها لا
تنفك عنه ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلاً، وليس للبائع أن يأخذه
لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه فإن باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد
ممتنع أصلاً قبله فلا يكون بالمبيع حابسا للمبيع. وعلى هذا قلنا إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا
لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان، ولو كان الولد كبيرا يرجع لأن
التملك حصل في الأول قبل الخياطة، وفي الثاني بعدها بالتسليم إليه، وهذا معنى ما في
الفوائد الظهيرية من أن الأصل أن كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشتري ويمكنه
الرد برضا البائع فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان، وكل موضع يكون المبيع قائما على
ملكه ولا يمكنه الرد، وإن قبله البائع فأخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان اه. لكن وقع
التقييد بالخياطة في الثوب الموهوب للولد في الهداية وهو احترازي في الكبير اتفاقي في
الصغير فإنه بمجرد القطع له صار ملكا له فلا رجوع. وفي الكبير القطع والخياطة على ملك
نفسه فلما دفعه إليه بعدها أخرجه عن ملكه بعد امتناع رده شرعا فرجع، كذا في
المعراج
وسياتي إن شاء الله تعالى في الهبة أنه لو اتخذ لولده الصغير ثيابا يملكه وفي الكبير
بالتسليم
وليس كالطعام يأكله على ملك أبيه لأن الامر إذا توجه إلى وجوه فأولادها بالحكم

أغلبها تعارفا
والأغلب البر والصلة إلا إذا علم بالدليل كونه إعارة كالأشهاد عند الاتخاذ لعدم الاعتبار
بالدلالة عند التعارض، كذا في هبة البزازية وقبلها: اتخذ لولده ثيابا ليس له أن يدفعها
إلى
غيره إلا إذا بين وقت الاتخاذ أنها عارية اه. فعلى هذا لو صرح بأنها عارية لا يسقط
حقه في
الرجوع بنقصان العيب إذا خاطه لولده الصغير. أطلق الصبغ فشمّل كل لون ولكن في
السراج الوهاج أو صبغه يعني أحمر فإن صبغه أسود فكذلك عندهما لأن السواد
عندهما زيادة،
وعند أبي حنيفة السواد نقصان فيكون للبائع أخذه اه. وفي المصباح: لت الرجل
السويق لت
من باب قتل بله بشئ من الماء وهو أخف من البس اه. وقد أشار المصنف إلى أن
الزيادة
المتصلة بالمبيع التي لم تتولد من الأصل مانعة من الرد كالغرس والبناء وطحن الحنطة
وشئ

اللحم وخبز الدقيق. وفي فتح القدير: وفي كون الطحن والشئ من الزيادة المتصلة تأمل اه. وقيد بها لأن الزيادة المتصلة المتولدة كالمسمن والجمال وانجلاء بياض العين لا تمنع الرد

بالعيب في ظاهر الرواية لأنها تمحضت تبعا للأصل لتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة أصلا، ولم يتكلم على الزيادة المنفصلة بقسميها متولدة وغير متولدة

فالمتولدة كالولد واللبن والتمر في بيع الشجر والأرش والعقر وهي تمنع الرد كالمتصلة غير

المتولدة لتعذر الفسخ عليها، ففي فتح القدير: فيكون المشتري بالخيار قبل القبض إن شاء

ردهما جميعا وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن، وأما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصة

من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض، فإذا كانت

قيمه ألفا وقيمة الزيادة مائة والثمن ألف سقط عشر الثمن إن رده وأخذ تسعمائة اه. وهو

سهو لأنه غير مناسب لقوله أولا وهي تمنع الرد فكيف يقول إذا كان قبل القبض له ردهما

وإن كان بعده فله رد المبيع خاصة فعلى كحال لا يمتنع الرد، وإنما يناسب هذا التقرير لو

قلنا إنها لا تمنع الرد. وفي البزازية: إذا حدثت الزيادة بعد القبض واطلع على عيب عند البائع، فإن كانت منفصلة متولدة من الأصل تمنع الرد ويرجع بحصة العيب إلا إذا تراضيا

على الرف يكون كبيع جديد اه. وأما ما في فتح القدير من التقرير فإنما ذكره في البزازية

فيما إذا حدثت الزيادة قبل القبض ثم اطلع على عيب، فإن كان الاطلاع عليه قبل القبض

خير كما ذكره، ولو بعد القبض رد المبيع خاصة بحصته من الثمن. وفي الصغرى: والزيادة

المنفصلة تمنع الرد بالاجماع. وهل تمنع الاسترداد؟ فعلى الاختلاف عند محمد يسترد، وعندهما

لا. وفي الولوالجية: وتفسير العقر مهر مثلها عند بعضهم، وقال بعضهم عشر قيمتها إن كانت بكرا ونصف عشر قيمتها إن كانت ثيبا. وذكر قبله الزيادة المنفصلة تمنع الرد

بالعيب
بعد القبض وسائر أسباب الفسخ كالإقالة والرد بخيار رؤية وغيره اه. وفي القنية: الزيادة

في المبيع إما قبل القبض أو بعده، وكل منهما على أربعة أوجه: متصلة ومنفصلة وكل منهما
إما متولدة أم لا؟ فأما قبل القبض فالمتصلة المتولدة لا تمنع، والمتصلة غير المتولدة
تمنع، وأما
المنفصلة المتولدة لا تمنع فإن شاء ردهما أو رضى بهما بجميع الثمن. ولو وجد
بالزيادة عيبا لا
يردها إلا إذا أوجب نقصانا في المبيع فله خيار الرد لنقصان المبيع، ولو قبض الزيادة
والأصل
ثم وجد بالمبيع عيبا برده بحصته من الثمن لأنه صار حصة للزيادة بعد قبضها، ولو
وجد بها
عيبا خاصة يردها خاصة بحصتها من الثمن. وأما المنفصلة التي لم تتولد منه كالهبة
والصدقة
الكسب فلا تمنع الرد فإذا رده فالزيادة للمشتري بغير ثمن عند أبي حنيفة ولا تطيب له،
وعندهما للبائع ولا تطيب له. ولو قبض المبيع مع هذه الزيادة ووجد بالمبيع عيبا فعند
أبي حنيفة
يرد المبيع خاصة بجميع الثمن، وعندهما يرد مع الزيادة لأنها حدثت قبل القبض. ولو
وجد بالزيادة عيبا يردها لأن لا حصة لها من الثمن فلو ردها لردّها بغير شيء، ولو
هلكت
الزيادة والمبيع بعيب يرده خاصة بجميع الثمن بالاجماع، وأما الزيادة بعد القبض فإن
كانت
متصلة متولدة تمنع الرد عندهما بالعيب ويرجع بنقصان العيب عندهما، وعند محمد لا
ينفع
(ط) لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية وللمشتري طلب نقصان العيب، فإن طلب
فليس
للبيع أن يقول أنا أقبله كذلك عندهما. وقال محمد: له ذلك. ولو كانت متصلة غير
متولدة
تمنع الرد إجماعا، ولو كانت منفصلة متولدة منه تمنع الرد ويرجع بحصة العيب، ولو
كانت
منفصلة غير متولدة كالكسب لا تمنع الرد بالعيب وتطيب له الزيادة. هذا إذا كانت
الزياد
قائمة، فإن هلكت ففيه ثلاثة أوجه: إما أن تهلك بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل
الأجنبي. ففي الأول له رد الأصل، وفي الثاني خير البائع إن شاء قبله ورد الثمن وإن
شاء

رد حصة العيب، في الثالث لا رد لأن ضمانه كبقاء عينه ويرجع بحصة العيب اه. ولذا
قال
في المحيط: اشترى شاة حاملا فولدت عند البائع ولم تنقصها الولادة لا خيار
للمشتري، فإن

قبضهما فوجد بأحدهما عيبا يرده بحصته من الثمن لأنه قبضهما متفرقا، ولو ولدت بعد القبض لا يرد لأن الزيادة الحادثة بعد القبض تمنع الرد واللين كالولد اه. وفي جامع الفصولين: اعلم أن الزيادة نوعان: منفصلة ومتصلة، وكل منهما متولدة أولا، فالمتصلة التي لم تتولد تمنع الرد وفاقا وإن قبله البائع وله الرجوع بنقصه، والمتصلة المتولدة لا تمنع الرد في

ظاهر الرواية، فإن أراد المشتري الرجوع بنقصه لا رده فله ذلك عند محمد لا عندهما، و

المنفصلة المتولدة تمنع الرد وكذا تمنع الفسخ بسائر أسباب الفسخ، والمنفصلة التي لم تتولد لا تمنع الرد والفسخ بسائر أسباب الفسخ ثم قال: الصحيح أن المتصلة لا تمنع الرد بالعيب، ولا

فرق في كون الولد مانعا من الرد بين ما إذا اشتراها حاملا أحيانا فولدت عنده، فإذا ولدت الأمة امتنع ردها بعيب سواء هلك الولد أو لا بخلاف غيرها حيث لا يمنع رد الام

بعيب إذا هلك الولد إذ الولادة لا تنقص في غير بنات آدم، ولو شرى أمة حاملا فولدت زال العيب ثم قال: خيار الرؤية والشرط يبطل بولادة الأمة مات الولد أولا، والولد الميت

والبيضة الفاسدة لا تبطل الخيار إلا إذا نقصت بالولادة اه. ثم اعلم أن خياطة الثوب كما

تمنع رده بعيب تمنع الرجوع بثمنه عند استحقاقه، فلو اشترى قميصا فقطعه وخاطه ثم برهن

مستحق أن القميص له وقضى له به لم يرجع المشتري بالثمن على بائعه لكونه استحق بسبب

حادث كما لو برهن أن الكم له والآخر أن الدخريص له بخلاف ما إذا قطعه ولم يخطه فبرهن أن القميص له رجوع بالثمن، وتمامه في تلخيص الجامع. قوله: (أو مات العبد أو أعتقه) يعني يرجع بالنقصان إذا اطلع على عيب به يعد موته أو إعتاقه، أما الموت فلان الملك

انتهى به والامتناع حكمي لا بفعله، وأما الاعتاق فالقياس أن لا يرجع لأن امتناع الرد بفعله

فصار كالقتل، وفي الاستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الآدمي ما خلق في الأصل

محلا للملك وإنما يثبت فيه الملك مؤقتا إلى الاعتاق فكان إنهاء كالموت. وهذا لأن الشئ

يتقرر بانتهاؤه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر، والدليل على ثبوت أصل الملك مع
الاعتاق
ثبوت الولاء للمعتق وهو أثر من آثار الملك. وفي الصغرى: المشتري إذا باع من غيره
فمات
في يد الثاني ثم إطلع على عيب رجع بنقصان العيب على المشتري الأول، وليس
للمشتري
الأول أن يرجع على بائعه الأول بنقصان العيب عند أبي حنيفة خلافا لهما حتى لو
صالح

المشتري الأول مع بائعه عن ذلك على شئ لا يصح عند أبي حنيفة لأنه لا حق له اه،
كذا
في الكافي. وقد يقال: ما المانع من جعله من آثار العتق؟ ولم يذكر المؤلف رحمه الله
تعالى
توابع الاعتاق وفيها تفصيل، فالتدبير والاستيلاء كالتعق لتعذر النقل مع بقاء المحل
بالامر
الحكمي، وأما الكتابة فمانعة من الرجوع لجواز النقل لجواز بيعه برضاه وتعجيزه نفسه
فصار
بها حابسا كالاقتاق على مال. وقيد في السراج والوهاج بأداء بدل الكتابة ليعتق ليصير
عتقا
على مال اه. وفي المحيط: مكاتب اشترى أباه أو ابنه لا يرده بالعيب لأنه صار مكاتبا
والكتابة تمنع زوال الملك بسائر الأسباب فكذلك الفسخ، ولا يرجع بنقصانه لأن
الرجوع
بالنقصان خلف عن الرد بدليل أنه لا يصار إليه مع القدرة على الرد وإنما يثبت الخلف
إذا
وقع اليأس عن الأصل ولم يقع لقبولها الفسخ بخلاف ما إذا دبره ثم وجد به عيبا، فإن
عجز
المكاتب بعدما علم بالعيب رده المولى ويتولاه المكاتب لزوال المانع، فإن باعه المولى
أو مات
المكاتب رده المولى بنفسه كالوكيل إذا مات فإن أبرأه المكاتب قبل العجز لا يرده
المولى، وإن
أبرأه المولى قبل عجز المكاتب جاز. ولو اشترى المكاتب أم ولده ومعها ولدها لا
يردها
بالعيب ويرجع بنقصانه، ولو أبرأه المكاتب جاز. ولو اشترى المولى من مكاتبه عبدا لا
يرده
بالعيب ولا يخاصم البائع اه. ولو قال المؤلف أو هلك المبيع ليتناول هلاك غير الآدمي
لكان
أولى. وفي القنية: اشترى جدارا مائلا فلم يعلم به حتى سقط فله الرجوع بالنقصان.
وفي
جامع الفصولين: ذهب به إلى بائعه ليرده بعيبه فهلك في الطريق هلك على المشتري
ويرجع
بنقصه، وقدمنا حكم ما إذا قضى برده على البائع بعيبه فهلك عند المشتري. والحاصل
أن

هلاك المبيع ليس كإعتاقه فإنه إذا هلك المبيع يرجع بنقصان العيب، سواء كان بعد العلم به أو قبله. وأما الإعتاق بعد العلم به فمانع من الرجوع بنقصانه بخلافه قبله، وليس الإعتاق كاستهلاكه فإنه استهلكه فلا رجوع مطلقا إلا في الأكل عندهما، وقيل غير مانع من الرجوع بنقصه أيضا لوجوب الضمان به فهو كبيعته، كذا في السراج الوهاج. وفي جامع الفصولين:

ولو شري بغيره فلما أدخله في داره سقط فذبحه رجل بأمر المشتري فظهر عيبه يرجع بنقصه عندهما، وبه أخذ المشايخ كما لو أكل طعاما، ولو علم عيبه قبل الذبح فذبحه هو أو غيره بأمره لا يرجع اه. وفي الواقعات: الفتوى على قولهما في الأكل فكذا هنا وفيه: ولو اشترى

برا على أنه ربيعي فزرعه فإذا هو خريفي اختار المشايخ أنه يرجع بنقص العيب وهو قولهما
بناء على ما إذا اشترى طعاما فأكله فظهر عيبه والفتوى على قولهما. ولو اشترى بزرا
على أنه
بزر بطيخ كذا فزرعه فظهر على صفة أخرى جاز البيع لاتحاد الجنس من حيث إنه
بطيخ،
واختلاف الصفة لا يفسد العقد، ولا يرجع بنقص العيب عند أبي حنيفة. شري على أنه
بزر
بطيخ شتوي فزرعه فإذا هو صيفي بطل البيع فيأخذ المشتري ثمنه وعليه مثل ذلك
البزر. ولو
شري بزر الدوين فزرعه في أرضه ولم ينبت رجع على بائعه بكل ثمنه إن كان لنقصان
فيه،
وكذا لو شري بزر البطيخ فزرعه فنبت القثاء أو شري بزر القثاء فوجده بزر القثاء
البلخي
بطل البيع جملة. شري حب القطن فزرعه ولم ينبت قيل يرجع بنقص عيبه، وقيل لا
يرجع
لأنه أهلك المبيع اه. وفي القنية: باع منه دخنا للبذر وقال ازرعه فإن لم ينبت فأنا ضامن
لهذا
البذر فزرع فلم ينبت فعليه ضمان النقصان اه. وأشار بالاعتاق إلى الوقف فإذا وقف
المشتري
الأرض ثم علم بالعيب رجع بالنقص، وفي جعلها مسجدا لاختلاف والمختار الرجوع
بالنقص، كذا فجامع الفصولين وعليه الفتوى كما في البزازية. وإذا رجع بالنقصان سلم
له لأن النقصان لم يدخل تحت الوقف، كذا في البزازية أيضا قوله: (وإن أعتقه على ما
أو
قتله أو كان طعاما فأكله أو بعضه لم يرجع بشيء) أما الأول فلأنه حبس ما هو بدله
وحبس
البديل كحبس المبدل منه، وقد منا أن الكتابة بمعناه فلا رجوع. وأما قتله وأكل الطعام
فالمراد
إتلاف المبيع من المشتري مانع من الرجوع بنقصان العيب وهو ظاهر الرواية لأن القتل
لا
يوجد إلا مضمونا وإنما يسقط هنا باعتبار الملك إن لم يكن مديونا، فإن كان مديونا
ضمنه
السيد، كذا في الكافي. فصار كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق فإنه لا يوجب

ضمانا

وقتل غيره مانع من الرجوع بنقصه أيضا لوجوب الضمان به فهو كبيعه، كذا في السراج الوهاج. وأما الأكل فالمذكور قوله، وأما عندهما فيرجع استحسانا، وعلى هذا الخلاف إذا

لبس الثوب حتى تخرق، لهما أنه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله له فأشبهه الاعتاق،

وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبهه البيع والقتل ولا يعتبر بكونه مقصودا ألا

ترى أن المبيع إنما يقصد بالشراء، ثم هو يمنع الرجوع وأكل البعض كأكل البكل لكونا

كشئ واحد فصار كبيع البعض، وعنهما يرجع بالنقصان في الكل، وعنهما يرد مبقية لأنه

لا يضره التبعض ويرجع بنقصان ما أكل وعليه الفتوى، كذا في الاختيار. والحاصل ان

الفتوى على قولهما في الرجوع بالنقصان كما في الخلاصة ورد ما بقي قالوا: والأصل
في
جنس هذه المسائل أن الرد متى امتنع بفعل مضمون من المشتري كالقتل والتملك من
غيره
امتنع الرجوع بالنقصان، ومتى امتنع لا من جهته أو من جهته بفعل مضمون كالهلاك
بآفة
سماوية أو انتقص أو ازداد زيادة مانعة للرد أو الاعتاق أو توابعه كالتدبير والاستيلاء لا
يمنتع
الرجوع بالنقصان، وعلى هذا قال البزازي: لو وطئ المشتري الجارية ثم باعها بعد
العلم
بالعيب لا يرجع، وإن وطئها غير البائع ثم باعها يرجع بالنقصان اه. وفي المجتبى: لو
أطعمه ابنه الكبير أو الصغير أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفه لا يرجع بشئ، ولو أطعمه عبده
أو مدبره أو أم ولده يرجع لأن ملكه باق. ولو اشترى سمنا ذائبا وأكله ثم أقر البائع أنه
كانت وقعت فيه فأرة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى. وفي الكفاية: كل تصرف
يسقط خيار
الشرط يسقط خيار العيب إذا وجد في ملكه بعد العلم بالعيب ولا رد ولا أرش اه. وفي
القنية: ولو كان غزلا فنسجه أو فيلقا فجعله إبريسما ثم ظهر أنه كان رطبا وانتقص
وزنه
رجع بنقصان العيب بخلاف ما إذا باع اه. قيد بالطعام لأنه لو اشترى كرما بثمره وذكر
الثمر
وأكل منها ثم وجد بالكرم عيبا فله رد الكرم، كذا في القنية. وقيد بكونه فعل بالمبيع
لأنه لو
أتلف كسب المبيع بعد العلم بالعيب لا يكون رضا ولا يسقط شئ من الثمن، وكذا لو
كان
كسب المبيع جارية فوطئها أو حررها بخلاف إعتاق ولد المبيعة فإنه يكون رضا بعد
العلم
بالعيب، كذا في البزازية قوله: (ولو اشترى بيضا أو قثاء أو جوزا فوجده فاسدا ينتفع به
رجع بنقصان العيب وإلا بكل الثمن) أي إن لم يكن منتفعا به فإن يرجع بجميع الثمن
لأنه
ليس بمال فكان البيع باطلا، ولا يعتبر في الجواز صلاح قشره على ما قيل لأن ماليته
باعتبار
اللب، وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده لأن الكسر عيب حادث ولكنه يرجع
بنقصان



(۸۹)

العيب دفعا للضرر بقدر الامكان إلا أن يقبلها البائع مكسورا ويرد الثمن كما في
البيزازية.
ولا بد من تقييد المسألة بكسره لأنه لو اطلع على عيبه قبل كسره كان له رده، فلو قال
فكسره
فوجده فاسدا أيضا لكان أولى. ولا بد أيضا من أن لا يتناول منه شيئا بعد العلم بعيبه
لأنه لو
كسره فذاقه ثم تناول منه شيئا لم يرجع بنقصانه لرضاه به، وينبغي جريان الخلاف فيها
كما لو
أكل الطعام. وأطلق في الانتفاع فشمّل انتفاعه به وانتفاع غيره من الفقراء والدواب علفا
لهم. وأطلق البيض واستثنوا منه بيض النعامة إذا وجده فاسدا بعد الكسر فإنه يرجع
بنقصان
العيب لأن ماليته باعتبار القشر بخلاف غيره. وقيد بوجود المبيع أي جميعه لأنه لو
وجد
البعض منه فاسدا فإن كان قليلا جاز البيع لعدم خلوه عنه عادة ولا خيار له، وإن كان
كثيرا
فالصحيح عنده البطلان. وعندهما يجوز في حصة الصحيح منه، والقليل الثلاثة وما
دونها في
المائة، والكثير ما زاد، والفاكهة من هذا القبيل، كذا في المعراج. وفي فتح القدير: ولو
اشترى دقيقا فخبز بعضه وظهر أنه مر رد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز اه. وفي
الوقعات:
هو المختار. ولو قال المصنف فوجه معيبا لكان أولى لأن من عيب الجوز قلة لبه
وسواده
كما في البيزازية. وصرح في الذخيرة بأنه عيب وليس من باب الفساد وفيها: اشترى
عددا
من البطيخ أو الرمان أو السفرجل فكسر واحدا واطلع على عيب رجع بحصته من الثمن
لا
غير ولا يرد الباقي إلا إن يبرهن أن الباقي فاسد اه. ولهذا قال فوجده أي المبيع احترازا
عما إذا كسر البعض فوجده فاسدا فإنه يرده أو يرجع بنقصه فقط ولا يقيس الباقي عليه
قوله: (ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرد على بائعه ولو برضاه لا) أي لا يرده
على
بائعه الأول لأنه بالقضاء فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن. غاية الأمر أنه أنكر
قيام
العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء كما في الهداية، ومنهم من جعله قول أبي

يوسف.
وعند محمد ليس له أن يخاصم بئعه لتناقضه، وعامتهم على أنه إن سبق منه جحود نصا
بأن
قال بعته وما به هذا العيب وإنما حدث عندك ثم رد علي بقضاء ليس له أن يخاصم
بئعه،
منهم من حملها على ما إذا كان ساكنا والبينة تجوز على الساكت ويستحلف الساكت
أيضا
لتنزيله منكرا، كذا في المعراج. أطلقه فشمّل القضاء بإقرار وبينة ونكول عن اليمين.
ومعنى
القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فأثبت بالبينة كما في الهداية، أو أقر وأبي القبول فقضى
عليه

كما في الكافي. وصورة الاقرار أن يقول اشتريته وبه ذلك العيب ولم أعلم به وقضى به

ثم ادعاه على بائعه وبرهن ببينة أو استحلف بائعه، كذا في الولوالجية. وليس المراد منه أنه بمجرد القضاء عليه بإقراره يردده فليتأمل. وإن قبله بغير قضاء ليس له رده على بائعه لأنه

بيع جديد في حق الثالث وإن كان فسخا في حقهما والأول ثالثهما. أطلقه فشمّل ما يحدث

مثله، وما لا يحدث مثله وهو قول العامة، وتقييده في الجامع الصغير بما يحدث ليعلم حكم

ما لا يحدث بالأولى، وفي بعض روايات الأصل أن ما لا يحدث مثله فالرضا به كالقضاء.

وترك المصنف قيّداً آخر وهو أن يكون بعد قبض المبيع لأنه لو كان قبل قبضه فهو فسخ في

حق الكل، سواء كان بقضاء أو رضا، كذا في المعراج معزيا إلى المبسوط. وقيد آخر وهو أن

يكون البيع قبل الاطلاع على العيب إذا لو كان بعده ليس له الرد على بائعه ولو رد عليه بما

هو فسخ، كذا في الصغرى. وأورد على كونه فسخا مسائل: الأولى لو كان المبيع عقارا فرد

بعيب لم يبطل حق الشفيع في الشفعة. الثانية لو باع أمته الحبلى وسلمها ثم ردت بعيب

بقضاء ثم ولدت فادعاه أبو البائع لم تصح دعوته ولو كان فسخا لصحت كما لو لم يبيعها.

الثالثة لو أحال البائع غريمه على المشتري بالثمن ثم رد المبيع بعيب بقضاء لم تبطل الحوالة ولو

كانت فسخا لبطلت. وأجاب في المعراج بأنه فسخ فيما يستقبل لافي الأحكام الماضية ولهذا

قال شيخ الاسلام: قول القائل الرد بالقضاء يجعل العقد كأن لم يكن تناقض لأن العقد إذا

جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكن لأن الفسخ بدون العقد لا يتصور، فإذا انعدم

العقد من أصله انعدم الفسخ من الأصل، وإذا انعدم الفسخ من الأصل عاد العقد لانعدام ما

ينافيه ولكن يقال يجعل العقد كأن لم يكن في المستقبل لا في الماضي اهـ. والدليل على أن
الفسخ إنما هو في المستقبل أن زوائد المبيع للمشتري ولا يرد لها مع الأصل ولهذا لو
وهب
ملا قبل تمام الحول ثم رجع الواهب بعد الحول لا تجب الزكاة عليه فيما مضى، كذا
في
المعراج. ولو وهب دارا وسلمها فبيعت دار بجنبها فأخذها الموهوب له بالشفعة ثم
رجع
الواهب فيها لم يكن له الاخذ بشفعة، كذا في فتح القدير. وقد كتبنا في الفوائد أن الرد
بالعيب بقضاء فسخ إلا في مسألة وإذا لم يرد في صورة الرضا لا رجوع له بالنقصان
أيضا
كما في المعراج. وإذا كان له الرد فله الرجوع بالنقصان كما في التهذيب يعني لو
حدث
عيب ورده بقضاء فله الأرش ولو برضا لا. وقيد بالمبيع وهو العين احترازا عن الصرف
فإنه
يجعل فسخا إذا رد بعيب لا فرق بين القضاء والرضا لأنه لا يمكن أن يجعل بيعا جديدا
لأن
الدينار هنا لا يتعين في العقود، فإذا اشترى دينارا بدرهم ثم باع الدينار من آخر ثم
وجد

المشتري الثاني بالدينار عيبا ورده على المشتري بغير قضاء فإنه يردده على بائعه لما ذكرنا كما في المحيط والخانية. وفي الكافي: المبيعان هنا واحد لأن المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المبيع ملك البائع فإذا رده على المشتري يردده على بائعه، أما هنا المبيعان موجودان فإذا قيل بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يردده على بائعه اهـ.

وذكر في الظهيرية ثم قال بعده: وعلى هذا إذا قبض رجل دراهم له على رجل وقضاها من غريمه فوجدها الغريم زيوفا فردها عليه بغير قضاء فله أن يرددها على الأول اهـ.

وخرج عن قوله بقضاء مسألة ذكرها في المبسوط: لو أقام المشتري الثاني أن العيب كان عند المشتري الأول ولم يشهد أنه كان عند البائع الأول فليس للمشتري الأول المناصمة مع بائعة إجماعا لأن المشتري الأول لم يصر مكذبا فيما أقر به ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقر به فبقي إقراره بكونها سليمة فلا يثبت له ولاية الرد، ولكن لم يذكره محمد، كذا في فتح القدير.

والمعراج. اعلم أن القن إذا حكم برده بعيب الإباق على بائعه فاشتره آخر فأبق عنده فله الرد على بائعه بالإباق السابق المحكوم به كما في الظهيرية. وإقرار المشتري الأول بإباقه لا ينفذ على من لم يشتر منه من الباعة بخلاف إقرار البائع الأول بدين على العبد فإن للمشتري الآخر

أن يرده على بائعه بإقرار الأول كما فيها أيضا. وفي التهذيب للقلاسي: لو وهب وسلم
ثم
رجع فيه بقضاء أو رضا فله الرد اه. ثم معنى قوله يرد على بائعه أن له أن يخاصم الأول
ويفعل ما يجب أن يفعل عند قصد الرد ولا يكون الرد عليه ردا على بائعه بخلاف
الوكيل
بالبيع فإنه إذا رد عليه ما باعه بعيب بقضاء بينة أو نكول أو بإقرار من المأمور بالبيع
حيث
يكون ردا على موكله من غير حاجة إلى خصومة لأن تعدادها عند تعدد البيع، وهنا
البيع
واحد فإذا ارتفع رجوع إلى الموكل. وهذا الاطلاق قيده فخر الاسلام يعيب لا يحدث
مثله، أما
فيما حدث مثله لا يرده بإقرار المأمور وإنما تعدى النكول إلى الموكل مع أنه إما إقرار
أو بذل
وليس له البذل لكونه ليس إقرارا ولا بذلا حقيقة. وإنما جرى مجراه بدليل أنه لو عاد
وحلف
بعد نكوله صح، ولو كان إقرارا لم يصح وصح القضاء بنكول المأذون عنها، ولو كان
بذلا
حقيقة لم يصح فلا يلزم اجراؤه في كل الأحكام. وفي الايضاح: إن رد على الوكيل
بعيب لا
يحدث مثله بإقراره لا يرد وهو أوجه. وفي البزازية: والوكيل بالعيب رد عليه بعيب
قضاء اقتصر عليه وأن لا يحدث مثله في المدة هو الصحيح، وإن بقضاء ولا يحدث مثل
في
المدة ينظر جوابه والرد على الوكيل رد على الموكل مطلقا، وإن يحدث مثله في المدة
فإن بنكول
أو بينة فرد على الموكل، وإن بإقرار فعلى الوكيل وله أن يخاصم الموكل والوكيل
بالشراء له أن
يخصم قبل الدفع إلى الموكل كالمضارب، فإن برهن البائع على رضا لآمر أو أقر به
الوكيل
سقط الرد ولا يحلف الأمر على الرضا ولا وكيله ويرده الموكل بعد موت الوكيل
بعيب، وإذا
رده المشتري على الوكيل استرد الثمن منه إن كان نقده إليه وإلا فمن الموكل اه. وفي
الولوالجية: إذا رد على الوكيل بإقراره بالعيب بلا قضاء لزمه دون الموكل هو الصحيح
مطلقا،

وظاهر ما في البزازية من الوكالة وهنا أن له أن يخاصم الموكل فليراجع. وقيد بخيار العيب

لأنه لو رد على المشتري بخيار رؤية أو شرط فإنه يرد على بائعه، سواء كان بقضاء أو رضا،
لكونه فسخا في حق الكل كما في المعارج والبزازية معزيا إلى الجامع جدد البائع مع
المشتري
ثانيا بأقل من الثمن الأول أو أكثر ثم رد عليه بعيب لم يكن له أن يرد على بائعه الأول
اه.

وفي الصغرى: الغاصب إذا باع المغصوب وسلم فضمن القيمة للمالك ثم رد عليه بعيب
فله
أن يرد على المالك ويسترد القيمة لأن سبب الضمان البيع والتسليم وقد صار ذلك كأن
لم يكن
اه. وقيد بقوله فرد لأنه لو باعه فاطلع مشتريه على عيب قديم به لا يحدث مثله وحدث
عنده عيب ورجع بنقصان العيب القديم، فعند أبي حنيفة لا يرجع البائع على بائعه
بنقصان

العيب القديم، وعندهما له أن يرجع، كذا ذكره الأسبيجاني ومثله في الصغرى قوله:
(ولو

قبض المشتري المبيع وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن أو يحلف ببائعه)
أي لم يجبر
المشتري على دفع الثمن بعد دعوى العيب لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين
حقه

بدعوى العيب ودفع الثمن أولا ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع، ولأنه لو قضى بالدفع فلعله
يظهر العيب فينقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه. وتعبير المصنف بلكن أولى من
تعبير الهداية بقوله لم يجبر حتى يحلف ببائعه أو يقيم بينة لما يلزم على ظاهرها فساد
من

وجهين: أحدهما أن يقتضي أن المشتري إذا أقام بينة على ما ادعاه يجبر على دفع الثمن
وليس

كذلك. ثانيهما أنه يقتضي أن البائع إذا طلب منه الحلف يجبر المشتري وإن لم يحلف
وليس

كذلك، وإنما يجبر بعد الحلف. ولا يلزم شيء مما ذكرناه على عبارة الكتاب والمعنى
ولكن

الامر لا يخلو من أحد شيئين: إما بينة المشتري فيتبين براءته بالرد على البائع، أو يمين
البائع

عند عجزه فيلزمه الدفع، ولكن بإقامة البينة لا يتعين الثمن بل إما هو أورد المبيع كما
في

العناية لأن العيب إذا ثبت خير المشتري فلم يتعين الفسخ وأحسن الوجوه في تأويل الهداية
أن معنى عدم الجبر عدم الحكم بشئ حتى يتبين الحال إما ببينة المشتري أو بيمين البائع. وفي إيضاح الاصطلاح: إقامة المشتري بينة على دعواه غاية لتعين عدم الجبر كالتحليف لا لعدم الجبر حتى يلزم الجبر على دفع الثمن عند إقامة البينة على العيب. وإنما قلنا إنه لتعيين عدم الجبر لاحتمال عدم قبول البينة فيجبر المشتري على دفع الثمن، ويحتمل أن تقبل فيبقى عدم الجبر كما كان ونظيره قوله صلى الله عليه وسلم لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فإن

سما ع كلام الآخر غاية لتعين عدم القضاء لا لعدم القضاء حتى يتعين القضاء لأحدهما
عند
سما ع كلام الآخر اه. وقيد بقبض المبيع لأن المشتري يستبد بالفسخ قبل القبض كما
ذكرنا ولا
جبر ههنا، كذا في المعراج. وقد يقال إنه اتفاقي لأن للبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم
المبيع
فإذا طالبة به قبل قبضه فادعى عيبا لم يجبر فصدق عدم الجبر قبل القبض أيضا. وفي
الصغرى: إذا قال المشتري وجدت المبيع معيبا لا يجبر على أداء الثمن حتى يقيم البينة
أو
يحلفه، وكذا المديون إذا ادعى إيفاء الدين اه قوله: (وإن قال شهودي بالشام دفع حلف
بائعه)
لأن في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كبير ضرر به لأنه على حجته فإن نكل
التزم
العيب لأنه حجة منه وتحليف البائع في المسألتين إنما هو فيما إذا أقر بقيام العيب به
ولك
أنكر قدمه لما سيأتي. والمراد بقوله شهودي بالشام أنه قال أن له بينة غائبة عن المصر
سواء
كانوا بالشام أو غيرها، والشام بلاد من مسامة القبلة وسميت لذلك أو لأن قوما من بني
كنعان تشاءموا إليها أي ساروا أو سمي بشام بن نوح فإنه بالشين بالسريانية أو لأن
أرضها
شامات بيض وحمرة وسود وعلى هذا لا يهمز وقد يذكر، وهو شامي وشام وشامي،
وأشام
أتاه، وتشام انتسب إليها، وشامهم تشيما سيرهم إليها، كذا في القاموس. وقيد بدعواه
غيبتهم عن المصر لأنه لو قال لي بينة حاضرة أمهله القاضي إلى المجلس الثاني إذ لا
ضرر فيه
على البائع، ولو طلب الامهال إلى ثلاثة أيام أمهله، وإذا حلف بائعه في مسألة الكتاب
وقضى بالدفع عليه ثم وجد المشتري بينة فأقامها تقبل، وليس هذا مما ينفذ فيه القضاء
ظاهرا
وباطنا عند أبي حنيفة لأن ذلك في العقود والفسوخ ولم يتناكر العقد بل حقيقة الدعوى
هنا
دعوى مال على تقدير فالقضاء هنا بدفع الثمن إلى غاية حضور الشهود بالمسقط. ولا
خلاف
في مثله أعني ما إذا قال لي بينة غائبة أو قال ليس لي بينة حاضرة ثم أتى بينة تقبل،

وأما إذا
قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم أتى بينة في أدب القاضي تقبل في قول أبو حنيفة،
وعند
محمد لا تقبل، كذا في فتح القدير. وستأتي بشعبها في كتاب الدعوى قوله: (فإن
ادعى أباقا
لم يحلف بئعه حتى يبرهن المشتري أنه أبق عنده فإن برهن حلف بالله ما أبق عندك
قط) أي إذا
ادعى عيبا يطلع عليه الرجال ويمكن حدوثه فلا بد من إقامة البينة أولا على قيامه بالمبيع
مع

قطع النظر عن ق دمه وحدثه لينتصب البائع خصما فإن لم يبرهن لا يمين له على البائع عند

الإمام على الصحيح، وعندهما يحلف على نفي العلم لأن الدعوى معتبر حتى ترتب عليها

البينة فكذا يترتب التحليف. وله أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح إلا من خصم ولا يصير خصما فيه إلا بعد قيام العيب. وأورد عليه لزوم ذلك في دعوى الدين مع

أنه في دعوى الدين يأمر القاضي المدعى عليه بالجواب قبل ثبوت أصل الدين مع أن فراغ

الذمة عن الدين أصل والشغل عارض كالعيب عارض. وأجيب: لو شرط إثباته لم يتوصل

المدعي إلى إثبات حقه لأنه ربما تعذرت عليه بخلاف العيب لأنه مما يعرف بآثار تعاین أو

بقول الأطباء أو القابلة، كذا في المعراج. والحاصل أنه لا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين

فقد ذكر في القنية المواضع التي يكون الانسان فيها خصما بالبينة دون اليمين وكتبناها في

الفوائد، ولان التحليف إنما شرع لقطع الخصومة لا لانشائها. ولو استحلف البائع فحلف

نشأت خصومة أخرى في قدمه وحدثه، وأورد الشارح على هذا التعليل مسألة الشفعة فإن

المشتري إذا أنكر ملك الشفيع يحلف، فإذا حلف نشأت خصومة أخرى في الشراء والایراد

على هذا التعليل لا يضر في صحة الدليل السابق مع كونه مردودا من جهة أخرى هي أنه لا

يضر أن تنشأ خصومة أخرى من اليمين وكثيرا اليمين ما يقع ذلك في الخصومات، ولم يظهر

للمحقق ابن الهمام ما نقلناه عن المعراج من الفرق بين دعوى العيب ودعوى الدين فقال: إنه

يلزمه الجواب للدعوى فيهما وعلى المدعي البرهان فيهما فالوجه التسوية بينهما في اليمين

أيضا فيحلف البائع كما هو قولهما. وقوله على قول البعض ولذا قالوا: إن القاضي يسأل البائع فإن أقر بقيامه توجهت الخصومة في القدم والحدوث وهو يدل على أنه يلزمه

الجواب

فالفرق بينهما غلط. ثم اعلم أن الإمام يصح بيعه للغنائم ولو في دار الحرب كما في التلخيص وشرحه. وقولهم لا يصح بيعها قبل القسمة وفي دار الحرب محمول على غير

الإمام

وأمينه، فلو اطلع المشتري على عيب لا يرده على البائع لأن تصرفه حكم ولكن ينصب

الإمام

رجلا للخصومة معه ولا يقبل إقراره بالعيب ولا يمين عليه لو أنكر وإنما هو خصم

لأثباته

بالبينة كالأب ووصيه في مال الصغير بخلاف الوكيل فإن إقراره مقبول فيه. وإذا أقر

منصوب الإمام بالعيب انعزل كالوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله في غير مجلس

القضاء فإنه

وإن لم يصح لكنه ينعزل به، ثم إذا رد بالعيب فإنه يضم إلى الغنيمة إن كان قبل القسمة، وإن

كان بعدها فإنه يباع بالثمن، فإن نقص الثمن أو زاد كان ذلك في بيت المال، كذا في التلخيص وشرحه. وبما ذكرناه من أن الأمين خصم في البينة ولا يمين عليه بقوى قول الإمام

وليس مراده خصوص عيب الإباق بل كل عيب لا بد فيه من المعاودة عند المشتري لا بد من أسباب وجوده عند المشتري لتقع الخصومة في قدمه وحدثه كالبول في الفراش والسرقة والجنون على المختار، وأما ما لا يشترط وجوده عند المشتري كولادة الجارية وزناها

وتولد الرقيق من الزنا فإن البائع يحلف عليه ابتداء عند عدم البرهان. وتحليف البائع كما في الكتاب بالله ما

أبق عندك قط عبارة بعضهم وعبارة الجامع الكبير بالله لقد باعه وقبضه وما أبق قط قالوا: وإن شاء حلفه بالله ما له عليك حق الرد من الوجه الذي يدعي به. وفي فتح القدير: وكل من هذه العبارات حسنة، بقيت عبارتان محتملتان بالله لقد باعه وما به هذا

العيب، وبالله لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب. ويرد على عبارة الكتاب أنه لا مخلص فيها

للمشتري لأن العيب لو وجد عند بائع البائع يرد المشتري به كما في القنية والبزاية وذكره

الزيلعي أيضا. وظاهر ما في فتح القدير أنه لم يطلع هو وأصحابه على نقل فيها لأنه قال إنها مما

تطارحنه إلى آخره. ولو حلف البائع بهذه العبارة لكان صادقا لأنه ما أبق عنده قط، وكذا

لو كان أبق من المورث أو الواهب أو مودعه أن مستأجره أو من الغاصب لا إلى منزل مولاه

ويعرفه ويقوى على الرجوع فإنه عيب ففيه ترك النظر للمشتري، فلو حذف الظرف وقال بالله

ما أبق قط لكان أولى لكن يرد عليها أيضا ما لو كان أبق عند الغاصب إذا لم يعلم منزل مولاه

أو لم يقدر على الرجوع إليه، وقدمنا أنه ليس بعيب ففيه ترك النظر للبائع، فإن أتى بالظرف

كان فيه ترك النظر للمشتري، وإن حذفه كان فيه ترك النظر للبائع، فمن اختار حذف

الظرف
فر من محذور فوق في آخر، ومن ذكره فكذلك. وأما العبارتان المحتملتان فيرد علي
الأولى
منهما أنه لو كان باعه سليماً ثم حدث به عند البائع قبل التسليم فإنه يرد عليه مع أنه
صديق
في قوله باعه وما به هذا العيب، فإذا قال باعه بالله لقد سلمته وما به هذا العيب اندفع
الاحتمال المذكور. ويرد على الثانية أنها توهم تعلقه بالشرطين جميعاً فيتأوله الحالف
في يمينه
عند قيامه في إحدى الحالتين. وجوابه أن تأويله غير صحيح لأن البائع نفى العيب عند
البيع

وعند التسليم فلا يكون باراً في يمينه إذا كان موجوداً في أحدهما كما أشار إليه في المبسوط.

والاسلم والأخلص عبارة الجامع وما يليها كما لا يخفي، وتعقب في المحيط عبارة الجامع بجواز رضا المشتري وابترائه. وفي البزازية: والاعتماد على المروي عن الثاني بالله ما لهذا المشتري قبلك حق الرد بالوجه الذي يدعيه تحليفاً على الحاصل اه. وصرح في المبسوط عبارة الجامع. وفي الهداية: إذا كان الدعوى في إباق الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ اه. ولا خصوصية للإباق بل كل عيب اختلف فيه الحال بين الصغر والكبر فالحكم كذلك كما في فتح القدير. والتحليف هنا بقوله ما أبق قط تحليف على البتات مع أنه على فعل غيره فمنهم من قال لكونه مدعياً العلم به، ومن ادعى علماً بفعل غيره فإنه يحلف على البتات لاعلى نفي العلم كالمودع إذا ادعى قبض المودع لها حلف على قبضه وهو فعل غيره، والوكيل إذا ادعى قبض الموكل ثمن ما باعه حلف الوكيل على قبض الموكل. ومنهم من قال: ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليماً وهو قول السرخسي. والأول أوجه فإن معنى تسليمه سليماً ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال أنه لم يسرق عندي فيرجع إلى الحلف على فعل الغير، كذا في فتح القدير. وأورد الإمام ظهير الدين على الأول فقال: إلا أن هذا لا يقوى بمسئلتين: إحداهما باع رجلان عبداً من آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما وورثة البائع الآخر ثم ادعى المشتري عيباً فإنه يحلف في حصته بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد، وإن كان يدعي العلم بانتفائه. والثانية باع المتفاوضان عبداً وغاب أحدهما فادعى المشتري عيباً يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب

الغائب وإن
ادعى أن له علما بذلك، كذا في المعراج. وفي فتح القدير: والوجه عندي أن يستشكل
ما
نحن فيه على هاتين المسألتين لا عكسه لأن تحليفه في نصفه على البتات وفي نصف
الآخر على
العلم وهو واحد هو المشكل، والمسألتان مشكلتان لاستواء علمه وجهله بالنسبة إلى
النصفين
إلا أن يكون معنى المسألة أن يكون العبد عند كل من الشريكين مدة فيحلف على
البتات في
مدته ما أبق عندي وعلى نفي العلم في مدة شريكه، فلو لم تكن إقامته إلا عند الشريك
لا
يحلف إلا على البتات ويكتفي به إلا أن هذا غير معلوم فيحلف كما ذكر واو لو لم
تكن إقامته
إلا عند غير الحالف لكون العقد اقتضى وصف السلامة اه. أقول: ما ذكره من الوجه
أولا
ليس بالوجه لأن الكلام السابق في قوة قولهم كل من ادعى علما بفعله غيره ولزمته
اليمين
فإن يحلف على البتات فيرد على هذه القاعدة على طريق النقض مسألتان: ادعى علما
بفعله

غيره والتحليف في العلم والدليل على أنها قاعدة اعتبارها في مسائل أخرى منها ما في الخلاصة: لو قال إن لم يدخل فلان الدار اليوم فكذا ثم ادعى دخوله حلف على البتات بالله

أنه دخلها. ومنها أن الوكيل إذا باع وادعى المشتري عيبا فإن الوكيل يحلف على نفي العلم

والوصي لو باع وادعى المشتري عيبا يحلف على البتات لأنه في الأول لا يدعي علما لكونه

ليس في يده وهو في يد الوصي فيعلم عيبكما في القنية. ثم اعلم أن مذهب أبي يوسف التحليف على البتات في المسألتين وهما من مسائل الجامع الكبير كما في المحيط من باب

المخاصمة في الرد بالعيب. وفي فتح القح دير: وقد ظهر بما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في

عيب الإباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف إلا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا، وبقي أصناف أخرى ذكرها قاضيخان وهي مع ما ذكرنا تنمة أربعة

أنواع: الأول أن يكون ظاهرا لا يحدث مثله أصلا من وقت البيع إلى وقت الخصومة كالإصبع الزائدة والعمى والناقصة والسن الشاغية أي الزائدة، فالقاضي يقضي فيها بالرد إذا

طلب المشتري من غير تحليف للتيقن به في يد البائع أو المشتري إلا أن يدعي البائع رضاه به

أو العلم به عند الشراء والابراء منه، فإن ادعاه سأل المشتري فإن اعترف امتنع الرد، وإن

أنكر أقام البينة عليه، فإن عجز يستحلف ما علم به وقت المبيع أو ما رضي به ونحوه، فإن

حلف رده، وإن نكل امتنع الرد، الثاني أن يدعي عيبا باطنا لا يعرفه إلا الأطباء كوجع الكبد

والطحال، فإن اعترف به عندهما رده، وكذا إذا أنكره فأقام المشتري البينة أو حلف البائع

فنكل إلا أن ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا وإن أنكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان أحوط، فإذا قال به ذلك يخاصمه في أنه كان عنده.

الثالث أن

يكون عيبا لا يطلع عليه إلا النساء كدعوى الرتق والقرن والعقل والثيابة وقد اشترى بشرط

البكارة فعلى هذا إلا أنه إذا أنكر قيامه للحال أريت النساء والمرأة العادلة كافية، فإذا
قالت ثيبا أو
قرناء ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم أو إذا انضم إليه نكوله عند تحليفه غير أن
القرن
ونحوه إن كان مما لا يحدث مثله ترد عند قول المرأتين هي قرناء بلا خصومة في أن
ذلك عند

البائع للتيقن بذلك كما في الإصبع الزائدة إلا أن يدعي رضا فعلى ما ذكرنا. وفي شرح قاضيخان: العيب إذا كان مشاهدا وهو مما لا يحدث يؤمر بالرد، وإن كان مما يحدث واختلف

في حدوثة فالبينة للمشتري لأنه يثبت الخيار والقول للبائع لأنه ينكر الخيار وهذا يعرف مما

قدمناه. ولو اشترى جارية وادعى أنها خنثى يحلف البائع لأنه لا ينظر إليه الرجال ولا النساء

إلى هنا ما في فتح القدير تبعا لما في المعراج وفيه: ولو أراد المشتري الرد ولم يدع البائع عليه

شيئا يسقطه لم يحلف المشتري لأن التحليف لقطع الخصومة وفيه إنشاؤها. وعند أبي يوسف

يحلف صيانة لقضائه عن النقض لو ظهر ذلك في ثاني الحال بالله ما علم بالعيب حين اشتراه

ولا رضي به ولا عرضه على البيع، وأكثر القضاة يحلفون بالله ما سقط حقه في الرد بالعيب

من الوجه الذي يدعيه نسا ولا دلالة وهو الصحيح، وأحب إلي أن يستحلفه وإن لم يدع،

ولو ادعى سقوط حق الرد يحلف اتفاقا اه. وقد منا أن خيار العيب على التراخي ولو خاصم

ثم ترك ثم عاد وخاصم فله الرد كما في المعراج أيضا. وذكر في الخلاصة والبرازية أن القاضي لا يستحلف الخصم بدون طلب المدعي إلا في مسائل منها: خيار العيب وقد ذكرناه. الثانية النفقة في مال الغائب لا يقضي بها حتى يستحلف المرأة. الثالثة الشفعة لا

يقضي بها حتى يستحلف الشفيع وكتبناها في الفوائد الفقهية مفصلة. ثم اعلم أن القاضي

إنما يحتاج إلى قول الأطباء عند عدم علمه بالعيب، أما إذ كان من ذوي المعرفة نظر بنفسه

كما في البرازية ونظر أمين القاضي كهو كما في البدائع. واشتراط العدلين منهم إنما هو للرد

وإن أخبر واحد عدل توجهت الخصومة فيحلف البائع كما فيها أيضا ولكن في أدب القاضي

(100)

ما يخالفه وفيها: لو أخبرت امرأة بأنها حامل وامرأتان بالعدم صحت الخصومة ولا يقبل قول النافية، فإن قال البائع ليست لها بصارة اختار القاضي ذات بصارة اه. وقدمنا أن للبائع أن يمتنع من القبول مع علمه بالعيب حتى يقضي عليه ليتعدى إلى بائعه، وقد صرح به في البزازية أيضا. وفي تهذيب القلانسي: لو أقام البائع بينة أنه حدث عند المشتري وأقام المشتري البينة أنه كان معيبا في يد البائع تقبل بينة المشتري اه قوله: (والقول في قدر المقبوض للقابض) لأنه هو المنكر لما يدعيه المدعي. أطلقه فشمّل ما إذا كان أمينا أو ضمينا كالغاصب وإن كان المقام مخصصا لما يتعلق بالعيب، فلو اشترى جارية وتسلمها ثم وجد بها عيبا فقال البائع بعتكها وأخرى معها وقال المشتري وحدها فالقول للمشتري. ولو حذف المنصف قوله في مقدار المقبوض لكان أولى لأن القول للقابض فيما قبضه مطلقا مقدارا أو صفة أو تعيينا، فلو جاء ليرد المبيع بخيار شرط أو رؤية فقال البائع ليس هو المبيع فالقول للمشتري في تعيينه بخلاف ما إذا جاء ليرده بخيار عيب فإن القول للبائع كما في العمادية، وفرق بينهما في فتح القدير. وإذا اختلفا في تعيين الزق فالقول للمشتري كما في الظهيرية، وإذا اشترى عبيدين أحدهما بألف حالة والآخر بألف إلى سنة صفقة أو صفقتين فوجد بأحدهما عيبا فرده ثم اختلفا فقال البائع رددت ما ثمنه آجل وقال المشتري ما كان ثمنه عاجلا فالقول للبائع، سواء هلك ما في يد المشتري أو لا ولا تحالف. ولو كان الثمنان مختلفين فرد أحدهما

بعيب فادعى البائع أن ثمن المردود كذا وعكس المشتري فالقول للمشتري، كذا في الظهيرية.

ومن مسائل الجامع الكبير: لو اشترى عبدا بألف وقبضه ووهب البائع له عبدا آخر وسلمه

فمات أحد العبدین ثم أراد المشتري رد الباقي بعيب فادعى البائع أن المبيع هو الهالك والباقي

هو الهبة وعكس المشتري ولا بينة فالقول للبائع ولو لم يجد عيبا وإنما أراد الواهب الرجوع

وقال الحي هو الموهوب وأنكر المشتري فالقول للبائع، فإذا رجع فيه رجع المشتري الثمن

المدفوع، إذا رجع البائع بقيمة العبد الميت بعد التحالف، وإذا اختلفا في طول المبيع

وعرضه فالقول للبائع وتماه في الظهيرية من فصل الاختلافات من البيوع. وفي تلخيص الجامع من باب الاختلاف في المرابحة: اشترى ثوبا قيمته عشرة عشرة ودفع إليه آخر

ثوبا

اشتراه بعشرة وقيمه عشرون لبيعه له مع ثوبه فقال لرجل هما قاما بعشرين فأبيحك بربح عشرة فاشتراهما ثم وجد بثوب الأمر عيبا فقال شريتهما صفقة وانقسم الربح على

القيمة أثلاثا

فأرده بثلثي الثمن فقال البائع ثمن كل ثوب عشرة فانقسم الربح على الثمنين فرد بنصفه فالقول للمشتري مع اليمين بجحده مزيد حادث بخلاف ما لم يدع عيبا لفقد الجدوى

إلى أن

قال: ولا تحالف وإن برهنا فالبينة للمشتري لاثباته زيادة حقيقة مقصودة وتماه فيه. قيد

بكونه مقبوضا لأن المشتري بالخيار إذا أراد الإجازة في سلعة في يد البائع فقال البائع ما

بعتكها قالوا: القول للبائع كما لو ادعى بيع عين وأنكر وإن كان الخيار للبائع فأراد الزام البيع

في معين وأنكره المشتري فالقول للمشتري، كذا في الظهيرية من خيار التعيين. وشمل ما إذا

ادعى المشتري بعد قبض المبيع أنه وجده ناقصا فالقول له لأن القابض. قال في الخلاصة من

كتاب الصل: رجل باع من آخر إبريسما ووزنه عليه وقت البيع وحمله المشتري ثم رجع إليه

بعد مدة وقال وجدته ناقصا، فإن كان النقص يكون بين الوزنين فلا شيء له، وإن كان
أكثر

(١٠٢)

ينظر إن لم يسبق من المشتري إقرار بقبض كذا منا فله أن يمنعه من الثمن بإزاء النقصان ولو

نقده رجع بذلك القدر، وإن أقر بقبضه ليس عليه شيء اه. فإن قلت: هل تقبل بينة القابض على ما ادعاه مع قبول قوله؟ قلت: نعم تقبل لاسقاط اليمين عنه كالمودع إذا ادعى

الرد أو لهلاك وأقام بينة تقبل مع أن القول قوله والبينة لاسقاط اليمين مقبولة، كذا في الذخيرة من باب الصرف وذكر لقبولها فائدة أخرى هي أن الوكيل بالصرف لو رد عليه الدينار بعيب فأقر به وقبله كان عليه لا على الموكل، فلو أقام مشتريه بينة على أنه هو الذي

قبضه من الوكيل قبلت لاسقاط اليمين عنه ولرجوعه إلى الموكل فليحفظ قوله: (ولو اشترى

عبدین صفق فقبض أحدهما ووجد بإحدهما عيبا أخذهما أو ردهما) لأن الصفقة تتم بقبضهما

فيكون تفريقا فيكون تفريقا قبل التمام وهذا لأن القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد.

أطلقه فشمّل ما إذا كان المعيب المقبوض أو غيره، ويروي عن أبي يوسف أنه إذا وجد بالمقبوض عيبا برده خاصة كأنه جعل غير المعيب تبعا له والأصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن

تمام الصفقة تتعلق بقبض المبيع وهو اسم لكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء

الثمن لا يزول دون قبض جميعه، والعبدان مثال والمراد عبدان أو ثوبان أو نحوهما قوله: (ولو

قبضهما ثم وجد بإحدهما عيبا رد المعيب وحده) لكونه تفريقا بعد التمام لأن بالقبض تتم

الصفقة في خيار العيب وسيأتي أن مسألة زوجي الخف ومصراعي الباب مستثناة من كلامه

هنا. وعلى هذا إذا اشترى ثورين فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض، فإن كان ألف أحدهما

الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب وحده. وقيد بخيار العيب لأنه ليس له رد

أحدهما بخيار شرط أو رؤية قبل القبض أو بعده لأن الصفقة فيها لا تتم إلا بالقبض، قيد

بترأخي ظهور العيب عن القبض لأنه لو وجد بأحدهما عيبا قبل القبض فإن قبض

المعيب
منهما لزماء، أما المعيب فلو جود الرضا به، وأما الآخر فلأنه لا عيب به. ولو قبض
السليم
منهما فلو كانا معيين فقبض أحدهما له ردهما جميعا لأنه لا يمكنه الزام البيع في
المقبوض دون

الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع، ولا يمكن إسقاط حقه في غير المقبوض لأنه لم يرض به. ولو أعتق السليم أو باعه بعد قبضه لزمه الآخر كيلا تتفرق الصفقة على البائع لأن الصفقة لا تتم إلا بقبض المبيع، كذا في المحيط. وشمل إطلاقه ما إذا اشترى خاتم فضة فيه فص وقلع الفص لا يضرب واحد منهما فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض فله أن يقلع الفص ويرد المعيب منها، ولو وجد بأحدهما عيبا قبل القبض ردهما، وكذا السيف المحلى والمنطقة المحلاة. ولو اشترى نخلا فيه تمر فجز التمر ثم وجد بأحدهما عيبا لا يرد أحدهما بل يردهما لأنهما بمنزلة شئ واحد لأن التمر بعض النخل لأنه خرج منه بخلاف القص لأنه ليس من الفضة، كذا في المحيط قوله: (ولو وجد ببعض الكيلبي أو الوزني عيبا رده كله أو أخذه) لكونه كالشئ الواحد. أطلقه فشمّل ما إذا كان قبل القبض أو بعده، وما وقع في الهداية من أن المراد بعد القبض فإنما هو ليقع الفرق بين القيميات والمثليات. وشمل ما إذا كان في وعاء واحد أو وعاءين، وقيل إنه مخصوص بما إذا كان في وعاء واحد، أما إذا كان في وعاءين فهو بمنزلة العبدین حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر. ولم يذكر المصنف حكم ما إذا كان المبيع متعددا لا يمكن الانتفاع بأحدهما إلا بالآخر إذا وجد بأحدهما عيبا قالوا: إنه بمنزلة المكيل والموزون فيخير إن شاء أحدهما أو ردهما قبل القبض وبعده لأنهما كشئ واحد كزوجي خف ومصراعي باب وزوجي ثور ألف أحدهما الآخر، فلو وجد أحدهما أضيّق، فإن كان خارجا عما عليه خفاف الناس في العادة يرد وإلا لا، وإن كان لا يسع رجله فإن كان اشتراهما للبس رد وإلا فلا كما في المحيط. ثم اعلم أن ما لا ينتفع بأحدهما إلا بالآخر له أحكام منها حكم العيب، ومنها لو قبض أحدهما بغير إذن البائع وهلك الآخر عند البائع يخير المشتري فيما قبض بحصته وإذن البائع في قبض أحدهما

أذن في قبضتهما، ومنها لو أعار أحدهما وأمر المستعير بقبضه لا يكون إذنا بقبض الآخر، ومنها لو استحق أحدهما بعد القبض رد المشتري الآخر إن شاء، ومنها لو عيب المشتري المأخوذ ثم هلك الآخر في يد البائع ولم يمنعه إياه هلك على المشتري وإن منع البائع هلك على البائع، ومنها لو أحدث البائع بأحدهما عيبا بأمر المشتري صار قابضا لهما، ومنها لو رأى المشتري أحدهما فرضيه لم يكن رضا بالآخر، ومنها لو تعيب أحدهما لم يرد الآخر بعيب وخيار رؤية

ويرجع بالنقصان، ومنها لو استهلك رجل أحدهما يدفع إليه الآخر ويضمنه قيمتهما إن شاء،

والمسائل كلها من المحيط. والحاصل أن حكم أحدهما حكم الآخر إلا في مسائل الاذن بقبض

أحدهما في العارية لا يكون إذنا بقبض الآخر، ورؤية أحدهما لا تكون رؤية للآخر قوله:

(ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو ثوبا خيرا) لأن المثلي لا يضره التبعض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك. أطلقه وهو مقيد

بما إذا كان بعد القبض، أما قبله فله أن يرد ما بقي لتفريق الصفقة قبل التمام. وأراد بالثوب

القيمي لأن التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل

والموزون فشمّل العبد والدار كما في النهاية. وينبغي أن تكون الأرض كالدار. وحاصله أن

المبيع أن استحق بعضه، فإن كان قبل القبض خير في الكل، وإن كان بعد خير في القيمي لا

في المثلي، فإن قبض أحدهما دون الآخر فحكمه حكم ما إذا لم يقبضهما كما في المحيط.

وفي جامع الفصولين: لو اشترى قنين فأراد رد أحدهما بعيب لا يشترط حضرة القن الآخر

سواء رد بقضاء أو رضا، ويصح الرد ولو لم يكن المعيب حاضرا أيضا. وكذا لو استحق

أحدهما لا يشترط حضرة الآخر سواء رد بقضاء أو رضا. وذكر في فصل الاستحقاق:

شري فبنى فاستحق نصفه ورد المشتري ما بقي على البائع فله أن يرجع على بائعه بشمته وبنصف قيمة البناء لأنه مغرور في النصف، ولو استحق نصفه المعين فلو كان البناء في ذلك

النصف خاصة رجع بقيمة البناء أيضا، ولو كان البناء في النصف الذي لم يستحق فله أن يرد

البناء ولا يرجع بشئ من قيمة البناء. شري دارا فاستحقت عرصتها نقض البناء فقال المشتري أنا بنيتها فارجع على بائعي وقال بائعه بعثها مبنية فالقول للبائع. شري نصفه مشاعا

فاستحق نصفه قبل القسمة فالمبيع نصفه الباقي، ولو استحق بعد القسمة فالمبيع نصفه الباقي وهو الربع اه. ثم قال: شرى دارا مع بنائه فاستحق البناء قبل قبضه قالوا يخير المشتري ان شاء أخذ الأرض بحصته من الثمن وان شاء ترك ولو استحق بعد قبضه يأخذ الأرض

بحصته ولا خيرا له والشجر كالبناء، ولو احترقا أو قلعهما ظالم قبل القبض أحدهما
بجميع

الثلث أو ترك ولا يأخذ بالحصصة بخلاف الاستحقاق اه قوله: (واللبس والركوب
والمداواة

رضا بالعيب) لأنه دليل الاستبقاء في ملكه. أطلق الركوب وهو مقيد بما إذا ركبها في
حاجته لما سيصرح به، وكذا المداواة إنما تكون رضا بعيب داواه، أما إذا داوى المبيع
من

عيب قد برئ منه البائع وبه عيب آخر فإنه لا يمتنع رده كما في الولوالجية. وفي خزانة
الفقه: اختلفا قال البائع ركبتها لحاجتك وقال المشتري لا ردها عليك فالحقول
للمشتري. وقيد

بخيار العيب لأن هذه الأشياء لا تسقط خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختبار وأنه
بالاستعمال فلا يكون مسقطا. وقيد بهذه الأشياء لأن الاستخدام بعد العلم بالعيب لا
يكون

رضا استحسانا لأن الناس يتوسعون فيه وهو للاختبار، هكذا أطلقه في المبسوط. ونقل
عن

السرخسي في البزازية أن الصحيح أن الاستخدام رضا بالعيب في المرة الثانية إلا إذا
كان في

نوع آخر. وفي الصغرى: الاستخدام مرة واحدة لا يكون رضا إلا إذا كان على كره من
العبد

اه قوله: (لا الركوب للسقي أو للرد أو لشراء العلف) أي لا يكون الركوب لهذه
الأشياء

رضا بالعيب. أطلقه وهو كذلك في الرد، وأما في السقي وشراء العلف فلا بد أن يكون
لا

بد له منه لصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف في عدل واحد، أما إذا كان له بد منه فهو
رضا كما في الهداية. وفي جامع الفصولين: ادعى عيبا في حمار فركبه ليرده فعجز عن
البينة

فركبه جائيا فله الرد اه. وفي البزازية: لو ركب لينظر إلى سيرها أو لبس لينظر إلى قدها
فهو

رضا. وفي فتح القدير: وجد بها عيبا في السفر فحملها فهو عذر. وأشار المؤلف رحمه
الله

تعالى باللبس وأخويه لغير حاجة إلى أن كل تصرف يدل على الرضا بالعيب بعد العلم
به يمنع

الرد والأرش فمن ذلك البيع والعرض عليه، وكتبناه في الفوائد إلا في الدراهم إذا

وجدها
البائع زيوفاً فعرضها على البيع فإنه لا يمنع الرد على المشتري لأن ردها لكونها خلاف
حقه
لأن حقه في الجياد فلم تدخل الزيوف في ملكه بخلاف المبيع العين فإنه ملكه فالعرض
رضاً

بعيبه، ولا فرق بين أن يكون البائع في المسألتين قال له اعرضها على البيع فإن لم تشتتر منك

ردها علي أو لا. وقيدنا بالبيع لأنه لو اشترى ثوبا فعرضه على الخياط لينظره أيكفيه أم لا لم

بيطل حقه في رده بعيب، وكذا لو عرضها على المقومين لتقوم كما في جامع الفصولين. وفي

البرزازية: لو قال له البائع بعد الاطلاع أتبيعها قال نعم لزم ولا يتمكن من الرد. قال الشيخ

الإمام: وينبغي أن يقول بدل قوله نعم لا لأنه نعم عرض على البيع ولا تقرير لمكنته. وفيها: الاستقالة بعد الاطلاع لا تمنع الرد بخلاف العرض ومن ذلك الإجازة والعرض عليها

والمطالبة بالغلة والرهن والكتابة، وهذا إذا كان بعد العلم بالعيب، فإن أجره ثم علم به فله

نقضها للعذر ويرده بخلاف الرهن لأنه لا يرده إلا بعد الفكك، كذا في جامع الفصولين.

ومنه إرسال ولد البقرة عليها ليرتضع منها أو حلبه لبن الشاة أو شرب اللبن. وهل يرجع بالنقصان؟ قولان. وليس منه أكل ثمر الشجر وغلة القن والدار وإرضاع الأمة ولد المشتري

وإتلاف كسب المبيع بعد علمه وضرب العبد إن لم يؤثر الضرب فيه، فإن أثر فلا رد ولا

رجوع. وليس منه جز صوف الغنم إن نقصه، فإن لم ينقصه فله الرد، وكذا قطف الثمار إن

لم ينقص. واستشكله في جامع الفصولين بأنه ينبغي أن لا يرد لأنها زيادة منفصلة متولدة

وهي تمنع الرد ولم أر فيها خلافا، ولكن يظهر من هذا أن فيها روايتين. ومنه كما في البرزازية

الوطئ بكرا كانت أو ثيبا، نقصها أو لا، فلا رد ولا رجوع.

وكذا لو قبلها بشهوة أو لمسها لكن يرجع بالنقص إلا أن يقبلها البائع، وإن وطئها الزوج إن ثيبا ردها، وإن بكرا لا. وسكنى الدار أي ابتداؤها لا الدوام، ومنه سقي الأرض

وزراعتها وكسح الكرم والبيع كلا أو بعضا بعد الاطلاع مانع من الرد، والرجوع وكذا الهبة

والاعتاق مطلقا، كذا في البرزازية. وفيها: دفع باقي الثمن بعد العلم بالعيب رضا. وفي

الواقعات: الهبة رضا وإن لم يسلم العين إلى الموهوب له لأنه أقوى من العرض اهـ.
وفيها:

لو عرض نصف الطعام على البيع لزمه النصف ويرد النصف كالبيع وجمع غلات الصيغة
رضا، وكذا تركها لأنها تضييع. وفي فتح القدير: هنا أن خيار العيب على التراخي عندنا
فلا

يطلب بعد العلم به بالتأخير قوله: (ولو قطع المقبوض بسبب عند البائع رده واسترد الثمن)
يعني لو اشترى عبدا قد سرق عند البائع ولم يعلم به وقت الشراء ولا وقت القبض فقطعت
يده عند المشتري له أن يرده ويأخذ ما دفعه عند الإمام. وقالوا: يرجع بما بين قيمته سارقا إلى
غير سارق. وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب كان عند البائع. والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما، لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل
وأنه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما إذا
اشترى حاملا فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا إلى غير حامل
وله ان سبب الوجوب في يد البائع في الوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافا إلى
السبب السابق وصار كما إذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب
ومسألة الحامل ممنوعة. قيد بكونه بسبب عند البائع فقط لأنه لو سرق عندهما فقطع بهما
فعندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا، وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع
بربع الثمن، وإن قبله البائع فبثلاثة الأرباع لأن اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين
وفي أحدهما الرجوع فيتنصف، فلو تداولته الأيدي ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة بعضهم
على بعض عنده كما في الاستحقاق. وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على
بائعه لأنه بمنزلة العيب. ولم يقيد المصنف بعدم علم المشتري لسرقته عند البائع، وقيده به في
الجامع الصغير وهو مفيد على قولهما لأن العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع، كذا في الهداية. ثم اعلم أنه لا أثر في الاستحقاق بعلم المشتري أنه ملك المستحق إلا فيما لو كانت جارية فأولدها عالما بأنها ملك

الغير، فإن الولد رقيق لعدم الغرور كما في فصله من جامع الفصولين. وظاهر كلام
المصنف
أنه ليس بمخير بين إمساكه والرجوع بنصف الثمن وليس كذلك، بل هو مخير فله
إمساكه
وأخذ نصف الثمن لأنه بمنزلة الاستحقاق لا العيب - كما ذكره الشارح - حتى لو
مات بعد
القطع حتف أنفه رجع بنصف الثمن عنده كالأستحقاق. ولو أعتقه المشتري ثم قتل أو
قطعت
يده به فإنه لا يرجع عنده بشئ لفوات المالية به، وعندهما يرجع بالنقصان. وإلى هنا
ظهر أن
الاختلاف بين الإمام وصاحبيه في ستة مسائل: الأولى له رده عنده لا عندهما. الثانية
في

كيفية الرجوع فعنده بالكل إن رده وبالنصف إن أمسكه، وعندهما بالنقصان. الثالثة إذا مات

بعد القطع حتف أنفه فعنده يرجع بالنصف ولا رجوع عندهما. الرابعة لو أعتقه فلا رجوع

عنده خلافا لهما. الخامسة في رجوع الباعة. السادسة العلم به لا يمنع الخيار عنده خلافا

لهما. وقيد بكونه قطع عند المشتري لأنه لو قطع عند البائع ثم باعه فمات عند المشتري به

فإنه يرجع بالنقصان عنده أيضا وبالقطع لأنه لو اشترى مريضا فمات منه عند المشتري أو

عبدا زنى عند البائع فجلد عند المشتري فمات به رجوع بالنقصان عنده أيضا لأن المريض

والمقطوع عند البائع إنما ماتا بزيادة الآلام وترادفها عند المشتري وهي لم توجد عند البائع،

وزنا العبد يوجب الجلد والموت غيره فلا يؤخذ البائع لما لم يكن عنده. وكذا لو زوج أمته

البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة

وإن كان زوالها بسبب كان عند البائع لأن البكارة لا تستحق بالبيع، كذا في فتح القدير.

وكتبنا في شرح المنار من بحث الأداء والقضاء أنه لو بيع عند المشتري بدين كان عند البائع

فإنه يرجع بالثمن فالمسائل الموردة عليه خمس قوله: (ولو برئ من كل عيب به صح وإن لم

يسم الكل ولا يرد بعيب) لأن الجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه

التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة، ويدخل تحت الإبراء الموجود والحادث

قبل القبض في قول الثاني وذكره مع الإمام في المبسوط وشرح الطحاوي. وفي الخانية أنه

ظاهر مذهبهما. وقال محمد: لا يدخل فيه الحادث. وهو قول زفر لأن البراءة تتناول الثابت. ولأبي يوسف أن الغرض إلزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك

بالبراءة

من الموجود والحادث. وأجمعوا أنه لو أبرأه من كل عيب به لا يدخل الحادث ولا يرد
علينا
عدم صحة أبرأت أحد كما لجهالة من له الحق كقوله لرجل علي كذا، ولو قال أبرأتك
من كل
عيب به وما يحدث لم يصح إجماعاً فاستشكل قول أبي يوسف لأنه مع التنصيص لا
يصح
فكيف يصححه ويدخله بلا تنصيص؟ ولكن هذا على رواية الأسيبجاني، وأما على رواية
المبسوط فيصح الاشتراط باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مكان العيب الموجب
للرد. وفي

البدائع: لو باع على أنه برئ من كل عيب يحدث بعد البيع فالبيع بهذا الشرط فاسد عندنا لأن

الابراء لا يحتمل الإضافة، وإن كان اسقاطا ففيه معنى التملك ولهذا لا يقبل الرد فلا يحتمل

الإضافة نصا كالتعليق فكان شرطا فاسدا فأفسد البيع اهـ. ولو اختلفا في عيب أنه حادث بعد

العقد أو كان عنده لا أثر لهذا عند أبي يوسف، وعند محمد القول للبائع مع يمينه على العلم

بأنه حادث، هذا إذا أطلق، أما إذا أبرأه مقيدا بعيب كان عند البائع ثم اختلفا على نحو ما

ذكرنا فالقول للمشتري، كذا في البدائع. ولو شرطها من عيب واحد كشجة فحادث عند

المشتري عيب أو موت فاطلع على آخر فأراد الرجوع بالنقصان جعل أبو يوسف الخيار للبائع

في التعيين، وجعله محمد رحمه الله تعالى للمشتري، ومحل ما إذا لم يعينها عند البيع بل أبرأه

من شجة به أو عيب، ولو أبرأه من كل غائلة فهي في السرقة والإباق والفجور، ولو أبرأه

من كل داء فهو على ما في الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضا. وقال أبو يوسف: يتناول الكل. ولو قبل الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفوف، ولو أبرأه من كل

سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء، ومن كل قرح تدخل القروح الدامية، كذا في المعراج.

والأثر الذي برئ منه ولا يدخل الكي كما في الخانية. وفي المحيط: أبرأتك من كل عيب

بعينه فإذا هو أعور لا يبرأ لأنه عدمها لا عيب، وكذا لو قال بيده فإذا هي مقطوعة لا يبرأ

بخلاف قطع الإصبع، وبخلاف ما إذا برئ من كل عيب به، كذا في الواقعات. ولو قال أنا

برئ من كل عيب إلا إباقة برئ من إباقه، ولو قال إلا الإباق فله الرد بالإباق لأنه لم يضيف

الإباق إلى العبد ولا وصفه به فلم يكن اعترافا بوجود الإباق للحال لأن هذا الكلام كما يحتمل التبرئ عن إباق موجود من العبد يحتمل التبري عن إباق سيحدث في المستقبل

فلا
يكون مقرا بكونه آبقا للحال بالشك فلا يثبت حق الرد بالشك اه. ولو قال أنت برئ
من
كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك. وفي الصغرى: المشتري الأول
إذا أبرأ
بائع عن العيب بعدما اطلع الثاني عليه صح ولا يرده على بائعه إذا رد عليه. وفي
الخنائية:
إذا باع جارية وقال أنا برئ من كل عيب بها فهو برئ من كل عيب بها، ولو قال أنا
برئ
منها لا يبرأ عن شئ من العيوب، ولو قال أبرأتك عن كل عيب ولم يقل بها فهذه براءة
عن
كل عيب اه. وفيها: باع شيئا على أنه برئ من كل عيب لا يكون إقرارا بالعيب، ولو
شرط
البراءة عن عيب واحد أو عييين كان ذلك إقرارا بذلك العيب، بيانه إذا باع عبدين على
أنه
برئ من كل عيب بهذا العبد بعينه وسلمهما إلى المشتري فاستحق أحدهما ووجد
المشتري

بالآخر عيبا لزمه المعيب بحصته من الثمن فيقسم الثمن على العبدین وهما صحیحان لا عیب بهما، فإذا عرفت حصة المستحق رجع المشتري على البائع بحصة المستحق من الثمن. ولو باع عبدین بثمان واحد علی أنه برئ من عیب واحد بهذا ثم استحق أحدهما فوجد بالذی برئ عن عیب واحد عیبا فإنه یقسم الثمن علیهما علی قيمة المستحق صحیحا وعلی قيمة الآخر وبه عیب واحد فإذا عرفت حصة المستحق رجع المشتري علی البائع بذلك. اه ما فی الخانیة. ولم یذكر المصنف رحمه الله تعالی الصلح عن العیب كما لم یذكر الكفالة به وقدمنا طرفا منهما ولا بأس بذكرهما هنا تتمیما للفائدة. أما الأول فقدمنا أنه إن كان الدافع البائع والمبیع للمشتري كان جائزا حطا من الثمن وإن كان المشتري لیاخذه البائع لا. وفي فتح القدير: لو اصطلحا علی أن یحط كل عشرة ویأخذ الأجنبي بما وراء المحطوط ورضی الأجنبي جاز، وجاز حط المشتري دون البائع. ولو قصر المشتري الثوب فإذا هو متحرق وقال المشتري لا أدري تحرق عند القصار أو عند البائع فاصطلحوا علی أن یقبله المشتري ویرد علیه القصار درهما والبائع درهما جاز، وكذا لو اصطلحا علی أن یقبله البائع ویدفع له القصار درهما ویترك المشتري درهما، قیل هذا غلط وتأویله أن یضمن القصار أولا للمشتري ثم یدفع المشتري ذلك للبائع اه. وفي الصغری: ادعی عیبا فی جاریة فأنکر فاصطلحا علی مال علی أن یرئ المشتري البائع عن ذلك العیب ثم ظهر أنه لم یکن به هذا العیب أو كان بها لكن برئت وصحت كان للبائع أن یرجع علی المشتري ویأخذ ما أدى من البدل، وفي القنیة: باع المشتري بعد الصلح عن العیب ثم زال العیب فی ید المشتري الثاني لیس للبائع أن یرجع علی مشتریه ببدل

الصلح
إن زال بمعالجة المشتري الأول وإلا فلا اه وفيها: اشترى حمارا ووجد به عيبا قديما
فأراد
الرد فصولح بينهما بدينار وأخذه ثم وجد به عيبا آخر قديما فله أن يرد مع الدينار وقيل
يرجع بنقصان العيب اه. وإلى هنا ظهر أن خيار العيب يسقط بالعلم به وقت البيع أو
وقت
القبض والرضا به بعدهما أو اشتراط البراءة من كل عيب أو الصلح على شئ. وفي
جامع
الفصولين: لو اشتراه على أن عيبه حادث فظهر أنه قديم لا يرده أو الاقرار بأن لا عيب
به إذا
عينه. قال في الصغرى: إذا قال المشتري ليس به عيب لا يكون إقرارا بانتفاء العيوب
حتى
لو وجد به عيبا كان له أن يرده. ولو عين فقال ليس بآبق كان إقرارا بانتفاء الإباق،
وكذا لو
شهدوا أنه باع بشرط البراءة من كل عيب لا يكون إقرارا من الشهود بالعيب حتى لو
اشتراه
الشاهد فوجد به عيبا كان له أن يرد، وكذا لو شهدوا على أنه باعه على أنه برئ من
الإباق
ثم اشتراه الشاهد فوجد به عيبا كان له أن يرد، كذا لو شهدوا على أنه باعه على أنه
برئ من الإباق ثم اشتراه الشاهد فوجده آبقا فله الرد، ولو على أنه برئ من إباقه فليس
للشاهد رده بإباقه

اه. وفي الولوالجية: البائعة إذا تزوجت المشتري على أرش العيب صحح و كان إقرارا منها بالعيب، وكذا البائع إذا اشترى منه أرش العيب كان إقرارا به بخلاف الصلح عنه لا يكون

إقرارا به. وأما ضمانه ففي البزازية: اشترى عبدا وضمن له رجل عيوبه فاطلع على عيب فرده لا ضمان عليه عند الإمام لأنه ضمان العهدة، وعلى قول الثاني يضمن لأنه ضمان العيوب. وإن ضمن السرقة أو الحرية أو الجنون أو العمى فوجده كذلك ضمن الثمن للمشتري، وإن مات عنده قبل الرد قضى على البائع بالنقص ورجع به على الضامن. ولو ضمن له بحصة ما يجده من العيوب من الثمن فهو جائز عند الإمام، فإن رده المشتري رجع

بكل الثمن على الضامن، وإن لم يرده وقضى بالنقص على البائع رجع على الضامن كما يرجع على البائع. وعن الثاني قال رجل للمشتري ضمنت لك عماه فكان أعمى فرده لم يرجع على

الضامن بشيء، ولو قال إن كان أعمى فعلى صحة العمى من الثمن فرده ضمن حصة العمى، ولو وجد به عيبا فقال رجل للمشتري ضمنت لك هذا العيب فالضمان باطل اه والله أعلم.

باب البيع الفاسد

آخره لكونه عقدا مخالفا للدين كما في فتح القدير. وصرح الولوالجي رحمه الله تعالى من الفصل السابع بأنه معصية يجب رفعها، وسيأتي في باب الربا أن كل عقد فاسد فهو ربا.

والفاسد له معنيان: لغوي واصطلاحي. فالأول فسد كنصر وعقد وكرم فسادا وفسودا ضد

صلح فهو فاسد وفسيد من فسدي ولم يسمع انفسد، والفساد أخذ المال ظلما والجدب.

والمفسدة ضد المصلحة، وفسده تفسيدا أفسده وتفاسدوا قطعوا أرحامهم، واستفسد ضد

استصلح، كذا في القاموس. وفي المصباح: واعلم أن الفساد إلى الحيوان أسرع منه إلى النبات، وإلى النبات أسرع منه إلى الجماد لأن الرطوبة في الحيوان أكثر من الرطوبة في النبات، وقد يعرض للطبيعة عارض فتعجز الحرارة بسببه عن جيرانها في المجاري الطبيعية

الدافعة لعوارض العفونة فتكون العفونة بالحيوان أشد تثبتا منها بالنبات فيسرع إليه الفساد

فهذه هي الحكمة في قول الفقهاء يقدم القاضي ما يتسارع إليه الفساد فيبدأ ببيع

الحيوان.

(١٢)

ويتعدى بالهمزة والتضعيف والمفسدة بخلاف المصلحة وجمعها المفسد اه. وحاصله أنه ما تغير

وصفه ويمكن الانتفاع به لما في البناية: يقال فسد اللحم إذا أنتن مع بقاء الانتفاع به. وأما

الثاني قالوا: هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه ولا يخفى مناسبته للمعنى اللغوي. ومرادهم من مشروعية أصله كونه مالا متقوما لا جوازه وصحته فإن كونه فاسداً يمنع صحته. ولقد تسمع في البناية حيث عرفه بأنه ما لا يصح وصفه فإنه يفيد أنه يصح أصلاً ولا صحة للفساد. وإنما أطلقوا المشروعية على الأصل نظراً إلى أنه لو خلى عن الوصف لكان

مشروعاً وإلا فمع اتصافه بالوصف المنهي عنه لا يبقى مشروعاً أصلاً. والمراد بالفساد هنا ما

يعم الباطل لأنهم يذكرون في هذا الباب ما يعم الباطل أيضاً فالمراد به ما لم يكن مشروعاً

بوصفه أعم من أن يكون مشروعاً بأصله أو لا والبياعات المنهي عنها ثلاثة: فاسد وباطل

ومكروه تحريماً. فالفساد بيناه، وأما الباطل فله معنيان: لغوي واصطلاحي. فالأول يقال بطل الشيء يبطل بطلاً وبطولاً وبطلاناً بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل والجمع

بواطل أو أباطيل على غير قياس، كذا في المصباح. ويقال للحم إذا صار بحيث لا ينتفع به

للدود أو للسوس بطل، وإذا أنتن فسد كما في فتح القدير. وأما الثاني فهو ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه، وحكمه عدم إفادة الحكم وهو الملك قبضه أو لا، وفيه مناسبة للمعنى اللغوي لأنه بمعنى ما سقط حكمه، وحكم الفاسد ما لا يفيد بمجرد بل

بالقبض. وأما المكروه فهو لغة بخلاف المحبوب واصطلاحاً ما نهى عنه لمجاور كالبيع عند

أذان الجمعة نهى عنه للصلاة وعرفه في البناية بما كان مشروعاً بأصله ووصفه لكن نهى عنه

لمجاور اه.

ويمكن إدخاله تحت الفساد أيضاً على إرادة الأعم وهو ما نهى عنه فيشمل الثلاثة. والفساد بالمعنى الأعم يثبت بأسباب منها: الجهالة المفضية إلى المنازعة في المبيع أو الثمن،

ومنه العجز عن التسليم إلا بضرر، ومنها الغرر، ومنها شرط خارج عن الشرع، ومنها

عدم
المالية أو التقوم، ومنها عدم الوجود، ومنها عدم القدرة على التسليم. وأما البيع الجائر
الذي
لا نهى فيه فتلاثة: نافذ لازم ونافذ ليس بلازم وموقوف. فالأول ما كان مشروعاً بأصله
ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه. والثاني ما لم يتعلق به حق الغير وفيه خيار
والموقوف ما تعلق به حق الغير، وهو إما ملك الغير أو حق بالبيع لغير المالك. وحصره
في
الخلاصة في خمسة عشر: بين العبد والصبي المحجورين موقوف على إجازة المولى
والأب أو
الوصي وبيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر. وما في
مزارعة
الغير موقوف على إجازة المرتهن، والمستأجر والمزارع وبيع البائع المبيع بعد القبض
من غير
المشتري موقوف على إجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد أصلاً، وبيع
المرتد عند
الإمام والبيع برقمه وبما باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس،
وبيع فيه

خيار المجلس بمثل ما يبيع الناس وبمثل ما أخذ به فلان، ويبيع المال المغصوب موقوف على إقرار الغاصب أو البرهان بعد إنكاره ويبيع مال الغير اه. ويمكن أن يزداد البيع المشروط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام فإن الصحيح أنه موقوف، فإن أسقطه قبل دخول الرابع جاز وإلا فسد كما تقدم في بابه، لا يقال إنما لم يذكره للاختلاف لأننا نقول: لم يقتصر على المتفق عليه فإن في بيع المرهون والمستأجر خلافا، ويستثنى مما في مزارعة الغير ما إذا باعها مالكها والبذر من قبله قبل القائه فإنه نافذ كما في البزازية. السابع عشر من الموقوف الوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه فإنه موقوف، فإن اشترى الباقي قبل الخصومة نفذ على الموكل كما في المجمع وغيره. الثامن عشر على قولهما الوكيل يبيع العبد إذا باع نصفه هو موقوف على بيع الباقي قبل الخصومة، وعند الإمام نافذ كما في المجمع. التاسع عشر يبيع نصيبه من مشترك بالخلط والاخلاط موقوف على إجازة شريكه كما ذكره في الشركة. العشرون يبيع ما في تسليمه ضرر موقوف على تسليمه في المجلس كما في البزازية. الحادي والعشرون يبيع المريض عينا من أعيان ماله لبعض ورثته موقوف على إجازة الباقي ولو كان بمثل القيمة عنده. الثاني والعشرون يبيع السيد عبده المأذون المديون موقوف على إجازة الغرماء. الثالث والعشرون يبيع الوارث الشركة المستغرقة بالدين موقوف على إجازة الغرماء، ذكره الزيلعي عند قوله وصح عتق مشتر من غاصبه بإجازة بيعه. الرابع والعشرون الوكيل إذا وكل بلا إذن وتعميم فعقد الثاني توقف على إجازة الأول كما في المجمع. الخامس والعشرون أحد الوكيلين إذا باع بحضرة صاحبه توقف على إجازته فإن أجازته جاز بخلاف ما إذا كان غائبا فإنه لا ينفذ بإجازته كما ذكره الزيلعي في الوكالة. السادس والعشرون يبيع المولى إكساب عبده المديون بعد

الحجر عليه موقوف على إجازة الغرماء كما في جامع الفصولين. السابع والعشرون
أحد
الوصيين إذا باع بحضرة الآخر. الثامن والعشرون أحد الناظرين إذا باع غلة الوقف
بحضرة
الآخر توقف فيها على إجازة الآخر أخذاً من الوكيلين ولم أرهما الآن صريحاً. التاسع
والعشرون بيع المعتوه كبيع الصبي العاقل موقوف كما ذكره الزيلعي والصحيح يشمل
الثلاثة
لأنه ما كان مشروعاً بأصله ووصفه والموقوف كذلك والصحة في المعاملات ترتب
الآثار وفي
العبادات سقوط القضاء كما في الأصول.
وللمشايع طريقان، فمنهم من يدخل الموقوف تحت الصحيح فهو قسم منه وهو الحق
لصدق التعريف وحكمه علي فإنه ما أفاد الملك من غير توقف على القبض ولا يضر
توقفه
على الإجازة كتوقف البيع الذي فيه الخيار على إسقاطه ولذا قال في المستصفي: البيع
نوعان:

صحيح وفساد. والصحيح نوعان: لازم وغير لازم اه. ولذا لم يذكر في الحاوي
القدس في
التقسيم الصحيح وإنما قال المبيع أربعة أنواع نافذ وموقف وفساد وباطل ولا غبار على
هذه هذه

العبرة. ومنهم من جعله قسيما للصحيح وعليه مشى الشارح الزيلعي فإنه قسمه إلى
صحيح

وباطل وفساد وموقوف. وقسمه في فتح القدير إلى جائز وغير جائز وهو ثلاث باطل
وفاسد وموقوف. فجعله من غير الجائز مريدا بالجائز النافذ. وفي السادس من جامع
الفصولين أن بيع مال الغير بغير إذن بدون تسليمه ليس بمعصية ولم أر فيما عندي من
الكتب

من سماه فاسدا إلا في بيع المرهون والمستأجر فقال في البدائع: من شرائطه أن لا
يكون في
المبيع حق لغير البائع فإن كان لا ينفذ كالمرهون والمستأجر. واختلفت عبارات الكتب
في هذه

المسألة في بعضها أن البيع فاسد، وفي بعضها أن البيع موقوف وهو الصحيح إلى آخره.
وقال

قبله في جواب الشافعي في بيع الفضولي إنه غير صحيح لأنه لا يفيد حكمه وصحة
التصرف

عبرة عن اعتباره في حق الحكم فقال: قلنا نعم وعندنا هذا التصرف يفيد في الجملة
وهو

ثبوت الملك موقوفا على الإجازة إما من كل وجه أو من وجه لكن لا يظهر شيء من
ذلك

عند العقد، وإنما يظهر عند الإجازة وهو تفسير التوقف عندنا أن يتوقف في الجواب في
الحال أنه صحيح في حق الحكم أم لا يقطع القول به للحال ولكن يقطع القول بصحته
عند

الإجازة وهذا جائز كالبيع بشرط الخيار للبائع أو للمشتري اه. وإنما أكثرنا من تحرير
هذا

المبحث لأنني قررت في المدرسة الصرغتمشية حين إقراء الهداية أن بيع الفضولي
صحيح عندنا

فأنكره بعض الطلبة الذي لا تحصيل لهم وادعى فساده وهو فاسد لما علمته وسيأتي له
مزيد

في محله إن شاء الله تعالى قوله: (لم يجز بيع الميتة والدم) لانعدام المالية التي هي
ركن البيع

فإنهما لا يعدان مالا عند أحد وهو من قسم الباطل، والمؤلف رحمه الله تعالى لما
استعمل
الفاسد في الباب للأعم عبر بعدم الجواز الشامل للباطل والفاسد، وفي القاموس: الميتة
ما لم
تلحقه ذكاة وبالكسر للنوع اه. فإن أريد بعدم الجواز عدمه في حق المسلمين بقيت
الميتة على
إطلاقها، وإن أريد الأعم للمسلم والكافر فيراد بها ما مات حتف أنفه، أما المنخنة
الموقوذة
فغير داخلة لما في التجنيس: أهل الكفر إذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز لأنها ليست
بمال
عندهم ولو باعوا ذبيحتهم وذبحهم أن يخنقوا الشاة ويضربوها حتى تموت جاز لأنها
عندهم
بمنزلة الذبيحة عندنا. وفي جامع الكرخي: يجوز البيع عند أبي يوسف خلافا لمحمد
لأبي
يوسف أنهم يتمولونها كالخمر. ولمحمد أن أحكامهم كأحكامنا إلا في الخمر. وفي
الذخيرة:

أراد بالميتة ما مات حتف أنفه أما التي ماتت بالسبب كالخنق والجرح في غير موضع الذبح فالمبيع فاسد لا باطل، وكذلك ذبائح المجوس مال متقدم عندهم بمنزلة الخمر، كذا في المعراج. وحاصله أن فيما لم يمت حتف أنفه بل بسبب غير الذكاة روايتين بالنسبة إلى الكافر، وفي رواية الجواز، وفي رواية الفساد، وأما البطلان فلا، وأما في حقنا فالكل سواء. قال في البدائع: ولا ينعقد بيع الميتة والدم وذبيحة المجوسي والمرتد والمشرک ومترک التسمية عمدا عندنا، وذبيحة المجنون والصبي الذي لا يعقل، وكذا ذبيحة صيد الحرم محرما كان الذابح أو حلالا، وذبيحة المحرم من الصيد في الحل أو الحرم لأن الكل ميتة، ولا ينعقد بيع صيد الحرم سواء كان صيد الحرم أو الحل اه. وفي النزاهة: بيع متروك التسمية عمدا من كافر لا يجوز اه. أطلقه فشمّل ما إذا كانت الميتة مبيعا أو ثمنا. والدم قال في القاموس: أصله دمي تثنيته دميان ودمان وجمعه دماء ودمي وقطعته دمة وهي لغة في الدم وقد دمي كرضي دما، وأدميته ودميته وهو دامي اه. وأراد بالدم الدم المسفوح، أما بيع الكبد والطحال فإنه جائز. وأراد بالميتة ما سوى السمك والجراد، وأشار إلى منع ما ليس بمال كبيع العذرة الخالصة، ويجوز بيع السرقين والبعر والانتفاع به والوقود به، كذا في السراج الوهاج. قوله: (والخنزير والخمر) أي في حق المسلم للنهي عن بيعهما وقربانهما. وصرح في الهداية بالفساد فيهما لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض، ومراده ما إذا كانا مبيعين قوبلا بعرض بيع مقابضة، أما إذا قوبلا بالدراهم أو الدينير فالبيع باطل حتى لو بيع أحدهما بعبد فقبضه البائع وأعتقه نفذ عتقه، ولو استحقه مستحق فالمشتري خصم له بخلاف بيعه بالميتة إذا أعتقه لم ينفذ، وإذا استحق فليس بخصم كما في البنائة. والفرق أن

الخمير مال في الجملة في شرع ثم أمر بإهانتها في شرع آخر بطريق لنسخ، وفي
تمليكها
بالعقد مقصودا اعزاز له بخلاف جعله ثمنا. واعتبر في بيع المقابضة الخمير ثمنا والعرض
مبيعا
والعكس وإن كان ممكنا لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من
تصحيح
تصرف العقلاء المكلفين بطريق الاعزاز للعرض فاعتبرنا ذكرها لاعزاز الثوب لا الثوب
للخمير
فوجب قيمة العرض لا الخمير ولا فرق بين دخول البائع على الثوب أو الخمير في جعل
الثوب هو المبيع، كذا في فتح القدير. والحاصل أن بيع نفس الخمير باطل مطلقا وإنما
الكلام
فيما قابله، فإن دينا كان باطلا أيضا، وإن عرضا كان فاسدا. وجلد الميتة كالخمير في
رواية و

كالميتة في أخرى. وفي القاموس: الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام بالخمر، وقد

تذكر والعموم أصح لأنها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم إلا البسر والتمر اه.

قيد بالخمر لأن يبيع ما سواها من الأشربة المحرمة كالسكر ونقيع الزبيب والمنصف جائز عنده

خلافًا لهما، كذا في البدائع. وقيدنا بالمسلم لأن أهل الذمة ما يمنعون من بيعها، ثم اختلفوا

فقال بعضهم: يباح الانتفاع بهما لهم شرعا كالخل والشاة فكان مالا في حقهم. وقال بعضهم: هما حرامان عليهما لأن الكفار مخاطبون بالحرمان وهو الصحيح من مذهب أصحابنا ولكن لا يمنعون من بيعهما لأنهم يعتقدون الحل والتمول وقد أمرنا بتركهم وما

يدينون، كذا في البدائع. وأشار المؤلف إلى أن الذميين إذا تبايعا خمرا أو خنزيرا ثم أسلما أو

أسلم أحدهما قبل القبض فإن البيع يفسخ لأن التسليم والقبض حرام كالبيع بخلاف ما إذا

كان الإسلام بعد القبض لأن الوجود الدوام وهو لا ينافي. ولو أقرض الذمي خمرا من ذمي ثم

أسلم أحدهما، فأسلم المقرض سقطت الخمر لأن إسلامه مانع من قبضها ولا شيء له من قيمتها على المستقرض لأن العجز جاء من قبله، وإن أسلم المستقرض ففيه روايتان: في

رواية كأول وفي أخرى وهو قول محمد تجب قيمتها، كذا في البدائع. وقيد بالخمر والخنزير

لأن بيع آلات اللهو كالبربط والطبل والمزمار والدف صحيح مكروه عند الإمام. وقالوا: لا

ينعقد بيعها والصحيح قوله للانتفاع بها شرعا من وجه آخر. وعلى هذا الاختلاف بيع النرد

والشطرنج، وعلى هذا الاختلاف الضمان على من أتلفها فعنده يضمن وعندهما لا، كذا في

البدائع. ولكن الفتوى في الضمان على وقولهما كما سيأتي في الغصب ومحلله ما إذا كسرهما

غير القاضي والمحاسب أما هما فلا ضمان اتفاقا وقد ذكر في أول سير اليتيمة الفرق بين

المتقوم والمعصوم اه. قوله: (والحر والمدبر وأم الولد والمكاتب) أي بيع هؤلاء غير جائز أي غير منعقد، أما في الحر فلعدم المالية، وأما المدبر وأم الولد فقد صرح في الهداية ببطلان بيعهما قال لأن استحقاق العتق قد ثبت ومن الولد لقوله عليه السلام أعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت والمكاتب استحق العتق يدا على نفسه لازمة في حق المولى، ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز، ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والأظهر الجواز. والمراد بالمدبر المطلق دون المقيد أي فإنه يجوز بيعه اه. ولو بيع المكاتب بغير رضاه فأجاز بيعه لا ينفذ في الصحيح من الرواية وعليه عامة المشايخ، كذا في

الخانية. وأورد عليه أن البيع فيهم لو كان باطلا لسرى البطلان إلى المضموم إلى واحد
وسياتي
أنه لو جمع بين قن ومدبر أو أم ولد وباعهما صفقة فإنه يجوز في القن، لو كانوا
كالحرم لم يجر
فيما ضم. أوجب أنه مخصوص فجاز أن يكون بعض أفراد الباطل لضعفه لا يسري
حكمه إلى
ما ضم إليه. وفي بعض عبارات المشايخ أن بيعهم فاسد بدليل صحة المضموم، وأورد
عليه
بأنه لو كان فاسدا لملكوا بالقبض ولم يملكوا به اتفاقا وأوجب بأنه مخصوص فهو من
قبيل
الفاسد الذي لا يملك به. والحاصل أنهم اتفقوا على أنهم لا يملكون به وعلى عدم
البطلان
في المضموم إليهم فبقي أن بيعهم باطل أو فاسد ولا بد من التخصيص لكل منهما
وتخصيص
كلام الهداية أولى. وفائدة القولين فيما قابلهم فباطل على ما في الهداية فلا يملك
بالقبض
وفاسد على قول القدوري والايضاح فيملك به. هذا ما أفاده كلام الشارحين في هذا
المحل
وفي إيضاح الاصلاح أن بيع الثلاثة باطل موقوف ينقلب جائزا بالرضا في المكاتب
وبالقضاء
في الأخيرين لقيام المالية اه. وهو ضعيف لأنه لا بد في المكاتب من الرضا قبل البيع
على
الصحيح ونفاذ القضاء ببيع أم الولد ضعيف ففي قضاء البزازية: الأظهر عدم النفاذ.
وصحح
في فتح القدير النفاذ بقضاء القاضي وبيع معتق البعض كالحرم وولد المدبر كهو وكذا
ولد أم
الولد والمكاتب كهما لدخول الولد في الكتابة، كذا في السراج الوهاج قوله: (فلو
هلكوا
عند المشتري لم يضمن) لبطلان البيع فكان أمانة كونه مقبوضا بإذن صاحبه وهو رواية
عن
الإمام واختارها أحمد الطوسي، واختار شمس الأئمة السرخسي وغيره الضمان بالمثل
أو
بالقيمة، وقيل الأول قوله والثاني قولهما، كذا في فتح القدير. وفي القنية وفي السير: إنه

يضمن لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب وهو الصحيح اه. وذكر في أول سير اليتيمة
مسألة
بيع الحربي بنيه أو أباه هل هو باطل أو فاسد، أطلقه فشمّل جميع ما تقدم ولكن إذا
مات
المدبر وأم الولد عند المشتري فيه اختلاف فقال الإمام: لا ضمان. وقالوا: عليه قيمتهما
وهو
رواية عنه لأنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الأموال، وهذا لأن
المدبر وأم
الولد يدخلان في البيع حتى يملك ما يضم إليهما في البيع بخلاف المكاتب فإنه في يد
نفسه
فلا يتحقق في حقه القبض وهو الضمان به وله ان جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في
محل
يقبل الحقيقة، وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع
في حق
أنفسهما وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما يضم إليهما فصار كمال المشتري لا يدخل
في
حكم عقده بانفراده وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه كذا هذا، كذا في الهداية.

وظاهره أنه لا ضمان إن هلك المكاتب في يد المشتري اتفاقا وإليه يشير كلام العناية.
وفي
المعراج: إن الرواية عنه كقولهما إنما هي في المدبر وأما أم الولد فغير مضمونة عنده
باتفاق
الروايات. وفي شرح الجامع الصغير لقاضيخان: ومشايخنا صححوا هذه الرواية. وقدمنا
في
العتاق أن قيمة المدبر نصف قيمته لو كان قنا وبه يفتى وأن قيمة أم الولد ثلث قسمتها
قنة فإذا
احتيج إلى تقويمهما باعتبار المضموم إليها فالامر على ما ذكرنا. وفي السراح الوهاج:
هنا أن
قيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على الأصح وعليه الفتوى، وما ذكرناه من الافتاء بالنصف
منقول في
الفتاوى الصغرى وصرح به في البناية وفتح القدير هنا. اعلم أن أم الولد تخالف المدبر
في
ثلاثة عشر حكما: لا تضمن بالغصب ولا بالاعتاق ولا بالبيع ولا تسعى لغريم وتعتق من
جميع المال، وإذا استولد أم ولد مشتركة لم يتملك نصيب شريكه وقيمتها الثلث، ولا
ينفذ
القضاء بجواز بيعها وعليها العدة بموت السيد أو إعتاقه، ويثبت نسب ولدها بلا دعوة
ولا
يصح تدبيرها، ويصح استيلاء المدبرة ولا يملك الحربي بيع أم ولده ويملك بيع مدبره
وصح استيلاء جارية ولده ولا يصح تدبيرها كذا في التلقيح.
قوله: (والسمك قبل الصيد) أي لم يحز بيعه لكونه باع ما لا يملكه فيكون باطلا.
أطلقه فشمّل ما إذا كان في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لكونه غير مقدور
التسليم
فيكون فاسدا، ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ بغير حيلة جاز إلا إذا
اجتمعت
فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك، وروى الإمام أحمد مرفوعا لا تشتروا
السمك
في الماء فإنه غرور ٢ (٢١٢) والحاصل أن عدم جوازه قبل أخذه لعدم ملكه له فإن
أخذه ثم ألقا
في حظيرة كبيرة فعدم جوازه لكونه غير مقدور التسليم، فإن سلمه بعد ذلك
فكالروايتين في
بيع الآبق إذا سلمه، وإن كانت صغيرة جاز وله خيار الرؤية بعد التسليم، ولا اعتبار

برؤيته
في الماء، وإذا دخل السمك الحظيرة باحتياله ملكه وكان له بيعه على التفصيل، وقيل لا
مطلقا
لعدم الاحراز، والخلاف فيما إذا لم يهيئها له فإن هيأها له ملكه إجماعا، فإن اجتمع
بغير
صنعه لم يملكه، سواء أمكنه أخذه من غير حيلة أو لا. وفي القاموس: الحظيرة جرير
التمر
والمحيط بالشئ خشبا وقصبا اه. وفسرها في البناية بالحوض والبركة. أطلقه فشمّل ما
إذا
باعه في نهر أو بحر أو أجمة، وقد صرح الإمام أبو يوسف في كتاب الخراج يمنعه إذا
كان في

الآجام وأنه إذا كان يؤخذ باليد من غير أن يصاد فلا بأس ببيعه اه. والأجمة الشجر
الملتف
والجمع أجم مثل قصبه وقصب والآجام جمع الجمع، كذا في المصباح. وفي فتح
القدر فرع
من مسائل التهيئة: حفر حفيرة فوق فيها صيد فإن كان اتخذها للصيد ملكه وليس
لاحد
أخذه، وإن لم يتخذها له فهو لمن أخذه. نصب الشبكة فتعلق بها صيد ملكه، فإن كان
نصبها
ليجففها من بلل فتعلق بها لا يملكه وهو لمن يأخذه إلا أن يأخذه فيجوز، ومثله إذا هياً
حجره
لو وقع النثار فيه ملك ما يقع فيه ولو وقع في حجره ولم يكن هياً لذلك فلو أحد أن
يسبق
ويأخذه ما لم يكف حجره عليه، وكذا من هياً مكانا للسرقين إلى آخره، وسيأتي في
باب
متفرقات البيوع إن شاء الله تعالى. وقد سئلت حين تأليف كتاب البيوع من هذا الشرح
في
سنة ثمان وستين وتسعمائة عن البحرية بناحية كوم الشمس الجارية في وقف الحالي
اليوسفي
أيجوز إجارتها من الناظر لمن يصطاد السمك منها؟ ففتشت ما عند من الكتب فلم أرها
إلا
في كتاب الخراج لأبي يوسف قال: وحدثنا عبد الله بن علي عن إسحاق بن عبد الله
عن أبي
الزناد قال كتبت إلى عمر بن بن الخطاب رضي الله تعالى عنه في بحيرة يجتمع فيها
السمك
بأرض العراق ان يؤجرها فكتب ان فعلوا قال: وحدثنا أو حنيفة عن حماد قال طلبت
إلى عبد
الحميد بن عبد الرحمن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الآجام فكتب
إليه عمر
أنه لا بأس به وسماه الحبس اه. فعلى هذا لا يجوز بيع السمك في الآجام إلا إذا كان
في أرض
بيت المال، ويلحق به أرض الوقف لكن بعد مدة رأيت في الايضاح عدم جواز إجازته.
قوله: (والطير في الهواء) أي لا يجوز لأنه غير مملوك قبل الاخذ فيكون باطلا، وكذا
لو باعه بعد ما أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم فيكون فاسدا، ولو سلمه بعده لا

يعود
إلى الجواز عند مشايخ بلخ، وعلى قول الكرخي يعود، وكذا في الطحاوي. أطلقه
فشمل ما
إذا جعل الطير مبيعا أو ثمنا، وشمل ما إذا كان من عادته أنه يذهب ويحيى وهو الظاهر.

وفي فتاوى قاضيخان: وإن باع طيرا له يطير إن كان داجنا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا

تكلف جاز بيعه وإلا فلا وقول صاحب الهداية والحمام إذا علم عودها وأمكن تسليمها جاز

بيعها لأنها مقدورة التسليم يوافقه وصرح به في الذخيرة معزيا إلى المنتقى وفي المعراج باع فرسا في حظيرة فقال البائع سلمته إليك ففتح المشتري فذهب الفرس فإن أمكنه أخذه

بيده من غير عون كان تسليمها والا فلا لأنه لو مد يده لا يمكنه الاخذ اه. وفي القاموس:

الطير جمع طائر وقد يقع على الواحد، والجمع طيور وأطيوار والطيوان محرقة حركة ذي الجناح

في الهواء بجناحه اه. والأكثر فيها التأنيث وقد تذكر، كذا في المصباح والهواء ممدودا المسخر بين السماء والأرض والجمع أهوية، والهواء أيضا الشيء الخالي، والهوا مقصورا ميل

النفس وانحرفها الشيء ثم استعمل في ميل مذموم، يقال اتبع هواه وهو من أهل الأهواء، كذا في المصباح. قوله: (والحمل والنتاج) أي لا يجوز بيعهما والحمل - بسكون الميم - الجنين

والنتاج حمل الحبله والبيع فيهما باطل لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبله ولما فيه من

الغرر. وفي مصنف عبد الرزاق نهى عن المضامين والملاقيح وحبل الحبله. المضامين جمع

مضمونة ما في أصلاب الإبل، والملاقيح جمع ملقوح ما في بطونها وقيل بالعكس، وحبل

الحبله ولد ولد الناقة. وفي البناء: الحبل - بفتح الباء الموحدة - يطلق ويراد به المصد ويراد به

الاسم كما يقال له الحمل أيضا، وأما دخول تاء التأنيث في الحبله فإنما هي للاشعار بالأنوثة، وقيل إنها للمبالغة كما في سخره، ويحتمل أن يكون جمع حابله ففي المحكم امرأة

حابلة من نسوة حبله، وروى بعض الفقهاء حملت بكسر الميم ولم يثبت اه. وفي تلخيص

النهاية: بفتح الحاء والباء وقد تسكن نتاج النتاج وهو يعم الدواب الناس. وفي السراج الوهاج: لا يجوز بيع الحمل وحده دون الام ولا الام دونه فلو باع الحمل وولدت قبل

الافتراق وسلم لا يجوز، وكذا لا تجوز هبته وإن سلم إلى الموهوب له مع الام، ولا يجوز كتابته ولو قبلت الام عنه، ولا الكتابة عليه، ولو تزوج عليه فالتسمية باطلة ويجب مهر المثل، ولو صالح من قصاص عليه فالصلح صحيح ويسقط القصاص والتسمية فاسدة ويكون للمولى على القاتل الدية، وإن أعتق الحمل إن جاءت به بعد العتق لأقل من ستة أشهر عتق، وإن كانت لستة أشهر فصاعدا لا، وتجوز الوصية به إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية، ولو خالعهما على ما في بطن جاريتها أو ما في بطن بهيمتها جاز وللزوج الولد إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر، وإن جاءت به لستة أشهر لا سبيل له عليها ولكن ينظر، إن قالت اخلعتني على ما في بطن جاريتي من ولد رجع عليها بالمهر، وإن لم تقل من ولد فلا شئ عليها. ولو باع شاة على أنها حامل لم يجز لأن الحمل مجهول، ولو اشترى جارية على أنها حامل إن قصد به التبري من العيب جاز وإن قاله على وجه الشرط لم يجز، ومنهم من قال بعدم الجواز في الوجهين إذا شرط أنها حامل بجارية أو بغيلام أوز بجدي أو بعناق، وأما إذا لم يفسر الحمل جاز اه. وقد كتبنا في الفوائد الفقهية ما لا يجوز إفراده للحمل وما يجوز دون أمه فليراجع.

قوله: (والبن في الضرع) أي لا يجوز بيعه للغرر فعساه انتفاخ ولأنه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره. وفي المصباح: الضرع لذات الظلف كالثدي للمرأة والجمع ضروع مثل فلس وفلوس قوله: (واللؤلؤ في الصدف) للغرر وهو مجهول لا يعلم وجوده ولا قدره ولا يمكن تسليمه إلا بضرر وهو كسر الصدف. وعن أبي يوسف الجواز لأن الصدف لا ينتفع به إلا بالكسر فلا يعد ضررا. قيد به لأنه لو باع تراب الذهب والحبوب

في غلافها جاز لكونها معلومة وتعلم بالقبض. وفي السراج الوهاج: لو اشترى دجاجة فوجد في بطنها لؤلؤة فهي للبائع، ولو باع كرش شاة مذبوحة لم تسلخ جاز وإخراجه على البائع والمشتري بالخيار إذا رآه واللؤلؤ الدر واحدة بهاء كذا في القاموس والصدف محرقة غشاء الدر الواحد بهاء والجمع أصداف، منه أيضا قوله: (والصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لأنها تزداد من أعلى، وبخلاف القصيل لأنه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح أنه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن اللبن في الضرع وسمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف في تجويز بيع الصوف في رواية عنه، كذا في الهداية. وصحح الإمام الفضلي عدم جواز بيع قوائم الخلاف لأنه وإن كان ينمو من أعلاه

فموضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشتري لا يجوز
لجهالة موضع
القطع، وما ذكره من منع بيع الشجر ليس متفقا عليه بل هو خلافة منهم من منعها إذ لا
بد
في القطع من حفر الأرض، ومنهم من أجازها للتعامل بخلاف القصيل لأنه يقلع فلا
تنازع
فجاز بيعه قائما في الأرض. وأشار المصنف إلى أن كل ما بيع في غلافه فلا يجوز
كاللبن في
الضرع واللحم في الشاة الحية أو شحمها أو أليتها أو أكارعها وجلودها أو دقيق في
هذه
الحنطة أو سمن في هذا اللبن ونحوهما مما لا يمكن تسليمها إلا بإفساد الخلقة،
والحبوب في
قشرها مستثناة من ذلك لما أسلفناه، وكذا بيع الذهب والفضة في ترابهما بخلاف
جنسهما،
كذا في فتح القدير. وفي السراج الوهاج: لو سلم الصوف واللبن بعد العقد لم يجز
أيضا ولا
ينقلب صحيحا اه. وفي البناية معزيا إلى الصغرى: وبيع الكرات يجوز وإن كان ينمو
من
أسفله اه. والخلاف وزان كتاب شجر الصفصاف الواحدة خلافة ونصوا على تخفيف
اللام،
وزاد الصغاتي وتشديدها من لحن العوام. قال الدينوري: زعموا أنه سمي خلافا لأن
الماء أتى
به سببا فنبت مخالفا لاصله. ويحكى أن بعض الملوك مر بحائط فرأى شجرة الخلاف
فقال
لوزيره: ما هذا الشجر؟ فكره الوزير أن يقول شجر الخلاف لنفور النفس عن لفظه
فسماء
باسم ضده فقال شجر الوفاق فأعظمه الملك لنباهته. ولا يكاد يوجد في البادية اه.
قوله: (والجذع في السقف وذراع من ثوب) لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بضرر. أطلقه
وهو محمول على ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص أما ما لا يضره القطع
كالكرباس
فيجوز، وقول الطحاوي في آجر من حائط أو ذراع من كرباس أو ديباج لا يجوز
ممنوع في
الكرباس أو محمول على كرباس يتعيب به، أما ما لا يتعيب فيه فيجوز كما يجوز بيع

قفيز
من صبرة. وأشار المصنف إلى عدم جواز بيع حلية من سيف أو نصف زرع لم يدرك
لأنه لا
يمكن تسليمه إلا بقطع جميعه، وكذا بيع فص خاتم مركب فيه، وكذا نصيبه من ثوب
مشترك
من غير شريكه وذراع من خشبة للضرر في تسليم ذلك، ولا اعتبار بما التزمه من الضرر
لأنه إنما التزم العقد ولا ضرر فيه، ويرد عليه بيع الحباب التي لا تخرج إلا بقلع الأبواب
على
قول من أجاز والبعض قد منعه. وأجيب بأن المتعيب الجدران دون الحباب، وهذا يفيد
ان
المنظور إليه في المنع تعيب المبيع والكلام السابق يفيد ان تعيب غير المبيع وهو
الظاهر، كذا

في فتح القدير. فلو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل فسخ المشتري عاد صحيحا لزوال
المفسد. وذكر في المجتبى فيه أقوالا فقليل لم يجبر على القبول إلا أن يقبل برضاه،
وقيل لم يجز
إلا بتجديد البيع، وقيل ينعقد تعاطيا عند أخذه، وقيل ينعقد من الأصل بخلاف ما إذا
باع
النوى في التمر أو البزر في البطيخ حيث لا يصح وإن شقهما وأخرج المبيع لأن في
وجودهما
احتمالا، أما الجذع فعين موجودة وبخلاف الصوف فإنه لا ينقلب صحيحا بالتسليم.
وقيد
بذراع من ثوب لأنه لو باع عشرة دراهم من نقرة فضة جاز لأنه لا ضرر في تبعضه،
ولو لم
يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضا كما في الهداية وأخرج أيضا ما لا ضرر
في
تسليمه كبيع نخل أو شجر على أن يقطعه المشتري أو زرعاً على أن يحصده، كذا في
المعراج.
وأطلقه أيضا فشمّل ما إذا باع ذراعاً وعين الجانب فلا يجوز أيضا كما المعراج. وفي
المجتبى: وفي جواز بيع التبن قبل أن يداس والأرز الأبيض قبل الدق والحنطة قبل
الدرس
وحب القطن في قطن بعينه ونوى تمر في تمر بعينه فيه روايتان اه.
قوله: (وضربة القانص) أي لم يجز ما يخرج من ضربة القانص وهو بالقاف والنون
الصائد يقول بعنك ما يخرج من القاء هذه الشبكة مرة بكذا، وقيل بالغين والباء
الغائص. قال
في تهذيب الأزهرى: نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص تقول أغوص غوصة فما
أخرجته من
اللائى فهو لك بكذا وهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غرراً
ولجهالة
ما يخرج، كذا في فتح القدير. وصحح في البناية رواية الغائص بالغين وذكر أن القانص
من
قنص يقنص قنصاً إذا صاد من باب ضرب يضرب يعني أن الغائص كما في الصحاح له
استعمالان: بمعنى النازل تحت الماء، وبمعنى الهاجم على الشيء. وفي الصحاح أن
القنص
بالتحريك الصيد، وبالتسكين مصدر قنصه صاده. ولم يذكر في القاموس سوى اقتنصه

اصطاده كتقنصه ذكره في الصاد مع القاف وذكر مع الغين الغوص والغاص والغياصة والغياص الدخول تحت الماء، والمغاص موضعه وأعلى الساق، وغاص على الامر علمه، والغواص من يغوص في البحر على اللؤلؤ اه. وفي المصباح: غاص من باب قال فهو غائص والجمع غاصة مثل قائف وقافة وغواص مبالغة قوله: (والمزابنة) هو بالجر في الكل

عطفا على الميتة أي لم يحز بيع المزابنة لنهيه صلى الله عليه وسل عن بيع المزابنة والمحاولة. أما المزابنة فقال في الفائق: بيع الثمر في رؤس النخل بالتمر لأنها تؤدي إلى النزاع والمدافعة من الزين وهو الدفع. والمحاولة من الحقل وهو القراح من الأرض وهي الطيبة التربة الخالصة من شائبة السيخ الصالحة للزرع، ومنه حقل يحقل إذا زرع، والمحاولة مفاعلة من ذلك وهي المزارعة

بالثالث أو الربع وغيرهما، وقيل هي اكتراء الأرض بالبر، وقيل بيع الطعام في سنبله بالبر، وقيل بيع الزرع قبل إدراكه، وفي رواية ورخص في العرايا. قال: العرية النخلة التي يعريها

الرجل محتاجا أي يجعل له ثمرتها فرخص للمعري أن يتناع ثمرتها من المعري بتمر لموضع حاجته. سميت عرية لأنه إذا وهب ثمرتها فكأنه جردها من الثمرة وعراها منها ثم اشتق منها

الاعراء اه. واقتصر في الهداية في تفسير المحاكلة على القول الثالث، وجوز الشافعي بيع المزابنة فيما دون خمسة أسق لنهيه عن المزابنة ورخص في العرايا وهي أن يباع يخرصها تمرا

فيما دون خمسة أو سق. وأجاب أصحابنا بأن العرية العطية لغة وتأويله أن يبيع المعري له ما

على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو بيع مجاز لأنه لا يملكه فيكون برا مبتدأ، كذا في

الهداية. وأصحابنا خرجوا عن الظاهر من ثلاثة أوجه: الأول إطلاق البيع على الهبة. الثاني

قوله رخص يخالف ما قرروه وجوابه أنه رخصة في الوفاء بالوعد والعزيمة أن يفى بالموعود

فأعطى غيره مع كونه ليس بإخلاف للوعد رخصة. الثالث التقييد بما دون خمسة أو سق

فائدة، على مذهبنا لا فائدة له، وجوابه لأن الواقعة في القليل ومن مشايخنا من ادعى أن الترخيص في بيع العرايا منسوخ بالنهي عن بيع العرايا. ومنهم من قال تعارض المحرم والمبيح فقدم المحرم وهو مردود بأن الرخصة متصلة بالنهي فلا يصح القول بنسخ لترخيص

للاتصال، وقد ثبت في البخاري أنه نهى عن بيع المزابنة ثم رخص بعد ذلك في بيع العرايا،

فبطل القول بالنسخ والله الموفق. والخرص الحزر. وكذا لا يجوز بيع العنب بالزبيب، ومعنى

النهي أنه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل كما لو كانا موضوعين على الأرض. ثم

اعلم أن تعريف المزابنة بأنها بيع الثمر بالتمر خلاف التحقيق، والأولى أن يقال بيع الرطب

يتم إلى آخره لأنه الثمر بالمثلثة حمل الشجر رطبا أو غيره، وإذا لم يكن رطبا جاز

لاختلاف
الجنس، ولو كان الرطب على الأرض كالتمر لم يجز بيعه متساويا عند العلماء إلا أبا
حنيفة لما
سيأتي في باب الربا.
قوله: (والملامسة والقاء الحجر) ومثلها المنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية فنهى
عنها
وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أي يتساوما فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه
البائع أو
وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع رضي البائع أو لم يرض، والأول بيع الملامسة،
والثاني
بيع المنابذة، والثالث القاء الحجر ولأن فيه تعليقا بالحظر ولا بد في هذه البيوع أن
يسبق
الكلام منهما على الثمن قوله: (وثوب من ثوبين) لجهالة المبيع، وتقدم في خيار الشرط
أنه

إذا جعل للمشتري خيار التعيين جاز فيما دون لثلاثة فلذا أطلقه هنا. وفي المعراج:
وكذا

عبد من عبيد لا يجوز، ولا خلاف فيه لاحد حتى لو قبضهما وماتا معا يضمن نصف
قيمة

كل واحد منهما لأن أحدهما مضمون بالقيمة لأنه مقبوض بحكم البيع الفاسد والآخر
أمانة

وليس أحدهما بأولى من الآخر فشاعت الأمانة والضمان، ولهذا لو كان البيع صحيحا
بأن

كان فيه خيار المشتري يضمن نصف ثمن كل واحد والفاسد معتبر بالصحيح والقيمة
هنا

كالثمن ثمة، ولو ماتا مرتين ضمن قيمة الأول لأنه تعين مضمونا لتعذر الرد فيه، ولو
حررهما معا عتق أحدهما لأنه ملك أحدهما بالقبض، وإن حرر أحدهما لم يصح أي لو
قال

البائع أ المشتري أحدهما حر ولو قال متعاقبا عتقا لأن كل واحد أعتق ملكه وملك
غيره

فيصح في ملكه والبيان إلى المشتري لأن من نقد فيه عتقه مضمون بالقيمة والقول في
المضمون قول الضامن، ولو قبض أحدهما بإذن البائع فهلك غرم قيمته اه. وقيد بالقيمي
إذ

بيع المبهم من المثلى جائز. قال في التلخيص من باب بيع المبهم: لو اشترى أحد
عبيد أو

ثوبين فسد لجهل يورث نزاعا ضد المثلي، فلو قبضهما ملك أحدهما والآخر أمانة وفاء
بالعهد

إلى آخره. قوله: (والمراعي وإجارتها) أي لا يجوز بيع الكلاب وإجارتها، أما البيع فلأنه
ورد على

ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث الناس شركاء في ثلاث في الماء والكأ والنار
(١)

وأما الإجارة فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح، ولو عقدت على استهلاك عين
مملوكة بأن

استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى. وفي المصباح: والرعي بالكسر والمرعي
بمعنى

وهوما ترعاه الدواب والجمع المراعي اه. قيد بالمراعي بمعنى الكأ لأن بيع رقبة
الأرض

وإجارتها جائزان. ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها، وتحفيف الثياب يعني إذا أوقد

رجل
نارا فلكل أن يصطلي بها، أما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه.
ومعناه
في الماء الشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والأنهار المملوكة، وفي
الكأ أن
له احتشاشه وإن كان في أرض مملوكة غير أن لصاحب الأرض أن يمنع من الدخول
في

أرضه، وإذا منع فلغيره أن يقول أن لي في أرضك حقاً فإما أن توصلني إليه أو تحشه أو تستقي وتدفعه لي وصار كثوب رجل وقع في دار رجل إما أن يأذن المالك في دخوله ليأخذه،

وإما إن يخرج به إليه وإما إذا أحرز الماء بالاستقاء في آنية والكلاً بقطعه جاز حينئذ يبيعه لأنه

ملكه بذلك، وظاهر أن هذا إذا نبت بنفسه، فأما إذا كان سقى الأرض وأعدّها للنبات فنبت

ففي الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لأنه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد، وكذا ذكر

في اختلاف أبي حنيفة فيحمل كلام المصنف على ما إذا لم يعدّها للنبات، ومنه لو حذق

حول أرضه وهياها للنبات حتى نبت القصب صار ملكاً له. والقُدوري منع بيعه. وإن ساق

الماء إلى أرضه ولحقه مؤنة لبقاء الشركة وإنما تنقطع بالحياسة وسوق الماء إلى أرضه ليس بحياسة

لكن الأكثر على الأول إلا أن على هذا القائل أن يقول ينبغي إن حاز البئر يملك بناءها ويكون بتكلفه الحفر والطي لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلاً بتكلفه سوق الماء إلى

الأرض لينبت فله منع المستقي وإن لم يكن في أرض مملوكة له، كذا في فتح القدير، وسيأتي

إن شاء الله تعالى بقية الكلام عليه في كتاب الشرب والحيلة في جواز إجارتها أن يستأجر

أرضاً لا يقاف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن أو الأجرة فيحصل

به غرضهما. ويدخل في الكلاً جميع أنواع ما ترعاه المواشي رطباً كان أو يابساً بخلاف

الأشجار لأن الكلاً ما لا ساق له والشجر له ساق فلا تدخل فيه حتى يجوز بيعها إذا نبتت

في أرضه لكونها ملكه، والكمأة كالكلأ. وفي القاموس: الكم نبات وللواحد والكمأة والكمؤ

للجمع أو هي تكون واحدة وجمعاً اهـ.

قوله: (والتحل) أي لم يجز بيعه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يجوز

إذا كان محرزا وهو معنا في الذخيرة إذا كان مجموعا لأنه حيوان منتفع به حقيقة
وشرعا
فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبلغل والحمار. ولهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه
كالزنا بير
والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج. أطلقه فشمّل ما إذا
كان بيع
تبعاً للكوارات وفيها عسل وهو قول الكرخي، وذكر القدوري أن بيعه تبعاً للكواراة فيها
عسل جائز وأنكره الكرخي وقال: إنما يدخل الشيء في البيع تبعاً لغيره إذا كان من
حقوقه
كالشرب والطريق وهذا ليس من حقوقه، كذا في الفوائد الظهيرية. وأجيب عنه بأن
التبعية
لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود، والنحل تابع له في
المقصود
بالبيع. والكواراة - بضم الكاف وتشدد الواو - معسل النحل إذا سوى من طين. وفي
التهذيب: كواراة النحل مخففة. وفي المغرب بالكسر من غير تشديد. وقيد الزمخشري
بفتح
الكاف وفي الغريين بالضم، كذا في فتح القدير. وفي المصباح: كواراة النحل بالضم
والتخفيف والتثقيب لغة عسلها في الشمع، وقيل بيتها إذا كان فيه العسل، وقيل هو
الخلية
وكسر الكاف مع التخفيف لغة اه. وسيأتي أن الفتوى على قول محمد قوله: (وبيع
دود القز
وبيضه) أما الدود فلا يجوز بيعه عند أبي حنيفة لأنه من الهوام، وعند أبي يوسف يجوز
إذا
ظهر فيه القز تبعاً، وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به. وأما بيضه فلا يجوز
بيعه عند
أبي حنيفة، وعندهما يجوز لمكان الضرورة، وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة كما في
دوده وإنما
اختار المؤلف قول محمد في الدود والبيض لكونه المفتى به ولكن يرد عليه أن الفتوى
على قول
محمد أيضاً في بيع النحل كما في الذخيرة والخلاصة فلم اختار قوله في الدود دون
النحل بلا
مرجح، ولعله لم يطلع على أن الفتوى على قوله فيهما. وفي المصباح: القز معرب. قال

(۱۲۸)

الليث: هو ما يعمل منه الإبريسم ولهذا قال بعضهم: القز والإبريسم مثل الحنطة والدقيق اه. وأما الخز فاسم دابة ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها، والجمع خزان مثل صرد

وصردان منه أيضا. قيد بالنحل والدود لأن ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ

والقنأذ والضب لا يجوز بيعه اتفاقا، ولا يجوز بيع شيء من البحر إلا السمك كالضفدع

والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك ولكن في الذخيرة: إذا اشترى العلق الذي يقال له بالفارسية مرعل يجوز وبه أخذ الصدر الشهيد لحاجة الناس إليه لتمول الناس له. وفي

المصباح: العلق شيء أسود شبيه الدود يكون في الماء يعلق بأفواه الإبل عند الشرب اه. وقيد بالبيع لأنه لو كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز

بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز عند محمد، وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما

نصفان. وفي فتاوى الولوالجي: امرأة أعطت امرأة بزر القز وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت

عليه حتى أدرك الفيلق لصاحبة البزر لأنه حدث من بزرها ولها على صاحبة الزر قيمة الأوراق وأجر مثلها، ومثله إذا دفع بقرة إلى آخر يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر مثله، وعلى هذا إذا

دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف، كذا في فتح القدير ومحلها كتاب الإجازات. ولم يذكر المؤلف بيع الحمام وذكره في الهداية فقال: والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم. وفي الذخيرة: إذا باع برج حمام مع الحمام فإن

باع ليلا جاز لأن في الليل يكون الحمام بجملته داخل البرج ويمكن أخذه منه من غير الاحتيال فيكون بائعا ما يقدر على تسليمه، وفي النهار يكون بعضه خارج البيت فلا يمكن

أخذه إلا بالاحتيال فلا يجوز اه. قوله: (والآبق) أي لم يجز بيع الآبق لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنه

ولأنه لا يقدر على تسليمه، ولو باعه ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء. وعن أبي حنيفة أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد

انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما إذا أبق بعد البيع، وهكذا

يروى عن محمد، كذا في الهداية. والأول ظاهر الرواية وبه كان يفتي أبو عبد الله البلخي

كما في الذخيرة، وأولوا تلك الرواية بأن المراد بها انعقاد البيع بالتعاطي الآن. أطلقه فشم

ما إذا باعه لابنه الصغير فإنه لا يجوز، وكذا اليتيم في حجره بخلاف ما إذا وهبه له فإنه يجوز. والفرق أن شرط البيع القدرة على التسليم عقب البيع وهو منتف ومما بقي له من اليد

يصلح لقبض الهبة لا لقبض البيع لأنه قبض بإزاء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بإزائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظرا للصغير لأنه لو عاد عاد إلى ملك

الصغير، هكذا في فتح القدير والتبيين. وفي فتاوي قاضيخان من الهبة خلافه قال: ولو وهب عبده الأبق لولده الصغير لا يجوز وإن باعه جاز اه. فقد عكس الحكم على ما نقله

الشارحون ولم أر أحدا منهم نبه على هذا، والحق ما ذكره القاضي لما في المعراج: ولو باع

الأبق من ابنه الصغير لا يجوز ولو وهبه له أو ليتيم في حجره يجوز لأن ما بقي له من اليد في

الأبق يصلح لقبض الهبة دون البيع اه. وأما صاحب الذخيرة فذكر في البيوع أن الأب لو باع

العبد المرسل في حاجته لابنه الصغير جاز ولم يذكره في الأبق. وذكر في كتاب الهبة: لو

وهب عبدا فله آبقا من ابنه الصغير فما دام مترددا في دار الاسلام تجوز الهبة ويصير الأب

قابضا لابنه بنفس الهبة، ذكر هذه المسألة في الجامع، وفي المنتقى عن أبي يوسف: لو تصدق

بعبد أبق له على ابنه الصغير لا يجوز، وروى المعلى عنه أنه يجوز فحصل عن أبي يوسف في

المسألة روايتان اه. وشمل كلامه أيضا ما إذا باعه بعد ما أبق من يد الغاصب مع أنه

جائز
منه لما في الذخيرة: وإذا أبق العبد المغصوب من يد الغاصب ثم إن المالك باع العبد
من
الغاصب وهو أبق بعد فالبيع جائز، والأصل أن الإباق إنما يمنع جواز البيع إذا كان
التسليم
محتاجا إليه بأن أبق من يد المالك ثم باعه المالك، فأما إذا لم يكن التسليم محتاجا إليه
كما في
مسألتنا يجوز البيع اه. وقيد بالآبق لأن العبد المرسل في حاجة المولى يجوز بيعه، ولو
باعه
وليس بأبق ثم أبق قبل القبض فإن المشتري بالخيار في فسخ ذلك العقد ولا يكون
للبيع أن
يطالب المشتري بالثمن ما لم يحضر العبد اه. وجعل الراد على البائع كما في القنية
وخرج
أيضا بيع المغصوب فقد ذكر محمد في الأصل أنه موقوف إن أقربه الغاصب تم البيع
ولزم،

وإن جحدته وكان للمغصوب منه بينة عادلة فكذلك الجواب. وإن لم يكن له بينة ولم يسلمه

حتى هلك انتقض البيع وبعض مشايخنا قالوا: قول محمد في الكتاب وإن لم يكن للمغصوب

منه بينة ولم يسلمه حتى هلك انتقض البيع بظاهره غير صحيح، وينبغي أن لا ينتقض البيع

لأن البيع وإن فات فقد أخلف بدلا والمبيع إذا فات وأخلف بدلا لا ينتقض البيع إلا أن يختار

المشتري النقص فكان تأويل قول محمد انتقض البيع إذا اختار المشتري. وبعضهم قالوا: إنه

بظاهره صحيح وينتقض البيع من غير اختيار المشتري إلى آخر ما في الذخيرة. وقيد ببيعه لأن

هبته جائزة كما قدمناه عن المعراج، وأما إعتاقه فجائز لكن إن أعتقه عن كفارة عليه فإنه لا

يجوز حتى تعلم حياته كما في المعراج، وصح جعله بدل خلع كما قدمناه في بابه عند قوله

ولو اختلعت على عبد أبق لها على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ وأما جعله بدل صلح ٢ (٢١٢).

قوله: (إلا أن يبيعه ممن يزعم أنه عنده) فيجوز البيع لأن المنهي عنه بيع أبق مطلق وهو أن يكون آيتا في حقهما وهذا غير أبق في حق المشتري، ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى

العجز عن التسليم وهو المانع. ولم يذكر المصنف أنه يكتفي بقبضه عن قبض المبيع للتفصيل

قالوا: إن كان أشهد وقت أخذه أنه أخذه ليرده على مالكة كان أمانة في يده فلا ينوب عن

قبض البيع، فلو هلك قبل أن يصل إلى سيده لم يضمه فينفسخ البيع ويرجع على سيده بالثمن، ولو كان لم يشهد صار قابضا لأنه قبض غصب، هكذا اقتصر الشارحون هنا.

وذكر

في الذخيرة: إذا اشترى ما هو أمانة في يده من ودیعة أو عارية فإنه لا يكون قابضا إلا إذا

ذهب المودع أو المستعير إلى العين وانتهى إلى مكان يتمكن من قبضه الآن يصير المشتري قابضا

بالتخلية، فإذا هلك بعد ذلك يهلك من مال المشتري، فإن فعل المشتري في فصل

الوديعة
والعارية ما يكون قبضا ثم أراد البائع أن يحبسها بالثمن لم يكن له ذلك لأنه لما باعه
منه مع
علمه أن المبيع في يد المشتري وهو يتمكن من القبض يصير راضيا بقبض المشتري
دلالة اه.
وقيد ببيعه ممن يزعم أنه عنده لأنه لو باعه من رجل يزعم أنه عند آخر فإنه لا يصح
ولكنه
فاسد إذا قبضه المشتري ملكه بخلاف بيع الآبق فإنه باطل فلذا كتبنا في الفوائد الفقهية
أن بيع
الآبق يكون باطلا وفاسدا وصحيحا قوله: (ولبن امرأة) بالجر أي لم يجز بيع لبن المرأة
لأنه

جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع، أطلقه فشمّل لبن
الحرّة
والأمة وهو ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف يجوز بيع لبن الأمة لجواز إيراد البيع على
نفسها
فكذا على جزئها. قلنا: الرق حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه لأنه يختص بمحل يتحقق
فيه
القوة التي هي ضده وهي الحي ولا حياة في اللبن فلا يكون محلاً للعتق ولا للرق فكذا
البيع، فشمّل ما إذا كان في إناء أو لا، والأولى أن يقيد مراده بما إذا كان في وعاء كما
قيده
في الهداية لأن حكم اللبن في الضرع قد تقدم، وأشار المصنف إلى أنه لا يضمن متلفه
لكونه
ليس بمال وإلى أنه لا يحل به التداوي في العين الرمضاء وفيه قولان: فقيل بالمنع، وقيل
بالجواز إذا علم فيه الشفاء. هكذا في فتح القدير هنا. وقال في موضع آخر: وأهل
الطب
يثبتون نفعاً لبّن البنت للعين وهذه من أفراد مسألة الانتفاع بالمحرم للتداوي كالخمر.
واختار
في الخانية والنهية الجواز إذا علم أن فيه الشفاء ولم يجد دواء غيره وسيأتي إن شاء
الله تعالى
تمامه في الحظر والإباحة. وقيد بلبن المرأة لأنه يجوز بيع لبن الانعام. قال الإمام الرباني
محمد بن الحسن الشيباني: جواز إجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها وجواز بيع لبن
الانعام
دليل على فساد إيجارتها.
قوله: (وشعر الخنزير) أي لم يجز بيعه إهانة له لكونه نجس العين كأصله فالبيع هنا لو
جاز لكان إكراماً وفي الخمر والخنزير كذلك لو جاز لكان إعزازاً وقد أمرنا بالإهانة،
وفي لبن
المرأة لو جاز لكان إهانة لها وقد أمرنا بإعزاز الآدمي فالفعل الواحد وهو البيع هنا
يجوز أن
يكون إعزازاً بالنسبة إلى محل وإهانة بالنسبة إلى آخر مثلاً إذا أمر السلطان بعض
الغلمان
بالوقوف عند الفرش بحضرتة كان إعزازاً له، ولو أمر القاضي بذلك لكان إهانة له.
وحاصله أن جواز بيع المهان إعزاز له وجواز بيع المكرم إهانة له قوله: (وينتفع به) أي
يجوز
الانتفاع بشعر الخنزير دفعا لما يتوهم من منع بيعه ولكنه مقيد بالخرز للضرورة فإن

ذلك العمل
لا يتأتى بدونه ويوجد مباحا فلا حاجة إلى القول بجواز بيعه وشرائه حتى لو لم يوجد
لم يكره

شراؤه للأساكفة للحاجة، وكره بيعه لعدمها كما أفتى به الفقيه أو الليث، وظاهر كلامهم
منع انتفاع به عند عدم الضرورة بأن أمكن الخرز بغيره ولذا قيل: لا ضرورة إلى الخرز
به
لامكانه بغيره. وكان ابن سيرين يلبس خفا خرز بشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه
ولا
الانتفاع به ولذا روي عن أبي يوسف كراهة الانتفاع به إلا أن يقال إن إمكان الخرز
بغيره وإن
وقع لفرد بسبب تحمله مشقة في خاصة نفسه لا يجوز أن يلزم العموم حرجا مثله،
وحيث
كان جواز الانتفاع به للضرورة والأصل أن ما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها أفتى الإمام
أبو
يوسف بنجاسته فيتنجس الماء القليل إذا وقع فيه، وطهره محمد لأن جواز الانتفاع به
دليلها،
والصحيح قول أبي يوسف لما قدمناه، وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة
الخرازين
مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدرهم فهو مخرج على قول محمد بطهارته،
وأما على
قول أبي يوسف فلا وهو الوجه لأن الضرورة لم تدعهم إلى أن يعلق بهم بحيث لا
يقدر
على الامتناع عنه ويجتمع على ثيابهم هذا المقدار قوله: (وشعر الانسان والانتفاع به)
أي لم يحز
بيعه والانتفاع به لأن الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شئ من أجزائه مهانا
مبتذلا وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة وإنما يرخص
فيما يتخذ من الوبر
فيزيد في قرون النساء وذوائبهن، كذا في الهداية. وصرح في فتح القدير بأن الآدمي
مكرم
وإن كان كافرا. والواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء، والمستوصلة المعمول بها
بأذنها
ورضاها. ولعن في الحديث النامصة والتمنصة والنامصة هي التي تنقص الحاجب لتزينه
والتمنصة هي التي يفعل بها
قوله: (وجلد الميتة قبل الدبغ) أي لم يحز بيعه لأنه غير منتفع به قال ذلك عليه السلام
لا

تنتفعوا من الميتة بإهاب وهو اسم لغير المدبوغ فيكون نجس العين بخلاف الثوب
والدهن
المتنجس فإنها عارضة. قيد بما قبل الدبغ لأنه لو باعه بعده جاز لحل الانتفاع للطهارة
ولذا
قال: (وبعده يباع وينتفع به) وقيد بالميتة لأن جلد المذكاة يجوز بيعه قبل الدباغة
ولحوم السباع
وشحومها وجلودها بعد الذكاة كجلود الميتة بعد الدبغ فيجوز بيعها والانتفاع بها ما
عدا الأكل
لطهارتها بالذكاة إلا جلد الخنزير قوله: (كعظم الميتة وصوفها وعصبها وقرنها ووبرها)
أي

يجوز بيعها والانتفاع بها لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل،
والفيل
كالخنزير نجس العين عند محمد، وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به
وجوز بيع
القرد على المختار قوله: وعلو سقط) أي لم يجز بيع علو بعد انهدامه لأن الباقي بعد
سقوطه
حق التعلي وهو ليس بمال لأنه المال ما يمكن إحرازه والمال هو المحل المبيع بخلاف
الشرب
حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات، ومفرداً في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ
لأنه
حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن وسيأتي تمامه في الشرب إن
شاء الله
تعالى. وقيد بسقوطه لأن بيعه قبل سقوطه جائز كما في فتح القدير لأن المبيع البناء
فعلى هذا
يجوز بيع سقف البيت قبل نقضه كما يجوز بيع البناء قبل هدمه لكن في عمدة
الفتاوي: لا يجوز بيع بناء الوقف قبل هدمه ولا الأشجار الموقوفة المثمرة قبل قلعها
بخلاف غير المثمرة
اه. وأشار المصنف إلى أن العلو لو سقط قبل القبض فإن البيع يبطل كهلاك المبيع قبل
القبض
كما في فتح القدير، والعلو خلاف السفل بضم العين وكسرهما، كذا في المصباح. ولم
يذكر
المصنف بيع الطريق والمسيل. وفي الهداية: وبيع الطريق وهبته جائز، وبيع مسيل الماء
وهبته
باطل، والمسألة تحتمل وجهين: بيع رقبة الطريق والمسيل وبي حق المرور والتسييل،
فإن كان
المراد الأول فهو الفرق بين المسألتين أن الطريق معلوم لأن له طولاً وعرضاً معلوماً، أم
المسيل
فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء. وإن كان الثاني ففي بيع حق المرور
روايتان،
وجه الفرق على أحدهما بينه وبين حق التسييل أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل
معلوم وهو
الطريق، وأما المسيل على السطح فهو حق التعلي وعلى الأرض مجهول لجهالة محله.
ووجه

الفرق بين حق المرور وحق التعلي على إحدى الروايتين أن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبهه المنافع، أمحق المرور يتعلق بعين تبقى وهو لأرض فأشبهه الأعيان اه. قوله: (وأمة تبين أنه عبد وكذا عكسه) أي لم يجز بيع أمة ظهر أنه عبد وعكسه وهو بيع عبد تبين أنه جارية بخلاف ما إذا باع كبشا فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق

يبتنى على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وهو أن الإشارة مع التسمية إذا
اجتمعتا ففي
مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه، في متحدي الجنس يتعلق
بالمشار إليه
وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب
وفي
مسألتنا الذكر والأنثى من بني آدم جنسان لل تفاوت في الأغراض وفي الحيوانات جنس
واحد
للتقارب فيها وهو المعتبر دون الأصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزنديجي
على ما قالوا
جنسان مع اتحاد أصلهما، كذا في الهداية. والأصل المذكور لمحمد رحمه الله تعالى
متفق
عليه هنا ويجري في سائر العقود من النكاح والإجارة والصلح عن دم العمد والخلع
والعتق
على مال والبيع في مسألة الكتاب باطل لعدم المبيع، وبه ظهر أن الذكر والأنثى من بني
آدم
جنسان فقها وإن اتحدا جنسا في المنطق لأنه الذاتي المقول على كثيرين مختلفين
بمميز داخل،
والجنس في الفقه المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشا فالجنسان ما
يتفاوت
الغرض منهما فاحشا بلا نظر إلى الذاتي. والوذاري بفتح الواو وكسرهما وإعجام الذال
ثم راء
مهملة نسبة إلى وذار قرية من قرى سمر قند. والزنديجي بزاي ثم نون ثم دال مهملة ثم
ياء ثم
جيم نسبة إلى زندنه بفتح الزاي والنون الأخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس مع
اتحاد
أصلهما، هكذا ذكر صاحب الهداية عن المشايخ. قال في فتح القدير: ومن المختلفي
الجنس
ما إذا باع فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل، ولو باعه ليلا على أنه ياقوت
أحر
فظهر أصفر صح ويخير كما إذا باع عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب، هكذا ذكر
المصنف وإن
كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز وكان المصنف ممن لا يفرق من

المشايع بين
كون الصفة التي ظهرت خيرا من الصفة التي عينت أولا في ثبوت الخيار كما أطلق في
المحيط ثبوت الخيار. وذهب آخرون منهم صدر الاسلام وظهر الدين إلى أنه إنما
يثبت إذا
كان الموجود أنقص وصحح الأول فوات غرض المشتري وكان مستند المفصلين ما
تقدم فيمن
اشترى عبدا على أنه كافر فإذا هو مسلم لا خيار له لأنه خير مما عين. وقد يفرق بأن
الغرض
وهو استخدام العبد بما لا يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وأمورها أو
التجارة وأمورها بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة فإنه يفيد أن حاجته التي لأجلها اشترى
هي
هذا الوصف اه. وقد ظهر من كلامهم أن من اشترى فصوصا ثم اختلفا فال المشتري
شرطت لي ياقوتا وأنكره البائع أنه إن كان مظهر من خلاف جنس الياقوت تحالفا
وفسخ
البيع لأن الاختلاف في جنس المبيع، وإن كان ما ظهر من جنسه وإنما الفئات
الوصف، فإن

كان المبيع بمرأى من عين المشتري وقت البيع فلا خيار له ولو أقر البائع بالشرط لما قدمناه عن قاضيخان في شرح اشتراط الخبز والكتابة قبيل باب خيار الرؤية، وإلا فالقول للبائع لأن الاختلاف في اشتراط وصف كالاختلاف في اشتراط الخبز ولذا صورها في الفتح بما إذا اشترياه ليلا لاخراج ما إذا كان نهارا بمرأة من عينه وقد صارت حادثة الفتوى وأجبت بما ذكرناه والله الموفق للصواب.

قوله: (وشراء ما باع بالأقل قبل النقد) أي لم يجوز شراء البائع ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن فهو مرفوع عطفًا على بيع لا أنه مجرور عطفًا على المجرور أنت لأنه لو كان كذلك لصار المعنى لم يجوز بيع شراء وهو فاسد. وإنما منعنا جوازه استدلالًا بقول عائشة رضي الله تعالى عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمانمائة بثس ما شريت واشترت

أبلغني زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب. ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه فإذا وصل إليه المبيع وقعت المقاصصة فبقي له فضل بلا عوض بخلاف ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة. أطلق في الشراء فشمّل

شراءه من كل وجه والشراء من وجه كشراء من لا تجوز شهادته له فإنه لا يجوز أيضا كشرائه بنفسه خلافا لهما في غير العبد والمكاتب. وأطلق فيما باعه فشمّل ما باعه بنفسه أو بوكيله وما باعه أصالة أو وكالة كما شمل الشراء لنفسه ولغيره إذا كان هو البائع، وشمّل أيضا شراء الكل أو البعض كما في القنية. وخرج شراء وارث البائع ووكيله عند الإمام لأن العقد وقع له لكونه أصيلا في الحقوق خلافا لهما لكونه قائما مقامه ولكن لا تطيب له الزيادة عند الإمام وإن ملكها، وأما شراء البائع ممن اشترى من مشتريه فجائز وفاقا. وشرط في السراج الوهاج لجواز شراء وارث البائع أن يكون ممن تجوز شهادته للمورث في حياته وإلا لا

يجوز
وهو قيد حسن أغفله كثير وإن كان معلوما من بيان حكم شراء من لا تجوز شهادته له
وأراد

المولف رحمه الله تعالى الشراء من مشتريه حقيقة أو حكما كالشراء من وارث
مشتريه. والفرق
بين الوارثين أن وارث البائع إنما لم يقيم مقامه لأن هذا مما لا يورث وهو إنما يقوم
مقامه فيما
يورث بخلاف وارث المشتري فإنه قام مقامه في ملك العين وهذا من أحكامها. وقيد
بما باع
لأن المبيع لو انتقص خرج أن يكون شراء ما باع فيكون النقصان من الثمن في مقابلة
ما نقص
من العين، سواء كان النقصان من الثمن بقدر ما نقص منها أو بأكثر منه، وعلى هذا
تفرع ما
قالوا لو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشتراها البائع بأقل إن كانت الولادة نقصتها
جاز كما
لو دخلها عيب عند المشتري ثم اشتراها منه بالأقل، وإن لم تنقصها لا يجوز لأنه
يحصل به
ربح لم يدخل في ضمانه، كذا في فتح القدير. ولا بد أن يكون النقصان فيها من حيث
الذات لأن العين لو نقصت قيمتها بتغير الأسعار لم يحز الشراء بالأقل لا تغيير السعر
غير
معتبر في حق الأحكام لأنه فتور في الرغبات لا فوات جزء كما في حق الغاصب وغيره
فعاد إليه كما خرج عن ملكه فظهر الربح. وقيد بالأقل احترازاً عن المثل أو الأكثر فإنه
جائز، ولا بد من اتحاد جنس الثمنين لأنه حينئذ يظهر النقصان، فإن اختلف الجنس
جاز
مطلقاً والدرهم والدنانير هنا جنس واحد احتياطاً وقد منا أنهما جنسان إلا في ثمانية في
أول البيوع فإذا كان النقد الثاني أقل من قيمة الأول لم يحز. وأطلق في الأقلية فشمّل
الأقل
مقدراً والأقل وصفاً، فلو باع بألف نسيئة إلى سنة ثم اشتراه بألف نسيئة إلى سنتين فسد
عندنا.
وقيد بقوله النقد إذ بعده لا فساد، وفي القنية: لو قبض نصف الثمن ثم اشترى
النصف بأقل من نصف الثمن لم يحز وكذا لو أحال البائع على المشتري اه. وفي
السراج
الوهاج: لا يجوز أن يشتريه بأقل من الثمن وإن بقي من ثمنه درهم، ولا بد من نقد
جميع
الثمن، ولو خرج المبيع عن ملك المشتري ثم عاد إليه فإن عاد إليه بحكم ملك جديد
كالإقالة

قبل القبض أو بعده أو بالشراء أو الهبة أو بالميراث فشرء البائع منه بالأقل جائز، وإن عاد إليه بما هو فسخ فنخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده فالشرء منه بالأقل لا يجوز، كذا

في السراج الوهاج. وذكر الشارح هنا فروعاً فقال ٢ (٢١٢). قوله: (وصح فيما ضم إليه) أي صح البيع في المضموم إلى شراء ما باعه بالأقل قبل النقد كأن اشترى جارية بخمسائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقده الثمن بخمسائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويفسد الأخرى لأنه لا بد أن يجعل

بعض الثمن في مقابلة التي لم يشتريها منه فيكون مشتريا للأخرى بأقل مما باع وهذا فاسد
عندنا، ولم يوجد هذا المعنى في صاحبها ولا يشيع الفساد لكونه ضعيفا للاجتهاد فيه
أو لأنه
باعتبار شبهة الربا أو لأنه طارئ لأنه يظهر بانقسام الثمن والمقاصة فلا يسري إلى
غيرها.
وأورد على التعليل الأول ما لو أسلم قوهيا في قوهي ومروي فإنه باطل في الكل عنده،
وعندهما يصح في المروي كما لو أسلم حنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل،
وعندهما
يصح في حصة الزيت مع أن فساد القد بسبب الجنسية مجتهد فيه. فإن أسلم هرويا في
هروي جاز عند الشافعي ولا مخلص منه إلا بتغيير تعليل تعدي الفساد بقوة الفساد
بالاجماع
عليه إلا تعليله بأنه يجعل الشرط الفاسد في أحدهما وهو قبول العقد في الهروي شرطا
لقبوله
في المروي فيفسد في المروي بالشرط الفاسد، وفي الهروي باتحاد الجنس، كذا
اعترف به
شمس الأئمة بعد أن علل به هو في شرح الجامع. وأشار المصنف إلى أن البائع لو
اشتراه مع
رجل اخر فإنه يجوز من الأجنبي في نصفه قوله: (وزيت على أن يزنه بظرفه ويطرح عنه
مكان
كل ظرف خمسين رطلا وصح لو شرط أن يطرح عنه بوزن الظرف) أي لم يجز بيع
شئ بهذا
الشرط وصح البيع بالشرط الثاني لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه
قوله:
(وإن اختلفا في الزق فالقول للمشتري) يعني لو رد المشتري الزق وهو عشرة أرطال
فقال
البائع الزق غيره وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه إن اعتبر اختلاف
في
تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا، وإن اعتبر اختلاف في
الثمن
فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لأنه ينكر الزيادة، وإذا برهن
البائع
قبلت بينته. وأورد على ما في الكتاب مسألتان: إحداهما ما إذا باع عبدين وقبضهما

المشتري
ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يرده بعيب واختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع.
والثانية أن
الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشتري على تقدير اختلافهما
في
الثمن. وأجيب عن الأول بأنها مع هذه طرد فإن كون القول للمشتري لانكاره للزيادة
وهناك
إنما كان للبائع لانكاره الزيادة، وعن الثاني بأن التحالف على خلاف القياس فيها عند
وجود
الاختلاف في الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزق المقبوض أهو
هذا أم
لا فلا يوجب التحالف، كذا في فتح القدير. والزق بالكسر الظرف وبعضهم يقول
ظرف
زيت أو قبر والجمع أزقاق وزقاق وزقان مثل كتاب ورغفان، كذا في المصباح.
قوله: (ولو أمر ذميا بشراء خمر أو بيعها صح) أي التوكيل وبيع الوكيل وشراؤه عند
أبي

حنيفة. وقالوا: لا يجوز على المسلم. وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل
المحرم غيره
بيعه صيده. لهما أن الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى
الموكل
فصار كأنه باشر بنفسه فلا يجزئه، ولأبي حنيفة أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته
وانتقال
الملك إلى الأمر أمر حكومي فلا يمنع بسبب الاسلام كما إذا ورثهما ثم إن كان خمرا
يخللها
ويدفع ثمنها إلى الوكيل، وإن كان خنزيرا يسيبه ولم يذكر المصنف حكم ثمن ما باعه
له. قال
الشارح: يتصدق بثمن الخمر إن باعها الوكيل له لتمكن الخبث فيه وقولهما إنه لا يليه
فلا
يوليه منقوض بمسائل الوكيل بشراء معين له أن يوكل بشرائه له وإن لم يله لنفسه.
ومنها إذا
مات ذمي وله خمر فللقاضي أن يأمر ذميا ببيعها مع أنه لا يليه بنفسه. ومنها المسلم
الوصي
لذمي يوكل ذميا ببيع خمره مع أنه لا يليه، وقد كتبنا في الفوائد غير هذه. وفي فتح
القدير:
بقي أن يقال إذا كان حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن وفي الشراء أو
يسيب
الخنزير ويريق الخمر أو يخللها بقي تصرفا غير معقب لفائدته، وكل ما هو كذلك ليس
بمشروع وقد روي عن أبي حنيفة أن هذه الوكالة تنكره أشد ما يكون من الكراهة
وهي ليس
إلا كراهة التحريم فأى فائدة في الصحة؟ اه. وفي القنية من الزكاة: مسلم له خمر وكل
ذميا ببيعها
فللمسلم أن يصرف ثمنها إلى الفقراء من زكاة ماله وتصح اه.
قوله: (وأمة على أن يعتق لمشتري أو يدبر أو يكاتب أو يستولد أو إلا حملها أو
يستخدم البائع شهرا أو دارا على أن يسكن أو يقرض المشتري درهما أو يهدي له أو
يسلم إلى
كذا أو ثوب على أن يقطعه البائع أو يخيظه قميصا) أي لم يجز بيع أمة بشرط منها
وهو فاسد
لأن بيعه بشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعه بشرط كما رواه عمر وبن
شعيب رضي الله عنه.

وخصصه الشافعي بما عدا العتق وجوز البيع بشرط العتق وهو رواية عن أبي حنيفة كما
ذكره
الأقطع عملا بحديث بريرة فإن عائشة رضي الله تعالى عنها اشترتها بشرط العتق
وأجازة عليه
السلام وأبطل الشرط فقال: خذوها واشترطي لهم الولاء إنما الولاء لمن أعتق. ولم
يخصه به

أصحابنا بناء على أصلهم أن العام يعارض الخاص ويطلب منه أسباب الترجيح والمرجح هنا

العام وهي النهي عن بيع وشرط لكونه مانعا، وحديث بريرة مبيح فيحمل على ما قبل النهي.

وأما حديث جابر في مسلم من أنه باع جملا للنبي صلى الله عليه وسلم وشرط له ظهره إلى المدينة، فعلى

مذهب الشافعي لم يقع الشرط في صلب العقد فلم يفسد، على أصلنا قدم العام الحاضر على

الخاص المبيح كما قدمناه. وأشار المصنف بالعتق وما عطف عليه إلى كل شرط لا يقتضيه

العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق ولم

يجر العرف به ولم يرد الشرع بجوازه، فلا بد في كون الشرط مفسدا للبيع من هذه الشرائط

الخمسة، فإن كان الشرط يقتضيه العقد فإنه لا يفسد كشرط أن يحبس المبيع إلى قبض الثمن

ونحوه، فإن كان لا يقتضيه لكن ثبت تصحيحه شرعا فلا مرد له كشرط الاجل في الثمن

وفي المبيع السلم وشرط الخيار لا يفسده، وإن كان متعارفا كشراء النعل على أن يحدوها البائع أو

يشركها فهو جائز، وإن كان ملائما للبيع لا يفسده كالبيع بشرط كفيل بالثمن إذا كان حاضرا وقبلها أو غائبا فحضر وقبل قبل التفرق، وكشرط رهن معلوم بالإشارة والتسمية

فإن حاصلهما التوثق للثمن. قيدنا بحضرة الكفيل لأنه لو كان غائبا فحضر وقبل بعد التفرق أو

كان حاضرا فلم يقبل لم يجز. وقيدنا بكون الرهن مسمى لأنه لو لم يكن مسمى ولا

مشارا إليه لم يجز إلا إذا تراضيا على تعيينه في المجلس ودفعه إليه قبل أن يتفرقا أو يعجل

الثمن وييطان الرهن، وإذا كان مسمى فامتنع عن تسليمه لم يجبر وإنما يؤمر بدفع الثمن،

فإن لم يدفعهما خير البائع في الفسخ واشتراط الحوالة كالكفالة. ومعنى كون الشرط يقتضيه

العقد

أن يجب بالعقد من غير شرط، ومعنى كونه ملائماً أن يؤكد موجب العقد، كذا في الذخيرة.
وفي السراج الوهاج أن يكون راجعاً إلى صفة المبيع أو الثمن كاشتراط الخبز والطبخ والكتابة
وفيها يقال للمشتري في مسألة الرهن ادفعه أو عجل الثمن، وفي القدوري: يقال للمشتري
إما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تفسخ العقد لأن يد الاستيفاء للبائع إنما تثبت على المعنى وهو
القيمة، ولا شك أن الرهن لو هلك فإن المشتري يدفع قيمته أو يعجل الثمن، ولو اشترى
عبداً على أن يعطي البائع المشتري كفيلاً بما أدركه من درك، فإن كان الكفيل مجهولاً فسد

البيع، وإن كان معينا حاضرا وقبل أو كان غائبا فحضر قبل التفرق وقبل جازاه. ولم يذكر

الرهن على الدرك لأنه غير جائز وتفسير المنفعة لاحد المتعاقدين اشتراط أن يهبه المشتري شيئا

أو يقرضه أو يسكن الدار شهرا أو يخدمه العبد شهرا، ولو شرط أن خراجها على البائع فسد،

وإن شرط الزائد على خراجها عليه جاز لأنه شرط أن لا يجب عليه تحمل الظلم، ولو شرط

أن خراجها كذا فجاء أزيد أو انقص فسد البيع لأنه باع بشرط أن يجب على المشتري خراج

أرض أخرى.

هذا إذا علم، فإن لم يعلم جاز ويخير المشتري. ولو اشترى خراجية الأصل بلا خراج أو غير الخراجية مع الخراج بأن كان للبائع خراجية وضع خراجها على هذه فسد، وإن

لم تك

في الأصل خراجية فوضع عليها جاز، وتماهه في البزازية. ومما فيه نفع للمشتري اشتراط

خياطة الثوب على البائع أو طحن الحنطة أو الثمرة وتفسير منفعة المعقود عليه إذا كان من

أهل الاستحقاق اشتراط أن لا يبيع العبد أو لا يهبه أو لا يخرج عن ملكه بوجه من الوجوه

فإن المملوك يسر أن لا تتداوله الأيدي، وكذا بشرط أن لا يخرج عن مكة. وفي الخلاصة:

اشترى عبدا على أن يبيعه جاز، وعلى أن يبيعه من فلان لا يجوز لأن له طالبا. وفي البزازية:

اشترى عبدا على أن يطعمه لم يفسد وعلى أن يطعمه خبيصا فسد، وقيدنا بكونه من أهل

الاستحقاق أي من أهل أن يستحق حقا على الغير وهو الآدمي لأنه لو كان حيوانا غير آدمي

أو ثوبا فالبيع بهذا الشرط جائز. وخرج أيضا ما إذا شرط منفعة لأجنبي كان يقرض البائع

أجنبيا فالبيع صحيح كما في الذخيرة معزيا إلى الصدر الشهيد قال: وذكر القدوري أنه يفسد، وصورته أن يقول المشتري للبائع اشتريت منك هذا على أن تقرضني أو تقرض

فلانا.

وفي المنتقي قال محمد رحمه الله تعالى: كل شيء يشترط المشتري على البائع يفسد به
البيع،
فإذا شرطه على أجنبي فهو باطل كما إذا اشترى دابة على أن يهبه فلان الأجنبي كذا
فهو باطل
كما إذا شرط على البائع أن يهبه، وكل شيء يشترطه على البائع لا يفسد به البيع فإذا
شرطه
على أجنبي فهو جائز وهو بالخيار، ومن ذلك ما إذا اشترى شيئاً على أن يحط فلان
الأجنبي
عنه كذا جاز البيع وهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك. وروى ابن
سماعة

عن أبي حنيفة إذا اشترى من آخر شيئا على أن يهب البائع لابن المشتري أو لأجنبي من الثمن كذا فسد البيع. وخرج أيضا شرط فيه مضر لأحدهما كما لو باع ثوبا بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه جاز البيع وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف فاسد وهو رواية. واختلف المشايخ فيما إذا باع على أن يعطي ثمنه من مال فلان ومن منفعة البائع المفسدة للبيع ما إذا شرط أن يدفع المشتري الثمن إلى غريم البائع لسقوط مؤنة القضاء عنه، ولان الناس يتفاوتون في الاستيفاء فمنهم من يسامح ومنهم من يماكس. ومنها أيضا ما لو باع بألف وشرط أن يضمن المشتري عنه ألفا لغريمه ومن منفعة المشتري ما إذا باع بستانا بشرط أن يبني البائع حوائطه، كذا في الذخيرة. وفي فتح القدير: ما لو باع ساحة على أن يبني بها مسجدا أو طعاما على أن يتصدق به فهو فاسد اه. وخرج أيضا ما لا مضرة فيه ولا منفعة كأن اشترى طعاما بشرط أكله أو ثوبا بشرط لبسه فإنه يجوز، وخرج عن الاقتضاء ما في المجتبي: اشترى على أن يدفعه إليه قبل دفع الثمن أو قال على أن تدفع الثمن في بلد آخر فسد البيع. وفي شرح المجمع معزيا إلى النوازل: لو قال بعث منك هذا على أن أحط من ثمنه كذا جاز، ولو قال على أن أهب منك كذا لم يجز البيع لأن الحط ملحق بما قبل العقد ويكون البيع بما وراء المحطوط اه. وقيد به على لأن الشرط لو كان بان فإن البيع يفسد في جميع الوجوه إلا في مسألة ما إذا قال إن رضي أبي أو فلان في ثلاثة أيام كما سيأتي فيما يصح تعليقه وما لا يصح، والتفصيل السابق إنما هو إذا علق بكلمة على. وقيد بكون الشرط مقارنا للعقد لأن الشرط الفاسد لو التحق بعد العقد قيل يلتحق عند أبي حنيفة، وقيل لا وهو الأصح كما في جامع الفصولين في الفصل التاسع والثلاثين، ولكن في الأصل إذا ألحقا بالبيع شرطا فسادا يلتحق عند أبي حنيفة وإن كان اللاحق بعد الافتراق عن المجلس وصورته: لو

باع
فضة بفضة وتقابضا وتفرقا ثم زاد أحدهما صاحبه شيئا أو حط عنه وقبله الآخر فالبيع
فاسد
عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: البيع صحيح وتبطل الزيادة والحط. وقال محمد:
الزيادة
باطلة والحط جائز ولو كان الشرط في العقد فأبطلاه إن كان المفسد في صلب العقد
صح
الحط في المجلس، ولا يصح فيما وراء المجلس اه. وقيد به على دون الواو لأنه لو زاد
الواو
بأن ال بعثك هذا بكذا وعلى أن تقرضني كذا فالبيع جائز ولا يكون شرطا وهو نظير ما
لو
كان دفع لرجل أرضا بيضاء فيها نخيل فقال دفعت إليك النخيل معاملة على أن تزرع
كان
شرطا للمزارعة في المعاملة. ولو قال وعلى أن تزرع لم تفسد المزارعة، ويعرف من
هاتين
المسألتين كثير من المسائل، كذا في الذخيرة وتبعه في البزازية. وقيد بإخراج ما ذكر
مخرج

الشرط لأنه لو أخرجه مخرج الوعد لم يفسد كما إذا باع بستانا على أن يعمر حوائطه وأخرجه مخرج الوعد ولكن لو لم يبين البائع لم يجبر ويخير المشتري في الرد، كذا في الذخيرة لكن لم يبين بماذا يكون إخراج مخرج الوعد وهو أحد الأجوبة عن حديث بريه فإن البيع لم يكن بشرط العتق وإنما كان بوعدها. وبين الإمام اسحق الولوجي صورة إخراج مخرج الوعد قال: اشتر حتى ابني الحوائط وخرج عن الملائم للعقد ما لو اشترى أمة بشرط أن يطأها المشتري أو لا يطأها فالبيع فاسد لأن الملائم للعقد الاطلاق. وعند أبي يوسف يجوز في الأول لأنه ملائم، وعند محمد يجوز فيهما في الأول لما قاله أبو يوسف، وفي الثاني إن لم يقتضه العقد لا يرجع نفعه إلى أحد فهو شرط لا طالب له. ولم يفصل المؤلف بين شرط وشرط في الفساد وهو كذلك إلا البيع بشرط العتق فإن المشتري إذا أعتقه صح البيع ووجب الثمن عليه عد أبي حنيفة. وقالوا: يبقى فاسدا فتجب القيمة لأن البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما إذا تلف بوجه آخر. ولأبي حنيفة أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منتهى للملك والشئ بانتهائه يتقرر، ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فإذا أتلّف بوجه آخر لا تتحقق الملائمة فتقرر الفساد، وإذا وجد العتق تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز فكان الحال موقوفا بخلاف ما إذا دبرها أو استولدها فإنهما لا ينهيان الملك لجواز قضاء قاض بيعهما، وأجمعوا أن المشتري لو أتلّفه أو باعه أو وهبه تلزمه قيمته، كذا في السراج الوهاج. ومن الشروط المفسدة ما في القنية: اشترى بطيخة على أنها حلوة أو شاة على أنها تحلب كذا أو زيتونا أو سمسما على أن

فيه كذا منا أو شاة أو ثورا على أن فيه كذا منا من اللحم فسد البيع في الكل لتعذر معرفته

قبل العمل وعجز البائع عن الوفاء به اهـ.

ولو اشتراه على أن يؤدي الثمن من بيعه فهو فاسد إن شرط، وإنما ذكر استثناء الحمل من الشروط لأنه لما كان غير صحيح صار شرطا فاسدا، والأصل فيه أن ما لا يصح إفراده

بالعقد لا يصح استثناءه من العقد والحمل من هذا القبيل، وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان

لاتصاله به حلقة وبيع الأصل يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير

شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح

والخلع والصلح عن دم العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لأن هذه العقود لا

تبطل بالشروط الفاسدة، وكذلك الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل

ميراثا والجارية وصية لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن
بخلاف ما إذا
استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها، كذا في الهداية. والغلة كالخدمة وأورد
مسألة
الخدمة على الأصل السابق. وأجيب بأنه إما مطرد غير منعكس والايراد على العكس،
وإما
بأن الكلام في العقد والوصية ليست بعقد فلا ترد، كذا في النهاية. ولا يخفى أنها عقد
مشمول على الايجاب والقبول فالأوجه الأول. وتفرع على القاعدة أنه يصح استثناء قفيز
من
الصبرة لجواز إفراده ولا يصح استثناء شاة من قطع لعدم جواز إفرادها من قطع إذا لم
تكن
معينة، وأما إذا عينها بالإشارة فالاستثناء صحيح، وكذا الحال في كل عددي متفاوت.
وصح استثناء: أرطال معلومة من بيع الثمرة لجواز إيراده على الأرطال ابتداء وهو
المعتمد
ومن مسائل الاستثناء باع صبرة بمائة عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن، ولو قال
على أن عشرها لي فله تسعة أعشارها بتسعة أعشار الثمن خلافا للمروي عن محمد أنه
بالجميع. وعن أبي يوسف أنه لو قال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على أن هذه لي أو
ولي هذه
فسد، ولو قال إلا هذه كان ما بقي بمائة، ولو قال ولي نفسها كان النصف بخمسين،
ولو
قال بعتك هذا العبد بألف إلا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز في كله بألف
وخمسمائة لأن
المعنى باع نصفه بألف لأن الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عين يبعه بخمسمائة.
ولو
قال على أن لي نصفه بثلاثمائة أو مائة دينار فسد لادخال صفقة في صفقة. ولو قال
بعتك
الدار الخارج على أن تجعل لي طريقا إلى داري هذه الداخلة فسد البيع، ولو قال إلا
طريقا إلى
داري الداخلة جاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة. ولو باع بيتا على أن لا طريق
للمشتري
في الدار وعلى أن بابه في الدهليز يجوز، ولو زعم أن له طريقا فظهر أن لا طريق له
يرد،
ولو باع بألف دينار إلا درهما أو إلا ثوبا أو إلا كر حنطة أو هذه الشياه إلا واحدة لا

يجوز،
ولو كانت بعينها جاز، ولو باع دارا على أن لا بناء فيها فإذا فيها بناء فالبيع فاسد لأنه
يحتاج
إلى نقض البناء، ولو باعها على أن بناءها من آجر فإذا هو لين فسد بناء على أنهما
جنسان كما
لو باعه ثوبا على أنه هروي فظهر بلخيا. ولو باع الأرض على أن فيها بناء فإذا لا بناء
فيها أو
اشتراها بشجرها فليس فيها شجر جاز وله الخيار، وكذا لو باع بعلوها وسفلها فظهر
أن لا
علو لها ومثله لو اشترى بأجزاءها، كذا في فتح القدير.
قوله: (وصح بيع نعل على أن يحذوه ويشركه والقياس فساده) لما فيه من النفع
للمشتري مع كون العقد لا يقتضيه، وما ذكره جواب الاستحسان للتعامل وفي الخروج
عن
العادة خرج بين بخلاف اشتراط خياطة الثوب لعدم العادة فبقي على أصل القياس.
وتسمير

القبقاب كنتشريك النعل كما في فتح القدير. وفي البزازية: اشترى ثوبا أو خفا خلقا
على أن
يرقعه البائع ويخرزه ويسلمه صح للعرف ومعنى يحدوه يقطعه قوله: (لا البيع إلى
النيروز
والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إن لم يدر العاقدان ذلك) أي لا يجوز البيع
وهو فاسد
لجهالة الاجل وهي مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة إلا إذا كانا
يعرفانه
لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم
بالأيام لأن
صومهم بالأيام معلوم فلا جهالة فيه. والنيروز أول يوم من الصيف وهو أول يوم تحل
فيه
الشمس الحمل. والمهرجان أول يوم من الشتاء وهو أول يوم تحل فيه الشمس الميزان،
كذا في
السراج الوهاج. ثم قال: وإنما خص الصوم بالنصارى والفطر باليهود لأن صوم
النصارى
غير معلوم وفطرهم معلوم واليهود بعكسه مع أنه إذا باع إلى صوم اليهود فالحكم
كذلك لا

يتفاوت فيكون المعنى إلى صوم النصارى وفطريهم وإلى فطر اليهود وصومهم فاكتفى
بذكر

أحدهما اه: (وإلى قدوم الحاج والحصاد والدياس والقطاف) أي لا يجوز البيع إلى هذه
الآجال لأنها تتقدم وتتأخر. والحصاد بكسر الحاء وفتحها، ومثله القطاف وهو للعنب،
والدياس وهو دروس الحب بالقدم ليتكسر وأصله الدواس بالواو لأنه من الدوس قلبت
الواو

ياء للكسرة قبلها، ولم يذكر الجذاذ وذكره في الهداية واختلف في معناه فقيل جز
الصوف من

ظهور الغنم، وقيل جداد النحل، قاله الحلواني. في نسخ الهداية وفتح القدير بالزاي
المكررة أخت الراء. وذكر الزيلعي أنه بالذال المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة
خاص في

قطع النخل اه. فعلى هذا لم يكن بالزاي. وذكره في المصباح في فصل الذال المعجمة
وفصل

الزاي وأن كلا منهما بمعنى قطع وهما من باب قتل. قيد بالبيع إلى هذه الآجال لأنه لو
باع

مطلقا عنها ثم أجل الثمن إليها لم يفسد لكونه تأجيلا للدين فالمفسد ما كان في صلب
العقد،

كذا في الهداية. وفي فتاوي قاضيخان: تبايعا بيعا جائزا ثم أحر الثمن إلى الحصاد قال
محمد بن الفضل: يفسد البيع. وعن محمد لا يفسد ويصح التأخير لأن التأخير بعد البيع

تبرع
فيقبل التأجيل إلى مجهول كالكفالة إليها، وقد منا أنه لو باع بثمان مؤجل ولم يعينه ففيه
خلاف،

وفي القنية: باع بألف نصفه نقد ونصفه إلى رجوعه من دهشان فهو فاسد والفتوى على
انصرافه إلى شهر. وبيننا مسائل التأجيل عند قوله وصح بثمان حال ومؤجل والله أعلم
قوله: (ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز) لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه
الجهالة

يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها، ولأنه معلوم الأصل ألا ترى أنها تحتل
الجهالة
أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف أولى بخلاف البيع فإنه لا
يحتملها في
أصل الثم فكذا في وصفه. قيد بهذه الأوقات لأنه لو كفل إلى هبوب الريح فهي باطلة
لأنها
متفاحشة وتأتي في بابها قوله: (ولو أسقط الاجل قبل حلوله صح) أي لو أسقط من له
الاجل وهو المشتري الاجل المفسد للبيع قبل الحصاد والدياس والقطاف وقدم الحاج
انقلب
البيع صحيحا لأن الفساد كان للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرر هذه الجهالة في شرط
زائد لا
في صلب العقد فيمكن إسقاطه بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين لا ينقلب صحيحا
بإسقاط
الدرهم الزائد لأن الفساد في صلب العقد، وبخلاف إسقاط الاجل في النكاح الموقت
لكونه
متعة وهو غير عقد النكاح. وقال في مختصر القدوري: تراضيا على إسقاطه بالتثنية
وخالفه
المؤلف فوحد الضمير لقوله في الهداية: وقوله في الكتاب تراضيا خرج وفاقا لأن من له
الاجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه. وقيد بهذه الآجال لأنهما لو تبايعا إلى هبوب
الريح
أو مطر السماء ثم تراضيا على إسقاطه لا ينقلب العقد جائزا لأن هذا ليس بأجل بل
الاجل

ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح قد يتصل بكلامه فعرفنا أنه ليس بأجل بل هو شرط فاسد، كذا في السراج الوهاج. وفي فتح القدير: والذي يحتاج بعد هذا الجواب ما إذا أسقط الرطل الخمر فيما إذا باع بألف ورطل من خمر نص محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحا ذكره في آخر الصرف اللهم إلا أن يقال هو تبع للألف الثمن في بيع المسلم بخلاف ما إذا باع بالخمر فإنه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن إلا مستتبع هناك اه. وفي جامع الفصولين خلافه، أجمعوا أنه لو باع قنا بألف درهم ورطل خمر ثم أبطلا الخمر لم يعد جائزا اه.

قوله: (ومن جمع بين حر وعبد أو بين شاة ذكى وميته بطل البيع فيهما وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك) أما الأول فهو وقول أبي حنيفة. وقالوا: يصن سمي لكل واحد ثمننا، وأفسد البيع زفر في الكل فالأصل عنده أنه إذا جمع بين حل وحرام فإنه يفسد في الكل فصل أو لا، وقاس الثاني على الأول إذ محلية البيع منتفية بالإضافة إلى الكل. ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن كمن جمع بين أجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد منهما للجهالة. ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد، وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة، أما البيع في هؤلاء فموقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولذا ينعقد في عبد الغير بإجازته، وفي المكاتب برضاه في الأصح، وفي المدبر بقضاء القافي، وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا يباع بالحصة

ابتداء
ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه، ومترك التسمية عمدا كالميتة، وأم الولد
والمكاتب

كالمدير، وفيما إذا جمع بين ملك ووقف روايتان، وما ذكره المؤلف هو الصحيح لأن
الوقف مال
ولهذا ينتفع به انتفاع الأموال غير أنه لا يباع لأجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد
العقد
فيما ضم إليه كالمدير لكن أراد بالوقف ما ليس بمسجد فإن المسجد لو ضم إلى
الملك فإنه يبطل
فيهما لأن المسجد كالحجر، كذا ذكره الشارح. وقيده في التجنيس بالعامر لأن المسجد
الخراب لو
ضم إلى الملك لم يبطل في الملك لجواز بيع المسجد إذا خرب في أحد القولين فصار
مجتهدا فيه
كالمدير، ولا يشكل ما في المحيط من أنه لو باع قرية ولم يستثن ما فيها من المساجد
والمقابر
فالأصح الصحة في الملك لأن ما فيها من المساجد والمقابر مستثنى عادة. ثم اعلم أنه
قد وقعت
حادثة في القسطنطينية هي جمع بين وقف وملك وباعهما صفقة واحدة فأفتى مفتيها
بعدم
الصحة في الملك كالوقف فاعترض عليه بأنه مخالف للأصح، فأجاب بأنه محمول
على وقف لم
يحكم بصحته ولزومه ليكون كالمدير مجتهدا فيه أما ما قضى القاضي به فهو كالحجر
للزومه إجماعا
فيسرى الفساد إلى الملك، لكن يرد عليه ما صرح به قاضيخان في فتاواه أن الوقف بعد
القضاء
تسمع دعوى الملك فيه وليس 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
لأنه
بعد القضاء وإن صار لازما بالاجماع لكنه يقبل البيع بعد لزوم الوقف، إما بشرط
الاستبدال
وهو صحيح على قول أبي يوسف المفتى به أو بضعف غلته كما هو قولهما أو بورود
غصب عليه
ولا يمكن انتزاعه فللناظر بيعه كما في فتاوي قاضيخان أو بقضاء قاض حنبلي ببيعه فإن
عنده
بيع الوقف يجوز ويشترى ببذله ما هو خير منه كما في معراج الدراية فكيف يجعل

الوقف كالحرف
مع وجود هذه الأسباب المجوزة لبيعه والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب.

فصل في البيع الفاسد

أي في بيان أحكام البيع الفاسد قدمنا أن فعله معصية فعليه التوبة منها يفسخه كما سيأتي قوله: (قبض المشتري في البيع الفاسد بأمر البائع وكل من عوضه مال ملك المبيع

بقيمته) وقال الشافعي: لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا تنال به نعمة الملك ولأن النهي

نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيد قبل القبض، وصار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر

بالدراهم. ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فوجب القول بانعقاده، ولا خفاء

في الأهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا

لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك إنما المحظور ما يجاوره كما في البيع

وقت النداء، وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور إذ هو

واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى، ولأن السبب قد ضعف لمكان اقتترانه

بالقبض فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة، والميتة ليست بمال فأنعدم

الركن، ولو كان الخمر مثمنا فقد ذكرناه أول الباب. وشئ آخران في الخمر الواجب هو

القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا، أشار المصنف رحمه الله تعالى بذكر القبض إلى أنه ليس

مقبوضا في يده فلو كان في يده وديعة ملكه بمجرد القبول كما في فتح القدير، وإلى أن

التخلية فيه لا تكفي وصححه العمادي في الفصول. وصحح قاضيخان في فتاواه في باب

قبض المبيع أنها قبض فيه واختاره في الخلاصة. وأطلقه فشمّل قبض الوكيل قال في القنية:

التوكيل بالشراء الفاسد صحيح كالتوكيل بالشراء إلى الحصاد والدياس وقبض الوكيل للموكل

فيصير مضمونا بالقيمة اه. وخرج ما قبل القبض فلا ملك له. وأطلقه فشمّل القبض

الحكمي لما في الظهيرية: لو اشترى عبدا شراء فاسدا ولم يقبضه فأمر البائع بإعتاقه
فأعتقه
صح عتقه عن المشتري لأنه بمنزلة قبض المشتري، ولو أعتقه المشتري بنفسه لا يصح
لعدم
الملك، وهذه عجيبة حيث ملك المأمور ما لم يملك الأمر. وقيد بقوله في البيع الفاسد

للاحتراز عن الباطل فإنه لا يفيد ولا يفيد ولكن ليس كل فاسد يملك بالقبض فقد كتبنا في
الفوائد
الفقهية أن بيع الهازل لا يملك بالقبض كما ذكره البزدوي في الأصول، أن الأب إذا
اشترى
من ماله لابنه الصغير فاسداً أو باع كذلك فالقبض لا يكفي ولا يملكه إلا بقبضه
واستعماله،
كذا في المحيط
ثم رأيت في القنية أن بيع التلجئة باطل فحينئذ لا يرد على المصنف لأن كلامه في
الفساد، وفي آخر القنية من الوصايا: باع الوصي مال اليتيم بغبن فاحش فهو باطل لا
يملك
بالقبض ثم رقم آخر بل هو فاسد اه. أقول: ينبغي أن يجر القولان في بيع الوقف
المشروط استبداله أو الخراب الذي جاز استبداله إذا بيع بغبن فاحش، وينبغي ترجيح
الثاني
فيهما لأنه إذا ملك بالقبض وجبت قيمته فضرر على اليتيم والوقف. وقيد بأمر البائع أي
بإذنه لأنه بلا إذنه لا يفيد الملك وإنما ذكروا الاذن دون الرضا لأنه لا يشترط في بعض
أفراده

كبيع المكره كما لا يخفى. وأطلقه فشمّل الاذن صريحا أو دلالة فسكوته عند قبض المشتري في المجلس إذن دلالة لكون البيع تسليطا منه على القبض إذ مراده أن يملكه المشتري بخلاف البيع الصحيح فإن الايجاب ليس بتسليط لأن الملك حصل بدون، وأما إذا تفرقا عن المجلس فلا بد من إذن صريح إلا إذا قبض البائع الثمن وهو مما يملك به فإنه يكون إذنا بالقبض دلالة. وفي السراج الوهاج: ولو أمر المشتري البائع أن يعمل في المبيع عملا ينقصه أو لا ينقصه كالقسارة والغسل بأجرة أو بغير أجرة فما كان ينقصه فهو قبض ومالا فلا، وللبائع الأجرة في الوجهين هلك المبيع أولا اه. وفي جامع الفصولين: ولو برأ فخلطه البائع بطعام المشتري بأمره قبل قبضه صار قابضا وعليه مثله اه. وقيد بقوله وكل من عوضه مال ليخرج البيع بالميتة وكل يبيع باطل كالبيع مع نفي الثمن فإنه باطل، ومع السكوت عنه فاسد يملك المبيع بالقبض ولا شك أن الباطل خرج أولا بقوله في البيع الفاسد فلا حاجة إلى إخراج ثانيا اللهم إلا أن يقال إن بعض البيوع الباطلة أطلقوا عليها اسم الفاسد فربما يتوهم أن المبيع فيها يملك بالقبض فصرح بما يخرجها، فإذا باع عرضا بنخمر أو بمدبر أو أم ولد ملك العرض بالقبض لا ما قابله مع أن بعضهم أطلق على بيع الخمر والمدبر وأم الولد الفساد ولكن كان ينبغي أن يقول مال متقوم. وذكر في إيضاح الاصلاح أنه لا حاجة إلى هذا القيد لأن فساد البيع لا يوجد بدون هذا الشرط لا يقال إنه يوجد بدونه فيما إذا باع وسكت عن ذكر الثمن لأن أحد العوضين حينئذ القيمة وهي مذكورة حكما كما صرح به في الذخيرة على أن الشرط وجود المالية في العوضين اه. كما قيده به في الجوهرة. وفي قوله ملك البيع رد على من قال إنه إنما يملك التصرف دون العين وهم العراقيون وما ذكره قول أهل بلخ وهو المنصوص عليه في كلام محمد وهو الصحيح المختار

فإنه قال: إن المشتري خصم لمن يدعيه لأنه يملك رقبته، كذا في جامع الفصولين
بدليل أن
المشتري إذا أعتقه بعد قبضه صح وكان الولاء له، ولو باعه كان الثمن له، ولو بيعت
دار إلى
جنبها فالشفعة للمشتري، ولو أعتقه البائع لم يعتق ولو سرقه البائع من المشتري بعد
قبضه
قطع كما في الجوهرة فهذه كلها ثمرات الملك وبدليل وجوب الاستبراء على البائع إذا
ردت
الجارية عليه ولولا خروجها عن ملكه لم تجب. وقولهم إنه يملك التصرف فقط
بتسليط البائع
منقوض بما إذا كان البائع وصي يقيم باع عبده فاسدا فأعتقه المشتري فإنه يصح. ولو
كان
على وجه التسليط لم يصح، كذا في جامع الفصولين. وأما ما استدل به العراقيون من
عدم
حل أكله لو كان طعاما وعدم حل لبسه لو كان قميصا وعدم حل وطئها لو كانت
جارية
واستبرأها، ولو وطئها وجب العقر إذا فسخ وعدم وجوب الشفعة لشفيعها فلا دليل فيه
لأن
عدم الحل لا يدل على عدم الملك بدليل إن ربح ما لم يضمن مملوك ولا يحل،
والأخت
رضاعا إذا ملكها لا يحل له وطؤها. وإنما لم تجب الشفعة لأن حق البائع لم ينقطع
عنها وهي
إنما تجب بانقطاع حقه لا بملك المشتري بدليل أن من أقر ببيع داره وجحد المشتري
وجبت
الشفعة. هذا وقد ذكر العمادي في فصوله خلافا في حرمة وطئها فقبل يكره ولا يحرم،
وقيل
يحرم وفيه إشارة أيضا إلى أن البائع يملك الثمن بشرط قبضه لأنه كالمبيع كما في
القنية. وفي
جامع الفصولين: حبلت منه صارت أم ولده وعليه قيمتها لا عقرها، وقيل عليه عقرها
وقيمتها، وقيل يجوز للمشتري كل تصرف تجري فيه الإباحة وإلا فلا، ولم تحل
المباشرة
كعصير وقعت فيه فأرة يحل بيعه لا مباشرته نحو أكله اه. وفي القنية: إعتاق البائع
المبيع بعد

قبض المشتري بغير حضرته باطل وبحضرته صحيح ويكون فسخا اه. وهو تخصيص
لقولهم
إن اعتاقه باطل. وفي الظهيرية من باب نكاح العبد والأمة: باع جارية بيعا فاسدا
وقبضها
المشتري ثم تزوجها البائع لم يجز اه. ولو لم يقبضها المشتري فزوجه البائع للمشتري
يصح،
كذا في القنية اه. أقول: يشكل حينئذ ما نقلناه عن الجوهرة من قطع يده بسرقة المبيع
فإن
القطع يقتضي أن لا ملك له فيه ولا شبهة، وقولهم بعدم صحة نكاحها للبائع يقتضي
بقاء
ملكه أو شبهته فينبغي أن لا يقطع البائع للشبهة، وقد ذكره في السراج الوهاج أيضا ولم
أره
لغير الحدادي. والظاهر أنه قاله تفقها من عنده لا على أنه نقل المذهب فإنه قال: ومن
فوائد
قوله ملكه أنه لو سرقه البائع بعد قبض المشتري قطع به والله أعلم بالصواب.

وقيد الملك في فتح القدير بأن لا يكون فيه خيار شرط لأنه يمنع الملك في الصحيح فكذا في الفاسد. وفي جامع الفصولين: يثبت فيه خيار الشرط والرؤية. والمراد بالقيمة في كلام المصنف بدل المبيع ليشمل ما إذا كان مثليا فإنه يملكه بمثله، والقيمة إنما هي

في القيمي والقول فيهما للمشتري مع يمينه لكونه منكرا للضمان والبينة للبائع، كذا في الجوهرية. ولما رتب القيمة على القبض دل على أن مراده ملكه بقيمته يوم قبضه، ولو ازدادت

قيمته بيده فأتلفه لم يتغير كالغصب. وقال محمد رحمه الله تعالى: قيمته يوم أتلفه لأنه بالاتلاف

يتقرر، كذا في الكافي ولكن قال في الجامع الفصولين: لو قال البائع أبرأتك عن القن ثم مات عند المشتري برئ إذ القيمة تجب بهلاك المبيع فقبله لا يصح الإبراء، أما لو أبرأه عن

القن فقد أخرجه عن كونه مضمونا، وعلى هذا لو أبرأ الغاصب عن القيمة حال قيام المغصوب لم يصح، ولو أبرأه عن المغصوب صح اه. فعلى هذا لا تجب القيمة إلا إذا تعذر

رده على البائع بموت أو غيره. وفي السراج الوهاج: وهذا ظاهر نصوص الأصحاب، وفي

بعض الحواشي إنما تجب القيمة إذا هلك اه. وأما إيداع المشتري من البائع فغير صحيح.

قال في القنية: قبض الكرباس في البيع الفاسد بأمره وقطعه ثم أودعه البائع وهلك في يده

هلك منه وعلى المشتري نقصان القطع. وكل مبيع يبيع فاسد رد المشتري على البائع بهبة أو

صدقة أو بيع أو بوجه من الوجوه كالوديعة والإجارة والإعارة والغصب والشراء ووقع في يد

البائع فهو متاركة للبيع وبرئ المشتري من ضمانه اه. وكذا له اشتراه وكيل البائع برئ المشتري إذا أسلمه إليه، وكذا لو رده إلى البائع برهن وكذا في بيع موقوف بأن غصب قنا

فباعه من رجل ثم شراه غاصبه بأقل مما باع يكون فسخا للبيع الأول والزيادة للمشتري لا

لغاصبه ولا لمالكة. وعن محمد شراه بدراهم فاسدا ثم باعه بدنانير من بائعه يكون فسخا إذا

قبض لا قبله، كذا في جامع الفصولين. ثم قال: الأصل أن المستحق بجهة إذا وصل إلى

المستحق بجهة أخرى إنما يعتبر واصلاً بجهة مستحقة لو وصل إليه من المستحق عليه،
أما إذا
وصل من جهة غيره فلا حتى إن المشتري فاسداً إذا وهب المشتري من غير بائعه أو
بائه
فوهبه ذلك الرجل من البائع الأول وسلمه لا يبرأ المشتري عن قيمته، ولم تعتبر العين
واصلاً
إلى البائع بالجهة المستحقة لما وصل من جهة أخرى، والمهر لو عينا فوهبته من غير
زوجها
وهو وهبه من زوجها ثم طلقها قبل الدخول فلزوجها نصف قيمة العين عليها، ولو
وهبته
من زوجها لا يرجع عليها بشيء اهـ.

قوله: (ولكل منهما فسخه) أي يجوز لكل من البائع والمشتري في البيع الفاسد فسخه
رفعا للفساد. وذكر الزيلعي أن اللام بمعنى على لأن رفع الفساد واجب عليهما ولا
حاجة

إليه لأنه حكم آخر، إنما مراده بيان أن لكل منهما ولاية انفسخ دفعا لتوهم أنه إذا ملك
بالقبض لزم، فإن كان قبل القبض فلكل ذلك بعلم صاحبه لا برضاه، وإن كان بعد
القبض،

فإن كان الفساد في صلب العقد بأن كان راجعا إلى البدلين المبيع والتمن كبيع درهم
بدرهمين

وكالبيع بالخمر أو الخنزير فكذلك. وإن كان بشرط زائد كالبيع إلى أجل مجهول أو
بشرط فيه

نفع لأحدهما فكذلك عندهما لعدم اللزوم وعند محمد لمن له منفعة الشرط. ولم
يشترط أبو

يوسف علم الآخر، واقتصر في الهداية على قول محمد ولم يذكر خلافا، واعلم أن قوله
لمن له

منفعة الشرط يقتضي أن للمعقود عليه الآدمي أن يفسخه إذا كان الشرط له كما قدمناه
وهو

بعيد لقولهم لكل منهما فسخه فليتأمل. وفي القنية: رده المشتري بفساد البيع فلم يقبله
فأعاده

المشتري إلى منزله فهلك عنده لا يلزمه الثمن ولا قيمة. وقيده ابن سلام بأن يكون
فساد

البيع متفقاً عليه فإن كان مختلفاً فيه لا يبرأ إلا بقبوله أو قضاء القاضي. وقال أبو بكر الإسكافي: يبرأ في الوجهين. وما قاله ابن سلام أشبه كخيار البلوغ وفسخ الإجارة للعدر

اه. وفيها: تبايعاً فاسداً ثم مات أحدهما فلو رثته النقض اه. وفي البزازية: باع منه صحيحاً ثم باعه فاسداً منه الفسخ الأول لأن الثاني لو كان صحيحاً يفسخ الأول به فكذا لو

كان فاسداً لأنه ملحق بالصحيح في كثير من الأحكام، وكذا لو باع المؤخر المستأجر من

المستأجر فاسداً تنفسخ الإجارة كما إذا باعه صحيحاً اه. ثم قال ولو باع فاسداً وسلم ثم باع

من غيره وادعى أن الثاني كان فسخ الأول وقبضه وزعم المشتري الثاني أنه كان بعد الفسخ والقبض في الأول فالقول له لا للبائع وينفسخ الأول بقبض الثاني ثم قال: لو مات البائع وعليه دين آخر فالمشتري أحق به من الغرماء كما في الصحيح بعد الفسخ، ولو مات

المشتري فالبائع أحق من سائر الغرماء بمالتيه اه. ثم قال: ولا يشترط القضاء في فسخ البيع

الفاسد اه. ولم يذكر المصنف أن للقاضي فسخ الفاسد جيراً عليهما. قال في البزازية: وإذا

أصر البائع والمشتري على إمساك المشتري فاسداً وعلم به القاضي له فسخه حقا للشرع فبأي

طريق رده المشتري إلى البائع صار تاركاً للمبيع وبرئ عن ضمانه اه..

قوله: (إلا أن يبيع المشتري) أي فليس لكل منهما فسخه وإنما نفذ بيعه لأنه ملكه بملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني، ونقض الأول إنما كان

لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته، ولأن الأول مشروع بأصله دون وصفه، والثاني مشروع

بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف، ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لأن كل واحد منهما حق العبد فيستويان في

المشروعية ولم

يحصل بتسليط من الشفيع. أراد بالبيع الصحيح لأنه لو باعه فاسداً فإنه لا يمنع النقض، وأطلقه فشمّل ما إذا قبضه المشتري الثاني أو لا ولكنه مقيد بما إذا لم يكن فيه خيار

شرط لأنه

ليس بلازم وفي البزازية وجامع الفصولين: أقام المشتري بينه على بيعه من فلان الغائب

لا
يقبل فللبياع الاخذ لا لو صدقه فله قيمته اه. ولو فسخ البيع بعد قبضه بقضاء فللبائع حق
الفسخ لو لم يقض بقيمته لزوال المانع، ولو رد بعيب بغير قضاء لا يعود حق الفسخ
كما لو

اشتراه ثانيا وسيأتي في الضابط. وقيد ببيع المشتري لأن البائع لو باعه بعد قبض المشتري وادعى أن الثاني كان قبل فسخ الأول وقبضه وزعم المشتري الثاني أنه كان بعد الفسخ والقبض من الأول فالقول له لا للبائع، وينفسخ الأول يقبض الثاني، كذا في البزازية. يستثنى من لزومه بالبائع مسألتان: الأولى لو باعه لبائعه فقدمنا أنه يكون ردا وفسخا للبيع. والثانية لو كان فاسدا بالاكراه فإن تصرفات المشتري كلها تنقض بخلاف سائر البياعات الفاسدة، كذا في البزازية. قيد بالبيع الفاسد احترازا عن الإجارة الفاسدة لما في جامع الفصولين: قيل ليس للمستأجر فاسدا أن يؤجره من غيره إجازة صحيحة استدلالا بماذا كر إلى آخره. وقيل يملكها بعد قبضه كمشتري فاسدا له البيع جائزا وهو الصحيح إلا أن للمؤجر الأول نقض الثانية لأنها تنفسخ بالاعذار قوله: (أو يهب) يعني إذا وهبه المشتري ارتفع الفساد ولا يفسخ لما قدمناه في البيع. وشرط في الهداية التسليم فيها لأنها لا تفيد الملك إلا به بخلاف البيع. وفي جامع الفصولين: ثم الأصل أن المانع إذا زال كفك رهن ورجوع هبة وعجز مكاتب ورد مبيع على المشتري بعيب بعد قبضه بقضاء فللبائع حق الفسخ لو لم يقض بقيمة لأن هذه العقود لم توجب الفسخ من كل الوجه في حق الكل. ولا فرق في الرجوع في الهبة بين القضاء وغيره كما في فتح القدير. ثم أعلم أن المشتري فاسدا لا يطيب للمشتري ويطيب لمن انتقل الملك منه إليه لكون الثاني ملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الأول فإنه يحل له التصرف فيه ولا يطيب له لأنه ملكه بعقد فاسد، ولو دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال الحربي بغير طيبة من نفسه وأخرجه إلى دار الاسلام ملكه ولا يطيب له ويفتي بالرد ويقضى له، صح بيعه ولا يطيب للمشتري كما

يطيب للأول بخلاف البيع الفاسد، كذا ذكره الأسييجابي.

قوله: (أو يحرر) أي يعتق المشتري العبد لما قدمناه، وتوابع الاعتاق كهو من التدبير والاستيلاء والكتابة صرح في جامع الفصولين بالاستيلاء فقال: إذا حبلت منه صارت أم ولده، وصرح الشارح وغيره بالكتابة ولم أر من صرح بالتدبير. وإذا عجز المكاتب زال المانع من الاسترداد. وأشار بالتحريم إلى الوقف ولكن قال في جامع الفصولين: فلو وقفه أو جعله مسجدا لا يبطل حقه ما لم يبين اه. فعلم أن الوقف ليس كالتحرير وينبغي أن يحمل على ما قبل القضاء به، أما إذا قضى به فإنه يرتفع الفساد للزومه الظاهر أن ما في جامع الفصولين تبعا للعمادي ليس بصحيح فقد قال الإمام الخصاص في أحكام الأوقاف: لو اشترى أرضا بيعا فاسدا وقبضها ووقفها وقفا صحيحا وجعل آخرها للمساكين فقال: الوقف فيها جائز وعليه قيمتها للبائع من قبل أنه استهلكها حين وقفها وأخرجها عن ملكه اه. وهكذا في الاسعاف، ولم يذكر المؤلف من التصرفات القولية غير ذلك ففاته الرهن لأنه من العقود اللازمة فيمنع حق الرد فإذا فك أو فسخ قبل القضاء بالقيمة عاد حق الاسترداد. وفاته أيضا الوصية فإذا وصى به المشتري ثم مات سقط الفسخ لأن المبيع انتقل عن ملكه إلى ملك الموصي له وهو ملك مبتدأ فصار كما لو باعه بخلاف ما إذا مات المشتري فإن لوارثه الفسخ وللبيع أيضا لأن الوارث قائم مقام المورث، كذا في السراج الوهاج. قالوا: كل تصرف قولي فإنه يمنع الفسخ إلا الإجارة والنكاح فلا يمنعه لأن الإجارة تنفسخ بالاعذار ورفع الفساد من الاعذار والنكاح ليس فيه الاخراج عن الملك، ولكن إذا ردت الجارية إلى البائع وانفسخ البيع هل ينفسخ النكاح؟ قال في السراج الوهاج: إنه لا ينفسخ لأنه لا يفسخ بالاعذار وقد عقده

المشتري وهي على ملكه اه. ويشكل عليه ما ذكره الولوالجي من الفصل الأول من كتاب
النكاح: لو زوج الجارية المبيعة قبل قبضها وانتقض البيع فإن النكاح يبطل في قول أبي
يوسف وهو المختار لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل معنى فصار كأنه لم
يكن فكان النكاح باطلا اه. إلا أن يحمل أن ما في السراج قول محمد أو يظهر بينهما فرق.
قوله: (أو بيني) أي إذا بنى المشتري فاسدا فعليه القيمة عند أبي حنيفة رواه عنه يعقوب
في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية. وقال أبو يوسف ومحمد: إنه ينقض
البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما. أن حق الشفيع أضعف من البائع حتى
يحتاج فيه إلى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما
أولى. وله أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط حجة من البائع فينقطع حق
الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط، ولهذا لم تبطل بهبة
المشتري وبيعه فكذا بنائه. وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة، وقد نص محمد على
الاختلاف. ولم يذكر المؤلف من الأفعال الحسية إلا البناء قالوا: فعل المشتري بالمبيع
فعلا ينقطع به حق المالك في الغضب ينقطع به حق البائع في الاسترداد كما إذا كان حنطه

فطحنها. ولم يذكر أيضا ما إذا زاد المبيع أو نقص إلا الزيادة بالبناء وهو جامع
الفصولين: زوائد
المبيع فاسدا إلا تمنع الفسخ إلا متصلة لم تتولد كصبغ وحياطة ولتسويق ولو منفصله
متولدة
تضمن بالتعدي لا بدونه، ولو هلك المبيع لا المتولدة فللبائع أخذ الزوائد وقيمة المبيع
ولو
منفصلة غير متولدة فله أخذ المبيع مع هذه الزوائد ولا تطيب له، ولو هلك في يد
المشتري لم
يضمن، ولو أهلكها ضمن عندهما لا عند أبي حنيفة. ويمثلها زوائد الغصب. ولو هلك
المبيع
لا الزوائد فهي للمشتري بخلاف المتولدة كما يفترقان في الغصب فيضمن قيمة المبيع
فقط وأما
حكم نقصانه فلو نقص في يد المشتري بأفة سماوية فللبائع أخذه مع أرش نقصه، وكذا
لو بفعل
المشتري أو المبيع. ولو بفعل البائع صار مستردا حتى لو هلك عند المشتري ولم يوجد
منه حبس
عن البائع هلك على البائع ولو بفعل أجنبي يخير البائع إن شاء أخذه من المشتري وهو
يرجع على
الجاني وإن شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري كالغصب اه.
قوله: (وله أن يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن) أي للمشتري المنع بعد فسخ
البيع لأن المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن. أشار المؤلف إلى أن البائع إذا
مات كان
المشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لأنه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه
بعد
وفاته كالراهن وإلى أنه لو استأجر إجازة فاسدة ونقد الأجرة أو ارتهن رهنا فاسدا أو
أقرض
قرضا فاسدا وأخذ به رهنا كان له أن يحبس ما استأجر وما ارتهن حتى يقبض ما نقد
اعتبارا
للعقد الجائز إذا تفاسخا، وكذا لو مات المؤجر أو الراهن أو المستقرض فهو أحق بما
في يده
من العين من سائر الغرماء، وإلى أن الثمن لو لم يكن منقودا للبائع وإنما كان دينا له
على
المشتري فليس له الحبس قالوا: لو اشترى من مدينة عبدا بدين سابق له عليه شراء

فاسدا
وقبض العبد بإذن البائع فأراد البائع استرداد العبد بحكم الفساد ليس للمشتري أن يحبس

العبد لاستيفاء ماله عليه من الدين بخلاف الصحيح، وله أن يسترد العبد قبل إيفاء الأجرة وليس للمستأجر الحبس بالأجرة بخلاف الصحيح، وكذا الرهن الفاسد لو كان بدين سابق.

والفرق أن البيع إذا أضيف للدرهم لا يتعلق الملك في الثمن بمجرد العقد فإذا وجب للمديون على المشتري مثل الدين صار الثمن قصاصا لاستوائهما قدرا ووصفا فيصير البائع مستوفيا ثمنه بطريق المقاصة فاعتبر بما لو استوفاه حقيقة، وثم للمشتري حتى حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن فكذا هذا، وفي الفاسد لم يملك الثمن بل تجب قيمة المبيع عند القبض والقيمة قبل القبض غير مقررة لاحتمالها السقوط كل ساعة بالفسخ، لأن القيمة قد تكون من جنس الدين وقد لا تكون ودين المشتري على البائع مقرر والمقاصة إنما تكون عند استواء الواجبين وصفا ولذا لا تجب المقاصة بين الحال والمؤجل والجيد والردئ، وإذا لم تقع المقاصة لم يصح البائع مستوفيا الثمن أصلا فلا يكون للمشتري حق حبس المبيع بعد فسخ البيع. ولو كان الرهن باطلا بأن استقرض ألفا ورهن أم ولد أو مدبرا له أن يسترد قبل قضاء الدين لعدم الانعقاد. والكل من الكافي شرح الوافي وإلى أن الثمن لو كان دراهم وهي قائمة فإنه يأخذها بعينها لأنها تتعين في البيع الفاسد وهو الأصح لأنه بمنزلة الغصب، وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا، كذا في الهداية.

قوله: (وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري) أي طاب للبائع ما ربحه في ثمن الفاسد ويطيب للمشتري ربح المبيع فلا يتصدق الأول ويتصدق المشتري. والفرق أن المبيع مما يتعين فتعلق العقد به فتمكن الخبث فيه والنقد لا يتعين في عقود المعاوضات فلم يتعلق العقد الثاني بعينه فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصديق. قيد بالبيع الفاسد لأن ما ربحه الغاصب



(16)

والمودع بعد أداء الضمان لا يطيب له مطلقا عندهما خلافا لأبي يوسف لأن الخبث في
الأول
لفساد الملك، وفي الثاني لعدمه لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من
حيث
إنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن، وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة
والشبهة تنزل
إلى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتمدة دون النازل عنها. ثم اعلم أن قولهم تبعا لما في
الجامع
الصغير أن الربح يطيب للبائع في الثمن النقد دليل على أن النقد لا يتعين في البيع الفاسد
على
الأصح، وقولهم إنه يتعين على الأصح يخالفه فإن اعتبر تصحيح التعيين فحينئذ يجب
التصدق
على البائع والرواية بخلافه، ولم أر من أوضحه من الشارحين، وقد ظهر لي أنه لا منافاة
بينهما فقالوا فيما مضى إنه يتعين على الأصح بالنسبة إلى وجوب رد غير ما أخذه وقالوا
هنا
لا يتعين أي بالنسبة إلى أنه يطيب له ما ربحه فهو متعين من جهة فساد الملك
كالمغصوب،
وغير متعين من جهة أن فاسد المعاوضات كصحيحها فاعتبروا الوجه الأول في لزوم رد
عين
المقبوض والثاني في حل ربحه، وإنما لم يعكس لدليل أبي يوسف الخراج بالضمان.
ومعناه
كما في الفائق والقاموس غلة العبد للمشتري إذا رده بعد الاطلاع على العيب بسبب
أنه في

ضمانه ه قوله: (ولو ادعى على آخر دراهم فقضاها إياه ثم تصادقا أنه لا شيء له عليه
طاب له
ربحه) أي ما ربحه في الدراهم لأن الخبث لفساد الملك ها هنا لأن الدين وجب
بالتسمية ثم
استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين ألا ترى أنه لو باع
عبدا بجارية
فأعتقه المشتري ثم استحقت الجارية لا يبطل العتق في العبد، ولولا أنه مملوك لبطل
لأنه لا عتق
فيما لا يملكه ابن آدم. وكذا لو حلف أن لا يفارق غريمه حتى يستوفي منه دينه فباعه
عبد
الغير بالدين فقبضه الحالف وفارقه ثم استحق العبد مولاه ولم يجز البيع لم يحنث
الحالف لأن
المدين ملك ما في ذمته بالبيع وهو بدل المستحق ولا يحنث الحالف بالاستحقاق.
وفي فتح
القدير: واعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلا عما يزعم أنه ملكه، أما لو
كان
في أصل دعواه الدين متعمدا الكذب فدفع إليه لا يملكه أصلا لأنه متيقن لأنه لا ملك له
اه.
وظاهر إطلاقهم خلافه لأن المنظور إليه وجوبه بالتسمية لا زعم المدعي، ويدل عليه
مسألة
الحلف فإنه لو غصب دراهم وقضى بها دينه ثم تبين أنها مغصوبة فإنه لا حنث عليه،
وكذا لو
غصب عبدا وباعه بدينه قوله: (وكره النجش) شروع في مكروهات البيع. ولما كان
المكروه
دون الفاسد أخره، وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد
العقد وإلا
فهذه كلها تحريمية لا نعلم خلافا في الاثم، كذا في فتح القدير. وقد بحث هنا بحثا لا
طائل
تحتة تركته عمدا وقد تقرر في الأصول أن كل منهي عنه قبيح فإن كان لعينه أفاد
بطلانه، وإن
كان لغيره فإن كان لوصف كبيع الربا والبيع بشرط مفسد أفاد فساده، وإن كان
لمجاوز كهذه
البيوع المكروهة أفاد كراهة التحريم مع الصحة. والنجش بفتحيتين ويروى بالسكون أن

تسام
السلعة بأزيد من ثمنها وأنت لا تريد شراءها ليراك الآخر فيقع فيه، وكذا في النكاح
وغيره.
ولا تناجشوا لا تفعلوا ذلك وأصله من نجش الصيد وهو إثارته، كذا في المغرب. وفي
القاموس: النجش أن تواطئ رجلا إذا أراد بيعا أن تمدحه أو أن يريد الإنسان أن يبيع
بباعة
فتساومه بها بثمان كثير لينظر إليك ناظر فيقع فيها، أو أن تنفر الناس عن الشيء إلى غيره.
وإثارة
الصيد والبحث عن الشيء وإثارته والجمع والاستخراج والانقاذ والاسراع كالنجاشة
بالكسر
اه. وحديث النهي لا تناجشوا في الصحيحين. وقيده أصحابنا كما في الجوهرة بما إذا
كانت
السلعة إذا بلغت قيمتها أما إذا لم تبلغ فلا منع منه لأنه نفع للمسلم من غير اضرار
بأحد.

قوله: (والسوم على سوم غيره) للحديث لا يسام الرجل على سوم أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه ولأن في ذلك إيحاشا واضراراً. وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن

في المساومة، فإذا لم يركن أحدهما على الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره،

وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضاً. وفي القاموس: السوم في المبايعة كالسوام بالضم

سمت بالسلعة وسومت بالسلعة واستمت بها وعليها غاليت واستمته إياها وعليها سألته سومها اه قوله: (وتلقى الجلب) لحديث الصحيحين عن ابن عباس نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن

تتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد. فقلت لابن عباس: ما قوله حاضر لباد قال: لا يكون له

سمسار. وللمتلقى صورتان: إحداهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة لبيعوه من أهل البلد بزيادة. وثانيها أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون

بالسعر. ومحمل النهي عندنا إذا كان يضر بأهل البلد أو لبس أما إذا انتفيا فلا بأس به. وفي

المغرب: جلب الشيء جاء به من بلد إلى بلد للتجارة جلباً، والجلب المحلوب ومنه نهى عن

تلقى الجلب اه. قوله: (وبيع الحاضر للبادي) لما تقدم من النهي وهو مقيد كما في الهداية

بما إذا كان أهل البلد في قحط وعوز وهو يبيع من أهل البلد وطمعا في الثمن الغالي لما فيه

من الاضرار بهم، أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر. وفسره في الاختيار بأن

يجلب البادي السلعة فيأخذها الحاضر لبيعها له بعد وقت بأعلى من السعر الموجود وقت

الجلب اه. فعلى الأول الحاضر مالك بائع والبادي مشتر، وعلى الثاني الحاضر سمسار والبادي

صاحب السلعة، ويشهد للثاني آخر الحديث دعوا الناس برزق الله بعضهم بعضاً. ولذا قال في المجتبي: هذا التفسير أصح ذكره في زاد الفقهاء لموافقة الحديث، وعلى هذا فتفسير

ابن عباس بأن لا يكون له سمسار ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي

بیل

(۱۶۴)

تفسير لضعدها وهي الجائزة فالمعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه فكأنه لما سئل
عن نكتة
نهى بيع الحاضر للبادي قال المقصود أن لا يكون له سمسار فنهى عنه بالسمسار، كذا
في فتح
القدر قولته: (والبيع عند أذان الجمعة) لقوله تعالى * (وذروا البيع) * [الجمعة: ٩] ثم
فيه إخلال
بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة، وفي
الهداية: كل ذلك يكره ولا يفسد به البيع لأن النهي لمعنى خارج زائد لا في صلب
العقد ولا
في شرائط الصحة. أطلقه فشمّل ما إذا تبايعا وهما يمشيان إليها. وما في النهاية من عدم
الكراهة مشكل لاطلاق الآية فمن جوزها في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ
وهو لا
يجوز بالرأي، كذا ذكره الشارح قولته: (لا بيع من يزيد) أي لا يكره لما قدمناه من
عدم
الاضرار وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولأنه بيع
الفقراء والحاجة
ماسة إليه
قوله (ولا يفرق بين صغير وذي رحم محرم منه) لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق
بين والده وولده فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ووهب النبي صلى الله عليه وسلم
لعلي غلامين
صغيرين أخوين ثم قال له: ما فعل الغلامان؟ فقال: بعتهما أحدهما. قال أدرك أدرك.
ويروى
أردد أردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما
قطع الاستئناس والمنع من التعاهد، فيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعده النبي صلى
الله عليه وسلم. ثم المنع
معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم
ولذا قيد بذي الرحم المحرم أي المحرم من جهة الرحم وإلا يرد عليه ابن العم إذا كان
أخا
من الرضاع فإنه رحم محرم وليس له هذا الحكم. وأطلقه فشمّل الصغير والكبير ولا بد
من
اجتماعهما في ملكه حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره فلا بأس ببيع أحدهما. ولو
قال
المصنف إلا إذا كان التفريق بحق مستحق لكان أولى لأنه حينئذ يجوز التفريق كدفع

أحدهما
بالجناية وبيعه بالدين وردة بالعيب لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به،
كذا
في الهداية. ومن التفريق بحق ما في المبسوط ذمي له عبد له امرأة أمة ولدت منه فأسلم
العبد وولده صغير فإنه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وإن كان تفريقا بينه وبين أمه اه.
ولا
يرد على المصنف التفريق بإعتاق أحدهما بمال أو بغيره أو تديره أو استيلاء الأمة أو
كتابة
أحدهما فإنه جائز لأن مراده منع التفريق بالبيع أو الهبة أو الوصية أو غير ذلك من
أسباب

الملك كما في الجوهرة إذ لو منع عن الكل لصار المالك محجورا عليه بمنعه من التصرف في ماله رأسا، وكذا لا يرد عليه ما لو كان في ملكه ثلاثة أحدهم صغير فإن له بيع أحد الكبيرين لأن العلة ما هو مظنة الضياع والاستيحاش وقد بقي له من يقوم مقام الثالث. وفي الكفاية: اجتمع له عدد من أقاربه لا يفرق بينه وبين واحد إن اختلفت جهة القرابة كالعم والنخال أو اتحدت كخالين عند أبي يوسف لأنه يتوحش بفراق الكل. والصحيح في المذهب أنه إذا كان مع الصغير أبواه لا يبيع واحدا منهم، ولو كان معه أم وأخ أو أم وعمة أو خالة أو أخ جاز بيع من سوى الام لأن شفقة الا تغني عن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها، فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة. والجدة كالأم فلو كان معه جدة وعمة وخالة جاز بيع العممة والخالة، ولو كان معه عمة وخالة لا يباعوا إلا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة. ولو كان معه أخوان أو إخوة كبار فالصحيح أنه يجوز بيع ما سوى واحد منهم وهو الاستحسان لا الشفقة أمر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب يجوز بيع ما سوى واحد منهم وهو الاستحسان لأن الشفقة أمر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الأبعد مع الأقرب وعند الاتحاد من الجهة والدرجة أحدهما يغني. وكذا لو ملك ستة إخوة ثلاثة كبار وثلاثة صغارا فباع من كل صغير كبيرا جاز استحسانا، فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لام باع غير الشقيقة، ولو ادعاه رجلان فصار أبوين له ثم ملكوا جملة القياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما. وفي الاستحسان لا يباع لأن الأب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي بيع فيمتنع احتياطا فصار الأصل أنه إذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه. وإن كانوا في درجة فإن كانوا من جنسين مختلفين كالأب والام والخالة والعمة 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 الخالة والعمة أخ لأب وأخ لام، كذا
في
فتح القدير. وكذا لا يرد عليه ما إذا كان البائع حربيا مستأمنا لمسلم فإنه لا يمنع
المسلم من
الشراء دفعا للمفسدة عند، وكذا لا يرد ما إذا باعه ممن حلف بعثقه إن اشتراه أو ملكه
لما
ذكرنا في الاعتاق. فهذه عشرة مسائل يجوز فيها التفريق ولا بأس بسردها: دفع
أحدهما
بجناية ويبيعه بدين، ورده بعيب، وإذا كان المالك كافرا وإعتاقه وتدييره واستيلائها
وكتابته
ويبيعه ممن حلف بعثقه ويبيع واحد من ثلاثة بالشرط السابق. والحادية عشر إذا كان
الصغير
مراهقا ورضيت أمه ببيعه فإنه يجوز كما في فتح القدير. ولو كان مع امرأة مسبية صبي
ادعت

أنه ابنها لم يثبت النسب ولا يفرق بينهما احتياطا، ولو باع الام على أنه بالخيار ثم اشترى

الولد فإنه يكره التنفيذ لأنهما اجتمعا في ملكه، ولو كان في يده صبي واشترى أمه بشرط

الخيار له ردها اتفاقا لعدم الملك عنده ولدفع الضرر عنه عندهما.

قوله: (بخلاف الكبيرين والزوجين) لأنه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا كبيرتين أختين، ولا يدخل الزوجان لأن النص ورد

على خلاف القياس فيقتصر على مورده، فإن فرق في موضع المنع كره وجاز العقد، وعن أبي

يوسف أنه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها. وعنه لا يجوز في الجميع لأن الامر

بالادراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد. ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله

وإنما الكراهية لمعنى مجاوز فشابه كراهية الاستيام. وفي الجوهرية: وكل ما يكره من التفريق

في البيع يكره في القسمة في الميراث والغنائم اه والله تعالى أعلم. باب الإقالة

المناسبة ظاهرة وهي شاملة لكل عقد بيع صحيحا كان أو مكروها فيفسخ إقالة بالتراضي وإن كان واجبا في المكروه تحريما دافعا للمعصية أو فاسدا فيفسخ بدون التراضي

إما من أحدهما أو من القاضي جبرا كما قدمناه، فاشترك المكروه والفساد في وجوب الدفع.

والكلام فيها يقع في عشرة مواضع: الأول في معناها لغة. والثاني في معناها شرعا. والثالث في ركنها. والرابع في شروطها. والخامس في صفتها. والسادس في حكمها. والسابع فيمن يملكها ومن لا يملكها. والثامن في بيان دليلها. والتاسع في سببها. والعاشر

في محاسنها. أما الأول فقال في القاموس: قتلته البيع بالكسر وأقلته فسخته، واستقاله طلب

إليه أن يقيله وتقایل البيعان وأقال الله عثرتك وأقالكها اه. ذكرها في القاف مع الياء. وفي

المصباح: أقال الله عثرتك إذا رفعه من سقوطه ومنه الإقالة في البيع لأنها رفع العقد، وقاله

قيلا من باب باع لغة واستقاله البيع فأقاله اه. وبهذا ظهر أنها لم تكن مشتقة من القول
وأن
الهمزة للسلب أي أزال القول الأول كما ذكره الشارح وإنما هي من القيل. وأما معناها
شرعا فهي رفع العقد، كذا ذكره في الجوهرة وهو تعريف للأعم من إقالة البيع
والإجارة
ونحوهما. وإن أردت خصوصها فقل رفع عقد البيع، وأما الطلاق فهو رفع قيد النكاح
لا

رفع النكاح. وأما ركنها فالإيجاب والقبول الدالان عليها بلفظتين ماضيين أو أحدهما مستقبلا
والآخر ماضيا كقلني فقا أقلتك عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالنكاح. وقال محمد: لا
تنعقد
إلا بماضيين كالبيع، كذا في البدائع. وقد يكون القبول بالفعل كما لو قطعه قميصا في
فور
قول المشتري أقلتك، وتنعقد بفاسختك وتركت وتاركتك ودفعت وتنعقد بالتعاطي
كالبيع كما
في الخانية والخلاصة. وفي البرازية: ينعقد به كالبيع من أحد الجانبين وهو الصحيح.
وأما
شروط صحتها فمنها رضا المتعاقدين لأن الكلام في رفع عقد لازم، وأما رفع ما ليس
بلازم
فلمن له الخيار بعلم صاحبه لا برضاه. ومنها بقاء المحل لما سيأتي أن المبيع إذا هلك
لم تصح
الإقالة، ومنها قبض بدلي الصرف في إقالة الصرف، أما على قول أبي يوسف فظاهر
لأنها
بيع، وأما على أصلهما فلأنها بيع في حق ثالث وهو حق الشرع. ومنها أن يكون المبيع
قابلا
للفسخ بخيار من الخيارات فلو ازداد زيادة تمنع الفسخ لم تصح الإقالة خلافا لهما. ولا
يشترط لصحتها بقاء المتعاقدين فتصح إقالة الوارث والوصي، ولا تصح إقالة الموصى له
كما
في القنية. ومنها اتحاد المجلس وعليه يتفرع ما في القنية: جاء الدلال بالثمن إلى البائع
بعدها
باعه بالامر المطلق فقال البائع لا أدفعه بهذا الثمن فأخبر به المشتري فقال أنا لا أزيده
أيضا لا
ينفسخ لأنه ليس من ألفاظ الفسخ لأن اتحاد المجلس في الإيجاب والقبول شرط في
الإقالة ولم
يوجد اه. ومنها أن لا يهب البائع الثمن للمشتري قبل قبضه في شراء المأذون، فلو وهبه
له
لم تصح الإقالة بعدها كما في خزانة المفتين.، ومنها أن لا يكون البيع بالكثير من
القيمة في
بيع الوصي فإن كان لم تصح إقالته كما فيها أيضا.
وأما صفتها فهي مندوب إليها للحديث من أقال نادما يبعته أقال الله عشرته يوم

القيام وقدمنا أنها تكون واجبة إذا كان عقدا ومكروها، وينبغي أن تكون واجبة إذا كان

(١٦٨)

البائع غارا للمشتري وكان الغبن يسيرا. وإنما قيدنا باليسير لأن الغبن الفاحش يوجب الرد
إن غره البائن على الصحيح كما سيأتي إن شاء الله تعالى. وأما حكمها فاختلف فيه
على
أقوال، فقال الإمام الأعظم: إنها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث. وقال
أبو
يوسف: إنها بيع في حق الكل. وقال محمد، فسخ في حق الكل. وقال زفر: هي فسخ
في
حق الكل ذكر قوله في البدائع والسراج الوهاج. وأما من يملكها ومن لا يملكها
فقالوا: من
ملك البيع ملك إقالته فصحت إقالة الموكل ما باعه وكيه وإقالة الوكيل بالبيع ويضمن.
وكتبنا
في الفوائد الفقهية إلا في مسائل: الأولى الوصي لو اشترى من مديون اليتيم دارا بعشرين
وقيمتها خمسون فلما استوفى الدين أقاله لم تصح إقالته. الثانية العبد المأذون اشترى
غلاما
بألف وقيمه ثلاث آلاف لا تصح إقالته ولا يملك الرد بالعيب بخلاف الرد بخيار
الشرط
والرؤية، كذا في بيوع القنية. الثالثة المتولي على الوقف إذا اشترى سيأ بأقل من قيمته
لا
تصح إقالته، وكذا إذا أجر ثم أقال ولا صلاح فيها للوقف لم يجز كما فيها أيضا، وفي
بعض
المواضع منها إن كان قبل القبض جازت وإلا لا. الرابعة الوكيل بالشراء تصح إقالته
بخلاف الوكيل بالبيع تصح ويضمن. الخامسة الوكيل بالسلم على تفصيل فيه وإنما
يضمن

الوكيل بالبيع إذا أقال إذا كان بعد قبض الثمن أما قبله فيملكها في قول محمد، كذا في الظهيرية وفيها والوكيل بالإجارة إذا ناقض مع المستأجر قبل استيفاء المنفعة وقبل قبض الاجر صح سواء كان الاجر عيناً أو ديناً اه. وفي فتاوي الفضلي: إذا باع المتولي أو

الوصي

شيئاً بأكثر من قيمته لا تجوز إقالته وإن كانت بمثل الثمن الأول اه. وفي القنية: باعت ضيعة

مشتركة بينها وبين ابنها البالغ وأجاز الابن البيع ثم أقال وأجاز الابن الإقالة ثم باعها ثانياً

بغير إجازته يجوز ولا يتوقف على إجازته لأن بالإقالة يعود المبيع إلى ملك العاقد لا إلى ملك

الموكل والمجيز، ودليلها السنة والاجماع وسببها الحاجة إليها، ومحاسنها إزالة الغم عن النادم

وتفريج الكرب من المكروب فائدة: تصح إقالة الإقالة فلو تقايلا البيع ثم تقايلا الإقالة ارتفعت الإقالة وعاد البيع. وكتبنا في الفوائد إلا في مسألة وهي إقالة السلم فإنها لا

تقبل

الإقالة كما ذكره الشارح من الدعوى من باب التحالف. وفي الجوهرة: لا تصح الإقالة في

النكاح والطلاق والعتاق اه.

قوله: (هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث) وهذا عند أبي حنيفة إلا إن تعذر جعلها فسخاً بأن ولدت المبيعة بعد القبض أو هلك المبيع فإنها تبطل ويبقى البيع على

حاله. أطلقه فشمّل ما إذا كان قبل القبض أو بعده، وروي عن أبي حنيفة أنها فسخ قبل القبض بيع بعده، كذا في البدائع. وظاهره ترجيح الاطلاق. وقال أبو يوسف: هي بيع إلا

إن تعذر بأن كانت قبل القبض ففسخ إلا إن تعذراً فتبطل بأن كانت قبل القبض في المنقول

بأكثر من الثمن الأول أو بأقل منه أو بجنس آخر أو بعد هلاك المبيع. وقال محمد: هي فسخ

إلا إن تعذر بأن تقايلا بأكثر من الثمن الأول أو بخلاف جنسه أو ولدت المبيعة بعد القبض

فبيع إلا أن تعذراً بأن كانت قبل القبض بأكثر من الثمن الأول فتبطل. والخلاف المذكور إنما

هو فيما إذا وقعت بلفظها، أما بلفظ الفسخ أو الرد أو الترك فإنها لا تكون بيعاً. وفي

بعض ا
نسخ الزيلعي فإنها لا تكون فسخا وهو سبق قلم كما لا يخفى. وفي السراج الوهاج:
أما إذا
كانت بلفظ البيع كانت بيعا إجماعا كما إذا قال البائع له بعني ما اشتريت فقال بع
كان بيعا.
وفائدة كونها فسخا في حقهما عنده تظهر في خمس مسائل: الأولى وجوب رد الثمن
الأول

وتسمية خلافه باطل. الثانية أنها لا تبطل بالشروط المفسدة ولكن لا يصح تعليقها
بالشرط
كأن باع ثورا من زيد فقال اشتريته رخيصة فقال زيد إن وجدت مشتريا بالزيادة فبعه
منه
فوجد فباع بأزيد لا ينعقد البيع الثاني لأنه تعليق الإقالة لا الوكالة بالشرط، كذا في
السراج
الوهاج. الثالثة إذا تقايلا ولم يرد المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز ولو كانت يبيعا لفسد،
وهذه
حجة على أبي يوسف لأن البيع جائز بلا خلاف بين أصحابنا إلا أن يثبت عنه الخلاف
فيه،
كذا في البدائع ولو باع من غير المشتري لم يجز لكونه يبيعا جديدا في حق ثالث وإذا
تبايعاه
بعدها يحتاج المشتري إلى تجديد القبض لكونه بعدها في يده مضمونا بغيره وهو الثمن
فلا
ينوب عن قبض الشراء كقبض الرهن بخلاف قبض الغصب، كذا في الكافي هنا.
وفيه من باب المتفرقات: تقايضا فتقايلا فاشترى أحدهما ما أقل صار قايضا بنفس
العقد لقيامهما فكان كل واحد مضمونا بقيمة نفسه كالمغصوب، ولو هلك أحدهما
فتقايلا ثم
جدد العقد في القائم لا يصير قابضا بنفس العقد لأنه يصير مضمونا بقيمة العرض الآخر
فشابه المرهون اه. والرابعة إذا وهب المبيع من المشتري بعد الإقالة قبل القبض جازت
الهبة،
ولو كانت يبيعا لانفسخ لأن البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض. والخامسة لو
كان المبيع
مكيلا أو موزونا وقد باعه منه بالكيل أو الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير أن يعيد
الكيل
أو الوزن جاز قبضه، وهذا لا يطرد على أصل أبي يوسف لكونها يبيعا عنده ولو كانت
يبيعا لما
صح قبضه بلا كبل ووزن، كذا في البدائع. تظهر فائدة كونها يبيعا في حق غيرهما في
خمس

أيضا: الأولى لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة
لكونه يباع
جديدا في حقه كأنه اشتراه منه. والثانية إذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلا ثم
اطلع على
عيب كأن كان في يد البائع فأراد أن يرده على البائع ليس له ذلك لأنه يبيع في حقه
فكأنه
اشتراه من المشتري. والثالثة إذا اشترى شيئا وقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر
ثم
تقايلا وعاد إلى المشتري فاشتراه من قبل نقد ثمنه بأقل من الثمن الأول جاز وكان في
حتى
البائع كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني. والرابعة إذا كان المبيع موهوبا فباعه
الموهوب
له ثم تقايلا ليس للواهب أن يرجع في هبته لأن الموهوب له في حق الواهب بمنزلة
المشتري
من المشتري منه والخامسة إذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعدما حال عليها
الحول
فوجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده فإنه لا تسقط عنه الزكاة
لكونه يباع جديدا في حق الثالث وهو الفقير لأن الرد بالعيب بغير قضاء إقالة. وقوله يبيع
جديد في حق الثالث مجرى على إطلاقه. وقوله فسخ في حق المتعاقدين غير مجرى
على
إطلاقه لأنه إنما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد وهو ما يثبت بنفس العقد من
غير
شرط، وأما إذا لم يكن من موجبات العقد ويجب في شرط زائد فالإقالة فيه تعتبر يباع
جديدا
في حق المتعاقدين أيضا كما إذا اشترى بالدين المؤجل عينا قبل حلول الأجل ثم تقايلا
يعود
الدين حالا كأنه باعه منه. وفي الصغرى: ولو رده بعيب بقضاء كان فسخا من كل
وجه
فيعود الاجل كما كان، ولو كان بالدين كفيل لا تعود الكفالة في الوجهين اه. وكما إذا
تقايلا ثم ادعى رجل أن المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك لم تقبل شهادته لأنه هو
الذي باعه
ثم شهد أنه لغيره ولو كان فسخا لقبلت ألا ترى أن المشتري لو رد المبيع بعيب بقضاء
وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته لأنه بالفسخ عاد ملكه القديم

فلم يكن
متلقيا من جهة المشتري لكونه فسخا من كل وجه. وكذا لو باع عبدا بطعام بغير عينه
وقبض ثم
تقايلا لا يتعين الطعام المقبوض للرد كأنه باعه من البائع بطعام غير معين، وكذا لو قبض
أردا من الثمن الأول أو أجود منه يجب رد مثل المشروط في البيع الأول كأنه باعه من
البائع

بمثل الثمن الأول. وقال الفقيه أبو جعفر: يجب عليه رد مثل المقبوض لأنه لو وجب عليه

مثل المشروط للزم زيادة ضرر بسبب تبرعه، ولو كان فسحا بخيار رؤية أو شرط أو عيب

بقضاء رد المقبوض إجماعاً لأنه فسخ من كل وجه، كذا ذكر الشارح هنا. قوله: (وتصح بمثل الثمن الأول وشرط الأكثر أو الأقل بلا تعيب وجنس آخر لغو ولزومه الثمن الأول) وهذا عند أبي حنيفة لأن الفسخ يرد على عيب ما يرد عليه العقد فاشتراط

خلافه باطل ولا تبطل الإقالة كما قدمنا. قيد بقوله بلا تعيب إذ لو تعيب بعده جاز اشتراط

الأقل ويجعل الحظ بإزاء ما فات بالعيب ولا بد أن يكون النقصان بقدر حصة القات، ولا

يجوز أن ينقص من الثمن أكثر منه، كذا في فتح القدير. وفي البناية معزيا إلى تاج الشريعة:

هذا إذا كانت حصة العيب مقدار المحطوط أو زائداً أو نقصاً بقدر ما يتغابن الناس فيه اهـ.

وقيد بقوله وجنس آخر لأن الإقالة على جنس آخر غير الثمن الأول صحيح ويلغو المسمى

ويلزمه رد الأول، فقوله وجنس بالجر عطف على الأكثر أي وشرط جنس لا على تعيب.

وعند أبي يوسف ومحمد إذا شرط الأكثر كانت يبعاً لكونه الأصل فيها عند أبي يوسف،

ولتعذر الفسخ عند محمد. وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف تصح به بيعاً، وعند محمد

فسخ بالثمن الأول. ولو قال المصنف وتصح مع السكوت عن الثمن الأول لكان أولى فيعلم منه حكم التصريح به بالأولى ومع السكوت لا خلاف في وجوب الأول كما في البدائع. وأشار بقوله لزمه الثمن الأول إلى أن الاعتبار لما وقع العقد به لما تقدم ولذا قال في

فتح القدير: لو كان الثمن عشرة دنانير ودفع إليه الدراهم عوضاً عن الدنانير ثم تقايلا وقد

رخصت الدراهم رجع بالدنانير التي وقع العقد عليها لا بما دفع، وكذا لو رد بالعيب، وكذا

في الإجارة لو فسخت. ومن فروع الفسخ كالإقالة ما لو عقداً بدراهم ثم كسدت ثم

تقايلا

فإنه يرد تلك الدراهم الكاسدة، ولو عقدا بدراهم ثم جددا بدنانير وعلى القلب انفسخ الأول، وكذا لو عقدا بثمان مؤجل ثم جددا بحال أو على القلب أما لو جدداه بدراهم

أكثر

أو أقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه وقالوا: لو باع باثني عشر وحط عنه درهمين

ثم

عقدا بعشرة لا ينفسخ الأول لأنه مثله إذ الحط يلتحق بأصل العقد إلا في اليمين فيحنث

لو

كان حلف لا يشتريه باثني عشر. ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع بعه

لنفسك

فإن باعه جاز وانفسخ الأول، ولو قال بعه لي أو لم يزد على قوله بعه لي أو زاد قوله ممن شئت

لا يصح في الوجه لأنه توكيل. ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا يفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ إذا قبل، ولو قال البائع قبل القبض أعتقه فأعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف العتق باطل. وفي الفتاوي الصغرى:

جحود ما عدا النكاح فسخ وعليه ما فرع في الخانية وغيرها: باع أمة فأنكر المشتري الشراء لا

يحل للبائع وطؤها إلا إن عزم على ترك الخصومة فيحل حينئذ له وطؤها، وكذا وأنكر البائع

البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها، فإن ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بعد

بذلك حل له وطؤها. ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى في أيام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له، فإن رضي

البائع بها حل وطؤها. وكذا القصار والإسكاف، وكذا لو اشترى ما يتسارع إليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وغاب والمشتري وخاف البائع فساده فله بيعه من غيره استحساناً،

وللمشتري منه الانتفاع به وإن علم لرضا العاقدين بالفسخ ظاهراً ويتصدق البائع بما زاد على

الثمن، وإن نقص فعلى البائع. ولو اختلفا فادعى البائع الإقالة والمشتري أنه باعه منه بأقل

قبل النقد فالقول للمشتري في إنكارها ولو كان على العكس تحالفاً، كذا في فتح القدير.

وأشار أيضاً بقوله لزمه الثمن الأول إلا أنه لو كان الثمن الأول حالاً فأجله المشتري عند الإقالة فإن التأجيل يبطل وتصح الإقالة وإن تقايلاً ثم أجله فينبغي أن لا يصح الاجل عند أبي حنيفة فإن الشرط اللاحق بعد العقد يلتحق بأصل العقد عنده، كذا في القنية. وإلى أنه لو

أبرأ المشتري عن الثمن بعد قبض المبيع ثم تقايلاً لم تصح منها أيضاً وإلى أنه يلزم المشتري رد

المبيع. وفي القنية: اشترى ماله حمل ومؤنة ونقله إلى موضع آخر ثم تقايلاً فمؤنة الرد على

البائع اه.

قوله: (وهلاك المبيع يمنع) أي صحتها لما قدمنا أن من شرطها بقاء المبيع لأنها رفع

العقد وهو محله. قيد بالمبيع لأن هلاك الثمن لا يمنعها لكونه ليس بمحل لكونه يثبت بالعقد فكان حكما وهو يعقبه فلا يكون محلا لأن المحل شرط وهو سابق فتنافيا، ولذا بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض دون الثمن قوله: (وهلاك بعضه بقدره) أي هلاك بعض المبيع يمنعها بقدر الهالك لأن الجزء معتبر بالكل. وفي بيع المقايضة إذا هلك أحدهما صحت في الباقي منهما وعلى المشتري قيمة الهالك إن كان قيميا، ومثله إذا كان مثليا فيسلمه إلى صاحبه ويسترد العين إلا إذا هلكا بخلاف البدلين في الصرف إذا هلك لعدم التعيين ولذا لا يلزمهما إلا رد المثل بعدها. وفي السراج الوهاج: اشترى عبدا بنقرة فضة أو بمصوغ مما يتعين فتقايضا ثم هلك العبد في يد المشتري ثم تقايلا والفضة قائمة في يد البائع صحت وعلى البائع رد الفضة بعينها ويسترد من المشتري قيمة العبد، وفي البزازية: تقايلا فأبق العبد من يد المشتري وعجز عن تسليمه تبطل الإقالة اه. وأشار إلى أن البيع إذا هلك بعد الإقالة بطلت وعاد البيع. قيد بالهلاك لأنه لو باع صابونا رطبا ثم تقايلا بعدما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لأن كل المبيع باق، كذا في فتح القدير وأشار بعدم اشتراط بقاء جميع المبيع على حاله إلى أنه لو اشترى أرضا مع الزرع وحصده المشتري ثم تقايلا صحت في الأرض بحصتها من الثمن بخلاف ما إذا أدرك الزرع في يده ثم تقايلا فإنها لا تجوز لأن العقد إنما ورد على الفصيل دون الحنطة، كذا في القنية. وإلى أن الاعتبار لما دخل في البيع مقصودا فلو

اشترى أرضاً فيها أشجار فقطعها ثم تقايلاً صحت الإقالة بجميع الثمن ولا شيء للبائع من قيمة الأشجار وتسلم الأشجار للمشتري. هذا إذا علم البائع بقطعها، فإن لم يعلم به وقتها خير إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك.

وإن اشترى عبداً فقطعت يده وأخذ أرشها ثم تقايلاً صحت الإقالة ولزمه بجميع الثمن ولا شيء للبائع من أرش اليد إذا علم وقت الإقالة أنه قطعت يده أخذ أرشها، وإن لم يعلم يخير بين الأخذ بجميع الثمن وبين الترك، كذا في القنية. ورقم برقم آخر أن الأشجار لا تسلم للمشتري وللبائع أخذ قيمتها منه لأنها موجودة وقت البيع بخلاف الأرش فإنه لم يدخل في البيع أصلاً لا قصداً ولا ضمناً. ثم اعلم أنه لا يرد على اشتراط قيام المبيع لصحة الإقالة إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه لأنها صحيحة، سواء كان رأس المال عيناً أو ديناً، وسواء كان قائماً في يد المسلم إليه أو هالكا لأن المسلم إليه وإن كان ديناً حقيقة فله حكم العين حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه، وإذا صحت فإن كان رأس المال عيناً قائمة ردت، وإن كانت هالكة رد المثل إن كان مثلياً، والقيمة إن كان قيمياً، وإن كان ديناً رد مثله قائماً أو هالكا لعدم التعيين، وكذا إقالته بعد قبض المسلم إليه وإن كان قائماً ويرد رب السلم عين المقبوض لكونه متعيناً، كذا في البدائع والله سبحانه أعلم.

باب المرابحة والتولية

شروع فيما يتعلق بالثمن من المرابحة والتولية والربا والصرف والبيع بالنسيئة بعد بيان أحكام المبيع وقدم المبيع لأصلته. وكذا في البناية. وقد من أن أنواعه بالنسبة إلى الثمن أربعة

هما والمساومة لا التفات فيها إلى الثمن الأول، والرابع الوضيعة بأنقص من الأول، ولم يذكرهما لظهورهما، وهما جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة إلى هذا النوع من

البيع لأن الغبي الذي لا يهتدي إلى التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكي المهتدي ويطيب

نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما، ولذا كان مبناهما على الأمانة

والاحتراز عن شبهة الخيانة، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة ابتاع من أبي بكر رضي

الله عنه بعيرين فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ولني أحدهما. فقال: هو لك بغير شيء. فقال: أما بغير

ثمن فلا. قال السهيلي: سئل بعض العلماء لم لم يقبلها إلا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع إليه حين بنى بعائشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا تبني

بأهلك فقال: لولا الصداق فدفع إليه ثنتي عشرة أوقية وشيئا وهو عشرون درهما. فقال: لتكون هجرته بنفسه وماله رغبة منه في استكمال فضلها إلى الله، وأن تكون على أتم الأحوال. والمرابحة في اللغة كما في الصحاح يقال بعته المتاع واشتريته منه مرابحة إذا سميت

لكل قدر من الثمن ربحا اه. وأما التولية في اللغة فقال الشارحون: إنها مصدر ولي غيره إذا

جعله واليا. وفي القاموس: التولية في البيع نقل ما ملكه بالعقد الأول وبالثمن الأول من غير زيادة. وأما شرعا فقال.

(هي) أي التولية (بيع بثمن سابق والمرابحة به وبزيادة) وأورد عليه الغصب وهو ما إذا ضاع المغصوب عند الغاصب وضمنه قيمته ثم وجد له بيعه مرابحة وتولية على ما ضمن، وقد غفل الشارح الزيلعي فأورده على عبارة الهداية وهي نقل ما ملكه بالعقد الأول

بالثمن الأول مع ربح أو لا، وادعى أن عبارة المؤلف أحسن وليس كما زعم لأن مسألة الغصب كما ترد على الهداية باعتبار أنه لا عقد فيها كذلك ترد على الكنز باعتبار أنه لا ثمن



(177)

فيها. فإن أوجب بأن القيمة كالثمن فكذلك يقال إن الغصب ملحق بعقود المعاوضات، وقد

أجاب الشارحون عن الهداية بهذا قالوا: ولذا صح إقرار المأذون به لما كان إقراره بالمعاوضات

جائزا. وقد صرح في الفتاوى الكبرى بأنه يقال قام على بكذا ويرد على كلا التعريفين ما

ملكه بهبة أو إرث أو وصية إذا قومه فله المرابحة على القيمة إذا كان صادقا في التقويم مع أنه

لا ثمن ولا عقد ولم أر كيف يقول، وينبغي أن يقول قيمته كذا ويرد عليهما أيضا من اشترى

دراهم بدنانير لا يجوز بيع الدراهم مرابحة مع صدق التعريف عليهما، ويرد أيضا عليهما ما

فيه من الابهام لأن الثمن السابق إما أن يراد عينه أو مثله لا سبيل إلى الأول لأنه صار ملكا

للبائع الأول فلا يراد في الثاني، ولا إلى الثاني لأنه لا يخلوا إما أن يراد المثل جنسا أو مقدارا

والأول ليس بشرط لما في الايضاح والمحيط أنه إذا باع مرابحة فإن كان ما اشتراه به له مثل

جاز، سواء كان الربح من جنس رأس المال من الدراهم أو من الدنانير إذا كان معلوما يجوز

الشراء به لأن الكل ثمن، والثاني وهو المقدار يقتضي أن لا يضم أجرة القصار والصباغ ونحوهما لأنها ليست بثمان في العقد الأول. وإذا أريد المثل قدرا وادعى أن الأجرة من الثمن

الأول عادة كما فعله الشارحون ورد عليه أنها جائزة بعينه إذا كان قد وصل إلى المشتري

الثاني، وما أورده في فتح القدير من الشراء بثمان نسيئة فإن المرابحة لا تجوز على ذلك الثمن

ليس بوارد لأنها جائزة إذا بين أنه اشتراه نسيئة كما سيأتي آخر الباب. وقد وضعت لكل

منها تعريفا لا يرد عليه شيء إن شاء الله تعالى فقلت: التولية نقل ما ملكه بغير عقد الصلح

والهبة بشرط عوض بما يتعين بعين ما قام عليه أو بمثله أو برقمه أو بما قومه به في غير شراء القيمي أو بمثل ما اشترى به من لا تقبل شهادته له من أصوله وفروعه وأحد

الزوجين
أو مكاتبه أو عبده المأذون أو أحد المتفاوضين من الآخر أو بمثل ما اشترى به مضار به
أو رب
المال مع ضم حصة من الربح بزيادة ربح في المرابحة وبلا ربح في التولية. فخرج ما
ملكه
في الصلح لابتنائه على الحط والمساهلة بخلاف ما إذا اشتراه من مديونه بالدين وهو
يشتري
بذلك الدين فإنه يجوز كما في الظهيرية، وما ملكه بالهبة بشرط العوض أيضا كما في
الظهيرية.

وخرج بما يتعين ما لا يتعين كما قدمناه. وقلنا بعين ما قام عليه ولم نذكر العقد الأول ولا الثمن السابق ليدخل الغصب وما تكلفه على العين، وليخرج ما إذا اشترى دجاجة فباضت عنده عشر بياضات ولم ينفق عليها قدر البيض فإنه ليس له المرابحة على الثمن الأول

كما في النهاية. وقلنا بالعين أو بالمثل من غير اقتصار على أحدهما لجوازها على العين في

صورة قدمناها وعلى المثل فيما عداها، ويدخل في المثل مثل الثمن السابق إن كان البيع

صحيحاً وقيمه إن كان فاسداً، كذا في المحيط. وأو في التعريف ليست للابهام وإنما هي

للتنوع. وقلنا أو برقمه ليدخل ما إذا اشترى متاعاً ثم رقبه بأكثر من الثمن الأول ثم باعه

مرابحة على رقبه جاز، ولا يقول قام علي بكذا ولا قيمته ولا اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب، وإنما يقول رقبه كذا فأنا أرباح على كذا كما في النهاية. قلنا أو بما قومه به ليدخل ما ملكه يارث ونحوه كما قدمناه، وقيدنا بغير شراء القيمي لأنه إذا اشترى قيميا وقومه لم تجز المرابحة، والفرق بين القيمين أن في شراء القيمي له أصل يرجع إليه وهو الثمن

الأول واحتمل أن يكون ما قومه به أزيد في نفس الامر، والمرابحة مبنية على الاحتراز عن

شبهة الخيانة بخلاف ما إذا ملكه بغير بدل لعدم الثمن الأول يكون ما قومه به مخالفاً له

واحتمال الزيادة في تقويمه لا يعد خيانة لأنه من جهة المشتري. ولو كان بعض المبيع مشتري

والبعض غير مشتري فقال في الظهيرية: رجل اشترى من آخر ثوبا وبطانة وجعلهما جبة وجعل حشوها قطناً ورثه أو وهب له ثم حسب الثمن وأجر الخياط ثم قال لغيره قام علي

بكذا وباعه مرابحة على ذلك جاز، وكذا الرجل يرث الثوب فييسطه بالقز الذي اشتراه

وحسب أجر الخياط ثمن القز ثم قال لغيره قام علي بكذا باعه مرابحة على ذلك جاز،
كذا
في الظهيرية. وقلنا أن بمثل ما اشترى به من لا تقبل الشهادة له يعني لا بمثل ما اشتراه
هو
به فإذا اشترى شيئاً ممن لا تقبل شهادته له فإنه إنما يربح بما اشترى بئعه لا بما اشتراه
كما
ذكره الشارح، وكذا رب المال إذا اشترى من مضاربه لا يربح بما اشتراه وإنما يربح
بمثل ما
اشترى المضارب مع ضم حصة المضارب فقط لأنها كما سيأتي مبنية على الأمانة
والاحتراز عن
شبهة الخيانة ولذا قال في الظهيرية: إن من اشترى شيئاً وعلم أن فيه غبناً لا يجوز له
المرابحة
والتولية حتى يبينه والله تعالى أعلم. وهذا التقرير إن شاء الله تعالى من خواص هذا
الشرح
بحول الله وقوته.
قوله وشرطهما كون الثمن الأول مثلياً لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة
وهي مجهولة، والمثلي الكيلي والوزني والمعدود المتقارب وعبرة المجمع أولى وهي:
ولا يصح
ذلك حتى يكون العوض مثلياً أو مملوكاً للمشتري والربح مثلي معلوم اه. ولكن لا بد
من
التقييد بالمعين للاحتراز عن الصرف فإنه لا يجوز أن يفهم، وتقييد الربح بالمثلي اتفاهي
لجواز
أن يربح على عيب قيمته مشار إليها ولذا قال في فتح القدير: أو يربح هذا الثوب. وقيد
الربح بكونه معلوماً للاحتراز عما إذا باعه يربح ده يارده لا يجوز له لأنه باعه برأس
المال
وبعض قيمته لأنه ليس من ذوات الأمثال، كذا في الهداية. ومعنى قوله ده يارده أي
يربح
مقدار درهم على عشرة دراهم، فإن كان الثمن الأول 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 الثمن وعشر الشيء يكون من جنسه كذا في النهاية يعني فإذا كان
رأس المال قيمياً مملوكاً للمشتري لا يجوز لجهالة الربح، وأما إذا كان الربح شيئاً

مشارا إليه
مجهول المقدار فإنه يجوز. فقوله والربح مثلي معلوم شرط في القيمي المملوك
للمشتري كما
لا يخفي. وفي البناءة: ولفظة ده بفتح الدال وسكون الهاء اسم للعشرة بالفارسية ويزد
باليا آخر الحروف وسكون الزاي اسم أحد عشر بالفارسية اه. ومن مسائل ده يازده ما
في
المحيط: اشترى ثوبا بعشرة وباعه بوضيعة ده يازده على ثمنه فالثمن تسعة دراهم وجزء
من

أحد عشر جزءاً من درهم، والوضيعة عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم واحد ومعرفته اجعل كل درهم على أحد عشر جزءاً فيصير العشرة مائة وعشرة أجزاء من أحد عشر

جزءاً ثم اطرح من كل سهم جزءاً فيكون المطروح عشرة بقي مائة جزر وعشرة أجزاء من أحد عشر أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، وإن باعه بوضيعة ده يازده فالثمن ثمانية دراهم

وثلاث دراهم والوضيعة درهم وثلثا درهم وتخريجه على نحو ما مر. وإن باعه بوضيعة عشرة

فاجعل كل درهم على عشرة أجزاء ثم اطرح جزءاً من كل درهم فيكون المطروح عشرة أجزاء

يبقى تسعون جأى فيكون تسعة دراهم، وعلى هذا القياس إن باعه بوضيعة تسع أو ثمان اه.

وفي فتح القدير: اشترى عبدا بعشرة على خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما

نقد والربح من نقد البلد إذا أطلقه لأن الثمن الأول يتعين في العقد الثاني والربح مطلق فينصرف إلى نقد فإن نسب الربح إلى رأس المال فقال بعتك بربح العشرة أحد عشر أو بربح دهيازه فالربح من جنس الثمن لأنه عرفه بنسبته إليه. وفي المحيط: اشترى بنقد نيسابور

وقال ببلخ قام علي بكذا وباعه بربح مائة أو بربح ده يازده فالربح ورأس المال على نقد بلخ

إلا أن يصدقه المشتري أنه نقد نيسابور أو تقوم بينة، وإذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة

دون نقد بلخ ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور، وإن كان على عكسه واشتراه ببلخ

بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك. واعلم أن

المعتبر في المرابحة ما وقع العقد الأول عليه دون ما وقع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة

فدفع عنها دينارا أو ثوبا قيمته عشرة أو أقل أو أكثر فإن رأس المال هو العشرة لا الدينار

والثوب لأن وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال اه. ما في فتح القدير. ويرد عليه ما في

الظهيرية: لو اشترى بالحياد ونقد الزيوف قال أبو حنيفة: يرابح بالزيوف. وقال أبو

يوسف:
يرابح بالجياد. فقلوله والجياد إنما هو على قول أبي يوسف ولكن جزم في المحيط من
غير
خلاف بأنه يرابح بالجياد. وأشار بالثمن أي جميعه إلى بيع جميع المبيع فلو اشترى
ثوبين
وقبضهما ثم ولى رجلا أحدهما بعينه لم يجز، وكذا لو أشركه في أحدهما بعينه لم
يجز، ولو كان
المشتري قبض أحد الثوبين من البائع ثم أشرك رجلا فيهما جازت الشركة في نصف

المقبوض، وكذا لو ولاهما رجلا جازت التولية في المقبوض. ولو اشترى جاريتين بألف درهم وقبضهما وبق أحدهما ثم ولاهما رجلا فالمولى بالخيار إن شاء أخذ التي لم تبع بحصتها وإن شاء ترك إذا لم يعلم ببيع أحدهما، وكذلك لو أشرك فيهما جازت الشركة في نصف التي لم تبع وإن لم يبع أحدهما ولكنه أعتق أحدهما أو ماتت ثم ولاهما رجلا أو أشركه فيهما جاز في الأمة والحية ومنهما، كذا في الظهيرية. وفي السراج الوهاج: لو كان مثليا فراح على بعضه جاز كقفيز من قفيزين لعدم التفاوت بخلاف القيمي وتما تفريعه في شرح المجموع.

وفي المحيط: وإن كان ثوبا ونحوه لا يبيع جزءا منه معينا لأن الثمن ينقسم عليه باعتبار القيمة وإن باع جزى شائعا جاز وقيل يفسد البيع.

قوله: (وله أن يضم إلى رأس المال أجر القصار والصبغ والطرز والقتل وحمل الطعام وسوق الغنم) لأن العرف جاز بالحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار ولأن كل ما يزيد في المبيع أو قيمته يلحق به. هذا هو الأصل وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان. والطرز بكسر الطاء وتخفيف الراء العلم في الثوب، كذا في المغرب. والقتل هو ما يصنع بأطراف الثياب بحرير أو كتان من فتلت الحبل أفتله. أطلق الصبغ فشمّل الأسود وغيره كما أطلق حمل الطعام فشمّل البر والبحر، وقيد بالأجرة لأنه لو فعل شيئا من ذلك بيده لا يضمه، وكذا لو تطوع متطوع بهذه أو بإعارة، ودل كلامه على أنه يضم أجرة الغسل والخياطة ونفقة تخصيص الدار وطى البئر وكراء الأنهار والقناة والمسناة والكراب وكسج الكروم وسقيها والزرع وغرس الأشجار. وفي المحيط: وغيره يضم طعام المبيع إلا ما كان سرفا وزيادة فلا يضم وكسوته وكراءه وأجرة المخزن الذي يوضع فيه، وأما أجرة السمسار والدلال فقال الشارح: إن كانت

مشروطة في العقد تضم وإلا فأكثرهم على عدم الضم في الأول ولا تضم أجره الدلال
بالاجماع اهـ. وهو تسامح فإن أجره الأول تضم في ظاهر الرواية والتفصيل المذكور
قوية

وفي الدلال قيل لا تضم والمرجع العرف، كذا في فتح القدير. وإذا حدثت زيادة من المبيع كاللبن والسمن وقد أنفق عليه في العلف واستهلك الزيادة فإنه يحسب ما أنفقه بقدر ما استهلكه ويرابح وإلا فلا يربح بلا بيان وإذا ولدت المبيعة رابح عليهما ويتبعها ولدها وكذا لو أثمر النخيل فإن استهلك الزائد لم يربح بلا بيان كما في الظهيرية بخلاف ما إذا أجزر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ أجرته فإنه يربح مع ضم ما أنفق عليه لأن الغلة ليست متولدة من العين، كذا في فتح القدير قوله: (ويقول قام على بكذا) ولا يقول اشتريته لأنه كذب وهو حرام ولذا قدمنا أنه إذا قوم الموروث ونحوه يقول ذلك وكذا إذا رقم على الثوب شيئاً وباعه برقمه فإنه يقول رقمه كذا، وسواء كان ما رقمه موافقا لما اشتراه به أو أزيد حيث كان صادقا في الرقم كما في فتح القدير قوله: (ولا يضم أجره الراعي والتعليم وكراء بيت الحفظ) لعدم العرف بإلحاقه. أطلق في التعليم فشمّل تعليم العبد صناعة أو قرآنا أو علما أو شعرا أو غناء أو عربية قالوا: لأن ثبوت الزيادة لمعنى في العبد وهو حذاقته فلم يكن ما أنفقه على المعلم موجبا للزيادة في المالية، ولا يخفي ما فيه إلا شك في حصول الزيادة بالتعلم ولا شك أنه مسبب عن التعليم عادة، وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا يمنع نسبته إلى التعليم فهو شرط علة عادية والقابلية شرط، وفي المبسوط: أضاف نفي ضم المنفق في التعليم إلى أنه ليس فيه عرف ظاهر حتى لو كان فيه عرف ظاهر يلحق برأس المال، كذا في فتح القدير. وأشار المؤلف إلى أنه لا يضم أجره الطبيب والرائض والبيطار والفداء في الجناية وجعل الآبق لندرته فلا يلحق بالسابق لأنه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم

العرف، وكذا لا يضم نفقة نفسه وكراهه ولا مهر العبد ولا يحط مهر الأمة لزوجها،
والذي

يؤخذ في الطريق من الظلم لا يضم إلا في موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم.
قوله: (فإن خان في مرابحة أخذ بكل ثمنه أو رده وحط في التولية) وهذا عند أبي
حنيفة. وقال أبو يوسف: يحط فيهما. وقال محمد: يخير فيهما. لمحمد أن الاعتبار
للتسمية

لكونه معلوما والتولية والمرابحة تزويج وترغيب فتكون وصفا مرغوبا فيه كوصف
السلامة

فيتخير لفواته. ولأبي يوسف أن الأصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك
بالثمن الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان معلوما فلا بد من البناء على
الأول

وذلك بالحط غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال، وفي المرابحة منه
ومن

الربح. ولأبي حنيفة أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول
فتغير

التصرف فتعين الحط، وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وإن كان يتفاوت الربح
فلا يتغير

التصرف فأمكن القول بالتخيير. ولم يذكر لمصنف والشارح بما تظهر الخيانة قال في فتح

القدر: هي إما بإقرار البائع أو بالبينة أو بنكوله عن اليمين وقد ادعاه المشتري هذا على المختار، وقيل لا تثبت إلا بإقراره لأنه في دعوى الخيانة مناقض فلا يتصور بينة ولا نكول

والحق سماعها كدعوى العيب وكدعوى الحط فإنها تسمع اه. وقوله وحط أي أسقط قدر

الخيانة من المسمى. وفي السراج الوهاج: وصورة الخيانة في التولية إذا اشترى ثوبا بتسعة

وقبضه ثم قال لآخر اشتريته بعشرة ووليتك بما اشتريته فاطلع على ذلك. وبيان الحط في

المرابحة على قول أبي يوسف إذا اشتراه بعشرة وباعه بربح خمسة ثم ظهر أنه اشتراه بثمانية فإنه

يحط قدر الخيانة من الأصل وهو الخمس وهو درهمان وما قابله من الربح وهو درهم فيأخذ

الثوب بإثني عشر درهما اه. وقد منا أنه إذا اشترى متاعا ورقمه بأكثر من ثمنه وباعه مرابحة

على الرقم فإنه يجوز. وقيده 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، كذا في

المحيط. وأشار بعدم الحط في التولية إلى أن المشتري إذا وجد بالمبيع عيبا ثم حدث به عيب

عنده لا يرجع بنقصان العيب لأنه لو رجع يصير الثمن الثاني أنقص من الأول، وقضية التولية أن يكون مثل الأول وهذا مستثنى من قولهم في خيار العيب، وبقوله رده إلى

اشتراط قيام المبيع بحاله فلو هلك قبل رده أو حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع المسمى وسقط

خياره عند أبي حنيفة، وهو المشهور من قول محمد لأنه مجرد خيار فلا يقابله شيء من الثمن

كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لأن المستحق فيه المشتري الجزء الفائت وظاهر

كلامهم أن خيار ظهور الخيانة لا يورث فإذا مات المشتري فأطلع الوارث على خيانة

بالطريق السابق فلا خيار له. وأطلق الحط في التولية فشمّل حالة هلاك المبيع وامتناع رده لأنه لا خيار له وإنما يلزمه الثمن الأول. وفي المحيط: وإن ضم إلى الثمن ما لا يجوز ضمه ثم علم به المشتري فله الخيار اه.

قوله: (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فإن باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله وإن أحاط بثمنه لم يربح) وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا: يبيعه مرابحة على الثمن الأخير وصورته إذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة، ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا. وعندهما يربح على عشرة في الفصلين. لهما أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث. ولأبي حنيفة أن شبهة

حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب
والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح
لشبهة
الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما إذا تخلل
ثالث. وفي
المحيط: ما قاله أبو حنيفة أوثق وما قاله أرفق اه. ومحل الاختلاف عند عدم البيان،
أما إذا
بين فقال كنت بعته فربحت فيه كذا ثم اشتريته بكذا وأنا أبيعه الآن بكذا بربح كذا
جاز
اتفاقا، كذا في فتح القدير. وقيل بالشراء لأنه لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه
بعشرة
فإنه يربح على العشرة وإن كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس
بمال،
ولا تثبت هذه الوكادة إلا في عقد يجري فيه الربا، كذا في فتح القدير. وقيدنا بيعه
بجنس
الثلث الأول لأنه لو باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه
مرابحة
على عشرة لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الأول ولا يمكن طرحه إلا باعتبار
القيمة
وتعيينها لا تخلو عن شبهة الغلط، كذا في فتح القدير. وقيد بقوله لم يربح لأنه يصح
مساومة لأن منع المرابحة إنما هي للشبهة في حق العباد لا في حق الشرع وتمامه في
البنائية.
وقيد بالربح في البيع لأنه لو اجر المبيع وأخذ أجرته من غير نقص دخل فيه فله البيع
مرابحة
من غير بيان لأن الأجرة ليست من نفس المبيع ولا من أجزائه فلم يكن حابسا لي منه،
وكذا
لو وطئ الجارية الثيب، كذا في السراج الوهاج. وقوله ثوبا مثال ولو قال شيئا لكان
أولى
لأن المثلي والقيمي سواء هنا. ثم اعلم أن ظاهر دليل الإمام يقتضي أنه لا يجوز أن
يشترى
بالثلث الأخير سواء باعه مرابحة أو تولية، والمتون كلها مقيدة بالمرابحة وظاهرها جواز
التولية

على الأخير، والظاهر الأول كما لا يخفي. وقيد بالربح لأن بائعه لو حط عنه شيئاً فإن
كان
بعض الثمن طرحه كالربح، وإن كان كل الثمن باعه مرابحة على ما اشترى لالتحاق
حط
البعض بالعقد دون حط الكل لئلا يكون بيعاً بلا ثمن فصار تمليكا مبتدأ كالهبة، كذا
في
المحيط وسيأتي أن الزيادة تلتحق فیرابح على الأصل والزيادة. وفي المحيط: اشترى
شيئاً ثم
خرج عن ملكه ثم عاد إن عاد قديم ملكه كالرجوع في الهبة أو بخيار رؤية أو شرط أو
عيب
أو إقالة أو في البيع الفاسد يبيع مرابحة بما اشترى لأن بهذه الأسباب يفسخ العقد من
الأصل وصار كأنه لم يكن، وإن عاد بسبب آخر نحو الإرث والهبة لا يبيع مرابحة لأنه
عاد
إليه بسبب جديد، وهذا السبب لا يطلق له بي المرابحة بخلاف ما لو رد عليه بغير
قضال فإنه

يعتبر بيعا جديدا في حق الثالث فكأنه اشترى ثانيا بعشرة بعد أن باعه بعشرة وهذا يطلق له

المرابحة اه.

قوله: (ولو اشترى مأذون مديون ثوبا بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس) وهو ما إذا كان المولى اشتراه فباعه من العبد لأن في هذا ما العقد شبهة

العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للأول فيصير كأن العبد

اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول، وتقييده بالمديون اتفاقي ليعلم حكم غيره بالأولى لوجود ملك المولى في أكسابه جميعا،

والمكاتب كالمأذون لوجود التهمة بل كل من لا تقبل شهادته له كالأصول والفروع وأحد

الزوجين وأحد المتفاوضين كذلك كما قدمناه، وخالفاه فيما عد العبد والمكاتب. وفي فتح

القدر: لو اشترى من شريكه سلعة إن كانت ليست من شركتهما يرابح على ما اشترى ولا

يبين، وإن كانت من شركتهما فإنما يبيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثاني، ونصيب

نفسه على ضمانه في الشراء الأول لجواز أن تكون السلعة اشترت بألف من شركتهما فاشتراها أحدهما من صاحبه بألف ومائتين فإنه يبيعه مرابحة على ألف ومائة لأن نصيب

شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الأول خمس مائة فيبيعه على ذلك اه. ولو

قال المصنف إلا أن يبين لكان أولى لأنه لو بين ورابح على الأول جاز كما في البناية قوله:

(ولو كان مضاربا بالنصف يبيعه رب المال باثني عشر ونصف) لأن هذا البيع وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر مع أنه يشتري ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية

التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى أنه وكيل عنه في البيع

الأول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح. ولم يذكر المصنف والشارح ما

إذا كان البائع رب المال والمشتري المضارب وقد سوى بينهما في السراج الوهاج
فقال: ولو
اشترى من مضاربه أو مضاربه منه فإنه يبيعه مرابحة على أقل الضمانين وحصه
المضارب من
الربح لكن لو قال وحصه الآخر لكان أولى ليشمل رب المال ولكن قال بعده لو اشترى
من
رب المال سلعة بألف تساوي ألفا وخمسائة فباعها من المضارب بألف وخمسائة
فإن المضارب
يبيعه مرابحة على ألف ومائتين وخمسين إلا أن يبين اه. وذكر المصنف في كتاب
المضاربة تبعا

لما في الهداية وإن اشترى من المالك بألف عبدا اشتراه بنصفه رابح بنصفه. وعلة في الهداية

من المضاربة بأن هذا البيع يقضي بجواز لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وإن كان بيع ملكه

بملكه إلا أن فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل

التمنين اه. وهذا لا يخالف مسألة الكتاب هنا لأنها فيما إذا كان البائع المضارب من رب

المال، وفي المضاربة فيما إذا كان رب المال هو البائع من المضارب ولكن يحتاج إلى الفرق

و كأنه إنما لم يضم المضارب نصيب رب المال لما في البناية أن العقدين وقعا لرب المال ولم يقع

للمضارب منه إلا قدر مائة فوجب اعتبار هذه المائة، وفيما يقع لرب المال لم يعتبر الربح

لاحتمال بطلان العقد الثاني اه. ومن العجب قول الشارح الزيلعي في المضاربة في شرح

قوله وإن اشترى من المالك إلى آخره ولو كان بالعكس بأن اشترى المضارب عبدا بخمسائة

فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة على خمسمائة لأن البيع الجاري بينهما كالمعدوم فتبنى

المرباح على ما اشتراه به المضارب كأنه اشتراه له وناوله إياه من غير بيع اه. وهو سهو لمخالفته الرواية في باب المرابحة وكتاب المضاربة. وقد صرح في الهداية في

الموضوعين بضم حصة المضارب إلى رأس المال وهو تناقض منه أيضا لموافقته على ذلك وتصريحه

بالضم في بابها ولم أر له سلفا ولا من نبه على ذلك في الموضوعين وقد كنت قديما في ابتداء

اشتغالي حملت كلام الزيلعي في المضاربة على أنه اشترى ببعض رأس المال وكلامهم في باب

المرابحة على أما إذا اشترى المضارب بالجميع لتصريحه في المبسوط بأن الربح لا يظهر إلا بعد

تحصيل

(187)

رأس المال اه. فإذا كان رأس المال ألفاً واشترى بنصفها عبداً وباعه بألف لم يظهر الربح لعدم الزيادة على رأس المال لاحتمال هلاك الخمسمائة الباقية فإذا لم يظهر الربح فلا شيء للمضارب حتى يضم، وأما إذا اشترى بالألف وباعه بألف وخمسمائة فقط ظهر الربح فتضم حصة المضارب إلى المال، وهذا التقرير إن شاء الله تعالى من خواص هذا الشرع بحوله وقوته.

قوله: (ويرابح بلا بيان بالتعيب ووطئ الثيب) لأنه لم يحبس عنده شيء بمقابلة الثمن، لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن،

وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن. وأطلق في قوله بلا بيان ومراده بلا بيان أنه اشتراه سليما فتعيب عنده، أما بيان نفس العيب القائم به فلا بد منه لئلا يكون غاشا له للحديث

الصحيح من غش فليس منا وفي الخلاصة قبيل الصرف: رجل أراد أن يبيع سلعة معيبة وهو يعلم يجب أن يبينها ولو لم يبين قال بعض مشايخنا: يصير فاسقا مردود الشهادة. قال

الصدر الشهيد: ولا نأخذ به اه. وأطلق في وطئ الثيب ومراده ما إذا لم ينقصها الوطئ، أما

إذا نقصها فهو كوطئ البكر. والتعيب مصدر تعيب أي صار معيبا بلا صنع أحد بآفة سماوية

ويحلق به ما إذا كان بصنع المبيع. وشمل ما إذا كان نقصان العيب يسيرا أو كثيرا. وعن

محمد إنه إن نقصه قدرا لا يتغابن الناس فيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان. ودل كلامه أنه لو نقص

بتغير السعر بأمر الله تعالى لا يجب عليه أن يبين بالأولى أنه اشتراه في حال غلائه، وكذا لو

اصفر الثوب أو احمر لطول مكثه أو توسخ. وأورد على قولهم الفئت وصف لا يقابله بشئ

من الثمن ما إذا اشتراه بأجل فإن الاجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان. وأجيب بإعطاء الاجل جزء من الثمن عادة فكان كالجزء. وأورد على قولهم منافع البضع لا

يقابلها شئ من الثمن ما إذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا امتنع ردها وإن كانت ثيبا

وقت الشراء لاحتباسه جزءا من المبيع عنده. وأجيب إن عدم الرد إنما هو لمانع وهو أنه إذا

ردها فلا يخلو اما مع العقر احترازا عن الوطأ مجابا أم من غير عقر لا وجه إلى الأول لعود

الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ، ولا إلى الثاني لسلامة الوطئ له بلا عوض وهو لا يجوز

فأورد الواهب إذا رجع في هبته بعد وطئ الموهوب له حيث يصح ولا شئ على الواطئ لسلامتها كلها بلا عوض له فالوطئ أولى بخلاف البيع.

قوله: (وبيان بالتعيب ووطئ البكر) أي يرابح مع البيان إذا عيبه المشتري أو غيره لأنها صارت مقصودة بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن، وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن لعذرة جزء من العين فيقابلها شيء من الثمن وقد حبسها. وشمل ما إذا تكسر الثوب بنشره وطيء،

ودخل تحت الأول ما إذا أصاب الثوب قرص فأر أو حرق نار. والقرص بالقاف والفاء والتعيب مصدر عيبه إذا أحدث فيه عيبا. وأطلقنا في تعيب غير المشتري فشمّل ما إذا أخذ

المشتري الأرض أو لا، وما إذا كان بأمر المشتري أو بغير أمره، وما وقع في الهداية من

التقييد بقوله وأخذ المشتري أرشه اتفاهي للوجوب كما في فتح القدير. ثم اعلم أن زفر قال:

لا يرابح إلا بالبيان في المسألتين. واختار الفقيه أبو الليث فقال: وقول زفر أجود وبه نأخذ.

ورجحه في فتح القدير. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى بالمسألة الأولى إلى أنه إذا وجد بالمبيع

عيبا فرضي به كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الذي اشتراه به لأن الثابت له خيار، فإسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار شرط أو رؤية، وكذا لو اشتراه مرابحة فاطلع على خيانة فرضي به كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به لما ذكرنا أن الثابت

له مجرد خيار، كذا في فتح القدير قوله: (ولو اشترى بألف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين

خير المشتري) لأن للأجل شبةا بالمبيع ألا ترى أنه يزداد في الثمن لأجل الاجل والشبهة في

هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمانهما والاقدام على

المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة، فإذا ظهرت يخير كما في العيب. والحاصل أن

عدم بيان أصل الاجل خيانة، وكذا بيان بعضه وإخفاء البعض، ولو فرع على قول الثاني ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا يزداد لأجل الاجل. قيد بكون الاجل مشروطا وقت العقد لأنه لو لم يكن مشروط ولكنه معتاد التنجيم فليل لا بد من بيانه لأن

المعروف كالمشروط، وقيل لا لأن الثمن حال بالعقد كما لو باعه حالا ومطله إلى شهر فإنه



يرابح بالثمن، وينبغي ترجيح الأول لأنها مبنية على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة، وعلى

كل من القولين لو لم يكن مشروطا ولا معروفا وإنما أجله بعد العقد لا يلزمه بيانه. وفي الخانية: رجل عليه ألف درهم من ثمن مبيع طالبه الطالب فقال ليس عندي شيء فقال له الطالب اذهب وأعطني كل شهر عشرة لم يكن تأجيلا وكان له أن يأخذه بجميع المال حالا اه

قوله: (فإن أتلف فعلم لزم بألف درهم ومائة) أي إن أتلفه المشتري حالا ثم علم بالأجل لزمه

بكل الثمن حالا لأن الاجل لا يقابله شيء من الثمن، كذا في الهداية. وأورد عليه أنه تناقض لأنه قال عند قيام المبيع أن الثمن يزداد بالأجل وعند هلاكه قال إنه لا يقابله شيء.

وجوابه أن الاجل في نفسه ليس بمال فلا يقابله شيء حقيقة إذا لم يشترط زيادة الثمن بمقابلته قصدا ويزاد في الثمن لأجله إذا ذكر الاجل بمقابلة زيادة الثمن قصدا فاعتبر مالا في

المرابحة احترازا عن شبهة الخيانة وليعتبر مالا في حق الرجوع عملا بالحقيقة. والمراد بالاتلاف هلاك المبيع إما بآفة سماوية أو باستهلاك المشتري، ولو عبر بالتلف لكان أولى ليفهم

الاتلاف بالأولى قوله: (وكذا التولية) أي هن مثل المرابحة فيما ذكرناه من الخيار عند قيام

المبيع، وعدم الرجوع حال هلاكه لابتنائهما على الثمن الأول وينبغي أن يعود قوله وكذا التولية

إلى جميع ما ذكره للمرابحة فلا بد من البيان في التولية أيضا في التعيب ووطئ البكر وبدونه

في التعيب ووطئ الثيب. وعن أبي يوسف أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما إذا

استوفي الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق. وقيل: يقوم بثمن حال ومؤجل فيرجع بفضل ما بينهما، كذا في الهداية. وقال الفقيه أبو جعفر: المختار للفتوى الرجوع بفضل ما

بينهما قوله: (ولو ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد) أي البيع

لجهالة الثمن وكذا لو ولاه بما اشتراه والمرابحة فيهما كالتولية.

قوله: (ولو علم في المجلس خيرا) أي بين أخذه وتركه لأن الفساد لم يتقرر فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس. قيد

بالمجلس
لأنه بعد الافتراق عنه يتقرر الفساد فلا يقبل الاصلاح، ونظيره بيع الشئ برقمه إذا علم
في
المجلس وإنما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله لعدم لعلم فيتخير كما في خيار الرؤية.
وظاهر
كلام المصنف وغيره أن هذا العقد ينعقد فاسدا بعرضية الصحة وهو الصحيح خلافا
للمروي
عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد، كذا في فتح القدير. وينبغي أن تظهر ثمرة
الاختلاف في حرمة مباشرته فعل الصحيح يحرم وعلى الضعيف لا والله سبحانه وتعالى
أعلم.
وقد ذكر الشارح هنا خيار الغبن فتتبعه فأقول: معنى الغبن في اللغة قال في الصحاح:
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 والغبينة اسم منه اه. وفي القنية: من اشترى شيئاً وغبن فيه غبنا فاحشاً فله أن يرده على البائع بحكم الغبن وفيه روايتان، ويفتى

بالرد وفقاً للناس. ثم رقم لآخر: وقع البيع بغبين فاحش ذكر الجصاص وهو أبو بكر الرازي

في واقعاته أن للمشتري أن يرد وللبائع أن يسترد، وهو اختيار أبي بكر الزرنجري والقاضي

الجلال، وأكثر روايات كتاب المضاربة الرد بالغبن الفاحش وبه يفتى. ثم رقم لآخر: ليس له

الرد والاسترداد وهو جواب ظاهر الرواية وبه أفتى بعضهم. ثم رقم لآخر: إن عر المشتري

البائع فله أن يسترد، وكذا إن غر البائع المشتري له أن يرد، ثم رقم لآخر: قال البائع للمشتري قيمته كذا فاشتراه ثم ظهر أنها أقل فله الرد وإن لم يقل فلا، وبه أفتى صدر الإسلام. ثم رقم لآخر: ولو لم يغر البائع ولكن غره الدلال فله الرد، ولو اشترى فيلق الإبريسم خارج البلد ممن لم يكن عالماً بسعر البلد بغبين فاحش فللبائع أن يرجع على المشتري

بالفيلق مثله في حق المشتري. قال لغزال لا معرفة لي بالغزل فأتني بغزل اشتره فأتني رجل

بغزل لهذا الغزال ولم يعلبه المشتري فجعل نفسه دلالة بينهما واشترى ذلك الغزل له بأزيد

من ثمن المثل وصرف المشتري بعضه إلى حاجته، ثم علم بالغبن وبما صنع فله أن يرد الباقي

بحصته من الثمن. قال رضي الله تعالى عنه: والصواب أن يرد الباقي ومثل ما صرف إلى حاجته وليسترد جميع الثمن كمن اشترى بيتاً مملوءاً من بر فإذا فيه دكان عظيم فله الرد وأخذ

جميع الثمن قبل إنفاق شيء من عينه وبعده يرد الباقي ومثل ما أنفق ويسترد الثمن، كذا ذكره

أبو يوسف ومحمد اه. فقد تحرر أن المذهب عدم الرد بغبين فاحش ولكن بعض مشايخنا أفتى

بالرد به. وفي خزانة الفتاوي: خدع بغبين فاحش فالمذهب ليس له الرد، وقال أبو بكر الزرنجري: يفتى بالرد اه. وبعضهم أفتى به إن غره الآخر، وبعضهم أفتى بظاهر الرواية من



(۱۹۲)

عدم الرد مطلقا. وفي الصيرفية: اختار عماد الدين الرد بالغبن الفاحش إذا لم يعلم به المشتري. وكذا في واقعات الجصاص وعليه أكثر روايات المضاربة وبه يفتى، واختاره النسفي

وأبو اليسر البزدوي. وقال الإمام جمال الدين جدي: إن غره فله الرد وإلا فلا. والصحيح

أن ما يدخل تحت تقويم المقومين فيسير وما لا ففاحش اه. وكما يكون المشتري مغبونا

مغرورا يكون البائع كذلك كما في فتاوي قارئ الهداية.

فصل

في بيان التصرف في المبيع والتمن قبل قبضه والزيادة والحط فيهما وتأجيل الديون قوله: (صح بيع العقار قبل قبضه) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا

يجوز

لاطلاق الحديث وهو النهي عن بيع ما لم يقبض، وقياسا على المنقول وعلى الإجارة. ولهما

أن ركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر فيه لأن الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول، والغرر المنهي غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والإجارة،

قيل على هذا الاختلاف. ولو سلم فالمعقود عليه في الإجارة المنافع وهلاكها غير نادر وهو

الصحيح، كذا في الفوائد الظهيرية. وعليه الفتوى كذا في الكافي، وفي الخانية: لو اشترى

أرضا فيها زرع بقل ودفعها إلى البائع معاملة بالنصف قبل القبض لا يجوز لأنه آجر الأرض،

فإن دفع الأرض معاملة يكون استئجار للعامل ولا يكون إجارة، وإنما لا يجوز لكونه باع

نصف الزرع قبل القبض. أطلقه وهو مقيد بما إذا كان لا يخشى إهلاكه، أما في موضع لا

يؤمن عليه ذلك فلا يجوز بيعه كالمنقول، ذكره المحبوبي. وفي الاختيار: حتى لو كان على شط

البحر أو كان المبيع علو ألا يجوز بيعه قبل القبض وفي البناء إذا كان في موضع لا يأمن أن يصير بحرا أو تغلب عليه الرمال لم يجوز. وإنما عبر بالصحة دون النفاذ أو

اللزوم

لأن النفاذ واللزوم موقوفان على نقد الثمن أو رضا البائع وإلا فللبائع إبطاله، وكذا كل تصرف يقبل النقص إذا فعله المشتري قبل القبض أو بعده بغير إذن البائع فللبائع إبطاله بخلاف ما لا يقبل النقص كالعقود والتدبير والاستيلاء كما قدمناه. قيد بالبيع لأنه لو اشترى

عقارا فوهبه قبل القبض من غير البائع يجوز عند الكل، كذا في الخانية. قوله: (لا يبيع المنقول) أي لا يصح لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض ولأن فيه غرر

انفساخ العقد على اعتبار الهلاك. قيد بالبيع لأن هبته والتصدق به وإقراضه من غير البائع جائز عند محمد وهو الأصح خلافا لأبي يوسف وإما كتابة العبد المبيع قبل القبض موقوفة

وللبائع حبسه بالثمن وإن نقده نفذت، كذا ذكر الشارح ولا خصوصية لها بل كل عقد يقبل النقص فهو موقوف كما قدمناه. وأما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فجائز لأن الغرر لا

يمنع جوازه بدليل صحة تزويج الآبق. وأما الوصية به قبل القبض فصحيحة اتفاقا لأنها أخت الميراث، ولو زوجها قبل القبض ثم فسخ البيع انفسخ النكاح على قول أبي يوسف وهو

المختار كما في الولوالجية. وأطلق البيع فشمّل الإجارة لأنها بيع المنافع والصلح لأنه بيع

قالوا: ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز إجارته، ولا يجوز بيع الأجرة العين قبل القبض

لأنها بمنزلة المبيع. وأراد بالمنقول المبيع المنقول فجاز بيع غيره كالمهر وبدل الخلع والعقود على

مال وبدل الصلح على دم العمد، والأصل كما في الايضاح أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ

بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز وما لا فحائز. وأطلق في منع البيع فشمّل ما إذا

باعه من بائعه قبل القبض لم يصح ولا ينتقض البيع الأول بخلاف ما إذا وهبه منه وقبلها فإنه

ينتقض لأن الهبة مجاز عن الإقالة بخلاف البيع. وفي الخانية: اشترى عبدا وقبضه ثم تقايلا

البيع ولم يتقابضا حتى اشتراه من البائع جاز شراؤه ولو باعه البائع بعد الإقالة من غير المشتري لا يجوز بيعه اه. وهذا كله في تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه، فإن

تصرف فيه
البائع قبل قبضه فهو على وجهين: إما أن يكون بأمر المشتري أو بغير أمره. فإن كان
الأول
ذكر في الخانية: رجل اشترى عبدا ولم يقبضه فأمره أن يهبه من فلان ففعل البائع ذلك
ودفعه
إلى الموهوب له جازت الهبة وصار المشتري قابضا، وكذا لو أمر البائع أن يؤجره فلانا
معينا
أو غير معين ففعل جاز وصار المستأجر قابضا للمشتري أولا ثم يصير قابضا لنفسه،
والاجر
الذي يأخذه البائع من المستأجر بحسبه من الثمن إن كأنه من جنسه، وكذا لو أعار
العبد البائع

من رجل قبل التسليم إلى المشتري أو وهب أو رهن فأجاز المشتري ذلك جاز ويصير قابضا
اه.

ثم قال: اشترى ثوبا ولم يقبضه ولم ينقد الثمن ثم قال للبائع لا أئتمنك عليه ادفعه إلى فلان يكون عنده حتى أدفع إليك الثمن فدفعه البائع إلى فلان فهلك من يده كان الهلاك على

البائع لأن المدفوع إليه يمسكه للثمن لأجل البائع فتكون يده كيد البائع، ولو أمر المشتري

البائع بوطئ الجارية أو بأكل الطعام ففعل كان فسخا للبيع لأنه لا يصلح نائبا عن المشتري في

ذلك فكان مجازا عن الفسخ ليكون واطئا وأكلا مال نفسه. وأما الأمر بالبيع فعلى ثلاثة أوجه: إن قال البائع بعه لنفسك فباعه كان فسخا، وإن قال بعه لي لا يجوز البيع ولا يكون

فسخا، ولو قال بعه أو بعه ممن شئت فباعه كان فسخا وجاز البيع الثاني للمأمور في قول

محمد. وقال أبو حنيفة: لا يكون فسخا وهو كقوله بعه لي. ولو اشترى ثوبا أو حنطة فقال

لبائع بعه قال الشيخ الإمام أو بكر محمد بن الفضل: إن كان ذلك قبل قبض المشتري وقبل

الرؤية يكون فسخا، وإن لم يقل البائع نعم لأن المشتري ينفرد بالفسخ في خيار الرؤية. وإن

قال بعه لي أي كن وكيلا في الفسخ فما لم يقبل البائع ولم يقل نعم لا يكون فسخا، وإن كان

ذلك بعد القبض والرؤية لا يكون فسخا ويكون وكيلا بالبيع سواء قال بعه أو بعه لي اه.

وأما إذا كان بغير أمره ولم يلحقه إجازة فذكر في الخانية: رجل اشترى عبدا بألف ولم يقبضه

حتى رهنه البائع أو آجره أو أودعه فمات انفسخ البيع ولا يضمن المشتري أحدا من هؤلاء

لأنه إن ضمنهم رجعوا على البائع، ولو أعاده أو وهبه فمات عند المستعير أو الموهوب له

أو أودعه فاستعمله المودع فمات من ذلك كان للمشتري الخيار إن شاء أمضى البيع وضمن

المستعير والمودع والموهوب له وإن شاء فسخ البيع لأنه لو ضمن هؤلاء ليس للضامن أن

يرجع على البائع. ولو باعه البائع فمات عند المشتري الثاني من عمله أو من غير عمله المشتري الأول بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء ضمن المشتري الثاني ثم يرجع المشتري

الثاني على البائع بالثمن إن كان نقده الثمن وإلا لم يرجع. ولو أمر البائع رجلاً فقتله كان

للمشتري أن يضمن القاتل قيمته لأنه إذا ضمن لم يرجع على البائع، وإن أمر البائع رجلاً بذبح الشاة فذبحها إن كان الذابح يعلم بالبيع فللمشتري تضمينه ولا رجوع له اهـ.

قوله: (ولو اشترى مكيلاً كيلاً حرم بيعه وأكله حتى يكيّله) أي حتى يعيد كيّله لنهيّه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري، ولأنه يحتمل أن

يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه. قيد بقوله
كيلا أي بشرط الكيل لأنه لو اشتراه مجازفة لا يحرم البيع والاكل قبل الكيل لأن الكل له.
ولم يذكر المؤلف فساد البيع ونص في الجامع الصغير على فساده لأن سبب النهي أمر راجع إلى
المبيع ولكن النص إنما هو في البيع فألحقوا به منع الاكل قبل الكيل وكل تصرف يبنى على
الملك كالهبة والوصية، وألحقوا بالمكيل الموزون. وفي فتح القدير: وينبغي إلحاق المعدود
الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض إذا اشترى بالعدد وبه قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه
فأفسد البيع قبل العداه. ولا يلزم من حرمة أكله قبل الإعادة كون الطعام حراما فقد نص
في الجامع الصغير أنه لو أكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال إنه أكل حراما لأنه أكل ملك نفسه
إلا أنه يآثم لتركه ما أمر به من الكيل فكان هذا الكلام أصلا في سائر المبيعات بيعا فاسدا إذا
قبضها فملكها فأكلها، وتقدم أنه لا يحل أكل ما اشتراه فاسدا وهذا يبين أن ليس كل ما لا
يحل أكله إذا أكله أن يقال فيه أكل حراما، كذا في فتح القدير. وقد ليس يقال هذا كأكل
المبيع بيعا فاسدا فلتعلق حق البائع بجميع المبيع ووجوب فسخه، وأما هنا فلا يملك البائع
الفسخ ولم يتعلق حق البائع إلا بالزيادة الموهومة فيمكن أن يقال في المبيع فاسدا أكل حراما،
ولكن رأيت في الخلاصة في الايمان من الثاني عشر في الاكل قال وفي فوائد شمس الأئمة
الحلواني: لو أكل من الكرم الذي دفع معاملة وهو قد حلف لا يأكل حراما لا يحنث، أما
عندهما لا يشكل، وعند أبي حنيفة كذلك لأن ذلك عقد فاسد عنده فقد أكل ملك نفسه اه.
فالحق ما في فتح القدير وإنما ذكر المؤلف كيل المشتري وحده دون كيل البائع مع أن

الحديث
اشترط الصاعين لأن صاع البائع ليس بلازم لكل بيع لأن البائع إذا ملكه بالإرث أو
المزارعة
أو كان شراؤه مجازفة أو استقرض حنطة على أنها كر ثم باعها فالحاجة إلى كيل
المشتري وإن
كان الاستقراض تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما لأن ما يرده عين
المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بذله في مال الصرف فكان تمليكا بلا عوض
حكما. ولو

اشترى مكايلة ثم باع مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز
لاحتمال
اختلاط ملك البائع بملك بائعه. وفي نوادر ابن سماعه: يجوز وإنما يحتاج إلى كيل
البائع إذا
كان البائع اشتراه مكايلة. وظاهر كلام المصنف يدل على أن كيل البائع لا يكفي عن
كيل
المشتري وهو محمول على ماذا كاله البائع قبل البيع مطلقاً أو بعده في غيبة المشتري،
أما إذا
كاله في حضرته فإنه يغني عن كيله وهو الصحيح لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد
وتحقق
معنى التسليم، ومجمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما تبين في السلم إن شاء الله
تعالى،
كذا في الهداية. ومن هنا ينشأ فرع وهو ما لو كيل طعام بحضرة رجل ثم اشتراه في
المجلس
ثم باعه مكايلة قبل أن يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع، سواء اكتاله للمشتري منه
أو لا،
لأنه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضاً فبيعه بيع ما لم يقبض، كذا في فتح
القدر قوله:
(ومثله الموزون والمعدود) أي مثل المكيل شراء الموزون وزناً والمعدود عدداً فلا
يجوز البيع
والأكل حتى يعيد الوزن والعد وهو مقيد بغير الدراهم والدنانير أما هما فيجوز التصرف
فيهما
بعد القبض قبل الوزن، كذا في الإيضاح. وقيد بالمبيع لما في المحيط: لو كان المكيل
أو
الموزون ثمناً يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لأنه إذا جاز قبل القبض فقبل الكيل
أولى.
وهذا كله في غير بيع التعاطي، أما هو فقال في القنية: ولا يحتاج في بيع التعاطي في
الموزونات إلى وزن المشتري ثانياً لأنه صار بيعاً بالقبض بعد الوزن اه. وفي الخلاصة:
وعليه
الفتوى.

قوله: (لا المذروع) أي لا يحرم بيعه والتصرف فيه قبل إعادة الذرع بعد القبض وإن
كان اشتراه بشرط الذرع لأنه الزيادة له إذ الذرع وصف في الثوب واحتمال النقص
إنما

يوجب خياره وقد أسقطه ببيعه بخلاف القدر، وظاهر كلامهم أنه لو أفرد لكل ذراع
ثمنا
صار كالموزون وقد صرح به العيني في شرح الكنز قوله: (وصح التصرف في الثمن
قبل
قبضه) لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعيينها بالتعيين
بخلاف
المبيع، كذا في الهداية. وظاهره أنه مخصوص بما لا يتعين والحكم أعم منه ولذا قال
في فتح
القدير: سواء كان مما يتعين أو لا سوى بدل الصرف والسلم لأن للمقبوض حكم عين
المبيع

في السلم والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز، وكذا في الصرف وأيده السمع إلى آخره.

وأطلق التصرف قبل قبضه لقيام المطلق فشمّل البيع والهبة والإجارة والوصية وتمليكه ممن عليه

بعوض وغير عوض إلا تمليكه من غير من هو عليه فإنه لا يجوز. وأشار المؤلف بالثمن إلى

كل دين فيجوز التصرف في الديون كلها قبل قبضها ما المهر والإجارة وضمن المتلفات

سوى الصرف والسلم ما قدمناه، وأما التصرف في الموروث والموصى به قبل القبض فقدمنا

جوازه قوله: (والزيادة فيه) أي صحت الزيادة في الثمن قوله: (والحط منه) أي من الثمن

ويلتحقان بأصل العقد عندنا، وعند زفر يلتحقان وإنما يصحان على اعتبار ابتداء الصلة لأنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لأنه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد، وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ.

ولنا

أنهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه رابحا أو

خاسرا أو عدلا. ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية لتغيير فصار كما إذا أسقطا

الخيار أو شرطاه بعد العقد، وإذا صح ليلتحق بالعقد لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لأنه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه ولذا قيد بقوله منه لاخراج حط الكل، وفائدة الالتحاق تظهر في مسائل: الأولى التولية. الثانية المرابحة فيجوز على الكل في

الزيادة وعلى الباقي بعد المحطوط. الثالثة الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الحط، وإنما

كان له أن يأخذ بدون الزيادة لما فيها من إبطال حقه الثابت فلا يملكه. الرابعة في الاستحقاق حتى يتعلق الاستحقاق بالجميع فيرجع المشتري على البائع بالكل ولو أجاز المستحق البيع أخذ الكل. الخامسة في حبس المبيع فله حبسه حتى يقبض الزيادة.

السادسة

في فساد الصرف بالخط أو الزيادة للربا كأنهما عقدها متفاضلا ابتداء. ومنع أبو يوسف صحة

الزيادة فيه والخط ولم يبطل البيع، ووافق محمد في الزيادة وجوز الخط على أنه هبة مبتدأة،

كذا في الخلاصة. ولم يذكر المصنف شرط صحة الزيادة في الثمن وشرط لها في الهداية بقاء

المبيع فلا يصح بعد هلاك المبيع في ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض

عنه والشئ يثبت ثم يستند بخلاف الخط لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله فيلتحق

بأصل العقد استنادا اه. بخلاف الزيادة في المبيع فإنها جائزة بعد هلاكه لأنها تثبت بمقابلة

الثمن وهو قائم، كذا في الخلاصة.

وفي الخلاصة أيضا: وشرطها في الثمن من المشتري بقاء المبيع وكونه محلا للمقابلة في

حق المشتري حقيقة، ولو كانت جارية فأعتقها أو دبرها أو استولدها أو كاتبها أو باعها من

غيره بعد القبض ثم زاد في الثمن لا يجوز، والمذكور في الكتاب قولهما وهما روي عن أبي

حنيفة أنه يجوز. ولو أجرها أو رهنها أو اشترى شاة فذبحها ثم زاد في الثمن جاز بخلاف ما

إذا ماتت الشاة ثم زاد في الثمن فإنه لا يجوز لأنها لم تبق محلا للبيع بخلاف الأول حيث قام

الاسم والصورة وبعض المنافع، وجملة هذا في كتاب نظم الزندوستي قال: أحد عشر شيئا إذا

فعل المشتري ثم زاد في الثمن لا يصح: أولها إذا كانت حنطة فطحنها أو دقيقا فخبزه أو

لحما فجعله قلية أو سكباجة أو جعله إربا إربا أو كان عبدا فأعتقه أو كاتبه أو دبره أو استولد

الجارية أو قطنا فغزله أو غزلا ففسجه. الحادي عشر أو كانت جارية فماتت ولو فعل اثنتي

عشر ثم زاد يجوز أولها المبيع لو كانت شاة فذبحها. وإن كان قطنا محلوجا فندفه أو غير

محلوج فحلجه أو كرباسا فحاطه خريطة من غير أن يقطعه أو حديدا فجعله سيفا أو
كانت
جارية فرهنها أو أجرها أو كانت خرابة بناها أو أجرها أو أجر الأرض ثم زاد في
الثمن.
ومنها إذا باعها ثم إن المشتري الثاني لقي البائع الأول فزاد في الثمن جاز. ومنها
المزارع إذا
زاد رب الأرض السدس في نصيبه والبذر منه قبل أن يستحصده جاز وبعده لا، الكل
في
النظم اه. وفي تلخيص الجامع من باب ما يمنع الزيادة في الثمن: تلحق العقد مغيرا
وصفه
لا أصله حذار اللغو كالخيار بعد ما زاد الأصل ولدا وار وكذا قوله وتمامه فيه، ولو عبر

باللزم بدل الصحة لكان أولى لأنها لازمة حتى لو ندم المشتري بعد ما زاد يجبر إذا امتنع كما
في الخلاصة. وأطلقها فشمّل ما إذا كانت من جنس الثمن أو من غيره وما إذا كانت
في مجلس العقد أو بعد مدة كما في الخلاصة. وترك قيّدا لا بد منه وهو قبول البائع في
المجلس حتى لو زاده فلم يقبل حتى تفرقا بطلت، كذا في الخلاصة. وأطلق فيمن زاد فشمّل
المشتري ووارثه فتصح الزيادة من الورثة كما تصح من العاقدين، كذا في الخلاصة. وهو شامل
للزيادة في المبيع أيضا لكن يرد عليه الزيادة من الأجنبي وحاصلها كما في الخلاصة
معزيا إلى الجامع الكبير: لو زاد الأجنبي فإن زاد بأمر المشتري يجب على المشتري لا على
الأجنبي كالصلح، وإن زاد بغير أمره فإنه أجازة المشتري لزمته، وإن لم يجز بطلت الزيادة. ولو
كان حين زاد ضمن عن المشتري أو أضافها إلى مال نفسه لزمته الزيادة، ثم إن كان بأمر
المشتري رجع وإلا فلا، وأما الحط فإنه جائز في جميع المواضع في موضع تجوز الزيادة وفي
موضع لا تجوز اه. وأما الزيادة في المهر فشرطها بقاء المرأة فلو زاد فيه بعد موتها لم تصح، وأما
الزيادة بعد طلاقها أو عتقها لو كانت أمة فقدمنا أحكامها في المهر، وأما الزيادة في الأجرة
بعد استيفاء بعض المعقود عليه فغير صحيحة وتجاوز الزيادة في العين والمدة، كذا في
القنية. وأما الزيادة في الرهن فسيأتي أنها صحيحة في الرهن لا في الدين. وفي الخيانة من كتاب
المزارعة: لو زاد أحدهما في نصيب الآخر إن كان قبل إدراك الزرع جاز مطلقا، وإن
كان بعده جاز من الذي لا بذر له لأنه حط ولا يجوز من البذر منه لأنه زيادة وشرطها قيام
السلعة اه.

قوله: (والزيادة في المبيع) أي وصحت ولزم البائع دفعها بشرط قبول المشتري وتلتحق
أيضا فيصير لها حصة من الثمن حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من

الثلث
بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء بهلاكها قبل القبض، وكذا إذا
زاد في
الثلث عرضا كما لو اشتراه بمائة وتقابضا ثم زاده المشتري عرضا قيمته خمسون وهلك
العرض
قبل التسليم يفسخ العقد في ثلاثة، كذا في القنية. وقد منا أنه لا يشترط فيها قيام المبيع
فتصح بعد هلاكه بخلاف الزيادة في الثلث وقد ذكر الزيادة في المبيع ولم يذكر الحط
وذكرهما
في الثلث فظاهره عدم صحة الحط من المبيع. وصر في المحيط بأن المبيع إن كان دينيا
يصح
الحط منه، وإن كان عينا لم يصح الحط منه لأنه إسقاط وإسقاط العين لا يصح ا هـ. قيد

بالمبيع لأن الزيادة في الزوجة كما إذا زوجه أمة فزاده أخرى لم يصح بخلاف الزيادة
في
المهر وأطلق في الحط من الثمن فشمّل ما إذا كان قبل قبضه أو بعده فإذا حط عنه بعد
ما
أوفاه الثمن أو أبرأه فقال في الذخيرة: لو ذهب بعض الثمن من المشتري قبل القبض أو
أبرأه
عن القبض فهو حط، وإن كان بعد القبض ثم حط البعض أو وهبه صح ووجب على
البائع
مثل ذلك للمشتري، ولو أبرأه عن البعض بعد القبض لا يصح وكان يجب أن لا تصح
الهبة
والحط بعد القبض أيضا كالإبراء لأن المشتري قد برئ من الثمن بالايفاء والهبة والحط
لم
يصادف دينا قائما في ذمة المشتري. والجواب أن الدين باق في ذمة المشتري بعد
القضاء لأنه
لم يقض عين الواجب حتى لا يبقى في الذمة إنما قضى مثله فبقي ما في ذمته على حاله
إلا
أن المشتري لا يطالب به لأن له مثل ذلك على البائع بالقضاء، فلو طالب البائع
المشتري
بالثمن كان للمشتري أن يطالب البائع أيضا فلا تفيد مطالبة كل واحد منهما صاحبه،
فعلم
أن الثمن باق في ذمة المشتري بعد القضاء والهبة والحط صادف دينا قائما في ذمة
المشتري
بعد القضاء. وإنما لم يصح الإبراء لأن الإبراء على نوعين: براءة قبض واستيفاء وبراءة
إسقاط. فإذا أطلق حمل على الأول لأنه أقل كأنه نص عليه وقال أبرأتك براءة قبض
واستيفاء
وفيه لا يرجع. ولو قال أبرأتك براءة إسقاط صح ووجب على البائع رد ما قبض من
المشتري
بخلاف الهبة والحط لا يتنوع إلى نوعين وإنما هي إسقاط، وإذا وهب كل الدين أو
حط أو
أبرأه منه فهو على ما ذكرنا. هذا جملة ما أورده شيخ الإسلام في شرح كتاب الشفعة
وفي
شرح كتاب الرهن. وذكر شمس الأئمة السرخسي في الباب الثاني في شرح كتاب
الرهن أن

الابراء المضاف إلى الثمن بعد الاستيفاء صحيح حتى يجب على البائع رد ما قبض من المشتري

وسوى بين الابراء والهبة والحط فيتأمل عند الفتوى. واختلفوا فيما إذا أبرأه لم يعين أنها إسقاط أو استيفاء. فإن قلت: هل لبقاء الدين بعد ايفائه فائدة أخرى؟ قلت: نعم لو كان بالدين رهن ثم قضاه الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بالدين ووجب عليه رد المقبوض بخلاف ما لو أبرأه ثم هلك. قال الزيلعي في بابه: والفرق أن الابراء يسقط به الدين أصلاً وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب للدين وقد كتبنا في الفوائد الفقهية من كتاب

المدانيات له فائدتين أيضا قوله: (ويتعلق الاستحقاق بكله) أي بكل ما وقع العقد عليه وبالزيادة فلا يطالب المشتري بالمبيع حتى يدفع الزيادة وللبائع حبه حتى يقبضها، وإذا

استحق المبيع رجع المشتري على بائعه بالكل، وإذا أجاز المستحق استحق الكل، وإذا رد المبيع بعيب أو خيار شرط أو رؤية رجع المشتري على بائعه بالكل. وفي فتاوي قاضيخان من الشفعة: الوكيل بالمبيع إذا باع الدار بألف ثم إن الوكيل حط عن المشتري مائة من الثمن صح حطه ويضمن قدر المحطوط للأمر ويرأ المشتري عن المائة ويأخذ الشفيع الدار بجميع الثمن لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد اهـ.

قوله: (وتأجيل كل دين إلا القرض) أي صح لأن الدين حقه فله أن يؤخره، سواء كان ثمن مبيع أو غيره تيسيرا على من عليه ألا ترى أنه يملك ابراءه مطلقا فكذا مؤقتا. ولا

بد من قبوله ممن عليه الدين فلو لم يقبله بطلب التأخير فيكون حالا، كذا ذكره الأسيجاني.

ويصح تعليق التأجيل بالشرط فلو قال رب الدين لمن عليه ألف حالة إن دفعت إلي غدا خمسمائة فالخمسمائة الأخرى مؤخرة عنك إلى سنة فهو جائز، كذا في الذخيرة. وإنما لا

يؤجل القرض لكونه إعارة وصله في الابتداء حتى يصح بلفظ الإعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالصبي والوصي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه

كما في الإعارة إذ لا جبر في التبرع، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم

بالدراهم نسيئة وهو ربا، ومرادهم من الصحة اللزوم ومن عدم صحته في القرض عدم اللزوم. وأطلقه فشمّل ما إذا أجله بعد الاستهلاك أو قبله هو الصحيح، وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم أو الدنانير المستهلكة إذ باستهلاكها لا تصير قرضا، والحيلة في

لزوم تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل

المحال عليه فيلزم حينئذ، كذا في فتح القدير. وإذا لزم فإن كان للمحيل على المحال عليه

دين فلا إشكال وإلا أقر المحيل بقدر المحال به للمحال عليه مؤجلا إليه. أشار في المحيط

وفي الظهيرية القبض المجحود يجوز تأجيله. وفي القنية من كتاب المدائينات: قضى القاضي

بلزوم الاجل في القرض بعد ما ثبت عنده تأجيل القرض معتمدا على قول مالك وابن أبي

ليلي يصح ويلزم الاجل. وفي تلخيص الجامع من كتاب الحوالة: لو كفل بالحال مؤجلا تأخر

عن الأصيل وإن كان قرضا لأن الدين واحد وهي حيلة تأجيل القرض إذ يثبت ضمنا م يمتنع قصدا كبيع الشرب والطريق، ولا يلزم ما أجل بعد الكفالة إذ موضوعها أن يضيف إلى

اللازم بالكفالة إلا الدين حتى لو عكس تأخر عن الأصيل أيضا حذ والبراء اه. ولم يستثن

المصنف رحمه الله تعالى من عدم صحة تأجيل القرض شيئا واستثنى منه في الهداية ما إذا

أوصى أن يقرض مما له ألف درهم فلانا إلى سنة حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا

للموصي اه. ولا ينحصر في هذه الصورة بل كذلك إذا كان له قرض على إنسان فأوصى أن يؤجل

سنة صح ولزم كما في القنية. وقد كتبنا في الفوائد الفقهية أن المستثنى لا ينحصر في القرض

بل كذلك لا يصح تأجيل الدين في صور: الأولى لو مات المديون وحل المال أجل الدائن

وأرثه لم يصح لأن الدين في الذمة وفائدة التأجيل أن يتجر فيؤدي الثمن 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. الثانية أجل المشتري الشفيع في الثمن لم يصح

كما سيأتي فيها وهو مذكور في القنية.

وفي الخلاصة: بموت البائع لا يبطل الاجل ويبطل بموت المشتري. الثالثة تأجيل
ثمن المبيع عند الإقالة لا يصح كما قدمناه عن القنية. والحاصل أن تأجيل الدين على
ثلاثة

أوجه: باطل وهو تأجيل بدلي الصرف والسلم، وصحيح غير لازم وهو القرض والدين
بعد الموت وتأجيل الشفيع وثمن المبيع بعد الإقالة، ولازم فيما عدا ذلك. قال قاضيخان
في فتاواه: المديون قال برئت من الاجل أو لا حاجة لي في الاجل لهذا الدين لم يكن
إبطالا للأجل، ولو قال أبطلت الاجل أو قال تركته صار حالا، والمديون إذا قضى الدين
قبل حلول الأجل فاستحق المقبوض من القابض أو وجده زيوفا فرده كان الدين عليه
إلى
أجله، ولو اشترى من مديونه شيئاً بالدين وقبضه ثم تقايلا البيع لا يعود الاجل، ولو

وجد بالمبيع عيبا فرده بقضاء عاد الاجل، ولو كان بهذا الدين المؤجل كفيلا لا تعود الكفالة

في الوجهين ١٥. وفي الخلاصة: ١٥. وإبطال الأجل يبطل بالشرط الفاسد ولو قال كلما دخل نجم ولم يؤدي فالمال حال صح والمال يصير حالا تتممة في مسائل القرض. قال في المحيط: ويجوز القرض فيما هو من ذوات الأمثال كالمكيل والموزون والعددي المتقارب

كالبيض والجوز لأن القرض مضمون بالمثل، ولا يجوز في غير المثلي لأنه لا يجب ديناً في

الذمة ويملكه المستقرض بالقبض كالصحيح، والمقبوض بقرض فاسد يتعين للرد، وفي القرض الجائز لا يتعين بل يرد المثل وإن كان قائماً. وعن أبي يوسف ليس له إعطاء غيره

إلا برضاه وعارية ما جاز قرضه قرض وما لا يجوز قرضه عارية، ولا يجوز قرض جر نفعاً

بأن أقرضه دراهم مكسرة بشرط رد صحيحة أو أقرضه طعاماً في مكان بشرط رده في مكان آخر، فإن قضا أجود بلا شرط جاز ويجبر الدائن على قبول الأجود وقيل لا، كذا في المحيط. وفي الخلاصة: القرض بالشرط حرام والشرط ليس بلازم بأن يقرض على أن

يكتب إلى بلد كذا حتى يوفي دينه ١٥. وفي المحيط: ولا بأس بهدية من عليه القرض والأفضل أن يتورع إذا علم أنه إنما يعطيه لأجل القرض أو أشكل، فإن علم أنه يعطيه لأجل القرض بل لقرابة أو صداقة بينهما لا يتورع، وكذا لو كان المستقرض معروفاً بالجود

والسخاء جاز. ولا يجوز قرض مملوك أو مكاتب درهما فصاعداً لأن فيه معنى التبرع. ولو

اشترى بقرض له عليه فلوساً جاز ويشترط قبضها في المجلس، ولو أمر المقرض المستقرض

أن يصارف بماله عليه لم يجز عند أبي حنيفة خلافاً لهما وهي مسألة أسلم مالي عليك. ولو

دفع المستقرض إلى المقرض دراهم ليصرفها بدنائير ويأخذ حقه منه فهو وكيل وأمين، فلو

تلفت قبل أن يستوفي دينه لا يبطل دينه. ويبيع الدين بالدين جائز إذا افترقا عن قبضهما

في الصرف أو عن قبض أحدهما في غير الصرف. ولو اشترى المستقرض الكر القرض
من
المقرض جاز ويشترط قبض ثمنه في المجلس، فإن أدى الثمن فوجد بالكر عيبا رده أو

رجع بنقصان العيب، ولو اشترى ما عليه بكر مثله جاز إن كان عينا ولا يجوز إن كان دينا، فلو وجد بالمقروض عيبا لم يرجع بنقصان العيب. ولو اشترى المستقرض كرمقرض

بعينه لم يجز لأنه ملكه إلا في رواية عن أبي يوسف. ولو باعه من المقرض جاز ولا يفسخ المقرض ٥٠.

وفي القنية من باب القروض: شراء الشيء اليسير بثمن غال إذا كان له حاجة إلى المقرض يجوز ويكره. استقرض عشرة دراهم فأرسل عبده ليأخذها من المقرض فقال المقرض

دفعته إليه وأقر العبد به وقال دفعتها إلى مولاي وأنكر المولى قبض العبد العشرة فالتقول له ولا

شئ عليه، ولا يرجع المقرض على العبد لأنه أقر أنه قبضها بحق. استقرض الدقيق وزنا يجوز والاحتياط أن يبرئ كل صاحبه والجواز رواية عن أبي يوسف، ورواية الأصل بخلافه.

استقرض الحنطة وزنا يجوز، وعنهما خلافه. بخاري استقرض من سمرقندي حنطة بسمرقند

ليدفعها ببخاري ليس له المطالبة إلا بسمرقند، وفي استقرض السرقيين اختلاف المشايخ بناء

على أنه مثلي أو قيمي. واستقرض العجين في بلادنا وزنا يجوز لا جزافا، ولم يتعرض لاستقرض الخميرة وينبغي الجواز عن غير وزن، وسئل النبي صلى الله عليه وسلم عن خميرة يتعاطاها الجيران

أ يكون ربا؟ فقال: ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله وما رآه المسلمون قبيحا فهو

عند الله قبيح. أنفق من قصاب لحوما ولم يذكر أنه قرض أو شراء فذلك قرض فاسد يملكه

بالقبض ولا يحل أكله القرض الفاسد يفيد عند القبض الملك يعطيه مديونه حنطة ينفقها ويحسبانها فله إنفاقها وتكون قرضاً. والدبس من ذوات القيم فينبغي أن لا يجوز استقراضه.

عشرون رجلاً جاؤوا واستقرضوا من رجل وأمروه أن يدفعها الدراهم إلى واحد منهم فدفعت

ليس له أن يطلب منه إلا حصته، وحصل بهذا رواية مسألة أخرى أن التوكيل بقبض القرض

يصح وإن لم يصح التوكيل بالاستقراض هـ. والله أعلم.
باب الربا

وجه مناسبتة للمرابحة أن في كل منهما زيادة إلا أن تلك حلال وهذه حرام والحل هو الأصل في الأشياء فقدم ما يتعلم بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه. والربا بكسر الراء وفتحها

خطأ. وفي المصباح: الربا بالفضل والزيادة وهو مقصور على الأشهر، ويشي ربوان بالواو

على الأصل وقد يقال ربيان على التخفيف، وينسب إليه على لفظه فيقال ربوي، قاله أبو عبيد

وغيره. وزاد المطرزي فقال: الفتح في النسبة خطأ هـ. وليس المراد مطلق الفضل بالاجماع

فإن فتح الأسواق في سائر بلاد المسلمين للاستفضال والاسترباح وإنما المراد فضل مخصوص

فلذلك عرفه شرعاً بقوله قوله: (فضل مال بلا عوض في معاوضة ما بمال) أي فضل أحد

المتجانسين على الآخر بالعيار الشرعي أي الكيل والوزن ففضل قفيزي شعير على قفيزي بر لا

يكون ربا، وكذا فضل عشرة أذرع من ثوب هروي على خمسة منه. وقيد بقوله بلا عوض

أي خال عنه ليخرج بيع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير فإن للثاني فضلا على الأول

لكنه غير خال عن العوض لصرف الجنس إلى خلاف جنسه. وقيد المعاوضة لأن الفضل

الخال عن العوض الذي في الهبة ليس بربا. وترك المصنف قيده لا بد منه وهو أن يكون الفضل

(Y · Y)

الخالي مشروطا في العقد لاحد المتعاقدين. وقيد قيده به في الوقاية وقال شارحها: إنما قيد به لأنه لو شرط لغيرهما لا يكون ربا. وفي البناية قال علماؤنا: هو بيع فيه فضل مستحق لاحد المتعاقدين خال عما يقابله من عوض شرط في هذا العقد، وعلى بهذا سائر أنواع البيوع الفاسدة من قبيل الربا. وفي الذخيرة من كتاب المدائينات من الفصل الثاني عشر في المتفرقات قال محمد: إذا اشترى الرجل من آخر عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم فزاد عليها دانقا فوهبه دانقا ولم يدخله في البيع إن لم يكن مشروطا في الشراء لا يفسد الشراء لأنه إذا وهب الدانق منه انعدم الربا قالوا: إنما تصح هبة الدانق إذا كانت الدراهم بحيث ضررها الكسر لأنها حينئذ هبة مشاع فيما لا يحتمل القسمة ٥١. وفي جمع العلوم: الربا شرعا عبارة عن عقد فاسد وإن لم يكن فيه زيادة لأن بيع الدرهم بالدرهم نسيئة ربا وإن لم يتحقق فيه زيادة ٥١. ولا يرد على المصنف ما في جمع العلوم من ربا النسيئة لأن فيه فضلا حكما والفضل في عبارته أعم منه ومن الحقيقي، وظاهر ما في جمع العلوم وغيره أن المشتري يملك الدرهم

الزائد إذا قبضه فيما إذا اشترى درهمين بدرهم فإنهم جعلوه من قبيل الفاسد، وهكذا
صرح

به الأصوليون في بحث النهي فقالوا: إن الربا وسائر البيوع الفاسدة من قبيل ما كان
مشروعاً
بأصله دون وصفه.

وفي كتاب المدائنت من القنية قال أستاذنا: وقعت واقعة في زماننا أن رجلاً كان
يشترى الذهب الرديء زمانا الدينار بخمسة دوانق ثم تنبه فاستحل منهم فأبرؤه عما بقي
لهم عليه حال كون ذلك مستهلكاً فكتبت أنا وغيري أنه يبرأ. أو كتب ركن الدين
الرانجاوي

الابراء لا يعمل في الربا لأن رده لحق الشرع وقال: أجاب به نجم الأئمة الحكيمي
معللاً

بهذا التعليل وقال: هكذا سمعته عن ظهير الدين المرغيناني. قال رضي الله عنه: فقرب
من

ظني أن الجواب كذلك مع تردد فكنت أطلب الفتوى لأمحو جوابي عنه فعرضت هذه
المسألة

على علماء الدين الحناطي فأجاب أنه يبرأ إذا كان الابراء بعد الهلاك وغضب من جواب
غيره

أنه لا يبرأ فإزداد ظني بصحة جوابي ولم أمحه، ويدل على صحته ما ذكره البزدوي في
غناء

الفقهاء من جملة صور البيع الفاسد جملة العقود الربوية يملك العوض فيها بالقبض.
قلت:

فإذا كان فضل الربا مملوكاً للقباض بالقبض فإذا استهلكه على ملكه ضمن مثله، فلو لم
يصح

الابراء ورد مثله يكون ذلك رد ضمان ما استهلكه لا رد عين ما استهلك، وبرد ضمان
ما

استهلك لا يرتفع العقد السابق بل يتقرر مفيداً للملك في فضل الربا فلم يكن في رده
فائدة

نقض عقد الربا فيجب ذلك حقا لله تعالى، وإنما الذي يجب حقا للشر رد عين الربا إن كان

قائما لا رد ضمانه، انتهى ما في القنية. وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب

فآيات منها* (وحرمة الربا) * [البقرة: ٥٧٢] والمراد به فيها الفضل وهو الزيادة لیتعلق التحريم

به لأن الأحكام لا تتعلق إلا بفعل المكلفين. ومنها* (لا تأكلوا الربا) * [آل عمران: ٠٣١]

والمراد منه فيه نفس الزائد في بيع الأموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه. وفي المعراج: ذكر الله لاأكل الربا خمس عقوبات: أحدها التخبط قال تعالى* (لا يقومون إلا كما يقوم الذي

يتخبطه الشيطان من المس) * [البقرة: ٥٧٢] قيل في معناه تنتفخ بطنه يوم القيامة فيصير لا

تحمله قدماءه فيصير كلما قام سقط بمنزلة من أصابه المس، ويؤيده الحديث يملا بطنه نارا

بقدر ما أكل من الربا والمراد به الافتضاح على رؤوس الأشهاد كما في حديث آخر ينصب

لواء يوم القيامة لأكلي الربا فيجتمعون تحته ثم يساقون إلى النار والثاني المحقق قال الله تعالى

* (يمحق الله الربا) * [البقرة: ٦٧٢] والمراد الهلاك والاستئصال، وقيل ذهب البركة والاستمتاع حتى لا ينتفع هو به ولا ولده من بعده. والثالث الحرب قال الله تعالى* (فأذنوا

بحرب من الله ورسوله) * [البقرة: ٩٧٢] المعنى في القراءة بالمد اعلموا الناس يا أكلة الربا

أنكم حرب الله ورسوله بمنزلة قطاع الطريق، وفي قراءة بغير المد أي اعلموا أن أكلة الربا

حرب لله. الرابع الكفر قال الله تعالى* (وذروا ما بقي من الربا أن كنتم مؤمنين) * [البقرة: ٨٧٢]

وقال* (والله يحب كل كفار أثيم) * أي كفار باستحلال الربا والخامس الخلود في النار

قال تعالى* (ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) * [البقرة: ٥٧٢] يؤيده قوله صلى الله عليه وسلم كل درهم واحد من الربا أشد من ثلاث وثلاثين زنية يزنيها الرجل ومن نبت لحمه

من الحرام فالنار أولى به والمقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعا
والحرام
الذي هو ربا ولهذا قيل لمحمد: لا تصنف في الزهد شيئا؟ قال: صنفت كتاب البيوع
وليس
الزهد إلا اجتناب الحرام والرغبة في الحلال، كذا في المبسوط. وأما السنة فأكثر من
أن
تحصى ال الإمام الأسيبجي: اتفقوا على أنه إذا أنكر ربا النساء يكفر وفي ربا الفضل
في
القدر اختلاف فإن ابن عباس رضي الله تعالى عنه لا يرى الربا إلا في النسيئة للحديث
إنما
الربا في النسيئة وكلمة إنما للحصر إلا أن عامة الصحابة احتجوا بأحاديث. والجواب
عن
تعلق ابن عباس أنه منصرف إلى ما ليس بمكيل ولا موزون لقوله آخره إلا ما كيل أو
وزن
على أن ابن عباس رجع عن هذا القول، فإن لم يثبت رجوعه فاجماع التابعين به يرفعه ا
ه. ما
في المعراج. وفي الخلاصة: لو قضى بجواز بيع الدرهم بالدرهمين يدا بيد بأعيانهما
أخذا

بقول ابن عباس لا ينفذ وإن كان مختلفا بين الصحابة لأنه لا يعلم أن أحدا من الصحابة وافقه

فكان مهجورا ١٥٠. وفي القنية من الكراهية: بأس بالبيوع التي يفعلها الناس للتحرز عن الربا. ثم رقم آخري مكروهة ذكر البقالي الكراهة عن محمد وعندهما لا بأس به. قال

الزرنجري: خلاف محمد في العقد بعد القبض أما إذا باع ثم دفع الدراهم لا بأس بالاتفاق

١٥٠. وفي القنية من الكراهية: يجوز للمحتاج الاستقراض بالربح ١٥٠. وفي الخلاصة معزيا إلى

النوازل رجل له على آخر عشرة دراهم فأراد أن يؤجلها إلى سنة ويأخذ منه ثلاثة عشر فالحيلة أن يشتري منه بتلك العشرة متاعا ويقبض المتاع منه وقيمة المتاع عشرة ثم يبيع المتاع منه بثلاثة عشر إلى سنة ١٥٠.

قوله: (وعلته القدر والجنس) أي علة الربا أي وجوب المساواة التي يلزم عند فوتها الربا، هكذا فسر السفناقي في شرح الأحيائي في الأصول وذكره في الكافي سؤالا وجوابا. وفي فتح القدير: أي علة تحريم الزيادة ١٥٠. وفي المعراج: أي علة حرمة الربا ووجوب المساواة. والعلة في اللغة المرض الشاغل والجمع علل وأغله الله فهو معلول واعتل إذا مرض واعتل إذا تمسك بحجة وأعله بكلمة جعله ذا علة ومنه إعلالات الفقهاء

واعتلالهم ١٥٠. وأما في الأصول فقالوا: إنها في اللغة هي المغير ومنه سمي المرض علة لأنه

بحلوله يتغير حال المحل عن وصف القوة إلى وصف الضعف، ولذا سمي الجرح علة لأنه

بحلوله بالمجروح يتغير حكم الحال. وفي الاصطلاح ما يضاف إليه ثبوت الحكم بلا واسطة.

فخرج الشرط لأنه لا يضاف إليه ثبوته والسبب والعلاقة وعلة العلة لأنها بالواسطة، وهذا

التعريف شامل للعلل الموضوعية كالبيع والنكاح ١٥٠. وللمستنبطة كالعلل المؤثرة في القياسات. والمراد بالقدر الكيل في المكيل والوزن في الموزون فانحصر المعرف للحكم فيهما،

والتعبير بالقدر أصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح إذ يشمل الذرع والعد وليس من أموال الربا، كذا في فتح القدير. ولكن بعد ما وضعوا القدر بإزاء الكيل والوزن كيف يشمل غيرهما. والجنس في اللغة الضرب من كل شئ والجمع أجناس وهو أعم من النوع

فالحَيوان
جنس والانسان نوع، وحكي عن الخليل هذا يجانس هذا أي يشاكله ونص عليه في
التهذيب
أيضا. وعن بعضهم فلان لا يجانس الناس إذا لم يكن له تمييز ولا عقل. والأصمعي
ينكر
هذين الاستعمالين ويقول: هو كلام المولدين وليس بعربي، كذا في المصباح. وفي فتح
القدير: واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالحنطة
والشعير
جنسان عندنا لأن أفراد كل منهما في الحديث يدل على ذلك، والثوب الهروي
والمروي

- بسكون الراء - جنسان لاختلاف الصنعة وقيام الثوب بها، وكذا المروي المنسوج
بيغداد

وخراسان واللبد اللامتي والطالقاني والتمر كله جنس واحد، والحديد والرصاص والشبه
أجناس، وكذا غزل الصوف والشعر واللحم الضأني والمعزي والبقري والالية واللحم
وشحم
البطن أجناس، ودهن البنفسج والخيري جنسان والادهان المختلفة أصولها أجناس، ولا
يجوز

بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لأن الطيب زيادة اه
وفي المعراج: القدر عبارة عن العيار والجنس عبارة عن مشاكلة المعاني اه. والأصل
في هذا الباب الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة
والشعير بالشعير والتمر بالتمر
والملاح بالملح والذهب بالذهب مثلاً بمثل يدا بيد وفيه روايتان بالرفع الحنطة أي بيع
الحنطة مثل

وينصب على الحال. وكذلك روي الرفع والنصب في يدا بيد فالرفع عطف على الخبر
أي مثل ومقبوضة، والنصب على الحال بتأويله بالمشتق إي متناجزين. وهذا الحديث
لشهرته ظن
بعض العلماء أنه متواتر وليس كذلك لأنه لا يصدق عليه حده. وقال الجصاص: إنه
يقرب

من المتواتر لكثرة رواته وهو مروي عن ستة عشرة صحابياً. عمر وعبادة بن الصامت
وأبو
سعيد الخدري وسارية ابن أبي سفيان وبلال وأبو هريرة ومعمربن عبد الله وأبو بكر
وعثمان

وهشام بن عامر والبراء وزيد بن أرقم وخالد بن عبيد وأبو بكرة وابن عمر وأبو الدرداء
رضي الله تعالى عنهم. وقد أطال الكلام في بيانه في البناية ثم قال آخراً: وليس في
الأحاديث المذكورة البداءة بالحنطة وإنما هي مذكورة في أثناءه، ولكنه ذكره في
المبسوط عن

محمد عن أبي حنيفة عن عطية العفوي عن أبي سعيد الخدري بادئاً بالحنطة اه.
والحكم

معلول بإجماع القايسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه. وعند الشافعي الطعم في
المطعمات،

والثمنية في الأثمان، والجنسية شرط والمساواة مخلص والأصل هو الحرمة عنده لأنه
نص على

شرطين التقابض والمماثلة، وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في

النكاح فيعلل
بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان والتمنية لبقاء الأموال التي هي
مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا، والحكم قد يدور مع
الشرط. ولنا
أنه أوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع إذ هو ينبئ
عن
التقابل وذلك بالتمائل أو صيانة لأموال الناس عن التوي أو تميما للفائدة باتصال
التسليم
به، ثم يلزم عند فوته حرمة الربا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار
يسوي
الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لأن الربا هو
الفضل
المستحق كما قدمناه، ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً أو لأن في اعتباره سد
باب

البياعات أو لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديتها سواء والطعم والشمية من أعظم وجوه المنافع والسييل في مثلها الاطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فلا

يعتبر بما ذكره، كذا في الهداية قوله: (وحرّم الفضل والنساء بهما) أي بالقدر والجنس لوجود العلة بتمامها والفضل الزيادة والنساء بالمد التأخير، ولم يذكره في المصباح وإنما ذكر

النسئ فقال: والنسئ مهموز على فاعيل ويجوز الادغام لأنه زائد وهو التأخير. والنسيئة على

فعليه مثله وهما اسمان من نسأ الله أجله من باب نفع وأنسأه الله بألف إذا أخره ا هـ. وفي

البناية: النساء بفتح النون والمد البيع إلى أجل وفي فتح القدير أنه بالمد لا غير. قوله: (والنساء فقط بأحدهما) أي وحرّم التأخير لا الفضل بوجود القدر فقط والجنس فقد وله صورتان: إحداهما باع حنطة بشعير متفاضلا صح لا نسيئة. الثانية باع ثوبا مرويا

بمرويين جاز حاضرا، ولو باع عبدا بعد إلى أجل لا يجوز لوجود الجنس. وقال الشافعي:

الجنس بانفراده لا يحرم النساء لأنه لا يثبت بالتأخير إلا شبهة الفضل وحقيقة الفضل جائز

فالشبهة أولى. ولنا أنه مال الربا من وجه نظرا إلى القدر أو إلى الجنس والنقدية أوجبت فضلا

في المالية فيتحقق شبهة الربا وهي مانعة عن الجواز كالحقيقة، كذا في الهداية. قال مولانا

الأكمل: فيه بحث من وجهين: أحدهما ما قيل إن كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون

الشبهة أوجبت فضلا شبهة فصارت شبهة الشبهة فالشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها. والثاني أن كونها شبهة الربا كالحقيقة إما إن يكون مطلقا أو في محل الحقيقة، والأول ممنوع،

والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك. والجواب عن

الأول أن الشبهة الأولى في المحل، والثانية في الحكم، وثمة شبهة أخرى وهي التي في العلة، ولشبهة العلة والمحل تثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة. وعن الثاني أن القسمة غير

حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة إذا وجدت العلة بكمالها ا هـ. واستدل بعضهم

لمذهبنا بنهيه عليه السلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة رواه أبو داود. وقال الترمذي:
إنه
حديث حسن صحيح. قال: والعمل عليه عند أكثر أهل العلم وتمامه في البناية. وأورد
أنه
بعض العلة فلا يثبت به الحكم. وأجيب بأنه علة تامة لحرمة النساء وإن كان بعض علة
الحرمة
الفضل فلا يؤدي إلى توزيع أجزاء الحكم على أجزاء العلة، كذا في المعراج. وأورد
أيضا أن
ظاهر قول المصنف والنساء فقط بأحدهما يمنع جواز إسلام النقود في الزعفران أو
القطن
لوجود القدر وهو الوزن مع أنه جائز. فأجاب عنه في الهداية بأنهما لا يتفقان في صفة
الوزن، أما إذا اختلفا في المعنى فيجوز لأن النقود توزن بالصنجات والزعفران بالأمناء

فنقول: الدراهم مع الزعفران وإن اتفقا في الوزن صورة فقد اختلفا فيما يوزن به صورة ومعنى وحكما فيجوز التأخير، أما الاختلاف الصوري فما بيناه. وأما الاختلاف في المعنى فلان النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران ونحوه يتعين، وأما الاختلاف في الأحكام فيجوز

التصرف في النقود قبل قبضها بخلاف المثلث فلم يجمعهما القدر من كل وجه فنزلت الشبهة

فيه إلى الشبهة فإن الموزونين إذا اتفقا كان المنع للشبهة، وإذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكأن ذلك شبهة الشبهة وهي غير معتبرة. والصنجات بتحريك

النون جمع صنجة. وعن ابن السكيت لا يقال بالسين وإنما يقال بالصاد. وفي المغرب: الصنجات بالتحريك جمع صنجة بالتسكين. وعن الفراء بالسين أفصح، وأنكر القتيبي السين أصلا.

وفي فتح القدير: الوجه أن يضاف تحريم الجنس بانفراده إلى السمع كما ذكرناه، ويلحق به تأثير الكيل أو الوزن بانفراده ثم يستثنى إسلام النقود في الموزونات بالاجماع كي لا

ينسد أكثر أبواب السلم، وسائر الموزونات خلاف النقد لا يجوز إسلامه في الموزونات وإن

اختلفت أجناسها كإسلام الحديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك إلا إذا خرج من أن

يكون وزنيا بالصنعة إلا في الذهب والفضة، فلو أسلم سيفاً فيما يوزن جاز إلا بالحديد 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 كان لاتباع وزنا لأن صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا تتغير بالصنعة فلا تخرج عن الوزن بالعادة، وأورد أنه ينبغي

أن يجوز حينئذ إسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن. أجب

بأن امتناعه لامتناع كون النقد مسلماً فيه لأن المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية. وهل يجوز

بيعا؟ قيل: إن كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل، وإن كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز. وقال الطحاوي: ينبغي أن ينعقد بيعا بثمن مؤجل هـ. وأما إسلام الفلوس في الموزون ففي فتح القدير: مقتضى ما ذكره أن لا يجوز في زماننا لأنها وزنية هـ. وذكر

الأسيبجاني جوازه قال: لأنها عددية بخلاف ما إذا أسلم فلوسا في فلوس فإنه لا يجوز لأن الجنس بانفراده يحرم النساء اه. والواقع في زماننا وزنها بدار الضرب فقط، وأما التعامل في الأسواق فبالعد قوله: (وحلا بعدمهما) أي حل الفضل والنساء عند انعدام القدر والجنس فيجوز بيع ثوب هروي بمرويين نسيئة، والجوز بالبيض نسيئة لعدم العلة المحرم وعدم العلة وإن كان لا يوجب عدم الحكم لكن إذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى أنها تؤثر العدم بل لا تثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو عدم الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الأصلي، وإذا عدم سبب الحرمة والأصل في البيع مطلقا الإباحة كان الثابت الحل. قوله: (وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون كالنقدين وما ينسب إلى الرطل بجنسه متساويا لا متفاضلا) فالبر والشعير والتمر والملح مكيلة أبدا النص رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها فلا يتغير أبدا فيشترط التساوي بالكيل، ولا يلتفت إلى التساوي في الوزن دون الكيل حتى لو باع حنطة بحنطة وزنا لا كيلا لم يجز، والذهب والفضة موزونة أبدا للنص على وزنها فلا بد من التساوي في الوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلا لا وزنا لم يجز، وكذا الفضة بالفضة لأن طاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم واجبة علينا لأن النص أقوى من العرف فلا يترك الأقوى بالأدنى، وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دلالة على جواز الحكم، وعن أبي يوسف اعتبارها على خلاف النص لأن النص عليه في ذلك الوقت إنما كان للعادة فكانت هي المنظور إليها في ذلك الوقت وقد تبدلت. وأما الإسلام في الحنطة وزنا ففيه روايتان، والفتوى على الجواز لأن الشرط كونه معلوما. وفي الكافي: الفتوى على عادة الناس. والرطل بكسر الراء وفتحها قال الجوهري: إنه نصف من وهو

ما

(٢١٥)

يوزن به. وفي النهاية أنه اثنا عشر أوقية. وقال أبو عبيدة: الرطل مائة درهم وثمانية وعشرون درهما ووزن سبعة. وفي المغرب: الرطل ما يوزن به أو يكال به. وفي فتح القدير:

ثم الرطل والأوقية مختلف فيهما عرف الأمصار ويختلف في المصر الواحد أمر المبيعات فالرطل الآن بالإسكندرية ثلاثمائة درهم واثنا عشر درهما كل عشرة وزن سبعة، وفي مصر مائة وأربعة وأربعون درهما، وفي الشام أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله، وفي حلب أكثر من ذلك.

وتفسير أبي عبيده له تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من

الكفارات هـ. وفسر في الهداية ما ينسب إلى الرطل بما يباع بالأواق، وفسره قاضيخان

أيضا فقال: وتفسيره أن ما يباع بالأواق فهو وزني لأنها قدرت بطريق الوزن وصارت وزنية،

أما سائر المكاييل ما قدرت بالوزن فلا يكون وزنيا هـ. حتى يحسب ما يباع وزنا، وهذا لأنه

يشق وزن الدهن بالامناء والصنجات لعدم الاستمساك إلا في وعاء وفي وزنت كل وعاء نوع

خرج فاتخذ الرطل لذلك. والأواق جمع أوقية بالتشديد وهي أربعون درهما، والمراد بها هنا

مواعين معلومات الوزن. قال في الهداية: فإذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه

بمكيال مثله لا يجوزه ولو كان سواء بسواء لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة. وفي

التبيين: وهذا مشكل لأن الشئيين إذا تساويا في كيل وجب أن يستويا في كيل آخر ولا تأثير

لكون الكيل معلوما أو مجهولا في ذلك إذ لا يختلف ثقله فيهما، وفي النهاية قال الأسبيجاني: فائدة هذا أنه لو باع ما ينسب إلى الرطل بجنسه متفاضلا في الكيل

متساويا في الوزن يجوز وهذا أحسن وهو قياس الموزونات فإنه لا يعتبر فيه إلا الوزن غير أنه يؤدي

إلى أنه لا يجوز بالأواق أيضا إذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بيناه، ولا يندفع هذا

الاشكال

إلا إذا منع الجواز في الكيل ا هـ .
قوله: (وجيده كرديئه) أي جيد ما جعل فيه الربا كرديئه حتى لا يجوز بيع أحدهما
بالآخر متفاضلا لقوله عليه السلام جيدها وردئتها سواء. وفي النهاية أنه غريب ومعناه
يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد الخدري أو لأن الوصف لا يعد تفاوتاً عرفاً أو لأن
في
اعتباره سد باب البياعات. قيد بمال الربا لأن الجودة معتبرة في حقوق العباد فإذا أتلف
جيدها
لزمه مثله قدراً وجودة إن كان مثلياً، وقيمته جيدها إن كان قيمياً، ولكن لا تستحق
بإطلاق

عقد البيع حتى لو اشترى حنطة أو شيئاً فوجده رديئاً بلا عيب لا يرده كما في المحيط من

الصرف وقدمناه في خيار العيب. وتعتبر في الأموال الربوية في مال اليتيم فلا يجوز للوصي

بيع قفيز حنطة جيدة بقفيز رديء، وينبغي أن تعتبر في مال الوقف لأنه كاليتيم وقد كتبنا في

الفوائد أنها معتبرة في أربعة: هذان، وفي حق المريض حتى تنفذ من الثلث، وفي الرهن القلب إذا انكسر عند المرتهن ونقصت قيمته فإن المرتهن يضمن قيمته ذهباً ويكون رهناً عنده

قوله: (ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف من الربويات) لأنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كغير مال الربا لحصول المقصود وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف

لعدم تعيينه إلا بالقبض فاشترط فيه لتعيين. والمراد باليد في الحديث التعيين وهو في النقدين

بالقبض، وفي غيرهما بالتعيين فلم يلزم الجمع بين معنيين مختلفين وإنما اشترط القبض في

المصوغ من الذهب والفضة باعتبار أصل خلقة وبيانه كما ذكرها الأسبيجاني بقوله: وإذا تبايعا

كيليا بكيلى أو وزنيا 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، والتقابض قبل الافتراق بالأبدان ليس بشرط لجوازه إلا في الذهب والفضة. ولو 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 التفرق بالأبدان، وإن جعل الدين منهما مبيعاً لا يجوز وإن أحضره في المجلس. والذي ذكر فيه الباء ثمن وما لم يذكر فيه

الباء مبيع وبيانه: إذا قال بعث 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 منها مبيعاً والدين

الموصوف ثمنا ولكن قبض الدين منهما قبل التفرق بالأبدان شرط لأن من شروط جواز هذا البيع أن يحصل الافتراق عن عين بعين، وما كان دينا لا يتعين إلا بالقبض، ولو قبض الدين منهما ثم تفرقا جاز البيع قبض العين منهما أو لم يقبض، ولو قال اشترت منك قفيز حنطة جيدة بهذا القفيز من الحنطة أو قال اشترت منك قفيزي شعير حيد بهذا القفيز من الحنطة فإنه لا يجوز وإن أحضر الدين في المجلس لأنه جعل الدين مبيعا فصار بائعا ما ليس عنده وهو لا يجوز اهـ.

قوله: (وصح بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة وبالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمر بالتمرتين) لأنها لم تكن مكيلا ولا موزونا فانعدمت إحدى العلتين وهي

القدر فجاز التفاضل، سواء كان بضعف الآخر أو بأضعافه حيث لم يدخل تحت كيل أو

وزن. أما التفاحة والبيضة والجوزة فظاهر، وأما الحفنة من الحنطة والشعير فالمراد بها ما دون

نصف صاع لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه فلم يكن من ذوات الأمثال، ولا بد أن لا يوجد نصف الصاع، فلو باع ما دون نصف صاع بنصف صاع لم يجز لوجود العيار من أحد

الجانبين فتحققت الشبهة، وعلى هذا لو باع ما لا يدخل تحت الوزن كالذرة من ذهب وفضة

بما لا يدخل تحته جائز لعدم التقدير شرعا إذ لا يدخل تحت الوزن. قيد بالتفاضل لأنه لا

يجوز النساء لوجود الجنس. وفي فتح القدير: قولهم لا تقدير في الشرع بما دون نصف

الصاع يعرف منه أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها، وفي

جمع التفاريق لا رواية في الحفنة بالقفيز واللب بالجواز والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن

الخاطر إلى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين

والحفنة بالحفنتين، أما إن كانت مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمان القدح المصري فلا شك، وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية

كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم إهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن

التفاضل مع تيقن تحريم إهداره، ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن

محمد أنه كره التمرة بالتمرتين وقال: كلا شئ حرم في الكثير فالقليل منه حرام اه. وأما ضمان الحفنة فبالقيمة عند الاتلاف لا بالمثل، وهذا في غير العددي المتقارب، أما فيه كالجواز

فكلام فخر الاسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان، وكذا التمرة بالتمر لا

ففي حكم الربا. ومن فروع الضمان لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فإن أبي إلا أن يأخذ عينها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها، كذا في فتح القدير. وفي الخانية: لا بأس بالسّمك واحد بائنين لأنه لا يوزن وإن كان جنس منه يوزن فلا خير فيما يوزن إلا مثلا بمثل اه. ثم قال فيها: باع إناء من حديد بحديد إن كان الإناء يباع وزنا تعتبر المساواة في الوزن وإلا فلا، وكذا لو كان الإناء من نحاس أو صفر باعه بصفر اه. قوله:

(والفلس بالفلسين بأعيانهما) أي وصح بيع الفلس المعين بفلسين معينين عندهما. وقال محمد:

لا يجوز لأن الفلوس الرائجة أثمان وهو لا يتعين ولذا لا تتعين الفلوس إذا قوبلت بخلاف

حسنها كالنقدين، ولا يفسد البيع بهلاكها فإذا لم تتعين يؤدي إلى الربا أو يحتمله بأن يأخذ بائع

الفلس الفلسين أو لا فيرد أحدهما قضاء لدينه ويأخذ الآخر بلا عوض فصار كما لو كان بغير

أعيانهما. ولهما أنها ليست أثمانا خلقة وإنما كانت ثمنا بالاصطلاح وقد اصطلحا على إبطال

الثنمية فتبطل وإن كانت ثمنا عند غيرهما لبقاء اصطلاحهم على ثمنيتها إذ لا ولاية للغير

عليهما بخلاف النقدين لأن الثمنية فيهما بأصل الخلقة فلا تبطل بالاصطلاح، فإذا بطلت

الثنمية تعينت فلا يؤدي إلى الربا بخلاف ما إذا كانت غير معينة فإنه يؤدي إلى الربا على ما

بيناه. وأورد أن الثمنية إذا بطلت وجب أن لا يجوز التفاضل لأن النحاس موزون إنما صار

معدودا بالاصطلاح على الثمنية، فإذا بطلت عاد إلى أصله. وأجيب بأن اصطلاحهما على

العد لم يبطل ولا يلازمه فكم من معدود لا يكون ثمنا، وأورد أيضا أن كونها ثمنا بعد الكساد لا يكون إلا باصطلاح الكل فكذا بطلان الثمنية. وأجيب بأن اصطلاحهما على

بطلان ثمنيتها موافق للأصل لكونها عروضا بخلاف اصطلاحهما على كونها ثمنا بعد الكساد

مخالف للأصل ولرأي الجميع فلم يصح، وقيد بالتعيين لأن الفلس لو كان بغير عينه والفلسان

كذلك لم يجوز وصورها أربع ما إذا كان الكل غير معين وأن تقابضا في المجلس كذا في

المحيط وما إذا كان الفلس معينا: وما إذا كانا غير معينين فقط ففي هذه الثلاثة لا يجوز

اتفاقا لكن في لصورتين الأخيرتين لو قبض ما كان دينا في المجلس جاز، كذا في المحيط.

ومحل الخلاف مسألة الكتاب وأصل الخلاف مبني على أن الفلس لا يتعين بالتعيين عند

محمد،
ويتعين عندهما فيبطل العقد بهلاكه، كذا في فتح القدير. وفي المحيط أنها لا تتعين ولا
ينفسخ
العقد بهلاكها. قيد بحل التفاضل لأن النساء حرام اتفاقا لأن الجنس بانفراده يحرمه
كما
قدمناه. وفي الذخيرة: ذكر محمد هذه المسألة في صرف الأصل ولم يشترط التقابض
فهذا
دليل على أنه ليس بشرط، وذكر في الجامع الصغير ما يدل على أنه شرط ومن مشايخنا
من لم
يصحح ما في الجامع الصغير لأن التقابض مع العينية إنما يشترط في الصرف وليس به،
ومنهم من صححه لأن لها حكم العروض من وجه وحكم الثمن من وجه فجاز التفاضل
لأول واشترط التقابض للثاني عملا بالدليلين بقدر الامكان اه. وليس مرادهم خصوص
بيع
الفلس بالفلسين بل بيان حل التفاضل حتى لو باع فلسا بمائة على التعيين جاز عندهما.
تتمة في أحكام الفلوس: في المحيط: لو باب الفلوس بالفلوس أو بالدراهم أو بالدنانير

فنقد أحدهما دون الآخر جاز، وإن افرقا لا عن قبض أحدهما جاز، ولو اشترى مائة
فلس

بدرهم فقبض الدرهم ولم يقبض الفلوس حتى كسدت لم يبطل البيع قياسا ويتخير
المشتري إن

شاء قبضها كاسدة وإن شاء فسخ البيع، ويبطل البيع استحسانا لأن كسادها بمنزلة
الهلاك

لأن المقصود منها الرواج فهو لها كالحياة. ولو قبض منها خمسين ثم كسدت بطل
البيع في

النصف ورد نصف درهم اعتبارا للبعض بالكل، ولو رخصت لم يبطل ولا خيار
للمشتري.

ولو كسدت الفلوس الثمن قبل قبضها بطل البيع عند أبي حنيفة، وعندهما لا يفسد
ويجب

قيمتها. ولو كسدت أفلس القرض فعليه مثلها عنده، وعندهما قيمتها من الدراهم، وكذا
لو

غصب واستهلك. ثم عند أبي يوسف تعتبر القيمة يوم القبض، وعند محمد يوم الكساد،
والأصح عند الإمام أن عليه قيمتها يوم الانقطاع من الذهب والفضة. ولو اشترى فلوسا
وتقابضا على أن كل واحد منهما بالخيار وتفرقا على ذلك فسد البيع لأن الخيار يمنع
صحة

القبض، ولو كان أحدهما بالخيار فالبيع جائز عندهما لأن الخيار لا يمنع ثبوت الملك
له في

المبيع فوجد القبض المستحق في أحدهما، وعلى قول أبي حنيفة لا يجوز لأن الخيار
يؤثر في

الجانبين فيمنع صحة القبض. وإن باع فلسا بعينه بفلسين بأعيانهما بشرط الخيار يجوز
اه. ما

في المحيط من باب بيع الفلوس واستقراضها قوله: (واللحم بالحيوان) أي وصح بيع
اللحم

بالحيوان عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز إذا كان من جنسه إلا
إذا كان

اللحم المفرز أكثر من اللحم الذي في الحيوان ليكون اللحم بمقابلة ما فيه والباقي من
اللحم

بمقابله السقط - وهو بفتحتين - ما لا ينطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش
والأمعاء

والطحال وصار كالحل - وهو بالمهملة - دهن السمسم. ولهما أنه باع الموزون بما

ليس بموزون فصار كبيع السيف بالحديد لأن الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن بخلاف تلك المسألة لأن الوزن في الحل يعرف قدر الدهن إذا ميز. وذكر الشارح: وإنما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة لأن المتأخر منهما لا يمكن ضبطه لا لأنها جنس واحد أر ترى أنه لا يجوز ذلك إذا بيع بغيره من خلاف الجنس أيضا اه. ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل وعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز. وفي شرح الطحاوي: لو كانت الشاة مذبوحة غير مسلوخة فاشتراها بلحم الشاة فالجواب في قولهم جميعا كما قال محمد، وأراد بغير المسلوخة غير المفصولة عن السقط. وفي الحاوي: لو باع شاة في ضرعه لبن بجنس لبنها فهو على الاختلاف الذي في اللحم. قوله: (والكرباس بالقطن وكذا بالغزل كيفما كان) أي صح لاختلافهما جنسا لأن الثوب لا ينقض ليعود غزلا

أو قطنا، والكرباس الثياب من الملحوم والجمع كرايس وإليها ينسب الإمام المحجوبي باعتبار بيعها. وأشار المصنف إلى أنه لو باع القطن المحلوج بغزل فإنه يجوز كيفما كان لاختلاف الجنس وهو قول محمد. وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا متساويا. وقول محمد أظهر. وفي الحاوي: وهو الأصح. ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز إذا علم أن الخالص أكثر مما في الآخر، وإن كان لا يدري لا يجوز. وكذا لو باع القطن غير المحلوج بحب الطن فلا بد أن يكون الحب الخالص أكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون قدره مقابلا به والزائد بالقطن وكذا لو باع شاة على ظهرها صوف أو في ضرعها لبن بصوف أو لبن يشترط أن يكون الصوف أو اللبن أكثر مما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو نظير بيع الزيت بالزيتون قوله: (والرطب بالرطب أو بالتمر متماثلا والعنب بالزبيب) أي متماثلا أيضا. أما الأول فهو قول أبي حنيفة. وقال الباقر من العلماء ومنهم أبو يوسف ومحمد: لا يجوز. وأجمعوا على أن بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز. ودليل الجماعة قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عنه أينقص إذا جف؟ ف قيل: لا إذن. رواه مالك في الموطأ والأربعة في السنن عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص. وله أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام حين أهدي إليه رطب: أو كل تمر خبير هكذا؟ سماه تمرا، وتعقبه في غاية البيان بأن الهدية كانت تمرا وتبعه في البناية بأن الثابت في البخاري أنها تمر، ولأن الرطب لو كان تمرا جاز البيع بأول الحديث وهو التمر بالتمر وإن كان غير تمر فباخره وهو إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم هكذا استدلل الإمام الأعظم حين اجتمع عليه علماء بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر. وأجاب عن حديثهم بأن مداره على زيد بن عياش وهو ممن لا يقبل حديثه.

وفي الهداية: وهو ضعيف عند النقلة. وتعقبه في البناية بأنه ثقة عند النقلة. قال الخطابي: وقد تكلم بعض الناس في إسناد هذا الحديث. وقال: زيد بن عياش مجهول وليس كذلك فإن ابن عياش هذا مولى لبني زهرة وقد ذكره مالك في الموطأ وأخرج حديثه مع شدة تحريه في الرجال ونقده وتتبعه لأحوالهم. وقد أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ورواه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرک وقال: هذا حديث صحيح لأجماع

أئمة النقل على أمانة مالك بن أنس وأنه محمد لما يرويه اه. قال الحاكم قال الأكمل:
سلمنا
قوته في الحديث ولكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور. وفي غاية البيان: قوله ومدار
ما
روياه على زيد بن عياش والمذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش. ورده في البناية
بأنه وهم
فيه لأنه ابن عياش وكنيته أبو عياش وكذلك وهم فيه الشيخ علاء الدين التركماني
هكذا.
وقال صاحب التنقيح: زيد بن عياش أبو عياش الزلاني ويقال المخزومي ويقال مولى
بني
زهرة والمدني ليس به بأس اه. وفي العناية: واعترض بأن التردد المذكور يقتضي جواز
بيع
المقلية بغير المقلية لأن المقلية إما أن تكون حنطة فيجوز بأول الحديث، أو لا فيجوز
بآخره.
فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل
بما بيناه
من إطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت أن التمر اسم لثمرة خارجة من النخلة من حيث
تنعقد
صورتها إلى أن تدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره اه. وفي يفتح القدير: وقد
رد
ترديده بين كونه تمرا أو لا بأن هنا قسما ثالثا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه
بالآخر
كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما فكذا الرطب بالتمر لا يسويهما
الكيل
وإنما يسوي في حال اعتدال البدلين وهو أن يخف الآخر، وأبو حنيفة يمنعه ويعتبر
التساوي
في حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال إذا كان موجه
أمرا
خلقيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فإنها في الحال نحكم بعدم التساوي
لاكتناز
أحدهما في الكيل بخلاف الآخر لتخلل كثير. وأجيب عن حديث زيد بن عياش أيضا
بأن
المراد النهي عنه نسيئة فإنه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسيئة كما رواه أبو

داود: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب التمر نسيئة. وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه. ورواه الطحاوي. وهذه الزائدة بعد صحتها يجب قبولها لأن المذهب المختار عند المحدثين قبولها وإن كان الأكثر لم يروها إلا في زيادة تفرد بها بعض الحاضرين في مجلس واحد، ومثلهم لا يغفل عن مثلها فإنها مردودة، لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة أينقص الرطب إذا جف عريا عن الفائدة إذا كان النهي عنه نسيئة، وما ذكروا أن فائدته أن الرطب ينقص إلى أن يحل الاجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه شفقة مبني على أن السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه اه. وفي شرح الطحاوي: ولو باع الثمار ببعضهما ببعض مجازفة لم يجز إلا إذا كان كيلا وعرف تساويهما في الكيل قبل التفرق بالأبدان عن

مجلس العقد فإنه يجوز البيع، وكذلك إذا كان ثمر بين اثنين اقتسامه مجازفة لا يجوز لأن
القسمة بمنزلة البيع إلا إذا علم تساويهما في الكيل قبل الفرق، ولو بيع بعضهما ببعض
وزنا
متساويا لا يجوز لأن من شرط جواز التسوية الكيل ولا يدري ذلك وعن أبي يوسف
إذا
غلب استعمال الناس بالوزن يصير وزنيا ويجوز ويعتبر التساوي وزنا وإن كان أصله
كيليا،
وأما بيع الرطب بالرطب فلما روينا أن اسم الثمر يتناوله فيجوز بيعه مثلا، بمثل ولو باع
البسر بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لأنه تمر بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه بما شاء
من التمر
لأنه ليس بتمر، ولذا لا يجوز السلم فيه، والكفري - بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد
الرأي
مقصورا - اسم لوعاء الطلع وهو كم النخل أول ما ينشق، وأما الثانية وهي بيع العنب
بالزبيب فعلى الاختلاف السابق، وقيل لا يجوز اتفاقا كالمقلية غيرها والمطبوخة بغير
المطبوخة.
ولو باع حنطة رطبة أو مبلولة أو يابسة جاز، وكذا لو باع تمرا منقعا أو زيبا منقعا بتمر
مثله
أو زبيب مثله أو باليابس منهما جاز عندهما خلافا لمحمد.
قوله: (واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ولبن البقر والغنم وخل الدقل بخل
العنب) لأن أصولها أجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها إلى بعض في الزكاة، وأسمائها
أيضا
مختلفة باعتبار الإضافة كدقيق الشعير والبر والمقصود أيضا يختلف، والمعبر في الاتحاد
المعنى
الخاص دون العام، ولو اعتبر العام لما جاز بيع شئ بشئ أصلا. قيد بالمختلة لأن غيرها
لا
يجوز متفاضلا كلحم البقر والجاموس أو لبنهما أو لحم المعز والضأن أو لبنها أو لحم
العرب
والبخاتي لاتحاد الجنس بدليل الضم في الزكاة للتكميل فكذا أجزاءهما ما لم يختلف
المقصود
كشعر المعز وصوف الضان أو ما يتبدل بالصنعة لاختلاف المقاصد، ولذا جاز بيع
الخبز
بالحنطة متفاضلا. وكذا بيع الزيت المطبوخ بغير المطبوخ أو الدهن المربي بالبنفسج

بغير المرعى

(٢٢٣)

منه متفاضلا. وإنما جاز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا وإن كان من جنس واحد لم

يتبدل بالصنعة لكونه غير موزون عادة فلم يكن مقدرًا فلم توجد العلة، فحاصله أن الاختلاف باختلاف الأصل أو المقصود أو تبدل الصنعة. وفي فتح القدير: وينبغي أن يستثنى

من لحوم الطير الدجاج والإوز فإنه يوزن في عادة ديار أهل مصر بعظمه. والدقل رديء التمر بخل العنب متفاضلا وكذا عصيرهما لاختلاف أصلهما جنسا، وتخصيص الدقل باعتبار العادة لأن الدقل هو الذي كان يتخذ خلا في العادة اه. والحاصل

أن ما يوجب اختلاف الأمور ثلاثة: اختلاف الأصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة ومنهم

جواز بيع إناء صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر، وكذا قمممة بقمممتين، وإبرة بإبرتين،

وخوذة بخوذتين، وسيف بسيفين، وداوة بدواتين ما لم يكن شئ من ذلك من أحد النقدين

فيمتنع التفاضل وإن اصطلحوا بعد الصباغة على ترك الوزن والاقتصار على العقد والصورة،

كذا في فتح القدير قوله: (وشحم البطن بالألية أو باللحم) أي يصح بيعها متفاضلا وإن كانت كلها من الضان لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الأسماء والصور والمقاصد قوله: (والخبز بالبر أو

بالدقيق متفاضلا) لأن الخبز بالصنعة صار جنسا آخر حتى يخرج من أن يكون مكيلا والبر والدقيق مكيلان فلم يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع أحدهما بالآخر نسيئة إذا

كانت الحنطة هي المتأخرة لامكان ضبطها. وإن كان الخبز هو المتأخر فالسلم فيه لا يجوز عند

أبي حنيفة لأنه يتفاوت بالطحن والعجن والنضج. واختلف على قولهما فمنهم من جوزه على

قياس السلم باللحم وبه يفتى للتعامل. وفي الحاوي: يجوز بيع اللبن بالجبن اه قوله: (لا بيع البر بالدقيق أو بالسويق) أي لا يجوز بيع الحنطة بأحدهما متفاضلا ولا متساويا لأنه جنس

من وجه، وإن خص باسم آخر فيحرم لسببه الربا والمعيار فيهما الكيل وهو غير مسؤولهما

بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم حيث يجوز لأن المعيار فيه الوزن وهو مسو،

والسويق ما
يجرش من الشعير والحنطة وغيرهما، ذكره الكرماني في باب من مضمض من السويق.
وأشار
المؤلف إلى جواز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا لاتحاد الاسم والصورة
والمعنى، ولا عبرة باحتمال التفاضل كما في البر بالبر. وقيده ابن الفضل بما إذا كانا
مكبوسين وإلا لا يجوز، وإن باعه بمثله موازنة ففيه روايتان. وبيع المتخول بغير
المتخول لا

يجوز إلا متساويا كما في الخلاصة. وقيد بالبر لأن بيع الدقيق بالسويق لا يجوز مطلقا عنده،

وجاز عندهما مطلقا لاختلاف الجنس ولكن يدا بيد لأن القدر يجمعهما. وله أنهما جنس

واحد من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة، وبيع المقلية بالمقلية والسويق بالسويق متساويا جائز لاتحاد الاسم.

قوله: (والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم) أي لا يجوز البيع في ثلاث صور: الأولى أن يعلم أن الزيت الذي

في الزيتون أكثر لتحقق الفصل من الدهن والتفل. الثانية أن يعلم التساوي لخلو التفل عن العوض. الثالثة أن لا يعلم أنه مثل أو أكثر أو أقل فلا يصح عندنا لأن الفضل المتوهم كالمتحقق احتياطا، وعند زفر جاز لأن الجواز هو الأصل والفساد لوجود الفضل الخالي فما لم

يعلم لا يفسد، ويجوز البيع في صورة بالاجماع أن يعلم أن الزيت المنفصل أكثر ليكون الفضل

بالتفل، وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه. وكل شئ لتفله قيمة إذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص أكثر وإن لم يكن لتفله قيمة كتراب الذهب إذا بيع

بالذهب أو تراب الفضة إذا بيع بالفضة لا يشترط أن يكون الذهب أو الفضة أكثر مما في

التراب لأن التراب لا قيمة له فلا يجعل بإزائه شئ حتى لو جعل فسد لربا الفضل. وفي الحاوي: وإن باع حنطة بحنطة في سنبلها لم يجز وإن باع قصيب حنطة بحنطة كيلا وجزاها

جاز وإن لم يشترط الترك اه قوله: (ويستقرض الخبز وزنا لا عددا) وهذا عند أبي يوسف،

وعند محمد يستقرض بهما، وعند أبي حنيفة لا يستقرض بهما، وذكر الشارح أن الفتوى على

قول أبي يوسف. وفي شرح المجمع: الفتوى على قول محمد. وفي فتح القدير: وأنا أرى أن

قول محمد أحسن. وفي الجوهرة قال محمد: ثلاث من الدناءة: استقرض الخبز والجلوس

على باب الحمام والنظر في مرآة الحمام اه. وفي المحتبي: باع رغيفا نقدا برغيفين

نسيئة
يجوز، ولو كان الرغيفان نقد والرغيف نسيئة لا يجوز، ولو باع كسيرات الخبز يجوز
نقدا
ونسيئة كيف كان قوله: (ولا ربا بين المولى وعبده) لأنه وما في يده ملكه. أطلقه وهو
مقيد
بما إذا لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته وكسبه، وأما إذا كان مستغرقا فيجري الربا
بينهما
اتفاقا لعدم الملك عنده للمولى في كسبه كالمكاتب، وعندهما لتعلق حق الغير،
والتحقيق أنه

على إطلاقه ولا ربا بينهما وإن كان مديونا مستغرقا وإنما يرد الزائد لتعلق حق الغرماء به كما لو أخذ منه شيئا بغير عقد، كذا في المعراج. ولو كان عليه دين غير مستغرق فلا ربا. وفي مأذون المحيط إذا أخذ المولى من كسب المأذون شيئا ثم لحقه دين سلم للمولى ما أخذ، وإن كان عليه يوم الاخذ ولو قليلا لم يسلم، وفائدته لو لحقه آخر رد المولى جميع ما أخذه بخلاف ما إذا أخذ منه ضريبة وليس عليه دين فإنها تسلم له استحسانا، والمدبر وأم الولد كالعبد بخلاف المكاتب. وأشار المصنف إلى أنه لا ربا بين المتفاوضين وشريكي العنان إذا تبايعا من مال الشركة وإن كان من غيره جرى بينهما. قوله: (ولا بين الحربي والمسلم ثمة) أي لا ربا بينهما في دار الحرب عندهما خلافا لأبي يوسف. وفي البناية: وكذا إذا باع خمرا أو خنزيرا أو ميتة أو قامرهم وأخذ المال كل ذلك يحل له. ولهما الحديث لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح وبعقد الأمان منهم لم يصير معصوما إلا أنه التزم أن لا يتعرض لهم بغدر ولا لما في أيديهم بدون رضاهم فإذا أخذ برضاهم أخذ مالا مباحا بلا غدر فيملكه بحكم الإباحة السابقة إلا أنه لا يخفي أنه إنما اقتضى حل مباشرة العقد إذا كان الزيادة ينالها المسلم والربا أعم من ذلك إذ يشمل ما إذا كان الدرهمان من جهة المسلم أو من جهة الكافر وجواب المسألة بالحل عام في الوجهين، كذا في فتح القدير. وحكم من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر كالحربي عند أبي حنيفة لأن ماله غير معصوم عنده فيجوز للمسلم الربا معه، وأما إذا هاجر إلينا ثم عاد إليهم لم يجز الربا معه لكونه أحرز ماله بدارنا فكان من أهل دار الاسلام، كذا في الجوهرية. وفي

المجتبي معزيا إلى الكفاية: مستأمن منا باشر مع رجل مسلما كان أو ذميا في دارهم أو
من
أسلم هناك شيئا من العقود التي لا تجوز فيما بيننا كالربويات وبيع الميتة جاز عندهما
خلافاً
وأبي يوسف اه. والله تعالى أعلم.

باب الحقوق

كان من حق مسائل هذا الباب أن تذكر في الفصل المتصل بأول البيوع إلا أن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير، ولأن الحقوق توابع فيليق ذكرها بعدما مسائل البيوع، كذا

في المعراج. والحقوق جمع حق. وفي المصباح الحق خلاف الباطل وهو مصدر حق الشيء من بابي ضرب وقتل إذا وجب وثبت ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها اه. وفي البناية: الحق ما

يستحقه الرجل وله معان أخر منها الحق ضد الباطل اه. وفي شرح المنار للسيد نكركار:

الحق هو الشيء الموجود من كل وجه ولا ريب في وجوده ومنه قوله عليه السلام السحر

حق والعين حق اه. وفي شرح البخاري للكرماني: الحق حقيقة هو الله تعالى بجميع صفاته

لأنه الموجود حقيقة بمعنى لم يسبق بعدم ولم يلحقه عدم وإطلاق الحق على غيره مجاز ولذا ورد

في الحديث اللهم أنت الحق ووعدك الحق وقولك الحق بالتعريف في الثلاثة ثم قال ولقائوك حق والجنة حق والنار حق والساعة حق بالتنكير اه وذكر الأصوليون أن الأحكام

أربعة: حقوق الله تعالى خالصة، وما اجتمعا فيه وحق الله تعالى غالب كحد القذف، وما اجتمعا فيه وحق العباد غالب كالقصاص. قالوا: والمراد من حق

الله تعالى ما تعلق نفعه بالعموم وإنما نسب إلى الله تعظيماً لأنه متعال عن أن ينتفع بشيء ولا

يجوز أن يكون حقاً له تعالى بجهة التخليق لأن الكل سواء في ذلك قوله: (العلو لا يدخل

بشراء بيت بكل حق) يعني إذا اشترى بيتاً فوقه بيت لا يدخل فيه العلو ولو قال بكل حق هو

له ما لم ينص عليه لأن البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعلو مثله والشيء لا يكون

تبعاً لمثله. وفي المصباح: علو الدار وغيرها خلاف السفلى بضم العين وكسرهما اه. وأورد

المستعير له أن يعير ما لا يختلف والمكاتب له أن يكاتب عبده فأجيب بأن ذلك ليس

بطريق
الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له أن يملك ما ملك كذلك،
والمكاتب
بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لأن كتابة عبده من أكسابه.
قوله: (وبشراء منزل إلا بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل و كثير هو فيه أو منه)

أي لا يدخل العلو بشراء منزل إلا أن يقول المشتري لفظا من الثلاثة لأن المنزل له شبه بالدار وبالبيت لأنه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكن فيه الرجل بأهله مع ضرب قصور فيه فإنه ليس فيه اصطبل، فلشبهه الدار يدخل بذكر التوابع، ولشبه البيت لا يدخل من غير ذكر توفيراً عليهما حظهما. وفي الكافي: إن هذا التفصيل مبني على عرف الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل، سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار، والأحكام

تبتني على العرف فيعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عرف أهله. وفي الذخيرة: اعلم أن الحق في العادة يذكر فيما هو تبع للمبيع ولا بد للمبيع منه ولا يقصد إلا لأجل المبيع كالطريق والشرب للأرض والمرافق عبارة عما يرتفق به ويختص بما هو من التوابع كالشرب ومسيل الماء. وقوله كل قليل وكثير يذكر على وجه المبالغة في إسقاط حق البائع عن المبيع مما يتصل بالمبيع اه. وفي المصباح: المرافق جمع مرفق بكسر الميم وفتح الفاء لا غير كالمطبخ والكنيف ونحوه على التشبيه باسم الآلة بخلاف المرفق في الوضوء فإن فيه لغتين فتح الميم وكسر الفاء كمسجد وبالعكس، وكذا المرفق بمعنى ما ارتفعت به اه. فالحاصل أن المرفق

مطلقاً فيه لغتان إلا مرفق الدار. وفي جامع الفصولين من الفصل السابع: وما يذكر في دعوى العاقر من قوله بحقوقه ومرافقه فحقوقه عبارة عن مسيل الماء وطريق وغيره وفاقاً ومرافقه عند أبي يوسف عبارة عن منافع الدار، وفي ظاهر الرواية المرفق هي الحقوق اه قوله: (ودخل بشراء دار) أي العلو بشراء دار وإن لم يذكر شيئاً من ذلك لأن الدار اسم لما أدير عليه الحدود من الحائط، ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من أجزائه فيدخل فيه من غير ذكر. وفي البنائية: الدار لغة اسم لقطعة أرض ضربت لها الحدود وميزت عما يجاورها بإدارة خط عليها فبني في بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصحراء للاسترواح ومنافع الأبنية للاسكان وغير ذلك، ولا فرق بين ما إذا كانت الأبنية

بالماء والتراب أو بالخيام والقباب اه قوله: (كالكنيف) أي كما يدخل بشراء الدار وإن
لم
يصرح به لأن الكنيف منها، وكذا يدخل بئر الماء والأشجار التي في صحنها والبستان
الداخل
فأما الخارج فإن كان أكبر منها أو مثلها لا يدخل إلا بشرط، وإن كان أصغر منها
يدخل لأنه

يعد من الدار عرفا. والكنيف المستراح وفي المصباح: الكنيف الساتر ويسمى الترس
كنيفا
لأنه يستر صاحبه. وقيل للمرحاض كنيف لأنه يستر قاضي الحاجة والجمع كنف مثل
نذير
ونذر اه. أطلقه فشمّل ما إذا كان الكنيف خارجا مبنيا على الظلة لأنه يعد منها عادة.
قوله: (لا الظلة إلا بكل حق) أي لا تدخل الظلة في بيع الدار إلا إذا قال بكل حق وهي
السيّاط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على دار الأخرى أو على أسطوانات
في
السكة، كذا في فتح القدير. وفي الصحاح: والظلة بالضم كهيئة الصفة وقرئ * (في
ظلل على
الأرائك متكئون) * [يس: ٦٥] والظلة أيضا أول سحابة تظل عن أبي زيد وعذاب يوم
الظلة
قالوا: غيم تحته سموم والمظلة بالكسر البيت الكبير من الشعر اه. وفي المغرب: قول
الفقهاء
ظلة الدار يريدون السدة التي تكون فوق الباب. وإنما لا تدخل عند أبي حنيفة لأنها
مبنية على
الطريق فأخذت حكمه. وعندهما إن كان مفتحا في الدار تدخل مطلقا لأنها من
توابعها
كالكنيف. وليس مراد المصنف بقوله إلا بكل حق القصر على هذا بل إنما المراد به أو
بنحوه
بأن يقال بمرافقتها أو بكل قليل وكثير هو فيه، كذا في البناية. وفي الخانية: ويدخل
الباب
الأعظم فيما إذا باع بيتا أو دارا بمرافقة لأن الباب الأعظم من مرافقتها اه. قوله: (ولا
يدخل
الطريق والمسيل والشرب إلا بنحو كل حق بخلاف الإجازة) أي لا تدخل الثلاث في
بيع
الأرض أو المسكن إلا بذكر كل حق ونحوه بخلاف الإجازة حيث تدخل مطلقا لأن
كلا منها
خارج عن الحدود فكانت تابعة فتدخل بذكر التوابع وأنا الإجازة وإنما المقصود منها
الانتفاع
ولا يتحقق إلا بها ولأن البيع شرع لتمليك العين لا المنفعة بدليل صحة شراء جحش
ومهر
صغير وأرض سبخة ولا تصح إيجارتها، وكذا لو استأجر علوا واستثنى الطريق فسدت

بخلاف

(٢٢٩)

البيع، وقد يتجر في العين فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة. وفي المعراج: أراد الطريق الخاص في ملك إنسان أما الطريق إلى سكة غير نافذة أو إلى طريق عام يدخل اه. وفي المحيط:

وكذا ما كان له من حق مسيل الماء أو القاء الثلج في ملك إنسان لحاجته. وفي الذخيرة بذكر الحقوق: إنما يدخل الطريق الذي يكون عند البيع لا الطريق الذي كان قبل البيع حتى إن من سد طريق منزله وجعل له طريقا آخر وباع المنزل بحقوقه يدخل تحت البيع الطريق الثاني لا الطريق الأول، كذا في البناية. فإن ذكر الحقوق وقال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فإن المشتري لا يستحق الطريق من غير حجة لكن له أن يردها بالعيب، وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة، فإن كانت المبيعة، فإن كانت الجذوع للبائع يؤمر البائن بالرفع، وإن كانت لغيره كان عيبا، كذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق أو مسيل ماء لدار أخرى، فإن كانت تلك الدار للبائع لم يكن للبائع أن يمر في الدار المبيعة لأنه باعها من غير استثناء، وإن كانت تلك الدار لغير البائع كان عيبا، كذا في شرح الجامع الصغير لقاضيخان. وفي الخلاصة: يدخل الطريق في الرهن والصدقة الموقوفة كالإجارة. وفي الخانية: لو أقر بدار أو صالح على دار أو وصي بدار ولم يذكر حقوقها ومرافقها لم يدخل الطريق اه. وأما إذا اقتسما ولم يذكر طريقا فإن أمكنه فتح باب صحت وإلا فسدت ولا يدخل إلا بذكر الحقوق وفي البيع يدخل بذكر الحقوق وإن أمكنه فتح باب، وبيان الفرق بين القسمة والإجارة وبينهما وبين البيع في المعراج اه.

باب الاستحقاق
وهو طلب الحق. وفي المصباح: استحق فلا الامر استوجبه، قاله الفارابي وجماعة.
فالامر مستحق بالفتح اسم مفعول ومنه خرج البيع مستحقا ه. وذكره عقيب الحقوق

للمناسبة بينهما لفظا ومعنى قوله: (البينة حجة متعدية لا الاقرار) لأن البينة لا تصير حجة إلا بقضاء القاضي وله ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة، والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه، كذا ذكر الشارح. وظاهره أن معنى التعدي أنه يكون القضاء به قضاء على كافة الناس في كل شئ قضى به بالبينة وليس كذلك، وإنما يكون القضاء على الكافة في العتق. قال في الخلاصة: القضاء بحرية العبد قضاء في حق الناس كافة ا هـ. وفي الصغرى من دعوى النكاح من كتاب الدعوى: إذا قضى القاضي لانسان بنكاح امرأة أو بنسب أو بولاء عتاقة ثم ادعاه الآخر لا تسمع، ذكره في آخر الباب الرابع والمائة من أدب القاضي ا هـ. وأما القضاء بالوقف ففي الخلاصة من القضاء والقضاء بوقفية موضع هل يكون قضاء على الناس كافة؟ اختلف المشايخ فيه. وفي كتاب الدعوى: أرض في يد رجل ادعى أن هذه الدار وقف من جهة فلان على جهة معلومة وأنه متولي ذلك الوقف وذكر الشرائط وأثبت بالبينة وقضى القاضي بالوقفية ثم جاء رجل وادعى أن هذه الأرض ملكه وحقه تسمع بخلاف العبد إذا ادعى العتق على إنسان وقضى القاضي بالعتق ثم ادعى رجل أن هذا العبد ملكه لا تسمع لأن القضاء بالعتق قضاء على جميع الناس كافة بخلاف الوقف. قال الصدر الشهيد: لم نر لهذا رواية ولكن سمعت أنت فتوى السيد أبي شجاع على هذا. وفي فوائد شمس الأئمة الحلواني وركن الاسلام علي السعدي أن الوقف كالعتق في عدم سماع الدعوى بعد قضاء القاضي بالوقفية لأن الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يبطل إلا في مواضع مخصوصة وكذا في النوازل ا هـ. وصح العمادي في الفصول أن القضاء به ليس قضاء على الكافة فتسمع فيه دعوى الملك فقد ظهر بهذا أن القضاء يكون على الكافة في الحرية والنكاح والنسب والولاء خاصة، وفي الوقف

يقتصر على الأصح. وأما القضاء بالملك فقضاء على المدعي عليه وعلى من تلقى
الملك منه،

كذا في الخلاصة. وفيها قبله: المشتري إذا صار مقضيا عليه هل يصير البائع مقضيا عليه حتى لا تسمع إن قال المشتري في جواب دعوى المدعي ملكي لأنني اشتريته من فلان يعني من البائع صار البائع مقضيا عليه حتى لا تسمع دعوى البائع هذا المحدود ويرجع المشتري عليه بالثمن، أما إذا قال في الجواب ملكي ولم يزد عليه لا يصير البائع مقضيا عليه حتى تسمع دعواه هذا المحدود. والإرث كالشراء وهو منصوص في الجامع الكبير وصورتها: دار في يد رجل يدعي أنها له فجاء آخر وادعى أنها له ورثها من أبيه وأقام البينة وقضى القاضي له عليه بها ثم جاء أخو المقضي عليه وادعى أن هذه الدار كانت لأبيه مات وتركها ميراثا له بين الأخ المقضي عليه وبينه يقضي للأخ المدعي بنصف الدار لأن الأخ المقضي عليه لم يقل في الجواب ملكي لأنني ورثتها من أبي فلم يصر الأخ الآخر حينئذ مقضيا عليه فتسمع دعواه، وكذا لو أقر ذو اليد وهو الأخ المقضي عليه أنه ورثها من أبيه بعد ما أنكر وبعد إقامة البينة، ولو أقر أنه ورثها من أبيه قبل إقامة البينة لا تسمع دعوى الأخ هـ. وذكر قبله المورث إذا صار مقضيا عليه في محدود فمات فادعى وارثه ذلك المحدود، إن ادعى الإرث من هذا المورث لا تسمع، وإن ادعى مطلقا تسمع، وإن كان على القلب بأن كان المورث مدعيا والمقضي عليه أجنبيا فلما مات المورث ادعى المقضي عليه هذا المحدود مطلقا على وارثه لا تسمع. وذكر فيها معزيا إلى الصغرى في دعوى الدين على إحدى الورثة وقد أقر المدعي أن الميت لم يترك شيئا القضاء عليه قضاء على الميت هـ. وحاصله أن القضاء على المشتري قضاء على البائع بالشرط السابق.

وفي فتح القدير: إن القضاء باستحقاق المبيع من يد المشتري قضاء على الكل ولا
تسمع
دعوى أحدهما أنه ملكه، وعلى الوارث قضاء على المورث بشرطه، وعلى المورث
قضاء على
الوارث بشرطه، وعلى أحد الورثة قضاء على الباقي بشرطه. وذكر ملاحسر ومن باب
الاستحقاق والحكم بالحرية الأصلية حكم على الكافة حتى لا تسمع دعوى الملك من
أحد،
وكذا العتق وفروعه. وأما الحكم في الملك المؤرخ فعلى الكافة من التاريخ لا قبله يعني
إذا
قال زيد لبكر إنك عبدي ملكتك منذ خمسة أعوام فقال بكر إني كنت عبد بشر ملكني
منذ
سنة أعوام فأعتقني فبرهن عليه اندفع دعوى زيد، ثم إذا قال عمر ولبكر إنك عبدي
ملكتك
منذ سبعة أعوام وأنت ملكي الآن فبرهن عليه تقبل ويفسخ الحكم بحريته ويجعل ملكا

لعمرو، ويدل عليه أن قاضيخان قال في أول البيوع في شرح الزيادات فصارت مسائل الباب
على قسمين: أحدهما عتق في ملك مطلق وهو بمنزلة حرية الأصل والقضاء به قضاء
على كافة الناس، والثاني القضاء بالعتق في الملك المؤرخ وهو قضاء على كافة الناس من
وقت التاريخ ولا يكون قضاء قبله فليكن هذا على ذكر منك الكتب المشهورة خالية عن هذه
الفائدة هـ. ومن فروع التعدي إذا قضى بها دون الاقرار مسألة في الاستحقاق إذا
استحق المبيع بينة رجع المشتري على بائعه بالثمن وبالاقرار لا. وفي مسائل الاستحقاق ما في
جامع الفصولين: لو استحق بالبينة فطلب ثمنه من بائعه فقال المبيع لي وشهدا بزور فقال
المشتري أنا أشهد بذلك وأنهما شهدا بزور فللمشتري أن يرجع بثمنه على بائعه مع هذا الاقرار إذ
المبيع لم يسلم له فلا يحل ثمنه للبائع، ثم قال المرجوع عليه عند الاستحقاق لو أقر بالاستحقاق
ومع ذلك برهن الراجع على الاستحقاق كان له أن يرجع على بائعه إذ الحكم وقع بينة لا
بإقرار لأنه محتاج إلى أن يثبت عليه الاستحقاق ليتمكن الرجوع على بائعه. وفيه: لو برهن
المدعي ثم أقر المدعي عليه بالملك يقضي له بإقرار لا بينة إذا البينة إنما تقبل على المنكر لا على
المقر وفيه اختلاف المشايخ، فقليل يقضي بالاقرار، وقيل بالبينة والأول أظهر وأقرب إلى الصواب هـ.
وأورد على أن الاقرار قاصر على المقر مسألتان: الأولى إذا أراد الزوج أن يسافر بامرأته
فأقرت بدين لانسان فإنه يمنعها من السفر. الثانية إذا أقر الآجر بدين يصح وتنفسخ الإجارة ولم
يقتصر الاقرار على المقر، والجواب أن هذا الاقرار وإن كان على الغير لكنه من
ضرورات الاقرار لأنه صادق خالص حتى المقر وهو الذمة ثم لزم منه إتلاف حق الغير بالضرورة
ولأن المرأة والآجر يقدران على الانشاء بالاستقراض وهذا قول أبي حنيفة. وعندهما لا يصدق

المؤجر في حق المستأجر ولا تنتقض الاجار ولا تصدق المرأة في حق الزوج حتى لا
يكون
للمقر له حبسها وملازمتها، ولا يبطل حق الزوج في نقلها، كذا ذكره العتابي في شرح
الزيادات، وذكر قبله أصلاً لأبي حنيفة فقال: أصل الباب أن إقرار الانسان على غيره لا
يصح

وذلك بأن يتضمن إقراره بطلان حق الغير بحيث يضاف البطلان إلى إقراره، ففي مسألة الإجارة إنما يصح إقراره لأنه تصرف في ذمة نفسه بالتزام الدين ثم تعدى إلى حق الغير وهو

المستأجر وحقه إنما يبطل بعد الاقرار بالبيع والتنفيذ فلا يضاف البطلان إلى إقرار الآجر فلا

يكون إقرارا على الغير وكذا في مسألة المرأة ٥١ هـ. ومن مسائل اقتصار الاقرار مسألة في الذخيرة من الفصل الثالث والعشرين من المتفرقات قبيل الصرف ذكر في الباب الأول من

شهادات الجامع: شهدا على رجل بعث عبد فردت لتهمة فوكل المولى أحدهما ببيعه فباعه من

الشاهد الآخر صح البيع لأن قولهما لم ينفذ في حق المالك والمتعاقدان وإن تصادقا على فساد

البيع لكن قولهما ليس بحجة على غيرهما، وعتق العبد لاقرار المشتري بحريته وولاؤه موقوف، وبرئ المشتري عن الثمن في قياس قولهما ولا يبرأ في قياس قول أبي يوسف بناء

على ابراء الوكيل بالبيع عن الثمن وضمنه الوكيل عندهما، وليس للوكيل حق استيفاء الثمن

عند أبي يوسف إنما يستوفيه الموكل بخلاف الوكيل بالبيع إذا أبرأ عن الثمن حتى لا يصح

الابراء عنده فلو وكيل استيفاءه، وإن باع الوكيل العبد من غير صاحبه جاز ولا عتق ولا براءة

وتمامها فيها.

قوله: (والتناقض يمنع دعوى الملك) لأن القاضي لا يمكنه أن يحكم بالكلام المتناقض إذ أحدهما ليس بأولى من الآخر فسقطا، وهذا أصل لفروع كثيرة مذكورة في الدعوة، بأس بايراد نبذة منها، فمن ذلك ما في الظهيرية: رجل ادعى على رجل مقدارا معلوما بأنه

دين له عليه وأنكره المدعى عليه ثم ادعى أن ذلك المقدار عنده من جهة الشركة فإنه لا تسمع

دعواه لأنه متناقض في كلامه ولو كان الامر بالعكس تسمع لامكان التوفيق لأن مال الشركة

يجوز أن يكون دينا بالجحود والدين لا يصير مال الشركة. ومنها ما ذكره فيها أيضا: رجل

ادعى على آخر أنه أخوه وادعى عليه النفقة فقال المدعى عليه ليس هو بأخي ثم مات

المدعي
وخلف أموالا كثيرة فجاء المدعي عليه يطلب ميراثه وقال هو أخي لا تقبل ولا يقضي
له
بالميراث لأنه متناقض، ولو كان مكان دعوى الاخوة دعوى البنوة أو الأبوة والمسألة
بحالها
يقبل ذلك منه ويقضي له بالميراث، ومنها ما ذكره فيها: ادعى عينا في يد إنسان أنها
لفلان
وكلني بالخصومة فيها ثم ادعى أنها له وأقام البينة على ذلك يصير متناقضا فلا تقبل
بينته، ولو
ادعى أنها له ثم ادعى بعد ذلك أنه لفلان وكله بالخصومة فيه وأقام البينة على ذلك
قبلت بينته
ولا يصير متناقضا هـ. ومنها ما في البزازية: ادعى شراء دار رمن أبيه فقبل أن يزكي
شهوده

برهن على أنه ورثها من أبيه تقبل لوضوح التوفيق لأنه يقول جحدني الشراء فملك
بالإرث
وعلى العكس لا. ومنها ما فيها أيضا: ادعى الصدقة منه منذ سنة ثم ادعى الشراء منه
منذ
شهر وبرهن لا تقبل إلا إذا وفق كما مر. ومنها ما فيها: لو ادعى أولا الوقف ثم لنفسه
لا
تسمع كما لو ادعاه لغيره ثم لنفسه، ولو ادعى أنها له ثم ادعى أنها وقف عليه تسمع
لصحة
الإضافة بالأخصية انتفاعا كما لو ادعاه لنفسه ثم لغيره. ومنها ما فيها أيضا: ادعى أنه
لفلان وكله بالخصومة ثم ادعى أنه لفلان آخر وكله بالخصومة لا تقبل إذ الوكيل
بالخصومة
في عين من جهة زيد مثلا لا يلي إضافته إلى غيره إلا إذا وفق وقال كان لفلان الأول
وكان
وكلني بالخصومة ثم باعه من الثاني ووكلي الثاني أيضا، والتدارك ممكن بأن غاب عن
المجلس
ثم جاء بعد مدة وبرهن على ذلك على ما نص عليه الحصري في الجامع دلنا به أن
الامكان لا
يكفي. ومنها لو ادعى أنه وكيل عن فلان بالخصومة فيه ثم ادعاه لنفسه لا يقبل لأن ما
هو له
لا يضيفه إلى غيره في الخصومة ولا يحكم له بالملك بعد ما أقر به لغيره، ولو برهن
أولا
لموكله لعدم الشهادة به له إلا إذا وفق وقال كان لفلان وكلني بالخصومة ثم اشترته
منه
وبرهن على ذلك الأمر الممكن بخلاف ما إذا ادعاه لنفسه ثم ادعى أنه وكيل لفلان
بالخصومة
لعدم المنافاة فإن الوكيل بالخصومة قد يضيف إلى نفسه يكون المطالبة له. ومنها ما في
الأجناس الصغرى: ادعى محدودا بشراء أو إرث ثم ادعاه ملكا مطلقا لا تسمع إذا
كانت
الدعوى الأولى عند القاضي، فأما إذا لم تكن عند القاضي فهذا والأول سواء، هذا على
الرواية التي ذكروا أن التناقض إنما يتحقق إذا كان كلا الدعوتين عند القاضي، فأما من
اشترط أن يكون الثاني عند القاضي يكفي في تحقق التناقض كون الثاني عند الحاكم.
وفيها
أيضا: والتناقض كما يمنع الدعوى لنفسه يمنع الدعوى لغيره والتناقض يرتفع بتصديق

الخصم وبتكذيب الحاكم أيضا وهو معنى قولهم المقر إذا صار مكذبا شرعا بطل إقراره.
وفيها: الايداع والاستعارة والاستئجار والاستيهاب إقرار بأن العين لذي اليد فلا تسمع دعواه
بأنها له، وطلب نكاح الأمة مانع من دعوى تملكها وطلب نكاح الحرة مانع من دعوى نكاحها هـ. وذكر الاختلاف في أن إمكان التوفيق يكفي لدفع التناقض أو التوفيق بالفعل،
ذكرهما في الخلاصة. وفي البزازية معزيا إلى الخجندي أنه اختار أن التناقض إن كان من المدعي لا بد من التوفيق بالفعل ولا يكفي الامكان، وإن كان من المدعي عليه يكفي الامكان

لأن الظاهر عند الامكان وجوده ووقوعه والظاهر حجة في الدفع لا في الاستحقاق والمدعي
مستحق والمدعى عليه دافع والظاهر يكفي في الدفع لا في الاستحقاق. ويقال أيضا: إن تعدد الوجوه لا يكفي الامكان وإن اتحد يكفي الامكان هـ. وسيأتي لهذا مزيد إن شاء الله تعالى في مسائل شتى من كتاب القضاء عند قول المصنف ما كان لك علي قط ثم ادعى الايفاء أو البراء وفي كتاب الدعوى إن شاء الله تعالى. والتناقض في اللغة كما في المصباح: التدافع يقال تناقض الكلامان تدافعا كان كل واحد نقض الآخر، وفي كلامه تناقض إذا كان بعضه يقتضي إبطال بعض هـ. وفي الصحاح: والمناقضة في القول أن يتكلم بما يتناقض معناه هـ. وأما في المنطق فقال في الشمسية من الفصل الثالث في أحكام القضايا: وحد والتناقض بأنه اختلاف قضيتين بالسلب والايجاب بحيث يقتضي لذاته أن تكون إحداهما صادقة والأخرى كاذبة فلا يتحقق في المخصوصتين إلا عند اتحاد الموضوع، ويندرج فيه وحدة الشرط والجزاء لكل وعند اتحاد المحمول، ويندرج فيه وحدة الزمان والمكان والإضافة والقوة والفعل والمحسورتين، ولا بد مع ذلك من الاختلاف بالكمية لصدق الجزئيين وكذب الكليتين في كل مادة يكون الموضوع فيها أعم، ولا بد من الاختلاف بالجهة في الكل لصدق الممكنتين وكذب الضروريتين في مادة الامكان هـ. وتوضيحه في شرحها للقطب. والظاهر أن مراد الفقهاء به المعنى اللغوي لا المنطقي كما لا يخفى. قوله: (لا الحرية والنسب والطلاق) لأن مبناها على الخفاء فبعضر في التناقض لأن النسب بيتني على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بها الزوج والمولى فتفرع على المسألة الأولى ما في المبسوط من باب الاقرار بالرق أن الأمة إذا أقرت بالرق فباعها المقر له جاز، فإن ادعت عتقا بعد البيع وأقامت البينة على عتق من البائع أو على أنها حرة من الأصل قبلت بينتها استحسانا. ولو باع عبدا ودفعه إلى المشتري وقبض ثمنه وقبضه المشتري وذهب به إلى منزله والعبد ساكت وهو ممن يعبر عن نفسه فهذا إقرار منه بالرق لأنه انقاد للبيع والتسليم ولا

يثبت ذلك شرعا إلا في الرقيق فيصدق في دعوى الحرية بعد ذلك لأنه يسعى في نقض ما
تم من جهته إلا أن تقوم له بينة على ذلك فحينئذ تقبل والتناقض لا يمنع من ذلك،
وكذا لو
رهنه أو دفعه بجناية كان إقرارا بالرق بخلاف ما لو أجره ثم قال أنا حر فالقول وله لأن
الإجارة تصرف في منفعه لا في عينه ومنافع الحر تملك بالإجارة كالعبد فلا يكون
إقرارا له
بالرق والإجارة ليست بإقرار من الخادم بالرق وهو إقرار من المستأجر بأن العبد ليس له
حتى
لو ادعاه بعد ما استأجره لنفسه لا يصدق ا هـ. وأطلق الحرية فشمّل الأصلية والعارضة
لخفاء
حال العلق فإن الولد انجلب صغيرا من دار إلى دار وينفرد المولى بالاعتاق ولهذا قلنا:

المكاتب إذا أدى بدل الكتابة ثم ادعى تقدم إعتاقه على الكتابة تقبل ويؤدي بدل الكتابة، كذا
في البزازية. وأما التناقض المعفو في النسب فصورته: لو باع عبدا ولو عنده وباعه المشتري
من آخر ثم ادعاه البائع الأول أنه ابنه فتسمع دعواه ويطل الشراء الأول والثاني لأن النسب
ينبني على العلوق فيخفي فيعذر في التناقض، هكذا فصوره العيني في شرح الكنز، وظاهره
أن النسب في كلام المصنف خاص بالأصول والفروع، وأما تناقض ما عداهم فإنه يمنع لما
قدمناه من أنه إذا أنكر أخوته عند طلب الانفاق عليه فمات فادعى بعده أنه أخوه طالبا ميراثه
لم تسمع ورجوعه إلى التناقض في دعوى الملك لكونه لا يصح الدعوى بأنه أخوه إلا إذا
ادعى حقا ولذا قال في البزازية من العاشر في النسب والإرث من كتاب الدعوى: ادعى على
آخر أنه أخوه لأبويه إن ادعى إرثا أو نفقة وبرهن تقبل ويكون قضاء على الغائب أيضا حتى
لو حضر الأب وأنكر لا تقبل ولا يحتاج إلى إعادة البينة لأنه لا يتوصل إليه إلا بإثبات الحق
على الغائب، وإن لم يدع مالا بل ادعى الاخوة المجردة لا تقبل لأن هذا في الحقيقة إثبات
البنوة على أبي المدعى عليه والخصم فيه هو الأب لا الأخ، وكذا لو ادعى أنه ابن ابنه أو أبو
أبيه والابن والأب غائب أو ميت لا يصح ما لم يدع مالا فإن ادعى مالا فالحكم على الحاضر
والغائب جميعا كما مر بخلاف ما إذا ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه، أو على امرأة أنها
زوجته، أو ادعت عليه أنه زوجها، أو ادعى العبد على عربي أنه مولاه عتاقة، أو ادعى عربي
على آخر أنه معتقه، أو ادعت على رجل أنها أمته، أو كان الدعوى في ولاء الموالاة وأنكره
المدعي عليه فبرهن المدعي على ما قاله تقبل ادعى به حقا أو لا، بخلاف دعوى

الاخوة لأنه
دعوى الغير ألا ترى أنه لو أقر أبوه أو ابنه أو زوجه أو زوجته صح، أو بأنه أخوه لا
لكونه
حمل النسب على الغير وتمامه فيها. ولو قال هذا الولد ليس مني ثم تلاعنا ثم قال مني
يصدق
لخفاء العلوق فاندفع ما لو قال هذه الدار ليست لي ثم ادعاها كما مر، كذا فيها أيضا.
وفي جامع الفصولين قال لست وارثا ثم ادعى أنه وارثه وبين الجهة تسمع لأن
التناقض في النسب معفو عنه ا هـ. وعلى هذا أفيتت فيمن أقر أنه ليس ابن فلان ثم ادعى
أنه
ابنه أنها تسمع، أما الطلاق صوره العيني بما إذا اختلعت من زوجها ثم أقامت بينة أنه
كان
طلقها ثلاثا قبل الخلع فإنه تقبل بينتها، ولها أن تسترد بدل الخلع وإن كانت متناقضة
لاستقلال الزوج بإيقاع الثلاث عليها من غير أن يكون لها علم بذلك. وفي البزازية:
ادعت
الطلاق فأنكر ثم مات لا تملك مطالبة الميراث ا هـ. وليس المراد حصر ما يعفى فيه
التناقض
بل المراد أن ما كان مبنيا على الخفاء فإنه يعفى فيه التناقض فمن ذلك ما في الظهيرية:
اشترى

دارا لابنه الصغير من نفسه وأشهد على ذلك شهودا فكبر الابن ولم يعلم بما صنع الأب، ثم إن الأب باع من رجل وسلمها إليه ثم إن الابن استأجر الدار من المشتري ثم علم بما صنع الأب فادعى الدار على المشتري وقال إن أبي اشترى هذه الدار لي من نفسه في صغري وهي ملكي وأقام على ذلك بينة فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي إنك متناقض في هذه الدعوى لأن استتجارك هذه الدار مني اعتراف منك أن الدار ليست لك فدعواك الدار بعد ذلك يكون منك تناقضا قال: الصحيح أن هذا لا يصلح دفعا لدعوى المدعي وإن كان هذا تناقضا لأن هذا التناقض لا يمنع صحة الدعوى لما فيه من الخفاء فإن الأب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك ا هـ. وفي البزازية معزيا إلى الصغرى: اشترى ثوبا في منديل ثم زعم أنه لم يعرفه قال تقبل. وفي الذخيرة: قيل لا يقبل في المسائل كلها. وفي العيون: قدم بلدة واشترى أو استأجر دارا ثم ادعاها قائلا بأنها دار أبيه مات وتركها ميراثا له وكان لم يعرفها وقت الاستيلاء لا تقبل قال: والقبول أصح. وفي المنية: اثنان اقتسما التركة ثم ادعى أحدهما أن أباه كان جعل له هذا الشيء المعين من الذي كان داخلا تحت القسمة إن قال إنه كان في صغري تقبل وإن مطلقا لا. ذكر الوتار: تولى ولاية وقف أو تولى وصاية تركة بعد تبين كونه تركة أو قسم تركة بين ورثة ثم ادعاه لنفسه لا تسمع. اشترى جارية في نقاب ثم ادعاها وزعم أنه لم يعلمها لا يقبل، ولو اشترى ثوبا في منديل ثم ادعى أنه له لا يقبل قال محمد: النظر إلى ذلك الشيء إن كان مما يمكن أن يعرف وقت المساومة كالجارية القائمة المتنقبة بين يديه لا تقبل الا إذا صدقه المدعى عليه في عدم معرفته إياها فتقبل، وإن كان مم لا يعرف كثوب في منديل أو جارية قاعدة على رأسها غطاء لا

يرى منها
شيئا يقبل ولأجل هذا الاختلاف أقاويل العلماء في القبول وعدمه في المسائل ا هـ. وفيها
أيضا: استأجر دابة من آخر ثم ادعى أنها كانت له اشتراها له أبوه في صغره وبرهن
تقبل لأن
التناقض يعفء فيما يجري فيه الخفاء فإن الأب ينفرد بالشراء للابن ومن الابن ا هـ.
ومما يعفى
فيه التناقض ما في البزازية: ادعى المالك على الغاصب قيمة العين لهلاكها ثم ادعى أنها
باقية
وبرهن تقبل لأنه موضع الخفاء ا هـ. ثم اعلم أن المتناقض الذي لا تسمع دعواه إذا قال
تركت أحد الكلامين فإنه يقبل منه. قال في البزازية معزيا إلى الذخيرة: ادعاه مطلقا
فدفعه
المدعى عليه بأنك كنت ادعيتة قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعى ادعيتة الآن
بذلك

السبب وتركت المطلق يقبل ويطلق الدفع ا هـ . وفيها معزيا إلى المحيط، ادعى على آخر عند

غير الحاكم بالشراء أو الإرث ثم ادعاه عند الحاكم ملكا مطلقا إن ادعى الشراء من معروف لا تقبل، وإن كان ادعاه من رجل مجهول أو قال من رجل ثم المطلق عند الحاكم يقبل، دلت

المسألة أنه لا يشترط في التناقض كون المتدافعين في مجلس الحكم بل يكتفي بكون الثاني في مجلس الحكم ا هـ .

قوله: (مبيعة ولدت فاستحقت بيينة يتبعها ولدها وإن أقربهما لرجل لا) أي لا يتبعها ولدها تفريع على القاعدة الأولى وهي التعدي وعدمه، والمراد أنها ولدت من غير مولاها.

وفي الكافي: ولدت لا باستيلاده ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام لأنه تبع لها فيكتفي

بها، وقيل يشترط القضاء بالولد وهو الأصح. وفي النهاية: إنها لا يتبعها الولد في الاقرار إذا لم يدعه المقر له، أما إذا ادعاه كان له لأن الظاهر أنه له ولا خصوصية للولد بل زوائد

المبيع كلها على التفصيل. ولم يذكر المصنف متى يفسخ البيع إذا ظهر الاستحقاق وفيه أقوال،

قيل بقبض المستحق، وقيل بنفس القضاء، والصحيح أنه لا يفسخ ما لم يرجع المشتري على

بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه له قبل أن يرجع المشتري

على بائعه يصح. وقال شمس الأئمة الحلواني: في الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء

للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء، وفي ظاهر الروايات

لا يفسخ ما لم يفسخ وهو الأصح ا هـ . وتماهه في فتح القدير. وفي البزازية من فصل الاستحقاق: واستحقاق الجارية بعد موت الولد لا يوجب على المشتري شيئا كزوائد المغصوب

ا هـ . وفيها من التناقض: برهن على جارية أنها له فقضى له بها وولدها في يد المدعى عليه لم

يعلم به الحاكم فبرهن المدعي أنه ولدها يقضى به له أيضا، فإن رجع شهود الام بعد

ذلك

يضمنون قيمة الام والولد لأن القضاء بالولد له بواسطة شهود الام فإنهم لو رجعوا بعد القضاء بالام قبل الحكم بالولد أو ارتدوا عن الاسلام أو فسقوا لا يحكم بالولد له إلا أن

يشهدوا بأنه ملك المدعي ولدته على ملكه جاريتة. شهدا على رجل في يده جارية أنها لهذا المدعي ثم غابوا أو ماتوا ولها ولد في يد المدعي عليه يدعيه المدعي عليه أيضا أنه له وبرهن المدعي عليه على ذلك لا يلتفت الحاكم إلى كلام المدعي عليه وبرهانه ويقضي بالولد للمدعي، فإن حضر الشهود وقالوا الولد كان للمدعي عليه يقضي بضمان قيمة الولد على الشهود كأنهم رجعوا، فإن كان الشهود حضورا سألمهم عن الولد، فإن قالوا أنه للمدعي عليه أو لا ندري

لمن الولد يقضي بالام للمدعي ولا يقضي بالولد فهذا يؤيد ما ذكرنا أولا ٥. قوله: (وإن قال لمشتري اشتري فاني عبد فاشتره فإذا هو حر فإن كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة فلا شيء على العبد) تفريع على أن التناقض في دعوى الحرية معفو عنه فإن

هذا الشخص أقر أولا بالعبودية ثم ظهر بعد ذلك أنه حر بدعواه فكان متناقضا لكنه معفو

عنه في دعوى الحرية فتقبل الشهادة، وحينئذ فلا يدل وضعها على أنه لا يشترط الدعوى في

الحرية العارضة بل العارضة والأصلية سواء في أنه لا بد من دعوى العبد عند أبي حنيفة وهو

قول الجمهور وهو الصحيح لأنها حق العبد ولا يمنعها التناقض كما ذكرنا، وإنما لم يلزم

العبد في هاتين الصورتين شيء لا مكان الرجوع على البائع القابض قوله: (والأرجح المشتري

على العبد والعبد على البائع) أي وإن كان البائع غائبا غيبة غير معروفة بأن لم يدر مكانه فإنه

المشتري يرجع على من قال له اشتري فأنا عبد بما دفع إلى البائع من الثمن ثم يرجع على من

باعه بما رجع المشتري به عليه إن قدر. وإنما يرجع به على من باعه مع أنه لم أمره بالضمان

عنه لأنه أدى دينه وهو مضطر في أدائه بخلاف من أدى عن آخر ديناً أو حقا عليه بغير أمره

وليس مضطرا فيه فإنه لا يرجع به. وإنما قيد بالقيدين لأنه لو قال أنا عبد وقت المبيع

ولم يأمره بشرائه أو قال اشترني ولم يقل أنا عبد لا رجوع عليه بشيء، كذا في فتح القدير، وفي العتبية من فضل الاستحقاق ما يخالفه فلينظر ثمة قوله: (بخلاف الرهن) أي لو قال ارتهني فأنا عبد فظهر حرا لم يرجع عليه بشيء من الأحوال كلها وهو ظاهر الرواية عنهم. عن أبي يوسف أنه لا يرجع في البيع والرهن لأن الرجوع بالمعاوضة وهي المبيعة أو بالكفالة ولم يوجد والموجود هنا مجرد الاخبار كاذبا فصار كما لو قال ذلك أجنبي وكما لو قال ارتهني فأنا عبد. ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره وإقراره فكان مغرورا من جهته والتغير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للغرر بقدر الامكان فكان بتغيره ضامنا لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع كالمولى إذا قال لأهل السوق بايعوا عبدي إني قد أذنت له ففعلوا ثم ظهر أنه مستحق فإنهم يرجعون على المولى

بقيمة العبد ويجعل المولى بذلك ضامنا لدرك ما ذاب عليه دفعا للضرر عن الناس
بخلاف

الرهن فإنه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيق للاستيفاء فلا يجعل الأمر به ضامنا لأنه ليس
تغيرا في عقد معاوضة كما لو قال لسائل عن أمن الطريق أسلك هذا الطريق فإنه آمن
فسلكه فنهب ماله لم يضمن، وكذا لو قال كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله
فمات غير

أنه يستحق العقوبة عند الله تعالى، وبخلاف الأجنبي لأنه لا يعبأ بقوله لعدم اعتماده
على قوله

فلا يتحقق له الغرور. وفي النهاية معزيا إلى شرح الجامع الصغيرة لقاضيخان: وهذه
المسألة

دليل على أن العبد إذا كفل بثمن نفسه عن البائع صحت الكفالة وفي الخانية: المغرور
يرجع

بأحد أمرين إما بعقد المعاوضة أو بقبض يكون للدافع كالوديعة والإجارة إذا هلكت
الوديعة

أو العين المستأجرة ثم جاء رجل واستحق العين وضمن المودع والمستأجر فإن المودع
والمستأجر

يرجع على الدافع بما ضمن، وكذا كل من كان بمعناها وفي الإجارة والهبة لا يرجع
على

الدافع بما ضمن ٥٥.

تتمة في الاستحقاق: أقر المشتري بأن المبيع ملك فلان وصدقه أو ادعاه فلان وصدقه
هو أو أنكرك فحلف فنكل ليس له رجوع على البائع بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه
بعيب

فحلف فنكل يلزم الموكل لأن النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر في النكول إذا
لم يعلم

عيبه ولا سلامته، ولو برهن المشتري على أنه ملك فلان لا تقبل لتناقضة بخلاف ما لو
برهن

على إقرار البائع لعدمه، وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الأصل وهي تدعي ذلك أو
أنها

ملك فلان هو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على
البائع

لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى، ولو باع عقارا ثم برهن
أنه

وقف لا تقبل لأن مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتاق، ولو برهن أنه وقف

محكوم

بلزومه قبل، ولو برهنت أمة في يد المشتري أنها معتقة لفلان أو مدبرته أو أم ولده

يرجع

الكل إلا من كان قبل فلان. ولو اشترى شيئاً ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسمع دعواه حتى يحضر البائع والمشتري لأن الملك للمشتري واليد للبائع والمدعي يدعيهما

فشرط

القضاء عليهما حضورهما، ولو قضى له بحضرتهما ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لأنه يقرر القضاء

الأول ولا

ينقضه، ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه

يأخذها

وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض. ولو قضى للمستحق بعد إثباته ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الأمة للبائع عند أبي حنيفة وليس له أن يلزمها المشتري

لنفوذ

القضاء بالفسخ ظاهراً وباطناً عنده. ولو استحقت من يد مشتر فبرهن الذي بله على بيع

المستحق من بائع بائعه قبل لأنه خصم، ولو برهن البائع الأول أن المستحق أمره ببيعه وهلك الثمن ف يده تقبل، ولو استهلك أورده لا يقبل، ولو أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البينة وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن يرجع على بائعه لأن القضاء وقع بالبينة لا بالاقرار لأنه يحتاج إلى أن يثبت بها ليتمكن الرجوع على بائعه. وذكر رشيد الدين أن المدعي لو أقام بينة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك فالقاضي يقضي بالاقرار لا بالبينة لأنها إنما تقبل على المنكر لا المقر. وذكر في موضع آخر اختلاف المشايخ قال: والأظهر والأقرب إلى الصواب أنه يقضي بالاقرار وهو يناقض ما ذكره في الاستحقاق إلا أن يخص تلك بعراض الحاجة إلى الرجوع وقصد القاضي إلى القضاء بإحدى الحجتين يعينها. ولو رد البائع الثمن بعد القضاء ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التقايل، ولو لم يترادا ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ، ولو أحب البائع أن يأمن غائلة الرد بالاستحقاق فأبرأه المشتري من ضمان الاستحقاق بلا أرجع الثمن ان ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لأن الإبراء لا يصح تعليقه بالشرط قالوا: والحيلة فيه أن يقر المشتري أن بائعي قبل أن يبيعه مني اشتراه مني فإذا أقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لأنه لو رجع على بائعه فهو أيضا يرجع عليه بإقراره أنه بائعه منه، كذا في فتح القدير بتمامه. وفي جامع الفصولين: المشتري إذا زكى شهود المستحق قال أبو يوسف: أسأل عن الشاهدين فإن عدلا رجع المشتري بالثمن على بائعه وإلا يقتصر على المشهود عليه ولا يرجع بثمنه كالأقرار، ثم لو ادعى المشتري استحقاق المبيع على بائعه ليرجع بثمنه فلا بد أن يفسر الاستحقاق

ويبين سببه،
فلو بينه فأنكر بائعه البيع فبرهن عليه يقبل ورجع بثمنه، وقيل يشترط حضرة المبيع
لسماع
البينة، وقيل لا وبه أفتى (ظ) بل لو ذكر شبه العبد وصفته وقدر ثمنه كفى شره عالمًا
بأنه
ليس لبائعه ثم استحق رجوع بثمن للمستحق عليه تحليف المستحق بالله ما باعه ولا
وهبه ولا
تصدق به ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه. ولو شرى أرضًا فبنى أو زرع أو غرس
فاستحق يرجع المشتري بثمنه على بائعه ويسلم ببناءه وزرعه وشجره إليه فيرجع بقيمتها
مبنيًا
قائمًا يوم سلمها إليه، فلو بنى المشتري بناء قيمته عشرة آلاف مثلاً وسكن فيه زمانًا
حتى
خلق البناء وتغير وانهدم بعضه ثم استحق يرجع على بائعه بقيمة البناء يوم تسليمه ولا
ينظر

إلى ما كان أنفق، وإنما يرجع بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه إلى البائع حتى لا يرجع بقيمة

جص وطين. ولو كان البائع غائبا والمستحق أخذ المشتري بهدم بنائه فقال المشتري غربي

بائعي وهو غائب قال أبو حنيفة: لا يلتفت إلى قول المشتري فيؤمر بهدمه وتدفع الدار إلى

المستحق، فلو حضر البائع بعد هدمه لا يرجع المشتري على البائع بقيمة بنائه وإنما يرجع

عليه لو كان البناء قائما فسلمه إليه فهدمه وأخذ النقض، وأما لو هدمه فلا شيء على البائع. وهذا بخلاف ما مر في شجر وجص على البائع قيمة الشجر نابتا في الاستحقاق وللمشتري الرجوع على وكيل البائع بقيمة البناء قائما وبقيمة الولد للغرور. وإن عرف المشتري إن الدار لغير البائع ولم يدع البائع وكالة فبني فاستحق لم يكن مغرورا، ولو ادعى

المشتري أن البناء له وقال البائع لي فالقول للبائع، وإذا رجع المشتري على بائعه بالثمن بقيمة البناء قال أبو حنيفة: لا يرجع البائع على بائعه إلا بثمنه وعندهما يرجع بهما ٥١. وتمامه فيه. وفي البزازية من الاستحقاق: ظهرت المشتراة حرة ومات البائع لا عن وارث

وتركه وبائع البائع قائم نصب الحاكم عن البائع الثاني وصيا فيرجع المشتري عليه وهو يخاصم البائع الأول ٥١.

قوله: (ومن ادعى حقا في دار) أي مجهولا (فصولح على مائة فاستحق بعضها لا يرجع بشيء) لجواز أن يكون دعواه فيما بقي وإن قل فما دام في يده شيء لم يرجع. قيد باستحقاق

بعضها لأنها لو استحق كلها رجع بما دفع للتيقن بأنه أخذ عوضا عما لا يملكه فيرده. ودل

وضع المسألة على شيئين: أحدهما أن الصلح عن المجهول جائز لأنه لا يفضي إلى المنازعة.

الثاني أن صحة الصلح لا تتوقف على صحة الدعوى لصحته هنا دونها حتى لو برهن لم يقبل

إلا إذا ادعى إقرار المدعي عليه به. قيد بالمجهول لأنه لو ادعى قدرا معلوما كربعها لم يرجع ما

دام في يده ذلك المقدار، وإن بقي أقل منه رجع بحساب ما استحق وفي جامع الفصولين:

شراه فبني فاستحق نصفه ورد المشتري ما بقي على البائع له أن يرجع على بائعه بثمنه

وبنصف
قيمة البناء لأنه مغرور في النصف، ولو استحق نصفه المعين فلو كان البناء في ذلك
النصف
خاصة رجع بقيمة البناء أيضا، ولو كان البناء في النصف الذي لم يستحق فله أن يرد
البناء
ولا يرجع بشئ من قيمة البناء. ولو اشترى نصفه مشاعا فاستحق نصفه قبل القسمة
فالمبيع
نصفه الباقي، ولو استحق بعد القسمة فالمبيع نصف الباقي وهو الربع. سئل بعضهم
عمن
اشترى أرضا فيها أشجار حتى دخلت بلا ذكر فاستحق الأشجار هل لها حصة من
الثمن؟
قال: لا كما في ثوب قن وقنة وبرذعة حمار فإن ما يدخل تبعاً لا حصة له من الثمن إلى
آخره
وثبت في بعض النسخ كما شرح عليه العيني.

فصل في بيع الفضولي
ولم تكن ثابتة عند الزيلمي فتركه وهو نسبة إلى الفضولي جمع الفضل أي الزيادة. وفي
المغرب: وقد علمت جمعه على ما لا خير فيه حتى قيل:
فضول بلا فضل وسن بلا سنا* وطول بلا طول وعرض بلا عرض
ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي. وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل
وبفتح الفاء خطأ اه. وقيل: الفضولي من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي كالأجنبي
يزوج أو يبيع ولم يردفي النسبة إلى الواحد وإن كان هو القياس لأنه صار بالغلبة كالعلم
لهذا
المعنى فصار كالأنصاري والأعرابي، كذا في النهاية. وفي فتح القدير: غلب في
الاشتغال
بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه، فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف فضولي يخشى
عليه
الكفر اه قوله: (ومن باع ملك غيره فللمالك أن يفسخه ويجيزه إن بقي العاقدان
والمعقود عليه
وله وبه لو عرضا) يعني أنه صحيح موقوف على الإجازة بالشرائط الأربعة. وعند
الشافعي لا
ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية فيلغو لأنها ثبتت بالملك أو بإذن المالك وقد فقد
أولا
انعقاد إلا بالقدرة الشرعية. ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله العاقل البالغ في
محله
وهو المال المتقوم فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيه مع تخيره بل فيه نفعه حيث
يكفي مؤنة
طلب المشتري وحقوق العقد فإنها لا ترجع إلى المالك، وفيه نفع العاقد بصون كلامه
عن
الالغاء، وفيه نفع المشتري لأنه أقدم عليه طائعا ولولا النفع لما أقدم فتثبت القدرة
الشرعية
تحصيلا لهذه الوجوه، كيف وأن الاذن ثابت دلالة لأن العاقل يأذن في التصرف النافع.
واستدل أصحابنا في كتبهم بحديث عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه
دينارا ليشتري به
أضحية فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وجاء بالشاة والدينار إلى النبي صلى الله
عليه وسلم وأخبره بذلك
فقال عليه السلام: بارك الله لك في صفقتك. ورواه الترمذي عن عروة وحكيم بن حزام
كما بينه في النهاية. وإنما شرط قيام المبيع والمتعاقدين لأن الإجازة تصرف في العقد

فلا بد
من قيامه وذلك بقيامها كما في الانشاء، وإن كان الثمن عرضاً أي مما يتعين بالتعيين
فلا بد
من قيامه أيضاً لكونه مبيعاً، وإنما اشترط قيام المعقود له وهو المالك لأن العقد توقف
على

إجازته فلا ينفذ بإجازة غيره، فلو مات المالك لم ينفذ بإجازة الوارث بخلاف القسمة الموقوفة فإنها تنفذ بإجازة الوارث عند الثاني، كذا في البزازية. ولو لم يعلم حال المبيع وقت الإجازة من بقاء وعدمه جاز البيع في قول أبي يوسف، أو لا وهو قول محمد لأن الأصل بقاءه ثم رجع وقال: لا يصح ما لم يعلم قيامه عندها لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك. وقيد بالبيع لأن النكاح الموقوف لا يبطل بموت العاقد، ولو تزوجت أمة بغير إذن مولها ثم مات المولى فإنه ينفذ بإجازة الوارث إذا لم يحل له وطؤها، وإذا أجاز المالك البيع وكان الثمن نقدا صار مملوكا له أمانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. ولو لم يجر المالك وهلك الثمن في يد الفضولي اختلف المشايخ في رجوع المشتري عليه بمثله والأصح أن المشتري إن علم أنه فضولي وقت الأداء لا رجوع له وإلا رجع عليه، كذا في القنية. وصرح الشارح بأنه أمانة في يده فلا ضمان عليه إذا هلك سواء هلك قبل الإجازة أو بعدها، وإن كان الثمن عرضا كان مملوكا للفضولي. وإجازة المالك إجازة نقد لا إجازة عقد لأنه لما كان العوض متعينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر إن وجد نفاذا فيكون ملكا له وبإجازة المالك لا ينتقل إليه بل تأثير إجازته في النقد لا في العقد. ثم يجب على الفضولي مثل المبيع إن كان مثليا وإلا فقيمه إن كان قيميا لأنه لما صار البديل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له في ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقرض غير المثلي جائز ضمانا وإن لم يجر قصدا ألا ترى أن الرجل إذا تزوج امرأة على عبد الغير صح ويحب قيمته عليه، ولا يشترط قيام المبيع

في
مسألة من مسائل الفضولي مذكورة في الخلاصة من اللقطة قال: الملتقط إذا باع اللقطة
بغير
أمر القاضي ثم جاء صاحبها بعدما هلكت العين إن شاء ضمن البائع وعند ذلك ينفذ
البيع
من جهة البائع في ظاهر الرواية وبه أخذ عامة المشايخ اه. وهكذا قالوا في وقيد
بالمالك الملتقط إذا تصدق
فهلكت العين فأجاز المالك بعد الهلاك صحت
وقيد بالمالك في قوله فللمالك أن يفسخه أو يجيزه لأن للفضولي فسخه فقط حتى لو
أجاز المالك لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وإنما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه
فإنه بعد

الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك

ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته. وفي البزازية: وللمشتري فسخ البيع قبل الإجازة تحرزا عن لزوم العقد بخلاف الفضولي في النكاح ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل لأنه

معبر محض فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي. وفي

النهاية أن الفضولي في النكاح يملك فسخه بالفعل بأن زوج فضولي رجلا امرأة برضاها وقبل

إجازته زوجه بأختها فإن ذلك يكون فسخا للنكاح الأول. وفي فتاوي قاضيخان: لا يكون

فسخا ويتوقف الثاني أيضا. ثم الإجازة لبيع الفضولي يكون بالفعل وبالقول فمن الأول تسليم

المبيع إجازة وكذا أخذه الثمن، ومن الثاني طلب الثمن وقوله أحسنت أو وفقت أو أصبت

ليس بإجازة، وكذا كفيته مؤنة البيع أو أحسنت فجزاك الله خيرا. وفي المنتقى: لو قال بئس

ما صنعت كان إجازة كقبض الثمن، ولو وهب المالك الثمن أو تصدق به على المشتري كان

إجازة إن كان المبيع قائما والسكوت بعد العلم لا يكون إجازة، ولو قال المالك أنا راض ما

دمت حيا كان إجازة بالأول، ولو قال أمسكها ما دمت حيا لا لأن الامسك لا يدل على

الرضا. وفي فروق الكراييسي: أسأت إجازة. ولو قال لا أجزى يكون ردا للبيع بخلاف المستأجر إذا قال لا أجزى بيع الآجر ثم أجزاه جاز وفي نوادر هشام ولو قال أجزت إن

باع بمائة درهم يجوز إن باع بأكثر، وإن باع بأقل لا يجوز. ولو باع بألف دينار لا يجوز وإنما

ينظر إلى النوع الذي وصفه، كذا في البزازية. وفيها: وإذا أجاز المالك بيع الفضولي صار

الفضولي كالوكيل حتى صح حطه عن الثمن علم المالك بالثمن أو لم يعلم. وأجاب صاحب

الهداية أنه إذا علم بالحط بعد الإجازة فله الخيار إن شاء رضي به وإن شاء فسخ اه.

وأشار

(٢٤٧)

المصنف باشتراط قيام البيع أي باسمه وحاله إلى أنه لو أجازته بعد صبغ الثوب المشتري فإنه لا يجوز ولو ولدت الأمة ثم أجاز المالك البيع يكون الولد مع الأمة للمشتري، ولو انهدم الدار ثم أجاز المالك البيع يصح لبقاء العرصة. ولم يذكر المؤلف حكم تسليم المبيع من الفضولي فلو سلمه فهلك فللمالك أن يضمن أيهما شاء فأيهما اختار ضمانه برئ الآخر لأن في التضمين تمليكا منه فإذا ملكه من أحدهما لا يمكن تمليكه من الآخر، فإن اختار تضمين المشتري بطل البيع لأن أخذ القيمة كأخذ العين ويرجع المشتري على البائع بالثمن لا يما ضمن، وإن اختار تضمين البائع ينظر، إن كان قبض البائع مضمونا عليه نفذ بيعه بالضمان لأن سبب ملكه قد تم عقده، وإن كان قبضه أمانة فإنما صار مضمونا عليه بالتسليم بعد البيع فلا ينفذ بيعه بالضمان لتأخر سبب ملكه عن العقد.

وقد ذكر محمد في ظاهر الرواية أنه يجوز البيع يتضمن البائع، ووجهه أنه سلم أولا ثم صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب، كذا في البرازية: وقيد بالبيع لأنه إذا اشترى لغيره كان ما اشتراه لنفسه أجاز الذي اشتراه له أم لا. وإن لم يجد نفاذا يتوقف على إجازة من المشتري له كالصبي المحجور يشترى شيئا لغيره فيتوقف هذا إذا أضاف العقد إلى نفسه، أما إذا أضافه إلى غيره بأن يقول بع هذا العبد لفلان فقال البائع بعته لفلان يتوقف على إجازته، وأما إذا قال اشتريت منك بكذا لأجل فلان فقال البائع بعته أو قال البائع بعته منك لفلان فإنه يقع الشراء للمخاطب لا لفلان، والصحيح أنه إذا أضيف العقد في أحد الكلامين إلى فلان يتوقف على إجازة فلان. ولو اشترى عبدا وأشهد أنه يشتريه لفلان وقال فلان رضيت فالعقد للمشتري لأنه إذا لم يكن وكيلا بالشراء وقع الملك له فلا اعتبار بالإجازة بعد ذلك

وهي تلحق العقد الموقوف لا النافذ، فإن دفع المشتري إليه العبد وأخذ الثمن كان بيعا بالتعاطي بينهما، ولو ظن المشتري والمشتري له أن الملك وقع للمشتري له فسلمه له بعد

قبض ثمنه لا يسترد بلا رضا المشتري له ويجعل كأنه ولاءه، إن علما أن الشراء وقع للمشتري بعده وإن زعم المشتري له أن الشراء كان بأمره ووقع الملك له والمشتري أنه كان بلا

أمره ووقع الشراء للمشتري فالقول للمشتري له لأن الشراء بإقراره وقع له، كذا في البزازية.

وفي فروق الكراييسي: شراء الفضولي على أربعة أوجه: الأول أن يقول البائع بعث هذا لفلان بكذا والفضولي يقول اشتريت لفلان بكذا أو قبلت ولم يقل لفلان فهذا يتوقف.

الثاني

أن يقول البائع بعث من فلان بكذا والمشتري يقول اشتريته لأجله أو قبلت يتوقف.

الثالث أن

يقول البائع بعث هذا منك بكذا فقال اشتريت أو قبلت ونوى أن يكون لفلان فإنه ينفذ على

المشتري. الرابع لو قال اشتريت لفلان بكذا والبائع يقول بعث منك بطل العقد في

أصح

الروايتين. والفرق أنه خاطب المشتري والمشتري يسترد لغيره فلا يكون جوابا فكان

شرط

العقد بخلاف الفصلين الأولين إذا العقد أضيف إلى فلان في الكلامين، وبخلاف الفصل

الثالث لأنه وجد نفاذا على العاقد وقد أضيف العقد إليه اه. وأشار المؤلف بثبوت

الفسخ

والإجازة للمالك إلى أن الفضولي لو شرط الخيار للمالك فإن العقد يبطل ولا يتوقف

لأن

الخيار له بدون الشرط فيكون الشرط له مبطلا، كذا في فروق الكراييسي.

وقيد ببيع ملك الغير لأنه لو باع ملك نفسه مشغولا بحق الغير كالرهن إذا باعه الرهن

والعين المؤجرة إذا باعها المؤجر يتوقف العقد على إجازة المرتهن والمستأجر

فيملكانها دون

الفسخ على الصحيح كما سيأتي، وفرق بينهما الكراييسي فجعل للمرتهن الإجازة

والفسخ

دون المستأجر فلا يملكه فارقا بأن المستأجر حقه في المنفعة، ولذا لو هلكت العين لا

يسقط

دينه وفي الرهن يسقط وهو استيفاء حكمي. وتفرع على الفرق ما لو تعدد بيع المؤجر

فأجاز

المستأجر الثاني نفذ الأول، ولو تعدد بيع الرهن فأجاز المرتهن الثاني نفذ لا الأول اه.

ولو

قال المصنف رحمه الله تعالى باع ملك غيره لمالكة لكان أولى لأنه لو باعه لنفسه لم

ينعقد أصلا

كما في البدائع. ولا بد أن يقول بغير إذنه ليكون فضوليا ولو تعدد تصرف الفضولي

كأمة

باعها فضولي من رجل وزوجها منه آخر فأجيزا معا يثبت الأقوى فتصير مملوكة لا
زوجة.
ولو زوجها كل من رجل فأجيز بطلا، ولو باعها كل من رجل فأجيزا تنصف بينهما
ويخير
كل منهما بين أخذ النصف أو الترك. ولو باعه فضولي وأجره آخر أو رهنه أو زوجه
فأجيزا
معا ثبت الأقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لأن البيع أقوى، وكذا تثبت الهبة إذا وهبه
فضولي
وأجره آخر. وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لأنها لازمة بخلاف
غيرها،
والإجارة أحق من الرهن لإفادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن، والبيع أحق من الهبة لأن
الهبة
تبطل بالشيوع ففيما لا تبطل بالشيوع كهبة فضولي عبدا وبيع آخر إياه يستويان لأن
الهبة مع
القبض تساوي البيع في إفادة الملك. وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل
النصف
ولو تبايع غاصبا عرضي لرجل واحد فأجاز المالك لم يجز لأن فائدة البيع بثبوت المالك
في
الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم يلحقه
إجازة. ولو عصبا من رجلين وتبايعا وأجاز المالك جاز. ولو عصبا النقدين من واحد
وعقد

الصرف وتقابضا ثم أجاز جاز لأن النقود لا تتعين في المعاوضات، وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غضب، كذا في فتح القدير من آخر الباب. وأما وصية الفضولي كما إذا أوصى بألف من مال غيره أو بعين من ماله فأجاز المالك فهو مخير إن شاء سلمها وإن شاء لم يسلم كالهبة، كذا في القنية من الوصايا. وبه علم حكم هبة الفضولي وسيأتي في الصلح بيان صلح الفضولي. والظاهر من فروعهم أن كل ما صح التوكيل به فإنه إذا باشره الفضولي يتوقف إلا الشراء بشرطه السابق.

قوله: (وصح عتق مشتر من غاصب بإجازة بيعه لا بيعه) وهذا عندهما. وقال محمد: لا يجوز عتقه أيضا لأنه لم يملكه. وفي الحديث لا عتق لابن آدم فيما لا يملك وهذا لأن عقد الفضولي موقوف وهو لا يفيد له عدم النفاذ وثبوته عند الإجازة استنادا فهو ثابت من وجه زائل من وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق وهو الملك الكامل لإطلاقه في الحديث وهو للكامل، ولذا لو أعتقه الغاصب ثم أدى الضمان لم يصح العتق مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري حتى ينفذ بيع الغاصب بأداء الضمان ولا ينفذ بيع المشتري بإجازة المالك الأول، وكذا لو أعتقه المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع لا ينفذ عتقه، وكذا إذا قبض المشتري من الغاصب ثم باعه ثم أجاز المالك البيع الأول لم ينفذ البيع الثاني مع أن البيع أسرع نفاذا من العتق حتى يصح بيع المكاتب والمأذون دون عتقهما، ولذا لو باع الغاصب المغصوب ثم أدى الضمان نفذ بيعه، ولو أعتقه ثم أدى الضمان لم ينفذ، وكذا

لو باعه الغاصب فأعتقه المشتري منه ثم أدى الغاصب الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه. ولهما أن الملك موقوف فيه فيتوقف الاعتراف مرتبا عليه وينفذ بنفاذه كإعتاق المشتري

من الراهن يتوقف وينفذ بإجازة المرتهن وإعتاق المشتري من الوارث حال استغراق التركة

بالدين فأجاز الغرماء البيع، وإعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة به ففضى الدين أو

أبرى الغرماء فإنه ينفذ. وهذا لأن العتق من حقوق الملك والشئ إذا توقف توقف بحقوق،

وإذا نفذ نفذ بحقوقه بخلاف إعتاق الغاصب نفسه لأنه لم يوضع للملك وإنما يملكه ضرورة

أداء الضمان فلم يكن مثبتا له للحال ولا سببا له، ولذا لا يتعدى إلى الزوائد بخلاف الملك

في بيع الفضولي فإنه يتعدى إلى الزوائد المتصلة والمنفصلة، وبخلاف ما إذا كان فيه خيار البائع

لأنه ليس بمطلق والكلام فيه وهو مانع من انعقاده في الحكم أصلا فلم يوجد الملك فيه. قيد

بعق المشتري لأن عتق الغاصب لا ينفذ بأداء الضمان لما بيناه، وقيد بإجازة بيعه لأنه لا ينفذ

بأداء الضمان من الغاصب ولكن يرد عليه أن المشتري إذا أدى الضمان ينفذ على الصحيح لأن

ملك المشتري ثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء بخلاف الغاصب لأنه سبب ضروري فكان

الملك فيه ناقصا هكذا ذكر الشارح، فقد فرق بين أداء الغاصب الضمان وبين أداء المشتري

منه وصرح في الهدية بأن عتق المشتري ينفذ بأداء الضمان من الغاصب وهو الأصح، فلا

فرق بين أداء الضمان من الغاصب أو من المشتري منه، وجرى على ذلك في البناية. فلو قال

المؤلف بإجازة بيعه أو أداء الضمان لكان أولى. وكذا لو قال وصح عتق مشتري من فضولي

لكان أولى، لأنه لا يشترط أن يكون غاصبا لأنه لو لم يسلم المبيع فالحكم كذلك، ولعله إنما

ذكره لأجل البيع لأن بيع العبد قبل قبضه فاسد، وفي فتح القدير: وهذه من المسائل
التي
جرت المحاوره بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف:
ما

رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز وإنما رويت أن العتق باطل. وقال محمد: بل رويت

لي أن العتق جائز وإثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الأصل

الفرع صريحا، وأقل ما هنا أن يكون في المسألة روايتان عن أبي حنيفة. قال الحاكم الشهيد

قال أبو سليمان: هذه رواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف أنه لا يجوز عتقه اه.

وأما بيع المشتري مت الغاصب فإنما لا يصح لبطلان عقده بالإجازة فإن بها يثبت الملك

للمشتري باتا والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله، وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو

تصدق به عليه أو مات فورثه، فهذا كله يبطل الملك الموقوف لأنه لا يتصور اجتماع البات

والموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات وإلا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه

الملك الموقوف، كذا في فتح القدير. وقيد بالعتق لافي التفويض من الفضولي للمرأة إذا جعل أمرها بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لم تطلق وإنما ثبت التفويض الآن، فإن

طلقت نفسها الآن طلقت وإلا فلا. والأصل في تصرف الفضولي أن كل تصرف جعل شرعا

سببا لحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية لم يستعقب حكمه، ويتوقف إن كان مما يصح

تعليقه جعل معلقا وإلا احتجنا أن نجعله سببا للحال متأخرا حكمه إن أمكن فالبيع ليس مما

يتعلق فيجعل سببا في الحال فإذا زال المانع من ثبوت حكم الإجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد. وأما التفويض فاحتمل التعليق فجعلنا الموجود من الفضولي

متعلقا بالإجازة فعندها يثبت التفويض للحال لا مستندا فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة،

وأما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن أن يعتبر في حال التوقف سببا لمطلق الطلاق بل لملك

المتعة المستعقب له. ثم اعلم أن ظاهر قولهم إذا طرأ ملك موقوف أبطله أن يبيع



(۲۵۳)

المشتري من الغاصب ينعقد موقوفا وإنما يبطل بطرو الملك البات بإجازة بيع الغاصب.
وقد
قال في النهاية أنه لم ينعقد أصلا لتجرده عرضة للانفساخ وقد يقال فائدته لو أجاز
المالك
بيع المشتري من الغاصب لا يبيع الغاصب ينبغي أن يصح بخلاف ما إذا أجاز بيع
الغاصب
وجوابه أن بيع المشتري لم ينعقد أصلا لما قدمناه عن البدائع أن الفضولي إذا باع ملك
غيره
لنفسه لم ينعقد، وإنما ينعقد إذا باعه لمالكة وهنا باعه المشتري لنفسه فالظاهر ما في
النهاية
ولذا قال في المعراج: إن المشتري من الغاصب إذا باع لا يتوقف ملكه لأن فائدة
التوقف
النفاز ففي كل صورة لا يتحقق النفاذ لا يتوقف كبيع الحر. وأورد على الأصل ما إذا
باع
الغاصب ثم أدى الضمان فإنه ينفذ بيعه مع أنه طرأ ملك بات وهو ملك الغاصب بأداء
الضمان على ملك المشتري الموقوف. وأجيب بأن ملك الغاصب ضروري ضرورة أداء
الضمان فلم يظهر في إبطال ملك المشتري.
قوله: (ولو قطعت يده عند المشتري فأجيز فأرشه لمشتريه) لأن الملك ثبت له من
وقت
الشراء لما قدمناه فتبين أن القطع ورد على ملكه، وعلى هذا كل ما يحدث في المبيع
من كسب
أو ولد أو عقر قبل الإجازة فهو للمشتري وهذه حجة على محمد، والعذر له أن الملك
من
وجه يكفي لاستحقاق الزوائد كالمكاتب إذا قطعت يده فأخذ الأرش ثم رد في الرق
يكون
الأرش للمولى، وكذا إذا قطعت يد المبيع والخيار للبائع فأجاز البيع يكون الأرش
للمشتري
بخلاف الاعتاق لافتقاره إلى كمال الملك. قيد بالمشتري لأن يده لو قطعت عند
الغاصب ثم

ضمن قيمته لا يكون الأرش له لأن الغضب ليس بسبب موضوع للملك، ولو أعتقه
المشتري
من الغاصب فقطعت يده ثم أجزى البيع فالأرش للعبد، كذا في فتح القدير. وقطع اليد
مثال
والمراد أرش جراحته للمشتري قوله: (وتصدق بما زاد على نصف الثمن) لأن فيه شبهة
عدم
الملك لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع وأرش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي
العبد
نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو الذي كان في مقابلة الثمن ففيما زاد على
نصف
الثمن شبهة عدم الملك، وأراد وجوب التصديق بالزائد كما هو ظاهر ما في فتح القدير.
وقيد
بما زاد لأنه لا يتصدق بالكل وإن كان فيه شبهة عدم الملك لكونه مضمونا عليه
بخلاف ما
زاد ووزع في الكافي فقال إن لم يكن مقبوضا ففيما زاد ربح ما لم يضمن وإن كان
مقبوضا
ففيه شبهة عدم الملك قوله: (ولو باع عبد غيره بغير أمره فبرهن المشتري على إقرار
البائع أو
رب العبد على أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل) أي بينته لبطلان دعواه
بالتناقض إذ
إقدامهما على العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه والبينة لا تبني إلا على
دعوى
صحيحة، فإذا بطلت الدعوى لا تقبل. وقوله بغير أمره زائد وإن وقع في الجامع الصغير
لأنه ليس من صورة المسألة. ولا يشكل هذا بما ذكره في الزيادات أن المبيع إذا ادعاه
رجل
فصدقه المشتري فدفع إليه ثم برهن على إقرار البائع بأن العبد للمستحق يريد بذلك
لرجوع
بالثمن تقبل بينته لان العبد فيد المشتري هنا وهناك في يد المستحق، وشرط الرجوع
بالثمن
أن لا تكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع هنا ورجع هناك. وقيل: اختلف
الجواب
لاختلاف الوضع، فموضوع ما ذكر هنا فيما إذا أقام البينة على أن البائع أقر قبل البيع
بأن

المبيع للمستحق وإقدامه على الشراء ينفي ذلك فيكون مناقضا، وموضوع ما ذكر في الزيادات
فيما إذا برهن أن البائع أقر بعد البيع أنه للمستحق فلا تناقض وهذا هو الأوجه، فإن في مسألة الزيادات العين في يد المشتري أيضا كما في غاية البيان. وأشار المصنف رحمه الله تعالى
بعدم قبول البينة إلى عدم قبول قوله لو لم يكن له بينة، فلو ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشتري أمرك أو ادعى المشتري عدم الأمر فادعى البائع الأمر فالقول لمن يدعي الأمر لأن الآخر متناقض، وليس له أن يستحلفه لأن الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة. واعترض في البناية قولهم إنه متناقض فلا تسمع دعواه ولا بينته بأن التوفيق ممكن لجواز أن يكون المشتري أقدم على الشراء ولم يعلم بإقرار البائع بعدم الأمر، ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل البيع أقر بذلك ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع، وهذا الموضوع موضع تأمل اه. قلت: لا اعتراض ولا تأمل لأنه وإن أمكن التوفيق لم تقبل

لكونه ساعيا في نقض ما تم من جهته، وكل من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، فقولهم إن إمكان التوفيق يدفع التناقض على أحد القولين مقيد بما إذا لم يكن

ساعيا في نقض ما تم من جهته والتقييد بدعوى المشتري مثال لأن البائع لو ادعى إقرار المشتري بأن المالك لم يأمره لم يقبل أيضا. قال في الخلاصة والبرزازية: عبد معروف لرجل في

يد آخر باعه رجل قال البائع بعث بلا أمر المالك وبرهن على إقرار المشتري أنه باعه بغير أمر

المالك لا يقبل لتناقض ولا يملك تحليف المالك، وكذا لو ادعى المشتري أيضا فساد العقد

دون البائع. وأصله أن من سعى في نقض ما تم من جهته لا يقبل إلا في موضعين: اشترى

عبدا وقبضه ثم ادعى أن البائع باعه قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن يقبل. الثاني وهب جاريته واستولدها الموهوب له ثم ادعى الواهب أنه كان دبرها أن استولدها وبرهن تقبل

ونستردها والعقر اه. وعللوه في الثانية بأنه تناقض فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاء والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى. قال في فتح القدير: وعندني أن هذا غير صحيح لأنه إنما قبل في الحرية للخفاء ولا خفاء في التدبير والاستيلاء لأنه لا يخفي على

الفاعل فعل نفسه فيجب أن لا يقبل تناقضه ولا يحكم بينته اه. والجواب أمنه إنما قبل وإن

كان متناقضا حملا على أنه فعل ذلك ثم ندم وتاب إلى الله تعالى فأقر بتدبيره أو استيلادها أو

عتقه فقبل حملا لخروجه عن المعصية بخلاف التناقض في دعوى الملك فإنه غير مسموع. وفي

البرزازية: وقول المشتري بعد القبض أعتقه بئعه أو دبره أو كان حرا لأصل مقتصر على نفسه

لا يتعدى إلى بئعه بلا بينة وولاؤه موقوف، فإن برهن رجوع بالثمن واستقرار الولاء على البائع، وإن برهن على تحريره إن أقر بالبيع قبله من فلان إن صدقه فلان أخذ العقد لا إن كذبه اه. ومن فصل الاستحقاق لو أقر بعبد أنه ملك البائع واشترى منه ثم استحق منه فإنه

يرجع بالثمن على البائع اه.

قوله: (وإن أقر البائع عند القاضي بان رب العبد لم يأمره بالبيع بطل البيع إن طلب

المشتري ذلك) لأن التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشتري أن يساعده فيه فينتفيان فينتقض في حقهما وهو المراد ببطلان البيع في عبارته لا في حق رب العبد إن كذبهما وادعى أنه كان أمره، فإذا لم ينفسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لأنه وكيه
وليس له مطالبة المشتري لبراءته بالتصادق. وعند أبي يوسف له أن يطالبه فإذا أدى رجع به
على البائع بناء على إبراء الوكيل. ولو كان على العكس بأن أنكر المالك التوكيل وتصادقا أنه
وكله، فإن برهن الوكيل لزمه وإلا استحلف المالك، فإن حلف لم يلزمه، وإن نكل لزمه.
ولو غاب المالك بعد الانكار وطلب البائع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما لأنه ثبت عند

القاضي أن البيع كان موقوفاً، فإن طلب المشتري تأخير الفسخ ليحلف المالك على أنه لم يأمره
لم يؤخر لأن سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تأخيره لأجل اليمين. فلو حضر المالك وحلف
أخذ العبد وإن نكل عاد البيع، ولو كان المالك حاضراً وغاب والمشتري لم يأخذ العبد لأن
البيع صح ظاهراً فلا يصح القضاء على الغائب بفسخه وللبائع أن يحلف رب العبد أنه ما أمره
ببيعه، فإن نكل ثبت أمره، وإن حلف ضمن البائع ونفذ بيعه كالغاصب إذا باع المغصوب ثم
ملكه بأداء الضمان. ولو مات المالك قبل حضوره فورته البائع وأقام البينة على إقرار المالك
بأنه لم يأمره لم يقبل لما بيناه من التناقض، ولو أقامها على إقرار مشتريه بذلك بعد موته
تقبل بخلاف ما إذا أقامها على هذا الوجه حال حياة المالك فإنها لا تقبل لأنه في حياته
أصيل فيه فيمتنع بالتناقض، وبعد موته نائب عن الميت والميت لو ادعى حال حياته لا يكون مناقضاً
بخلاف شريكه البائع حيث يكون مناقضاً ولمشتريه أن يحلفه بالله تعالى ما يعلم أن المولى أمره
ببيعه، فإن نكل ثبت الأمر، وإن حلف أخذ نصف العبد ورجع المشتري على البائع بنصف
الثلث، وخير في النصف الآخر لتفرق الصفقة عليه. هذا إذا أقر المشتري بأن العبد ملك الأمر وإن أنكر لغا قول الأمر حتى يقيم البينة على ملكه، ولعا توكيل بائعه في خصومته
كياً يصير البائع ساعياً في نقض ما تم من جهته. وقوله عند القاضي ليس بقيد لما في البناية
أن إقراره عند القاضي وغيره سواء إلا أن البينة تختص بمجلس القاضي فلذا ذكر قوله عند
القاضي اه. وقوله إن طلب المشتري ذلك أي إبطال البيع قوله: (ومن باع دار غيره فأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع) يعني إذا أقر البائع بالغصب وأنكر المشتري
لأن إقراره لا يصدق على المشتري ولا بد من إقامة البينة حتى يأخذها، فإذا لم يقيم
المستحق وهو

صاحب الدار البينة كان التلف مضافا إلى عجزه عن إقامة البينة لا إلى عقد البائع لأن الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا يعلم أن قوله وأدخلها المشتري في بنائه اتفاقي، وإنما ذكره
ليعلم حكم غيره بالأولى. وفي الهداية لم يضمن البائع عند أبي حنيفة كمن أقر بالغصب وهو
قول أبي يوسف آخرا وكان يقول أولا يضمن وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار.
وأراد بالدار العرصة بقريئة أدخلها في بنائه والله أعلم.
باب السلم
لما كان من أنواع البيوع ولكن شرط فيه القبض كالصرف آخرهما وقدمه على الصرف

لأن الشرط في الصرف قبضهما وفي السلم قبض أحدهما فقدم انتقالا بتدرج. وخص
باسم
السلم لتحقق إيجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعني تسلم رأس المال، وكان على
هذا
تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو
الظاهر العام في الناس
سبق الاسم إليه. وهو في اللغة السلف قال في الصحاح: أسلم الرجل في الطعام أسلف
فيه. وفي المصباح: السلم في البيع مثل السلف وزنا ومعنى وأسلمت إليه بمعنى أسلفت
أيضا اه. وفي المعراج أن الهمزة فيه للسلب أي أزال سلامة الدراهم بتسليمها إلى
مفلس في
مؤجل. وفي الفقه على ما في السراج والعناية: أخذ عاجل بآجل. وتعقبه في فتح القدير
بأنه
ليس بصحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل. وعرفه أيضا بأنه بيع آجل بعاجل. والظاهر
أن
قولهم أخذ عاجل بآجل من باب القلب والأصل أخذ آجل بعاجل وهو أولى مما في
البنائية من
أن قولهم أخذ عاجل بآجل تحريف من الناسخ الجاهل فاستمر النقل على هذا
التحريف.
وركنه ركن البيع من الإيجاب والقبول، وينعقد بلفظ البيع على الأصح اعتبارا للمعنى
ويسمى
صاحب الدراهم رب السلم والمسلم أيضا ويسمى الآخر المسلم إليه، والحنطة مثلا
المسلم
فيه، وستأتي شرائطه مفصلة أيضا. وسبب شرعيته شدة الحاجة إليه، وحكمه ثبوت
الملك
للمسلم إليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة، أما في العين
فلا
يثبت إلا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى والمؤجل المطالبة بما في الذمة ودليله من
الكتاب آية

المداينة لما صححه الحاكم عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله تعالى في الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى * (يا أيها

آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) * [البقرة: ٢٨٢] ومن السنة ما رواه الستة عن

ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في التمر السنة والسنتين

والثلاثة فقال: من أسلم في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم وهو على خلاف القياس إذ هو بيع المعدوم ووجب المصير إليه بالنص والاجماع للحاجة، ولا

اعتبار بمن قال إنه على وفقه وقد أطال في الرد عليه في فتح القدير. قوله: (ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه) لأنه لا يفضي إلى المنازعة. وفي القنية: السلم في العنب القلابي في وقت كونه حصر ما لا يصح، والسلم في التفاح

الشامي قبل الإدراك يصح لأنه يسمى تفاحا اه. وفي فروق الكرابيسي: بيع السلم يفارق بيع

العين في ستة أشياء: خيار الرؤية، وخيار الشرط ولو تفرقا يبطل، وفي إضافة السلم إلى الدراهم، وجعل الحنطة رأس المال على المختار، وفي الاجل قوله: (وما لا فلا) أي وما لا

يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره لا يصح السلم فيه لأنه يفضي إلى المنازعة. ثم شرع يبين

الفصلين بالفاء التفصيلية بقوله: (فيصح في المكيل كالبر والشعير والموزون المثلث كالعسل

والزيت) وفي الفروق: الاسلام في الخبز وزنا يجوز اه. وفي القنية برقم (مع عك) أسلم زيبا في كر حنطة لا يجوز وبرقم (حم عك) يجوز فأبو الفضل يجعل الزيب كيليا وهما جعلاه

وزنيا. والثوم والبصل يجوز السلم فيه وزنا لا عددا، واللبن والعصير والخل يجوز كيليا أو

وزنا، ولا خير في السلم في الأواني المتخذة من الزجاج، وفي المكسور يجوز وزنا، كذا في

البزازية. وفي الظهيرية: ويجوز السلم في الدقيق كيليا ووزنا ولو أسلم فلوسا في صفر أو

سيفا في حديد أو قصبا في بوار لا يجوز بخلاف ما لو أسلم قطنا في ثوب حيث يجوز

اه.
وفيها: لو أسلم في اللبن كيلا أو وزنا جاز لأنه ليس بمكيل ولا موزون نسا فيجوز
كيفما
كان. وشرط في الذخيرة رواج الفلوس أما إذا كانت كاسدة فإنه لا يجوز لأنه إسلام
موزون

في موزون. وقيد المئمن احترازا عن الدراهم والدنانير فإنه وإن كانت موزونة لكنها
ئمن فلا
يجوز الاسلام فيها لأن السلم تعجيل الثمن وتأجيل المبيع، ولو جاز فيها انعكس فإذا لم
يقع
سلما يكون باطلا عند عيسى بن أبان. وقال الأعمش: يكون بيعا بئمن مؤجل اعتبارا
للمعنى والأول أصح لأنه لا يمكن تصحيحه في غير ما أوجبا العقد فيه. ورجح قول
الأعمش في فتح القدير بأنه أدخل في الفقه، وهذا الخلاف فيما إذا أسلم فيهما غير
الأئمان
كالحنطة، وأما إذا أسلم فيهما الأئمان لم يجز إجماعا ولو 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.
قوله: (ويصح في العددي المتقارب كالبيض والجوز) لأنه معلوم مضبوط مقدور
التسليم وما فيه من التفاوت مهدر عرفا ولا خلاف في جوازه عددا إنما الخلاف فيه
كيلا،
فعندنا يجوز كيلا ومنعه زفر كيلا، وعنه منعه أيضا عدا للتفاوت وأجبنا عنه. وإنما جاز
كيلا
لوجود الضبط فيه. وقيد بالتقارب ومنه الكمثرى والمشمش والتين كما في فروق
الكرائيسي
لأن العددي المتفاوت لا يجوز السلم فيه وما تفاوتت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع
والرمان
والرؤس والأكارع والسفرجل والدر والجواهر والآلئ والادم والجلود والخشب فلا
يجوز
السلم في شئ منها عددا للتفاوت إلا إذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول أو غلظ أو
غير
ذلك. ومن المتفاوت الجوالق والفراء فلا يجوز إلا بذكر مميزات، وأجازوه في
الباذنجان

والكاغد عددا لاهدان التفاوت. وفي فتح القدير: وفيه نظر ظاهر أو بحمل على كاغد
بقالب

خاص وإلا فلا يجوز. وكون الباذنجان مهدر التفاوت لعله في باذنجان ديارهم وفي
ديارنا

ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شئ منه بالاسلام بخلاف بيض
الدجاج والجوز الشامي والفرنجي لعدم إهدار التفاوت. ويشترط مع العدد بيان الصفة
أيضا

في شرح الشافي فلو أسلم في بيض النعام أو في جوز الهند جاز كما جاز في
الأخيرين،

وعن أبي حنيفة أنه منعه عددا في بيض النعام ادعاء للتفاوت في المالية وهو خلاف
ظاهر

الرواية. والوجه أن ينظر إلى الغرض في عرف الناس، فإن كان الغرض في ذلك العرف
حصول القشور ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من أمصار يجب
أن

يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد إلا مع تعيين المقدار واللون من
نقاء

البياض أو إهداره اه. وفي المعراج: والفاصل بين المتفاوت والمتقارب أن ما ضمن
مستهلكة

بالمثل فهو متقارب وبالقيمة يكون متفاوتا. وفي البزازية: يجوز السلم في الأواني
المتخذة من

الخزف عددا إن نوعا يصير معلوما عند الناس، ويجوز في الكيزان الخزفية إذا بين نوع
لا

يتفاوت أحاده اه. ولم يشترط المؤلف للجواز إعلام الصفة أنه جيد أو وسط أو ردي
ومنهم

من شرط إعلام الصفة، كذا في الذخيرة وفيها عن أبي يوسف: لو أسلم بيض الإوز في
بيض الدجاج أو أسلم بيض النعام في بيض الدجاج جاز، وإن أسلم بيض الدجاج في
بيض

نعامة أو أسلم بيض الدجاج في بيض الإوز، وإن كان في حين يقدر عليه جاز، فإن
كان في

حين لا يقدر عليه لا يجوز اه.

قوله: (والفلس) لأنه عددي يمكن ضبطه فيصح السلم فيه، وقيل لا يصح عند محمد
لأنه ثمن ما دام يروج، وظاهر الرواية عن الكل الجواز. وإذا بطلت ثمنيتها لا يخرج عن
العد

إلى الوزن للعرف إلا أن يهدره أهل العرف كما هو في زماننا فإن الفلوس أثمان في
زماننا
ولا تقبل إلا وزنا فلا يجوز السلم فيها إلا وزنا في ديارنا في زماننا، وقد كانت قبل
هذه
الاعصار عددية في ديارنا أيضا، كذا في فتح القدير قوله: (واللبن) بكسر الباء وهو
الطوب

النئ وشرط في الخلاصة ذكر المكان الذي يعمل فيه اللبن، وفي الذخيرة: لو باع آجرة
من
ملبن لم تجز من غير إشارة لأن اللبن من المعدود المتقارب باعتبار قدره ومن المتفاوت
باعتبار
نضجه فاعتبر الأول في السلم للحاجة واعتبر الثاني في البيع قوله: (والآجر) بضم الجيم
وتشديد الراء مع المد أشهر من التخفيف الواحدة آجرة وهو معرب وهو اللبن إذا طبخ،
كذا
في المصباح قوله: (إن سمي ملبن معلوم) لأن آحادها لا تتفاوت إذا عينت الآلة وإذا لم
تعين
لا يجوز لافضائه إلى المنازعة. وفي المصباح: اللبن بكسر الباء ما يعلم من الطين يبنى
به
الواحدة لبنة ويجوز التخفيف فيصير مثل حمل اه. والملبن بكسر الباء قالب الطين
والمحلب
أيضا، كذا في الصحاح والمراد الأول قوله: (والذرع) أي ويصح السلم في
المذروعات لأنه
يمكن ضبطها بما ذكره، وجوازه فيها بالاجماع كالثياب والبسط والحصر والبواري.
وإنما جاز
فيها مع أنها لم تذكر في النص وهو مشروع على خلاف القياس في المكيل والموزون
فلا يقاس
عليهما للاجماع ودلالة النص لأن سبب شرعيته الحاجة وهي لا تختلف قوله:
(كالثوب إذا
بين الذراع) أي من أي جنس كذا ذكر العيني. وفي فتح القدير: أي قدره كذا كذا
ذراعا.
وفي البزازية: إذا أطلق ذكر الذراع في الثوب فله ذراع وسط. وفي الذخيرة: واختلف
المشايخ في تفسير قول محمد ذراع وسط، منهم من قال أراد به المصدر وهو فعل
الذرع لا
الاسم وهو الخشبة يعني لا يمد كل المد ولا يرخى كل الارحاء، وبعضهم قال أراد به
الخشب، والصحيح أنه يحمل عليهما إذا شرط مطلقا فيكون له الوسط منهما نظرا
للجانبيين
قوله: (والصفة) أي قطن أو كتان أو مركب منهما وهو الملحوم أو حرير ونحو ذلك
قوله:
(والصنعة) أي عمل الشام أو الروم أو زيد أو عمر ولأنه يصير معلوما بذكر هذه الأشياء
فلا

يؤدي إلى النزاع. ولم يذكر الوزن لأنه ليس بشرط إلا في الحرير إذا بيع وزنا لأنه لا يعلم إلا بالوزن. وفي الظهيرية: ولا يشترط ذكر الوزن في الكرباس واختلفوا في الحرير والصحيح اشتراطه، ولو أسلم في ثوب الخزان بين الطول والعرض والرقعة ولم يذكر الوزن جاز، وإن ذكر الوزن فقط لا يجوز. ولو باع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز إلا وزنا لأنه لا يباع إلا وزنا اه. وفي البزازية: أسلم قطنا هرويا في ثوب هروي جاز وإن مسح في شعر مسح إن كان المسح عاد شعرا لا يجوز وإلا يجوز ثم قال في نوع: لو أسلم في ثوب وسط وجاء بالجيد فقال خذ هذا وزدني درهما فستأتي مسائله عند قوله ولا يجوز التصرف في المسلم فيه قبل قبضه قوله: (لا في الحيوان) أي لا يصح السلم فيه لتفاوت آحاده لأنه وإن أمكن ضبط ظاهره لا يمكن ضبط باطنه، وكذا استقراضه فاسد ولكنه مضمون بالقيمة مملوك بالقبض

حتى لو كان عبدا فأعتقه يجوز لكونه مملوكا له، ذكره الأسيحابي، وقدمناه قبيل الربا. أطلقه

فشمل الآدمي وغيره وقد صح أنه عليه السلام نهى عن السلف في الحيوان. رواه الحاكم

وصححه. فشمل العصافير وإن لم يكن فيها تفاوت لأن الاعتبار في المنصوص عليه لعين

النص لا للمعنى وهو لم يفصل، كذا في الكافي. ولكنه يخرج عنه السمك الطري فإن السلم

فيه جائز كما سيأتي ولكن في فتح القدير إن شرطت حياته فلنا إن نمنع صحته. قوله: (ولا أطرافه كالرأس والأكارع) لفحش التفاوت، وقيل عندهما يجوز. والأكارع جمع كراع للشاة والبقرة ويجمع على إكراع أيضا قوله: (والجلود عددا) أي لا يجوز السلم فيها

للتفاوت الفاحش إلا أن يبين ضربا معلوما وطولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداء

فيجوز حينئذ عددا ووزنا قوله: (والحطب حزما والرطبة جرزا) أي لا يجوز السلم فيها للتفاوت الفاحش لأنه مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى لو عرف ذلك بأن بين الحبل الذي

يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي إلى النزاع جاز، ولو قدر

الوزن في الكل جاز، وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا

وهو أضبب وأطيب، كذا في فتح القدير. وفي الخلاصة: ولا يجوز السلم في الحطب أوقارا. والرطبة القضب خاصة ما دام رطبا والجمع رطاب، كذا في الصحاح. وفي المصباح: الجرزة القصة من ألقن ونحوه والحزمة والجمع جرز مثل غرفة وغرف، وأرض

جرز بضمين قد انقطع الماء عنها فهي يابسة لانبات فيها اه. وفي الذخيرة: وأما الرياحين

الرطبة والبقول والقصب والحشيش والخشب فهذه لم تكن مثلية فلا يجوز فيها، ولا بأس

بالسلم في الجذوع إذا بين ضربا معلوما والطول والعرض والغلظ، وكذا الساج وصنوف

العيدان. وفي البناية: الرطبة الأسفست وهي التي تسميه أهل مصر برسيماء، وأهل البلاد الشمالية بنجا. وفي الشامل: لا خير في المسلم في الرطبة ويجوز في ألقن لأنه يباع

وزنا
قوله: (والجوهر والخرز) لتفاوت آحاده الاصغار للؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيها
وزنا
لأنها تباع به فأمكن معرفة قدرها. والخرز بالتحريك الذي ينظم الواحدة خرزة
وخرزات
الملك جواهر تاجه، ويقال كان الملك إذا ملك عامما زيدت في تاجه خرزة ليعلم عدد
سني
ملكه، كذا في الصحاح قوله: (والمنقطع) أي لا يجوز السلم في الشيء المنقطع لفوت
شرطه
وهو أن يكون موجودا من حين العقد إلى حين المحل - بكسر الحاء - مصدر ميمي
من الحلول

حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو بالعكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لم يجز

لأنه غير مقدور التسليم لتوهم موت المسلم إليه فيحل الاجل وهو منقطع فيتضرر رب السلم. وحد الانقطاع أن لا يوجد في الأسواق التي تباع فيها وإن كان في البيوت، ولو انقطع عن أيدي الناس بعد المحل قبل أن يوفى المسلم فيه فرب السلم بالخيار إن شاء فسخ

العقد وأخذ رأس ماله، وإن شاء انتظر وجوده. وفي البناية معزيا إلى مبسوط أبي اليسر: ولو

انقطع في إقليم دون إقليم لا يصح السلم في الإقليم الذي لا يوجد فيه لأنه لا يمكن إحضاره إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو أسلم في الرطب ببخارى لا يجوز وإن

كان يوجد بسجستان اه. وفي البزازية: انقطع المسلم فيه في أوانه يتخير رب السلم. وعن

الإمام أنه يفسخ اه. وفيها: استقرض فاكهة كيلا أو وزنا ثم انقطع يصير إلى أن تدخل الجديدة إلا أن يتراضيا على قيمته كمن استقرض طعاما في بلد فيه الطعام رخيص ثم التقيا

في بلد فيه الطعام غال ليس له الطلب بل يوثق المطلوب ليعطيه في تلك البلد اه. قوله: (ولا في السمك الطري) أي لا يجوز فيه لأنه ينقطع عن أيدي الناس في الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان في وقت لا ينقطع فيه جاز وزنا لا عددا. والحاصل كما

في شرح الطحاوي أنه إما أن يكون طرية أو ومالحا، ولا يخلو إما أن سلم عددا أو وزنا، فإن أسلم فيه

عددا لم يحز مطلقا للتفاوت، وإن أسلم فيه وزنا، فإن كان مملوحا يجوز، وإن كان طريا فإن كان العقد في حينه والحلول في حينه ولا ينقطع فيما بينهما جاز وإلا فلا قوله: (وصح وزنا

لو مالحا) أي صح السلم في السمك بالوزن لو كان ملحا لا عددا لأن المالح منه وهو القديد

لا ينقطع وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن، وبيان نوعه بأن يقول بوري أوراى

وفي أسماك الإسكندرية الشفس والدونيس وغيرها. وفي الايضاح: الصحيح أن في الصغار

منه يجوز وزنا وكيلا وفي الكبار روايتان. وفي المغرب: سمك مليح ومملوح وهو القديد

الذي فيه الملح ولا يقال مالح إلا في لغة رديئة، والمالح هو الذي شق بطنه وجعل فيه
الملح
قوله: (ولا يصح السلم في اللحم) أي عند أبي حنيفة. وقالوا: يجوز إذا بين جنسه ونوعه
وسنه وموضعه وصفته وقدره كشاة خصي ثني سمين من الجنب، أو الفخذ مائة رطل
لأنه
موزون مضبوط الوصف فصار كالالية والشحم بخلاف لحم الطيور فإنه لا يقدر على
وصف
موضع منه وله أن يختلف باختلاف كير العظم وصغره فيؤدي إلى المنازعة. وفي منزوع
العظم
روايتان والأصح عدمه ولذا أطلقه في الكتاب. وفي الحقائق والعيون: الفتوى على
قولهما

وهذا على الأصح من ثبوت الخلاف بينهم، وقد قيل لا خلاف فمنع أبي حنيفة فيما إذا أطلقا

السلم في اللحم، وقولهما فيما إذا بينا وإذا حكم الحاكم بجوازه صح اتفاقا، كذا في البرازية. واللحم قيمي فيضمن بالقيمة إذا غصب كما في الجامع الكبير من باب الاستحقاق

وعزاه في الصغرى إلى وسط المنتقي. وفي فروق الكرايسسي: يضمن اللحم عند الاتلاف

بالقيمة والخبز يضمن بالمثل، ولو اشترى باللحم يثبت دينا في الذمة والخبز كذلك، فالحاصل

أن اللحم مع الخبز يستويان في ثبوتهما دينا في الذمة ويفترقان في الضمان فيضمن اللحم

بالقيمة والخبز بالمثل. والفرق أن كل واحد منهما وإن كان غداء لكن الخبز أبين غداء وأحسن

كفا فأظهرنا حكم التفرقة في الضمان والتسوية في الدينية عملا بالشبهين اه. وفي التهمة عن

اختيار شيخ الاسلام على الأسبيجاني أن اللحم مضمون بالمثل. وفي الظهيرية: وإقراض اللحم عندهما يجوز كما يجوز السلم. وعن أبي حنيفة روايتان واللحم مضمون بالقيمة في

ضمان العدوان إذا كان مطبوخا بالاجماع، وإن كان نيأ فكذلك وهو الصحيح. وإن اشترى

شيئا بلحم في الذمة ذكر في الإجازات أنه إذا استأجر شيئا بلحم في الذمة جاز وما يصلح

أجرة في الإجارة يصلح ثمننا في البيع اه.

قوله: (وبمكيال أو ذراع لم يدر قدره) أي لا يصح لاحتمال الضياع فيقع النزاع بخلاف البيع به حالا. قيد بكونه لم يدر قدره لأنهما لو كانا معلومي القدر جاز، ويشترط أن

يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاص. وأما الجراب والزنبيل فلا يجوز الكيل بهما.

وعن أبي يوسف الجواز بقرب الماء للتعامل وهو أن يشتري من سقاء كذا وكذا قربة من ماء

النيل أو غير ذلك مثلا بهذه القربة وعينها جاز البيع وتقتضي القاعدة المذكورة أن لا يجوز إذا

عين هذه القربة ولكن بمقدارها، كذا في فتح القدير. وفي القنية: السلم في الماء

مختلف
فيه، فإن كان موضعاً جرت العادة فيه بالسلم وذكر الشرائط صح اه قوله: (وبر قرية أو
تمر
نخلة معينة) أي لا يجوز لاحتمال أن يعتريهما أفة فلا يقدر على التسليم وإليه أشار
صلى الله عليه وسلم بقوله
أرأيت إذا منع الله ثمرة هذا البستان بم يستحل أحدكم مال أخيه؟ فإن معناه أنه لا
يستحق
بهذا البيع شيئاً إن لم يخرج ذلك البستان شيئاً فكان في بيع ثمرة هذا البستان غرر
الانفساخ
فلا يصح بخلاف ما إذا أسلم في حنطة صعيدية أو شامية فإن احتمال أن لا ينبت في
الإقليم
شئ برمته ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع في الصحة، ولذا قيد بالقرية احترازاً على الإقليم
وتعيين البستان كتعيين النخلة. هذا لو كانت نسبة الثمرة إلى قرية معينة لبيان الصفة لا
لتعيين

الخارج من أرضها بعينه كالحشراتي ببخارى والسباخي وهي قرية حنطتها جيدة
بفرغانة لا
بأس به لأنه لا يراد خصوص النبات هناك بل الإقليم، ويتوهم انقطاع طعام إقليم بكماله
فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء كذا في ديارنا قمح الصعيد. وفي الخلاصة
وغيرها: لو أسلم في حنطة الهراة لا يجوز، وفي ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز
لأن
حنطتها يتوهم انقطاعها إذا لإضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في موهوم الانقطاع
بخلاف إضافة الثوب لأنها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان، وكذا لو أتى
المسلم إليه
بثوب هروي نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروي يعني من صفته ومؤنته يجبر
رب
السلم على قبوله، فظهر أن المانع والمقتضى العرف، فإن تعورف كون النسبة لبيان
الصفة فقط
جاز وإلا فلا، كذا في فتح القدير. ثم قال: وفي شرح الطحاوي: لو أسلم في حنطة
حديث
قبل حدوثها فالسلم باطل لأنها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد إلى
وقت
المحل شرط اه. وفي الجوهرية: ولو أسلم في حنطة جيدة أو في ذرة جديدة لم يجز
لأنه لا
يدرر أيكون في تلك السنة شيء أم لا اه. وعلى هذا فما يكتب في وثيقة السلم جديد
عامه
مفسد له ولكنه ينبغي حمله على ما إذا كان قبل وجود الجديد، أما بعد وجوده فيصح
كما
يشير إليه ما في شرح الطحاوي. وفي الخلاصة: وكذا إذا أسلم على صوف غنم بعينها
أو
ألبانها وسمونها قبل حدوثها أو سمن حديث لأنه لا يدرر بقاؤه
قوله: (وشرط بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والأجل) كقوله حنطة سقية جيدة
عشرة إكرار إلى شهر لأن الجهالة تنتفي بذكر هذه الأشياء فهذه خمسة الأربعة الأول
منها
تشرط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل، فإن ما يجوز كونه
مسلماً فيه

(۲۶۶)

يجوز كونه رأس مال السلم ولا ينعكس، فإن النقود تكون رأس مال ولا يسلم فيها.
وفي
المعراج: إنما يشترط بيان النوع في رأس المال إذا كان في البلد نقود مختلفة وإلا فلا
يشترط
اه. وأما الاجل فيشترط في المسلم فيه خاصة فلا يصح السلم الحال عندنا لأنه يجوز
رخصة
للمفالس دفعا لحاجاتهم فلا يتحقق محل الرخصة إلا مع ذكر الاجل فلا يجوز في
غيره.
وقوله حنطة بيان للجنس وقول من قال إن قوله صعيدية أو بحرية بيان للجنس غير
صحيح وإنما هو من بيان النوع. وقوله سقية بيان للنوع أي مسقية وهي ما تسقى
سيحا،
وكذا بخسية وهي ما تسقى بالمطر نسبة إلى النجس لأنها مبخوسة الحظ من الماء
بالنسبة إلى
السيح غالباً. وفي الجوهرة: فأسلما حالا ثم أدخل الاجل قبل الافتراق وقبل استهلاك
رأس المال جاز اه. وفي الايضاح للكرماني من كتاب الصرف: لو عقد السلم بلا أجل
فهو
فاسد فإن جعل له أجلا معلوماً قبل أن يتفرقا جاز إن كانت الدراهم قائمة بعينها لأن
الدراهم فيه قائمة مقام المبيع فلا بد أن تكون بحيث يبتدأ فيها العقد، فهذه تسعة
شروط.
والعاشر بيان قدر الاجل. والحادي عشر بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة وهو
خاص
بالمسلم فيه وسيأتي. والثاني عشر قبض رأس المال قبل الافتراق وسنذكره. والثالث
عشر أن
لا يشمل البدلين إحدى عتلي الربا لأن انفراد أحدهما يحرم النساء. والرابع عشر أن لا
يكون
فيه خيار شرط. وفي البنزاية: ويطله شرط الخيار فإن أسقطه قبل الافتراق ورأس المال
قائم
في يد المسلم إليه صح وإن هالكاً لا ينقلب صحيحاً. الخامس عشر أن يتعين المسلم
فيه
بالتعيين فلا يصح السلم في النقدين وفي التبر روايتان. وذكر في المعراج وفتح القدير
من
شروط رأس المال كون الدراهم منتقدة عند أبي حنيفة مع إعلام القدر اه. وليس المراد
به

تعجيل رأس المال لأن صاحب المعراج ذكر شرط التعجيل والقبض وحده وذكر الانتقاد وحده
شرطاً، وإنما المراد به معرفة الجيد من الرديء منه فلو لم ينقدها لم يصح. ويشكل عليه قولهم
في تعليل قول الإمام أن الإشارة إلى رأس المال لا تكفي لاحتمال أن يجد البعض زيوفاً فيحتاج إلى الرد ولا يتيسر الاستبدال إلا بعد المجلس فإن هذا يقتضي عدم اشتراط الانتقاد أو
لا فليتأمل. السادس عشر وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل كما في المعراج
وقد تقدم مفهومه بقوله والمنقطع. والسابع عشر أن يكون ما يضبط بالوصف وهو أن يكون
من الأجناس الأربعة المكيل والموزون والمذروع والمعدود المتقارب وتقدم أول الباب، وقد
ذكره في الشرائط في المعراج. الثامن عشر بيان قدر رأس المال في المثليات عنده كما سيأتي.

وفي الخاتمة: ولا بطل الاجل بموت رب السلم ويطل بموت المسلم إليه حتى يؤخذ المسلم من تركته حالاً.

قوله: (وأقله شهر) أي أقل الاجل شهر روي ذلك عن محمد رحمه الله تعالى لأن ما دونه عاجل والشهر وما فوقه آجل بدليل مسألة اليمين حلف ليقضين دينه عاجلاً ففضاه قبل

تمام الشهر بر في يمينه، وقيل أقله ثلاثة أيام، وقيل ما تراضيا عليه، وقيل أكثر من نصف يوم، وقيل المرجع العرف وما في الكتاب هو الأصح وبه يفتى. وفي البناية وقال الصدر الشهيد في طريقته المطولة: والصحيح ما رواه الكرخي أنه مقدار ما يمكن فيه تحصيل المسلم

فيه اه. فقد اختلف التصحيح لكن المعتمد ما في الكتاب وفي فتح القدير بعد نقل تصحيح

الشهيد وهو جدير أن لا يصح لأنه لا ضابط محقق فيه، وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله كل ذلك تنفتح فيه

المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان اه. أقول: هو جدير بأن يصحح ويعول عليه فقط

لأن من الأشياء ما لا يمكن تحصيله في شهر فيؤدي التقدير به إلى عدم حصول المقصود من

الاجل وهو القدرة على تحصيله. وفي القنية: لقي رب السلم المسلم إليه بعد حلول الأجل

في غير البلد الذي شرط الايفاء فيه فله مطالبته بالمسلم فيه إن كان قيمته في ذلك المكان مثل

قيمه في المكان المشروط أو دونه لأن شرط المكان حق رب السلم دفعا لمؤنة الحمل. قال

رضي الله تعالى عنه: وأفتى بعض مفتي زماننا أنه لا يتمكن من مطالبته لأن تعيين المكان حق

المسلم إليه دفعا لمؤنة الحمل. وهذا الجواب أحب إلي إلا في موضع الضرورة وهو أن يقيم

المسلم إليه في بلد آخر فيعجز رب السلم عن استيفاء حقه ثم قال: هداانا الله إلى الرواية

المنصوصة قوله: (وقدر رأس المال في المكيل والموزون والمعدود) أي وشرطه بيان قدر رأس

المال إذا كان العقد يتعلق على مقداره عند الإمام. وقالوا: تكفي الإشارة إليه كالثمن والأجرة والمذروع لأن الجهالة مع الإشارة لا تفضي إلى المنازعة. وله أنها قد تفضي إليها بأن ينفق بعضه ثم يجد بالباقي عيبا فيرده ولا يتفق له الاستبدال في مجلس الرد فينسخ العقد في المردود ويبقى في غيره ولا يدرى قدره ليبقى العقد بحسابه فيفضي إلى جهالة المسلم فيه

فيجب التحرز عن مثله وإن كان موهوما لشرعه مع المنافي إذ هو بيع المعدوم، والأولى أن

يعلل للإمام بأنه ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال فيجب أن

يكون معلوما. وأما ما ذكره فمندفع بما قدمناه من أن الانتقاد شرط عنده، وقد قال بقول

ابن عمر رضي الله عنهما وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس بخلاف ما إذا كان رأس

المال ثوبا لأن الذرع وصف فيه والمبيع لا يقابل الأوصاف فلا يتعلق العقد بقدره، ولذا لو

سمى عدد الذرعان فوجده المسلم إليه أنقص لا ينتقص من المسلم فيه شيء وإنما يخير المسلم

إليه. ومن فروع المسألة إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال أحدهما بأن أسلم مائة درهم

في كر حنطة وشعير ولم يبين حصة واحد منهما من رأس المال لم يصح فيهما لأنه ينقسم

عليهما باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزر، أو أسلم جنسين ولم يبين قدر أحدهما بأن أسلم

دراهم ودنانير في مقدار معلوم من البر فبين قدر أحدهما ولم يبين الآخر لم يصح السلم فيهما

لبطلان العقد في حصته ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة

الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا، والمراد بالمعدود هنا ما لا يتفاوت أحاده لتعلق

العقد بمقداره.

قوله: (ومكان الإيفاء فيما له حمل من الأشياء) أي وشرطه بيان مكان الإيفاء في المسلم إليه إذا كان له حمل ومؤنة أي إذا كان نقله يحتاج إلى أجرة. والحمل بالفتح

الثقل. قال

في البناية: يعنون به ما له ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر وأجرة حمال. والمؤنة الكلفة وقال: لا

يحتاج إلى تعيينه ويسلمه في موضع العقد لأن مكانه مكان الالتزام فيتعين لإيفاء ما التزمه في

ذمته كموضع الاستقراض والاستهلاك، وكبيع الحنطة بعينها، وكالغصب والقرض وله

أن

(٢٦٩)

التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد للتسليم بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فإن تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه، فإذا لم يتعين بقي مجهولا

جهالة مفضية إلى المنازعة لاختلاف القيم باختلاف الأماكن فلا بد من البيان دفعا للمنازعة وصار كجهالة الصفة ولذا قال البعض: إن الاختلاف في المكان يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الصفة. وقيل: لا تحالف عنده فيه، وعندهما يتحالفان لأن تعيين المكان قضية

العقد. قيد بالمسلم فيه لأن مكان العقد يتعين لايفاء رأس مال السلم اتفاقا، وعلى هذا الاختلاف الثمن إذا كان له حمل ومؤنة والأجرة كذلك والقسمة وصورتها: اقتسما دارا

وجعلا مع نصيب أحدهما شيئا له حمل ومؤنة فعنده يشترط بيان مكان الايفاء، وعندهما يتعين

مكان العقد. وقيل: لا يشترط في الثمن عند الكل، والصحيح أنه شرط إذا كان مؤجلا، وعندهما يتعين مكان العقد، وقيل في الأجرة يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة، ثم إن

عين مصرا جاز لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة في حق هذا الحكم لعدم اختلاف القيمة،

ولهذا لو استأجر دابة ليعمل عليها في المصر فله أن يعمل في أي مكان شاء، وقيل هذا إذا لم

يكن المصر عظيما تبلغ نواحيه فرسخا لا يجوز ما لم يبيننا ناحية منه لأن جهالته مفضية إلى المنازعة. ولو شرط أن يوفيه في مح نزله جاز استحسانا لأنه يراد به المنزل

حال حلول الأجل عادة والظاهر بقاؤه في منزله، ولو شرط الحمل إلى منزله قيل يجوز لأنه

اشتراط الايفاء فيه، وقيل لا يجوز لأن الحمل لا يقتضيه العقد إنما يقتضي الايفاء وهو يتصور بدون الحمل فيكون مفسدا، وإن شرط أن يوفيه في موضع تم يحمله إلى منزله لا

يجوز.

والحاصل أن اشتراط الايفاء في مكان مصحح وفي اشتراط الحمل إلى مكان معين قولان، واشتراط الحمل بعد الايفاء مفسد وعكسه لا كالايفاء بعد الايفاء وتتامه في الخلاصة. وفي البزازية: شرط حمله إلى منزل رب السلم بعد الايفاء في المكان المشروط لا

يصح لاجتماع الصفقتين الإجارة والتجارة، وشرط الايفاء خاصة أو الحمل خاصة أو
الايفاء
بعد الحمل جائز لا شرط الايفاء بعد الايفاء على قول عامة المشايخ كشرطه أن يوفيه
في محلة
كذا ثم يوفيه في منزله. ولو شرط الايفاء أو الحمل بعد الحلم لم يجز. وفي بعض
الفوائد:
شرط الحمل بعد الحمل يصح لأن الحمل لا يوجب الملك لرب السلم فلما شرط
الحمل ثانيا

صار كشرطه مرة، وكذا الايفاء بعد الحمل والايفاء بعد الايفاء، ولما شرط ذلك صار
الايفاء
الأول منفسخا وإذا شرط الايفاء في مدينة كذا فكل محلاتها سواء حتى لو وفاه في
محله ليس
له أن يطالبه في محلة أخرى اه، وفي فتح القدير: ولو اشترى طعاما بطعام من جنسه
واشترط أحدهما التوفية إلى منزله لم يجز بالاجماع كيفما كان، ولو شرط أن يوفيه
إلى مكان كذا
فسلمه في غيره ودفع الكراء إلى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز أخذ الكراء
وإن شاء
رده إليه ليسلمه إليه في المكان المشروط لأنه حقه اه. وفي البدائع: فإن سلم في غير
المكان
المشروط فلرب السلم أن يأبى، فأعطاه على ذلك أجرا لم يجز له أخذ الأجر عليه وله
أن
يرد المسلم فيه حتى يسلمه في المكان المشروط بخلاف الشفيع إذا صولح عنها بمال
لم يصح
وسقط حقه لاعراضه عن الطلب كما لو أسقطه صريحا، وحق رب السلم في التسليم
في
المكان المشروط لم يسقط بالاسقاط صريحا اه. قيد بما له حمل لأن ما لا حمل له
كالمسك
والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء. وقيده في فتح القدير
بأن
يكون قليلا وإلا فقد يسلم في أمناء من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا ويسلمه في المكان
الذي
أسلم فيه، وكلما قلنا يتعين مكان العقد فهو مقيد بما إذا كان مما يتأتى فيه التسليم وما
لا بأن
أسلم إليه وهما في مركب في البحر أو جبل فإنه يجب في أقرب الأماكن التي يمكن
فيها،
وهذا على رواية الجامع الصغير. وذكر في الإجازات أن ما لا حمل له يوفيه في أي
مكان شاء
وهو الأصح لأن الأماكن كلها سواء. ولو عين مكانا قيل لا يتعين، وقيل يتعين وهو
الأصح، كذا في فتح القدير. وصحح في المحيط أنه يتعين موضع العقد فيما لا حمل له
لأن
القيمة تختلف باختلاف الأماكن فالكافور أكثر قيمة في المصر لكثرة الرغبة فيه في

المصر وقتها

في السواد اه.

قوله: (وقبض رأس المال قبل الافتراق) أي وشرطه قبض رأس المال قبل أن يتفرقا لأن السلم ينبي عن أخذ عاجل بآجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما في الحوالة والكفالة والصراف. وظاهر كلامه أن القبض شرط انعقاده صحيحا كبقية الشروط وهو قول البعض، والصحيح أنه شرط بقاءه على الصحة فينعقد صحيحا بدونه ثم يفسد بالافتراق بلا قبض، وستأتي فائدة الاختلاف في الصراف.

وأطلقه

فشمل ما إذا كان رأس المال مما لا يتعين أو يتعين لما ذكرناه، وفي الخلاصة: ولو أبى

المسلم

إليه قبض رأس المال أجبر عليه اه. وفي الواقعات: باع عبدا بثوب موصوف في الذمة

فإن

لم يضرب للثوب أجلا لا يجوز لأن الثوب لا يجب في الذمة إلا سلما فالاجل شرط
فلو
ضرب الاجل جاز لوجود شرطه، فلو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل العقد لأن هذا العقد
اعتبر سلما في حق الثوب بيعا في حق العبد، ويجوز أن يعتبر في عقد واحد حكم
عقدين
كما في الهبة بشرط العوض وكما في قول المولى لعبده إذا أدت إلي ألفا فأنت حر،
اعتبر فيه
حكم اليمين وحكم المعاوضة اه. وأشار المصنف رحمه الله إلى أنه لا يدخله خيار
الشرط لأنه
يمنع تمام القبض قالوا: ولا يثبت في المسلم فيه خيار رؤية ويثبت فيه خيار العيب،
ويثبتان
في رأس المال إذا كان مما يتعين وإلا فخيار الرؤية لا يثبت في النقود. ودل قوله قبل
الافتراق دون أن يقول في المجلس على أن القبض في المجلس ليس بشرط. وفي
البيزانية:
وإن مكثا إلى الليل أو سافرا فرسخا أو أكثر ثم سلم جاز، وإن نام أحدهما أو ناما لم
تكن
فرقة، ولو أسلم عشرة في كر ولم تكن الدراهم عنده فدخل المنزل ليخرجه إن توارى
عن
المسلم إليه بطل، وإن بحيث يراه لا وصحت الكفالة والحوالة والارتهان برأس مال
المسلم
اه. وفي البدائع: ثم إذا جازت الحوالة والكفالة فإن قبض المسلم إليه رأس المال من
المحتال
عليه أو الكفيل أو من رب السلم فقد تم العقد بينهما إذا كانا في المجلس، سواء بقي
الحويل
أو الكفيل أو افترقا بعد أن كان العاقدان في المجلس. وإن افترق العاقدان بأنفسهما قبل
القبض بطل السلم وبطلت الحوالة والكفالة وإن بقي المحال عليه والكفيل في المجلس
العبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما لا لبقاء الحويل والكفيل وافتراقهما لأن القبض من
حقوق
العقد وقيام العقد بالعاقدين فكان المعتمد بمجلسهما، وعلى هذا الكفالة والحوالة ببدل
الصرف. وأما الرهن برأس لمال فإن هلك الرهن في المجلس وقيمته مثل رأس المال أو
أكثر
فقد تم العقد بينهما، وإن كانت قيمته أقل من رأس المال تم العقد بقدره ويبطل في
الباقى،

وإن لم يهلك الرهن حتى افترقا بطل السلم لحصول الافتراق لا عن قبض وعليه رد
الرهن
على صاحبه، وكذا الحكم في بدل الصرف اه. وفي إيضاح الكرماني من الرهن: ولو
أخذ
بالمسلم فيه رهنا وسلطه على البيع فباعه بجنس المسلم فيه أو بغير جنسه جاز اه.
وفي تلخيص الجامع من باب إقرار المريض لوارث آخر والدينين قضاء لأولهما فلو
أسلم ثم استقرض وقعت المقاصصة وفي عكسه لا اه. أي لا تقع المقاصصة إلا إذا تقاصا
بدليل ما سنذكره عن البدائع ويتفرع على أن القبض شرط ما إذا قبض ثم انتقض القبض
لمعنى أوجه أنه يبطل السلم، وبيانه أن رأس المال إما أن يكون عينا أو دينا، وكل
منهما إما
أن يوجد مستحقا أو معيبا، وكل إما إن يكون قبل الافتراق أو بعده كله أو بعضه، وكذا
بدل
الصرف على هذه التفاصيل، فإن كان عينا فوجد مستحقا أو معيبا فإن لم يجز المستحق
ولم

يرض المسلم إليه بالعيب بطل السلم بعد الافتراق أو قبله، وإن أجاز المستحق ورضي المسلم إليه بالعيب جاز مطلقا، وله أن يرجع على الناقد بمثله إن كان مثليا أو بقيمته إن كان قيميا.

وإن كان دينا فإن وجده مستحقا وأجيز مضي السلم مطلقا ولا سبيل للمشتري على المقبوض ويرجع على الناقد بمثله، وإن لم يجوز فاستبدل في المجلس صح وإن بعده بطل. وإن وجده زيوفا أو نبهرجة، أو ستوقة أو رصاصا فإن كانت زيوفا فرضي بها صح مطلقا بخلاف الستوقة لأنها ليست من جنس حقه فإن لم يرض فإن كان قبل الافتراق واستبدل في المجلس صح وإن بعده بطل عند الإمام مطلقا سواء استبدلها في المجلس أو لا. هذا إذا وجدها زيوفا أو نبهرجة فإن وجدها ستوقة أو رصاصا فإن بعد الافتراق بطل سواء تجوز بها أو لا، وإن استبدل في المجلس صح وتمام التفرجات في البدائع. وفي الصغرى: المسلم إليه إذا أتى بشئ من الدراهم وقال وجدته زيوفا فالقول له اه. وفي الايضاح: استحسّن أبو حنيفة في اليسير فقال يردها ويستبدل في ذلك المجلس وفي تحديد الكثير روايتان ما زاد على الثلث وما زاد على النصف اه. وفيه: لو وجد البعض نبهرجة أو مستحقة فاختلغا فقال رب السلم هو ثلث رأس المال وقال المسلم إليه نصفه فالقول قول رب السلم مع يمينه، ولو كان ستوقة أو رصاصا فاختلغا في مثل ذلك فالقول قول المسلم إليه وبيانه فيه اه.

قوله: (فإن أسلم مائتي درهم في كربر مائة دينار عليه ومائة نقدا فالسلم في الدين باطل) أي في حصته لكونه دينا بدين، وضح في حصة النقد لوجود قبض رأس المال بقدره ولا يشيع الفساد لأنه طارئ إذ السلم وقع صحيحا في الكل ولذا لو نقد الكل قبل الافتراق صح. والتقيد بكونه أضاف العقد إلى المائتين اتفاقي بل كذلك إذا أضافه إلى مائتين مطلقا ثم

جعل المائة من رأس المال قصاصا بما في ذمته من الدين في الصحيح لأن المعنى
يجمعهما
وهو كون الفساد طارئا إذ الدين لا يتعين بإضافة العقد إليه. وقيد بقوله دينا عليه لأنه لو
قال أسملت إليك هذه المائة والمائة التي لي على فلان يبطل في الكل، وإن نقد الكل
لاشترط
تسليم الثمن على غير العاقد وهو مفسد مقارن فتعدى. وقيد بكون الدين من جنس
النقد لأن
الجنس لو اختلف بأن كان له على آخر مائة درهم فأسلمها إليه وعشرة دنانير في أكرار
معلومة
لم يجز في الكل، أما الدين فظاهر، وأما عدم حصة العين فلجهالة ما يخصه. وهذا عند
الإمام
رحمه الله تعالى، وعندهما يجوز في حصة العين وهي مبنية على مسألة إعلام قدر رأس
المال.
وقيد بكونه جعل الدين عليه رأس المال لأنه لو لم يجعله وإنما وقعت المقاصة بأن
وجب على

المسلم إليه دين مثل رأس المال فلا يخلوا إما إن يجب الدين الآخر بالعقد أو بالقبض،
فإن كان
الأول فإما بعقد سابق على السلم أو متأخر عنه، فإن كان الأول بأن كان رب السلم
باع
المسلم إليه ثوبا بعشرة دراهم ولم يقبضها حتى أسلم إليه عشرة دراهم في كرفان
تراضيا
بالمقاصة صار قصاصا، وإن أبي أحدهما لا يصير قصاصا استحسانا لأن العقد موجب
للقبض
حقيقة لولا المقاصة، فإذا تقاسا تبين أنه انعقد موجبا قبضا بطريق المقاصة وقد وجد،
وإن
وجب بعقد متأخر عن السلم لا يصير قصاصا وإن جعلاه قصاصا. هذا إذا وجب الدين
بالعقد، فإن وجب بالقبض كالغصب والقرض فإنه يصير قصاصا جعلاه أو لا بعد أن
كان
وجوب الدين متأخرا عن العقد. هذا إذا تساوى الدينان، فإما إذا تفاضلا بأن كان
أحدهما
أفضل والآخر أدون ورضي أحدهما بالقصاص وأبي الآخر فإنه ينظر، فإن أبي صاحب
الأفضل لا يصير قصاصا لأن حقه في الجودة معصوم محترم فلا يجوز إبطاله عليه من
غير
رضاه، وإن أبي صاحب الأدون يصير قصاصا لأنه لما رضي به صاحب الأفضل فقد
أسقط
حقه، وكذلك المقاصة في بدل الصرف على هذه التفاصيل، كذا في البدائع. قال
الأزهري
رحمه الله تعالى: الكرستون قفيزا، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف.
وفي
الحسامي: الكراسم لأربعين قفيزا. وهذا كله في رأس المال، أما المقاصة بالمسلم فيه
فقال في
الايضاح: إن وجب على رب السلم دين مثل المسلم فيه بسبب متقدم على العقد أو
بعده لم
يصر قصاصا، وإن وجب بقبض مضمون كالغصب والقرض صار قصاصا إن كان قبل
العقد، وإن كان بعده فجعله قصاصا جاز. وإن كان ودبعة عند رب السلم قبل العقد أو
بعده فجعله المسلم إليه قصاصا لم يكن قصاصا إلا أن يكون بحضرتها أو يخلى بينه
وبينهما،
ولا يصير المغصوب قصاصا إلا إذا كان مثل المسلم فيه فإن كان أجود أو أردأ فلا بد

من
رضاهما اه.
قوله: (ولا يصح التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة أو تولية) لأن
المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز ورأس المال مستحق
القبض
في المجلس والتصرف فيه مفوت له فلم يجز ففي التولية تمليكه بعوض، وفي الشركة
تمليك
بعضه بعوض فلم يجز. وصورة الشركة فيه أن يقول رب السلم لآخر أعطني نصف
رأس
المال ليكون نصف المسلم لك فيه. وصورة التولية أن يقول لآخر اعطني مثل ما
أعطيت

المسلم إليه حتى يكون المسلم فيه لك، كذا في الايضاح. وإنما صرح بالتولية لرد قول
من
قال بجواز بيع المسلم فيه مرابحة وتولية. وحزم به في الحاوي فقال: ولا بأس ببيع
المسلم
قبل قبضه مرابحة وتولية وهو قول ضعيف والمذهب منعهما. وقد أشار إلى منع بيع
السلم
بالأولى سواء كان ممن عليه أو من يغره كما في الحاوي، فلو باع السلم المسلم فيه
من المسلم
إليه بأكثر من رأس المال لا يصح ولا يكون إقالة، كذا في القنية. ولو وهبه منه قبل
قبضه
وقبل الهبة لم يصح وكان إقالة فوجب عليه رد رأس المال، وكذا لو أبرأه كلاً أو بعضاً.
وفي
التجنيس والواقعات: رجل أسلم إلى رجل كر حنطة فقال رب السلم للمسلم إليه
أبرأتك عن
نصف السلم وقبل المسلم إليه وجب عليه رد نصف المال إليه لأن السلم نوع بيع، وفي
البيع
من اشترى شيئاً ثم قال المشتري للبائع قبل القبض وهبت منك نصفه فقبل البائع كانت
إقالة
في النصف بنصف الثمن فكذا هذا إذ الحط بمنزلة الهبة اه. وفي الفتاوي الصغرى: إقالة
بعض السلم وإبقاؤه في البعض جائز، وأما إقالة المسلم على مجرد الوصف بأن كان
المسلم فيه
جيداً فتقايلاً على الردئ على أن يرد المسلم إليه درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد
خلافاً
لأبي يوسف في رواية لكنه عند أبي يوسف يجوز لا بطريق الإقالة بل بطريق الحط عن
رأس
المال اه. وفي البدائع الإبراء عن رأس المال يتوقف على قبول رب السلم فإن قيل
انفسخ
العقد فيه بخلاف الإبراء عن المسلم فيه فإنه جائز بدون قبول المسلم إليه لأنه ليس فيه
إسقاط
شرط وبخلاف الإبراء عن ثمن المبيع فإنه صحيح بدون قبول المشتري لكنه يرتد بالرد
ولا
يجوز الإبراء عن المبيع لأنه عين وإسقاط العين لا يصح. وظاهره يخالف ما قدمناه عن
التجنيس في الإبراء عن المسلم فيه. وفي الظهيرية: لو أن رب السلم وهب المسلم فيه

للمسلم إليه كانت إقالة للسلم ولزمه رد رأس المال إذا قبل. وفي المبسوط: إذا أبرأ رب

(٢٧٥)

السلم المسلم إليه عن طعام السلم صح إبرأؤه في ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يصح ما لم يقبل المسلم إليه، وإذا قبل كان فسخا لعقد السلم، ولو أبر المسلم إليه رب السلم عن رأس المال وقبل الأبراء بطل السلم وإن رده لا. والفرق بين رأس المال والمسلم فيه أن المسلم فيه لا يستحق قبضه في المجلس بخلاف رأس المال اه. وذكر في الذخيرة قولين في مسألة الأبراء عن بعض المسلم فيه هل هو إقالة فيرد ما قابله، أو حط له فلا يرد، وبه اندفع الاشكال. وذكر القولين أيضا فيما إذا أبرأه عن الكل وقبل فقيل يرد رأس المال كله، وقيل لا يرد شيئا اه. ودل كلام المصنف رحمه الله تعالى على منع الاستبدال بهما، أما الاستبدال برأس مال السلم في مجلس العقد فهو غير جائز بأن يأخذ برأس المال شيئا من غير جنسه لكونه يفوت القبض المشروط لأن بدل الشيء غيره، وكذا الاستبدال ببديل الصرف فإن أعطى من جنس رأس المال أجود أو أردأ ورضي المسلم إليه بالأردأ جاز لأنه قبض جنس حقه وإنما اختلف الوصف، فإن كان أجود فقد قضى حقه وأحسن في القضاء، وإن كان أردأ فقد قضاه ناقصا فلا يكون استبدالا إلا أنه لا يجبر على أخذ الأردأ ويجبر على أخذ الأجود لأنه في العادة لا يعد فضلا وإنما هو إحسان في القضاء والايفاء، وأما الاستبدال بالمسلم فيه بجنس الآخر فلا يجوز لكونه بيع المنقول قبل قبضه. وإن أعطى أجود أو أردأ فحكمه حكم رأس المال، كذا في البدائع. وفي البزازية: أسلم في ثوب وسط وجاء بالجيد فقال خذ هذا وزدني درهما فعلى وجوه: إن المسلم فيه كيلي أو وزني أو ذرعي لا يخلو إما أن يكون فيه فضل أو نقصان وذلك في القدر أو في الصفة، فإن كيليا بأن أسلم في عشرة أقفزة فجاء بأحد عشر فقال خذ هذا وزدني درهما جاز لأنه باع معلوما بمعلوم، ولو

جاء بتسعة وقال خذه وأرد عليك درهما جاز أيضا لأنه إقالة البعض وإقالة الكل تجوز
فكذا
إقالة البعض. ولو جاء بالأجود أو الأردأ أو قال خذ وأعط درهما أو أرد عليك درهما
لا يجوز
عندهما خلافا للثاني. وفي الثوب إن باع بذراع أزيد وقال زدني درهما جاز لأنه يبيع
ذراع
يملك تسليمه بدرها فاندفع بيعه مفردا، وكذا لو زاد في الوصف يجوز عندهم وإن جاء
بأنقص ذراعا ورد لا يجوز عندهما لأنه إقالة فيما لا يعلم حصته لكون الذراع وصفا
مجهول
الحصة. ولو جاء بأنقص من حيث الوصف لا يجوز ولو بأزيد وصفا يجوز لأنه إقالة
فيما لا

يعلم وهذا إذا لم يبين لكل ذراع حصة، أما إذا بين جاز في الكل بلا خلاف اه. وقيد بقوله قبل القبض لأن بيعه بعده على رأس المال ومراوحة ووضيعة وشركة جائز، كذا في

البنية. وفي القنية: أسلم دينارا في مائتي من من الزبيب فلما حل الاجل وعجز عن أدائه باع رب السلم من المسلم إليه مائة من من ذلك الزبيب الذي على المسلم إليه بدينار وقبض

الدينار لا يفسخ السلم في حصة الدينار اه. والحاصل أن التصرف المنفي في الكتاب شامل

لبيع والاستبدال والهبة والابراء إلا أن في الهبة والابراء يكون مجازا عن الإقالة فيرد رأس

المال كلا أو بعضا ولا يشمل الإقالة فإنها جائزة ولا التصرف في الوصف من دفع الجيد مكان

الردئ والعكس.

قوله: (فإن تقايلا السلم لم يشتر من المسلم إليه شيئا برأس المال) يعني قبل قبضه بحكم

الإقالة لقوله عليه السلام لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك أي سلمك حال قيام العقد أو رأس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال فصار رأس المال بعد الإقالة بمنزلة السلم فيه قبله

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 إبراءه

عنه وإن كان لا يجوز قبلها. وفي الايضاح للكرماني أن الإقالة فيه بيع جديد في حق ثالث

وهو الشرع. وفي البدائع: قبض رأس المال إنما هو شرط حال بقاء العقد فأما بعد ارتفاعه

بطريق الإقالة أو بطريق آخر فقبضه ليس بشرط في مجلس الإقالة بخلاف القبض في مجلس

العقد، وقبض بدل الصرف في مجلس الإقالة شرط لصحة الإقالة كقبضها في مجلس العقد

ووجه الفرق أن القبض في مجلس العقد في البدلين ما شرط لعينه وإنما شرط للتعين وهو أن

يصير البديل معينا بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين، ولا حاجة إلى التعيين في

مجلس
الإقالة في السلم لأنه لا يجوز استبداله فيعود إليه عينه فلا تقع الحاجة إلى التعيين
بالقبض
فكان الواجب نفس القبض فلا يراعى له المجلس بخلاف التصرف لأن التعيين لا
يحصل إلا
بالقبض لأن استبداله جائز فلا بد من شرط القبض في المجلس للتعين اهـ. وذكر
الشارح من
باب التحالف من كتاب الدعوى الإقالة في السلم بعد نفاذها لا تحتمل الفسخ بسائر
أسباب
الفسخ ألا يرى أنهما لو قالا نقضنا الإقالة لا تنتقض، وكذا لو كان رأس المال عرضاً
فقبضه
المسلم إليه ثم رد عليه بعيب بقضاء ثم هلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم
والفقه
فيه أن المسلم فيه سقط بالإقالة فلو انفسخت الإقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم
فيه،
والساقط لا يحتمل العود بخلاف الإقالة في البيع لأنه عين فأمكن عوده إلى ملك
المشتري اهـ.
ومن هنا يعلم أفسخ الأبراء لا يصح بالأولى. وفي الذخيرة من باب السلم: لو اختلفا في
رأس المال بعد الإقالة فالقول للمسلم إليه ولا يتحالفان. وذكر ما ذكره الشارح ثم قال:
لو

تقايلا بعد ما سلم المسلم إليه المسلم فيه ثم اختلفا في رأس المال تحالفا لأن المسلم فيه عين قائمة وليس بدين فالاقالة هنا تحتمل الفسخ قصدا اه. قيد بالسلم لأن الصرف إذا تقايلاه جاز الاستبدال عنه ويجب قبضه في مجلس الإقالة بخلاف السلم، وبيان الفرق في الايضاح للكرماني.

قوله: (ولو اشترى المسلم إليه كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح وصح لو قرضا أو أمره بقبضه له ثم لنفسه ففعل) معناه أيكيه لنفسه بعد القبض ثانيا لأنه اجتمع هنا

صفقتان صفقة بين المسلم إليه وبين المشتري منه، و صفقة بين المسلم إليه وبين رب السلم

كلاهما بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين ولم يوجد في الأولى وهي ما إذا أمر المسلم إليه

رب السلم بقبضه من البائع قضاء لحقه فلم يصح، ووجد في الثانية وهي ما إذا أمر رب السلم بقبضه له بأن يكيه ثم يقبضه بنفسه بالكيل ثانيا. والأصل فيه أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع

الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري. ومحملة على ما إذا اجتمعت

الصفقتان فيه، وأما في صفقة واحدة فيكتفي بالكيل فيه مرة في الصحيح. والدليل على أنه

بيع عند القبض ما قال في الزيادات: لو أسلم مائة كر ثم اشترى المسلم إليه من رب السلم

كر حنطة بمائتي درهم إلى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكر لم يجز لأنه اشترى ما

باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، كذا في فتح القدير. قيد بالشراء لأن المسلم إليه لو ملك كرا

يارث أو هبة أو وصية فأوفاه رب السلم واكتاله مرة جاز لأنه لم يوجد إلا عقد واحد بشرط

الكيل، وقيد بالكر وهو ستون قفيزا أو أربعون على الخلاف لأن المسلم إليه لو اشترى حنطة

مجازفة فأوفاه رب السلم فاكتالها مرة جاز لما ذكرنا. وأشار بالكر المكيل إلى أنه لو أسلم في

موزون معين واشترى المسلم إليه موزونا كذلك إلى آخره لا يجوز قبض رب السلم إذ

لا فرق
بين المكيل والموزون في هذا الحكم، وكذا المعدود إذا اشتراه بشرط العد فإنه
كالمكيل
والموزون كما قدمناه. وذكر في البناية أن في المعدود روايتين. وإنما فسرنا تكرار
الامر في
كلام المصنف بتكرار الكيل لأن الشرط أن يكيه مرتين وإن لم يتعدد الامر حتى لو قال
اقبض
الكر الذي اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم أعاد كييه صار قابضا، ولفظ
الجامع
يفيده فإنه لم يزد على قوله فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه، كذا في فتح القدير. وأما على
قوله
وصح لو قرضا فصورته: استقرض منه كرا فاشترى المستقرض كرا فأمر المقرض بقبضه
قضاء لحقه، وإنما جاز بلا إعادة الكيل لأن القرض إعارة حتى ينعقد بلفظها فكان
المقبوض
عين حقه تقديرا فلم يكن استبدالاً، ولو كان استبدالاً للزم مبادلة الجنس بجنسه نسيئة
فلم
يتحقق الصفقتان فيكتفي بكيل واحد للمشتري فيقبضه له ثم لنفسه من غير إعادة
الكيل.
وأشار بقوله لم يصح إلى أنه لم يدخل في ضمان رب السلم حتى لو هلك في يده هلك
من

مال المسلم إليه كما في البناية. وللقرض صورة أخرى هي لو كان الدين الأول سلماً
فلما
حل اقترض المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما
ذكرنا
لأن عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة، ولهذا لو
استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها قبل القبض.
قوله: (ولو أمر رب السلم أن يكيه في ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قضاء بخلاف
المبيع) أي لو اشترى مكيلاً معيناً ودفعت المشتري إلى البائع ظرفاً وأمره أن يكيه في
ظرفه ففعل
البائع والمشتري غائب صح. والفرق أن رب السلم حقه في الذمة ولا يملكه إلا
بالقبض فلم
يصادف أمره ملكه فلا يصح فيكون المسلم إليه مستعيراً للظرف جاعلاً فيه ملك نفسه
كالدائن
إذا دفع كيساً إلى المدين وأمره أن يزن دينه ويجعله فيه لم يصر قابضاً بوزنه فيه، وصح
الامر
في البيع لمصادفته ملكه لكونه صار مالكا للعين بنفس العقد فصار البائع وكيلاً عنه في
إمساك
الغرائر فصارت في يد المشتري حكماً، وصار الواقع فيها واقعا في يد المشتري، وأشار
المصنف بالفرق إلى مسائل: الأولى لو أمر المشتري البائع بطحن الطعام كان الطحين
للمشتري
ولو أمر رب السلم كان الطحين للمسلم إليه، فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حرماً
لأنه
استبدالاً بالمسلم فيه قبل قبضه، كذا في فتح القدير. الثانية لو أمره المشتري أن يصبه
في
البحر ففعل هلك من مال المشتري وفي السلم يهلك من مال المسلم إليه وليس ذلك
إلا
باعتبار صحة الامر وعدمها. الثالثة يكتفي بكيل البائع في الشراء على الصحيح بخلاف
السلم. قيدنا بكون الظرف للمشتري لأنه لو كان للبائع فأمره المشتري بالكيل فيه ففعل
لم
يصر قابضاً لكون المشتري استعار ظرفه ولم يقبضها فلا يصير في يده، فكذا ما يقع فيه
فصار
كما لو أمره أن يكيه في ناحية من بيت البائع فإن المشتري لا يكون قابضاً، فإن البيت
بنواحيه في يد البائع. وفي البدائع: لو استعار المشتري من البائع غرائره وأمره أن يكيه

فيها
ففاعل صار قابضا بالتخلية إجماعا إن كان المشتري حاضرا وإلا لا ما لم يسلمها إليه
عند محمد،
سواء كانت الغرائر بعينها أو لا. وقال أبو يوسف: إن كانت بعينها صار قابضا وإلا لا
.٥
وقيد بقوله وهو غائب لأنه إذا كان حاضرا صار المسلم إليه قابضا، سواء كانت الغرائر
له
أو للبائع، أو كانت مستأجرة، وبه صرح الفقيه أبو الليث، كذا في البناية. والتقييد
بظرف
الآمر ليفهم منه حكم ما إذا كان أمره بكيه في ظرف المسلم إليه بالأولى وقد سوى
بينهما في
البدائع. وأشار المؤلف بالفرق بينهما إلى أنه لو اجتمع الدين والعين بأن اشترى كرا
معينا وله
على البائع كدين والظرف للمشتري فأمره أن يجعلهما فيه، فإن بدأ المأمور بوضع
العين صار

الآمر قابضا للعين والدين، أما العين فلصحة القبض بصحة الأمر، وأما الدين فلاتصاله بملكه لكون العين صارت في يده حكما وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وأمره أن

يزرعها في أرضه صح الامر وصار المستقرض قابضا له، وكمن دفع إلى صانع خاتما وأمره أن

يزيده من عنده نصف دينار صح وصار قرضا. وفي الايضاح: وليس فيه أنه هلك قبل التسليم هل يصير قابضا أم لا. قال: وإن جعلناه قابضا فالوجه فيه أن الخلط استهلاك وهو

من أسباب التملك وإن بدأ بالدين ثم بالعين لم يصير قابضا، أما الدين فلعدم صحة الامر به

وأما العين فلأنه خلطه بملك نفسه قبل التسليم بحيث لا يتميز فصار مستهلكا للبيع عند أبي

حنيفة رحمه الله تعالى فينتقض البيع، وهذا الخلط غير مرضي به من جهة المشتري لجواز أن

يكون مراده البداءة بالعين. وعندهما المشتري بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه في

المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما، كذا في الهداية. وخصه قاضيخان بقول محمد،

أما عند أبي يوسف إذا بدأ بالدين يصير قابضا لهما جميعا كما لو بدأ بالعين ضرورة اتصاله

بملكه في الصورتين إذ الخلط ليس باستهلاك. وقال محمد: يصير قابضا للعين دون الدين

فيشتركان فيه ولم يبرأ عن الدين. وأشار بقوله في ظرفه إلى أنه لا طعام فيه فلو كان في الظرف طعام لرب السلم قبل لا يصير قابضا لما قررنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير.

قال

في المبسوط: والأصح عندي أنه يصير قابضا لأن أمره بخلط طعام السلم بطعام على وجه لا

يتميز به معتبر فيصير به قابضا، كذا في فتح القدير. وأشار المصنف بمسألة السلم إلى مسألة

القرض قال في البدائع: وكذلك لو استقرض من رجل كرا ودفع إليه غرائره ليكيه فيها ففعل وهو غائب لم يكن قابضا لأن القرض لا يملك قبل القبض فكان الكر على ملك المقرض فلم يصح الامر اهـ.

قوله: (ولو أسلم أمة في كر وقبضت الأمة فتقابلا وماتت أو ماتت قبل الإقالة بقي

وصح وعليه قيمتها) أي بقي عقد الإقالة فيما إذا تقايلا وهي حية ثم ماتت وصح إنشاء عقد الإقالة فيما إذا تقايلا بعد موتها ووجب على المسلم إليه قيمة الجارية في المسألتين يوم قبضها لأن شرط صحة الإقالة بقاء العقد وهو يبقى بقاء المعقود عليه والمعقود عليه في السلم هو المسلم فيه وهو باق في ذمة المسلم إليه بعد هلاك الجارية، فإذا انفسخ العقد وجب عليه رد الجارية وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها كما لو تقابضا ثم تقايلا بعد هلاك أحدهما أو هلك أحدهما بعد الإقالة، وإنما اعتبر يوم القبض لأنه سبب الضمان كالغصب قوله: (وعكسها شراؤها بألف) أي إذا ماتت الجارية المبيعة لم تصح الإقالة، وإذا تقايلا ثم ماتت بطلت الإقالة لأن المعقود عليه الجارية فلا بد من قيامها لصحة الإقالة وبقائها إلى أن تقبض. وقيد به لأن الإقالة في الصرف صحيحة بعد هلاك البديلين أو أحدهما باقية بعد الهلاك لأن المعقود عليه

في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة الآخر وهو غير معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض عين، ولذا لو كان المقبوض قائما لم يتعين للرد بعد الإقالة. وفي القنية: تقايلا

البيع في العبد فأبق من يد المشتري فإن لم يقدر على تسليمه بطلت الإقالة والبيع بحاله. ٥١

والحاصل أنه يشترط لصحة إقالة البيع قيام المبيع دون الثمن فلو تقايلا بعد هلاك الثمن ولو

معينا صحت ولكن لا بد من عدم الإبراء عنه لما في القنية: أبرأ البائع المشتري عن الثمن بعد

قبض المبيع ثم تقايلا لا تصح ٥١. وقيد بهلاكها لأنها لو قطعت يدها ثم تقايلا صحت ولزمه رد جميع الثمن ولا شيء للبائع من أرش اليد إذا علم وقت الإقالة أنها قطعت يدها وأخذ المشتري أرشها، وإن لم يعلم يخير المشتري بين الأخذ بجميع الثمن أو الترك، كذا في

القنية. ثم رقم: الأشجار لا تسلم للمشتري وللبائع أن يأخذ قيمتها منه لأنها موجودة وقت

البيع بخلاف الأرش لأنه لم يدخل في البيع أصلا لا قصدا ولا ضمنا. وقال قبله: اشترى أرضا مع الزرع وأدرك الزرع في يده ثم تقايلا لا تجوز الإقالة لأن العقد إنما ورد على القصيل دون الحنطة، ولو حصد المشتري الزرع ثم تقايلا صحت الإقالة في الأرض بحصنها

من الثمن، ولو اشترى أرضا فيها أشجار فقطعها ثم تقايلا صحت الإقالة بجميع الثمن ولا

شيء للبائع من قيمة الأشجار وتسلم الأشجار للمشتري. هذا إذا علم البائع بقطع الأشجار،

وأما إذا لم يعلم به وقت الإقالة يخير إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك ٥١. قوله: (والقول لمدعي الرداءة والتأجيل لا لنا في الوصف والأجل) أي إذا اختلفا في اشتراط وصف السلم بأن قال أحدهما شرطناه ردينا وقال الآخر لم نشترط شيئا أو قال أحدهما

شرطنا الاجل وقال الآخر لم نشترط شيئا كان القول لمن ادع الاشتراط فيهما لا لمن نفاه

فيهما لأنه مدعي الصحة إذا سلم لا يجوز إلا مؤجلا موصوفا فشهد له الظاهر لأن الفساد

حرام والظاهر أن المسلم لا يباشره. أطلقه فشملا ما إذا كان رب السلم مدعي الوصف أو

المسلم إليه وفي الأول خلافهما، فالإمام علل بأنه مدعي الصحة وهما عللا بأن المسلم إليه منكر فالقول له. وشمل أيضا ما إذا كان مدعي الاجل المسلم إليه أو رب السلم وفي الأول خلافهما لانكاره وإذا قبل في الثاني قول رب السلم اتفاقا رجع إليه في مقدار الاجل أيضا فيقبل قوله في أصله ومقداره. والأصل عند الإمام أن القول لمدعي الصحة سواء كان الآخر متعنتا أو لا، وعندهما القول للمنكر إن لم يكن متعنتا وهو من أنكر ما ينفعه، وغير المتعنت من أنكر ما يضره. هذا في الشريعة، وأما المتعنت في اللغة فهو من يطلب العنت وهو الوقوع فيما لا يستطيع الانسان الخروج عنه، كذا في البناية. ولو قال المصنف والقول لمدعي

الوصف الشامل للرداءة والجودة لكان أولى لأن أحدهما لو قال شرطناه جيدا ونفى الآخر
الاشتراط أصلا فالقول للمثبت. قيد الاختلاف في أصل التأجيل لأنهما لو اختلفا في
مقداره
فالقول للطالب مع اليمين لانكاره الزيادة وأي برهن قبل، وإن برهنا قضي بينة
المطلوب
لاثباتها الزيادة. وإن اختلفا في مضيه فالقول للمطلوب لانكاره توجه المطالبة، فإن
برهنا
قضي بينة المطلوب لاثباتها زيادة الاجل فالقول قوله أي المسلم إليه والبينة بينته، أما
إذا نظرنا
إلى الصورة فهو منكر، وإن نظرنا إلى المعنى فمعناه ثبوت الحق في الشهر المستقبل
فإذا أقاما
البينة فبينة المسلم إليه بمعناها أثبتنا حقا له في شهر لم يتعرض بينة رب السلم لذلك
الشهر
فكانت بينته أولى، كذا في إيضاح الكرماني. ثم اعلم أن بين الاجل والوصف فرقا وهو
أن
الاختلاف في مقدار الاجل يعني أنه ما هو لا يوجب التحالف وفي الوصف يوجب
لكونه
يجري مجرى الأصل. وفي الخلاصة: إذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب
وادعى أنه
جيد وأنكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد
يكفي،
فإن قالوا جيد أجبره على القبول، فإذا اختلفا في السلم يتحالفان استحسانا ويبدأ بيمين
المطلوب عند أبي يوسف ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد، وأي برهن
قبل، فإن
برهنا قضي بينة رب السلم بسلم واحد عند أبي يوسف، ويقال هو قول أبي حنيفة
والمسألة
على ثلاثة أوجه: لأن رأس المال إما عين أو دين، وكل وجه على ثلاثة أوجه: اتفقا
على رأس
المال واختلفا في المسلم فيه أو على القلب أو اختلفا فيهما. فإن كان رأس المال عينا
واختلفا
في المسلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كر حنطة وقال الآخر في نصف كر
أوفي

شعير أو في الحنطة الرديئة وأقاما البينة قضى بينة رب السلم اجماعاً، وإن اختلفا في رأس المال فقال أحدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا في المسلم فيه أنه الحنطة أو قال أحدهما هذا الثوب في كر حنطة وقال الآخر في كر شعير وأقاما البينة قضى بالمسلمين، فمحمد رحمه الله مر على أصله، وأبو يوسف يقول كل يدعي عقداً غير ما يدعيه الآخر. وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير إن اتفقا في رأس المال واختلفا في المسلم فيه وأقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضي بسلم واحد عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، وإن كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الاختلاف. ولو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة دراهم في كرى حنطة وقال الآخر خمسة عشر في كر وأقاما البينة فعند أبي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضي بسلمين، وعند محمد يقضي بسلمين. عقد بخمسة عشر في كر وعقد بعشرة في كرين ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكر هذا وينبغي أن

يقضي بسلمين كما في الثوبين، كذا في فتح القدير. والحاصل أنهما إن اختلفا في الجنس والصفة أو المقدار تحالفا، سواء كان في رأس المال أو في المسلم إليه. وإن اختلفا في اشتراط الوصف أو الاجل فالقول لمثبته لا لنا فيه، وإن اختلفا في مقدار الاجل فالقول لرب السلم، وإن اختلفا في مضيه فالقول للمسلم إليه، وإن اختلفا في بيان مكان الايفاء فالقول للمطلوب وفي اشتراطه فلمن أثبته. وفي الظهيرية: إذا اختلفا في جنس المعقود عليه تحالفا وكذا في الصفة بخلاف الاختلاف في الصفة في بيع العين، ولو اختلفا في مكان الايفاء فالقول للمطلوب، وإن برهن فللطالب عنده، وعندهما يتحالفاً ويترادان السلم، وقيل على العكس

٥. وفي الصحاح: رداً الشيء يردأ رداءة فهو ردى أي فاسد وأردأته أي أفسدته ٥. وقد ذكر المصنف رحمه الله تعالى أولاً في الدعوى التأجيل وفي النفي الاجل فظاهره أنه لا فرق بينهما عنده وليس كذلك لما في القاموس: الاجل غاية الوقت في الموت وحلول الدين ومدة الشيء والجمع آجال والتأجيل تحديد الاجل ٥. والتحديد بمعنى التقدير وقدمنا أنهما لو اختلفا في مقداره فالقول للطالب فتعين أن يكون التأجيل في كلامه بمعنى الاجل مجازاً بدليل الثاني.

قوله: (وصح السلم والاستصناع في نحو خف وطست) أما السلم فلما كان ضبط الصفة ومعرفة المقدار فكان سلماً باستجماع شرائطه، وأما الاستصناع فالكلام فيه في مواضع: الأول في معناه لغة فهو طلب الصنعة. وفي القاموس: الصناعة ككتابة حرفة الصانع وعمله الصنعة ٥. فعلى هذا الاستصناع لغة طلب عمل الصانع. وشرعاً أن يقول لصاحب خف أو مكعب أو صفاراً صنع لي خفاً طوله كذا وسعته كذا أو دستاً أي برمة تسع كذا ووزنها كذا على هيئة كذا بكذا وكذا ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيئاً فيقبل الآخر منه.

الثاني في دليله وهو الاجماع العملي وهو ثابت بالاستحسان، والقياس أن لا يجوز وهو قول

زفر لكونه بيع المعدوم وتركناه للتعامل. ولا تلزم المعاملة والمزارعة على قول أبي
حنيفة
لفسادهما مع التعامل لثبوت الخلاف فيهما في الصدر الأول، وهذا بالاتفاق فلهذا
قصرناه

على ما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه إلى القياس كان يستصنع حائكا أو
خياطا
لينسج له أو يخيط له قميصا بغزل نفسه. وفي القنية: دفع مصحفا إلى مذهب ليذهبه
بذهب
من عنده وأراه الذهب أنموذجا من الأعشار والأخماس ورؤوس الآي وأوائل السور
فأمره
رب المصحف أن يذهبه كذلك بأجرة معلومة لا يصح. سئل عمر النسقي عن دفع إلى
حائك غزلا لينسج له عمامة من سداه فجاء بها منسوجة فقال صاحب الغزل اشترت
منك ما
في هذا المنسوج من الإبريسم بكذا وقال الآخر بعث هل يصح؟ فقال بيع ما صار على
الأمر
للمأمور من الإبريسم السد أبا العقد الأول صار ملكا للآمر قال أبو الفضل الإبريسم دين
على الأمر وأجرة العمل عليه. قال النجار ابن لي بيتا فإذا بنيته يقومه المقومون فما
يقولون
أدفعه إليك فرضيا به وبناه وقومه رجل باتفاقهما وأبي الصانع فله أجر مثله. وقال أبو
حامد
وحمير الوبري: هو بمنزلة المقوم لا الحكم فلا يلزمه تقويمه اه. الثالث في صفته فقد
اختلفوا في كونه مواعدة أو معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة
وصاحب
المنشور مواعدة وإنما ينعقد عند الفراغ بالتعاصي ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا
يجبر عليه
بخلاف السلم، وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه، والصحيح من المذهب
جوازه
بيعا لأن محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة، ولأن
جوازه فيما
فيه تعامل خاصة ولو كان مواعدة لجاز في الكل. وسماه أيضا شراء فقال إذ رآه
المستصنع
فله الخيار لأنه اشترى ما لم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعدة
لم
يملكها، وإثبات أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير بيع كما في بيع
المقايضة،
وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيه المعدوم موجودا وهو كثير في الشرع
كطهارة

صاحب العذر وتسمية الذابح إذا نسيها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم. والرابع
في
المعقود عليه فاختلف فيه فالمذهب المرضي في الهداية أنه العين دون العمل. وقال
البردعي:
المعقود عليه العمل دون العين لأن الاستصناع ينبئ عنه. والأديم والصرم بمنزلة الصبغ
والدليل على المذهب ما ذكرناه من قول محمد لأنه اشترى ما لم يره ولذا لو جاء به
مفروغا لا
من صنعه أو من صنعه قبل العقد فأخذه جاز، وإنما يطله بموت الصانع لشبهه
بالإجارة.
وفي الذخيرة هو إجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل قولهم إذا

مات الصانع يبطل ولا يستوفي المصنوع من تركته، ذكره محمد في كتاب البيوع. وإنما لم يجبر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسمى لأنه لا يمكنه إلا بإتلاف عين ماله والإجارة تفسخ بهذا العذر. الخامس فحكمه وهو الجواز دون اللزوم لأن جوازه للحاجة وهي في الجواز لا اللزوم ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غير لازم، وأما بعد ما رآه فالأصح أنه لا خيار للصانع بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه له لأنه بالآخرة بائع له. وتفرع على عدم لزومه ما في فتاوي قاضيخان من الدعوى: رجل استصنع رجلا في شيء ثم اختلفا في المصنوع فقال المستصنع لم تفعل ما أمرتك به وقال الصانع فعلت قالوا: لا يمين فيه لأحدهما على الآخر. ولو ادعى الصانع على رجل أنك استصنعت إلي في كذا وأنكر المدعى عليه لا يحلف اهـ. قوله: (وله الخيار أي للمستصنع الخيار (إذا رأى المصنوع) لما قدمناه أنه اشترى ما لم يره بخلاف السلم لأنه لا فائدة في إثبات الخيار فيه لأنه كلما رده عليه أعطاه غيره لكونه غير متعين إذا المسلم فيه في الذمة فيبقى فيها إلى أن يقبضه. قيد به لأنه لا خيار للصانع لأنه باع ما لم يره. وعن أبي حنيفة أن له الخيار لأنه يلحقه الضرر بقطع الصرم والصحيح الأول قوله: (وللصانع بيعه قبل أن يراه) أي المستصنع لأنه لا يتعين إلا باختياره. قيد بقوله قبل أن يراه لأنه إذا رآه ورضي به امتنع على الصانع بيعه لأنه بالاحضار أسقط خياره ولزم قوله: (ومؤجله سلم) أي إذا أجله المستصنع صار سلما وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا: إن ضرب الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع، وإن ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لتعذر جعله استصناعا ويحمل الاجل فيما فيه تعامل على الاستعجال. وله أن يحتمل السلم فحمل عليه وهو أولى لكونه ثابتا بالكتاب والسنة والاجماع مطلقا. وأما الاستصناع فبالتعامل ومخصوص بما فيه تعامل، ولأن الاجل لتأخير المطالبة وذلك باللزوم وهو في السلم دونه. والمراد بالاجل

ما
قدمه من أن أقله شهر فإن لم يصلح كان استصناعا إن جرى فيه تعامل وإلا ففساد إن
ذكره
على وجه الاستمهال، فإن كان للاستعجال بأن قال على أن تفرغ منه غدا أو بعد غد
كان
صحيحا. وفصل الهندواني فجعله من المستصنع استعجالا ومن الصانع تعجیلا. ثم فائدة
كونه سلما أن يشترط فيه شرائطه من القبض قبل الافتراق وعدم الخيار إلى غير ذلك
من

الأحكام. وفي الصحاح: الطس بلغة طى أبدل من إحدى السينين تاء للاستئصال فإذا جمعت أو صغرت ردت السين لأنك فصلت بينهما بألف أو ياء قلت طساس وطسيس

٥. وفي المغرب: الطست مؤنثة وهي أعجمية والطس تعريبها والجمع طساس وطسوس،

وقد يقال الطسوت ذكره في الشين المعجمة. والقمقمة بالضم معروفة. وقال الأصمعي: هو رومي والجمع قماقم، كذا في الصحاح اه والله أعلم.

باب المتفرقات

هكذا في نسخة الزيلعي. وفي نسخة العيني مسائل متفرقة وعبر عنها في الهداية بمسائل منثورة والمعنى واحد. وحاصلها أن المسائل التي تشد عن الأبواب المتقدمة فلم تذكر

فيها إذا استدركت سميت بها أي متفرقة من أبواب أو منثورة عن أبوابها قوله: (صح بيع الكلب والفهد والسباع والطيور) لما رواه أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه صلى الله عليه وسلم رخص في ثمن كلب الصيد، ولأنه مال متقوم آلة الاصطياد فصح بيعه كالبازي بدليل أن الشارع أباح الانتفاع به حراسة واصطيادا فكذا بيعا. وهذا على القول المفتي به من طهارة عينه بخلاف الخنزير فإنه نجس العين، وأما على رواية أنه نجس العين كالخنزير فقال في فتح القدير: ولو سلم نجاسة عينه فهي توجب حرمة أكله لا منع بيعه بل منع البيع بمنع الانتفاع شرعا ولهذا

أجزنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينهما لاطلاق الانتفاع بهما عندنا بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فمنع بيعها، فإن ثبت شرعا إطلاق الانتفاع بها مخلوطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب التي هي في ضمنه

وبه قال مشايخنا. وإنما امتنع بيع الخمر لنص خاص في منع بيعها وهو الحديث إن الذي

حرم شربها حرم بيعها هـ. وفي القنية: اشترى ثورا أو فرسا من خوف لاستئناس الصبي لا يصح ولا يضمن متلفه (طب) صح ويضمن متلفه. يجوز بيع خرد الحمام إن كان

كثيرا وهبته أدنى القيمة التي تشترط لجواز البيع فلس ولو كانت كسرة خيز لا يجوز هـ.

أطلقه فشمّل المعلم وغيره العقور وغيره هكذا أطلق في الأصل فمشى القدوري على هذا

الإطلاق. ونص فنوادر هشام عن محمد في جواز بيع العقور وتضمين من قتله قيمته. وعن أبي يوسف منع بيع العقور وذلك في المبسوط أنه لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا

يقبل التعليم وقال: هذا هو الصحيح من المذهب قال: وهكذا نقول في الأسد إذا كان يقبل

التعليم ويصطاد به أنه يجوز بيعه وإن كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز. قال: والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال هـ. فعلى هذا لا يجوز بيع النمر

بحال لأنه لشرسته لا يقبل التعليم. وفي بيع القرد روايتان وجه رواية الجواز وهو الأصح

كما ذكره الشارح أنه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه إطلاق رواية بيع الكلب والسباع

فإنه مبني على أن كل ما يمكن الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه. وصحح في البدائع عدم

الجواز لأنه لا يشتري للانتفاع بجلده عادة بل للتلهي به وهو حرام هـ. ويجوز بيع الهرة

لأنها تصطاد الفأرة والهوام المؤذية فهي منتفع بها، ولا يجوز بيع هوام الأرض كالخنافس

والعقارب والفأرة والنمل والوزغ والقنافذ والضب، ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان،

وكذا كل ما كان في البحر إلا السمك وما جاز الانتفاع بجاده أو عظمه كذا في البدائع

وفي القنية وبيع غير السمك من دواب البحر إن كان له ثمن كالسقنقور وجلود الخبز ونحوها يجوز وإلا فلا. وجمل الماء قيل يجوز حيا لا ميتا، والحسن أطلق الجواز،

وذكر أبو
الليث يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها في الأدوية فإن لم ينتفع بها لا يجوز. ورده
في
البدائع بأنه غير سديد لأن المحرم شرعا لا يجوز الانتفاع به للتداوي كالخمر فلا تقع
الحاجة
إلى شرع البيع. ويجوز بيع الدهن النجس لأنه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين، أما
المعذرة
فلا ينتفع بها إلا مخلوطة بالتراب فلا يجوز إلا تبعا. ويجمع الفهد على فهود، وفهد
الرجل إذا
أشبه الفهد في كثرة نومه وتمرده. وفي الحديث إن دخل فهد وإن خرج أسد والسبع
واحد السباع، كذا في الصحاح. وفي فتح القدير: والانتفاع بالكلب للحراسة
والاصطياد
جائز إجماعا لكن لا ينبغي أن يتخذ في داره إلا إن خاف اللصوص أو عدوا وفي
الحديث

الصحيح من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيرطان وفي البدائع: ويجوز بيع الفيل بالاجماع لأنه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا.

قوله: (والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير) لأنه مكلف محتاج فشرع في حقهم أسباب المعاملات فكل ما جاز لنا من المبيعات من الصرف والسلم وغيرهما جاز له، وما

يجوز من الربا وغيره لا يجوز له إلا الخمر والخنزير فإن عقدهم فيها كعقدنا على العصير

والشاة فيجوز له السلم في الخمر دون الخنزير. وفي البدائع: لا يمنعون من بيع الخمر والخنزير، أما على قول بعض مشايخنا فلأنه مباح الانتفاع به شرعا لهم فكان مالا في حقهم،

وعن البعض حرمتها ثابتة على العموم في حق المسلم والكافر لأن الكفار مخاطبون بشرائع

هي محرمات وهو الصحيح من مذهب أصحابنا فكانت الحرمة ثابتة في حقهم لكنهم لا

يمنعون عن بيعها لأنهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها وقد أمرنا بتركهم وما يدينون ا هـ.

قيد بالخمر والخنزير لأننا نجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم، وأما المنخنقة والتي قد جرحت

في غير موضع الذبح وذبائح المجوس كالخنزير قال في الاصلاح: فالمستثنى غير مختص بهما

كما يفهم من الهداية ا هـ. وفي البزازية: ويبيع المجوسي ذبيحته أو ما هو ذبيحة عنده كالخنق

من كافر جائز عند الثاني ا هـ. فظاهره أنه غير جائز عند الأول والثالث، وحينئذ فالمستثنى

مختص بالخمر والخنزير لا كما زعم صاحب الاصلاح. وفي البزازية أيضا: بيع متروك التسمية عمدا من كافر يجوز ا هـ. وفي القنية من كتاب الشفعة: تأخير اليهودي في السبت

لاشتغاله بالسبت مبطل للشفعة. وفيها من الحدود: ويمنع الذمي عما يمنع المسلم إلا شرب

الخمر فإن غنوا وضربوا العيدان يمنعون كالمسلمين لأنه لم يستثن عنهم ا هـ. وفي ايضاح

الكرمانى: ولو باح ذمى من ذمى حمرا أو خنزيرا ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض

(٢٨٨)

انتقض البيع، والمراد بلفظة الانتقاض إثبات حق الفسخ لتعذر القبض بالاسلام فصار
كما لو
أبق المبيع، فإن صار خلا قبل القبض خير المشتري إن شاء نقض وإن شاء أخذ في
قولهما.
وعند محمد العقد باطل. وكذا المسلم إذا اشترى عصيرا فتخمر ولو قبض الخمر ثم
أسلما أو
أحدهما جاز البيع قبض الثمن أو لا، ولو اشترى الذمي عبدا مسلما جاز وأجبر على
بيعه،
وكذا إذا اشترى مصحفا. ولو اشترى كافر من كافر عبدا أو مسلما شراء فاسدا أجبر
على رده
ويجبر البائع على بيعه لأن دفع الفساد واجب حقا للشرع فيجبر على الرد لينعدم
الفساد، ثم
يجبر البائع على بيعه، فإن أعتقه الذمي جاز، وإن دبره جاز ويسعى في قيمته، وكذا لو
كانت
أمة فاستولدها ويوجع الذمي ضربا لأنه وطئ مسلمة وذلك حرام فإن كاتبه جاز ولا
يفترض
عليه، فإن عجز أجبر على بيعه. وكذا الذمي إذا ملك شقصا من مسلم فهو كالكل، فإذا
كان
أحد المتعاقدين مسلما والآخر ذميا لم يجز بينهما إلا ما يجوز بين المسلمين. ولو
أقرض
النصراني نصرانيا خمرا ثم أسلم المقرض سقط الخمر لتعذر قبضها فصار كهلاكها
مستندا إلى
معنى فيها، وإن أسلم المستقرض فعن أبي حنيفة سقوطها، وعنه أن عليه قيمتها وهو
قول
محمد لتعذره لمعنى من جهته ٥٠. ولم أر حكم وقف الكافر مصحفا.
قوله: (ولو قال بع عبدك من زيد بألف على أني ضامن لك مائة سوى الألف فباع صح
بألف وبطل الضمان وإن زاد من الثمن فالألف على زيد والمائة على الضامن) لأنه في
الأول
يصير التزاما للمال ابتداء وهو رشوة، وفي الثاني يصير زيادة في الثمن وهي جائزة من
الأجنبي ولا رجوع له بها على المشتري، ولا تظهر في حق الشفيع والمرابحة، ولا
يحبس البائع

المبيع عليها وإنما يحبسه على ألف ويرابح عليها ويأخذ الشفيع بها. ولو تقايلا البيع
استردها
الأجنبي، وكذا إن ردت عليه بعيب بغير قضاء وبه لا يستردها لكونه فسخا إجماعا.
ولو
ضمن الزيادة بأمر المشتري صارت كزيادته بنفسه فتلتحق بأصل العقد فتثبت الأحكام
كلها إلا
أنه لا يطالب البائع بها وإنما يطالب من زاد كأنه وكيله. ولو رد بعيب أو تقايلا يرد
الزيادة
على الضامن فقط لكونه أخذها منه دون المشتري. وذكر في الكافي أن الشفيع يأخذها
بالألف
ومائة فجعلها ظاهرة في حقه. وإنما ظهرت في حقه مع أن زيادة المشتري لا تظهر في
حقه
لأنها في العقد فصارت من الثمن بخلافها بعد العقد. قيد بقوله سوى الألف لأنه لو قال
بعه بألف على أي ضامن لك مائة من الثمن صار كفيلا بمائة من الثمن ولا تثبت
الزيادة، فإن
أدى رجع به إن كان بأمره وإلا فلا. وقيد بكون الزيادة في العقد لأن الأجنبي إذا زاد
بعد
العقد فإنه لا يجوز إلا بإجازة المشتري أو يعطي الزيادة من عنده أو يضمها أو يضيفها
إلى
نفسه، وإن زاد بأمر المشتري جاز ولا يلزمه شيء والمال لازم للمشتري لكونه سفيرا
ومعبرا
لاحتياجه إلى إضافته للمشتري فلا يلزمه إلا بالضمان كالخلع والصلح. وقوله بع عبدك
كلام أجنبي لا تعلق له بالايجاب والقبول فلا حاجة إلى قوله في فتح القدير إن قوله بع
عبدك
أمر والامر لا يكون في البيع إيجابا لأن الامر المشار إليه إنما يكون من المشتري
والقائل هنا
ليس هو المشتري ولذا قال المصنف فباع أي بإيجاب وقبول قوله: (ووطئ زوج
المشترأة قبض
لا عقده) لأن الوطئ من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار منسوبا إليه كأنه فعله
بنفسه،
وإن لم يطأها لا يكون قبضا استحسانا لأنه لم يتصل بها من المشتري فعل يوجب نقضا
في
الذات وإنما هو عيب من طريق الحكم. ودل وضع المسألة على أن تزويج الأمة قبل

قبضها
جائز بخلاف بيعها لأن النكاح لا ييطل بالغرر والبيع ييطل به بدليل صحة تزويج العبد
الآبق
دون بيعه، فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافا لمحمد. قال الصدر
الشهيد رحمه الله تعالى: والمختار قول أبي يوسف لأن البيع متى انتقض قبل القبض
انتقض من
الأصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا. وقيد القاضي الإمام أبو بكر بطلان
النكاح

ببطلان البيع قبل القبض بما إذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض

لا يبطل النكاح وإن بطل البيع، كذا في فتح القدير. قيد بعقد النكاح لأن العتق والتدبير قبض وإن لم يكن فعلا حسيا لأن العتق إنهاء للملك والتدبير من فروعه، وقدمنا في أول البيوع قبيل خيار الشرط أنه إذا أعتق ما في بطن الجارية لا يصير قابضا لها، وأن المشتري إذا

قال للغلام تعال معي كان قبضا، وكذا إذا أمر البائع بطحن الحنطة فطحنها، وأن المشتري إذا

وطئ الجارية صار قابضا لها إن حبلت وإلا فللبائع حبسها، فإن منعها البائع فماتت ماتت من

ماله ولا عقر عليه. ولو أرسل العبد في حاجته صار قابضا كأمره أن يؤجر نفسه وقوله للبائع

احملني معك على الدابة فحمله إلى آخر ما ذكرته هناك.

قوله: (ومن اشترى عبدا فغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة لم يبع بدين البائع وإلا يبع بدينه) لأنها إذا كانت معروفة يتوصل إلى حقه بدون بيعه بالذهاب إليه فلا حاجة إلى

بيعه لأن فيه إبطال حق المشتري في العين وإن لم يدر مكانه أجابه القاضي إن برهن لأن البينة

هنا ليست للقضاء على الغائب وإنما هي لنفي التهمة وانكشاف الحال لأن القاضي نصب لكل

من عجز عن النظر ونظرهما في بيعه لأن البائع يصل به إلى حقه ويبرأ من ضمانه، والمشتري

أيضا تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فإذا انكشف الحال عمل القاضي بموجب إقراره فلا

يحتاج إلى خصم حاضر وإنما يحتاج إليه إذا كانت البينة للقضاء، وهذا لأن العبد في يده وقد

أقر به للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه الذي أقر به،

ولا يقدر البائع أن يصل إلى حقه كالأمر إذا مات مفلسا، والمشتري إذا مات مفلسا قبل

القيض وأراد المصنف بكون المشتري غاب قبل القبض، أما إذا غاب بعده فإن القاضي لا

يجيبه لأن حقه غير متعلق بماليته. وإنما جاز للقاضي بيع المنقول قبل قبضه لأن البيع

هنا
ليس بمقصود وإنما المقصود إحياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه لأن الشيء قد يصح ضمنا
وإن
لم يصح قصدا. وأراد بالعبد المنقول عبدا كان أو غيره، واحترز به عن العقار فلا يبيعه
القاضي كما في النهاية وجامع الفصولين. ولم يذكر المصنف أنه يدفع الثمن إلى البائع
لأن
القاضي إنما يدفع له بقدر ما باعه فإن فضل شيء عن دينه أمسكه للمشتري الغائب لأنه
بدل
ملكه، وإن لم يف بالدين وبقي شيء يتبعه البائع إذا ظفر به، وقيد بالمبيع لأن القاضي إذا
قضى بالبينة على إنسان فغاب وله مال على الناس لا يدفع إلى المقضي له حتى يحضر
الغائب
إلا في نفقة المرأة والأولاد الصغار والوالدين، كذ عن محمد. وكذا لو مات وله ورثه
غيب

ومال في المصر عند المقرين به للمقضي عليه فالقاضي لا يدفع شيئاً منه حتى تحضر ورثته أو

يحضر المقضي عليه لو غائبا، كذا في جامع الفصولين. وأشار المصنف رحمه الله تعالى إلى أن

من استأجر إبلا إلى مكة ذاهبا وجائيا ودفع الكراء ومات رب الدابة في الذهاب حتى انفسخت الإجارة فإذا أتى مكة ورفع الامر إلى القاضي فرأى أن يبيع الدابة ويدفع بعض الاجر إلى المستأجر جاز وللمستأجر أن يركبها إلى مكة ولا يضمن وعليه الكراء إلى مكة،

وإلى أن المديون لو رهن وغاب غيبة منقطعة فرفع المرتهن الامر إلى القاضي حتى يبيع الرهن

بدينه فإنه ينبغي أن يجوز كما في هاتين المسألتين والمسألتان في جامع الفصولين. وفيه أيضا:

باع دابة ولم يوقف على المشتري فللحاكم أن يأذن له فبيعها فيأخذ ثمنه من ثمنه لو كان من

جنسه ولو أذن له أن يؤجرها ويعلفها من أجرها جاز اهـ. وبه علم أن في مسألة الكتاب للقاضي أن يأذن للبائع في بيعها كما له أن يبيعها بنفسه أو أمينه، وأن له أن يأذن له في إجارتها لو كان لها أجر. وظاهر كلامهم أن البائع لا يملك البيع بلا إذن القاضي فإن باع

كان فضوليا، وإن سلم كان متعديا والمشتري منه غاضب.

فروع متعلقة بالتصرف في مال الغائب منقول من جامع الفصولين: للقاضي ولاية إيداع مال غائب ومفقود وله إقراضه وبيع منقوله لو خيف تلفه ولم يعلم مكان الغائب لا لو

علم إذا يمكنه البعث إليه إذا خاف التلف فيمكنه حفظ العين والمالية جميعا، ولا يبيع القاضي

الأمة المغصوبة إذا غاب مالها إنما يبيع مال المفقود. سئل نجم الدين عن أمير وهب أمة من

خادمه فأخبرته أنها التاجر قتل في غير فأخذت وتداولتها الأيدي حتى وقعت بيد هذا الأمير

والموهوب له الآن لا يجد ورثة القتل ويعلم أنه لو خلاها ضاعت وإن أمسكها يخاف الفتنة،

هل للقاضي بيعها من ذي اليد نيابة عن الغائب حتى لو ظهر المالك كان له على ذي اليد

ثمنها؟ قال: نعم له ذلك. القاضي لا يملك تزويج أمة الغائب والمجنون وقنهما وله أن

يكاتبهما ويبيعهما. لا يملك تزويج أمة الغائب وإن لم يكن له مال. للقاضي بيع قن
المفقود
وأتمته لا لو كان غائبا غير مفقود، وللقاضي ولاية بيع مال الغائب. مات ولا يعلم له
وارث

فباع القاضي داره جاز، ولو علم بموضع الورث جاز ويكون حفظا ألا ترى أنه لو باع الآبق

يجوز وتمامه فيه.

قوله (ولو غاب أحد المشتريين فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى ينقد شريكه) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وخالف أبو يوسف في الكل فهذه أحكام: الأول في

قبض جميع المبيع على تقدير إيفاء الثمن كله فعنده إذا نقد الثمن لا يأخذ إلا نصيبه لكونه

أجنبيا في نصيب الغائب، وهما يقولان: إن الحاضر مضطر إلى أداء كل الثمن لأن للبائع حق

حبس كل المبيع إلى أن يستوفي كل الثمن فصار كمعير الرهن وصاحب العلو والوكيل بالشراء

إذا أدى الثمن من ماله. قيد بغيبته لأنه لو كان حاضرا لا يقبضه اتفاقا ويكون متبرعا لأنه كالوكيل عنه من وجه من حيث إن ملك الغائب ثبت بقبول الحاضر، غير وكييل من وجه لأن

كلا منهما لا يطالب بنصيب الآخر فلشبهه بالأجنبي كان متبرعا في حضرته، ولشبهه بالوكيل

لم يكن متبرعا حال غيبته. الثاني في حبسه عن الغائب حتى يعطيه ما دفعه عنه وهو فرع أنه

ليس بمتبرع عندهما لما قدمناه، ودل أن له الرجوع عليه واستفيد من قوله للحاضر الدفع أن

البائع يجبر على قبول ما أداه الحاضر من نصيب الغائب كما يجبر على تسليم نصيب الغائب

فهذه خمسة أحكام على الخلاف. وقيد بقوله أحد المشتريين لأنه لو غاب أحد المستأجرين

قبل نقد الأجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لأنه غير مضطر في نقد حصة الغائب إذ

ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الأجرة قوله: (ومن باع أمة بألف مثقال ذهب وفضة فهما

نصفان) لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد خمسمائة مثقال لعدم

الأولوية فيصير كأنه قال بعث بخمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة. ويشترط بيان

الفضة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال من الدراهم والدنانير فإنه لا يحتاج إلى بيان الفضة
وينصرف إلى الحياد، وقيد بقوله بألف مثقال لأنه لو باعها بألف من الذهب والفضة فإنه
يجب النصف من الذهب مثاقيل، ومن الفضة دراهم العشرة منها وزن سبعة مثاقيل لأنه
أضاف الألف إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود من كل واحد. وأشار المؤلف إلى أنه
لو قال
لفلان علي كر حنط وشعير وسمسم فإنه يجب لم يستطع شيء من كل جنس ثلث
الكر، وهكذا في
المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب والإجارة وبدل الخلع وغيره في
الموزون
والمكيل والمعدود والمذروع. وفي فتح القدير: في الدراهم ينصرف إلى الوزن المعهود
وزن
سبعة، ويجب كون هذا إذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما يوزن سبعة

والمتمعارف في بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم. وأما في مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن إلى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس إلا أن يقيد بالفضة فينصرف إلى درهم بوزن سبعة فإن ما دونه ثقل أو خفة يسمونه نصف فضة اه. وعلى هذا إذا شرط بعض الواقفين بمصر للمستحق دراهم ولم يقيدھا تنصرف إلى الفلوس النحاس، وأما إذا قيدھا بالنقرة كواقف الشيخونية والصرغتمشية تنصرف إلى الفضة لما في المغرب: النقرة القطعة المذابة من الذهب أو الفضة، ويقال نقرة فضة على الإضافة للبيان اه. وفي المصباح: النقرة القطعة المذابة من الفضة وقبل الذوب هي تبر اه.

قوله: (وإن قضى زيف عن جيد وتلف فهو قضاء) يعني إذا كان له على آخر دراهم جياذ فدفع له زيوفا فهلكت كان قضاء وبرئ ولا رجوع عليه بشئ. أطلقه فشمّل ما إذا علم بكونه زيوفا أما إذا لم يعلم وإنما قيد بالتلف ليعلم حكم ما إذا أنفقها بالأولى وهذا عندهما.

وقال أبو يوسف: إذا لم يعلم برد مثل زيوفه ويرجع بالجياذ لأن حقه في الوصف كالقدر وقد

تعذر الرجوع بصفة الجودة فتعين رد مثل المقبوض والرجوع بالجياذ. ولهما أن المقبوض من

جنس حقه بدليل أنه لو تجوز بها في الصرف والسلم الحجاز، ولو لم يكن من الجنس لكان

استبدالاً وهو حرام فلم يبق إلا الجودة ولا قيمة لها وقد حصل الاستيفاء، وذكر فخر الإسلام وغيره أن قولهما قياس، وقول أبي يوسف هو الاستحسان فظاهره ترجيح قول أبي

يوسف. قيد بتلفها لأنها لو كانت قائمة ردها. وفي الجوهرة من كتاب الرهن: إذا علم قبل

أن ينفقها فطالبه بالجياذ وأخذها كان الجياذ أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض اه.

وفي الذخيرة: لو كان له عليه جياذ فقضاه زيوفا وقال أنفقها فإن لم ترج فردھا علي ففعل فلم

ترج فله أن يردها استحسانا. فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى عينا فوجد بها عيبا فأرادها فقال له البائع بعه فإن لم يشتريه أحد فرده علي فعرضه على البيع فلم يشتريه أحد منه ليس له أن يرده. والفرق أن المقبوض من الدراهم ليس عين حق القابض بل هو من جنس حقه لو تجاوز به جاز وصار عين حقه، فإذا لم يتجاوز بقي على ملك الدافع فصح أمر الدافع بالتصرف فيه فهو في الابتداء تصرف للدافع وفي الانتهاء لنفسه بخلاف التصرف في العين لأنها ملكه فتصرفه لنفسه فبطل خياره اه. وقد منا أن الزيوف كالجياذ في خمس مسائل كما في الولوالجية، وزدنا في أو كتاب البيوع سادسا عند الكلام على الأثمان. قيدنا بالخلاف بعدم

العلم لأنه لو علم بها وأنفقها كان قضاء اتفاقا وقيد بالزيوف لأنها لو كانت ستوقه أو
نبهرجة فاتفقها فإنه يرد مثلها ويرجع الجياد اتفاقا. وهما فرقا بأن الزيوف من جنس
حقه

والستوقه والنبهرجة لا. وفي المصباح: زافت الدراهم تزيف زيفا من باب سار ردأت
ثم

وصف بالمصدر فقييل درهم زيف مثل فلس وفلوس، وربما قيل زائف على الأصل
ودراهم

زيف مثل راعع وركع، وزيفتها تزيفا أظهرت زيفها. قال بعضهم: الدراهم الزيوف هي
المطلية بالزئبق المعقود بمزاوجة الكبريت وكانت معروفة قبل زماننا وقدرها مثل سنج
الميزان

٥٠. وفي الواقعات الحسامية من البيع تكلموا في معرفة الزيوف والنبهرجة. قال أبو
النصر:

الزيوف دراهم مغشوشة، أما النبهرجة التي تضرب في غير دار السلطان والستوقه صفر
مموه

بالفضة. وقال الفقيه أبو جعفر: الزيوف ما زيفه بيت المال يقال في عرفنا غطريفي لا
غير

والنبهرجة ما لا يقبله التاجر ٥٠. وفي الجوهرة من الرهن: من كان له على رجل درهم
فأعطاه درهمين صغيرين وزنهما درهم جاز ويجبر على ذلك، ولو كان له دينار فأعطاه
دينارين صغيرين وزنهما دينار فأبى لم يجبر على ذلك قبض ٥٠. وفي الواقعات الحسامية
من كتاب

الصلح وقال أبو يوسف: إذا اقتضى دراهم فأنفقها ثم ردت عليه بعيب الزيافة، فإن كان
حين أنفقها يعلم أنها زائفة فله أن يردها سواء قبلها بقضاء أو بغير قضاء. فرق بين هذا
وبين

المبيع إذا قبله البائع بغير قضاء ليس له أن يرد، والفرق أن هناك الرد إذا كان بغير قضاء
جعل عقدا جديدا في حق الثالث وهو البائع، أما هنا لا يمكن أن يجعل بيعا جديدا لأنه
لم

يملك الرد على ما قدمناه. وقال أبو يوسف: من أقرض كر حنطة عفن وقبضها
المستقرض

واستهلكها ثم قضاه كر حنطة جيدة، فإن كان قال له الطالب لي عليك حنطة طيبة
وصدقه

المطلوب ثم قضاه ثم تصادقا أن الكر القرض كان عفنا فللمستقرض أن يرجع فيما
قضاه

ويعطيه كرا عفنا مثل القرض، فإن لم يكن الطالب قال له كرى جيد لكن المستقرض

قضاء

جيدا من غير شرط جاز، وليس له أن يرجع. قلت: ويحتمل أن يكون جواب الوجه
الأول

قول أبي يوسف خاصة على ما قدمناه ا هـ. وفي الذخيرة من آخر كتاب الصرف قال أبو حنيفة لا بأس ببيع المغشوش إذا بين وكان ظاهرا يرى وهو قول أبي يوسف. وقال في رجل معه فضة نحاس لا يبيعها حتى يبين ولا بأس بن يشتري بستوفة إذا بين، وأرى أن للسلطان أن يكسرها لعلها تقع في أيدي من لا يبين. وبشر في الاملاء عن أبي يوسف أكره

للرجل أن يعطي الزيوف والنبهجة والستوفة والمكحلة والبخارية وإن بين ذلك، ويجوز بها

عند الاخذ من قبل أن إنفاقها ضرر على العوام وما كان ضررا عاما فهو مكروه وليس بمعصية، ورضا هذين الحاضرين خوفا من الوقوع في أيدي المدلسة على الجاهل به ومن

التاجر الذي لا يتحرج قال: وكل شئ لا يجوز فإنه ينبغي أن يقطع ويعاقب صاحبه إذا أنفقه وهو يعرفه ا هـ.

قوله: (وإن أفرخ طير أو باض أو تكنس ظبي في أرض رجل فهو لمن أخذه) لأنه مباح سبقت يده إليه فكان أولى به لقوله عليه السلام الصيد لمن أخذه والبيض صيد ولهذا يجب

على المحرم الجزاء بكسره. أطلقه وهو مقيد بقيدتين: الأول ذكره الشارح أن لا تكون أرضه

مهيئة لذلك وإن كنت مهيئة للاصطياد فهو له لأن الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا

بالقصد ألا ترى أن من نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد أو حفر بئرا للماء فوق وقع فيها

صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء إن كان محرما، وإن قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه

الجزاء إن كان محرما. على هذا التفصيل لو دخل صيد داره أو وقع ما نثر من الدراهم في

ثيابه بخلاف معسل النحل في أرضه حيث يملكه وإن لم تكن أرضه معدة لذلك لأنه من

إنزال الأرض حتى يملكه تبعا لها كالأشجار النابتة والتراب المجتمع فيها بجريان الماء وإن لم

تكن معدة ولهذا يجب في العسل العشر إذا أخذه من أرض العشر. الثاني في الذخيرة من

كتاب الصيد: وهذا إذا كان صاحب الأرض بعيدا من الصيد بحيث لا يقدر على أخذه

لو مد يده، وأما إذا كان صاحب الأرض قريبا من الصيد بحيث يقدر على اخذه لو مد يده فالصيد لصاحب الأرض لأنه صار أخذا له تقديرا لتمكنه من الاخذ حقيقة إن لم يكن أخذا له بأرضه
٥١. ومثله في شرح الطحاوي. وقوله تكنس ظبي أي دخل في كناسه وهو بالكسر بيته وكنس الظبي كنوسا من باب نزل دخل كناسه كذا في المصباح ولم يذكر تكنس. وفي المغرب: كنس الظبي دخل في الكناس كنوسا من باب طلب وتكنس مثله، ومنه الصيد إذا تكنس في أرض رجل أي استتر، ويروى تكسر وانكسر ٥١. وفي فتح القدير: وفي بعض النسخ تكسر أي وقع فيها فتكسر، ويحترز به عما لو كسره رجل فيها فإنه لذلك الرجل لا

للأخذ ولا يختص بصاحب الأرض ا هـ. ثم قال: ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في أرضه حظيرة فدخل الماء والسّمك ملكه ولو اتخذت لحاجة أخرى فمن أخذ السمك فهو له، وكذا في حفر الحفير إن حفرها للصيد فهو له أو لغرض آخر فهو للأخذ، وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل، فإن كان وضعه للماء فهو لصاحبه وإلا فالماء للأخذ

ا هـ. وفي الذخيرة: إن أغلق الباب على الصيد ولم يعلم به لم يصر أخذًا مالكا له حتى لو خرج الصيد بعد ذلك فأخذه غيره ملكه. وفي المنتفي: رجل نصب حباله فوق فيها صيد فاضطرب وقطعها وانفلت فجاء آخر وأخذ الصيد فالصيد للأخذ، ولو جاء صاحب الحباله ليأخذه فلما دنى منه بحيث يقدر على أخذه فاضطرب وانفلت فأخذه آخر فهو لصاحب الحباله. والفرق أن فيهما صاحب الحباله وإن صار أخذًا له إلا أنه في الأول بطل الاخذ قبل تأكده، وفي الثاني بطل بعد تأكده. وكذا صيد البازي والكلب إذا نفلت فهو على هذا التفصيل. وفي الأصل: إذا رمى صيدا فصرعه فاشتد رجل وأخذه فهو لمن رماه لأنه لما رماه صار أخذًا له فصار ملكا، ولو رمى صيدا فأصابه وأثخنه بحيث لا يستطيع براحا فرماه آخر فقتله فالصيد للأول، وإن كان يتحامل ويطير مع ما أصابه من السهم الأول فرماه الثاني فقتله فهو للثاني. وفي الأصل أيضا: لو أرسل كلبه على صيد فاتبعه الكلب حتى أدخله في أرض رجل أو داره كان لصاحب الكلب لأن الكلب إنما يرسل للأخذ فيعتبر بما لو أخذه بيده، وكذا لو اشتد على صيد حتى أخرجه فأدخله دار إنسان فهو له لأنه أخرجه واضطره فقد أخذه، وعن أبي يوسف: رجل اصطاد طائرا في دار رجل فإن اتفقا على أنه على أصل الإباحة فهو للصائد، وسواء كان اصطاده من الهواء أو على الشجر، لأن الصيد إنما

يملك
بالاستيلاء والاحراز وحصوله على حائط رجل أو شجرة ليس بإحراز فيكون للآخذ.
وإن
اختلفا فقال رب الدار كنت اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الصائد. فإن كان أخذه من
الهواء
فهو له لأنه لا يد لصاحب الدار على الهواء، وإن أخذه من حائطه أو شجره فالحقول
لصاحب
الدار لا أخذه من محل هو في يده، فإن اختلفا في أخذ من الهواء أو من الدار أو الشجرة
فالحقول لصاحب الدار لأن الظاهر أن ما في دار الإنسان يكون له هـ.
قوله: (ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع) فإذا باع عبدا وشرط

استخدامه شهرا أو دارا على أن يسكنها البائع شهرا فالبيع باطل أي فاسد كما تقدم في بابه.

والأصل أن ما كان مبادلة مال بمال فإنه لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد للنهي عن بيع وشرط، وما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبركات فإنه لا يبطل به لأن الشروط

الفاصلة من باب الربا وهو مختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من غير المالية والتبرعات

فيبطل الشرط فقط. وأصل آخر أن التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات ويجوز

فيما كان من باب الاسقاط المحض كالطلاق والعتاق، وكذا ما كان من باب الاطلاقات

والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم، وكذا التحريضات. أطلق في عدم صحة تعليقه بالشرط وهو محمول على ما إذا علقه بكلمة إن بأن قال بعثك هذا إن كان كذا فيفسد البيع

مطلقا ضارا كان أو نافعا إلا في صورة واحدة وهو أن يقول بعث منك هذا إن رضي فلان

به فإنه يجوز إذا وقته بثلاثة أيام لأنه اشتراط الخيار إلى أجنبي وهو جائز. وفي جامع

الفصولين: ولو قال بعته بكذا إن رضي فلان جاز البيع والشرط جميعا ولو قال بعته منك
بكذا إن شئت فقال قبلت تم البيع ا هـ. وإن كان الشرط بكلمة على فقد قدمنا أنه إن كان
مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو فيه أثر أو جرى التعامل فيه كشرط تسليم المبيع أو الثمن أو
التأجيل أو الخيار لا يفسد ويصح الشرط، وكذا إذا اشترى نعلا على أن يحذوها البائع وإن
كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرت العادة به، فإن كان فيه منفعة لأهل
الاستحقاق فسد وإلا فلا. وفي جامع الفصولين: وتعليق القبول في البيع بعد ما أوجب
لآخر هل يصح؟ ذكر أنه لو قال إن أدبت ثمن هذا فقد بعته منك صح البيع استحسانا
إن دفع الثمن إليه، وقيل هذا خلاف ظاهر الرواية والصحيح أنه لا يجوز ا هـ.
قوله: (والقسمة) بأن كان للميت دين على الناس فاقسموا التركة من الدين والعين على
أن يكون الدين لأحدهم والعين للباقيين فهي فاسدة. وصورة تعليقها أن يقسموا دارا
وشرطوا رضا فلان فسدت أيضا لأن القسمة فيها معنى المبادلة فهي كالبيع، كذا ذكر
العيني
مع أن البيع يصح تعليقه برضا فلان ويكون شرط خيار إذا وقته ولكن شرط الخيار هل
يدخلها قال في اللؤلؤ الجية من القسمة: وأما خيار الرؤية والشرط فيثبت في قسمة لا
يجبر
الآبي عليها وهو القسمة في الأجناس المختلفة، وأما في كل قسمة يجبر الآبي عليها
كالقسمة
في ذوات الأمثال في الجنس الواحد فإنه لا يثبت ا هـ. ومن صور فسادها بالشرط ما إذا
اقتسم الشريكان على أن لأحدهما الصامت وللآخر العروض وقماش الحانوت والديون
التي
على الناس على أنه إن نوى عليه شيء من الديون يرد عليه نصفه فالقسمة فاسدة، وعلى
الذي
أخذه الصامت أن يرد على شريكه نصف ما أخذه، وعلى شريكه أن يرد نصف ما أخذه
أيضا. ومنها أيضا ما إذا اقتسما دارا على أن يشتري أحدهما من الآخر دارا له خاصة
بألف
درهم فهي فاسدة، وكذا كل قسمة على شرط هبة أو صدقة. وإن شرط أن يزيده شيئا
معلوما فهو جائز كالبيع، وإن اقتسما دارا وأخذ كل واحد طائفة على أن يرد أحدهما
على

الآخر دراهم مسماة فهو جائز، وكذا إن كانت الدراهم إلى أجل، فإن كان له حمل
ومؤنة ولم
يسم مكان الايفاء فعلى الخلاف المعروف في السلم، الكل في الولوالجية قوله:
(والإجارة) أي
كان أجر داره على أن يقرضه المستأجر أو يهدي إليه أو إن قدم زيد، كذا ذكره
العينين. ومن

صورها: استأجر حانوتا احترق كل شهر بكذا على أن يعمره ويحتسب ما أنفقه من الأجرة لأن شرط العمارة على المستأجر يفسد العقد فعليه أجر المثل وله ما أنفقه وأجر مثل قيامه عليه، واشتراط تطيين الدار وممرتها أو تعليق الباب عليها أو إدخال جذع في سقفها على المستأجر مفسد للعقد، وكذا اشتراط كرى النهر أو حفر بئر فيها أو أن يسرقها، وكذا على أن يردّها مكروبة، هكذا أطلقه في الكافي. وفصل خواهر زاده فإن شرطه في المدة فسدت وبعد انقضائها، والصحيح أن شرطه في المدة فسدت وإلا فإن قال أجرتك بكذا بأن تكربها بعد انقضاء المدة فتردها على مكروبة فلا تفسد، وإن قال على أن تكربها بعدها فهي فاسدة، الكل من فتاوي الولوالجية. ويستثنى من إطلاق قولهم لا يصح تعليقها بالشرط ما صرحوا به في الإجازات لو قال لغاصب داره فرغها وإلا فأجر كل شهر كذا فسكت ولم يفرغها وجب المسمى مع أنه تعليق بعدم التفريع. قوله: (والإجازة) بالزاي المعجمة بأن باع فضولي عبده فقال أجزته بشرط أن تقرضني أو تهد إلي وعقلها بشرط لأنها بيع معنى، كذا ذكر العيني. فظاهره تخصيص إجازة البيع فلو قال المصنف وإجازة البيع لكان أولى فإن ظاهره أن إجازة القسمة والإجازة كذلك بل كل شيء لا يصح تعليقه بالشرط إذا انعقد موقوفا لا يصح تعليق إجازته بالشرط حتى

النكاح، ويدل عليه ما في جامع الفصولين والبرزازية، وتعليق الإجازة بالشر باطل كقوله
إن
زاد فلا في الثمن فقد أجزت. ولو زوج بنته البالغة بلا رضاها فبلغها الخبر فقالت
أجزت
إن رضيت أمي بطلت الإجازة إذ التعليق يبطل الاجاز اعتبارا بابتداء العقد ا هـ. قوله:
(والرجعة) بأن قال لمطلقة الرجعية راجعتك على أن تقرضيني كذا أو إن قدم زيد لأنها
استدامة الملك فتكون معتبرة بابتدائه فكما لا يجوز تعليق ابتدائه لا يجوز تعليقها، كذا
ذكره
العيني وهو سهو ظاهر وخطأ صريح فسيأتي في الكتاب قريبا إن شاء الله تعالى أن
النكاح لا
يبطل بالشرط الفاسد وإن كان لا يصح تعليقه، والمذكور في الظهيرية والجوهرة
والبدائع
والتارخانية من الرجعة لا يصح تعليقها بالشرط ولا إضافتها ولم يذكروا أنها تبطل
بالشرط

الفساد، وكيف يصح أن يقال به وأصل النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد مع أن المصنف لم
ينفرد بذكر الرجعة فيما يبطل بالشرط ولا يصح تعليقه بل ذكره كذلك في الخلاصة
والبزازية
من البيوع، والعمادي في فصوله وجامع الفصولين وفتح القدير من البيوع، ولم أر أحدا
نبه
على هذا، وقد توقفت في تخطيطه هؤلاء ثم جزمت بها وكا يجب أن تذكر الرجعة مع
النكاح
في القسم الثاني. ومما يدل على بطلان قول المصنف ومن وافقه ما في البدائع من
كتاب
الرجعة أنها تصح مع الاكراه والهزل واللعب والخطأ كالنكاح ا هـ. فلو كانت تبطل
بالشرط
الفساد لم تصح مع الهزل لأن ما يصح مع الهزل لا تبطله الشروط الفاسد، وما لا يصح
مع
الهزل تبطله الشروط الفاسدة، هكذا ذكره الأصوليون في بحث الهزل من قسم
العوارض
وفي الكافي للحاكم الشهيد: وتعلق الرجعة بالشرط باطل ولم يذكر أنها تبطل
بالشروط
الفاصلة.
قوله: (والصلح عن مال) أي بمال بأن قال صالحتك على أن تسكنني في الدار مثلا
سنة أو إن قدم زيد لأنه معاوضة مال بمال فيكون بيعا، كذا ذكره العيني. واعلم أنه إنما
يكون بيعا إذا كان البدل خلاف جنس المدعي به إما إذا كان على جنسه، فإن كان
بأقل من
المدعى فهو حط وإبراء، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه فهو
فضل
وربا، كذا ذكره الشارح من الصلح، فينبغي أن يخصص هنا. وظاهر ما في البزازية
الاطلاق
في عدم صحة تعليقه بالشرط قال: له عليه ألف صالح على مائة إلى شهر وعلى مائتين
إن لم
يعطه إلى شهر لا يصح لجهالة المحطوط لأنه على تقدير الاعطاء تسع مائة وعلى تقدير
عدمه
ثمان مائة ا هـ. قوله: (والابراء عن الدين) بأن قال أبرأتك عن ديني على أن تخدمني
شهرًا أو



(۳۰۲)

إن قدم فلان لأنه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وإن كان فيه معنى الإسقاط فيكون
معتبراً
بالتمليكات فيجوز تعليقه بالشرط، كذا ذكره العيني. قيد بالدين لأن الإبراء عن الكفالة
يصح تعليقه بشرط ملائم كقوله إن وافيت به غدا فأنت برئ فوافاه به برئ من المال
وهو
قول البعض. واختاره في فتح القدير وقال: إنه الأوجه معللاً بأنه إسقاط لا تمليك،
ذكره
في الكفالة. وعلى هذا يحمل قول المصنف رحمه الله تعالى فيها وبطل تعليق البراءة من
الكفالة
بشرط على ما إذا كان غير ملائم. وفي فتاوي قاضيخان من فصل في هبة المرأة من
الزوج:
ولو قال الطالب لمديونه إذا مت فأنت برئ من الدين الذي لي عليك جاز وتكون
وصية من
الطالب للمطلوب، ولو قال إن مت فأنت برئ من ذلك الدين لا يبرأ وهو مخاطرة
كقوله إن
دخلت الدار فأنت برئ مما لي عليك لا يبرأ ه. وفيها أيضاً: لو قالت المريضة لزوجها
إن
مت من مرضي هذا فمهرى عليك صدقة أو أنت في حل من مهري فماتت من ذلك
المرض
كان مهرها على زوجها لأن هذه مخاطرة فلا تصح ه. وحاصله أن التعليق بموت
الدائن
صحيح إلا إذا كان المديون وارثاً له وعلق في مرض موته فيكون مخصصاً لإطلاق
الكتاب.
وفي البزازية من الدعوى: قال المديون دفعت إلى فلان فقال إن كنت دفعت إليه فقد
أبرأتك
صح لأنه تعليق بأمر كائن ه. ومن فروع عدم صحة تعليق الإبراء ما في المبسوط: لو
قال
الطالب للخصم إن حلفت فأنت برئ فهذا باطل لأنه تعليق البراءة بخطر وهي لا تحتمل
التعليق ه. وفي الخانية من الهبة: امرأة قالت لزوجها وهبت مهري منك على أن كل
امرأة
تزوجها تجعل أمرها بيدي، فإن لم يقبل الزوج ذلك بطلت الهبة، وإن قبل ذلك في
المجلس
جازت الهبة، ثم إن فعل الزوج ذلك فالهبة ماضية، وإن لم فعل فكذلك عند البعض

كمن
أعتق أمة على أن لا تتزوج فقبلت عتقت تزوجت أولم تتزوج. امرأة قالت لزوجها
وهبت

(٣٠٣)

مهري إن لم تظلمني فقبل الزوج ذلك ثم طلقها بعد ذلك قال أبو بكر الإسكاف وأبو القاسم

الصفار: الهبة فاسدة لأنها تعليق الهبة بالشرط، وهذا بخلاف ما لو قالت وهبت منك مهري

على أن لا تظلمني فقبل صحت الهبة لأن هذا تعليق الهبة بالقبول، فإذا قبلت تمت الهبة فلا

يعود المهر بعد ذلك، وهو نظير ما لو قال لامرأته أنت طالق إن دخلت الدار لا تطلق ما تدخل، ولو قال أنت طالق على دخولك الدار فقال قبلت وقع الطلاق.

وقال محمد ابن مقاتل في مسألة الظلم: مهرها عليه على حاله إذا ظلمها لأن المرأة لم ترض بالهبة إلا بهذا الشرط فإذا فات الشرط فات الرضا: أما الطلاق فالرضا فيه ليس بشرط

والدليل على هذا ما ذكر في كتاب الحج إذا تركت المرأة مهرها على الزوج على أن يحج بها

فقبل الزوج ذلك ولم يحج بها كان المهر عليه على حاله والفتوى على هذا القول. قال مولانا

رضي الله تعالى عنه: ويمكن الفرق بين مسألة الحج وبين مسألة الظلم، ووجه ذلك أن في

مسألة الحج لما شرطت الحج بها فقد شرطت نفقة الحج عليه فيكون هذا بمنزلة الهبة بشرط

العوض، فإذا لم يحصل العوض لا تتم الهبة. أما في مسألة الظلم شرطت عليه ترك الظلم وترك الظلم لا يصلح عوضا قال مولانا رضي الله تعالى عنه: ثم ذكر في بعض النسخ إذا

شرطت عليه أن لا يظلمها فقبل الزوج ثم ضربها وأجابا كما ذكر. وعندني إذا ضربها بغير

حق، أما إذا ضربها لتأديب مستحق عليها لا يعود المهر لأن ما كان حقا لا يكون ظلما.

امرأة وهبت مهرها من زوجها ليقطع لها في كل حول ثوبا مرتين وقبل الزوج فمضى حولان

ولم يقطع قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: إن كان ذلك شرطا في الهبة، فمهرها

عليه على حاله لأن هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض فإذا لم يحصل العوض لا تصح الهبة وإذا لم يكن ذلك شرطا في الهبة سقط مهرها ولا يعود بعد ذلك. وكذا لو وهبت مهرها على

أن يحسن إليها ولم يحسن كانت الهبة باطلة ويكون بمنزلة الهبة بشرط العوض. رجل
قال
لامرأته أبرئيني من مهرك حتى أهب لك كذا فابراته ثم أبى الزوج أن يهب منها ما قال
كان
المهر عليه كما كان امرأة وهبت مهرها من زوجها على أن يمسكها ولا يطلقها فقبل
الزوج
ذلك ثم طلقها قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: إن لم يكن وقت للامسك
وقتا لا

يعود مهرها على الزوج، وإن وقت وقتنا وطلقها قبل ذلك الوقت كان المهر عليه على حاله

فقيل له: إذا لم يوقت لذلك وقتنا كان قصدها أن يمسكها ما عاش قال: نعم إلا أن العبرة

لاطلاق اللفظ فإنه ذكر في كتاب الوصايا. رجل أوصى لام ولده بثلث ماله إن لم تتزوج

فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فإنها تستحق الثلث بحكم الوصية. امرأة

وهبت مهرها من زوجها على أن يطلقها فقبل الزوج قال خلف: صحت الهبة طلقها أو لم

يطلقها لأن ترك الطلاق لا يكون عوضا بقيت هذه هبة بشرط فاسد والهبة لا تبطل بالشروط

الفاسدة، وذكر في النوازل: إذا قالت المرأة لزوجها تركت مهري عليك على أن تجعل أمري

بيدي ففعل الزوج ذلك قال: مهرها عليه ما لم تطلق نفسها. ولو وهبت مهرها الذي على

المطلق منه على أن يتزوجها ثم أبي أن يتزوجها قالوا: مهرها عليه على حاله تزوجها أو لم

يتزوجها لأنها جعلت المال على نفسها عوضا عن النكاح، وفي النكاح العوض لا يكون على

المرأة. اه أما في الخانية. فإن قلت: إن هبة الدين إبراء فكيف صح تعليقه بالشرط في بعض

هذه المسائل؟ قلت: الإبراء يصح تعليقه بالشرط المتعارف وبهذا يجب تقييد كلام المصنف

رحمه الله تعالى ومن أطلق ففي المسائل التي قدمناها التي قالوا فيها بصحة التعليق إنما هو في

المتعارف. وما قالوا فيها بعدمها فإنما هو في غير المتعارف، ويدل على هذا التقييد أيضا ما

في القنية من باب مسائل الإبراء بالطلاق من كتاب الطلاق: ولو أبرأته مطلقته بشرط الامهار

صح التعليق لأنه شرط متعارف وتعليق الإبراء بشرط متعارف جائز، فإن قبل الامهار وهم

بأن يمهرها فأبت ولم تزوج نفسها منه لا يبرأ لفوت الامهار الصحيح، ولو أبرأته

المبتوتة
بشرط تجديد النكاح بمهر ومهر مثلها مائة فلو جدد لها نكاحا بدينار فأبت لا يبرأ
بدون
الشرط. قالت المسرححة لزوجها تزوجني فقال لها هبي لي المهر الذي لك علي
فأتزوجك
فأبرأته مطلقا غير معلق بشرط التزوج يبرأ إذا تزوجها وإلا فلا، لأنه إبراء معلق دلالة.
وقيل: لا يبرأ وإن تزوجها لأن هذا الإبراء على سبيل الرشوة فلا يصح. أبرأته بشرط أن
يمسكها بمعروف ويحسن معاشرتها ولا يؤذيها ولا يطلقها فقبل ثم تزوج عليها وأغار
علي
مالها وأذاها وطلقها فالإبراء بهذا الشرط غير صحيح. وساق فيها فروعا كثيرة في
بعضها لا

يصح التعليق وفي بعضها يصح. وفي جامع الفصولين: لو قال كل حق لي عليك فقد أبرأتك لا يصح، وكذا إضافة الأبراء إلى ما يجب في الزمن الثاني لا يصح. ولو قال لمديونه

الدنانير العشرة التي لي عليك اعطني منها خمسة ووهبت منك الخمسة صح الأبراء، سواء أعطاه الخمسة أو لا، لأنه تنجيز الأبراء لا تعليقه. ولو قال أبرأتك عن الخمسة على تدفع

الخمس حالة، فإن كانت العشرة حالة صح الأبراء لأن أداء الخمسة يجب عليه حالا فلا يكون هذا تعليق الأبراء بشرط تعجيل الخمسة ولو مؤجلة بطل الأبراء إذا لم يعطه الخمسة حالا

٥. ثم اعلم أن الأبراء يصح تقييده بالشرط وليس هو تعليقا وعليه فروع كثيرة مذكورة في آخر كتاب الصلح. وذكر الشارح هناك أن الأبراء يصح تقييده لا تعليقه والله تعالى أعلم.

وهذا التقرير إن شاء الله تعالى من خواص هذا الشرح فاغتنمه واحفظ هذا التفصيل في الأبراء

قوله: (وعزل الوكيل) بأن قال لو كي له عزلتك على واحفظ هذا التفصيل في الأبراء أن تهدي إلى شيئا أو إن قدم فلان لأنه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط، كذا ذكر العيني وتعليقه يقتضي عدم صحة تعليقه، وأما كونه يبطل بالشرط الفاسد فلا دليل عليه من هذا، وعندني أن هذا خطأ أيضا

وأن عزل الوكيل ليس من هذا القبيل وهو ما يبطل بالشرط الفاسد، وإنما هو من قبيل القسم الثاني وهو ما لا يصح تعليقه بالشرط لكن لا يبطل بالشرط الفاسد ولهذا اقتصر في

البيازية من كتاب الوكالة على أنه لا يصح تعليقه ولم يذكر أنه يبطل الشرط الفاسد فهو كما قدمناه في الرجعة، وقد ذكر في جامع الفصولين عزل الوكيل من قسم ما لا يصح تعليقه

ويبطل بفاسده، وفي البزازية: وتعليق عزل الوكيل بالشرط يصح في رواية الصغرى، ولا يصح في رواية الإمام السرخسي لكن قال في رواية: والدليل عليه أنهم قالوا إن الذي يبطل

بالشرط الفاسد ما كان من باب التمليك والعزل ليس منه وهذا هو الحق فيجب إلحاقه بالقسم

الثاني، وأرجو من كرم الفتاح الظفر بالنقل في الرجعة وعزل الوكيل موافقا لما قلته. وقيده

بالوكيل لأن في صحة تعليق عزل القاضي اختلافا ففي جامع الفصولين: لو قال الأمير إذا

أتاك كتابي هذا فأنت معزول ينعزل بوصوله وقيل لا ١٥. وسيأتي في الكتاب صريحا أن عزل

القاضي مما لا يبطل بالشرط الفاسد. ثم اعلم أن الحجر على العبد كعزل الوكيل لا يصح

تعليقه، كذا في الخانية.

قوله: (والاعتكاف) بأن قال علي أن أعتكف إن شفى الله تعالى مريضى أو إن قدم زيد لأنه ليس مما يحلف به كعزل الوكيل فلا يصح تعليقه بالشرط، كذا ذكر العيني. وهذا يدل

على أن المراد بالاعتكاف النذر به والتزامه ليكون قولاً يمكن تعليقه. وعندى أن ذكره في هذا

القسم خطأ من وجهين: من كونه يبطل بالشروط الفاسدة، ومن كونه لا يصح تعليقه. أما

الثاني فقال في القنية باب الاعتكاف: قال لله علي اعتكاف شهر إن دخلت الدار فدخل فعليه

اعتكاف شهر عند علمائنا ١٥. فإذا صح تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد لما في جامع

الفصولين: وما جاز تعليقه بالشرط لا تبطله الشروط الفاسدة ٥. لكنه ذكر إيجاب الاعتكاف من جملة ما لا يصح تعليقه بشرط ويبطل بفاسده. وذكر في البزازية من هذا القسم

إيجاب الاعتكاف فقال: وتعليق وجوب الاعتكاف بالشرط لا يصح ولا يلزم، والعجب من

المحقق ابن الهمام في فتح القدير حيث جعل إيجاب الاعتكاف مما لا يصح تعليقه وعزاه إلى

الخلاصة في كتاب البيوع ولم يقل في رواية مع أنه قدم في باب الاعتكاف أن

الاعتكاف

الواجب هو المنذر وتنجيذا أو تعليقا وهو صريح في صحة تعليقه بالشرط، والعجب من العين كيف مشى هنا على أنه لا يصح تعليقه وقال في شرح الهداية من باب الاعتكاف: والواجب أن يقول لله علي أن أعتكف يوما أو شهرا أو يعلقه بشرط فيقول إن شفى الله مريضى اه. فقد أتى بعين ما مثل به هنا وتناقض، وكيف يصح أن يقال بعدم صحة تعليقه

مع الاجماع على صحة تعليق المنذور من العبادات أي عبادة كانت حتى إن الوقف كما سيأتي

لا يصح تعليقه بالشرط، ولو علق النذر به بشرط صح التعليق. قال في الوقعات الحسامية

من الفصل السابع في النذر بالصدقة: رجل ذهب له شيء فقا إن وجدته فله علي أن أقف

أرضي علي أبناء السبيل فوجده وجب عليه أن يقف لأن هذا نذر والوفاء بالنذر واجب وقال قبله لو قال إن دخلت هذه الدار فله علي أن أتصدق بهذه المائة فدخل الدار وهو ينوي بدخوله أن يتصدق عن زكاة ماله فدخل ثم تصدق بها لا يجزئه عن الزكاة لأن الأول

يمين واليمين لازم لا يملك الرجوع عنها، فإذا دخل الدار لزمه التصديق بها بجهة اليمين

٥. فقد أفاد أن المنذور المعلق من باب اليمين وحينئذ صح التعليق، وبهذا ظهر بطلان قول

الشارحين أنه ليس مما يحلف به وصرح في النذر بالصوم بصحة تعليقه بالشرط. وفي فتاوي

قاضيخان: الاعتكاف سنة مشروعة يجب بالنذر والتعليق بالشرط والشروع فيه اعتبار بسائر

العبادات ٥. ثم قال: ولو نذر أن يعتكف رجب فعجل شهرا قبله يجوز في قول أبي يوسف خلافا لمحمد، وأجمعوا أن النذر لو كان معلقا بأن قال إن قدم غائبتي أو شفئ الله

مريضني فلانا فله علي أن أعتكف شهرا فعجل شهرا قبل ذلك لم يجز ٥. وهذه العبارة بوضعها دالة على صحة تعليقه بالاجماع لأن مفهومها أن النذر صحيح وأنه يجب الوفاء به إذا

وجد شرطه، وأما تعجيله قبل وجود شرطه فغير جائز، وهذا هو الموضع الثالث مما أخطوا

فيه في بيان ما لا يصح تعليقه، والخطأ هنا أقبح من الأولين وأفحش لكثرة الصرائح بصحة

تعليقه، وأنا متعجب لكونهم تداولوا هذه العبارات متونا وشروحا وفتاوي لم يتنبهوا لما اشتملت عليه من الخطأ بتغير الأحكام والله الموفق للصواب. وقد يقع كثيرا أن مؤلفا يذكر

شيئا خطأ في كتابه فيأتي من بعده من المشايخ فينقلون تلك العبارة من غير تغيير ولا تنبيه

فيكثر الناقلون لها وأصلها لواحد منخطئ كما وقع في هذه الموضع، ولا عيب بهذا علي المذهب لأن مولانا محمد ابن الحسن ضابط المذهب لم يذكر جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط

وما يصح علي هذا الوجه، وقد نبهنا علي مثل ذلك في الفوائد الفقهية في قول

قاضيخان
وغيره أن الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل إلا في ثلاث، ثم إنني تتبعت
كلامهم

فوجدت سبعة أخرى زائدة على الثلاثة، ثم إنني نبهت على أن أصل هذه العبارة للناطقين
أخطأ

فيها ثم تداولوها ويرحم الله المحقق صاحب الهداية ليلتفت إلى جمع هذه الأشياء
ووضعها

في كتابه وهو دليل على كمال ضبطه وإتقانه

قوله: (والمزارعة) بأن قال ولو حذفها المصنف رحمه الله تعالى لكان أسلم زارعتك

أرضي على أن تقرضني كذا أو إن قدم فلان لأنها

إجازة فلا يصح تعليقها بالشرط كالإجازة، كذا ذكره العيني. وفي البزازية من المزارعة:

شرطا في المزارعة على المزارع أو رب الأرض ما ليس من أعمال المزارعة فسدت وما

ينبت

وما ينمي الخارج أو يزيد في وجود الخارج فهو من عمل المزارعة، وما لا ينبت ولا

ينمي

ولا يزيد في الخارج فليس من أعمالها، فإذا شرط على المزارع أو ربها الحصاد أو

الدياسة

فسدت من أيهما كان البذر في ظاهر الرواية اه. ثم قال بعد تفريعات كثيرة: هذا كله

في

الشرط النافع لأحدهما، وإن شرطا لا ينفع كما لو شرط أن لا يسقي أحدهما حصته لا

تفسد

المزارعة، وفيما إذا كان شرطا مفسدا لو أبطاه أن الشرط في صلب العقد لا ينقلب

جائزا

وإلا عاد جائزا إلى آخر ما فيها قوله: (والمعاملة) وهي المساقاة أن قال ساقيتك شجري

أو

كرمي على أن تقرضني كذا أو إن قدم فلان لأنها إجازة أيضا، كذا ذكره العيني. قوله:

(والاقرار) بأن قال لفلان على كذا إن أقرضني كذا أو إن قدم فلان لأنه ليس مما

يحلف به

عادة فلا يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما إذا علقه بموته أو بمجيء الوقت فإنه يجوز،

ويحمل

على أنه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود أو دعوى الاجل فيلزمه للحال، ذكره العيني

ومن

فروع تعليقه ما ذكره في المبسوط والمحيط والولوالجية في كتاب الكفالة: لو ادعى

رجل على

رجل ما لا فقال له المطلوب إن لم آتتك غدا فهو علي لم يلزمه إن لم يأت به غدا لأنه

تعليق



(۳۰۹)

الاقرار بالخطر وتعليقه بالشرط باطل اه. وفي المبسوط من باب الاقرار بكذا وإلا فعليه كذا

لو قال قد ابتعت من فلان هذا العبد بألف درهم وإلا فلفلان علي خمسمائة درهم إن أقر رب

العبد بيع العبد لزمه الألف، وإن أنكر ذلك لم يلزمه شيء لأنه صار رادا لاققراره حين أنكر

بييع العبد منه وإقراره بالخمسمائة كان معلقا بشرط وهو باطل من أصله اه. وقال في باب

اليمين والاقرار: رجل قال لفلان علي ألف درهم إن حلف أو علي أن يحلف أو إذا حلف أو

متى يحلف أو حين حلف أو مع يمينه أو في يمينه أو بعد يمينه فحلف فلان علي ذلك ووجد

المقر المال لم يؤخذ بالمال لأن هذا أليس بإقرار وإنما هو مخاطرة، ومعناه أنه علق الاقرار بشرط

فيه خطر وهو بمنزلة الخصم والتعليق بالشرط يخرج كلامه من أن يكون إقرارا اه. فإن قلت: هل يدخل في الاقرار بالطلاق والعتاق كما لو قال إن دخلت الدار فأنا مقر بطلاقها

أو بعته ويفرق بين الاقرار بهما وبين الانشاء؟ قلت: طاهر الاطلاق الدخول ولم أره صريحا، ويدل على الفرق بينهما ما نقلناه في كتاب الطلاق من هذا الشرح أنه لو أكره علي

إنشاء الطلاق فطلق وقع، ولو أكره علي الاقرار به فأقر لم يقع. وفي البزازية من الاقرار: ادعى مالا فقال المدعي عليه كلما يوجد في تذكرة المدعي بخطه فقد التزمته لا يكون إقرارا

لأنه محفوظ عن أصحابنا أنه لو قال كلما أقر فلان علي فأنا مقر به لا يلزم إذا أقر به فلان.

وعلى هذا إذا كان بين اثنين أخذ وعطاء فقال المطلوب للطالب ما تقول فهو كذلك أو ما

يكون في جريدتك فهو كذلك لا يكون إقرارا إلا إذا كان في الجريدة شيء معلوم أو ذكر

المدعي شيئا معلوما فقال المدعي ما ذكرنا يكون تصديقا لأن التصديق لا يلحق بالمجهول.

وكذا إذا أشار للجريدة وقال ما فيها فهو علي كذلك يصبح، ولو لم يكن مشارا إليه لا يصح

للجهالة اه. وقد حكى الشارح الاختلاف فيما إذا علق الاقرار بشرط في كتاب الاقرار
فنقل

عن النهاية كما هنا أن الاقرار المعلق باطل، ونقل عن المحيط أن الاقرار صحيح والشرط

باطل، ونقل عن المبسوط ما يشهد للمحيط، فظاهره ترجيحه والحق تضعيفه لتصريحهم هنا

بأن الاقرار والوقوف لا يصح تعليقه بالشرط وأنه يبطل بالشرط الفاسد. قوله: (والوقوف) بأن قال وقفت داري أن قدم فلان أو وقفت داري عليك أن أخبرني بقدم زيد لأنه ليس مما يحلف به أيضا فلا يصح تعليقه بالشرط، كذا ذكره العيني.

وفي جامع

الفصولين: والوقف في رواية فظاهره أن في صحة تعليقه روايتين، وفي فتح القدير من كتاب الوقف وشرطه أن يكون منجزا غير معلق. فلو قال إن قدم ولدي فداري صدقة موقوفه على الساكن فجاء ولده لا يصير وقفا اه. وفي الاسعاف: ولو قال إذا جاء غدا وإذا

جاء رأس الشهر أو قال إذا كلمت فلانا أو إذا تزوجت فلانه وما أشبه ذلك فأرضي هذه صدقه موقوفه يكون الوقف باطلا لأنه تعليق والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر لكونه مما لا

يحلف به بخلاف النذر لأنه يحتمل التعليق ويحلف به، فلو قال إن برئت من مرضي هذا

فأرضي صدقه موقوفه يلزمه التصديق بعينها إذا وجد الشرط، ولو قال هي صدقة موقوفه إن

شئت أو أحببت أو رضيت أو هويت كان باطلا اه. ولم يذكر العيني صورة بطلانه بالشرط

الفاسد وصورته ما في الاسعاف: وقفها على أن له أصلها أو على أن يزول ملكه عنها أو على

أن يبيع أصلها ويتصدق بثمنها كان الوقف بالطلا اه. وقدمنا في الوقف أن شرط الاستبدال

صحيح على المفتي به قوله: (والتحكيم) بأن يقول المحكمان إذا أهل الشهر أو قالا لعبد أو

كافر، إذا اعتقت أو أسلمت فاحكم بيننا، وهذا عند أبي يوسف وعند محمد يجوز تعليقه

بشرط وإضافته إلى زمان كالوكالة والامارة والقضاء. وله التحكيم توليه صورة وصلاح معنى فباعترار أنه صلاح لا يصح تعليقه ولا إضافته، وباعتبار أنه توليه يصح بالشك والاحتمال، ذكره العيني. وفي فتاوى قاضيخان من القضاء: الفتوى على قول أبي يوسف.

وقد فات المصنف إبطال الاجل. قال في البزازية: وإبطال الاجل يبطل بالشرط الفاسد بأن

قال كلما حل نجم ولم تؤد فالمال حال صح وصار حالا اه. وعبارة الخلاصة: وإبطال الاجل يبطل بالشرط الفاسد، ولو قال كلما دخل نجم فلم تؤد فالمال حال صح والمال يصير

حالا اه. فجعلها مسئلتين وهو الصواب. وأما قوله في البزازية بأن قال تصويرا للأولى فسهو ظاهر لأنه لو كان كذلك لبقى الاجل فكيف يقول صح فيتأمل. وفاته أيضا تعليق الرد

بالعيب فإنه باطل وله الرد كما في البزازية، وليس هو من القسم الأول لأنه لا يبطل بالشرط

الفاسد كما ذكره المصنف في القسم الثاني ولا يصح تعليقه فهو كالنكاح. وبهذا أعلم أن المصنف

فاته بيان مالا يصح تعليقه ولا يبطل بالشرط الفاسد كما فاته ما يجوز تعليقه.

قوله: (ومالا يبطل بالشرط الفاسد القرض) بأن قال أقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمني شهرا مثلا فإنه لا يبطل بهذا الشرط، وذلك لأن الشروط الفاسدة من باب الربا وأنه

يختص بالمبادلة المالية، وهذه العقود كلها ليست بمعاوضة مالية فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة، ذكره العيني. فيقال له: فكيف بطل عزل الوكيل والاعتكاف والرجعة بالشروط

الفاسدة مع أنها لم تكن من المبادلة المالية؟ وفي البزازية: وتعليق القرض حرام والشرط لا

يلزم قوله: (والهبة) بأن قال وهبتك هذه الجارية بشرط أن يكون حملها لي قوله: (والنكاح)

بأن قال تزوجتك على أن لا يكون لك مهر يصبح النكاح ويفسد الشرط ويجب مهر المثل كما

عرف في موضعه. ومن هذا القبيل لو قال تزوجتك على أنني بالخيار ويجوز النكاح ولا يصح

الخيار لأنه ما علق النكاح بالشرط فيبطل الخيار، كذا في الخانية. وسيأتي أن النكاح لا يجوز

تعليقه بالشرط، وعليه تفرع ما في الخانية: تزوجتك إن أجاز أبي أو رضي فقالت قبلت لا

يصح لأنه تعليق والنكاح لا يقبل التعليق. زاد في الظهيرية: لو كان الأب حاضرا في المجلس فقبل جاز. وفي الخانية: رجل تزوج امرأة على أنه مدني فإذا هو قروي يجوز النكاح

إن كان كفؤا ولا خيار لها. رجل طلب من امرأة نكاحا بمحضر من الشهود فقالت المرأة لي

زوج فقال الرجل ليس لك زوج فقالت المرأة إن لم يكن لي زوج فقد زوجت نفسي منك

وقبل الزوج ولم يكن لها زوج قالوا: يجوز هذا النكاح لأن التعليق بشرط كائن تنجيز اه.

وفي جامع الفصولين: تعليق النكاح بكائن تنجيز لو قال الأب زوجتك ابنتي إن لم أكن زوجتها فقبل صح.

قوله: (والطلاق) بأن قال طلقتك على أن لا تتزوجي غيري قوله: (والخلع) بأن قال خالعتك على أن يكون لي الخيار مدة سماها بطل الشر ووقع الطلاق ووجب المال، وإما

اشتراط الخلع لها فصحيح عند الإمام كما مضى قوله: (والعتق) بأن قال أعتقتك على أنني

بالخيار قوله: (والرهن) بأن قال رهنت عندك عبي بشرط أن استخدمه، ومن هذا القبيل ما

في رهن البرازية قال: أخذ به رهنا على أنه إن ضاع بغير شيء فقال الراهن نعم صار رهنا وبطل الشرط وهلك بالدين ثم قال: قال إن أوفيتك متاعك إلى كذا وإلا فالرهن لك

بمالك بطل الشرط وصح الرهن. وقال الشافعي رحمه الله تعالى: يبطل الرهن أيضا اه. قوله: (والايضاء والوصية) بأن قال أوصيت لك بثلاث مالي إن أجاز فلان، ذكره العيني. وفيه نظر لأنه مثال تعليقها بالشرط والكلام الآن في أنها لا تبطل بالشرط الفاسد. وفي البرازية: وتعليقها بالشرط جائز لأنها في الحقيقة إثبات الخلافة عند الموت اه. ومعنى صحة

التعليق أن الشرط إن وجد كان للموصي له المال وإلا شيء له، وقدمنا عن فتاوى قاضيخان في بحث الأبراء أنه لو أوصى بثلاث ماله لام ولده إن لم تتزوج فقبلت ذلك ثم

تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فإنها تستحق الثلث بحكم الوصية اه. مع أن الشرط
لم

يوجد إلا أن يكون المراد بالشرط عدم تزوجها عقب انقضاء العدة لاعدمه إلى الموت
بدليل
أنه قال تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان للاحتراز عن تزوجها عقب الانقضاء. وأما
الايضاء
فقال في البزازية: لك مائة درهم على أن تكون وصيا عني فهو وصي والشرط باطل
والمائة له
وصية اه. وكأنه من باب القلب كأنه قال جعلتك وصيا على أن يكون لك مائة. ومعنى
بطلان الشرط مع قوله والمائة وصية له أنها لا تكون للايضاء فيبطل جعلها له وتبقى
وصية إن
قبلها كانت له وإلا فلا. وفيها من البيوع: وتعليق الوصية والوصاية جائز اه. قوله:
(والشركة) بأن قال شاركتك على أن تهديني كذا، ومن هذا القبيل ما في شركة
البزازية: لو
شرطا العمل على أكثرهما مالا والربح بينهما نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما إثلاثا
اه.
وقد وقعت حادثه توهم بعض حنفيه العصر أنها من هذا القبيل وليس كذلك هي.
تفاضلا
في المال وشرطا الربح بينهما نصفين ثم تبرع أفضلهما مالا بالعمل فأجبت بأن الشرط
صحيح
لعدم اشتراط العمل على أكثرهما مالا، والتبرع ليس من قبيل الشرط، والدليل عليه ما
في
بيوع الذخيرة: اشترى حطبا في قرية شراء صحيحا وقال موصولا بالشراء من غير شرط
في
الشراء أحمله إلى منزلي لا يفسد العقد لأن هذا أليس بشرط في البيع هو كلام مبتدأ
بعد تمام
البيع فلا يوجب فساده اه. فعلى هذا لو استأجر قرية أو أرضا للزراعة ثم قال بعد تمامها
إن
الحرث على المستأجر لا تفسد لأنه لم يكن شرطا فيها وإنما يكون شرطا لو قال غلى
أن الحرث عليه
فليحفظ هذا فإنه يخرج عليه كثير من المسائل قوله: (والمضاربة) بأن قال ضاربتك في
ألف على النصف في الربح إن شاء فلان أو إن قدم زيد، ذكره العيني وهو مثال لتعليقها
بالشرط. وهذا الذي وقع للعيني هنا دليل على كسله وعدم تصفح كلامهم فإنه لو أتى
بالأمثلة التي ذكروها في الأبواب لكان أنسب. وفي البزازية: ولا تبطل الفاسد ولو

(٣١٤)

شرط من الربح عشرة دراهم فسدت لا لأنه شرط بل لقطع الشركة اه. وفيها: دفع إليه ألفا

على أن يدفع رب المال إلى الضارب أرضا يزرعها سنة أو دارا للسكنى بطل الشرط وجازت

المضاربة، ولو شرط الضارب لرب المال أن يدفع له أرضا أو دارا سنة فسدت لأنه جعل نصف

الربح عوضا عن عمله وأجرة داره اه. ثم قال: ولو شرط على أن تكون النفقة على المضارب

إذا حرج إلى السفر بطل الشرط وجازت اه. وسيأتي بقية الكلام على ذلك في كتابها. قوله: (والقضاء) بأن قال الخليفة وليتك قضاء مكة مثلا على أن لا تعزل أبدا ويصح

تعليقه بالشرط. قال في البزازية: لو شرط في التقليد أنه متى فسق ينعزل انعزل اه. وفي البزازية أيضا: استخلف رجلا وشرط عليه أن لا يرتشي ولا يشرب الخمر ولا يتمثل أمر أحد صح التقليد والشرط، وإن فعل شيئا من ذلك انعزل ولا يبطل قضاؤه فيما مضى. قلد

السلطان رجلا القضاء وشرط عليه أن لا يسمع قضية رجل بعينه يصح الشرط ولا ينفذ قضاء

القاضي في هذا الرجل ويجب على السلطان أن يفصل قضية إن اعتراه قضيته اه. قوله: (والامارة) بأن قال الخليفة وليتك إمارة الشام مثلا على أن لا تتركب فهذا الشرط فاسد ولا تبطل

أمريته بهذا. والامارة مصدر كالإمرة بالكسر يقال فلان أمر وأمر عليه إذا كان واليا وقد كان

سوقه أي أنه يجرب، والتأشير تولية الامارة يقال هو أمير مؤمر وتأمر عليهم أي تسلط، كذا

في الصحاح. وفي صحيح البخاري إنكم ستحرصون على الامارة وستكون ندامة يوم القيامة قوله: (والكفالة) بأن قال كفلت غريمك إن أقرضتني، كذا ذكره العيني. وهو مثال لتعليقها بالشرط. وفي البزازية) لو قال كفلت به على أنه متى طولبت به أو كلما طولبت به فلي أجل شهر صحت، فإذا طالبه به فله أجل شهر من وقت المطالبة الأولى، فإذا

تم الشهر من المطالبة الأولى لزم التسليم ولا يكون للمطالبة الثانية تأجيل اه. ثم قال: كفل

على أنه بالخيار عشرة أيام أو أكثر يصح بخلاف البيع لأن مبنائها على التوسع اه. وأما تعليقها

بالشرط فسيأتي أنه يصح بشرط ملائم. وفي البزازية من البيوع: وتعليق الكفالة إن

متعارفا

(۳۱۵)

كقدوم المطلوب يصح، وإن شرطاً محضاً كان دخل الدار أوهبت الريح لا. والكفالة إلى هبوب الريح جائزة والشرط باطل. ونص النسفي أن الشرط إن لم يتعارف تصح الكفالة ويبطل الشر والحوالة كهي قوله: (والحوالة) بأن قال أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع علي عند التواء، ذكره العيني. يعني تصح الحوالة ويبطل الشرط فيرجع عليه عند التواء ويصح تعليقها بالشرط، ومنه اشتراط الخيار للمحتال وهو جائز كما في البزازية. ثم اعلم أن الحوالة تبطل ببعض الشروط لما في البزازية: ومن صور فساد الحوالة ما إذا شرط في الحوالة أن يعطي المال المحال به المحتال عليه للمحتال من ثمن دار المحيل لأنه لا يقدر على الوفاء بالملتزم بخلاف ما إذا التزم المحتال عليه الاعطاء من ثمن دار نفسه لأنه قادر على بيع نفسه، ولا يجبر على بيع داره كما إذا كان قبولها بشرط الاعطاء عند الحصاد لا يجبر على الأداء قبل الاجل اه. وهذه واردة على إطلاق المصنف وغيره قوله: (والوكالة) بأن قال وكتلك إن أبرأني عمالك علي، ذكره العيني. وهو مثال تعليقها بالشرط. وفي البزازية: تعليق الوكالة بالشرط جائز وتعليق العزل به باطل، وتفرع على ذلك أنه قال كلما عزلت فأنت وكيلى أنه صحيح لأنه تعليق التوكيل بالعزل، وسيأتي طريق عزله، ولو قال كلما وكتلك فأنت معزول لم يصح لأنه تعليق العزل بالشرط. وفي البزازية: الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة أي شرط كان قوله: (والإقالة) بأن قال أقلتک عن هذا البيع إن أقرضتني، كذا ذكره العيني. وفي القنية: لا يصح تعليق الإقالة بالشرط وتقدم أنهما لو تقايلا بأقل من الثمن الأول أو بجنس آخر لم تفسد ووجب الثمن الأول وهو مثال أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة، وأما ما ذكر فمثال تعليقها. وفي البزازية: يجوز اشتراط الخيار فيها. قوله: (والكتابة) بأن قال المولى لعبده كتابك على ألف بشرط أن لا تخرج من البلد أو

على أن لا تعمل في نوع من التجارة، فإن الكتابة على هذا الشرط
تصح ويطل الشرط، فله أن يخرج من البلد ويعمل ما شاء من أنواع التجارة مع أي
شخص
شاء، وذلك لأن الشرط غير داخل في صلب العقد، وأما إذا كان داخلا في صلب العقد
بأن كان في نفس البذل كالكتابة على خمر ونحوها فإنها تفسد به على ما عرف في
موضعه،
ذكره العيني، وفي البزاية: كاتبها وهي حامل على أن يدخل ولدها في الكتابة فسدت
لأنها
تبطل بالشرط الفاسد قوله: (وإذن العبد في التجارة) بأن قال لعبدته أذنت لك في
التجارة على
أن تتجر إلى شهر أو على أن تتجر في كذا، فإن أذنه له يكون عاما في التجارات
والأوقات
ويطل الشرط قوله: (ودعوة الولد) بأن قال لامته التي ولدت هذا الولد مني إن رضيت
امرأتي بذلك قوله: (والصلح عن دم العمدة) بأن صالح ولي المقتول عمدا القاتل على
شيء
بشرط أن يقرضه أو يهدي إليه شيئا فإن صالح صحيح والشرط فاسد ويسقط الدم لأنه
من
الاسقاطات فلا يحتمل الشرط قوله: (وعن الجراحة) بأن صالح وعنها بشرط إقراض
شيء أو
إهدائه قوله: (وعقد الذمة) بأن قال الإمام لحربي يطلب عقد الذمة ضربت عليك الجزية
إن
شاء فلان مثلا فإن عقد الذمة صحيح والشرط باطل قوله: (وتعليق الرد بالعيب) بأن قال
إن
وجدت بالمبيع عيبا أردته عليك إن شاء فلان مثلا قوله: (وبخيار الشرط) أي وتعليق
الروبة

بأن قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع أو قال أسقطت خياره إن شاء فلان فإنه
يصح ويبطل الشرط قوله: (وعزل القاضي) بأن قال الخليفة للقاضي عزلتك عن القضاء
إن شاء فلان فإنه ينعزل ويبطل الشرط لما ذكرنا أن هذه الأشياء ليست بمعاوضة مالية فلا
يؤثر

فيها الشروط الفاسدة. ولم يذكر المصنف رحمه الله تعالى ما يجوز تعليقه بالشرط.
قال الشارح
رحمه الله تعالى: إنه مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق،
وبالالتزامات التي يحلف بها كالحج والصلاة والتوليات كالقضاء والامارة اه. وقد فاته
الإذن
في التجارة فإنه يصح تعليقه بالشرط كما في الخانية لكونه من الاسقاطات لكن لا
يحلف به،
فلو حذف التي يحلف بها الدخل ولدخل تعليق تسليم الشفعة فإن صحيح كما في
البزازية
لكونه إسقاطا لكن لا يحلف به. وقد فات المصنف الرهن فإنه مما لا يبطل بالشرط
الفساد
كما في البزازية، وفاته أيضا مسألة الاسلام فإنه لا يصح تعليقه بالشرط كما في فتاوى
قارئ
الهداية. وبرد عليه أن الهبة يجوز تعليقها بالشرط الملائم نحو وهبتك على أن تقرضني

كذا، كذا في جامع الفصولين. وعلى هذا فما ذكره الكردي في المناقب معزيا إلى
الناصري لو قال
إن اشترت جارية فقد ملكتها منك يصح ومعناه إذا قبضه بناء على ذلك اه. مبني على
أن
الشرط ملائم. وفي البزازية من البيوع: وتعليق الهبة به ان باطل وبه على إن ملائما
كهفته
على أن يعوض يجوز، وإن مخالفا بطل الشرط وصحت الهبة. ويرد عليه أيضا تعليق
دعوة
الولد صحيح كقوله إن كانت جاريتي حاملا فني صح، كذا في البزازية وليس مما
ذكره.
وكذا يرد عليه الكفالة فإنه يصح تعليقها بشرط ملائم كما قدمناه. ولم يذكر المصنف
ولا
الشارح يجوز تعليقه بالشرط الجائز وما لا يجوز وتقييده بالفساد يخرج، وفي
البزازية: إن
ما يتعلق بذكر الشرط الجائز يفسده الفاسد من الشرط كالبيع والإجارة والصلح على
مال
والقسمة وعقد لا يتعلق بالجائز. فالفساد من الشرط لا يبطله كالنكاح والخلع والصلح
عن
دم العمد والعتق على مال فالأول لا يصح إلا ببدل منطوق معلوم يجري فيه التمليك
والتملك، ولا ثاني يصح ببدل وبدونه وببدل مجهول وحرام وحلال وعقد يتعلق
بالجائز منه.
والفساد منه على نوعين: نوع يفسده ونوع لا وهو الكتابة إلى آخر ما فيها. وقد ذكر
المصنف
رحمه الله تعالى ما يجوز إضافته إلى زمان وما لا يجوز في آخر كتاب الإجازات فإذا
وصلنا إليه
شرحناه بآتم مما ذكره الشارح هنا وننبه على ما فاتهما إن شاء الله تعالى والله أعلم
بالصواب.

كتاب الصرف

تقدم وجه تأخيرها والكلام فيه في مواضع: الأول في معناه اللغوي. ذكر في القاموس أن صرف الحديث أن يزداد فيه ويحسن من الصرف في الدراهم وهو فضل بعضه على بعض

في القيمة. وكذلك صرف الكلام. وأما الصرف في الحديث لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فالصرف التوبة، والعدل الفدية، أو هو النافلة والعدل الفريضة أو بالعكس، أو هو الوزن والعدل الكيل، أو هو الاكتساب والعدل الفدية أو الحيل اه. وفي الصحاح: يقال صرفت الدراهم بالدنانير وبين الدرهمين صرف أي فضل لجودة فضة أحدهما على الآخر اه.

والثاني في معناه في الشريعة وقد أفاده بقوله قوله: (هو بيع بعض الأثمان ببعض) كالذهب

والفضة إذا بيع أحدهما بالآخر أي بيع ما من جنس الأثمان بعضها ببعض. وإنما فسرناه به

ولم نبقه على ظاهره ليدخل فيه بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد فإن المصوغ بسبب ما تصل به

من الصنعة لم يبق ثمننا صريحا ولهذا يتعين في العقد ومع ذلك بيعه صرف. الثالث في ركنه

فما هو ركن كل بيع فهو ركنه من الإيجاب والقبول أو التعاطي. والرابع في شرائطه فأربعة:

الأول قبض البدلين قبل الافتراق بالأبدان. الثاني أن يكون باتا لا خيار فيه فإن شرط فيه خيار وأبطله صاحبه قبل التفرق صح وبعده لا، وأما خيار العيب فثابت فيه، وأما خيار الرؤية فثابت في العين دون الدين وإذا رده بعيب انفسخ العقد، سواء رده في المجلس أو

بعده، وإن كان دينا فردها في المجلس لم ينفسخ، فإذا رد بدله بقي الصرف وإن رد بعد

الافتراق بطل وتمامه في البدائع. الثالث أن لا يكون بدل الصرف مؤجلا فإن أبطل صاحب

الاجل الاجل قبل التفرق ونقد ما عليه ثم افترقا عن قبض من الجانبين انقلب جائزا وبعد التفرق لا الرابع التساوي في الوزن إن كان المعقود عليه من جنس واحد فإن تبايعا ذهباً

بذهب أو فضة بفضة مجازفة لم يجز، فإن علما التساوي في المجلس وتفرقا عن قبض صح.

وكذا لو اقتسما الجنس مجازفة لم يجز إلا إذا علم التساوي في المجلس لأن القسمة كالبيع، كذا في السراج الوهاج.

قوله: (فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض) أي النقدان بأن يبيع أحدهما بجنس الآخر فلا بد لصحته من التساوي وزنا ومن قبض البدلين قبل الافتراق. أما التساوي فقد مناه في

باب الربا ولو تصارفا جنسا بجنس مثلا بمثل وتقابضا وتفرقا ثم زاد أحدهما صاحبه شيئا أو

حط عنه شيئا وقبله الآخر فسد البيع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف هما باطلان والصرف

صحيح، وعند محمد الزيادة باطلة والحط جائز بمنزلة الهبة المستقلة. واختلافهم هذا فرع

اختلافهم في أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد في الذكر إذا ألحق به هل يلتحق أم لا،

فمن أصل أبي حنيفة التحاقه ويفسد العقد ومن أصلهما عدم التحاقه فطرده أبو يوسف هنا،

ومحمد فرق بين الزيادة والحط. ولو زاد أو حط في صرف بخلاف الجنس جاز إجماعا لكن

يشترط قبض الزيادة قبل الافتراق لالتحاقها بأصل العقد. ولو حط مشتري الدينار قيراطا منها فبائع الدينار يكون شريكا له في الدينار. ولو زاد مشتري السيف المحلى دينار

جاز، ولا

يشترط قبضه قبل الافتراق لصرف الزيادة إلى النصل والحمايل وتماثله في البدائع. وأما التقابض فالمراد التقابض قبل الافتراق بأبدانهما بأن يأخذ هذا في جهة وهذا في جهة،

فإن

مشيا ميلا أو أكثر ولم يفارق أحدهما صاحبه فليسا بمتفرقين. ولا يبطل مما يدل على الاعراض بخلاف خيار المخيرة فإنه يبطل بما يدل عليه وتفرع على ما ذكرناه أنه لم

كان لكل

من رجلين على صاحبه دين فأرسل إليه رسولا فقال بعتك الدنانير التي لي عليك بالدرهم

التي لك علي وقال قبلت فهو باطل لأن حقوقه العقد لا تتعلق بالرسول بل بالمرسل وهما

متفرقان بأبدانهما. وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو ناداه من بعيد لم
يجز لأنهما
مفترقان بأبدانهما. والمعتبر افتراق المتعاقدين سوا كانا مالكين أو نائبين كالأب
والوصي
والوكيل لأن القبض من حقوق العقد وحقوقه متعلقه بهما. ولا اعتبار بالمجلس إلا في
مسألة
وهي ما إذا قال الأب اشهدوا أنني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة دراهم ثم
قال
قبل أن يزن العشرة فهو باطل، كذا روي عن محمد لأن الأب هو العاق فلا يمكن
اعتبار
التفرق بالأبدان فيعتبر المجلس، كذا في البدائع. وفي الذخيرة: لو وكل وكيلين في
الصرف
فتصارفا ثم ذهب أحدهما قبل القبض وقبض الآخر بطل في حصل الذهاب فقط
كالمالكين إذا
قبض أحدهما ولم يقبض الآخر بخلاف الوكيلين بقبض الدين إذا قبض أحدهما دون
الآخر لم
يجز، كذا في الذخيرة. وتفرع على اشتراط القبض أنه لا يجوز الإبراء عن بدل الصرف
ولا

هبته والتصدق به، فإن فعل لم يصح بدون قبول الآخر، فإن قبل انتقض الصرف وإلا لم يصح ولم ينتقض لأنه في معنى الفسخ فلا يصح إلا بتراضيهما، فلو أبي الواهب أن يأخذ ما وهب أجبر على القبض، وتفرع أيضا أنه لا يجوز الاستبدال ببديل الصرف قبل قبضه وسيأتي.

وعلى هذا تتخرج المقاصة في ثمن الصرف إذا وجب الدين بعقد متأخر عن عقد الصرف أنه لا يصير قصاصا ببديل الصرف وإن تراضيا بذلك وقد مر في السلم. ولو قبض بدل الصرف ثم انتقض القبض فيه لمعنى أو وجب انتقاضه أن يبطل الصرف وقد تقدم في السلم وتمامه في البدائع. ثم إن استحق أحد بلدي الصرف بعد الافتراق فإن أجاز المستحق والبديل قائم أو ضمن الناقد وهو هالك جاز الصرف، وإن استرده وهو قائم أو ضمن القابض قيمته وهو هالك بطل الصرف، كذا في البدائع. قيدنا التماثل من حيث الوزن لأنه لا اعتبار به عددا، كذا في الذخيرة.

قوله: (وإن اختلفا جودة وصياغة) لقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة إلى أن قال مثلا بمثل، سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد رواه مسلم وغيره. ولا فرق في ذلك بين أن يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبرأ ولا يتعينان كالمضروب، أو يتعين أحدهما دون الآخر لاطلاق الحديث، وفي الذخيرة من البيوع من الفصل السادس: وإذا باع درهما كبيرا بدرهم صغير أو درهما جيدا بدرهم ردي يجوز لأن لهما فيه غرضا صحيحا، فإما إذا كانا مستويين في القدر والصفة فبيع أحدهما بالآخر هل يجوز وهل يصير مثله دينا في الذمة؟ اختلفوا بعضهم قالوا: لا يجوز وأشار إليه محمد في الكتاب وبه كان يفتي أبو حاتم الإمام أبو أحمد اه. قيد إسقاط الصفة بالأثمان لأنه لو باع إناء نحاسا بإناء نحاس أحدهما أثقل من الآخر فإنه يجوز وزنا مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الأموال الربوية أيضا، وذلك لأن صفة الوزن في النقدين

منصوص عليها فلا يتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزونا بتعارف جعله عدديا لو
تعورف
ذلك بخلاف غيرهما فإن الوزن فيه بالتعارف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديته
إذا
صيغ وصنع، كذا في فتح القدير. وفي الذخيرة حتى قالوا: لو اعتادوا بيع الأواني
المتخذة

من هذه الأشياء بالوزن لا بالعدد لا يجوز بيعه بغير المصنوع من جنسه إلا متساويا
وزنا، وإذا
تعاملوا بيعها عددا لا وزنا يجوز بيع الواحد بالاثنين اه. وفي القاموس: الجيد ككيس
ضد
الردئ والجمع جياذ وجيادات وجيايد، وجاد يجوز جودة صار جيدا اه. وفيه:
والصياغة
بالكسر حرفه الصائغ اه قوله: (وإلا شرط التقابض) أي وإن لم يتجانسا يشترط التقابض
قبل
الافتراق دون التماثل لما روينا من الحديث. وفي فتح القدير والمعراج معزيا إلى فوائد
القدوري: المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية يريد باليد اه. ثم اختلفوا في
القبض فقبل شرط انعقاده صحيحا فأورد عليه أنه حينئذ لا بد من القران أو التقدم
والقبض
متأخر فكان حكما له لا شرطا. وأجيب بأن الوجود في المجلس جعل مقارنا للعقد
حكما،
والصحيح المختار أنه شرط بقاءه على الصحة لا شرط انعقاده، وقد أشار محمد إلى
كل منهما
كما في الذخيرة. ويدل على الثاني قوله فإن تفرقا قبل القبض بطل فلولا أنه منعقد لما
بطل
بالافتراق، كذا في المعراج. وثمره الخلاف تظهر فيما إذا ظهر الفساد فيما هو صرف
فهل
يفسد فيما ليس بصرف عند أبي حنيفة فعلى القول الضعيف يتعدى الفساد وعلى الأصح
لا
يتعدى، كذا في فتح القدير. وقيد بالذهب والفضة لأنه لو باع فضة بفلوس أو ذهب
بفلوس
فإنه يشترط قبض أحد البدلين قبل الافتراق لا قبضهما، كذا في الذخيرة وقدمناه عند
قوله
في باب الربا وصح بيع الفلس بالفلسين. وفي الذخيرة: إذا غصب قلب فضة أو ذهب
ثم
استهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه، فإن تفرقا قبل قبض القيمة جاز عندنا
خلافا
لزفر لأنه صرف. وعندنا هو صرف حكما للضمان الواجب بالغصب لا مقصودا فلا
يشترط
له القبض سواء كان وجوب القيمة بقضاء القاضي أو بالصلح. ولو اشترى المودع

الوديعة
الدراهم بدنانير وقبض الدنانير وافتراقا قبل أن يجدد المودع قبضا في الوديعة بطل
الصرف
بخلاف ما إذا كانت مغصوبة لأن قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء بخلاف الوديعة
اه
قوله: (فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح إن تقابضا في المجلس) لأن المستحق هو
القبض
قبل الافتراق دون التسوية لما روينا فلا يضره الجراف. ولو افتراقا قبل قبضهما أو قبض
أحدهما بطل لفوات الشرط قيد بيع الجنس بخلاف الجنس لأنه لو باع الجنس
بالجنس مجازفة
فإن علما تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا.
قوله: (ولا يصح التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه فلو باع دينارا بدراهم ثم اشترى

بها ثوبا فسد البيع في الثوب) أي في أحد بدلي الصرف لأن كلا منهما ثمن فلا تجوز هبته ولا

صدقته ولا بيع شيء به، وقد مننا أنه إن وهب أو تصدق به أو أبرأه فإن قبل الآخر انفسخ الصرف لتعذر وجود القبض وإلا فلا. وأما البيع فصورته كما ذكره المصنف باع ديناراً بعشرة

دراهم ولم يقبضها حتى اشترى بها ثوبا أو مكيلا أو موزونا فالبيع في الثوب فاسد لأن قبض

العشرة مستحق حقا لله تعالى فلا يسقط بإسقاط المتعاقدين فلم يجز بيع الثوب والصرف على

حاله يقبض بدله من عاقده معه. وأورد عليه أن فساد الصرف حينئذ حق الله تعالى وصحة

بيع الثوب حق العبد فتعارضاً فيقدم حق العبد لتفضل الله بذلك. وأجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد بعد لأنه يفوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لأنه يرتفع، وقد

نقل عن زفر صحة بيع الثوب لأن الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لأن العقد لا

يتعين بإضافة العقد إلى بدل الصرف كعدم إضافته فيجوز شراء ثوب بدراهم لم يصفها. وجوابه أن قبض بدل الصرف واجب والاستبدال يفوته فكان شرط إيفاء ثمن الثوب من بدل

الصرف شرطاً فاسداً فيمتنع الجواز وقد رجحه في فتح القدير. ثم اعلم أنهم قرروا هنا كما

في المعراج أن البدلين في باب الصرف كل منهما ثمن قبل العقد وحالته فلا يشترط وجودها

في ملك المتصارفين ولا يتعيان بالإشارة، ومثمن من وجه بعد العقد ضرورة أن العقد لا بد

له من مثمن فلا يجوز الاستبدال بأحدهما قبل القبض لكونه بيع المبيع قبل قبضه إلى آخره، وبه

اندفع ترجيح ابن الهمام قول زفر كما لا يخفى. وفي الذخيرة: إذا اشترى الرجل ألف درهم

بعينها بمائة دينار والدراهم بيض فأعطاه مكانها سودا ورضي بها البائع جاز ذلك لأن هذا

ليس باستبدال والسود والبيض من الدراهم جنس واحد، وإنما أبرأه عن صفة الجودة حين

تجوز بالسود فكان مستوفيا بهذه الطريق لا مستبدلا. قال شمس الأئمة السرخسي:
ومراده

من السود الدراهم المضروبة من النقود السود لا الدراهم البخارية لأن أخذ البخارية
مكان

الدراهم البيض لا يجوز لأنه يكون استبدالا لاختلاف الجنس. وكذلك لو قبض مشتري
الدراهم الدراهم فأراد أن يعطي ضربا آخر من الدينير سوى ما شرط لا يجوز إلا برضا
صاحبه وإذا رضي به صاحبه كان مستوفيا لا مستبدلا لكون الجنس واحدا. قيل: هذا
إذا

أعطى ضربا دون المسمى، فأما إذا أعطاه ضربا فوق المسمى فلا حاجة إلى رضا
صاحبه اه.

وقدمنا جواز الرهن ببدل الصرف فإن هلك وهما في المجلس هلك بما فيه وجاز
العقد، وإن

هلك بعد الافتراق بطل الصرف ولا يكون مستوفيا، وقد منّا جواز الحوالة والكفالة به
فإن
سلم الكفيل أو الأصيل أو المحال عليه في المجلس صح، وإن افرق المتعاقدان بطل
وإن
بقي الكفيل أو المحال عليه لأن حقوق العقد إنما تتعلق بالمتعاقدين، كذا في شرح
السراج
الوهاج قوله: (ولو باع أمة مع طوق قيمة كل ألف بألفين ونقد من الثمن ألفا فهو ثمن
الطوق وإن اشتراها بألفين ألف نقد وألف نسيئة فالنقد ثمن الطوق) لأن حصة الطوق
يجب
قبضها في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الاتيان بالواجب فيصرف المتأخر
إلى
الجارية والمقبوض والحال إلى الطوق إحسانا للظن بالمسلم، وكذا لو قال خذ منهما
صرفا إلى
الطوق وصح البيع فيهما تحريا للجواز بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه الألف من
ثمن
الجارية فإن الظاهر حينئذ عارضة التصريح بخلافه، فإذا قبضه ثم افرقا بطل في الطوق
كما
إذا لم يقبضه، كذا في فتح القدير. وقيد بتأجيل البعض لأنه لو أجل الكل فسد البيع في
الكل عند أبي حنيفة. وقالوا: يفسد في الطوق دون الجارية لأن القبض ليس بشرط في
حصتها فيتقدر الفساد بقدره. ولأبي حنيفة أن الفساد مقارن فيتعدى إلى الجميع كما لو
جمع
بين عبد وحر في البيع بخلاف الفساد في الأولى فإنه طارئ فلا يتعدى إلى غيره. وقد
اعترض الشارح على المؤلف بالتسامح في عبارته بأنه ذكر القيمة في كل منهما ولا
تعتبر
القيمة في الطوق وإنما يعتبر القدر حين المقابلة بالجنس. وكذا لا حاجة إلى بيان قيمة
الجارية
لأن قدر الطوق مقابل به والباقي بالجارية، قلت قيمتها أو كثرت، فلا فائدة في بيان
قيمتها
إلا إذا قدر أن الثمن بخلاف جنس الطوق فحينئذ يفيد بيان قيمتها لأن الثمن ينقسم
عليهما
على قدر قيمتها اه. وقد أجاب العيني بما لا طائل تحته. وفي فتح القدير: ولقد وقع
الافراط في تصوير المسألة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فإنه عشرة أرتال
بالمصري

ووضع هذا المقدار في العتق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب، وكون قيمتها مع مقدار الطوق
متساويين ليس بشرط بل الأصل أنه إذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن
على النقد المضموم إليه اهـ.
قوله: (ومن باع سيفاً حلته خمسون بمائة ونقد خمسين فهي حصتها وإن لم يبين أو قال
من ثمنهما) أما إذا لم يبين فلما ذكرنا إن أمرهما يحمل على الصلاح، وأما إذا قال خذ
هذا من ثمنهما فلان التثنية قد يراد بها الواحد منهما قال الله تعالى * (فنسيا حوتهما) *
[الكهف: ١٦]
والناسي أحدهما وقال تعالى * (يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان) * (الرحمن: ٢٢)
والمراد أحدهما.

وفي الحديث فأذنا وأقيما والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حالهما بالاسلام. ونظيره
في
الفقه إذا حضمتا حيضة أو ولدتما ولدا علق بأحدهما للاستحالة بخلاف ما إذا لم يذكر
المفعول
به للامكان. وقد فاته صورتان: الأولى أن يبين ويقول خذ هذا نصفه من ثمن الحلية
ونصفه
من ثمن السيف. الثانية أن يجعل الكل من ثمن السيف وفيهما يكون المقبوض ثمن
الحلية
لأنهما شيء واحد فيجعل عن الحلية لحصول مراده، هكذا ذكره الشارح. وفي المعراج
معزيا
إلى المبسوط: لو قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو قال
لا
وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لأن الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في
العقد أو
الإضافة، ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع ثمن السيف خاصة والقول في
ذلك
وقوله لأنه هو الملك فالقول له في بيان جهته اه. وهكذا في العناية. وفي السراج
الوهاج:
ولو قال هذا الذي عجلته حصه السيف كان عن الحلية وجاز البيع لأن السيف اسم
للحلية
أيضا لأنها تدخل في بيعه تبعا. ولو قال هذا من ثمن الجفن والنصل خاصة فسد البيع
لأنه
صرح بذلك وأزال الاحتمال فلم يمكن حمله على الصحة اه. ويمكن التوفيق بأن
يحمل ما
ذكره الشارح على ما إذا قال من ثمن السيف ولم يقل خاصة فيوافق ما في السراج
الوهاج.

وأما ما في المبسوط فإنما قال خاصة وحيث أنه قال خذ هذا عن النصف فليتأمل،
وسيتضح
بعد. قيد بقوله بمائة لأنه لو باعه بخمسين أو بأقل منها لم يجز الربا وإن باعه بفضة لم
يدر
وزنها لم يجز أيضا لشبهة الربا نفى ثلاثة أوجه لا يجوز البيع وفي واحد يجوز وهو وما
إذا علم
أن الثمن أزيد مما في الحلية ليكون ما كان قدرها مقابلا لها والباقي في مقابلة النصل.
هذا
إذا كان الثمن من جنس الحلية، فإن كان من خلاف جنسها جاز كيفما كان لجواز
التفاضل،
ولا خصوصية للحلية مع السيف والطورق مع الجارية بل المراد إذا جمع مع الصرف
غيره فإن
النقد لا يخرج عن كونه صرفا بانضمام غيره إليه وعلى هذا بيع المزركش والمطرز
بالذهب أو
الفضة. وفي المبسوط: وكان محمد بن سيرين يكره بيعه بجنسه وبه نأخذ لاحتمال
الزيادة
والأولى بيعه بخلاف جنسه.
قوله: (ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دونها إن تخلص بلا ضرر وإلا بطلا) أي
بطل العقد فيهما لأن حصة الصرف يجب قبضها قبل الافتراق فإذا لم يقبضها حتى
افترقا بطل
فيه لفقد شرطه، وكذا في السيف إن كان لا يتخلص إلا بضرر لتعذر تسليمه بدون
الضرر
كبيع جذع من سقف، وإن كان يتخلص بدونه جاز للقدر على التسليم صار كالجارية
مع
الطورق، وذكر الشارح هنا ما نقلناه عن المبسوط سابقا ثم قال: قال الراجي عفو ربه:
ينبغي

أن تكون هذه كالمسألة المتقدمة من أنه يصرف إلى الحلية ومن أنه على التفصيل المتقدم ذكره
يعني إن كان الحلية تتخلص بغير ضرر صح في السيف خاصة وإلا بطل في الكل. وفي المحيط: لو قال هذا من ثمن النصل خاصة فإن لم يمكن التمييز إلا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعا لأنه قصد صحة البيع ولا صحة له إلا بصرف المنقود إلى الصرف
فحكمتنا بجوازه تصحيحا للبيع، وإن أمكن تمييزها بغير ضرر بطل الصرف، فعلى هذا ما ذكر
في المبسوط محمول على ما إذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر توفيقا بينه وبين ما ذكر في المحيط اه. وفيه نظر لأن ما في المحيط إنما هو فيما إذا صرح بالنصل دون السيف، ولا شك في عدم انصرافه إلى الحلية لأنه صريح كما قدمناه لكن بشرط أن يتخلص بلا ضرر وإلا صرفناها إلى الحلية، وتركنا الصريح تصحيحا لأنه لولا ذلك بطل في الكل، وما في المبسوط إنما هو فيما إذا قال خذ هذا من ثمن السيف خاصة فذكر السيف ولم يذكر النصل. والحاصل أنه إن ذكر السيف ولم يقل خاصة صرف إلى الحلية مطلقا أعني سواء أمكن التمييز بلا ضرر أو لا، وإن زاد خاصة أو لم يذكر السيف وإنما ذكر النصل لا ينصرف إليها ويصرف إلى النصل إن أمكن تخليصه بلا ضرر وإلا صرفناه إلى الحلية. وفي البدائع: إن ذكر أنه من ثمن السيف يقع عن الحلية، وإن ذكر أنه من ثمن النصل فإن أمكن تخليصه بلا ضرر يقع عن المذكور ويطل الصرف بالافتراق وإلا فالمنقود ثمن الصرف ويصحان اه. وفي المغرب: الحلية الزينة من ذهب أو فضة يقال حلية السيف والسرّج وغيره. وفي التنزيل * (وتستخرجون حلية تلبسونها) * [فاطر: ٢١] أي اللؤلؤ والمرجان اه قوله: (ولو باع إناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض والائناء مشترك بينهما) يعني إذا باعه بفضة أو ذهب لأنه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض فيتقدر الفساد بقدر ما لم يقبض ولا يشيع لأنه

طارئ، ولا يكون هذا تفريق الصفقة أيضا لأن التفريق من جهة الشرع باشتراط القبض
لا
من العاقد، ولا يثبت للمشتري خيار عيب الشركة لأنها حصلت منه وهو عدم النقد قبل

الافتراق بخلاف ما إذا هلك أحد العبدین قبل القبض حيث ثبت الخيار في أخذ الباقي لعدم

الصنع منقوله: (وإن استحق بعض الاناء أخذ المشتري ما بقي بقسطه أو رد) لأن الشركة

في الاناء عيب لأن التشقيص يضره وهذا العيب كان موجودا عند البائع مقارنا له، فأجاز

المستحق قبل أن يحكم له بالاستحقاق جاز العقد وكان الثمن له يأخذه البائع من المشتري

ويسلمه إليه إذا لم يفترقا بعد الإجازة ويصير العاقد وكيلا للمجيز فتتعلق حقوق العقد بالوكيل دون المجيز حتى لو افترق المتعاقدان قبل إجازة المستحق بطل العقد. وإن فارقه

المستحق قبل الإجازة والمتعاقدان باقيا في المجلس بطل العقد، كذا في السراج الوهاج.

أطلق الخيار فشمّل ما قبل القبض وبعده.

قوله: (ولو باعه قطعة نقرة فاستحق بعضها أخذ ما بقي بقسطه بلا خيار) لأن الشركة فيها ليست بعيب إذ التشقيص فيها لا يضرها بخلاف الاناء. أطلقه وهو محمول على ما إذا

كان بعد قبضها، أما إذا استحق بعض النقرة قبل قبضها فإن له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل

التمام بخلاف ما بعد القبض لتمامها. وفي المغرب: النقرة القطعة المذابة من الذهب أو الفضة، ويقال نقرة فضة على الإضافة للبيان اه. وفي النهاية: هي قطعة فضة مذابة، كذا في ديوان الأدب. وعلى هذا فما وقع في بعض كتب الأوقاف المصرية كالشيخونية والصرغتمشية من الدراهم النقرة المراد منها الفضة لكن وقع الاشتباه في أنها فضة خالصة أو

مغشوشة، وكنت استفتيت بعض المالكية عنها فأفتى بأنه سمع ممن يوثق به أن الدرهم منها

يساوي نصفًا وثلاثة فلوس قال: فليعمل على ذلك ما لم يوجد خلافه اه. وقد اعتبر ذلك في

زماننا ولكن الأدنى متيقن به وما زاد عليه 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، فلو ادعت مائة درهم مهر أوجب لها مائة درهم وسط اه. فينبغي أن

يعول عليه والله سبحانه وتعالى أعلم قوله: (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين
وكر بر
وشعير بضعفهما) أي بأن يبيعهما بكري بر وكري شعير. وإنما جاز لأنه يجعل كل
جنس

مقابلا بخلاف جنسه تصحيحا للعقد، ولو صرف إلى جنس مفسد لأن العقد يقتضي مطلق

المقابلة من غير تعرض لقيد لا مقابلة الكل بالكل شائع ولا فردا معينا فصار كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فإنه ينصرف إلى نصيبه تصحيحا للعقد وكانصراف النقد إلى

المتعارف، ولا يرد علينا ما لو اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة بخمسة وعشرين فإنه لا يصح وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب لأننا لو صرفناه لصار تولية في القلب وهو خلاف المرابحة فكان إبطالا له. وكذا لا يرد لو اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل

النقد مع آخر من البائع بألف وخمسمائة فإنه لا يصح في المشتري بألف لأن طريق التصحيح

غير متعين لا مكان صرف الألف ومائة إليه أو مائتين إلى غير ذلك من الصورة. وأورد عليه

أن الطرق متعددة في مسألة الكتاب لجواز أن يصرف الدينار إلى الدينار والدرهم إلى الدرهم

والدينار إلى الدرهم كما يجوز أن يصرف الدرهمان إلى الدينارين والدينار إلى الدرهم. وأجيب

عنه بأنه أقل تغييرا فكان أولى، وكذا لا يرد علينا ما لو جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك

أحدهما فإنه لا يصح للتنكير وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده. وأجيب بأن البيع أضيف

إلى منكر فلا ينصرف إلى المعين للتضاد إذ المنكر ليس بمحل للبيع. ورد بأنه يسن بشئ لأن

المعرفة مما صدقات النكرة فإن زيدا يصدق عليه رجل ولا شك أنه يحتمله فيجب حمله عليه.

وقد قال أبو حنيفة في قوله عبدي أو حماري حر أنه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرف، وكذا ما قيل إن تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو لم يضاف إلى

المعين. وفي فتح القدير: واعلم أن ما أورد على دفع النقوض المذكورة أن لحظ له جواب فذاك وإلا فلا

يضرك النقض في إثبات المطلوب إذ غايته أنه خطأ في محل آخر إذا اعترف بخطئه في محل

النقض وذلك لا يوجب خطأه في محل النزاع اه. وأما مسألة ما إذا باع درهما ثوبا

بدرهم
وثوب وافتراق بلا قبض فليس مما نحن فيه فإن العقد انعقد صحيحا، وإنما طرأ الفساد
بالافتراق والصرف لدفع الفساد وقد انعقد بلا فساد، وكلامنا ليس في الفساد الطارئ.
وفي
الظهيرية معزيا إلى المبسوط: باع عشرة وثوبا بعشرة وثوب وافتراق قبل القبض بطل
العقد في
الدراهم ولو صرف الجنس إلى خلاف جنسه لم يبطل ولكن قيل في العقود يحتال
للتصحيح
في الابتداء ولا يحتال للبقاء على الصحة اه. وفي الايضاح: الأصل في هذا الباب أن
حقيقة
البيع إذا اشتملت على إبدال وجب قسمة أحد البديلين على الآخر، وتظهر الفائدة في
الرد
بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة، فإن
كان
العقد مما لا ربا فيه فإن كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الاجزاء، وإن كان مما
يتفاوت
فالقسمة على القيمة. وأما ما فيه الربا فإنما تجب القسمة على الوجه الذي يصح به
العقد

مثاله: باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فإن الخمسة بالخمسة
والخمسة

الأخرى بالدينار، وكذا لو قابل جنسين بجنسين كما في مسألة الكتاب اهـ. ونظير
المسألة

المسألة التي تلي هذه وهي.

قوله: (وأحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) أي صح بيع فتكون العشرة بمثلها
والدينار بالدرهم تصحيح للعقد على ما بينا، وإنما ذكر هذه بعد التي قبلها وإن كانت
قد

علمت مما قبله البيان أن الصرف إلى خلاف الجنس لا يتفاوت في الجميع أو جزء
واحد، كذا

في السراج الوهاج قوله: (ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم
غلة) أي

يصح بيع الاتحاد في الجنس فيعتبر التساوي في القدر دون الوصف. والغلة هي الدراهم
المقطعة، وقيل ما يردده بيت المال ويأخذه التجار ولا تنافي لاحتمال أن تكون هي
المقطعة.

وفي الهداية: ولو تباعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب ومع أقلهما شئ آخر تبلغ قيمته باقي
الفضة جاز البيع من غير كراهة، فإن لم تبلغ فمع الكراهة، وإن لم يكن له قيمة لا يجوز
البيع

لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا اهـ. وصرح في الايضاح بأن الكراهة
قول

محمد، وأما أبو حنيفة فقال: لا بأس به. وفي المحيط: إنما كرهه محمد خوفا من أن
يألفه

الناس ويستعملوه فيما لا يجوز وقيل: لأنهما باشرا الحيلة لاسقاط الربا كبيع العينة فإنه
مكروه. وفي فتح القدير: اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لأنه إن لم يظهر في التراب
شئ فظاهر، وإن ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة لهذا لو اشتراه بتراب فضة لا يجوز
لأن البدلين هما الفضة لا التراب، ولو اشتراه بتراب ذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة
لاختلاف الجنس، فلو ظهر أن لا شئ في التراب لا يجوز، وكلما جاز فمشتري التراب
بالخيار إذا رأى لأنه اشترى ما لم يره اهـ.

قوله: (ودينار بعشرة عليه أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة) أي
صح بيع أما إذا قابل الدينار بالعشرة التي عليه ابتداء فلانه جعل ثمنه دراهم لا يجب
قبضها

ولا تعيينها بالقبض وهو جائز إجماعا لأن التعيين للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين
سقط،

وإنما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته ولذا لو تصارفا دراهم دينا بدنانير دينا صح
لفوات
الخطر. وأما الثانية وهو ما إذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمذكور هنا استحسان،
والقياس
عدم الجواز وهو قول زفر لكونه استبدالاً ببدل الصرف، وجه الاستحسان أنهما لما
تقاصا
انفسخ الأول وانعقد صرف آخر مضافاً إلى الدين فتثبت الإضافة اقتضاء كما لو جدد
البيع
بأكثر من الثمن الأول. وفي فتح القدير: ونحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير
متعينة بالقبض وبالإضافة بعد العقد إلى العشرة الدين صارت كذلك غير أنه بقبض سابق
ولا

بيالي به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة. وعلى هذا التقرير لا حاجة إلى اعتبار

فسخ العقد الأول بالإضافة إلى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق بخلاف ما إذا باع بألف

ثم بألف وخمسمائة فإن الفسخ لازم لأن أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا

مع هذه العشرة للصدق لأن الاطلاق ليس قيذا في العقد بها وإلا لم يمكن قضاؤها أصلا إذ

لا وجود للمطلق بقيد الاطلاق وعلى هذا مشوا، وتقريره أنهما لما غيرا موجب العقد فقد

فسخاه إلى عقد آخر اقتضاء اه. أطلق في العشرة الدين فشمّل ما إذا كانت عليه قبل عقد

الصرف أو حدثت بعده وقيل: لا يجوز التقاص بدين حادث بعده والأول أصح لأن التقاص هو المتضمن لفسخ الأول وإنشاء صرف آخر فيكتفي بالدين عند التقاص بخلاف

رأس مال السلم حيث لا يجوز جعله قصاصا بدين آخر مطلقا متقدما كان أو متأخرا لأن

المسلم فيه دين، ولو صحت المقاصة برأس مال السلم لافترقا عن دين بدين ولذا لا يجوز

إضافته إلى الدين ابتداء بأن يجعل الدين الذي على المسلم إليه رأس مال السلم بخلاف الصرف. وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: إذا استقرض بائع الدينار عشرة من

المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج إلى التراضي لأنه قد وجد منه القبض اه.

وقوله وتقاصا راجع إلى الثانية، وأما الأولى فتقع المقاصة بنفس العقد. 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 ثوبا بعشرة إن لم يجعله قصاصا لا

يصير قصاصا باتفاق الروايات، وإن جعله قصاصا ففيه روايتان، كذا في الذخيرة. ومن مسائل المقاصات وإن لم تكن من الصرف ما في المنتقى: له وديعة وللمودع على صاحبها دين

من جنسها لم تصر قصاصا بالدين قبل الاتفاق عليه وإذا اجتمعا عليه لا تصير الوديعة

قصاصا
ما لم يرجع إلى أهله فيأخذها، وإن كانت في يده فاجتمعا على جعلها قصاصا لا
يحتاج إلى
غير ذلك، وحكم المغصوب كالوديعة سواء، والدينان إذا كانا من جنسين لا تقع
المقاصة
بينهما ما لم يتقاصا، وذكر إذا كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا، وكذا إذا كان
أحدهما غلة
والآخر صحيحا - كذا في الذخيرة أيضا من كتاب الصرف. وذكر في كتاب
المداينات أن
الدينين إذا كانا مؤجلين لا تقع المقاصة حتى يتقاصا، وذكر قبله أن التفاوت في
الوصف
يمنع المقاصة بنفسه ولا يمنع إذا جعلاه قصاصا اه. وفي الصحاح: تقاص القوم إذا
قاص
كل واحد منهما صاحبه في حساب أو غيره اه. وإذا اختلف الجنس وتقاصا كأن كان
له عليه
مائة درهم وللمديون مائة دينار عليه، فإذا تقاصا تصير الدراهم قصاصا بمائة من قيمة

الدنانير ويبقى لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم ما بقي منها، كذا في الظهيرية.
وفي

فروق الكرايسي من النفقات: وإذا طلبت المرأة النفقة وكان للزوج عليها دين فقال
الزوج

احسبوا لها نفقتها منه كان جائزا لأنها من جنس الدراهم والدنانير فتقع المقاصة عند
التراضي، فرق بين هذا وبين سائر الديون فإن هناك المقاصة تقع من غير التراضي، وهنا
شرط التراضي. والفرق أن دين النفقة أدنى لما ذكرنا فلا تقع المقاصة إلا بالتراضي كما
لو

كان أحد الدينين جيدا والآخر رديئا بخلاف سائر الديون لأنها جنس واحد فلا يشترط
التراضي اه. وتقدم شئ من فوائد التقاص في باب أم الولد فارجع إليه.

قوله: (وغالب الفضة والذهب فضة وذهب) يعني فلا يصح بيع الخالصة بها ولا بيع
بعضها ببعض إلا متساويا وزنا ولا يصح الاستقراض بها إلا وزنا لأنهما لا يخلوان عن
قليل

غش إذ هما لا ينطبعان عادة بدون، وقد يكون خلقيًا فيعسر التمييز فصار كالردئ وهو
والجيد سواء عند المقابلة بالجنس فيجعل الغش معدوما فلا اعتبار له أصلا بخلاف ما
إذا

غلب الغش فإن للمغلوب اعتبارا كما سيأتي اه. قوله: (وغالب الغش ليس في حكم
الدراهم والدنانير فيصح بيعها بجنسها متفاضلا) أي وزنا وعددا لأن الحكم للغالب فلا
يضر

التفاضل لجعل الغش مقابلا بالفضة أو الذهب الذي في الآخر، ولكن يشترط التقابض
قبل

الافتراق لأنه صرف في البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين. ويشترط في الغش
أيضا لأنه لا يتميز إلا بضرر، وكذا إذا بيعت بالفضة الخالصة أو الذهب الخالص لا بد
أن

يكون الخالص أكثر من الفضة أو الذهب الذي في المغشوش حتى يكون قدره بمثله
والزائد

بالغش على مثال بيع الزيتون بالزيت فاعتبر الفضة أو الذهب المغلوب بالمغشوش
بالغالب حتى

لا يجوز بيعه بجنسه إلا على سبيل الاعتبار، ولم يعتبر الغش المغلوب بهما فجعل كأنه
كله

فضة أو ذهب ومنع بيعه متفاضلا. والفرق أن الفضة أو الذهب المغلوب موجود حقيقة
حالا

بالوزن ومالا بالإذابة لكونهما يخلصان منه بالإذابة فكانا موجودين حقيقة وحكما حتى

يعتبر
في نصاب الزكاة بخلاف الغش المغلوب لأنه يحترق ويهلك ولا لون حتى لو عرف أن
الفضة
أو الذهب الذي في الغش الغالب يحترق ويهلك كان حكمه حكم النحاس الخالص فلا

يعتبران أصلاً، ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً إن كان موزوناً للربا. وفي الهداية:
ومشايخنا -
يعني مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند - لم يفتوا بجواز ذلك أي ببيعها
بجنسها
متفاضلاً في العدالي والخطارفة مع أن الغش فيها أكثر من الفضة لأنها أعز الأموال في
ديارنا،
فلو أبيع التفاضل فيها يفتح باب الربا الصريح فإن الناس حينئذ يعتادون في الأموال
النفيسة
فيتدرجون ذلك في النقود الخالصة. والخطارفة دراهم منسوبة إلى غطريف - بكسر
الغين
المعجمة وسكون الطاء وكسر الراء بعدها الياء وآخرها الفاء - ابن عطاء الكندي أمير
خراسان
أيام الرشيد، وقيل هو خال الرشيد. والعدالي بفتح العين المهملة وتخفيف الدال المهملة
وباللام المكسورة وهي الدراهم المنسوبة إلى العدل وكأنه اسم ملك نسب إليه درهم
فيه
غش، كذا في البناية. والغش بمعنى المغشوش وهو غير الخالص، كذا في القاموس
قوله:
(والتبايع والاستقراض بما يروج عدداً أو وزناً أو بهما) لأن المعتبر فيما لا نص فيه
العادة لأنها
صارت بغلبة الغش كالفلوس فيعتبر فيها العادة كالفلوس فإن كانت تروج بالوزن فبه
وبالعد
فبه وبهما فبكل منهما قوله: (ولا يتعين بالتعيين لكونها أثماناً) يعني ما دامت تروج
لأنها
بالاصطلاح صارت أثماناً فما دام ذلك الاصطلاح موجوداً لا تبطل الثمنية لقيام
المقتضى.
قوله: (وتعين بالتعيين إن كانت لا تروج) لزوال المقتضى للثمنية وهو الاصطلاح،
وهذا لأنها في الأصل سلعة وإنما صارت أثماناً بالاصطلاح فإذا تركوا المعاملة بها
رجعت إلى
أصلها، وإن كان يأخذها البعض فهي مثل الدراهم لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها إن
كان
البائع يعلم بحالها، وإن كان لا يعلم بحالها وباعه بها على ظن أنها دراهم جواد تعلق
حقه
بالجواد لوجود الرضا بها في الأول وعدمه في الثاني. وأشار بالتعيين عند عدم رواجها

وبعدمه
عند رواجها إلى أنها إذا هلكت قبل القبض لا يبطل العقد إن كانت رائجة، ويبطل إن
لم
تكن. وأطلق في تعيينها وهو مقيد بما إذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين
أن

الآخر يعلم، فإن كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم

فإن البيع يتعلق بالدرهم الرائجة في ذلك البلد لا بالمشار إليه من هذه الدراهم التي لا تروج، وإن كان يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزيوف والنهرجة فيتعلق البيع

بجنسها لا بعينها كما هو في المرابحة، لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لأنه

رضي بذلك وأدرج نفسه في البعض الذين يقبلونها. وإن كان البائع لا يعلم تعلق العقد على

الأروج، فإن استوت في الرواج جرى التفصيل الذي أسلفناه في أول كتاب البيع، كذا في

فتح القدير قوله: (والمساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب

الغش) يعني فلا يجوز البيع بها ولا إقراضها إلا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة لأن الفضة موجودة فيها حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب الاعتبار بالوزن شرعا. وإذا أشار إليها في المبايعة

كان بيانا لقدرها ووصفها، ولا يبطل البيع بهلاكها قبل القبض ويعطيه مثلها لكونها ثمننا لم

تتعين، وأما في الصرف فيجب بيعها بجنسها على وجه الاعتبار. ولو باعها بالفضة الخالصة لم

يجز حتى يكون الخالص أكثر مما فيه الفضة لأنه لا غلبة لأحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما.

وفي الخانية: إن كان نصفها صفرا ونصفها فضة لا يجوز التفاضل. فظاهره أنه أراد به فيما إذا

بيعت بجنسها وهو مخالف لما ذكر هنا، ووجهه أن فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كان كلها

فضة في حق الصرف احتياطا قوله: (ولو اشترى بها أو بفلوس نافقة شيئا وكسدت بطل البيع) أي اشترى بالدرهم التي غلب عليها الغش أو بالفلوس وكان كل منهما نافقا حتى

جاز البيع لقيام الاصطلاح على الثمنية، ولعدم الحاجة إلى الإشارة لالتحاقها بالثمن ولم يسلمها المشتري إلى البائع ثم كسدت بطل البيع. والانقطاع عن أيدي الناس كالكساد وحكم

الدراهم كذلك، فإن اشترى بالدرهم ثم كسدت أو انقطعت بطل البيع، ويجب على

المشتري
رد المبيع إن كان قائما، ومثله إن كان هالكا وكان مثليا وإلا فقيمته، وإن لم يكن
مقبوضا فلا
حكم لهذا البيع أصلا، وهذا عند الإمام. وقالوا: لا يبطل البيع لأن المتعذر إنما هو
التسليم
بعد الكساد وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج كما لو اشترى شيئا
بالرطب ثم
انقطع وإذا لم يبطل وتعذر تسليمه وجبت قيمته لكن عند أبي يوسف يوم البيع، وعند
محمد
يوم الكساد وهو آخر ما يتعامل الناس بها. وفي الذخيرة: الفتوى على قول أبو يوسف.
وفي

المحيط والتتمة والحقائق: بقول محمد يفتي رفقا بالناس. ولأبي حنيفة أن الثمنية
بالاصطلاح
فتبطل لزوال الموجب فيبقى البيع بلا ثمن، والعقد إنما تناول عينها بصفة الثمنية وقد
انعدمت
بخلاف انقطاع الرطب فإنه يعود غالبا في العام القابل بخلاف النحاس فإنه بالكساد
رجع إلى
أصله فكان الغالب عدم العود. والكساد لغة كما في المصباح من كسد الشيء يكسد
من باب
قتل لم ينفق لقلة الرغبات فهو كاسد، وكسد يتعدى بالهمزة فيقال أكسده الله
وكسدت السوق
فهي كاسد بغير هاء في الصحاح، وبالهاء في التهذيب، ويقال أصل الكساد الفساد اه.
وفقها أن يترك المعاملة بها في جميع البلاد وإن كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل
لكنه
تعيب إذا لم ترج في بلدهم فتخير البائع إذا شاء أخذه وإن شاء أخذ قيمته. وحدث
الانقطاع أن
لا يوجد في السوق وإن كان يوجد في يد الصيارفة وفي البيوت، هكذا في الرواية.
وفي فتح القدير: ما ذكر للكساد ذكره في العيون وقالوا: إنه على قول محمد. وأما
على قولهما فلا. وينبغي أن ينتفي البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء
على
اختلافهم في بيع الفلاس بالفلسين، عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس، وعند
محمد
لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل، فالكاسد يجب أن يكون على هذا القياس أيضا، ومثله
في
الانقطاع والفلاس النافقة إذا كسدت كذلك اه. قيد بالكساد ومثله الانقطاع لأنها لو
نقصت
قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع، وعكسه لو غلت قيمتها
وازدادت فكذلك البيع على حاله ويتخير المشتري ويطالب بألف بذلك المعيار الذي
كان
وقت البيع، كذا في فتح القدير. وفي المصباح نفقت الدراهم نفقا من باب تعب
نقدت،
ويتعدى بالهمزة فيقال أنفقتها. قيدنا بكونها لم تقبض لأن البائع لو قبضها ثم كسدت
فلا
شئ له. وفي الخلاصة عن المحيط: دلال باع متاع الغير بإذنه بدراهم معلومة

واستوفاهما

(۳۳۷)

فكسدت قبل أن يدفعها إلى صاحب المتاع لا يفسد البيع لأن حق القبض له اه. وفي
البيزانية
معزيا إلى المنتقى: غلت الفلوس القرض أو رخصت فعند الإمام الأول والثاني أولا ليس
عليه
غيرها. وقال الثاني ثانيا عليه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض وعليه الفتوى، وهكذا
في
الذخيرة والخلاصة بالعز وإلى المنتقى. وفي فتاوى قاضيخان: يلزمه المثل. وهكذا ذكر
الأسبيجاني قال: ولا ينظر إلى القيمة ولكن صورها بما إذا باع مائة فلس بدرهم،
وقولهم
عن المنتقى يلزمه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض لعله بالتوزيع فقوله يوم البيع عائد
إلى البيع. وقوله يوم القبض عائد إلى القرض. وفي البيزانية: والإجارة كالبيع والدين على
هذا، وفي النكاح يلزمه قيمة تلك الدراهم، وإن كان نقد بعض الثمن دون بعض فسد
في
الباقي قوله: (وصح البيع بالفلوس النافقة وإن لم تتعين) لأنها أموال معلومة وصارت
أثمانا
بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت في الذمة كالنقدين ولا تتعين وإن عينها كالنقد إلا
إذا قال
أردنا تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما إذا باع فلسا بفلسين
بأعيانهما
حيث يتعين من غير تصريح لأنه لو لم يتعين لفسد البيع. وهذا على قولهما، وأما على
قول
محمد لا يتعين وإن صرحا، وأصله أن اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه
عنده، وعندهما يبطل في حقهما كما قدمناه قوله: (وبالكاسدة لا حتى يعينها) لأنها
سلع فلا
بد من تعينها قوله: (ولو كسدت أفلس القرض يجب رد مثلها) أي عددا عند أبي
حنيفة.
وقالا: عليه رد قيمتها لتعذر ردها كما قبضها لأن المقبوض ثمن والمردود لا ففاتت
المماثلة
فصار كما لو استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبي يوسف عليه القيمة يوم القبض، وعند
محمد
يوم الكساد، وقول محمد أنظر في حق المستقرض لأن قيمته يوم الانقطاع أقل. وكذا
في حق
المقرض بالنظر إلى قول أبي حنيفة، وقول أبي يوسف أيسر لأن قيمته يوم القبض

معلومة ويوم الكساد لا تعرف إلا بحرج. ولأبي حنيفة أن القرض إعارة وموجبها رد العين معنى وذلك يتحقق برد مثله والتمنية زيادة فيه. والاختلاف مبني على الاختلاف فيمن غصب مثليا كالرطب ثم انقطع عن أيدي الناس وجبت قيمته إجماعا لكن عند أبي حنيفة يوم الخصومة، وعند أبي يوسف يوم الغصب، وعند محمد يوم الانقطاع. وفي الخانية والفتاوى الصغرى والبزازية: الفتوى على قول محمد رفقا بالناس. وفي المصباح: الفليس الذي يتعامل به وجمعه في القلة أفلس وفي الكثرة فلوس. وفي فتح القدير: وأما إذا استقرض دراهم غالبية الغش فقال أبو يوسف: في قياس قول أبي حنيفة عليه مثلها ولست أروي ذلك عنه ولكن لروايته

في الفلوس إذا أقرضها ثم كسدت. وفي البزازية: وكذا الخلاف إن أقرضه طعاما
بالعراق
وأخذه بمكة، فعند الثاني عليه قيمته يوم قبضه بالعراق، وعند محمد قيمته بالعراق يوم
اختصما، وكذا الخلاف في الفلوس المغصوبة إذا كسدت حال قيام العين، وكذا
العدالي. ثم
قال: ولو اشترى بالنقد الرائج وتقابضا ثم تقايلا بعد كساده رد البائع المثل لا القيمة
عند
الإمام، ولو اشترى بالنقد الكاسد بلا إشارة وتعيين فالعقد فاسد كالكاسد الطارئ
وقالوا: لو
كان مكانه نكاح وجب مهر المثل وفيه نظر، ويجب أن يقال لو قيمة الكاسد عشرة أو
أكثر
فهي لها، وإن أقل فتمام العشرة، وإن طرأ الكساد العام في كل الأقطار ثم راجت قبل
فسخ
البيع يعود البيع جائزا لعدم انفساخ العقد بلا فسخ اه. فعلى هذا قول المصنف سابقا
بطل
البيع أي انفسخ أن فسخه من له الدراهم لا مطلقا اه.
قوله: (ولو اشترى شيئا بنصف درهم فلوس صح) وعليه فلوس تباع بنصف درهم
وعلى هذا لو قال بثلاث درهم أو بربعه أو بدانق فلوس أو بقيراط فلوس لأن التبايع بهذا
الطريق متعارف في القليل معلوم بين الناس لا تفاوت فيه فلا يؤدي إلى النزاع. قيد بما
دون
الدراهم لأنه لو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد، أو بدرهمين فلوس لا يجوز
عند
محمد لعدم العرف، وجوزه أبو يوسف في الكل للعرف وهو الأصح، كذا في الكافي
والمجتبى. والدانق سدس درهم والقيراط نصف السدس قوله: (ومن أعطى صيرفيا
درهما
فقال أعطني به نصف درهم فلوس ونصفا إلا حبة صح) لأن قابل الدرهم بنصف درهم
فلوس وينصف درهم إلا حبة من الفضة فيكون نصف درهم إلا حبة بمقابلة الفضة
ونصف
درهم وحبة بمقابلة الفلوس. قيد بقوله به لأنه لو قال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا
إلا حبة بطل في الكل على قياس قوله، وعندهما صح في الفلوس وبطل فيما قابل الفضة
لأن الفساد هما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد، وعنده يتعدى، وأصله أن العقد يتكرر
عنده
بتكرار اللفظ، وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال أعطني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه

نصفا
إلا حبة جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالاجماع فهنا صور: الأولى مسألة الكتاب
أعطني
به نصف درهم فلوس ونصفا إلا حبة صح اتفاقا. الثانية أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه
نصفا

إلا حبة فسد في الكل عنده، وفي الفضة فقط عندهما. الثالثة أعطني بنصفه فلوسا
وأعطني
بنصفه نصفاً إلا حبة جاز في الفلوس فقط. ولم يذكر المصنف القبض قبل الافتراق
للعلم به
مما قدمه، وحاصله إن تفرقا قبل القبض فسد في النصف إلا حبة لكونه صرفاً لا في
الفلوس
لأنها بيع فيكفي قبض أحد البديلين، ولو لم يعطه الدرهم ولم يأخذ الفلوس حتى افترقا
بطل
في الكل للافتراق عن دين بدين، وقدمنا شيئاً من أحكام الفلوس في باب الربا وفي هذا
الباب. وإلى هنا ظهر إن الأموال ثلاثة: ثمن بكل حال وهو النقدان، صحبه الباء أولاً،
وقبل بجنسه أو لا، ومبيع بكل حال كالثياب والدواب، وثمان من وجه مبيع من وجه
كالمثليات غير النقدين من المكيل والموزون، فإن كان معيناً في العقد كان مبيعاً وإلا
وصحبه
الباء وقوبل بمبيع فهو ثمن وثمان بالاصطلاح وهو سلعة في الأصل كالفلوس، فإن
كانت
رائجة فهي ثمن أو إلا فسلعة. ومن حكم الثمن عدم اشتراط وجوده في ملك العاقد
عند
العقد ولا يبطل بهلاكه، ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم وحكم المبيع
خلافه في
الكل. ومن حكمها وجوب التساوي عند المقابلة بالجنس في المقدرات إلى آخر ما
قدمناه في
باب الربا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

كتاب الكفالة

ذكرها عقب البيوع لأنها غالبا تكون بالثمن أو بالمبيع، ومناسبتها للصرف لأنها تكون آخرًا عند الرجوع معاوضة عما يثبت في الذمة من الأثمان، وقدمه عليها لأنه من البيوع والكلام فيها في عشرة مواضع: الأول في معناها لغة 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 كفلت وكفلت به وعنه إذا تحملت به، ويتعدى إلى مفعول

ثان بالتضعيف والهمزة فيحذف الحرف فيهما وقد يثبت مع المثقل. قال ابن الأنباري: تكفلت بالمال التزمت به وألزمته نفسي. وقال أبو زيد: تحملت به. وقال في المجمع، كفلت

به كفلة وكفلت عنه بالمال لغريمه حقوق بينهما، وكفلت الرجل والصغير من باب قتل كفالة

أيضا علته وقت به، ويتعدى بالتضعيف إلى مفعول ثان يقال كفلت زيدا الصغير. والفاعل

عن كفالة المال كفيل به للرجل والمرأة. وقال ابن الاعرابي: وكافل أيضا مثل ضمين وضامن.

وفرق الليث بينهما فقال: الكفيل الضامن والكافل هو الذي يعول إنسانا وينفق عليه. والكفل وزان حمل الضعف من الاجر أو الاثم والكفل بفتحيتين العجز اه. وفي المغرب: الكفيل الضامن وتركيبه دال على الضم والتضمن والكفالة ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة

اه. الثاني في معناها شرعا قد اختلف فيه وقد أشار إلى الأصح بقوله: (هي ضم ذمة إلى ذمة

في المطالبة) الضم الجمع ومن الفقهاء من جعل الضمان مشتقا من الضم وهو غلط من جهة

الاشتقاق لأن نون الضمان أصلية والضم لا نون فيه فهما مادتان مختلفتان، كذا في المصباح.

والذمة العهد والأمان والضمان، وقولهم في ذمتي كذا أي في ضمانني، والجمع ذمم مثل

سدره وسدر، كذا في المصباح. وقال الأصوليون: إن الآدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب

(۳۴۱)

له وعليه. وفي التحرير: والذمة وصف شرعي به الأهلية لوجوب ماله وعليه. وفسرها
فخر
الاسلام بالنفس والرقبة التي لها عهد، والمراد أنها العهد فقولهم في ذمته أي في نفسه
باعتبار
عهدها من باب إطلاق الحال وإرادة المحل اه. والمطالبة من طالبته مطالبة وطلابا من
باب
قاتل، كذا في المصباح. وحاصله أن الكفيل والمكفول عنه صارا مطلوبين للمكفول له،
سواء
كان المطلوب من أحدهما هو المطلوب من الآخر كما في الكفالة بالمال أو لا كما
في الكفالة
بالنفس فإن المطلوب من الأصيل المال ومن الكفيل إحضار النفس، ولفظ المطالبة
بإطلاقه
ينتظمهما، هذا على رأي بعضهم، وجزم مسكين بأن المطلوب منهما واحد وهو تسليم
النفس
فإن المطلوب عليه تسليم نفسه والكفيل قد التزمه. وقيد بالمطالبة لدفع قول من قال
إنها الضم
في الدين فيثبت الدين في ذمة الكفيل من غير سقوط عن الأصيل. ولم يرجح في
المبسوط
أحد القولين على الآخر وما يظن مانعا من لزوم صيرورة الدين الواحد دينين على هذا
القول
دفعه في المبسوط بأنه لا مانع لأنه لا يستوفي إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب
الغاصب
فإن كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك إلا في قيمة واحدة لأنه لا يستوفي إلا من
أحدهما،
واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر فكذا هنا لكن هنا بالقبض لا بمجرد
اختياره،
ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل أنه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع
الكفيل به
على الأصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا يصح.
والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر
الشيء الواحد في ذمتين إنما يمتنع في عين تثبت في زمن واحد في طرفين حقيقيين،
ولكن
المختار ما ذكره المصنف أنه في مجرد المطالبة لا الدين لأن اعتباره في ذمتين وإن

أمكن شرعا
لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب ولا موجب لأن التوثق يحصل بالمطالبة
وهو لا
يستلزم، ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في
ذمة
الموكل، كذا في فتح القدير. وكذا الوصي والولي والناظر يطالبون بما لزم دفعه ولا
شئ في
ذمتهم، وكذا كل أمين يطالب برد الأمانة ولا شئ في ذمته، وكذا سيد العبد المأذون
المديون
مطالب ببيعه أو فدائه ولا دين عليه. وأما الجواب عن الهبة والابراء فإننا جعلناه في
حكم
دينين تصحيحا لتصرف صاحب الحق وذلك عنده، أما قبله فلا ضرورة ولا داعي إلى
ذلك.

وفي فتح القدير: ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة أن الدين فعل يقتضي أن يكون في ذمة الكفيل أيضا كما هو في ذمة الأصيل إذ فعل الأداء واجب عليه اه. وقد يقال إنما وجب عليه لاسقاط المطالبة عنه وأبو حنيفة إنما جعله فعلا لسقوطه عن الميت إذ لا يتأتى الفعل منه فلم تصح الكفالة عن ميت مفلس، وليس مراده أن حقيقته الفعل لأنه وصف قائم بالذمة، وإنما مراده أن المقصود منه الفعل كما لا يخفى. وقد صرحوا في مواضع بأنه وصف ولذا قالوا: الديون تقضى بأمثالها لأن ما في الذمة لا يمكن تسليمه. وفي الايضاح أخذنا من الغاية أن تعريفها بالضم في الدين لا ينتظم الكفالة بالنفس والكفالة بالعين والكفالة بالفعل اه. قلت: نعم لا يشمل لكن المعرف لها بذلك إنما أراد تعريف الكفالة بالمال فإن أصل الخلاف نشأ من أن الكفيل هل يثبت في ذمته المال أو لا. ثم رأيت صاحب البدائع أشار إلى ذلك في بيان حكمها ولم يذكر الشارحون لهذا الاختلاف ثم فإن الاتفاق على أن الدين لا يستوفي إلا من أحدهما وأن الكفيل مطالب وأن هبة الدين له صحيحة ويرجع به على الأصيل ولو اشترى الطالب بالدين شيئا من الكفيل صح مع أن الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح. ويمكن أن يقال: إنها تظهر فيما إذا حلف الكفيل أن لا دين عليه فعلى الأصح لا يحنث، وعلى الضعيف يحنث، وجهد المقل دموعه وسيأتي عند قوله وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط ما يقتضي أن يكون ثمرة. وفي الخانية: رجل ادعى على غيره أنه ضمن له عن فلان الغائب كذا درهما قال الشيخ الإمام: يحلفه بالله ما له عليك هذا المال من الوجه الذي يدعي. وعن أبي يوسف إن عرض المدعى عليه للقاضي فإنه يحلفه بالله ما له عليك هذا

المدعى
المال من الوجه الذي يدعي، وإن لم يعرض حلفه بالله ما ضمن. والتعريض أن يقول
عليه أن الرجل قد يضمن مالا ثم يؤدي أو يبرئه الطالب أو يؤديه المضمون عنه فيبرأ
الضامن
اه. وينبغي أن يكون قول الشيخ الإمام مفرعا على أنها للضم في الدين، وما عن أبي
يوسف
مفرع على الأصح كما لا يخفى. ومما يضعف أنها الضم في الدين أن المديون لو دفع
الدين ثم
كفل به إنسان قالوا: لا يصح مع قولهم ببقاء الدين بعد الدفع وأن الساقط المطالبة
بالألفاظ

الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركنا فجعلها تتم بالكفيل وحده في المال

والنفس. الثالث في بيان ركنها قالوا: هو الايجاب والقبول بالألفاظ الآتية. ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركنها فجعلها تتم بالكفيل وحده في المال والنفس. واختلف على قوله فقيل يتوقف على إجازة الطالب، وقيل تنفذ وللطالب الرد. وثمرة الخلاف فيما إذا مات المكفول له قبل القبول، فمن قال بالتوقف قال لا يؤخذ الكفيل. الرابع في شرائطها وهي أربعة. أنواع في الكفيل والأصيل والطالب والمكفول به.

ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ، أما شرائط الكفيل فالعقل والبلوغ

وهما شرطان للانعقاد فلا ينعقد كفالة مجنون وصبي إلا إذا استدان الولي دينا في نفقة اليتيم وأمره بأن يضمن المال عنه فإنه صحيح، ولو أمره بكفالة نفسه عنه لم يجز لأن ضمان الدين

قد لزمه من غير شرط فالشرط لا يزيده إلا تأكيدا لم يكن متبرعا. فأما ضمان النفس وهو

تسليم نفس الأب أو الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعا به فلم يجز، والحرية شرط نفاذها

فلم ينفذ كفالة العبد ولو مأذونا له في التجارة ويؤاخذ بها بعد العتق بخلاف الصبي لا يؤاخذ بها بعد البلوغ لعدم انعقادها، فإن أذن المولى لعبده فيها فإن كان مديونا لم يجز وإلا جازت ويبيع فيها إلا إن فداه. ولم تجز كفالة المكاتب عن أجنبي ولو أذن مولاه ويطالب بها بعد عتقه، وتصح كفالة المكاتب والمأذون عن مولاها، ولا يشترط أن يكون الكفيل صحيحا فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لأنها تبرع. وأما شرائط الأصيل فالأول أن يكون قادرا على تسليم المكفول به إما بنفسه أو بنائبه فلم تصح الكفالة عن ميت مفلس. الثاني أن يكون معلوما فلو كفل بما على واحد لم تصح ولا يشترط أن يكون حرا بالغا عاقلا. وأما شرائط المكفول له فالأول أن يكون معلوما. الثاني وجوده في مجلس العقد وهو شرط الانعقاد وقد تقدم في بيان الركن، وتفرع على اشتراط قبوله أنه لا بد من عقله لا حرته. وأما شرائط المكفول به فالأول أن يكون مضمونا على الأصيل ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً ولكن يشترط في العين أن تكون مضمونة لنفسها. الثاني أن يكون مقدور التسليم من الكفيل فلا تجوز بالحدود والقصاص. الثالث أن يكون الدين لازماً وهو خاص بالكفالة فلا تجوز الكفالة ببذل الكتاب. ولا يشترط أن يكون معلوم القدر، الكل من البدائع مختصراً. الخامس في سببها قالوا: سبب وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج دفعه عنه إما تقرباً إلى الله تعالى أو إزالة للأذى عن نفسه إذا كان المطلوب ممن يهمله ما أهمه، وسبب شرعيتها رفع هذه الحاجة والضرر الذي ذكرناه. السادس في حكمها ففي البدائع لها حكمان: أحدهما ثبوت

(३३०)

مطالبة الكفيل بما على الأصيل فإن كان عليه دين طوب بكله الكفيل أن كان واحداً،
وإن
كانا اثنين طوب كل واحد بنصفه، وفي الكفالة بالنفس يطالب بإحضاره إن أمكن كما
سيأتي. والكفيل بالعين يطالب بتسليمها حال قيامها وببديلها حال هلاكها وبالتسليم
يطالب
لها وبالفعل جميعاً، وقد منّا أنه اشتراط الخيار فيها أكثر من ثلاثة فيما يصح تعليقه وما
لا
يصح قبيل الصرف. السابع في صفتها فهي عقد جائز به لازم، وسيأتي أن له الرجوع
عنها
في مسألة بايع فلاناً فما بايعته فهو علي. الثامن في محاسنها ومساوئها، فمحاسنها
جليلة وهي
تفريح كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه فقد كفاهما مؤنة
ما أهمهما
وهو نعمة كبيرة عليهما، ولذا كانت من الأفعال العالية حتى أمتن الله بها حيث قال *
(وكفلها
زكريا) * [آل عمران: ٧٣] في قراءة التشديد المتضمن للامتنان على مريم إذ جعل لها
من يقوم
بمصلحتها ويقوم بها. ومساوئها كما في المجتبى قال: الامتناع على التكفل أقرب إلى
الاحتياط
لأنه مكتوب في التوراة والزعامة أولها ملامة، وأوسطها ندامة، وآخرها غرامة اه. التاسع
في أنواعها سيأتي أنها نوعان: كفالة بالنفس وكفالة بالمال. العاشر في دليلها قوله تعالى
* (ولمن
جاء به حمل بغير وإنباء زعيم) * [يوسف: ٢٧] وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم
غارم رواه أبو داود
والترمذي. وفي الدر المنثور: الزعيم الكفيل وغارم من الغرم وهو أداء شئ لازم اه.
ويحتاج إلى معرفة أسامي أربعة: المكفول عنه وهو المديون، والمكفول له وهو الدائن،
والكفيل
وهو الملتزم، والمكفول به وهو الدين. ويقال للمكفول بنفسه مكفول به ولا يقال
مكفول
عنه، كذا في التتارخانية.
قوله: (وتصح بالنفس وإن تعددت) أي الكفالة بأن أخذ منه كفيلاً ثم كفيلاً ثم آخر
وجاز رجوع الضمير إلى النفس بأن كفل واحد نفوساً كما يجوز بالديون الكثيرة
لاطلاق قوله

عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم من غير فصل بين الكفالة بالمال والكفالة بالنفس. ولا يقال لا غرم في كفالة النفس لأننا نقول: الغرم لزوم ضرر عليه ومنه قوله تعالى * (أن عذابها

كان غراما) * [الفرقان: ٥٦] ويمكنه العمل بموجبها بأن يخلي بينه وبين المكفول أو يرافقه إذا دعاه أو يكره بالحضور إلى مجلس القاضي وإن لم يقدر استعان بأعوان القاضي، ولأنه التزم ما هو واجب على الأصيل وهو حضوره إلى مجلس القاضي، وسيأتي حكم ما إذا تعدد الكفيل

فسلم البعض هل يبرأ الباقي. فإن قلت: هل يجبر أحد على إعطاء الكفيل بالنفس؟ قلت: يجبر المدعى عليه على إعطاء الكفيل بمجرد الدعوى، سواء كان المدعى عليه معروفاً أو لا في ظاهر الرواية إلا إذا كان غريباً، وسيأتي في كتاب الدعوى. وفي القنية: ليس للمدعي ولا للقنية طلب الكفيل بقوله لي عليه دعوى قبل بيان الدعوى وإذا طلب القاضي منه كفيلاً وامتنع يحبسه القاضي وإنما يأمره بالملازمة، كذا في البرازية. وفي البرازية: وفي الدين المؤجل إذا قرب الحول وأراد المديون السفر لا يجب إعطاء الكفيل. وفي الصغرى: ليس له مطالبة الكفيل ولم يقيد بالمؤجل. وقال الثاني: لو قيل له طلب الكفيل قياساً على نفقة شهر لا يبعد. وفي المنتقى: قال رب الدين مديوني يريد السفر له التكفيل وإن كان الدين مؤجلاً. وفي الظهيرية: قالت زوجي يريد أن يغيب فخذ بالنفقة كفيلاً لا يجيبها الحاكم إلى ذلك لأنها لم تجب بعد. واستحسن الإمام الثاني أخذ الكفيل رفقا بها وعليه الفتوى، ويجعل كأنه كفل بما ذاب لها عليه. وفي المحيط: لو أفتى يقول الثاني في سائر الديون بأخذ الكفيل كان حسناً رفقا بالناس. وفي شرح المنظومة لابن الشحنة: وهذا ترجيح من صاحب المحيط اه. وفي القنية: إن عرف المديون بالمطل والتسويق يأخذ الكفيل وإلا فلا، وجاز أن يكون المراد من تعددها أن يكون للكفيل كفيل ولذا قال في الخانية: الكفيل بالنفس إذا أعطى الطالب كفيلاً بنفسه فمات الأصيل برئ الكفيلان، وكذا لو مات الكفيل الأول برئ الكفيل الثاني اه.

وأشار بجواز تعددها إلى أن المكفول له إذا أخذ من الأصيل كفيلا آخر بعد الأول لم
يبرأ
الأول، كذا في الخانية فلقوله وإن تعددت ثلاثة أوجه قوله: (بكفلت بنفسه وبما عبر
عن
البدن ويجزء شائع) أي تصح الكفالة بالنفس بقوله كفلت بنفس فلان أو برأسه أو
وجهه

ورقبته وعنقه وكل عضو منه يعبر به عن جميع البدن أو بثلثه أو رבעه، وقد قدمناه في الطلاق. وقد ذكروا صحة الكفالة بالروح ولم يذكروه في الطلاق وينبغي الوقوع به، وذكروا

في الطلاق الفرج ولم يذكروه هنا وينبغي صحة الكفالة به إذا كانت امرأة، كذا في التارخانية. ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى ما إذا كفل بعينه قال البلخي: لا يصح كما في

الطلاق إلا أن ينوي به البدن. والذي يجب أن تصح الكفالة به كالطلاق إذا تعين مما يعبر به

عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم، أما في زماننا

فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال بيده أو رجله ويتأتى في دمه ما تقدم في الطلاق، كذا

في فتح القدير. قيدنا بكونه جزء الكفيل عنه لأن الكفيل لو أضاف الجزء إليه بأن قال الكفيل

كفل لك نصفي أو ثلثي فإنه لا يجوز، ذكره في الكرخي في باب الرهن كذا في السراج

الوهاج قوله: (وبضمنته) أي تصح بقوله ضمننت لك فلانا لأنه تصريح بمقتضاها قيد بقوله

ضمنته لأنه لو قال أنا ضامن حتى تجتمعا أو تلتقيا لا يكون كفيلا لأنه لم يبين المضمون نفسا

أو مالا، كذا في الخانية. وفي السراج الوهاج: لو قال علي حتى نجتمعا أو نلتقيا فهو جائز

لأن قوله هو علي ضمان مضاف إلى العين وجعل الالتقاء غاية له. وفي التارخانية: هو علي

حتى نجتمعا فهو كفيل إلى الغاية التي ذكرها وعلى هذا فلو قال حتى تلتقيا فهو كفيل إلى الغاية اهـ.

قوله: (وبعلى) لأن كلمة على للوجوب فهي صيغة التزام. وفي التارخانية: قال لك عند هذا الرجل أو قال دعه إلي كانت كفالة قوله: (وإلي) بمعناه لقوله صلى الله عليه وسلم من ترك كالا فإلي

- أي يتيما فإلي - ومن ترك مالا فلورثته قوله: (وأنا زعيم) لأن الكفيل يسمى زعيما قال

الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف * (وأنا به زعيم) * [يوسف: ٢٧] أي كفيل، كذا

ذكر
الشارحون لكن ذكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي أن من الناس من يظن أن قوله
تعالى

* (ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم) * إن ذلك كفالة وليس منها في شئ لأن القائل مستأجر لمن جاء به وهو الذي يلزمه ضمان الأجرة التي عقد عليها لمن جاء به وليس ضمانا عن أحد، وجوابه يحتمل على أنه كان رسولا من جهة الملك والرسول سفير فلا تجب الأحكام عليه كأن يقول إن الملك قال لمن جاء به حمل بعير ثم يقول من جهته وأنا بذلك الحمل على الملك كفيلا. وذكر الفخر الرازي بعد ما قرر أنها دليل الكفالة إلا أن هذه كفالة لرد مال السرقة وهو كفالة ما لم يجب لأنه لا يحل للشارق أن يأخذ شيئا على رد السرقة ولعل مثل هذه الكفالة كانت تصح عندهم اه. وذكر القاضي أن في هذه الآية دليلا على جواز الجعالة وضمنان الجعل قبل تمام العمل اه. وفي الدر المنثور للأسيوطي عن مجاهد في قوله وأنابه زعيم قال: الزعيم هو المؤذن الذي قال أيتها العير اه. قوله: (وقبيل به) أي بفلان لأن القبيل هو الكفيل ولذا سمي الصك قبالة لأنه يحفظ الحق فمعناه القابل للضمنان. وفي الصحاح: القبيل الكفيل والعريف وقد قبل به يقبل به قبالة ونحن في قبالتة أي في عرفته، والقبيل الجماعة تكون من الثلاثة فصاعدا من قوم شتى مثل الروم والزنج والعرب والجمع قبل اه. وفي التتارخانية: أنا قبيل لك بنفس فلان كان كفيلا كما لو قال على أن آتيك به سواء قوله: (لا بأنا ضامن لمعرفته) أي لا تصح بهذا القول. وقال أبو يوسف: يصير ضامنا للعرف لأنهم يريدون به الكفالة. وجه ما في الكتاب أنه التزم معرفته دون المطالبة فصار كالتزامه دلالة عليه أو قال أوقفك عليه. وقال الفقيه أبو الليث: هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور والظاهر ما عنهما. وفي خزانة الواقعات: وبه يفتى أي بظاهر الرواية، كذا في فتح القدير. وفي الخلاصة: وعليه الفتوى. قيد بالمعرفة لأنه لو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه

اختلاف المشايخ،
والوجه اللزوم لأنه مصدر متعد إلى اثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فإنه
لا يقتضي
إلا معرفة الكفيل للمطلوب، كذا في فتح القدير. ولو قال أنا ضامن لوجهه فإنه يؤخذ به
لأن
الوجه يعبر به عن الجملة فكأنه قال أنا ضامن له، كذا في السراج الوهاج. وأشار إلى
أنه لو قال أنا
أعرفه لا يكون كفيلا كما في السراج. وفي الخانية: لو قال أنا كفيل لمعرفة فلان لا
يكون كفيلا
ولو قال معرفة فلان علي قالوا يلزمه أن يدل عليه اه. وفي التارخانية: أفاظ الكفالة كل
ما ينبئ
عن العهدة في العرف والعادة ثم قال: لو كفل بنفس رجل وسلمه إليه وبرئ، ثم إن
الطالب لزم

المطلوب فقال له الكفيل دعه وأنا على كفالتى أو على مثل كفالتى لا شك أنه كفالة مبتدأة.

ولم يذكر المصنف الكفالة المقيدة بالوقت. قال فى الخانية: رجل كفل بنفس رجل إلى ثلاثة

أيام ذكر فى الأصل أنه يصير كفيلا بعد الأيام الثلاثة وجعله بمنزلة ما لو قال لامرأته أنت

طالق إلى ثلاثة أيام فإن الطلاق يقع بعد ثلاثة أيام، وكذا لو باع عبدا بألف إلى ثلاثة أيام

يصير مطالبا بالثمن بعد الأيام الثلاثة. وعن أبى يوسف يصير كفيلا فى الحال، وقال فى الطلاق يقع الطلاق فى الحال أيضا. وقال الفقيه أبو جعفر: يصير كفيلا فى الحال. قال:

وذكر الأيام الثلاثة لتأخير المطالبة إلى ثلاثة أيام لا لتأخير الكفالة ألا ترى أنه لو سلم المكفول

به قبل الأيام الثلاثة بجبر الطالب على القبول كتعجيل الدين المؤجل. وما ذكر فى الأصل

أراد به أن يكون كفيلا مطالبا بعد الثلاثة وغيره أخذ بظاهر الكتاب وقالوا: لا يصير كفيلا

للحال فإذا مضت قبل تسليم النفس كان كفيلا أبدا إلى أن يسلم، فإذا قال أنا كفيل بنفس

فلان من اليوم إلى عشرة أيام صار كفيلا فى الحال، فإذا مضت العشرة خرج عنها. ولو قال

أنا كفيل بنفسه إلى عشرة أيام فإذا مضت العشرة فإني برئ قال ابن الفضل: لا مطالبة عليه بها

لا فيها ولا بعدها، وذكر فى الأصل كفلت بنفس فلان شهرا كان كفيلا أبدا كقوله أنت طالق

شهرا، ولو قال على نفسه إلى شهر عن محمد أنه قال لا سبيل عليه حتى يمضى شهر، ولو

قال نفسه على إلى شهر فإذا مضى شهر فأنا برئ منه قال: هذا لم يضمن شيئا اه. وفى التارخانية: إذا كفل إلى ثلاثة أيام كان كفيلا بعد الثلاثة ولا يطالب فى الحال فى ظاهر

الرواية. وفى السراج: وهو الأصح. وفى الصغرى: وبه يفتى. وفى البزازية: كفل بنفسه إلى شهر على أنه برئ إذا مضى شهر قال الفقيه أبو الليث: الفتوى على أنه لا يصير

كفيلا. وفى الواقعات: الفتوى على أنه يصير كفيلا كفل إلى شهر طالبة بعد شهر ويطل ما قاله

البعض أنه كفيل في الحال مؤجلا إلى شهر، دل عليه ما ذكره عصام أنه لو قال أنت طالق إلى شهر يقع بعد الاجل إلا أن ينوي الوقوع في الحال دل على أنه لا يصير كفيلا في الحال وبه يفتى بخلاف أمر امرأتي بيدها إلى شهر حيث يصير الامر بيدها في الحال إلى شهر لأن الطلاق لا يحتمل التأقيت والامر يحتمله، وكذا الكفالة تحتمل التأقيت، ولا نعني بقوله إنه كفيل بعد شهر أنه ليس بكفيل للحال ألا ترى أن الكفيل لو سلم للحال يجب على الطالب القبول ولو لم يصير كفيلا إلا بعد الشهر لما أجبر في الحال لكن ذكر الشهر تأجيل للكفيل حتى لا يطالب للحال ويطالب بعد الاجل اه.

قوله: (وإن شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه إن طلبه) لأنه التزمه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به إن طلبه في ذلك الوقت أو بعده كالدين المؤجل إذا حل قوله:

(أحضره وإلا حبسه الحاكم) لامتناعه عن إيفاء ما وجب عليه ولكن لا يحبسه أول مرة حتى يظهر مطله لأنه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المطل. وذكر الشارح أنه ينبغي أن يفصل كما فصل في الحبس بالدين من أنه إن ثبت الدين بإقراره لم يعجل بحبسه وإلا عجل وظاهره أنه لم يطلع على نقل في المسألة. وفي البزازية: أقر بالكفالة بالنفس أو ثبتت بالبينة عند الحاكم قال الخصاص (لا يحبسه فيهما أول مرة، وفي ظاهر الرواية كذلك في الإقرار وأما في البينة يحبسه ولو أول مرة اه. وهكذا في الخانية وصرح فيها بأنه كالدين. وفي النهاية: هذا إذا لم يظهر عجزه، فإن ظهر فلا معنى لحبسه إلا أن لا يحال بينهما بل يلزمه كالمديون. وفي شرح المنظومة معزيا إلى المبسوط: لو ادعى الكفيل بالنفس أنه دفعه إلى وكيل الطالب وأنكر الطالب حلف على علمه لأنه استحلاف على فعل الغير بخلاف ما إذا ادعى الكفيل بالنفس أنه دفع إليه فإنه يستحلف على البتات. وفي السراج الوهاج: ثلاثة كفلوا رجلا بنفسه كفالة واحدة فأحضره أحدهم برؤوا جميعا، وإن كانت الكفالة متفرقة لم يبرأ الباقيون لأن الكفالة إذا كانت واحدة فالاحضار المستحق واحد، فإذا سلمه واحد لم يبق هناك إحضار أحد، وأما إذا تفرقت فكل عقد أوجب إحضارا على حدة فإحضار واحد لا يسقط إحضار غيره، ولو تكفلوا بمال كفالة واحدة أو متفرقة فأدى واحد جميع المال برئ الباقيون لأن المكفول به مال واحد، فإذا آداه واحد لم يبق على غيره مال اه. وفي البزازية: كفل بنفس رجل لرجلين فسلمه إلى أحدهما برئ له والآخر على حقه لأن كلا منهما ليس نائب الآخر قوله: (وإن غاب أمهله مدة ذهابه وإيابه) يعني لا يحبسه لعدم ظهور مطله وهو مقيد بما إذا أراد الكفيل السفر إليه فإن أبي

حبسه للحال من غير إمهال كما في البزازية. وفي التتارخانية: وإن كان في الطريق عذر
لا
يؤخذ الكفيل به والإياب بالكسر الرجوع من آب يؤب أوبا وأوبة وإيابا، كذا في
الصحاح.
وأشار إلى أنه لو كفل بنفس محبوبس أو غائب صح كما في البزازية. وقوله وإن غاب
أي
وإن ثبت عند القاضي أن الكفيل غائب ببلد آخر بعلم القاضي أو بيينة أقامها الكفيل
كما في
البزازية. أطلقه فشمّل المسافة القريبة والبعيدة كما في فتح القدير قوله: (فإن مضت ولم
يحضره حبسه) لأنه ظهر مطلقه إلى أن يظهر للقاضي تعذر إحضاره بشهود أو بدلالة
الحال
فيطلقه كالمديون المفلس وينظره إلى وقت قدومه، ولا يحول بينه وبين الطالب فيلزمه
ولا
يمنعه من أشغاله، كذا في فتح القدير، وإن أضرت ملازمته استوثق منه كفيل، كذا في
التتارخانية.

قوله: (فإن غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به) لأنه عاجز ولا بد من ثبوت أنه غائب لم يعلم مكانه، إما بتصديق الطالب وعليه اقتصر الشارح، أو بيينة أقامها الكفيل لما في القنية

عن علي السغدي: إذا غاب المكفول عنه فللدائن أن يلازم الكفيل حتى يحضره، والحيلة في

دفعه أن يدعي الكفيل عليه أن خصمك غائب غيبة لا تدري فبين لي موضعه فإن أقام بيينة

على ذلك تندفع عنه الخصومة اه. وفي ملازمة الطالب الكفيل عند عجزه عن إحضار الأصيل اختلاف ذكر السرخسي أنه يلازمه، وذكر شيخ الاسلام إنه لا يلازمه، كذا في التتارخانية. فإن اختلفا ولا بيينة فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه، فإن كان له

خرجة معلومة للتجارة في كل وقت فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع

وإلا فالقول للكفيل لتمسكه بالأصل وهو الجهل. وقوله لا يطالب به مقيد بما إذا لم يبرهن

الطالب على أنه بموضع كذا، فإن برهن أمر الكفيل بالذهاب إليه وإحضاره لأنه علم مكانه،

ولو علم أنه ولحق بدار

الحرب يؤجل الكفيل مدة ذهابه وإيابه ولا تبطل باللحاق بدار الحرب لأنه وإن كان موتا حكما لكن بالنسبة إلى ماله وإلا فهو حي مطالب بالتوبة والرجوع، هكذا أطلقه في النهاية. وقيده في الذخيرة بما إذا كان الكفيل قادرا على رده بأن كان بيننا

وبينهم مواعدة أنهم يردون إلينا المرتد وإلا لا يؤاخذ به اه. وهو تقييد لا بد منه ثم في كل

موضع قلنا: إنه يؤمر بالذهاب إليه للطالب أن يستوثق بكفيل من الكفيل حتى لا يغيب الآخر. وفي الخانية: الكفيل بالنفس إذا منع المكفول به عن السفر إن كانت الكفالة حالة كان

له أن يمنعه حتى يخرج منه عند عهدة الكفالة، وإن كانت الكفالة مؤجلة ليس له أن يمنعه من

الخروج قبل حلول الأجل اه. ظاهره أن للكفيل ملازمة الأصيل إذا كانت حالة وإن لم يلازمه الطالب قوله: (فإن سلمه بحيث يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر برئ) لأنه أتى

بما التزمه إذ لم يلتزم تسليمه إلا مرة واحدة وحصل مقصود الطالب فلم تبق الكفالة

كما لو
تكفل بمال فقضاه. أطلقه فشمّل ما إذا كان للتسليم وقت فسلمه قبله أو لا لأن الاجل
حق
الكفيل فلاسقاطه كالدين المؤجل إذا قضاه المديون قبل الحلول والتسليم بالتخلية بينه
وبين
الخصم وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك فخذته إن شئت، فإن سلمه بعد طلبه
برئ
مطلقاً وإلا فلا يبرأ حتى يقول سلمته إليك بجهة الكفالة. وفي القنية: كان المكفول له
جالسا
مع قوم في مدرسة فجاء الكفيل بالمكفول عنه وقال له هو المكفول عنه فلم يجلس بل
مر
وخرج إلى باب آخر فهذا القدر تسليم منه اه. قيد بقوله بحيث يقدر للاحتراز عما إذا

سلمه في برية أو في سواد فإنه لا يبرأ لعدم قدرته على مخاصمته في ذلك المكان،
سواء شرط

تسليمه في مجلس القاضي أو لا. وفي الخانية: وهو نظير ما إذا سلم المديون الدين
للطالب

حين خرج اللصوص فإنه لا يبرأ. وفي القنية: سلم الكفيل بالنفس المكفول عنه إلى
الطالب

ليلا في مكان لا يمكنه العصمة وفر منه فإن كان التسليم بطلبه يخرج عن العهدة اه.
قوله: (ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه ثم) لأن الشرط مفيد فإن سلمه في
مجلسه برئ. وأفاد بقوله سلمه ثم إلى اشتراط ذلك فإن سلمه في السوق لم يبرأ وهو
قول

زفر وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في إقامة الحق، ومحل الاختلاف في بلدة لم
يعتادوا نزع

الغريم من يد خصمه، كذا في التتارخانية. وهذه إحدى المسائل التي يفتى فيها بقول
زفر

رحمه الله تعالى، ومنها قعود المريض في صلاته كقعود المصلي في التشهد، ومنها
سماع البينة

من امرأة الغائب ليقدر القاضي لها نفقة، ومنها أن الوكيل بالخصومة لا يلي القبض،
ومنها

تضمين الساعي إذا سعى به إلى السلطان وغرمه شيئا، ومنها أن رؤية البيت من الصحن
لا

يكفي بل لا بد من رؤية داخله، ومنها أن رؤية ظاهر الثوب مطويا لا يكفي بل لا بد
من

نشره فهي سبع، وليس المراد الحصر. وفي القنية: كفل بنفسه في البلد وسلمه في
الرساتيق

صح إن كان فيها حاكم. وقال العلاء التاجري والبدر: الظاهر لا يصح. قال رضي الله
تعالى

عنه: وجوابهما حسن لأن أغلب قضاة رساتيق خوارزم ظلمة فلا يقدر على محاكمته
على وجه

العدل دون رساتيقهم اه. وإن سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند
أبي

حنيفة إن كان فيه سلطان أو قاض وكانت الكفالة غير مقيدة بمصر وإلا فلا يبرأ اتفاقا،
كذا

في التتارخانية لا مكان إحضاره إلى مجلس القاضي، ولا يبرأ عندهما لاحتمال أن يكون

شهوده

(۳۵۳)

فيما عينه. وفي فتح القدير: وقولهما أوجه قيل إنه اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان.

وفي البزازية: ضمن نفس رجل وحبس المطلوب في السجن فسلم لا يبرأ، ولو ضمن وهو

محبوس فسلمه فيه يبرأ، ولو أطلق ثم حبس ثانيا فدفعه إليه فيه. أن الحبس الثاني من أمور

التجارة ونحوها صح الدفع وإن في أمور السلطان ونحوها لا حبس الطالب المطلوب ثم

طالب الكفيل به فدفعه وهو في حبسه قال محمد: برئ اه. وفي الخانية: ولو كفل بنفس

رجل وهو غير محبوس ثم حبس فخاصم الطالب الكفيل إلى القاضي الذي حبسه فقال الكفيل

كفلت به وأنت حبسته بدين فلان آخر له عليه عن محمد أن القاضي يأمر بإحضار المطلوب

حتى يسلمه الكفيل إلى المكفول له ثم يعاد إلى الحبس اه. ولو سلمه وهو مع رسول القاضي

وهو ممتنع به لا يبرأ ولو سلمه قدام الحاكم برئ، كذا في البزازية. وفي فتح القدير: ولو

قال المطلوب في الحبس دفعت نفسي إليه بالكفالة برئ الكفيل وفي الوقعات: رجل كفل

بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لأنه عجز عن إحضاره

اه. وفي التتارخانية: إذا شرط تسليمه عند القاضي فسلمه عند الأمير أو شرط تسليمه عند

هذا القاضي فسلمه عند قاض آخر جاز.

قوله: (وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب) لعجزه عن إحضاره له بعد موته، وكذا بعد موت الكفيل، ووارثهما لا يقوم مقامهما لأن الخلفية فيما له لا فيما عليه،

وما له

لا يصلح لايفاء هذا الحق وهو إحضار المكفول به، وقد تبع المصنف صاحب الهداية في

بطلانها بموت الكفيل، وفي الكرخي في باب الصلح عن الحقوق التي ليست بمال إنها لا

تبطل بموت الكفيل ويطالب وارثه بإحضاره، كذا في السراج الوهاج. قيد بالكفالة

بالنفس
لأن الكفيل بالمال إذا مات لا تبطل لأن حكمها بعد موته ممكن فيوفي من ماله ثم
ترجع
الورثة على المكفول عنه إن كانت بأمره وكان الدين حالاً، فإن كان مؤجلاً لا رجوع
لهم
حتى يحل الاجل وإلا فلا كأدائه بنفسه، وأما موت الطالب فلا يبطلها لأن وصيه ووراثه
يخلفونه. أطلق المطلوب فشمّل العبد لكن في الخلاصة: لو كفّل بنفسه العبد فمات
العبد برئ
الكفيل إن كان المدعى به المال على العبد، وإن كان المدعى به نفس العبد لا يبرأ
وضمن قيمته

اه. وأشار باقتصاره في بطلانها على موت المطلوب والكفيل إلى أنها لا تبطل بإبراء الأصيل لما في البزازية: ولو كفل بنفس ثم أقر الطالب أنه لا حق له قبل المكفول به له أن يأخذ الكفيل بتسليمه ولا يبرأ، ولو قال الطالب لا حق لي قبل المكفول به لا من جهته ولا من جهة غيره لا بوكالة ولا بوصاية ولا بولاية برئ من الكفالة اه. فقولهم براءة الأصيل توجب براءة الكفيل إنما هو في الكفالة بالمال اللهم إلا أن يقال أن صورة براءة الأصيل فيما إذا كانت الكفالة بالنفس أن يقول ما ذكره فحينئذ الكلام على عمومه. وفي السراج الوهاج: إذا مات المكفول له لم تبطل ويسلمه الكفيل إلى ورثته فإن سلمه إلى بعضهم برئ منهم خاصة وللباقيين مطالبته بإحضاره، فإن كانوا صغاراً فلوصيهم مطالبته بإحضاره فإن سلمه إلى أحد الوصيين برئ في حقه وللآخر مطالبته، كذا في الينابيع اه. ومن الغريب ما في منظومة ابن وهبان وعزاه في الشرح إلى التنف أنها تبطل بموت الطالب والمعروف في المذهب خلافه. وفي فروق الكرايسسي: الكفالة على الكفالة جائزة وبموت الأصيل يبطلان وبموت الكفيل الأول يبرأ الثاني. والحوالة بعد الحوالة تبطل الحوالة الأولى لأن الكفالة للتوثق والثانية تزيد والحوالة نقل وهما لا يجتمعان اه. قوله: (وبرئ بدفعه إليه وإن لم يقل إذا دفعته إليك فأنا برئ) لأن موجب الدفع إليه البراءة فتثبت وإن لم ينص عليها كالمديون إذا سلم الدين والغاصب إذا سلم المغصوب والبائع إذا سلم المبيع. وأطلقه فشمّل ما إذا قال سلمته إليك بجهة الكفالة أو لا إن طلبه منه، وأما إذا لم يطلبه منه فلا بد أن يقول لك كما قدمناه. وإذا أقر الطالب بقبض المكفول برئ الكفيل ولا يحتاج فيه إلى النص لأن الظاهر أنه لا يقر إلا باستيفاء حقه، ولو سلم الكفيل المكفول إلى الطالب فأبى أن يقبله أجبر على قبوله بمعنى أنه ينزل قابضاً كالغاصب إذا رد العين والمديون إذا دفع الدين بخلاف ما إذا سلمه فضولي فإنه لا

يجبر كما
إذا قضى الدين فضولي أي غير مأمور بذلك، والضمير في قوله إليه راجع إلى الطالب.
وأطلقه فشمّل ما إذا كان غير صاحب الحق كما إذا كان الآخذ للكفيل وكيل الدائن
فبيراً
بتسليمه إلى الموكل مطلقاً وإلى الوكيل إن أضافه إلى نفسه، وإن أضافه إلى موكله لم
ييراً
بتسليمه إلى الوكيل لأنه رسول، كذا في التتارخانية. وكما إذا أخذ القاضي من المدعى
عليه
كفيلاً بالنفس بطلب المدعي أو بغير طلبه وسلمه الكفيل إلى القاضي برئ، وإن سلمه
إلى
المدعي لا ييراً. هذا إذا لم يضيفه القاضي فإن أضافه وقال القاضي إن المدعي يطلب
منك
كفيلاً بالنفس فأعطه كفيلاً بنفسك فسلم الكفيل للقاضي لا ييراً، وإن سلمه إلى
المدعي ييراً،
كذا في الخانية والبزازية. ورسول القاضي وأمينه كالقاضي، ولو كفل بنفسه إلى الوصي
فسلمه إلى الورثة أو الغريم لا ييراً، كذا في البزازية. وفي القنية: كفل بنفس رجل على
أن

يسلمه إلى المكفول له متى طالبه به ثم سلمه إليه قبل أن يطالبه ولم يقبله يبرأ لأن حكم الكفالة

وجوب التسليم وهو ثابت في الحال. وقوله على أن يسلمه إليه متى طالبه به يذكر للتأكيد

لا للتعليق فقد سلمه إليه حال كونه كفيلاً فيبرأ اه. وإنما ذكروا هذه المسألة أعني مسألة

الكتاب مع ظهورها كما قاله الفقيه أبو الليث لدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة

إلى أن يستوفي حقه لأن الكفالة ما أريدت إلا للتوثق لاستيفاء الحق، فما لم يستوفه يجب عليه

تسليمه إلى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا بقيد

التكرار، كذا في فتح القدير.

قوله: (وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله) أي يبرأ الكفيل بتسليم هؤلاء لأن المطلوب يطالب بتسليم نفسه فإذا سلم نفسه حصل المقصود فلا

معنى لبقائها كالمحيل إذا قضى الدين بنفسه فإنه يصح قبل الطالب أو، وفعل نائب الكفيل

كفعله. وقيد بقوله من كفالته لأنه لا يبرأ الكفيل حتى يقول المكفول سلمت نفسي إليك

من الكفالة ولو أخر قوله من الكفالة لكان أولى لأن الوكيل والرسول كالمكفول لا بد من

التسليم عنها وإلا لا يبرأ. وقيد بتسليم النفس لأن المديون لو دفع الدين إلى الكفيل قبل أن

يوفي عنه ولم يقل إنه عن كفالتك كان قضاء لأنه الغالب وتستحق عليه فانصرف إليه كذا في

القنية. وقيد بالوكيل والرسول لأنه لو سلمه أجنبي بغير أمر الكفيل وقال سلمت إليك عن

الكفيل وقف على قبوله، فإن قبله الطالب برئ الكفيل، وإن سكت لا. وفي السراج الوهاج: ولو سلم المكفول بالنفس نفسه إلى المكفول له بجهة الكفالة فإنه يجبر على القبول

حتى يبرأ الكفيل، وهذا إذا كانت الكفالة بالامر، أما إذا كانت بغير الامر لا يبرأ، كذا في

الفوائد اه. ولم يظهر هذا التفصيل ثم ظهر لي أن المراد أمر المطلوب وأن الكفالة
بالنفس على
وجهين: إما أن تكون بأمر المطلوب أو بغير أمره لما في التتارخانية: ولو كفل بنفسه
بغير أمره
فلا مطالبة للكفيل عليه إلا أن يجده فيسلمه فيبرأ اه. فعلى هذا إذا ضمنه بغير أمره لا
يأثم
بعدم التمكين منه فله الهرب بخلاف ما إذا كان بأمره، وعلى هذا فما قدمناه من منعه
من
السفر إنما هو فيما إذا كانت بأمره، وزاد في الاصلاح على رسوله إليه. وقال في
الايضاح:
وإنما قال إليه لأن رسوله إلى غيره كالأجنبي اه. وفي التتارخانية: يشترط التسليم عن
الكفالة ولا يحتاج أن يقول عن كفالة فلان إنما يحتاج تعيينه إذا كان كفله لرجلين،
ولو قال
بعد قوله ورسوله وكفيله لكان أولى لأن كفيل الكفيل لو سلمه برئ كما في
التتارخانية، فلو
قال وبتسليم نائب الكفيل عنه لكان أحسن. قوله: (فإن قال إن لم أواف به غدا فهو
ضامن لما

عليه فلم يوافق به أو مات المطلوب ضمن المال) لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافقة

وهو متعارف يصح تعليقها به فإذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن كفالة النفس لأنها

كانت ثابتة قبلها ولا تنافيا كما لو كفلها جملة. والمراد بقوله ولم يوافق به مع قدرته عليه

فإن عجز لا يلزمه إلا إذا عجز بموت المطلوب أو جنونه وموت المطلوب وإن أبطل الكفالة

بالنفس فإنما هو في حق تسليمه إلى الطالب لا في حق المال. وقيد بموت المطلوب لأن

الكفيل لو مات لم يوجد شرط الكفالة المعلقة لأن وارثه يقوم مقامه كموت الطالب فإن

الكفيل إذا سلمه إلى وارثه برئ، ولو أبرأه الطالب عن كفالة النفس فلم يوافق به لا يجب

المال لفقد شرطه، ولو اختلف فقال الكفيل وافيتك وقال الطالب لم توافني به فالقول للطالب والمال لازم على الكفيل لأن سبب وجوب المال التزام المال بالكفالة إلا أن الموافقة

شرط للبراءة فلا يثبت بقول الكفيل، كذا في الخانية. وفي البرازية: وفيما إذا علق المال بعدم

الموافقة لا يصدق الكفيل على الموافقة إلا بحجة وبيانه ما ذكره في نظم الفقه: قال الكفيل

دفعته إليك اليوم المشروط وأنكره الطالب فالامر على ما كان في الابتداء ولا يمين على واحد

منهما لأن كلا منهما مدع الكفيل البراءة والطالب الوجوب ولا يمين على المدعي عندنا

اه. وفي فروق الكراييسي: رجل كفل بنفس رجل على أنه إن لم يوافق به غدا فعليه المال فلم

يوافه لكن المدعي وجد المدعي عليه ولازمه حتى الليل يلزمه المال، وكذا لو تغيب الطالب

فلم يجده لزمه المال. هنا فصول: الثاني لو شرط على الكفيل مكانا فجاء الكفيل بالمكفول به

في ذلك المكان وتغيب الطالب لزم المال الكفيل. الثالث لو اشترى بالخيار فتواري البائع

الرابع حلف ليقضين دينه اليوم فتغيب الدائن. الخامس جعل أمر امرأته بيدها إن لم تصل
نفقتها فتغيبت، وعند أبي يوسف ينصب القاضي قيما في الفصلين الأخيرين لا في وفي
الخلاصة: إذا توارى الأول لأن
الطالب متعنت فيهما لا في الأول اه
وفي الخلاصة: إذا توارى الطالب والبائع نصب القاضي وكيلا عن الغائب قال الفقيه
أبو الليث: هذا خلاف قول أصحابنا وإنما روي في بعض الروايات عن أبي يوسف ولو
فعل
القاضي فهو حسن اه. وجعل قاضيخان في فتاواه المسائل كلها على الخلاف وأن
القاضي
ينصب وكيلا عن الغائب على قول المتأخرين وهو قول أبي يوسف اه. ولم يصور
المصنف
المسألة بالألف كما في الهداية لبيان أن معلومية القدر ليست شرطا لصحتها فإذا قال
بما عليه
فمهما ثبت بالبينة أنه عليه لزمه كما سيأتي، كذا في النهاية. وكذلك لو قال الكفيل
بالنفس

إن لم أوفك به غدا فعلى ما أقر به المطلوب فلم يوافق به غدا فأقر المطلوب أن عليه خمسمائة كان الكفيل ضامنا لما أقر، وليس هذا كما لو قال إن لم أوفك غدا فأنا ضامن لما

ادعيت عليه فلو يوافق به غدا فادعى الطالب عليه مالا لا يلزمه المال، وكذا لو قال إن لم

أوفك به غدا فما ادعيت عليه فهو علي فلم يوافق به غدا فادعى الطالب عليه مالا لا يلزمه،

كذا في فتاوى قاضيخان بعد مراجعة نسخة صحيحة. وقوله إن لم أدفعه إليك غدا بمنزلة

إن لم أوفك به كما في الخانية. ولو قال الكفيل بالنفس إن غاب عنك المكفول فأنا ضامن

لما عليه فغاب المكفول إلى الكوفة ولم يطلبه الطالب ثم دفعه الكفيل إليه بعد رجوعه من

الكوفة فالكفيل ضامن للمال لأنه علقها بالغيبة، ولو قال قد كفلت لك بنفس فلان فإن غاب

ولم أوفك فأنا ضامن لما عليه فغاب قبل أن يوافق لزمه المال، وهو بمنزلة ما لو قال إن غاب

قبل أن أوفيك به. ولو قال إن غاب فلم أوفك به فأنا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافيه

بعد الغيبة، كذا في الخانية. وفيها أيضا: ولو كفل بنفس رجل على أن يوافق به إذا جلس

القاضي، فإن لم يوافق به فعليه الألف التي للطالب عليه فلم يجلس القاضي أياما وطلب المدعي ولم يأت به فلا شيء على الكفيل من المال لأنه علق الكفالة بالمال بعدم الموافقة إذا

جلس القاضي هـ. وقوله في الكتاب فأنا ضامن ليس بقيد ففي الخانية: إن لم أوفك به فعندي لك هذا المال لزمه لأن عندي إذا استعمل في الدين يراد به الوجوب، وكذا لو قال

إلى هذا المال. وقيد بعدم الموافقة للاحتراز عما في البزازية: كفل بنفسه على أنه متى طالبه

سلمه فإن لم يسلمه فعليه ما عليه ومات المطلوب وطالبه بالتسليم وعجز لا يلزمه المال لأن

المطالبة بالتسليم بعد الموت لا تصح، فإذا لم تصح المطالبة لم يتحقق العجز الموجب للزوم المال

فلا يجب ا هـ. وفي القنية: كفل بنفسه وقال إن عجزت عن تسليمه إلى ثلاثة أيام فعلي
المال
ثم حبس بحق أو بغير حق أو مرض مرضا يتعذر إحضاره يلزمه المال بعد الثلاثة ا هـ.
وفي
وكالة منية المفتي: قال إن وافيتك به غدا فعلي ما عليه ثم وافى به لم يلزمه المال لأنه
شرط
لزومه إن أحسن إليه ا هـ. يعني أنه تعليق بغير المتعارف فلم تصح الكفالة.
قوله: (ومن ادعى على آخر مائة دينار فقال رجل إن لم أوافك به غدا فعليه المائة فلم
يواف به غدا فعليه المائة) لوجود الشرط فلزم المال. قيد ببيان المال عند الدعوى لأنه
لو تعلق
رجل بآخر وقال لي عليك دعوى ولم يبينها فكفله إنسان بالنفس على أنه إن لم يواف
به غدا

فعليه مائة دينار ففيه اختلاف. قالوا: إذا لم يوافه به لزمته إذا ادعاها المدعي. وقال محمد: لا تلزمه لأنه لما لم يبينها وقت الدعوى لم تصح الدعوى فلم يجب حضوره إلى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لأنها مبنية عليها. ولهما أنه يمكن تصحيحها لأن العادة جرت بالابهام في الدعاوي في غير مجلس القضاء ثم يبينوها عنده دفعا للحيل فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان، فإذا بين بعده انصرف إلى البيان أولا فظهر به صحة الكفالة بالنفس فصحت بالمال حملا على أن الكفيل كان يعلم خصوص المال المدعى به تصحيحا لكلام العاقل ما أمكن. والحاصل أنا لا نحكم حال صدورهما بالفساد بل الأمر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فإذا ظهرت ظهر أنه إنما كفل بالقدر المدعى به. وفي الخلاصة: كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه فمضى الغد ولم يواف به وفلان يقول لا شيء علي والطالب يدعي ألفا والكفيل ينكر وجوبه على الأصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الأول، وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا شيء عليه أه. وهذا يقتضي أن الحاصل أن أبا حنيفة وحده، ويستفاد بها أن الألف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وإن كان الكفيل ينكر وجوبه، كذا في فتح القدير. وقيد بكون المال على المكفول بالنفس لأنه لو كان على غيره ففيه اختلاف كما لو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به في يوم كذا فعليه ما للطالب على فلان آخر جاز ذلك استحسانا وهو قول محمد، وفي القياس لا يجوز وهو قول أبي يوسف، ذكره قاضيخان. وفي المحيط: جعل الخلاف على العكس وجعل أبا حنيفة مع أبي يوسف. وفي السراج الوهاج: وكذا لو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدا كان كفيلا بنفس

رجل آخر كان على هذا الاختلاف ا هـ. ولا بد في مسألة الكتاب من إقرار المدعى عليه

(٣٥٩)

بالمائة لما في السراج الوهاج: لو ادعى على رجل ألفاً فأنكره فقال له رجل إن لم أوافق به غدا فهو علي فلم يوافق به غدا لا يلزمه شيء لأن المكفول عنه لم يعترف بوجود المال ولا اعترف الكفيل بها أيضا فصار هذا مالا متعلقا بخطر فلا يجوز ا هـ. ولم يذكر المصنف حكم ما إذا علق الكفيل بالمال براءته بموافاته غدا بأن قال كفلت لك مما عليه على أني إن وافيتك به غدا فأنا برئ من المال فوافاه به للاختلاف فيه فإن فيه روايتين: في رواية يبرأ، وفي رواية لا، وهما مبنيان على تعليق براءة الكفيل بالشرط وستأتي في الكتاب والمسألة في السراج الوهاج كما ذكرناه قوله: (ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد وقود) وهذا عند الإمام، وقالوا بالجبر في حد القذف والقصاص دون غيرهما. قيد بالجبر لأن أخذه برضاه بلا طلب في حد القذف والقصاص جائز اتفاقا. لهما أنها شرعت لتسليم النفس وهو واجب على الأصيل فصحت به كما في دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لأنها محض حق الله تعالى. وله إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حد ولأنها للاستيثاق ومبناها على الدرء. والحق التمرتاشي حد السرقة بهما في جواز التكفيل بنفس من عليه إجماعا، وفي الاجبار عليها عندهما، وجعله من حقوق العباد لكون الدعوى فيه شرطا بخلاف غيره لعدم اشتراطها. ولا يجب الحضور بسببها فإذا لم يكفل عنده يلازمه إلى قيام القاضي من مجلسه فإن برهن وإلا خلى سبيله، وليس تفسير الجبر عندهما الجبر بالحبس وإنما هو الامر بالملازمة. قوله: (ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران أو عدل) أي في الحدود والقود لأن الحبس لتهمة الفساد وشهادة المستورين أو الواحد العدل تكفي لاثباتها لأن خبر الواحد

(۳۶۰)

حجة في الديانات والمعاملات فتثبت شهادة العدل التهمة وإن لم تثبت أصل الحق.
وظاهر
كلامهم أنها لا تثبت بخبر مستور واحد والحبس بتهمة الفساد مشروع لأنه عليه
الصلاة
والسلام حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الأموال حيث لا يحبس فيها قبل الثبوت لأنه
نهاية
عقوبتها فلا يثبت إلا بحجة كالحمد نفسه، 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 فإنه لا يتوقف على الدعوى ولا على الثبوت بل إذا أخبر القاضي عدل بما يقتضيه
أحضره القاضي وعزره لتصريحهم هنا بحبس المتهم بشهادة مستورين أو واحد عدل
والحبس
تعزير، وصرحنا بجواز الهجوم على بيت المفسد وجواز إخراجه من البيت وجواز نفيه
عن
البلد وتخليد حبسه إلى أن يتوب، وأن من ذلك ما إذا سمع صوت غناء في بيته أو أخبر
القاضي باجتماعهم على الشراب أو كان يؤذي الناس بيده ولسانه، وجواز التعزير بالقتل
وجوازه بأخذ المال. ومعناه على ما في البزازية إمساكه عنه إلى أن يتوب. وفي السراج
الوهاج: وأما التعزير فتجوز الكفالة به يعني أنه يجوز للقاضي الابتداء بطلب ذلك لأنه
من
حقوق العباد كالديون اه. فظاهره أن ما كان من حقوقه تعالى لا يجوز به كالحدود
قوله:
(وبالمال ولو مجهولا إذا كان دينا صحيحا) أي تصح الكفالة بالمال ولو كان المال
مجهولا،
وصحتها بالاجماع وصحت مع جهالة المال لبنائها على التوسع ولذا جاز شرط الخيار
فيها أكثر
من ثلاثة، ويدل عليه إجماعهم على صحتها بالدرك مع أنه لا يعلم كم يستحق من
المبيع كله

أو بعضه والدين الصحيح ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء فلم تصح ببدل الكتابة لأنه يسقط

بدونهما بالتعجيز، وكذا لا يجوز ببدل السعاية عنده خلافا لهما، كذا في السراج الوهاج مع

أنه لا يسقط إذ هو لا يقبل التعجيز. وكذا لا تصح الكفالة بدين هو على ابن المكاتب أو

عنده لأن من دخل في مكاتبته فهو مكاتب لمولاه، كذا في البزازية بخلاف أرش الشجة

وقطع الطرف فإنه دين صحيح فصحت به. وفي فتح القدير: 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 أه. وفي البدائع: وأما كون المكفول به معلوم الذات في أنواع الكفالات أو معلوم القدر فليس بشرط حتى لو كفل بأحد شيئين غير عين بأن كفل

بنفس

رجل أو بمن عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء، وكذا إذا كفل بنفس رجل أو بما

عليه أو بنفس رجل جاز آخرا وبما عليه جاز ويبرأ بواحد منهما إلى الطالب، ولو كفل عن

رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز أه

قيد بجهالة المال للاحتراز عن جهالة الأصيل والمكفول له فإنها مانعة حتى لو قال من غصبك من الناس أو بايعك أو قتلك فأنا كفيل لك عنه أو قال من غصبته أنت أو قتلته

فأنا

كفيل له عنك لا يجوز إلا إذا كانت كفالة يسيرة في المكفول عنه نحو أن يقول كفلت لك

بمالك على أحد هذين فيجوز والتعيين للمكفول له لأنه صاحب الحق. وفي البزازية: شهدا

على رجل أنه كفل بنفس رجل نعرفه بوجهه إن جاء به لكن لا نعرفه باسمه يجوز كما لو قال

عند القاضي كفلت لرجل أعرفه بوجهه لأن الجهالة في الاقرار لا تمنع صحته ويقال له
أي
رجل أتيت به وقلت إنه هذا وحلفت عليه برئ ت من الكفالة ه. وأطلق صحتها
فشمل كل
من عليه المال حرا كان أو عبدا، مأذونا أو محجورا، صبيا أو بالغا، رجلا أو امرأة،
مسلمًا
كان أو ذميا، وكل من له المال لكن في البزازية: الكفالة للصبى التاجر صحيحة لأنه
تبرع
عليه وللصبى العاقل غير التاجر روايتان. ودخل تحت الدين الصحيح بدل العتق فإذا
أعتق
عبده على مال فكفله به رجل جاز، كذا في البزازية. ومنه ما إذا كان للمكاتب مال
على
رجل فأمره فضمنه لمولاه من مكاتبته أو دين سوى ذلك جاز لأن أصل ذلك المال
واجب
للمكاتب على الكفيل، وهذا أمر منه أن يدفع ما عليه لمولاه، كذا في البزازية. وخرج
عنه
كما خرج بدل الكتابة ما لو دفع إلى محجور عشرة لينفقها على نفسه فقال إنسان
كفلت بهذه
العشرة لا تصح لأنه ضمن ما ليس بمضمون، فإن ضمن قبل الدفع بأن قال ادفع العشرة
إليه
على أنني ضامن لك العشرة هذه يجوز، وطريقه أن يجعل الضامن مستقرضا من الدافع
ويجعل
الصبى نائبا عنه في القبض، وكذا الصبى المحجور إذا باع شيئا فكفل رجل بالدرك
للمشتري
إن ضمن بعد ما قبض الصبى الثمن لا يجوز، وإن قبل قبضه يجوز. محجور اشترى
متاعا
وضمن رجل الثمن للبائع عنه لا يلزم الكفيل الثمن، ولو ضمن المتاع يعينه كان ضامنا،
كذا
في البزازية. وفي التتارخانية: لو ضمن بدل الكتابة وأدى رجع بما أدى. وفي جامع

الفصولين: كفل مسلم عن ذمي بخمر لذمي قيل د لا يصح مطلقا، وقيل لو كانت
الخمرة

بعينها عند المطلوب يصح على قياس قول أبي حنيفة إذ يجوز عنده للمسلم أن يلزمه
نقل الخمر

كما لو أجر نفسه لنقلها اه. ودخل فيه ما لو صادر الوالي رجلا وطلب منه مالا وضمن
رجل ذلك وبذل الخط ثم قال الضامن ليس لك علي شيء لأنه ليس للوالي عليه شيء.
قال

شمس الاسلام: والقاضي يملك المطالبة لأن المطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية، كذا
في

البرازية. فائدة: ذكر الطرسوسي في مؤلف له أن مصادرة السلطان لأرباب الأموال لا
تجوز

إلا لعمال بيت المال مستدلا بأن عمر رضي الله تعالى عنه صادر أبا هريرة رضي الله
تعالى

عنه. وفي الدر المنثورة في تفسير سورة يوسف في قوله تعالى * (اجعلني على خزائن
الأرض) *]

يوسف: ٥٥] قال: اخرج 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 ابن نبي ابن نبي وأنا ابن أمية وأنا
أخاف أن أقول بغير علم وأن أفتي بغير علم وأن يضرب ظهري ويشتم عرضي ويؤخذ

مالي
٥١.

قوله: (بكفلت عنه بألف) بيان لألفاظها وهو صريح. أطلقه فشمّل ما إذا كان الأصيل
مطالباً به الآن أو لا، فتصح الكفالة عن العبد المحجور ربما يلزمه بعد عتقه باستهلاك

أو

قرض، ويطالب الكفيل به الآن كما لو فلس القاضي المديون وله كفيل فإن المطالبة
تتأخر عن

الأصيل دون الكفيل، كذا في التتارخانية. وفي التتارخانية: رجل له مال على رجل فقال
رجل للطالب ضمنت لك ما على فلان أن أقبضه وأن أدفعه إليك قال: ليس هذا على

ضمان

المال أن يدفعه من عنده إنما هذا على أن يتقاضاه ويدفعه إليه، وعلى هذا معاني كلام
الناس.

ولو غصب من مال الرجل ألفا فقاتله المغصوب منه وأرا أخذها منه فقال رجل لا تقاتله
فأنا
ضامن لها أخذها وأدفعها إليك لزمه ذلك، ولو كان الغاصب استهلك الألف وصارت
دينا
كان هذا الضمان باطلا وكان عليه ضمان التقاضي ا هـ. وفي البزازية: ضمن ألفا على أن

يؤديها من ثمن الدار هذه فلم يبيعها لا ضمان على الكفيل ولا يلزمه بيع الدار ا هـ. وفيها قبله: كفل عنه بألف على أن يعطيه من وديعته التي عنده جاز إذا أمره بذلك، وليس له أن

يسترد الوديعة منه فإن هلك الوديعة برئ والقول فيه للكفيل، فإن غصبها المودع أو غيره

وأتلّفها برئ الكفيل ا هـ قوله: (وبما لك عليه) وسيأتي أنه لا بد من البرهان أنه له عليه كذا

أو إقرار الكفيل وإلا فالقول له مع يمينه. وفي الخانية: رجل قال لجماعة اشهدوا أنني قد ضمنت لهذا الرجل بالألف التي له على فلان ثم إن المديون أقام البينة أنه كان قد قضاه قبل

أن يضمه الكفيل قبلت بينته وبرئ المطلوب عن دين الطالب، ولا يبرأ الكفيل عن دين الطالب لأن قول الكفيل كان إقرارا منه بالدين عند الكفالة فلا يبرأ الكفيل، ولو أقام المديون

بينة على القضاء بعد الكفالة برئ المديون والكفيل جميعا ا هـ. وفي جامع الفصولين: قال

دينك الذي على فلان أنا أدفعه إليك أنا أسلمه إليك أنا أقبضه لا يصير كفيلا ما لم يتكلم

بلفظ يدل على الالتزام كقوله كفلت ضمنت على إلي لو أتى بهذه الألفاظ منجزا لا يصير كفيلا

ولو معلقا كقوله لو لم تؤد فأنا أؤدي فأنا أدفع يصير كفيلا فهو نظير ما في قول من قال أنا

أحج لا يلزمه شيء، ولو قال لو دخلت الدار فأنا أحج لزمه الحج إذا دخل ا هـ. وفي القنية: أنا في عهدة ما على فلان كفالة وكتبه الكفالة بالحط بعد طلب الدائن كفالة وإن لم

يتلفظ بها ا هـ. وفي الملتقط: رجل جاء بكتاب سفتجة إلى رجل من شريكه فدفعه إليه فقرأه

ثم قال ما كتبها لك عندي فهو ليس بضامن، وكذا لو قال الدافع اضمنها لي فقال قد أثبتها

لك عندي، ولو قال كتبها لك على أو قال أثبتها لك على فهذا ضامن نأخذ به ا هـ. وقدمنا

عن التتارخانية أنه لو قال للطالب لك عندي هذا الرجل كان كفيلا به، فعلى هذا كلمة عند

لا تفيد الكفالة بالمال وتفيدها بالنفس، وعلي هذا وقعت حادثة قال رجل للدائن لا

تطالب
فلانا مالك عندي وأفتيت أنه لا يكون كفيلا، وقدمنا عن الخانية في المعلقة بعدم
الموافاة أن
عندي على فعلى هذا تكون عندي ك " علي في التعليق فقط.

قوله: (وبما يدركك في هذا البيع) وهذا هو ضمان الدرك. والدرك لغة بفتحين وسكون الراء اسم من أدركت الشيء ومنه ضمان الدرك، كذا في المصباح. واصطلاحا الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع. وفي البزازية من آخر الدعوى في فصل الاستحقاق:

وإن استحق المبيع وله كفيل بالدرك لا يرجع على الكفيل ما لم يجب على البائع فبعده هو

بالخيار ولا يرجع على الكفيل بقيمة البناء والغرس ا هـ. وفي السراج الوهاج: فإذا استحق

المبيع كان للمشتري أن يخاصم البائع أولا فإذا ثبت عليه استحقاق المبيع كان له أن يأخذ

الثمن من أيهما شاء، وليس له أن يخاصم الكفيل أولا في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أن

له ذلك وأجمعوا أنه لو ظهر المبيع حرا كان له أن يخاصم أيهما شاء ا هـ. قوله: (وما بايعت

فلانا فعلى) من أمثلة الكفالة بالمجهول. وفي المبسوط: ولو قال إذا بعته شيئا فهو علي فباعه

متاعا بألف درهم ثم باعه متاعا بعد ذلك بألف درهم لزم الكفيل الأول دون الثاني لأن حرف إذا لا يقتضي التكرار بخلاف كلما وما ومثل إذا متى وإن. ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل أن يبايعه ونهاه عن مبايعته ثم بايعه بعد ذلك لم يلزمه شيء لأن

لزوم الكفالة بعد وجود المبايعة وتوجه المطالبة على الكفيل فأما قبل ذلك هو غير مطلوب

بشيء ولا ملتزم في ذمته شيئا فيصح رجوعه، يوضحه أن بعد المبايعة إنما أوجبنا المال على

الكفيل دفعا للغرور عن الطالب لأنه يقول إنما اعتمدت في المبايعة معه كفالة هذا الرجل وقد

اندفع هذا الغرور حين نهاه عن المبايعة ا هـ. وفي الولوالجية: لو قال رجعت عن الكفالة قبل

المبايعة ثم بايعه لم يلزم الكفيل. فرق بين هذه المسألة وبين الكفالة بالذوب حيث إذا

الرجوع الكفيل قبل الذوب لا يصح، والفرق أن في هذه المسألة هذه الكفالة مبنية على ما هو غير

لازم وهو الأمر فإنه قال بايعه فما بايعته فهو على إن لم يقل بايعه فهو قائل دلالة فالأمر غير لازم، والمبني على الشيء يكون تبعاً له وتبع غير اللازم لا يكون لازماً، فأما الكفالة بالذوب غير مبنية على ما هو غير لازم هـ. وفي البزازية: فإن قال الطالب والمطلوب تبايعنا على كذا ولزم على كذا لا يلتفت إلى إنكار الكفيل ويؤخذ بلا بينة، فإن نهاه الكفيل

بعد الكفالة عن المبايعة ورجع عن الضمان صح نهيها ولا يجب عليه ضمان ما لزم بالمبايعة

بعده، فإن أنكر الكفيل والمكفول عنه المبايعة بعده فبرهن على أحدهما بالمبايعة والتسليم لزمهما هـ.

قوله: (وما غصبك فلان فعلي) هو كذلك من أمثلة المجهول. وفي البدائع: لو قال إن غصبك فلان ضيعتك فأنا ضامن لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد يجوز بناء على

أن غصب العقار لا يتحقق عندهما خلافاً له هـ. وفي القنية: ما غصبك فلان فعلي يشترط

القبول للمال هـ. يعني لا عند الغصب، وكذا فيما قبله من ما بايعت وما ذاب. قيد بقوله

ما بايعت فلانا لأنه لو قال بايع فلانا على أن ما أصابك من خسران فعلي لم يصح، كذا في

البزازية. وفيها: إن غصب مالك واحد من هؤلاء القوم فأنا ضامن صح بخلاف قوله إن غصب مالك إنسان حيث لا يصح هـ. وفيها أيضاً: طلب من غيره قرضاً فلم يقرضه فقال

رجل أقرضه فما أقرضته فأنا ضامن فأقرضه في الحال من غير أن يقبل ضمانه صريحاً يصح

ويكفي هذا القدر قوله: (وطالب الكفيل أو المديون) لأنه موجبها ولو قال وطالبهما
لكان
أولى لبيان ذلك، وليفيد حكم طلب أحدهما بالأولى، وأشار إلى أن له حبس أحدهما.
وفي
البيزانية من القضاء من فصل الحبس: وإذا حبس الكفيل يحبس المكفول عنه معه وإذا
لوزم
يلازمه لو الكفالة بأمره وإلا لا، ولا يأخذ المال قبل الأداء. دلت المسألة على جواب
الواقعة
وهو أن المكفول له يتمكن من حبس الأصيل والكفيل وكفيل الكفيل وإن كثروا ١٥.
وسياتي
في الكتاب ما يشير إليه. ثم اعلم أنه يطالبهما إذا كان المال حالا عليهما، فإن كان
حالا على
أحدهما مؤجلا على الآخر طالب من حل عليه فقط كما سنشرحه بعد إن شاء الله
تعالى قوله:
(إلا إذا شرط البراءة فحينئذ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل
كفالة)
اعتبارا للمعنى فيهما مجازا لا للفظ، وإذا صارت حوالة جرى فيها أحكامها، وكذا في
عكسه
تجري أحكام الكفالة. وفي وكالة البيزانية: الوصاية حال حياته وكالة والوكالة بعد موته
وصاية لأن المنظور المعاني ١٥. وفي إيجازها وتنقده بقوله أعرتك هذه الدار
شهرًا بكذا وكل شهر بكذا ولا تنقده الإعارة بالإجارة حتى لو قال أجرتك منافعها سنة
بلا عوض تكون
إجارة فاسدة لا عارية، وكذا لو قال وهبتك منافعها بلا عوض لا تكون عارية ١٥.
فاستعير
لفظ العارية للإجارة دون عكسه وليس خارجا عن قولهم الاعتبار للمعاني لأن معنى
الإجارة
وجد في الإعارة لأنها من التعاور وهو التناوب وهو معنى الإجارة حيث كان بعوض
والإجارة لا تستعار للإعارة لأنها تفيد العوض والإعارة تفيد عدمه، وقد منا في أول
البيوع أن
شركة المفاوضة يعتبر فيه لفظها لا المعنى وذكرنا الجواب عنه قوله: (ولو طالب
أحدهما كان له
أن يطالب الآخر) لما ذكرنا - قالوا - بخلاف المغصوب منه إذا اختار أحد الغاصبين
لأن اختيار

أحدهما يتضمن التملك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه التملك من الآخر بعد ذلك،
وأما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه ما لم يوجد منه حقيقة الاستيفاء. وفي غصب البزازية:
اختار
المالك تضمين الغاصب الأول ورضي به الغاصب أو لم يرض لكن حكم له بالقيمة على الأول
فليس له أن يرجع ويضمن الثاني، وإن لم يرض به الأول ولم يحكم به كان له أن يرجع
ويضمن الثاني، فإن اختاره الأول ولم يعطه شيئاً وهو مفلس فالحاكم يأمر الأول بقبض
ماله
على الثاني ويعطيه له، فإن أبي المالك يحضرهما ثم يقبل البينة على الغاصب الثاني
للغاصب
الأول ويأخذ ذلك من الثاني فيقبضه.

قوله: (ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كأن استحق المبيع) أي ملائم لمقتضي العقد والملاءمة فيه بكونه سببا لوجوبه عبر عنه بالشرط مجازا لأن استحقاؤه

سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري، ومن هذا القبيل ما في الآية فإن الكفالة بالجعل

معلقة بسبب وجوبه وهو المعنى بالصاع فإنه سبب وجوب الجعل، وقدمنا الكلام على الآية

ومنه ما في الخلاصة ناقلا عن الأصل: قال للمودع إن أتلف المودع وديعتك أو جحدك فأنا

ضامن لك صح، وكذا إن قتلك أو ابنك فلان خطأ فأنا ضامن للدية صح بخلاف إن أكلك

سبع ونحوه مما ليس ملائما ه. والإضافة إلى سبب الوجوب حقيقي كما في الكتاب وحكمي كما إذا كفل بالأجرة فإنها لا تجب على الكفيل إلا باستيفاء الأصيل أو التمكن أو

شرط التعجيل كأنه مضاف إلى سبب الوجوب، وتمامه إجارة البزائية. قوله: (أو لا مكان

الاستيفاء كأن قدم زيد وهو مكفول عنه) فإن قدومه سبب موصل للاستيفاء منه، ولم يذكر

الشارحون للمختصر مفهوم قوله وهو مكفول عنه ومفهومه أنه لو علقها بقدوم زيد الأجنبي لم يصح. وظاهر ما في القنية الصحة على الأصح قال فيهما لا يصح التعليق بشرط

غير متعارف كدخول الدار أو قدوم زيد إلا أن الأصح ما ذكر أبو نصر أنه يصح بقدوم زيد،

ذكره في تحفة الفقهاء ه. وهو بإطلاقه شامل للأجنبي ولكن ينبغي أن يحمل على أنه مكفول

عنه لقوله في العناية: قيد بكون زيد مكفولا عنه لأنه كان أجنبيا كان التعليق به باطلا كما

في هبوب الريح ه. وهكذا في فتح القدير. والحق أنه لا يلزم أن يكون مكفولا عنه. قال

في البدائع: لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون مكفولا عنه أو مضار به

ه. ويدل عليه أيضا ما قدمناه من الأصح وعبارة البدائع أزال التلبس وأوضحت كل

(۳۶۹)

تخمين و حدس. وفي البزازية: قال ضمنت لك عن فلان ألفا فإذا قدم فلان فأنا برئ منه إن

كان فلان غريما له بألف جاز شرط البراءة، فإن كان فلان أجنبيا ليس بينه وبين الطالب والمطلوب تعلق في هذا الألف تصح الكفالة ويبطل شرط البراءة هـ. فكما يصح تعليقها

بقدوم الأصيل يصح تعليق البراءة منها بقدومه قوله: (أو لتعذره كان غاب عن المصر) لأن

غيبته سبب لتعذر الاستيفاء ومنه ما في المعراج: ضمنت كل مالك على فلان إن توى فهو

جائز، وكذا إن مات ولم يدع شيئا فهو ضامن، وكذا إن حل مالك على فلان ولم يوافقك به

فهو علي أو إن حل مالك على فلان فهو علي وإن مات فهو علي هـ. ومنه ما في البزازية:

إن غاب ولم أوافقك به فأنا ضامن لما عليه فإن هذا على أن يوافق به بعد الغيبة. وعن محمد

قال: إن لم يدفع مديونك مالك أو لم يقضه فهو علي، ثم إن الطالب تقاضى المطلوب فقال

المديون لا أدفعه ولا أقضيه وجب على الكفيل الساعة. وعنه أيضا إن لم يعطك المديون

دينك فأنا ضامن إنما يتحقق الشرط إذا تقاضاه ولم يعطه ذلك. وفي الفتاوى: إن تقاضيت ولم يعطك فأنا ضامن فمات قبل أن يتقاضاه ويعطيه بطل الضمان ولو بعد التقاضي. قا أنا أعطيك فإن أعطاه مكانه أو ذهب به إلى السوق أو منزله أو أعطاه جاز، وإن طال ذلك ولم يعطه من يومه لزم الكفيل. عبد مأذون مديون طالبه غريمه بكفيل خوفا

من أن يعتقه مولاه فقال رجل إن أعتقه مولاه فأنا ضامن جازت الكفالة هـ. ومنه ما في القنية: قال للدائن إن لم يؤد فلان مالك عليه إلى ستة أشهر فأنا ضامن له يصل التعليق لأنه شرط متعارف هـ.

قوله: (ولا يصح بنحو إن هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا) ومثله التعليق بنزول المطر ودخول الدار وقدم زيد وهو غير مكفول عنه. وذكر الشارح أن المذكور في

المختصر المذكور في الهداية والكافي وهو سهو فإن الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزم

المال لأن الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم،

ذكره
قاضيخان وغيره. ولو جعل الأصل في الكفالة إلى هبوب الريح لا يصح التأجيل ويجب
المال

حالا ا ه. وهو سهو منه فإن المصنف لم يقل فتصح الكفالة ويجب المال حالا
والموجود في
النسخ المعتمدة الاقتصار على قوله: ولا تصح بنحو إن هبت الريح ولذا لم ينسب العيني
السهو إلى المصنف وإنما نسبه إلى الهداية، فعلى هذا الأنسب أن يقرأ ولا تصح بالتاء
أي
الكفالة لا بالياء ليكون للتعليق، وكل منهما مخطئ في نسبه إلى الهداية وعبرة الهداية
هكذا،
فأما ما لا يصح بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر، وكذا إذا جعل كل
واحد
منهما أجلا إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط
لم تبطل
بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق ا ه. لأن قوله إلا أنه تصح الكفالة إنما يعود إلى
الاجل بنحو إن هبت الريح لا إلى التعليق بالشرط. وقوله لما صح تعليقها معناه لما صح
تأجيلها بأجل متعارف مجازا ومجوزه عد الثبوت في الحال في كل واحد منهما، وإنما
صحت
مع الاجل الغير المتعارف ولم تصح مع التعليق بغير المتعارف لأن التعليق يخرج العلة
عن
العلة كما عرف في الأصول والأجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء
معروضه

كما أشار إليه في العناية. وفي فتح القدير: فالحاصل أن الشرط الغير الملائم لا تصح معه

الكفالة أصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالا ويبطل الاجل لكن تعليل المصنف هذا بقوله لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط يقتضي أن في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة

حالة وإنما يبطل الشرط، والمصرح به في المبسوط وفتاوى قاضينخان أن الكفالة باطلة فتصحیحه أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم

في الحال. وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فإنه ذكر التعليق وأراد التأجيل.

هذا وظاهر شرح الاتقاني المشي على ظاهر اللفظ. وفي الخلاصة: كفل بماله على أن يجعل له

الطالب جعلاً فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً فيها فالكفالة

باطلة ا هـ. وهذا يفيد أنها تبطل بالشروط الفاسدة إذا كانت في صلبها ا هـ. وهكذا في معراج الدراية ونقل في البناية ما في العناية والمعراج ولم يتعقبه، وقد ظهر لي أنه لا حاجة إلى جعل التعليق بمعنى التأجيل بل المراد إنما صحت الكفالة مع هذا التأجيل لأن الكفالة لما صح تعليقها بشرط في الجملة وهو الملائم لم تبطل بالشروط الفاسدة والتأجيل بغير المتعارف شرط فاسد فلم تبطل به، ولا يخالفه فرع الخلاصة لأنه الاجل بعد العقد كما قدمناه فليس في صلبها. وفي الخانية: كفل عن رجل بدين له على أن فلانا وفلانا يكفلان عنه بكذا وكذا من هذا المال فأبى الآخرا أن يكفلا. قال الفقيه أبو بكر البلخي: الكفالة الأولى لازمة ولا خيار له في ترك الكفالة ا هـ. قوله: (فإن كفل بماله عليه فبرهن على ألف لزمه) لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولا يكون قول الطالب حجة عليه كما لا يكون حجة على الأصيل لأنه مدع قوله: (وإلا صدق الكفيل فيما أقر بحلفه ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل) أي وإن لم يبرهن فاقول للكفيل فيما يقر به مع يمينه على نفي العلم لا على البتات كما في الايضاح، ولا يكون قول المطلوب حجة عليه لأنه إقرار على الغير وهو معنى قوله ولا ينفذ. قال العيني بالتشديد. قيد بقوله على الكفيل لأنه ينفذ على نفسه. قيد بقوله بماله عليه لأنه لو كفل بما ذاب لك على فلان أو بما ثبت فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل لأن الثبوت حصل بقوله وذاب بمعنى حصل وقد حصل بإقراره بخلاف الكفالة بمالك عليه فإنها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما سيحب والوجوب ثبت بإقراره. وخرج أيضا ما إذا كفل بما قضى لك عليه فلا يلزمه إلا بقضاء القاضي ومثل مالك عليه ما أقر لك به أمس، فلو قال المطلوب أقررت له بألف أمس لم يلزم الكفيل لأنه قبل مالا واجبا عليه لا ما لا يجب عليه في الحال ولم يثبت أنه

واجب عليه، فلو قال ما أقربه فأقر به للحال لزمه ولو قامت بينة أنه أقر له قبل الكفالة
بالمال لم يلزمه لأنه لم يقل ما كان أقر لك، ولو أباي المطلوب اليمين فالزمه القاضي
اليمين فنكل

لم يلزم الكفيل لأن النكول ليس بإقرار بل بذل. وفي الخلاصة: رجل قال ما أقر به فلان
فعلي فمات الكفيل ثم أقر فلان لزم في تركة الضامن وكذا ضمان الدرك، وإذا كفل
بهذا

اللفظ في صحته ثم مرض الكفيل فأقر المطلوب بألف لزم المريض جميع ما أقر به في
جميع

ماله، كذا في الخانية. وفي الخلاصة: رجل قال لآخر بايع فلانا فما بايعته من شيء فهو
علي

صح، فإن قال الطالب بعته متاعا بألف وقبضه مني وأقر به المطلوب وجحد الكفيل
يؤخذ به

الكفيل استحسانا بلا بينة ولو جحد الكفيل والمكفول عنه البيع وأقام الطالب البينة علي
أحدهما أنه باعه وسلم لزمهما. وفي فتاوى قاضيخان: رجل قال لغيره ما ذاب لك علي
فلان من حق أو ما قضى لك عليه من حق فهو علي، فغاب المكفول عنه فأقام المدعي
البينة

علي الكفية أنه له علي المكفول عنه ألف درهم لا تقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه،
ولو

أقام المدعي علي الكفيل بينة أن قاضي بلد كذا قضى له علي الأصيل بعد عقد الكفالة
بألف

درهم قبلت هذه البينة ويقضي علي الكفيل بأمر ويكون ذلك قضاء علي الغائب، ولو
كفل

رجل عن رجل بأمره بما للطالب علي المكفول عنه فغاب الأصيل فأقام الطالب البينة
علي

الكفيل أن له علي فلان الغائب ألف درهم وأنه كفل له بأمر فلا الغائب قبلت هذه البينة
ويكون ذلك قضاء علي الحاضر وعلي الغائب هـ.

قوله: (فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه) لأنه قضى دينه بأمره ومعنى الامر أن
يشتم كلامه علي لفظة عني كأن يقول اكفل عني أو اضمن عني لفلان، فلو قال اضمن
الألف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الأداء لجواز أن يكون القصد ليرجع أو لطلب
التبرع

فلا يلزم المال، كذا في فتح القدير. وخرج عنه مسألة في الخانية: لو قال ادفع له كل
يوم

درهما علي علي أن ذلك علي فدفع له كل يوم حتى اجتمع مال كثير فالكل علي

الكفيل ا هـ .
وبه علم أن لفظة عني ليست شرطا بل هي أو ما قام مقامها وهو على أن ذلك علي ،
وكذا
الخليط يرجع بالاجماع وإن لم يقل عني . والخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته
والاخذ منه
ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه ، كذا في فتح القدير . وأطلق الامر فشمّل الحقيقي
كما
مثلنا ، والحكمي كما إذا كفل الأب عن ابنه الصغير مهر امرأته ثم مات فأخذ من تركته
فإن
للورثة الرجوع في نصيب الابن لأنه كفالة بأمر الصبي حكما لثبوت الولاية بخلاف ما
إذا
أدى الأب بنفسه ولم يشهد فإنه لا رجوع له لاحتمال أنه أدى تبرعا كما هو العادة
بخلاف ما

إذا أشهد فإن الصريح يفوق الدلالة، كذا في شرح المجمع للمصنف من المهر. ومن
الامر
الحكمي ما في تلخيص الجامع الكبير: لو جحد الكفيل الكفالة بعد الدعوى عليه بها
فبرهن
المدعى عليها بالامر وقضى بها على الكفيل وأدى فإنه يرجع على المديون، وإن كان
مناقضا
لكونه صار مكذبا شرعا بالقضاء عليه. وقال زفر: لا رجوع لأنه أقر أنه لا حق له حين
جحدها ه. وقول المطلوب اضمن عني لفلان كذا إقرار بالمال كما في الخانية وأطلق
في
قوله كفل بأمره وهو مقيد بمن يصح أمره فلا رجوع على الصبي والعبد المحجورين إذا
أدى
كفيلهما بالامر لعدم صحته منهما ولكن يرجع على العبد بعد عتقه، وأما الصبي فلا
رجوع
عليه مطلقا. ولو تكفل الكفيل بإذن وليه كما في المبسوط بخلاف المأذون فيهما
لصحة أمره
وإن لم يكن أهلا لها. وأطلق في قوله بما أدى وهو مقيد بأن يؤدي ما ضمن، أما إذا
أدى
خلافه بأن كان المكفول به جيدا فأدى رديئا أو بالعكس فإن رجوعه بما ضمن لا بما
أدى
لكونه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه الكفيل بالهبة أو بالإرث ولا
يرد
عليه أنه تمليك الدين من غير من عليه الدين لأننا ننقل الدين إليه بمقتضى الهبة للضرورة
وله
نقله بالحوالة أو بجعل الدين الواحد كدينين بخلاف المأمور بقضاء الدين فإنه يرجع
بما أدى
إن أدى أردأ من الدين وإن أدى أجود لم يرجع إلا بالدين لأن حق رجوعه إنما هو
بالأداء
بأمره، ولذا لا يملكه لو وهب له فيرجع بما أدى ما لم يخالف أمره بالزيادة أو بجنس
آخر.
وقوله رجع بما أدى مقيد بما إذا دفع ما وجب دفعه على الأصيل، فلو كفل عن
المستأجر
بالأجرة فدفع الكفيل قبل الوجوب لا رجوع له كما في إجازات البرازية. وأطلق فيما
أدى

فشمل ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف المكفول بها على خمسمائة فإنه يرجع
بالخمسمائة

لا بما ضمن وهو الألف لأنه إسقاط أو هو إبراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا
ينتقل

إلى الكفيل. وفي فتح القدير من بيع الفضولي: إذا كفل بالمسلم فيه وأداه من ماله يصير
مقرضا حتى لا يرجع بقيمته إن كان ثوبا لأن الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما
جعل تبعا

له ا ه. وفي رهن الخانية: باع شيئا وأخذ بالثمن كفيلا بأمر المشتري فأدى الكفيل
الثمن ثم

هلك المبيع عند البائع فإن الكفيل لا يخاصم البائع ولا يرجع عليه بالثمن وإنما يخاصم
المشتري ثم المشتري يرجع على البائع بما دفع الكفيل إليه ا ه.

قوله: (وإن كفل

بغير أمره ثم أجازها لأن الكفالة لزمته ونفذت لعيه بغير أمر غير موجبة للرجوع فلا
تنقلب

موجب له كما في الكافي. وهذا إذا أجاز بعد المجلس، أما إذا أجاز في المجلس فإنها
تصير

موجبة للرجوع، كذا في فصول العمادية. وفي آخر الولوالجية من الحيل: رجل كفل
بنفس

رجل ولم يقدر على تسليمه فقال له الطالب ادفع إلي مالي على المكفول عنه حتى تبرأ
عن

الكفالة فأراد أن يؤديه على وجه يكون له حق الرجوع على المطلوب، فالحيلة في ذلك
أن

يدفع الدين إلى الطالب ويهب الطالب مال المطلوب ويوكل بقبضه فيكون له حق
المطالبة، فإذا

قبضه يكون له حق الرجوع لأنه لو دفع إليه المال بغير هذه الحيلة يكون متطوعا، ولو
أدى

بشرط أن لا يرجع لا يجوز اه. وقد ذكر قاضيخان في هذا الكتاب مسائل الامر بنقد
المال

وأنها على أربعة أقسام: منهما يرجع المأمور على الأمر سواء قال ادفع عني أو لم يقل،
خليطا

كان الأمر أو، وهي أن يقول اكفل لفلان بألف درهم علي أو انقده ألف درهم علي أو
اضمن له الألف التي علي أو اقضه ماله علي أو اعطه الألف التي له علي أو ادفع كذلك،

ففي هذه كلها كلمة علي كعني. ومنها ما يرجع إن كان خليطا وإلا لا لو قال ادفع إلي
فلان ألفا ولم يقل عني ولا علي فدفعها رجع إن كان خليطا وإلا لا. ومنها ما لا رجوع

فيه

في جميع الأحوال إلا إذا شرط الأمر الضمان وقال علي أنني ضامن وهي ما لو قال هب
لفلان

عني ألفا فإذا وهب المأمور كانت من الأمر ولا رجوع للمأمور عليه ولا على القابض
وللأمر

الرجوع فيها والدافع متطوع، ولو قال علي أنني ضامن ففعل جازت وضمن الأمر
للمأمور

وللأمر الرجوع فيها دون الدافع، وكذا أقرض فلانا ألفا وكذا عوض عني فلانا فإن قال
علي

أن ترجع علي رجع وإلا فلا، وكذا كفر عن يميني بطعامك أو أد زكاة مالي بمال
نفسك أو

أحج عني رجلا أو أعتق عني عبدا عن ظهاري. وليس في نسختي بيان القسم الرابع الذي قال فيه أو لا أنه يرجع إن ذكر عني وإلا فلا قوله: (ولا يطالب الكفيل بالمال قبل أن يؤدي عنه) لأنه إنما التزم المطالبة وإنما يملك الدين بالأداء فلا يرجع قبل التملك. فإن قلت: هل للكفيل أخذ الرهن من الأصيل قبل أن يؤدي عنه؟ قلت: قال في الخانية: كفل عن رجل بمال ثم إن المكفول عنه أعطى الكفيل رهنا ذكر في الأصل أنه لو كفل بمال مؤجل على الأصيل فأعطاه المكفول عنه رهنا بذلك جازاه. قيد بالكفيل لأن الوكيل بالشراء له الرجوع على الموكل قبل الأداء لما بينهما من المبادلة الحكمية حتى تحالفا لو اختلفا في مقدار الثمن وللوكيل حبس المبيع إلى استيفاء الثمن قوله: (فإن لوزم لازمه) أي إن لازم الكفيل الطالب لازم الأصيل ليخلصه من هذه العهدة. وأشار إلى أنه لو حبس الكفيل حبس المطلوب، وقدمنا عن البرازية أنه مقيد بما إذا كانت الكفالة بأمره وإلا فلا يلزم الأصيل لأنه ما أدخله ليخلصه، وقدمنا أن للطالب حبسهما. وينبغي أن يقيد أيضا بما إذا كان المال حالا على الأصيل كالكفيل وإلا فليس له ملازمته، وسيأتي بيان الحلول على الكفيل وحده. وقيده في السراج الوهاج أيضا بما إذا لم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله وإلا فلا يلزمه. وأشار المؤلف إلى أن المحال عليه إذا لوزم وكانت الحوالة بأمر المحيل كان له أن يلزم المحيل ليخلصه عن ملازمة المحال له، وإذا حبسه كان له أن يحبسه إلا أن يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله وقد احتال بماله عليه مقيدا فليس للمحال عليه أن يلزم المحيل إذا لوزم ولا يحبسه إذا حبس اهـ.

قوله: (وبرئ بأداء الأصيل) أي برئ الكفيل لأن براءة الأصيل توجب براءته لأنه لا

دين عليه في الصحيح وإنما عليه المطالبة فيستحيل بقاؤها بلا دين، هكذا ذكر الشارح
تبعاً
للهداية. وظاهره أن القائل بأن الكفيل عليه دين لا يبرأ بأداء الأصيل وليس كذلك بل
يبرأ
إجماعاً لأن تعدد الدين عند القائل به حكمي فيسقط بأداء واحد هـ. قوله: (ولو أبرأ
الأصيل أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه) لما قدمناه أنه يلزم من إبراء الأصيل إبراءه
والتأخير إبراء موقت فتعتبر بالابراء المؤيد. وإنما قال أبرأ الأصيل أي أبرأ الطالب ولم
يقبل لو
برئ الأصيل لأنه لا يلزم من براءته براءته لما في الخانية: ضمن له ألفاً على فلان فرهن
فلان
أنه كان قضاة إياها قبل الكفالة فإنه يبرأ الأصيل دون الكفيل، ولو برهن أنه قضاة بعدها
يبرأ هـ. فقد برئ الأصيل في الوجه الأول فقط ولكن يخرج عنه حينئذ مسألة في
الخانية
هي لو مات الطالب والأصيل وارثه برئ الكفيل أيضاً لكون المطلوب ملك في ذمته
فبرأ
وبراءته توجب براءته، فعلى هذا لو عبر ببرئ لشمليها. ويجاب عما ذكرناه من فرع
الخانية
السابق بأنه ليس من باب البراءة وإنما تبين أن لا دين على الأصيل والكفيل عومل
بإقراره كما

لا يخفى. وخرج عن مسألة الكتاب ما إذا تكفل بشرط براءة الأصيل فإن الأصيل يبرأ
دون
الكفيل لكونها صارت مجازا عن الحوالة. وفي جامع الفصولين: باع المديون بيع وفاء
برئ
كفيله فلو تفاسخا لا تعود الكفالة ا هـ. وهو يدل على أن الدين إذا عاد إلى الأصيل بما
هو
فسخ لا يعود على الكفيل، وسيأتي عن التتارخانية بيانه. وفي السراج الوهاج: ويشتر
قبول
الأصيل البراءة، فإن ردها ارتدت. وهل يعود الدين على الكفيل؟ فيه قولان وموت
الأصيل
كقبوله وإنما قال أو أخرج عنه للاحتراز عما إذا تأخر المطالبة عن الأصيل لا بتأخير
الطالب
كالعبد المحجور إذا لزمه شيء بعد عتقه فكفل به إنسان فإن الأصيل تتأخر المطالبة عنه
إلى
إعتاقه ويطلب كفيله للحال، ومنه المكاتب إذا صالح عن دم عمد وكفل به رجل ثم
عجز
تأخرت المطالبة عن الأصيل دون الكفيل والمسألتان في الخانية معللا بأن الأصيل إنما
تأخرت
عنه لاعتساره، ومفهومه أن الأصيل لو كان معسرا ليس للطالب مطالبته ويطلب الكفيل
لو
موسرا. وفي التتارخانية: لو أجل الطالب الأصيل فلم يقبل صار حالا عليهما، ولو أجله
شهرًا ثم سنة دخل الشهر في السنة والأجل إذا اجتمعت انقضت بمرة ا هـ. وفي النهاية:
ان ابراء الأصيل وتأجيله يرتدان بالرد وإبراء الكفيل يرتد بالرد وأما تأجيله فلا يرتد بالرد
ا هـ.

قوله: (ولا ينعكس) أي براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل ولا التأخير عنه يوجب
التأخير عن الأصيل لأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز. قيد بالتأخير
أي
التأجيل بعد الكفالة بالمال حالا لأنه لو كفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر فإنه يتأجل
عن
الأصيل لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه، أما ما هنا
بخلافه، كذا في الهداية. أطلقه في براءة الكفيل فشمّل ما إذا قبل أو لم يقبل كما في
السراج
الوهاج، وأشار باقتصاره على عدم براءة الأصيل إلى أن الكفيل إذا أبرأه الطالب فلا

رجوع له
عليه بخلاف ما إذا وهبه الدين أو تصدق به عليه فإن له الرجوع على الأصيل. ولا بد
من

قبول الكفيل في الهبة والصدقة فلو كان الابراء والهبة بعد موته فقبل الوارث صح فإن
رد
ورثته ارتد في قول أبي يوسف وبطل الابراء لأنه إبراء لهم. وقال محمد: لا يرتد بردهم
كما
لو أبراه في حياته ثم مات. ويستثنى من قوله براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل ما في
السراج الوهاج: لو أحال الكفيل الطالب على رجل فقبل الطالب والمحال عليه برئ
الكفيل
والأصيل لأن الحوالة حصلت بأصل الدين والدين أصله على المكفول عنه فتضمنت
الحوالة
برأتها. ولو اشترط الطالب وقت الحوالة براءة الكفيل خاصة برئ الكفيل ولا يبرأ
المكفول
عنه وللطالب أن يأخذ بدينه أيهما شاء إن شاء الأصيل وإن شاء المحال عليه، ولا سبيل
له
على الكفيل حتى يتوي المال على المحال عليه هـ. وكذا يستثنى منه ما في الخانية: إذا
مات
الطالب والكفيل وارثه برئ الكفيل عن الكفالة وبقي المال على المكفول عنه على
حاله، وإن
كانت الكفالة بغير أمره برئ المطلوب أيضا لأنه لما مات الطالب صار ذلك المال
ميراثا لورثته.
ولو ملك الكفيل المال في حياة الطالب بالقضاء أو الهبة يرجع على المكفول عنه إن
كانت
الكفالة بأمره وإن كانت بغير أمره لا رجوع هـ. ففيما إذا مات الطالب والكفيل وارثه
وكانت بغير أمره لزم من براءة الكفيل براءة الأصيل. ثم اعلم أن قول صاحب الهداية
فيما
قدمناه لو كفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر يتأجل عن الأصيل أيضا محمول على غير
القرض
لما في التارخانية: وإذا كفل بالقرض مؤجلا إلى أجل مسمى فالكفالة جائزة والمال
على
الكفيل إلى الاجل المسمى وعلى الأصيل حال. وعزاه إلى الذخيرة ثم عزا إلى الغياثة:
لو كفل
بالقرض فأخر عن الكفيل جاز ولا يتأخر عن الأصيل. ويخالفه ما صرح به في تلخيص

(३४०)

الجامع من أنه شامل للقرض فإن هذا هو الحيلة في تأجيل القروض وقدمناه في التأجيل. وللطرسوسي في أنفع الوسائل كلام فيه فراجعته. وفيها: ولو كفل بدين مؤجل ثم باعه الكفيل شيئاً بالدين قبل حلوله سقط، ولو أقال البيع أو رد بالتراضي عاد الدين ولم يعد الاجل، ولو انفسخت الحوالة بالتوي عاد الاجل، وكذا لو باع الأصيل الطالب بدينه سقط

فلو رد عليه بملك جديد عاد الدين على الأصيل ولم يعد على الكفيل، وبالفسخ من كل وجه

يعود على الكفيل. ولو كان الاجل لاحد الكفيلين أكثر فحل على الآخر وأدى رجوع على

الأصيل حتى يحل على الآخر أو يرجع الآخر بنصفه ثم يتبعان الأصيل بالنصف اه. وإذا لم

يكن تأجيل الكفيل تأجيلاً للأصيل فإذا أدى الكفيل قبل مضي الاجل لا رجوع له على الأصيل حتى يمضي الاجل باتفاق الروايات، وكذا إذا حل على الكفيل بموته لا يحل على

الأصيل، وكذا إذا حل على الأصيل بموته لا يحل على الكفيل. وعن أبي يوسف إذا كان على

رجلين ألف مؤجل وكل واحد كفيل عن صاحبه فمات أحدهما أخذ ما عليه بالأصالة،
وأما

ما عليه بالكفالة يبقى مؤجلا هو الصحيح، كذا في التتارخانية.

قوله: (ولو صالح أحدهما رب المال عن ألف على نصفه برئ ا) أي صالح الأصيل أو
الكفيل الطالب على نفس الدين برئ الكفيل والأصيل، أما إذا صالح الأصيل فظاهر لأنه
بالصالح يبرأ وبراءته توجب براءة الكفيل، وأما إذا صالح الكفيل فلأنه أضافه إلى الألف
الدين وهي على الأصيل فبرئ عن خمسمائة، فبراءته توجب براءة الكفيل، ثم برئ ا
جميعا عن

خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره بخلاف
ما إذا

صالح على جنس آخر لكونه مبادلة فملكه فرجع بالألف. أطلقه فشمّل ما إذا شرط
الكفيل

برأتهما أو براءة الأصيل أو لم يشترط شيئا، وأما إذا شرط براءة الكفيل وحده برئ دون
الأصيل، هكذا ذكر الشارح. وليس المراد أن الطالب يأخذ البدل في مقابلة إبراء
الكفيل

عنها، وإنما المراد أن ما أخذه من الكفيل محسوب من أصل دينه ويرجع بالباقي على
الأصيل

قال في الهداية: ولو كان صالحه عما استوجب من الكفالة لا يبرأ الأصيل لأن هذا إبراء
الكفيل عن المطالبة اه. قال في النهاية: أي ما وجب بالكفالة وهو المطالبة صورته ما

في
المبسوط: لو صالحه على مائة درهم على أن إبراء الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل
على

الأصيل بمائة ورجع الطالب على الأصيل بتسعمائة لأن إبراء الكفيل يكون فسخا
للكفالة

يكون إسقاطا لأصل الدين اه. وهكذا في فتح القدير وقال قبله: وإن شرط براءة الكفيل

وحده برئ الكفيل عن خمسمائة والألف بتمامها على الأصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة إن

كان بأمره والطالب بخمسمائة. اه وفي التتارخانية: الكفيل إن كان بالنفس إذا صالح الطالب على خمسمائة دينار على أن أبرأه من الكفالة بالنفس يجوز ولا يبرأ عنها، فلو كان

كفيلا بالنفس والمال عن إنسان واحد وصالح على خمسين بالشرط برئ. ثم قال: الكفيل

بالنفس إذا قضى الدين الذي على الأصيل على أنه يبرئ عن الكفالة ففعل جاز القضاء والابراء، وأما إذا أعطاه عشرة ليبرئ عن الكفالة بالنفس فأبرأه لم يسلم له العوض باتفاق

الروايات وفي براءته عنها روايتان اه. وفي الخانية: لو صالح الكفيل الطالب على شئ ليبرئ ه عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال على الكفيل اه. وهو بإطلاقه شامل

للكفالة بالمال والكفالة بالنفس قوله: (وإن قال الطالب للكفيل برئ ت إلي من المال رجع على

المطلوب) أي الكفيل على الأصيل معناه إذا ضمن بأمره لأن البراءة التي ابتداءؤها من المطلوب

وانتهاؤها إلى الطالب لا تكون إلا بالايفاء فيرجع فصار كإقراره بالقبض منه أو النقد منه أو

الدفء إليه، واستفيد منه براءة المطلوب للطالب لإقراره كالكفيل قوله: (وفي برئ ت أو أبرأتك

لا) أي في قول الطالب للكفيل برئ ت - بفتح التاء - أو أبرأتك لا يرجع الكفيل على المطلوب، أما في أبرأتك فلا خلاف فيه لأنه إبراء لا ينتهي إلى غيره وذلك بالاسقاط فلم

يكن إقرارا بالايفاء. وأنت في حل بمنزلة أبرأتك، وأما في برئ ت فقال محمد: هو مثله

لاحتماله البراءة بالأداء إليه والابراء فيثبت الأذنى إذ لا رجوع بالشك. وقال أبو يوسف: هو

مثل الأول لأنه أقر ببراءة ابتداءؤها من المطلوب وإليه الايفاء دون الابراء. وقيل في جميع ما

ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لأنه هو المعامل حتى في برئ ت إلي

لاحتمال لأنني أبرأتك مجازا وإن كان بعيدا في الاستعمال، كذا في النهاية. وفي فتح

القدرير:
والحوالة كالكفالة في هذا. قيد بقوله برئ ت لأنه لكتب في الصك برئ الكفيل من
الدرهم التي كفل بها كان إقرارا بالقبض عندهم جميعا كقوله برئ ت إلي بقضية
العرف فإن
العرف بين الناس أن الصك يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت بالايفاء، وإن
حصلت

بالإبراء لا يكتب عليه الصك فجعلت الكتابة إقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الإبراء،
كذا
في فتح القدير. واختلف المتأخرون فيما إذا قال المدعى عليه أبرأني المدعى من
الدعوى التي
يدعي علي، منهم من قال هو إقرار بالمال كما لو قال أبرأني من المال الذي ادعاه،
ومنهم من
قال لا يكون إقرارا لأن الدعوى تكون بحق وبباطل، كذا في فتح القدير. وفي البرازية
من
الدعوى: دعوى البراءة عن الدعوى لا يكون إقرارا بالدعوى عند المتقدمين وخالفهم
المتأخرون، ودعوى البراءة عن المال إقرار وقول المتقدمين أصح اه.
قوله: (وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) لما فيه من معنى التملك كما في سائر
البراءات، ويروى أنه يصح لأنه عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطا
محضا
كالطلاق، ولهذا لا يرتد إبراء الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصيل، كذا في الهداية.
وظاهره
ترجيح عدم بطلانه بناء على الصحيح. وذكر الزيلعي الشارح أنه لا يصح التعليق أيضا
وإن لم
يكن عليه إلا المطالبة لما فيه من تملك المطالبة وهي كالدين لأنها وسيلة إليه
والتملك لا
يقبله. وفي الخانية: لو قال للكفيل أخرجتك عن الكفالة فقال الكفيل لا أخرج لم يصح
خارجا اه. فثبت أن إبراء الكفيل أيضا يرتد بالرد. وفي المعراج: قيل المراد بالشرط
الشرط
المحض الذي لا منفعة للطالب فيه أصلا كدخول الدار ومجيء الغد لأنه غير متعارف،
أما إذا
كان متعارفا فإنه يجوز كما في تعليق الكفالة لما في الايضاح: لو كفل بالمال والنفس
وقال إن
وافيتك غدا فأنا برئ من المال فوفاه غدا يبرأ من المال، فقد جوز تعليق البراءة عن
الكفالة

بالمال، وكذا إذا علق البراءة باستيفاء البعض يجوز أو علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض
يجوز، ذكره في مبسوط شيخ الاسلام. فعلم أن المراد بالشرط الشرط الغير المتعارف،
واختلاف الروايتين في صحة التعليق محمول على هذا، فرواية عدم الجواز فيما إذا كان
غير متعارف، ورواية الجواز فيما إذا كان متعارفا هـ. فعلى هذا فكلام المؤلف محمول
على شرط غير متعارف. وأراد من الكفالة الكفالة بالمال احترازا عن كفالة النفس فإنه يصح تعليق
البراءة منها على تفصيل مذکور في الخانية قال: إذا علق براءة الكفيل بالنفس بشرط فهو على
وجوه ثلاثة: في وجه تجوز البراءة ويطل الشرط نحو أن يكفل رجل بنفسه رجل فأبرأه
الطالب عن الكفالة على أن يعطيه الكفيل عشرة دراهم جازت البراءة ويطل الشرط، وإن صالح
الكفيل المكفول له على مال ليرئ هـ عن الكفالة لأصح الصلح، ولا يجب المال على الكفيل
ولا يبرأ عن الكفالة في رواية الجامع وإحدى روايتي الحوالة والكفالة، وفي رواية أخرى يبرأ
عن الكفالة. وفي وجه تجوز البراءة والشرط وصورة ذلك: رجل كفل بنفس رجل وبما
عليه من المال فشرط الطالب على الكفيل أن يدفع المال إلى الطالب ويرئ هـ عن الكفالة
بالنفس جازت الكفالة والشرط. وفي وجه لا يجوز كلاهما وصورة ذلك: رجل كفل بنفس رجل
خاصة فشر الطالب على الكفيل أن يدفع إليه المال ويرجع بذلك على المطلوب فإنه يكون
باطلا هـ.
قوله: (والكفالة بحد وقود) أي بطل التكفيل بحد وقود لأنه يتعذر إيجابه عليه لعدم
جريان النيابة في العقوبة لعدم حصول المقصود منها وهو الزجر. قيل الكفالة بنفس
الحد والقود لأن الكفالة بنفس من عليه يجوز، وصرح به في البناية وأشار إليه في الهداية.
وقد منا

أنه لا يجوز بنفس من عليه في الحدود الخالصة فليراجع في شرح قوله ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد وقود قوله: (ومبيع ومرهون وأمانة) أي وبطلت الكفالة بالمبيع والمرهون. أما الكفالة بالمبيع للمشتري فلان المبيع مضمون بغيره وهو الثمن، والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن إنما تصح بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع يباع فاسدا والمقبوض على سوم الشراء أو المغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون لأن من شرطها أن يكون المكفول مضمونا على الأصيل بحيث لا يمكنه أن يخرج عنه إلا بدفعه أو دفع مثله، والمبيع قبل القبض ليس بمضمون على البائع حتى لو هلك لا يجب عليه شيء

وإنما يفسخ به البيع، والمرهون غير مضمون على المرتهن بنفسه وإنما يسقط دينه إذا هلك فلا

يمكن إيجاب الضمان على الكفيل، وهو ليس بواجب على الأصيل. أطلقه فشمّل ما إذا ضمن الرهن عن المرتهن للراهن أو عكسه، كذا في جامع الفصولين. وأما الأمانة كالوديعة

ومال المضاربة والشركة والعارية والمستأجر في يد المستأجر فلا يمكن جعلها مضمونة على

الكفيل وهي غير مضمونة على الأصيل وقالوا: رد الوديعة ليس بواجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها. قيد بالكفالة بالعين لأن

الكفالة بتسليمها أمانة أو مضمونة صحيحة، وفائدته حينئذ إلزام إحضار العين وتسليمها، ولو عجز بأن مات العبد المبيع أو المستأجر أو الرهن انفسخت الكفالة وزان الكفالة بالنفس

سواء. وما ذكره شمس الأئمة السرخسي أن الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في

الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة، وكذا في المبسوط. ونص القدوري أنها

بتسليم المبيع جائزة، ونص في التحفة على جميع ما أوردناه أن الكفالة بالتسليم صحيحة.

والوجه عندي أن لا فرق بين الثلاث الأول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية

وما معها من الأمانات إذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب. فإن قال الواجب التخلية بينه

وبينها لا ردها إليه فنقول: فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو أن يحصلها ويخلي بينه

وبينها بعد إحضاره إليها. ونحن نعني بوجوب الرد ما هو أعم من هذا ومن حمل المردود

إليه. قال في الذخيرة: الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة، كذا في فتح القدير. ورد

على شمس الأئمة السرخسي مأخوذ من معراج الدراية ويساعده قول الشارح ويجوز في الكل

أن يتكفل بتسليم العين مضمونة أو أمانة. وقيل: إن كان تسليمه واجبا على الأصيل كالعارية

والإجارة جاز وإلا فلا، فأفاد أن التفصيل بين أمانة وأمانة ضعيف.
قوله: (وصح لو ثمننا ومغصوبا ومقبوضا علي سوم الشراء ومبيعا فاسدا) أي صح
الضمان لو كان المضمون إلى آخره. أما لثمن فلكونه ديننا صحيحا مضمونا على
المشتري،
وأماما عداه فلكونه مضمونا بنفسه على الأصيل لأنه إذا هلك وجبت قيمته وهي كهو.

ويستثنى من الثمن ما باع به صبي محجور عليه فكفل به رجل أو كفل بالدرك بعدما قبض
الصبى الثمن لم تصح الكفالة لكونه كفل بما ليس بمضمون على الأصيل، وإن كفل
بالدرك
قبل قبض الصبي صحت، كذا في الخانية. ومما تصح به الكفالة من الأعيان بدل الصلح
عن
الدم لو كان عبدا فكفل به إنسان صحت، فإن هلك قبل القبض فعليه قيمته، ومنها
المهر
وبدل الخلع لأن هذه الأشياء لا تبطل بهلاك العين، كذا في الخانية. لو كفل بالثمن
فاستحق
المبيع برئ الكفيل، وكذا لو رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو شرط،
ولو
كفل المشتري بالثمن لغريمه ثم استحق المبيع برئ الكفيل، ولو رده بعيب بقضاء أو
بغير
قضاء لا. ولو كفل بالمهر عنه ثم سقط عنه كله قبل الدخول أو نصفه قبله برئ الكفيل
عن
الكل في الأول وعن النصف في الثاني حكما لبراءة الزوج. ولو كفل بالثمن ثم ظهر
فساد
البيع رجع الكفيل بما دفعه إن شاء على البائع وإن شاء على المشتري، وإن فسد بعد
صحته
بأن ألحقا به شرطا فاسدا فالرجوع للمشتري على البائع وتمامه في التارخانية هنا.
وذكر في
باب خيار الشرط لو كان بالثمن كفيل ففسخ المشتري فلم يرد المبيع إلى البائع فله
مطالبة
الكفيل بالثمن حتى يرد المشتري المبيع اه. وهو مخالف لقوله هنا إن الكفيل يبرأ بفسخ
البيع
بخيار الشرط ونحوه فليتأمل. وأما ضمان المغصوب فإن كان المضمون عينا قائما فيلزم
الضامن إحضارها وتسليمها لا قيمتها إن هلكت، وإن كالمضمون مستهلكا فالمضمون
قيمه لما في السراج الوهاج: ولو ادعى على رجل أنه غصبه ألف درهم وهو في يده أو
في
منزله أو ادعى شيئا يكون ديناً من مكيل أو موزون فضمن له رجل ما ادعى كان على
الضامن
أن يأتي بذلك الشيء بعينه، فإن لم يأت بذلك الشيء لم يضمن حتى يستحقه المدعي

على
المدعى عليه، وإن ادعى ألفا مستهلك أو كرا مستهلكا فضمنه رجل فهو ضامن من
ساعته
وإن لم يقم المدعى بينة لأن العين ما دامت باقية فالضمان ينصرف إلى إحضارها ولا
ينصرف
إلى تسليمها إلا بعد الاستحقاق، وإن كانت هالكة فالضمان ينصرف إلى القيمة فصار
ضمانه
دلالة على الاعتراف بالضمان اهـ. والمقبوض على سوم الشراء إنما يكون من هذا النوع
إذا
سمي له ثمن وإلا فهو أمانة كما قدمناه في البيوع قوله: (وحمل دابة معينة مستأجرة
وخدمة
عبد استؤجر للخدمة) أي وبطلت الكفالة بحمل دابة إلى آخره لأنها إذا كانت معينة
كان
الكفيل عاجزا عن تسليمها لأنه لا ولاية له في الحمل على دابة الغير لأنه لو أعطى دابة
من
عنده لا يستحق الأجرة لأنه أتى بغير المعقود عليه. قيد بكونها معينة لأنها لو كانت
بغير عينها

جازت الكفالة لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق. وقيد بالحمل لأنه لو كفل بتسليم الدابة المعينة يجوز كما قدمناه. وفي فتح القدير: والحاصل أنه إن كان الحمل على الدابة بتسليمها فينبغي أن تصح الكفالة لأن الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة ولم يمنع منه كون المستأجر ملكا لغير الكفيل، وإن كان التحميل ينبغي أن لا يصح فيهما لأن التحميل غير واجب على الأصيل. والحق أن الواجب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والاذن في تحميلها وهو ما ذكر في النهاية من التركيب، وما ذكرنا من الحمل عليها ففي المعينة لا يقدر على الاذن في تحميلها إذ ليس له ولاية عليها ليصح إذنه الذي هو معنى الحمل، وفي غير المعينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها اه.

قوله: (وبلا قبول الطالب في مجلس العقد) أي وبطلت الكفالة بلا قبول الطالب في مجلس الايجاب أي لم تنعقد أصلا، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يجوز إذا بلغه فأجاز. ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة وهو الأظهر عنه والخلاف في الكفالة في النفس والمال جميعا له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه الظاهر عنه، ووجه التوقف ما قدمناه في الفضولي في النكاح. ولهما أن فيهما معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شرطه فلا يتوقف على ما وراء المجلس إلا أن يقبل عن الطالب فضولي فإنه يصح ويتوقف على إجازته وللكفيل أن يخرج نفسه عنها قبل إجازته، كذا في شرح المجمع والحقائق. وبه علم أن قبول الطالب بخصوصه إنما هو شرط النفاذ، وأما أصل القبول في مجلس الايجاب فشرط الصحة، فلو حذف الطالب في الكتاب لكان أولى كما فعل في الاصلاح ونبه عليه في الايضاح. وفي البزازية: الفضولي لو فسخ الموقوف لا يصح،

كذا
في البزازية. وفي البزازية: الفتوى على قول الثاني. قيد بالانشاء لأنه لو أخبر عن الكفالة

حال غيبة الطالب يجوز إجماعا. ولو اختلفا فقال الطالب أخبرت وقال الكفيل كان إنشاء
فالقول للطالب، كذا في البزازية. وفي السراج الوهاج: لو قال ضمنت ما لفلان علي
فلان
وهما غائبان فقبل فضولي ثم بلغهما فأجازا فإن أجاز المطلوب أولا ثم الطالب جازت
وكانت
كفالة بالامر، وإن كان على العكس جازت وكانت بغير الامر، وإن لم يقبل فضولي عن
الطالب لم تجز مطلقا عندهما، وكذا لو كان الطالب حاضرا وقبل ورضي المطلوب
فإن رضي
قبل قبول الطالب رجوع عليه، وإن بعده فلا رجوع اه قوله: (إلا أن يكفل وارث المريض
عنه) بأن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء
لأن
ذلك وصية في الحقيقة ولذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا: إنما تصح إذا
كان له
مال أو يقال إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفرغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما
إذا
حضر بنفسه. وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون
المساومة
ظاهرا في هذه الحالة فصار كما إذا كفل بنفسه كالأمر بالنكاح. قيد بالوارث لأن
المريض لو
قال ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه، فمنهم من قال بالجواز تنزيلا للمريض منزلة
الطالب،
ومنهم من قال بعدمه لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض
والصحيح
سواء والأول أوجه، كذا في فتح القدير. وحقق أنها كفالة لكن يرد عليه توقفها على
المال
كما قدمناه. وقيد بالمريض لأن الصحيح لو قال ذلك لوارثه أو غيره لم يصح ومن هنا
يقال
إنها ليست كفالة من كل وجه لأنها لا تصح إلا إذا كان للمريض مال، فلو كانت
كفالة مطلقا
لصحت مطلقا وليست وصية من كوجه لأنها لو كانت وصية مطلقا لصح الامر من
الصحيح ولذا قال في معراج الدراية في تعليل الكتاب بأن ذلك وصية في الحقيقة نظر
إذ لو

كانت وصية حقيقة لما اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض إلا أن يؤول بأنه
في
معنى الوصية في الحقيقة وفيه بعد اه. وقد يقال: لا فائدة في هذه الكفالة لأن الوارث
مطالب بقضاء دين الميت من مال الميت سواء قال له المريض تكفل عني أو لا، وإذا
لم يكن له
تركة لا مطالبة عليه، سواء قال له ذلك أم لا، فأبي فائدة فيها؟ وقد وقع الاشتباه لعدم
الاطلاع على نقل فيما إذا تكفل بعض الورثة بأمر المريض وكان له مال غائب، هل
يطلب
الكفيل بقضاء دين الميت من ماله ثم يرجع في التركة أو لا؟ ولهذا قال في السراج
الوهاج:
إن الورثة يطالبون بدين مورثهم بلا ضمان والضمان ما زاده إلا تأكيدا. وقيد في الهداية
المسألة بأمر المريض لورثته لأن الورثة لو قالوا ضمنا للناس كل دين لهم عليك ولم
يطلب

المريض ذلك منهم والغرماء غيب لم يصح، ولو قالوا ذلك بعد موته صحت الكفالة،
وروي

عن أبي حنيفة جواز كفالتهم في مرضه وإن لم يطلب المريض منهم ذلك، كذا في
السراج

الوهاج والخانية. وفي البدائع: وأما مسألة المريض فقد قال بعض مشايخنا: إن جواز
الضمان

بطريق الايضاء بالقضاء عنه بعد موته لا بطريق الكفالة، وبعضهم أجازوه على سبيل
الكفالة.

ووجه ما أشار إليه أبو حنيفة في الأصل وقال هو بمنزلة المعبر عن غرمائه وشرح هذه
الإشارة والله أعلم أن المريض مرض الموت يتعلق الدين بماله ويصير بمنزلة الأجنبي
عنه حتى

لا ينفذ منه التصرف المبطل لحق الغريم، ولو قال أجنبي للورثة اضمنوا الغرماء فلان عنه
فقالوا ضمنا يكتفي به فكذا المريض اه.

قوله: (وعن ميت مفلس) أي وبطلت الكفالة عن ميت مفلس وهذا عند أبي حنيفة.
وقالا. صحيحة لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة رجل من
الأنصار فسأل هل عليه

دين؟ قالوا: نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة فقال: صلوا على أخيكم. فقام أبو
قتادة فقال: هما علي يا رسول الله فصلى عليه. ولأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق
الطالب

ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة.، ولو تبرع به انسان يصح ولذا
يبقى إذا

كان به كفيل. وله أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف
بالوجوب

لأنه في الحكم مال لأنه يؤول إليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة
الاستيفاء

فيسقط ضرورة. والتبرع لا يعتمد قيام الدين. وإذا كان له كفيل أو له مال فخلفه إذا لا
فضاء

إلى الأداء باق. أطلقه فشمّل ما إذا كان الكفيل أجنبيا أو وارث الميت ولو ابنه، كذا
في

المعراج. والجواب عن الحديث أنه يحتمل الاقرار عن كفالة سابقة والانشاء والوعد
وحكاية

الفعل لا عموم لها. وقيد بالكفالة بعد موته لأنه لو كفل في حياته ثم مات مفلسا لم
تبطل

الكفالة، وكذا لو كان به رهن ثم مات مفلسا لا يبطل الرهن لأن سقوط الدين عنه في أحكام الدنيا في حقه للضرورة فتتقدر بقدرها فأبقيناه في حق الكفيل والرهن لعدم الضرورة، كذا في المعراج. وبما قررناه علم أن الميت المفلس من مات ولا تركة له ولا كفيل عنه، ويستثنى من بطلانها مسألة في التحرير من بحث الموت من عوارض الأهلية لو تقوت الذمة بلحوق دين بعد الموت صحت الكفالة به بأن حفر بئرا على الطريق فتلف به حيوان بعد موته فإنه يثبت الدين مستندا إلى وقت الحفر الثابت حال قيام الذمة والمستند يثبت أولا في الحال، ويلزم اعتبار قوتها حينئذ به لكونه محل الاستيفاء اه قوله: (وبالثلث للموكل ولرب المال به) أي وبطلت كفالة الوكيل لموكله بالثلث وكفالة المضارب لرب المال بالثلث فيما باعه

لأن حق القبض لهما بجهة الأصالة في البيع ولهذا لا يبطل بموت الموكل ورب المال
وبعزله، ولذا
جاز أن يكون الموكل وكيلا عن الوكيل في القبض، ورب المال عن المضارب،
وللوكيل والمضارب
عزله لرجوع الحقوق إليهما وبر المشتري في حلفه أن لا شيء عليه للموكل ورب
المال، وحنث لو
حلف أن لا شيء عليه للوكيل والمضارب. قيد بالوكيل لأن الرسول بالبيع تصح كفالاته
بالثمن عن

المشتري ومثله الوكيل ببيع الغنائم عن الإمام لكونه كالرسول. وقيد بالثمن لأن الوكيل
بتزويج
المرأة لو ضمن لها المهر صح لكونه سفيرا ومعبرا. وقيدنا بأن يكون ثمن ما باعه
الوكيل لأن البائع
لو وكل رجلا بقبض الثمن فكفل به الوكيل صح. وكذا لو أبرأه عنه لم يصح إبرأؤه ولو
أبرأه

الوكيل بالبيع عنه صح إبرأؤه وضمن، كذا في وكالة الخانية. وظاهر كلامهم أن الوصي
والمتولي
على الوقف إذا باع شيئا وضمنا الثمن عن المشتري فهما كالوكيل والمضارب، وسيأتي
في كتاب

الوكالة من باب الوكالة بالخصومة عند قول المصنف وبطل توكيله الكفيل بالمال.
فالحاصل أن
توكيله الكفيل باطل وكفالة الوكيل باطلة، وذكر الشارح هنا فرعا: رجل أعتق عبده
المدين حتى
لزمه ضمان قيمته للغرماء ولزم العبد جميع الدين ثم إن المولى ضمن الدين للغرماء فإنه
لا يصح لأن

المولى متهم فيه بإبراء نفسه اه.
قوله: (وللشريك إذا بيع عبد صفقة) أي وبطل كفالة الشريك لشريكه عن المشتري
حصته من الثمن فيما إذا باعا شيئا مشتركا عقدا واحدا لأنه يصير ضامنا لنفسه لأنه ما
من

جزء يؤديه المشتري أو الكفيل من الثمن إلا وهو مشترك بينهما، ولأنه يؤدي إلى قسمة
الدين
قبل قبضه وأنه لا يجوز. قيد بقوله صفقة واحدة لأنهما لو باعا صفقتين بأن سمي كل
واحد

منهما لنصيبه ثمنا صح ضمان أحدهما نصيب الآخر لامتنياز نصيب كل منهما فلا

شركة بدليل
أن له قبول نصيب أحدهما دون الآخر، ولو قبل الكل ونقد حصة أحدهما كان للناقد
قبض
نصيبه، ولهذا لو استوفى أحدهما نصيبه من المشتري فلا شركة للآخر بخلاف ما إذا
بيع صفقة
فإنه يشارك، وقد اعتبروا هنا لتعدد الصفقة تفصيل الثمن وذكروا في البيوع أن هذا
قولهما،
وأما قول أبي حنيفة فلا بد من تكرار لفظ بعث. ولو قال المصنف وللشريك بدين
مشترك
وحذف قوله فيما إذا بيع عبد صفقة لكان أولى لما في الخانية: رجلان لهما على رجل
دين
فكفل أحدهما لصاحبه بحصته من الدين لا تصح كفالته، ولو تبرع أحدهما بأداء
نصيب
صاحبه من الدين كان جائزاً، وكذا الرجل إذا مات وله دين على رجل وترك ابنين
فكفل
أحدهما لأخيه عن المديون بحصة أخيه لا تصح الكفالة، ولو تبرع أحدهما فأدى حصة
صاحبه

من الدين صح تبرعه وهو بمنزلة الوكيل بالبيع إذا كفل بالثمن عن المشتري لا تصح كفاله
ولو تبرع بأداء الثمن عن المشتري صح تبرعه اه. وفي جامع الفصولين: لهما دين مشترك
على آخر فضمن أحدهما نصيب صاحبه لم يجز فيرجع بما أدى بخلاف ما لو أداه من غير سبق
ضمان فإنه لا يرجع بما أدى، ولو توى نصيبه على المديون مر في مسائل التركة. وفي صورة
الضمان يرجع بما دفع إذ قضاه على فساد فيرجع كما لو أدى بكفالة فاسدة، ونظيره لو كفل
ببدل الكتابة لم تصح فيرجع بما أدى إذا حسب أنه مجبر على ذلك لضمانه السابق، وبمثله لو
أدى من غير سبق ضمان لا يرجع لتبرعه، وكذا وكيل البيع إذا ضمن الثمن لموكله لم يجز
فيرجع، ولو أدى بغير ضمان جاز ولا يرجع اه قوله: (وبالعهد) أي وبطلت الكفالة
بالعهد لاشتباه المراد بها لاطلاقها على الصك القديم وعلى العقد وعلى حقوقه
وعلى الدرك وعلى خيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل للجهالة بخلاف ضمان الدرك، ولا يقال
ينبغي أن يصرف إلى ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيحا لتصرفه لأنا نقول: فراغ الذمة
أصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال، وظاهر كلامهم أن الضامن إذا فسرها بغير ضمان
الدرك لم يصح، ولو كان الصك القديم لقولهم إنه ملك البائع قوله: (والخلاص) أي وبطلت
الكفالة بالخلاص وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا: هي صحيحة بناء على تفسيرها بتخليص المبيع
إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه وهو ضمان الدرك في المعنى، وأبو حنيفة فسره بتخليص المبيع لا محالة ولا قدرة له عليه لأن المستحق لا يمكنه منه. ولو ضمن تخليص المبيع
أو رد الثمن جاز لامكان الوفاء به وهو تسليمه إن أجاز المستحق أو رده إن لم يجز فالخلاف
راجع إلى التفسير قوله: (وببدل الكتابة) لما قدمناه أول الباب. قيد ببديل الكتابة لأن بدل

العتق تجوز الكفالة به لأنه دين وجب عليه بعد الحرية فلا يؤدي إلى التنافي.

فصل

قوله: (ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطي الكفيل الطالب لا يسترد مثله) لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال

كمن

عجل زكاته ودفعتها إلى الساعي، ولأنه ملكه بالقبض على ما نذكر. أطلقه فشمّل ما إذا

كان

الدفء على وجه الرسالة فلا يسترد لكنه لا يملكه بالقبض لتمحضة أمانة في يده، والفرق

بينهما أنه إن دفع له على وجه الاقتضاء كأن قال له إني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فأنا أقضيك المال قبل أن تؤديه لم يكن رسالة، وأما إذا قال له ابتداء خذ هذا المال وادفعه إلي الطالب كان رسالة، فالفرق بينهما إنما هو من جهة ملك المدفوع للقابض وعدمه. وأشار المؤلف إلى أن بالكفالة صار للكفيل على الأصيل دين لو كفل بأمره، ولهذا لو أخذ الكفيل منه رهنا قبل أن يؤدي عنه جاز، ولو أبرأه الكفيل أو وهبه قبل الأداء عنه صح حتى لو أدى عنه لم يرجع فثبت أن له ديناً عليه لكن لا رجوع له قبل الأداء وقد سئلت عما إذا دفع المديون الدين للكفيل ليؤديه إلى الطالب ثم نهاه عن الأداء هل يعمل نهيه؟ فأجبت إن كان كفيلاً بالامر لم يعمل نهيه لأنه لا يملك الاسترداد وإلا عمل لأنه يملكه قوله: (وما ربح الكفيل له) أي إذا ربح الكفيل في المال الذي قبضه من المطلوب قبل أن يقضي الدين طاب له الربح لأنه ملكه بالقبض كما قدمناه فكان الربح بذل ملكه، فظاهره أنه لا يجب عليه التصديق به. وأطلقه فشمّل ما إذا قضى الدين هو أو قضاه الأصيل، وقدمنا أن ملكه للمقبوض مقيد بما إذا قبضه على وجه الاقتضاء، وأما إذا قبضه على وجه الرسالة فإنه لا ملك له فلا يطيب له الربح على قولهما، وعند أبي يوسف يطيب له وأصله ربح الدراهم المغصوبة، واستدل أبو يوسف بقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان.

قوله: (وندب رده على المطلوب لو شيئا يتعين) أي يستحب رد الربح على الأصيل إذا كان المقبوض شيئا يتعين كالحنطة والشعير، وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير.

وقالا: هو له لا يرده وهو رواية عنه. وعنه أنه يتصدق به. لهما أنه ربح في ملكه فيسلم له، وله أنه تمكن الخبث مع الملك إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أو لأنه

رضي به على اعتبار قضاء الكفيل، فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما

يتعين فيكون سبيله التصديق في رواية ويرده عليه في أخرى لأن الخبث لحقه، وهذا أصح

لكنه استحباب لا جبر لأن الحق للكفيل، كذا في الهداية. وظاهر قوله لا جبر أن المراد بالاستحباب عدم جبر القاضي عليه وهو لا يستلزم عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى مع

استحبابه في القضاء بالمعنى المذكور، والعبارة المنقولة عن شيخ الاسلام ظاهرها وجوب الرد

فيما بينه وبين الله تعالى أو التصديق به غير أنه ترجح الرد، كذا في فتح القدير مختصرا. وقيد

بما يتعين لأن ربح ما لا يتعين لا يندب رده على المطلوب. ولم يذكر المصنف رحمه الله تعالى

أنه لا يطيب للأصيل إذا رده الكفيل أو لا، وحكمه كما في البناية أنه إذا كان الأصيل فقيرا

طاب له وإن كان غنيا ففيه روايتان، والأشبه كما قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير

إنه يطيب له لأنه إنما رده عليه لأنه حقه اه. وقيد بالكفيل لأن الغاصب إذا ربح وجب رده

على المالك ويجبر على الدفع له لأنه لا حق للغاصب في الربح، كذا في البناية قوله: (ولو أمر

كفيله أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح عليه) ومعناه الأمر ببيع العينة مثل

أن يستقرض من تاجر عشرة فيأبى فيبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في

نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتجمد خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين إلى

العين وهو مكروه لما فيه في الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل، كذا
في الهداية. وتعقبه في فتح القدير بأنه غير صحيح هنا إذ ليس المراد من قوله تعين عليه
حريرا
اذهب فاستقرض فإن لم يرض المسؤول أن يقرضك فاشتر منه التحرير بأكثر من قيمته
بل
المقصود اذهب فاشتر بثمان أكثر من قيمته لتبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم
يشتره
البائع من ذلك الغير بالأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه فيدفعه بائعه إلى

المشتري المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل. وإنما
وسط
الثاني تحرزا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، فإذا فعل الكفيل ذلك كان
مشتريا
لنفسه والملك له في الحرير والزيادة التي يخسرها عليه لأن هذه العبارة حاصلها ضمان
ما
يخسر المشتري نظرا إلى قوله علي كأنه أمره بالشراء لنفسه فما خسر فعلي وضمن
الخسران
باطل لأن الضمان لا يكون إلا بمضمون والخسران غير مضمون كما لو قال بايع في
السوق
على أن كل خسران يلحقك فعلي أو قال لمشتري العبد إن أبق عبدك فعلي لم يصح.
وقيل: هو
توكيل فاسد ومعنى على منصرف إلى الثمن، فإذا كان الثمن عليه يكون المبيع له فأغنى
عن
قوله لي فهو توكيل لكنه فاسد لأنه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة كما لو
قال
اشتر لي حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها ولو كان المراد بقدر ما يقع به إيفاء الدين
لأن قدره
إنما هو ثمن الحرير الذي يباع به لا ثمن ما يشتريه الكفيل به اه. والمراد بقوله تعين
عليه
حريرا اشتر حريرا بطريق العينة وما لم ترجع إليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع
العينة
لأنه من العين المسترجعة لا العين مطلقا وإلا فكل بيع بيع العينة. وفي البناية أن الكراهة
في
هذا البيع حصلت من المجموع فإن الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والبخل
الحاصل من
طلب الربح في التجارات كذلك وإلا لكانت المرابحة مكروهة اه. وفي فتح القدير: ثم
ذموا
البياعات الكائنة الآن أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ للتجار أن العينة التي
جاءت
في الحديث خير من بيعاتكم وهو صحيح، فكثير من البياعات كالزيت والعسل
والشيرج
وغير ذلك استقر وزنها عليها مظروفة، ثم إسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير

البيع
فاسداً، ولا شك أن البيع الفاسد في حكم الغصب المحرم فأين هو من بيع جوزه
بعضهم
اه.

قوله: (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المطلوب
فبرهن المدعي على الكفيل أن له على المطلوب ألفا لم يقبل) لأن المكفول به مال
يقضى به وهذا
في لفظ القضاء ظاهر، وكذا في الأخرى لأن معنى ذاب تقرر وهو وبالقضاء إذ
المضمون
مال يقضى به وهذا ماض أريد به المستقبل كقوله أطال الله بقاءك. والدعوى على
الكفيل غير
مقيدة بأن المال وجب على الأصيل بعد الكفالة بل يحتمل أنه بعدها كما يحتمل أن
يكون قبلها
فلا تصح. وحاصله أنه قضاء على الغائب وهو الأصيل من غير خصم عنه وجزمهم هنا
بعدم
القبول ينبغي أن يكون على الرواية الضعيفة، أما على أظهر الروايتين المفتى به من نفاذ
القضاء

على الغائب فينبغي النفاذ، ولم أر من نبه عليه هنا. وقيد بقوله برهن أن له على
المطلوب
لأنه لو ادعى الوجوب بعد الكفالة بأن قال حكم لي عليه القاضي فلان بكذا بعد الكفالة
وبرهن قبل لدخوله تحت الكفالة. وأشار المؤلف إلى أن الكفيل لو أقر على الأصيل
بألف لم
تجب على الكفيل لأن إقراره يوجد على الأصيل شيئاً فلم يجب به على الكفيل قوله:
(ولو
برهن أن له على زيد كذا وأنه كفيل عنه بأمره قضى به عليهما ولو بلا أمر قضى على
الكفيل
فقط) وإنما قبل البرهان هنا لأن المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وإنما يختلف
بالامر
وعدمه لأنهما يتغايران لأن الكفالة بالامر تبرع ابتداءً ومعاوضة انتهاءً، وبغير أمر تبرع
ابتداءً
وانتهاءً فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر، وإذا قضى بها بالامر يثبت أمره وهو
يتضمن
الإقرار بالمال فيصير مقضياً والكفالة بأمر لا تمس جانبه لأنه يعتمد صحتها قيام الدين
في زعم
الكفيل فلا يتعدى إليه، وفي الكفالة بأمر يرجع الكفيل بما أدى على الأمر. وقال زفر:
لا
يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره، ونحن نقول: صار مكذباً شرعاً
فبطل

ما زعمه. قيد بقوله له علي زيد كذا وأن هذا كفيل عنه يعني بهذا المقدار لأن الكفالة لو كانت مطلقة نحو أن يقول كفلت بمالك علي فلان فإن القضاء علي الكفيل قضاء علي الأصيل، سواء كانت بأمره أو بغير أمره، لأن الطالب لا يتوصل إلى إثبات حقه علي الكفيل إلا بعد إثباته علي الأصيل لما ذكرنا أن القول قول الكفيل أنه ليس للطالب علي الأصيل شيء، وإذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وإن كان غائبا. والمذهب عندنا أن القضاء علي الغائب لا يجوز إلا إذا ادعى علي الحاضر حقا لا يتوصل إليه إلا بإثباته علي الغائب. قال مشايخنا: وهذا طريق من أراد إثبات الدين علي الغائب من غير أن يكون بين الكفيل والغائب اتصال، وكذا إذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقرر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي البينة علي الدين فيقضي به علي الكفيل والأصيل ثم يبرئ الكفيل. والحاصل أنها علي أربعة أوجه: مطلقة عن المقدار، ومقيدة به. وكل علي وجهين إما بالأمر أو بعدمه فلا تفصيل في المطلقة وهي الحيلة في القضاء في الغائب والتفصيل في المقيدة، ولا تصلح للحيلة لأن شرط التعدي إلى الغائب كونها بأمره والحوالة علي هذه الوجوه، وفي فتاوى قاضيخان بعد أن ذكر أن الكفالة المطلقة هي الحيلة في الإثبات علي الغائب قال: وليس هو قضاء علي المسخر لأن المدعي صادق في دعواه علي الكفيل ثم يبرئ المدعي الكفيل عن المال والكفالة ويبقى المال له علي الغائب اه. ومن هنا علم أن ما ذكره الشارح فيما يأتي في شرح قوله ولا يقضى علي غائب إلا أن يكون ما يدعي علي الغائب سببا لما يدعي علي الحاضر أن من الصور الكفالة المقيدة بألف درهم إلى آخره سهو ظاهر، وإنما هو في المطلقة وسيأتي التنبه عليه في محله إن شاء الله تعالى.

(۳۹۸)

قوله: (وكفالاته بالدرك تسليم) لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله، ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع

وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع. والمراد

بكونها تسليماً أنها تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع حتى لو ادعى الكفيل الدار لنفسه

على المشتري لم تسمع دعواه لأنها لو صحت لرجع المشتري عليه بحكم الكفالة فلا يفيد، كذا

في النهاية. وشمل ما إذا كان الكفيل شفيعها فلا شفعة له فلا تسمع دعواه بالملك فيها وبالشفعة وبالإجارة، وقد من أن ضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع. والدرك

في اللغة التبعة يحرك ويسكن. وفي الحادي عشر من بيوع الخلاصة: من سعى في نقض ما

تم من جهته لم يعتبر إلا في موضعين: أحدهما رجل اشترى عبداً وقبضه ونقد الثمن ثم ادعى

أن البائع باعه قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته. والثاني إذا وهب جاريتيه من إنسان

فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب بينة أنه كان دبرها أو استولدها قبلت بينته ويرجع على

الموهوب له بالجارية والعقراه. والحصص المذكور ليس بصحيح لأنه يرد عليه ما ذكره قاضيه خان من البيوع: لو ادعى المشتري أن المبيع حر تسمع دعواه، وما لو باع أرضاً

ثم ادعى أنه كان وقفها وأنها وقف فإن بينته مقبولة على المختار كما ذكره الولوالجي، لكن لا تسمع

دعواه للتناقض مع أنه ساع في نقض ما تم من جهته قوله: (وشهادته وختمه لا) أي لا يكون إقراراً بملك البائع والشاهد على دعواه لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا

يكون إقراراً بالملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره، ولعله كتب الشهادة

ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم. قالوا: إذا كتب في الصك باع وهو يملكه أو يبيعه باتاً نافذاً

وكتب شهد بذلك كان تسليماً إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين، وكذا لو

شهد عند
الحاكم بالبيع وقضى بشهادته أو لم يقض كان تسليما. والتقييد بالختم لبيان أن مجرد
الكتابة بلا
ختم لا يكون تسليما بالأولى، وإنما ذكروه بناء على عاداتهم فإنهم كانوا يختمونه بعد
كتابة
أسمائهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم لا يختلف. وفي فتح القدير:
الختم
أمر كان في زمانهم إذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع
نقش
خاتمه كيلا يتطرقه التبديل وليس هذا في زماننا. اعلم أن قولهم هنا أن الشهادة لا تكون

إقرارا بالملك يدل بالأولى على أن السكوت زمانا لا يمنع الدعوى وسيأتي تمامه في مسائل

شتى آخر الكتاب عند قوله باع عقارا وبعض أقاربه حاضر إلى آخره.

قوله: (ومن ضمن عن آخر خراجه أو رهن به أو ضمن نوائبه أو قسمته صح) أما الخراج فلكونه دينا مطالبا به. قيد به للاحتراز عن الزكاة في الأموال الظاهرة فإنه لا يجوز

الضمان بها عن صاحب المال لأنها مجرد فعل، ولهذا لا تؤخذ من تركته إلا بوصيته. وأطلقه

فشمل الخراج الموظف وخراج المقاسمة، وخصصه بعضهم بالموظف وهو ما يجب في الذمة

ونفي صحة الضمان بخراج المقاسمة لأنه لم يكن دينا في الذمة والرهن كالكفالة بجامع التوثق

فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه، هكذا ذكر الشارح وهو منقوض بالدرك فإن الكفالة

به جائزة دون الرهن، وأما النوائب فجمع نائبة وفي الصحاح: النائبة المصيبة واحدة نوائب

الدهر اه. وفي اصطلاحهم قيل: أراد بها ما يكون بحق كأجرة الحراس وكري النهر المشترك

والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسرى. وقيل: المراد بها ما ليس بحق كالجبايات التي

في زماننا يأخذها الظلمة بغير حق. فإن كان مراده هو الأول جازت الكفالة بها اتفاقا لأنه

واجب مضمون، وإن كان مراده الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم: لا تجوز الكفالة

منهم صدر الاسلام البزدوي لأنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة أو الدين، وهنا لا مطالبة ولا

دين شرعيان على الأصيل فلم يتحقق معناها. وقال بعضهم: تجوز منهم فخر الاسلام علي

البزدوي أخو صدر الاسلام المتقدم لأنها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة للمطالبة لأنها شرعت لالتزامها، فالمطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية ولذا قلنا: ومن قام

بتوزيع

هذه النوائب على المسلمين بالقسط أي بالعدل يؤجر وإن كان الآخذ بالأخذ ظالما، وقلنا من

قضى نائبه غيره بأمره رجع عليه وإن لم يشترط الرجوع وهو الصحيح كما في الخانية،
كمن
قضى دين غيره بأمره. وفي العناية قال شمس الأئمة: هذا إذا أمره به لا عن إكراه، أما
إذا
كان مكرها في الامر فلا يعتبر أمره في الرجوع اه. وفي فتح القدير: وينبغي أن كل من
قال
إنها ضم في الدين يمنع صحتها هنا، ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بصحتها
ويمكن أن
يمنعها بناء على أنها في المطالبة في الدين أو معناه أو مطلقا اه. وقوله بناء على أنها
المطالبة في الدين ممنوع لما قدمنا أنها لا تقتصر على المطالبة في الدين إذ لو كان
كذلك لم يشمل

التعريف الكفالة بالنفس لأنها ضم في المطالبة بالحضور. وفي قوله أو مطلقا نظر لأنه
إذا
قال بأنها في المطالبة مطلقا لا يمنعها هنا. وفي البزازية: صادر الوالي رجلا وطلب منه
مالا
وضمن رجل ذلك وبذل الحط ثم قال الضامن ليس لك علي شيء لأنه ليس للوالي عليه
شيء
قال شمس الاسلام: والقاضي يملك المطالبة لأن المطالبة الشرعية كالمطالبة الحسية
اه. ولو
قال لأن المطالبة الحسين كالمطالبة الشرعية لكان أولى كما لا يخفى، وظاهر كلامهم
ترجيح
الصحة ولذا قال في إيضاح الاصلاح: والفتوى على الصحة فإنها كالديون الصحيحة
حتى لو

أخذت من الأفكار فله الرجوع على مالك الأرض اه. وفي الخانية: الصحيح الصحة ويرجع
على المكفول عنه إن كان بأمره، وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة منها
والرواية بأو. وقيل: هي النائبة الموظفة الراتب والمراد بالنوائب ما ينوبه عن راتب، كذا
في الهداية. والحاصل أن المشايخ اختلفوا في معناه فأبو بكر بن سعيد ادعى أن هذه الكلمة
غلط لأن القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون، ورد بأن القسمة تجيء
بمعنى النصيب قال الله تعالى * (ونبئهم أن الماء قسمة بينهم) * [القمر: ٨٢] والمراد
النصيب. والفقهاء أبو جعفر الهندواني قال: معناها أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع
الآخر
عن ذلك فضمن إنسانا ليقوم مقامه في القسمة جاز لأن القسمة واجبة عليه. وقال
بعضهم:
معناها إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمة
بالضمير
لا بالتاء، وقد علمت أن القسمة بالتاء تجيء بمعنى القسم بلا تاء. وقيل: هي النوائب
بعينها
فالعطف للبيان والتفسير. وقيل: ما يخص الرجل منها ولكنه كان ينبغي أن يعطف بالواو
لا
بأو ليكون من عطف الخاص على العام. وقيل: هي النائبة الموظفة الديوانية كل شهر أو
ثلاثة
أشهر والنوائب غير الراتب، كذا في العناية. ثم من أصحابنا من قال: الأفضل للإنسان أن
تساوي أهل محلته في إعطاء النائبة. قال شمس الأئمة: هذا كان في ذلك الزمان لأنه
إعانة
على الحاجة والجهد، وأما في زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلما، ومن تمكن دفع
المظلمة عن
نفسه فهو خير له، وإذا أراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقر
ليستعين به الفقير على الظلم وينال المعطي الثواب، كذا في فتح القدير.

قوله: (ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر فقال هي حالة فالقول للضامن)
لأنه لم يقر بالدين لأنه لا دين عليه في الصحيح إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر. قيد بالضمان لأنه لو أقر بمائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول للمقر له لأن المقر أقر بالدين
ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل، وهذا هو الفرق. وفوق آخر أن الاجل في الدين عارض حتى لا يثبت إلا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار. وأما الاجل في الكفالة فنوع حتى يثبت عن غير شرط بأن كان مؤجلا على الأصيل، والشافعي ألحق الدين بالكفالة، وأبو يوسف عكسه، والفرق قد أوضحناه. وذكر الشارح: والحيلة فيها إذا كان عليه دين مؤجل وادعى عليه وخاف الكذب إن أنكر والمؤاخذة في الحال إن أقر أن يقول للمدعي هذا الذي تدعيه من المال حال أم مؤجل، فإن قال مؤجلا فلا دعوى عليه في الحال، وإن قال حال فينكره وهو صدوق فلا حرج عليه. وقيل من عليه الدين مؤجل إذا أنكر الدين وقال ليس له قبلي حق فلا بأس به إذا لم يرد به إتواء حقه اهـ. قوله: (ومن اشترى أمة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ المشتري الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لأنه بمجرد الاستحقال لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الأصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية ويرجع على البائع والكفيل، ولذا قيد بالاستحقال أي لغير البائع. أشار المؤلف إلى أن البيع لا ينتقض بقضاء القاضي للمستحق بالعين حتى لو كان الثمن عبدا فأعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ إعتاقه، كذا في العناية. وصحح في فصول الاستروشنى أن للمستحق

أن يجيز بعد قضاء القاضي وبعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن،
والرجوع

(٤٠٣)

بالقضاء يكون فسخا، ثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة
الغليظة
ودعوى الوقف في الأرض المشترأة أو أنها كانت مسجدا ويشارك الاستحقاق الناقلي
في أن كلا
منهما يجعل المستحق عليه ومن يملك ذلك الشيء من جهته مستحقا عليه حتى لو أقام
واحد
منهم البينة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته، ويختلفان في أن كل واحد من
الباعة في
الناقل لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه، ولا يرجع على كفيل الدرك ما لم يقض
على المكفول
عنه وفي المبطل يثبت لكل منهم الرجوع على بائعه وإن لم يرجع عليه ويرجع على
الكفيل وإن لم
يقض على المكفول عنه، كذا ففتح القدير. ولو قال المصنف ومن اشترى شيئا لكان
أولى
كما لا يخفي. وأشار بقوله حتى يقضى له بالثمن على البائع إلى أن القضاء على البائع
قضاء
على الكفيل وللمشتري أن يأخذ الثمن من أيهما شاء. وأفاد أنه لا يخاصم الكفيل أولا
وهو
ظاهر الرواية خلافا لما ذكر عن أبي يوسف. وقيد بالاستحقاق لأن البيع لو انفسخ
بينهما بما سواه
وصار الثمن مضمونا على البائع لم يؤخذ الكفيل به كما إذا فسخ بخيار رؤية أو شرط
أو عيب.
وأشار بقوله بالثمن إلى أن المشتري لو بنى في الأرض ثم استحققت فإنه لا يرجع على
الكفيل
بقيمة البناء وإنما يرجع بها على البائع فقط إذا سلم النقص له وهو ظاهر الرواية، وكذا
لو كان
المبيع حارية فاستولدها المشتري واستحقها رجل وأخذ منه قيمة الجارية والولد والعقر
فإن
المشتري يأخذ الثمن من أيهما شاء ولا يأخذ قيمة الولد إلا من البائع خاصة، فالكفيل
كبائع
البائع لا رجوع عليه إلا بالثمن، كذا في السراج الوهاج والله سبحانه وتعالى أعلم
بالصواب.
باب كفالة الرجلين والعبدین

قوله: (دين عليهما و كل كفيل عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه
فإن

(٤٠٤)

زاد على النصف رجع بالزيادة) لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر

كفيل، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة لأن الأول دين والثاني مطالبة،

ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة، ولأنه لو وقع الدفع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى

الدور. وظاهر الكتاب استواء الدينين صفة وسببا فإن اختلفا صفة بأن كان ما عليه مؤجلا

وما كان على صاحبه حالا فإذا أدى صح تعيينه عن شريكه ورجع به عليه، وعلى عكسه لا

يرجع لأن الكفيل إذا عجل ديناً مؤجلاً ليس له الرجوع على الأصيل قبل الحلول، ولو اختلف سببهما نحو أن يكون ما على أحدهما قرضاً وما على الآخر ثمن مبيع فإنه يصح تعيين

المؤدي لأن النية في الجنسيتين المختلفتين معتبرة وفي الجنس الواحد لغو كما في فتح القدير.

وقيد بكون كل كفيلاً عن صاحبه احترازاً عما لو كفل أحدهما عن صاحبه دون الآخر وأدى

الكفيل فجعله عن صاحبه فإنه يصدق. وقول الشارح وهي واردة على مسألة الكتاب سهو

وإنما هي خارجة عنها بمفهوم التقييد كما قررناه، ولم يقيد رحمه الله بالأمر في قوله رجع

بالزيادة للعلم به مما تقدم من أنه إذا كفل بأمره رجع وإلا فلا قوله: (وإن كفلاً عن رجل

فكفل كل عن صاحبه فما أدى رجع ينصفه على شريكه أو بالكل على الأصيل) لأن ما أداه

أحدهما وقع شائعاً عنهما إذا لكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه فلا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما

بنصف ما أدى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر

بنائبه، وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره. وترك

المصنف قيدين للمسألة: الأول أن يتكفل كل واحد منهما عن الأصيل بجميع الدين
على
التعاقب، فلو تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل عن صاحبه فهي كالمسألة
الأولى
في الصحيح فلا يرجع حتى يزيد على النصف. وكذا لو تكفلا عن الأصيل بجميع الدين
معا
ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه لأن الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا
عن
الأصيل بالجميع. الثاني أن يكفل كل عن صاحبه بالجميع، فلو كفل عن الأصيل
بالجميع
متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف فكالأولى.

قوله: (وإن أبرأ الطالب أحدهما آخذ الآخر بكله) لأن إبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل فيبقى المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله فيأخذه والله أعلم. وفي المحيط:

كفالة الرجلين المبسوط مسائله على أربعة أقسام: القسم الأول كفيل ثلاثة عن رجل بألف درهم فأدى أحدهما برئوا ولم يرجع على صاحبيه بشيء، ولو كان كل واحد كفيلا عن صاحبه فأداها أحدهم رجع المؤدي عليهما بالثلثين، ولصاحب المال أن يطالب كل واحد منهم بألف.

القسم الثاني لرجل على أربعة نفر ألف درهم ومائتان وكل اثنين كفيلان عن اثنين بجميع المال فإنه يأخذ أيهما شاء بسبعمئة وخمسين وأي اثنين شاء بجميع الألف. وذكر في المختصر الصواب أن يأخذ أيهم شاء وحده بنصف المال وأي اثنين شاء بجميع المال. والقسم الثالث

لرجل على عشرة أنفس ألف وكل أربعة كفيل عن أربعة بجميع المال يأخذه من أحدهما ثلاثمائة وخمسة وعشرين مائة حصته من الدين ومائتان وخمسة وعشرون حصته من الكفالة.

القسم الرابع لو كان أصل المال على ثلاثة وكل واحد كفيل عن صاحبيه فأدى أحدهما شيئاً فهو على ثلاثة أوجه: في وجه يكون المؤدي عن نفسه وإن لم يعين، وفي وجه يكون المؤدي

عنه وعن صاحبيه، وفي وجه يكون المؤدي عن نفسه إذا لم يعين، فإن عين يكون عن صاحبه. مثال الأول لو كان المال على ثلاثة وكل واحد منهم كفيل عن صاحبه فأدى أحدهم شيئاً يكون إلى تمام الثلث عنه، وما زاد على الثلث يكون عن صاحبيه، ولو قال هذا من كفالة

صاحبي لم يصح. الثاني لو كان له على رجل ألف فكفيل ثلاثة عنه على أن يكون بعضهم

كفيلا عن البعض فأدى أحدهم شيئاً يكون مؤدياً عن نفسه وعن صاحبيه، وإن عين أحدهما

لا يصح. والثالث لو كان الدين على رجلين وأحدهما كفيل عن صاحبه والآخر لم

يكفل عنه
إن أدى الكفيل شيئاً ولم يعين كان المؤدي عنه، وإن عين يكون عن صاحبه وتمامه مع
البيان
فيه. ثم قال في المنتقى: رجلان كفلا عن رجل بأمره بمال على أن كل واحد منهما
كفيل عن
صاحبه ثم أدى أحدهما شيئاً فله أن يرجع بجميع ما أدى على المكفول عنه، وإن شاء
رجع
عليه بنصفه وعلى شريكه بنصفه. وإن ضمنا عنه بغير أمره لم يكن له أن يرجع على
شريكه
بشيء حتى يؤدي أكثر من النصف فيرجع عليه بالزيادة على النصف. وقال أبو يوسف:
إذا
أقر رجلان لرجل بألف درهم على أن يأخذ بهذا المال أيهما شاء فهذا بمنزلة كفالة
كل واحد
منهما عن صاحبه بأمره اه ملخصاً. قوله: (ولو افترق المفاوضان آخذ الغريم أيا شاء
بكل
الدين) لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة. قيد
بالمفاوضين أي
الشريكين شركة مفاوضة لأن شريك العنان لا يؤخذ عن شريكه لأنها لا تتضمن
الكفالة بل

الوكالة ولذا قال في البزازية من الشركة: أقر أحدهما بدين في تجارتهما وأنكر الآخر
لزم المقر
كله إن كان هو الذي تولاه، وإن أقر أنهما تولياه لزم نصفه ولا يلزم المنكر شيء، وإن
أقر أنه
وليه لم يلزمه شيء اه قوله: (ولا يرجع حتى يؤدي أكثر من النصف) لما بينا من الوجهين
في كفالة الرجلين.
قوله: (وإن كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل من صاحبه وأدى أحدهما رجوع
بنصفه)
لأن هذا العقد جائز استحسانا وطريقة أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب
الألف عليه فيكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالألف في حق صاحبه، وإذا
عرف
ذلك فما أداه أحدهما رجوع على صاحبه بنصفه لاستوائهما، ولو رجع بالكل لم تتحقق
المساواة. قيد بقوله وكفل لأنه لو كاتبهما معا ولم يزد على ذلك لزم كل واحد حصته
ويعتق
بأداء حصته لأن المقابلة المطلقة تقتضي ذلك، فلو كاتبهما على أنهما إن أديا عتقا وإن
عجزا
ردا في الرق ولم يذكر الكفالة فعندنا لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال إلى
المولى لأن
شرط المولى في العقد تجب مراعاته إذا كان صحيحا شرعا، وقد شرط العتق عند
أدائهما جميع
المال إلى المولى لأن شرط المولى في العقد نص، فلو عتق أحدهما بأداء حصته كان
منخالفا لشرطه
قوله: (ولو حرر أحدهما آخذا ما شاء بحصة من لم يعتقه) وإنما جاز العتق لمصادفته
ملكه
وبرئ عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى العتق ولم يبق وسيلة
فيسقط
ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة مقابل برقيتهما. وإنما جعل على كل
واحد
منهما احتيالا لتصحيح الضمان، وإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقيتهما فلهذا
ينتصف، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه
بالأصالة
قوله: (فإن أخذ المعتق رجوع على صاحبه وإن أخذ الآخر لا) لأن المعتق مؤد عنه بأمره
والآخر

مؤد عن نفسه. وإنما جازت الكفالة ببذل الكتابة هنا لأنه في حال البقاء، وأما في
الابتداء
فالمال كله عليه قوله: (ومن ضمن عن عبد ما لا يؤخذ به بعد عتقه فهو حال) كما إذا
أقر
العبد باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور عليه أو أودعه
شيئاً
فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى فإنه لا يؤخذ به في الحال، فإذا ضمنه
إنسان
ولم يبين أنه حال ولا غيره كان على الضامن حالاً لأنه حال عليه لوجود السبب وقبول
الذمة
إلا أنه لا يطالب لعسرتة إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل
غير معسر
فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر، ثم
إذا أدى

رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه. والتقييد بكونه يؤخذ به بعد عتقه ليفهم منه حكم ما يؤخذ به للحال بالأولى كدين

الاستهلاك عيانا وما لزمه بالتجارة بإذن المولى، وجعله قيذا احترازيا كما في الشرح سهو كما

لا يخفي. وفي فتح القدير: ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعايين ينبغي أن يرجع قبل العتق

إذا أدى لأنه دين غير مؤجل ولا مؤخر إلى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه،

وبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبد أو السيد وقوي عندي

كون المعتبر أمر السيد لأن الرجوع في الحقيقة عليه اه. وفي البدائع: وأما رجوع الكفيل

فله شرائط. منها: أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه. ومنها أن يكون بإذن صحيح وهو إذن

من يجوز إقراره على نفسه بالدين حتى إنه لو كفل عن الصبي المحجور بإذنه فأدى لا يرجع

لأن إذنه بالكفالة لم يصح لأنه من المكفول عنه استقراض واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان، وأما العبد المحجور فإذنه بالكفالة صحيح فحق نفسه حتى يرجع عليه بعد

العتاق

لكن لا يصح في حق المولى فلا يؤخذ به في الحال اه. وفي الخانية: ولو أن المكاتب صالح

عن الدم على مال مؤجل في الذمة والقتل ثابت بإقراره أو بالبينة وكفل إنسان بالبدل ثم عجز

المكاتب فرد في الرق لم يكن للمصالح أن يأخذ المكاتب حتى يعتق لأنه التزام المال في الذمة

عوضا عن الدم فصح ذلك في حقه لا في حق المولى، فإذا خلص أكسابه بالحرية يؤخذ به

وللمصالح أن يؤخذ الكفيل قبل عتق المكاتب لأنه كفل بمال واجب للحال، وإنما تأخرت

المطالبة عن المكاتب قبل العتق لافلاسه وعجزه فلا تسقط المطالبة عن الكفيل اه.

قوله: (ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعي أنه لو ضمن قيمته ولو ادعى على عبد ما لا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل) لأنها تبطل

بموت
المكفول به إذا كان حرا فكذا إذا كان عبدا لتعذر تسليمه بعد موته، وهذه المسألة
الثانية مكررة
لأنه قدم في الكفالة بالنفس أنها تبطل بموت المطلوب، وفي هذا لافرق بين الحر
والعبد
ولكن إنما ذكرها هنا ليبين الفرق بينها وبين الأولى وهو ظاهر، لأن المكفول به في
الأولى
رقبة العبد وهي مال وهي لا تبطل بهلاك المال فيلزمه قيمة العبد لأن على المولى رد
العبد على
وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل
فكذا
على الكفيل، فالمكفول المدعى عليه بخلاف الثانية. والحاصل أنها كفالة بالعين
المغصوبة وهي
تستفاد أيضا مما قدمه في الكفالة بالمال. قيد بإقامة البينة لأنه وثبت ملك المدعي
بإقرار ذي

اليد أو بنكوله عند التحليف وقد مات العبد في يد ذي اليد قضى بقيمة المدعي على المدعي عليه، ولا يلزم على الكفيل شئ مما يلزم على الأصيل إلا إذا أقر الكفيل بما أقر به الأصيل لأن إقرار الأصيل لا يعتبر حجة في حق الكفيل لما عرف أن الإقرار حجة قاصرة فيقتصر على المقر ولا يعدوه، كذا في الفوائد الظهيرية. وفي الخانية: مكاتب قتل رجلا عمدا فصالح عن الدم على عبد بعينه وكفل رجل بالعبد فهلك العبد قبل التسليم كان لولي الدم أن يأخذ الكفيل بقيمة العبد، وإن شاء طالب المكاتب أيضا بقيمة العبد لأن الصلح عند دم العمد لا يبطل بهلاك البدل قبل التسليم، فإذا عجز عن تسليم العبد مع الموجب للتسليم يطالب بقيمة البدل، وكذا لو كان القاتل حرا والمسألة بحالها هـ. قوله: (ولو كفل عبد عن سيده بأمره فعتق فأداه أو كفل سيده عنه وأداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر) بيان المسألتين: الأولى كفالة العبد عن سيده، والثانية عكسه، أما الأولى فشرطه أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالاته بالمال عن المولى، وإنما صحت لأن الحق في ماليته لمولاه وهو يملك أن يجعله بالدين بأن يرهنه أو يقر بالدين، وإن كان عليه دين مستغرق لم تصح كفالاته لحق الغرماء وإن كان بإذن المولى، وأما الثانية فهي صحيحة على كل حال وإنما لم يرجع أحدهما على الآخر فيهما لأنها وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً، وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن عبده بغير أمره فأجازه. ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بإيفاء الدين من سائر أمواله، وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته. قيد بكفالة السيد عن عبده لأن كفالة السيد لعبده عن مديونه صحيحة إن كان العبد مديوناً، فلو أن هذا العبد قضى وليه دينه الذي كان عليه بطلت كفالة

المولى، كذا
في الخانية. وفي هذا التفريع أعني قوله فلو أن هذا العبد إلى آخره نظر اه والله أعلم.

كتاب الحوالة

ذكرها بعدها لأن كلا منهما عقد التزام ما على الأصيل للتوثق إلا أن الحوالة تتضمن براءة الأصيل براءة مقيدة بخلاف الكفالة فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم فأخر الحوالة

عنها. والكلام فيها في مواضع: الأول في معناها لغة ففي المصباح: حولته تحويلا نقلته من

موضع إلى موضع، وحول هو تحويلا يستعمل لازما ومتعديا. وحولت الرداء نقلت كل طرف إلى موضع الآخر، والحوالة مأخوذة من هذا فأحلته بدينه نقلته من ذمة إلى غير ذمتك

وأحلت الشيء إحالة نقلته أيضا هـ. وفي الصحاح: أحال عليه بدينه والاسم الحوالة هـ. وفي فتح القدير: يقال أحلت زيدا بماله على عمرو فاحتال أي قبل أنا محيل وزيد محال

ويقال محتاج والمال محال به والرجل محال عليه ويقال محتال عليه، فتقدير الأصيل في محتال

الواقع فاعلا محتول بكسر الواو وفي الواقع مفعولا محتول بالفتح كما يقدر في مختار الفاعل

مختبر بكسر الباء وفتحها في مختار المفعول. وأما صلة له مع المحتال الفاعل فلا حاجة إليها بل

الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه، فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة

عليه، ويقال للمحتال حويل أيضا فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال رب الدين والمحال

عليه والمحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال والمحال به نفس الدين هـ. الثاني في

معناها شريعة فأفاده بقوله: (هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة) أي من ذمة المحيل إلى ذمة

المحال عليه وهذا قول البعض فقد اتفقوا على أصل النقل، ثم اختلفوا في كلفيته فقيل إنها

نقل المطالبة والدين، وقيل نقل المطالبة فقط. وجعل الاختلاف في البدائع بين المتأخرين

ونسب الشارح الأول إلى أبي يوسف. والثاني إلى محمد. وجه الأول دلالة الاجماع من أن

(٤١٠)

المحتال لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهبه منه صح، ولو أبرأ المحيل أو وهبه لم يصح،
ولولا انتقاله إلى ذمة المجال عليه لما صح الأول ولصح الثاني. وحكى في المجمع
خلاف محمد
في الثانية فكأنه لم يعتبره فنقل الاجماع. ووجه الثاني دلالة الاجماع أيضا من أن
المحيل إذا
قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي المحتال عليه لا يكون متطوعا ويجبر على
القبول،
ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعا فينبغي أن لا يجبر على القبول كما إذا تطوع أجنبي
بقضاء
دين إنسان على غيره، وكذا المحتار لو أبرأ المحتال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده،
ولو
وهبه منه ارتد كما لو أبرأ الطالب الكفيل أو وهبه منه. ولو انتقل إلى ذمة المحال عليه
لما
اختلف حكم الابراء والهبة، وكذا المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لم
يرجع على
المحيل وإن كانت بأمره كالكفالة. ولو وهب الدين منه فله الرجوع إذا لم يكن
للمحيل عليه
دين، ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصا كما في الكفالة فدللت هذه الأحكام على
التسوية
بين الحوالة والكفالة، ثم الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الأصيل فكذا في الكفالة،
هكذا قرره في البدائع ولم يرجح. وفي فتح القدير: المصحح من المذهب أنها توجب
البراءة
من الدين اهـ. فالمذهب ما في الكتاب. قالوا: وفائدة الاختلاف في أنها نقلهما أو
المطالبة
فقط تظهر في مسألتين: أحدهما أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين فله أن يستر الرهن
عند
أبي يوسف، وكذا لو أبرأه عنه. وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن.
والثانية
إذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف لأنه برئ بالحوالة، وعند
محمد
يصح وبرئ المحيل، وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال: لم ينقل عن
محمد

نص بنقل المطالبة دون الدين بل ذكر أحكاما متشابهة، واعتبر الحوالة في بعضها تأجيلا
وجعل المحول بها المطالبة لا الدين، واعتبرها في بعض الأحكام إبراء، وجعل المحول
بها المطالبة والدين. وإنما فعل هكذا لأن اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين
إذا الحوالة مبنية على النقل، وقد أضيف إلى الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة
لأن الحوالة تأجيل معنى ألا ترى أن المحتال عليه إذا مات مفلسا يعود الدين إلى ذمة المحيل، وهذا
هو معنى التأجيل فاعتبر المعنى في بعض الأحكام واعتبر الحقيقة في بعضها، نعم يحتاج
إلى بيان لمية خصوص الاعتبار في كل مكان، كذا في فتح القدير. وفي تلخيص الجامع بها صار
على

الحوِيل ما كان على المحيل إذ نقل الدين أو في بمعناها من نقل الطلب وحده وإن عكس أبو

يوسف حسب التأثير في عتق المكاتب وبطلان الرهن بعد الإحالة على الغير ولهذا جاز للمحال أن يبرئ الحوِيل أو يسترهن أو يهب منه دون المحيل على المذهب عكس ما قبلها ولم

يصر للمحال ما كان للمحيل، وإن قيدها بالدين حذار تمليكه غير المديون بل يلزم الحوِيل

دينان لهذا لو قبل الحال مؤجلا لم يظهر الاجل في حق المحيل حسب التأثير بعد الموت

والإبراء هـ. ثم اعلم أنه يرد على تعريفها بالنقل المذكور أشياء: الأول أن التعريف لا يصدق على الحوالة المقيدة بالوديعة إذ ليس فيها دين انتقل إلى المحال عليه. ثانيها عود الدين

بالتوى ولو انتقل الدين لم يعد. ثالثها جبر المحال على قبول الدين من المحيل بعدها ولو انتقل

لم يجبر. رابعها قسمة الدين بين غرماء المحيل بعد موته قبل قبض المحتال ولو انتقل لاختص

به المحال. خامسها أن إبراء المحتال المحال عليه لا يرتد بالرد ولو انتقل إليه لارتد. سادسا

أن توكيل المحال المحيل بالقبض من المحال عليه غير صحيح ولو انتقل من ذمة المحيل لصح

لكونه أجنبيا. سابعها أن المحتال لو وهب الدين للمحال عليه كان له أن يرجع على المحيل،

ولو انتقل الدين إلى المحال عليه لكانت الهبة إبراء فلا رجوع. ثامنها أنها تفسخ بالفسخ ولو

سقط الدين لم يعد. تاسعها عدم سقوط حق حبس المبيع فيما إذا أحاله المشتري. عاشرها

كذلك الرهن والجواب أن موجبها نقل مؤقت لا مؤبد فبرئ المحيل براءة مؤقتة إلى التوى

فالرجوع به لأنه لم يبرأ براءة مؤبدة، وإنما برئ بشرط السلامة للمحتال فحيث توى المال لم

يوجد الشرط وصح أداء المحيل للمحتال ليستفيد البراءة المؤبدة التي لم تحصل بالحوالة كما

علل به في الذخيرة. ولا يضر في نقل الدين قسمته بين غرماء المحيل بعد موته قبل

قبض
المحتال لأن المحتال لم يملك الدين بالحوالة إذ يلزم عليه تمليك الدين من غير من
عليه الدين
وهو لا يجوز وإنما ملك المطالبة، فإذا قبضه ملكه. ولا يلزم أن يكون على المحال
عليه دينان

دين للمحيل بدليل قسمته بين غرمائه ودين للمحتال لأن الممنوع أن يكون للدين الواحد مطالبان لا أن يكن على واحد دينان باعتبارين لهما مطالب واحد كما في الحولة. وإنما لا يصلح المحيل أن يكون وكيفا عن المحتال بقبض الدين لكون المحيل يعمل لنفسه ليستفيد الإبراء المؤبد. والفرق بين الهبة والابراء في الرجوع وعدمه أن الإبراء إسقاط والهبة من أسباب الملك كالإرث، وإنما قبلت الفسخ لأن الدين لم يسقط بالكلية لأنها توجب الإبراء المؤبد. وفي الذخيرة: إذا أحال المديون المطالب على رجل بألف أو بجميع حقه وقبل منه ثم أحاله أيضا بجميع حقه على آخر وقبل منه صار الثاني نقضا للأول وبرئ الأول أه. وإنما لم يبطل حق البائع في الحبس لأن المطالبة باقية، ولذا لو كان المحيل هو البائع بطل حقه في الحبس لأن مطالبته سقطت كالمرتهن إذا أحال غريمه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن بخلاف ما إذا أحاله الراهن. الثالث في ركنها هو الإيجاب من المحيل والقبول من المحتال عليه والمحتال. الرابع في شرائطها ففي المحيل العقل فلا تصح إحالة مجنون وصبي لا يعقل، والبلوغ وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتعقد حوالة الصبي العاقل موقوفة على إجازة وليه كالبيع لأن فيها معنى المبادلة. وأما حرите فليست شرطا للصحة فتصح حوالة العبد مأذونا أو محجورا غير أنه إن كان مأذونا رجع المحال عليه للحال وإلا فبعد العقق، وكذا صحته فتصح من المريض ومنها رضی المحيل حتى لو كان مكرها في الحوالة لم تصح لأنها إبراء فيه معنى التمليك فيفسده الإكراه. وفي المحتال العقل والبلوغ على أنه شرط نفاذ فينفذ احتياله موقوفا على إجازة وليه إن كان الثاني أصليا من الأول، وكذا الوصي إذا احتال بمال اليتيم لا تصح

إلا بهذا الشرط. ومنها الرضا حتى لو احتال مكرها لا تصح. ومنها مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد في قولهما خلافا لأبي يوسف فإنه شرط النفاذ عنده فلو كان المحتال غائبا عن المجلس فبلغه الخبر فأجار لم ينعقد عندهما خلافا له، والصحيح قولهما. وأما شرائط المحال عليه فالعقل فلم يصح من مجنون وصبي لم يعقل قبولها، والبلوغ فلم يصح من صبي قبولها مطلقا، سواء كانت بأمر المحيل أو بدونه، لكونها مع الأمر تبرعا ابتداء وبدونه تبرعا ابتداء

وانتهاءً، ولو قبل عنه وليه لم يصح لكونه من المضار فلا يملكه الولي. ومنها الرضا فلو
أكره

على قبولها لم يصح. ومنها المجلس فإنه شرط الانعقاد. وأما شرائط المحتال به فأن
يكون ديناً

لازماً فلا تصح ببدل الكتابة فما لا تصح به الكفالة لا تصح به الحوالة فلم تصح إحالة
المولى

غريمه على مكاتبه إلا إذا قيدها ببدل الكتابة، وأما إذا أحال المكاتب مولاه على رجل
فإنما

يجوز إذا كان له على الرجل دين أو عين. وقيد بها لأن المحتال يكون نائباً عن
المكاتب في

القبض فيجوز وإن لم يكن له واحد منهما أو كان له ولم يقيده به لا يجوز ولكن إذا
أحال

المولى عليه رجلاً لم يعتق حتى يؤدي بدل الكتابة فإذا أحال مولاه على رجل عتق كما
ثبتت

الحوالة عكس البائع كما أوضحه الشارح. وتفرع على هذا الشرط أنه لو ظهرت براءة
المحال

عليه من الدين الذي قيدت الحوالة به بأن كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع تبطل
الحوالة،

ولو سقط عنه الدين لمعنى عارض بأن هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة
حتى

سقط الثمن عنه لم تبطل الحوالة ولكن إذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى
على

المحيل ولو ظهر ذلك في المطلقة لم تبطل وسيأتي الكلام عليها. الخامس في حكمها
فلها أحكام منها: براءة المحيل، ومنها ثبوت ولاية المطالبة للمحتال على المحال عليه

بدين في
ذمته أو في ذمة المحيل على اختلافهم، ومنها ثبوت الملازمة للمحال عليه على المحيل
إذا

لازمه المحتال فكلما لازمه لازمه، وإذا حبسه حبسه إن كانت بأمر المحيل ولا دين له
لأنه هو

الذي أوقعه في هذه العهدة فعليه تخليصه، وإن كان بغير أمره أو كان مديونه وقد قيدت
به

فلا ملازمة ولا حبس. السادس في صفتها ذكر في الخلاصة والبرازية أنها على ثلاثة أوجه
لازمة وجائزة وفسادة. فاللازمة أن يحيل الطالب على رجل وقبل الحوالة، سواء كانت مقيدة
أو مطلقة. والجائزة أن يقيد بها بأن يعطي المحال عليه الحوالة من ثمن دار نفسه أو ثمن عبده
فلا يجبر المحال عليه على البيع وهو بمنزلة ما لو قبل الحوالة على أن يعطي عند الحصاد فإنه لا
يجبر على أداء الماء قبل الاجل. والفسادة أن يقيد بإعطائه من ثمن دار المحيل أو ثمن عبده
لأنها حوالة بما لا يقدر على الوفاء به وهو بيع الدار والعبد فإن الحوالة بهذا الشرط لا يكون
توكيلا ببيع دار المحيل اه. السابع في دليلها روى أصحاب الكتب الستة عن أبي هريرة مرفوعا
مرفوعا مطلقا الغني ظلم وإذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع وفي لفظ الطبراني مرفوعا ومن أحيل على ملئ
فليتبع ورواه أحمد ومن أحيل على ملئ فليحتل ثم أكثر العلماء على أن الأمر للاستحباب وعن أحمد للوجوب،
والحق الظاهر أنه أمر بإباحة فهو دليل جواز نقل الدين شرعا أو المطالبة والاجماع على جوازها دفعا للحاجة، كذا في فتح القدير.
الثامن في أنواعها سيأتي أنها مقيدة ومطلقة. التاسع في سببها. العاشر في محاسنها وهو ما قدمناه
في الكفالة قوله: (وتصح في الدين لا في العين) لأن النقل الذي تضمنته نقل شرعي وهو لا يتصور
في الأعيان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين فلا بد أن يكون
للمحتال دين على المحيل ولذا قال في الخلاصة: رب الدين إذا أحال رجلا على رجل وليس
للمحتال دين فهذه وكالة وليست بحوالة اه. وفي القنية: أحال عليه مائة من من الحنطة ولم يكن
للمحيل على المحتال عليه شيء ولا للمحتال على المحيل فقبل المحتال عليه ذلك لا شيء عليه اه. وأما الدين على المحال عليه فليس بشرط.
وفي

السراج الوهاج: لا تصح الحوالة بالأعيان والحقوق ا هـ. ولم يمثلوهما قوله: (برضا
المحتال
والمجال عليه) لأن المحتال هو صاحب الحق وتختلف عليه الذمم فلا بد من رضاه
لاختلاف
الناس في الايفاء، وأما المحال عليه فيلزمه المال ويختلف عليه الطلب والناس متفاوتون.
قيد

برضاهما لأنها لا تصح مع إكراه أحدهما كما قدمناه وأراد من الرضا القبول في مجلس
الايجاب
لما قدمناه أن قبولهما في مجلس الايجاب شرط الانعقاد وهو مصرح به في البدائع،
ولكن في
البيزانية: لو أحال على غائب فقبل بعد ما علم صحت ولا تصفي غيبة المحتال كالكفالة
إلا
أن يقبل رجل له الحوالة هـ. فجعل القبول من المحتال والرضا منهما مع أنه قال:
الحوالة
تعتمد قبول المحتال والمحال عليه. ولم يذكر المصنف رضا المحيل فإنه ليس بشرط
على ما ذكره
محمد في الزيادات، وشرطه القدوري. وإنما شرطه للرجوع عليه فلا اختلاف في
الروايات
كما في إيضاح الاصلاح. والحاصل أنها إن كانت بغير رضا المحيل وكان له دين على
الحال
عليه فله مطالبته بدينه، وإن لم يكن له دين عليه فلا رجوع للمحال عليه لأنه قضى دينه
بغير
أمره كما في السراج الوهاج، وكذا حضرته ليست شرطا حتى لو قيل لصاحب الدين
لك
على فلان ألف فاحتل بها علي ورضي الطالب بذلك وأجاز صحت فليس له أن يرجع
بع
ذلك بخلاف ما لو قيل للمديون عليك ألف لفلان فأحله بها علي فقال المديون أحلت
ثم بلغ
الطالب فأجاز لا يجوز عند الإمام ومحمد، كذا في البيزانية. وكذا لو كالمحتال غائبا
كما
قدمناه. وفيها معزيا إلى المنتفى: قال لآخر أحلني على فلان وسكت ثم قال لم أقبل
فالحوالة
جائزة هـ. ولم يقيد المصنف رحمه الله تعالى بأن يكون الدين المحال به معلوما ولا بد
منه
لصحتها لما في البيزانية، احتال بمال مجهول على نفسه بأن قال احتلت بما يذوب لك
على

فلان لا تصح الحوالة مع جهالة المال، ولا تصح أيضا الحوالة بهذا اللفظ، والحوالة متى حصلت مبهمه يثبت الاجل في حق المحتال عليه كما في الكفالة. ولو كان المال حالا على الذي عليه الأصل من قرض أو غصب فأحاله به على رجل إلى سنة فهو جائز، وإن مات المحتال عليه قبل انقضاء الأجل عاد المال إلى المحيل حالا، فرق بين الحوالة والكفالة، فإن الكفيل إذا كفل بدين وأجل الطالب الدين ولم يضيف الاجل إلى الكفيل صار الاجل مشروطا للأصيل حتى لو مات الكفيل كان الدين على الأصيل مؤجلا، وفي الحوالة متى أضاف الاجل إلى الدين ولم يضيف إلى المحتال عليه لا يصير الاجل مشروطا في حق الأصيل حتى لو مات المحتال عليه مفلسا لا يعود الدين إلى الأصيل حالا ٥١. ومن الغريب ما في المجتبي أحال الغريم بغير رضا المحال عليه لا يجوز، وقيل يجوز كالتوكيل بقبض الدين. وفي شروط الظهيرية: رضا من عليه الحوالة ليس بشرط إجماعا. قلت: معناه إذا كان المحال به مثل الدين

٥١. والمذهب المعتمد أنه لا بد من رضا المحال عليه سواء كان عليه دين أو لا،
وسواء كان
المحال به مثل الدين أو لا. ثم اعلم أن الحوالة إذا صحت برضا المحال عليه وغاب
المحيل
فادعى المحال عليه ما يوجب براءة المحيل ليبراً فهل تسمع دعواه؟ ففي البزازية: غاب
المحيل
وزعم المحتال عليه أن مال المحتال على المحيل كان ثمن خمر لا تصح دعواه وإن
برهن على
ذلك كما في الكفالة ٥١. وفي فروق الكرابيسي: لو أحال امرأته بصداقها على رجل
وقبل
الحوالة ثم غاب الزوج فأقام المحتال عليه بينة أن نكاحها كان فاسداً وبين لذلك وجهها
لا
تقبل بينته، ولو ادعى أنها كانت أبرأت زوجها عن صداقها أو أن الزوج أعطها المهر
أو باع
بصداقها منها شيئاً وقبضت قبلت بينته، وإن كان المبيع غير مقبوض لا تقبل بينته،
والفرق أن
مدعى فساد النكاح متناقض أو لأنه يدعى أمراً مستنكراً فلا تسمع دعواه بخلاف دعوى
الابراء أو البيع لأنه غير مستنكر، وكذا هذا في الكفالة ٥١. فعلى هذا لو ادعى المحيل
أنه
أوفاه الدين بعدها تسمع وتقبل بينته لأنه غير مستنكر.
قوله: (وبرئ المحيل بالقبول من الدين) أي بقبول المحتال الحوالة على الحال عليه لأن
الأحكام الشرعية تبنتى على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا
يتحقق
إلا بفراغ ذمة الأصل بخلاف الكفالة لأنها الضم وهو لا يتحقق مع البراءة. وقوله من
الدين رد على من يقول بأنه يبرأ عن المطالبة لا الدين وقد من ذلك، ومراده أنه يبرأ براءة
موقته كما قدمناه، فلو
أحال الزوج المرأة بصداقها لم تحبس نفسها بخلاف
العكس في الثلاثة هذا هو مقتضى براءة المحيل ولكن المنقول في الزيادات عكسه وهو
أن
البائع والمرتهن إذا أحالا سقط حقهما في الحبس، ولو أحيلاً لم يسقط لأن المحال
عليه قائم
مقام المحيل فلم تسقط مطالبتهما والمكاتب على عكس ذلك فإنه إن أحال مولاه على
رجل

عتق، وإن أحال مولاه عليه لم يعتق حتى يؤدي البدل لأنها معلقة ببراءة ذمته وقد برئت
إذا
كان المكاتب محيلاً لا إذا كان محالاً عليه. وقوله برئ المحيل من الدين غير شامل
لما إذا كان
المحيل كفيلاً وخصها ببراءة نفسه فإنه يبرأ عن المطالبة لأنه لا دين عليه على الصحيح،
وأما
إذا أطلق الحوالة فإن الأصيل يبرأ أيضاً لأن الحوالة المطلقة تنصرف إلى الدين وهو على
الأصيل فيبرأ ويتبعه الكفيل كصلح الكفيل مع الطالب إن أطلقه برئاً، وإن اشترط براءة
نفسه
خاصة برئ الكفيل وحده، كذا في تلخيص الجامع. فإذا أحال الطالب على الكفيل
بمال

الكفالة صح، وإن أحال على الأصيل فكذلك ولا سبيل للمحتال على الكفيل لأنه لم
يضمن
كذا في البزازية. وفي قوله برى المحيل إشارة إلى براءة كفيله فإذا أحال الأصيل
الطالب
برئاً، كذا في المحيط. ولم يشترط المصنف لبراءة المحيل قبض المحال من المحال
عليه فلا
تتوقف على القبض إلا في مسألتين في تلخيص الجامع قال: وإن كان دينه جياداً أو
ذهبا
وعليه زيف أو ورق فأحال عنهما بجياذ أو ذهب على أن يأخذهما من غريمه جاز إن
قبل
الغريم ناقداً في مجلس المحيل والمحال إذا تصارفاً مقتضى إيجاب الجياذ كما ينقل
الدين
مقتضى هبته من الكفيل وأكدوا بدله بضمان الحويل في المجلس كشرط الرهن والكفيل
والنقل
إلى ذمته توثيق بمنزلة الملاءة عادة لا تفويت للقبض المستحق إلا أن يبرئه المحال
فينعكس
ويطال الصرف لأنه فسخ مجازاً كيلاً يلغو إذا لاقى ما له حكم الغير حذار الاستبدال
غير
مشروط بالقبول لوجود الرضا ضمن الحوالة ضد غيرها، ولو أحاله على الجياذ أو
الذهب
الذي عليه أو على أن يعطيه الجياذ أو الذهب الذي عليه لم يجز لأن التعريف ضد
التنكير
بجعل الدين الذي عليه بدلاً وفيه تمليكه من غير من عليه أو شرط الثمن على الغير ضد
ما لو
كانت الجياذ والذهب وديعة أو غصبا قائماً أو ملك العين والدين اه. ولم يذكر
المصنف ما إذا
اختلفا في الإحالة. قال في البزازية: زعم المديون أنه كان أحال الدائن على فلان وقبله
وأنكره الطالب سأل الحاكم من المديون البينة على الحوالة إن أحضرها والمحتال عليه
حاضر
قبلت وبرئ المديون، وإن غائباً قبلت في حق التوقف إلى حضور المحال عليه، فإن
حضر
وأقر بما قال المديون برئ وإلا أمر بإعادة البينة عليه، وإن كان لشهود ماتوا أو غابوا
حلف

المحتال عليه، وإن لم يكن للمديون بينة وطلب حلف الطالب بالله ما احتال على فلان
بالمال
فإن نكل برئ المطلوب اه قوله: (ولم يرجع المحتال على المحيل إلا بالتوى) لأن
براءته مقيدة
بسلامة حقه إذ هو المقصود، أو لفسخ الحوالة لفواته وأنها تحتمل الفسخ فصار
كوصف
السلامة في المبيع. وهذا إذا لم يشترط الخيار للمحال، أما إذا جعل للمحال الخيار أو
أحاله
على أن له أن يرجع على أيهما شاء صح، كذا في البزازية. ومراده إذا كانت الحوالة
باقية، أما
إذا فسخت الحوالة فإن للمحتال الرجوع بدينه على المحيل ولذا قال في البدائع: إن
حكمها
ينتهب فسحا وبالتوى. وفي البزازية: والحيل والمحتال يملكان النقض والنقض يبرأ
المحتال عليه. وقدمنا عن الذخيرة أن الحوالة إذا تعددت على رجلين كانت الثانية نقضا
للأولى. وفيها أيضا: قال محمد في الزيادات: رجل له على رجل ألف درهم وبها كفيل
وعلى

رب الدين لرجلين ألفا درهم دين لكل واحد منهما ألف درهم أحال رب الدين أحد
غريميه
على الكفيل حوالة مقيدة بذلك الدين وأحال الغريم الآخر على الأصيل حوالة مقيدة
بذلك
الدين فهذا على وجهين: إما أن حصلت الحوالتان على التعاقب وهو على وجهين: إما
أن بدأ
بالحوالة على الأصيل أو بالحوالة على الكفيل، فإن بدأ بالحوالة على الكفيل صحت
الحوالتان،
أما الحوالة على الكفيل فظاهر، وأما الحوالة على الأصيل فلان تأخير المطالبة عن
الكفيل لا
يوجب تأخير المطالبة عن الأصيل، ولا تبطل الحوالة الأولى بالحوالة الثانية لأن المطالبة
قد
تأخرت عن الكفيل بالحوالة الأولى. وإن بدأ بالحوالة على الأصيل ثم بالحوالة على
الكفيل
فالحوالة على الأصيل صحيحة وعلى الكفيل باطلة، ولو وقعتا معا جازتا إلى آخر ما
فيها.
وقوله إلا بالتوى مقيد بأن لا يكون المحيل هو المحتال عليه ثانيا لما في الذخيرة:
رجل
أحال رجلا له عليه دين على رجل ثم إن
المحتال عليه الأول، فإن توى المال على الذي عليه الأصل لا يعود إلى المحتال عليه
الأول، فإن توى المال على الذي عليه الأصل لا يعود إلى المحتال عليه الأول اه.
وللتوى معنيان
لغوي واصطلاحي هنا فالأول ففي المصباح: التوى وزان الحصى وقد يمدد هو الهلاك
اه.
وفي الصحاح: التوى مقصورا هلاك المال يقال توى الما بالكسر يتوى توى أتواه غيره
وهذا مال أتو على فعل اه. وأما الثاني فأفاده بقوله: (وهو أن يجحد الحوالة ويحلف
ولا
بينة له أو يموت مفسا) لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في
الحقيقة،
ولو فلسه الحاكم بعد ما حبسه لا يكون توى عند أبي حنيفة. وقالوا: هو توى لأنه عجز
عن
الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء
بالجحود أو

بموته مفلسا. ولأبي حنيفة أن الدين باق في ذمته وبتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع
ألا

ترى أنه لو تعذر بغية المحتال عليه لا يرجع على المحيل. وهذا بناء على أن الافلاس لا
يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لأن مال الله تعالى عز وجل غاد ورائح. وفي
البيزانية: أحال على رجل فغاب المحتال عليه فزعم المحتال أن المحتال عليه جحد
الحوالة

وحلف وبرهن على ذلك لا تقبل ولا تصح دعواه لأن المشهود عليه غائب اه. وفي
المحيط:

وإن صدقه المحيل رجع عليه بدون البينة الافلاس للميت بأن لم يترك مالا عينا ولا ديناً
ولا

كفيلاً ووجود الكفيل يمنع موته مفلسا على ما في الزيادات وفي الخلاصة لا يمنع وأن
المحتال

لو أبرى الكفيل بعد موت المحال عليه فله أن يرجع بدينه على المحيل. وفي البيزانية:
أخذ

المحتال من المحال عليه بالمال كفيلاً ثم مات المحال عليه مفلسا لا يعود الدين إلى
ذمة المحيل،

سواء كفل بأمره أو بغير أمره، والكفالة حالة أو مؤجلة أو كفل حالاً ثم أجله المكفول
له،

وإن لم يكن به كفيل ولكن تبرع رجل ورهن به رهنا ثم مات المحال عليه مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل، ولو كان مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحال عليه مفلسا بطلت الحوالة والضمن لصاحب الرهن، ولو قال الطالب مات المحال عليه بلا تركة وقال المحيل عن تركة فالقول للطالب مع حلفه اه. ثم قال فيها: قال المحيل مات المحال عليه بعد أداء الدين إليك وقال المحال عليه بل قبله وتوى حقي فلي الرجوع فالقول للمحتال لتمسكه بالأصل اه. وأورد على قولهم لتمسكه بالأصل وهو العسرة ما لو أوصى لفقراء بني فلان وجاء واحد من بني فلان وقال أنا فقير وقالت الورثة إنه غني فالقول للورثة وإن كان الأصل العسرة لأن الفقير مدع وليس بدافع شيئا عن نفسه من حيث المعنى، وفي مسألتنا الطالب منكر معنى لأن المحيل بدعواه أن المحتال عليه مات عن وفاء يدعي توجه المطالبة على الورثة وأنها لم تكن ثابتة على الوارث، وهذا دعوى على الطالب فإنه متى ثبت ذلك لا يعود الدين على المحيل ولا طالب بدعوى الفقر ينكر ذلك فقد انضم إلى التمسك بالأصل الإنكار معنى وفي مثله القول قول المتمسك بالأصل، كذا في الذخيرة قوله: (فإن طالب المحتال عليه المحيل بما أحال فقال المحيل أحلت بدين لي عليك ضمن مثل الدين) لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر. وإنما قال مثل الدين ولم يقل بما أداه فلو كان المحال به دراهم فأدى دنائير أو عكسه صرفا رجع بالمحال به، وكذا إذا أعطاه عرضا. وإن أعطاه زيوفا بدل الجياد رجع بالجياد، وكذا لو صالحه بشئ فإنه يرجع بالمحال به إلا إذا صالحه عن جنس الدين بأقل فإنه يرجع بقدر المؤدي بخلاف الأمور بقضاء الدين فإنه يرجع بما أدى إلا إذا أدى أجود أو جنسا

آخر.
والكفيل كالحويل يرجع بالدين لا بما أدى إلا في الصلح على الأقل كما قدمناه في
الكفالة،
ولا بد أن يقول بعد قوله بما أحال بعدما دفع المحال به إلى المحتال ولو حكما لأنه
قبل الدفع
إليه لا يطالبه إلا إذا طوبى ولا يلازمه إلا إذا لوزم كما قدمناه، فلو أبرى المحتال
المحال عليه
فإنه لا رجوع له على المحيل، ولو كان المحال عليه مديونا للمحيل وقد أحاله بدينه
مقيدا
فللمحيل الرجوع عليه بدينه بعد إبراء المحتال. وإنما قلنا ولو حكما لأن المحتال لو
وهبه من
المحال عليه فله الرجوع ولا رجوع للمحيل بدينه لو كان مديونه وقد أحاله به
كالاستيفاء
والوراثة من المحتال كالهبة، كذا في البزازية. وفيها عن الثاني: أحال المشتري بالثمن
على
إنسان فتبرع أجنبي بقضاء الثمن عن المشتري لم يرجع المحتال عليه على المشتري،
وإن تبرع
على المحتال عليه يرجع، وإن لم يبين فالقول للمتبرع، وإن ميتا أو غائبا فعن المحتال
عليه ما لم

يعلم خلافه بإقرار الدافع قوله: (وإن قال المحيل للمحتال أحلتك لتقبضه لي فقال
المحتال
أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل) لأن المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظ
الحوالة مستعملة في الوكالة مجازا لما في التوكيل من نقل التصرف من الموكل إلى
الوكيل
فيكون القول له مع يمينه. فإن قيل: قلت إن المحيل لا يملك إبطال الحوالة فلو لم
يجعل
المحتال مستحقا لملك المحيل إبطالها لأنه يملك فسخ التوكيل بالقبض قلنا: الحوالة
قد صحت
وهي محتملة أن تكون بمال هو دين على المحيل، ويحتمل أن يكون أقامه مقام نفسه
فلا يجوز
إبطال الحوالة بالاحتمال، كذا في السراح الوهاج. وفي المحيط: إلا أن يكون المحيل
قال
للحويل أضمن عني هذا المال لأن قوله أضمن عني لا يحتمل الوكالة لأنه أمره بالضمان
عنه.
وإنما يصير ضامنا عنه إذا كان على المحيل دين فكان إقرارا هنا بالمال عليه اه. وفي
النوادر:
لو غاب المحتال وأراد المحيل أن يقبض المال من المحال عليه وقال أحلته بوكالة لا
يصدق على
ذلك لأنه قضاء على الغائب، هذه رواية بشر خالد بن الوليد. وروى ابن سماعة عن
محمد
رحمه الله تعالى أنه يقبل قول المحيل أنه وكله لأن الدين حقه قبل المحال عله وقد
أنكر إسقاطه
بالحوالة وأقر بحق قبضه للوكيل بالوكالة، وكذا لو قال تدفعه جاز نهيه وأن الآخر
عائبا، كذا
في المحيط قوله: (ولو أحاله بماله عند زيد وديعة صحت فإن هلكت برئ) بيان
للحوالة
المقيدة وحاصله أنها نوعان: مطلقة ومقيدة. فالمقيدة أن يقيدها بدين له عليه أو وديعة
أو عين
في يده وديعه أو غضب أو نحوه. والمطلقة ان يرسلها ارسالا ولا يقيدها بواحد مما
ذكر
سواء كان له دين على المحال عليه أو عنده، عين له أو لا بأن قبلها متبرعا، والكل
جائز لأنه

في المقيدة وكييل في الدفع، وفي المطلقة متبرع. وحكم المطلقة أن لا ينقطع حق
المحيل من
الدين والعين وللمحال عليه الرجوع على المحيل بعد أدائه إن كانت برضاه ولو كان
الدين
مؤجلا في حق المحيل تأجل في حق المحال عليه ولا يحل بموت المحيل ويحل
بموت المحال

عليه. وحكم المقيدة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بما أحال عليه من الدين أو العين
لتعلق حق المحتال على مثال الراهن بخلاف المطلقة فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه من الدين
أو عنده من العين بخلاف المقيدة، وقد منا حكم إبراء المحتال وهبته وإرثه. ولو مات المحيل
قبل قبض المحتال كان الدين والعين المحال بهما بين غرمائه بالحصص لكونه مال المحيل ولم
يثبت عليه يد الاستيفاء لغيره لأن المحتال لم يملكه بها للزوم تمليك الدين من غير من هو
عليه، وإنما وجب بها دين في ذمة المحال عليه مع بقاء دين المحيل وقد حققناه فيما
سلف، وسيأتي حكم ما إذا قبض المحتال به بعد مرض المحيل بخلاف الرهن لأن ثابت عليه يد
الاستيفاء فاختص به المرتهن بعد موت الراهن مديونا بخلاف المطلقة لبراءة المحيل وصار
المحتال من غرماء المحال عليه، وإذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال على المحال
عليه بحصة الغرماء لاستحقاق الدين الذي كان عليه. وظاهر قولهم بقسمته بين غرماء
المحيل أنه يقسم بين ورثته أيضا بمعنى أن لهم المطالبة به دون المحتال فيضم إلى تركته، ولم
أره الآن. والمراد بالبراءة في قوله برئ بطلان الحوالة لأن المودع كما قدمنا وكيل في دفعها
فلا دين عليه، أو المراد البراءة عن المطالبة وهو الطاهر وهلاكها بقول المودع، ولذا قال في
الخلاصة: لو قال المودع ضاعت بطلت الحوالة اه. ولو لم يعط المحال عليه الوديعة وإنما
قضى من ماله كان متطوعا قياسا لا استحسانا وقد مرت في الوكالة، كذا في المحيط. وفي
التارخانية: والاستحسان أن لا يكون متبرعا وله أن يشارك غرماء المحيل في تركته ووديعته

بقدر ما أدى واستحقاق الوديعة مبطل لها كهلاكها كما في الخانية. وفي التارخانية:
لو
كانت الحوالة مقيدة بالعين الوديعة فوهبها المحتال من المحال عليه صح التمليك وهو
مشكل
لأن المحتال لم يملكها فكيف يملكها. وجوابه أنه لما كان له حق أن يملكها كان له
أن
يملكها اه. وقيد بالوديعة لأن الحوالة بالمغصوب لا تبطل بهلاكه، ذكره الشارح في
أول
كتاب الرهن. ووجهه أنه لا يبرأ بالهلاك للانتقال إلى بد له مثلا وقيمه. وفي البزازية:
لو
كانت مقيدة بالغصب لا تبطل لوجود الخلف. وقيد بهلاك العين لأنها لو كانت مقيدة
بدين
ثم ارتفع ذلك الدين لم تبطل على تفصيل فيه، فلو أحال المولى غريمه على المكاتب
ببدل
الكتابة ثم أعتق المولى المكاتب لم تبطل الحوالة عندنا خلافا لزفر. وعلى هذا الخلاف
ما إذا باع
عبدا من رجل بألف درهم ثم إن البائع أحال غريما بالثمن على المشتري فمات العبد
قبل
القبض أو رد بخيار من الخيارات الثلاث قبل القبض أو بعده لم تبطل، ولو استحق
المبيع أو
استحق الدين الذي قيد به الحوالة من جهة الغرماء أو ظهر أن العبد المبيع كان حرا
بطلت
الحوالة إجماعا. والفرق أن في الأول سقط الدين بعد الوجوب مقصودا فلم تبطل
الحوالة،
وفي الثاني ظهر عدم الوجوب وقت الحوالة فبطلت، وإذا لم تبطل وأدى فإنه يرجع به
على
المحيل فيرجع المكاتب على سيده إن أداه بعد عتقه لا قبله، كذا في الذخيرة. ثم قال:
وفي
المنتقي: رجل اشترى عبدا بألف درهم وقبضه ثم أحال المشتري البائع بالثمن على
غريمه من
المال الذي له عليه ثم رد المشتري العبد بعيب بقضاء فإن القاضي يبطل الحوالة، فإن
كان
البائع أجل المحتال عليه بالمال فإن الاجل ينتقض أيضا إذا كان الرد بحكم، فإن كان

الرد بغير
حكم لا يبطل الاجل والمشتري بالخيار إن شاء اتبع البائع به حالا وإن شاء اتبع
المحتال عليه
إلى أجله اه. فقد فرق على رواية المنتقي بين إحالة البائع غريمه على المشتري وبين
إحالة
المشتري البائع على غريمه حيث لا تبطل في الأولى بالفسخ، وتبطل في الثانية، ولعل
وجهه

أن في الأولى تبين أن لا دين عليه وهي تصح بدون دين على المحال عليه، وفي الثانية
ظهر
أن المحيل ليس بمديون فبطلت. ثم قال في الذخيرة: وإن كان البائع أبرأ المحتال عليه
من
المال، أو وهبه له أو اشترى منه ثوبا وقبضه ثم رد المشتري المبيع بعيب بقضاء أو بغير
جازت
الهبة والابراء والبائع ضامن للمال، وكذا لو مات العبد في يد البائع قبل القبض، وكذا
لو
استحق بعده وقد أبرأ البائع المحتال عليه من المال أو وهبه له اه. وهو مشكل بالنسبة
إلى
مسألة الاستحقاق لما تقدم من بطلان الحوالة إذا استحق المبيع لأنه تبين أن لا دين
أصلا فلما
بطلت ينبغي أن يبطل ما ابتنى عليها من الهبة والابراء من البائع، وقد وقعت حادثة
الفتوى
في المديون إذا باع شيئا من دائنه بمثل الدين ثم أحال عليه بنظير الثمن أو بالثمن فهل
تصح
أو 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 أعلم.
فروع مهمة: يجوز قبول الحوالة بمال اليتيم من الأب والوصي على أملا من الأول لأن
تصرفهما مقيد بشرط النظر، وإن كان مثله في الملاءة اختلفوا على قولين. ولو احتالا
بدينه
إلى أجل لم يجز لكونه إبراء مؤقتا فيعتبر بالابراء المؤبد. وهذا إذا كان ديناً ورثه
الصغير، وإن
وجب بعقدتهما جاز التأجيل عندهما خلافاً لأبي يوسف، كذا في المحيط. وكذا قبول
الحوالة
من المتولي على هذا التفصيل. ولم يذكروا فيما رأيت حكم إحالة المستحق بمعلومه
على المتولي،
وينبغي أن تكون صحيحة إذا كان مال الوقف تحت يده كإحالة على المودع بجامع
أن كلا
منهما أمين ولا دين عليه. وأما إذا لم يكن في يده مال الوقف فلا لأنها لثبوت المطالبة
على

المحال عليه، ولو قبل الحوالة بالمال الذي للمحيل على المحال عليه ثم مرض المحيل
فقضي
المحال عليه سلم للمحتال ما أخذه ويؤخذ من المحال عليه ما علم ويقسم بين غرماء
المحيل
بالحصص ويشاركهم المحتال عليه. ولو كانت الحوالة بوديعة فالمسألة بحالها فلا
سبيل لغرماء
المحيل على المحال عليه، ولو أحال المحال عليه المحتال على آخر جاز وبرئ الأول
والمال على
الآخر كالكفالة من الكفيل. ولو قال ضمنت لك ما على فلان على أن أحيلك به على
فلان
فرضي الطالب، إن أحاله وقبله جاز، وإن لم يقبل فلان الحوالة فالكفيل ضامن على
حاله.

ولو قال على أن أحيلك به على فلان إلى شهر انصرف التأجيل إلى الدين لأنه لا يصح تأجيل عقد الحوالة وإذا أراد ان يحيله على فلان فلم يقبل المكفول له الحوالة برئ الكفيل عن الضمان، وإن مات فلان لم يكن للطالب أن يطالبه بالمال حتى يمضي شهر، والكل في المحيط. وفي البرازية: أدى المال في الحوالة الفاسدة فهو بالخيار إن شاء رجع على القابض وهو المحتال، وإن شاء رجع على المحيل، وعلى هذا إذا باع الآجر المستأجر وأحال بالثمن على المستأجر ثم استحق المستأجر من يد المشتري إن شاء رجع بالثمن على المؤجر المحيل، وإن شاء رجع على المستأجر القابض، وكذا في كل موضع ورد فيه الاستحقاق اه قوله: (وكره السفاتج) جمع سفتجة قيل بضم السين، وقيل بفتحها. وأما التاء مفتوحة فيهما فارسي معرب وفسرها بعضهم فقال: هي كتبا صاحب المال لو كيلاه أن يدفع مالا قرضا يأمن به خطر الطريق، كذا في المصباح. وفي القاموس: السفتجة كقرطقة أن يعطي مالا لآخر وللأخذ مال في بلد المعطى فهو فيه إياها ثم فيستفيد أمن الطريق وفعله السفتجة بالفتح اه. وحاصله عندنا قرض استفاد به المقرض أمن خطر الطريق للنهي عن قرض جر منفعة. وقيل: إذا لم يكن المنفعة مشروطة فلا بأس به. وفي البرازية من كتاب الصرف ما يقتضي ترجيح الثاني قال: ولا بأس بقبول هدية الغريم وإجابة دعوته بلا شرط، وكذا إذا قضى أجود ما قبض يحل بلا شرط، وكذا لو قضى أدون ولو أرجح في الوزن إن كثيرا لم يجز وإن قل جاز، وما لا يدخل في تفاوت الموازين ولا يجري بين الكيلين لا يسلم له بل يردده والدرهم في مائة يردده بالاتفاق. واختلفوا في نصفه قيل كثير، وقيل قليل، ولو أن المستقرض وهب منه الزائد لم يجز لأنه مشاع يحتمل القسمة اه. والله أعلم.



(٤٢٦)

كتاب القضاء

لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة إلى قطعها أعقبها بما هو

القاطع لها وهو القضاء، والكلام فيه في عشرة مواضع: الأول في معناه لغة وهو بالمد ككساء أو أكسية ففي المصباح أنه مصدر قضيت بين الخصمين وعليهما حكمت اه.

وفي

الصحاح: القضاء الحكم وأصله قضاي لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف

قلبت همزة، والجمع الأفضية. وقضى أي حكم ومنه قوله تعالى * (وقضى ربك أن لا تعبدوا

إلا إياه) * [الاسراء: ٣٢] وقد يكون بمعنى الفراغ يقول قضيت حاجتي وضربه فقضى عليه

أن قتله كأنه فرغ منه وسم قاض أي قاتل وقضى نحوه قضاء أي مات. وقد يكون بمعنى

الأداء وإنهاء تقول قضيت ديني ومنه قوله تعالى * (وقضينا إلى بني إسرائيل في الكتاب) * [الاسراء: ٤] وقوله تعالى * (وقضينا إليه ذلك الأمر) * [الحجر: ٦٦] أي أنهينا إليه وأبلغناه

ذلك. قال الفراء في قوله تعالى * (ثم اقضوا إلي) * [يونس: ١٧] ألي امضوا لي كما يقال قضى

فلان أي مات ومضى وقد يكون بمعنى الصنع والتقدير قال أبو ذؤيب:

وعليهما مسرودتان قضاهما * داود أو صنع السوابع تبع

يقال قضاها أي صنعه وقدره ومنه قوله تعالى * (فقضاهن سبع سماوات في يومين)

* [فصلت: ٢١] ومنه القضاء والقدر ويقال استقضى فلان أي صير قاضيا اه. وحاصله أنه

يستعمل لغة بمعنى الحكم والفراغ والهلاك والأداء والانتهاء والمضي والصنع والتقدير. وفي

القاموس: القضاء يمد أو يقصر الحكم قضى عليه بقضي قضيا وقضى وقضية وهي

الاسم

أيضا إلى آخر ما فيه. الثاني في معناه شرعا فعرفه في فتح القدير بالالزام، وفي المحيط

بفصل

الخصومات وقطع المنازعات، وفي البدائع الحكم بين الناس بالحق وهو الثابت عند الله تعالى

من حكم الحادثة إما قطعاً بأن كان عليه دليل قطعي وهو النص المفسر من الكتاب أو السنة

المتواترة أو المشهورة أو الاجماع، وإما ظاهراً بأن أقام عليه دليلاً ظاهراً يوجب علم غالب

الرأي وأكثر الظن وهو ظاهر الكتاب والسنة ولو خبر واحد والقياس، وذلك في المسائل

الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء أو التي لا رواية فيها عن السلف، فلو قضى بما قام الدليل القطعي على خلافه لم يجز لأنه قضى بالباطل قطعاً، وكذا لو قضى في موضع الاختلاف بما هو خارج عن أقاويل الفقهاء لم يجز لأن الحق لم يعدوهم، ولذا لو قضى

الاجتهاد فيما فيه نص ظاهر بخلافه لم يجز لأن القياس في مقابلة النص باطل ولو ظاهراً.

وأما ما لا نص فيه فإن مجتهداً قضى برأيه لا برأي غيره، وإذا قلد الأفقه وسعه عند الإمام

الاجتهاد خلافاً لهما، وقيل الخلاف على العكس. وإن أشكل عليه الحكم استعمل رأيه، والأفضل مشاورة الفقهاء، فإن اختلفوا أخذ بما يؤدي إلى الحق ظاهراً، وإن اتفقوا على خلاف رأيه عمل برأي نفسه لكن لا يعجل بالقضاء حتى لقضى مجازفاً لم يصح فيما بينه

وبين الله تعالى، فإذا كان مجتهداً أو لا يدري حاله يحمل على أنه قضى برأيه حملاً له على

الصلاح، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد فإن حفت أقاويل الصحابة عمل بمن يعتقد قوله حقاً

على التقليد وإلا عمل لفتوى أهل الفقه في بلده من أصحابنا، فإن لم يكن فيها إلا واحد وسعه الأخذ بقوله، ولو قضى بمذهب خصمه وهو يعلم بذلك لم ينفذ. ولو كان ناسياً فله

أن يبطله، وفي بعض الروايات صح قضاؤه عنده خلافاً لهما اه. وعرفه العلامة قاسم بأنه

إنشاء إلهام في مسائل الاجتهاد المتقاربة فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا، فخرج القضاء على

خلاف الاجماع، وخرج ما ليس بحادثة وما كان من العبادات اه. ووقع في الهداية وكثير

التعبير بباب أدب القاضي ففي العناية الأدب اسم يقع على كل رياضة محمودة يتخرج بها

الانسان في فضيلة في الفضائل قال أبو زيد ويجوز أن يعرف بأنه ملكة تعصم من قامت
به
عما يشينه اه. وفي فتح القدير: الأدب الخصال الحميدة فالمراد بها هنا ما ينبغي
للقاضي أن
يفعله وما عليه أن ينتهي عنه. والأولى التفسير بالملكة لأنها الصفة الراسخة للنفس فما
لم يكن
كذلك لا يكون أدبا كما لا يخفي. وفي القاموس الأدب محرقة الظرف وحسن
التناول أدب
كحسن أدبا فهو أديب والجمع أدباء اه. الثالث في ركنه وهو ما يدل عليه من قول أو
فعل
فالأول قال في القنية: قول القاضي حكمت أو قضيت ليس بشرط، وقوله بعد إقامة
البينة للمعتمد أقمه واطلب الذهب منه حكم منه، وقوله ثبت عندي يكفي، وكذا إذا
قال
ظهر عندي أو صح عندي أو عملت فهذا كله حكم في المختار. زاد في الخزانة أو
أشهد عليه.
وحكى في التتمة الخلاف في الثبوت، وصحح في البزازية أنه حكم وذكر في أنفع
الوسائل معزيا إلى الكبرى للخاصي أن الفتوى على أن الثبوت حكم، وكذا في الخانية.

والتحقيق أنه لا خلاف فمن قال إنه ليس بحكم أراد به إذا لم يكن بعد تقدم دعوى
صحيحة،
ومن قال إنه حكم أراد إذا كان بعد الدعوى. ثم اعلم أن الثبوت ليس بحكم اتفاقا في
مواضع
ظفرت بها منها: ثبوت ملك البائع للعين المبيعة عن البيع وهو المسمى بينة الجريان،
قد ذكره
ابن وهبان في شرح قوله في المنظومة ودخل شرب الأرض من دون ذكره. قال: إذا
شهد
الشهود بملكية الأرض لانسان على ما هو المعتاد في كتب التبايع في بلادنا أنه يقيم
المشتري أو
البائع بينة بأن البائع لم يزل جائزا مالكا لجميع الأرض، وكذلك في الوقف من أجل
صحة البيع
أو الموقوف أو غيرهما اه. وفائدة بينة الملك للبائع أو الواقف التوصل إلى قضاء
القاضي بصحة
البيع أو الوقف وإلا لم يقض بالصحة، وإنما يقضي بموجب ما أقر به كما في فتاوى
قارئ
الهادية. ومنها ما ذكره ابن الغرس من قولهم لا تصح الدعوى في العقار حتى يثبت
المدعى أن المدعى عليه واضح يده عليه وهذا الثبوت ليس بحكم قطعا. قال ومنها قول
الموثق وثبن
عنده أن العين بصفة الاستبدال شرعا ومنها قولهم في خيار العيب لا بد أن يثبت
المشتري قيام
العيب للحال لتوجه الخصومة إلى البائع فإنه ثبوت مجرد لا حكم. ومنها قولهم أنه
ثبت أن لا
مال للصغير سوى العقار عند بيع عقاره اه. وفي البزازية: قوله لا أرى لك حقا في هذه
الدار بهذه الدعوى لا يكون قضاء ما لم يقل أمضيت أو أنفذت عليك القضاء بكذا.
وكذا قوله
للمدعي عليه سلم هذه الدار إليه بعد إقامة البرهان. قال: وهذا نص على أن أمره لا
يكون
بمنزلة قضاؤه. وذكر شمس الأئمة أنه حكم لأن أمره إلزام وحكم. وإذا قال القاضي
ثبت
عندي وقلنا أنه حكم فالأولى أن يبين أن الثبوت بماذا بالاقرار أم بالبينة لمخالفة الحكم
بين

طريقي الحكمين. وفي الخانية: لو قال القاضي بعدما شهد العدول أرى أن الحق للمشهود له لم يكن قضاء لأن قوله أرى أو رأى بمنزلة قوله أظن. ولو قال أظن لم يكن قضاء. ثم قال البزازي: أمر القاضي ليس كقضائه بدليل ما ذكره الظهيري: وقف على الفقراء فاحتاج بعض قرابة الواقف فأمر القاضي بأن يصرف شئ من الوقف إليه فهذا بمنزلة الفتوى حتى لو أراد أن يصرفه إلى فقير آخر صح، ولو حكم بأن لا يصرف إلا إلى أقربائه نفذ حكمه دل هذا أن أمره ليس بحكم اه. والحاصل أنهم اختلفوا في قوله سلم الدار هل هو حكم أو لا ولم يحكوا خلافا في أن أمره بإعطاء بعض قرابته ليس بحكم. وأما قولهم لو حكم القاضي أن لا يعطي غير هذا الرجل نفذ حكمه فقد قال في فتح القدير من الوقف بعد نقله عن الخصاف من غير تقييد بأقارب الواقف: وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بلا شرط حتى ظفرت في المسألة بقويلة أن هذا الحكم لا يصح ولا يلزم اه. ويمكن أن تجعل له حادثة هي إعطاء المتولي فقيرا شيئا من وقف الفقراء سنة ثم جاء له في السنة الثانية فمنعه وأراد أن يعطي غيره فترافعا إلى القاضي فرأى القاضي أن الدفع إليه أصلح لعمله وصلاحه فحكم على المتولي بأن لا يعطي غيره نفذ لأن فيه موافقة للشرط لأنه فقير. وكذا علل في أوقاف الخصاف بعد المسألتين أعين ما إذا أعطاه القاضي بلا حكم، وأما إذا حكم بأن لا يعطي غيره بأن في كل منهما تنفيذ شرط الواقف. ولم يحكوا خلافا في أن أمره بحبس الخصم حكم كأمره بالأخذ منه. قال في القنية: وأمر القاضي بحبس المدعي عليه قضاء بالحق اه. وفائدته لو حبسه حنفي في معاملة بفائدة ليس للمالكي إبطالها، كذا في أنفع الوسائل. وأما فعله فعلى وجهين: فما لم يكن موزعا للحكم فليس بحكم قطعا، ومنه ما إذا أذنت بالغة عاقلة في تزويج نفسها فزوجها فإنه وكيل عنها ففعله ليس بحكم كما في القاسمية. وما كان

منها
موضوعا له أي محلا فقد اختلفوا فيه وله صور منها: تزويج الصغار الذين لا ولي لهم،
ومنها
شراؤه وبيعه مال اليتيم. ومنها قسمة القاضي العقار إلى غير ذلك مما هو في هذا
المعنى،
فجزم في التجنيس بأنه حكم ولذا لو زوج اليتيم، ومنها قسمة القاضي العقار إلى غير
ذلك مما هو في هذا المعنى،
فجزم في التجنيس بأنه حكم ولذا لو زوج اليتيمة من ابنه لم يجز. ورده في فتح القدير
من
كتاب النكاح بأنه ليس بحكم لانتفاء شرطه وهو الأوجه. قال: واللاحق بالوكيل
يكفي
للمنع يعني أن الوكيل بالنكاح لا يملك أن يزوج من ابنه فكذا القاضي بمنزلة الوكيل.
أقول: وكذا ما ذكره في التتمة من أن القاضي لو باع ما اليتيم من نفسه لا يجوز لأن
بيع
القاضي يكون على وجه الحكم وحكمه لنفسه لا يجوز اه. خلاف الأوجه واللاحق
بالوكيل
للمنع مغن عن كونه حكما لأن بيع الوكيل من نفسه باطل، وكذا ما ذكر في الذخيرة
من أن

الإمام إذا اشترى شيئاً من الغنيمة لنفسه لا يجوز شراؤه وإن كان للغانمين فيه منفعة ظاهرة
لأن الإمام إنما يبيع الغنائم على وجه الحكم بين المسلمين ولهذا لا تلزم العهدة عليه،
فلو
جاز بيعه من نفسه كان ذلك حكماً من نفسه، وحكم الإمام والقاضي لنفسه لا يجوز
اه.
خلاف الأوجه ولكن لما كثر ذلك في كلام أئمتنا فالأول أن يقال: إن الحكم القولي
يحتاج إلى
الدعوى والفعل لا كالقضاء الضمني لا يحتاج إلى الدعوى له، وإنما يحتاج القصدي
فيدخل
الضمني تبعاً تصحيحاً لكلامهم. فمن نقل أن فعل القاضي حكم صاحب التجنيس
والتتمة
والذخيرة كما أسلفناه وصرح به في بيوع المحيط والإمام شمس الأئمة السرخسي وفي
بيوع
فتاوى قاضيخان وصرح به محمد في الأصل قال: إذا حضر الورثة إلى القاضي فطلبوا
القسمة
وبينهم وارث غائب أو صغير والتركة عقار قال أبو حنيفة: لا أقسم بينهم بإقرارهم حتى
يقيموا بينة على الموت والمواريث. وقال أبو يوسف ومحمد: أقسم ذلك بإقرارهم.
وقال أبو
حنيفة: لا أقسم ذلك بقولهم ولا أقضي على الغائب والصغير بقولهم لأن قسمة
القاضي
قضاء منه اه. وما في الأصل من قوله لأن قسمة القاضي قضاء منه قاطع للشبهة كلها
فتعين
الرجوع إلى الحق. وأما شرائطه وهو الرابع ففي الحكم أن يكون بعد تقدم دعوى
صحيحة
من خصم على خصم فإن فقد هذا الشرط لم يكن حكماً. وإنما هو إفتاء صرح به
الإمام
السرخسي قال: وهذا شرط لِنفاذ القضاء في المجتهديات، ذكره العمادي في فصوله
والبزاري
في فتاواه، ونقل الشيخ قاسم في فتاواه الاجماع عليه.
وفي فتاوى قاضيخان: إنما ينفذ القضاء عند شرائط القضاء من الخصومة وغيرها فإذا
لم يوجد لم ينفذ اه. فإذا حكم شافعي بموجب بيع عقار لا يكون حكماً بأن لا شفعة
للجار



(٤٣١)

لعدم حادثة الشفعة وقت الحكم به، وهكذا في نظائره كما ذكره العلامة قاسم في فتاواه.

والموجب بفتح الجيم هو الحكم، ومن شرائط الحكم أن يكون بحق كالقضاء بالبينة أو اليمين أو النكول أو علم القاضي بشرطه أو كتاب القاضي إلى القاضي بشرطه، وباخبار القاضي يجوز لنائبه القضاء وعكسه كما في البزازية. ولا يشترط له المصر على ظاهر الرواية فالقضاء بالسواد صحيح وبه يفتى، ولا يشترط أن يكون المتداعيان من بلد القاضي إذا كانت الدعوى في المنقول والدين، وأما إذا كانت في عقار لا في ولايته فالصحيح الجواز كما في الخلاصة والبزازية. وإياك أن تفهم خلاف ذلك فإنه غلط. فإن قلت: هل تقرير القاضي للنفقة حكم منه؟ قلت: هو حكم وطلب المرأة التقرير بشرطه دعوى فقد وجد بعد الدعوى والحادثة، ويدل عليه ما في نفقات خزانة المفتيين: وإذا أراد القاضي أن يفرض النفقة يقول فرضت عليه نفقة امرأتك كذا وكذا في مدة كذا، أو يقول قضيت عليك بالنفقة مدة كذا يصح وتجب على الزوج حتى لا تسقط بمضي المدة لأن نفقة زمان المستقبل تصير واجبة بقضاء القاضي حتى لو أبرأت بعد الفرض صح اه. فإن قلت: إذا فرض لها نفقة مدة معينة كان

قضاء بجمعها فإذا فرض لها نفقة كل يوم أو كل شهر هل يكون قضاء بواحد أو بالكل؟

قلت: هو قضاء بالجميع ما دامت في عصمته ولم يمنع مانع بدليل ما في الخزانة: فرض كل شهر عشرة دراهم فأبرأت من نفقتها أبدا برئ من نفقة الشهر الأول، فإذا مضى أشهر فأبرأته من نفقة ما مضى وما يستقبل برئ مما مضى ومن شهر مما يستقبل وتمامه فيها. وفي المحكوم عليه وله حضرته أو من يقوم مقامه كوكيل ووصي ومتول على وقف وأحد الورثة أو يكون ما يدعي على الغائب سببا لما يدعي على الحاضر فالقضاء بلا خصم حاضر غير صحيح، وقد صرح بعدم صحته الشارحون عند قولهم لا يقضي على غائب كما سنبينه إن شاء الله تعالى.

وصرح به في البدائع هنا أنه من شرائط القضاء، وبهذا يظهر أن قولهم أن القضاء على الغائب ينفذ في أظهر الروايتين عن أصحابنا وعليه الفتوى كما في الخلاصة وغيرها محمول على ما إذا كان القاضي شافعيًا وإلا فمشكل. وما وقع في بعض الكتب كالتقنية من أنه في حق الحنفي أيضًا ضعيف، وسيأتي بيان اختلاف التصحيح.

وفي الحاكم: العقل والبلوغ والاسلام والحرية والسمع والبصر والنطق والسلامة عن حد القذف وأن يكون مولى للحكم دون سماع الدعوى فقط كما في الخزانة لا الذكورة والاجتهاد، وأما في المحكوم به فإن يكون معلوما كما في البدائع كما سيأتي في الدعوى، وأما في المحكوم له فدعواه الصحيحة، وأما طلبه الحكم في حقوق العباد من القاضي بعد وجود الشرائط ففي الخلاصة: طلب الحكم ليس بشرط وأن يكون ممن تقبل شهادة القاضي له كما في البدائع، وسيزداد الامر وضوحا إن شاء الله تعالى. وأما صفته وهو الخامس فوجب عند استجماع شرائطه وانتفاء الريبة ولذا قال في جامع الفصولين: القاضي بتأخير



(٤٣٣)

الحكم يأثم ويعزل ويعزر اه. ويجوز تأخيره لرجاء الصلح بين الأقارب أو لاستمهال المدعي عليه كما في الولوالجية. وفي شرح باكير أن القاضي إذا أصر القضاء بعد إقامة البينة يفسق وإن أنكره يكفر اه. وأما صفة قبوله للقضاء فسيأتي أنه فرض وحرام ومباح ومستحب. والسادس في طريق ثبوته له وجهان: أحدهما اعترافه حيث كان متوليا وسيأتي أنه إذا قال قاض عالم عدل قضيت على هذا بالقطع أو بالقتل وسعك فعله وإن لم تعاین سببه، وأما إذا كان معزولا فهو كواحد من الرعايا لا يقبل قوله مطلقا إلا فيما إذا كان في يده كما سيأتي. وفي السراج الوهاج: الحاكم إذا حكم بحق ثم قال بعد عزله كنت حكمت لفلان بكذا لم يقبل قوله اه. الثاني أن يشهد شاهد إن على حكمه بعد دعوى صحيحة إن لم يكن القاضي منكرا. قال في البزازية والخلاصة: وإن أرادوا أن يثبتوا حكم الخليفة عند الأصل فلا بد من تقديم دعوى صحيحة على خصم حاضر وإقامة البينة كما لو أرادوا إثبات قضاء قاض آخر اه. وفي البزازية أيضا: شهدا على القاضي أنه قضى في غير مجلس القضاء أو خارج المصر تقبل عنده خلافا لهما اه. قيدنا بعدم إنكاره لأنهما لو شهدا أنه قضى بكذا وقال لم أقض بشئ لا تقبل شهادتهما خلافا لمحمد، كذا في البزازية اه. ورجح في جامع الفصولين قول محمد قال: وينبغي أن يفتى به لما علم من أحوال قضاة زماننا. ثم نقل أن محمدا قال: لا يقضي القاضي بعلمه. ثم نقل عن عيون المذاهب أن بقوله يفتى. قوله: (وقيد بقوله بعد دعوى صحيحة لأنه قبلها إفتاء لا حكم كما قدمناه، وبه علم أن الاتصالات والتنافيذ الواقعة في زماننا المجردة عن الدعاوي ليست حكما وإنما فائدتها تسليم الثاني للأول قضاءه. السابع في أحكامه فمنها بالنسبة إلى الحكم اللزوم فليس لأحد نقضه

حيث كان مجتهدا فيه ومستوفيا شرائطه الشرعية. وهل يصح رجوع القاضي عنه؟ ففي الخلاصة والبرزازية: للقاضي أن يرجع عن قضائه إن كان خطأ رجوع ورده، وإن كان مختلفا

فيه أمضاه وقضى فيما يأتي بما هو عنده، فإن ظهر له نص بخلاف قضائه نقضه، ثم إن كان

في حقوق العباد كالطلاق والعتاق والقصاص أو ظهر أن الشهود عبيد أو محدودون في قذف

إن قال القاضي تعمدت فالضمان في ماله ويعزر للجناية، وإن أخطأ يضمن الدية، وفي الطلاق والعتاق ترد المرأة إلى الزوج والرقيق إلى المولى، وفي حقوقه تعالى كالزنا والشرب إذا

حد وبان الشهود عبيدا وقال تعمدت الحكم يضمن في ماله الدية، وفي الخطأ يضمن من

بيت المال. هذا إذا ظهر الخطأ بالبينة أو بإقرار المقضى له، أما إذا أقر القاضي بذلك لا يثبت الخطأ كما لو رجع الشاهد عن الشهادة لا يبطل القضاء ا هـ. وإذا أقر المقضى له ببطلانه بطل إلا المقضى بحريته كما في البزازية، وبالنسبة إلى التولية عدمه. وفي الخلاصة والبزازية: للسلطان أن يعزل القاضي لريبة أو لغير ريبة ا هـ. قلت: ولقاضي القضاة عزل نائبه بجنحة وغيرها، ومنها أن القضاء إذا فوض لاثنين لا يلي القضاء أحدهما فلو شرط أن ينفرد كل منهما بالقضاء لا رواية فيه، وقال الإمام ظهير الدين: ينبغي أن يجوز لأن نائب القاضي عن السلطان حتى لا يعزل بانعزال القاضي ويملك التفرد، كذا في البزازية. ومنها صحة تعليقه وإضافته وتقييده بزمان ومكان، ولو لم يقيده ببلد فالمختار أنه يصير قاضيا ببلده الذي هو فيه لا في كل بلاد السلطان، وهذا في تعليق الولاية. وهل يصح تعليق ولاية القضاء؟ قال في نفقات خزانة المفتين: امرأة أقامت على رجل بينة بالنكاح فلا نفقة لها في مدة المسألة

عن الشهود، ولو أراد القاضي أن يفرض لها النفقة لما رأى من المصلحة ينبغي أن يقول لها إن كنت امرأته قد فرضت لك عليه في كل شهر كذا ويشهد على ذلك، فإذا مضى شهر وقد استدانت وعدلت البينة أخذت نفقتها منذ فرض لها ا هـ. وعلى هذا فقول القاضي حكمت بكذا إن لم يمنع مانع شرعي صحيح. ومن أحكامه أنه لو قضى فضولي فأجاز القاضي قضاءه جاز، ولو كان مولى في كل أسبوع يومين فقضى في غير اليومين توقف قضاؤه، فإن أجازته في نوبته جاز كما في آخر جامع الفصولين، كذا في البزازية. ولو استثنى حوادث فلان لا يقضى فيها ولو قضى لا ينفذ. ومنها أنها لا يملك الاستخلاف إلا بإذن صريح أو دلالة بأن يقول له جعلتك قاضي القضاة. ومنها أن القاضي لا يبقى أكثر من سنة كي لا ينسى العلم.

ومنها أنه يقتصر على المقضي عليه وعلى كل من تلقى الملك منه ولا يتعدى إلى الكافة
ويتعدى
في القضاء بالحرية والنسب والولاء والنكاح، ولا يتعدى في الوقف على الأصح وقدمناه
في
باب الاستحقاق من البيوع. الثامن فيما يخرج القاضي عن القضاء ففي البزازية: أربع
خصال

إذا حل بالقاضي انعزل: فوات السمع أو البصر أو العقل أو الدين. وإذا عزل السلطان القاضي لا ينعزل ما لم يصل إليه الخبر كالوكيل. وعن الثاني أنه لا ينعزل ما لم يأت قاضٍ آخر

صيانة للمسلمين عن تعطيل قضاياهم.

وهذا إذا لم يعلق عزله بشرط كوصول الكتاب ونحوه وإن معلقاً لا ينعزل ما لم يصل إليه الكتاب وإن وصل إليه الخبر. وإذا مات القاضي انعزل خلفاؤه، وإذا عزل القاضي فالفتوى على أن النائب لا ينعزل بعزله لأنه نائب السلطان أو العامة، وبعزل نائب القاضي لا

ينعزل القاضي ولا ينعزل بموت الخليفة، كذا في البزازية. وفيها: القاضي إذا عزل نفسه وبلغ السلطان عزله ينعزل، وكذا إذا كتب به إلى السلطان وبلغ الكتاب إلى السلطان، وقيل

لا ينعزل بعزل نفسه لأنه نائب عن العامة فلا يملك إبطال حقهم اهـ. وينبغي أن الخصم لو

علم بعزله ولم يعلم القاضي أنه لا ينفذ حكمه لعلمه أنه غير حاكم باطنا ولم أره، وكذا لم أر

ما إذا بلغ النائب عزل قاضي القضاة، وينبغي أن لا ينعزل حتى يعمل أصله، وكذا لم أر حكم ما إذا بلغ الأصل دون النواب ولم يعلمهم فحكموا، وينبغي أن يصح حكمهم وأن يستحق الأصل ما عين له على القضاء من بيت المال لمباشرة نوابه. وفي البدائع أن القاضي

يخرج عن القضاء بكل ما يخرج الوكيل إلا إذا مات الخليفة أو خلع فإنه لا تنعزل قضاته

وولاته، وإذا مات الموكل انعزل وكيله ولا ينعزل بأخذ الرشوة والفسق عندنا اهـ. وفي البزازية: قلد السلطان رجلاً قضاء بلدة ثم بعد أيام قلد القضاء آخر ولم يتعرض لعزل الأول

الأظهر والأشبه أنه لا ينعزل اهـ. وفي اللؤلؤجية: إذا ارتد القاضي أو فسق ثم صلح فهو على حاله لأن المرتد أمره موقوف ولأن الارتداد فسق وبنفس الفسق لا ينعزل إلا أن ما قضى

في حالة الردة باطل بخلاف الحكم إذا ارتد فإنه يخرج، والفرق المذكور فيها، وما قدمناه عن

البزازية من أنه ينعزل بفوات الدين يخالفه إلا أن يقال بالردة ينعزل عن نفاذ قضائه جمعا بينهما. وفي الواقعات 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
٥١. وبه علمت أن ما في الخلاصة على خلاف المفتي به، وعلمت أن تقليد الكافر
صحيح
وإن لم يصح قضاؤه على المسلم حال كفره. وفي الخزانة: إذا عمي القاضي ثم أبصر
فهو على
قضائه ٥١. التاسع في آدابه وستأتي. العاشر في محاسنه منها إنصاف المظلوم من
الظالم،
وتخليص الحقوق إلى أهلها، والامر بالمعروف والنهي عن المنكر وهو من أعظم
العبادات وبه
أمر كل نبي قال الله تعالى * (إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون) *
[المائدة: ٤٤]
وقال تعالى * (وإن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم) * [المائدة: ٩٤]
والحاكم نائب
عن الله تعالى في أرضه ولولاه لفسد العباد والبلاد ومع ذلك فله مساو مذكورة في
شرح
أدب القضاء للخصاف للصدر الشهيد.

قوله: (أهله أهل الشهادة) أي أهل القضاء أي من يصح منه أو من تصح توليته له لأن كلا منهما يثبت الولاية على الغير والشاهد يلزم الحاكم أن يحكم بشهادته والحاكم والخصم
بحكمه فكانا من باب واحد. وليس المراد أن القضاء مبني على الشهادة ليلزم منه بناء القوي
على الضعيف، وإنما المراد أنهما يرجعان في شئ واحد وهو أن يكون حرا مسلما بالغا عاقلا عدلا لا أن حكمه مبني على حكمها لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس
فعرف
أوصافه بأوصافها وتمامه في النهاية. فلا تصح تولية كافر وصبي فلذا قال في البزازية:
قلد
القضاء لصبي ثم أدرك لا يقضي به، ذكره في المنتقى. وفي الأجناس: قلد القضاء
الكافر ثم
أسلم فهو على قضائه ولا يحتاج إلى تحديد ثانٍ هـ. وفيها قبله: السلطان أمر عبده
بنصب
القاضي في بلدة ونصب يصح بطريق النيابة عن السلطان، ولو حكم بنفسه لا يصح،
ولو
جمع بنفسه بعد أمره أو أمر غيره صح. الإمام أذن لعبده بالقضاء فقضى بعدما عتق جاز
ولا
يحتاج إلى تجديد الاذن كما لو تحمل الشهادة في الرق ثم عتق هـ. وقد منا أن شرائط
القاضي
ثمانية وفي منظومة ابن وهبان: وتولية الأطروش الأصح جوازها. وفسرها الشارح بأن
يسمع ما قوي من الأصوات والأصم بخلافه وهو من لا يسمع البتة. وفي القاموس: قوم
طرش والأطرش الأصم. وظاهر كلامهم أن من لا تقبل شهادته لم يصح قضاؤه ولا يرد
الفاسق فإنه عندنا أهل لهما لأن القاضي لو قضى بشهادته صح وإن كان يَأثم كما
سيأتي،
فعلى هذا لا يصح قضاء العدو على عدوه عدواة دنيوية كالشهادة وإن قلنا بصحته إذا
قضى

بالبينة أو الاقرار لا بعلمه فهي مستثناة، ولا يصح القضاء لمن لا تقبل شهادته له إلا في مسألة ما إذا ورد عليه كتاب القاضي فإنه يقضي له كما في السراج الوهاج، وكتبناه في فوائد

القضاء وسنتكلم عليه إن شاء الله تعالى في الشهادات. ولو ولي السلطان قاضيا مشركا على

الكفار فظاهر تعليل الخلاصة الصحة وهو ظاهر لأنه أهل للشهادة عليهم، وسألت عن تولية

الباشاه بالقاهرة قاضيا ليحكم في حادثة خاصة مع وجود قاضيهامولى من السلطان فأجبت

بعدم الصحة لأنه لم يفوض إليه تقليد القضاء ولذا لو حكم بنفسه لم يصح كما قدمناه قوله:

(والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة إلا أنه لا ينبغي أن يقلد) لما قدمنا أنهما من باب

واحد، ولا ينبغي تقليده لأن القضاء من باب الأمانة والفاسق لا يؤتمن في أمر الدين لقلة مبالاته به كما لا ينبغي قبول شهادته فإن قبلها نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر الأولوية

عين الأولى أن لا تقبل شهادته وإن قبل جاز. وفي فتح القدير: ومقتضي الدليل أن لا يحل

أن يقضي بها فإن قضى جاز ونفذ اه. ومقتضاه الاثم وعلى الأول لا يأثم، وظاهر الآية يفيد أنه لا يحل قبولها قبل تعرف حاله وهي قوله * (إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما

بجهالة فتصبخوا على ما فعلتم نادمين) * [الحجرات: ٦] وقولهم بوجوب السؤال عن الشاهد

سرا وعلانية طعن الخصم أولا في سائر الحقوق على قولهما المفتي به يقتضي أن يأثم بتركه

لأنه للتعرف عن حاله حتى لا يقبل الفاسق. وصرح في اصلاح الايضاح بأن من قلد فاسقا

يأثم وإن قبل القاضي شهادته يأثم، واستثنى أبو يوسف من الفاسق إذا شهد أن يكون ذا جاه

ومروءة فإنه يجب قبول شهادته كما في البزازية. فعلى هذا يجوز تقليده القضاء إلا أن يكون

أبو يوسف فارقا بينهما. والفسق لغة الخروج عن الاستقامة، كذا في المغرب. وشرعا ارتكاب كبيرة أو الاصرار على صغيرة كما في الخزانة. والعدالة اجتناب الكبائر

والاصرار
على صغيرة واجتناب فعل ما يخل بالمروءة كما سيأتي في الشهادات، فإذا ارتكب ما
يخلها
خرج عن كونه عدلاً وإن لم يصير فاسقاً به.
قوله: (ولو كان عدلاً ففسق لا ينزل ويستحق العزل) أي فسق بأخذ الرشوة أو غيره
من الزنا وشرب الخمر، وما ذكره المؤلف من صحة تولية الفاسق وعدم عزله لو فسق
هو
ظاهر المذهب كما في الهداية وهو قول عامة المشايخ وهو الصحيح كما في الخانية.
وعن
علمائنا الثلاثة في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه. وقال بعض المشايخ: إذا قلد الفاسق
ابتداء

يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق. وفي ايضاح الاصلاح: وعليه الفتوى ا ه. وهو غريب ولم أره والمذهب خلافه لأن المقلد اعقد عدالته فلم يكن راضيا دونها، وهذا مكان

فيه الابتداء أسهل من البقاء وله نظير مذكور في المعراج. لو أبق المأذون ينحجز ولو أذن

للأبق صح. وقيده في الخانية بما في يده عكس السائر على السنة الفقهاء وهو أن البقاء أسهل من الابتداء وإنما كان كذلك لوجود دليل يقتضيه وهو أن المقلد اعتمد عدالته فيتقيد

التقليد بحال عدالته إلى آخر ما في النهاية. وفي البزازية: ولو شرط في التقليد أنه متى فسق

ينعزل انعزل ا ه. قيد بالقضاء لأن الفسق لا يمنع الإمامة بلا خلاف ولا ينعزل بالفسق ا ه. وقوله ويستحق العزل معناه يجب على السلطان عزله، كذا في البزازية. وفي المعراج:

يحسن عزله ا ه. فقد اختلف في معنى الاستحقاق كما اختلف في توليته ابتداء. وفي فتاوي

قاضيخان من الردة: والسلطان يصير سلطانا بأمرين: بالمبايعة معه يعتبر في المبايعة مبايعة

أشرفهم وأعيانهم. الثاني أن ينفذ حكمه على رعيته خوفا من قهره وجبروته، فإن بايع الناس

ولم ينفذ فيهم حكمه لعجزه عن قهرهم لا يصير سلطانا، فإذا صار سلطانا بالمبايعة فجاز إن

كان له قهر وغلبة لا ينعزل لأنه لو انعزل يصير سلطانا بالقهر والغلبة فلا يفيد، وإن لم يكن

له قهر وغلبة ينعزل ا ه. ومن أول الدعاوي: والوالي إذا فسق فهو بمنزلة القاضي يستحق العزل ولا ينعزل ا ه. ولم يذكر المؤلف نفاذ قضائه ولا يلزم من عدم عزله نفاذ قضائه لما في

الخانية: وأجمعوا على أنه إذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى ا ه. مع أنه قدم أنه لا ينعزل

بالفسق فصار الحاصل إنه إذا فسق لا ينعزل وتنفذ قضاياه إلا في مسألة هي ما إذا فسق بالرشوة فإنه لا ينفذ في الحادثة الذي أخذ بسببها. وذكر الطرسوسي أن من قال باستحقاقه

العزل قال بصحة أحكامه ومن قال بعزله قال بطلانها.

قوله: (وإذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا) أي بمال دفعه لتوليته لم تصح توليته



(٤٣٩)

وهو الصحيح، ولو قضى لم ينفذ وبه يفتى إذا الإمام لو قلد برشوة أخذها وهو أو قومه وهو

عالم به يجز تقليده كقضائه برشوة، كذا في جامع الفصولين. ثم رقم لآخر أن من أخذ القضاء برشوة أو بشفعاء فهو كمحكم لو رفع حكمه إلى قاض آخر يمضيه لو وافق رأيه

أبطله اه. وهكذا في الخلاصة من أن الفتوى على عدم نفاذه إذا تولى بالرشوة. وأطلقه فشمّل ما إذا كان القاضي الدافع أو غيره ليوليه السلطان كما في البزازية. قيد بتوليته القضاء

لأنه لو أخذ الرشوة وقضى فقدمنا عن الخانية الاجماع على أنه لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى،

وهكذا في السراج الوهاج. وفي البزازية: الفتوى على عدم نفاذه. وحكى في فصول العمادي فيه اختلافا فليل لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهذا اختيار شمس الأئمة، وقيل لا ينفذ فيهما، وقيل ينفذ فيهما وهو ما ذكره البزدوي ورجحه في فتح القدير

بقوله وهو حسن لأن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجابها فسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم ينفذ، وخصوص هذا الفسق غير مؤثر. وغاية ما وجه به أنه إذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعني والقضاء عمل لله تعالى اه. قلت: ليس هذا مرادهم وإنما مرادهم أنه قضى لنفسه أو ولده يعني والقضاء لنفسه باطل،

وهذا القول أحسن، وظهر أن خصوص هذا الفسق مؤثر في عدم النفاذ. وفي السراج الوهاج معزيا إلى الينايع قال أبو حنيفة: لو قضى القاضي زمانا بين الناس ثم علم أنه مرتش

ينبغي للقاضي الذي يختصمون إليه أن يبطل كل قضاياه اه. وفي البزازية: فإن ارتشى وكيل

القاضي أو كاتبه أو بعض أعوانه فإن بأمره ورضاه فهو كما لو ارتشى بنفسه، وإن بغير علمه

ينفذ قضاؤه وعلى المرتشي رد ما قبض. قضى ثم ارتشى ثم قضى أو ارتشى ولده أو بعض من لا تقبل شهادته له لا لأنه لما أخذ المال أو ابنه يكون عاملا لنفسه أو ابنه. القاضي المولى أخذ الرشوة ثم بعثه إلى شافعي المذهب ليحكم لا يصح لأنه عامل لنفسه، وإن

كتب إليه ليسمع الخصومة وأخذ أجره مثل الكتابة ينفذ لأنه ليس برشوة اه. والرشوة بكسر

الراء وضمها، كذا في البناية. وفي القاموس: إنها بالتثليث الجعل وارتشى أخذها

واسترشى
طلبها وراشاه حابه وصانعه وراشاه لاينه وأعطاه الرشوة ا هـ. وفي المصباح: الرشوة
بكسر
الراء ما يعطيه الشخص للحاكم وغيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد. وجمعها رشا
مثل
سدرة وسدر، والضم لغة وجمعها رشى بالضم، ورشوته رشوا من باب قتل أعطيته
رشوة فارتشى أي أخذ، وأصلها رشا الفرخ إذا مد رأسه إلى أمه لتزقه ا هـ. وفيه البرطيل

بكسر الباء الرشوة وفي المثل البراطيل تنصر الأباطيل كناية مأخوذ من البرطيل الذي هو المعول لأنه يستخرج به ما استتر، وفتح الباء عامي لفقد فعيل بالفتح هـ. وذكر الأقطع أن الفرق بين الهدية والرشوة أن الرشوة ما يعطيه بشرط أن يعينه والهدية لا شرط معها هـ.

وفي الخانية الرشوة غلى وجوه أربعة: منها ما هو حرام من الجانبين وذلك في موضعين: أحدهما إذا تقلد القضاء بالرشوة حرم على القاضي والآخذ. وفي صلح المعراج:

تجوز المصانعة للأوصياء في أموال اليتامى وبه يفتى. ثم قال: من الرشوة المحرمة على الآخذ

دون الدافع ما يأخذه الشاعر. وفي وصايا الخانية: قالوا بذل المال لاستخلاص حق له على

آخر رشوة. الثاني إذا دفع الرشوة إلى القاضي ليقضي له حرم من الجانبين سواء كان القضاء

بحق أو بغير حق ومنها إذا دفع الرشوة خوفا على نفسه أو ماله فهو حرام على الآخذ غير

حرام على الدافع، وكذا إذا طمع في ماله فرشاه ببعض المال. ومنها إذا دفع الرشوة ليسوي

أمره عند السلطان حل له الدفع ولا يحل للآخذ أن يأخذ، فإن أراد أن يحل للآخذ يستأجر

الآخذ يوما إلى الليل بما يريد أن يدفع إليه فإنه تصح هذه الإجارة، ثم المستأجر إن شاء استعمله في هذا العمل وإن شاء استعمله في غيره. هذا إذا أعطاه الرشوة أولا ليسوي أمره

عند السلطان، وإن طلب منه أن يسوي أمره ولم يذكر له الرشوة وأعطاه بعدما يسوي اختلفوا

فيه، قال بعضهم: لا يحل له أن يأخذ. وقال بعضهم: يحل وهو الصحيح لأنه يريد مجازاة

الاحسان فيحل هـ. ولم أر قسما يحيل الآخذ فيه دون الدفع. وأما الحلال من الجانبين فهو

الاهداء للتودد والمحبة كما صرحوا به وليس هو من الرشوة لما علمت. وفي القنية قبيل

التحري: الظلمة تمنع الناس من الاحتطاب من المروج إلا بدفع شيء إليهم فالدفع والآخذ

حرام لأنه رشوة هـ. وفيها ما يدفعه المتعاشقان رشوة يجب ردها ولا تملك هـ. فهذا

يفيد
أن الآخذ لا يملكها وقد صرح به في هبة القنية قال: وفي السير الكبير: الرشوة لا
تملك إلى
أن قال: أبرأه عن الدين ليصلح مهمه عند السلطان لا يبرأ وهو رشوة، ولو أبى
الاضطجاع
عند امرأته فقال أبرئني عن المهر فأضطجع معك فأبرأته قيل يبرأ لأن الأبراء للتودد
الداعي
للجماع وقال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا بخلاف الأبراء في الأول لأنه مقصود
على
إصلاح المهم وإصلاح المهم مستحق عليه ديانة، وبذل المال فيما هو مستحق عليه حد
الرشوة
٥. وفيها: دفع للقاضي أو لغيره سحتاً لإصلاح المهم فأصلح ثم ندم يرد ما دفع إليه ا
٥.
فظاهر أن التوبة من الرشوة يرد المال إلى صاحبه وإن قضى حاجته. وفي صلح المعراج
تجوز

المصانعة للأوصياء في أموال اليتامى وبه يفتى ثم قال: من الرشوة المحرمة على الآخذ
دون
الدافع ما يأخذه الشاعر. وفي وصايا الخانية قالوا: بذل المال لاستخلاص حق له على
آخر
رشوة، وليس منه ما تأخذه المرأة لأجل صلحها مع الزوج. قال في الخلاصة والبنزاية
آخر
كتاب الصلح: وقع بين الزوجين مشاقات فقالت لا أصالحه حتى يعطيني كذا لأن لها
عليه
حقا كالمهر والنفقة ٥١. ومنها ما في مهر البنزاية: الأخ أبي أن يزوج الأخت إلا أن
يدفع له
كذا فدفع له أن يأخذه منه قائما أو هالكا لأنه رشوة، وعلى قياس هذا يرجع بالهداية
أيضا في
المسألة المتقدمة إذا علم من حاله أنه لا يزوجه إلا بالهدية وإلا لا ٥١. ومنها لو أنفق
على
معتدة الغير ليتزوجها فأبت أن تتزوجه إن شرط الرجوع رجع تزوجها أم لا وإلا لكن
أنفق
على طمع أن يتزوجها اختلف التصحيح في الرجوع وعدمه وقدمناه تماما فيها.
قوله: (والفاسق يصح مفتيا وقيل لا) وجه الأول أنه يحذر النسبة إلى الخطأ، ووجه
الثاني أنه من أمور الدين وخيره غير مقبول في الديانات ولم يرجح الشارحون أحدهما،
وظاهر ما في التحرير أنه لا يحل استفتاءه اتفاقا فإنه قال: الاتفاق على حل استفتاء من
عرف من
أهل العلم بالاجتهاد والعدالة أو رآه منتصبا والناس يستفتونه معظمين: وعلى امتناعه إن
ظن
عدم أحدهما، فإن جهل اجتهاده دون عدالته فالمختار منع استفتاءه بخلاف المجهول
من غيره
إذا الاتفاق على المنع ٥١. فلا أقل من أن يكون ترجيحا لعدم صلاحيته ولذا جزم به في
المجمع واختاره في شرحه وقال: إن أولى ما يستنزل به فيض الرحمة الإلهية في تحقق
الواقعات الشرعية طاعة الله عز وجل والتمسك بحبل التقوى قال الله تعالى * (واتقوا
الله
ويعلمكم الله) * [البقرة: ٢٨٢] ومن اعتمد على رأيه وذهنه في استخراج دقائق الفقه
وكنوزه
وهو في المعاصي حقيق بإنزال الخذلان عليه فقد اعتمد على ما لا يعتمد عليه، ومن لم
يجعل الله له نورا فما له من نور ٥١. فشرط المفتي إسلامه وعدالته ولزم منها اشتراط

بلوغه
وعقله فترد فتوى الفاسق والكافر وغير المكلف إذ لا يقبل خيرهم، ويشترط أهلية
اجتهاده
كما سيأتي. ولا حاجة إلى اشتراط التيقظ وقوة الضبط كما في الروض للاحتراز عن
غلب

عليه الغفلة والسهو لأن اشتراط العدالة يغني عنهما. وفي شرح الروض: وينبغي للإمام أن يسأل أهل العلم المشهورين في عصره عمن يصلح للفتوى ليمنع من لا يصلح ويتوعده بالعقوبة بالعود وليكن المفتي متنزها عن حوارم المروءة، فقيه النفس، سليم الذهن. حسن التصرف والاستنباط، ولو كان المفتي عبدا أم امرأة أو أعمى أو أحرس بالإشارة وليس هو كالشاهد في رد فتواه لقربة وجر نفع ودفع ضرر وعداوة فهو كالراوي لا كالشاهد وتقبل فتوى من لا يكفر ولا يفسق ببدعة كشهادته ه. وفي تلقيح المحبوبي أن الإشارة من المفتي الناطق يعمل بها فلا يختص بالأحرس. وفي القنية رامن العين الأئمة المكي: أشار المفتي برأسه مكان قوله نعم فللمستفتي أن يعمل به. ورمز للنوازل عن أبي القاسم مثله، ورمز لظهير الدين المرغيناني لا لأن إشارة الناطق لا تعتبر ه. وسيأتي أنه ينبغي أن يكون المفتي كالقاضي في أوصاف الكمال. وفي الظهيرية: ولا بأس للقاضي أن يفتي من لم يخاصم إليه ولا يفتي أحد الخصمين فيما خوصم إليه ه قوله: (ولا ينبغي أن يكون القاضي فظا غليظا جبارا عنيدا) لأن المقصود منه وهو إيصال الحقوق إلى أهلها لا يحصل به. وفي المصباح: رجل فظ شديد غليظ القلب يقال منه فظ بفظ من باب تعب فظاظة إذا غلظ حتى يهاب في غير موضعه، وغلظ الرجل اشتد فهو غليظ وفيه غلظة أي غير لين ولا سلس، وأغلظ له في القول إغلاظا عنفه ه. والجبار في الخلق الحامل غيره على الشئ قهرا وغلبة وفي أسمائه تعالى الذي جبر خلقه على ما أراد من أمره ونهيه. والعنيد من عاند فلان عنادا من باب قاتل إذا ركب الخلاف والعصيان، وعانده معاندة عارضه وفعل مثل فعله. قال الأزهري: المعاند المعارض بالخلاف لا بالوافق وقد يكون مباراة بغير خلاف ه. وفسره في المغرب بمن يظهر له الحق فيأباه. وذكر مسكين أن الفظ هو الجافي سئ الخلق والغليظ قاسي القلب، والجبار

من جبره على الامر بمعنى أجبره أي لا يجبر غيره على ما يريه، والعنيد المعاند
المجانب

للحق المعادي لأهله.

قوله: (وينبغي أن يكون موثوقا به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة
والآثار ووجوه الفقه) ويكون شديدا من غير عنق، لينا من غير ضعف، لأن 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
والموثوق

به من وثقت به أثق بكسرهما ثقة ووثوقا ائتمنته وهو وهي وهم ثقة لأنه مصدر، وقد
يجمع

في الذكور والإناث فيقال ثقات، والعفاف بالفتح من عف عن الشيء يعف من باب
ضرب

عفة بالكسر امتنع عنه فهو عفيف، كذا في المصباح. وفسره الكرمانى شارح البخاري
بالكف

عن المحارم وخوارم المروءة والعقل على قول الأكثر كما في التحرير قوة بها إدراك الكليات

للنفس ا هـ. والمراد بالوثوق به في عقله أن يكون كامله فلا يولي الأحمق وهو ناقص العقل.

قال في المستطرف: الحمق الخفة غريزة لا تنفع فيها الحيلة وهي داء ودواؤه الموت وفي الحديث

الأحمق أبغض الخلق إلى الله تعالى إذ حرمه أعز الأشياء عليه وهو العقل. ويستدل على صفته من حيث الصورة بطول اللحية لأن مخرجها من الدماغ فمن أفرط طول لحيته قل دماغه، ومن قل دماغه قل عقله، ومن قل عقله فهو أخف. وأما صفته من حيث الأفعال فتترك نظره في العواقب، وثقته بمن لا يعرفه، والعجب وكثرة الكلام وسرعة الجواب وكثرة

الالتفات والخلو من العلم، والعجلة والخفة والسفه والظلم والغفلة والسهو والخيلاء، إن استغنى بطر، وإن افتقر قنط، وإن قال فحش، وإن سئل بخلال، وإن سأل ألح، وإن قال لم

يحسن، وإن قيل له لم يفقه، وإن ضحك قهقه، وإن بكى صرخ. وإذا اعتبرنا هذه الخصال

وجدناها في كثير من الناس فلا يكاد يعرف العاقل من الأحمق قال عيسى عليه السلام: عالجت الأكمه والأبرص فأبرأتهمما وعالجت الأحمق فلم يبرأ ا هـ. وأما الصلاح فهو لغة خلاف الفساد كما في المصباح، وذكر الكرمانى أنه لفظ جامع لكل خير ولذا وصف الأنبياء

عليهم الصلاة والسلام نبينا صلى الله عليه وسلم ليلة الإسراء فقال كل من لقيه في السماوات مرحبا بالنبى

الصالح، ولو كان هناك وصف أجمع منه للخير لوصفوه به ا هـ. وفي أوقاف الخصاف: الصالح من كان مستورا ليس بمهتوك ولا صاحب ريبة، وكان مستقيم الطريقة، سليم الناحية، كامن الأذى، قليل السوء، ليس بمعاقر للنبى ولا ينادم عليه الرجال، وليس بقذاف

للمحصنات ولا معروفا بالكذب، فهذا عندنا من أهل الصلاح ا هـ. والفهم لغة كما في المصباح العلم، والعنف عدم الرفق، والضعف العجز عن احتمال الشئ. وفي فتح القدير قبيل الحبس: ويستحب أن يكون في القاضي عبسة بلا غضب وأن يلتزم التواضع من غير

وهن ولا ضعف. والمراد بعلم السنة ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولاً وفعلاً وتقريراً عند أمر

يعاينه، والمراد بوجوه الفقه طرقه وقدمنا تعريفه أول الكتاب. وذكر مسكين هنا أن

الفقه عند
عامة العلماء اسم لعلم خاص في الدين لا لكل علم وهو العلم بالمعاني التي تعلق بها
الأحكام من كتاب وسنة وإجماع ومقتضياتها وإشاراتها.
قوله: (والاجتهاد شرط الأولوية) وهو لغة بذل الطاقة في تحصيل ذي كلفة،
واصطلاحاً ذلك من الفقه في تحصيل حكم شرعي ظني كما في التحرير. واختلفوا في
المجتهد فقيل أن يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها، والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به
الأحكام منهما من العام والخاص والمشارك والمؤول والنص والظاهر والناسخ
والمنسوخ
ومعرفة الاجماع والقياس، ولا يشترط حفظه لجميع القرآن ولا لبعضه عن ظهر القلب
بل

يكفي أن يعرف ميطان أحكامها في أبوابها فيراجعها وقت الحاجة، ولا يشترط التبهر في هذه

العلوم، ولا بد له من معرفة لسان العرب لغة واعرابا، وأما الاعتقاد فيكفيه اعتقاد جازم، ولا يشترط معرفتها على طريق المتكلمين وأدلتهم لأنها صناعة لهم. ويدخل في السنة أقوال

الصحابة فلا بد من معرفتها لأنه فد يقيس مع وجود قول الصحابي: ولا بد له من معرفة عرف الناس وهو معنى قولهم لا بد أن يكون صاحب قريحة. وفي القاموس: والقريحة أول

ماء يستنبط من القرع كالبر وأول كل شئ ومنك طبعك، والاقتراح ارتجال الكلام واستنباط

الشئ من غير سماع، والاجتناء والاختيار وابتداع الشئ والتحكم ا ه. وفي مناقب الإمام

محمد الكردي: كان محمد يذهب إلى الصباغين ويسأل عن معاملاتهم وما يديرونها فيما

بينهما، وكان الكسائي يختلف إلى محمد فقال له يوما: ما أكثر ما تقولون وعلى هذا معاني كل

الناس ما أنتم وهذا القول لا يعرفه إلا الحذاق من أهل هذه الصناعة، فمن أتقن هذه الجملة

فهو أهل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده ولا يقلد أحدا. وقوله شرط الأولوية يفيد أن تولية الجاهل صحيحة عندنا لأن المقصود من القضاء وهو إيصال الحي إلى مستحقه

يحصل بالعمل بفتوى غيره. وفي البزازية من كتاب الايمان قبيل الثالث والعشرين: المفتي

يفتي بالديانة والقاضي يقضي بالظاهر إلى أن قال: دل أن الجاهل لا يمكنه القضاء بالفتوى

أيضا فلا بد من كون القاضي الحاكم من الدماء والفروج عالما دينا كالكبريت الأحمر وأين

الكبريت الامر وأين الدين والعلم؟! ا ه. وذكر يعقوب باشا: ويعلم من الدليل أن المراد من الجاهل من لا يقدر على أخذ المسائل من كتب الفقه وضبط أقوال الفقهاء كما لا يخفى مع

أن لمراد منه المقلد بقريئة جعل الاجتهاد شرط الأولوية ا ه. وهكذا في إيضاح الاصلاح

وجوز في العناية أن يراد بالجاهل المقلد لكونه ذكر في مقابلة المجتهد وأن يراد من لا

يحفظ شيئاً من أقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام لقوله في دليل الشافعي: ولا قدرة بدون العلم ولم يقل بدون الاجتهاد ا هـ. وأما معناه لغة واصطلاحاً فقد مناهما. وأما حكمه فهو غلبة الظن بالحكم مع احتمال الخطأ، ورأيت في حجج الدلائل أن الظن الغالب بغير غلبة الظن لتغير الثاني دون الأول، وقد يقال المقلد أيضاً يعمل بفتوى غيره ولو أخذها من الكتب. وحاصل شرائط المجتهد على ما في التلويح والتحرير: الاسلام، والبلوغ، والعقل،

وكونه فقيه النفس بمعنى شديد الفهم بالطبع، وعلمه باللغة والعربية أي الصرف والنحو والمعاني والبيان والأصول، وكونه حاويا بالعلم كتاب الله تعالى مما يتعلق بالأحكام، وكونه

عالما بالحديث متنا وسندا وناسخا ومنسوخا، ولا يشترط فيه بعد صحة العقيدة علم الكلام

ولا تفاريع الفقه ولا الذكورة والحرية ولا العدالة فللفاسق الاجتهاد ليعمل بنفسه وأما غيره

فلا يعمل به. ويشترط كونه عالما بوجوه القياس وفي الحقيقة اشتراط علمه بالأصول يعني

عنه، ولا بد من معرفة الاجماع ومواقعه ومن معرفة عادات الناس، فالحاصل أن الشرائط أربعة عشر شرطا. وأما ركنه فالمجتهد وهو ما قدمناه والمجتهد فيه وهو حكم شرعي ظني

عليه دليل.

قوله: (والمفتي ينبغي أن يكون هكذا) أي موثوقا به في دينة وعفافه إلى آخره. وأن يكون مجتهدا قال في فتح القدير: واعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يفتي إلا

المجتهد، وقد استقر رأي الأصوليين على أن المفتي هو المجتهد فأما غير المجتهد ممن يحفظ

أقوال المجتهد فليس مفتيا، والواجب عليه إذا سئل أن يذكر قول المجتهد كأبي حنيفة على

جهة الحكاية فعرف أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام

المفتي ليأخذ به المستفتي. وطريق نقله لذلك عن المجتهد أحد أمرين: إما أن يكون له سند

فيه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من

التصانيف المشهور للمجتهدين لأنه بمنزلة الخبر المتواتر أو المشهور، هكذا ذكر الرازي. فعلى

هذا لو وجد بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عز وما فيها إلى محمد ولا إلى أبي يوسف

لأنها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول، نعم إذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب

مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان

حافظا
للأقاويل المختلفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة له على الاجتهاد للترجيح لا
يقطع
بقول منها يفتي به بل يحكيها للمستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه أنه الأصوب،
ذكر في
بعض الجوامع. وعندني لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفي أن يحكي قولاً منها فإن
المقلد له
أن يقلد أي مجتهد شاء، فإذا ذكر أحدها فقلده حصل المقصود، نعم لا يقطع عليه
فيقول
جواب مسألتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا، نعم لو حكى الكل فالأخذ
بما
يقع في قلبه أن أصوب أولى وإلا فالعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم

وخطئه. وعلى هذا إذا استفتى فقيهين أعني مجتهدين فاختلفا عليه الأولى بأن يأخذ بما
يميل
إليه قلبه منهما. وعندى أنه لاخذ بقول الذي لا يميل إليه قلبه جاز لأن ذلك الميل
وعدمه
سواء، والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ. وقالوا:
المنتقل
من مذهب إلى مذهب باجتهاد وبرهان آثم يستوجب التعزير فبلا اجتهاد وبرهان أولى،
ولا بد
أن يراد بهذا الاجتهاد معنى التحري وتحكيم القلب لأن العامي ليس له اجتهاد. ثم
حقيقة
الانتقال إنما تتحقق في حكم مسألة خاصة قلد فيه وعمل به وإلا فقوله قلدت أبا حنيفة
فيما
أفتى به من المسائل والتزمت العمل به على الاجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة
التقليد، بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعد به كأنه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة فيما
يقع
له من المسائل التي تتعين في الوقائع، فإن أرادوا وهذا الالتزام فلا دليل على وجوب
اتباع
المجتهد المعين بالترام نفسه ذلك قولاً أو نية شرعاً بل الدليل يقتضى العمل بقول
المجتهد فيما
احتاج إليه بقوله تعالى * (فاسألوا أهل الذكر أن كنتم لا تعلمون) * [النحل: ٣٤]
والسؤال إنما
يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة، وحينئذ إذا ثبت عنده قول المجتهد وجب
عمله به.
والغالب أن مثل هذا إلزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص وإلا أخذ العامي في
كل

مسألة بقول مجتهد قوله أخف عليه، وأنا لا أدري ما يمنع هذا من النقل أو العقل
وكون
الانسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد سوغ له الاجتهاد وما علمت من
الشرع
ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يحب ما خفف عن أمته، إلى هنا ما في فتح
القدر. ولم يبسط أصحابنا
الكلام على المفتي والمستفتي في المتون والشروح وإنما ذكر أصحاب الفتاوي بعض
مسائلهما،
وقد بسط الكلام عليهما في الروض في كتاب القضاء فأحببت نقله لأن قواعدا لا تأباه
ثم
أنه بعده على نقل البعض لمذهبننا والله تعالى أعلم قال:
فصل في المفتي: فإن لم يكن غيره تعين عليه، وإن كان غيره تعين عليه، وإن كان غيره
فهو فرض كفاية، ومع
هذا لا يحل التسارع إلى ما لا يتحقق. ويشترط إسلام المفتي وعدالته فترد فتوى
الفاسق
ويعمل لنفسه باجتهاده، ويشترط تيقظه وقوة ضبطه وأهلية اجتهاده، فمن عرف مسألة
أو
مسألتين أو مسائل بأدلتها لم تجز فتواه بها ولا تقليده، وكذا من لم يكن مجتهدا. ولو
مات
المجتهد لم تبطل فتواه بل يؤخذ بقوله، فعلى هذا من عرف مذهب مجتهد وتبحر فيه
جاز أن
يفتي بقول ذلك المجتهد. وليضف إلى المذهب إن لم يعلم أنه يفتي عليه ولا يجوز
لغير المتبحر
إلا في مسائل معلومة من المذهب. فرع ليس لمجتهد تقليد مجتهد ولو حدثت واقعة
قد اجتهد
فيها وجب إعادته إن نسي الدليل أو تجدد مشكل. فرع المنتسبون إلى مذهب إمام إما
عوام
فتقليدهم مفرع على تقليد الميت فقد مر، وإما مجتهدون فلا يقلدون، فإن وافق
اجتهاده
اجتهادهم فلا بأس وإن خالفه أحيانا، ومن لم يبلغ رتبة الاجتهاد بل وقف على أصول
إمامه

وتمكن من قياس ما لم ينص عليه على المنصوص فليس بمقلد في نفسه بل هو واسطة،
فإن نص صاحب المذهب على الحكم والعلة الحق بها غير المنصوص، ولو
نص على الحكم فقط

فله أن يستنبط العلة ويقيس وليقل هذا قياس مذهبه لا قوله، وإن اختلف نص إمامه في
مشتبهين فله التخريج من أحدهما إلى الأخرى. فرع للمفتي أن يغلظ للزجر متأولا كما
إذا

سأله من له عبد عن قتله وخشي أن يقتله جاز أن يقول إن قتلته قتلناك متأولا لقوله صلى
الله عليه وسلم من

قتل عبده قتلناه وهذا إذا لم يترتب على إطلاقه مفسدة واختلاف المفتين كالمجتهدين
والله

تعالى أعلم.

فصل في المستفتي: يجب أن يستفتي من عرف علمه وعدالته ولو بإخبار ثقة عارف أو
باستفاضة وإلا بحث عن ذلك فلو خفيت عدالته الباطنة اكتفي بالعدالة الظاهرة. ويعمل
بفتوى عالم مع وجود أعلم جهله فإن اختلفا ولا نص قدم الأعلم، وكذا إذا اعتقد
أحدهما

أعلم أو أروع ويقدم الأعلم على الأروع. ولو أجيب في واقعة لا تتكرر ثم حدثت لزم
إعادة

السؤال إن لم يعلم استناد الجواب إلى نص أو إجماع، وإن لم تطمئن نفسه إلى جواب
المفتي

استحب سؤال غيره ولا يجب. ويكفي المستفتي بعث رقعة أو رسول ثقة، ومن الأدب
أن لا

يسأل والمفتي قائم أو مشغول بما يمنع تمام الفكر وأن لا يقول بجوابه هكذا قلت أنا
ولا

يطالبه بدليل فإن أراده فوقت آخر وليبين موضع السؤال وينقط المشتبه في الرقعة
ويتأملها لا

سيما آخرها، ويتثبت ولا يقدر الاسراح مع التحقيق، وأن يشاور فيما يحسن اظهار من
حضر متأهلا وإن يصلح لحنا فاحشا وليشغل بياضا بخط كيلا يلحق بشئ ويبين خطه
بقلم

بين قلمين، ولا بأس بكتبه الدليل لا السؤال، ولا يكتب خلف من لا يصلح، وله أن
يضرب عليه إن أمن فتنة وإن سخط المالك وينهي المستفتي عن ذلك، وليس له حبس
الرقعة، وينبغي للإمام أن يبحث عن أهل العلم عمن يصلح للفتوى ليمنع من لا يصلح،
وليكن المفتي متنزها عن خوارم المروءة فقيه النفس سليم الذهن حسن التصرف ولو
عبدا أو

امرأة أو أحرص تفهم إشارته، وليس هو كالشاهد في رد فتواه لقراءة وجر نفع وتقبل
فتوى
من لا يكفر، ولا يفسق ببدعة كشهادته. ويفتي ولو كان قاضيا وفي اشتراط معرفة
الحساب
لتصحيح مسأله وجهان، ويشترط أن يحفظ مذهب إمامه ويعرف قواعده وأساليبه.
وليس

للأصولي الماهر وكذا البحاث في الخلاف من أئمة الفقه وفحول المناظرين أن يفتي في الفروع الشرعية، ولا يجب افتناء فيما لا يقع. ويحرم التساهل في الفتوى واتباع الحيل إن فسدت الأغراض وسؤال من عرف لذلك، ولا يفتي في حال تغير أخلاقه خروجه عن الاعتدال ولو لفرح، ومدافعة أخبثين، فإن أفتى معتقداً أن ذلك لم يمنعه عن درك الصواب صحت فتواه وإن خاطر. والأولى أن يتبرع بالفتوى فإن أخذ رزقا من بيت المال جاز إلا إن تعينت عليه وله كفاية. ولا يأخذ أجره من مستفت فإن جعل له أهل البلد رزقا جاز وإن استؤجر جاز والأولى كونها بأجرة مثل كتبه مع كراهة. وله قبول هدية لا رشوة على فتوى لما يريد، وعلى الإمام أن يفرض لمدرس ومفت كفايته.

ولكل أهل بلد اصطلاح في اللفظ فلا يجوز أن يفتي أهل بلد بما يتعلق باللفظ من لا يعرف اصطلاحهم، وليس له العمل والفتوى بأحد القولين أو الوجهين من غير تعويل عليه في القولين أن يعمل بالمتأخر إن علمه وإلا فبالذي رجحه الشافعي وإلا لزمه البحث عنه، فإن كان أهلا اشتغل به متعرفا لذلك من القواعد والمأخذ وإلا تلقاه من نقلة المذهب فإن عدم الترجيح توقف وحكم الوجهين كقولين لكن لا عبرة بالمتأخر إلا إذا وقعا من شخص، فإن اختلفوا في الأرجح ولم يكن أهلا للترجيح اعتمد ما صححه الأكثر والأعلم وإلا توقف.

والعمل بالجديد من قولي الشافعي إلا في نحو ثلاثين مسألة. وإن كان في الرقعة مسائل رتب الأجوبة على ترتيبها، ويكره أن يقتصر على فيه قولان إذ لا يفيد. ولا يطلق حيث التفصيل فهو خطأ، ويجب على ما في الرقعة لا على ما يعلمه، فإن أراد أن أراد كذا فجوابه كذا، ويجب الأول في الناحية اليسرى وإن شاء غيرها لا قبل البسملة، وليكتب الحمد

لله
وليختم بقوله والله أعلم. ولا يقبح أن يقول في الجواب عندنا. وإن تعلق بالسلطان
دعا
له فقال وعلى السلطان سدده الله أو شد أزره، ويكره أطل الله بقاءه. ويختصر جوابه
ويوضح عبارته. وإن سئل عن تكلم بكفر متأول قال: يسئل إن أراد كذا فلا شيء عليه،
وإن أراد كذا فيستتاب فإن تاب قبلت توبته وإلا قتل. وإن سئل عن قتل أو جرح
احتاط
وذكر شروط القصاص ويبين قدر التعزير، ويكتب على المصق من الورقة وإن ضاقت
كتب
في الظهر والحاشية أولى لا ورقة أخرى. ويشافهه بما عليه بل إن اقتضاهما السؤال لم
يقتصر
على أحدهما، ولا يلقنه على خصمه فإن وجب الافتاء قدم السابق بفتوى ثم أقرع، نعم
يجب
تقديم نساء ومسافرين تهيؤا أو تضرروا بالتخلف إلا إن ظهر تضرر غيرهم بكثرتهم.
وإن
سئل عن الاخوة فصل في جوابه أبو الأبوين أو لأب أو لام، وإن كان في الفريضة عول
قال الثمن عائلا وإن كان في الورثة من يسقط بحال دون حال بينه. ويكتب تحت
الفتوى
الصحيحة إن عرف أنها لأهل الجواب صحيح ونحوه. وله أن يجيب إن رأى ذلك
ويختصر
وإن جهل حاله يبحث عن حاله، فإن لم يظهر له فله أمره بإبدالها، فإن تعسر أجاب
بلسانه.

وإن عدم المفتي في بلده وغيرها ولا من ينقل له حكمها فلا يؤاخذ صاحب الواقعة بشيء يصيبه إذ لا تكليف. فرع أفتاه ثم رجع قبل العمل كف عنه، وكذا إذا نكح امرأة بفتواه ثم رجع لزمه فراقها كما في القبلة، وإن رجع بعد العمل وفد خالف دليلا قاطعا نقضه وإلا فلا. وإن كان المفتي يقلد الإمام فنص إمامه إن كان اجتهاديا في حقه كالدليل القطعي وعلى المفتي إعلامه برجوعه قبل العمل، وكذا بعده إن وجب النقض وإن أتلف بفتواه لا يغرم ولو كان أهلا له والله تعالى أعلم.

فصل يجوز تقليد من شاء من المجتهدين وإن دونت المذاهب كاليوم وله الانتقال من مذهبه لكن لا يتبع الرخص فإن تتبعها من المذاهب فهل يفسق وجهان اه. قال الشارح: أوجهما لا والله سبحانه أعلم. وقد عقد في

أول التتارخانية فصلين في الفتوى حاصل الأول أن أبا يوسف قال: لا تحل الفتوى إلا لمجتهد، ومحمد جوزها إذا كان صواب الرجل أكثر من خطئه. وعن الإسكاف أن الأعلام

بالبلد لا يسعه تركها. واختلفوا في الافتاء ماشيا جوزه البعض ومنعه آخر، واختار الإسكاف

أن يفتي إن كان شيئا ظاهرا وإلا لا، وكان ابن سلام إذا ألح عليه المستفتي وقال جئت من مكان بعيد يقول:

فلا نحن ناديناك من حيث جئتنا* ولا نحن عمينا عليك المذاهبا ولكن اختار الفقيه أبو الليث أنه لا يقول له ذلك أول مرة فإن ألح أجابه بذلك. وحاصل الثاني أن اختلاف أئمة الهدى توسعة على الناس فإن كان الإمام في جانب وهما في

جانب خير المفتي، وإن كان أحدهما مع الإمام أخذ بقولهما إلا إذا اصطح المشايخ على قول

الآخر فيتبعهم كما اختار الفقيه أبو الليث قول زفر في مسائل. وإن اختلف المتأخرون أخذ

بقول واحد، فلو لم يجد من المتأخرين مجتهدا برأيه إذا كان يعرف وجوه الفقه ويشاور أهله.

ولا يجوز له الافتاء بالقول المهجور لجر منفعة ولا يرجو عليه دنيا ورد مفت زرا على

خياط
مستفت وقلعه من ثوبه تحررا عن شبهة الرشوة. ومن شرائطها حفظه الترتيب والعدل
بين
المستفتين لا يميل إلى الأغنياء وأعوان السلطان والامراء بل يكتب جواب السابق غنيا
كان أو
فقيرا. ومن آدابه أن يأخذ الورقة بالحرمة ويقرأ المسألة بالبصيرة مرة بعد مرة حتى
يتضح له

السؤال ثم يجيب، وإذا لم يتضح السؤال سأل من المستفتي. ولا يرمي بالكاغد إلى الأرض وهو لا يجوز، وكان بعضهم لا يأخذ الرقعة من يد امرأة ولا صبي وكان له تلميذ يأخذ منهم ويجمعها ويرفعها فيكتبها تعظيما للعلم. والأحسن أخذ المفتي من كل أحد تواضعا. ويجوز للشاب الفتوى إذا كان حافظا للروايات واقفا على الدرايات محافظا على الطاعات مجانبا للشهوات والشبهات، والعالم كبير إن كان صغيرا، والجاهل صغير وإن كان كبيرا. وصحح في السراجية أن المفتي يفتي بقول أبي حنيفة على الاطلاق ثم بقول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد ولا يخير إذا لم يكن مجتهدا. وإذا اختلف مفتيان يتبع قول الأئمة منهما بعد أن يكون أورعهما. وينبغي أن يكتب عقب جوابه والله أعلم أو نحوه. وقيل في العقائد يكتب والله الموفق ونحوه، وكره بعضهم الافتاء والصحيح عدم الكراهة للأهل. ولا ينبغي الافتاء إلا لمن عرف أقاويل العلماء من أين قالوا، فإن كان في المسألة خلاف لا يختار قولاً يجيب به حتى يعرف حجته، وينبغي السؤال من أفقه أهل زمانه فإن اختلفوا تحرى ه. وصحح في الحاوي القدسي أن الإمام إذا كان في جانب وهما في جانب فالأصح أن الاعتبار لقوة المدرك. فإن قلت: كيف جاز للمشايخ الافتاء بغير قول الإمام الأعظم مع أنهم مقلدون؟ قلت: قد أشكل على ذلك مدة طويلة ولم أر فيه جوابا إلا ما فهمته الآن من كلامهم وهو أنهم نقلوا من أصحابنا أنه لا يحل لاحد أن يفتي بقولنا حتى يعلم من أين قلنا حتى نقل في السراجية أن هذا سبب مخالفة عصام للإمام وكان يفتي بخلاف قوله كثيرا لأنه لم يعلم الدليل وكان يظهر له دليل غيره فيفتي به فأقول: إن هذا الشرط كان في زمانهم أما في زماننا فيكتفي بالحفظ كما في القنية وغيرها فيحل الافتاء بقول الإمام بل

يجب
وإن لم نعلم من أين قال، وعلى هذا فما صححه في الحاوي مبني على ذلك الشرط.
وقد

صححوا أن الافتاء بقول الإمام فينتج من هذا أنه يجب علينا الافتاء بقول الإمام وإن أفتى المشايخ بخلافه لأنهم إنما أفتوا بخلافه لفقد شرطه في حقهم وهو الوقوف على دليله، وأما نحن فلنا الافتاء وإن لم نقف على دليله، وقد وقع للمحقق ابن الهمام في مواضع الرد على المشايخ في الافتاء بقولهما بأنه لا يعدل عن قوله ألا لضعف دليله وهو قوي في وقت العشاء لكونه الأحوط، وفي تكبير التشريق في آخر وقته إلى آخرها، وذكره في فتح القدير. ولكن هو أهل للنظر في الدليل ومن ليس بأهل للنظر فيه فعليه الافتاء بقول الإمام. والمراد بالأهلية هنا أن يكون عارفا مميذا بين الأقاويل له قدرة على ترجيح بعضها على بعض، ولا يصير الرجل أهلا للفتوى ما لم يصرحوا به أكثر من خطائه لأن الصواب متى كثر فقد غلب ولا عبرة بالمغلوب بمقابلة الغالب فإن أمور الشرع مبنية على الأعم الأغلب، كذا في الولوالجية

من كتاب القضاء. وفي مناقب الكردي قال ابن المبارك. وقد سئل متى يحل للرجل أن يفتي

ويلي القضاء قال: إذا كان بصيرا بالحديث والرأي، عارفا بقول أبي حنيفة حافظا له. وهذا

محمول على إحدى الروايتين عن أصحابنا وقبل استقرار المذاهب، أما بعد التقرر فلا حاجة

إليه لأنه يمكنه التقليد اله. ومن العجب ما سمعت من بعض حنيفة عصرنا حين تكلمت قديما معه فيها أن قال لما أفتى المشايخ بشيء علمنا أنه قول الإمام فقلت إنه خطأ لأنهم يبينون

قول الإمام في ظاهر الرواية ثم يقولون الفتوى على قول أبي يوسف أو محمد أو زفر، وسمعت من بعضهم أنه يقول الكل عن أبي حنيفة. قلت: نعم لكن ما خرج عن ظاهر الرواية فهو مرجوع عنه لما قرره في الأصول من عدم إمكان صدور قولين مختلفين متساويين

من مجتهد والمرجوع عنه لم يبق قولاً له كما ذكره.

قوله: (وكره التقليد لمن خاف الحيف) كلاً يكون ذريعة إلى مباشرة الظلم هنا نسختان: التقليد أي النصب من السلطان. والتقليد أي قبول تقليد القضاء وهي الأولى. والحيف بمعنى الجور والظلم من خاف عليه يحيف إذا جار وخوف عدم إقامة العدل لعجزه

كخوف الجور فلو قال المؤلف لمن خاف الحيف أو العجز لكان أولى لأن أحدهما يكفي،

نص عليه القدوري. والمراد بالكراهة كراهة التحريم لأن الغائب الوقوع في محظوره حيثئذ،

ومحل الكراهة ما إذا لم يتعين عليه فإن انحصر صار فرض عين عليه وعليه ضبط نفسه إلا أن

كان السلطان يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك، كذا في فتح القدير. وإذا لم يمكن

السلطان فصل القضايا وفي البلد قوم صالحون له أثموا كلهم، كذا في البزازية. ولم أر هل

يفسق الممتنع؟ الظاهر نعم لتركه الفرض إلا أن يقال: إن للمتنع في الغالب تأويلاً وهو مانع من الفسق ولم أر الآن هل يحير الممتنع المنحصر فيه؟ الظاهر جواز جبره على القبول

لاضطرار الناس إليه كاطعام المضطر وسائر فروض الكفاية عند التعيين، وكذا جواز جبر واحد من المتأهلين وغير المتأهل كالمعدوم قوله: (وإن أمنه لا) أي إن أمن الحيف لم

يکره

(٤٥٤)

التقليد لأن كبار الصحابة والتابعين تقلدوه، ولم يتعرض المصنف لكون الدخول فيه عند الامن
رخصة فالأولى تركه أو عزيمة فالأولى الدخول فيه للاختلاف. قال في البزازية: وعمامة
المشايع
على أن التقليد رخصة والترك عزيمة، وقد دخل في القضاء قوم صالحون وتحامى منه
قوم
صالحون وترك الدخول أصلح دينا ودنيا. وفي فتح القدير: وإن أمن أبيع رخصة والترك
هو
العزيمة لأنه وإن أمن فالغالب خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافا هـ.
فالحاصل أنه فرض عين إن تعين وفرض كفاية للمتأهل عند وجود غيره لكن رخصة
ومكروه
عند خوف العجز أو الحيف، وينبغي أن يكون حراما عند غالب ظنه أنه يجور في
الحكم،
ومباح وكما قدمناه ففيه الأحكام الخمسة. أما غير الأهل فيحرم عليه الدخول فيه قطعا،
ولم أر
حكم ما إذا خاف الجور مع التعيين، ومقتضى كلامهم في النكاح أن لا يجوز له القبول
تقدما
للمحرم على المبيح وإن كان فرضا، وقد روي أن أبا حنيفة دعي للقضاء ثلاثة مرات
فأبى حتى
حبس وجلد كل مرة ثلاثين سوطا حتى قال له أبو يوسف: لو تقلدت لمنفعة الناس؟
فنظر إليه
شبه المغضب فقال: لو أمرت أن أقطع البحر سباحة لكنت أقدر عليه فكأنني بك قاضيا
ونكس
رأسه ولم ينظر إليه بعد. وهذا يدل على كراهة الدخول فيه وهو قول البعض وقدمنا أنه
لا يكره
للقادر عليه. وظاهر كلام الإمام أنه عرف من نفسه عدم القدرة ولذا لم يقبل، وبه صرح
في
فتح القدير أنه لا يجوز القبول إلا لمن أجبر عليه ولذا ضرب الإمام أياما وقيد بضعا
وخمسين
وامتنع في الأصح من القبول ومات على الآباء، كذا في البزازية.
وحاصل ما ذكره البزازية في مناقبه روايات: الأولى أن الإمام لما أكرهه المنصور على
القضاء وأبى حبسه وضربه ثلاثة أيام ومات في الحبس مبطونا. الثانية انه حبس مرتين
على

القضاء والفتيا ثم اخرج ولزم بيته ومنع من الجلوس للنساء ان مات. الثالثة أنهم لما عجزوا

منه قتلوه بالسم. الرابعة أنه طيف به في الأسواق. الخامس أنه لما أحس بالسم سجد فخرجت روحه ساجدا سنة خمسين ومائة. ومن غريب ما وقع أنه جئ بجنازته فازدحم الناس فلم يقدرُوا على دفنه إلا بعد العصر واستمر الناس يصلون عليه على قبره عشرين يوما

وحذر من صلى عليه خمسون ألفا ثم قال: والجمهور على أنه لم يقبل القضاء وأنه مات بالسم وقيل قبله يومين أو ثلاثة لأجل بر المنصور في يمينه ثم ترك. ثم اعلم أن واقعة المنصور معه

هي الفتنة الثانية للإمام والأولى أكرهه ابن هبيرة والي الكوفة على قضائها وضربه على رأسه

حتى انتفخ وجهه وحبسه فرأى النبي صلى الله عليه وسلم فأمره بإطلاقه وتمامه فيها. ولم يذكر الشارح المولى للقضاة وظاهر كلامهم أنه الخليفة أو السلطان وعند الإمام الثاني الأمير الذي ولاه

السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف في الرعية وما تقتضيه الامارة له أن يقلد ويعزل بخلاف ما إذا فوض إليه الأموال فقط. وعنه أيضا إذا كان القضاء من الأصل ومات القاضي ليس للأمير أن ينصب قاضيا وإن ولى عشرها وخراجها وإن حكم الأمير لم يجز حكمه فإذا جاء هذا المولى بكتاب الخليفة إليه من الأصل لا يكون امضاء لقضائه، كذا في البزازية. وللسلطان أن يفوض التولية للقضاء إلى غيره ولو كان المفوض إليه عبدا بطريق النيابة بخلاف ما إذا حكم العبد بنفسه لم يصح. ويشترط للسلطان المولى للقضاة البلوغ لما في البزازية: مات السلطان واتفقت الرعية على سلطنة ابن صغير له ينبغي أن يفوض أمور التقليد إلى وال ويعد هذا الوالي نفسه تبعا لابن السلطان لشرفه والسلطان في الرسم هو الابن وفي الحقيقة الوالي لعدم صحة الاذن والجمعة لا ولاية له ا ه. وفيها أيضا: السلطان أو الوالي إذا بلغ يحتاج إلى تقليد جديد، وكذا النصراني إذا استؤمر، وفي العبد روايتان. ولو اجتمع أهل بلدة على تولية واحد القضاء لم يصح بخلاف ما إذا ولو لسلطانا بعد موت سلطانهم فإنه يجوز. منها أيضا: ولا بد في صحة التولية من تعيين القاضي، فلو قال السلطان وليت عالما أو أحد هذين أو فلانا وفلانا لم يصح أخذنا مما في البزازية: لو قال السلطان للوالي قلد من شئت يصح ولو قال قلد أحدا لم يصح كقوله لو كي له وكل من شئت يصح وكل أحد لا ا ه. والتولية للقاضي إما بالمشافهة للقاضي بقوله وليتك قضاء بلدة كذا أو جعلتك قاضي القضاة ونحو ذلك، أو بإرسال ثقة إليه بذلك أو بكتاب. وفي البزازية: كان الفقيه أو جعفر يقول: كان الفقيه أبو بكر الإسكاف يقول: تولية القضاء في ديارنا غير صحيح لأن المولى لا يواجههم بالتقليد وإنما يكتب المنشور ويكتب في كل فصل عادة من تقدم إن شاء الله تعالى

فيبطل المقدم ولو محاه بعده لا ينقلب صحيحا كما لو كتب أنت طالق إن شاء الله
تعالى ثم
محي المبطل لا يقع الطلاق ا هـ. ولا يشترط لصحة التولية قبوله لها وإنما يشترط عدم
رده
بشرط بلوغه الرد كالوكالة لما في البزازية: السلطان إذا قلده القضاء فرده مشافهة ثم
قبل لا
يصح، وإن بعث إليه منشورا أو أرسل إليه فرده ثم قبل إن قبل قبل بلوغ الرد إلى
السلطان
يصح القبول لابعد بلوغ الرد إليه، وكذا الوكيل يرد الوكالة ثم يقبل، وكذا إذا كتبت
المرأة
إلى رجل زوجته نفسي منك فبلغ الكتاب إليه فرده ثم قبل والرسالة كالكتابة ا هـ.
ولم أر لأصحابنا مجموعا ما يستفيدة القاضي بالتولية وقد جمعته من مواضعه فيملك
الحكم الثابت ببينة أو إقرارا ونكول عن اليمين بعد استيفاء الشرائط الشرعية للحكم،
ويملك
حبس الممتنع عن أداء الحق، ومن وجب عليه تعزيز ورأي حبسه لقولهم إنه مفوض إلى
رأيه،
ويملك إقامة التعازير ما كان حقا لله تعالى بلا طلب أحد وما كان حق عبد بطلبه،
ويملك

إقامة الحدود كما صرحوا به في بابها. وفي تهذيب القلانسي أنها إلى الإمام وأمرء
الأمصار
دون أمرء السواد وعمال الخراج في الرساتيق ا هـ. ويملك تزويج اليتامى والأيتام حيث
لا
ولي لهم لكن بشرط أيكتب في منشوره ذلك، وظاهر كلامهم في باب الأولياء أنه لا
يكفي في هذه توليته له قاضي القضاة. ويملك الاستخلاف بالاذن الصريح أو بقوله
جعلتك
قاضي القضاة وإلا فلا يملك، ويملك ولاية أموال غير المكلفين ممن لا ولي له، وأما
من له
ولي فلا إلا أن يتصرف غير صالح فله نقضه أو كان مبذرا مسرفا فله منعه كما في بيوع
الخانية ويملك ولاية الوقوف ولو شرط الواقف أن لا ولاية له في وقفه فشرطه باطل
كما
قدمناه في الوقف. ويبحث عن ولاتها فيعزل الخائن عنها ولو كان ابن الواقف.
ويحاسبهم
ويحلف من يتهمه منهم كما قدمناه في الوقف. وله نصب الأوصياء إن لم يكن للميت
وصي. وفي البزازية من التاسع في نصب الوصي من كتاب القضاء قال الإمام الحلواني:
للقاضي أن ينصب الوصي في مواضع إذا كان في التركة دين، مهرا كان الدين أو غيره،
بشرط امتناع الوارث الكبير من البيع للقضاء أو وصية أو صغير فينصبه القاضي لقضاء
الدين
أو لتنفيذ الوصية أو لحفظ مال الصغير، وكذا لو كان أبو الصغير مبذرا متلفا لمال
الصغير
ينصب وصيا لحفظ ماله. ولو اشترى الوارث من مورثه شيئا ثم اطلع بعد موته على
عيب
نصب القاضي وصيا حتى يرده الأب عليه. وقيد الخصاص نصب الوصي فيما إذا كان
على
الميت دين وله وارث كبير غائب بانقطاعه عن بلد المتوفي لا يأتي ولا تذهب القافلة،
فإن لم
يكن منقطعا لا ينصب، وكذا ينصب وصيا على الصغير عنود غيبة أبيه واحتيج إلى
إثبات حق
الصغير إن كانت غيبة الأب منقطعة وإلا فلا. وينصب وصيا عن المفقود لحفظ حقوقه
ولا
ينصب عن الغائب ا هـ. فهذه سبعة مواضع يملك فيها نصب الوصي. ثم رأيت ثامنا قال
في القنية: إذا كان المدعى عليه أصم أعمى أخرى فالقاضي ينصب عنه وصيا ويأمر

المدعي
بالخصومة معه إن لم يكن له أب أو جد أو وصيهما ا هـ. قال في البزازية بعدها: إنما يلي

النصب إذا كان مأذونا بالاستخلاف وينصب عدلا أمينا كافيا لا غريبا لا يعرف، ويثبت ذلك بإخبار عدل.

ويشترط في نصب الوصي على اليتيم كونه في ولاية القاضي لا التركة، وفي الوقف كون المدعي عليه في ولايته، هكذا اختار القاضي وفيه اختلاف. ويملك البيع على المديون لايفاء دينه على القول المفتى به كما صرحوا به في الحجر. وله ولاية إقراض اللقطة من الملتقط، وولاية إقراض مال الغائب، وله بيع منقوله إذا خاف عليه التلف إذا لم يعلم مكان الغائب، فإذا علم مكانه بعث إليه لأنه يمكنه حفظ العين والمالية دل هذا على أنه يملك بعث

مال الغائب إليه إذا خاف التلف. وله نصب وكيل في جمع غلات المفقود. طلب الوارث أو لا. وله إيفاء ديون الغائب بماله بالحصص وبيع ماله لايفاء دينه إذا كان دينه ثابتا عنده. وله

الارسال خلف من نسب إلى طلاق زوجته الثلاث إذا أخبره عدلان وإن لم تطلبه المرأة، الكل من البزازية من نوع في ولاية القاضي قال: وليس له أن يزوج أم ولد الغائب وله الاذن بالانفاق على مال الغائب وزوجته وأولاد وأصله من ماله كما قدمناه في النفقات. وله فرض

النفقة على الزوج إذا لم يكن صاحب مائدة وطعام كثير. وفي جامع الفصولين: للقاضي إيداع مال الغائب. وله الاذن في بيع شئ باعه مالكة لرجل وغاب المشتري ليأخذ ثمنه لو من ثمنه لو من جنسه، ولو كانت دابة فله الاذن بإجارتها وعلفها من أجرتها. وله الاذن ببيع

الجارية المغصوبة لو كان مالكةا غائبا ولو من الغاصب فيحل له وطؤها، وإن حضر مالكةا كان له علي ذي اليد ثمنها، ولا يملك تزويج أمة الغائب والمجنون وقنهما، وله أن يكاتبهما

ويبيعهما، وله أن يقبض دين غائب من محبوسه، وله أن يضعه عند عدل، وله إطلاق محبوسه

بكفيل بنفسه، وله الاذن ببيع ودیعة خيف فسادها وربها غائب كصوف، وله بيع دار الميت

إذا لم يعلم له وارث وإذا علم جاز أيضا حفظا وله بيع الآبق، وله إجارة بيع بيت

المفقود لو

(٤٥٨)

خيف خرابه لو لم يسكن، وله قبض المغصوب الغائب من غاصبه، وله أخذ وديعة
المفقود

إيداعها عند من يثق به. أما في جامع الفصولين ملخصا. وأما إقامة الجمع والأعياد
فيملكها القاضي إن كانت في منشوره وإلا فلا، وقول محمد للقاضي أن يجمع حمله
المشايع

على هذا، كذا في البزازية من أول القضاء. وله النظر في الطريق فيمنع متعديا فيها ببناء
وإشراع جناح لا يجوز، وله نصب القسام كما ذكره في كتاب القسمة. وله نصب
أئمة

المساجد، ولم أر حكم نصبه للمحتسبين وينبغي أن يكون له ذلك إن لم ينصب الإمام
أحدا.

وأما نصب العاشر والجاني للزكوات فالإمام كأخذ الجزية والخراج وما يتعلق
بأموال بيت
المال.

قوله: (ولا يسأل القضاء) لقوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل إلى
نفسه، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده أي يلهمه رشده، ذكره الصدر الشهيد.
ولأن من طلبه اعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه توكل على ربه فيلهم. وعلله في
السراج الوهاج بأخرى بأن في طلب القضاء إذلالا وإهانة بالعلم لأن كل معرض مهان
٥.

وهو يفيد منع العالم من السؤال مطلقا لا لحاجة، وقد جمع القدوري بين النهي عن
طلبه

والنهي عن سؤاله ففهم الشارحون المغايرة بينهما، فقليل الطلب بالقلب والسؤال
باللسان،

كذا في المستصفي. وفي الينابيع: الطلب أن يقول للإمام ولني والسؤال أن يقول للناس
لو

ولاني الإمام قضاء بلدة كذا لأجبهته إلى ذلك وهو يطمع أن يبلغ ذلك إلى الإمام ٥.
والمراد

كراهة السؤال أي تحريما أي لا يحل كما في فتح القدير، وليس النهي عن السؤال على
إطلاقه

بل مقيد بأن لا يتعين للقضاء أما إن تعين بأن لم يكن أحد غيره يصلح للقضاء وجب
عليه

الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفع الظالمين. واستحب بعض الشافعية طلبه
لخامل

الذكر لينشر العلم كما في المعراج، ولم أر حكم ما إذا تعين ولم يول الا بمال هل
يحل بذله؟
وكذا لم أر حكم جواز عزله وينبغي أن يحل بذله للمال كما حل طلبه وأن يحرم عزله
حيث
تعين وأن لا يصح عزله، وكما لا يجوز طلبه لا تجوز تولية الطالب في الخلاصة
والبزازية
والخانية من الوقف: طالب التولية لا يولي ا ه. فمن طلب القضاء أو النظارة أو الوصاية
لا
يولي، وعلوه بأن الطالب موكول إلى نفسه وهو عاجز فيكون سببا لتضييع الحقوق.
وفي
وصايا البزازية قال أبو مطيع البلخي أفتي منذ نيف وعشرين سنة فما رأيت قيما عدل في
مال
ابن أخيه قط فلا ينبغي أن يتقلد الوصاية أحد وقد قيل: اتفوا الواوات الوكالة والوصاية
والولاية ا ه. وظاهر كلامهم أنه لا تطلب التولية على الوقف ولو كانت بشرط الواقف
له
لاطلاعهم، وقد منا في كتاب الوقف أن له طلب عودها إذا عزل من قاض جديد.
قوله: (ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائز ومن أهل البغي) لأن الصحاب
رضي الله تعالى عنهم تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي رضي الله تعالى عنهما في
نوبته،
والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان جائزا أفسق أهل زمانه، هكذا قال أصحابنا. وفي
فتح
القدر: وهذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه لا في أفضيته، ثم إنما يتم إذا
ثبت أنه
ولي القضاء قبل تسليم الحسن رضي الله عنه له، أما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام
عام
الجماعة ا ه. ومن العلماء من قال إن الحسن رضي الله عنه لم يسلم له اختيارا وإنما
سلم له
لما رأى ما يقع بينهما من قتل المسلمين من كل من الطائفتين فكان مضطرا كما في
المسيرة.
وفي المعراج: انعقد الاجماع على بيعة معاوية حين سلم له الحسن. وما ذكر المؤلف
من جواز
التقليد من الجائر مقيد بما إذا كان يمكنه من القضاء بالحق أما إذا لم يمكنه فلا كما
في الهداية

لأن المقصود لا يحصل به. والعدل هو الواضع كل شئ في موضعه، وقيل هو المتوسط
بين
طرفي الإفراط والتفريط، سواء كان في العقائد أو في الأعمال أو في الأخلاق. وقيل:
الجامع بين أمهات كمالات الإنسان الثلاثة وهي الحكمة والشجاعة والعفة التي هي
أوساط
القوى الثلاث أعني القوة العقلية والغضبية والشهوانية. وقيل: المطيع لأحكام الله تعالى.
وقيل: المراعي لحقوق الرعية، ذكره الكرماني في شرح قوله عليه الصلاة والسلام إمام
عادل والعدل في اللغة القصد في الأمور وهو خلاف الجور. وذكر الصدر الشهيد في
شرح

أدب القضاء لخصاف أن أبا بكر رضي الله عنه سئل عن العدل وهو على المنبر فقال
على
البديهة:

العدل أن نأتي إلى أخيكاً * ما مثله أن يرضيكاً
وأطلق في الجائز فشمّل المسلم والكافر كما ذكره مسكين معزيا إلى الأصل، وظاهره
صحة سلطنة الكافر على المسلمين وصحة توليته للقضاة وفي فتح القدير ما يخالفه قال:

وإذا لم
يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم
الكفار في

بلاد المغرب كقرطبة الآن وبالنسية وبلاد الحبشة وأقروا المسلمين عندهم على مال
يؤخذ منهم

يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولي قاضيا ويكون هو الذي
يقضي

بينهم، وكذا ينصبوا إماما يصلي بهم الجمعة هـ. ويؤيده ما في جامع الفصولين: وكل
مصرفيه وال مسلم من جهة الكفار يجوز منه إقامة الجمع والأعياد وأخذ الخراج وتقليد
القضاء

وتزويج الايامي لاستيلاء المسلم عليهم، وأما طاعة الكفرة فهي موادة ومخادعة، وأما
في

بلاد عليها ولاية الكفارة فيجوز للمسلمين إقامة الجمع والأعياد ويصير القاضي قاضيا
بتراضي

المسلمين ويجب عليهم طلب وال مسلم هـ. وتصريحه بجواز التقليد من الجائز يدل
على أن

البغاة إذا وال قاضيا ثم جاء أهل العدل فرفعت قضاياه إلى قاضي أهل العدل فإنه يمضي
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

لأن الفاسق يصلح قاضيا في الأصح. وذكر في الفصول ثلاثة أقوال فيه: الأول ما ذكرناه
وهو المعتمد. الثاني عدم النفاذ فإذا رفع إلى العادل يمضيه. الثالث حكمه حكم
المحكم

يمضيه لو وافق رأيه وإلا أبطله هـ. وأشار المؤلف بصحة التقليد من الجائر عادلا كان
القاضي أو باغيا إلى صحة عزل الباغي لقضاة أهل العدل. وفي الفصول: بمجرد استيلاء

الباغي لا تنزل قضاة العدل ويصح عزل الباغي لهم حتى لو انهزم الباغي بعده لا تنفذ
قضاياهم بعده ما لم يقلدهم سلطان العدل ثانيا إذ الباغي صار سلطانا بالقهر والغلبة ا هـ .
وفي شرح باكير فيما يصح تعليقه وما لا يصح قبيل الصرف: اعلم أنه لا بد أن يكون
الإمام

مكلفا حرا مسلما عدلا مجتهدا ذا رأي وكفاية سميعا بصيرا ناطقا وأن يكون من قریش
ولالإمام فيه منع، وإن لم يوجد فمن العجم، وتنعقد بيعة أهل الحل والعقد من العلماء
المجتهدين والرؤساء لما عرف ا هـ . وتكفي مبايعة واحدة وقيل لا بد من الأكثر. وقيل
لا

يلزمه عدد وتمامه في المسايرة. وعرف المحقق الإمامة العظمى في المسايرة بأنها
استحقاق

تصرف عام في الدين والدنيا على المسلمين. وظاهره أنه لا بد في الإمام من عموم
ولايته

ولذا قالوا: لا يجوز اجتماع إمامين في زمن واحد وقدمنا أولا عن الخانية بماذا يكون
سلطانا.

قوله: (فإن تقلد بسال ديوان قاض قبله) شروع فيما يفعله القاضي إذا تقلده، فإن كان
في البلد ينبغي أن يقرأ المنشور على أهل البلد إن كتب له، وإن قدم من خارج ينبغي أن
يقدم

يوم الاثنين أو الخميس لابسا عمامة سوداء وينزل وسط البلد ويقرأ عليهم منشوره، ولم
أره

صريحا الآن. ثم رأيت في شرح أدب القضاء للخصاف. ثم يطلب ديوان القاضي السابق
لأنه

إنما وضع للحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء لأن القاضي يكتب نسختين
إحداهما في

يده لاحتمال الحاجة إليها، والأخرى في يد الخصم وما في يده لا يؤمن عليه. والديوان
لغة

جريدة الحساب، ثم أطلق على موضع الحاسب وهو معرب، والأصل
دوان فأبدلت من إحدى المضعفين ياء بالتخفيف ولهذا يرد في الجمع إلى أصله فيقال
دواوين،

وفي التصغير دويوين لأن التصغير وجمع التكسير يردان الأسماء إلى أصولها. ودونت
الديوان أي وضعت وجمعت ويقال إن عمر رضي الله تعالى عنه أول من دون الدواوين
في

العرب أي رتب الجرائد للعمال وغيرها، كذا في المصباح والمراد به هنا ما ذكره بقوله
قوله:)

الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرها) أي الديوان والخرائط جمع خريطة
مثل كريمة
وكرائم وهي شبهة كيس يشرح من أديم وخرق، كذا في المصباح. وهذا مجاز لأن
الديوان
نفس السجلات والمحاضر لا الكيس كما أفاده مسكين. والسجلات جمع سجل وهو
لغة
كتاب القاضي. والمحاضر جمع محضر، وذكر العلامة خسرو في شرح الدرر والغرر
أن
المحضر ما كتب فيه خصومة المتخاصمين عند القاضي وما جرى بينهما من الاقرار من
المدعى
عليه أو الانكار فيه والحكم بالبينة أو النكول على وجه يرفع الاشتباه، وكذا السجل
والصك

ما كتب فيه البيع والرهن والاقرار وغيرها، والحجة والوثيقة متناولان الثلاثة هـ. وفي العرف الآن السجل ما كتبه الشاهدان في الواقعة وبقي عند القاضي وليس عليه خط القاضي، والحجة ما نقل من السجل من الواقعة وعليه علامة القاضي أعلاه وخط الشاهدين

أسفله وأعطي للخصم. وفي قوله إن دون إذا إشارة أي أن تقلده نادر غير كائن لا يتقلده

إلا مغرور بحديث النفس إليه أشار مسكين وأراد بغيرها محاسبات الأوقاف وكل شيء كان

فيه مصالح الناس مما يتعلق بالقاضي المعزول. وأطلقه فشمّل ما إذا كان الورق من بيت المال

أو من مال أرباب القضايا وهو الصحيح، وما إذا كان من مال القاضي في الصحيح لأنه أخذه تديننا لحفظ أمور المسلمين لا تمولا، ويبيح المولى اثنين أو واحدا مأمونا ليقبضها من

المعزول أو أمينه ويسألان منه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة ليكون أسهل للتناول،

وهذا السؤال لكشف الحال لا للزوم العمل بمقتضي الجواب من القاضي فإنه التحق بسائر

الرعايا بالعزل، ثم إذا قبضاه ختما عليه خوفا من التغيير. وأما ما قيل يكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فلا حاجة إليه فإن كتب الأوقاف تغني عنه. وأشار إلى أن المولى بمجرد

توليته لا يتأخر عن النظر فيما فوض له، فإن تأخر لغير عذر عزله الإمام ولذا قال الصدر الشهيد: إن عمر رضي الله عنه استقضى رجلا على الشام يقال له حابس بن سعد الطائي

على قضاء حمص قال له: يا حابس كيف تقضي؟ قال: أقضي بما في كتاب الله تعالى. قال:

فإن لم يكن في كتاب الله تعالى؟ قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال: فإن لم يكن في سنة

رسوله صلى الله عليه وسلم؟ قال: أجتهد برأيي واستشير جلسائي. فقال عمر رضي الله عنه: أصبت

وأحسن. ثم لقي عمر ذلك الرجل فقال: ما منعك أن تسير إلى عمرك؟ قال: يا أمير المؤمنين إنني رأيت رؤياها ليتني أي خوفتني قال: وما هي؟ قال: رأيت كأن الشمس والقمر

يقتتلان، رأيت كأن الشمس أقبلت من المشرق في جمع كثير، ورأيت كأن القمر أقبل

من
المغرب في جمع كثير حتى اقتتلا قال: فمع أيهما كنت؟ قال: مع القمر. فقرأ عمر
رضي الله
عنه* (وجعلنا الليل والنهار آيتين فمحونا آية الليل وجعلنا آية النهار مبصرة)* كنت مع
القمر
في مغرب الشمس أردد إلينا عهدنا فقتل بعد بصفين مع معاوية، فبدل على أن للإمام
عزل
القاضي إذا تأخر وعلى التفاؤل وتمامه في شرح أدب القضاء للخصاف.
قوله: (ونظر في حال المحبوسين) أي الجديد لأنه نصب ناظرا للمسلمين. والمراد
المحبوس في سجن القاضي فيبعث القاضي ثقة يحصيهم في السجن ويكتب أسماءهم
وأخبارهم وسبب حبسهم ومن حبسهم. وفي شرح أدب القضاء يجب على القاضي
كتابة اسم

المحبوس وأبيه وجده وما حبس بسببه وتاريخه، فإذا عزله بعث النسخة التي فيها
أسماءهم إلى
المتولي لينظر فيها، وأما المحبوس في سجن الوالي فيجب على الإمام النظر في
أحوالهم.
وحاصل ما ذكره الإمام أبو يوسف في كتاب الخراج أن من حبس من أهل الدعارة
والتلصص والجنائيات ولا ما لهم أن نفقتهم في بيت المال وكسوتهم، وكذا أسراء
المشركين
وأن لا يبيت أحد في قيد إلا رجل مطلوب بدم. وينبغي أن يولي على هذا الأمر رجلاً
صالحاً
يثبت أسماءهم عنده ويدفع نفقتهم وأدمهم شهراً بشهر، ويدعو كل رجل ويدفع إليه
بيده
ويعفهم عن الخروج في السلاسل يتصدق عليهم فإن هذا شيء عظيم، ومن مات منهم
ولا
ولي له ولا قرابة فإن تجهيز من بيت المال وأمر بالصلاة عليه ونظر في أحوالهم كل أيام
فمن
كان عليه أدب وأدب وأطلق، ومن لم يكن له قضية خلي سبيله إلى آخر ما ذكره رحمه
الله
قوله: (فمن أقر بحق أو قامت عليه بينة ألزمه) لأن كلا منهما حجة ملزمة. وليس المراد
بقوله ألزمه الحكم عليه وإنما المراد ألزمه الحبس كما أشار إليه مسكين أي أدام حبسه،
ويصح
أن يراد ألزمه بالحق وإليه يشير تقريره في فتح القدير. والظاهر عندي ما قاله مسكين
لأن
الثاني لا يطرد في كل إقرار لأن المحبوس إذا أقر بسبب عقوبة خالصة كالزنا وشرب
الخمر
فقال إنني أقررت عند القاضي المعزول أربع مرات في الزنا ولم يقم الحد علي فإن
القاضي لا
يقيمه عليه لأن ما كان منه في مجلس المعزول بطل لكن يستقبل المولى الأمر فإذا أقر
حده ثم

بعد الحد يتأني وينادي عليه ثم يطلقه بكفيل بنفسه، كذا في شرح أدب القضاء للخصاف.

وقوله أو قامت عليه بينة أعم من أتشهد بأصل الحق أو بحكم القاضي عليه، وأما المعزول فلا يقبل قوله لو قال حبست بحق عليه، وكذا لو قال كنت حكمت عليه لفلان بكذا كما في السراج الوهاج. وعلة في البداية بأنه كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما إذا كانت على فعل نفسه اه. فظاهره أنه لو شهد مع آخر لم تقبل شهادته، ورأيت في بعض كتب الشافعية أنه لو شهد مع آخر على حكمه لم تقبل إلا أن يقول إن قاضيا قضى عليه بكذا لفلان اه. وقواعدنا تأباه لأن الشهادة على قضاء القاضي من غير تسميته غير صحيحة. ولم يذكر المؤلف رحمه الله إطلاقه بعد إلزامه لما في شرح أدب القضاء أنه إذا أقر لفلان بن فلان وعرفه القاضي أو شهد الشهود بنسبه وأحضر المال له أطلقه بلا كفيل، وكذا إذا اختار المدعي إطلاقه وإن أشكل على القاضي أمر المدعي أمره بالدفع إليه ولا يطلقه بل يتأني ثم يطلقه بكفيل خوفا من الاحتيال اه.

قوله: (وإلا نادى عليه) أي من لم يثبت عليه شيء أمر مناديا كل يوم في محلته وقت جلوسه من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليحضر حتى نجتمع بينه وبينه، فإن حضر واحد وادعى وهو على إنكاره ابتداء الحكم بينهما وإلا تأتي في ذلك أياما على حسب ما يرى القاضي فإن لم يحضر أحد أخذ منه كفيلا بنفسه على الصحيح اتفاقا وأطلقه بخلاف مسألة القسمة فإن أبا حنيفة لم يأخذ من الورثة كفيلا لأن احتمال وارث آخر موهوم وهنه القاضي لا يجسه إلا بحق ظاهر وخلافه موهوم. فإن قال لا كفيل لي وأبى أن يعطي كفيلا وجب أن يحتاط نوعا آخر من الاحتياط فينادي شهرا فإن لم يحضر أحد أطلقه. وقد

بحث
المحقق في فتح القدير بأنه لو قيل بالنظر إلى أن الظاهر أنه حبس بحق يجب أن لا يطلقه بقوله
إنني مظلوم حتى تمضي مدة يطلق فيها مدعي الاعسار كان جيدا اه. قلت: ليس بجيد
لأننا
عملنا بمقتضى هذا الظاهر بالنداء وأخذ الكفيل ولو أبقيناه في الحبس كما ذكره لسوينا
بين

الحقق والظاهر فإن المعسر تحققنا ثبوت الحق عليه بخلاف المحبوس بعد عزل القاضي. ثم اعلم أن حاصل ما ذكره الصدر في المحبوسين أنه إن كان بسبب الدين فقد ذكرناه، وإن كان بسبب قصاص أقربه اقتص منه للمقر له في النفس والطرف ولكن لا يطلقه في الطرف إلا بكفيل احتياطاً، وإن كان قال حبست بسبب حد الزنا لا يعمل القاضي بإقراره السابق وإنما يستأنف الآن، وإن قال بسبب شهود علي به لا يحده بذلك، وإن قال بسبب سرقة أقررت بها قطع المولى يده وأطلقه بكفيل، وإن قال بينة لا للتقدم وإن أقر أنه حبس بسبب حد الخمر لا يحده سواء قال بإقرار أو بينة، وإن قال بسبب قذف لفلان وصدقه حد مطلقاً وأطلقه بكفيل قوله: (وعمل في الودائع وغلات الوقف بينة أو إقرار) لأن كلا منها حجة والمراد إقرار ذي اليد وأما غيره فلا يقبل إقراره. وفي فتح القدير: والذي في ديارنا من هذا أن أموال الأوقاف تحت أيدي جماعة يوليهم القاضي النظر أو المباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى أمين الحكم اه. وقد انقطع هذا في زماننا فإن أموال اليتامى تحت يد الأوصياء ولم يول في زماننا أمين الحكم. قيد بغلات الوقف لأنه لا يعمل بإقرار ذي اليد في أصل الوقف إذا جحده الورثة ولا بينة وقال المعزول إن هذا وقف فلان بن فلان سلمته إلى هذا وأقر ذو اليد وكذبه الورثة لم يقبل قول القاضي وذو اليد ويكون ميراثاً بين الورثة، وتمامه في شرح أدب القضاء.

قوله: (ولم يعمل بقول المعزول إلا أن يقر ذو اليد أنه سلمه إليه فيقبل قوله فيهما) يعني لو قال من في يده المال لي وقال المعزول إنه مال وقف أو يتيم لم يقبل بقوله لما بينا أنه التحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضي لأنه هو المخصوص بأن يكتفي بقوله في الالتزام حتى الخليفة الذي قلد القضاء لو أخبر القاضي أنه شهد عنده الشهود بكذا لا يقضي به حتى

يشهد

(٤٦٦)

عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله. والحاصل أن المسألة على وجوه خمسة:
الأول أن

يقر بأنه سلمها إليه ومع ذلك يقربها لغيره فإذا بدأ ذو اليد بالاقرار للغير ثم بتسليم
القاضي

فأقر القاضي بأنها لآخر وحكمه أن تسلم العين للمقر له الأول ويضمن المقر قيمته إن
كان

قيماً أو مثله إن مثلياً للقاضي بإقراره الثاني فيسلمها لمن أقر له القاضي. الثاني أن ينكر
التسليم وحكمه أن لا يقبل قول المعزول. الثالث أن يقر بأن المعزول سلمه إليه ثم يقر
به

للغير عكس الأول وحكمه عدم قبول الثاني. الرابع أن يبدأ بالاقرار بتسليم القاضي ثم
يقول

لا أدري لمن هو وحكمه قبول قول القاضي. الخامس أن يقر بأنه تسلمه من القاضي
وصدق

القاضي أنها لفلان فيقبل قولهما ويدفع إلى القاضي ليدفعه إلى فلان فلم يعمل بقوله في
وجه

وعمل به في الأربعة. وقوله بيينة شامل لما إذا شهدوا أنهم سمعوا القاضي قبل عزله
يقول

هذا المال لفلان اليتيم استودعته فلانا، وكذا إذا شهدوا لي ببيع مال اليتيم فإنه يقبل
ويؤخذ

المال لمن ذكره، وكذا لو مات الأول واستقضى غيره فشهد بذلك قوله: (ويقضي في
المسجد

أو داره) لأنه صلى الله عليه وسلم حكم بين المتلاعنين في المسجد وقال للمديون قم
فاقضه بعد أمر الدائن

بوضع الشطر وكانا في المسجد وقد ارتفعت أصواتهما وأمر بإقامة الحد وهو في
المسجد. وقد

لا عن عمر رضي الله عنه عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم كما رواه البخاري.
وأما كون المشرك

يدخله للقضاء وهو نجس فلا يمنع لأن نجاسته نجاسة الاعتقاد على معنى التشبيه، وأما
الحائض فتخبر بحالها ليخرج إليها القاضي أو يرسل نائبه كما إذا كانت الدعوى في
دابة،

وكذا السلطان يجلس في المسجد للحكم. أطلق المسجد فشمل غير الجامع لكنه أولى
لأنه

أشهر، ثم الذي تقام فيه الجماعات وإن لم تصل فيه الجمعة. قال فخر الإسلام: هذا إذا

كان
الجامع في وسط البلد، أما إذا كان في طرف منها فلا لزيادة المشقة فالأولى أن يختار
مسجدا
في وسط البلد وفي السوق. ويجوز أن يحكم في بيته وحيث كان إلا أن الأولى ما
ذكرناه.
ويأذن للناس على العموم ولا يمنع أحدا لأن لكل أحد حقا في مجلسه، والأولى أن
يكون بيته
في وسط البلد لما ذكرناه. والحاصل أنه يجلس له في أشهر الأماكن ومجامع الناس
وليس فيه
حاجب ولا بواب وهو الأفضل، ولا يحكم وهو ماش ولا راكب ولا بأس بالعود على
الطريق إذا كان لا يضيق على المارة ولا بأس بالحكم وهو متكئ. والقضاء وهو مستو
أفضل
تعظيما لأمر القضاء، ولا يجلس وحده لأنه يورث التهمة فينبغي أن يجالسه من كان
يجلس

معه قبل ذلك، وروي أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة.

ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم، وكان أبو بكر يحضر عمر وعثمان

وعليا رضي الله عنهم حتى قال أحمد: يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما

يشكل عليه. وفي المبسوط: وإن دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله عن شيء من أمور

المسلمين جلس وحده فإن طباع الناس تختلف فمنهم من يمنعه من حشمة الفقهاء عن فضل

القضاء، ومنهم من يزداد قوة على ذلك، فإن كان ممن يدخله حصر جلس وحده. وفي المبسوط ما حاصله أن ينبغي للقاضي أن يعتذر للمقضي 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 إيفاء الصدور كان أولى، كذا في فتح القدير. وفي التتارخانية قال مشايخنا: ينبغي للقاضي إذا أراد الحكم أن يقول للخصمين أحكم بينكما وهذا على وجه الاحتياط حتى إنه إذا كان في التقليد خلل يصير حكما بتحكيمهما. وفي البزازية: قضى القاضي بحق ثم أمره أن يسأل القضية ثانياً بمحضر من العلماء لا يفرض ذلك على القاضي اه. وفيها: وإن رأي أن يقعد معه أهل الفقه قعدوا ولا

يشاورهم عند الخصوم اه. فعلى هذا إذا كانت عنده الفقهاء ووقعت الحادثة يخرج الخصوم أو

يبعدهم ثم يشاور الفقهاء ولا يسلم عليه إلا إذا كان الداخل الشاهد فله أن يسلم كما في الخانية، ويصلي ركعتين تحية المسجد ويسند ظهره إلى المحراب والناس بين يدين يقفون

مستقبلي القلة، فإن اعتراه هم أو غضب أو جوع أو حاجة حيوانية كف عنه حتى يزول،

ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ولا يقضي وهو يدافع أحد الأخبثين، وإن كان شابا قضى

وطره من أهله ثم جلس للقضاء. ولا يسمع من رجل حجتين أو أكثر في مجلس إلا أن يكون

الناس قليلا، ولا يقدم رجلا جاء غيره قبله، ولا يضرب في المسجد حدا ولا تعزيرا،
كذا
في البزازية. والحاصل لا يقضي حال شغل قلبه ولو بفرح أو برد شديد أو حر شديد
وأصله
لا يقضي القاضي وهو غضبان معلول به. ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي
يريد
الجلوس فيه، كذا في فتح القدير. وفي الظهيرية: ويخرج في أحسن ثيابه وأعدل
أحواله،

وله أن يتخذ بوابا ليمنع الخصوم من الازدحام. ولا يباح للبواب أن يأخذ شيئا على
الاذن في
الدخول، وإذا أخذ البواب شيئا وعلم القاضي به ففضى كان كالقضاء بالرشوة لا ينفذ،
كذا
في شرح أدب القضاء. وإذا جلسوا بين يديه قال أبو يوسف: يقول أيكما المدعي فإذا
عرفه
يقو له ماذا تدعي. وقال محمد: لا يفعل ذلك. وقول أبي يوسف أرفق دفعا للمهابة
عنهم.
وإذا جاء رجل أراد إحضار خصمه الغائب دفع له طينة عليها ختم القاضي مكتوب فيها
أجب خصمك إلى مجلس الحكم، فإن كان في المصر أحضره أو قريبا منه، وإن كان
بعيدا
فالقاضي لا يعديه بمجرد قوله حتى يقيم البينة. والفاصل بينهما أنه إن أمكنه أن يعود
إلى
أهله في ذلك اليوم فهو قريب وإلا فلا. وقال محمد: يجب على الإمام أن ينصب قضاة
على
الكور فيما دون مد السفر احترازا عن شقة الأعداء وهو إزالة العدوان. ويسقط الأعداء
بعذر المرض أو كانت مخدرة، فإن توارى الخصم في بيته ختم القاضي على بيته وجعل
بيته
عليه سجنا وسد أعلاه وأسفله حتى يضيق عليه الأمر فيخرج. قال الحلواني: وأصحابنا
لم
يجوزوا الهجوم وصورته أن يبعث القاضي نساء يطلبنه في البيت وأعوانا يأخذون السفل
والعلو كيلا يهرب. وهذا هو القياس فعلة عمر رضي الله عنه والصالحون من بعده
وتركوا فيه
القياس. فإن كان المديون يسكن دارا بأجرة وامتنع من الحضور اختلفوا في تسمير
الباب،
والأصح أنه يسمر. والتسمير الضرب بالمسامير اه. فإن كانت الدار مشتركة فسمرها
الحاكم
لأجل أحد الشركاء للباقي أن يرفعوا الأمر إليه ليرفع المسامير وليس هذا من العدل،
كذا في
التارخانية. وفيها: للسلطان الختم على باب المديون وإن لم يتوار في بيته تضيقا عليه
حتى
يقضي الدين اه. فعلى هذا له وضعه في الجاويش في زماننا. وفي البرازية: ويستعين
بأعوان

الوالي على الاحضار وأجرة الاشخاص في بيت المال، وقيل على المتمرد في المصر من
نصف
درهم إلى درهم، وفي الخارج لكل فرسخ ثلاثة دراهم أو أربعة وأجرة الموكل على
المدعي

وهو الأصح. وفي الذخيرة: إنه المشخص وهو المأمور بملازمة المدعي عليه. وأطلق
بعض
المشايع الذهاب إلى باب السلطان والاستعانة بأعوانه أولا لاستيفاء حقه قبل العجز عن
الاستيفاء القاضي لكنه لا يفتي به إلا إذا عجز القاضي. وإذا ثبت تمرده عن الحضور
عاقبه
بقدره. وذكر الصدر الشهيد لاختلاف في قبول القاضي القصص من الخصوم والمذهب
عندنا
أنه لا يأخذها إذا جلس للقضاء وإلا أخذها. ثم ذكر الاختلاف في أن القاضي يؤخذ
بما
كتب فيها والمذهب لا إلا إذا أقر بلفظه صريحا. وفي السراج الوهاج: وينبغي للقاضي
أن
يتخذ كاتباً صالحاً عفيفاً ويقعده بحيث يراه أهلاً للشهادة لا ذمياً ولا عبداً ولا صبياً ولا
ممن
لا تجوز شهادته فيكتب الخصومة ويجعلها في فمطره ويجعل لكل شهر فمطراً.
قوله: (ويرد هدية إلا من قريب أو ممن جرت عادته به) أي لا يقبل القاضي هدية لما
رواه البخاري عن أبي حميد الساعدي قال: استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً
من الأزد يقال له ابن
اللتبية على الصدقة واسمه عبد الله، فلما قدم قال: هذا لكم هذا أهدي إلي. فقال عليه

الصلاة والسلام: هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدي إليه أم لا؟ قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة. فتعليه دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية ويجب ردها على صاحبها فإن تعذر ردها على مالكها وضعها في بيت المال كاللقطة كما في فتح القدير، فإن كان المهدي يتأذى بالرد يقبلها ويعطيه مثل قيمتها، كذا في الخلاصة. وفي المضمرة: إذا دخلت الهدية له من الباطن خرجت الأمانة من الكوة. وقدمنا عن الأقطع الفرق بين الهدية والرشوة أن الرشوة ما كان معها شرط الإعانة لا بخلاف الهدية. وفي خزنة المفتين: ما يعطيه ولا يكون معها شرط، والرشوة مال يعطيه بشرط أن يعينه. وذكر الهدية في الكتاب ليس احترازا إذ يحرم عليه الاستقراض والاستعارة ممن يحرم عليه قبول هديته كما في الخانية. وإنما يقبل هدية القريب لما فيها من صلة الرحم وردها قطعية وهي حرام. وأطلقه وهو مقيد بالمحرم فخرج ابن العم مثلا، ومقيد بأن لا تكون له خصومة وإنما يقبل ممن له عادة للعلم بأنها ليست للقضاء وله شرطان: أن لا يكون له خصومة، وأن لا يزيد على العادة فيرد الكل في الأول وما زاد عليها في الثاني. وقيد فخر الإسلام بأن لا يكون مال المهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله لا بأس بقبوله. وظاهر العطف في كلام المصنف يقتضي أنه يقبل من القريب وإن لم تكن له عادة بالاهداء. وفي كلام بعضهم ما يقتضي أنه كالأجنبي لا بد أن يكون له عادة وإلا فلا يقبلها منه إلا أن لفقره ثم أيسر لأن الظاهر أن المانع ما كان إلا الفقر على وزان ما قاله فخر الإسلام في الزيادة. والحاصل أن من له خصومة لا يقبلها مطلقا، ومن لا خصومة له فإن كان له عادة قبل القضاء قبل المعتاد وإلا فلا. وفي تهذيب القلانسي: ولا يقبل هدية إلا من ذي رحم محرم أو من وال تولى الأمر منه أو وال مقدم الولاية على القضاء اه. فعلى هذا له أن

يقبلها
من السلطان ومن حاكم بلده المسمى الآن بالباشاه، واقتصر في التارخانية على من
ولا.
وفي فتح القدير: وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي اه.
فظاهره
أنه يحرم قبولها على الوالي والمفتي وليس كما قال فقد قال في الخانية: ويجوز للإمام
والمفتي
قبول الهدية وإجابة الدعوة الخاصة لأن ذلك من حقوق المسلم على المسلم وإنما يمنع
عنه
القاضي اه. إلا أن يراد بالإمام إمام الجامع. وفي التارخانية: من خصوصياته عليه الصلاة

والسلام أن هداياه له. وفيها: ضم الواعظ إلى المفتي معللا بأنه إنما يهدي إلى العالم لعلمه بخلاف القاضي. وأشار المصنف إلى أن القاضي لا يبيع ولا يشتري في مجلس القضاء وغيره وهو الصحيح لأن الناس يساهلون له لأجل القضاء، كذا في الخانية. هذا إذا كان يكفي المؤنة من بيت المال أو يعامل من يحاييه وإلا لا يكره، ولو باع مال المديون أو الميت لا يكره، كذا في البزازية. وفي فتح القدير: ويجب أن يكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فأهدى إلى المقرض فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة اه. وهو سهو والمنقول كما قدمناه آخر الحوالة أنه يحل حيث لم يكن مشروطا مطلقا.

قوله: (ودعوة خاصة) أي يردّها فلا يحضرها لأنها جعلت لأجله، أطلقه فشمّل ما إذا كان الداعي لها القرب وذكر الطحاوي أن هذا قولهما. وقال محمد: يجيبها. وذكر الخصاص أنه يجيبها بلا خلاف واختاره المؤلف في الكافي. وإنما ترك التقييد به في المختصر اعتمادا على ما استثناه في الهدية فالأحسن أن يقال: ولا يقبل هدية ودعى خاصة إلا من محرم أو ممن له عادة فإن للقاضي أن يجيب الدعوة الخاصة من أجنبي له عادة باتخاذها كالهدية، فلو كان من عادتها الدعوة له كل شهر مرة فدعاه كل أسبوع بعد القضاء لا يجيبه.

ولو اتخذ له طعاما أكثر من الأول لا يجيبه إلا أن يكون ما له قد زاد، كذا في التتارخانية قيد بالخاصة احترازا عن العامة فإن له أن يحضرها بشرط أن لا يكون لصاحبها خصومة. واختلف في الخاصة والعامة فقليل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة. واختار في الهداية أن الخاصة هي ما لو علم صاحبها أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها، والعامة هي التي يتخذها وإن لم يحضرها. وحكي عن أبي علي النسفي أن العامة دعوة العرس والختان وما

سواهما خاصة. وفي فتح القدير: عندي أنه حسن لأن الغالب أن العامة هاتان وربما
مضى
عمر ولم نعرف من اصطنع طعاما عاما ابتداء لعامة الناس بل ليس إلا هاتين الخصلتين أو
بخصوص من الناس أو لكونه أضبط فإن معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضي لم
يصنع أو
يصنع غير محقق فإنه أمر مبطن وإن كان عليه لوائح ليس كضبط هذا وتكفي عادة
الناس في
ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي اه. وعندني أنه ليس بحسن لأن العامة عرفا لا
تنحصر في هاتين لأن العقيقة كذلك، وكذا طعام القدوم من سفر الحج، وفي زماننا
يصنع
طعام عام ف العيدين فالمعتمد ما في الهداية. وفي السراج الوهاج أنه أصح ما قيل في
تفسيرها اه. واختاره شمس الأئمة السرخسي كما في المعراج. وفي الخلاصة: وهو
الصحيح وجزم به قاضيخان ففتاواه بقوله: وإنما يعرف الخاص من العام إلى آخره. ولم

يحك غيره فما قاله النسفي ليس بضابط فضلا عن كونه أضببط وكونها لا يعملها إلا لأجل

القاضي ليس يخفي، وبعضه يعلم بالتصريح وبعضه يعلم بالقرائن كالصريح. قوله: (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لأن هذا من حق المسلم على المسلم ففي الحديث

للمسلم على المسلم ست حقوق: إذا دعاه يجيبه، وإذا مرض يعود، وإذا مات يحضره، وإذا

لقيه يسلم عليه، وإذا استنصحه ينصحه، وإذا عطس يشمته كذا في النهاية وهو لا يسقط بالقضاء لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان وإنما يعود بشرط أن لا خصومة له وإلا فلا

قوله: (وليسو بينهما جلوسا) أي يجب على القاضي التسوية بين الخصمين في الجلوس للحديث إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والنظر والإشارة ولا يرفع صوته

على أحد الخصمين دون الآخر رواه إسحاق بن راهويه. وبمثله رواه الدارقطني. ولان في

عدم التسوية مكسرة لقلب الآخر فيجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه والآخر عن

يساره لأن لليمين فضلا. أطلق في التسوية بينهما فشم الشريف والوضيع والأب والابن والصغير والكبير والحر والعبد والسلطان وغيره ولذا قال في النوازل والفتاوي الكبرى: خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم

من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الأرض ثم يقضي بينهما اه. وهذا دليل على

أن القاضي يقضي على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصه شريح مع علي رضي الله عنه.

وشمل المسلم والذمي فيسوي بينهما كما في فتاوي قارئ الهداية. وقيد بالجلوس لأنه لا

يجب عليه التسوية بينهما بالقلب وإن كان أفضل فقد حكى في الولوالجية أن أبا يوسف وقت

موته قال: اللهم إنك تعلم أنني لم أمل إلى أحد الخصمين حتى بالقلب إلا في خصومة نصراني

مع الرشيد لم أسو بينهما وقضيت على الرشيد ثم بكى. ومما حكى عن أبي يوسف أن خادما

من أكبر خدام الخليفة جاء مع خصمه للدعوة فترافع على خصمه فأمره أبو يوسف
بالمساواة
فلم يمثّل فقال القفا يا غلام ائتني بعمر والنحاس يبيع هذا الخادم وأرسل ثمنه إلى أمير
المؤمنين فاستوى وانقضت الدعوى فذهب الخادم إلى الخليفة وقص عليه ما جرى
وبكى بكاء
شديدا فقال له: لو باعك لاجزت بيعه ولم أردك إلى ملكي رحمه الله تعالى. وينبغي
الخصمين
أن يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يجتبيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي
تعظيما

للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيماً له. ويكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعا أصواتهما. وتقف أعوان القاضي بين يديه فيكون أهيب. وقدمنا الخلاف بين الشيخين في ابتداء القاضي لهما بالسؤال وفي فتح القدير هنا، والأصح عندنا أنه يستنطقه ابتداءً للعلم بالمقصود ولا يتعجل على الخصوم ولا يخوفهم. وينبغي أن يقوم بين يديه إذا جلس للحكم رجل يمنع الناس عن التقدم إليه معه سوط يقال له الجلواز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود بقرب من القاضي.

قوله: (وليتق عن مسارة أحدهما وإشارته وتلقين حجته وضيافته أي وليجتنب عن هذه الأشياء لأن فيها تهمة ومكسرة لقلب الآخر والمسارة من ساره في أذنه وتسا روا تناجوا، كذا في القاموس. والمعنى أنه يجتنب الكلام معه خفية. قيد بما ذكر لأنه لا يلزمه اجتناب ميل قبله إلى أحدهما لأنه ليس في وسعه كالقسم. وفي الولوالجية: ولا ينبغي للذي يقوم بين يدي القاضي أن يسار أحداً من الخصمين في مجلس الحكم لأنه نائب القاضي اه. وأما منعه من ضيافة أحدهما فما رواه الحسن فقال: جاء رجل فنزل على علي رضي الله عنه فأضافه فلما فرغ قال: أني أريد أن أخاصم. قال له: تحول فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه، قيد بضيافة أحدهما لأن له أن يضيفهما معا لما روينا قوله: (والمزاح) أي وليتق المزاح في المصباح: مزح مزحاً من باب نفع مزاحة بالفتح، والاسم المزاح بالضم وهو الدعابة، والمزاحة المرة ومازحت مزاحاً من باب قاتل قتالا اه. وفي الصحاح: الدعابة بالضم المزاح من دعب لعب اه. فعلى هذا المزاح اللعب. وأشار إلى أنه لا يضحك في وجه أحدهما فلا يقوم له إذا قدم بالأولى فلو قال المصنف والمزح لكان أولى لأنه يجتنب المزح سواء مازحه أحد أو لا، وسواء كان مع أحد الخصمين أو مع غيرهما. ومراده إذا كان في مجلس الحكم،

وأما في غيره فلا يكثر منه لأنه يذهب بالمهابة قوله: (وتلقين الشاهد) أي يجتنبه لأن فيه إغانة لأحدهما على الآخر. أطلقه فشمّل ما إذا كان في موضع تهمة أو لا، واستحسنه أبو يوسف
في غير موضع التهمة لأنه قد يقول أعلم مكان أشهد لمهابة المجلس وهو نوع رخصة عنده
رجع إليه بعدما تولى القضاء، والعزيمة فيما قالا لأنه لا يخلو عن نوع تهمة. وفي فتح
القدر: وظاهر الجواب ترجيح ما عن أبي يوسف. وفي القنية من باب المفتي: والفتوى
على
قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته، وكذا في البرازية من القضاء والتلقين
أن
يقول له القاضي كلاما يستفيد به علما. وذكر الصدر أن منه أن يقول له كيف تشهد
إنما
يقول له بم تشهد. وأما إفتاء القاضي فالصحيح أنه لا بأس به في مجلس القضاء وغيره
لكن
لا يفتي أحد لخصمين، كذا في خزنة الفتاوي. وفي الملتقط: فأما اليوم فقد ظهرت
المذاهب
إلا إذا كانت مسألة لا يعرف جوابها في مذهب القاضي اه. قيد بالشاهد لبيان أنه لا
يلقن

المدعي بالأولى. وفي الخانية: ولو أمر القاضي رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به

خصوصا على وقول أبي يوسف.

فصل في الحبس

قدمنا أنه مما يملكه القاضي على الممتنع عن إيفاء الحق وتعزيزا فكان من عمله فذكره فيه. وهو في اللغة المنع وهو مصدر حبسه من باب ضرب ثم أطلق على الموضع وجمع على

حبوس مثل فلس وفلوس، كذا في المصباح. ودليله الكتاب * (أو ينفوا من الأرض) * [المائدة: ٣٣] والمراد منه الحبس والسنة حبسه عليه الصلاة والسلام رجلا بالتهمة.

والاجماع

عليه وكان في المسجد إلى زمن علي رضي الله عنه فبنى سجنا وهو أول من بناه في الاسلام

وسماه نافعا ولم يكن حصينا لكونه من قصب فانفلت الناس منه فبنى آخر وسماه مخيسا وكان

من مدر وفي

ألا تراني كيسا مكيسا * بنيت بعد نافع مخيسا

بابا حصينا وأمينا كيسا ذلك يقول علي

وفي رواية حصنا حصينا وفي رواية بدلت بدل بنيت، وفي رواية بابا شديدا وفي رواية وأميرا بدل أمينا. والمخيس بالخاء المعجمة والتاء المثناة الفوقية موضع

التخييس

بيئتين وهو التذليل وروي بكسر الياء لأنه يدل من وقع فيه. والكيس حسن التأنى في الأمور، والكيس المنسوب إلى الكيس المعروف به. وأمينا أراد ونصبت أمينا يعني

السجان

كقوله متقلدا سيفا ورمحا، كذا في الفائق. وصفة الحبس أن يكون في موضع ليس فيه فراش

ولا وطاء ولا يمكن أحد يدخل عليه للاستئناس إلا أقاربه وجيرانه، ولا يمكنون ولا يخرج

لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو بكفيل. وفي الخلاصة:

يخرج بكفيل

لجنازة الوالدين والأجداد والجداات والأولاد وفي غيرهم لا يخرج وعليه الفتوى اه. وتعقبه

في فتح القدير بأن محمدا نص على خلافه، وقد يدفع بأن نص محمد في المديون أصالة

والكلام في الكفيل. لا لمجئ رمضان والعيدين ليضجر قلبه ويوفى. ولا لموت قريبه إلا
إذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج لقراءة الولاد، وإن مرض مرضاً أضناه فإن وجد
من

يخدمه لا يخرج ولا يخرج بكفيل وإلا لا يطلقه وحضرة الخصم ليست شرطا. ولا يخرج للمعالجة لامكانها في السجن، ولا يمنع من الجماع إن احتاج إليه فتدخل امرأته أو جاريتها عليه إن كان فيه موضع سترة. واختلفوا في منعه من الكسب والأصح المنع، كذا في الخلاصة. ولا يضرب المديون ولا يقيد ولا يغل ولا يجرد ولا يؤاجر ولا يقام بين يدي صاحب الحق إهانة. وفي المنتقي: إذا خاف فراره قيده، كذا في البزازية وفيها: إذا خيف أنه يفر من السجن يحول إلى سجن اللصوص. وإذا جلس المحبوس في السجن متعتنا لا يوفي المال قال الإمام الأرسانيدي: يطين الباب ويترك له ثقبه يلقي منها الماء والخبز. وقال القاضي: الرأي فيه إلى القاضي اه. وفي الخانية: إذا كان للمحبوس ديون على الناس فإن القاضي يخرج له ليخاصم ثم يحبس اه. وصرحوا في كتاب الظهار أنه إذا امتنع من التكفير مع قدرته يضرب، وصرحوا في كتاب النفقات أنه لو امتنع من الانفاق على قريبه يضرب بخلاف سائر الديون اه. وعن أبي يوسف أن القاضي يؤجره لقضاء دينه وعليه حمل ما في الحديث من أنه باع حرا في دينه أي أجره. وتعيين مكان الحبس للقاضي إلا إذا طلب المدعي مكانا آخر لما في القنية: ادعى على بنته مالا وأمر القاضي بحبسها فطلب الأب منه أن يحبسها في موضع آخر غير السجن حتى لا يضيع عرضه يجيبه القاضي إلى ذلك، وكذا في كل مدع مع المدعى عليه اه. وفي المحيط: ويجعل للنساء سجن على حدة نفيا لوقوع الفتنة. قوله: (وإذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه فإن أبي حبسه في الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة) لأنه جزاء الظلم وقد صار ظالما بمنعه. أطلقه وقيده في الهداية بالقاضي فظاهره أن المحكم لا يحبس ولم أره الآن صريحا. أطلق الثبوت فشمّل ما إذا كان بينة أو بإقرار، وفرق بينهما في الهداية بأنه إذا ثبت بالبينة عجل حبسه لظهور المطل

بإنكاره وإلا لم يعجل، فإذا امتنع حبسه وهو المذهب عندنا، وعكسه شمس الأئمة
السرخسي

(٤٧٦)

لأنه إذا ثبت بالبينة ربما تعلق بأنه لم يعلم به إلا الآن. وقد فرق الحلواني بين ما ثبت بالبينة
فيخبره القاضي أنه يريد القضاء ويقول ألك مخرج، وبين ما ثبت بالاقرار فلا يعلمه،
وتمامه
في شرح أدب القضاء للخصاف. والأحسن إطلاق الكتاب من الأمر بالأيفاء مطلقا فلا
يعجل بحبسه. وذكر الشارح أن الصواب أنه لا يحبسه حتى يسأله فإن أقر أن له مالا
أمره
بالدفع، فإن أبي حبسه وإلا سأل المدعي عن البينة أن له مالا، فإن برهن أمره بالدفع،
فإن
أبي حبسه، وإن عجز واختلفا فالقول للمدعي في الأشياء الأربعة وللمدعي عليه في
غيرها
اه. ونقله في البناية عن الخصاف وهو خلاف المذهب ولكن يسأل المدعي عن ماله إذا
طلب
المديون إجماعا، كذا في شرح الصدر. أطلق الحق فشمّل القليل والكثير ولو دانقا وهو
سدس
درهم، ولو قال حبسه بطلب المدعي لكان أولى كما ذكره قاضيخان. وقال شريح:
يحبسه من
غير طلبه، كذا في البناية. ولو قال المديون أبيع عرضي وأقضي ديني أجله القاضي ثلاثة
ولا
يحبسه، ولو له عقار يحبسه لبيعه ويقضي الدين ولو بثمن قليل وإن وجد المديون من
يقرضه
ليقضي به دينه فلم يفعل فهو ظالم، كذا في البزازية. وفي كراهية القنية: ولو كان
للمديون
حرفة تفضي إلى قضاء دينه فامتنع منها لا يعذر اه. وأطلق الثمن فشمّل الأجرة الواجبة
لأنها
ثمن المنافع، وشمّل ما على المشتري وما على البائع بعد فسخ البيع بينهما بإقالة أو
خيار،
وشمّل رأس مال السلم بعد الإقالة وما إذا قبض المشتري المبيع أو لا، ولا شك في
دخول
الأجرة تحت قولهم أو التزمه بعقد إن لم تجعل ثمن المنافع ويتفاوت الحال، فإن
دخلت تحت
ما كان بدل مال حبسه عليها على فتوى قاضيخان أيضا وإلا لم يحبس عليها على ما
أفتى به،

ولم أر من صرح بها لكن لم يذكر المؤلف حبسه على العين المغصوبة هنا، وذكره في كتاب
الغصب بنفي الأمانات إذا امتنع الأمين من دفعها غير مدع لهلاكها فإنه يحبس عليها
وصارت
مغصوبة، وما في تهذيب القلانسي وهو إذا ثبت الحق بإقرار أو بحكم بنكوله أو ببينة
فمطل
المطلوب عن تسليمه وطلب الطالب حبسه أمره بحبسه في كل عين يقدر على تسليمها
وفي
كل دين لزمه بدلا عن مال كضمن البيع وبدل القرض والمغصوب ونحوه أو بالتزامه
بعقد
كالمهر والكفالة اه. أولى كما لا يخفي ولشموله الحكم بالنكول بخلاف من قيد
ثبوت الحق
بالبينة أو الاقرار. وأشار المؤلف إلى حبس الكفيل والأصيل مع الكفيل بما التزمه
والأصيل
بما لزمه بدلا عن مال، وللکفيل بالامر حبس الأصيل إذا حبس، كذا في المحيط. وفي

البزازية: يتمكن المكفول له من حبس الكفيل والأصيل وكفيل الكفيل وإن كثروا اه. وإلى
تعدد حبسه لتعدد الطالب فلو حبس بدين ثم جاء آخر وادعى الدين عليه أخرجه من
الحبس
وجمع بينه وبين المدعي، فإن برهن على دعواه كتب اسمه واسم الأول، ثم إن برهن
آخر
كتب اسمه أيضا وحبسه للكل ويكتب التاريخ أيضا، كذا في البزازية. وأطلقه فأفاد أن
المسلم يحبس بدين الذمي والمستأمن وعكسه. وفي البزازية: لهما على رجل دين
لأحدهما أقل
وللاخر الأكثر لصاحب الأقل حبسه وليس لصاحب الكثير إطلاقه بلا رضاه، وإن أراد
أحدهما إطلاقه بعد ما رضيا بحبسه ليس له ذلك. وفي القنية: حبس لصاحب الدين
الأقل
فلصاحب الدين الأكثر إطلاقه ليكتسب ويؤدي له اه. وإلى أنه لا يحبس مع المديون
أحد غير
كفيله فإذا لزم حبس المرأة لا يحبسها مع الزوج وتحبس في بيت الزوج، كذا في
البزازية. فإذا
حبست المرأة زوجها لا تحبس معه، كذا في الخلاصة. وفي مآل الفتاوي: إذا خيف
عليها
الفساد اختار المتأخرون حبسها معه اه. وفي خزانة الفتاوي: استحسنت بعض المتأخرين
أن
تحبس معه إذا كان مخوفا عليه اه وفي البزازية: واستحسن بعض المتأخرين أن تحبس
المرأة
إذا حبس فالزوج وكان قاضي شاه لا مش يحبسها معه صيانة لها عن الفجوز اه. وقيد
المهر
بالمعجل لأنه لا يحبس في المأجل ويصدق في الاعسار وعليه الفتوى، وفي الأصل لا
يصدق
في الصداق بلا فصل بين مؤجله ومعجله، كذا في البزازية. ثم اعلم أن قاضيخان في
الفتاوي رجح الاقتصار على الأول فقال وقال بعضهم: وإن كان الدين واجبا بدلا عما
هو
مال كالقرض وثمان المبيع فالقول قول مدعي اليسار مروى ذلك عن أبي حنيفة وعليه
الفتوى
لأن قدرته كانت ثابتة في المبدل فلا يقبل قوله في زوال تلك القدرة، وإن لم يكن
الدين بدلا

عما هو مال فالقول للمديون. وقال بعضهم: ما وجب بعقده لم يقبل قوله وإن لم يكن
بدلاً
عما هو مال اه. فقد علمت أن الفتوى على الأول وهو أنه لا يحبس إلا فيما كان بدلاً
عن
مال فلا يحبس في المهر والكفالة على المفتي به وهو خلاف مختار المصنف تبعاً
لصاحب

الهداية. وذكر الطرسوسي في أنفع الوسائل أنه المذهب المفتى به فقد اختلف الافتاء فيما
التزمه بعقد ولم يكن بدل مال والعمل على ما في المتون لأنه إذا تعارض ما في المتون
والفتاوي فالمعتمد ما في المتون كما في أنفع الوسائل. وكذا يقدم ما في الشروح على
ما في
الفتاوي وقيل: القول لمديون في الكل، وقيل للدائن في الكل، وقيل يحكم الزي إلا في
الفقهاء والعلوية. والزي كما في القاموس بالكسر الهيئة والجمع أزياء اه. وصححه
الكرائيسي في الفروق. وفي المحيط: إنه ظاهر الرواية. وبه علم أن ما في المختصر
خلاف
ظاهر الرواية والمفتي به. وأطلق المديون فشمّل المكاتب والعبد المأذون والصبي
المحجور فإنهم
يحبسون لكن الصبي لا يحبس بدين الاستهلاك بل يحبس والده أو وصية، فإن لم يكونا
أمر
القاضي رجلا يبيع ماله في دينه، كذا في النزازية قوله: (لا في غيره إن ادعى الفقر إلا
أن
يثبت غريمه غناه فيحبسه بما رأى) أي لا يحبسه في غير ما ذكرنا مما كان بدلا عن
مال أو
ملتزما بعقد إن ادعى أنه معسر لأن الأصل في الآدمي العسرة والمدعي يدعي أمرا
عارضاً
وهو الغناء فلم يقبل منه إلا ببينة. ويدخل تحت الغير تسع صور: بدل الخلع، وبدل عتق
نصيب الشريك، وبدل المغصوب، ونفقة الزوجات، ونفقة الأقارب. وأروش الجنايات،
وبدل دم العمد وما تأخر من المهر بعد الدخول، وبدل المتلقات. وذكر الطرسوسي:
وأخطأ

صاحب المختار في نقل الحكم في الخلع فإنه جعله مع ثمن المتاع والقرض وقال
القول قول
رب الدين ولا يلتفت إلى ما قاله المديون وهو المرأة أو الأجنبي اه. وقد يقال إن بدل
الخلع
مما التزم بعقد فإن الخلع بمال عقد بإيجاب وقبول ويشكل يدل الصلح عن دم العمد
فإنهم
جعلوا فيه القول قول المديون مع أنه التزمه بعقد، وكذا يشكل مؤجل المهر فإنه التزمه
بعقد
وهو نظير الكفالة بالدرك فإن مقتضى إطلاقهم الكفالة وما التزمه بعقد أن لا يقبل قوله
فيها،
ومقتضى تقييد المهر بالمعجل قبول قوله لأنها كالمهر المؤجل لأنها لا تلتزمه إلا بعد
استحقاق
المبيع. وذكر الطرسوسي: فإن ادعى المديون أنه لزمه عما ليس بمال وادعى الدائن أنه
ثمن
متاع لم يذكرها الأصحاب، وينبغي أن يكون القول فيها قول المديون إلا أن يقيم رب
الدين
البينة اه. وفي نفقات البزازية: 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 بيساره
ثبت
اليسار بخلاف سائر الديون حيث لا يثبت اليسار بالاخبار، وإن قالا سمعناه إنه موسر
أو
بلغنا ذلك لا يقبله القاضي اه. ولو قال المديون حلفه أنه ما يعلم أنني معسر يجيبه
القاضي إلى
ذلك ويحلفه أنه ما يعلم إعساره، فإن حلف حبسه بطلبه وإن نكل لا يحبسه، كذا في
البزازية
معزيا إلى الحلواني. والمراد بقوله غناه قدرته الآن على قضاء الدين فلو كان للمحبوس
مال في
بلد آخر يطلقه بكفيل فإن علم القاضي عسرته لكن له مال على آخر يتقاضى غريمه،
فإن
حبس غريمه الموسر لا يحبسه، كذا في البزازية. وقياس الأولى أنه لو كان له مال
غائب لا
يحبسه وقوله بما رأى أي لا تقدير لمدة حبسه وإنما هو مفوض إلى رأي القاضي لأنه

للضجر
والتسارع لقضاء الدين وأحوال الناس فيه متفاوتة، وقدره في كتاب الكفالة بشهرين أو
ثلاثة،

وفي رواية الحسن بأربعة، وفي رواية الطحاوي بنصف الحول، والصحيح ما ذكره
المصنف
كما في البزازية، فلو رأى القاضي إطلاقه بعد يوم فظاهر كلامهم أن له ذلك. قال في
المحيط: إن شاء يسأل عنه قبل مضي شهر اه. وذكر الصدر الشهيد: إن كان الرجل
لينا أو
صاحب عيال وشكى عياله إلى القاضي حبسه شهرا ثم سأل عنه، وإن كان وقحا حبسه
سته
أشهر ثم سأل عنه، وهذا إذا كان حاله مشكلا عند القاضي وإلا عمل بما ظهر له.
قوله: (ثم يسأل عنه) أي يسأل القاضي عن المحبوس بعد حبسه بقدر ما يراه من
جيرانه، فإن قامت بينة على إعساره أطلقه ولا يحتاج إلى لفظ الشهادة وشرطه في
الصغرى.
والعدل الواحد يكفي والاثنان أحوط، وكيفيته أن يقول المنخبر أن حاله حال المعسر
في
نفقته وكسوته وحالته ضيقة وقد اخترنا حاله في السر والعلانية ولا يشترط لسماعها
حضور
رب الدين فإن كان غائبا سمعها وأطلقه بكفيل، كذا في البزازية. قال الطرسوسي:
والمستور
كالعدل، وأما الفاسق فلا يقبل خبره، وتعقب الزيلعي في ذكر العدالة وأنه من كلامه لا
أنه
نقل المذهب اه. وفيه نظر لقوله في الخلاصة والبزازية: وإنما يسأل من الثقات اه.
وهم
العدول فليس ذكرها من كلام. ثم اعلم أن قولهم إن الواحد يكفي مقيد بما إذا لم يكن
الحال حال منازعة، أما إذا كان حال منازعة بأن ادعى المطلوب أنه معسر وادعى
الطالب أنه
موسر فلا بد من إقامة البينة، كذا في السراج الوهاج معزيا إلى النهاية. وظاهر إطلاق
المصنف أن الحبس أولا ثم السؤال في حق كل أحد ولكن في البزازية: إن كان أمر
المديون
ظاهر عند الناس فالقاضي يقبل بينة الاعسار ويخليه قبل المدة التي يذكرها، وإن كان
أمره
مشكلا هل يقبل البينة قبل الحبس؟ فيه روايتان اه. وفي الملتقط قال أبو حنيفة: لا
أسأل
عن المعسر وأحبسه شهرين أو ثلاثة ثم أسأل عنه إلا إذا كان معروفا بالعسرة فلا أحبسه
اه.

وفيه أيضا: ولو معسرا عليه دين وله على مؤسر دين يعلم به القاضي يحبس المعسر حتى يطالب المؤسر، فإذا طالبه وحبس المؤسر أطلق المعسر ا هـ. وفي البزازية: ولو للمحبوس

مال في بلد آخر يطلقه بكفيل وإن علم القاضي عسرته لكن له مال على آخر يتقاضى
غريمه

فإن حبس غريمه الموسر لا يحبسه ه. وظاهر كلامه أن القاضي لا يحبس المديون إذا
علم

أن له مالا غائبا أو محبوسا موسرا وأنه يطلقه إذا علم بأحدهما قوله: (فإن لم يظهر له
مال

خلاه) أي أطلقه من الحبس لأن عسرته ثبتت عنده فاستحق النظرة إلى الميسرة للآية
فحبسه

بعده يكون ظلما، وظاهره أنه يطلقه بلا كفيل - قلت - إلا في مال اليتيم لما في
البرزازية ولو

للميت على رجل دين وله ورثة صغار وكبار لا يطلقه من الحبس قبل الاستيثاق بكفيل
للصغار ا ه. وقدمنا أنه يطلقه بكفيل إذا كان رب الدين غائبا، وينبغي أن يكون مال

الوقف

كمال اليتيم فلا يطلقه القاضي إلا بكفيل فهي ثلاثة مواضع مستثناة والكلام في إطلاقه
جبرا

على رب الدين، فلو أطلقه رب الدين من غير بينة على إفلاسه ورضي المحبوس جاز
ولا

يتوقف على حضور القاضي - كما في البرزازية - إلا في مال اليتيم فلا يطلقه الوصي.
وفي

وصايا القنية: حبس الوصي غريما بدين الصبي ليس له أن يطلقه قبل قضائه إذا كان
موسرا،

وإن رأى أن يأخذ منه كفيلا أو يطلقه فله ذلك. ثم رقم آخر: إذا كان معسرا جاز
إطلاقه

ا ه. فتحرر أن المعسر يجوز إطلاقه اتفاقا وفي الموسر خلاف. وقيدنا برضا المحبوس
لما في

القنية: المحبوس بالدين أقام البينة على إفلاسه فأراد رب الدين أن يطلقه قبل القضاء
بإفلاسه

وأبى المحبوس أن يخرج حتى يقضي بإفلاسه يجب على القاضي القضاء به حتى لا
يعيده رب

الدين ثانيا قبل ظهور غناه ا ه. وإذا أطلقه بلا بينة فله إعادته إلى الحبس كما في أنفع
الوسائل. وأشار بقوله خلاه إلى أنه لا يحبسه مرة أخرى للأول ولا لغيره حتى يثبت

غريمه

غناه لما في البرزازية: أطلق القاضي المحبوس لإفلاسه ثم ادعى عليه آخر مالا وادعى أنه

موسر لا يحبسه حتى يعلم يسره ا هـ. وظهر عدم مال له بالشهادة بأنه لا مال له. وقال

(٤٨٢)

الخصاف: يثبت الافلاس بقول الشهود هو فقير لا نعلم له مالا ولا عرضا يخرج به عن الفقر. وعن الصفار: يشهدون أنه مفلس معدم لا نعلم مالا سوى كسوته وثيابه ليلة واختبرناه سرا وعلنا هـ. وفي أنفع الوسائل: ولا تكون هذه شهادة على النفي فإن الاعسار

بعد اليسار أمر حادث فتكون شهادة بأمر حادث لا بالنفي، نبه عليه السغناقي هـ. واعلم

أن الاخراج بمضي المدة مع إخبار واحد بحال المحبوس لا يكون من باب الثبوت حتى لا

يجوز للقاضي أن يقول ثبت عندي أنه معسر، كذا في أنفع الوسائل. وفي النوازل: فقير لا

شئ له ولا يجد من يكفله بنفسه لا يحبس القاضي وخلقى بينه وبين الغريم إن شاء لازمه وإن

شاء ترك اه وفي الخانية: فإن أحضر المحبوس المال ورب الدين غائب يريد تطويل الحبس

عليه فإن كان القاضي يعلم بالدين ومقداره وصاحبه فإن شاء أخذ المال وخلاه وإن شاء أخذ

منه كفيلا ثقة بالمال والنص وخلقى سبيله، ولو مات الطالب والقاضي الذي حبسه وارثه لا

غير قال بعضهم: يخلي سبيله كي لا يتهمه الناس. وقال بعضهم: يتركه في السجن حتى يقضي الدين اه قوله: (ولم يحل بينه وبين غرمائه) أي لا يمنعهم من ملازمته عند الإمام،

وقالا بالمنع عنها لكونه منظرا بأنظار الله تعالى وهي أقوى من أنظار العبد بالتأجيل ومعه لا

ملازمة. وله منظر إلى قدرته على الايفاء وهو ممكن كل حين فيلازمونه كيلا يخفيه والدين

حال بخلاف الاجل لأنه لا مطالبة له قبل مضيه. ولو كان المديون قادرا فظهر الفرق وبذل

القياس ولذا قال في أنفع الوسائل: إن الصحيح قوله دائما هو الصحيح. وفي المحيط: إنه

ظاهر الرواية. وأحسن الأقاويل في الملازمة ما روي عن محمد أنه قال: يلازمه في قيامه

وقعوده ولا يمنعه من الدخول على أهله ولا من الغداء ولا من العشاء ولا من الوضوء والخلاء، وله أن يلازمه بنفسه وإخوانه وولده ومن أحب. والصحيح أن الرأي فيه إلى

صاحب الدين إن شاء لازمه بنفسه وإن شاء بغيره ولا عبرة بالمديون في رأيه. وفي المحيط
قالوا: لا يلازمه بالليالي لأن الليالي ليست بوقت الكسب فلا يتوهم وقوع المال في يده
في الليالي فالملازمة لا تفيد حتى لو كان الرجل يكتسب في الليالي قالوا يلازمه في الليالي،
هكذا
قال الفقيه أبو جعفر ه. وفي البزازية: لا يلازمه في موضع معين لأنه حبس ولا يمنعه
من دخول بيته لغائط أو غداء إلا إذا أعطاه الدائن وأعد له مكانا للغائط وإن كان عمل
المديون
السقي، ولا يمنعه اللزوم من ذلك لازمه إلا إذا أعطاه نفقته ونفقة عياله فله إذا منعه من
السعي. ولو أبى المديون ملازمة الغريم وقال اجلس مع الدائن له ذلك، وليس للدائن أن

يجلسه في الشمس أو على الثلج أو في مكان يتضرر به. ولو طلب المطلوب الحبس
والطالب
الملازمة لازمه. وملازمة المرأة أن تلازمها امرأة فإن لم يوجد حبسها في بيت مع امرأة
وجلس
هو على الباب أو المرأة في بيت نفسها وهو على الباب وليس له غير ذلك. وعن
محمد: المرأة
يلازمهم الرجال بالنهار في موضع لا يخاف عليها الفساد ولا يخلون بها، وبالليل
يلازمها
النساء. وفي الواقعات: عليها حق له أن يلازمها ويجلس معها ويقبض على ثيابها لأن
هذا
ليس بحرام، فإن هربت إلى خربة إذا كان يأمن على نفسه يدخل عليها ويكون بعيدا
منها
لحفظ نفسه لأن له ضرورة في هذه الخلوة كما قالوا فيمن هرب بمتاع إنسان ودخل
داره له
أن يدخل عقبيه ليأخذ حقه، ولو ادعى على آخر مالا ولم يجلس القاضي أياما لازم
خصمه
أياما وإن طال اه. وفي الهداية: لو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار
للطالب
إلا إذا علم القاضي أن بالملازمة يدخل عليه ضرر بين أن لا يمكنه من دخول داره
فحينئذ
يحبسه دفعا للضرر اه. وفي النزاهة: ويجوز الجلوس في المسجد لغير الصلاة لملازمة
الغريم
قال القاضي: المذهب عندنا أنه لا يلازمه في المسجد لأنه بني لذكر الله تعالى وبه
يفتي.
وفيها أيضا: إن كان في ملازمة الغريم ذهاب قوته كلف أن يقيم كفيلا بنفسه ثم يخلي
سبيله
وللطالب ملازمة الغريم بلا أمر القاضي إن كان مقرا بحقه قوله: (ورد البينة على افلاسه
قبل
حبسه) لأنها بينة نفي فلا تقبل ما لم تتأبد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل
الاحتياط
لا على وجه الوجوب، وما ذكره في الكتاب هو ما اختاره عامة المشايخ كما في
الهداية وهو
الصحيح كما في النهاية، وروي عن محمد قبولها وبه كان يفتي الشيخ الإمام أبو بكر

محمد بن الفضل ونصير بن يحيى. وفي الخانية: وينبغي أن يكون مفوضا إلى القاضي
إن علم
أنه وقح لا تقبل بينته قبل الحبس، وإن علم أنه لين قبلت بينته. وفسر الطرسوسي
الوقاحة
بالاغلاظ على المدعي في القول، واللين بالتلطف فيه، ونظيره ما قاله الخصاف في
تعيين مدة
الحبس إن كان المديون سمحا بأخذ القاضي برواية الكفالة من التقدير بشهرين أو
بثلاثة، وإن
كان مفتيا أخذ بالأكثر، كذا في البزازية قوله: (وبينة اليسار أحق) أي من بينة الاعسار
بالقبول عند التعارض لأن اليسار عارض والبينة للاثبات. وفي البزازية: كبينة البراء مع
بينة
الاقراض. وفي الخانية: فإن شهدوا أنه موسر قادر على قضاء الدين جاز وكفى ولا
يشترط
تعيين المال ا هـ. واستثنى في فتح القدير من تقديم بينة اليسار ما لو قال المدعي أنه
موسر
وقال المدعى عليه أعسرت بعد ذلك وأقام بذلك بينة فإنها تقدم لأن معها علما بأمر
حادث
وهو حدوث ذهاب المال ا هـ. والظاهر أنه بحث منه وليس بصحيح لجواز حدوث
اليسار

بعد إعساره الذي ادعاه. أطلق في قبول بينة اليسار فأفاد قبولها إن لم يذكروا مقدار ما ملكه.

وفي البزازية: ولم يشترط بيان ما به اليسار لأن المقصود منها دوام الحبس عليه ولم يبينوا مقدار ما يملك، ولو بينوا مقدار ما يملك لم يمكن قبولها وتمامه في القنية. وفي العناية فإن قيل:

محمد قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت إلا بالملك وتعذر القضاء به لأنهم لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما إذا أنكر المشتري جواز الشفيع وأنكر ملكه في الدار فبرهن الشفيع أن له نصيبا في هذه الدار ولم يبينوا مقداره. وأجيب بأن الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على أداء الدين وهي لا تكون إلا بملك مقدار الدين فثبت بها قدر الملك وفي النصيب لم يشهدوا بشئ معلوم فافترقا ١٥. قوله: (وأبد حبس الموسر) لأنه جزاء الظلم إذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة عليه خلده في الحبس، وأما كونه يعجل القاضي حبسه أو لا يحبسه حتى تظهر مماطلته فقدمناه، ولذا حمل صاحب الهداية قوله في الجامع الصغير أنه يؤبد حبس الموسر إذا أقر على ما إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة فظهرت مماطلته قوله: (ويحبس الرجل بنفقة زوجته) لأنه ظالم بالامتناع عن الانفاق. قيدنا بالامتناع لأنه لا يحبس في النفقة الماضية لأنها تسقط بمضي لزمان وإن لم تسقط بأن حكم الحاكم بها أو اصطلاح الزوجان عليها فلأنها ليست بيدل عن مال ولا لزمته بعقد، كذا ذكر الشارح، ومراده أن النفقة الواجبة للمجتمعة داخلة تحت قوله لا في غيره فلا يحبس عليها إن ادعى الفقر إلا أن تثبت المرأة يساره، فإذا

ادعت المرأة بنفقة أو كسوة مقررة اجتمعت عليه وقال إني فقير فالقول له مع يمينه ولا يحبس
إذا حلف، فإن أقامت بينة على يساره وطلبت حبسه حبسه القاضي قوله: (لا في دين
ولده)
أي لا يحبس أصل في دين فرعه لأنه لا يستحق العقوبة بسبب ولده ولذا لا قصاص
عليه
بقتله ولا بقتل مورثه، ولا يحد بقذفه ولا بقذف أمه الميتة بطلبه وقولهم هنا إنه لا
قصاص
بقتله يقتضي أن المراد الأصل أبا أو أما أو جدا لأب أو لام لتصريحهم في باب
الجنايات أن
الجد لام لا قصاص عليه بقتل ولد بنته فكذا لا يحبس بدينه. وفي المحيط: ولا يحبس
الأبوان
والجدان والجدتان إلا في النفقة لولدهما اه. وظاهر إطلاقهم أنه لا فرق بين الموسر
والمعسر
ولكن ينبغي أن يتنبه لشيء وهو أنه إذا كان موسرا وامتنع من قضاء دين ولده وقلنا لا
يحبس
فالقاضي يقضي دينه من ماله إن كان من جنسه وإلا باعه للقضاء كبيعه مال المحبوس
الممتنع
عن قضاء دينه، والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله. ولو قال المديون أبيع عرضي
وأقضي
ديني أجله القاضي ثلاثة ولا يحبسه، ولو له عقار يحبسه ليبيعه ويقضي الدين ولو بثمن
قليل
كما في البزازية. وسيأتي تمامه في الحجر إن شاء الله تعالى فيبيع القاضي مال الأب
لقضاء دين
ابنه إذا امتنع لأنه لا طريق له إلا البيع وإلا ضاع. وقيد بدين الولد لأن الولد يحبس بدين
أصله ويحبس القريب بدين قريبه كما في الخانية، وقد كتبنا في الفوائد الفقهية أن من
لا
يحبس سبعة: الأول الأصل في دين فرعه. الثاني المولى فدين عبده المأذون غير
المديون وإن
مديونا يحبس لحق الغرماء. الثالث العبد، لا يحبس بدين مولاه، أطلقه الشارح فظاهره
ولو
كان مديونا. الرابع المولى لا يحبس بدين مكاتبه إن كان من جنس بدل الكتابة لوقوع
المقاصة

وإلا يحبس لتوقفها على الرضا. الخامس لا يحبس المكاتب بدين الكتابة وإن كان دينا
آخر
يحبس به للمولى. ومنهم من منعه لأنه يتمكن من إسقاطه بالتعجيز وصححه في
المبسوط

وعليه الفتوى كما في أنفع الوسائل. السادس لا يحبس صبي على دين الاستهلاك ولو له مال
من عروض وعقار إذا لم يكن له أب ولا وصي والرأي إلى القاضي فيأذن في بيع بعض ماله
للايفاء، وإن كان له أب أو وصي فإنه يحبس إذا امتنع من قضاء دينه من ماله ولا يحبس
الصبي إلا بطريق التأديب حتى لا يتجاسر إلى مثله إذ باشر شيئاً من أسباب التعدي قصداً،
أما إذا كان خطأ فلا، كذا في المبسوط من كتاب الكفالة. وفي المحيط: وللقاضي أن يحبس
الصبي التاجر على وجه التأديب لا على وجه العقوبة حتى لا يماطل حقوق العباد فإن
يؤدب لينزجر عن الأفعال الذميمة. السابع إذا كان للعاقلة عطاء لا يحبسون في دية وأرش
ويؤخذ من العطاء وإن لم يكن لهم عطاء يحبسون، كذا في البزازية. ويزاد هنا مسألتان
قدمناهما لا يحبس المديون إذا علم القاضي أن له مالا غائباً أو محبوباً موسراً فصارت
تسعا. قوله: (إلا إذا امتنع من الانفاق عليه) فيحبس لأنها لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد
إهلاكه
فيحبس لدفع الهلاك عنه ألا ترى أن له قتله دفعا عن نفسه، وهكذا حكم الأجداد
والجدات
وإن علوا لأن في ترك الانفاق سعياً في هلاكهم. وقيد في السراج الوهاج الولد بالصغر

والفقر فظاهره أنه إذا كان بالغاً زمناً فقيراً لا يحبس أبوه إذا امتنع من الانفاق عليه مع أن النفقة واجبة عليه وفيه تأمل لا يخفى. والحاصل أنه إذا امتنع من الانفاق على أصله وإن علا وفرعه وإن سفل وعلى زوجته يحبس. وفي فتح القدير: ويتحقق الامتناع بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وإن كان مقدار النفقة قليلاً كالدانق إذا رأى القاضي ذلك، فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبسه لأن العقوبة تستحق بالظلم وهو بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق فهذا 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 أو جعه عقوبة، وإن كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فإنه ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم إذا لم يقسم لها فرفعته يأمره بالقسم وعدم الجور، فإن ذهب ولم يقسم فرفعته أو جعه عقوبة، وإن كان ما ذهب لها من الحق لا يقضي ويحصل بذلك ضرر كبير اه. وفي فتاوى قارئ الهداية: إذا لم يكن الزوج صاحب مائدة وعلم القاضي أنه يضارها في الانفاق فرض نفقتها عليه دراهم بقدر حالهما، وإذا امتنع من أن يفرض شيئاً حبس حتى يفرض اه. وهو مشكل لأن القاضي يفرض إذا امتنع فلا حاجة إلى فرض الزوج ليحبس إذا امتنع والله أعلم باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره