

السَّيْرُ جَمْعُ سِيرَةٍ وَأَصْلُ السَّيْرِ حَالَةُ السَّيْرِ إِلَّا أَنَّهَا غَلَبَتْ فِي الشَّرْعِ عَلَى أُمُورِ الْمَعَارِي وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهَا ، كَالْمَنَاسِكِ عَلَى أُمُورِ الْحَجِّ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (الْجِهَادُ فَرَضٌ كِفَايَةٌ ابْتِدَاءً) يَعْنِي يَجِبُ عَلَيْنَا أَنْ نَبْدَأَهُمْ بِالْقِتَالِ وَإِنْ لَمْ يُقَاتِلُونَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً } { قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ } وَقَالَ { انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ } وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْجِهَادُ فَرَضٌ مَضَى مِنْهُ بَعَثَنِي اللَّهُ إِلَى أَنْ يُقَاتِلَ آخِرُ أُمَّتِي الدَّجَالَ لَا يُبْطِلُهُ جَوْرُ حَائِرٍ وَلَا عَدْلُ عَادِلٍ } وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { أَمَرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ } الْحَدِيثُ .

وَعَلَيْهِ إِجْمَاعُ الْأُمَّةِ وَكَوْنُهُ فَرَضًا عَلَى الْكِفَايَةِ لِأَنَّهُ لَمْ يُشْرَعْ لِعَيْنِهِ إِذْ هُوَ قَتْلٌ وَإِفْسَادٌ فِي نَفْسِهِ وَإِنَّمَا شُرِعَ لِإِعْلَاءِ كَلِمَةِ اللَّهِ تَعَالَى وَإِعْزَازِ دِينِهِ وَدَفْعِ الْفَسَادِ عَنِ الْعِبَادِ فَإِذَا حَصَلَ مِنَ الْبَعْضِ سَقَطَ عَنِ الْبَاقِينَ كَصَلَاةِ الْجَنَازَةِ وَدَفْنِ الْمَيِّتِ وَرَدِّ السَّلَامِ وَلِأَنَّ فِي اشْتِعَالِ الْكُلِّ قَطْعُ مَادَّةِ الْجِهَادِ مِنَ الْكُرَاعِ وَالسَّلَاحِ فَيَنْقَطِعُ الْجِهَادُ بِسَبَبِ ذَلِكَ فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَوَلَّى الْبَعْضُ الْجِهَادَ وَالْبَعْضُ التَّجَارَةَ وَالْحَرْثَ وَالْحِرْفَ الَّتِي تَقُومُ بِهَا الْمَصَالِحُ وَالتَّقْوِيَةُ فَوَجِبَ عَلَى الْكِفَايَةِ وَالَّذِي يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ فَرَضٌ كِفَايَةٌ قَوْلُهُ تَعَالَى { لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ } إِلَى قَوْلِهِ { وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَى } وَعَدَ الْقَاعِدَ الْحُسْنَى وَلَوْ كَانَ فَرَضٌ عَيْنٍ لَدُمَّ وَكَانَتْ الصَّحَابَةُ يَغْزُو بَعْضُهُمْ وَيَقْعُدُ الْبَعْضُ وَلَوْ كَانَ فَرَضٌ عَيْنٍ لَمَا قَعَدُوا وَهَذَا هُوَ الَّذِي تَقَرَّرَ

عَلَيْهِ أَمْرُ الْجِهَادِ وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي ابْتِدَاءِ الْأَمْرِ مَأْمُورًا بِالصَّفْحِ وَالْإِعْرَاضِ عَنِ الْمُشْرِكِينَ كَمَا قَالَ تَعَالَى { فَاصْفَحْ الصَّفْحَ الْجَمِيلَ } وَقَالَ تَعَالَى { وَأَعْرِضْ عَنِ الْمُشْرِكِينَ } ثُمَّ أَمَرَ بِاللُّدْعَاءِ إِلَى الدِّينِ بِالْمَوْعِظَةِ وَالْمُجَادَلَةِ الْحَسَنَةِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { أَدْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ } ثُمَّ أَمَرَ بِالْقِتَالِ إِذَا كَانَتْ الْبِدَايَةُ مِنْهُمْ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { أَذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بَأْنَهُمْ ظُلُمُوا } أَيِ أَذِنَ لَهُمْ فِي الدَّفْعِ ثُمَّ أَمَرَ بِالْقِتَالِ ابْتِدَاءً فِي بَعْضِ الْأَزْمَانِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرْمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ } .

ثُمَّ بِالْبِدَايَةِ بِالْقِتَالِ مُطْلَقًا فِي الْأَزْمَانِ كُلِّهَا وَفِي الْأَمَاكِنِ بِأَسْرِهَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةً } إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْآيَاتِ وَالْأَخْبَارِ الْمُطْلَقَةِ وَقَدْ حَاصَرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الطَّائِفَ لِعَشْرِ بَقِيْنَ مِنَ الْمُحَرَّمَ وَالْمُحَاصَرَةَ نَوْعٌ مِنَ الْقِتَالِ فَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ تَحْرِيمَ الْقِتَالِ فِي الْأَشْهُرِ الْحُرْمِ مَنْسُوخٌ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (إِنْ قَامَ بِهِ بَعْضٌ سَقَطَ عَنِ الْكُلِّ) لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ بِذَلِكَ عَلَى مَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مَشْرُوعٌ لِغَيْرِهِ فَإِذَا حَصَلَ الْمَقْصُودُ بِالْبَعْضِ كَفَى قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِلَّا أَمِنُوا بِتَرْكِهِ) أَيِ إِنْ لَمْ يَقُمْ بِهِ أَحَدٌ أَمَّ الْكُلَّ بِتَرْكِهِ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَى الْكُلِّ فَيَأْتِيهِمْ بِتَرْكِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

(كِتَابُ السَّيْرِ) قَالَ اللَّائِقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَنَاسُبُ الْحُدُودِ وَالسَّيْرِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلًّا مِنَ الْحَدِّ وَالْجِهَادِ حَسَنٌ لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ لَا عَيْنَهُ ثُمَّ الْمَعْنَى الْمُحْسِنُ يَحْصُلُ فِيهِمَا جَمِيعًا بِفِعْلِ الْمَأْمُورِ بِهِ بِذَوْنِ الْإِثْبَانِ بِفِعْلِ آخَرَ مَقْصُودٌ وَذَلِكَ الْمَعْنَى فِي الْحُدُودِ الزَّجْرُ عَنِ الْمَعَاصِي وَفِي الْجِهَادِ قَهْرُ أَعْدَاءِ اللَّهِ تَعَالَى لَكِنْ قَدَّمْتُ الْحُدُودَ عَلَى السَّيْرِ لِأَنَّهَا تَقَعُ بَيْنَ أَهْلِ الْإِسْلَامِ غَالِبًا وَعَلَى الْخُصُوصِ كَمَا فِي حَدِّ الشُّرْبِ بِخِلَافِ الْجِهَادِ فَإِنَّهُ يَقَعُ مَعَ الْكُفَّارَةِ فَتَقْدِيمُ الْأَحْكَامِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِأَهْلِ الْإِسْلَامِ كَانَ أَوْلَى وَلِأَنَّ الْجِهَادَ زَجْرٌ عَنِ أَصْلِ الْمَعَاصِي وَهُوَ الْكُفْرُ وَالْحَدُّ زَجْرٌ عَنِ الْفِسْقِ فَتَرَقَّى مِنَ الْأَدْنَى إِلَى الْأَعْلَى وَمَعْنَى السَّيْرِ مَذْكَورٌ فِي الْمَثْنِ وَالْمَعَارِي جَمْعُ الْمَغْزَاةِ مِنْ غَزَا يَغْزُو غَزْوًا وَغَزَوَةً وَغَزَاةً وَإِذَا قَصَدَ الْعَدُوَّ لِلْقِتَالِ وَالْأَحَادِيثُ فِي فَضْلِ الْجِهَادِ كَثِيرَةٌ مِنْهَا مَا حَدَّثَ الْبُخَارِيُّ فِي الصَّحِيحِ بِإِسْنَادِهِ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ

عَنْهُمَا قَالَ { قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَيُّ الْعَمَلِ أَفْضَلُ قَالَ الصَّلَاةُ عَلَى مِيقَاتِهَا قَالَ قُلْتُ ثُمَّ أَيُّ قَالَ بَرُّ الْوَالِدَيْنِ قَالَ قُلْتُ ثُمَّ أَيُّ قَالَ الْجِهَادُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَسَكَتَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلَوْ اسْتَزَدْتَهُ لَزَادَنِي } .
 وَفِيهِ بِإِسْنَادِهِ إِلَى أَبِي سَعِيدٍ قَالَ { قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَيُّ النَّاسِ أَفْضَلُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مُؤْمِنٌ يُجَاهِدُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِنَفْسِهِ وَمَالِهِ قَالُوا ثُمَّ مَنْ قَالَ مُؤْمِنٌ فِي شَعْبٍ مِنَ الشُّعَابِ يَتَّقِي اللَّهَ وَيَدْعُ النَّاسَ مِنْ شَرِّهِ { وَفِيهِ أَيْضًا بِإِسْنَادِهِ إِلَى أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ { لَعْدُوَّةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَوْ رَوْحَةٌ خَيْرٌ مِنْ

الدُّنْيَا وَمَا فِيهَا { وَفِيهِ أَيْضًا بِإِسْنَادِهِ إِلَى أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { مَنْ احْتَبَسَ فَرَسًا فِي سَبِيلِ اللَّهِ إِمَانًا وَتَصَدِيقًا بَوَعْدِهِ فَإِنَّ شَبْعَهُ وَرِيَّهُ وَرَوْنَهُ وَبَوْلَهُ فِي مِيزَانِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ { قَوْلُهُ فِي الْمَتَنِ الْجِهَادُ فَرَضٌ كِفَايَةٌ ابْتِدَاءً) اعْلَمْ أَنَّ الْكُفَّارَ الَّذِينَ امْتَنَعُوا عَنْ قَبُولِ الْإِسْلَامِ وَعَنْ آدَاءِ الْحِزْيَةِ يَجِبُ قِتَالُهُمْ وَإِنْ لَمْ يَبْدَعُوا بِالْقِتَالِ وَكَذَا يَجُوزُ قِتَالُهُمْ فِي الْأَشْهُرِ الْحُرْمِ وَقَالَ الثَّوْرِيُّ لَا يَجُوزُ قِتَالُهُمْ حَتَّى يَبْدَعُوا وَقَالَ عَطَاءٌ لَا يَجُوزُ قِتَالُهُمْ فِي الْأَشْهُرِ الْحُرْمِ وَلَكِنَّا عُمُومُ الْآيَاتِ وَالْأَخْبَارِ .

أَتَّقَانِي

قَوْلُهُ { وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً }

أَيُّ وَقَوْلُهُ { أَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ { وَقَوْلُهُ تَعَالَى { وَقَاتِلُوهُمْ { وَقَوْلُهُ تَعَالَى { فَاقْتُلُوا أُمَّةَ الْكُفْرِ {

قَوْلُهُ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ

التَّلَاوَةُ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ .

قَوْلُهُ وَلَئِنْ فِي اشْتِغَالِ الْكُلِّ قَطْعُ مَادَّةِ الْجِهَادِ

أَيُّ وَلَئِنْ فِي جَعْلِهِ فَرَضٌ عَيْنٍ حَرَجًا عَظِيمًا حَيْثُ تَتَعَطَّلُ أُمُورُ النَّاسِ زِرَاعَةً وَتِجَارَةً إِذَا خَرَجُوا جَمِيعًا إِلَى الْجِهَادِ وَالْحَرَجُ مُنْتَفٍ .

أَتَّقَانِي

قَوْلُهُ { أَدْنَى لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا }

أَيُّ وَقَوْلُهُ تَعَالَى { فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ { وَقَوْلُهُ { وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْنَحْ لَهَا {

قوله { وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ }

أَيُّ وَقَوْلِهِ تَعَالَى { قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ } وَاسْتَقَرَّ الْأَمْرُ عَلَى ذَلِكَ وَصَارَتْ حُرْمَةُ الْقِتَالِ فِي الْأَشْهُرِ الْحُرُمِ مَنْسُوخَةً بِهَذِهِ الْآيَةِ .

أَتَقَانِيَّ وَفِي الْإِيضَاحِ وَحُرْمَةُ الْقِتَالِ فِي الْأَشْهُرِ الْحُرُمِ نُسِخَتْ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ } .

دِرَايَةُ

(وَلَا يَجِبُ عَلَى صَبِيٍّ وَامْرَأَةٍ وَعَبْدٍ وَأَعْمَى وَمُقْعَدٍ وَأَقْطَعَ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى { لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ } الْآيَةُ نَزَلَتْ فِي أَصْحَابِ الْأَعْدَاءِ حِينَ اهْتَمُّوا بِالْخُرُوجِ مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمَّا نَزَلَتْ آيَةُ التَّخْلُفِ وَلَانَّهُمْ عَاجِزُونَ وَالتَّكْلِيفُ بِالْقُدْرَةِ وَلِأَنَّ الصَّبِيَّ مَطْنَةُ الْمَرْحَمَةِ فَلَا يُؤْتَى بِهِ إِلَى الْمَهْلَكَةِ وَالْمَرْأَةُ وَالْعَبْدُ مَشْغُولَانِ بِخِدْمَةِ الزَّوْجِ وَالْمَوْلَى وَحَقُّهُمَا مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ الشَّرْعِ لِحَاجَتِهِمَا وَعَنِ الشَّرْعِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشَّرْحُ

قوله وَمُقْعَدٍ

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ قَالَ صَاحِبُ دِيْوَانِ الْأَدَبِ الْمُقْعَدُ الْأَعْرَجُ وَقَالَ فِي الْمُعْرِبِ الْمُقْعَدُ الَّذِي لَا حَرَكَاتٍ بِهِ مِنْ دَاءٍ فِي حَسَدِهِ كَأَنَّ الدَّاءَ أَفْعَدُهُ وَعِنْدَ الْأَطْبَاءِ هُوَ الزَّمِنُ .

(وَفَرَضُ عَيْنٍ إِنْ هَجَمَ الْعَدُوُّ فَتَخَرَّجَ الْمَرْأَةُ وَالْعَبْدُ بِلَا إِذْنِ زَوْجِهَا وَسَيِّدِهِ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِإِقَامَةِ الْكُلِّ فَيَجِبُ عَلَى الْكُلِّ وَحَقُّ الزَّوْجِ وَالْمَوْلَى لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ فُرُوضِ الْأَعْيَانِ كَالصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ بِخِلَافِ مَا قَبْلَ التَّغْيِيرِ لِأَنَّ بَعْضَهُمْ كِفَايَةٌ فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى إِنْطِلَالِ حَقِّهِمَا وَكَذَا الْوَلَدُ يَخْرُجُ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَالِدَيْهِ وَفِي غَيْرِ التَّغْيِيرِ الْعَامِّ لَا يَخْرُجُ إِلَّا بِإِذْنِهِمَا وَكَذَا كُلُّ سَفَرٍ فِيهِ خَطَرٌ لِأَنَّ الْإِشْفَاقَ عَلَيْهِ يَضُرُّهُمَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ خَطَرٌ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَخْرُجَ بِغَيْرِ إِذْنِهِمَا إِذَا لَمْ يُضَيِّعْهُمَا وَالْأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ مِثْلُهُمَا عِنْدَ عَدَمِهِمَا وَكَذَا الْمَدِينُ لَا يَخْرُجُ إِلَّا بِإِذْنِ الدَّائِنِ إِلَّا فِي التَّغْيِيرِ الْعَامِّ وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى { انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا } أَيُّ أَخْرَجُوا إِلَى الْجِهَادِ شَبَابًا وَشَيْوُخًا أَوْ رُكْبَانًا وَمُشَاةً أَوْ فُقَرَاءً وَأَغْنِيَاءَ وَقَدْ جَاءَ فِي التَّفْسِيرِ خِفَافًا شَبَابًا أَغْنِيَاءَ وَثِقَالًا شَيْوُخًا فُقَرَاءَ وَهَذَا أَبْلَغُ وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ الْجِهَادُ وَاجِبٌ إِلَّا أَنَّ الْمُسْلِمِينَ فِي سَعَةٍ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَيْهِمْ فَقَوْلُهُ فِي سَعَةٍ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ مُبَاشَرَةَ الْقِتَالِ لَا تَجِبُ فِي كُلِّ وَقْتٍ بَلِ الْإِسْتِعْدَادُ لَهُ كَافٍ وَقَوْلُهُ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَيْهِمْ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ مُبَاشَرَةَ الْقِتَالِ فَرَضٌ عَلَى الْكُلِّ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِمْ وَهُوَ التَّغْيِيرُ الْعَامُّ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ حِينَئِذٍ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِإِقَامَةِ الْكُلِّ فَيَقْتَرِضُ عَلَيْهِمْ مُبَاشَرَتَهُ وَذَكَرَ فِي النَّهَايَةِ مَعَزِيًّا إِلَى الذَّخِيرَةِ إِذَا جَاءَ التَّغْيِيرُ إِنَّمَا يَصِيرُ فَرَضٌ عَلَى مَنْ يَقْرُبُ مِنَ الْعَدُوِّ وَهُمْ يَقْدِرُونَ عَلَى الْجِهَادِ فَأَمَّا مَنْ وَرَاءَهُمْ بَعِيدٌ مِنَ الْعَدُوِّ فَإِنْ كَانَ الَّذِي يَقْرُبُ الْعَدُوَّ عَاجِزِينَ عَنْ مُقَاوَمَةِ الْعَدُوِّ أَوْ قَادِرِينَ إِلَّا أَنَّهُمْ لَا

يُجَاهِدُونَ لِكَسَلٍ بِهِمْ أَوْ تَهَاوُنٍ أُفْتَرِضَ عَلَى مَنْ يَلِيهِمْ فَرَضَ عَيْنٌ ثُمَّ مَنْ يَلِيهِمْ كَذَلِكَ حَتَّى يُفْتَرَضَ عَلَى هَذَا التَّدْرِيجِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ كُلِّهِمْ شَرْقًا وَغَرْبًا وَعَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ صَلَاةُ الْجِنَازَةِ وَتَجْهِيزُهَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَفَرَضُ عَيْنٍ إِنَّ هَجَمَ الْعَدُوُّ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ فَإِنْ هَجَمَ الْعَدُوُّ عَلَى بَلَدٍ وَحَبَّ عَلَى جَمِيعِ النَّاسِ الدَّفْعُ قَالَ فِي الْمَغْرِبِ الْهُجُومُ الْإِتْيَانُ بَعْتَةً وَالْدُخُولُ مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ مِنْ بَابٍ طَلَبَ يُقَالُ هَجَمَ عَلَيْهِ حَمَلَ .

قَوْلُهُ وَكَذَا الْوَلَدُ يَخْرُجُ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَالِدِيهِ

قَالَ فِي التَّجْنِيسِ بَعْدَ أَنْ رَقِمَ فِي عُيُونِ الْمَسَائِلِ لَا يَخْرُجُ الرَّجُلُ إِلَى الْجِهَادِ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَالِدَيْنِ فَإِنْ أَذِنَ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ الْآخَرُ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَخْرُجَ وَهُمَا فِي سَعَةٍ مِنْ أَنْ يَمْنَعَاهُ إِذَا دَخَلَ عَلَيْهِمَا مَشَقَّةٌ لَأَنَّ مُرَاعَاةَ حَقِّهِمَا فَرَضُ عَيْنٍ ، وَالْجِهَادُ فَرَضٌ كِفَايَةٌ فَكَانَ مُرَاعَاةُ فَرَضِ الْعَيْنِ أَوْلَى فَإِنْ كَانَ لَهُ أَبَوَانِ وَلَهُ جَدَّانِ وَجَدَّتَانِ فَإِنْ أَذِنَ أَبُو الْأَبِ وَأُمُّ الْأُمِّ وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ الْآخَرَانِ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَخْرُجَ لِأَنَّ أَبَا الْأَبِ قَائِمٌ مَقَامَ الْأَبِ وَأُمُّ الْأُمِّ قَائِمَةٌ مَقَامَ الْأُمِّ فَكَانَا بِمَنْزِلَةِ الْأَبَوَيْنِ وَلَوْ أَذِنَ لَهُ الْأَبَوَانِ لَا بَأْسَ بِأَنْ يَخْرُجَ فَكَذَا هُنَا هَذَا إِذَا كَانَ السَّفَرُ سَفَرُ الْجِهَادِ أَمَّا إِذَا كَانَ غَيْرُهُ كَالْتِّجَارَةِ وَالْحَجِّ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَخْرُجَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَالِدِيهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي هَذَيْنِ السَّفَرَيْنِ إِبْطَالُ حَقِّهِمَا لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ خَوْفُ هَلَاكِهِ حَتَّى لَوْ كَانَ السَّفَرُ مِثْلَ السَّفَرِ فِي الْبَحْرِ لَا يَخْرُجُ بِغَيْرِ إِذْنِهِمَا ثُمَّ إِنَّمَا يَخْرُجُ بِغَيْرِ إِذْنِهِمَا لِلتِّجَارَةِ إِذَا كَانَا مُسْتَعِجِينَ عَنْ حِدْمَتِهِ أَمَّا إِذَا كَانَا مُحْتَاجِينَ فَلَا

قَوْلُهُ { انْفِرُوا }

يُقَالُ نَفَرَ إِلَى الْعَزْوِ نَفَرًا وَنَفِيرًا أَيَّ خَرَجَ فَإِنْ قُلْتَ قَوْلَهُ تَعَالَى { انْفِرُوا } عَامٌّ وَلَيْسَ فِيهِ تَخْصِصٌ بِالتَّغْيِيرِ الْعَامِّ فَكَيْفَ خَصَّ بِالتَّغْيِيرِ الْعَامِّ قُلْتَ لَوْ لَمْ يَتَخَصَّصْ بِالتَّغْيِيرِ الْعَامِّ لَوَقَعَ النَّاسُ فِي حَرَجٍ وَلِأَنَّهُ عَلَيْهِ

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَخْرُجُ مَعَهُ خَلْقٌ كَثِيرٌ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ فَعُلِمَ أَنَّ التَّنْفِيرَ خِفَافًا وَقَالَ فِيمَا إِذَا كَانَ التَّنْفِيرُ عَامًّا بِأَنْ لَا يَنْدَفِعَ شَرُّ الْأَعْدَاءِ بِالْبَعْضِ فَحِينَئِذٍ يُفْتَرَضُ عَلَى الْكُلِّ لِتَحْصِيلِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ فَهْرُ الْكُفَّارِ وَدَفْعُ شَرِّهِمْ يَدُلُّ عَلَى هَذَا قَوْلُهُ تَعَالَى { وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً } قَالَ الرَّجَّاحُ فِي تَفْسِيرِهِ يُرْوَى أَنَّ { ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ لَهُ أَعْلَيْ أَنْ أَنْفِرَ فَقَالَ لَا }

قوله أو فقراء وأغنياء

أَيُّ أَوْ مَهَازِيلَ وَسِمَانًا أَوْ صِحَاحًا وَمَرْضَى .

أَتَقَانِي

قوله فأما من وراءهم ببعد من العدو

أَيُّ فَنِي حَقَّهُمْ فَرَضُ كِفَايَةٍ إِذَا لَمْ يَحْتَجَّ إِلَيْهِمْ .

دِرَايَةً

قوله وعلى هذا التفصيل صلاة الجنابة

أَيُّ تَجِبُ عَلَى أَهْلِ مَحَلَّتِهِ وَلَا تَجِبُ عَلَى مَنْ بَعْدَ عَنِ الْمَيِّتِ إِلَّا إِذَا عَلِمَ أَنَّ أَهْلَ الْمَيِّتِ يُضَيِّعُونَهُ أَوْ عَاجِزُونَ عَنْ إِقَامَةِ أَسْبَابِهِ .

كَأَكِي

(وَكَرِهَ الْجُعْلُ إِنْ وَجِدَ فِيَّ) وَالْمُرَادُ بِهِ أَنْ يَضْرِبَ الْإِمَامُ الْجُعْلَ عَلَى النَّاسِ لِلَّذِينَ يَخْرُجُونَ إِلَى الْجِهَادِ لِأَنَّهُ يُشَبِّهُ الْأَجْرَ عَلَى الطَّاعَةِ فَحَقِيقَتُهُ حَرَامٌ فَيُكْرَهُ مَا أَشَبَّهُهُ وَلَئِنْ مَالَ بَيْتِ الْمَالِ مُعَدُّ لِنَوَائِبِ الْمُسْلِمِينَ وَهَذَا مِنْ جُمْلَتِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِلَّا لَا) أَيُّ إِنْ لَمْ يُوْجَدْ فِي بَيْتِ الْمَالِ فِيَّ لَا يُكْرَهُ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْجِهَادِ مَاسَّةٌ وَفِيهِ تَحْمُلُ الضَّرَرَ الْأَذْنَى لِدَفْعِ الْأَعْلَى وَقَدْ أَخَذَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دُرُوعًا مِنْ صَفْوَانَ عِنْدَ الْحَاجَةِ بَغَيْرِ رِضَاهُ وَعُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَانَ يُعْزِّي الْعَرَبَ عَنْ ذِي الْحَلِيلَةِ وَيُعْطِي الشَّاحِصَ فَرَسَ الْقَاعِدِ وَقِيلَ يُكْرَهُ أُيْضًا لِمَا بَيْنَنَا وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ لِأَنَّهُ تَعَاوَنٌ عَلَى الْبِرِّ وَجِهَادٌ مِنَ الْبَعْضِ بِالْمَالِ وَمِنْ الْبَعْضِ بِالنَّفْسِ وَأَحْوَالُ النَّاسِ مُخْتَلِفَةٌ فَمِنْهُمْ مَنْ يَقْدِرُ عَلَى الْجِهَادِ بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ وَمِنْهُمْ مَنْ يَقْدِرُ بِأَحَدِهِمَا وَكُلُّ ذَلِكَ وَاجِبٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ } وَقَوْلُهُ { إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيكُمْ } أَيْ { إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيكُمْ } وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى { وَقَالَ تَعَالَى { وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ } وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى } وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْمُؤْمِنُونَ كَالْبَنِيَانِ يَشُدُّ بَعْضُهُمْ بَعْضًا } وَأُطْلِقَ الْإِبَاحَةُ فِي الْبَسِيرِ وَلَمْ يَقْبِذْهُ بِشَيْءٍ وَاسْتَدَلَّ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { مَثَلُ الْمُؤْمِنِ يَغْزُو بِأَجْرِ كَمَثَلِ أُمِّ مُوسَى تَرْضِعُ وَلَدَهَا لِنَفْسِهَا وَتَأْخُذُ عَلَيْهِ الْأَجْرَ وَكَانَتْ تَأْخُذُ مِنْ فِرْعَوْنَ دِينَارَيْنِ كُلَّ يَوْمٍ } قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قوله في المتن وكرة الجعل

الجعل ما جعل من شيء للإنسان على شيء يفعلهُ والمراد هنا ما يضربه الإمام للغة على الناس بما يحصل به التقوي للخروج إلى الحرب أثقاني

قوله لدفع الناعلي

أي الضرر الأعلى شر الكفرة .

أثقاني

قوله يغزي

يقال أغزى الأمير الجيش إذا بعته إلى العدو .

أثقاني

قوله العزب

قال في المعرب العزب بالتحريك من لا زوج له ولا يقال أعزب وقد جاء في حديث الترمذي في المسجد عن نافع قال أخبرني عبد الله أنه كان ينام في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم وهو شاب أعزب وفي مختصر الكرخي الأئمة من النساء مثل الأعزب من الرجال ويقال امرأة عزب أيضا أنشد الجرمي يا من يدل عزبا على عزب انتهى وفي المصباح قال أبو حاتم ولا يقال رجل أعزب قال الأزهرى وأجازه غيره وقياس قول الأزهرى أن يقال امرأة عزباء مثل أحمراء وأحمراء .

قوله ويعطي الشاخص

قال الأثقاني رحمه الله والشاخص اسم فاعل من شخّص من مكان إذا سار في ارتفاع فإذا سار في حذور فهو هابط كذا قاله ابن دريد وشخّص الرجل بصره إذا أحد النظر رافعا طرفه إلى السماء ولا يكون الشاخص إلا كذلك والمراد هنا الأول .

(فإن حاصرتهم ندعوهم إلى الإسلام) لما روي عن ابن عباس أنه قال { ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما قط إلا دعاهم } رواه أحمد وقال عليه الصلاة والسلام لفروة بن المسيك { لا ثقاتلهم حتى تدعوهم إلى الإسلام } رواه أحمد قال رحمه الله (فإن أسلموا وإلا إلى الجزية) أي فإن أسلموا كففتنا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه الصلاة والسلام { أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله } ولا بد من أن يؤمن برسول الله صلى الله عليه وسلم

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَإِنَّمَا اكْتَفَى فِي الْحَدِيثِ بِكَلِمَةِ التَّوْحِيدِ لَأَنَّهُمْ كَانُوا يَعْتَقِدُونَ الشِّرْكَ فَإِذَا وَحَّدُوا عَلِمَ بِذَلِكَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَأَنَّهُمْ لَمْ يَعْرِفُوا ذَلِكَ إِلَّا مِنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَقَوْلُهُ وَإِلَّا إِلَى الْجِزْيَةِ أَيْ إِنْ لَمْ يَقْبَلُوا الْإِسْلَامَ نَدَعُوهُمْ إِلَى أَدَاءِ الْجِزْيَةِ لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ إِذَا أَمَرَ أَمِيرًا عَلَى جَيْشٍ أَوْ سَرِيَّةٍ أَمَرَهُ بِهِ فِي حَدِيثٍ فِيهِ طَوْلٌ رَوَاهُ أَحْمَدُ وَمُسْلِمٌ وَالتِّرْمِذِيُّ وَصَحَّحَهُ وَلِأَنَّهُ آخِرُ مَا يَنْتَهِي بِهِ الْقِتَالُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ } فَوَجَبَتْ الدَّعْوَةُ إِلَيْهِ كَمَا تَجِبُ إِلَى الْإِسْلَامِ وَهَذَا فِي حَقِّ مَنْ تُقْبَلُ مِنْهُ الْجِزْيَةُ كَأَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمَجُوسِ وَعَبْدَةُ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَجَمِ وَأَمَّا مَنْ لَا تُقْبَلُ مِنْهُ كَالْمُرْتَدِّينَ وَعَبْدَةُ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ فَلَا نَدَعُوهُمْ إِلَى أَدَاءِ الْجِزْيَةِ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ إِذْ لَا يَقْبَلُ مِنْهُمْ إِلَّا الْإِسْلَامُ قَالَ تَعَالَى { تُقَاتِلُونَهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ } قَالَ

رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ قَبِلُوا فَلَهُمْ مَا لَنَا وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَيْنَا) أَيْ إِنْ قَبِلُوا أَدَاءَ الْجِزْيَةِ لِقَوْلِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِنَّمَا بَدَلُوا الْجِزْيَةَ لِتَكُونَ دِمَاؤُهُمْ كَدِمَائِنَا وَأَمْوَالُهُمْ كَأَمْوَالِنَا وَمُرَادُهُ بِالْبَدْلِ الْقَبُولُ وَكَذَا بِالْإِعْطَاءِ الْمَذْكُورِ فِي الْآيَةِ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ تَحْصُلُ لَهُمْ قَبْلَ أَدَائِهَا بِمُجَرَّدِ الْقَبُولِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قوله في المتن فإن حاصرتناهم إلخ

لَمَّا فَرَّغَ الْمُصَنِّفُ مِنْ بَيَانِ أَنَّ الْجِهَادَ فَرَضُ كِفَايَةٍ أَوْ عَيْنٍ عَلَى تَقْدِيرِ التَّغْيِيرِ الْعَامِّ وَعَلَى مَنْ يَجِبُ وَعَلَى مَنْ لَا يَجِبُ شَرَعَ فِي بَيَانِ كَيْفِيَّةِ الْقِتَالِ .

قوله ندعوهم إلخ

أَمَّا الْأَمْرُ بِالْدُّعَاءِ إِلَى الْإِسْلَامِ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى تَبْعَثَ رَسُولًا } لَكِنَّ هَذَا فِيْمَا إِذَا لَمْ تَبْلُغْهُمْ الدَّعْوَةُ فَإِذَا بَلَغَتْهُمْ فَلَا حَاجَةَ إِلَى تَجْدِيدِ الدَّعْوَةِ أَلَا تَرَى إِلَى مَا رَوَى صَاحِبُ السُّنَنِ أَنَّ { نَبِيَّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَغَارَ عَلَى بَنِي الْمُصْطَلِقِ وَهُمْ غَارُونَ وَأَنْعَامُهُمْ تُسْقَى عَلَى الْمَاءِ فَقَتَلَ مُقَاتِلَتَهُمْ وَسَبَى سَبْيَهُمْ وَأَصَابَ يَوْمِنَدِ جُؤَيْرِيَّةَ بِنْتَ الْحَارِثِ } وَالْأَفْضَلُ تَكَرُّرُ الدَّعْوَةِ وَأَمَّا الْأَمْرُ بِالْكَفِّ عَنْهُمْ إِنْ أَحَابُوا إِلَى الْإِسْلَامِ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ } وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَإِنْ انْتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ } وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْجِهَادِ إِسْلَامُهُمْ وَقَدْ حَصَلَ .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ وَسَيَجِيءُ جَمِيعُ هَذِهِ الْحَاشِيَةِ فِي الْمَتْنِ وَالشَّرْحِ

قَوْلُهُ إِنْ لَا يُقْبَلُ مِنْهُمْ إِلَّا الْإِسْلَامُ

أَيُّ أَنْ السَّيْفِ .

قَوْلُهُ بِمَجَرَّدِ الْقَبُولِ

أَيُّ قَبْلَ وَجُودِ الْإِعْطَاءِ وَالْبَذْلِ بِالْإِجْمَاعِ .

أَتَقَانِي

(وَلَا تُقَاتِلْ مَنْ لَمْ يَبْلُغْهُ الدَّعْوَةُ إِلَى الْإِسْلَامِ) لِمَا رَوَيْنَا وَلَانَّهُمْ بِالْدَّعْوَةِ إِلَيْهِ يَعْلَمُونَ أَنَّا نُقَاتِلُهُمْ عَلَى الدِّينِ لَا عَلَى شَيْءٍ آخَرَ مِنَ الدَّرَارِيِّ وَسَلْبِ الْأَمْوَالِ فَلَعَلَّهُمْ يُجِيبُونَ فَيَحْصُلُ الْمَقْصُودُ بِلَا قِتَالٍ وَمَنْ قَاتَلَهُمْ قَبْلَ الدَّعْوَةِ يَأْتُمُ لِلنَّهْيِ عَنْهُ وَلَا يَغْرَمُ لَانَّهُمْ غَيْرُ مَعْصُومِينَ بِالدِّينِ أَوْ الْإِحْرَازِ بِالذِّيَارِ فَصَارَ كَقَتْلِ مَنْ لَا يُقَاتِلُ مِنْهُمْ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يَضْمَنُونَ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا بَيَّنَّا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَنَدْعُو نَدْبًا مَنْ بَلَغَتْهُ) أَيُّ نَدْعُو اسْتِحْبَابًا مَنْ بَلَغَتْهُ الدَّعْوَةُ مُبَالِغَةً فِي الْإِنذَارِ وَلَا يَجِبُ ذَلِكَ لِمَا رَوَى عَنْ الْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ أَنَّهُ قَالَ { بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَهْطًا مِنَ الْأَنْصَارِ إِلَى أَبِي رَافِعٍ فَدَخَلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَتِيكَ بَيْتَهُ لَيْلًا فَقَتَلَهُ وَهُوَ نَائِمٌ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَالْبُخَارِيُّ وَقَالَ فِي الْمُحِيطِ قَالُوا تَقْدِيمُ الدَّعْوَةِ إِلَى الْإِسْلَامِ عَلَى الْقِتَالِ كَانَ فِي ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ حِينَ لَمْ يَنْتَشِرِ الْإِسْلَامُ وَلَمْ يَسْتَفِضْ وَأَمَّا بَعْدَ مَا انْتَشَرَ وَاسْتَفَاضَ وَعَرَفَ كُلُّ مُشْرِكٍ إِلَى مَاذَا يُدْعَى يَحِلُّ لَهُ الْقِتَالُ قَبْلَ الدَّعْوَةِ وَيَقُومُ ظُهُورُ الدَّعْوَةِ وَشُيُوعُهَا مَقَامَ دَعْوَةٍ كُلِّ مُشْرِكٍ وَهَذَا صَحِيحٌ ظَاهِرٌ وَالِدَّلِيلُ عَلَيْهِ مَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَوْنٍ أَنَّهُ قَالَ كَتَبْتُ إِلَى نَافِعٍ أَسْأَلُهُ عَنِ الدُّعَاءِ قَبْلَ الْقِتَالِ فَكَتَبَ إِلَيَّ أَنَّمَا كَانَ ذَلِكَ فِي أَوَّلِ الْإِسْلَامِ وَقَدْ { أَغَارَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى بَنِي الْمُصْطَلِقِ وَهُمْ غَارُونَ وَأَنْعَامُهُمْ تُسْقَى عَلَى الْمَاءِ فَقَتَلَ مُقَاتِلَهُمْ وَسَبَى ذُرَارِيَهُمْ وَأَصَابَ يَوْمئِذٍ جَوَازِيَةَ ابْنَةِ الْحَارِثِ حَتَّى حَدَّثَنِي بِهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ وَكَانَ فِي ذَلِكَ الْحَيْشِ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَمُسْلِمٌ وَالْبُخَارِيُّ وَعَنْ أَنَسٍ { كَانَ

رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا غَزَا قَوْمًا لَمْ يَغْرُ حَتَّى يُصْبِحَ فَإِنْ سَمِعَ أَذَانًا أَمْسَكَ وَإِنْ لَمْ يَسْمَعْ أَغَارَ بَعْدَ مَا يُصْبِحُ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَالْبُخَارِيُّ وَالْإِغَارَةُ لَا تَكُونُ بَعْدَ الْإِعْلَامِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي زَمَنِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِاشْتِهَارِ الْإِسْلَامِ فَمَا ظَنُّكَ فِي زَمَانِنَا وَقَدْ اشْتَهَرَ وَبَلَغَ الْمَشْرِقَ وَالْمَغْرِبَ فَلَا تَجِبُ الدَّعْوَةُ بَعْدَ عِلْمِهِمُ بِالْعِنَادِ وَلَانَّهُمْ لَوْ اشْتَغَلُوا بِالْدَّعْوَةِ رَبَّمَا يَتَحَصَّنُونَ فَلَا يَقْدِرُ عَلَيْهِمْ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قَوْلُهُ فَصَارَ كَقَتْلِ مَنْ لَا يُقَاتِلُ مِنْهُمْ

أَيُّ كَالنَّسْوَانِ وَالصَّبِيَانِ .

قَوْلُهُ وَهُمْ غَارُونَ

أَيُّ غَافِلُونَ وَالْعُرَّةُ الْعَفْلَةُ .

كَيِّ

قَوْلُهُ وَإِنْ لَمْ يَسْمَعْ أَغَارَ الْخ

أَغَارُ عَلَى الْعَدُوِّ هَجَمَ عَلَيْهِمْ دِيَارُهُمْ وَأَوْقَعَ بِهِمْ .

مِصْبَاحُ

(وَإِلَّا نَسْتَعِينُ بِاللَّهِ تَعَالَى وَنُحَارِبُكُمْ بِنَصَبِ الْمَجَانِقِ وَحَرْفِهِمْ وَغَرَفِهِمْ وَقَطَعَ أَشْجَارَهُمْ وَإِفْسَادِ زُرُوعِهِمْ وَرَمِيَهُمْ وَإِنْ تَتَرَسَّوْا بَعْضُنَا وَنَقْصِدُهُمْ) أَيُّ إِنْ لَمْ يَقْبَلُوا الْجَزِيَّةَ نَسْتَعِينُ بِاللَّهِ تَعَالَى عَلَيْهِمْ وَنُحَارِبُكُمْ بِهِذِهِ الْأَشْيَاءِ الَّتِي ذَكَرَهَا وَبِكُلِّ مِمَّنْ فِيهِ كَسْرٌ شَوَكْتُهُمْ وَالْحَاقُ الضَّرَرُ بِهِمْ لِمَا رَوَى أَنَّهُ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَقُولُ فِي وَصِيَّةِ أَمِيرِ الْجَيْشِ فَإِنْ هُمْ أَبَوْا فَاسْأَلَهُمُ الْجَزِيَّةَ فَإِنْ أَجَابُوكَ فَاقْبَلْ مِنْهُمْ وَكَفَّ عَنْهُمْ فَإِنْ هُمْ أَبَوْا فَاسْتَعِنَ بِاللَّهِ عَلَيْهِمْ وَقَاتِلَهُمْ } رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَلِأَنَّهُ تَعَالَى هُوَ النَّاصِرُ لِلْأَوْلِيَاءِ وَالْمُدْمِرُ عَلَى أَعْدَائِهِ فَيَسْتَعَانُ بِهِ فِي كُلِّ الْأُمُورِ وَيُقَاتِلُ بِكُلِّ مَا يُمْكِنُ لِمَا رَوَى التِّرْمِذِيُّ { أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَصَبَ الْمُنَجْنِقَ عَلَى أَهْلِ الطَّائِفِ وَأَحْرَقَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بُيُوتَهُ وَكَانَ فِيهَا نَخْلٌ { حَتَّى قَالَ الشَّاعِرُ وَهُوَ حَسَنُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَهَانَ عَلَى سُرَاةٍ ، بَنِي لُؤْيٍ حَرِيقٌ بِالْبُيُوتَةِ مُسْتَطِيرٌ وَصَحَّ أَنَّهُ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَطَعَ النَّخْلَ وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي ذَلِكَ { مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْنَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَى أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ { } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَابْنُ خَرَّابٍ وَمُسْلِمٌ وَلِأَنَّ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ الْحَاقُ الْغَيْظُ بِهِمْ وَكِبَتُهُمْ وَكَسْرُ شَوَكْتِهِمْ وَتَفْرِيقُ شَمْلِهِمْ فَيَكُونُ مَشْرُوعًا وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { وَلَا يَطْفُونَ مَوْطِنًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ } .

وقوله : وَرَمِيَهُمْ وَإِنْ تَتَرَسَّوْا بِالْمُسْلِمِينَ وَنَقْصِدُهُمْ بِالرَّمْيِ دُونَ الْمُسْلِمِينَ وَقَالَ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ إِذَا عَلِمَ أَنَّ فِيهِمْ مُسْلِمًا وَأَنَّهُ يَتْلَفُ بِذَلِكَ لَا يَحِلُّ

لِأَنَّ الْإِفْدَامَ عَلَى قَتْلِ الْمُسْلِمِ حَرَامٌ وَتَرْكُ قَتْلِ الْكَافِرِ حَائِزٌ أَلَّا تَرَى أَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ لَا يَقْتُلَ الْأَسَارَى لِمَنْفَعَةِ الْمُسْلِمِينَ فَكَانَ مُرَاعَاةَ جَانِبِ الْمُسْلِمِ مِنْ ذَلِكَ الْوَجْهِ وَنَحْنُ نَقُولُ أَمَرْنَا بِقِتَالِهِمْ فَلَوْ اعْتَبَرْنَا هَذَا الْمَعْنَى أَدَّى إِلَى سَدِّ بَابِ الْجِهَادِ لِأَنَّ حُصُونَهُمْ وَمَدَائِنَهُمْ لَا تَخْلُو عَنْ مُسْلِمٍ وَلِأَنَّ فِي الرَّمْيِ دَفْعَ الضَّرَرِ الْعَامِّ بِالْحَاقِ ضَرَرٍ خَاصٍّ فَكَانَ أَوْلَى أَلَّا تَرَى أَنَّهُ يَجُوزُ لَنَا أَنْ نَفْعَلَ بِهِمْ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ لَا يَجُوزُ لَنَا قَتْلُهُمْ كَنِسَائِهِمْ وَصَبْيَانِهِمْ وَالرُّهْبَانَ وَالشُّبُوحَ وَنَقْصِدُ بِالرَّمْيِ الْكُفَّارَ لِأَنَّ التَّمْيِيزَ بِالنِّبَةِ مُمَكِّنٌ وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ فَعَلًا وَالتَّكْلِيفُ بِحَسَبِ الطَّاقَةِ وَإِنْ أَصَابُوا مِنْهُمْ فَلَا دِيَّةَ عَلَيْهِمْ وَلَا كَفَّارَةَ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ تَحِبُّ فِيهِ الدِّيَّةُ وَالْكَفَّارَةُ لِأَنَّهُ قَتَلَ مُسْلِمًا خَطَأً فَيَجِبُ مُوجِبُهُ وَلِأَنَّ الْإِطْلَاقَ لِلضَّرُورَةِ لَا يُنَافِي الضَّمَانَ كَأَكْلِ مَالِ الْغَيْرِ حَالَةَ الْمَخْمَصَةِ وَلَنَا أَنَّ الْجِهَادَ فَرَضَ فَلَا تُجَامِعُهُ الْعَرَامَةُ كَتَعْزِيرِ الْإِمَامِ وَحَدِّهِ وَكَالْبَزَافِ وَالْفَصَادِ لِأَنَّهُ التَّرَمُّ بِعَقْدٍ بِخِلَافِ مَا ذَكَرَ لِأَنَّ أَكْلَ مَالِ الْغَيْرِ حَالَةَ الْمَخْمَصَةِ لَيْسَ بِفَرَضٍ وَإِنَّمَا هُوَ رُحْصَةٌ حَتَّى كَانَ تَرْكُهُ أَوْلَى لِكُونِهِ أَخْذًا بِالْعَزِيمَةِ وَبِخِلَافِ الْمُرُورِ عَلَى الطَّرِيقِ وَضَرْبِ الزَّوْجَةِ لِأَنَّهُ مُطْلَقٌ لَوْ وَلَيْسَ بِفَرَضٍ عَلَيْهِ كَانَ مُقَيَّدًا بِشَرْطِ السَّلَامَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشَّرْحُ

قوله وَإِنْ تَتَرَّسُوا

يُقَالُ تَرَّسَ بِالتُّرْسِ إِذَا تَوَقَّى بِهِ .

أَثَقَانِي قَوْلُهُ فِي الشَّعْرِ مُسْتَطِيرٌ (الْمُسْتَطِيرُ الْمُنْتَشِرُ

قوله إِذَا عَلِمَ أَنَّ فِيهِمْ مُسْلِمًا وَأَنَّهُ يَتْلَفُ بِذَلِكَ لَا يَحِلُّ

أَيُّ وَبِهِ قَالَتْ الْأَئِمَّةُ الثَّلَاثَةُ .

كَأَيُّ

قوله وَإِنْ أَصَابُوا مِنْهُمْ فَلَا دِيَّةَ عَلَيْهِمْ وَلَا كَفَّارَةَ

فَإِنْ قُلْتُ يَرُدُّ عَلَيْكُمْ عَلَى هَذَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لَيْسَ فِي الْإِسْلَامِ دَمٌ مُفْرَجٌ } أَيُّ مُهْدَرٌ قُلْتُ لَا نُسَلِّمُ لِأَنَّهُ عَامٌّ خَصَّ مِنْهُ الْبُعَاةَ وَقُطَاعَ الطَّرِيقِ فَيُخَصُّ التَّنَارُعُ بِمَا قُلْنَاهُ أَثَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ وَالْكَفَّارَةُ كَذَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ فِي شَرْحِهِ .

أَثَقَانِي

قوله فَيَجِبُ مُوجِبُهُ

وَلَنَا أَنَّهُ عَالِمٌ بِالْمَرْمِيِّ وَلَا خَطَأَ مَعَ الْعِلْمِ .

أَثَقَانِي

قوله فَلَا تُجَامِعُهُ الْغَرَامَةُ

أَيُّ وَلَئِنْ فِي إِيْجَابِ الضَّمَانِ سَدُّ ، بَابِ الْجِهَادِ فَلَا يَجُوزُ لِلنَّاسِ إِذَا عَلِمُوا أَنَّ فِيهِ ضَمَانًا يَمْتَنِعُونَ عَنْهُ خَوْفًا مِنَ الضَّمَانِ .

أَثَقَانِي

قوله وإنما هو رخصة

أي بل إذا صبر حتى مات كان مثاباً .

كي

(وَنَهَيْنَا عَنْ إِخْرَاجِ مُصْحَفٍ وَأَمْرَةٍ فِي سُرِّيَّةٍ يُخَافُ عَلَيْهَا) لِمَا فِيهِ مِنْ تَعْرِيزٍ عَلَى الاسْتِخْفَافِ وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { لَا تُسَافِرُوا بِالْقُرْآنِ فِي أَرْضِ الْعَدُوِّ } وَقِيلَ قَارِئُ الْقُرْآنِ وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّ هَذَا النَّهْيَ كَانَ فِي ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ حِينَ كَانَتْ الْمَصَاحِفُ وَالْقُرْآنُ قَلِيلَيْنِ فَيُخَافُ ذَهَابُ شَيْءٍ مِنَ الْقُرْآنِ ثُمَّ انْتَسَخَ ذَلِكَ حِينَ كَثُرَتْ الْمَصَاحِفُ وَالْقُرْآنُ عَنْ ظَهْرِ الْقَلْبِ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَحْوَطُ وَكَذَا فِيهِ تَعْرِيزُ الْمَرْأَةِ عَلَى الضِّيَاعِ وَالْفَضَائِحِ فَيُكْرَهُ إِخْرَاجُهَا وَإِنْ دَخَلَ إِلَيْهِمْ بِأَمَانٍ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَحْمِلَ مَعَهُ الْمُصْحَفَ إِذَا كَانُوا قَوْمًا يُوْفُونَ بِالْعَهْدِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ الْخِيَانَةِ وَالْحَرِيِّ عَلَى الْعَادَةِ وَإِنْ كَانَ الْعَسْكَرُ عَظِيمًا فَلَا بَأْسَ بِإِخْرَاجِ الْعَجَائِزِ لِلْخِدْمَةِ مِنَ الطَّبْخِ وَالْخَبْزِ وَمُعَالَجَةِ الْمَرْضَى وَغَيْرِ ذَلِكَ لِأَنَّ الْعَالِبَ فِيهِ السَّلَامَةُ إِذَا كَانَتْ الشُّوْكَةُ لَهُمْ وَالْعَالِبُ كَالْمُتَحَقِّقِ وَلَا يُبَاشِرُونَ الْقِتَالَ إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ لِأَنَّهُ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى ضَعْفِهِمْ فَيَجْتَرِئُ عَلَيْهِمُ الْعَدُوُّ وَأَمَّا الشُّوَابُ مِنْهُمْ فَقَرَأَهُنَّ فِي الْبَيْتِ أَسْلَمَ وَالْأَوَّلَى أَنْ لَا يُخْرِجُوا النِّسَاءَ أَصْلًا خَوْفًا مِنَ الْفِتَنِ وَرُبَّمَا حَزَبَهُمْ أَمْرٌ فَاشْتَعَلُّوا عَنْهُمْ فَلَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الدَّفْعِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ بُدٌّ مِنَ الْإِخْرَاجِ لِلْمُبَاضَعَةِ فَالْإِمَاءُ دُونَ الْحَرَائِرِ فَإِنَّ حُكْمَ اخْتِلَاطِ النِّسَاءِ بِالرِّجَالِ فِي حَقِّ الْإِمَاءِ أَخْفُ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَا بَأْسَ لِلْأَمَةِ أَنْ تُسَافِرَ بِغَيْرِ مَحْرَمٍ وَقَضَاءُ الشُّهُورَةِ وَالْخِدْمَةُ يَحْصُلُ بِهَا فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْحَرَائِرِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَغَدِرَ وَغُلُولٍ) لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْهُمَا وَكِلَاهُمَا هُوَ الْخِيَانَةُ إِلَّا أَنَّ الْغُلُولَ فِي الْمَغْنَمِ

خَاصَّةً ، وَالْغَدْرُ أَعَمُّ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمِثْلُهُ ،) لِمَا رُوِيَ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ عَسَّالٍ قَالَ { بَعَثَنَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي سَرِيَّةٍ فَقَالَ سِيرُوا بِاسْمِ اللَّهِ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ قَاتِلُوا مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ وَلَا تُمَثِّلُوا وَلَا تَعْدِرُوا وَلَا تَقْتُلُوا وَلِيدًا } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَابْنُ مَاجَةَ وَفِي شَرْحِ الْمُخْتَارِ الْمُنَهِيَّةِ بَعْدَ الظَّفَرِ بِهِمْ وَلَا بَأْسَ بِهَا قَبْلَهُ لِأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي كِتَابِهِمْ وَأَضَرُّ بِهِمْ وَهَذَا حَسَنٌ وَنَظِيرُهُ الْإِحْرَاقُ بِالنَّارِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قوله في المتن في سرية

السرية عدد قليل يسرون بالليل ويكمنون بالنهار ذكره في المبسوط .

قوله يخاف عليها

فِي بَعْضِ النُّسخِ عَلَيْهِمَا بَضْمِيرُ الْمُتَنَّى وَفِي بَعْضِهَا بِالْإِفْرَادِ عَلَى أَنَّهُ رَاجِعٌ إِلَى السَّرِيَّةِ وَعَلَى النُّسخَةِ الْأُولَى يَرْجِعُ الضَّمِيرُ إِلَى الْمُصْحَفِ وَالْمَرْأَةِ وَكِلَاهُمَا صَحِيحٌ .

قوله في المتن وغدر وغلول

في المحيط هذا بعد الظفر ، وإعطاء الأمان أما قبل الأمان فلا بأس به وكذا بالمثل قبل الظفر ، أو الأمان .

كي

قوله في المتن ومثله

قال في المصباح مثلت ، بالقتيل مثلاً ، من باب قتل وصرب إذا جدعته وظهر آثار فعلك عليه تنكياً ، والتشديد مبالغة ، والمثله وزان غرفة ، وفي المغرب ومثل به مثله وذلك أن يقطع بعض أعضائه أو يسود وجهه .

(وقُتِلَ امرأةٌ وَغَيْرُ مُكَلَّفٍ وَشَيْخٍ فَانْ أَعْمَى وَمُقْعَدٌ) لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ قَتْلِ النِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَابْنُ خَارِزْمٍ وَمُسْلِمٌ وَجَمَاعَةٌ أُخَرُ وَعَنْ أَنَسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ { انْطَلِقُوا بِاسْمِ اللَّهِ وَعَلَى مِلَّةِ رَسُولِ اللَّهِ لَا تَقْتُلُوا شَيْخًا فَاتِيًا وَلَا طِفْلاً وَلَا صَغِيرًا وَلَا امْرَأَةً } الْحَدِيثُ رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَلِأَنَّ الْآدَمِيَّ خُلِقَ مَعْصُومَ الدَّمِ لِيُمْكِنَهُ تَحْمِيلُ أَعْبَاءِ التَّكْلِيفِ وَإِبَاحَةُ الْقَتْلِ عَارِضٌ بِحِرَابِهِ لِدَفْعِ شَرِّهِ وَلَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُمْ الْحِرَابُ فَبَقُوا عَلَى أَصْلِ الْعِصْمَةِ وَعَلَى هَذَا الرَّهْبَانُ الَّذِينَ لَا يُقَاتِلُونَ وَالْمَقْطُوعُ إِحْدَى يَدَيْهِ وَإِحْدَى رِجْلَيْهِ أَوْ الْيَمْنَى وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي الشَّيْخِ وَالْمُقْعَدِ وَالْأَعْمَى لِأَنَّ الْقَتْلَ عِنْدَهُ جَزَاءُ الْكُفْرِ وَقَدْ تَحَقَّقَ .

فُلْنَا الدُّنْيَا دَارُ التَّكْلِيفِ وَلَيْسَتْ بِدَارِ الْجَزَاءِ وَإِنَّمَا أَوْجَبَ فِي مُقَارَفَةِ بَعْضِ الْجَنَائِاتِ فِي الدُّنْيَا لِنَتَنَزَّهَ مَصَالِحِ الْعِبَادِ لِأَنَّ السُّفَهَاءَ لَا يَنْتَهُونَ بِمَجَرَّدِ الْوَعِيدِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمْ ذَا رَأْيٍ فِي الْحَرْبِ أَوْ مَلِكًا) فَحِينَئِذٍ يُقْتَلُ لِأَنَّ فِي قَتْلِهِ كَسْرَ شَوْكَتِهِمْ وَإِزَالَهَ ضَرَرِهِمْ عَنْ الْمُسْلِمِينَ وَقَدْ صَحَّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَتَلَ دُرَيْدُ بْنُ الصَّمَّةِ وَكَانَ ابْنُ مِائَةٍ وَعَشْرِينَ سَنَةً وَقِيلَ ابْنُ مِائَةٍ وَسِتِّينَ سَنَةً لِأَنَّهُ كَانَ صَاحِبَ رَأْيٍ وَهُوَ أَعْمَى فَإِذَا كَانَ يَجُوزُ قَتْلُ صَبِيَّانِ الْمُشْرِكِينَ لِمَصْلَحَةِ الْمُسْلِمِينَ فَقَتَلَ شُبُوحَهُمْ أَوَّلَى إِذَا كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ بِأَنْ كَانَ مَلِكًا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَصْلَحَةٌ لَا يُقْتَلُ إِلَّا إِذَا قَاتَلَ فَيُقْتَلُ دَفْعًا وَكَذَا الْمَجْنُونُ لَا يُقْتَلُ إِلَّا مَا دَامَ يُقَاتِلُ وَغَيْرُهُمَا لَا بَأْسَ

بِقَتْلِهِ بَعْدَ الْأَسْرِ إِذَا كَانَ قَدْ قَاتَلَ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الْعُقُوبَةِ فِي الْجُمْلَةِ لِتَوَجُّهِ الْخِطَابِ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ الْمَجْنُونُ يُفِيْقُ فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ فَهُوَ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ كَالصَّحِيحِ فَيُقْتَلُ قَاتِلٌ أَوْ لَمْ يُقَاتِلْ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قوله في المتن وشيخ فان (في الذخيرة هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفيين ولو كان يقدر على الصياح بقتل لأنه بصياحه يحرضهم على القتال وكذا إذا كان قادراً على الإحبال لأنه يجيء منه الولد فيكثر محارب المسلمين .

قَوْلُهُ أَعْبَاءُ

الْعَبْءُ بِالْكَسْرِ الْحِمْلُ وَالْجَمْعُ الْأَعْبَاءُ قَالَهُ الْجَوْهَرِيُّ

قَوْلُهُ وَعَلَى هَذَا الرَّهْبَانُ

وَفِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ لَا يُقْتَلُ الرَّاهِبُ فِي صَوْمَعَتِهِ وَلَا أَهْلُ الْكَنَائِسِ الَّذِينَ لَا يُخَالِطُونَ النَّاسَ وَإِذَا خَالَطُوا يُقْتَلُونَ كَالْقِسَيسِ وَغَيْرِهِ وَكَذَلِكَ الرَّاهِبُ إِنْ دَلَّ عَلَى عَوْرَةِ الْمُسْلِمِينَ يَجُوزُ قَتْلُهُ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ قَتَلَ دُرَيْدُ بْنُ الصَّمَّةِ

أَيَّ يَوْمٍ حُنَيْنٍ وَكَانُوا اسْتَحْضَرُوهُ لِيُدَبَّرَ لَهُمْ .

كَيَّ وَقَالَ الْأَتَقَانِيُّ يَوْمَ أَوْطَاسٍ .

قَوْلُهُ فَإِذَا كَانَ يَجُوزُ قَتْلُ صَبِيَّانِ الْمُشْرِكِينَ

الَّذِي يَخْطُ الشَّارِحُ فَإِذَا كَانَ يَجُوزُ قَتْلُ صَبِيَّانِ الْمُسْلِمِينَ لِمَصْلَحَةِ الْمُسْلِمِينَ فَقَتَلَ صَبِيَّانَهُمْ أَوَّلَى .

قَوْلُهُ بَأَنَّ كَانَ مَلَكًا

أَيَّ الصَّغِيرِ لِلْكَفَّارِ .

(وَقَتَلَ أَبِ مُشْرِكٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا } وَلَيْسَتْ الْبِدَاءَةُ بِالْقَتْلِ مِنَ الْمَعْرُوفِ وَلِأَنَّهُ سَبَبٌ لِإِحْيَائِهِ فَلَا يَكُونُ هُوَ سَبَبًا لَا فَنَائِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلِيَأْبِ الْوَابِسُ لِقَتْلِهِ غَيْرُهُ) يَعْنِي إِذَا أَدْرَكَهُ فِي الصَّفِّ أَوْ غَيْرِهِ لَا يَقْتُلُهُ بَلْ يَمْتَنِعُ عَنْهُ حَتَّى يَقْتُلَهُ غَيْرُهُ { لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِحَنْظَلَةٍ حِينَ اسْتَأْذَنَهُ لِقَتْلِ أَبِيهِ دَعَا يَقْتُلُهُ غَيْرُكَ } وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ يَحْصُلُ بِغَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ ارْتِكَابِهِ الْمَحْظُورَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثُمَّ مَنْ يَقْتُلُهُ لَا يُمَكِّنُهُ مِنَ الرَّجُوعِ حَتَّى لَا يَعُودَ حَرْبًا عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَلَكِنَّهُ يُلْجِئُهُ إِلَى مَكَانٍ يَسْتَمْسِكُ بِهِ حَتَّى يَجِيءَ غَيْرُهُ فَيَقْتُلُهُ وَإِنْ

قَصَدَ الْأَبُ قَتْلَهُ وَلَمْ يُمَكِّنْهُ دَفْعُهُ إِلَّا بِقَتْلِهِ فَلَا بَأْسَ بِقَتْلِهِ لِأَنَّ هَذَا دَفْعٌ عَنِ نَفْسِهِ وَإِنَارٌ لِحَيَاتِهِ وَهُوَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَ أَبَاهُ الْمُسْلِمَ بِالْقَتْلِ إِذَا قَصَدَ الْأَبُ قَتْلَهُ فَالْكَافِرُ أَوْلَى وَكَذَا لَهُ أَنْ يُؤْتَرَ حَيَاتُهُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ لِلأَبْنِ مَاءٌ يَكْفِي أَحَدَهُمَا فَلِلأَبْنِ أَنْ يَشْرِبَهُ وَإِنْ كَانَ الْأَبُ يَمُوتُ عَطَشًا وَلِهَذَا يُحَبَسُ الْأَبُ بِنَفَقَةٍ وَلَدَهُ دُونَ دَيْنِهِ لِأَنَّهُ بِمَنْعِ النَّفَقَةِ قَصَدَ إِثْلَافَهُ فَكَانَ الْحَبْسُ فِيهِ مِنْ بَابِ دَفْعِ الْهَلَاكِ وَمَعَ هَذَا لَوْ قَتَلَهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ لِعَدَمِ الْعَاصِمِ وَقَدْ قَالَ عُمَيْرُ بْنُ مَالِكٍ { قَالَ رَجُلٌ لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَقِيتُ أَبِي فِي الْعَدُوِّ فَسَمِعْتُ مِنْهُ مَقَالََةً لَكَ فَقَتَلْتَهُ فَسَكَتَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ } وَلَوْ كَانَ فِيهِ شَيْءٌ لَبَيَّنَهُ إِذْ هُوَ مَوْضِعُ الْحَاجَةِ وَأَجْدَادُهُ وَجَدَانُهُ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ وَالْأُمِّ كَأَبَوَيْهِ حَتَّى لَا يَتَدَبَّرَهُمُ بِالْقَتْلِ وَلَا يُكْرَهُ قَتْلُ أَخِيهِ وَخَالِهِ وَعَمِّهِ الْمُشْرِكِينَ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا

كَأَلْأَصُولِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُمْ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ بِخِلَافِ أَخِيهِ الْبَاغِي حَيْثُ لَا يَجُوزُ لَهُ قَتْلُهُ لِأَنَّهُ يَجِبُ إِحْيَاؤُهُ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ لِلتَّحَادِ الدِّينِ فَكَذَا بَتَرِ الْقَتْلِ وَكَذَلِكَ يَجُوزُ لَهُ قَتْلُ ابْنِهِ الْكَافِرِ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ إِحْيَاؤُهُ وَلِهَذَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ ابْنِهِ الْمُحَارِبِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قوله { وصاحبهما في الدنيا معروفا }

وفي السير الكبير المراد الأبوان المشركان بدليل قوله تعالى { وإن جاهدك على أن تُشرك بي } كي

قوله في المتن وليأب

كذا بخط الشارح .

قوله وإن كان الأب يموت عطشا

رجل وابنه في الصحراء أو في مفازة ومعهما من الماء قدر ما يكفي لأحدهما من أحق بالماء فالأب أحق بالماء لأن الأب لو كان أحق لكان على الابن أن يسقي أباه ومتى سقى أباه مات من العطش فيكون هذا إعانة على قتل نفسه وإن شرب هو لم يعن الأب على قتل نفسه وصار كرجل قتل نفسه وآخر قتل غيره فقاتل نفسه أعظم إثما .

ولو الجي في الكراهية ا —

(ويصالحهم ولو بمال إن خيرا) أي يصالح الإمام أهل الحرب إن كان الصلح خيرا للمسلمين لقوله تعالى { وإن جنحوا للسلم فاجتنب لها } أي مالوا للصلح .

وصالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة عشر سنين على أن يضعوا الحرب بينهم وكان في ذلك نظرا للمسلمين لمواطأة كانت

بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ أَهْلِ خَيْرٍ وَلِأَنَّ الصُّلْحَ جِهَادٌ فِي الْمَعْنَى إِذَا كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ إِذِ الْمَقْصُودُ مِنَ الْجِهَادِ دَفْعُ الشَّرِّ وَلَا يَقْتَصِرُ الْحُكْمُ عَلَى الْمُدَّةِ الْمَذْكُورَةِ بَلْ يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ إِذَا تَعَيَّنَ فِيهِ الْخَيْرُ لِإِطْلَاقِ النَّصِّ بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ خَيْرٌ حَيْثُ لَا يَجُوزُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا تَهَيَّؤُوا لِلَّذِينَ يَكُونُونَ كُفَرًا } وَلِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَحْصُلْ فِيهِ دَفْعُ شَرِّهِمْ كَانَ الصُّلْحُ تَرْكًا لِلْجِهَادِ صُورَةً وَمَعْنَى وَهُوَ فَرَضٌ فَلَا يَجُوزُ تَرْكُهُ مِنْ غَيْرِ عَذْرِ وَقَوْلُهُ وَلَوْ بِمَالٍ أَيْ بِمَالٍ يَأْخُذُهُ الْمُسْلِمُونَ مِنْهُمْ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ بَغَيْرِ مَالٍ فَبِالْمَالِ أَوْلَى إِذَا كَانَ بِالْمُسْلِمِينَ حَاجَةٌ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ جِهَادٌ فِي الْمَعْنَى وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ إِلَيْهِ حَاجَةٌ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ تَرْكُ الْجِهَادِ صُورَةً وَمَعْنَى وَالْمَأْخُذُ مِنَ الْمَالِ يُصَرَّفُ مَصَارِفَ الْجَزِيَّةِ لِأَنَّهُ مَأْخُذٌ بِقُوَّةِ الْمُسْلِمِينَ كَالْجَزِيَّةِ إِلَّا إِذَا نَزَلُوا بِدَارِهِمْ لِلْحَرْبِ فَحِينَئِذٍ يَكُونُ غَنِيمَةً لِكُونِهِ مَأْخُذًا بِالْقَهْرِ وَحُكْمُهُ مَعْرُوفٌ وَلَوْ حَاصِرَ الْعَدُوَّ الْمُسْلِمِينَ وَطَلَبُوا الصُّلْحَ بِمَالٍ يَأْخُذُونَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ لَا يَفْعَلُ الْإِمَامُ ذَلِكَ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِعْطَاءِ الدِّيَّةِ وَالْحَقِّ الْمَذْلَةِ بِالْمُسْلِمِينَ وَفِي الْخَبَرِ لَيْسَ لِلْمُؤْمِنِ أَنْ يَذِلَّ نَفْسَهُ إِلَّا إِذَا خَافَ الْهَلَاكَ لِأَنَّ دَفْعَ الْهَلَاكِ بِأَيِّ طَرِيقٍ أَمَكَّنَ وَاجِبٌ { وَأَرَادَ رَسُولُ

اللَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْمَ الْأَحْزَابِ أَنْ يَصْرِفَهُمْ عَنِ الْمُسْلِمِينَ بَثْلَتِ ثَمَارَ الْمَدِينَةِ كُلَّ سَنَةٍ فَقَالَ سَيِّدَا الْأَنْصَارِ سَعْدُ بْنُ مُعَاذٍ وَسَعْدُ بْنُ عُبَادَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ كَانَ هَذَا عَنْ وَحْيٍ فَاْمْضُ لِمَا أَمَرْتُ بِهِ وَإِنْ كَانَ رَأْيَا رَأَيْتَهُ فَقَدْ كُنَّا فِي الْجَاهِلِيَّةِ لَمْ يَكُنْ لَنَا وَلَا لَهُمْ دِينٌ فَكَانُوا لَا يُطْعَمُونَ مِنْ ثَمَارِ الْمَدِينَةِ إِلَّا شِرَاءً أَوْ قَرَى فَإِذَا أَعَزَّنَا اللَّهُ تَعَالَى بِالْإِسْلَامِ وَبَعَثَ فِيْنَا رَسُولٌ نُعْطِيهِمُ الدِّيَّةَ لَا نُعْطِيهِمْ إِلَّا السَّيْفَ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إِنِّي رَأَيْتُ الْعَرَبَ رَمَتْكُمْ عَنْ قَوْمٍ وَاحِدَةٍ فَأَحْبَبْتُ أَنْ أَصْرِفَهُمْ عَنْكُمْ فَإِنْ أَتَيْتُمْ ذَلِكَ فَأَنْتُمْ وَذَلِكَ وَسِرٌّ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِذَلِكَ فَقَالَ أَذْهَبُوا لَا نُعْطِيَكُمْ إِلَّا السَّيْفَ { وَمِيلَانُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي الْإِبْتِدَاءِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَ خَوْفِ الْهَلَاكِ وَقَدْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يُعْطِي الْمُؤَلَّفَةَ قُلُوبُهُمْ لِدَفْعِ ضَرَرِهِمْ وَكُلُّ ذَلِكَ جِهَادٌ مَعْنَى قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قوله في المتن ويصالحهم إلخ

تَرْجَمَ الشَّيْخُ الشُّلْبِيُّ هُنَا بَابَ الْمُوَادَعَةِ وَمَنْ يَجُوزُ أَمَانُهُ وَقَالَ إِنَّمَا سُمِّيَتْ الْمُصَالِحَةُ مُوَادَعَةً لِمَا فِيهَا مِنْ تَرْكِ الْقِتَالِ وَالْوَدْعِ التَّرْكِ مِنْ حَظِّهِ قَوْلُهُ حَيْثُ لَا يَجُوزُ (الَّذِي يَخْطُ الشَّارِحُ حَتَّى لَا يَجُوزَ .

قوله الدنية

أَيِ التَّقِيصَةِ .

ا ك

قوله سعد بن معاذ

هو سيد الأوس .

قوله وسعد بن عباد

هو سيد الخزرج .

(وَبَدَّ لَوْ خَيْرًا) مَعْنَاهُ لَوْ صَالَحَهُمُ الْإِمَامُ ثُمَّ رَأَى نَقْضَ الصُّلْحِ أَصْلَحَ بَدَّ إِلَيْهِمْ وَقَاتَلَهُمْ لِأَنَّ الْمَصْلَحَةَ لَمَّا تَبَدَّلَتْ كَانَ النَّقْضُ جِهَادًا صُورَةً وَمَعْنَى وَإِيفَاءُ الْعَهْدِ تَرْكُ الْجِهَادِ صُورَةً وَمَعْنَى وَلَا بُدَّ مِنَ التَّبَدُّلِ إِلَيْهِمْ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَأَنبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ } وَلِأَنَّ الْعَدْرَ بِهِ يَنْتَفِي فَكَانَ وَاجِبًا وَتَبَدُّدٌ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إِلَى أَهْلِ مَكَّةَ وَيَكُونُ التَّبَدُّدُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي كَانَ الْإِمَامُ فَإِنْ كَانَ مُنْتَشِرًا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ التَّبَدُّدُ كَذَلِكَ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُنْتَشِرٍ بِأَنْ أَمَنَهُمْ وَاحِدٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ سِرًّا يَكْتَفِي بِبَدْدِ ذَلِكَ الْوَاحِدِ وَهُوَ عَلَى قِيَاسِ الْإِذْنِ بِالْحَجَرِ فَإِنَّ الْحَجَرَ يَكُونُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي كَانَ الْإِذْنُ فِيهِ مِنَ الْجَهْرِ وَالسِّرِّ ثُمَّ بَعْدَ التَّبَدُّدِ لَا يَجُوزُ قِتَالُهُمْ حَتَّى يَمْضِيَ عَلَيْهِمْ زَمَانٌ يَتِمَكَّنُ فِيهِ مَلِكُهُمْ مِنْ إِنْفَادِ الْخَبَرِ إِلَى أَطْرَافِ مَمْلَكَتِهِ وَإِنْ كَانُوا خَرَجُوا مِنْ حُصُونِهِمْ وَتَفَرَّقُوا فِي الْبِلَادِ وَفِي عَسَاكِرِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ خَرَّبُوا حُصُونَهُمْ بِسَبَبِ الْأَمَانِ فَحَتَّى يَعُودُوا كُلُّهُمْ إِلَى مَأْمَنِهِمْ وَيَعْمُرُوا حُصُونَهُمْ مِثْلَ مَا كَانَتْ تَوْقِيًا عَنِ الْعَدْرِ هَذَا إِذَا صَالَحَهُمْ مُدَّةٌ فَرَأَى نَقْضَهُ قَبْلَ مَضِيِّ الْمُدَّةِ وَأَمَّا إِذَا مَضَتْ الْمُدَّةُ يَبْطُلُ الصُّلْحُ بِمَضِيِّهَا فَلَا يَنْبَدُّ إِلَيْهِمْ وَلَوْ كَانَتْ الْمَوَادَعَةُ عَلَى جُعْلِ فَنَقْضُهُ قَبْلَ مَضِيِّ الْمُدَّةِ رَدَّهُ عَلَيْهِمْ بِحَصَّتِهِ لِأَنَّهُ مُقَابِلٌ بِالْأَمَانِ فِي الْمُدَّةِ فَيَرْجِعُونَ بِمَا لَمْ يُسَلِّمْ لَهُمُ الْأَمَانُ فِيهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَنُقَاتِلُ بِلَا تَبَدُّدٍ لَوْ خَانَ مَلِكُهُمْ) لِأَنَّ التَّبَدُّدَ لِنَقْضِ الْعَهْدِ وَقَدْ انْتَقَضَ بِالْخِيَانَةِ مِنْهُمْ فَلَا يَتَصَوَّرُ نَقْضُهُ بَعْدَ ذَلِكَ وَكَذَا إِذَا دَخَلَ دَارَ الْإِسْلَامِ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ لَهُمْ مَنَعَةٌ بِإِذْنِ مَلِكِهِمْ وَقَاتَلُوا الْمُسْلِمِينَ

عَلَانِيَةً لَمَّا ذَكَرْنَا وَإِنْ كَانَ دُخُولُهُمْ بِغَيْرِ إِذْنِ مَلِكِهِمْ انْتَقَضَ الْعَهْدُ فِي حَقِّهِمْ لَا غَيْرُ حَتَّى يَجُوزَ قِتَالُهُمْ وَاسْتَرْفَاقُهُمْ لِأَنَّهُمْ اسْتَبَدُّوا بِأَنْفُسِهِمْ فَيَنْتَقِضُ الْعَهْدُ فِي حَقِّهِمْ وَلَا يَنْتَقِضُ فِي حَقِّ غَيْرِهِمْ لِأَنَّ فِعْلَهُمْ لَا يَلْزَمُ غَيْرَهُمْ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ مَنَعَةٌ لَمْ يَكُنْ نَقْضًا لِلْعَهْدِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قوله في المتن نبذا إليهم

أَيَّ بَعَثَ إِلَيْهِمْ مَنْ يُعْلِمُهُمْ بِنَقْضِ الْعَهْدِ .

(وَالْمُرْتَدِّينَ بِلَا مَالٍ) أَيُّ نَصَالِحِ الْمُرْتَدِّينَ بِلَا أَخْذِ مَالٍ مِنْهُمْ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ مَرْجُوٌّ مِنْهُمْ فَجَارَ تَأْخِيرُ الْقِتَالِ طَمَعًا فِيهِ إِذَا كَانَ فِي التَّأْخِيرِ مَصْلَحَةٌ لِلْمُسْلِمِينَ كَمَا فِي أَهْلِ الْحَرْبِ وَإِنَّمَا لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُمْ الْمَالُ لِأَنَّهُ يُشْبِهُ الْجَزْيَةَ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا تَرَكَ الْقِتَالَ بِالْمَالِ غَيْرَ أَنَّ الْجَزْيَةَ

مُؤَبَّدَةٌ وَهَذَا مُؤَقَّتٌ وَهُمْ لَا تُقْبَلُ مِنْهُمْ الْجَزِيَّةُ فَكَذَا هَذَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ أَخَذَ لَمْ يَرُدَّ) أَيُّ إِنْ أَخَذَ الْمَالَ مِنْهُمْ عَلَى الصُّلْحِ لَا يَرُدُّهُ عَلَيْهِمْ لِأَنَّ أَمْوَالَهُمْ غَيْرُ مَعْصُومَةٍ فَجَازَ أَخْذُهَا ابْتِدَاءً بِغَيْرِ رِضَاهُمْ وَعَلَى هَذَا إِذَا طَلَبَ أَهْلُ الْبَغْيِ الْمُوَادَّةَ أُجِيبُوا إِلَيْهَا إِنْ كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ لِأَهْلِ الْعَدْلِ وَلَا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ شَيْءٌ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَضْعُ الْجَزِيَّةِ عَلَيْهِمْ وَأَمْوَالُهُمْ مَعْصُومَةٌ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَمْ يَبِعْ سِلَاحًا مِنْهُمْ) أَيُّ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ ذَلِكَ وَلِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَّةٌ لَهُمْ فَيَحْرُمُ وَكَذَا الْكُرَاعُ وَالْحَدِيدُ لِمَا فِيهِ مِنْ تَقْوِيَّتِهِمْ عَلَى الْحَرْبِ لِأَنَّ الْحَدِيدَ أَصْلُ السِّلَاحِ وَكَذَا بَعْدَ الصُّلْحِ لِأَنَّهُ عَلَى شَرَفِ التَّقْضِ أَوْ الْإِنْقِضَاءِ وَكَذَا الرِّقِيقُ لِأَنَّهُمْ يَتَوَالَدُونَ عَنْدهُمْ فَيَعُودُونَ حَرْبًا عَلَيْنَا وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا لِمَا ذَكَرْنَا ثُمَّ مَا يُمْنَعُ الْمُسْلِمُ يُمْنَعُ الْمُسْتَأْمِنُ مِنْهُمْ أَيْضًا أَنْ يَدْخُلَ بِهِ دَارَهُمْ لِمَا ذَكَرْنَا وَإِنْ خَرَجَ هُوَ بِشَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَا فَلَا يُمْنَعُ مِنَ الرَّجُوعِ بِهِ إِلَّا إِذَا أَسْلَمَ الْعَبْدُ وَإِنْ بَادَلَ شَيْئًا مِمَّا ذَكَرْنَا بِجَنَسِهِ لَا يُمْنَعُ مِنَ الدُّخُولِ بِهِ إِلَّا إِذَا كَانَ خَيْرًا مِنْهُ وَإِنْ بَاعَهُ بِدَارِهِمْ ثُمَّ اشْتَرَى غَيْرَهُ يُمْنَعُ مُطْلَقًا وَلَا يُمْنَعُ مِنْ إِدْخَالِ الطَّعَامِ وَالْقِمَاشِ وَالْقِيَاسُ أَنْ يُمْنَعَ

لِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَّتُهُمْ إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَاهُ بِمَا رَوَى عَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ ثَمَامَةَ أَنْ يُمِيرَ أَهْلَ مَكَّةَ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَلَمْ يَبِعْ سِلَاحًا مِنْهُمْ (أَيُّ وَلَا تَبْعَثُ التُّجَارَ إِلَيْهِمْ .

ا ك

قَوْلُهُ وَكَذَا الْكُرَاعُ

يَعْنِي الْخَيْلُ .

قَوْلُهُ يَمِيرُ

يُقَالُ مَارَ أَهْلُهُ أَيُّ أَتَاهُمْ بِالطَّعَامِ .

ا ك .

(وَلَمْ نَقْتُلْ مَنْ أَمَنَهُ حُرٌّ أَوْ حُرَّةٌ) لِأَنَّ أَمَانَ وَاحِدٍ حُرٍّ مِنَ الْمُسْلِمِينَ كَافِرًا وَاحِدًا أَوْ جَمَاعَةً صَحِيحٌ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { ذِمَّةُ الْمُسْلِمِينَ وَاحِدَةٌ يَسْعَى بِهَا أَذْنَاهُمْ } رَوَاهُ أَحْمَدُ الذِّمَّةُ الْعَهْدَةُ وَأَذْنَاهُمْ أَيُّ أَقْلُهُمْ عَدَدًا وَهُوَ الْوَاحِدُ فَإِنَّهُ يَتَوَلَّى الْعَهْدَ الْمُؤَبَّدَ وَالْمُؤَقَّتَ وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ { إِنْ الْمَرْأَةُ لَتَأْخُذَ لِلْقَوْمِ } أَيُّ تُجِيرُ .

رَوَاهُ أَحْمَدُ وَالتَّرْمِذِيُّ وَقَالَ حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ وَأَجَازَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَانَ أُمِّ هَانِيٍّ رَجُلًا مِنَ الْمُشْرِكِينَ يَوْمَ فَتْحِ مَكَّةَ فِيمَا رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَابْنُ خَرَّابٍ وَأَحْمَدُ وَلِأَنَّ الْوَاحِدَ مِنَ أَهْلِ الْقِتَالِ بِنَفْسِهِ وَمَالِهِ أَوْ بِمَالِهِ مِنْ أَهْلِ مَنَعَةِ الْإِسْلَامِ فَيَخَافُونَهُ فَيَنْفِذُ أَمَانَهُ فِي حَقِّهِ لَوْلَا يَتَبَهُ عَلَى نَفْسِهِ ثُمَّ يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ ضَرُورَةً عَدَمِ التَّجْزِي لِكَوْنِ سَبَبِهِ لَا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ الْإِسْلَامُ فَصَارَ كَوَلَايَةِ التَّزْوِيجِ بَيَانٌ أَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ أَنَّ الْعِصْمَةَ مِنْ

الْقَتْلَ وَحُرْمَةَ الْاِسْتِرْقَاقِ وَالِاسْتِعْنَامِ لَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يُثَبَّتَ فِي بَعْضِ شَخْصٍ دُونَ بَعْضِهِ وَمَا لَا يَنْجَزُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا كَامِلًا فَيَثْبُتُ فِي الْكُلِّ فِي حَقِّ الْكُلِّ لِأَنَّهُ لِمَصْلَحَةِ الْكُلِّ فَيَقُومُ الْوَاحِدُ مَقَامَ الْكُلِّ لِتَعَدُّرِ اجْتِمَاعِ الْكُلِّ وَشَرْطُ أَنْ يَكُونَ الْعَاقِدُ حُرًّا لِأَنَّ الرِّقِيقَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْجِهَادِ فَلَا يَخَافُهُ فَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ الْأَمْنُ مِنْهُ حَتَّى يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قوله أقلُّهم عددًا

وَأَيُّمَا فَسَّرَ الْأَدْنَى بِالْأَقَلِّ احْتِرَازًا عَنْ تَفْسِيرِ مُحَمَّدٍ الْآتِي إِذْ عِنْدَهُ الْمُرَادُ بِأَدْنَاهُمْ أَدْنَاهُمْ حَالًا وَهُوَ الْعَبْدُ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ مِنَ الدَّنَاءَةِ وَالْعَبْدُ أَدْنَى الْمُسْلِمِينَ .

اهـ

(وَتَبَدَّلُوا شَرًّا) أَيِ تَبَدَّلَ الْإِمَامُ أَمَانُ الْوَاحِدِ إِذَا كَانَ شَرًّا رِعَايَةً لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ وَاحْتِرَازًا عَنِ الْغَدْرِ وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { لِكُلِّ غَادِرٍ لَوَاءٌ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يُعْرَفُ بِهِ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَابْنُ خَارِيٍّ وَمُسْلِمٌ وَيُؤَدِّبُهُ الْإِمَامُ لِانْفِرَادِهِ بِرَأْيِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ لِأَنَّهُ رَبَّمَا يَمُوتُ بِالتَّأَخِيرِ فَيُعَذَّرُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبَطَلَ أَمَانُ ذِمِّي) لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ بِهِمْ وَكَذَا لَا وَلِيَّةَ لَهُ عَلَى الْمُسْلِمِ وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ سَبَبُ الْأَمَانِ أَيْضًا وَهُوَ الْإِيمَانُ إِلَّا إِذَا أَمَرَهُ أَمِيرُ الْعَسْكَرِ أَنْ يُؤْمِنَهُمْ فَيَجُوزُ أَمَانُهُ لِزَوَالِ ذَلِكَ الْمَعْنَى بِرَأْيِ الْمُسْلِمِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَأَسِيرٍ وَتَاجِرٍ) لِأَنَّهُمَا مَقْهُورَانِ تَحْتَ أَيْدِيهِمْ فَلَا يَخَافُونَهُمَا وَالْأَمَانُ يَكُونُ مِنَ الْخَوْفِ وَلِأَنَّهُمَا يُجَبَّرَانِ عَلَيْهِ فَيَعْرِى الْأَمَانُ عَنِ الْمَصْلَحَةِ وَلَوْ جَازَ مِنْهُ هَذَا لَتَحَصَّنُوا بِأَمَانِهِ كُلَّمَا اشْتَدَّ عَلَيْهِمُ الْأَمْرُ فَيُؤَدِّي إِلَى سَدِّ بَابِ الْفَتْحِ وَكَذَا أَمَانُ الْمُسْلِمِ الَّذِي أَسْلَمَ فِي دَارِهِمْ وَلَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا وَكَذَا لَوْ دَخَلَ مُسْلِمٌ فِي عَسْكَرِ أَهْلِ الْحَرْبِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَأَمَّنَهُمْ لَا يَصْلُحُ أَمَانُهُ لِأَنَّهُ مَقْهُورٌ بِمَنْعَتِهِمْ فَلَا يَصِحُّ إِلَّا إِذَا أَمَّنَهُمْ مَنْ يُقَاوِمُهُمْ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَمَّنَ عَشْرِينَ أَوْ نَحْوَهُمْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ حَيْثُ يَجُوزُ أَمَانُهُ لِأَنَّ الْوَاحِدَ وَإِنْ كَانَ مَقْهُورًا بِاعْتِبَارِ نَفْسِهِ حَيْثُ لَا يُقَاوِمُهُمْ لَكِنَّهُ قَاهِرٌ مُمْتَنِعٌ بِقُوَّةِ الْمُسْلِمِينَ إِذْ هُمْ لَا يَمْتَنِعُونَ عَنْ جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ فَكَانَ قَاهِرًا لَهُمْ حُكْمًا بِخِلَافِ الْجَيْشِ فَإِنَّهُمْ مُمْتَنِعُونَ فَلَا يَكُونُونَ فِي قَهْرِهِ حَقِيقَةً وَلَا حُكْمًا أَلَّا تَرَى أَنَّ قَوْمًا مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ لَوْ دَخَلُوا دَارَنَا بِغَيْرِ أَمَانٍ كَانُوا قِيًّا وَلَوْ دَخَلَ جُنْدٌ

عَظِيمٌ مِنْهُمْ فَقَاتَلَهُمْ قَوْمٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ حَتَّى قَهَرُوهُمْ كَانُوا لَهُمْ خَاصَّةً لِعَدَمِ صَيَّرَوْرَتِهِمْ مَقْهُورِينَ بِحُصُولِهِمْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَعَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ لَوْ أَخْرَجَهُمْ وَاحِدٌ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ أَوْ فِي دَارِ الْحَرْبِ إِلَى عَسْكَرِ الْمُسْلِمِينَ لَأَنَّهُمْ يَخْرُجُونَ بِشَوْكِهِمْ إِذَا كَانُوا جُنْدًا عَظِيمًا وَإِلَّا فَبِالْأَمَانِ فَلَا يَجُوزُ غَدْرُهُمْ

الشرح

كَذَا بِخَطِّ الشَّارِحِ .

قَوْلُهُ وَاحِدٌ

كَذَا بِخَطِّ الشَّارِحِ وَتَقَدَّمَ الْحَدِيثُ بِلَفْظِ وَاحِدَةٍ قَوْلُهُ كَمَنْ) فِي خَطِّ الشَّارِحِ بِالْكَافِ وَصَوَابُهُ كَمَا فِي الْكَافِي بِاللَّامِ ا هـ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعَبْدٌ مَحْجُورٌ عَنِ الْقِتَالِ) أَيُّ لَا يَجُوزُ أَمَانٌ عَبْدٌ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ عَنِ الْقِتَالِ وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ يَجُوزُ أَمَانُهُ وَأَبُو يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ فِيمَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ لِمُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ مَا رَوَيْنَا مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { دِمَّةُ الْمُسْلِمِينَ وَاحِدَةٌ يَسْعَى بِهَا أَدْنَاهُمْ } أَيُّ أَدْنَاهُمْ حَالًا وَهُوَ الْعَبْدُ وَلِأَنَّهُ مُؤْمِنٌ أَهْلٌ لِلْقِتَالِ فَيَخَافُونَهُ فَيَكُونُ أَهْلًا لِلْأَمَانِ كَالْمَأْذُونِ لَهُ فِي الْقِتَالِ وَهَذَا لِأَنَّ الْإِذْنَ تَأْثِيرُهُ فِي دَفْعِ الْمَانِعِ لَا فِي إِبْثَاتِ الْأَهْلِيَّةِ لِمَنْ لَيْسَ بِأَهْلٍ وَأَهْلِيَّةُ هَذَا التَّصَرُّفِ بِالْإِيمَانِ وَالْإِمْتِنَاعِ وَلِهَذَا لَوْ عَقَدَ مَعَهُمْ عَقْدَ الدِّمَةِ جَازَ لِمَا قُلْنَا فَكَذَا هَذَا بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ لِلتَّائِيدِ فَيُمْكِنُ نَقْضُهُ عِنْدَ ظُهُورِ الْخَلَلِ فِيهِ وَإِنَّمَا يَمْلِكُ الْقِتَالُ لِمَا فِيهِ مِنْ تَعْطِيلِ مَصَالِحِهِ عَلَى الْمَوْلَى وَلَا تَعْطِيلَ فِي الْكَلَامِ الْمُجَرَّدِ بَلْ فِيهِ نَفْعٌ يَعُودُ إِلَى الْمَوْلَى وَغَيْرِهِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ إِذَا الْكَلَامُ فِيهِ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْحَالَةِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْأَمَانَ جِهَادٌ مَعْنَى عَلَى مَا ذَكَرْنَا وَهُوَ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ عَنْهُ فَيَكُونُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ عَنِ الْأَمَانِ بِالضَّرُورَةِ يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْأَمَانَ إِزَالَةُ الْخَوْفِ وَمَنْ لَمْ يُبَاشِرِ الْقِتَالَ لَا يَخَافُونَهُ فَكَيْفَ يَصِحُّ أَمَانُهُ وَلِأَنَّهُ نَوْعُ جِهَادٍ فَلَا يَعْمَلُهُ إِلَّا مَنْ يُبَاشِرُهُ فَيُحْطِئُ ظَاهِرًا فَيَمْنَعُ كَيْ لَا يَنْسَدَ عَلَيْهِمْ بَابُ الْفَتْحِ بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ بِالْقِتَالِ لِأَنَّهُ عَالِمٌ بِوُجُوهِ الْقِتَالِ وَيَخَافُونَهُ لِمُبَاشَرَتِهِ الْقِتَالَ وَبِخِلَافِ الْمَرْأَةِ لِأَنَّهَا مِنْ أَهْلِ الْجِهَادِ بِمَالِهَا وَكَذَا بِنَفْسِهَا حَتَّى تَخْرُجَ لِتَعْمَلَ عَمَلًا يَلِيقُ بِحَالِهَا وَذَلِكَ جِهَادٌ مِنْهَا

فَيَحْصُلُ الْخَوْفُ مِنْهَا وَبِخِلَافِ عَقْدِ الدِّمَةِ لِأَنَّهُ خَلَفَ عَنِ الْإِسْلَامِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّعْوَةِ إِلَيْهِ وَلِأَنَّهُ مُقَابِلُ الْجَزْيَةِ فَيَكُونُ نَفْعُهُ ظَاهِرًا وَلِأَنَّهُ فَرَضٌ عَلَيْهِمْ عِنْدَ طَلَبِهِمْ ذَلِكَ وَإِسْقَاطُ الْفَرَضِ نَفْعٌ مَحْضٌ فَافْتَرَقَا وَلَوْ أَمَّنَ صَبِيٌّ لَا يَعْقِلُ لَا يَصِحُّ كَالْجُنُونِ وَإِنْ كَانَ يَعْقِلُ وَهُوَ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ فَعَلَى الْخِلَافِ وَإِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي الْقِتَالِ فَلَا يَصِحُّ أَنَّهُ يَصِحُّ بِالْإِتِّفَاقِ وَمُخْتَلِطُ الْعَقْلِ الَّذِي يَعْقِلُ الْإِسْلَامَ وَيَصِفُهُ بِمَنْزِلَةِ الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ فِيمَا ذَكَرْنَا

باب الغنائم وقسمتها

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (مَا فَتَحَ الْإِمَامُ عَنْوَةً قَسَمَ بَيْنَنَا أَوْ أَقْرَأَ أَهْلَهَا وَوَضَعَ الْجَزْيَةَ وَالْخَرَاجَ) يَعْنِي إِذَا فَتَحَ الْإِمَامُ بِلَدَةً فَهَرًا فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَسَمَهَا بَيْنَ الْعَانِمِينَ يَعْنِي بَعْدَ إِخْرَاجِ الْخُمْسِ كَمَا فَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِخَيْبَرَ وَإِنْ شَاءَ أَقْرَأَ أَهْلَهَا عَلَيْهَا وَوَضَعَ عَلَيْهِمُ الْجَزْيَةَ وَعَلَى أَرْضِيهِمْ الْخَرَاجَ كَمَا فَعَلَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِسَوَادِ الْعِرَاقِ بِمُوَافَقَةِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ وَلَمْ يَجِدْ مَنْ خَالَفَهُ مِنَ الصَّحَابَةِ وَغَيْرِهِمْ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ وَقَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَمَا وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْ لَا أَنْ أَتْرُكَ آخِرَ النَّاسِ بَيَانًا لَيْسَ لَهُمْ مِنْ شَيْءٍ مَا فَتَحْتُ عَلَى قَرْيَةٍ إِلَّا قَسَمْتُهَا كَمَا قَسَمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَيْبَرَ وَلَكِنِّي أَتْرُكُهَا حِرَازَةً لَهُمْ يَقْتَسِمُونَهَا رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ

وَقِيلَ الْأُولَى هُوَ الْأَوَّلُ عِنْدَ حَاجَةِ الْغَانِمِينَ وَالثَّانِي عِنْدَ عَدَمِ الْحَاجَةِ لِتَكُونَ عُذَّةً لِلنَّوَائِبِ وَهَذَا فِي الْعَقَارِ وَأَمَّا الْمَنْقُولُ وَحْدَهُ فَلَا يَجُوزُ الْمَنْ بِهِ عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ فِيهِ الشَّرْعُ وَلِأَنَّهُ يَدُومُ بَلْ يَنْقَطِعُ وَالْحَوَازُ بِاعْتِبَارِ الدَّوَامِ نَظَرًا لَهُمْ وَلِمَنْ يَجِيءُ بَعْدَهُمْ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ بِالرَّقَابِ وَحْدَهُ بَدُونِ الْأَرْضِ لِأَنَّهُ يَنْقَطِعُ بِالمَوْتِ وَالْإِسْلَامِ وَإِنَّمَا يَجُوزُ تَبَعًا لِلْأَرْضِ كَيْ لَا يَشْتَغِلُوا بِالزَّرَاعَةِ عَنِ الْجِهَادِ .
ثُمَّ إِذَا مَنْ عَلَيْهِمْ بِالرَّقَابِ وَالْأَرْضِ يَدْفَعُ إِلَيْهِمْ مِنَ الْمَنْقُولِ قَدَرٌ مَا يَتَهَيَّأُ لَهُمْ بِهِ الْعَمَلُ لِأَنَّ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ تَرَكَ لَهُمْ ذَلِكَ وَهُوَ الْقُدْوَةُ فِي الْبَابِ وَلِأَنَّ مَنَفْعَةَ الْأَرْضِ بِالزَّرَاعَةِ وَهُمْ لَا يَقْدِرُونَ عَلَى الزَّرَاعَةِ إِلَّا بِأَلْتِهَا فَيَكْرَهُ لَهُ أَنْ

يُكَلِّفَهُمْ بِهَا بَدُونِ الْأَلَةِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يَجُوزُ الْمَنْ عَلَيْهِمْ بِالْأَرْضِ بَلْ يَقْسِمُهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ لِأَنَّهُمْ مَلَكُوهَا بِالْإِسْتِثْلَاءِ فَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُ مُلْكِهِمْ أَوْ حَقِّهِمْ عَنَّا إِلَّا بِبَدَلٍ يُعَدُّ لَهُ وَالْخَرَاجُ لَا يُعَدُّ لَهُ لِقَلَّتْهُ بِخِلَافِ الْمَنْ عَلَى الرَّقَابِ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يُبْطِلَ حَقَّهُمْ بِالْقَتْلِ أَصْلًا فَبِالْعَوَضِ الْقَلِيلِ أَوْ لَى وَهَذَا لِأَنَّ الْأَدَمِيَّ حُرٌّ بِأَصْلِ الْخَلْقَةِ وَالرَّقُّ عَارِضٌ بِمَشِيئَةِ الْإِمَامِ بَعْدَ الْأَسْرِ فَلَهُ أَنْ يَتْرُكَهُمْ عَلَى أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ وَلَنَا مَا رَوَيْنَا عَنْ إِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَفَتَحَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَكَّةَ عَنوةً وَمَنْ بِهَا عَلَى أَهْلِهَا وَلَمْ يَقْسِمُهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ وَالذَّلِيلِ عَلَى أَنَّهَا فُتِحَتْ عَنوةً قَوْلُ أَبِي هُرَيْرَةَ فَأَنْطَلَقَا وَمَا يَشَاءُ أَحَدٌ مَنَا أَنْ يَقْتُلَ مِنْهُمْ مَا شَاءَ إِلَّا قَتَلَهُ فَقَالَ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمَّا اشْتَدَّ عَلَيْهِمْ الْقَتْلُ مَنْ أَعْلَقَ بَابَهُ فَهُوَ آمِنٌ وَمَنْ دَخَلَ دَارَ أَبِي سُفْيَانَ فَهُوَ آمِنٌ كُلُّ ذَلِكَ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَمُسْلِمٌ وَأَحَارَتْ أُمُّ هَانِي رَجُلًا فَأَرَادَ عَلَيْهِ قَتْلَهُ فَمَنَعَتْهُ فَأَخْبَرَتْ بِذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ قَدْ أَجَرْنَا مَنْ أَجَرْتَ يَا أُمَّ هَانِي رَوَاهُ أَحْمَدُ وَالبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ وَلَوْ كَانَ فَتَحَهَا بِالصُّلْحِ لَحَصَلَ الْأَمَانُ بِذَلِكَ لَا بِمَا ذَكَرْنَاهُ وَلِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لَهُمْ وَلِمَنْ يَجِيءُ مِنْ بَعْدِهِمْ لِأَنَّهُمْ كَالْأَكْرَةِ الْعَامِلَةِ لَهُمْ الْعَالِمَةُ بِوُجُوهِ الزَّرَاعَةِ وَالْمُؤْنِ مُرْتَفَعَةً عَنْهُمْ وَالْخَرَاجُ وَإِنْ قَلَّ فِي الْحَالِ فَهُوَ أَكْثَرُ فِي الْمَالِ فَالْقَلِيلُ الدَّائِمُ خَيْرٌ مِنَ الْكَثِيرِ الْمُنْقَطِعِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشَّرْحُ

باب الغنائم وقسمتها

إِنَّمَا ذَكَرَ الْغَنَائِمَ بَعْدَ ذِكْرِ الْأَمَانِ لِأَنَّ الْإِمَامَ إِذَا حَاصَرَ الْكُفَّارَ إِمَّا أَنْ يُؤْمِنَهُمْ وَإِمَّا أَنْ يَقْتُلَهُمْ وَيَعْنَمُ أَمْوَالَهُمْ فَكَانَتْ الْغَنِيمَةُ وَقَسَمْتُهَا أَحَدٌ مَا يَخْتَارُهُ الْإِمَامُ ثُمَّ الْغَنِيمَةُ اسْمٌ لِمَالٍ مَأْخُوذٍ مِنَ الْكُفْرَةِ بِالْقَهْرِ وَالْعَلْبَةِ وَالْحَرْبِ قَائِمَةً وَالْفَيْءُ مَا أُخِذَ مِنْهُمْ مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ كَالْخَرَاجِ وَالْجَزْيَةِ وَفِي الْغَنِيمَةِ خُمُسٌ دُونَ الْفَيْءِ .

أَتَقَانِي

قوله في المتن ما فتح الإمام عنة

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَإِذَا فَتَحَ الْإِمَامُ بِلَدَةً عَنوةً أَيْ قَهْرًا قَالَ الْأَتَقَانِيُّ قَوْلُهُ عَنوةً أَيْ قَهْرًا لَيْسَ بِتَفْسِيرٍ لَهُ لَعَةً لِأَنَّ الْعَنوةَ مِنْ عَنَّا يَعْنُو إِذَا ذُلَّ وَخَضَعَ إِلَّا أَنَّهُ أَرَادَ الْقَهْرَ بِطَرِيقِ الْكِنَايَةِ لِأَنَّ الْقَهْرَ يَسْتَلْزِمُ الدَّلَّ وَذِكْرُ اللَّازِمِ وَإِرَادَةُ الْمَلْزُومِ كِنَايَةً وَقَالَ الْكَمَالُ وَفَسَّرَ الْمُصَنِّفُ الْعَنوةَ بِالْقَهْرِ وَهُوَ ضِدُّهُ لِأَنَّهُ مَنْ عَنَّا يَعْنُو عَنوةً وَعَنُوا إِذَا ذُلَّ وَخَضَعَ وَمِنْهُ { وَعَنْتِ الْوُجُوهُ لِلْحَيِّ الْقَيُّومِ } وَإِنَّمَا الْمَعْنَى فَتَحَ بِلَدَةً حَالَ كَوْنِ أَهْلِهَا ذَوِي عَنوةٍ أَيْ ذُلٍّ وَذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ قَهْرَ الْمُسْلِمِينَ لَهُمْ وَفِيهِ وَضْعُ الْمَصْدَرِ مَوْضِعُ الْحَالِ وَهُوَ غَيْرُ مُطَرِّدٍ إِلَّا فِي الْأَفَاطِ عِنْدَ بَعْضِهِمْ

وَإِطْلَاقُ اللَّازِمِ وَإِرَادَةُ الْمَلْزُومِ فِي غَيْرِ التَّعَارِيفِ بَلْ ذَلِكَ فِي الْإِخْبَارَاتِ عَلَى أَنْ يُرَادَ مَعْنَى الْمَذْكُورِ لَا الْمَجَازَ لَكِنْ لِيَتَّقِلَ مِنْهُ إِلَى آخِرِ هُوَ الْمَقْصُودُ بِتِلْكَ الْإِرَادَةِ كَثِيرُ الرَّمَادِ وَلَوْ أَرَادَ بِهِ نَفْسَ الْجُودِ كَانَ مَجَازًا مِنَ السَّبَبِ فِي الْمُسَبَّبِ وَالْوَجْهُ أَنَّهُ مَجَازٌ اشْتَهَرَ فَإِنْ (عَنْوَةً) اُشْتُهِرَ فِي نَفْسِ الْقَهْرِ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ فَجَازَ اسْتِعْمَالُهُ فِيهِ نَفْسُهُ تَعْرِيفًا

قَوْلُهُ إِنْ شَاءَ قَسَمَهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ

أَيَّ مَعَ

رُءُوسِ أَهْلِهَا اسْتِرْقَاقًا وَأَمْوَالَهُمْ .

فَتَحَّ

قَوْلُهُ وَإِنْ شَاءَ أَقْرَأَ أَهْلَهَا

أَيَّ مَنْ بِهَا عَلَى أَهْلِهَا وَتَرَكَهُمْ أَحْرَارَ الْأَصْلِ ذِمَّةً لِلْمُسْلِمِينَ وَالْأَرَاذِي مَمْلُوكَةً لَهُمْ وَجَعَلَ الْجَزِيَّةَ عَلَيْهِمْ وَالْخَرَاجَ عَلَى أَرْضِيهِمْ .

كَافِي

قَوْلُهُ وَلَمْ يَجِدْ مَنْ خَالَفَهُ مِنَ الصَّحَابَةِ

مِثْلَ بِلَالٍ وَسَلْمَانَ وَأَبِي هُرَيْرَةَ .

قَوْلُهُ بَيَّانًا

الْبَيَّانُ بِمُوحَدَةٍ مَفْتُوحَةٍ ثُمَّ مُوحَدَةٍ مُشَدَّدَةٍ ثُمَّ أَلْفٍ وَتُونٍ أَيْ أَتْرَكُهُمْ شَيْئًا وَاحِدًا لِأَنَّهُ إِذَا قَسَمَ الْبِلَادَ الْمَفْتُوحَةَ عَلَى الْغَانِمِينَ بَقِيَ مَنْ لَمْ يَحْضُرْ الْغَنِيمَةَ وَمَنْ يَجِيءُ بَعْدَ مِنَ الْمُسْلِمِينَ بَعِيرٍ شَيْءٍ مِنْهَا فَلِذَلِكَ تَرَكَهَا لِتَكُونَ بَيْنَهُمْ جَمِيعًا .

نَهَايَةً

قَوْلُهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ

الَّذِي بَخَطَ الشَّارِحَ فِيهِ .

قوله قَدْرَ مَا يَنْتَهِيَا لَهُم بِهِ الْعَمَلُ

أَيَّ لِيَخْرُجَ عَنْ حَدِّ الْكَرَاهَةِ .

أَتَقَانِي

قوله وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يَجُوزُ الْمَنْ عَلَيْهِم بِالْأَرْضِ

أَيَّ فِي الْمَفْتُوحِ قَهْرًا وَالْمَنْ بِالْمَنْقُولِ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ .

أَتَقَانِي

قوله لِأَنَّهُمْ مَلَكُوهَا بِالِاسْتِثْلَاءِ

أَيَّ عِنْدَهُ قَوْلُهُ أَوْ حَقُّهُمْ عَنْهَا (أَيَّ عِنْدَنَا .

قوله وَأَجَارَتْ أُمَّ هَانِي

الَّذِي بِخَطِّ الشَّارِحِ وَأَجَرَتْ أُمَّ هَانِي

قوله لِأَنَّهُمْ كَالْأَكْرَةِ

جَمْعُ أَكَارٍ وَهُمْ الْفَلَّاحُونَ .

(وَقَتَلَ الْأَسْرَى أَوْ اسْتَرْقَ أَوْ تَرَكَ أحراراً ذمّة لنا) معناه أَنَّ الإمامَ بالخيارِ فِي الْأَسْرَى إِنْ شَاءَ قَتَلَهُمْ كَمَا قَتَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَنِي قُرَيْظَةَ فَإِنَّهُ قَتَلَ مُقَاتِلَهُمْ وَاسْتَرْقَ ذَرَارِيَهُمْ وَفِيهِ حَسْمٌ مَادَّةُ الْفُسَادِ وَإِنْ شَاءَ اسْتَرْقَهُمْ لِأَنَّ فِيهِ تَوْفِيرَ الْمَنْفَعَةِ لِلْمُسْلِمِينَ مَعَ دَفْعِ شَرِّهِمْ وَقَدْ انْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ عَلَى جَوَازِهِ إِلَّا مُشْرِكِي الْعَرَبِ وَالْمُرْتَدِّينَ لِمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ أحراراً ذمّةً لِلْمُسْلِمِينَ كَمَا فَعَلَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَشَرُّهُمْ قَدْ انْدَفَعَ بِذَلِكَ مَعَ تَوْفِيرِ الْمَنْفَعَةِ لَهُمْ لِأَنَّهُ كَالِاسْتِرْقَاقِ إِلَّا مُشْرِكِي الْعَرَبِ وَالْمُرْتَدِّينَ عَلَى مَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَلَيْسَ لَهُ فِيمَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ إِلَّا الْاسْتِرْقَاقُ لِأَنَّ قَتْلَهُ أَوْ وَضْعَ الْجَزْيَةِ عَلَيْهِ بَعْدَ إِسْلَامِهِ لَا يَجُوزُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَحَرَّمَ رَدُّهُمْ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَالْفِدَاءِ وَالْمَنْ) لِأَنَّ فِي ذَلِكَ كُلَّهُ تَقْوِيَتَهُمْ عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَعَوْدُهُمْ حَرْبًا عَلَيْهِمْ وَدَفْعُ شَرِّهِمْ خَيْرٌ مِنْ إِنْقَادِ الْأَسِيرِ الْمُسْلِمِ لِأَنَّ بَقَاءَهُ فِي أَيْدِيهِمْ غَيْرُ مُضَافٍ إِلَيْنَا وَتَقْوِيَتُهُمْ بِدَفْعِ أَسِيرِهِمْ مُضَافٌ إِلَيْنَا فَيَحْرُمُ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِأَنْ يُفَادِيَ بِهِمْ أَسَارَى الْمُسْلِمِينَ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ تَخْلِيصَ الْمُسْلِمِ مِنْ أَيْدِيهِمْ وَاجِبٌ وَلَا يُتَوَصَّلُ إِلَيْهِ إِلَّا بِهِ وَلَيْسَ فِيهِ أَكْثَرُ مِنْ تَرْكِ قَتْلِ أَسْرَى الْكُفَّارِ وَذَلِكَ جَائِزٌ بِدُونِ هَذَا .

أَلَا تَرَى أَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَتْرُكَهُ وَيَضَعَ عَلَيْهِ الْجَزْيَةَ عَلَى مَا بَيْنَنَا وَمَنْفَعَةَ تَخْلِيصِ الْمُسْلِمِ أَوَّلَى مِنْ اسْتِرْقَاقِهِمْ أَوْ جَعْلِهِمْ ذِمَّةً وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَادَى بِهِمْ أَسْرَى الْمُسْلِمِينَ وَذَكَرَ فِي

السِّيرِ الْكَبِيرِ أَنَّ هَذَا هُوَ أَظْهَرُ الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَجُوزُ ذَلِكَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ لَا بَعْدَهَا لِأَنَّ الثَّابِتَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ حَقِيقَةُ الْمَلِكِ فَلَا يَجُوزُ إِطْلَاؤُهُ بِدُونِ رِضَاهُ بَعْوَضِ كَسَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ بِخِلَافِ مَا قَبْلَهَا لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ حَقِيقَةُ الْمَلِكِ وَإِنَّمَا الثَّابِتُ فِيهِ حَقُّ الْمَلِكِ فَلَا يُمْنَعُ الْإِمَامُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ وَلَوْ أَسْلَمَ الْأَسِيرُ لَا يُفَادِي بِهِ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ إِلَّا إِذَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُهُ وَهُوَ مَأْمُونٌ عَلَيْهِ وَأَمَّا مُفَادَاةُ بَالِ الْمَالِ فَلَا تَجُوزُ عِنْدَ عَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَى الْمَالِ وَإِنْ احْتَأَجُّوا إِلَيْهِ جَازَ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ تَجُوزُ مُطْلَقًا وَكَذَا مُفَادَاةُ أَسْرَاهُمْ بِأَسْرَى الْمُسْلِمِينَ تَجُوزُ عِنْدَهُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَشَدُّوا الْوَتَاقَ فِيمَا مَنَّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً } وَأَخَذَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مِنَ الْمُشْرِكِينَ يَوْمَ بَدْرٍ الْمَالَ فِدَاءً عَنْ أَنْفُسِهِمْ فَلَمَّا نُسِخَ ذَلِكَ كُلُّهُ بِآيَةِ السَّيْفِ لِأَنَّ الْمَنَّ وَالْفِدَاءَ مَذْكُورٌ فِي سُورَةِ مُحَمَّدٍ وَهِيَ مَكِّيَّةٌ وَآيَةُ السَّيْفِ فِي سُورَةِ بَرَاءَةٍ وَهِيَ آخِرُ سُورَةٍ نَزَلَتْ وَعُوتِبَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى الْأَخْذِ يَوْمَ بَدْرٍ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { لَوْ لَا كِتَابٌ مِنَ اللَّهِ سَبَقَ } الْآيَةُ فَجَلَسَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ هُوَ وَأَبُو بَكْرٍ يَتَكَيَّانِ وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَوْ نَزَلَ مِنَ السَّمَاءِ عَذَابٌ لَمَّا نَجَا إِلَّا عُمَرُ وَكَانَ قَدْ قَالَ يَقْتُلُهُمْ دُونَ أَخْذِ الْفِدَاءِ مِنْهُمْ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قَوْلُهُ إِنْ شَاءَ قَتَلَهُمْ

أَيُّ قَبْلَ إِسْلَامِهِمْ .

كَأَيُّ

قَوْلُهُ إِنَّا مُشْرِكِي الْعَرَبِ وَالْمُرْتَدِّينَ

أَيُّ فَإِنَّهُ لَا يَقْبَلُ مِنْهُمْ إِلَّا الْإِسْلَامَ أَوْ السَّيْفَ

قَوْلُهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ أَحْرَارًا ذِمَّةً لِلْمُسْلِمِينَ

أَيُّ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرُدَّهُمْ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَالْحَاصِلُ أَنَّ لِلْإِمَامِ فِي الرُّقَابِ ثَلَاثَ خِيَارَاتٍ الْقَتْلُ وَالْإِسْتِرْقَاقُ وَجَعْلُهُمْ أَهْلُ الذِّمَّةِ عَلَى الْجَزْيَةِ لَكِنَّ الْقَتْلَ إِنَّمَا يَجُوزُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ فَإِذَا أَسْلَمُوا فَلَا قَتْلَ .

أَتَقَانِي

قوله وليس له فيمن أسلم منهم إلّا الاسترقاق

بخلاف ما إذا أسلم قبل الاستيلاء حيث لا يجوز الاسترقاق لأنه صار أولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والأخذ .

أثقاني

قوله في الممن والمن

أي بأن أنعم عليهم من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل .

كي وكتب ما نصه وهو أن يطلبهم إلى دار الحرب بغير شيء خلاًفاً للشافعي رضي الله عنه إذا رأى الإمام ذلك وبقولنا قال مالك وأحمد

قوله لأن بقاءه في أيديهم

أي وهو يتلافى حقه فقط والضرر يدفع أسرهم إليهم يعود على جماعة المسلمين .

فتح

قوله وعن أبي حنيفة أنه لا بأس إلخ

قال الكمال وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يفادي بهم كقول أبي يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد إلّا بالنساء فإنه لا يجوز المفاداة بهن عندهم ومنع أحمد المفاداة بصبيانهم (قوله وقال أبو يوسف يجوز ذلك) أي الفداء .

قوله قبل القسم لا بعدها

أي وعند محمد يجوز بكل حال .

فتح .

قوله وأما المفاداة بالمال

أي بمال

يَأْخُذُهُ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ أَمَّا الْمَفَادَةُ بِالْمَالِ فَهَلْ تَجُوزُ فَالْمَشْهُورُ عَنْ أَصْحَابِنَا لَا تَجُوزُ كَيْ لَا يَعُودَ حَرْبًا عَلَيْنَا يُؤَيِّدُهُ قَوْلُهُ تَعَالَى { لَوْلَا كِتَابٌ مِنَ اللَّهِ سَبَقَ لَمَسَكُمُ فِيهِمَا أَخَذْتُكُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ } فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَوْ نَزَلَ الْعَذَابُ مَا نَجَا مِنْهُ إِلَّا عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَانَ يُشِيرُ بِالْقَتْلِ وَقَالَ تَعَالَى { وَإِنْ يَأْتِوكُمُ أَسَارَى تُفَادُوهُمْ وَهُوَ مُحَرَّمٌ عَلَيْكُمْ إِخْرَاجُهُمْ } فَدَلَّ أَنَّهُ حَرَامٌ رَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ فِي السِّيَرِ الْكَبِيرِ لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ بِالْمُسْلِمِينَ حَاجَةٌ لَأَنَّهُ { صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَادَى أَسَارَى بَدْرٍ بِمَالٍ أَخَذَهُ } وَهَذَا اسْتِدْلَالٌ عَجِيبٌ مَعَ نُزُولِ آيَةِ الْإِنْكَارِ عَلَى الْمَفَادَةِ قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَيُفَادِي أَسَارَى الْمُسْلِمِينَ الَّذِينَ فِي دَارِ الْحَرْبِ بِالْأَرْهَامِ وَالْأَنْبَارِ وَمَا لَيْسَ فِيهِ قُوَّةٌ لِلْحَرْبِ كَالْثِيَابِ وَغَيْرِهَا وَلَا يُفَادِي بِالسَّلَاحِ

قَوْلُهُ فَلَا تَجُوزُ

أَيِ فِي الْمَشْهُورِ مِنَ الْمَذْهَبِ .

كَافِي قَوْلُهُ { وَأَخَذَ عَلَيْهِ الصَّلَاةَ وَالسَّلَامُ مِنَ الْمُشْرِكِينَ يَوْمَ بَدْرٍ الْمَالَ فِدَاءً } (أَيِ فَإِنَّهُ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَادَى أَسَارَى بَدْرٍ بِالْمَالِ وَالْفِدَاءُ كَانَ أَرْبَعَةَ آلَافٍ دِرْهَمٌ } .

كَأَكِي

قَوْلُهُ فَلَمَّا نُسِخَ ذَلِكَ كُلُّهُ بِآيَةِ السَّيْفِ

قَالَ تَعَالَى { مَا كَانَ لِنَبِيِّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يَتَخَنَ فِي الْأَرْضِ } إِلَى قَوْلِهِ { لَمَسَكُمُ فِيهِمَا أَخَذْتُكُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ }

قَوْلُهُ وَهِيَ آخِرُ سُورَةٍ نَزَلَتْ

أَيِ فِي هَذَا الشَّانِ .

فَتَحُ

(وَعَقَرُ مَوَاشٍ شَقَّ إِخْرَاجُهَا فَتَذْبَحُ وَتُحْرَقُ) يَعْنِي يَحْرُمُ عَقْرُ الْمَوَاشِي فِي دَارِ الْحَرْبِ إِذَا تَعَذَّرَ إِخْرَاجُهَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ بَلْ تُذْبَحُ وَتُحْرَقُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تُتْرَكُ فِي دَارِ الْحَرْبِ لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ ذَبْحِ الشَّاةِ إِلَّا لِمَا كَلَهُ وَلَنَا أَنَّ ذَبْحَ الْأَنْعَامِ جَائِزٌ لِعَرَضٍ صَحِيحٍ وَلَا غَرَضَ أَصَحَّ مِنْ كَسْرِ شَوْكَتِهِمْ وَالْحَقَ الْغَيْظُ بِهِمْ ثُمَّ تُحْرَقُ كَيْ لَا يَنْتَفِعُوا بِاللَّحْمِ كَمَا تُخَرَّبُ بُيُوتُهُمْ وَتُقَطَّعُ أَشْجَارُهُمْ وَتُقْلَعُ زُرُوعُهُمْ وَلَا تُحْرَقُ قَبْلَ الذَّبْحِ لَأَنَّهُ مِنْهِي عَنْهُ وَلَا تُعْقَرُ لَأَنَّهُ مِثْلُهُ وَتُحْرَقُ الْأَسْلِحَةُ وَمَا لَا يَحْتَرِقُ مِنْهَا يُدْفَنُ فِي مَكَانٍ لَا يَقْفُونَ عَلَيْهِ كَيْ لَا يَنْتَفِعُوا بِهِ وَإِنْ تَعَذَّرَ عَلَيْهِمْ نَقْلُ السَّبْيِ يُقْتَلُ الرَّجَالُ مِنْهُمْ وَتُحْلَى الذَّرَارِيُّ فِي مَضِيعَةٍ حَتَّى يَمُوتُوا جَوْعًا وَعَطَشًا كَيْ لَا يَعُودَ ضَرَرُهُمْ عَلَيْنَا بِالتَّوَالِدِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الْشَّرْحُ

قوله في المتن وعقر مواش

المواشي جمع ماشية وهي الإبل والبقر والغنم

قوله إنا لمأكلة

بضم الكاف وفتحها بمعنى الأكل .

أثقاني وكتب ما نصه المأكلة مصدر كالأكل .

كي وكتب أيضاً ما نصه هذا غريب لم يعرف عنه عليه الصلاة والسلام .

فتح

قوله لأنه منهى عنه

أي لما روي في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال { لا يُعَذَّبُ بِالنَّارِ إِلَّا رَبُّ النَّارِ } .

أثقاني

قوله وما لا يحترق منها

أي بأن كان من الحديد .

أثقاني

قوله وتخلى الدرامي في مضجعة الخ

قال الكمال رحمه الله وما في فتاوى الولوالجي تترك النساء والصبيان في أرض غامرة أي حربة حتى يموتوا جوعاً كي لا يعودوا حرباً علينا لأن النساء بهن التسل والصبيان يلغون فيصرون حرباً علينا فبعيد لأنه قتل بما هو أشد من القتل الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم في النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ثم قد صاروا أسارى بعد الاستيلاء وقد { أوصى النبي صلى الله عليه وسلم بالأسرى خيراً . {

(وَفَسِمَةُ الْغَنِيمَةِ فِي دَارِهِمْ لَا لِلإِيدَاعِ) أَيِ حَرَمِ قِسْمَةِ الْغَنِيمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ لِغَيْرِ الإِيدَاعِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يَجُوزُ قِسْمَتُهَا فِي دَارِ الْحَرْبِ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الْهَزِيمَةِ وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ لَا يَثْبُتُ قَبْلَ الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ يَثْبُتُ وَيُتَنَّى عَلَى هَذَا الْأَصْلِ مَسَائِلُ مِنْهَا إِذَا لَحِقَهُمْ مَدَدٌ قَبْلَ الْإِحْرَازِ بِالْأَدَارِ وَلَا يُشَارِكُونَهُمْ عِنْدَهُ وَعِنْدَنَا يُشَارِكُونَهُمْ وَمِنْهَا أَنَّ وَاحِدًا مِنَ الْغَانِمِينَ لَوْ وَطِئَ أُمَةً مِنَ السَّبْيِ فَوَلَدَتْ فَأَعَادَهُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ عِنْدَهُ وَصَارَتْ أُمٌّ وَلَدَ لَهُ وَعِنْدَنَا لَا يَثْبُتُ لِفَقْدِ الْمَلِكَ وَيَجِبُ الْعَقْرُ وَتُقَسِّمُ الْأُمَةُ وَالْوَلَدُ وَالْعَقْرُ بَيْنَ الْغَانِمِينَ وَمِنْهَا جَوَازُ بَيْعِهِ فَعِنْدَهُ يَجُوزُ وَعِنْدَنَا لَا وَمِنْهَا مَا إِذَا مَاتَ وَاحِدٌ قَبْلَ الْإِحْرَازِ بِالْأَدَارِ يورثُ نَصِيبُهُ عِنْدَهُ وَعِنْدَنَا لَا يورثُ وَمِنْهَا مَا لَوْ أَتْلَفَ وَاحِدٌ مِنَ الْغَزَاةِ شَيْئًا مِنَ الْغَنِيمَةِ لَا يَضْمَنُ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ يَضْمَنُ وَمِنْهَا مَا لَوْ قَسَمَ الْإِمَامُ الْغَنِيمَةَ لَا عَنْ اجْتِهَادٍ وَلَا لِحَاجَةِ الْغَزَاةِ لَا يَصِحُّ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ يَصِحُّ لَهُ أَنَّ { النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَسَمَ غَنَائِمَ خَيْبَرَ فِيهَا وَعَنَائِمَ بَنِي الْمُصْطَلِقِ فِيهَا } وَلِأَنَّ سَبَبَ الْمَلِكَ قَدْ تَمَّ وَهُوَ الْاسْتِثْلَاءُ عَلَى مُبَاحِ فَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ مُوجِبُهُ كَالْأَصْطِيَادِ وَالْإِحْطَابِ .

وَلَنَا أَنَّهُ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَنِيمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ } وَالْقِسْمَةُ فِيهَا مَعْنَى الْبَيْعِ لِاسْتِمَالِهَا عَلَى الْمُبَادَلَةِ مَعْنَى الْبَيْعِ أَيْضًا عَلَى الْخِلَافِ فَيَكُونُ حُجَّةً عَلَيْهِ فِيهِ وَفِي الْقِسْمَةِ دَلَالَةٌ وَلِأَنَّ فِيهِ قَطْعٌ حَقِّ الْمَدَدِ فَلَا يَشْرَعُ كَثِيرًا يَتَقَاعَدُوا عَنْ الْعَوْتِ وَلِأَنَّ الْاسْتِثْلَاءَ يَكُونُ بِإِثْبَاتِ الْيَدِ وَالثَّقْلِ وَلَمْ يُوجَدْ الثَّقْلُ لِقُدْرَتِهِمْ عَلَى الْاسْتِنْفَادِ

ظَاهِرًا إِذِ الْقُوَّةُ لَهُمْ فِي دَارِهِمْ فَصَارَ كَمَا لَوْ قَسَمَ قَبْلَ الْهَزِيمَةِ أَوْ قَبْلَ اسْتِقْرَارِهَا وَمَا رُوِيَ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَتَحَ تِلْكَ الْبِلَادَ وَصَارَتْ دَارَ الْإِسْلَامِ وَلَا خِلَافَ فِيهِ وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِيْمَا إِذَا لَمْ تَصِرْ دَارَ الْإِسْلَامِ ثُمَّ هِيَ لَا تَجُوزُ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ تَكْرَهُ كَرَاهِيَةً تَنْزِيهٍ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا تَكْرَهُ فَتَتَرْتَّبُ الْأَحْكَامُ عَلَيْهَا عِنْدَهُمَا وَعِنْدَنَا لَا تَتَرْتَّبُ وَقِيلَ جَازَ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ فَصَّلَ مُحْتَجِدٌ فِيهِ وَقَدْ أَمَضَاهُ وَقِيلَ إِذَا قَسَمَ عَنْ اجْتِهَادٍ جَازَ بِالِاتِّفَاقِ وَإِنْ قَسَمَ لَا عَنْ اجْتِهَادٍ فَهُوَ مَوْضِعُ الْخِلَافِ وَقَوْلُهُ لَا لِلِإِيدَاعِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْقِسْمَةَ لِلِإِيدَاعِ جَائِزَةٌ وَصُورَتُهَا أَنَّ لَا يَكُونُ لِلْإِمَامِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ حُمُولَةٌ يَحْمِلُ عَلَيْهَا الْعَنَائِمَ فَيُقَسِّمُهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ قِسْمَةَ إِيدَاعٍ لِيَحْمِلُوهَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ يَرْتَجِعُهَا مِنْهُمْ فِيهَا فَإِنْ أَبَوْا أَنْ يَحْمِلُوهَا أَجْبَرَهُمْ عَلَى ذَلِكَ بِأَجْرِ الْمِثْلِ فِي رِوَايَةِ السَّيْرِ الْكَبِيرِ لِأَنَّهُ دَفَعَ ضَرَرَ عَامٍ بِتَحْمُلِ ضَرَرٍ خَاصٍّ كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً شَهْرًا فَمَضَتْ الْمُدَّةُ فِي الْمَفَازَةِ أَوْ اسْتَأْجَرَ سَفِينَةً فَمَضَتْ الْمُدَّةُ فِي وَسْطِ الْبَحْرِ فَإِنَّهُ يَنْعَقِدُ إِلَيْهَا إِجَارَةٌ أُخْرَى بِأَجْرِ الْمِثْلِ وَلَا يَجْبَرُهُمْ فِي رِوَايَةِ السَّيْرِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى عَقْدِ الْإِجَارَةِ ابْتِدَاءً كَمَا إِذَا نَفَقَتْ دَابَّتُهُ فِي الْمَفَازَةِ وَمَعَ رَفِيقِهِ دَابَّةً لَا يُجْبَرُ عَلَى الْإِجَارَةِ بِخِلَافِ مَا اسْتُشْهِدَ بِهِ فَإِنَّهُ بِنَاءٌ وَلَيْسَ بِابْتِدَاءٍ وَهُوَ أَسْهَلُ مِنْهُ وَلَوْ كَانَ فِي بَيْتِ الْمَالِ أَوْ فِي الْغَنِيمَةِ حُمُولَةٌ حَمَلَ عَلَيْهَا لِأَنَّ الْكُلَّ مَالُهُمْ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قوله وعنده يثبت

قَالَ الْكَمَالُ وَاعْلَمْ أَنَّ حَقِيقَةَ مَذْهَبِهِ أَنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ لِلْغَانِمِ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ إِمَّا بِالْقِسْمِ حَيْثُمَا كَانَتْ أَوْ بِاخْتِيَارِ الْغَانِمِ التَّمْلِكِ وَلَيْسَ هُوَ قَائِلًا إِنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ لِلْغَانِمِينَ بِالْهَزِيمَةِ كَمَا نَقَلُوا عَنْهُ وَعِنْدَنَا لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالْقِسْمِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَلَا يَثْبُتُ بِالْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ مِلْكٌ أَحَدٌ بَلْ يَتَأَكَّدُ وَلِهَذَا لَوْ أَعْتَقَ وَاحِدٌ مِنَ الْغَانِمِينَ عَبْدًا بَعْدَ الْإِحْرَازِ لَا يُعْتَقُ وَلَوْ كَانَ هُنَاكَ مَالِكٌ مُشْتَرِكٌ عَتَقَ بَعْتَقَ الشَّرِيكِ وَيَجْرِي فِيهِ مَا عُرِفَ فِي عَتَقِ الشَّرِيكِ وَتَخْرُجُ الْفُرُوعُ الْمُخْتَلِفَةُ عَلَى هَذَا .

قوله لو وطئ أمة من السببي

أي في دار الحرب .

فتح .

قوله يثبت نسبه عنده

أي لا لو طئه جارية مشتركة بينه وبين غيره بمجرد الهزيمة بل لاختياره التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك فإن سلمت بما يخصه من الغنيمة أخذها وإلا أخذها وكمل من ماله قيمتها يوم الحمل وعندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لأنه لا يحد لثبوت سبب الملك وتقسيم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين وكذا لو استولدها بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة عندنا ولو تأكد الحق لأن الاستيلاء يوجب حق العتق وهو لا يكون إلا بعد قيام الملك في المحل بخلاف استيلاء جارية الابن لأن له ولاية التملك فيمثلها بناء على الاستيلاء وليس له هنا تملك الجارية بدون رأي الإمام نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات العرافة فوقع جارية بين أهل راية صح استيلاء أحدهم لها فإنه يصح عتقه لها لأنها مشتركة بينه

وبين أهل تلك الولاية شركة ملك وعتق أحد الشركاء نافذ لكن هذا إذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة أما إذا كثروا فلا لأن بالشركة العامة لا تثبت ولاية الإعناق قال والقليل إذا كانوا مائة أو أقل وقيل أربعون وفيه أقوال أخرى قال في المبسوط والأولى لا يؤقت ويجعل مؤكولاً إلا اجتهد الإمام .

قوله ويجب العقر

أي ولا يجب الحد لوجود سبب .

أثقاني

قوله ومنها جواز بيعه

أي بيع الإمام شيئاً من الغنيمة .

قَوْلُهُ وَمِنْهَا مَا إِذَا مَاتَ وَاحِدٌ

أَيُّ مِنَ الْغُزَاةِ أَوْ قُتِلَ

قَوْلُهُ وَمِنْهَا مَا لَوْ أَتَفَفَ وَاحِدٌ مِنَ الْغُزَاةِ شَيْئًا مِنَ الْغَنِيمَةِ

أَيُّ قَبْلَ الْإِحْرَازِ لَا يَضْمَنُ قَوْلُهُ وَغَنَائِمُ بَنِي الْمُصْطَلِقِ (أَيُّ وَأَوْطَاسَ أَتَقَانِيُّ

قَوْلُهُ فَيَكُونُ حُجَّةً عَلَيْهِ

أَيُّ الْحَدِيثُ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ أَيْضًا فِي تَجْوِيزِهِ الْبَيْعَ ثَمَّةً .

قَوْلُهُ حُمُولَةٌ

بِفَتْحِ الْحَاءِ مَا يُحْمَلُ عَلَيْهِ مِنْ بَعِيرٍ وَفَرَسٍ وَغَيْرِهِ .

فَتْحُ

قَوْلُهُ أَجْبَرَهُمْ عَلَى ذَلِكَ بِأَجْرِ الْمِثْلِ

أَيُّ وَالْأَجْرَةُ مِنَ الْغَنِيمَةِ .

فَتْحُ

قَوْلُهُ وَلَا يَجْبُرُهُمْ فِي رَوَايَةِ السَّيْرِ الصَّغِيرِ

قَالَ الْكَمَالُ وَالْأَوْجُهُ إِنَّ خَافَ تَفَرُّقَهُمْ لَوْ قَسَمَهَا قِسْمَةَ الْغَنِيمَةِ يَفْعَلُ هَذَا وَإِنْ لَمْ يَخَفْ قَسَمَهَا قِسْمَةَ الْغَنِيمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ لِلْحَاجَةِ وَفِيهِ إِسْقَاطُ الْإِكْرَاءِ وَإِسْقَاطُ الْأَجْرَةِ .

(وَبَيَعُهَا قَبْلَهَا) أَيُّ حَرَمَ بَيْعُ الْغَنَائِمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لَا يَحِلُّ لِمَرِيٍّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَبْتَاعَ مَعْنَمًا حَتَّى يُقَسِّمَ وَلَا أَنْ يَلْبَسَ ثَوْبًا مِنْ فَيْءِ الْمُسْلِمِينَ حَتَّى إِذَا أَخْلَقَهُ رَدَّهُ فِيهِ وَلَا أَنْ يَرْكَبَ دَابَّةً مِنْ فَيْءِ الْمُسْلِمِينَ حَتَّى إِذَا أَعْجَفَهَا رَدَّهَا } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُدَ وَلِأَنَّهُ قَبْلَ الْإِحْرَازِ بِالْدَّارِ لَمْ يَمْلِكْهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَبَعْدَ الْإِحْرَازِ بِهَا نَصِيْبُهُ مَجْهُولٌ فَلَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَبِيعَ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَشَرَكَ الرَّدَّ وَالْمَدَدَ فِيهَا) أَيُّ فِي الْغَنِيمَةِ أَمَّا الرَّدُّ فَلْتَحَقُّقِ سَبَبِ الْإِسْتِحْقَاقِ وَهُوَ الْمُجَاوِزَةُ عَلَى قَصْدِ الْقِتَالِ وَهِيَ السَّبَبُ عِنْدَنَا لَا حَقِيقَةُ الْقِتَالِ

وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ فَارِسًا أَوْ رَاجِلًا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ شُهُودُ الْوَقْعَةِ وَقَدْ تَحَقَّقَ وَأَمَّا الْمَدَدُ فَلَأَنَّ سَبَبَ الْمَلِكِ هُوَ الْقَهْرُ وَتَمَامُ الْقَهْرِ بِالْإِحْرَازِ بِالْدَّارِ وَقَدْ شَارَكَهُمْ فِي هَذَا الْمَعْنَى لِأَنَّهُ بِالْمَدَدِ يَنْقَطِعُ طَمَعُهُمْ فِي الْإِسْتِنْقَازِ وَفِيهِ تَخْرِيسُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْإِمْدَادِ وَالتَّعَاوُنِ عَلَى قَهْرِ الْعَدُوِّ وَالتَّلَاحُقِ وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { حَرَّضَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ } وَفِي عَكْسِهِ عَكْسُهُ مِنَ التَّقَاعِدِ وَعَدَمِ التَّنَاصُرِ فَيُؤَدِّي إِلَى حَذْلَانِهِمْ فَلَا يَجُوزُ وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ إِذَا لَحِقُوهُمْ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْقِتَالِ وَتَقَرُّرِ الْهَزِيمَةِ بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ أَنَّ الْغَنِيمَةَ تُمْلِكُ بِالْأَخْذِ وَاسْتِقْرَارِ الْهَزِيمَةِ وَعِنْدَنَا تُمْلِكُ بِأَحَدِ أُمُورٍ ثَلَاثَةٍ بِالْإِحْرَازِ بِالْدَّارِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا لَوْجُودِ الْإِسْتِيلَاءِ فِيهَا صُورَةٌ وَمَعْنَى أَوْ بِالْقِسْمَةِ وَهُوَ أَكْثَرُ مِنَ الْإِحْرَازِ لِأَنَّهُ يَحْصُلُ بِهِ الْمَلِكُ الْخَاصُّ أَوْ بِالْبَيْعِ لِأَنَّ حَوَازَهُ يَعْتَمِدُ مَلِكًا مُسْتَقَرًّا فَالْحُكْمُ بِهِ حُكْمُ

بِاسْتِقْرَارِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قوله حَرَمَ بَيْعُ الْغَنَائِمِ

قَالَ الْكَمَالُ وَهَذَا فِي بَيْعِ الْغَزَاةِ ظَاهِرٌ وَأَمَّا بَيْعُ الْإِمَامِ لَهَا فَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ يَصِحُّ لِأَنَّهُ مُجْتَهِدٌ فِيهِ يَعْنِي أَنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْإِمَامُ رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِي ذَلِكَ وَأَقْلَهُ تَخْفِيفُ إِكْرَاءِ الْحَمْلِ عَنِ النَّاسِ أَوْ عَنِ الْبَهَائِمِ وَنَحْوِهِ وَتَخْفِيفُ مُؤْنَتِهِ عَنْهُمْ فَيَقَعُ عَنْ اجْتِهَادٍ فِي الْمَصْلَحَةِ فَلَا يَقَعُ جُزْأً فَيَنْعَقِدُ بِلَا كَرَاهَةٍ مُطْلَقًا .

قوله قَبْلَ الْقِسْمَةِ

أَيَّ فِي دَارِ الْحَرْبِ .

هَدَايَةٌ

قوله فِي الْمَثْنِ وَشَرَكِ الرَّدَّءِ

أَيَّ وَهُوَ الْمَعِينُ قَالَ فِي الْهَدَايَةِ وَالرَّدَّءِ وَالْمُقَاتِلُ قَالَ الْكَمَالُ وَكَذَا أَمِيرُ الْعَسْكَرِ سَوَاءٌ فِي الْغَنِيمَةِ لَا يَتَمَيَّزُ وَاحِدٌ عَنْ آخَرَ بِشَيْءٍ وَهَذَا بِلَا خِلَافٍ لِاسْتِثْنَاءِ الْكُلِّ فِي سَبَبِ الْإِسْتِحْقَاقِ .

قَوْلُهُ أَوْ بِالْقِسْمَةِ

أَيُّ بَدَارِ الْحَرْبِ .

قَوْلُهُ أَوْ بِالْبَيْعِ

أَيُّ بَيْعِ الْإِمَامِ الْغَنِيمَةِ .

(لَا السُّوقِيُّ بِلَا قِتَالٍ) أَيُّ لَا يَسْتَحِقُّ أَهْلُ سُوقِ الْعُسْكَرِ مِنَ الْغَنِيمَةِ إِلَّا أَنْ يُقَاتِلُوا وَفِي قَوْلٍ لِلشَّافِعِيِّ يُسَبِّحُ لَهُمْ لِأَنَّهُمْ شَهِدُوا الْوَقْعَةَ وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْغَنِيمَةُ لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ } وَلِأَنَّ الْجِهَادَ قَدْ وَجَدَ مِنْهُمْ مَعْنَى بِتَكْثِيرِ السَّوَادِ فَصَارُوا كَالْمُقَاتِلِينَ وَلَنَا أَنَّ سَبَبَ الْاسْتِحْقَاقِ الْمُجَاوِزَةَ عَلَى قَصْدِ الْقِتَالِ وَلَمْ يُوجَدْ لِأَنَّهُمْ قَصَدُوا التَّجَارَةَ لَا إِعْزَازَ الدِّينِ وَإِرْهَابَ الْعَدُوِّ فَإِنْ قَاتَلُوا اسْتَحَقُّوا السَّهْمَ لِأَنَّهُمْ بِالْمُبَاشَرَةِ ظَهَرَ أَنَّ قَصْدَهُمُ الْقِتَالَ وَالتَّجَارَةَ تَبَعَ لَهُ فَلَا يَضُرُّهُ كَالْحَاجِّ إِذَا تَجَرَ فِي طَرِيقِ الْحَجِّ لَا يَنْقُصُ أَجْرُهُ وَمَا رَوَاهُ مَوْفُوفٌ عَلَى ابْنِ عُمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَوْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ شَهِدَهَا عَلَى قَصْدِ الْقِتَالِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قَوْلُهُ لَا يَسْتَحِقُّ أَهْلُ سُوقِ الْعُسْكَرِ مِنَ الْغَنِيمَةِ

أَيُّ لَا سَهْمَ وَلَا رَضَخَ .

فَتْحٌ

قَوْلُهُ الْغَنِيمَةُ لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ

الْوَقْعَةُ هِيَ الْقِتَالُ وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِ صَاحِبِ الْمُجْمَلِ الْوَاقِعَةُ صَدَمَةُ الْحَرْبِ .

فَتْحٌ

قَوْلُهُ فَإِنْ قَاتَلُوا اسْتَحَقُّوا السَّهْمَ

وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا كَقَوْلِنَا وَالْآخَرُ يُسَهِّمُ لَهُمْ .

فَتَحَّ

(وَلَا مِنْ مَاتَ فِيهَا وَبَعْدَ الْإِحْرَارِ بِدَارِنَا يُورَثُ نَصِيبُهُ) أَيَّ لَا يَسْتَحِقُّ مَنْ مَاتَ فِي دَارِ الْحَرْبِ مِنَ الْغَنِيمَةِ وَمُرَادُهُ إِذَا مَاتَ قَبْلَ أَنْ تَخْرُجَ الْغَنِيمَةُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ وَبَعْدَ الْإِخْرَاجِ يُورَثُ نَصِيبُهُ لِأَنَّ الْإِرْثَ يَجْرِي فِي الْمَلِكِ وَلَا مَلِكَ قَبْلَهُ بِخِلَافِ مَا بَعْدَهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يُورَثُ إِذَا مَاتَ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الْهَزِيمَةِ لِثُبُوتِ الْمَلِكِ بِهِ عِنْدَهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَنْتَفِعُ فِيهَا بِعَلْفٍ وَطَعَامٍ وَحَطَبٍ وَسِلَاحٍ وَذَهْنٍ بِلَا قِسْمَةٍ) لَمَّا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ كُنَّا نَصِيبُ فِي مَعَارِينَا الْعَسَلِ وَالْعِنَبِ فَنَأْكُلُهُ وَلَا نَرْفَعُهُ رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ عَادَتَهُمُ الْإِنْتِفَاعُ بِمَا يَحْتَاجُونَ إِلَيْهِ وَقَالَ ابْنُ عُمَرَ { إِنَّ جَيْشًا غَنِمُوا فِي زَمَنِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طَعَامًا وَعَسَلًا فَلَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُمْ الْخُمْسُ } رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَهَذَا يُؤَيِّدُ مَا ذَكَرْنَاهُ وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَفْضَلْ مِنْهُمْ وَعَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُعَفَّلِ قَالَ { أَصَبْتُ جَرَابًا مِنْ شَحْمٍ يَوْمَ خَيْبَرَ فَالْتَزَمْتُهُ فَقُلْتُ لَا أُعْطِي الْيَوْمَ أَحَدًا مِنْ هَذَا شَيْئًا فَإِذَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مُتَبَسِّمًا } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَمُسْلِمٌ وَأَبُو دَاوُدَ وَالتَّسَائِيُّ وَهَذَا أَقْوَى حَيْثُ لَمْ يَأْمُرْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِرَدِّهِ فِي الْغَنِيمَةِ .

وَعَنْ ابْنِ أَبِي أَوْفَى قَالَ { أَصَبْنَا طَعَامًا يَوْمَ خَيْبَرَ فَكَانَ الرَّجُلُ يَجِيءُ فَيَأْخُذُ مِنْهُ مِقْدَارَ مَا يَكْفِيهِ ثُمَّ يَنْطَلِقُ } رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَلَمْ يُقَيِّدْ بِإِبَاحَةِ الْإِنْتِفَاعِ هُنَا بِالْحَاجَةِ وَهِيَ رِوَايَةُ السَّيْرِ الْكَبِيرِ وَقَيَّدَهَا بِهَا فِي السَّيْرِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ مَالٌ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْجَمَاعَةِ فَلَمْ يُبَيِّحِ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ إِلَّا لِحَاجَةِ كَالِدَوَابِّ وَالثِّيَابِ

وَوَجْهُهُ الْأَوَّلَى إِطْلَاقُ مَا رَوَيْنَا وَلِأَنَّ الْحُكْمَ يَدُورُ عَلَى دَلِيلِ الْحَاجَةِ وَهُوَ كَوْنُهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ إِذْ هُوَ لَا يَقْدِرُ أَنْ يَسْتَصْحِبَ مَا يَكْفِيهِ مِنَ الطَّعَامِ وَالْعَلْفِ غَالِبًا فَلَوْ لَمْ يُبَيِّحْ لَهُمُ التَّنَاولُ لَصَاقَ عَلَيْهِمُ الْأَمْرُ بِخِلَافِ السِّلَاحِ وَالِدَوَابِّ لِأَنَّهُ يَسْتَصْحِبُهُ غَالِبًا فَانْعِدَامُ دَلِيلِ الْحَاجَةِ حَتَّى لَوْ تَحَقَّقَتْ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ جَازَ لَهُ التَّنَاولُ أَيْضًا فَتَعَلَّقَ الْإِطْلَاقُ بِحَقِيقَةِ الْحَاجَةِ فِيهِمَا ثُمَّ يَرُدُّ إِلَى الْمَعْنَى إِذَا اسْتَعْنَى عَنْهُ وَلَا فَرْقَ فِي الطَّعَامِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مُهَيَّئًا لِلْأَكْلِ وَبَيْنَ أَنْ لَا يَكُونَ مُهَيَّئًا لَهُ حَتَّى يَجُوزَ لَهُمْ ذَبْحُ الْمَوَاشِي مِنَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وَالْجُزُورِ وَيَرُدُّونَ جُلُودَهَا فِي الْغَنِيمَةِ ذَكَرَهُ فِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ فِي الْجُزُورِ .

وَكَذَا أَكَلَ الْجُبُوبِ وَالسُّكَّرِ وَالْفَوَاكِهِ الرُّطْبَةِ وَالْيَابِسَةِ وَالسَّمْنِ وَالزَّيْتِ وَكُلُّ شَيْءٍ هُوَ مَأْكُولٌ عَادَةً وَهَذَا الْإِطْلَاقُ فِي حَقِّ مَنْ لَهُ سَهْمٌ فِي الْغَنِيمَةِ أَوْ مَنْ يَرْضَخُ لَهُ مِنْهَا غَنِيًّا كَانَ أَوْ فَقِيرًا أَوْ يُطْعَمُ مَنْ مَعَهُ مِنَ الْأَوْلَادِ وَالنِّسَاءِ وَالْمَمَالِكِ وَكَذَلِكَ الْمَدَدُ لِأَنَّ لَهُ سَهْمًا فِيهَا وَلَا يُطْعَمُ الْأَجِيرُ ، وَلَا التَّاجِرُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ خُبَزَ الْحِنْطَةِ أَوْ طَبَخَ اللَّحْمَ فَلَا بَأْسَ بِهِ حِينَئِذٍ لِأَنَّهُ مَلِكُهُ بِالِاسْتِهْلَاكِ وَمَا لَا يُؤْكَلُ عَادَةً لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَنَاوَلَ مِثْلَ الْأَدْوِيَةِ وَالطَّيِّبِ وَذَهْنِ الْبَنْفَسَجِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { رُدُّوا الْخَيْطَ وَالْمَخِيطَ } وَلِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا تُؤْكَلُ عَادَةً وَلَا تُسْتَعْمَلُ فِي الْحَاجَةِ الْأَصْلِيَّةِ بَلْ لِلزَّيْنَةِ وَيَسْتَعْمَلُونَ الْحَطَبَ وَالطَّيِّبَ يَعْنِي عِنْدَ الْحَاجَةِ وَيُوقِحُونَ الدَّوَابَّ إِذَا احْتَاجُوا إِلَيْهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَبِيعُهَا) لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ وَلِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بِالْأَخْذِ وَإِنَّمَا

أُبَيِّحُ لَهُ التَّنَاولَ لِلضَّرُورَةِ وَالْمُبَاحُ لَهُ لَا يَمْلِكُ الْبَيْعَ وَإِنْ بَاعَهُ أَحَدُهُمْ رَدَّ الثَّمَنَ إِلَى الْمَعْنَمِ وَلَا يَجُوزُ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِالثِّيَابِ وَالسِّلَاحِ وَالِدَوَابِّ وَالْمَتَاعِ بِغَيْرِ حَاجَةٍ لِصَيَانَةِ سِلَاحِهِ وَدَابَّتِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ لِأَنَّهُ مَالٌ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ فَلَا يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ بِلَا حَاجَةٍ وَالْأَوَّلَى أَنْ يَقْسِمَ الْإِمَامُ بَيْنَهُمْ إِذَا احْتَاجُوا إِلَيْهِ كُلُّهُمْ لِأَنَّ الْمَحْظُورَ يُسْتَبَاحُ لِلضَّرُورَةِ وَمُرَاعَاةِ حَقِّهِمْ عِنْدَ حَاجَتِهِمْ أَوَّلَى مِنْ مُرَاعَاةِ حَقِّ الْمَدَدِ وَهُوَ مُحْتَمَلٌ أَيْضًا لَا

يَذَرِي أَيْلَتَحَقُّ أَوْ لَا فَلَا يُعَارِضُ الْمُحَقِّقَ عِنْدَ الْحَاجَةِ وَهَذَا بِخِلَافِ السَّبِي حَيْثُ لَا يُقَسَّمُ وَإِنْ احْتَأَجُّوا إِلَيْهِ لِأَنَّهُ حَاجَتُهُمْ لِلوَطْءِ أَوْ لِلخِدْمَةِ وَكُلُّ ذَلِكَ مِنْ فُضُولِ الْحَوَائِجِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبَعْدَ الْخُرُوجِ مِنْهَا لَا) أَيُّ بَعْدَ الْخُرُوجِ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ لَا يَنْتَفِعُونَ بِالْغَنِيمَةِ لِزَوَالِ الْمُبِيحِ وَهِيَ الضَّرُورَةُ وَلِأَنَّ حَقَّهُمْ قَدْ تَأَكَّدَ حَتَّى يُورَثَ نَصِيبُهُ فَلَا يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ بِدُونِ رِضَاهُمْ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَا فَضْلُ رَدِّ إِلَى الْغَنِيمَةِ) أَيُّ الَّذِي فَضَّلَ فِي يَدِهِ مِنَ الَّذِي كَانَ أَخَذَهُ قَبْلَ الْخُرُوجِ مِنَ الْحَرْبِ لِيَنْتَفِعَ بِهِ رَدُّهُ إِلَى الْغَنِيمَةِ بَعْدَ الْخُرُوجِ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ لِزَوَالِ حَاجَتِهِ وَالْإِبَاحَةِ بِاعْتِبَارِهَا وَهَذَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَبَعْدَهَا إِنْ كَانَ غَنِيًّا تَصَدَّقَ بِعَيْنِهِ إِنْ كَانَ قَائِمًا وَبِقِيمَتِهِ إِنْ كَانَ هَالِكًا وَالْفَقِيرُ يَنْتَفِعُ بِالْعَيْنِ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِنْ هَلَكَ لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَدَّرَ الرَّدُّ صَارَ فِي حُكْمِ اللَّفْطَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَيَنْتَفِعُ فِيهَا (أَيُّ فِي دَارِ الْحَرْبِ .

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ بَعْلَفُ

يُقَالُ عَلَفَ الدَّابَّةَ يَعْلفُ عَلفًا مِنْ بَابِ ضَرَبَ إِذَا أَطْعَمَهَا الْعَلفَ قَالَ ابْنُ دُرَيْدٍ وَلَا يُقَالُ أَعْلَفَهَا وَالدَّابَّةُ مَعْلُوفَةٌ وَعَليفٌ ، وَالْعَلفُ كُلُّ مَا اعْتَلَفْتُهُ الدَّابَّةُ قَالَهُ الْأَنْتَقَانِيُّ وَفِي الْمَصْبَاحِ الْمُنِيرِ عَلفَتِ الدَّابَّةُ عَلفًا مِنْ بَابِ ضَرَبَ وَاسْمُ الْمَعْلُوفِ عَلفٌ بِفَتْحَتَيْنِ وَالْجَمْعُ عِلافٌ مِثْلُ حَبَلٍ وَجِبَالٍ وَأَعْلَفْتُ بِالْألفِ لُغَةً وَالْمَعْلُوفُ بِالْكَسْرِ مَوْضِعُ الْعَلفِ .

قَوْلُهُ وَلَمْ تُقَيَّدْ إِبَاحَةُ الْإِنْتِفَاعِ هُنَا بِالْحَاجَةِ

أَيُّ وَبِهِ قَالَتْ اللَّائِمَةُ الثَّلَاثَةُ .

فَتْحُ

قَوْلُهُ وَهِيَ رَوَايَةُ السَّيِّرِ الْكَبِيرِ

أَيُّ وَاخْتَارَهَا الْكَرْحِيُّ فِي مُحْتَصَرِهِ وَلِهَذَا قَالَ مَا دَامَتِ الْغَنِيمَةُ فِي دَارِ الْحَرْبِ لَا بَأْسَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْجُنْدِ بِتَنَاوُلِ الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ وَالْعَلفِ غَنِيًّا كَانَ أَوْ فَقِيرًا وَتَبِعَهُ الْقُدُورِيُّ .

أَنْتَقَانِيٌّ قَالَ فِي السَّيْرِ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ فِي الْغَنِيمَةِ طَعَامٌ أَوْ عَلفٌ فَاحْتَاجَ إِلَيْهِ رَجُلٌ يَتَنَاوَلُ مِنْهُ قَدَّرَ حَاجَتَهُ وَكَذَلِكَ يَتَنَاوَلُ مِنْ سِلَاحِ الْغَنِيمَةِ إِذَا احْتَاجَ إِلَيْهِ لِلْقِتَالِ ثُمَّ يَرُدُّهَا إِذَا اسْتَعْنَى عَنْهَا وَيُكْرَهُ لَهُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى هُنَا لَفْظُ السَّيْرِ الصَّغِيرِ قَالَ صَاحِبُ الْمُحِيطِ هَذَا جَوَابُ

القياس وما ذكره في السير الكبير جواب الاستحسان .

أثقاني .

قوله بخلاف السلاح والدواب لأنه يستصحبه غالباً فأنعدم دليل الحاجة

قال الكمال وحاصل ما هنا أن الموجد إما ما يؤكل أو لا وما يؤكل إما يتداوى به كالأهليلج أو لا فالثاني ليس لهم استعماله إلا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بأن مات فرسه أو انكسر سيفه

أما إذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز ولو فعل أثم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الحطب بخلاف الخشب المنحوت لأن الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون أثر الملك فضلاً عن الاستحقاق بخلاف حالة الضرورة فإنها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده إلى الغنمة إذا انقضت الحرب وكذا الثوب إذا أضربه البرد يستعمله ثم يرده إذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه ولو احتاج الكل إلى الثياب والسلاح قسمها بخلاف السبي لا يقسم إذا احتيج إليه لأنه من فضول الحوائج لا أصولها فيستصحبهم إلى دار الإسلام مشاة فإن لم يطبقوا وليس معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل يعني بالأجر فيه روايتان تقدمتا وأما ما يتداوى به فليس لأحد تناوله وكذا الطيب والأدهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لأنه ليس في محل الحاجة بل الفضول ولا شك أنه لو تحقق مرض بأحدهم يحوجه إلى استعماله كان ذلك كلبس الثوب فالمعتبر حقيقة الحاجة

قوله ذكره في السير الكبير في الجزور

وفي الإيضاح في البحر وفي المحيط في الغنم فدل على التسوية .

قوله والسمن والزيت

أي ودهن السمسم .

كفاية قوله ويؤقحون (قال الأثقاني توفيق الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب إذا حفي أي رق من كثرة المشي والراء خطأ كذا في المغرب ونسخة الإمام حافظ الدين الكبير بخط يده بالراء من الترقيق وهو المنقول

عن المصنف قال هكذا قرأنا على المشايخ قال في الجمهرة رقع فلان عيشه ترقيقاً إذا أصلحه وأنشد : يترك ما رقع من عيشه يعيث فيه همج هامج والهمج من الناس الذين لا نظام لهم وقال الكمال والراء أي ترقيق خطأ كذا في المغرب لكن الأصح جوازه ثم قال الكمال

فَالْتَرَفِيحُ أَعْمُ مِنَ التَّوْفِيحِ .

قَوْلُهُ وَإِنْ بَاعَهُ أَحَدُهُمْ رَدَّ التَّمَنَّى أَيْ الْمَغْنَمِ

أَيِّ لَأَنَّهُ عَوَضُ عَيْنٍ مُشْتَرَكَةٍ بَيْنَ الْغَانِمِينَ .

أَتَقَانِي .

(وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ أَحَرَزَ نَفْسَهُ وَطِفْلَهُ) أَيِّ مَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ فِي دَارِ الْحَرْبِ أَحَرَزَ بِإِسْلَامِهِ نَفْسَهُ وَأَوْلَادَهُ الصَّغَارَ لَوْجُودِ الْعَاصِمِ وَهُوَ الْإِسْلَامُ فَلَا يَجُوزُ قَتْلُهُ وَلَا اسْتَرْفَاقُهُ لَأَنَّهُمَا جَزَاءُ الْكُفْرِ ابْتِدَاءً أَوْ لِدَفْعِ الشَّرِّ وَالْمُسْلِمُ لَا يُبْتَدَأُ بِالرِّقِّ وَقَدْ انْدَفَعَ شَرُّهُ بِالْإِسْلَامِ وَأَوْلَادُهُ الصَّغَارُ تَبِعَ لَهُ فَيُلْحَقُونَ بِهِ هَذَا إِذَا أَسْلَمَ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَهُ الْمُسْلِمُونَ وَإِنْ أَسْلَمَ بَعْدَهُ فَهُوَ عَبْدٌ لَأَنَّهُ أَسْلَمَ بَعْدَ انْعِقَادِ سَبَبِ الْمَلِكِ فِيهِ فَلَا يَرْتَفِعُ بِالْإِسْلَامِ كَحَقِيقَةِ الْمَلِكِ وَكَذَا لَوْ أَسْلَمَ بَعْدَ مَا أَخَذَ أَوْلَادَهُ الصَّغَارَ وَمَالَهُ وَلَمْ يُؤْخَذْ هُوَ حَتَّى أَسْلَمَ أَحَرَزَ بِإِسْلَامِهِ نَفْسَهُ فَحَسَبَ لَانْعِقَادِ السَّبَبِ فِي غَيْرِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَكُلُّ مَالٍ مَعَهُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { أُمِرْتُ أَنْ أَقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ فَإِذَا قَالُواهَا عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ } وَقَالَ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَصَخْرٍ يَا صَخْرُ إِنَّ الْقَوْمَ إِذَا أَسْلَمُوا أَحَرَزُوا أَمْوَالَهُمْ وَدِمَاءَهُمْ } وَلَأَنَّ يَدَهُ الْحَقِيقِيَّةَ سَبَقَتْ إِلَيْهِ يَدُ الظَّاهِرِينَ فَكَانَتْ أُولَى قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَوْ وَدِيعَةً عِنْدَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّي) لَأَنَّهُ فِي يَدِهِ حُكْمًا إِذْ يَدُ الْمُودِعِ كَيْدِ الْمُودِعِ لَأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ فِي الْحِفْظِ وَهِيَ مُحْتَرَمَةٌ صَحِيحَةٌ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا غَضَبًا حَيْثُ تَكُونُ فَيَأْخُذُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ كَيْدِ الْمَالِكِ وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ فِي يَدِ الْحَرْبِيِّ وَدِيعَةً أَوْ غَضَبًا لَأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِمُحْتَرَمَةٍ وَلَا صَحِيحَةٍ حَتَّى حَازَ لَنَا التَّعَرُّضُ لَهَا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (دُونَ وَلَدِهِ الْكَبِيرِ) لَأَنَّهُ كَافِرٌ حَرْبِيٌّ غَيْرُ تَابِعٍ لَهُ فِي الْإِسْلَامِ وَغَيْرِهِ فَلَا يَكُونُ

مَعْصُومًا عَنِ الْقَتْلِ وَالِاسْتِغْنَامِ إِلَّا بِالْإِسْلَامِ بِخِلَافِ أَوْلَادِهِ الصَّغَارِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَزَوْجَتِهِ وَحَمْلُهَا) لَأَنَّهَا كَافِرَةٌ حَرْبِيَّةٌ غَيْرُ تَابِعَةٍ لَهُ فَتُسْتَرْقُ وَحَمْلُهَا جُزْءٌ مِنْهَا فَيَتَّبَعُهَا فِي الرِّقِّ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يَكُونُ الْحَمْلُ فَيْئًا لَأَنَّهُ مُسْلِمٌ تَبَعًا لِأَبِيهِ فَلَا يُبْتَدَأُ بِالرِّقِّ كَالْوَلَدِ الْمُتَفَصِّلِ فَلَنَا الْمُسْلِمُ يُسْتَرْقُ تَبَعًا كَوَلَدِ الْجَارِيَةِ مِنْ غَيْرِ مَوْلَاهَا فَكَانَ هَذَا فِي حَقِّ التَّبَعِ بِمَنْزِلَةِ الْبَقَاءِ وَالْإِسْلَامُ لَا يُنَافِي بَقَاءَ الرِّقِّ بِخِلَافِ الْمُتَفَصِّلِ لِعَدَمِ الْحَزَنِيَّةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعَقَارُهُ) لَأَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِهِ حَقِيقَةٌ فَيَكُونُ فَيْئًا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ لَهُ وَلَا يَكُونُ فَيْئًا لَأَنَّهُ فِي يَدِهِ كَالْمُنْقُولِ وَلَنَا أَنَّ الْعَقَارَ فِي يَدِ أَهْلِ الدَّارِ وَسُلْطَانِهَا إِذْ هِيَ مِنْ جُمْلَةِ دَارِ الْحَرْبِ فَلَمْ تَكُنْ فِي يَدِهِ حَقِيقَةً وَقِيلَ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَكُونُ كَعَبْدِهِ مِنَ الْأَمْوَالِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْيَدَ حَقِيقَةٌ تُثَبَّتُ عِنْدَهُ فِي الْعَقَارِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُتَصَوَّرُ فِيهِ الْغَضَبُ عِنْدَهُ وَبِهِ كَانَ يَقُولُ أَبُو يُوسُفَ أَوَّلًا ثُمَّ رَجَعَ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعَبْدُهُ الْمُقَاتِلُ) لَأَنَّهُ لَمَّا تَمَرَّدَ عَلَى مَوْلَاهُ خَرَجَ مِنْ يَدِهِ وَصَارَ تَبَعًا لِأَهْلِ دَارِهِمْ وَمَا كَانَ غَضَبًا فِي يَدِ حَرْبِيٍّ أَوْ وَدِيعَةً فَيُؤْتَى لَأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِمُحْتَرَمَةٍ وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ غَضَبًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ .

وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَا يَكُونُ فَيْئًا لَأَنَّ الْمَالَ تَابِعٌ لِلنَّفْسِ وَقَدْ صَارَتْ مَعْصُومَةً بِإِسْلَامِهِ فَيَتَّبَعُهَا مَالُهُ فِيهَا وَلَهُ أَنَّهُ مَالٌ مُبَاحٌ فَيَمْلِكُ بِالْإِسْتِغْنَاءِ وَالنَّفْسُ لَمْ تَصِرْ مَعْصُومَةً بِالْإِسْلَامِ بَلْ هُوَ مُحَرَّمُ التَّعَرُّضِ فِي الْأَصْلِ لِكَوْنِهِ مُكَلَّفًا وَلِهَذَا لَمْ تَصِرْ مُتَقَوِّمَةً بِالْإِسْلَامِ وَإِبَاحَةُ التَّعَرُّضِ كَانَ

لِدَفْعِ شَرِّهِ وَقَدْ انْدَفَعَ بِالْإِسْلَامِ وَلِهَذَا لَمْ يَتَّعَرَّضْ لَهُ بِخِلَافِ الْمَالِ لَأَنَّهُ خُلِقَ عُرْضَةً لِلِامْتِهَانِ فَكَانَ مَحَلًّا لِلتَّمَلُّكِ عَلَى مَا كَانَ وَأَبُو يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي رِوَايَةٍ وَمَعَ مُحَمَّدٍ فِي أُخْرَى وَلَوْ أَنَّ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا دَخَلَ فِي دَارِ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَأَصَابَ مَالًا ثُمَّ ظَهَرَ

الْمُسْلِمُونَ عَلَى الدَّارِ فَحُكْمُهُ حُكْمٌ مَنْ أَسْلَمَ فِي دَارِهِمْ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا إِلَّا فِي حَقِّ مَالٍ فِي يَدِ حَرْبِي فِي رِوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ كَانَتْ ثَابِتَةً لِهَذَا الْمَالِ تَبَعًا لِلْمَالِكِ فَلَا تَزُولُ وَفِي رِوَايَةِ أَبِي حَفْصٍ يَكُونُ فَيْئًا لِمَا ذَكَرْنَا وَقَالُوا رِوَايَةُ أَبِي سُلَيْمَانَ أَصَحُّ وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا ظَهَرَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى دَارِهِمْ وَأَمَّا إِذَا أَغَارُوا عَلَيْهَا وَلَمْ يَظْهَرُوا فَكَذَلِكَ الْحُكْمُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَصِيرُ جَمِيعُ مَالِهِ فَيْئًا إِلَّا نَفْسَهُ وَأَوْلَادَهُ الصَّغَارَ فَمُحَمَّدٌ سَوَى بَيْنِ الْإِغَارَةِ وَالظُّهُورِ لِاسْتَوَائِهِمَا فِي السَّبَبَةِ لِلْمَلِكِ وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَالْفَرْقُ أَنَّهُ بِالظُّهُورِ صَارَتِ الدَّارُ دَارَ الْإِسْلَامِ فَكَانَتْ يَدُهُ عَلَى مَا فِي يَدِهِ ثَابِتَةً حَقِيقَةً وَحُكْمًا بِاعْتِبَارِ مَنَعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَيَدُ الْمُسْلِمِ يَدٌ مُحْتَرَمَةٌ فَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُهَا .

وَأَمَّا بِالْإِغَارَةِ فَلَمْ تَصِرْ دَارَ إِسْلَامٍ فَلَمْ تَصِرْ يَدُهُ عَلَى الْمَنْقُولِ ثَابِتَةً حُكْمًا لِأَنَّ يَدَ أَهْلِ الْحَرْبِ ثَابِتَةٌ حَافِظَةٌ دَافِعَةٌ لِاسْتِمَالِهَا عَلَى الدَّارِ بِاعْتِبَارِ الْمَنَعَةِ وَالشُّوْكَةِ وَلِهَذَا تَصِيرُ الْغَنِيمَةُ مِلْكًا لِلْغَانِمِينَ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَالْعِصْمَةُ إِنَّمَا تُثَبِّتُ بِاعْتِبَارِ الْيَدِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا وَلَمْ يُوجَدْ بَقِيَّةٌ عَلَى أَصْلِ الْإِبَاحَةِ وَحُكْمٌ مَنْ أَسْلَمَ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَخَرَجَ إِلَيْنَا عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ ذَكَرَهُ فِي الْمُحِيطِ

الشرح

قوله في المتن ومن أسلم منهم أحرز نفسه وطفله

إِنَّمَا احتَاجَ إِلَى هَذَا التَّأْوِيلِ لِيَقَعَ الْإِحْتِرَازُ بِهِ عَنْ مُسْتَأْمِنٍ أَسْلَمَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ ظَهَرْنَا عَلَى دَارِ الْحَرْبِ كَانَتْ أَمْوَالُهُ وَأَوْلَادُهُ كُلُّهَا فَيْئًا ذَكَرَهُ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهْرِيَّةِ وَهُنَا أَرْبَعُ مَسَائِلَ إِحْدَاهَا أَسْلَمَ الْحَرْبِيُّ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَلَمْ يَخْرُجْ حَتَّى ظَهَرْنَا أحرزَ نَفْسَهُ وَأَوْلَادَهُ الصَّغَارَ وَمَا فِي يَدِهِ وَالثَّانِيَةُ دَخَلَ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَأَسْلَمَ ثُمَّ ظَهَرْنَا عَلَى الدَّارِ فَجَمِيعُ مَالِهِ وَأَوْلَادِهِ الصَّغَارَ فِيءٌ وَالثَّالِثَةُ أَسْلَمَ فِي دَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ دَخَلَ دَارَنَا ثُمَّ ظَهَرْنَا عَلَى الدَّارِ فَجَمِيعُ مَالِهِ فِيءٌ إِلَّا أَوْلَادَهُ الصَّغَارَ وَالرَّابِعَةُ

قوله ولنا أن العقار

يَعْنِي أَنَّ الْيَدَ فِي الْعَقَارِ إِنَّمَا تُثَبِّتُ حُكْمًا وَدَارُ الْحَرْبِ لَيْسَتْ بِدَارِ الْأَحْكَامِ فَلَا مُعْتَبَرٌ بِيَدِهِ قَبْلَ ظُهُورِ الْمُسْلِمِينَ وَبَعْدَ ظُهُورِهِمْ عَلَى الدَّارِ يَدُ الْغَانِمِينَ أَقْوَى مِنْ يَدِهِ .

رَازِي

(فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ الْقِسْمَةِ) يَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَقْسِمَ الْغَنِيمَةَ وَيُخْرِجَ خُمُسَهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ } وَيَقْسِمُ الْأَرْبَعَةَ الْأَخْمَاسَ عَلَى الْغَانِمِينَ لِلتَّصَوُّصِ الْوَاردَةِ فِيهِ وَعَلَيْهِ إِجْمَاعُ الْمُسْلِمِينَ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لِلرَّاجِلِ سَهْمٌ وَلِلْفَارِسِ سَهْمَانِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ لِلْفَارِسِ ثَلَاثَةَ أَشْهُمٍ وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ لِقَوْلِ ابْنِ عُمَرَ { أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَشْهُمٌ لِلْفَارِسِ ثَلَاثَةٌ أَشْهُمٌ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمًا } رَوَاهُ الْجَمَاعَةُ وَلِأَنَّ الْإِسْتِحْقَاقَ بِالْغَنَاءِ وَغَنَاؤُهُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَمْثَالِ الرَّاجِلِ لِأَنَّهُ لِلْكَرِّ وَالْفَرِّ وَالثَّبَاتِ وَالرَّاجِلُ لِلثَّبَاتِ لَا غَيْرُ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُ مُجَمِّعِ بْنِ جَارِيَةَ قُسِّمَتْ خَيْبَرُ إِلَى أَنْ قَالَ إِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { أُعْطِيَ الْفَارِسُ سَهْمَيْنِ وَالرَّاجِلُ سَهْمًا } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُدَ وَلِأَنَّ الْكَرَّ وَالْفَرَّ مِنْ جَنْسٍ وَاحِدٍ إِذِ الْفَرُّ لَيْسَ بِمُسْتَحْسِنٍ لِنَفْسِهِ وَإِنَّمَا اسْتَحْسِنَ لِلْجَلِّ الْكَرُّ فَيَكُونُ غَنَاؤُهُ مِثْلِي غَنَاءِ الرَّاجِلِ فَيَفْضَلُ عَلَيْهِ

بِسَهْمٍ وَلِأَنَّ مِقْدَارَ الزِّيَادَةِ لَا يُوقَفُ عَلَيْهِ حَقِيقَةً فَيَدَارُ الْحُكْمُ عَلَى سَبَبٍ ظَاهِرٍ وَهُوَ الرَّأْسُ وَالْفَرَسُ مَعَ أَنَّا نَمْنَعُ أَنَّ زِيَادَةَ الْغَنَاءِ يَسْتَحِقُّ بِهَا الزِّيَادَةَ بَلْ بِمَا ذَكَرْنَا أَلَّا تَرَى أَنَّ الشَّاكِي بِالسَّلَاحِ أَكْثَرُ غَنَاءٍ مِنَ الْأَعَزْلِ وَمَعَ هَذَا لَا يَسْتَحِقُّ الزِّيَادَةَ وَلِأَنَّ الْفَرَسَ تَبِعَ فَلَا يَزِيدُ سَهْمُهُ عَلَى الْأَصْلِ وَمَا رَوَاهُ مُحْمُولٌ عَلَى التَّنْفِيلِ كَمَا رَوَى أَنَّهُ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ } أَعْطَى سَلَمَةَ بْنَ الْأَكْوَعِ سَهْمَ الْفَارِسِ وَالرَّاجِلِ { رَوَاهُ أَحْمَدُ وَمُسْلِمٌ بِمَعْنَاهُ وَهُوَ كَانَ رَاجِلًا أَجِيرًا لَطَلْحَةَ وَالْأَجِيرُ لَا يَسْتَحِقُّ سَهْمًا مِنَ الْغَنِيمَةِ وَإِنَّمَا أَعْطَاهُ رَضَخًا لِجَدِّهِ

فِي الْقِتَالِ وَقَالَ { خَيْرُ رَجَالِنَا سَلَمَةُ بْنُ الْأَكْوَعِ وَخَيْرُ فُرْسَانِنَا أَبُو قَتَادَةَ } قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ لَهُ فَرَسَانِ) أَيُّ وَلَوْ كَانَ لَهُ فَرَسَانِ لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا سَهْمَيْنِ مَعْنَاهُ أَنَّهُ لَا يُسْهَمُ إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ إِذَا قَادَ فَرَسَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يُسْهَمُ لِفَرَسَيْنِ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَعْطَى الزُّبَيْرَ خَمْسَةَ أَسْهُمٍ وَلِأَنَّهُ يَحْتَاجُ فِي الْقِتَالِ إِلَى فَرَسَيْنِ وَرُبَّمَا يَعِيَ الْوَاحِدُ فَيَحْتَاجُ إِلَى الْآخَرِ وَلَهُمَا أَنْ { النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ } لَمْ يُسْهَمِ يَوْمَ خَيْبَرَ لِصَاحِبِ الْفَرَسِ إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ { وَلِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ السَّهْمَ بِالْإِرْهَابِ عِنْدَ مُجَاوَزَةِ الدَّارِ بِاعْتِبَارِ مَا يُتَوَلَّى إِلَيْهِ أَمْرُهُمْ مِنَ الْقِتَالِ مَعَهُمْ فَارِسًا أَوْ رَاجِلًا وَالْقِتَالُ لَا يُتَصَوَّرُ إِلَّا عَلَى فَرَسٍ وَاحِدٍ فَيُسْهَمُ لَهُ لَا غَيْرُ وَلِهَذَا لَا يُسْهَمُ لثَلَاثَةٍ أَوْ أَكْثَرَ بِالِاتِّفَاقِ وَالصَّحِيحُ مِنْ { حِكَايَةِ الزُّبَيْرِ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ } أَعْطَاهُ أَرْبَعَةَ أَسْهُمٍ سَهْمًا لَهُ وَسَهْمًا لِأُمِّهِ صَفِيَّةَ وَسَهْمَيْنِ لِفَرَسِهِ { رَوَاهُ أَحْمَدُ فَلَا يَلْزَمُ حُجَّةٌ وَلَكِنْ صَحَّ فَهُوَ مُحْمُولٌ عَلَى التَّنْفِيلِ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ حِكَايَةِ ابْنِ الْأَكْوَعِ وَالَّذِي يَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ أَنَّهُ قَادَ فَرَسَيْنِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْبَرَادِينُ كَالْعَتَاقِ) لِأَنَّ الْإِرْهَابَ هُوَ السَّبَبُ وَذَلِكَ بِاسْمِ الْخَيْلِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { وَمَنْ رِبَاطَ الْخَيْلِ تُرْهَبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ } وَهُوَ يَتَنَاقَشُ هُمَا وَالْهَجِينُ وَالْمُقَرَّفُ وَلِأَنَّ الْعَتَاقَ إِنْ كَانَ أَقْوَى فِي الْحَرْبِ فَالْبَرْدُونُ أَصْبَرُ وَأَلْيَنُ عَطْفًا فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ فَاسْتَوَيَا وَأَهْلُ الشَّامِ لَا يُسْهَمُونَ لِلْبَرَادِينِ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِمْ مَا تَلَوْنَا وَمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَعْنَى قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

(فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ الْقِسْمَةِ)

قَوْلُهُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

أَيُّ وَبِهِ قَالَ زُفَرٌ .

كَأَكِّي

قَوْلُهُ وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ

أَيُّ وَمَالِكٌ وَأَحْمَدُ وَاللَّيْثُ وَأَبُو ثَوْرٍ وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ .

دِرَايَةُ

قَوْلُهُ لِلْفَارِسِ ثَلَاثَةٌ أَسْهُمٌ

يَعْنِي سَهْمًا لَهُ وَسَهْمَيْنِ لِفَرَسِهِ .

أَتَّقَانِي

قَوْلُهُ وَلَئِنْ الْإِسْتِحْقَاقَ بِالْغَنَاءِ

قَالَ فِي مَجْمَعِ الْبَحْرَيْنِ وَالْغَنَاءُ بِالْفَتْحِ وَقَالَ فِي الْمَصْبَاحِ وَالْغَنَاءُ مِثْلُ كَلَامِ الْإِكْتِفَاءِ وَقَالَ الْكَافِيُ الْغَنَاءُ بِالْفَتْحِ وَالْمَدُّ : الْإِجْرَاءُ وَالْكَفَايَةُ وَغَنَاؤُهُ أَيْ غَنَاءُ الْفَرَسِ لِكُرِّ الصَّوْلَةِ وَالْحَمْلَةِ وَالْفَرُّ بِمَعْنَى الْفِرَارِ وَالْفِرَارُ فِي مَوْضِعِ الْفَرِّ مُحْمُودٌ .

قَوْلُهُ لَئِنَّهُ لِلْكَرِّ وَالْفَرِّ

الْكَرُّ الرُّجُوعُ بَعْدَ الْفِرَارِ وَالْفَرُّ الْفِرَارُ .

أَتَّقَانِي

قَوْلُهُ وَالرَّاجِلُ لِلتَّبَاتِ

أَيْ تَبَاتِ الدَّفْعِ .

قَوْلُهُ ابْنُ جَارِيَةٍ

أَيْ الْأَنْصَارِيِّ .

أَتَّقَانِي

قَوْلُهُ وَالرَّاجِلُ سَهْمًا

وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي الْمَبْسُوطِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ { رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَسَمَ لِلْفَارِسِ سَهْمَيْنِ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمًا يَوْمَ بَدْرٍ } قَالَ الْمُعْتَمِرُ بْنُ سُلَيْمَانَ فِي كِتَابِهِ لَمْ يَكُنْ فِي أَصْحَابِ بَدْرٍ فَارِسٌ غَيْرُ اثْنَيْنِ مُصْعَبِ بْنِ عُمَيْرٍ وَالْمِقْدَادِ بْنِ الْأَسْوَدِ .

أَتَقَانِي ۞

قَوْلُهُ فَيَكُونُ غَنَاؤُهُ

بِالْفَتْحِ وَالْمَدِّ الْكِفَايَةِ .

أَتَقَانِي ۞

قَوْلُهُ فَيُدَارُ الْحُكْمُ عَلَى سَبَبٍ ظَاهِرٍ

وَهَذَا لِأَنَّ الزِّيَادَةَ إِنَّمَا تَظْهَرُ عِنْدَ الصَّدْمَةِ وَفِي تِلْكَ الْحَالَةِ كُلُّ وَاحِدٍ مَشْغُولٌ بِنَفْسِهِ .

أَتَقَانِي ۞

قَوْلُهُ وَلِأَنَّ الْقِرْسَ تَبَعَ

أَيُّ لِلرَّجُلِ .

قَوْلُهُ أَعْطَى سَلَمَةَ بْنَ الْأَكْوَعِ

أَيُّ فِي غَزْوَةِ ذِي قُرْدٍ .

أَتَقَانِي ۞

قَوْلُهُ وَإِنَّمَا أَعْطَاهُ رَضَخًا

لِحَدِّهِ)

الْحَدُّ فِي الْأَمْرِ الْجَنْتِهَادُ .

مِصْبَاحُ

قوله وقال أبو يوسف يسهم لفرسين

لَمْ يَذْكُرِ الْقُدُورِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ خِلَافَ أَبِي يُوسُفَ وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ فِي شَرْحِهِ لِمُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ وَرَوَى أَصْحَابُ الْإِمْلَاءِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُسْهِمُ لِفَرَسَيْنِ وَلَا يُسْهِمُ لَأَكْثَرِ مِنْهُمَا وَقَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَلَا يُسْهِمُ إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ قَالَ يُسْهِمُ لِفَرَسَيْنِ هـ أَتَقَانِي

قوله أعطى الزبير خمسة أسهم

أَيُّ سَهْمًا لَهُ وَسَهْمَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ فَرَسَيْهِ .

كَأَكْبَرُ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ الزُّبَيْرُ مَا نَصَّهُ بِعَيْنِي الزُّبَيْرُ بْنُ الْعَوَّامِ يَوْمَ خَيْبَرَ قَوْلُهُ صَفِيَّةُ (أَيُّ بِنْتُ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ عَمَّةُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ .

أَتَقَانِي

قوله ولئن صح فهو محمول على التنفيل

أَيُّ تَحْرِيطًا عَلَى الْقِتَالِ .

أَتَقَانِي

قوله في المثنى والبراذين

بِالذَّالِ الْمُعْجَمَةِ .

قوله في المثنى كالعناق

الْعَنَاقُ جَمْعُ عَنَاقٍ وَهُوَ الْجَوَادُ وَالْبِرْدُونُ الْعَجَمِيُّ الْخَالِصُ وَالْعَرَابُ خِلَافُ الْبِرَازِينَ وَالْهَجِينُ الَّذِي أَبُوهُ عَرَبِيٌّ وَأُمُّهُ عَجَمِيَّةٌ وَالْمُقَرَفُ الَّذِي أَبُوهُ عَجَمِيٌّ وَأُمُّهُ عَرَبِيَّةٌ مِنْ حَطِّ الشَّارِحِ

قوله فالبردون أصبر وألين عطفًا

بِفَتْحِ الْعَيْنِ وَكَسْرِهَا وَمَعْنَى الْفَتْحِ الْإِمَالَةُ وَالْكَسْرُ الْجَانِبُ .

كَي

(لَا الرَّاحِلَةُ وَالْبَغْلُ) أَي لَا تَكُونِ الرَّاحِلَةُ وَالْبَغْلُ كَالْعَتَاقِ حَتَّى لَا يُسَهَّم لهُمَا لِأَنَّ الْإِرْهَابَ لَا يَقَعُ بِهِمَا إِذْ لَا يُقَاتِلُ عَلَيْهِمَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قوله في المتن لا الرَّاحِلَةُ وَالْبَغْلُ

وَأَمَّا لَمْ يُسَهَّم لِبَغْلٍ وَلَا لِرَاحِلَةٍ لِعَدَمِ وُرُودِ النَّصِّ لِأَنَّهُ { كَانَ يَكُونُ فِي غَزَوَاتِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَعَ أَصْحَابِهِ الْجِمَالُ وَالْحَمِيرُ وَالْبِغَالُ وَلَا يُسَهَّمُ لشيءٍ مِنْهَا } وَلَوْ أَسَهَّم لَظَهَرَ نَقْلُهُ لِأَنَّهَا كَانَتْ أَكْثَرَ مِنَ الْفَرَاسِ .

أثَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

(وَالْعِبْرَةُ لِلْفَرَاسِ وَالرَّاجِلِ عِنْدَ الْمُجَاوِزَةِ) أَي يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ فَارِسًا أَوْ رَاجِلًا عِنْدَ مُجَاوِزَةِ الدَّارِ حَتَّى لَوْ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ فَارِسًا فَتَنَقَّ فَرَسُهُ وَقَاتَلَ رَاجِلًا اسْتَحَقَّ سَهْمُ الْفَرَاسِ وَلَوْ دَخَلَ رَاجِلًا فَاشْتَرَى فَرَسًا اسْتَحَقَّ سَهْمُ الرَّاجِلِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَسْتَحَقُّ سَهْمُ الْفَرَاسِ لَوْجُودِ الْقِتَالِ مِنْهُ فَارِسًا حَقِيقَةً وَهُوَ أَقْوَى مِنَ التَّقْدِيرِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ فَارِسًا أَوْ رَاجِلًا حَالِ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ لِأَنَّهُ سَبَبُ الْإِسْتِحْقَاقِ أَمَّا الْمُجَاوِزَةُ فَوْسِيلَةٌ إِلَى السَّبَبِ فَلَا تُعْتَبَرُ كَالْخُرُوجِ مِنَ الْبَيْتِ وَلَنَا أَنَّ الْمُجَاوِزَةَ نَفْسُهَا أَقْوَى الْجِهَادِ لِأَنَّ الْخَوْفَ بِهَا يُلْحَقُهُمْ وَلِهَذَا يَحْتَاجُ عِنْدَ الدُّخُولِ إِلَى شَوْكَةِ وَجَيْشٍ عَظِيمٍ وَالْحَالُ بَعْدَهَا حَالُ الدَّوَامِ فَلَا مُعْتَبَرُ بِهَا وَلِهَذَا يَكْتُبُ الْإِمَامُ أَسْمَاءَ الْفُرْسَانِ وَالرَّجَالَةِ عِنْدَهَا لَا غَيْرَ وَيَقُولُ الْعَدُوُّ كَمْ دَخَلُوا وَالْجِهَادُ يَكُونُ بِالْإِرْهَابِ كَمَا يَكُونُ بِالْقِتَالِ وَبِهِ يَسْتَحَقُّ الْفَارِسُ الزِّيَادَةَ لَا بِالْقِتَالِ فَعَلِمَ بِذَلِكَ أَنَّ الْإِرْهَابَ وَالْإِرْعَابَ أَشَدُّ عَلَيْهِمْ مِنَ الْقِتَالِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { تَرْهَبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ } وَبِقَوْلِهِ { وَلَا يَطُئُونَ مَوْطِنًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ } وَبِهِ تَنْكَسِرُ هِمَّتُهُمْ وَيَنْكَسِرُونَ فَكَانَتْ هَذِهِ الْحَالَةُ أَوْلَى بِالِاعْتِبَارِ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ عِنْدَهَا وَهُوَ الشَّرْطُ .

أَلَا تَرَى أَنَّ أَحَدًا لَمْ يَشْتَرِ بَقَاءَ الْفَرَسِ إِلَى تَمَامِ الْإِسْتِحْقَاقِ حَتَّى لَوْ هَلَكَ الْفَرَسُ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الْهَزِيمَةِ قَبْلَ إِحْرَازِ الْغَنِيمَةِ اسْتَحَقَّ سَهْمُ الْفَرَاسِ وَلَا مَعْنَى لِمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ لِأَنَّ الْوُقُوفَ عَلَى حَقِيقَةِ الْقِتَالِ مُتَعَسِّرٌ لِأَنَّهُ حَالُ النِّقَاءِ الصِّفِّينِ وَالْأَحْكَامُ لَا تَتَعَلَّقُ بِمَنْلِهِ وَلَوْ دَخَلَ فَارِسًا وَقَاتَلَ رَاجِلًا

لَضِيقِ الْمَكَانِ اسْتَحَقَّ سَهْمُ الْفَرَاسِ وَكَذَا لَوْ كَانَ فِي السَّفِينَةِ لِتَهْيِئَةِ الْقِتَالِ فَارِسًا وَهُوَ كَالْمُبَاشَرَةِ أَلَا تَرَى أَنَّ الرَّدَّ وَالْمَدَدَ يَسْتَحِقُّونَ بِهِ وَكَذَا الْجُنْدُ فِيمَا أَصَابَتْ السَّرِيَّةُ وَيَشْتَرِطُ أَنْ يَكُونَ الْفَرَسُ صَالِحًا لِلْقِتَالِ بَأَنْ يَكُونَ صَحِيحًا كَبِيرًا حَتَّى لَوْ دَخَلَ بِمُهْرٍ أَوْ مَرِيضٍ لَا يَسْتَحَقُّ سَهْمُ الْفُرْسَانِ لِأَنَّهُ لَا يَقْصِدُ بِهِ الْقِتَالُ وَكَذَا لَوْ بَاعَهُ أَوْ رَهْنَهُ أَوْ أَحْرَهُ أَوْ وَهَبَهُ بَعْدَ الْمُجَاوِزَةِ فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ اعْتِبَارًا لِلْمُجَاوِزَةِ وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَسْتَحَقُّ سَهْمُ الرَّجَالَةِ لِأَنَّ الْإِقْدَامَ عَلَى هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مِنْ قَصْدِهِ بِالْمُجَاوِزَةِ الْقِتَالَ فَارِسًا وَلَوْ بَاعَهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ فَلَهُ سَهْمُ الْفُرْسَانِ وَكَذَا إِذَا بَاعَهُ حَالَ الْقِتَالِ عِنْدَ الْبَعْضِ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَسْتَحَقُّ سَهْمُ الْفُرْسَانِ لِأَنَّ بَيْعَهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ غَرَضَهُ التَّجَارَةَ إِلَّا أَنَّهُ كَانَ يَنْتَظِرُ عِزَّتَهُ وَلَوْ دَخَلَ عَلَى فَرَسٍ مَغْضُوبٍ أَوْ مُسْتَعَارٍ أَوْ مُسْتَأْجَرٍ ثُمَّ اسْتَرَدَّهُ الْمَالِكُ فَقَاتَلَ رَاجِلًا اسْتَحَقَّ سَهْمُ الْفُرْسَانِ فِي رِوَايَةِ اعْتِبَارًا لِلْمُجَاوِزَةِ وَفِي رِوَايَةِ يَسْتَحَقُّ سَهْمُ الرَّجَالَةِ لِأَنَّهُ لَمْ يُصَمِّمْ عَلَى الْقِتَالِ فَارِسًا حَيْثُ دَخَلَ عَلَى هَذَا الْفَرَسِ مَعَ عِلْمِهِ أَنَّ لِصَاحِبِهِ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ أَيَّ وَقْتٍ شَاءَ وَأَنَّ مُدَّةَ الْإِجَارَةِ تَنْقُضِي قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله فنفق فرسه

أي هلك .

قوله وعند الشافعي يعتبر كونه فارساً أو راجلاً

قال الأثقاني وعند الشافعي يعتبر كونه فارساً أو راجلاً عند شهود الوقعة وفي رواية عند تقضي الحرب وهو تمام القتال

قوله وبه يستحق الفارس الزيادة

أي ولهذا يشارك الرّدء المباشِر في الغنيمَة لحصول الإرهاب بالكل .

أثقاني

قوله استحق سهم الفارس

أي باتفاق بيننا وبين الشافعي .

أثقاني

قوله وكذا إذا باعه حالة القتال عند البعض

أي لأن يبعه عند مخاطرة الروح دل على أنه إنما باعه لرأي رآه في الحرب لا لتحصيل المال لأن الروح تفوق المال وهذا هو الصحيح عندي وقال صاحب الهداية الأصح أنه يسقط وحمل أمره على أنه أراد التجارة وانتظر العزة وفيه نظر لأن الإنسان العاقل في مثل تلك الحالة لا يختار المال على روحه .

أثقاني قوله إنما باعه لرأي رآه في الحرب إما لأنه وجدّه غير موافق له فربما يقتله لعدم أدبه أو غير ذلك ولأن العادة ليس هو البيع وغيره من العقود .

قوله إِنْ أَنَّهُ كَانَ يَنْتَظِرُ عِزَّتَهُ

أَيَّ عِزَّةِ الْفَرَسِ .

(وَلِلْمَمْلُوكِ وَالْمَرْأَةِ وَالصَّبِيِّ وَالذَّمِّيِّ الرِّضْخُ لَا السَّهْمُ) لِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا أَنَّ { النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَغْزُو بِالنِّسَاءِ فَيُدَاوِينَ الْجَرْحَى وَيَحْدِيْنَ مِنَ الْغَنِيْمَةِ وَأَمَّا بِسَهْمٍ فَلَمْ يَضْرِبْ لَهُنَّ وَقَالَ أَيْضًا لَمْ يَكُنْ لِلْمَرْأَةِ وَالْعَبْدِ سَهْمٌ إِلَّا أَنْ يَحْدِيَا مِنْ غَنَائِمِ الْقَوْمِ } رَوَاهُمَا أَحْمَدُ وَمُسْلِمٌ وَقَالَ أَيْضًا { كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يُعْطِي الْمَرْأَةَ وَالْمَمْلُوكَ مِنَ الْغَنَائِمِ دُونَ نَصِيبِ الْجَيْشِ } وَلِأَنَّ الْجِهَادَ عِبَادَةٌ وَالذَّمِّيُّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهَا وَالْمَرْأَةُ وَالصَّبِيُّ عَاجِزَانِ عَنْهُ وَلِهَذَا لَمْ يَلْحَقْهُمَا فَرَضُهُ وَالْعَبْدُ لَا يُمَكِّنُهُ مَوْلَاهُ وَلَهُ مَنْعُهُ فَلَمْ يَسْتَحِقُّوا السَّهْمَ الْكَامِلَ لَكِنْ يُرْضَخُ لَهُمْ عَلَى قَدَرِ مَا يَرَاهُ الْإِمَامُ تَحْرِيفًا لَهُمْ عَلَى الْقِتَالِ وَمَا رُوِيَ { أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَسْهَمَ لِقَوْمٍ مِنَ الْيَهُودِ قَاتِلُوا مَعَهُ وَلِلصَّبِيَّانِ } فِيمَا رَوَاهُمَا التِّرْمِذِيُّ وَلِلنِّسَاءِ فِيمَا رَوَاهُ أَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُدَ مَحْمُولٌ عَلَى الرِّضْخِ وَالْمُكَاتَبُ عَبْدٌ لِقِيَامِ الرَّقِّ فِيهِ وَتَوَهُمُ عَجْزُهُ فَيَمْنَعُهُ الْمَوْلَى وَإِنَّمَا يُرْضَخُ لَهُمْ إِذَا بَاشَرُوا الْقِتَالَ أَوْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ تُدَاوِي الْجَرْحَى وَتَقُومُ بِمَصَالِحِ الْمَرْضَى لِعَجْزِهَا عَنْ حَقِيقَةِ الْقِتَالِ فَيَكُونُ جِهَادُهَا عَمَلًا يَلِيقُ بِحَالِهَا أَوْ ذَلَّ الذَّمِّيُّ عَلَى الطَّرِيقِ لِأَنَّ فِي الدَّلَالَةِ مَنَفْعَةً لِلْمُسْلِمِينَ وَلَا يَبْلُغُ بِالرِّضْخِ السَّهْمَ لِأَنَّهُمْ لَا يُسَاوُونَ الْجَيْشَ فِي عَمَلِ الْجِهَادِ إِلَّا فِي دَلَالَةِ الذَّمِّيِّ فَإِنَّهُ يُزَادُ عَلَى السَّهْمِ إِذَا كَانَتْ فِي دَلَالَتِهِ مَنَفْعَةٌ عَظِيمَةٌ لِأَنَّ الدَّلَالَةَ لَيْسَتْ مِنْ عَمَلِ الْجِهَادِ فَلَا يَلْزَمُ مِنْهُ التَّسْوِيَةُ فِي الْجِهَادِ إِذْ مَا يَأْخُذُهُ فِي الدَّلَالَةِ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْرَةِ فَيُعْطَى بِالْعَمَلِ مَا بَلَغَ

وَالْأَجِيرُ لَا يُسَهَّمُ لَهُ لِأَنَّهُ دَخَلَ لِحِدْمَةِ الْمُسْتَأْجِرِ لَا لِلْقِتَالِ وَإِنْ تَرَكَ الْحِدْمَةَ وَقَاتَلَ يُسَهَّمُ لَهُ فَصَارَ كَأَهْلِ سُوقِ الْعَسْكَرِ وَإِنْ لَمْ يُقَاتِلْ فَلَا شَيْءَ وَلَا يُجْمَعُ لَهُ أَجْرٌ وَنَصِيبٌ فِي الْغَنِيْمَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قوله (وَيَحْدِيْنَ) قَالَ وَمِنْهُ الْحَدِيثُ كَانَ يَحْدِي النِّسَاءَ وَالصَّبِيَّانَ مِنَ الْمَغْنَمِ وَحَدِيثُهُ لُغَةٌ مِنْ حَظِّ الشَّارِحِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ الْحَدِيثُ الْعَطِيَّةُ وَأَحْدَيْتُهُ أَعْطَيْتُهُ

قوله إِنْ أَنَّهُ كَانَ يَحْدِيَا

أَيَّ يُعْطِيَا .

قوله وَإِنَّمَا يُرْضَخُ لَهُمْ

أَيَّ لِلْمَذْكُورِينَ فِي الْمَتَنِ .

قوله إذا باشروا القتال

قَالَ الْأَنْقَايُ لَكِنْ يُرْضَخُ لَهُمْ وَلَا يُسْهَمُ لَهُمْ أَنْحِطَاطًا لِرُتْبَةِ التَّبَعِ عَنْ الْمَتَّبِعِ وَهَذَا لِأَنَّ الْعَبْدَ تَبَعَ لِلْحُرِّ وَالصَّبِيَّ تَبَعَ لِلْبَالِغِ وَالذَّمِيَّ تَبَعَ لِلْمُسْلِمِ وَلِذَا لَا يُمَكِّنُ الذَّمِيُّ مِنْ .

قوله فإنه يراد على السهم

أَمَّا إِذَا قَاتَلَ الذَّمِيُّ لَا يُلْبَغُ بِرِضْخِهِ سَهْمَ الْمُسْلِمِ .

(وَالْخُمْسُ لِلْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَقُدِّمَ ذَوُو الْقُرْبَى الْفُقَرَاءُ مِنْهُمْ عَلَيْهِمْ وَلَا حَقَّ لِأَغْنِيائِهِمْ) أَيِ يُقَدِّمُ الْفُقَرَاءُ مِنْ ذَوِي الْقُرْبَى عَلَى الطَّوَائِفِ الثَّلَاثِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِدَوِي الْقُرْبَى خُمْسُ الْخُمْسِ يَسْتَوِي فِيهِ فَقِيرُهُمْ وَغَنِيُّهُمْ وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ لِلذِّكْرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ وَيَكُونُ ذَلِكَ لِبَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي الْمُطَّلِبِ وَلَا يَكُونُ لغيرِهِمْ فَحَاصِلُهُ أَنَّ الْخُمْسَ يُقَسَّمُ أَثْلَاثًا عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ أَحْمَاسًا سَهْمٌ لِدَوِي الْقُرْبَى وَسَهْمٌ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَخْلُفُهُ فِيهِ الْإِمَامُ وَيَصْرِفُهُ إِلَى مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ وَالْبَاقِي لِلثَّلَاثَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى } { وَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَا بَنِي هَاشِمٍ إِنَّ اللَّهَ كَرِهَ لَكُمْ غَسَالَهَ أَيْدِي النَّاسِ فَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ الصَّدَقَةَ وَعَوَضَكُمْ مِنْهَا بِخُمْسِ الْخُمْسِ مِنَ الْغَنِيمَةِ } وَلَمْ يُفَرِّقْ فِي الْكِتَابِ وَلَا فِي السُّنَّةِ بَيْنَ الْفَقِيرِ وَالْغَنِيِّ { وَأَعْطَى عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْعَبَّاسَ وَقَدْ كَانَ غَنِيًّا { وَلَنَا أَنَّ الْخُلَفَاءَ الرَّاشِدِينَ قَسَمُوهُ عَلَى ثَلَاثَةِ عَلَى نَحْوِ مَا قُلْنَا بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ فَكَانَ إِجْمَاعًا وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ قِسْمَتَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ تَكُنْ بِطَرِيقِ الْحَنَمِ وَفِيمَا رُوِيَ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الْأَغْنِيَاءَ مِنْهُمْ لَا يَسْتَحِقُّونَ لِأَنَّ الْعَوَاضَ إِنَّمَا يُثْبِتُ فِي حَقِّ مَنْ يَثْبِتُ فِي حَقِّهِ الْمَعْوِضُ وَهُمْ الْفُقَرَاءُ وَالنَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يُعْطِيهِمْ لِلنُّصْرَةِ لَا لِلْقَرَابَةِ .

أَلَا تَرَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَّلَ فَقَالَ { إِنَّهُمْ لَمْ يَزَالُوا مَعِيَ هَكَذَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَالْإِسْلَامِ وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ } وَتَبَيَّنَ بِهِذَا أَنَّ الْمُرَادَ مِنْ ذَوِي الْقُرْبَى قُرْبُ النُّصْرَةِ لَا قُرْبُ

الْقَرَابَةِ وَلِهَذَا لَمْ تَحْرُمِ الزَّكَاةَ عَلَى بَعْضِ الْهَاشِمِيِّ لِعَدَمِ النُّصْرَةِ كَأَوْلَادِ أَبِي لَهَبٍ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الزَّكَاةِ يُحَقِّقُهُ { أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَعْطَى بَنِي الْمُطَّلِبِ وَلَمْ يُعْطِ بَنِي عَبْدِ شَمْسٍ وَلَا بَنِي نُوْفَلٍ فَجَاءَ عَثْمَانُ وَهُوَ مِنْ بَنِي عَبْدِ شَمْسٍ وَجَبْرِ بْنِ مُطْعِمٍ وَهُوَ مِنْ بَنِي نُوْفَلٍ فَقَالَ إِنَّا لَا نُنْكِرُ فَضْلَ بَنِي هَاشِمٍ لِمَكَانِكَ الَّذِي وَضَعَكَ اللَّهُ تَعَالَى فِيهِمْ وَلَكِنْ نَحْنُ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ فِي الْقَرَابَةِ إِلَيْكَ سَوَاءٌ فَمَا بِأَلْكَ أَعْطَيْتَهُمْ وَحَرَمْتَنَا فَقَالَ إِنَّهُمْ لَمْ يَزَالُوا مَعِيَ هَكَذَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَالْإِسْلَامِ يُشِيرُ إِلَى نُصْرَتِهِمْ لَهُ لَأَنَّهُمْ قَامُوا مَعَهُ حِينَ أَرَادَتْ قُرَيْشُ قَتْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { وَدَخَلَ بَنُو نُوْفَلٍ وَعَبْدُ شَمْسٍ فِي عَهْدِ قُرَيْشٍ وَلَوْ كَانَ لِأَجْلِ الْقَرَابَةِ لَمَا خَصَّصَهُمْ لِأَنَّ عَبْدَ شَمْسٍ وَنُوْفَلًا أَخَوَا هَاشِمٍ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ وَالْمُطَّلِبُ كَانَ أَخَاهُ لِأَبِيهِ فَكَانَا أَقْرَبَ إِلَيْهِ مِنْهُ وَالْمُرَادُ بِالنُّصْرَةِ كَوْنُهُمْ مَعَهُ يُؤَانِسُونَهُ بِالْكَلَامِ وَالْمُصَاحَبَةِ لَا بِالْمَقَاتِلَةِ وَلِهَذَا كَانَ لِنِسَائِهِمْ فِيهِ نَصِيبٌ ثُمَّ سَقَطَ ذَلِكَ بِمَوْتِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعَدَمِ تِلْكَ الْعِلَّةِ وَهِيَ النُّصْرَةُ فَيَسْتَحِقُّونَهُ بِالْفَقْرِ عِنْدَ الْكَرْحِيِّ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الصَّدَقَةِ حَتَّى كَانُوا يَأْخُذُونَهُ فِي زَمَنِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَفِي قَوْلِهِ تَعَالَى { كَيْ لَا يَكُونَ دَوْلَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ } إِشَارَةٌ إِلَيْهِ وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ يَسْقُطُ نَصِيبُ الْفُقَرَاءِ أَيْضًا وَالْأَوَّلُ أَظْهَرَ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَذَكَرَهُ تَعَالَى لِلتَّبَرُّكِ) يَعْنِي مَا ذَكَرَهُ اللَّهُ فِي الْخُمْسِ يَقُولُهُ تَعَالَى { فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ } لِإِفْتِاحِ الْكَلَامِ تَبَرُّكًا بِاسْمِهِ تَعَالَى لِأَنَّ الْكُلَّ لَهُ وَهُوَ غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَى شَيْءٍ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله في المثن والخمس لليتامى

أي الفقراء أما اليتيم العني فلا حق له فيه عندنا خلافا لبعض أصحاب الشافعي ذكره في الدراية .

قوله وقدم ذوو القربى

القربى القرابة .

أتقاني

قوله تقدم الفقراء من ذوي القربى على الطوائف الثلاث

قال العلامة بدر الدين الكردي معنى هذا الكلام أن أيتام ذوي القربى ومساكين ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى والمساكين وأبناء السبيل يدخلون في سهم ابن السبيل لما أن سبب الاستحقاق في هذه الأصناف الثلاثة الاحتياج غير أن سببه مختلف في نفسه من اليتيم والمسكنة وكونه ابن السبيل وفي الثخفة هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف إلى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات .

كأكي

قوله فحاصله أن الخمس يقسم أثلاثا

أي سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون .

هداية

قوله وسهم للنبي عليه الصلاة والسلام يخلفه فيه الإمام

وفي الكشف وعن الحسن في سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لذوي الأمر من بعده .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ .

قَوْلُهُ وَيَصْرِفُهُ إِلَى مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ

أَيَّ نَحْوِ سَدِّ الثُّغُورِ وَعِمَارَةِ الْقَنَاطِرِ وَأَرْزَاقِ الْقُضَاةِ .

أَتَقَانِي قَالَ فِي الْكَافِي وَقَالَ أَبُو الْعَالِيَةِ يُقْسَمُ عَلَى سِتَّةِ أَصْنَافٍ لِلَّهِ يُصْرَفُ إِلَى عِمَارَةِ الْكَعْبَةِ إِنْ كَانَتْ الْقِسْمَةُ بِقُرْبِهَا وَإِلَى عِمَارَةِ الْجَامِعِ فِي كُلِّ بَلَدَةٍ هِيَ بِالْقُرْبِ مِنْ مَوْضِعِ الْقِسْمَةِ لِأَنَّ هَذِهِ بِقَاعٌ مُضَافَةٌ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى .

)

قَوْلُهُ وَالْبَاقِي لِلثَّلَاثَةِ (أَيِّ لَأَنَّهُ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَسَمَهَا عَلَى خَمْسَةِ أَصْنَافٍ } وَلَا نَسْخَ بَعْدَهُ وَلِأَنَّ الرَّسُولَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَسْتَحِقُّهُ بِحَقِّ الْإِمَامَةِ فَاسْتَحَقَّهُ مَنْ يَخْلُفُهُ فِي الْإِمَامَةِ وَذَوُو الْقُرْبَى بِالْقَرَابَةِ لِأَنَّ الْحُكْمَ إِذَا عُلِقَ بِاسْمٍ مُشْتَقٍّ كَانَ مَأْخُذُ الْإِشْتِقَاقِ عِلَّةً لِثُبُوتِهِ فَيَسْتَوِي غَنِيُّهُمْ وَفَقِيرُهُمْ كَالْإِرْثِ .

كَافِي

قَوْلُهُ وَلَنَا

أَيَّ مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ الْخُمْسَ كَانَ يُقْسَمُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى خَمْسَةِ أَصْنَافٍ ثُمَّ قَسَمَهُ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ .

كَافِي

قَوْلُهُ لَمْ تَكُنْ بِطَرِيقِ الْحَنْمِ

أَيَّ بَلْ بِطَرِيقِ الْحَوَازِ إِذْ لَا يَظُنُّ بِهِمْ خِلَافُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ .

كَافِي

قَوْلُهُ وَفِيمَا رَوَى

أَيَّ الشَّافِعِيِّ

قوله إشارة إلى أن الأغنياء منهم لا يستحقون

فَإِنْ قَالَ قَائِلُ قَوْلِهِ تَعَالَى { وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى } عُمُومُهُ يَفْتَضِي وَجُوبَ السَّهْمِ لِلْفُقَرَاءِ وَالْأَغْنِيَاءِ مِنْهُمْ قِيلَ لَهُ هَذَا عِنْدَنَا لَيْسَ بِعُمُومٍ بَلْ هُوَ مُجْمَلٌ مَوْقُوفٌ الْحُكْمُ عَلَى الْبَيَانِ مِنْ قَبْلِ أَنْ قَوْلُهُ تَعَالَى { وَلِذِي الْقُرْبَى } لَا يَخْتَصُّ بِقَرَابَةِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دُونَ قَرَابَةِ غَيْرِهِ إِذْ كَانَ الْإِسْمُ يَتَنَاوَلُ الْجَمِيعَ أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى { وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَ بَنِي إِسْرَائِيلَ لَا تَعْبُدُونَ إِلَّا اللَّهَ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَذِي الْقُرْبَى } لَمْ يَخْتَصِّ بِقَرَابَةِ نَبِيِّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دُونَ غَيْرِهِ مِنَ النَّاسِ وَقَدْ كَانَ يَجُوزُ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ قَرَابَةُ الْخَلِيفَةِ أَوْ قَرَابَةُ الْغَانِمِينَ أَوْ أَمِيرِ الْجَيْشِ وَرَوَى قَتَادَةُ عَنِ الْحَسَنِ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ قَرَابَةُ الْخُلَفَاءِ فَلَمَّا لَمْ يَكُنْ فِي الْآيَةِ دَلَالَةٌ

عَلَى تَنْصِيبِ قَرَابَةِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دُونَ غَيْرِهِمْ جَعَلَ اللَّفْظَ مُجْمَلًا مُفْتَقِرًا إِلَى الْبَيَانِ وَسَقَطَ الْإِحْتِجَاجُ بِعُمُومِهِ .

أَثَقَانِي

قوله لِيَأْنِ الْعَوَظُ

أَيُّ وَهُوَ خُمْسُ الْخُمْسِ

قوله مَنْ يَنْتَبِتُ فِي حَقِّهِ الْمُعَوَّضُ

أَيُّ وَهُوَ الصَّدَقَةُ لَوْلَا الْقَرَابَةُ وَاسْتِحْقَاقُهُمْ لِلصَّدَقَةِ لَوْلَا الْقَرَابَةُ بِاعْتِبَارِ الْفَقْرِ فَكَذَا السَّهْمُ دِرَآئَةً

قوله يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أُعْطِيَ بَنِي الْمُطَلَبِ

أَيُّ لَمَّا قَسَمَ عَنَائِمَ خَبِيرٍ .

كَأَكِّي .

قوله وَالْمُرَادُ بِالنُّصْرَةِ الْخُ

لَمْ يَرِدْ بِالنُّصْرَةِ نُصْرَةُ الْقِتَالِ فَإِنَّ ذَلِكَ كَانَ مَوْجُودًا فِي عُثْمَانَ وَجُبَيْرٍ وَإِنَّمَا أَرَادَ نُصْرَةَ الْجَمْعِ بِهِ وَالْمُؤَانَسَةَ فِي حَالِ مَا هَجَرَهُ النَّاسُ عَلَى مَا رَوَى أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا بَعَثَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ بَنِي هَاشِمٍ حَسَدَتْهُمْ قُرَيْشٌ فَتَعَاهَدُوا فِيمَا بَيْنَهُمْ أَنْ لَا يُجَالِسُوا بَنِي هَاشِمٍ وَلَا يُكَلِّمُوهُمْ حَتَّى يَدْفَعُوا إِلَيْهِمْ مُحَمَّدًا لِيَقْتُلُوهُ وَتَعَاهَدَ بَنُو هَاشِمٍ عَلَى الْقِيَامِ بِنُصْرَتِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَدَخَلَ بَنُو نَوْفَلٍ وَبَنُو عَبْدِ شَمْسٍ فِي عَهْدِ قُرَيْشٍ وَدَخَلَ بَنُو الْمُطَلَبِ فِي عَهْدِ بَنِي هَاشِمٍ حَتَّى دَخَلُوا مَعَهُمُ الشَّعْبَ فَكَأَنُوا فِيهِ ثَلَاثَ سِنِينَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَتَّى أَكَلُوا الْعِلَهَزَ مِنَ الْجَهْدِ .

مُسْتَصْفَى

قوله والاول اظهر

قال في الكافي وهو الأصح .

(وَسَهُمُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَقَطَ بِمَوْتِهِ كَالصَّفِيِّ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَسْتَحِقُّهُ بِالرَّسَالَةِ وَلَا رَسُولَ بَعْدَهُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ كَيْفَ أَضَافَ إِلَيْهِ بِاسْمِ الرَّسُولِ يَقُولُهُ وَلِلرَّسُولِ وَكَذَا الصَّفِيُّ وَهُوَ شَيْءٌ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَصْطَفِيهِ لِنَفْسِهِ وَيَسْتَعِينُ بِهِ عَلَى أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ وَكَانَتْ صَفِيَّةٌ مِنَ الصَّفِيِّ رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى

الشرح

قوله كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصطفيه لنفسه

أي مثل درع أو سيف أو جارية .

هَذَايَةُ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ أَيَّ يَخْتَارُهُ قَبْلَ الْخُمْسِ قَالَ مُحَمَّدٌ فِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ قَالَ { كَانَ سَيْفُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذُو الْفَقَارِ الَّذِي تَنَفَّلَهُ يَوْمَ بَدْرٍ كَانَ سَيْفَ الْعَاصِ بْنِ مُنْيَةَ بْنِ الْحَجَّاجِ { فَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُحْمَلْ مِنَ الْحِنَةِ وَذَكَرَ هِشَامُ بْنُ مُحَمَّدٍ فِي السَّائِبِ الْكَلْبِيِّ عَنْ أَبِيهِ فِي كِتَابِ السُّيُوفِ { كَانَ سَيْفُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذُو الْفَقَارِ وَكَانَ لِلْعَاصِ بْنِ مُنْيَةَ بْنِ الْحَجَّاجِ السَّهْمِيُّ فَقَتَلَهُ عَلِيٌّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ يَوْمَ بَدْرٍ وَجَاءَ بِسَيْفِهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَصَارَ بَعْدَ لِعَلِيٍّ أَعْطَاهُ إِيَّاهُ النَّبِيُّ { وَلَهُ يَقُولُ الْقَائِلُ لَا سَيْفَ إِلَّا ذُو الْفَقَارِ وَلَا فَتَى إِلَّا عَلِيٌّ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَلْبِيِّ وَمَا ذَكَرَهُ الرَّمَخَشَرِيُّ فِي فَائِقِهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَنَفَّلَهُ فِي غَزْوَةِ بَدْرٍ بَنِي الْمُصْطَلِقِ لَيْسَ بِصَحِيحٍ لِرِوَايَةِ مَنْ هُوَ أَقْدَمُ وَأَعْلَمُ .

أثقاني

قوله وكانت صفية من الصفي

أي من غنائم خيبر .

كافي

(وَإِنْ دَخَلَ جَمْعٌ ذُو مَنَعَةٍ دَارَهُمْ بِلَا إِذْنِ خَمْسٍ مَا أَخَذُوا وَإِلَّا لَا) يَعْنِي وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا ذَوِي مَنَعَةٍ لَا يُخَمَّسُ لِأَنَّ الْخُمْسَ وَظِيفَةَ الْغَنِيمَةِ وَهِيَ الْمَأْخُودَةُ قَهْرًا وَغَلْبَةً وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِالْمَنَعَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ مَنَعَةٌ يَكُونُ أَخْذُهُمْ اخْتِلَاسًا وَسَرِقَةً لَا قَهْرًا وَغَلْبَةً فَلَا يُخَمَّسُ وَإِنْ دَخَلُوا بِإِذْنِ الْإِمَامِ فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يُخَمَّسُ لِأَنَّهُ لَمَّا أَذِنَ لَهُمْ التَّزَمَ نُصْرَتُهُمْ بِالْإِمْدَادِ فَصَارَ كَالْمَنَعَةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا دَخَلُوا بِغَيْرِ إِذْنِهِ حَيْثُ لَا يُخَمَّسُ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ نُصْرَتُهُمْ إِذْ لَيْسَ فِيهِ وَهْنٌ لِلْمُسْلِمِينَ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ لَهُمْ مَنَعَةٌ حَيْثُ يُخَمَّسُ لِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ نُصْرَتُهُمْ كَيْ لَا يَلْزَمَ

وَهْنُ الْمُسْلِمِينَ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُنْفِلَ) يَقُولُهُ { مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ } وَيَقُولُهُ { لِلْسَّرِيَّةِ جَعَلْتَ لَكُمْ الرَّبْعَ بَعْدَ الْخُمْسِ } لِأَنَّهُ تَحْرِيطٌ عَلَى الْقِتَالِ وَهُوَ مُنْدُوبٌ إِلَيْهِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ } وَحَرَّضَ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِالتَّنْفِيلِ عَلَى الْقِتَالِ فَقَالَ { مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا لَهُ عَلَيْهِ بَيْنَةٌ فَلَهُ سَلْبُهُ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَابْنُ خَرَّازٍ وَمُسْلِمٌ { وَنَفَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الرَّبْعَ بَعْدَ الْخُمْسِ فِي رَجْعَتِهِ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُدَ .

{ وَكَانَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يُنْفِلُ فِي الْبِدَايَةِ الرَّبْعَ وَفِي الرَّجْعَةِ الثُّلُثَ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَابْنُ مَاجَهَ وَالتِّرْمِذِيُّ فَكَانَ الزِّيَادَةُ فِي الرَّجْعَةِ لِأَجْلِ أَنَّهُمْ يَكُونُونَ وَقَوْلُهُ بَعْدَ الْخُمْسِ لَيْسَ عَلَى سَبِيلِ الشَّرْطِ ظَاهِرًا لِأَنَّهُ لَوْ نَفَلَ بِرُبْعِ الْكُلِّ جَازَ وَإِنَّمَا وَقَعَ ذَلِكَ اتِّفَاقًا أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ نَفَلَ السَّرِيَّةُ بِالْكَُلِّ جَازَ فَهَذَا أَوْلَى ثُمَّ قَدْ يَكُونُ التَّنْفِيلُ بِغَيْرِ مَا ذَكَرَ هُنَا

كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ أَوْ يَقُولُ مَنْ أَخَذَ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ وَيَدْخُلُ الْإِمَامُ نَفْسُهُ فِي قَوْلِهِ مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ بَابِ الْقَضَاءِ وَإِنَّمَا هُوَ بَابُ اسْتِحْقَاقِ الْغَنِيمَةِ وَلِهَذَا يَدْخُلُ فِيهِ كُلُّ مَنْ يَسْتَحِقُّ الْغَنِيمَةَ سَهْمًا أَوْ رَضَخًا فَلَا يُتَنَفَّلُ بِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ مَنْ قَتَلْتُهُ أَنَا فَلِي سَلْبُهُ حَيْثُ لَا يَسْتَحِقُّ لِأَنَّهُ خَصَّ نَفْسَهُ بِهِ فَصَارَ مُتَّهَمًا وَبِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ مَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ حَيْثُ لَا يَدْخُلُ لِأَنَّهُ مَيَّزَ نَفْسَهُ مِنْهُمْ ثُمَّ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ السَّلْبَ بِقَتْلِهِ إِذَا كَانَ الْمَقْتُولُ مُبَاحًا فَقَتْلُهُ حَتَّى لَا يَسْتَحِقُّ السَّلْبَ بِقَتْلِ النِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ وَالْمَجَانِينِ لِأَنَّ التَّنْفِيلَ تَحْرِيطٌ عَلَى الْقِتَالِ وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي الْمُقَاتِلِ حَتَّى لَوْ قَاتَلَ الصَّبِيَّ فَقَتَلَهُ اسْتَحَقَّ سَلْبُهُ لِأَنَّهُ مُبَاحُ الدَّمِ وَيَسْتَحِقُّ بِقَتْلِ الْمَرِيضِ وَالْأَجِيرِ مِنْهُمْ وَالتَّاجِرِ فِي عَسْكَرِهِمُ وَالذَّمِّيَّ الَّذِي نَفَضَ الْعَهْدَ وَخَرَجَ إِلَيْهِمْ لِأَنَّ بَنِيَّتَهُمْ صَالِحَةٌ لِلْقِتَالِ أَوْ هُمْ مُقَاتِلُونَ بِرَأْيِهِمْ وَلَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُنْفَلَ بِكُلِّ الْمَأْخُودِ وَذَكَرَ فِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ إِذَا قَالَ الْإِمَامُ لِلْعَسْكَرِ مَا أَصَبْتُمْ فَهُوَ لَكُمْ بَعْدَ الْخُمْسِ أَوْ لَمْ يَقُلْ بَعْدَ الْخُمْسِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ التَّنْفِيلِ التَّحْرِيطُ عَلَى الْقِتَالِ وَإِنَّمَا يَحْصُلُ ذَلِكَ بِتَخْصِصِ الْبَعْضِ بِشَيْءٍ وَفِيهِ إِبْطَالُ تَفْضِيلِ الْفَارِسِ عَلَى الرَّاجِلِ أَوْ إِبْطَالُ الْخُمْسِ فَلَا يَجُوزُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قوله في المتن وإن دخل جمع ذو منعة الخ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَإِذَا دَخَلَ الْوَاحِدُ أَوْ الْاِثْنَانِ دَارَ الْحَرْبِ مُغِيرَيْنِ بَغِيرِ إِذْنِ الْإِمَامِ فَأَخَذُوا شَيْئًا لَمْ يُخَمَّسْ .

وَفِي الْمُنْيَةِ وَالثَّلَاثَةِ فِي حُكْمِ الْاِثْنَيْنِ وَفِي الْأَرْبَعَةِ يُخَمَّسُ وَيُوضَعُ فِي بَيْتِ الْمَالِ وَفِي الْمُحِيطِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَدَّرَ الْجَمَاعَةَ الَّتِي لَا مَنَعَةَ لَهَا بِتِسْعَةِ نَفَرٍ وَالَّتِي لَهَا مَنَعَةٌ بِعَشْرَةٍ .

دِرَايَةً قَالَ فِي السَّيْرِ الصَّغِيرِ الرَّجُلُ وَالرَّجُلَانِ يَخْرُجَانِ مِنْ دَارِ الْإِسْلَامِ فَيَغِيرَانِ فِي أَرْضِ الْحَرْبِ فَيَصِيبَانِ الْغَنَائِمَ لَا يُخَمَّسُ مَا أَصَابُوا وَلَوْ بَعَثَ الْإِمَامُ رَجُلًا وَاحِدًا طَلِيعَةً مِنَ الْعَسْكَرِ فَأَصَابَ غَنِيمَةً تُخَمَّسُ وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا أَوْ رَجُلَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً أَوْ لَا مَنَعَةَ لَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَوْ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ دَخَلُوا دَارَ الْحَرْبِ بَغِيرِ إِذْنِ الْإِمَامِ فَأَصَابُوا غَنَائِمَ فَأَخْرَجُوهَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ كَانَ ذَلِكَ كُلُّهُ لَهُمْ وَلَا خُمْسَ فِيهِ فَإِنْ كَانَ الْإِمَامُ أَذِنَ لَهُ خُمْسَ مَا أَصَابُوا وَكَانَ مَا بَقِيَ بَيْنَهُمْ عَلَى سَهَامِ الْغَنِيمَةِ إِلَى هُنَا لَفْظُهُ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِذْنَ وَإِذَا لَمْ يُوجَدْ صَارَ أَخَذَهُمْ كَأَخْذِ اللَّصِّ وَلَا خُمْسَ

فِيهِ لِأَنَّ الْخُمْسَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْمَأْخُودِ قَهْرًا وَغَلَبَةً وَلَمْ يُوجَدْ شَيْءٌ مَّا يَأْخُذُهُ كُلُّ وَاحِدٍ لَا يُشْرِكُهُ فِيهِ أَصْحَابُهُ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالًا عَلَى أَصْلِ الْإِبَاحَةِ كَالصَّيْدِ وَالْحَطَبِ وَإِنْ اجْتَمَعُوا عَلَى أَخْذِ شَيْءٍ وَاحِدٍ فَهُوَ بَيْنَهُمْ كَسَائِرِ الْمَبَاحَاتِ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ وَإِنْ دَخَلُوا

أَيَّ مَنْ لَا مَنَعَةَ لَهُمْ

قَوْلُهُ بَخِلَافِ مَا إِذَا دَخَلُوا بغيرِ إِدْبِهِ حَيْثُ لَا يُخَمَّسُ

وَلَا يُقَالُ قَوْلُهُ تَعَالَى { وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ } مُطْلَقٌ فَيَنْبَغِي أَنْ يُخَمَّسَ وَجِدَ الْإِذْنُ أَوْ لَمْ يُوجَدْ لِأَنَّا نَقُولُ الْغَنِيمَةُ عِنْدَ الْعَرَبِ هُوَ الْمَأْخُودُ قَهْرًا وَغَلَبَةً وَمَا أَخَذَهُ اللَّصُّ سُرْقَةً وَمَا أَخَذَهُ الْوَاحِدُ وَالِاثْنَانِ جَهْرًا خِلْسَةً فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْغَنِيمَةِ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَلِلْإِمَامِ أَنْ يَنْقَلِ الْخ

لَمَّا كَانَ التَّنْفِيلُ أَمْرًا يَتَعَلَّقُ بِالْغَنِيمَةِ ذَكَرَهُ بَعْدَ ذِكْرِ الْغَنَائِمِ يُقَالُ نَقَلَ السُّلْطَانُ فُلَانًا إِذَا أَعْطَاهُ سَلْبَ قَتِيلٍ قَتْلَهُ وَنَقَلَ نَقْلًا وَنَقْلَهُ تَنْفِيلًا لُغَتَانِ فَصِيحَتَانِ كَذَا قَالَ ابْنُ دُرَيْدٍ وَالتَّنْفِيلُ بَفَتْحَتَيْنِ الْغَنِيمَةُ وَجَمْعُهَا أَنْفَالٌ .

أَثَقَانِي وَقَوْلُهُ وَلِلْإِمَامِ أَنْ يَنْقَلِ أَيَّ فِي حَالِ الْقِتَالِ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ فِي حَالِ الْقِتَالِ لِأَنَّ التَّنْفِيلَ عِنْدَنَا إِنَّمَا يَصِحُّ إِذَا كَانَ قَبْلَ الْإِصَابَةِ وَعِنْدَ الْأَوَزَاعِيِّ يَصِحُّ بَعْدَ الْإِصَابَةِ فِي حَقِّ السَّلْبِ لِلْقَاتِلِ كَذَا ذَكَرَهُ فِي الْأَسْرَارِ

قَوْلُهُ وَبِقَوْلِهِ لِلْسَّرِيَّةِ جَعَلَتْ لَكُمْ الرُّبْعَ بَعْدَ الْخُمْسِ

أَيَّ بَعْدَ رَفْعِ الْخُمْسِ .

قَوْلُهُ وَحَرَضَ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِالتَّنْفِيلِ عَلَى الْقِتَالِ فَقَالَ مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا لَهُ الْخ

وَقَوْلُهُ { صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا } تَسْمِيَّةٌ لِلشَّيْءِ بِاسْمِ مَا يُثْبَلُ إِلَيْهِ كَقَوْلِهِ تَعَالَى { أَعْصِرْ خَمْرًا } وَقَوْلُهُ تَعَالَى { إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ } .

قَوْلُهُ فَهَذَا أَوْلَى

أَيُّ لَأَنَّ التَّصَرُّفَ إِلَيْهِ وَقَدْ تَكُونُ الْمَصْلَحَةُ فِيهِ لِشَجَاعَةِ أَوْلَيْكَ وَكَفَايَتِهِمْ .

قَوْلُهُ وَلَا يَتَّبِعِي لَهُ أَنْ يَنْفُلَ بِكُلِّ الْمَأْخُودِ

أَيُّ لَأَنَّ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْبَاقِينَ مِنَ الْغُرَاةِ وَمَعَ هَذَا لَوْ فَعَلَ جَازَ لِمَا رَأَى فِيهِ مِنَ الْمَصْلَحَةِ .

(وَيَنْفُلُ بَعْدَ الْإِحْرَازِ مِنَ الْخُمْسِ فَقَطْ) يَعْنِي لَا يَجُوزُ أَنْ يَنْفُلَ بَعْدَ إِحْرَازِ الْغَنِيمَةِ بَدَارِ الْإِسْلَامِ إِلَّا مِنَ الْخُمْسِ لِأَنَّ حَقَّ الْعَانِمِينَ قَدْ تَأَكَّدَ فِيهِ بِالْإِحْرَازِ فِي الدَّارِ وَلِهَذَا يُورَثُ مِنْهُ لَوْ مَاتَ فَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُ حَقِّهِمْ وَلَيْسَ لَهُمْ فِي الْخُمْسِ حَقٌّ فَجَازَ لِلْإِمَامِ أَنْ يَنْفُلَ مِنْهُ فَإِنْ قِيلَ حَقُّ الْفُقَرَاءِ أَيْضًا تَأَكَّدَ فِي الْخُمْسِ فَوَجَبَ أَنْ لَا يَجُوزَ إِبْطَالُهُ كَمَا يَجُوزُ إِبْطَالُ حَقِّ الْعَانِمِينَ فَلَمَّا جَازَ ذَلِكَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْمَدْفُوعَ إِلَيْهِ مَصْرُوفٌ بَأَن كَانَ فَقِيرًا وَهَذَا لِأَنَّ الْمُسْتَحِقَّ لِلْخُمْسِ فَقِيرٌ غَيْرُ مُعَيَّنٍ فَإِذَا جَازَ صَرَفُهُ إِلَى فَقِيرٍ غَيْرِ مُقَاتِلٍ فَصَرَفُهُ إِلَى فَقِيرٍ مُقَاتِلٍ أَوْلَى لِأَنَّ فِيهِ مَصْلَحَةٌ لِلْمُسْلِمِينَ وَصَرَفَ الْمَالِ إِلَى الْمُسْتَحِقِّ وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ غَنِيًّا فَلَا يَجُوزُ لِمَا فِي هَذَا التَّنْفِيلِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ الْأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالسَّلْبُ لِلْكُلِّ إِنْ لَمْ يَنْفُلْ) أَيُّ السَّلْبُ لِجَمِيعِ الْجُنْدِ مِنْ جُمْلَةِ الْغَنِيمَةِ إِذَا لَمْ يَنْفُلْ بِهِ الْقَاتِلُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ هُوَ لِلْقَاتِلِ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ أَنْ يُسَهَّمَ لَهُ وَقَدْ قَتَلَهُ مُقْبِلًا لِمَا رَوَيْنَا وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ نَصَبُ شَرْعٍ لَأَنَّهُ بَعَثَ لَهُ وَلِأَنَّ الْقَاتِلَ مُقْبِلًا أَكْثَرُ عَنَاءٍ فَيَخْتَصُّ بِسَلْبِهِ إِظْهَارًا لِلتَّفَاوُتِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ .

وَلَمَّا قَوْلُهُ تَعَالَى { وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ } وَهُوَ غَنِيمَةٌ وَلِهَذَا لَا يَسْتَحِقُّهُ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ الْغَنِيمَةَ بِغَيْرِ مُبَاشَرَةٍ وَإِنَّمَا قُلْنَا إِنَّهُ غَنِيمَةٌ لِأَنَّهُ مَأْخُودٌ بِقُوَّةِ الْجَيْشِ إِذْ لَوْ لَا الْجَيْشُ لَمَا حَصَلَ السَّلْبُ وَلَا تُعْتَبَرُ الْمُبَاشَرَةُ أَلَا تَرَى أَنَّ الرَّدَّ يَسْتَحِقُّ الْغَنِيمَةَ بِغَيْرِ مُبَاشَرَةٍ قِتَالٍ فَيَقْسِمُ قِسْمَةَ الْغَنَائِمِ وَمَا رَوَاهُ يُحْتَمَلُ التَّنْفِيلُ فَيُحْمَلُ

عَلَيْهِ تَوْفِيقًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا تَلَوْنَا وَالَّذِي يَدُلُّ عَلَيْهِ مَا رَوَى { عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ انْتَهَيْتُ إِلَى أَبِي جَهْلٍ يَوْمَ بَدْرٍ وَهُوَ صَرِيحٌ يَذُبُّ النَّاسَ عَنْهُ بِسَيْفٍ لَهُ فَجَعَلْتُ أَتَنَاولُهُ بِسَيْفٍ لِي غَيْرِ طَائِلٍ فَأَصَبْتُ يَدَهُ فَندَرَ سَيْفُهُ فَأَخَذَتْهُ فَضْرَبْتَهُ حَتَّى قَتَلْتَهُ ثُمَّ أَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَخْبَرْتُهُ فَتَفَلَّنِي بِسَلْبِهِ { رَوَاهُ أَحْمَدُ وَلَوْ كَانَ السَّلْبُ لِلْقَاتِلِ لَمَا صَحَّ التَّنْفِيلُ بِهِ وَيَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّ عَادَتَهُمْ كَانَتْ جَارِيَةً بِأَنَّ السَّلْبَ كَانَ مِنْ جُمْلَةِ الْغَنِيمَةِ وَإِنَّمَا قَالَ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا لَهُ عَلَيْهِ بَيْنَةٌ فَلَهُ سَلْبُهُ يَوْمَ حُنَيْنٍ لَمَّا أَصَابَهُمْ مَا أَصَابَهُمْ } وَأَرَادَ بِذَلِكَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَحْرِيزَهُمْ عَلَى الْقِتَالِ حَتَّى رَوَى أَنَّ أَبَا قَتَادَةَ لَمَّا سَمِعَ الْمَقَالَهَ طَلَبَ سَلْبَ قَتِيلِهِ وَأَخَذَهُ بَعْدَ مَا كَانَ تَرَكَهُ وَأَخَذَ أَبُو طَلْحَةَ يَوْمَئِذٍ سَلْبَ عَشْرِينَ رَجُلًا وَالَّذِي يَدُلُّكَ عَلَى مَا قُلْنَا أَنَّ { خَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ مَنَّعَ رَجُلًا سَلْبَ قَتِيلِهِ وَكَانَ عَلَيْهِمْ أَمِيرًا فَأَخْبَرَ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِذَلِكَ فَقَالَ لَهُ أَعْطِهِ ثُمَّ قَالَ لَا تُعْطِهِ { وَلَوْ كَانَ نَصَبُ شَرْعٍ لَمَا وَقَعَ ذَلِكَ وَالْحَدِيثُ صَحِيحٌ رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَأَحْمَدُ وَلَا يُقَالُ

لَعَلَّ هَذَا مُتَقَدِّمٌ لِأَنَّ عَوْفَ بْنَ مَالِكٍ ذَكَرَ أَنَّهُ قَالَ لِخَالِدٍ وَهُوَ الرَّاوي لِهَذَا الْحَدِيثِ أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى بِالسَّلْبِ لِلْقَاتِلِ قَالَ بَلَى لَكِنْ اسْتَكْرَهَتْهُ وَلَوْ كَانَ نَصَبُ شَرِّعٍ لَاسْتَحَقَّهُ وَإِنْ كَثُرَ وَلَمْ يَنْهَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْهُ وَإِنَّمَا مَنَعَهُ خَالِدٌ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْقُلْهُمْ بِهِ فِي تِلْكَ الْغَزْوَةِ وَزِيَادَةُ الْقِتَالِ لَا تُعْتَبَرُ فِي جَنْسٍ وَاحِدٍ عَلَى مَا بَيْنَنَا مِنْ قَبْلُ وَلَيْسَ فِي

الْحَدِيثِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ قَتَلَهُ مُقْبِلًا فَاشْتَرَاهُ يَكُونُ زِيَادَةً وَهُوَ نُسَخَ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ ثُمَّ إِذَا مَاتَ الْمُقْتُولُ عَلَى فَوْرِهِ فَلَا إِشْكَالَ فِيهِ أَنَّ سَلْبَهُ يَكُونُ لِلْقَاتِلِ وَإِنْ تَأَخَّرَ مَوْتُهُ فَإِنْ لَمْ تُقَسِّمِ الْغَنِيمَةُ قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ فَكَذَلِكَ وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَلَا يَسْتَحِقُّ مِنْ سَلْبِهِ شَيْئًا لِأَنَّهُ بِالْإِحْرَازِ تَأَكَّدَ مِلْكُ الْغَانِمِينَ فِيهِ وَإِنْ اخْتَلَفَ الْقَاتِلُ وَالْغَانِمُونَ فِي مَوْتِهِ فَقَالَ مَاتَ قَاتِلُهَا وَقَالُوا هُمْ مَاتَ بَعْدَهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ لِأَنَّهُمْ يُنْكِرُونَ وَلَوْ أَنَّهُ وَاحِدٌ وَقَتْلُهُ آخَرٌ فَالسَّلْبُ لِمَنْ أَنَحْنَهُ وَلَوْ مَاتَ فَسَلْبُهُ الْمُشْرِكُونَ ثُمَّ وَقَعَ سَلْبُهُ فِي الْغَنِيمَةِ لَا يَأْخُذُهُ الْقَاتِلُ وَلَوْ حُرِّهُ نَفْسُهُ وَلَمْ يَسْلُبُوا مِنْهُ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ فَسَلَبُوهُ فَهُوَ لِلْقَاتِلِ وَالْفَرْقُ أَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ السَّلْبَ بِالْأَخْذِ فَانْقَطَعَ مِلْكُ الْقَاتِلِ وَإِذَا لَمْ يَسْلُبُوا مِنْهُ لَمْ يَمْلِكُوا مِنْهُ شَيْئًا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قوله (وقد قتله مقبلاً) حال من المفعول

قوله وما رواه يُحْتَمَلُ التَّنْفِيلُ

أَيُّ بَلِّ هُوَ الظَّاهِرُ لِأَنَّ مِثْلَ ذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ لِنَصَبِ الشَّرِّعِ إِذَا قَالَهُ بِالْمَدِينَةِ فِي مَسْجِدِهِ وَلَمْ يُنْقَلْ أَنَّهُ قَالَ ذَلِكَ إِلَّا يَوْمَ بَدْرٍ وَحَنَيْنٍ حِينَ انْهَزَمُوا لِلْحَاجَةِ إِلَى التَّحْرِيزِ .

(وَهُوَ مَرْكَبُهُ وَتِيَابُهُ وَسِلَاحُهُ وَمَا مَعَهُ) يَعْنِي السَّلْبُ هُوَ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ لِلْعُرْفِ وَكَذَا مَا عَلَى مَرْكَبِهِ مِنَ السَّرَجِ وَالْأَلَةِ وَكَذَا مَا مَعَهُ عَلَى الدَّابَّةِ مِنْ مَالِهِ فِي حَفِيَّتِهِ أَوْ فِي وَسْطِهِ وَمَا عَدَا ذَلِكَ فَلَيْسَ بِسَلْبٍ هَكَذَا ذَكَرَ فِي الْهَدَايَةِ وَفِي الْمُحِيطِ وَلَوْ قَالَ الْأَمِيرُ مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ فَرَسُهُ فَقَتَلَ رَجُلٌ رَجُلًا وَمَعَ غُلَامِهِ فَرَسٌ قَاتِمٌ بِجَنْبِهِ بَيْنَ الصَّفَيْنِ يَكُونُ فَرَسُهُ لِلْقَاتِلِ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْإِمَامِ قَتْلُ مَنْ كَانَ مُتَمَكِّنًا مِنَ الْقِتَالِ فَارْسًا وَهَذَا مُتَمَكِّنٌ مِنْهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ بِجَنْبِهِ لِأَنَّهُ لَا يَتِمَكَّنُ إِلَّا بِالْإِعْرَاضِ عَنِ الْقِتَالِ ثُمَّ حُكِمَ التَّنْفِيلُ قَطَعَ حَقَّ الْبَاقِينَ عَنْهُ فَأَمَّا الْمَلِكُ فَلَا يَثْبُتُ لَهُ حَتَّى يُحْرَزَ بِدَارِ الْإِسْلَامِ لِمَا بَيْنَنَا مِنْ قَبْلُ حَتَّى لَوْ قَالَ الْإِمَامُ مَنْ أَصَابَ جَارِيَةً فَهِيَ لَهُ فَاصْبَاهَا رَجُلٌ وَاسْتَبْرَاهَا لَا يَحِلُّ لَهُ وَطُوعُهَا وَلَا يَبْعُهَا وَكَذَا لَوْ أَثْلَفَ السَّلْبُ غَيْرُهُ مِنَ الْغَزَاةِ بَعْدَ مَا أَخَذَهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ وَفِيهِ خِلَافٌ مُحَمَّدٌ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ بِنَفْسِ التَّنْفِيلِ عِنْدَهُ لِأَنَّهُ اخْتَصَّ بِهِ كَالْمُسْلِمِ إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً فِي دَارِ الْحَرْبِ يَحِلُّ لَهُ وَطُوعُهَا بَعْدَ الْإِسْتِبْرَاءِ فَكَذَا هَذَا بِخِلَافِ الْمُتَلَصِّصِ إِذَا أَخَذَ جَارِيَةً فِي دَارِ الْحَرْبِ وَاسْتَبْرَاهَا حَيْثُ لَا يَجُوزُ لَهُ وَطُوعُهَا لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا لِعَدَمِ الْإِخْتِصَاصِ بِهَا حَتَّى لَوْ لَحِقَهُ جَيْشُ الْمُسْلِمِينَ فِي دَارِ الْحَرْبِ شَارَكُوهُ فِيهَا وَعِنْدَهُمَا لَا يَثْبُتُ الْمَلِكُ إِلَّا بِالْقَهْرِ وَلَا يَتِمُّ الْقَهْرُ إِلَّا بِالْإِحْرَازِ بِالْدَّارِ كَمَا فِي الْغَنِيمَةِ فِي حَقِّ الْجَيْشِ لِأَنَّهُ قَبْلَ الْإِحْرَازِ قَاهِرٌ يَدَا مَقْهُورٌ دَارًا فَيَكُونُ السَّبَبُ ثَابِتًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ وَلَا أَثَرٌ لِلتَّنْفِيلِ فِي إِثْمَامِ الْقَهْرِ وَإِنَّمَا أَثَرُهُ فِي إِفَادَةِ

التَّخْصِيسِ وَقَطَعَ الشَّرِكَةَ فَأَمَّا السَّبَبُ لِلْمَلِكِ بَعْدَ التَّنْفِيلِ فَهُوَ الَّذِي كَانَ سَبَبًا قَبْلَهُ فَأَشْبَهَ الْمُتَلَصِّصَ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ بِخِلَافِ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَاةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّ السَّبَبَ فِيهَا الْعَقْدُ وَالْقَبْضُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

قوله في المتن وما معه

أَيُّ لَا عَبْدَهُ وَمَا مَعَهُ وَدَابَّتُهُ وَمَا عَلَيْهَا وَمَا فِي بَيْتِهِ .

كافي

قوله حقيقته

الْحَقِيقَةُ الْعَجِيزَةُ ثُمَّ سَمِيَ مَا يُحْمَلُ مِنَ الْقَمَاشِ عَلَى الْفَرَسِ خَلْفَ الرَّأْكِبِ حَقِيقَةً مَجَازًا لِأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْعَجْزِ كَذَا فِي الْمِصْبَاحِ .

قوله لَا يَحِلُّ لَهُ وَطُؤُهَا وَلَا بَيْعُهَا

وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَحِلُّ لَهُ وَطُؤُهَا وَهُوَ قَوْلُ الْأَئِمَّةِ الثَّلَاثَةِ .

فَتْحٌ

قوله لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا لِعَدَمِ الْإِخْتِصَاصِ بِهَا

قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ فِي شَرْحِ الزِّيَادَاتِ أَجْمَعُوا فِيمَنْ دَخَلَ مُتَلَصِّصًا دَارَ الْحَرْبِ فَأَخَذَ جَارِيَةً وَاسْتَبْرَأَهَا بِحَيْضَةٍ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطُؤُهَا حَتَّى يُخْرِجَهَا ثُمَّ يَسْتَبْرِئَهَا .

أَتَقَانِي

باب استيلاء الكفار

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (سَبَى التَّرْكُ الرُّومَ وَأَخَذُوا أَمْوَالَهُمْ مَلَكُوهَا) لِأَنَّ الْإِسْتِيلَاءَ فِي الْمُبَاحِ سَبَبُ الْمَلِكِ وَقَدْ تَحَقَّقَ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي كَافِرٍ اسْتَوْلَى عَلَى كَافِرٍ آخَرَ أَوْ عَلَى مَالِهِ فِي دَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّ الْكَافِرَ يَمْلِكُ بِمُبَاشَرَةٍ سَبَبُ الْمَلِكِ كَالِاخْتِطَابِ وَالِاصْطِيَادِ وَالشِّرَاءِ وَنَحْوِ ذَلِكَ فَكَانَ بِهَذَا السَّبَبِ كَالْمُسْلِمِ بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ الدُّنْيَا لَهُمْ وَالْكَفَّارُ بَعْضُهُمْ يَسْتَحِلُّ دِمَاءَ بَعْضٍ وَأَمْوَالَهُمْ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْمِلَلِ وَالْمَلِكِ فَوَجَبَ أَنْ يَمْلِكُوهُمْ بِالْإِسْتِيلَاءِ كَمَا يَمْلِكُ الْمُسْلِمُ بِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَلَكْنَا مَا نَجِدُهُ مِنْ ذَلِكَ إِنْ غَلَبْنَا عَلَيْهِمْ) أَيُّ مِنَ الَّذِي سَبَّوهُ مِنَ الرُّومِ أَوْ أَخَذُوهُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ لِأَنَّهُ لَمَّا مَلَكُوهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ التَّحَقُّوا بِسَائِرِ أَمْوَالِهِمْ فَكَمَا تَمْلِكُ عَلَيْهِمْ سَائِرُ أَمْوَالِهِمْ تَمْلِكُ عَلَيْهِمْ هَذَا الْمَالُ قَالَ رَحِمَهُ

اللَّهُ (وَإِنْ غَلَبُوا عَلَى أَمْوَالِنَا وَأَحْرَزُوهَا بِدَارِهِمْ مَلَكُوهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَمْلِكُونَهَا لِأَنَّ اسْتِيلَاءَ الْكُفَّارِ مَحْظُورٌ حِينَ أَخَذُوا وَحِينَ أَحْرَزُوا بِدَارِهِمْ لَوُرُودِهِ عَلَى مَالٍ مَعْصُومٍ .
وَالْمَحْظُورُ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلْمَلِكِ لِأَنَّهُ حُكْمٌ مَشْرُوعٌ فَيَسْتَدْعِي سَبَبًا مَشْرُوعًا وَالْمَحْظُورُ لَيْسَ بِمَشْرُوعٍ وَلِأَنَّ الْمَلِكَ نِعْمَةٌ وَالنَّعْمَةُ لَا تُنَاطُ بِالْمَحْظُورِ فَصَارَ كَاسْتِيلَاءِ الْمُسْلِمِ عَلَى مَالِ الْمُسْلِمِ وَكَاسْتِيلَائِهِمْ عَلَى رِقَابِنَا وَلَا يُقَالُ أَنَّهُمْ لَيْسُوا بِمُخَاطَبِينَ فَكَيْفَ تَثْبُتُ الْحُرْمَةُ فِي حَقِّهِمْ لِأَنَّهُمْ مُخَاطَبُونَ بِالْحُرْمَاتِ كَالزَّانِ وَالرَّبَا فَتَثْبُتُ الْحُرْمَةُ فِي حَقِّهِمْ كَالْمُسْلِمِ وَلَنَا أَنَّ الْحُرْمَاتِ فِي الْأَمْوَالِ تَثْبُتُ عَلَى مُنَافَاةِ الدَّلِيلِ وَالْأَصْلُ فِيهِ الْحِلُّ وَلَا يَكُونُ مَعْصُومًا لِقَوْلِهِ تَعَالَى { هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي

الْأَرْضِ جَمِيعًا } إِلَّا أَنَّ الْعِصْمَةَ فِيهِ لِمَنْ اخْتَصَّ بِهِ بِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ كَالشَّرَاءِ وَغَيْرِهِ ضَرُورَةٌ تُمْكِّنُهُ مِنَ الْإِثْتِفَاعِ بِهِ قَطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ فَإِذَا زَالَ تُمْكِنُهُ بِسَبَبٍ إِحْرَازِهِمْ بِدَارِهِمْ عَادَ إِلَى الْأَصْلِ وَلَمْ يَبْقَ مَعْصُومًا فَصَارَ كَالصَّيْدِ وَغَيْرِهِ مُبَاحُ الْأَصْلِ فَيَمْلِكُونَهُ وَالْأَصْلُ عَلَيْهِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَمَّى الْمُهَاجِرِينَ فُقَرَاءَ بِقَوْلِهِ { لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ } مَعَ وَجُودِ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَلَوْ كَانَ مَلِكُهُمْ بَاقِيًا لَصَارُوا أَغْنِيَاءَ بِهِ .

وَقَالَ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ هَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ دَارٍ } وَلَوْ كَانَ مَلِكُهُمْ بَاقِيًا لَمَا اسْتَقَامَ ذَلِكَ فَعَلِمَ بِذَلِكَ أَنَّ اسْتِيلَاءَهُمْ عَلَى مَالِ مُسْلِمٍ يُوجِبُ الْمَلِكَ لَهُمْ بِخِلَافِ اسْتِيلَاءِ الْمُسْلِمِ عَلَى مَالِ الْمُسْلِمِ لِأَنَّ تُمْكِنَهُ مِنَ الْإِثْتِفَاعِ بِهِ قَائِمٌ فَتَبَقِيَ عِصْمَتُهُ وَبِخِلَافِ رِقَابِنَا لِأَنَّهُمَا لَمْ تُخْلَقْ مَحَلًّا لِلتَّمْلُكِ لِأَنَّ الْآدَمِيَّ خُلِقَ لِيَمْلِكَ لَا لِيُتَمْلَكَ وَإِنَّمَا تَثْبُتُ فِيهِ مَحَلِّيَةُ الْمَلِكِ بِالْكَفْرِ الْعَارِضِ وَبِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُحْرَزُوهَا بِدَارِهِمْ لِأَنَّ مَلِكَهُمْ بِالْإِسْتِيلَاءِ وَيَتَحَقَّقُ ذَلِكَ بِالْإِحْرَازِ بِدَارِهِمْ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ يَسْتَنْقِذُونَهَا مِنْهُمْ مَا لَمْ يُحْرَزُوهَا بِدَارِهِمْ وَالْمَحْظُورُ لِعَبْرِهِ لَا يَمْنَعُ الْمَشْرُوعِيَّةَ كَالْبَيْعِ عِنْدَ أَذَانِ الْجُمُعَةِ وَالطَّوَافِ مَعَ الشَّتْمِ وَالصَّلَاةِ فِي الْأَرْضِ الْمَعْصُومَةِ وَالِاشْتِعَالِ بِالْقِرَاءَةِ أَوْ النَّفَالَةِ عِنْدَ ضَيْقِ الْوَقْتِ فَإِنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مَحْظُورَةٌ لِعَبْرِهَا وَهِيَ مَشْرُوعَةٌ بِنَفْسِهَا حَتَّى يَسْتَحِقَّ بِهَا الثَّوَابَ الْجَزِيلَ الْأَجَلَ فَمَا ظَنُّكَ بِالْقَلِيلِ الْعَاجِلِ وَهُوَ الْمَلِكُ فِي الدُّنْيَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

بَابُ اسْتِيلَاءِ الْكُفَّارِ (لَمَّا ذَكَرَ قَبْلَ هَذَا اسْتِيلَاءَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى أَمْوَالِ الْكُفَّارِ ذَكَرَ هُنَا حَالَ اسْتِيلَاءِ الْكُفَّارِ عَلَى أَمْوَالِ كُفَّارٍ أُخَرَ فِي دَارِ حَرْبٍ أُخْرَى أَوْ عَلَى أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ مِنَ الْمَسَائِلِ قَالَهُ الْأَنْقَانِيُّ قَوْلُهُ أَوْ عَلَى أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ قَالَ الْكَمَالُ وَتَقَدَّمَ الْأَوَّلُ عَلَى الثَّانِي ظَاهِرٌ .

قوله في المتن سبى الشرك الروم

الشَّرْكُ جَمْعُ تُرْكِيٍّ وَالرُّومُ جَمْعُ رُومِيٍّ وَالْمُرَادُ كُفَّارُ التُّرْكِ وَكُفَّارُ الرُّومِ .

أَنْقَانِيُّ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ الرُّومُ مَا نَصَّهُ قَالَ الْجَوْهَرِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ هُمْ مِنْ وَلَدِ الرُّومِ بْنِ عِصْمٍ يُقَالُ رُومِيٌّ وَرُومٌ مِثْلُ زَنْجِيٍّ وَزَنْجٍ فَلَيْسَ بَيْنَ الْوَاحِدِ وَالْجَمْعِ إِلَّا الْبَاءُ الْمُشَدَّدَةُ كَمَا قَالُوا ثَمَرَةٌ وَتَمَرٌ فَلَمْ يَكُنْ بَيْنَ الْوَاحِدِ وَالْجَمْعِ إِلَّا الْهَاءُ وَقَالَ فِي الْمِصْبَاحِ وَالتُّرْكُ جِيلٌ مِنَ النَّاسِ

وَالْجَمْعُ أَتْرَاكَ الْوَاحِدِ تُرْكِيٌّ مِثْلُ رُومٍ وَرُومِيٌّ قَوْلُهُ زِنْجِيٌّ بِكَسْرِ الزَّيِّ وَالْفَتْحِ لَعَةُ مِصْبَاحٍ .

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَمَلَكْنَا مَا نَجِدُهُ مِنْ ذَلِكَ

أَيُّ وَإِنْ كَانَ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الرُّومِ مُوَادَعَةٌ لَأَنَّا لَمْ نَعْدِرْهُمْ إِنَّمَا أَخَذْنَا مَالًا خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِمْ وَلَوْ كَانَ بَيْنَنَا وَبَيْنَ كُلِّ مِنَ الطَّائِفَتَيْنِ مُوَادَعَةٌ فَاقْتَتَلُوا فَغَلَبَتْ إِحْدَاهُمَا فَإِنَّ لَنَا أَنْ نَشْتَرِيَ الْمَعْنُومَ مِنْ مَالِ الطَّائِفَةِ الْأُخْرَى مِنَ الْعَانِمِينَ لِمَا ذَكَرْنَا وَفِي الْخُلَاصَةِ وَالْإِحْرَازِ بَدَارِ الْحَرْبِ شَرْطٌ أَمَّا بَدَارِهِمْ فَلَا وَلَوْ كَانَ بَيْنَنَا وَبَيْنَ كُلِّ مِنَ الطَّائِفَتَيْنِ مُوَادَعَةٌ وَاقْتَتَلُوا فِي دَارِنَا لَا نَشْتَرِي مِنَ الْعَانِمِينَ شَيْئًا لِأَنَّهُمْ لَمْ يَمْلِكُوهُ لِعَدَمِ الْإِحْرَازِ فَيَكُونُ شِرَاؤُنَا غَدْرًا بِالْآخَرِينَ فَإِنَّهُ عَلَى مِلْكِهِمْ وَأَمَّا لَوْ اقْتَتَلَتْ طَائِفَتَانِ فِي بَلَدَةٍ وَاحِدَةٍ فَهَلْ

يَجُوزُ شِرَاءُ الْمُسْلِمِ الْمُسْتَأْمِنِ مِنَ الْعَانِمِينَ نَفْسًا أَوْ مَالًا يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ إِنْ كَانَ بَيْنَ الْمَأْخُودِ وَبَيْنَ الْآخِذِ قَرَابَةٌ مُحَرَّمَةٌ كَالْأُمِّيَّةِ أَوْ كَانَ الْمَأْخُودُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لِلْآخِذِ لَمْ يَجْزِ إِلَّا إِنْ دَانُوا ذَلِكَ عِنْدَ الْكَرْحِيِّ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَإِنْ دَانُوا بِأَنْ مَنْ قَهَرَ آخَرَ مَلَكَهُ جَازَ الشِّرَاءُ وَإِلَّا لَا .

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ إِنْ غَلَبْنَا عَلَيْهِمْ

أَيُّ عَلَى التُّرْكِ .

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَإِنْ غَلَبُوا عَلَى أَمْوَالِنَا وَأَحْرَزُوهَا بَدَارِهِمْ مَلَكُوهَا

وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ إِلَّا أَنَّ عِنْدَ مَالِكٍ يَمْلِكُونَهَا بِمُجَرَّدِ الْإِسْتِيلَاءِ بِدُونِ الْإِحْرَازِ وَلِأَحْمَدَ رَوَايَتَانِ فِي رِوَايَةٍ مَعَ مَالِكٍ وَفِي رِوَايَةٍ مَعَنَا .

كَأَكِيٍّ

قَوْلُهُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يَمْلِكُونَهَا

أَيُّ وَإِنْ أَحْرَزُوهَا بَدَارِهِمْ .

أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ لَوْرُودِهِ عَلَى مَالٍ مَعْصُومٍ

أَيُّ إِذْ سَبَبُ عِصْمَتِهِ إِسْلَامُ صَاحِبِهِ بِقَوْلِهِ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَإِذَا قَالُوهَا عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ } وَهُوَ بَاقٍ فَيَبْقَى الْحَظَرُ .

كَأَيُّ

قَوْلُهُ وَالْمَحْظُورُ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلْمَلِكِ

أَرَادَ بِهِ الْمَحْظُورَ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ أَمَّا الْمَحْظُورُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ لَا يُعِيدُ الْمَلِكُ بِالِاتِّفَاقِ كَالْبَيْعِ بِالْمَيْتَةِ أَوْ الدَّمِ أَوْ الْخَمْرِ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ لَا يَصْلُحُ إلَخَ مَا نَصَّهُ أَيُّ عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ قَاعِدَتِهِ .

فَتَحْ

قَوْلُهُ وَكَاسْتَيْلَانِهِمْ عَلَى رِقَابِنَا

قَالَ الْكَمَالُ وَلِأَنَّ النَّصَّ دَلٌّ عَلَيْهِ وَهُوَ مَا رَوَى الطَّحَاوِيُّ مُسْنَدًا إِلَى عِمْرَانَ بْنِ الْحُصَيْنِ قَالَ { كَانَتْ الْعَضْبَاءُ مِنْ سَوَابِقِ الْحَاجِّ فَأَغَارَ الْمُشْرِكُونَ عَلَى سَرْحِ الْمَدِينَةِ وَفِيهِ الْعَضْبَاءُ وَأَسْرَوْا امْرَأَةً مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَكَانُوا إِذَا نَزَلُوا يُرِيحُونَ إِبْلَهُمْ فِي أَفْنِيَّتِهِمْ فَلَمَّا كَانَتْ ذَاتَ لَيْلَةٍ قَامَتِ الْمَرْأَةُ وَقَدْ نَوَّمُوا فَجَعَلَتْ لَا تَضَعُ يَدَهَا عَلَى بَعِيرٍ إِلَّا رَغَا حَتَّى أَتَتْ عَلَى الْعَضْبَاءِ فَأَتَتْ عَلَى نَاقَةٍ ذُلُولٍ فَرَكَبَتْهَا ثُمَّ وَجَّهَتْ قِبَلَ الْمَدِينَةِ وَتَدَرَّتْ لِعَيْنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ نَجَّاهَا عَلَيْهَا لَتَنْحَرَّتْهَا فَلَمَّا قَدِمَتْ عَرَفَتِ النَّاقَةَ فَأَتَوْا بِهَا النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَخْبَرَتْهُ الْمَرْأَةُ بِنَذْرِهَا فَقَالَ تَبَسُّمًا جَزِيئَتَهَا أَوْ وَفَيْتَهَا لَا وَفَاءَ لِنَذْرِ فِي مَعْصِيَةِ اللَّهِ وَلَا فِيمَا لَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ وَفِي لَفْظٍ فَأَخَذَ نَاقَتَهُ { وَلَوْ كَانَ الْكُفَّارُ يَمْلِكُونَ بِالْإِحْرَازِ لَمَلَكْتُهَا الْمَرْأَةُ

قَوْلُهُ وَلَوْ كَانَ مِلْكُهُمْ بَاقِيًا لَصَارُوا أَغْنِيَاءَ بِهِ

أَيُّ وَلَيْسَ مَنْ يَمْلِكُ مَالًا وَهُوَ فِي مَكَانٍ لَا يَصِلُ إِلَيْهِ فَقِيرًا بَلْ هُوَ مَخْصُوصٌ بِابْنِ السَّبِيلِ وَلِذَا عُطِفُوا عَلَيْهِمْ فِي نَصِّ الصَّدَقَةِ .

فَتَحْ

قَوْلُهُ وَقَالَ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ هَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ دَارٍ }

قَالَ الْكَمَالُ وَأَمَّا مَا اسْتَدَلَّ بِهِ الشَّارْحُونَ مِمَّا فِي الصَّحِيحَيْنِ أَنَّهُ { فِيلٌ لَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي الْفَتْحِ أَيْنَ تَنْزِلُ بِمَكَّةَ فَقَالَ وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ مَنْزِلٍ } وَرَوِيَ { أَتْنَزِلُ غَدًا بِدَارِكَ فَقَالَ وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ رِبَاعٍ } وَإِنَّمَا قَالَهُ لِأَنَّ عَقِيلًا كَانَ اسْتَوْلَى عَلَيْهِ وَهُوَ عَلَى كُفْرِهِ غَيْرُ صَحِيحٍ لِأَنَّ الْحَدِيثَ إِنَّمَا هُوَ دَلِيلٌ أَنَّ الْمُسْلِمَ لَا يَرِثُ الْكَافِرَ فَإِنَّ عَقِيلًا إِنَّمَا اسْتَوْلَى عَلَى الرَّبَاعِ بِإِثْنِهِ إِيَّاهَا مِنْ أَبِي طَالِبٍ فَإِنَّهُ تَوَفَّى وَتَرَكَ عَلَيْهَا وَجَعَفَرًا مُسْلِمِينَ وَعَقِيلًا وَطَالِبًا كَافِرَيْنِ فَوَرَّثَاهُ إِلَّا أَنَّ الدَّارَ كَانَتْ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَلَمَّا هَاجَرَ اسْتَوْلَى عَلَيْهَا

فَمَلَكُوهَا بِالْأَسْتِيلَاءِ

قَالَ الْكَمَالُ عِنْدَ قَوْلِهِ وَإِذَا غَلَبُوا عَلَى أَمْوَالِنَا وَأَحْرَزُوهَا بِدَارِهِمْ مَلَكُوهَا

وَلِلْجُمْهُورِ أَوْجُهُ مِنَ الثَّقَلِ وَالْمَعْنَى ثُمَّ قَالَ وَأَمَّا الْمَعْنَى فَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ الْأَسْتِيلَاءُ وَرَدَّ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ يَعْنِي الْأَسْتِيلَاءُ الْكَائِنُ بَعْدَ الْإِحْرَازِ فِي حَالِ الْبَقَاءِ وَرَدَّ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ فَيَنْعَقِدُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ كَأَسْتِيلَانَا عَلَى أَمْوَالِهِمْ فَإِنَّهُ مَا تَمَّ لَنَا الْمِلْكُ فِيهِ إِلَّا لِهَذَا الْمَعْنَى وَهَذَا أَيْ كَوْنُهُ مُبَاحًا إِذْ ذَاكَ لَأَنَّ الْعِصْمَةَ تَبَيَّنَتْ عَلَى مَنَاطِ الدَّلِيلِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى { الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا } فَإِنَّهُ يَفْتَضِي إِبَاحَةَ الْأَمْوَالِ بِكُلِّ حَالٍ وَإِنَّمَا تَبَيَّنَتْ ضَرُورَةُ تَمَكُّنِ الْمُحْتَاجِ مِنَ الْإِثْفَاعِ فَإِذَا زَالَتِ الْمُكْنَةُ مِنَ الْإِثْفَاعِ عَادَ مُبَاحًا وَزَوَّالَهَا عَلَى التَّحْقِيقِ وَالْبَقِيَّةِ تَبَيَّنَ الدَّارَيْنِ فَإِنَّ الْإِحْرَازَ حِينَئِذٍ يَكُونُ تَامًا وَهُوَ الْإِقْتِدَارُ عَلَى الْمَحَلِّ حَالًا وَمَالًا بِالْإِدْخَارِ إِلَى وَقْتِ حَاجَتِهِ بِخِلَافِ أَهْلِ الْبُعْيِ إِذَا أَحْرَزْنَا أَمْوَالَهُمْ لَا تَزُولُ أَمْلاكُهُمْ لَأَنَّ الْعِصْمَةَ وَمُكْنَةَ الْإِثْفَاعِ ثَابِتَةٌ مَعَ اتِّحَادِ الدَّارِ وَالْمِلَّةِ مِنْ وَجْهِ فَلَا يَزُولُ الْمِلْكُ بِالشُّكِّ .

قَوْلُهُ فَعِلْمٌ بِذَلِكَ أَنَّ اسْتِيلَاءَهُمْ عَلَى مَالٍ مُسْلِمٍ يُوجِبُ الْمِلْكَ لَهُمْ

فَإِنْ قِيلَ كَيْفَ يَمْلِكُونَ أَمْوَالَنَا بِالْأَسْتِيلَاءِ وَقَدْ قَالَ تَعَالَى { وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا } وَالتَّمْلِكُ بِالْقَهْرِ مِنْ أَقْوَى جِهَاتِ السَّبِيلِ فَلَمَّا تَنَازَلَ الْمُؤْمِنِينَ وَهُمْ لَا يَمْلِكُونَهُمْ بِالْأَسْتِيلَاءِ وَحَقُّ الْإِسْتِرْدَادِ لِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ لَا يَدُلُّ عَلَى قِيَامِ الْمِلْكِ فَلِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ فِي هَيْبَتِهِ وَيُعِيدَ إِلَى قَدِيمِ مِلْكِهِ مَعَ زَوَالِ مِلْكِهِ .

كَافِي

(وَإِنْ غَلَبْنَا عَلَيْهِمْ فَمَنْ وَجَدَ مِلْكَهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ أَخَذَهُ مَجَانًا وَبَعْدَهَا بِالْقِيَمَةِ) أَيْ إِنْ غَلَبَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى أَهْلِ الْحَرْبِ فَمَنْ وَجَدَ مِنْهُمْ مَالَهُ الَّذِي أَخَذَهُ الْعَدُوُّ قَبْلَ أَنْ تُقَسَّمَ الْغَنِيمَةُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ أَخَذَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَإِنْ وَجَدَهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَخَذَهُ بِالْقِيَمَةِ لِمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ { إِنْ الْمُشْرِكِينَ أَحْرَزُوا نَافَةَ رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ بِدَارِهِمْ ثُمَّ وَقَعَتْ فِي الْغَنِيمَةِ فَخَاصِمٌ فِيهَا الْمَالِكُ الْقَدِيمُ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إِنْ وَجَدَهَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَهِيَ لَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَإِنْ وَجَدَهَا بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَهِيَ لَكَ بِالْقِيَمَةِ إِنْ شِئْتَ فَعَلَى { هَذَا يُحْمَلُ كُلُّ مَا رُوِيَ عَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ رَدَّهُ إِلَى مَالِكِهِ أَوْ يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ اسْتَخْلَصَ مِنْهُمْ قَبْلَ أَنْ يُحْرَزُوهُ بِدَارِهِمْ ثُمَّ رَدَّهُ إِلَى أَصْحَابِهِ وَلِأَنَّ الْمَالِكَ الْقَدِيمَ زَالَ مِلْكُهُ بِغَيْرِ رِضَاهُ فَكَانَ لَهُ حَقُّ الْإِسْتِرْدَادِ نَظَرًا لَهُ غَيْرَ أَنْ فِي الْأَخْذِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ ضَرَرًا بِالْمَأْخُذِ مِنْهُ بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ الْخَاصِّ فَيَأْخُذُ بِالْقِيَمَةِ إِنْ شَاءَ لِيَعْتَدِلَ النَّظَرُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَالشَّرِكَةُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ عَامًّا فَيَقِلُّ الضَّرَرُ فَيَأْخُذُهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَبَعْدَهَا بِالْقِيَمَةِ

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَأْخُذُونَ فِي الْوَجْهَيْنِ بِغَيْرِ شَيْءٍ لِأَنَّ الْمِلْكَ لَمْ يَتَّبِعْ لِلْكَفَّارِ عِنْدَهُ أَثْقَانِيٌّ

قَوْلُهُ وَإِنْ وَجَدَهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَخَذَهُ بِالْقِيَمَةِ

هَذَا إِذَا كَانَ قِيَمِيًّا فَإِنْ كَانَ مِثْلِيًّا كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ فَوَجَدَهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ لَا يَأْخُذُ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي أَخْذِهِ بِمِثْلِهِ فَلَا يُشْرَعُ مَا لَا فَائِدَةَ فِيهِ .

مَبْسُوطٌ قَالَ النَّاطِقِيُّ فِي كِتَابِ الْبُيُوعِ مِنَ الْأَجْنَاسِ سَأَلْتُ شَيْخَنَا أَبَا عَبْدِ اللَّهِ الْجُرْجَانِيَّ هَلْ يُورَثُ حَقُّ أَخْذِ الْجَارِيَةِ الْمَأْسُورَةِ فَقَالَ لَا أَعْرِفُهُ مَنصُوصًا وَقَدْ وَجَدْتُ ذَلِكَ مَنصُوصًا ذَكَرَ فِي السِّيَرِ الْكَبِيرِ فِي عَبْدٍ أُسِرَ فَمَاتَ مَوْلَاهُ ثُمَّ وَقَعَ الْعَبْدُ فِي سَهْمِ رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَلَوَرَّثَهُ الْمَيِّتُ أَنْ يَأْخُذُوهُ بِالْقِيَمَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ فَلِلْإِمَامِ الْمُسْلِمِينَ أَنْ يَأْخُذَهُ لِلْمُسْلِمِينَ وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الشُّفْعَةِ إِمْلَاءُ رِوَايَةِ ابْنِ سَمَاعَةَ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يَقُولُ إِنْ لَمْ يَأْخُذْهُ الْمَوْلَى حَتَّى مَاتَ لَمْ يَكُنْ لَوَرَّثِهِ سَبِيلٌ عَلَى أَخْذِهِ مِنْ قَبْلِ أَنْ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ .

قَوْلُهُ وَالشَّرَكَةُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ عَامَّةٌ

أَيُّ بَيْنَ الْغَانِمِينَ فَلَا يُصِيبُ كُلُّ فَرْدٍ مَا يُيَالِي بِفَوْتِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الضَّرَرُ .

كَافِي

قَوْلُهُ فَيَقِلُّ الضَّرَرُ

أَيُّ عَلَيْهِمْ أَيُّ عَلَى الْغَانِمِينَ .

قَوْلُهُ فَيَأْخُذُهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ

أَيُّ أَوْ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَمَّا كَانَ عَامًّا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ حُكْمُ الْمَلِكِ وَلِهَذَا أُوْرِدَ فِي الْأَسْرَارِ أَنَّ وَاحِدًا مِنَ الْغَانِمِينَ لَوْ اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً مِنَ الْمَغْنَمِ لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ لِعَدَمِ الْمَلِكِ بِعُمُومِ الشَّرَكَةِ بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْقِسْمَةِ حَيْثُ يَأْخُذُهُ بِالْقِيَمَةِ لِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَهُ بِلَا شَيْءٍ يَنْضَرُّرُ الْمَالِكُ الْجَدِيدُ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ عَنْ نَصِيْبِهِ فِي الْمَغْنَمِ فَيَقُوتُ ذَلِكَ حِينَئِذٍ فَلَاغْتِدَالِ النَّظَرِ لِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ وَالْجَدِيدِ أَثْبَتْنَا حَقَّ الْأَخْذِ لَكِنْ بِالْقِيَمَةِ .

أَثَقَانِي

(وَبِالْأَمْنِ لَوْ اشْتَرَاهُ تَاجِرٌ مِنْهُمْ) أَيُّ لَوْ اشْتَرَى مَا أَخَذَهُ الْعَدُوُّ مِنْهُمْ تَاجِرٌ وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ أَخَذَهُ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ بِمَنْهِ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ التَّاجِرُ مِنَ الْعَدُوِّ لِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ لَتَضَرَّرَ التَّاجِرُ فَيَأْخُذُهُ بِمَنْهِ لِيَعْتَدِلَ النَّظَرُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَإِنْ اشْتَرَاهُ بَعْرَضٍ أَخَذَهُ بِقِيَمَةِ الْعَرْضِ وَلَوْ كَانَ الْبَيْعُ فَاسِدًا يَأْخُذُهُ بِقِيَمَةِ نَفْسِهِ وَكَذَا لَوْ وَهَبَهُ الْعَدُوُّ لِمُسْلِمٍ يَأْخُذُهُ بِقِيَمَتِهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُمَا إِذْ مَلِكُهُ فِيهِ ثَابِتٌ فَلَا يُزَالُ بِغَيْرِ شَيْءٍ

وَلَوْ كَانَ مِثْلًا فَوَفَّعَ فِي الْغَنِيمَةِ يَأْخُذُهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ لَمَا ذَكَرْنَا وَلَا يَأْخُذُهُ بَعْدَهَا وَكَذَا إِذَا كَانَ مَوْهُوبًا وَكَذَا لَوْ اشْتَرَاهُ التَّاجِرُ شِرَاءً فَاسِدًا وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ أَوْ اشْتَرَاهُ صَحِيحًا بِمِثْلِهِ قَدْرًا وَوَصَفًا لِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَهُ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ لَأَخَذَهُ بِمِثْلِهِ وَهُوَ لَا يُفِيدُ حَتَّى لَوْ اشْتَرَاهُ التَّاجِرُ مِنْهُمْ بِأَقْلٍ مِنْهُ قَدْرًا أَوْ بَارِدًا مِنْهُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ لِأَنَّهُ مُفِيدٌ وَلَا يَكُونُ رَبًّا لِأَنَّهُ يَسْتَخْلِصُ مِلْكَهُ وَيُعِيدُهُ إِلَى مَا كَانَ فَصَارَ فِدَاءً لَا عَوْضًا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قَوْلُهُ لِيَعْتَدِلَ النَّظَرُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ

أَيُّ وَالْقَوْلُ فِي الثَّمَنِ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ كَذَا ذَكَرَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ .

أَتَقَانِي قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ أَيُّ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَمَلَّكُ عَلَيْهِ مَالُهُ بِمَا يُقَرُّ هُوَ بِهِ كَالْمُشْتَرِي مَعَ الشَّفِيعِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْمَالِكُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَقْلٍ فَيُثْبِتُ ذَلِكَ .

كَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ

قَوْلُهُ وَإِنْ اشْتَرَاهُ بَعْرَضٍ

أَيُّ التَّاجِرُ

قَوْلُهُ أَخَذَهُ

أَيُّ الْمَالِكِ الْقَدِيمُ .

قَوْلُهُ وَلَوْ كَانَ مِثْلًا

أَيُّ مَا أَخَذَهُ الْكُفَّارُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ

قَوْلُهُ وَكَذَا إِذَا كَانَ

أَيُّ الْمِثْلِي .

قَوْلُهُ وَكَذَا لَوْ اشْتَرَاهُ

أَيُّ الْمِثْلِيِّ .

قَوْلُهُ أَوْ اشْتَرَاهُ صَحِيحًا بِمِثْلِهِ قَدْرًا وَوَصْفًا

أَيُّ لَا يَأْخُذُ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ أَيْضًا إِذَا كَانَ مَا أَخَذَهُ الْكُفَّارُ مِثًا وَأَحْرَزُوهُ بِدَرَاهِمٍ مُشْتَرِي بِمِثْلِهِ قَدْرًا وَوَصْفًا لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي أَنْ يُعْطِيَ عَشْرَةَ أَفْزَرَةٍ جَيِّدَةٍ وَيَأْخُذُ عَشْرَةَ أَفْزَرَةٍ جَيِّدَةٍ إِلَّا إِذَا اشْتَرَى بِخِلَافِ الْجِنْسِ وَإِلَّا إِذَا اشْتَرَى بِالْأَقْلِ قَدْرًا أَوْ بِالْأَرْدَا مِنْهُ فَحِينَئِذٍ يَكُونُ لِلْمَالِكِ أَخْذُهُ بِمِثْلِ مَا اشْتَرَاهُ لَوْ جُودَ الْفَائِدَةُ .

أَتَّقَانِي

قَوْلُهُ أَوْ بَارِدٍ أَمْنَهُ

أَيُّ أَوْ بِخِلَافِ جِنْسِهِ .

(وَإِنْ فَقَا عَيْتَهُ وَأَخَذَ أَرْضَهُ) أَيُّ لِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ أَنْ يَأْخُذَهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ التَّاجِرُ وَإِنْ فَقِئْتُ عَيْنُ الْعَبْدِ الْمَأْسُورِ فِي يَدِ التَّاجِرِ وَأَخَذَ التَّاجِرُ وَهُوَ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَدُوِّ أَرْضَهَا لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ النَّظَرِ وَلَا يُحِطُ عَنْهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ فِي مِلْكٍ صَحِيحٍ بَعْدَ الْقَبْضِ وَإِنْ كَانَتْ مَقْصُودَةً بِالْإِثْلَافِ بِخِلَافِ الْمَشْفُوعِ لِأَنَّ شِرَاءَهُ مِنْ غَيْرِ رِضَا الشَّفِيعِ مَكْرُوهٌ وَمِلْكُهُ يُنْقَضُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ فَاشْتَبَهَ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ وَفِيهِ تُضْمَنُ الْأَوْصَافُ مُطْلَقًا لِكُونَ الْمَلِكِ غَيْرِ صَحِيحٍ كَمَا يَضْمَنُ فِي الْعَصَبِ فَكَذَا فِي الْمَشْفُوعِ إِذَا كَانَتْ مَقْصُودَةً بِالْإِثْلَافِ حَتَّى لَوْ هَدَمَ الْمُشْتَرِي بِنَاءَهُ أَوْ قَلَعَ شَجَرَهُ يَسْقُطُ عَنْ الشَّفِيعِ حَصْنَتُهُ مِنَ الثَّمَنِ وَفِي الْمُرَابَحَةِ إِنَّمَا أُعْثِرَتِ الْأَوْصَافُ حَتَّى لَا يَبِيعَهَا مُرَابِحَةً بَعْدَ مَا أَتْلَفَهَا مَقْصُودًا لِكُونِهَا مَبْنِيَّةً عَلَى الْأَمَانَةِ بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ وَلِأَنَّ مَا يُعْطِيهِ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ فِدَاءً وَلَيْسَ بِبَدَلٍ فِي حَقِّهِ وَالْفِدَاءُ لَا يُقَابَلُ بِشَيْءٍ مِنَ الْأَوْصَافِ وَلِهَذَا لَوْ تَعَيَّبَ عَنْدهُ لَمْ يَنْقُصْ عَلَى الْمَوْلَى شَيْءٌ وَلِأَنَّ الْأَخْذَ لِلْمَالِكِ تَبَتَّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَيُرَاعَى فِيهِ جَمِيعُ مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِيهِ { إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِالْثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ وَالثَّمَنِ } اسْمٌ لِجَمِيعِهِ فَلَا يُنْقَضُ وَلَا يَأْخُذُ الْمَوْلَى الْقَدِيمُ الْأَرْضَ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُشْتَرِي فِي الْأَرْضِ صَحِيحٌ لَا شُبُهَةَ فِيهِ فَلَوْ أَخَذَهُ أَخَذَهُ بِمِثْلِهِ فَلَا يُفِيدُ وَلَوْ أَخْرَجَهُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَدُوِّ عَنْ مِلْكِهِ بَعُوضٍ يَأْخُذُهُ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ بِذَلِكَ الْعِوَضِ إِنْ كَانَ مَالًا وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَالٍ كَالصُّلْحِ عَنْ دَمٍ أَوْ هَبَةٍ أَخَذَهُ بِقِيَمَتِهِ وَلَا يُنْقَضُ

تَصَرُّفُهُ بِخِلَافِ الشَّفِيعِ لِأَنَّ حَقَّهُ قَبْلَ حَقِّ الْمُشْتَرِي فَيَنْقُصُ تَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي لِأَجْلِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قوله في المثلث وإن فقا عينه

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ فَإِنْ أُسْرُوا عَبْدًا فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَفُقِّتَتْ عَيْنُهُ وَأَخَذَ أَرْضَهَا فَإِنَّ الْمَوْلَى يَأْخُذُ بِالثَّمَنِ الَّذِي أَخَذَ بِهِ مِنَ الْعَدُوِّ وَقَالَ الثَّقَانِيُّ وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي عَبْدٍ لِرَجُلٍ أَسْرَهُ الْعَدُوُّ فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ مِنْ الْمُسْلِمِينَ فَأَخْرَجَهُ فَفُقِّتَتْ عَيْنُهُ فَأَخَذَ الْمَوْلَى أَرْضَهَا ثُمَّ جَاءَ الْمَوْلَى الْأَوَّلُ بِكُمْ يَأْخُذُ الْعَبْدَ قَالَ بِالثَّمَنِ الَّذِي أَخَذَهُ مِنَ الْعَدُوِّ وَأَصْلُهُ أَنَّ الْكُفَّارَ يَمْلِكُونَ أَمْوَالَنَا بِالْإِحْرَازِ بِدَرَاهِمٍ عِنْدَنَا وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ ثُمَّ إِذَا اشْتَرَى رَجُلٌ عَبْدًا مَأْسُورًا مِنَ الْعَدُوِّ صَحَّ شِرَاؤُهُ إِذَا صَحَّ شِرَاؤُهُ صَحَّ مِلْكُهُ فِي الْعَبْدِ لَكِنْ لِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ حَقُّ أَخْذِ رَقَبَةِ الْعَبْدِ إِنْ شَاءَ بِالثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ الْمُشْتَرِي لِحَدِيثِ تَمِيمِ بْنِ طَرْفَةَ وَقَدْ مَرَّ قَبْلَ هَذَا وَلَئِنْ لَوْ أَخَذَهُ مَجَانًّا يَتَضَرَّرُ بِهِ الْمُشْتَرِي وَلَيْسَ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَضُرَّ بَعِيرَهُ لَكِنْ لَيْسَ لِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ أَنْ يَأْخُذَ الْأَرْضَ لِأَنَّهُ إِنَّمَا هُوَ أَحَقُّ بِالرَّقَبَةِ لِإِعَادَةِ الْعَبْدِ إِلَى قَدِيمِ مِلْكِهِ وَالْأَرْضَ حَصَلَ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي صَحِيحًا وَلَيْسَ فِيهِ الْإِعَادَةُ إِلَى قَدِيمِ الْمِلْكِ وَمَعَ هَذَا لَوْ أَخَذَ الْأَرْضَ أَخَذَهُ بِمِثْلِهِ فَلَا فَائِدَةَ فِيهِ لِأَنَّ الْأَرْضَ دَرَاهِمٌ أَوْ دَنَابِيرُ .

أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَبْدَ لَوْ قُتِلَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي خَطَأً فَأَخَذَ قِيمَتَهُ لَمْ يَكُنْ لِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ عَلَيْهِ فِي الْقِيَمَةِ سَبِيلٌ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فَهَكَذَا هُنَا وَفِي الزِّيَادَةِ وَالتَّقْصَانِ رَبًّا وَهُوَ حَرَامٌ ثُمَّ إِذَا لَمْ يَأْخُذَ الْأَرْضَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْطُ شَيْئًا مِنَ الثَّمَنِ بِسَبَبِ فَقْدِ الْعَيْنِ لِأَنَّ الْعَيْنَ بِمَنْزِلَةِ الْوَصْفِ لِأَنَّهُ تَحْصُلُ بِهِ صِفَةُ الْكَمَالِ فِي

الذَّاتِ وَالْأَوْصَافِ لَا يُقَابَلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ وَقَدْ فَاتَ الْوَصْفُ فِي مِلْكٍ صَحِيحٍ وَبِذَهَابِهِ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ تَابِعٌ أَلَا تَرَى لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فَذَهَبَتْ يَدُهُ أَوْ عَيْنُهُ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ بِخِلَافِ الْوَصْفِ فِي مَسْأَلَةِ الشُّفْعَةِ حَيْثُ يُقَابَلُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ وَلِهَذَا إِذَا اسْتَهْلَكَ إِنْسَانٌ شَيْئًا مِنْ بِنَاءِ الدَّارِ الَّتِي فِيهَا الشُّفْعَةُ يَسْقُطُ مِنَ الشُّفْعِ حَصَّتُهُ لِأَنَّ الْمَبِيعَ لَمَّا كَانَ وَاجِبُ الرَّدِّ إِلَى الشُّفْعِ بِتَحَوُّلِ الصُّفْعَةِ إِلَيْهِ صَارَ كَالْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا وَالْوَصْفُ فِيهِ مَضْمُونٌ لِأَنَّهُ وَاجِبُ الرَّدِّ كَمَا فِي الْعَصَبِ فَكَذَا فِيهَا بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّ الْمَلِكَ صَحِيحٌ لِلْمُشْتَرِي مِنَ الْعَدُوِّ فَحَصَلَ الْفَرْقُ قَالَ الْفَقِيه أَبُو اللَّيْثِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ رَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْمَوْلَى يَسْقُطُ عَنْهُ حَصَّةُ الْأَرْضِ مِنَ الْفِدَاءِ فَجَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعِ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ بِالْحَصَّةِ إِذَا اسْتَهْلَكَ إِنْسَانٌ شَيْئًا مِنَ الْبِنَاءِ يُقَالُ فَقَاتَ عَيْنُهُ أَيْ أَخْرَجَتْهَا فِيهِ مَفْقُوءَةٌ .

(قوله فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ) أَيُّ مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْقَبْضَيْنِ وَاجِبُ الْقَبْضِ كَرَاهًا لِحَقِّ الشَّرْعِ .

كافي

(فَإِنْ تَكَرَّرَ الْأَسْرُ وَالشِّرَاءُ أَخَذَهُ الْأَوَّلُ مِنَ الثَّانِي بِثَمَنِهِ ثُمَّ الْقَدِيمُ بِالثَّمَنَيْنِ) مَعْنَاهُ أَنَّ عَبْدَ الرَّجُلِ أَسْرَهُ الْعَدُوُّ فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ تَاجِرٌ فَأَدْخَلَهُ دَارَ الْإِسْلَامِ ثُمَّ أَسْرَهُ الْعَدُوُّ ثَانِيًا فَأَدْخَلُوهُ دَارَ الْحَرْبِ فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ آخَرُ فَأَدْخَلَهُ دَارَ الْإِسْلَامِ أَخَذَهُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ بِثَمَنِهِ ثَانِيًا لِأَنَّ الْأَسْرَ وَرَدَ عَلَى مِلْكِهِ فَيَكُونُ خِيَارُ الْأَخْذِ لَهُ ثُمَّ إِذَا أَخَذَهُ هُوَ يَأْخُذُهُ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ بِالثَّمَنَيْنِ إِنْ شَاءَ أَيُّ الثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ الْأَوَّلُ مِنَ الْحَرْبِيِّ اشْتَرَاهُ بِهِ الثَّانِي مِنَ الْحَرْبِيِّ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلَ قَامَ عَلَيْهِ بِالثَّمَنَيْنِ أَحَدُهُمَا بِالشِّرَاءِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي بِالتَّخْلِيسِ مِنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي وَلَوْ أَرَادَ الْمَالِكُ الْقَدِيمُ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ الْأَسْرَ الثَّانِي لَمْ يَرِدْ عَلَى مِلْكِهِ وَكَذَا لَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ غَائِبًا وَهُوَ الْمَأْسُورُ مِنْهُ ثَانِيًا لَمَّا ذَكَرْنَا وَكَذَا لَوْ اشْتَرَاهُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ مِنَ التَّاجِرِ الثَّانِي لَيْسَ لِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ أَنْ يَأْخُذَهُ لِأَنَّ حَقَّ الْأَخْذِ ثَبَتَ لِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ فِي ضَمَنِ عَوْدِ مِلْكِ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ وَلَمْ يَعُدْ مِلْكُهُ الْقَدِيمِ وَإِنَّمَا مِلْكُهُ بِالشِّرَاءِ الْجَدِيدِ مِنْهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله والثاني بالتخليص من المشتري الثاني

أي فلا يحط من ذلك صيانة لحقه .

كافي

قوله وكذا لو كان المشتري الأول غائباً

أي ليس للأول أن يأخذه اعتباراً بحال حضرته .

كافي وكتب ما نصه فإن أبا المشتري الأول أخذه لا يأخذه المالك القديم لأن حق الأخذ إنما يثبت له في ضمن عود ملك المشتري الأول فإذا لم يثبت المتضمن لا يثبت ما في ضمنه .

درأية

(ولا يملكون حرناً ومُدَبَّرَناً وأُمّاً وَلَدَناً ومُكَاتَبَناً وتَمْلِكُ عَلَيْهِمْ جَمِيعُ ذَلِكَ) يَعْنِي بِالْعَبَةِ لَأَنَّ السَّبَبَ لَا يُفِيدُ الْحُكْمَ إِلَّا فِي مَحَلِّ وَهَؤُلَاءِ مَنْ لَا يَسُوأُ بِمَحَلٍّ لَأَنَّ الْمَحَلَّ لِلْمَلِكِ هُوَ الْمَالُ وَهُمْ لَا يَسُوأُ بِمَالٍ إِذَا الْحُرُّ مَعْصُومٌ بِنَفْسِهِ وَكَذَا غَيْرُهُ لَأَنَّ الْحُرِّيَّةَ قَدْ نَبَتَ فِيهِ مِنْ وَجْهِ بَخْلَافٍ رِقَابِهِمْ لَأَنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ عَصَمَتَهُمْ جَزَاءً عَلَى جَنَائِهِمْ وَجَعَلَهُمْ أَرْقَاءً وَلَا جَنَايَةَ مِنْ هَؤُلَاءِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ نَدَّ إِلَيْهِمْ حَمَلٌ فَأَخَذُوهُ مَلَكُوهُ) لِتَحَقُّقِ الْاسْتِيلَاءِ عَلَيْهِ فَإِذَا أَخَذَهُ أَحَدٌ وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ مَعْنُومًا أَوْ مُشْتَرً فَلِلْمَالِكِ أَنْ يَأْخُذَهُ عَلَى التَّفَاصِيلِ الَّتِي بَيَّنَّاهَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ أَبَقَ إِلَيْهِمْ قَبْلَ لَا) أَيْ لَا يَمْلِكُونَهُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ يَمْلِكُونَهُ لَأَنَّ الْعَصْمَةَ لِحَقِّ الْمَوْلَى ضَرُورَةٌ تَمَكِّنُهُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ وَذَلِكَ بِقِيَامِ يَدِهِ وَقَدْ زَالَتْ وَلِهَذَا الْمَعْنَى إِذَا أَخَذُوهُ مِنْ دَارِ الْإِسْلَامِ مَلَكُوهُ فَصَارَ كَالْحَمَلِ النَّادِّ إِلَيْهِمْ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ أَدْمَى ذُو يَدٍ صَحِيحَةٍ حَتَّى إِذَا أَوْدَعَ وَدِيعَةً لَمْ يَكُنْ لِلْمَوْلَى حَقُّ الْقَبْضِ وَكَذَا إِذَا اشْتَرَى نَفْسَهُ مِنَ الْمَوْلَى لَيْسَ لِلْمَوْلَى أَنْ يَحْسِبَهُ فَيَكُونُ فِي يَدِ نَفْسِهِ وَإِنَّمَا لَا يَظْهَرُ عَلَى نَفْسِهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لِتَحَقُّقِ يَدِ الْمَوْلَى عَلَيْهِ تَمَكِّنًا لَهُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ وَقَدْ زَالَتْ يَدُ الْمَوْلَى بَتَائِنِ الدَّارَيْنِ فَظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَى نَفْسِهِ لِزَوَالِ الْمَانِعِ وَصَارَ مَعْصُومًا بِنَفْسِهِ فَلَمْ يَبْقَ مَحَلًّا لِلتَّمْلِكِ بِخِلَافِ الْمُتَرَدِّدِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لَأَنَّ يَدَ الْمَوْلَى عَلَيْهِ بَاقِيَةٌ لِقِيَامِ أَهْلِ الدَّارِ عَلَيْهِ فَيَمْنَعُ ظُهُورُ يَدِهِ وَلِهَذَا لَوْ وَهَبَهُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ مَلَكَهُ

الابن بالهبة ولو وهبه بعد دخوله دار الحرب لا يملكه بخلاف البعير الناذل لأن العجماء ليس لها يد فإذا خرجت عن يد المولى يملكها من أخذها وإذا لم يثبت الملك لهم في العبد عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ يَأْخُذُهُ الْمَوْلَى الْقَدِيمُ يَعْنِي بِغَيْرِ شَيْءٍ مَعْنُومًا كَانَ أَوْ مُشْتَرًى أَوْ وَجَدَهُ بَعْدَ مَا أَسْلَمَ مِنْ فِي يَدِهِ أَوْ بَعْدَ مَا صَارَ ذِمِّيًّا وَلَكِنْ إِنْ وَجَدَهُ مَعْنُومًا بَعْدَ الْقِسْمَةِ يُعَوِّضُ مَنْ كَانَ فِي يَدِهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِعَادَةَ الْقِسْمَةِ لِتَفَرُّقِ الْغَانِمِينَ وَتَعَذُّرِ اجْتِمَاعِهِمْ وَلَيْسَ لَهُ عَلَى الْمَالِكِ جُعْلُ الْآبِقِ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ بِزَعْمِهِ لِأَنَّهُ يَدْعِي أَنَّهُ مَلَكُهُ سَوَاءً كَانَ

غَارِيًّا أَوْ مُشْتَرِيًّا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قوله في المثنى ولا يملكون حرنا ومُدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا

وَفَائِدَتُهُ أَنَّ الْمَوْلَى يَأْخُذُ هَؤُلَاءِ بِمَا شَاءَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَبَعْدَهَا وَكَذَا إِنْ اشْتَرَى رَجُلٌ وَاحِدًا مِمَّا ذَكَرْنَا مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ بَعْدَ اسْتِيلَائِهِمْ يَأْخُذُهُ الْمَوْلَى بِمَا شَاءَ وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا ذَكَرَهُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ أَنَّ كُلَّ مَا يُمْلِكُ بِالْمِيرَاثِ يُمْلِكُ بِالْأَسْرِ وَالْإِسْتِرْقَاقِ وَالْقَهْرِ وَالْغَلَبَةِ وَهَذَا لِأَنَّ سَبَبَ التَّمْلِكِ وَهُوَ الْإِسْتِيلَاءُ إِنَّمَا يَنْعَقِدُ سَبَبًا إِذَا اتَّصَلَ بِالْمَحَلِّ كَمَا فِي سَائِرِ الْأَسْبَابِ فَلَمْ يَتَّصِلْ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَلَا يَكُونُ سَبَبًا فَلَا يَصِحُّ تَمْلِكُهُمْ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْحَرَ مَعْصُومٌ بِنَفْسِهِ وَمَا بَعْدَهُ لَيْسُوا بِمَحَلٍّ لَهُ لَاسْتِحْقَاقُهُمُ الْحُرِّيَّةَ وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ أَنْ تَتَمْلِكَهُمْ وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ قَدْ ثَبَتَتْ فِيهِ مِنْ وَجْهِ أَيْ فِيمَنْ سِوَى الْحُرِّيَّةِ لَا يُقَالُ إِذَا ظَهَرْنَا عَلَيْهِمْ تَمْلِكُ جَمِيعَهُمْ حُرًّا كَانَ أَوْ مُدَبِّرًا أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ فَيَنْبَغِي أَنْ يَمْلِكُوا أَيْضًا عَلَيْنَا كَذَلِكَ مِنْ غَيْرِ فَرَقَ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْمُدَبِّرِ وَالْمُكَاتَبِ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَبَيْنَ الْعَبْدِ الْقَيْنِ لَأَنَّا نَقُولُ يَجُوزُ تَمْلِكُهُمْ عَلَى بَعْضِهِمْ بِالْقَهْرِ وَالْغَلَبَةِ وَإِنْ كَانَ حُرًّا جَازَ تَمْلِكُنَا عَلَيْهِ وَلَا يَجُوزُ تَمْلِكُنَا عَلَى أَحْرَارِنَا وَمُدَبِّرِنَا وَمُكَاتِبِنَا وَأُمَهَاتِ أَوْلَادِنَا بِالْعُقُودِ فَلَا يَجُوزُ تَمْلِكُهُمْ أَيْضًا .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله في المثنى وإن نَدَا

قَالَ فِي الْمِصْبَاحِ نَدَا الْبَعِيرُ نَدًا مِنْ بَابِ ضَرَبَ وَنَدَادًا بِالْكَسْرِ وَنَدِيدًا ذَهَبَ وَتَفَرَّ عَلَى وَجْهِهِ شَارِدًا فَهُوَ نَادٍ وَالْجَمْعُ نَوَادٍ

قوله في المثنى وإن أبى إليهم فن الخ

قَالَ فِي الْكَافِي وَلَهُ أَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ الْإِسْتِيلَاءُ وَلَمْ يُوجَدْ فَلَمْ يَثْبُتِ الْمِلْكُ وَهَذَا لِأَنَّ

لَهُ يَدًا عَلَى نَفْسِهِ لِأَنَّهُ آدَمِيٌّ مُكَلَّفٌ وَمَعْنَى الْيَدِ الْقُدْرَةُ عَلَى الْحِفْظِ وَالتَّصَرُّفِ وَلِهَذَا لَوْ قَبِضَ مَا وَهَبَ لَهُ تَمَّتْ الْهَبَةُ وَإِذَا اشْتَرَى نَفْسَهُ مِنْ مَوْلَاهُ لِرَجُلٍ لَمْ يَمْلِكِ الْمَوْلَى حَبْسَهُ بِالْثَمَنِ إِلَّا أَنَّهُ أَسْقَطَ اعْتِبَارَ يَدِهِ عَلَى نَفْسِهِ لظُهُورِ يَدِ سَيِّدِهِ عَلَيْهِ لِيَتِمَّكَنَ بِالْإِنْتِفَاعِ بِهِ فَإِذَا زَالَتْ يَدُ سَيِّدِهِ بَانْفِصَالِهِ عَنْ دَارِنَا ظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَى نَفْسِهِ وَرَفَعَتْ يَدُهُ ثُبُوتَ يَدِ الْكَفَرَةِ عَلَيْهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْإِسْتِيلَاءُ فَلَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ كَمَا فِي الْمُكَاتَبِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ أَيْ الْمُسْلِمُ .

هَدَايَةُ قَوْلُهُ لِمُسْلِمٍ هَذَا قَيْدٌ اتَّفَقِي عَلَيْهِ إِذَا كَانَ الْعَبْدُ ذِمِّيًّا فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ ذَكَرَهُ أَبُو الْيُسْرِ .

كَأَكْبَىٰ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ أَبَقَ مَا نَصَّهُ مِنْ بَابِ نَعَبَ وَقَتْلَ فِي لَعَةٍ وَالْأَكْثَرُ مِنْ بَابِ ضَرَبَ .

مَصْبَاحٌ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ قِنْ مَا نَصَّهُ قَالَ فِي الْمَصْبَاحِ الْقِنْ الرَّيْقُ يُطْلَقُ بِلَفْظٍ وَاحِدٍ عَلَى الْوَاحِدِ وَغَيْرِهِ فَيُقَالُ عَبْدٌ قِنْ وَأَمَةٌ قِنْ وَعَبِيدٌ قِنْ بِالْإِضَافَةِ وَبِالْوَصْفِ أَيْضًا وَرَبَّمَا يُجْمَعُ عَلَى أَقْنَانٍ وَأَقْنَةٍ وَهُوَ الَّذِي مُلِكَ هُوَ وَأَبُوهُ وَأَمَّا مَنْ يَغْلِبُ عَلَيْهِ وَيَسْتَعْبِدُ فَهُوَ عَبْدٌ مَمْلُوكَةٌ وَقَالَ فِي الْمَغْرِبِ وَالْقِنْ مِنَ الْعَبِيدِ الَّذِي مُلِكَ هُوَ وَأَبُوهُ وَكَذَلِكَ الْاِثْنَانِ وَالْجَمْعُ وَالْمُؤَنَّثُ وَقَدْ جَاءَ قَنْانٌ وَأَقْنَانٌ وَأَقْنَةٌ وَأَمَّا أَمَةٌ فَتَةً فَلَمْ أَسْمَعْهُ وَعَنْ ابْنِ الْأَعْرَابِيِّ عَبْدٌ قِنْ أَيُّ خَالِصِ الْعُبُودَةِ وَعَلَى ذَا صَحَّ قَوْلُ الْفُقَهَاءِ لَأَنَّهُمْ يَعْنُونَ بِهِ خِلَافَ الْمُدَبِّرِ وَالْمُكَاتِبِ

قَوْلُهُ وَقَالَا يَمْلِكُونَهُ

لَهُمَا أَنَّ الْعَبْدَ مَا لَا يَحُوزُ تَمْلِكُهُ إِذَا وَجِدَ سَبَبَهُ وَقَدْ وَجِدَ سَبَبُ التَّمْلِكِ وَهُوَ اسْتِئْلَاءُ أَهْلِ الْحَرْبِ عَلَيْهِ فَيَمْلِكُونَهُ وَلِهَذَا يَمْلِكُونَ الْآبِقَ الْمُتَرَدِّدَ

فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَالْعَبْدُ الْمَأْذُونُ بِالْدُخُولِ فِي دَارِ الْحَرْبِ إِذَا أَحْرَزَ وَهَمًا بِدَارِهِمْ فَصَارَ اسْتِئْلَاءُهُمْ عَلَيْهِ كَاسْتِئْلَائِهِمْ عَلَى الدَّائِيَةِ الْمُتَفَلَّتَةِ إِلَيْهِمْ وَلِأَيِّ حَقِيقَةٍ أَنَّ الْعَبْدَ كَمَا ائْتَفَصَلَ عَنْ دَارِ الْإِسْلَامِ ظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَيْهِ وَالْمُرَادُ بِظُهُورِ يَدِهِ كَوْنُهُ قَادِرًا عَلَى اسْتِعْمَالِ آلَاتِهِ وَصَرْفِ مَنَافِعِهِ إِلَى حَيْثُ يُرِيدُهُ فِي مَصَالِحِهِ فَإِذَا ظَهَرَتْ يَدُ الْعَبْدِ زَالَتْ يَدُ الْمَوْلَى وَفَاتَتْ قُدْرَةُ انْتِفَاعِهِ بِالْعَبْدِ لِلتَّنَافِي بَيْنَ يَدِ الْمَوْلَى وَيَدِ الْعَبْدِ لِأَنَّ يَدَ الْمَوْلَى عِبَارَةٌ عَنْ الْقُدْرَةِ عَلَى الْمَحَلِّ تَصَرُّفًا كَيْفَ شَاءَ وَيَدُ الْعَبْدِ كَذَلِكَ فَمَحَالٌّ أَنْ يَكُونَ الْمَحَلُّ الْوَاحِدُ مَصْرُوفًا إِلَى جِهَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ فَلَمَّا ظَهَرَتْ يَدُ الْعَبْدِ مَنَعَ ذَلِكَ يَدَ أَهْلِ الْحَرْبِ بِخِلَافِ الدَّائِيَةِ فَإِنَّهُ لَا يَدَ لَهَا تَمْنَعُ أَهْلَ الْحَرْبِ مِنَ الْاسْتِئْلَاءِ وَبِخِلَافِ الْعَبْدِ الْآبِقِ الْمُتَرَدِّدِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَإِنَّهُ فِي يَدِ مَوْلَاهُ حُكْمًا لِأَنَّ الْاِقْتِدَارَ عَلَى الْمَحَلِّ قَائِمٌ بِالطَّلَبِ وَالِاسْتِعَانَةِ بِأَهْلِ الدَّارِ فَلَمْ تَظْهَرْ يَدُ الْعَبْدِ وَبِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ بِالْدُخُولِ فِي دَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّ يَدَ الْمَوْلَى قَائِمَةٌ حُكْمًا أَيْضًا لِأَنَّهُ لَمَّا دَخَلَ بِإِذْنِ الْمَوْلَى صَارَتْ يَدُهُ يَدَ نِيَابَةِ عَنْ الْمَوْلَى إِذِ الظَّاهِرُ أَنَّهُ يَعُودُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ بِخِلَافِ الْآبِقِ لِأَنَّهُ لَمَّا أَبَقَ تَمَرَّدَ عَلَى مَوْلَاهُ وَصَارَ غَاصِبًا مِلْكَ مَوْلَاهُ كَمَا ائْتَفَصَلَ عَنْ دَارِ الْإِسْلَامِ فَلَمْ يَبْقَ لِلْمَوْلَى يَدٌ لَا حَقِيقَةً وَلَا حُكْمًا فَبَطَلَ الْقِيَاسُ .

أَتَقَانِي وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ وَهَذَا الْخِلَافُ فِي عَبْدٍ مُسْلِمٍ أَبَقَ أَمَّا لَوْ ارْتَدَّ الْعَبْدُ فَدَخَلَ دَارَهُمْ فَأَخَذُوهُ . يَمْلِكُهُ الْكُفَّارُ بِالْإِتِّفَاقِ .

كَأَكْبَى .

قَوْلُهُ فَظَهَرَتْ يَدُهُ الْخ

فَإِنْ قِيلَ الْعَبْدُ كَمَا ائْتَفَصَلَ عَنْ دَارِ

الإِسْلَامُ يَفْعُ فِي يَدِ أَهْلِ الْحَرْبِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بَيْنَ الدَّارَيْنِ مَوْضِعٌ آخَرُ فَمَنْ أَيْنَ تَظْهَرُ يَدُ الْعَبْدِ إِذَا انفَصَلَ عَنْ دَارِنَا فَلَوْ كَانَ تَظْهَرُ يَدُهُ لَعَتَقَ كَعَبْدِ الْحَرْبِيِّ إِذَا أَسْلَمَ وَالتَّحَقَّ بِعَسْكَرِ الْمُسْلِمِينَ قُلْتُ لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَيْسَ بَيْنَ الدَّارَيْنِ مَوْضِعٌ بَلْ بَيْنَ الدَّارَيْنِ مَوْضِعٌ حَاجِزٌ بَيْنَهُمَا فَإِذَا وَصَلَ الْعَبْدُ إِلَيْهِ ظَهَرَتْ يَدُهُ فَمَنْعَ يَدِ أَهْلِ الْحَرْبِ وَإِنَّمَا لَمْ يُعْتَقَ لِأَنَّ مِنْ ظُهُورِ يَدِهِ عَلَى نَفْسِهِ لَا يَلْزَمُ زَوَالُ مِلْكِ الْمَوْلَى فَإِنَّهُ لَمَّا ظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَى نَفْسِهِ صَارَ غَاصِبًا مِلْكَ الْمَوْلَى وَجَائِزٌ أَنْ تُوجَدَ الْيَدُ بِلَا مِلْكٍ كَمَا فِي الْمَعْصُوبِ وَالْمُشْتَرِيِّ قَبْلَ الْقَبْضِ فَإِنَّ الْمِلْكَ لِلْمَوْلَى وَالْيَدَ لغيرِهِ بِخِلَافِ عَبْدِ الْحَرْبِيِّ إِذَا أَسْلَمَ وَالتَّحَقَّ بِعَسْكَرِنَا لِأَنَّهُ اسْتَوَلَى عَلَى مَالِ الْحَرْبِيِّ وَهُوَ غَيْرُ مَعْصُومٍ فَيَمْلِكُهُ فَلَمَّا مَلَكَهُ زَالَ مِلْكُ الْمَوْلَى فَلَمَّا زَالَ الْمِلْكُ عَتَقَ .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى

قَوْلُهُ بِخِلَافِ الْمُتَرَدِّدِ

الَّذِي يَدُورُ فِي دَارِنَا .

أَتَقَانِي عَتَقَ

قَوْلُهُ الْعَجْمَاءُ

الْعَجْمَاءُ الْبَهِيمَةُ وَإِنَّمَا سُمِّيَتْ عَجْمَاءَ لِأَنَّهَا لَا تَتَكَلَّمُ فَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْكَلَامِ فَهُوَ أَعْجَمٌ وَمُسْتَعْجَمٌ وَيُقَالُ صَلَاةُ النَّهَارِ عَجْمَاءُ لِأَنَّهُ لَا يُجْهَرُ فِيهَا بِالْقِرَاءَةِ كَذَا فِي مُجْمَلِ اللُّغَةِ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ يُعَوِّضُ مَنْ كَانَ فِي يَدِهِ

أَيِ قِيَمَتُهُ .

كَافِي .

قَوْلُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ

أَيُّ لَأَنَّ نَصِيْبَهُ قَدْ اسْتَحَقَّ فَلَوْ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ لَكَانَ إِجْحَافًا وَلَوْ لَزِمَ الْعَوَضُ عَلَى الْمَالِكِ مَعَ اسْتِمْرَارِ مِلْكِهِ لَكَانَ إِضْرَارًا بِهِ وَتَعَدَّرَ رُجُوعُهُ عَلَى شُرَكَائِهِ فِي الْغَنِيمَةِ لِتَفْرِيقِهِمْ فِي الْقَبَائِلِ يُعَوِّضُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّهُ مُعَدُّ لِنَوَائِبِ الْمُسْلِمِينَ وَهَذَا مِنْ

نَوَائِبِهِمْ وَلِأَنَّهُ لَوْ فَضَّلَ شَيْءٌ يَتَعَدَّرُ قِسْمَتُهُ كُلُّوْلُوهُ تُوَضَّعُ فِي بَيْتِ الْمَالِ فَإِذَا لَحِقَ غَرَمٌ يُجْعَلُ ذَلِكَ فِي بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ الْغَرَمَ مُقَابِلُ بِالْغَنَمِ .

كَافِي

قَوْلُهُ وَلَيْسَ لَهُ

أَيُّ لِلْعَازِي أَوْ التَّاجِرِ .

(وَلَوْ أَبْقَى بَفَرَسٍ وَمَتَاعٍ فَاشْتَرَى رَجُلٌ كُلَّهُ مِنْهُمْ أَخَذَ الْعَبْدَ مَجَانًّا وَغَيْرَهُ بِالثَّمَنِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ يَأْخُذُ الْعَبْدُ أَيْضًا بِالثَّمَنِ إِنْ شَاءَ اعْتِبَارًا لِحَالَةِ الْجَمَاعَةِ بِحَالَةِ الْإِنْفِرَادِ وَقَدْ بَيَّنَّا الْوَجْهَ فِي كُلِّ فَرْدٍ مَعْنُومًا أَوْ مُشْتَرَى فَإِنْ قِيلَ يَنْبَغِي أَنْ يَأْخُذَ الْمَالِكُ الْمَتَاعَ أَيْضًا بِغَيْرِ شَيْءٍ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ ظَهَرَ يَدُ الْعَبْدِ عَلَى نَفْسِهِ ظَهَرَ عَلَى الْمَالِ لِإِنْقِطَاعِ يَدِ الْمَوْلَى عَنِ الْمَالِ لِأَنَّهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَيَدُ الْعَبْدِ أَسْبَقُ مِنْ يَدِ الْكُفَّارِ فَلَا يَصِيرُ مِلْكًا لَهُمْ قُلْنَا ظَهَرَ يَدُ الْعَبْدِ عَلَى نَفْسِهِ مَعَ الْمُنَافِي وَهُوَ الرِّقُّ فَكَانَتْ ظَاهِرَةً مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَجَعَلْنَاهَا ظَاهِرَةً فِي حَقِّ نَفْسِهِ غَيْرِ ظَاهِرَةٍ فِي حَقِّ الْمَالِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قَوْلُهُ فَلَنَا الْخ

قُلْتُ غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ أَنَّ يَدَهُ ظَهَرَ عَلَى نَفْسِهِ بِالْإِنْفِصَالِ مِنْ دَارِ الْإِسْلَامِ فَلَا يَلْزَمُ مِنْ ظُهُورِ الْيَدِ ثُبُوتُ الْمَالِكِيَّةِ لِأَنَّ مَا فِي يَدِهِ مَالٌ مَعْصُومٌ لِمُسْلِمٍ فَلَا يَجُوزُ تَمْلِكُهُ فَيَبْقَى الْمِلْكُ فِي يَدِ الْعَبْدِ كَمَا كَانَ لِصَاحِبِ الْمِلْكِ فَيَمْلِكُهُ أَهْلُ الْحَرْبِ بِالْإِحْرَازِ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ غَيْرُ ظَاهِرَةٍ فِي حَقِّ الْمَالِ

وَفِيهِ نَوْعٌ تَأْمُلُ لِأَنَّ اسْتِثْلَاءَ الْعَبْدِ عَلَى الْمَالِ حَقِيقَةٌ وَجِدَ وَهُوَ مَالٌ مُبَاحٌ فَيَنْبَغِي أَنْ يَمْنَعَ اسْتِثْلَاءُ الْكُفَّارِ كَمَا فِي الصَّيْدِ .

دِرَايَةُ قَوْلُهُ وَفِيهِ نَوْعٌ تَأْمُلُ أَقُولُ فِي هَذَا التَّأْمُلِ تَأْمُلٌ لِأَنَّ الْعَبْدَ مَمْلُوكٌ وَالْمَمْلُوكُ لَا يُمْلِكُ .

(وَإِنْ ابْتِاعَ مُسْتَأْمِنٌ عَبْدًا مُؤْمِنًا وَأَدْخَلَهُ دَارَهُمْ أَوْ أَمَّنَ عَبْدٌ ثَمَّةً فَجَاءَنَا أَوْ ظَهَرْنَا عَلَيْهِمْ عَتَقَ) أَيُّ إِذَا اشْتَرَى كَافِرٌ مُسْتَأْمِنٌ عَبْدًا مُؤْمِنًا وَأَدْخَلَهُ دَارَهُمْ أَوْ أَمَّنَ عَبْدٌ لِحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَخَرَجَ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ أَوْ إِلَى عَسْكَرِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ ظَهَرَ عَلَيْهِمُ الْمُسْلِمُونَ عَتَقَ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ أَمَّا الْأَوَّلُ وَهُوَ مَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا مُسْلِمًا وَدَخَلَ بِهِ دَارَهُمْ فَالْمَذْكُورُ هُنَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا يُعْتَقُ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْإِزَالَةِ كَانَ

بِطَرِيقِ الْبَيْعِ وَقَدْ انْتَهَى ذَلِكَ بِالْذُّخُولِ فِي دَارِهِمْ لِعَجْزِ الْإِمَامِ عَنِ الْإِزْلَامِ فَبَقِيَ فِي يَدِهِ عَبْدًا عَلَى مَا كَانَ لِأَنَّ دَارَ الْحَرْبِ لَا تُنَافِي الْمَلِكُ بَلْ الْإِدْخَالُ فِيهَا سَبَبُ الْمَلِكِ أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ لَوْ أَسْرَوْا عَبْدًا مُؤْمِنًا وَأَحْرَزُوهُ بِدَارِهِمْ مَلَكُوهُ ابْتِدَاءً فَلَا اسْتِدَامَةَ أَوَّلَى لِأَنَّ الْبَقَاءَ أَسْهَلُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ وَلِأَيِّ حَنِيفَةٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْعَبْدَ الْمُسْلِمَ اسْتَحَقَّ الْإِزَالَهَ عَنْ مَلِكِ الْكَافِرِ بِالْبَيْعِ كَمَا لَا يَبْقَى تَحْتَ ذُلِّهِ وَلَا يَذْهَبُ مَالُهُ بِلَا عَوْضٍ مَا دَامَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لِمَا أَنَّ لِمَالِ الْمُسْتَأْمِنِ حُرْمَةً كَمَالِ الذَّمِّ وَإِذَا عَادَ إِلَى دَارِهِمْ سَقَطَتْ عَصْمَةُ مَالِهِ وَعَجَزَ الْقَاضِي عَنْ إِخْرَاجِهِ عَنْ مَلِكِهِ وَعَنْ إِعْتَاظِهِ عَلَيْهِ إِذْ لَا يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ عَلَى مَنْ فِي دَارِهِمْ فَأَقِيمَ إِحْرَازُهُ بِدَارِ الْحَرْبِ مَقَامَ الْقَضَاءِ بِالْعَتَقِ إِقَامَةً لِلشَّرْطِ مَقَامَ الْعِلَّةِ إِذْ تَبَيَّنَ الدَّارَيْنِ شَرْطُ لِرَوَالِ الْمَلِكِ فِي الْحُمْلَةِ .

أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا سَبَى أَحَدَ الرُّوَجَيْنِ نَقَعَ الْفُرْقَةَ بَيْنَهُمَا بِالتَّبَيُّنِ وَالْقِيَاسِ عَلَى مَنْ أَدْخَلُوهُ دَارَهُمْ غَيْرُ صَحِيحٍ لِأَنَّ كَلَامَنَا فِيمَنْ وَجَبَ إِزَالَتُهُ عَنْ مَلِكِهِ وَالَّذِي أَدْخَلُوهُ فِي دَارِهِمْ لَمْ يَمْلِكُوهُ قَبْلَهُ حَتَّى تَجِبَ إِزَالَتُهُ وَإِنَّمَا

مَلَكُوهُ بَعْدَ دُخُولِهِ دَارَهُمْ فَافْتَرَقَا وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا كَانَ الْعَبْدُ ذِمِّيًّا لَأَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى بَيْعِهِ وَلَا يُمَكِّنُ مِنْ إِدْخَالِهِ دَارَ الْحَرْبِ ذَكَرَهُ فِي التَّهْنِئَةِ مَعْزِيًّا إِلَى الْإِبْصَاحِ وَكَذَا إِذَا أَسْلَمَ عَبْدُ الْحَرْبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَاشْتَرَاهُ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ فِي دَارِهِمْ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ لَهُمَا أَنَّ الْعَتَقَ فِي دَارِ الْحَرْبِ يَعْتَمِدُ زَوَالُ الْإِخْتِصَاصِ وَلَمْ يُوْجَدْ إِذْ قَهَرَ الْبَائِعُ زَالَ إِلَى قَهْرِ الْمُشْتَرِي فَصَارَ كَأَنَّهُ فِي يَدِ الْبَائِعِ وَلِأَيِّ حَنِيفَةٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ قَهَرَ الْبَائِعِ زَالَ حَقِيقَةً وَالْحَاجَةُ إِلَى ثُبُوتِ قَهْرِ الْمُشْتَرِي ابْتِدَاءً وَفِي الْمَحَلِّ مَا يُنَافِيهِ فَلَا يَثْبُتُ وَلِأَنَّ إِسْلَامَهُ يَقْتَضِي زَوَالَ قَهْرِ غَيْرِهِ عَلَيْهِ إِلَّا أَنَّهُ تَعَدَّرَ الْخَطَابُ بِالْإِزَالَهَ فَأَقِيمَ مَا لَهُ أَثَرٌ فِي زَوَالِ الْمَلِكِ مَقَامَ الْإِزَالَهَ هَكَذَا ذَكَرَ فِي الْكَافِي وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا أَمَّنَ عَبْدٌ حَرْبِيٌّ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَخَرَجَ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ أَوْ إِلَى عَسْكَرِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ ظَهَرَ عَلَيْهِمُ الْمُسْلِمُونَ فَلَمَّا رُويَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ { أَعْتَقَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْمَ الطَّائِفِ مَنْ خَرَجَ إِلَيْهِ مِنْ عِبِيدِ الْمُشْرِكِينَ } رَوَاهُ أَحْمَدُ .

وَعَنْ الشَّعْبِيِّ عَنْ رَجُلٍ مِنْ ثَقِيفٍ قَالَ { سَأَلْنَا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يُرَدَّ إِلَيْنَا أَبَا بَكْرَةَ وَكَانَ مَمْلُوكًا فَأَسْلَمَ قَبْلَنَا فَقَالَ لَا هُوَ طَلِيقُ اللَّهِ طَلِيقُ رَسُولِهِ } رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَعَنْ عَلِيٍّ قَالَ { خَرَجَ عَبْدَانِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْمَ الْحُدَيْبِيَّةِ قَبْلَ الصُّلْحِ فَكَتَبَ إِلَيْهِ مَوَالِيَهُمْ فَقَالُوا وَاللَّهِ يَا مُحَمَّدُ مَا خَرَجُوا إِلَيْكَ رَغْبَةً فِي دِينِكَ وَإِنَّمَا خَرَجُوا هَرَبًا مِنَ الرِّقِّ فَقَالَ نَاسٌ صَدَّقُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ رُدُّهُمْ إِلَيْهِمْ فَعُضِبَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى

اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ مَا أَرَاكُمْ تَنْتَهُونَ يَا مَعْشَرَ قُرَيْشٍ حَتَّى يَبْعَثَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ مَنْ يَضْرِبُ رِقَابَكُمْ عَلَى هَذَا وَإِنِّي لَنْ أَرُدَّهُمْ وَقَالَ هُمْ عَتَقَاءُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ } رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَلِأَنَّهُ أَحْرَزَ نَفْسَهُ بِالْخُرُوجِ إِلَيْنَا مُرَاعِمًا لِمَوْلَاهُ وَبِالْإِحْقَاقِ بِمَنْعَةِ الْمُسْلِمِينَ إِذَا ظَهَرُوا عَلَى الدَّارِ وَاعْتِبَارُ يَدِهِ أَوَّلَى مِنْ اعْتِبَارِ يَدِ الْمُسْلِمِينَ لِأَنَّهَا أَسْبَقُ ثُبُوتًا عَلَى نَفْسِهِ وَالْحَاجَةُ فِي حَقِّهِ إِلَى زِيَادَةِ تَوْكِيدٍ وَفِي حَقِّهِمْ إِلَى إِبْثَاتِ الْيَدِ ابْتِدَاءً فَكَانَتْ يَدُهُ أَوَّلَى

الشرح

قَوْلُهُ وَقَالَ هُمْ عَتَقَاءُ اللَّهِ (فَعَلِمَ بِهَذَا أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا خَرَجَ مُرَاعِمًا لِمَوْلَاهُ يَكُونُ حُرًّا وَكَذَلِكَ إِذَا ظَهَرَ عَلَى دَارِهِمْ بَعْدَ إِسْلَامِ الْعَبْدِ يَكُونُ حُرًّا لِأَنَّهُ لِمَا التَّحَقُّقِ بِمَنْعَةِ الْمُسْلِمِينَ صَارَ كَأَنَّهُ خَرَجَ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ وَلَا يَكُونُ عَبْدًا لِلْعُرَاةِ لِأَنَّهُمْ يَحْتَاجُونَ إِلَى أَنْ يَمْلِكُوهُ بِالْإِحْرَازِ وَهُوَ يَحْتَاجُ أَنْ يُحْرَزَ نَفْسُهُ لِيَنَالَ شَرَفَ الْحُرِّيَّةِ وَإِحْرَازُهُ أَسْبَقُ مِنْ إِحْرَازِهِمْ فَصَارَ أَوَّلَى لِأَنَّهُ صَارَ صَاحِبَ يَدٍ فِي نَفْسِهِ لَكِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى مَا يُؤَكِّدُ يَدَهُ بِمَنْعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَهُمْ مُحْتَاجُونَ إِلَى إِبْثَاتِ الْيَدِ ابْتِدَاءً فَكَانَ اعْتِبَارُ يَدِهِ أَوَّلَى قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَلَا يَثْبُتُ الْوَلَاءُ مِنْ أَحَدٍ لِأَنَّ هَذَا عِتَقٌ حُكْمِيٌّ وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ إِلَيْنَا وَلَمْ يَظْهَرْ عَلَى الدَّارِ لَمْ يَعْتَقْ إِلَّا إِذَا عَرَضَهُ الْمَوْلَى عَلَى الْبَيْعِ مِنْ مُسْلِمٍ أَوْ كَافِرٍ عَتَقَ الْعَبْدَ قَبْلَ

الْمُشْتَرِي الْبَيْعَ أَوْ لَمْ يَقْبَلْ لِأَنَّ الْعَبْدَ اسْتَحَقَّ حَقَّ الْعَتَاقِ بِالإِسْلَامِ لَكِنَّا نَحْتَاجُ إِلَى سَبَبٍ آخَرَ لِزَوَالِ مِلْكِهِ عَنْهُ وَلَمَّا عَرَضَهُ فَقَدْ رَضِيَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ فَلَأَن يَكُونَ رَاضِيًا بِزَوَالِهِ إِلَى عَبْدِهِ أَوَّلَى لِأَنَّ غَيْرَهُ لَمْ يَسْتَحِقَّ حَقَّ الزَّوَالِ وَعَبْدُهُ اسْتَحَقَّ حَقَّ الزَّوَالِ إِلَى هُنَا لَفْظُ شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ مُرَاعِمًا

قَالَ فِي الْمُعْرَبِ وَقَدْ رَاعِمَهُ إِذَا فَارَقَهُ عَلَى رَعْمِهِ وَمِنْهُ إِذَا خَرَجَ مُرَاعِمًا أَيُّ مُعَاضِبًا وَكَتَبَ مَا نَصُّهُ وَقَيْدَ بِقَوْلِهِ مُرَاعِمًا لِأَنَّهُ إِذَا خَرَجَ إِلَيْنَا غَيْرَ مُرَاعِمٍ فَهُوَ عَبْدٌ لِمَوْلَاهُ يَبِيعُهُ الْإِمَامُ وَيَقِفُ ثَمَنُهُ لِمَوْلَاهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ عَلَى سَبِيلِ التَّغْلِبِ فَصَارَ كَمَالِ الْحَرْبِيِّ الَّذِي دَخَلَ بِهِ مُسْتَأْمِنًا إِلَى دَارِنَا كَذَا فِي الْإِيضَاحِ .

دِرَايَةُ

وَلَوْ أَعْتَقَ حَرْبِيٌّ عَبْدًا حَرْبِيًّا فِي دَارِ الْحَرْبِ وَهُوَ فِي يَدِهِ وَلَمْ يُخْلِهِ أَيُّ قَالَ لَهُ أَخَذًا بِيَدِهِ أَنْتَ حُرٌّ لَا يُعْتَقُ حَتَّى لَوْ أَسْلَمَ وَالْعَبْدُ عَنْدَهُ فَهُوَ مِلْكُهُ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يُعْتَقُ لَصُدُورِ رُكْنِ الْعِتْقِ مِنْ أَهْلِهِ بِدَلِيلِ صِحَّةِ إِعْتَاقِهِ عَبْدًا مُسْلِمًا فِي دَارِ الْحَرْبِ فِي مَحَلِّهِ لَكُونَهُ مَمْلُوكًا وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ مُعْتَقٌ بِلِسَانِهِ مُسْتَرَقٌّ بِنَانِهِ وَهَذَا لِأَنَّ الْمَلِكَ كَمَا يَزُولُ يَثْبُتُ بِاسْتِئْلَاءِ جَدِيدٍ وَهُوَ أَخَذُهُ لَهُ بِيَدِهِ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَيَكُونُ عَبْدًا لَهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مُسْلِمًا لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلتَّمْلِكِ بِالِاسْتِئْلَاءِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ وَلَوْ أَعْتَقَ حَرْبِيٌّ

هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ ذَكَرَهَا فِي الْمَجْمَعِ فِي كِتَابِ الْعِتْقِ .

باب المستأمن

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (دَخَلَ تَاجِرُنَا ثَمَّةَ حَرَمٍ تَعَرَّضَهُ لَشَيْءٍ مِنْهُمْ) أَيُّ إِذَا دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ مُسْلِمٌ تَاجِرٌ يَحْرُمُ عَلَيْهِ أَنْ يَتَعَرَّضَ لَشَيْءٍ مِنْ أَمْوَالِهِمْ وَدِمَائِهِمْ { لَنَهَيْهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنِ الْغَدْرِ } عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ إِلَّا إِذَا غَدَرَ بِهِمْ مَلِكُهُمْ بِأَخْذِ الْأَمْوَالِ أَوْ الْجَيْشِ أَوْ غَيْرِهِ بَعْلَمِهِ وَلَمْ يَنْهَهُ عَنْهُ لَأَنَّهُمْ تَقَضُّوا الْعَهْدَ بِهِ فَيُبَاحُ لَهُ التَّعَرُّضُ حَيْثُ كَانَ كَالْأَسِيرِ وَالْمُتَلَصِّصِ فَيُحْزَرُ لَهُ أَخْذُ أَمْوَالِهِمْ وَقَتْلُ نَفْسِهِمْ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَبِيحَ فُرُوجَهُمْ فَإِنَّ الْفُرُوجَ لَا تَحِلُّ إِلَّا بِالْمَلِكِ وَلَا مَلِكٌ قَبْلَ الْإِحْرَازِ بِالْأَمَانِ عَلَى مَا بَيَّنَّا إِلَّا إِذَا وَجَدَ امْرَأَتَهُ الْمَأْسُورَةَ أَوْ أُمَّ وَلَدِهِ أَوْ مُدَبِّرَتَهُ وَلَمْ يَطَّأَهُنَّ أَهْلُ الْحَرْبِ لِأَنَّهُنَّ لَا يَمْلِكُهُنَّ أَهْلُ الْحَرْبِ بِالِاسْتِئْلَاءِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَهِنَّ بِأَقْبَاتٍ عَلَى مِلْكِهِ غَيْرَ أَنَّ أَهْلَ الْحَرْبِ إِنْ وَطَّوهُنَّ

يَكُونُ شُبُهَةً فِي حَقِّهِنَّ فَيَجِبُ عَلَيْهِنَّ الْعِدَّةُ فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَطَّاهُنَّ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهُنَّ بِخِلَافِ أَمْتِهِ الْمَأْسُورَةِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَطَّاهَا وَإِنْ لَمْ يَطَّاهَا الْحَرْبِيُّ لِأَنَّهَا مَلَكَوْهَا فَصَارَتْ مِنْ جُمْلَةِ أَمْوَالِهِمْ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَعَرَّضَ لَهَا بِشَيْءٍ إِنْ دَخَلَ دَارَهُمْ بِأَمَانٍ وَلَمْ يُنْتَقِضِ الْأَمَانُ وَيَجُوزُ لَهُ التَّعَرُّضُ لِزَوْجَتِهِ وَأُمِّ وَلَدِهِ وَمُدَبِّرَتِهِ لِمَا ذَكَرْنَا

الشرح

بَابُ الْمُسْتَأْمَنِ (لَمَّا فَرَّغَ عَنِ بَيَانِ الْإِسْتِئْلَاءِ وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنِ الْإِقْتِدَارِ عَلَى الْمَحَلِّ قَهْرًا وَغَلَبَةً شَرَعَ فِي بَابِ الْإِسْتِئْمَانِ لِأَنَّ طَلَبَ الْأَمَانِ إِنَّمَا يَكُونُ حَيْثُ يَكُونُ فِيهِ قَهْرٌ وَقَدْ أَمَّا اسْتِئْمَانُ الْمُسْلِمِ تَعْظِيمًا لَهُ

قوله في المتن : حَرَمَ تَعَرُّضُهُ لَشَيْءٍ مِنْهُمْ

أَيُّ وَهَذَا لِأَنَّهُمْ إِنَّمَا مَكَّنُوهُ مِنَ الدُّخُولِ فِي دَارِهِمْ بَعْدَ الْإِسْتِئْمَانِ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَتَعَرَّضَ لَشَيْءٍ مِنْ دِمَائِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ فَإِذَا تَعَرَّضَ لِذَلِكَ كَانَ غَدْرًا وَالْغَدْرُ حَرَامٌ لِمَا رَوَى مُحَمَّدٌ فِي أَوَّلِ كِتَابِ السِّيَرِ الصَّغِيرِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عَنْ عَلْقَمَةَ بْنِ مَرْثَدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُرَيْدَةَ عَنْ أَبِيهِ قَالَ { كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا بَعَثَ جَيْشًا أَوْ سَرِيَّةً أَوْصَى صَاحِبَهُمْ بِتَقْوَى اللَّهِ فِي خَاصَّةِ نَفْسِهِ وَأَوْصَاهُ بِمَنْ مَعَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ خَيْرًا ثُمَّ قَالَ أُغْزُوا بِاسْمِ اللَّهِ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ قَاتِلُوا مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ لَا تَغْلُوا وَلَا تَغْدُرُوا وَلَا تُمَثِّلُوا وَلَا تَقْتُلُوا وَلِيَدًا { الْحَدِيثُ فِيهِ طَوْلٌ وَرَوَى صَاحِبُ السُّنَنِ بِإِسْنَادِهِ إِلَى ابْنِ عُمَرَ { أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ إِنَّ الْعَادِرَ يُنْصَبُ لَهُ لَوَاءٌ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فَيُقَالُ هَذِهِ غَدْرَةُ فُلَانٍ { وَلَكِنْ مَعَ هَذَا لَوْ غَدَرَ التَّاجِرُ بِهِمْ وَأَخَذَ أَمْوَالَهُمْ وَأَحْرَزَهَا بِدَارِ الْإِسْلَامِ مَلَكَهَا مَلَكًَا مَحْظُورًا إِلَّا أَنْ الْمَحْظُورَ لَا يُنَافِي وَقُوعَ الْمِلْكِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ لِأَنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ وَقَدْ شَرَطَ بِالْإِسْتِئْمَانِ أَنْ لَا يَتَعَرَّضَ لَهُمْ فَالتَّعَرُّضُ بَعْدَهُ غَدْرٌ .

كافي

قوله إِنْذَا غَدَرَ بِهِمْ مَلِكُهُمْ

أَيُّ بِالتَّجَارِ مَلِكُ أَهْلِ الْحَرْبِ .

قوله وَلَمْ يَنْهَهُ عَنْهُ لِيَأْتِهِمْ

أَيُّ هُمْ الَّذِينَ يَعْنِي الَّذِينَ نَقَضُوا الْعَهْدَ بِهِ

قوله فَيُبَاحُ لَهُ

التَّعَرُّضُ حِينَئِذٍ كَالْأَسِيرِ (

قَالَ فِي الْكَافِي بِخِلَافِ الْأَسِيرِ حَيْثُ يُبَاحُ لَهُ التَّعَرُّضُ وَإِنْ أَطْلَقُوهُ طَوْعًا لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَأْمِنٍ وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ الْإِتِمَارُ بِعَقْدٍ أَوْ عَهْدٍ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَلَوْ أَخْرَجَ شَيْئًا مَلَكَهُ مَلَكًا مَحْظُورًا) (فَيَتَصَدَّقُ بِهِ) يَعْنِي لَوْ غَدَرَهُمْ وَأَخَذَ شَيْئًا وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ مَلَكَهُ مَلَكًا مَحْظُورًا لِتَحَقُّقِ السَّبَبِ وَهُوَ الْإِسْتِيلَاءُ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ وَالْحَظَرُ لغيرِهِ لَا يَمْنَعُ الْمَشْرُوعِيَّةَ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ لِانْعِقَادِ السَّبَبِ كَالِاصْطِيَادِ بِقَوْسٍ مَعْصُوبٍ غَيْرَ أَنَّهُ حَصَلَ بِسَبَبِ الْغَدْرِ فَأَوْجَبَ ذَلِكَ حُبًّا فِيهِ فَيُؤْمَرُ بِالتَّصَدُّقِ بِهِ

الشرح

قَوْلُهُ وَالْحَظَرُ لغيرِهِ لَا يَمْنَعُ الْمَشْرُوعِيَّةَ

يَعْنِي أَنَّ مَالَ أَهْلِ الْحَرْبِ مُبَاحٌ فِي نَفْسِهِ وَإِنَّمَا الْحَظَرُ جَاءَ لِمَعْنَى فِي غَيْرِ الْمَالِ وَهُوَ الْأَمَانُ فَلَا يَمْنَعُ انْعِقَادَ سَبَبِ الْمَلِكِ وَهُوَ الْإِسْتِيلَاءُ .

أَقْنَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ أَدَانَهُ حَرْبِيٌّ أَوْ أَدَانَ حَرْبِيًّا أَوْ غَضِبَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ وَخَرَجَا إِلَيْنَا لَمْ يَقْضِ بِشَيْءٍ) أَيُّ التَّاجِرِ الَّذِي دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ إِذَا أَدَانَهُ حَرْبِيٌّ أَوْ بَاعَهُ بِالْإِيمَانِ أَوْ بِالْعَكْسِ أَوْ غَضِبَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ وَخَرَجَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ وَتَحَاكَمَا عِنْدَ حَاكِمٍ لَمْ يَقْضِ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ لِأَنَّ الْقَضَاءَ يَسْتَدْعِي الْوِلَايَةَ وَيَعْتَمِدُهَا وَلَا وِلَايَةَ وَقْتَ الْإِدَانَةِ أَصْلًا إِذْ لَا قُدْرَةَ لِلْقَاضِي فِيهِ عَلَى مَنْ هُوَ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَلَا وَقْتَ الْقَضَاءِ عَلَى الْمُسْتَأْمِنِ لِأَنَّهُ مَا التَزَمَ حُكْمَ الْإِسْلَامِ فِيمَا مَضَى مِنْ أَفْعَالِهِ وَإِنَّمَا التَزَمَهُ فِيمَا يُسْتَقْبَلُ فِي حَقِّ أَحْكَامٍ يُبَاشِرُهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَالْعَصَبُ فِي دَارِ الْحَرْبِ سَبَبٌ يُفِيدُ الْمَلِكَ لِأَنَّهُ اسْتِيلَاءٌ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ غَيْرِ مَعْصُومٍ فَصَارَ كَالِإِدَانَةِ فَإِذَا مَلَكَهُ فَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَتَعَرَّضَ لَهُ بِالْحُكْمِ وَلَكِنْ يُقْتَلُ الْمُسْلِمُ بِرَدِّ الْمَعْصُوبِ وَيَأْمُرُهُ بِهِ لِأَنَّهُ التَزَمَ بِالْأَمَانِ أَنْ لَا يَغْدِرَهُمْ وَهَذَا غَدْرٌ وَلَا يَقْضِي عَلَيْهِ لِمَا ذَكَرْنَا وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَقْضِي بِالْإِيمَانِ عَلَى الْمُسْلِمِ دُونَ الْعَصَبِ لِأَنَّهُ التَزَمَ أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ حَيْثُ كَانَ أَلَّا تَرَى أَنَّهُمَا لَوْ خَرَجَا مُسْلِمِينَ يَحْكُمُ عَلَيْهِمَا بِالْإِيمَانِ فَكَذَا هَذَا وَأُجِيبَ عَنْهُ بِأَنَّهُ إِذَا امْتَنَعَ فِي حَقِّ الْمُسْتَأْمِنِ امْتَنَعَ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ أَيْضًا تَحْقِيقًا لِلتَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَا حَرْبِيَّيْنِ وَفَعَلَا ذَلِكَ ثُمَّ اسْتَأْمَنَّا) لِمَا ذَكَرْنَا

الشرح

قَوْلُهُ أَدَانَهُ حَرْبِيٌّ

الْإِدَانَةُ الْبَيْعُ بِالْإِيمَانِ وَالْإِسْتِدَانَةُ الْإِيتِياعُ بِالْإِيمَانِ مُصْبَحٌ

قوله ولا ولاية وقت الدائنة أصلاً

أي لا على المسلم المستأمن ولا على الحربي .

أثقاني

قوله وإنما التزمه فيما يستقبل في حق أحكام يباشرها في دار الإسلام

أي فلما انتفت الولاية لم يقض بشيء لأنه لا قضاء بدون الولاية قال في شرح الطحاوي ولكنه يفتي فيما بينه وبين الله تعالى أن يقضي أثقاني وكتب على قوله في حق أحكام يباشرها ما نصه الذي بخط الشارح في حق حكم يباشرها .

قوله والغصب إلخ

قال الأثقاني وكذلك في الغصب لا يقضي لواحد منهما على الآخر لأن غصب أحدهما مال صاحبه صادف مالا لا عصمة له في حقه وذلك لأن دار الحرب دار القهر والغلبة فإذا استولى أحدهما على مال الآخر فقد ملكه ولا يحكم بالرد لثبوت الملك إلا أن المسلم المستأمن لما غصب ماله صار ناقضاً للعهد لأخذه من غير طيبة أنفسهم فيؤمر فيما بينه وبين الله تعالى أن يردده ليرتفع العذر قوله أن لا يعذرهم (عذر به عذراً من باب ضرب نقض عهده .

مصباح

قوله لما ذكرنا

أي من ثبوت الملك له فيه بالأخذ قال في الكافي والجواب في المسألة الأولى قول أبي حنيفة ومحمد وأما على قول أبي يوسف فالقاضي يقضي على المسلم بالدين وقولهما مشكل لأن المسلم التزم أحكام الإسلام مطلقاً فصار كما لو خرجا مسلمين إلينا وأجيب بأن المديون إذا كان حربياً لم يقض عليه بشيء لأنه غير ملتزم لذلك

فإذا كان مسلماً وجب أن لا يقضي عليه بشيء أيضاً لا لعدم الالتزام ولكن لتحقيق المساواة بين الخصمين قال الكمال ولا يخفى ضعفه فإن وجوب التسوية بينهما ليس في أن يطول حق أحدهما بلأ موجب لوجوب إبطال حق الآخر بموجب بل إنما ذلك في الإقبال والإقامة والإخلاص ونحو ذلك قوله ولا يخفى ضعفه أي ضعف هذا الجواب .

قوله في المتن وكذلك

أَيَّ لَا يَقْضِي بِشَيْءٍ فِي صُورَةِ الْإِدَانَةِ وَالْغَضَبِ جَمِيعًا

قوله في المتن وفعلًا ذلك

أَيَّ أَدَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ أَوْ غَضَبَ أَحَدُهُمَا مَالَ الْآخَرِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ خَرَجَا مُسْلِمَيْنِ قَضَى بِالَّذِينَ بَيْنَهُمَا لَا بِالْغَضَبِ) يَعْنِي الْحَرْبَيْنِ أَسْلَمًا فِي دَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ خَرَجَا مُسْلِمَيْنِ بَعْدَ مَا أَدَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ أَوْ غَضَبَ مِنْهُ وَإِنَّمَا يَقْضِي بِالَّذِينَ لَانَّهَا وَقَعَتْ صَحِيحَةٌ لَوْفُوعِ الْمُدَايِنَةِ بِتَرَاضِيهِمَا وَلِثُبُوتِ الْوَلَايَةِ حَالَةَ الْقَضَاءِ لِلتَّزَامِهِمَا الْأَحْكَامَ بِالْإِسْلَامِ وَإِنَّمَا لَا يَقْضِي بِالْغَضَبِ لِأَنَّ الْغَضَبَ مَلَكُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ وُرُودِ الْأَسْتِيلَاءِ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ وَلَا يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ لِأَنَّ مِلْكَ الْحَرْبِيِّ بِالْغَضَبِ صَحِيحٌ لَا حَبْثٌ فِيهِ وَإِطْلَاقُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { مَنْ أَسْلَمَ عَلَى مَالٍ فَهُوَ لَهُ } يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ بِخِلَافِ الْمُسْلِمِ الْمُسْتَأْمَنِ إِذَا غَضَبَ مِنْهُمْ حَيْثُ يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ لِحَبْثٍ فِي مِلْكِهِ لِأَنَّهُ مَلَكُهُ بِالْخِيَانَةِ وَلَا يَقْضِي عَلَيْهِ بِهِ لِمَا بَيَّنَّا

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (مُسْلِمَانِ مُسْتَأْمَنَانِ قَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ تَجِبُ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ وَالْكَفَّارَةُ فِي الْخَطَا) أَيَّ مُسْلِمَانِ دَخَلَا دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ عَمْدًا أَوْ خَطَاً تَجِبُ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ وَتَجِبُ الْكَفَّارَةُ فِي الْخَطَاً دُونَ الْعَمْدِ لِأَنَّهُ لَا تَجِبُ فِي الْعَمْدِ عِنْدَنَا عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ أَمَّا الْكَفَّارَةُ وَالْدِّيَّةُ فِي الْخَطَاً فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ } وَلِأَنَّ الْعِصْمَةَ الثَّابِتَةَ بِالْإِحْرَازِ بِالْدَّارِ لَا تَبْطُلُ بِالدُّخُولِ الْعَارِضِ بِالْأَمَانِ وَإِنَّمَا تَجِبُ فِي مَالِهِ لِأَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا قُدْرَةَ لَهُمْ عَلَى الصِّيَانَةِ مَعَ تَبَايُنِ الدَّارَيْنِ وَالْوُجُوبُ عَلَيْهِمْ عَلَى اعْتِبَارِ تَرْكِهَا وَإِنَّمَا تَجِبُ الدِّيَّةُ فِي الْعَمْدِ فِي مَالِهِ لِأَنَّ الْعَوَاقِلَ لَا تَعْمَلُ الْعَمْدَ وَالْقِصَاصُ قَدْ سَقَطَ لِلشُّبْهَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ الدِّيَّةِ صِيَانَةً لِلدَّمِ الْمَعْصُومِ فَتَعَيَّنَ أَنَّ يَكُونَ ذَلِكَ فِي مَالِهِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْقِصَاصَ يَجِبُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ بِدُخُولِهِ دَارَ الْحَرْبِ لَا تَبْطُلُ عِصْمَتُهُ وَالْمُسْلِمُ مِنْ أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ حَيْثُ كَانَ وَالْقِصَاصُ حَقُّ الْوَلِيِّ يَنْفَرِدُ بِاسْتِيفَائِهِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ فِيهِ إِلَى الْإِمَامِ فَيَسْتَوْفِيهِ قَلْنَا لَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤُهُ إِلَّا بِمَنْعَةٍ لِأَنَّ الْوَاحِدَ لَا يُقَاوِمُ الْقَاتِلَ ظَاهِرًا وَلَا مَنَعَةً دُونَ الْإِمَامِ وَجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَلَمْ يُوَجَدْ ذَلِكَ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَلَمْ يَجِبْ إِذْ لَا فَائِدَةَ لِلْوُجُوبِ بِدُونِ الْأَسْتِيفَاءِ فَصَارَ كَالْحَدِّ وَلِأَنَّ دَارَ الْحَرْبِ دَارُ إِبَاحَةِ الدَّمِ فَيَصِيرُ ذَلِكَ شُبْهَةً مُسْقِطَةً لِلْعُقُوبَةِ لِأَنَّ مُجَرَّدَ صُورَةِ الْإِبَاحَةِ يَكْفِي لِسُقُوطِ الْعُقُوبَةِ وَإِنْ لَمْ تُثْبِتْ حَقِيقَةُ آلا تَرَى أَنَّهُ يَسْقُطُ بِقَوْلِهِ أَقْتُلْنِي

الشرح

قوله وعن أبي يوسف أن القصاص يجب عليه

قَالَ فِي الْكَافِي وَأَمَّا الْقَوْدُ فَلَا يَجِبُ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ عَلَيْهِ الْقَوْدُ فِي الْعَمْدِ لِمَا بَيَّنَّا .

قوله لَأَنَّ الْوَاحِدَ لَا يُقَاوِمُ الْقَاتِلَ ظَاهِرًا

قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَإِذَا سَقَطَ الْقِصَاصُ وَجَبَتْ الدِّيَّةُ لِأَنَّهُ لِسُقُوطِهِ بِعَارِضٍ مُقَارِنٍ لِلْقَتْلِ يَنْقَلِبُ كَقَتْلِ الرَّجُلِ ابْنَهُ .

قوله أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَسْقُطُ بِقَوْلِهِ أَقْتُلْنِي

ذَكَرَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي بَابِ نَكَاحِ الرَّقِيقِ لَوْ قَالَ أَقْتُلْنِي فَقَتَلَهُ تَجِبُ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ وَلَا يَصِحُّ إِذْنُهُ فِي إِنْطِلَالِ حَقِّ الْوَرَّةِ قَالَ الْكَمَالُ فَإِنْ قِيلَ مَا ذَكَرْتُمْ مُخَالَفٌ لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى { كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ } { وَالنَّفْسُ بِالنَّفْسِ } فَالْجَوَابُ أَنَّهُ عَامٌّ مَخْصُوصٌ بِالْقَتْلِ خَطَأً فَإِنَّهُ قَتْلٌ وَلَيْسَ يَجِبُ بِهِ قِصَاصٌ وَنَحْوُ ذَلِكَ فَجَارَ تَخْصِيصُهُ بِالْمَعْنَى أَيْضًا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا شَيْءَ فِي الْأَسِيرَيْنِ سِوَى الْكُفَّارَةِ فِي الْخَطَا كَقَتْلِ مُسْلِمٍ مُسْلِمًا أَسْلَمَ ثَمَّةَ) يَعْنِي إِذَا قَتَلَ أَحَدُ الْأَسِيرَيْنِ الْآخَرَ لَا يَجِبُ شَيْءٌ سِوَى الْكُفَّارَةِ فِي الْخَطَا وَكَذَا إِذَا قَتَلَهُ مُسْلِمٌ مُسْتَأْمِنٌ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ يَجِبُ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَا فِي مَالِهِ لِأَنَّ الْمَقْتُولَ كَانَ مَعْصُومًا مُتَقَوِّمًا بِالْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ فَلَا يَنْطَلُجُ بِالنَّاسِ الْعَارِضِ كَمَا لَا يَنْطَلُجُ بِالدُّخُولِ لِدَارِهِمْ بِأَمَانٍ بَلْ أَوْلَى لِكُونِهِ مُضْطَرًّا وَالْمُسْتَأْمِنُ بِاخْتِيَارِهِ وَعَدَمِ الْقِصَاصِ لِفَوَاتِ شَرْطِهِ وَهُوَ الْمَنْعَةُ وَتَجِبُ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ لِمَا ذَكَرْنَا وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْأَسِيرَ صَارَ تَبَعًا لَهُمْ بِالْقَهْرِ حَتَّى صَارَ مُقِيمًا بِإِقَامَتِهِمْ وَمُسَافِرًا بِسَفَرِهِمْ كَعَبِيدِ الْمُسْلِمِينَ صَارُوا أَتْبَاعًا لَهُمْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَإِذَا كَانَ تَبَعًا لَهُمْ فَلَا يَجِبُ بِقَتْلِهِ دِيَّةٌ كَأَصْلِهِ وَهُوَ الْحَرْبِيُّ فَصَارَ كَالْمُسْلِمِ الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ كَقَتْلِ مُسْلِمٍ مُسْلِمًا أَسْلَمَ ثَمَّةَ أَيَّ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ بِقَتْلِهِ إِلَّا الْكُفَّارَةُ فِي الْخَطَا لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ لِعَدَمِ الْإِحْرَازِ بِالذَّارِ .

فَكَذَا هَذَا لِبُطْلَانِ الْإِحْرَازِ الَّذِي كَانَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ بِالتَّبَعِيَّةِ لَهُمْ فِي دَرَاهِمِهِ وَلَا يَرُدُّ عَلَيْنَا الْمُسْتَأْمِنُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَقْهُورٍ فِيمَكْنُهُ الْخُرُوجُ بِاخْتِيَارِهِ فَلَا يَكُونُ تَبَعًا لَهُمْ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْمُسْلِمُ الَّذِي أَسْلَمَ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَلَمْ يُهَاجِرْ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ يَجِبُ الْقِصَاصُ بِقَتْلِهِ عَمْدًا وَتَجِبُ الدِّيَّةُ بِقَتْلِهِ خَطَأً لِأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسًا مَعْصُومَةً لَوْجُودِ الْعَاصِمِ وَهُوَ الْإِسْلَامُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { فَإِذَا قَالُواهَا عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ إِلَّا

بِحَقِّهَا } أَثَبَّتَ الْعِصْمَةَ بِالْإِسْلَامِ لَا غَيْرُ وَلِأَنَّ الْعِصْمَةَ تَثْبُتُ نِعْمَةً وَكَرَامَةً فَتَعْلَقُ بِمَا لَهُ أَنْزَلُ فِي اسْتِحْقَاقِ الْكَرَامَةِ وَهُوَ الْإِسْلَامُ وَهَذَا لِأَنَّ الْعِصْمَةَ أَصْلُهَا الْمُؤْتَمَةُ لِحُصُولِ أَصْلِ الزَّجْرِ بِهَا وَهِيَ حَاصِلَةُ بِالْإِسْلَامِ ثَابِتَةٌ بِهِ حَتَّى يَأْتِيَ مَنْ تَعَرَّضَ لَهُ بَعْدَ الْإِسْلَامِ وَالْمُقَوِّمَةُ كَمَالٌ فِيهَا لِيَحْصُلَ كَمَالُ الْأَمْتِنَاعِ لِأَنَّ بَعْضَ السُّفَهَاءِ لَا يَتْرُكُ التَّعَرُّضَ لَهُ إِلَّا بِالْمُقَوِّمَةِ خَوْفًا مِنَ التَّبَعَةِ فِي الدُّنْيَا فَيَكُونُ وَصْفًا لَهَا فَيَتَعْلَقُ بِمَا يَتَعْلَقُ بِهِ الْأَصْلُ وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى { فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٌّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ } جَعَلَ التَّحْرِيرَ كُلَّ الْمَوْجِبِ رُجُوعًا إِلَى حَرْفِ الْفَاءِ فَإِنَّهَا لِلْجَزَاءِ وَهُوَ الْكَفَاةُ أَوْ إِلَى كَوْنِهِ كُلِّ الْمَذْكُورِ فَيَنْتَفِي غَيْرُهُ كَمَا اتَّفَقَ فِي قَتْلِ الْمُسْلِمِ الَّذِي فِي دَارِ الْإِسْلَامِ غَيْرِ الْمَذْكُورِ فِي الْآيَةِ لِهَذَا الْمَعْنَى .

وَهَذَا لِأَنَّ الْآيَةَ سَبَقَتْ لِبَيَانِ الْأَحْكَامِ فِي الْقَتْلِ وَهِيَ أَنْوَاعٌ فَأَوْجَبَ أَوَّلًا فِي الْمُؤْمِنِ الْمُطْلَقِ دِيَّةً وَكَفَّارَةً ثُمَّ أَوْجَبَ بِقَتْلِ مُسْلِمٍ لَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا كُفَّارَةً ثُمَّ أَوْجَبَ بِقَتْلِ الذَّمِّيِّ دِيَّةً وَكَفَّارَةً فَلَا يَزَادُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهَا عَلَى مَا أَوْجَبَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ أَصْلَ الْعِصْمَةِ بِالْإِسْلَامِ بَلْ يَكُونُهُ أَدَمِيًّا لِأَنَّهُ خَلِقَ لِلْإِقَامَةِ الدِّينِ وَلَا يَتِمَّكُنُ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا بِعِصْمَةِ نَفْسِهِ بَأَنَّ لَا يَتَعَرَّضُ لَهُ أَحَدٌ وَإِبَاحَةُ قَتْلِهِ عَارِضٌ بِسَبَبِ إِفْسَادِهِ بِالْقِتَالِ أَلَا

تَرَى أَنَّ مَنْ لَا يُقَاتِلُ مِنَ الْكُفَّارِ كَالذِّمِّيِّ وَذَرَارِيِّ الْحَرَبِيِّ لَا يَجُوزُ قَتْلُهُ لِعَدَمِ الْإِفْسَادِ ، وَالْمَقْصُودُ تَحْصِيلُ بِالْإِحْرَازِ بِالْدَّارِ أَلَّا تَرَى أَنَّ الذِّمِّيَّ مَعَ كُفْرِهِ يَتَقَوَّمُ بِالْإِحْرَازِ وَلَا تَأْثِيرَ لِلْإِسْلَامِ فِي تَحْصِيلِ الْعِصْمَةِ
لِأَنَّ الدِّينَ مَا وَضِعَ لِكِتْسَابِ الدُّنْيَا وَإِنَّمَا وَضِعَ لِكِتْسَابِ الْآخِرَةِ وَإِذَا كَانَتِ النَّفْسُ مَعْصُومَةً بِالْآدَمِيَّةِ فَالْمَالُ يَتَّبِعُهَا لِيَتِمَّكَانَ مِنْ تَحْمِلِ أَعْبَاءِ التَّكَالِيفِ وَإِنْ خُلِقَ عُرْضَةً فِي الْأَصْلِ لِأَنَّهُ لَا يُقَدَّرُ إِلَّا بِهِ فَيَكُونُ مَعْصُومًا بِعِصْمَتِهِ وَأَمَّا الْعِصْمَةُ الْمَقْصُودَةُ فَالْأَصْلُ فِيهَا لِلْأَمْوَالِ لِأَنَّ التَّقْوَمَ يُؤْذَنُ بِجَبْرِ الْفَائِتِ بِالتَّمَاتِلِ فَيَسُدُّ مَسَدَهُ وَلَا يُتَصَوَّرُ ذَلِكَ فِي النَّفْسِ حَقِيقَةً بِخِلَافِ الْمَالِ فَكَانَتِ النَّفْسُ تَابِعَةً لِلْأَمْوَالِ فِيهَا ثُمَّ الْعِصْمَةُ الْمَقْصُودَةُ فِي الْأَمْوَالِ لَا تَكُونُ إِلَّا بِالْإِحْرَازِ بِالْدَّارِ مَعَ كَوْنِهِ أَصْلًا فِيهَا فَفِي النَّفْسِ أَوْلَى لِأَنَّهَا تَبَعٌ فِيهَا وَلَيْسَ فِيمَا رَوَاهُ مَا يَدُلُّ عَلَى مَا قَالَ لِأَنَّهُمْ عَصَمُوا أَنْفُسَهُمْ بِتَرْكِ الْقِتَالِ وَلِهَذَا لَمْ يَعْصَمُوا بِهِ بِغَيْرِ تَرْكِهِ وَنَظِيرُهُ أَداءُ الْجَزْيَةِ بِعِصْمِ الْكَافِرِ بِهِ نَفْسَهُ عَلَى اعْتِبَارِ أَنَّهُ يَتْرُكُ الْإِفْسَادَ عِنْدَ آدَائِهَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ

الشرح

قَوْلُهُ وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ كَقَتْلِ مُسْلِمٍ مُسْلِمًا أَسْلَمَ ثَمَّةَ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَإِذَا أَسْلَمَ الْحَرَبِيُّ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَقَتَلَهُ مُسْلِمٌ عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَلَهُ وَرَثَةٌ مُسْلِمُونَ هُنَاكَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِلَّا الْكَفَّارَةُ فِي الْخَطَا قَالَ الْأَنْقَانِيُّ وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهِيَ الرِّوَايَةُ الْمَشْهُورَةُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَغَيْرِهِ وَرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ قَالَ لَا دِيَّةَ عَلَيْهِ وَلَا كَفَّارَةَ مِنْ قَبْلِ أَنْ الْحُكْمَ لَمْ يَجْرَ عَلَيْهِمْ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ قَالَ أَضْمَنَهُ الدِّيَّةَ وَأَجْعَلُ عَلَيْهِ فِي الْخَطَا الْكَفَّارَةَ وَأَسْتَحْسِنُ ذَلِكَ وَأَدْعُ الْقِيَاسَ وَالْقِيَاسُ كَمَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَجْهٌ مَا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ مُحَقِّقُونَ الدِّمَ لِأَجْلِ إِسْلَامِهِ وَكَوْنُهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ لَا يَنْفِي تَقْوَمَ دَمِهِ كَالْتَّاجِرِ وَوَجْهٌ الظَّاهِرُ قَوْلُهُ تَعَالَى { فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٌّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ } وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَتَأَوَّلُ هَذِهِ الْآيَةَ فِي الَّذِينَ أَسْلَمُوا فِي دَارِ الْحَرْبِ

قَوْلُهُ خَوْفًا مِنَ التَّبَعَةِ

التَّبَعَةُ وَزَانَ كَلِمَةٍ مَا تَطْلُبُهُ مِنْ ظُلَامَةٍ وَنَحْوِهَا .

مصباح

قَوْلُهُ ثُمَّ أَوْجِبَ بِقَتْلِ مُسْلِمٍ لَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا كَفَّارَةَ

فَإِنْ قُلْتُ لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْمُرَادَ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى { فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٌّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ } الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا بَلِ الْمُرَادُ مِنْهُ الْبَاغِي فَإِنَّهُ مُؤْمِنٌ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَنَا وَالشَّافِعِيُّ لَا يُوجِبُ الدِّيَّةَ فِي قَتْلِ الْبَاغِي أَيْضًا قُلْتُ الْمُرَادُ مِنْهُ هُوَ الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ بِالتَّقْلِيلِ عَنْ أَيْمَةِ التَّفْسِيرِ وَقَدْ دَلَّ إِطْلَاقُ اسْمِ الْعَدُوِّ عَلَى ذَلِكَ لِأَنَّ الْعَدُوَّ الْمُطْلَقَ لَنَا هُوَ الْكَافِرُ لَا الْبَاغِي فَإِنَّ الْبَاغِي إِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَنَا مِنْ حَيْثُ الدُّنْيَا لَكِنْ مِنْ قَوْمٍ أَصْدِقَاءَ لَنَا مِنْ حَيْثُ الدِّينِ وَالْدَّارِ وَالْكَافِرُ عَدُوُّنَا دِينًا وَدَارًا .

(فَصْلٌ) قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَا يُمَكِّنُ مُسْتَأْمِنٌ فِينَا سَنَةً وَقِيلَ لَهُ إِنَّ أَقَمْتَ سَنَةً وَضِعَ عَلَيْكَ الْجَزِيَّةُ) أَيِ إِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارَ الْإِسْلَامِ بِأَمَانٍ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُقِيمَ فِيهَا سَنَةً وَيَقُولَ لَهُ الْإِمَامُ إِنَّ أَقَمْتَ سَنَةً كَامِلَةً وَضَعْتَ عَلَيْكَ الْجَزِيَّةُ وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الْكَافِرَ لَا يُمَكِّنُ مِنْ إِقَامَةٍ دَائِمَةٍ فِي دَارِنَا إِلَّا بِاسْتِرْقَاقٍ أَوْ جَزِيَّةٍ لِأَنَّهُ يَبْقَى ضَرَرًا عَلَى الْمُسْلِمِينَ لِكَوْنِهِ عَيْنًا لَهُمْ وَعَوْنًا عَلَيْنَا وَيُمَكِّنُ مِنَ الْإِقَامَةِ الْيَسِيرَةِ لِأَنَّ فِي مَنَعِهَا قَطْعَ الْمَنَافِعِ مِنَ الْمِيرَةِ وَالْجَلْبِ وَسَدَّ بَابِ التَّجَارَاتِ كُلِّهَا فَفَصَّلْنَا بَيْنَهُمَا بِسَنَةٍ لَأَنَّهَا مُدَّةٌ تَجِبُ فِيهَا الْجَزِيَّةُ ثُمَّ إِنْ رَجَعَ إِلَى وَطَنِهِ بَعْدَ مَقَالَةِ الْإِمَامِ لَهُ ذَلِكَ قَبْلَ تَمَامِ السَّنَةِ فَلَا سَبِيلَ عَلَيْهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ مَكَثَ سَنَةً فَهُوَ ذِمِّيٌّ) لِلتَّزَامِهِ الْجَزِيَّةَ فَتَعْتَبِرُ الْمُدَّةُ مِنْ وَقْتِ التَّقَدُّمِ إِلَيْهِ لَا مِنْ وَقْتِ دُخُولِهِ دَارَ الْإِسْلَامِ وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُقَدِّرَ لَهُ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ إِذَا رَأَى كَالشَّهْرِ وَالشَّهْرَيْنِ فَإِذَا أَقَامَهَا بَعْدَ ذَلِكَ صَارَ ذِمِّيًّا وَذَكَرَ فِي النَّهَايَةِ مَعْرُوفًا إِلَى الْمَبْسُوطِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَصِيرُ ذِمِّيًّا عِنْدَ إِقَامَتِهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ سَنَةً وَإِنْ لَمْ يَتَقَدَّمْ إِلَيْهِ الْإِمَامُ فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يُقَدِّرْ لَهُ الْإِمَامُ مُدَّةً فَالْمُعْتَبَرُ هُوَ الْحَوْلُ لِأَنَّهُ لِلْبَلَاءِ الْعُذْرَ وَالْحَوْلُ حَسَنٌ لِذَلِكَ كَمَا فِي تَأْجِيلِ الْعَيْنِ ثُمَّ إِذَا صَارَ ذِمِّيًّا بِمَضِيِّ الْمُدَّةِ الْمَضْرُوبَةِ لَهُ اسْتَأْنَفَ عَلَيْهِ الْجَزِيَّةَ لِحَوْلِ بَعْدِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ شَرْطٌ عَلَيْهِ أَنَّهُ إِنْ مَكَثَ سَنَةً أَخَذَهَا مِنْهُ فَيَأْخُذَهَا مِنْهُ حِينَئِذٍ كُلَّمَا تَمَّتِ السَّنَةُ

الشرح

(فَصْلٌ) قَوْلُهُ (لِكَوْنِهِ عَيْنًا لَهُمْ) الْعَيْنُ جَاسُوسُ الْقَوْمِ كَذَا فِي الْجُمُهِرَةِ وَالْعَوْنُ الظَّهِيرُ عَلَى الْأَمْرِ وَالْجَمْعُ أَعْوَانٌ .

أَتَقَانِي وَكَتَبَ مَا نَصُّهُ فَيُطْلَعُ عَلَى عَوَرَاتِ الْمُسْلِمِينَ وَيُنْهِي الْخَبَرَ إِلَى دَارِهِمْ .

كَافِي

قوله الميرة

بَكْسِرِ الْمِيمِ وَسُكُونِ الْيَاءِ الطَّعَامُ يَمْتَارُهُ الْإِنْسَانُ فَمَا الْمِثْرَةُ بِالْهَمْزِ فَهِيَ النَّمِيمَةُ قَالَ فِي الْجُمُهِرَةِ وَكُلُّ شَيْءٍ جَلَبْتَهُ مِنْ إِبِلٍ وَخَيْلٍ وَسَائِرِ ذَلِكَ مِنَ الْحَيَوَانِ لِلتَّجَارَةِ فَهُوَ جَلَبٌ وَهُوَ يَفْتَحَتَيْنِ .

أَتَقَانِي

قوله في المتن فإن مكث سنة

أَيِ بَعْدَ تَقَدُّمِ الْإِمَامِ إِلَيْهِ أَيِ قَوْلُهُ لَهُ مَا يَعْتَمِدُ فِي ضَرْبِ الْجَزِيَّةِ عَلَيْهِ .

كَمَالَ وَقَالَ الْكَمَالُ قَوْلُهُ بَعْدَ تَقَدُّمِ الْإِمَامِ يُفِيدُ اشْتِرَاطَ تَقَدُّمِ الْإِمَامِ فِي مَنَعِهِ الْعَوْدَ إِذَا أَقَامَ سَنَةً وَبِهِ صَرَحَ الْعَتَّابِيُّ فَقَالَ لَوْ أَقَامَ سَنَتَيْنِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَتَقَدَّمَ إِلَيْهِ الْإِمَامُ فَلَهُ الرُّجُوعُ قِيلَ وَلَفْظُ الْمَبْسُوطِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ تَقَدُّمَ الْإِمَامِ لَيْسَ شَرْطًا لِصَبْرُورَتِهِ ذِمِّيًّا فَإِنَّهُ قَالَ وَيَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يَتَقَدَّمَ إِلَيْهِ فَيَأْمُرَهُ إِلَى أَنْ قَالَ فَإِنْ لَمْ يُقَدِّرْ لَهُ مُدَّةً فَالْمُعْتَبَرُ الْحَوْلُ وَلَيْسَ بِلَازِمٍ لِأَنَّهُ يَصْدُقُ بِقَوْلِهِ إِنْ أَقَمْتَ طَوِيلًا مَنَعْتُكَ مِنَ الْعَوْدِ فَإِنْ أَقَامَ سَنَةً مَنَعَهُ وَفِي هَذَا اشْتَرَطَ التَّقَدُّمَ غَيْرَ أَنَّهُ لَمْ يُؤَقِّتْ لَهُ مُدَّةً خَاصَّةً وَالْوَجْهُ أَنَّ لَا يَمْنَعُهُ حَتَّى يَتَقَدَّمَ إِلَيْهِ وَلَا أَنْ يُؤَقِّتَ مُدَّةً قَلِيلَةً كَالشَّهْرِ وَالشَّهْرَيْنِ وَلَا يَنْبَغِي أَنْ لَا يَلْحَقَهُ عُسْرٌ بِتَقْصِيرِ الْمُدَّةِ جَدًّا خُصُوصًا إِذَا كَانَ لَهُ مُعَامَلَاتٌ يَحْتَاجُ فِي اقْتِضَائِهَا إِلَى مُدَّةٍ مَدِيدَةٍ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَلَمْ يُتْرَكْ أَنْ يَرْجِعَ إِلَيْهِمْ كَمَا لَوْ وَضَعَ عَلَيْهِ الْخَرَاجُ أَوْ نَكَحَتْ ذِمِّيًّا لَا عَكْسُهُ) يَعْنِي لَا يُتْرَكُ أَنْ يَرْجِعَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ بَعْدَمَا مَكَثَ فِي دَارِنَا سَنَةً كَمَا لَا يُتْرَكُ أَنْ يَرْجِعَ إِلَيْهِمْ بَعْدَمَا وَضِعَ عَلَيْهِ الْخَرَاجُ أَوْ إِذَا تَزَوَّجَتْ الْحَرَبِيَّةُ ذِمِّيًّا لِأَنَّهَا تَصِيرُ بِذَلِكَ ذِمِّيَّةً لِلتَّزَامِهَا الْمَقَامَ مَعَهُ لَا عَكْسُهُ وَهُوَ مَا إِذَا تَزَوَّجَ الْحَرَبِيُّ ذِمِّيَّةً لِأَنَّهُ لَا يَصِيرُ بِذَلِكَ ذِمِّيًّا لِعَدَمِ التَّزَامِ الْمَقَامِ فِي دَارِنَا لِتَمَكُّنِهِ مِنْ طَلَاقِهَا فَلَا يُمْنَعُ إِذَا خَرَجَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَإِذَا صَارَ ذِمِّيًّا يُمْنَعُ لِأَنَّهُ فِي عَوْدِهِ ضَرَرًا بِالْمُسْلِمِينَ بَعُوْدِهِ حَرْبًا عَلَيْنَا وَبِتَوَالِدِهِ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَقَطْعُ الْحَزِيَّةِ وَقَوْلُهُ كَمَا لَوْ وَضِعَ عَلَيْهِ الْخَرَاجُ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِشِرَاءِ أَرْضِ الْخَرَاجِ حَتَّى يُوَضَعَ عَلَيْهِ الْخَرَاجُ وَمِنْ الْمَشَايِخِ مَنْ قَالَ يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِنَفْسِ الشِّرَاءِ لِأَنَّهُ لَمَّا اشْتَرَاهَا وَحَكَمَ الشَّرْعُ فِيهَا بِوُجُوبِ الْخَرَاجِ صَارَ مُلْتَزِمًا حُكْمًا مِنْ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ وَالْمُرَادُ مِنْ وَضْعِ الْخَرَاجِ التَّزَامُ بِمُبَاشَرَةِ الزَّرَاعَةِ أَوْ تَعْطِيلِهَا عَنْهَا مَعَ التَّمَكُّنِ وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ الشِّرَاءَ قَدْ يَكُونُ لِلتَّجَارَةِ فَلَا يَدُلُّنَا عَلَى التَّزَامِ أَحْكَامُ الْإِسْلَامِ وَأَمَّا الزَّرَاعَةُ أَوْ تَرْكُ الْأَرْضِ عَلَى مِلْكِهِ إِلَى أَوَانِ الْخَرَاجِ فَدَلِيلٌ عَلَى التَّزَامِ أَحْكَامُ الْإِسْلَامِ فَيَصِيرُ ذِمِّيًّا فَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ أَحْكَامُ أَهْلِ الذِّمَّةِ مِنْ وَجُوبِ الْقِصَاصِ بِقَتْلِهِ وَمَنْعِهِ الرُّجُوعَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَسَائِرِ أَحْكَامِ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَأَوَّلُ مُدَّتِهِ مِنْ وَقْتِ الْوُجُوبِ حَتَّى إِذَا لَزِمَهُ الْخَرَاجُ تَلَزُّمُهُ الْحَزِيَّةُ لِسَنَةِ مُسْتَقْبَلَةٍ لِيَصِيرُ وَرَثَتُهُ ذِمِّيًّا بِلَزُومِهِ وَقَوْلُهُ أَوْ نَكَحَتْ ذِمِّيًّا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهَا تَصِيرُ ذِمِّيَّةً بِنَفْسِ التَّزَوُّجِ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَابِعَةٌ لِلرَّجُلِ فِي السُّكْنَى حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يُسْكِنَهَا حَيْثُ شَاءَ وَتَصِيرُ مُقِيمَةً بِإِقَامَتِهِ فَتَصِيرُ رَاضِيَةً بِالْمَقَامِ مَعَهُ فِي دَارِنَا فَتَصِيرُ ذِمِّيَّةً بِمُجَرَّدِ التَّزَوُّجِ وَقَوْلُهُ لَا عَكْسُهُ أَيُّ لَوْ تَزَوَّجَ حَرَبِيٌّ ذِمِّيَّةً لَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا لِانْعِكَاسِ الْأَحْكَامِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا

الشرح

قَوْلُهُ أَوْ نَكَحَتْ ذِمِّيًّا

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَإِذَا دَخَلَتْ حَرَبِيَّةٌ بِأَمَانٍ فَتَزَوَّجَتْ ذِمِّيًّا صَارَتْ ذِمِّيَّةً قَالَ الْأَنْقَايُ اعْلَمْ أَنَّهَا إِذَا تَزَوَّجَتْ ذِمِّيًّا تَصِيرُ ذِمِّيَّةً تَجْرِي عَلَيْهَا أَحْكَامُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ نَحْوِ الْمَنْعِ مِنَ الْخُرُوجِ إِلَى دَارِهِمْ وَأَخْذِ الْخَرَاجِ مِنْ أَرْضِهَا وَمَا شَابَهُ ذَلِكَ مِمَّا ذَكَرْنَا .

قَوْلُهُ وَالْمُرَادُ مِنْ وَضْعِ الْخَرَاجِ التَّزَامُ بِمُبَاشَرَةِ الزَّرَاعَةِ

قَالَ الْأَنْقَايُ اعْلَمْ أَنَّهُ لَا يَكُونُ ذِمِّيًّا بِمُجَرَّدِ الشِّرَاءِ وَالزَّرَاعَةِ حَتَّى لَوْ بَاعَ الْأَرْضَ قَبْلَ وَجُوبِ الْخَرَاجِ لَا يَكُونُ ذِمِّيًّا وَبِهِ صَرَخَ الْكَرْحِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ وَشَمْسُ الْأَيْمَةِ الْبَيْهَقِيُّ فِي الشَّامِلِ فِي قِسْمِ الْمَبْسُوطِ وَإِنَّمَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا إِذَا وَضَعَ الْخَرَاجَ عَلَى الْأَرْضِ فَيُؤْخَذُ مِنْهُ الْخَرَاجُ لِسَنَةِ مُسْتَقْبَلَةٍ مِنْ وَقْتِ وَضْعِ الْخَرَاجِ قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ مَعْنَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ إِذَا وَضَعَ عَلَيْهِ الْخَرَاجَ أَيُّ وَظَفَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ إِذَا وَظَفَ عَلَيْهِ فَقَدْ لَزِمَهُ حُكْمُ يَتَعَلَّقُ بِالْمَقَامِ فِي دَارِنَا فَصَارَ فِي ضَرُورَتِهِ أَنْ يَكُونَ ذِمِّيًّا ثُمَّ قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ وَكَذَا لَوْ لَزِمَهُ عَشْرُ فِي قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ إِذَا اشْتَرَى أَرْضًا عَشْرِيَّةً يَكُونُ ذِمِّيًّا أَيْضًا لِأَنَّهُمَا جَمِيعًا مِنْ مَوْنِ الْأَرْضِ وَلَوْ اشْتَرَى الْحَرَبِيُّ أَرْضَ الْعَشْرِ صَارَتْ أَرْضُ خَرَاجٍ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَيَكُونُ ذِمِّيًّا إِذَا أَوْجَبَ عَلَيْهِ فِيهَا الْخَرَاجَ وَهِيَ وَأَرْضُ الْخَرَاجِ وَاحِدٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ كَذَا ذَكَرَ الْكَرْحِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ أَمَّا إِذَا اسْتَأْجَرَ الْحَرَبِيُّ أَرْضَ خَرَاجٍ فَرَزَعَهَا وَخَرَاجُهَا عَلَى صَاحِبِهَا لَا يَكُونُ ذِمِّيًّا إِلَّا إِذَا كَانَتْ أَرْضًا بِالْمُقَاسَمَةِ بِنِصْفٍ مَا يَخْرُجُ فَرَزَعَهَا الْحَرَبِيُّ بِقَدْرِهَا فَحَكَمَ الْإِمَامُ بِالْخَرَاجِ عَلَيْهِ دُونَ صَاحِبِ الْأَرْضِ يَكُونُ ذِمِّيًّا فَيُوضَعُ عَلَيْهِ خَرَاجُ رَأْسِهِ وَلَا يَنْظَرُ إِلَى مِلْكِ الرَّجُلِ بَلْ إِلَى وَجُوبِ الْخَرَاجِ وَلِهَذَا إِذَا ادَّعَى الْحَرَبِيُّ أَرْضَ خَرَاجٍ بِالْمُقَاسَمَةِ فَاجْرَهَا مِنْ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ فَأَخَذَ الْخَرَاجَ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ عَلَى مَا رَأَاهُ الْإِمَامُ فَإِنَّ الْحَرَبِيَّ لَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا .

قوله وَمَنْعَهُ الرُّجُوعَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ

أَيَّ وَحَرَيَانِ الْفَصَاصِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُسْلِمِ وَضَمَّانُ الْمُسْلِمِ قِيمَةَ خَمْرِهِ وَخَنَزِيرِهِ إِذَا أَتْلَفَهُ وَوُجُوبُ الدِّيَةِ عَلَيْهِ إِذَا قَتَلَهُ خَطَأً وَوُجُوبُ كَفِّ الْأَذَى عَنْهُ فَتَحْرُمُ غَيْبَتُهُ كَمَا تَحْرُمُ غَيْبَةُ الْمُسْلِمِ فَضْلاً عَمَّا يَفْعَلُهُ السُّفَهَاءُ مِنْ صَفْعِهِ وَشْتَمِهِ فِي الْأَسْوَاقِ ظُلْماً وَعُدْوَائاً .

فَتَحُّ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ رَجَعَ إِلَيْهِمْ وَلَهُ وَدِيعَةٌ عِنْدَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ أَوْ دَيْنٍ عَلَيْهِمَا حَلٌّ دَمُهُ) أَيَّ الْحَرْبِيِّ الْمُسْتَأْمَنِ رَجَعَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَتَرَكَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ أَوْ دَيْنًا عَلَيْهِمَا حَلٌّ دَمُهُ بِالْعُودِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّهُ أَبْطَلَ أَمَانَهُ بِهِ فَعَادَ حَرْبِيًّا وَمَا كَانَ فِي أَيْدِي الْمُسْلِمِينَ أَوْ الذَّمِّيِّينَ مِنْ مَالِهِ فَهُوَ بَاقٍ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ حَرَامُ التَّنَاوُلِ لِأَنَّ حُكْمَ أَمَانِهِ فِي حَقِّ مَالِهِ لَا يَنْطُلُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ أُسِرَ أَوْ ظَهَرَ عَلَيْهِمْ فَقُتِلَ سَقَطَ دَيْنُهُ وَصَارَتْ وَدِيعَتُهُ فَيْئًا) أَمَّا الْوَدِيعَةُ فَلَأَنَّهَا فِي يَدِهِ حُكْمًا لِأَنَّ يَدَ الْمُودَعِ كَيْدُهُ تَقْدِيرًا فَتَصِيرُ فَيْئًا تَبَعًا لِنَفْسِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَتْ فِي يَدِهِ حَقِيقَةً وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا تَصِيرُ مِلْكًا لِلْمُودَعِ لِأَنَّ يَدَهُ فِيهَا أَسْبَقُ فَكَانَ بِهَا أَحَقُّ وَأَمَّا الدَّيْنُ فَلِأَنَّ الْيَدَ عَلَيْهِ لَا تَكُونُ إِلَّا بِوَسْطَةِ الْمُطَالَبَةِ وَقَدْ بَطَلَتْ لِطُلَّانِ مَالِكِيَّتِهِ إِذْ مَمْلُوكِيَّتُهُ بِالْأَسْرِ تَنَافَى مَالِكِيَّتَهُ الدَّيْنُ وَإِذَا لَمْ يَبْقَ مَمْلُوكًا لَهُ صَارَ مِلْكًا لِمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ لِأَنَّ يَدَهُ أَسْبَقُ إِلَيْهِ مِنْ يَدِ غَيْرِهِ وَلَا طَرِيقَ لَجْعَلِهِ فَيْئًا لِأَنَّ الْفَيْءَ هُوَ الَّذِي يُمْلِكُ قَهْرًا وَلَا يُتَصَوَّرُ ذَلِكَ فِي الدَّيْنِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ عَلَى التَّحْقِيقِ بَلْ هُوَ عِبَارَةٌ عَنْ وَجُوبِ تَمْلِكِ الْمَالِ فَلَمْ يَكُنِ الْاسْتِيلَاءُ عَلَى مَالِكِهِ اسْتِيلَاءً عَلَيْهِ ، وَلَوْ كَانَ لَهُ رَهْنٌ فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَأْخُذُهُ الْمُرْتَهِنُ بِدَيْنِهِ وَقَالَ مُحَمَّدٌ يُبَاعُ وَيُوفَى بِشِمْنِهِ الدَّيْنُ وَالْفَاضِلُ لَبَيَّتِ الْمَالِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ قُتِلَ وَلَمْ يَظْهَرْ عَلَيْهِمْ أَوْ مَاتَ فَقَرْضُهُ وَوَدِيعَتُهُ لَوَرَّثَتِهِ) لِأَنَّ حُكْمَ الْأَمَانِ بَاقٍ لِعَدَمِ بَطْلَانِهِ فَيَرُدُّ عَلَى وَرَثَتِهِ لِأَنَّهُمْ قَائِمُونَ بِمَقَامِهِ بِخِلَافِ

الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِأَنَّ نَفْسَهُ لَمَّا كَانَتْ مَعْنُومَةً تَبْعَهَا مَالُهُ لِأَنَّ مَا فِي يَدِ مُودَعِهِ كَيْدُهُ وَهَذَا نَفْسُهُ لَمْ تَصِرْ مَعْنُومَةً فَكَذَا مَالُهُ فَكَأَنَّهُ مَاتَ وَالْمَالُ فِي يَدِهِ لَمَّا ذَكَرْنَا فَإِنْ قِيلَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَالُهُ فَيْئًا كَمَا إِذَا أَسْلَمَ الْحَرْبِيُّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَلَهُ وَدِيعَةٌ عِنْدَ مُسْلِمٍ فِي دَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى دَارِ الْحَرْبِ يَكُونُ فَيْئًا فَلَا تَكُونُ يَدُ الْمُودَعِ كَيْدَ الْمُودَعِ قُلْنَا يَدُ الْمُودَعِ كَيْدُ الْمَالِكِ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ وَالْعِصْمَةُ مَا كَانَتْ ثَابِتَةً فِي الْمُسْتَشْهَدِ بِهِ لَمَّا أَنَّ دَارَ الْحَرْبِ لَيْسَتْ بِدَارِ عِصْمَةٍ فَلَا تَصِيرُ مَعْنُومَةً بِالشَّكِّ وَفِي هَذِهِ الْعِصْمَةِ كَانَتْ ثَابِتَةً فِيهَا وَقْتُ الْإِيدَاعِ إِذْ دَارُ الْإِسْلَامِ دَارُ عِصْمَةٍ وَلَمْ يُظْهَرْ عَلَى دَارِهِمْ فَتَبْقَى عَلَى حَالِهَا مَعْنُومَةً فَلَا تَزُولُ بِالشَّكِّ

الشرح

قوله استيلاء عليه

أَيَّ عَلَى الدَّيْنِ ١ هـ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ جَاءَنَا حَرْبِيٌّ بِأَمَانٍ وَلَهُ زَوْجَةٌ نَمَّةٌ) أَيَّ فِي دَارِ الْحَرْبِ (وَوَلَدٌ) أَيَّ صِبْغًا وَكِبَارًا (وَمَالٌ عِنْدَ مُسْلِمٍ وَذِمِّيٍّ وَحَرْبِيٍّ فَأَسْلَمَ هُنَا ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِمْ فَالْكُلُّ فِيءٌ) أَمَّا الْمَرْأَةُ وَأَوْلَادُهُ وَمَا فِي بَطْنِهَا وَالْعَقَارُ فَلَمَّا بَيَّنَّا فِي بَابِ الْغَنَائِمِ وَأَمَّا أَوْلَادُهُ الصِّغَارُ فَلِأَنَّ الصَّغِيرَ إِنَّمَا يَتَّبِعُ أَبَاهُ وَيَصِيرُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِهِ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ وَتَحْتَ وَلَايَتِهِ وَمَعَ تَبَايُنِ الدَّارَيْنِ لَا يُتَصَوَّرُ ذَلِكَ وَأَمْوَالُهُ لَمْ تَصِرْ مُحْرَزَةً بِإِحْرَازِ نَفْسِهِ لِاخْتِلَافِ الدَّارَيْنِ فَبَقِيَ الْكُلُّ فَيْئًا وَغَنِيمَةً وَلَوْ سَبَى الصَّبِيُّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَصَارَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَهُوَ مُسْلِمٌ تَبَعًا لِأَبِيهِ لِأَنَّهُمَا اجْتَمَعَا فِي دَارِ

وَاحِدَةٍ بِخِلَافِ مَا قَبْلَ إِخْرَاجِهِ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ حَيْثُ لَا يَكُونُ مُسْلِمًا لِمَا بَيَّنَّا مِنْ اخْتِلَافِ الدَّارَيْنِ ثُمَّ هُوَ فِيَّ عَلَى حَالِهِ لِمَا ذَكَرْنَا وَكَوْنُهُ مُسْلِمًا لَا يُنَافِي الرِّقَّ لِمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ أَسْلَمَ ثَمَّةَ) أَيُّ فِي دَارِ الْحَرْبِ (فَجَاءَنَا) أَيُّ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ (فَظَهَرَ عَلَيْهِمْ) أَيُّ عَلَى أَهْلِ الْحَرْبِ (فَوَلَدَهُ الصَّغِيرُ حُرٌّ مُسْلِمٌ وَمَا أَوْدَعَهُ عِنْدَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ فَهُوَ لَهُ وَغَيْرُهُ فِيَّ) وَهُوَ أَوْلَادُهُ الْكِبَارُ وَالْمَرْأَةُ وَالْعَقَارُ لِأَنَّهُ لَمَّا أَسْلَمَ فِي دَارِ الْحَرْبِ تَبِعَهُ أَوْلَادُهُ الصَّغَارُ لِلاتِّحَادِ الدَّارِ وَإِحْرَازِ مَا فِي يَدِهِ أَوْ وَدِيعَةً عِنْدَ مَنْ ذَكَرَهُ لِأَنَّهُ فِي يَدٍ صَحِيحَةٍ مُحْتَرَمَةٍ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مُودَعًا عِنْدَ حَرْبِيٍّ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي بَابِ الْغَنَائِمِ فِي حَرْبِيٍّ أَسْلَمَ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَلَمْ يَخْرُجْ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ حُكْمَ الْمَسْأَلَتَيْنِ وَاحِدٌ إِذِ الْإِسْلَامُ حَصَلَ فِيهِمَا فِي دَارِ الْحَرْبِ فَكُلُّ حُكْمٍ عُرِفَ فِي تِلْكَ فَهُوَ الْحُكْمُ فِي هَذِهِ

الشرح

قوله فالتك في

أي غنيمة .

أَتَقَانِي وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ لِأَنَّ تَبَايُنَ الدَّارَيْنِ قَاطِعٌ لِلْعَصْمَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ } أَمَّا الزَّوْجَةُ وَأَوْلَادُهُ الْكِبَارُ فَلَعَدَمُ التَّبَعِيَّةِ بِالْبُلُوغِ وَأَمَّا الْأَوْلَادُ الصَّغَارُ فَلِأَنَّهُمْ لَمَّا لَمْ يَكُونُوا فِي يَدِهِ لِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ لَمْ يُمْكِنْ أَنْ يُعْتَبَرُوا مُسْلِمِينَ تَبَعًا لِأَيِّهِمْ فَصَارُوا فَيْئًا أَيْضًا وَكَذَا الْجَنِينُ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِلَّامِ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ وَكَذَا وَدِيعَتُهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّهُ حِينَ فَارَقَ دَارَ الْحَرْبِ كَانَ الْمَالُ مَالِ حَرْبِيٍّ غَيْرِ مَعْصُومٍ فَلَمَّا أَسْلَمَ فِي دَارِنَا لَمْ يُحَرِّزْهُ فَلَمْ تَنْتَبِ الْيَدُ عَلَيْهَا لَا حَقِيقَةً وَلَا حُكْمًا فَبَقِيَ الْمَالُ غَيْرَ مَعْصُومٍ فَكَانَ فَيْئًا .

أَتَقَانِي

قوله وما أودعه عنده مسلم الخ

قِيْدَ بِالْيَدِ إِذَا كَانَ غَصْبًا فِي أَيْدِيهِمْ يَكُونُ فَيْئًا لِعَدَمِ النَّيَابَةِ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَجِبُ أَنْ لَا يَكُونَ فَيْئًا إِلَّا مَا كَانَ غَصْبًا عِنْدَ حَرْبِيٍّ وَبِهِ قَالَتِ الْأَئِمَّةُ الثَّلَاثَةُ .

كَأَكْبَى وَقَوْلُهُ لِعَدَمِ النَّيَابَةِ قَالَ الْأَتَقَانِي لِأَنَّ يَدَ الْعَاصِبِ لَيْسَتْ بِصَحِيحَةٍ .

قوله وهو أولاده الكبار

أَيُّ لَا زَوْجَتَهُ ، وَأَوْلَادُهُ الْكِبَارُ حَرْبِيُّونَ وَكَذَا مَا فِي بَطْنِهَا لِأَنَّهُ تَبِعٌ لِلَّامِ

قوله بخلاف ما إذا كان مودعا عند حربى

أَيُّ لِأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِمُحْتَرَمَةٍ فَكَانَتْ فَيْئًا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ قَتَلَ مُسْلِمًا خَطَأً لَا وَلِيَّ لَهُ أَوْ حَرَبِيًّا جَاءَنَا بِأَمَانٍ فَأَسْلَمَ فِدَيْتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ لِلْإِمَامِ) لِأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسًا مَعْصُومَةً فَتَنَاولَهَا التَّصَوُّصُ الْوَارِدَةُ فِي قَتْلِ الْخَطَا وَمَعْنَى قَوْلِهِ لِلْإِمَامِ إِنَّ الْآخِذَ لَهُ لِيَضَعَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّهُ نَصَّبَ نَاطِرًا لِلْمُسْلِمِينَ وَهَذَا مِنَ النَّظَرِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَفِي الْعَمْدِ الْقَتْلُ أَوْ الدِّيَّةُ لَا الْعَفْوُ) أَيُّ لَوْ قَتَلَ عَمْدًا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَتْلُ قِصَاصًا أَوْ الدِّيَّةُ بِالصُّلْحِ يَنْظُرُ فِيهِ الْإِمَامُ فَأَيُّهُمَا رَأَى أَصْلَحَ فَعَلَ وَلَا يَجُوزُ الْعَفْوُ مَجَانًا لَأَنَّ تَصَرُّفَهُ مُقَيَّدٌ بِالنَّظَرِ فَلَا يَجُوزُ لَهُ إِبْطَالُ حَقِّ الْمُسْلِمِينَ بِغَيْرِ عَوْضٍ وَكَذَا لَوْ كَانَ الْمَقْتُولُ لَقِيطًا لِلْإِمَامِ أَنْ يَقْتُلَ الْقَاتِلَ عِنْدَهُمَا حِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ هُوَ يَقُولُ الْمُؤَلَّدُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لَا يَخْلُو عَنْ الْوَارِثِ غَالِبًا وَهُوَ كَالْمُتَحَقِّقِ أَوْ يَحْتَمِلُ ذَلِكَ فَكَانَ فِيهِ احْتِمَالٌ عَدَمُ الْوِلَايَةِ لِلْإِمَامِ فَكَانَ فِيهِ شُبْهَةٌ وَالْقِصَاصُ يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ وَلَهُمَا أَنْ الْحَقَّ إِنَّمَا يَنْبَغِي لِلْوَلِيِّ بِطَرِيقِ قِيَامِهِ مَقَامِ الْمَيِّتِ نَظَرًا لِلْمَيِّتِ وَالْمَجْهُولِ الَّذِي لَا يُمَكِّنُ الْوُصُولُ إِلَيْهِ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ الْمَيِّتُ فَلَا يَصْلُحُ وَلِيًّا فَصَارَ وَجُودُهُ كَعَدَمِهِ فَتَنْتَقِلُ الْوِلَايَةُ إِلَى السُّلْطَانِ أَوْ إِلَى الْعَامَّةِ كَمَا فِي الْإِرْثِ وَلَا يُقَالُ تَرَدُّدٌ مِنْ لَهُ الْحَقُّ يُوجِبُ سُقُوطَ الْقِصَاصِ كَالْمُكَاتِبِ إِذَا قُتِلَ عَنْ وَفَاءٍ وَلَهُ وَارِثٌ غَيْرُ الْمَوْلَى لِأَنَّا نَقُولُ السُّلْطَانُ هُنَا نَائِبٌ عَنِ الْعَامَّةِ فَصَارَ الْوَلِيُّ وَاحِدًا بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْمُكَاتِبِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

الشرح

قوله فديته على عاقلته للإمام

أَيُّ وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ .

هَدَايَةُ قَوْلِهِ وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ أَيُّ وَإِنَّمَا وَجَبَتِ الدِّيَّةُ وَالْكَفَّارَةُ لِأَنَّ ذَلِكَ حُكْمُ قَتْلِ الْمُؤْمِنِ خَطَأً بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ } وَالْمُسْتَأْمَنُ لَمَّا أَسْلَمَ صَارَ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا فَصَارَ حُكْمُهُ حُكْمَ سَائِرِ الْمُسْلِمِينَ .

أَتَقَانِي

قوله ليضعه في بيت المال

أَيُّ لِعَدَمِ الْوَارِثِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ لَا أَنَّهَا تَكُونُ مِلْكًا لَهُ .

قوله لو قتل عمداً يجب عليه القتل قصاصاً

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ أَمَّا إِذَا كَانَ الْقَتْلُ عَمْدًا فَالْإِمَامُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَتَلَ الْقَاتِلَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَّةَ إِذَا رَضِيَ الْقَاتِلُ بِالدِّيَّةِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَغْفُو أَمَّا وَجُوبُ الْقِصَاصِ فَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { السُّلْطَانُ وَلِيٌّ مِنْ لَا وَلِيَّ لَهُ } فَإِذَا كَانَ السُّلْطَانُ وَلِيًّا كَانَ لَهُ وَلَايَةُ أَخْذِ الْقِصَاصِ وَأَمَّا الصُّلْحُ عَلَى الدِّيَّةِ فَلَمَّا رَوَى أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَمَّا قُتِلَ رَأَى عُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ هَرْمُزَانَ وَفِي يَدِهِ خِنْجَرٌ فَظَنَّ أَنَّهُ هُوَ الَّذِي قَتَلَ عُمَرَ فَفَتَلَهُ فَلَمَّا وَلَّى عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ قَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ لِعُثْمَانَ أَقْتُلْ عُبَيْدَ اللَّهِ فَقَالَ عُثْمَانُ قَتَلَ أَبُوهُ بِالْأَمْسِ وَأَنَا أَقْتُلُهُ الْيَوْمَ لَا أَفْعَلُ وَلَكِنَّ هَذَا الرَّجُلَ مِنْ أَهْلِ الْأَرْضِ يَعْنِي أَنَّ هَرْمُزَانَ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ وَأَنَا وَلِيُّهُ فَأَغْفُو عَنْهُ وَأُودِّي دِيْنَهُ وَلِأَنَّ الدِّيَّةَ أَنْفَعُ لِلْعَامَّةِ مِنَ الْقَوَدِ

وَالْحَقُّ لِلْعَامَّةِ وَالْإِمَامُ كَالنَّائِبِ عَنْهُمْ فَكَانَ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى الدِّيَةِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْفُو بِغَيْرِ شَيْءٍ لِأَنَّهُ اصْطِنَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ فِي حَقِّ غَيْرِهِ وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَإِنَّمَا وَلِيُّهُ بِطَرِيقِ

النَّظَرِ وَلَا نَظَرَ فِي إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ بِغَيْرِ شَيْءٍ قَوْلُهُ وَكَذَا لَوْ كَانَ الْمَقْتُولُ لَقِيطًا (قَالَ الْأَنْقَانِيُّ وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْمَقْتُولُ لَقِيطًا فَقَتَلَهُ الْمُتَقِطُ أَوْ غَيْرُهُ خَطَأً تَجِبُ الدِّيَةُ لِيُثْبِتَ الْمَالُ عَلَى عَاقِلَةِ الْقَاتِلِ وَالْكَفَّارَةُ عَلَيْهِ لَمَّا قُتِلْنَا وَإِذَا كَانَ الْقَتْلُ عَمْدًا فَإِنْ شَاءَ الْإِمَامُ قَتَلَهُ وَإِنْ شَاءَ الْإِمَامُ صَالَحَهُ عَلَى الدِّيَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ عَلَيْهِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ وَلَا أَقْتُلُهُ مِنْ قَبْلِ أَنِّي لَا أَعْرِفُ لَهُ وَلِيًّا وَجْهَ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَخْلُو عَنْ وَلِيِّ كَالْأَبِ وَنَحْوِهِ إِنْ كَانَ ابْنُ رَشْدَةٍ وَكَأَلَاثِمٍ إِنْ كَانَ ابْنُ زَيْنَةٍ فَاشْتَبَهَ مَنْ لَهُ حَقُّ الْقِصَاصِ فَلَا يُسْتَوْفَى وَوَجْهَ قَوْلِهِمَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ } فَيَكُونُ السُّلْطَانُ وَلِيَّهُ لِأَنَّهُ اللَّقِيطُ لَا وَلِيَ لَهُ .

باب العشر والخراج والجزية

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَرْضُ الْعَرَبِ وَمَا أَسْلَمَ أَهْلُهُ أَوْ فُتِحَ عَنْوَةٌ وَقُسِمَ بَيْنَ الْعَانِمِينَ عَشْرِيَّةً) أَمَّا أَرْضُ الْعَرَبِ فَلَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالْخُلَفَاءُ مِنْ بَعْدِهِ لَمْ يَأْخُذُوا بِالْخَرَاجِ مِنْ أَرْضِ الْعَرَبِ وَلَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْفَيْءِ فَلَا يَثْبُتُ فِي أَرْضِهِمْ كَمَا لَا يَثْبُتُ فِي رِقَابِهِمْ وَهَذَا لِأَنَّ الْخَرَاجَ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يُقَرَّ أَهْلُهَا عَلَيْهَا عَلَى الْكُفْرِ كَمَا فِي سَوَادِ الْعِرَاقِ وَمُشْرِكُو الْعَرَبِ لَا يُقْبَلُ مِنْهُمْ إِلَّا الْإِسْلَامُ أَوْ السِّيْفُ لِقَوْلِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا { آخِرُ مَا عَاهَدَ إِلَيْنَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ قَالَ لَا يُتْرَكُ بِحَزِيرَةِ الْعَرَبِ دِينَارٌ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَحَدَّثَهَا طُولًا مَا وَرَاءَ رِيفِ الْعِرَاقِ إِلَى أَقْصَى صَخَرٍ بِالْيَمَنِ وَعَرْضًا مِنْ جُدَّةٍ وَمَا وَالَهَا مِنَ السَّاحِلِ إِلَى حَدِّ الشَّامِ ، وَأَمَّا مَا أَسْلَمَ أَهْلُهُ عَلَيْهِ أَوْ فُتِحَ عَنْوَةٌ وَقُسِمَ بَيْنَ الْعَانِمِينَ فَلَأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى ابْتِدَاءِ التَّوْطِيفِ عَلَى الْمُسْلِمِ وَالْعُسْرُ أَلْيَقُ بِهِ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْعِبَادَةِ حَتَّى يُصَرَّفَ مَصَارِفَ الصَّدَقَاتِ وَيُشْتَرَطَ فِيهِ النِّيَّةُ وَأَرْفَقَ لِأَنَّهُ أَحَفُّ مِنَ الْخَرَاجِ لِتَعَلُّقِهِ بِحَقِيقَةِ الْخَرَاجِ بِخِلَافِ الْخَرَاجِ

الشرح

باب العشر والخراج والجزية

قَالَ الْكَمَالُ لَمَّا ذَكَرَ مَا يَصِيرُ بِهِ الْمُسْتَأْمَنُ ذِمِّيًّا ذَكَرَ مَا يَنْبُوهُ مِنَ الْوُظَائِفِ الْمَالِيَّةِ إِذَا صَارَ ذِمِّيًّا وَذَلِكَ هُوَ الْخَرَاجُ فِي أَرْضِهِ وَرَأْسِهِ وَفِي تَفَارِقِهِمَا كَثَرَةٌ فَأُورِدَهُمَا فِي بَابَيْنِ وَقَدَّمَ خَرَاجَ الْأَرْضِ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِيهِ كَانَ بِقُرْبٍ قَرِيبٍ ثُمَّ ذَكَرَ الْعُرْفِيَّةَ أَيْضًا تَنْمِيماً لَوْظِيفَةِ الْأَرْضِ لِأَنَّهَا السَّبَبُ فِي الْخَرَاجِ وَالْعُسْرُ جَمِيعًا وَقَدَّمَ ذَكَرَ الْعُسْرَ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْعِبَادَةِ وَالْعُسْرُ لُغَةٌ وَاحِدَةٌ مِنَ الْعَشْرَةِ وَالْخَرَاجُ مَا يَخْرُجُ مِنْ نَمَاءِ الْأَرْضِ أَوْ نَمَاءِ الْعُلَامِ وَسُمِّيَ بِهِ مَا يَأْخُذُهُ السُّلْطَانُ مِنْ وَظِيفَةِ الْأَرْضِ وَالْغَرَسِ وَحَدَّدَ الْأَرْضِيَّ الْعُسْرِيَّةَ وَالْخَرَاجِيَّةَ أَوَّلًا لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ أَضْبَطُ فَقَالَ .

قَوْلُهُ لَمْ يَأْخُذُوا بِالْخَرَاجِ مِنْ أَرْضِ الْعَرَبِ

أَيُّ وَالْأَرْضُ لَا تَخْلُو مِنْ أَحَدٍ الْحَقِّينِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّهَا عُسْرِيَّةٌ .

أَتَقَانِي قَالَ الْأَتَقَانِيُّ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ فِي مُحْتَصَرِهِ أَرْضُ الْعَرَبِ كُلُّهَا أَرْضُ عَشْرِ وَهِيَ أَرْضُ الْحِجَازِ وَتِهَامَةُ وَمَكَّةُ وَالْيَمَنُ وَالطَّائِفُ وَالْبَرِّيَّةُ قَالَ الْكَمَالُ وَالْحِجَازُ هُوَ جَزِيرَةُ الْعَرَبِ سُمِّيَ جَزِيرَةً لِأَنَّ بَحْرَ الْحَبَشِ وَبَحْرَ فَارِسَ وَالْفُرَاتِ أَحَاطَتْ بِهَا وَتُسَمَّى حِجَازًا لِأَنَّهُ حَجَزَ بَيْنَ تِهَامَةٍ وَتَجْدٍ .

قَوْلُهُ وَحَدُّهَا

أَيُّ حَدُّ أَرْضِ الْعَرَبِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالسَّوَادُ وَمَا فَتَحَ عَنُودُهُ وَأَقْرَأُ أَهْلُهَا عَلَيْهِ أَوْ فُتِحَ صُلْحًا خَرَاجِيَّةً) لِأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حِينَ فَتَحَ السَّوَادَ وَضَعَ عَلَيْهِمُ الْخَرَاجَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَوَضَعَ عَلَى مِصْرَ حِينَ فَتَحَهَا عُمَرُ بْنُ الْعَاصِ وَأَجْمَعَتِ الصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ عَلَى وَضْعِ الْخَرَاجِ عَلَى الشَّامِ وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى ابْتِدَاءِ التَّوْظِيفِ عَلَى الْكَافِرِ وَالْخَرَاجُ أَلْيَقُ بِهِ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الْعُقُوبَةِ وَالتَّغْلِيطِ حَتَّى يَجِبَ عَلَيْهِ بِالتَّمَكُّنِ مِنَ الزَّرَاعَةِ وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ حَقِيقَةُ الْإِخْرَاجِ وَهُوَ أَكْثَرُ مِنَ الْعَشْرِ أَيْضًا وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ كُلُّ أَرْضٍ فَتَحَتْ عَنُودُهُ فَوَصَلَ إِلَيْهَا مَاءُ الْأَنْهَارِ فَهِيَ أَرْضُ خَرَاجٍ وَمَا لَمْ يَصِلْ إِلَيْهَا مَاءُ الْأَنْهَارِ وَاسْتُخْرِجَ مِنْهَا عَيْنٌ فَهِيَ أَرْضُ عَشْرِ لِأَنَّ الْعَشْرَ وَالْخَرَاجَ مُعْلَقَانِ بِالْأَرْضِ النَّامِيَةِ وَتَمَازُجًا بِمَائِهَا فَيُعْتَبَرُ السَّقْيُ بِمَاءِ الْعَشْرِ أَوْ بِمَاءِ الْخَرَاجِ وَالْمُرَادُ بِالْأَنْهَارِ الْأَنْهَارُ الَّتِي احْتَفَرَتْهَا الْأَعَاجِمُ كَنْهَرٌ يَزْدَجِرْدُ فَتَكُونُ الْمَسْأَلَةُ إِجْمَاعِيَّةً لِأَنَّ الْأَنْهَارَ الْعِظَامَ كَسِيحُونَ وَجِيحُونَ فِيهَا خِلَافٌ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الزَّكَاةِ وَكَذَا مُرَادُهُ فِي هَذَا التَّفْصِيلِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ أَمَّا الْكَافِرُ فَيَجِبُ عَلَيْهِ الْخَرَاجُ مِنْ أَيِّ مَاءٍ سَقَى لِأَنَّ الْكَافِرَ لَا يُبْتَدَأُ بِالْعَشْرِ فَلَا يَتَأَتَّى فِيهِ التَّفْصِيلُ فِي حَالَةِ الْإِبْتِدَاءِ إِجْمَاعًا . وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِيهِ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ فِيمَا إِذَا مَلَكَ أَرْضًا عَشْرِيَّةً هَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْخَرَاجُ أَوْ الْعَشْرُ أَوْ الْعَشْرَانِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهَا فِي الزَّكَاةِ وَلَا يُقَالُ إِذَا وَضِعَ الْخَرَاجُ عَلَى الْمُسْلِمِ بِاعْتِبَارِ الْمَاءِ يَكُونُ ابْتِدَاءُ الْمُسْلِمِ بِالْخَرَاجِ وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ لَنَا نَقُولُ لَيْسَ هَذَا بِإِبْتِدَاءٍ وَضَعَ عَلَى الْمُسْلِمِ بَلْ الْأَرْضُ لَمَّا لَمْ تَنْمُ إِلَّا بِالْمَاءِ أُعْتِبِرَ الْمَاءُ الْمَأْخُودُ مِنَ الْعَدُوِّ فَجَعَلْنَا وَظِيفَتَهُ الْخَرَاجَ وَالْمُسْلِمُ إِذَا سَقَى أَرْضَهُ بِهِ فَقَدْ انْتَزَمَ الْخَرَاجَ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ وَمِثْلُهُ لَا يَمْتَنِعُ بِالْإِسْلَامِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى الْخَرَاجِيَّةَ يُؤَدِّي خَرَاجَهَا لِمَا قُلْنَا وَإِنَّمَا { لَمْ يُوظَّفِ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى أَرْضِي مَكَّةَ } مَعَ أَنَّهَا فَتَحَتْ عَنُودُهُ وَأَقْرَأُ أَهْلُهَا عَلَيْهَا لِأَنَّ الْعَرَبَ لَا يُوَضَعُ عَلَى أَرْضِيهِمْ الْخَرَاجُ كَمَا لَا يُوَضَعُ عَلَى رِقَابِهِمُ الْجَزْيَةُ وَالرَّقُّ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ ثُمَّ أَرْضُ السَّوَادِ مَمْلُوكَةٌ لِأَهْلِهَا عِنْدَنَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى لَيْسَتْ بِمَمْلُوكَةٍ لَهُمْ وَإِنَّمَا هِيَ وَقْفٌ عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَأَهْلُهَا مُسْتَأْجِرُونَ لَهَا لِأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ اسْتَطَابَ قُلُوبَ الْغَنَامِينَ فَاجْرَهَا وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ هَذَا غَلَطٌ لَوْجُوهُ : أَحَدُهَا أَنَّ عُمَرَ لَمْ يَسْتَطِبْ قُلُوبَهُمْ فِيهِ بَلْ نَظَرَهُمْ عَلَيْهِ وَشَاوَرَ الصَّحَابَةَ عَلَى وَضْعِ الْخَرَاجِ وَامْتَنَعَ بِلَالٌ وَأَصْحَابُهُ فَدَعَا عَلَيْهِمْ وَأَيَّنَ الْإِسْتِرْضَاءَ ، ثَانِيًا : أَنَّ أَهْلَ الدِّمَّةِ لَمْ يَحْضُرُوا الْغَنَامِينَ عَلَى تِلْكَ الْأَرْضِ فَلَوْ كَانَ إِجَارَةً لَاشْتَرَطَ حُضُورُهُمْ ، ثَالِثًا : أَنَّهُ لَمْ يُوَجَدْ فِي ذَلِكَ رِضًا أَهْلَ الدِّمَّةِ وَلَوْ كَانَتْ إِجَارَةً لَاشْتَرَطَ رِضَاهُمْ وَرَابِعُهَا أَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ لَمْ يَصْدُرْ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ عُمَرَ وَلَوْ كَانَتْ إِجَارَةً لَوَجَبَ الْعَقْدُ .

وَحَامِسُهَا : أَنَّ جَهَالََةَ الْأَرْضِ تَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِجَارَةِ وَسَادِسُهَا أَنَّ جَهَالََةَ الْمُدَّةِ تَمْنَعُ مِنْ صِحَّتِهَا أَيْضًا وَسَابِعُهَا أَنَّ الْخَرَاجَ مُؤَبَّدٌ وَتَأْيِيدُ الْإِجَارَةَ بَاطِلٌ وَتَأْمِينُهَا أَنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَسْقُطُ بِالْإِسْلَامِ وَالْخَرَاجُ يَسْقُطُ عِنْدَهُ وَتَأْسِغُهَا أَنَّ عُمَرَ قَدْ أَخَذَ الْخَرَاجَ مِنَ التَّحْلِ وَنَحْوِهِ وَلَا يَحُوزُ إِجَارَتُهَا وَعَاشِرُهَا أَنَّ جَمَاعَةً مِنَ الصَّحَابَةِ اشْتَرَوْهَا فَكَيْفَ يَبِيعُونَ الْأَرْضَ الْمُسْتَأْجَرَةَ وَكَيْفَ يَحُوزُ لَهُمْ شِرَاؤُهَا

قوله حين فتح السواد

أي على يد سعد عتوة

قوله وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام

قال الأثقاني وكذا وضعه على مصر أي وضع عمر الخراج على مصر حين أفتحت صلحا على يد عمرو بن العاص وكذا وضعه على الشام حين أفتتح عمر بن الخطاب بيت المقدس ومدن الشام كلها صلحا دون أراضيتها وأما أراضيتها ففتحت عتوة على يد يزيد بن أبي سفيان وشرح جيل بن أبي حسنة وأبي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد فأما أجنادين من الشام فقد أفتتح صلحا في خلافة أبي بكر رضي الله عنه .

قوله وجيحون

أي ودجلة والفرات .

قوله فيها خلاف أبي يوسف ومحمد

أي فعند محمد عشرين وعند أبي يوسف خراجي قوله فجعلنا وظيفته (أي وظيفة الماء من خط الشارح رحمه الله

قوله ثم أرض السواد مملوكة لأهلها عندنا

أي يجوز بيعهم وتصرفهم فيها بالرهن والهبة لأن الإمام إذا فتح أرضا عتوة له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها الخراج وعلى رؤوسهم الجزية فتبقى الأرض مملوكة لأهلها وقدمناه من قبل في باب قسمة الغنائم ومذهب مالك والشافعي وأحمد أنها موقوفة على المسلمين فلا يجوز لأهلها هذه التصرفات .

كمال رحمه الله

قال رحمه الله (ولو أحياء أرضا مواتا يُعتبر قُرْبُهُ) أي قُرْبُ مَا أَحْيَا فَإِنْ كَانَتْ إِلَى الْخَرَاجِ أَقْرَبَ فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ وَإِنْ كَانَتْ إِلَى الْعُشْرِ أَقْرَبَ فَهِيَ عُشْرِيَّةٌ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ حَيْزَ الشَّيْءِ يُعْطَى لَهُ حُكْمُهُ كَفَنَاءِ الدَّارِ يُعْطَى لَهُ حُكْمُ الدَّارِ حَتَّى يَجُوزَ لِصَاحِبِهَا الْإِثْفَاعُ بِهِ وَكَذَا لَا يَجُوزُ إِحْيَاءُ مَا قُرْبَ مِنَ الْعَامِرِ وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنَّ أَحْيَاءَهَا بِمَاءِ الْخَرَاجِ كَاللَّيْلِ الَّتِي احْتَفَرَتْهَا الْأَعَاجِمُ فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ وَإِلَّا فَعُشْرِيَّةٌ لِمَا ذَكَرْنَا وَهَذَا التَّفْصِيلُ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ وَأَمَّا الْكَافِرُ فَيَجِبُ عَلَيْهِ الْخَرَاجُ مُطْلَقًا

قوله حتى يجوز لصحابها الانتفاع به

أي وإن لم يكن الفناء ملكاً له فلما كان كذلك وجب اعتبار الأرض المحيية بالحيز خراجياً كان أو عشرينياً .

أثقاني

قال رحمه الله (والبصرة عشرينية) لإجماع الصحابة على ذلك والقياس أن تكون خراجية لأنها أفتحت عنه وأقر أهلها عليها من جملة أراضي العراق ولكن ترك ذلك بإجماعهم وهذا يورد إشكالاً على قول أبي يوسف رحمه الله حيث لم يعتبر فيها الحيز وليس هذا بظاهر لأنه إنما يعتبر الحيز في الأراضي المحيية لا في المفتوحة عنه ثم الخراج على نوعين خراج مقياسية وهو أن يكون الواجب جزءاً شائعاً من الخارج كالربع والخمس ونحو ذلك وخراج وظيفة وهو أن يكون الواجب شيئاً في الدمة يتعلق بالتمكن من الزراعة وهو ما وضعه عمر رضي الله عنه على سواد العراق على ما يحيى بيانه

الشرح

قوله لإجماع الصحابة على ذلك

قال الكمال رحمه الله غير أن أبا يوسف استثنى البصرة من ضابطه فإنها عشرينية عنده وإن كانت من حيز أرض الخراج لإجماع الصحابة على جعلها عشرينية كما ذكره أبو عمر بن عبد البر وغيره فترك القياس فيها كذلك .

قوله وهو ما وضعه عمر رضي الله عنه على سواد العراق

قال في الهداية والخراج الذي وضعه عمر على أهل السواد من كل حريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن حريب الرطبة خمسة دراهم ومن حريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم قال الأثقاني وهذا لفظ القُدوري في مختصره اعلم أن القفيز الواجب في الخراج مطلق عن قيد الهاشمي والحجاجي في أكثر نسخ الفقه كالكافي للحاكم الشهيد والشامل وشرح الطحاوي وشروح الجامع الصغير للفيهي أبي الليث وفخر الإسلام البردوي وغير ذلك .

وقال الولوالجي في فتاواه القفيز هو الحجاجي وهو ثمانية أرتال وهو صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم وإنما نسب إلى الحجاج لأنه أخرجه بعدما فقد وأنه يسع فيه ثمانية أرتال وهي أربعة أمناء وفي قول أبي يوسف خمسة أرتال وثلاث رطل وكذلك قال في خلاصة الفتاوى قلت هذا هو الصحيح لأن محمداً ذكر في أول كتاب الخراج من الأصل فما كان من أرض الخراج من عامر أو غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزراعة ففي كل حريب قفيز ودرهم في كل سنة زرع ذلك صاحبه في السنة مرة أو مراراً أو لم يزرعه كله سواء وفي كل سنة قفيز ودرهم في كل

حَرِيبُ زُرْعٍ وَالْقَفِيزُ قَفِيزُ الْحَجَّاجِ وَهُوَ رُبْعُ الْهَاشِمِيِّ وَهُوَ مِثْلُ الصَّاعِ الَّذِي كَانَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثَمَانِيَةَ أَرْطَالٍ إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي الْأَصْلِ وَلِأَنَّ الْحَجَّاجَ كَانَ يَمُنُّ عَلَى أَهْلِ الْعِرَاقِ بِصَاعِ عُمَرَ وَصَاعِ عُمَرَ هُوَ صَاعُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَإِذَا كَانَ صَاعُ عُمَرَ هُوَ الْحَجَّاجِيُّ الَّذِي هُوَ صَاعُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَكَيْفَ يُقَدَّرُ عُمَرُ الْخَرَاجِ بِالصَّاعِ الْهَاشِمِيِّ الَّذِي لَيْسَ صَاعُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ .

وَلِهَذَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ فِي كِتَابِ الْخَرَاجِ تَصْنِيفُهُ حَدَّثَنِي السَّرِيُّ عَنْ الشَّعْبِيِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَرَضَ عَلَى الْكُرْمِ عَشْرَةَ وَعَلَى الرُّطْبَةِ خَمْسَةَ وَعَلَى كُلِّ أَرْضٍ يَبْلُغُهَا الْمَاءُ دِرْهَمًا وَمَخْتُومًا قَالَ عَامِرٌ هُوَ الْحَجَّاجِيُّ وَهُوَ الصَّاعُ إِلَى هُنَا لَفْظُ أَبِي يُوسُفَ فِي كِتَابِ الْخَرَاجِ فَعَلِمَ أَنَّ فِيْمَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْهَدَايَةِ وَالنَّافِعُ مُقَيَّدًا بِالْهَاشِمِيِّ نَظَرُ أَوْ الصَّاعُ الْهَاشِمِيُّ اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ رِطْلًا مَا قَالَهُ الْأَنْفَاقِيُّ قَوْلُهُ قُلْتُ هَذَا أَيُّ مَا ذَكَرَهُ الْوَلَوَلِجِيُّ مِنْ أَنَّهُ ثَمَانِيَةَ أَرْطَالٍ وَقَوْلُهُ قَالَ عَامِرٌ هُوَ الشَّعْبِيُّ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَخَرَاجُ حَرِيبٍ صَلَحَ لِلزَّرْعِ صَاعٌ وَدِرْهَمٌ وَفِي حَرِيبِ الرُّطْبَةِ خَمْسَةُ دَرَاهِمٍ وَفِي حَرِيبِ الْكُرْمِ وَالنَّخْلِ الْمُتَّصِلِ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ) لِأَنَّهُ الْمَنْقُولُ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَإِنَّهُ بَعَثَ عُثْمَانُ بْنُ حُنَيْفٍ وَحُدَيْفَةُ بْنُ الْيَمَانِ فَمَسَحَا سَوَادَ الْعِرَاقِ فَلَبَّغَتْ سَنَةً وَثَلَاثِينَ أَلْفَ أَلْفِ حَرِيبٍ وَوَضَعَاهُ عَلَى نَحْوِ مَا قُلْنَا بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ فَكَانَ إِجْمَاعًا وَلِأَنَّ الْمُؤْنَ مُتَّفَاوِتَةٌ فَيَجِبُ عَلَى أَخْفِهَا الْأَكْثَرُ وَعَلَى أَشَدِّهَا الْأَقْلُ وَعَلَى الْوَسْطِ الْوَسْطُ وَالْحَرِيبُ سِتُونَ ذِرَاعًا فِي سِتِّينَ ذِرَاعًا بِذِرَاعِ كِسْرَى وَأَنَّهُ يَزِيدُ عَلَى ذِرَاعِ الْعَامَّةِ بِقَبْضَةٍ وَقِيلَ حَرِيبُ سَوَادِ الْعِرَاقِ وَفِي غَيْرِهِمْ يُعْتَبَرُ عَلَى مَا هُوَ الْمُتَعَارَفُ عَنْدهُمْ وَالصَّاعُ أَرْبَعَةُ أَمْثَالِ الْمَنْ مِائَتَانِ وَسِتُّونَ دِرْهَمًا وَيُعْطَى الدَّرْهَمُ مِنْ أَجُودِ الثُّقُودِ وَذَكَرَ فِي النَّهَائَةِ مَعْرِيًّا إِلَى فَتَاوَى قَاضِي خَانَ أَنَّ الْقَفِيزَ مِنَ الْحِنْطَةِ أَوْ الشَّعِيرِ بِلَفْظِ التَّخْيِيرِ وَقَالَ فِي الْكَافِيِّ هُوَ يَكُونُ مِنَ الْحِنْطَةِ وَقَالَ كَذَا فِي كِتَابِ الْعُسْرِ وَالْخَرَاجِ ثُمَّ قَالَ وَذَكَرَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ وَيَكُونُ هَذَا الْقَفِيزُ مِمَّا يَزْرَعُ فِي تِلْكَ الْأَرْضِ وَهُوَ الصَّحِيحُ وَمَا لَيْسَ فِيهِ تَوْطِيفُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِمَّا سَوَى مَا ذَكَرْنَا كَالزَّعْفَرَانِ وَالْبُسْتَانِ يُوضَعُ عَلَيْهِ بِحَسَبِ الطَّاقَةِ اعْتِبَارًا بِمَا وَضَعَهُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ اعْتَبَرَ الطَّاقَةَ حَيْثُ قَالَ لَعَلَّكُمْ حَمَلْتُمَا الْأَرْضَ مَا لَا تُطِيقُ فَقَالَا لَا بَلْ حَمَلْنَاهَا مَا تُطِيقُ وَلَوْ زِدْنَا لَأَطَاقَتْ قَالُوا وَنَهَائَةِ الطَّاقَةِ أَنْ يَبْلُغَ الْوَاجِبُ نِصْفَ الْخَارِجِ وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ لِأَنَّ التَّنْصِيفَ عَيْنُ الْإِنْصَافِ لَمَّا كَانَ لَنَا أَنْ نَقْسِمَ الْكُلَّ بَيْنَ الْعَانِمِينَ وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْكُلَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمُ الْكُلِّ

الشرح

قَوْلُهُ وَلِأَنَّ الْمُؤْنَ مُتَّفَاوِتَةٌ

هِيَ جَمْعُ مُؤْنَةٍ يَعْنِي أَنَّ تَفَاوُتَ الْمُؤْنِ لَهُ أَثَرٌ فِي تَفَاوُتِ الْوَاجِبِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْوَاجِبَ فِيْمَا سَقِيَ سَبِيحًا مِنَ الْأَرْضِ الْعُسْرِيَّةِ هُوَ الْعُسْرُ وَمَا سَقِيَ بَعْرَبٍ أَوْ دَالِيَةٍ أَوْ سَانِيَةٍ نِصْفُ الْعُسْرِ فَلَمَّا تَبَتَ هَذَا قُلْنَا لَمَّا كَانَ مُؤْنَةُ الْكُرْمِ أَخْفَ وَرَبْعُهُ أَكْثَرُ كَانَ الْوَاجِبُ فِيهِ أَعْلَى وَهُوَ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ وَهَذَا لِأَنَّهُ يَبْقَى دَهْرًا مَدِيدًا مَعَ قَلَّةِ الْمُؤْنَةِ وَمُؤْنَةُ الزَّرْعِ أَثْقَلُ فَجَعَلَ الْوَاجِبُ فِيهِ أَدْنَى وَهُوَ قَفِيزٌ وَدِرْهَمٌ وَهَذَا لِأَنَّ الزَّرْعَ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْكَرَابِ وَالْقَاءِ الْبَذْرِ وَالْحَصَادِ وَالْدِّيَاسِ وَنَحْوِ ذَلِكَ كُلِّ سَنَةٍ وَمُؤْنَةُ الرُّطَابِ بَيْنَ بَيْنٍ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِلْقَاءِ الْبَذْرِ فِي كُلِّ عَامٍ وَلَا تَذْرِيبَةٍ فِيهَا أَصْلًا وَتَدْوِمُ أَعْوَامًا لَكِنْ لَيْسَ كَذَوَامِ الْكُرْمِ فَكَانَ الْوَاجِبُ فِيهَا بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ وَهُوَ خَمْسَةُ دَرَاهِمٍ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ فَيَجِبُ عَلَى أَحَقِّهَا

أَيُّ الْكَرَمِ .

قَوْلُهُ وَعَلَى أَشَدِّهَا

أَيُّ الْمَزَارِعِ .

قَوْلُهُ وَعَلَى الْوَسْطِ

أَيُّ الرِّطَابِ

قَوْلُهُ أَمْنَاءُ

جَمْعُ مَنَا لَعَةٍ فِي الْمَنْ

قَوْلُهُ بِلَفْظِ التَّخْيِيرِ

أَيُّ بَأْوٍ .

قَوْلُهُ وَالْبُسْتَانُ

أَيُّ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ وَقَالُوا الْبُسْتَانُ كُلُّ أَرْضٍ يُحَوِّطُهَا حَائِطٌ وَفِيهَا نَخِيلٌ مُتَفَرِّقَةٌ وَأَشْجَارٌ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ حَيْثُ قَالَ

أَيُّ لِحْذِيْقَةٍ بِنِ الْيَمَانِ وَعُثْمَانَ بِنِ حُنَيْفٍ .

قَوْلُهُ لَمَّا كَانَ لَنَا أَنْ نَقْسِمَ

يَعْنِي لَمَّا ظَفَرْنَا عَلَيْهِمْ وَسَعْنَا أَنْ نَسْتَرْقِيَهُمْ وَنَقْسِمَ أَمْوَالَهُمْ فَإِذَا قَاطَعْنَاَهُمْ كَانَ التَّنْصِيفُ عَيْنَ الْإِنْصَافِ كَيْ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ لَمْ تُطِيقْ مَا وَظَّفَ نَقِضَ بِخِلَافِ الزِّيَادَةِ) يَعْنِي لَا تَجُوزُ وَإِنْ أَطَاقَتْ لِأَنَّ قَوْلَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَعَلَّكُمْ حَمَلْتُمَا الْأَرْضَ مَا لَا تُطِيقُ وَقَوْلُهُمَا لَا بَلْ حَمَلْتُمَا مَا تُطِيقُ وَلَوْ زِدْنَا لَأَطَاقَتْ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ التَّنْقِصَانِ عِنْدَ عَدَمِ الطَّاقَةِ وَعَلَى عَدَمِ جَوَازِ الزِّيَادَةِ عِنْدَ الطَّاقَةِ لِلزِّيَادَةِ لِأَنَّ مُرَادَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنْ يَنْقُصَهُ عِنْدَ عَدَمِ الطَّاقَةِ لِمَا وَضِعَ فَلَوْلَا أَنَّهُ يَجُوزُ لِمَا قَصَدَ ذَلِكَ وَأَخْبَرَاهُ بِأَنَّهَا تُطِيقُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ وَلَمْ يَزِدْ فَلَوْ كَانَ جَائِزًا لَزَادَ ثُمَّ الْحَاصِلُ فِي هَذَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى مَا وَظَّفَهُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي سَوَادِ الْعِرَاقِ لِأَنَّهُ خِلَافُ إِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ وَمَا وَظَّفَهُ إِمَامٌ آخَرُ فِي أَرْضٍ فَتَحَهَا هُوَ كَتَوَظِيفِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي الْعِرَاقِ لِأَنَّهُ بِاجْتِهَادٍ فَلَا يُنْقَضُ بِاجْتِهَادٍ مِثْلِهِ وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يُوْظَفَ ابْتِدَاءً عَلَى أَرْضٍ بِقَدْرِ طَاقَتِهَا زِيَادَةً عَلَى مَا وَظَّفَهُ عُمَرُ جَازَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِأَنَّهُ إِنْشَاءُ حُكْمٍ بِاجْتِهَادٍ وَلَيْسَ فِيهِ نَقْضُ حُكْمٍ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ خَرَاجَ التَّوْظِيفِ مُقَدَّرٌ شَرْعًا وَاتَّبَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ فِيهِ وَاجِبٌ لِأَنَّ الْمَقَادِيرَ لَا تُعْرَفُ إِلَّا تَوْفِيقًا وَالتَّقْدِيرُ يَمْنَعُ الزِّيَادَةَ لِأَنَّ التَّنْقِصَانَ يَجُوزُ إِجْمَاعًا فَتَعَيَّنَ مَنَعُ الزِّيَادَةِ لِلَّهِ يَخْلُو التَّقْدِيرُ عَنِ الْفَائِدَةِ

الشرح

قوله في المتن وإن لم تطيق ما وظف

قال في المصباح وظفت عليه العمل توظيفاً قدرته

قوله ولو أراد أن يوظف ابتداءً على أرض بقدر طاقتها الخ

قَالَ الْأَثَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ لَا تُطِيقُ قَدَرَ خَرَاجِهَا الْمَوْضُوعِ نَقَصَ وَأَخَذَ مِنْهَا قَدْرَ مَا تُطِيقُ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرُ هُوَ الطَّاقَةُ بِالْأَثَرِ بَيَانُهُ فِيمَا قَالَ فِي خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى بِقَوْلِهِ فَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ لَا تُطِيقُ أَنْ يَكُونَ الْخَرَاجُ خَمْسَةَ دَرَاهِمَ بِأَنَّ كَانَ الْخَرَاجُ لَا يَبْلُغُ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ يَجُوزُ أَنْ يُنْقَصَ حَتَّى يَصِيرَ الْخَرَاجُ مِثْلَ نِصْفِ الْخَرَاجِ أَمَّا إِذَا كَانَتْ تُطِيقُ ذَلِكَ وَزِيَادَةً فَقَالَ الْوَلَوُ الْجِي فِي فِتَاوِيهِ أَجْمَعُوا أَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى وَظْفِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي سَوَادِ الْعِرَاقِ وَفِي بَلَدَةٍ وَظَّفَ الْإِمَامُ عَلَيْهَا الْخَرَاجَ لَا يَجُوزُ فَأَمَّا فِي بَلَدَةٍ أَرَادَ الْإِمَامُ أَنْ يَتَدَبَّعَ بِالتَّوْظِيفِ قَالَ أَبُو يُوسُفَ لَا يَزِيدُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَزِيدُ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ مِثْلُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَجْهٌ قَوْلُ مُحَمَّدٍ إِنَّ التَّنْقِصَانَ عِنْدَ قَلَّةِ الرِّبْعِ جَائِزٌ فَيَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ زِيَادَةُ التَّوْظِيفِ عِنْدَ زِيَادَةِ الرِّبْعِ وَوَجْهٌ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَمْ يَزِدْ فِي التَّوْظِيفِ فَلَوْ جَازَ لَزَادَ أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِ حُذَيْفَةَ وَعُثْمَانَ بْنِ حُنَيْفٍ وَلَوْ زِدْنَا لَأَطَاقَتْ وَقَالَ فِي الْمُخْتَلَفِ فِي خِلَافِ أَبِي يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ لَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى الْخَرَاجِ الْمُوْظَفِ بِتَوْظِيفِ الْإِمَامِ وَإِنْ أَطَاقَتْ الْأَرْضُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَجُوزُ وَهَذَا يُرَدُّ دَعْوَى الْإِجْمَاعِ مِنْ مُدَّعِيهِ قَوْلُهُ جَازَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ (أَيْ وَأَحْمَدُ وَمَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ فِي قَوْلِهِ .

كَي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا خَرَاجَ إِنْ غَلَبَ عَلَى أَرْضِهِ الْمَاءُ أَوْ انْقَطَعَ أَوْ أَصَابَ الزَّرْعَ آفَةٌ) أَمَّا فِي الْفَصْلَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ فَلَفَوَاتِ النِّمَاءِ التَّقْدِيرِي الْمُعْتَبَرُ فِي الْخَرَاجِ وَهُوَ التَّمَكُّنُ مِنَ الزَّرَاعَةِ فِي كُلِّ الْحَوْلِ وَكَوْنُهُ نَامِيًا فِي جَمِيعِ الْحَوْلِ شَرْطٌ وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلِأَنَّهُ إِذَا وَجِدَ الْأَصْلَ الَّذِي كَانَ التَّمَكُّنُ قَائِمًا مَقَامَهُ سَقَطَ الْخَلْفُ وَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِالْأَصْلِ فَإِذَا هَلَكَ بَطُلَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ وَصَارَ كَالْعُشْرِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ فَسَلِمَ بِسَلَامَةِ الْخَرَاجِ وَبَطُلَ بِهِلَاكِهِ وَعَلَى هَذَا لَوْ مَنَعَهُ إِنْسَانٌ مِنَ الزَّرَاعَةِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْخَرَاجُ لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّكُنْ مِنَ الزَّرَاعَةِ وَالتَّمَكُّنُ شَرْطٌ فِيهِ وَقَالُوا فِي الْإِصْلَاحِ إِنْمَا يَسْقُطُ عَنْهُ إِذَا لَمْ يَبْقَ مِنَ السَّنَةِ مَقْدَارٌ مَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَزْرَعَ الْأَرْضَ ثَانِيًا وَأَمَّا إِذَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ قَدْرٌ ذَلِكَ فَلَا يَسْقُطُ وَالْمُرَادُ

بِالْأَصْطِلَامِ أَيْضًا أَنْ يَذْهَبَ كُلُّ الْخَارِجِ أَمَّا إِذَا ذَهَبَ بَعْضُهُ فَإِنْ بَقِيَ مِقْدَارُ الْخَرَاجِ وَمِثْلُهُ بِأَنْ بَقِيَ مِقْدَارُ دَرْهَمَيْنِ وَقَمِيرَيْنِ يَجِبُ الْخَرَاجُ لِأَنَّهُ لَا يَزِيدُ عَلَى نِصْفِ الْخَارِجِ وَإِنْ بَقِيَ أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ يَجِبُ نِصْفُهُ لِأَنَّ التَّنْصِيفَ عَيْنُ الْإِنْصَافِ عَلَى مَا مَرَّ

الشرح

قوله في المثنى أو أصاب الزرع آفة

من الحر والبرد أو نحو ذلك .

أثقاني

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ عَطَّلَهَا صَاحِبُهَا أَوْ أَسْلَمَ أَوْ اشْتَرَى مُسْلِمٌ أَرْضَ خَرَاجٍ يَجِبُ) أَيْ يَجِبُ الْخَرَاجُ فِي هَذِهِ الصُّورِ أَمَّا إِذَا عَطَّلَهَا صَاحِبُهَا فَلَأَنَّ التَّمَكُّنَ كَانَ ثَابِتًا وَهُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي هَذَا الْبَابِ فَلَا يُعْذَرُ فِي التَّقْصِيرِ هَذَا إِذَا كَانَتْ الْأَرْضُ صَالِحَةً لِلزَّرَاعَةِ وَالْمَالِكُ مُتَمَكِّنًا مِنَ الزَّرَاعَةِ وَلَمْ يَزِرْعَهَا وَأَمَّا إِذَا عَجَزَ الْمَالِكُ عَنِ الزَّرَاعَةِ بِاعْتِبَارِ قُوَّتِهِ وَأَسْبَابِهِ فَلِلْإِمَامِ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَى غَيْرِهِ مُزَارَعَةً وَيَأْخُذَ الْخَرَاجَ مِنْ نَصِيبِ الْمَالِكِ وَيُمْسِكُ الْبَاقِي لَهُ وَإِنْ شَاءَ آجَرَهَا وَأَخَذَ الْخَرَاجَ مِنْ أُجْرَتِهَا وَإِنْ شَاءَ زَرَعَهَا بِنَفَقَةٍ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ وَأَخَذَ الْخَرَاجَ مِنْ نَصِيبِ صَاحِبِ الْأَرْضِ وَإِنْ لَمْ يَتِمَّكَنْ مِنْ ذَلِكَ وَلَمْ يَجِدْ مَنْ يَقْبَلُ ذَلِكَ بِاعِثًا وَأَخَذَ مِنْ ثَمَنِهَا الْخَرَاجَ وَقَالَ فِي النِّهَايَةِ هَذَا بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّهُ إِنْ حَاقَ الضَّرَرُ بِالوَاحِدِ لِأَجْلِ الْعَامَّةِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَدْفَعُ إِلَى الْعَاجِزِ كِفَايَتَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ قَرْضًا لِيَعْمَلَ فِيهَا وَلَوْ ائْتَقَلَ إِلَى أَحْسَنِّ مِمَّا كَانَ يَزِرْعُهَا مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ فَعَلَيْهِ خَرَاجُ الْأَعْلَى لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي ضَيَّعَ الزِّيَادَةَ وَهَذَا يُعْرَفُ وَلَا يُفْتَى بِهِ كَيْ لَا يَتَجَرَّأَ الظَّالِمُ عَلَى اخْتِذَاقِ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالِدَّعَاوَى الْبَاطِلَةِ بِأَنْ يَقُولَ كَانَتْ هَذِهِ الْأَرْضُ قَبْلَ هَذَا كَيْتٌ وَكَيْتٌ لَشَيْءٍ هُوَ أَحْسَنُ مِمَّا فِيهَا فَتُسَدُّ هَذَا حَتَّى لَا يَنْفَتِحَ لَهُمْ بَابُ الظُّلْمِ وَأَمَّا إِذَا أَسْلَمَ صَاحِبُ الْأَرْضِ الْخَرَاجِيَّةَ فَلَأَنَّ الْخَرَاجَ فِيهِ مَعْنَى الْمُؤْنَةِ وَمَعْنَى الْعُقُوبَةِ فَيَعْتَبَرُ مُؤْنَةً فِي حَالَةِ الْبُقَاءِ فَيَقْفَى عَلَى الْمُسْلِمِ وَعُقُوبَةً فِي الْإِبْتِدَاءِ فَلَا يُبْتَدَأُ الْمُسْلِمُ بِهِ وَلَأَنَّ الْخَرَاجَ مِنْ أَثَرِ الْكُفْرِ فَجَازَ بَقَاؤُهُ عَلَى الْمُسْلِمِ كَالرَّقِّ بِخِلَافِ الْجَزْيَةِ لِأَنَّ الرَّأْسَ لَا مُؤْنَةَ فِيهِ فَيَسْقُطُ وَالْأَرْضُ لَا تَخْلُو عَنْ مُؤْنَةٍ فَلَوْ سَقَطَ الْخَرَاجُ لاحتجنا إلى إيجاب شيء آخر من المؤن ولأن في الجزية صغارًا فلا تبقى بعد الإسلام بخلاف الخراج وقد روي أن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اشتروا الأرض الخراج وأدوا خراجها فدل على بقائه على المسلم وجواز شرائه وأدائه من غير كراهة وأما إذا اشترى المسلم أرض الخراج فلما بيئنا ثم إن بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه وإلا فعلى البائع

الشرح

قَوْلُهُ فَلَا يُعْذَرُ فِي التَّقْصِيرِ (قَالَ الْأَثْقَانِيُّ بِخِلَافِ مَا إِذَا عَطَّلَهَا وَهُوَ مُتَمَكِّنٌ مِنَ الزَّرَاعَةِ حَيْثُ يَكُونُ الْخَرَاجُ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ لَتَعْلُقَ الْخَرَاجَ بِالنِّمَاءِ التَّقْدِيرِيِّ حِينَئِذٍ أَلَّا تَرَى أَنَّ رَجُلًا لَوْ اسْتَأْجَرَ بَيْتًا أَوْ حَانُوتًا فَعَطَّلَهُ الْمُسْتَأْجِرُ فَعَلَيْهِ الْأَجْرُ فَلَوْ لَمْ يَتِمَّكَنْ مِنَ الْإِثْفَاعِ بِأَنْ غَضَبَهُ غَاصِبٌ أَوْ نَحْوُ ذَلِكَ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ وَذَكَرَ أَبُو اللَّيْثِ هُنَا سُؤَالَ وَجَوَابًا فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فَقَالَ فَإِنْ قِيلَ لَوْ اسْتَأْجَرَ رَجُلٌ أَرْضًا يَزِرْعُهَا فَاصْطَلَمَتِ الزَّرْعُ آفَةٌ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْأَجْرُ يَجِبُ إِلَى وَقْتِ هَلَاكِ الزَّرْعِ وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ وَلَيْسَ الْأَجْرُ بِمَنْزِلَةِ الْخَرَاجِ لِأَنَّ الْخَرَاجَ وَضِعَ عَلَى مِقْدَارِ الْخَارِجِ إِذَا صَلَحَتِ الْأَرْضُ لِلزَّرَاعَةِ فَإِذَا لَمْ تُخْرِجْ الْأَرْضُ شَيْئًا جَازَ اسْقَاطُهُ وَالْأَجْرُ لَمْ يَوْضَعْ عَلَى مِقْدَارِ الْخَارِجِ فَجَازَ إِجَابَتُهُ وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ وَخَرَاجُ الْوُضُفَةِ وَالْمُقَاسَمَةِ لَا يَسْقُطُ بِهِلاكِ الْخَارِجِ بَعْدَ الْحَصَادِ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ فِي الذِّمَّةِ

بِسَبَبِ الْخَارِجِ ، وَقَبْلَ الْحَصَادِ يَسْقُطُ لِأَنَّهُ غَيْرُ وَاجِبٍ فِي الذِّمَّةِ بِخِلَافِ الزَّكَاةِ لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ فِي الْمَالِ لَا فِي الذِّمَّةِ قَالَ قَاضِي خَانَ فِي بَابِ الْإِحَارَةِ رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزْرَعَهَا فَأَصَابَ الزَّرْعُ آفَةً فَهَلَكَ أَوْ غَرِقَ وَلَمْ يَنْبُتْ كَانَ عَلَيْهِ الْأَجْرُ كَأَنَّهُ قَدْ زَرَعَ وَلَوْ غَرِقَتِ الْأَرْضُ قَبْلَ أَنْ يَزْرَعَهَا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَكَذَا لَوْ غَصَبَهَا رَجُلٌ وَزَرَعَهَا لَا أَجْرَ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ فَلَمْ يَزْرَعَهَا حَتَّى مَضَتِ السَّنَةُ كَانَ عَلَيْهِ الْأَجْرُ .

وَكَذَا لَوْ زَرَعَ الْبَعْضُ وَلَمْ يَزْرَعْ الْبَعْضُ قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ وَإِنْ زَرَعَهَا فَأَصَابَ الزَّرْعُ آفَةً فَذَهَبَ لَمْ يُؤْخَذِ الْخَرَجُ مِنْهُ لِأَنَّهُ مُصَابٌ فَيَسْتَحِقُّ الْمَعُونَةَ وَإِنْ أَخَذْنَاهُ بِالْخَرَجِ كَانَ فِيهِ اسْتِثْصَالٌ وَمِمَّا حُمِدَ مِنْ سِيرِ الْأَكَّاسِرَةِ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا اصْطَلَمَ الزَّرْعُ آفَةً يَرُدُّونَ عَلَى الدَّهَّاقِينَ مِنْ خَزَائِنِهِمْ مَا أَنْفَقُوا فِي الْأَرْضِ وَيَقُولُونَ التَّاجِرُ شَرِيكٌ فِي الْخُسْرَانِ كَمَا هُوَ شَرِيكٌ فِي الرَّبْحِ فَإِنْ لَمْ تَرُدَّ عَلَيْهِ شَيْئًا فَلَا أَقْلَ مِنْ أَنْ لَا يُؤْخَذَ مِنْهُ الْخَرَجُ وَهَذَا بِخِلَافِ الْأَجْرِ فَإِنَّهُ يَجِبُ بِقَدْرِ مَا كَانَتْ الْأَرْضُ مَشْغُولَةً بِالزَّرْعِ لِأَنَّ الْأَجْرَ عَوَضُ الْمَنْفَعَةِ فَيَقْدَرُ مَا اسْتَوْفَى مِنَ الْمَنْفَعَةِ يَصِيرُ الْأَجْرُ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ فَأَمَّا الْخَرَجُ فَإِنَّهُ صِلَةٌ وَاجِبَةٌ بِاعْتِبَارِ رِبْعِ الْأَرْضِ فَلَا يُمَكِّنُ إِيَّاجُهَا بَعْدَ مَا اصْطَلَمَ الزَّرْعُ آفَةً لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَتِمَّكَنْ مِنَ اسْتِغْلَالِ الْأَرْضِ بِخِلَافِ مَا إِذَا عَطَّلَهَا

قَالَ فِي الْخُلَاصَةِ فِي كِتَابِ الْإِحَارَاتِ وَفِي الْمَزَارَعَةِ الصَّغِيرَةِ رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزْرَعَهَا فَزَرَعَهَا فَأَصَابَتْ الزَّرْعُ آفَةً فَهَلَكَ أَوْ غَرِقَتِ الْأَرْضُ وَلَمْ يَنْبُتْ فَعَلَيْهِ الْأَجْرُ وَلَوْ غَرِقَتْ قَبْلَ أَنْ يَزْرَعَهَا فَلَا أَجْرَ عَلَيْهِ قَالَ فِي الْمُحِيطِ وَالْفَتَوَى عَلَى أَنَّهُ لَا أَجْرَ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ بَعْدَ هَلَاكِ الزَّرْعِ إِلَّا إِذَا تِمَّكَنَ مِنْ إِعَادَةِ زَرْعٍ مِثْلِهِ أَوْ دُونِهِ فِي الضَّرَرِّ بِالْأَرْضِ وَكَذَا لَوْ مَنَعَهَا غَاصِبٌ لِأَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى يُمَكِّنُهُ أَنْ يَزْرَعَ آخَرَ وَإِنْ غَرِقَتْ قَبْلَ ذَلِكَ لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَزْرَعَ وَلَوْ قَبِضَ الْأَرْضُ وَلَمْ يَزْرَعَهَا حَتَّى مَضَتِ السَّنَةُ يَجِبُ عَلَيْهِ تَمَامُ الْأَجْرِ قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ فِي كِتَابِ الْإِحَارَةِ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزْرَعَهَا فَزَرَعَهَا فَأَصَابَ الزَّرْعُ آفَةً فَهَلَكَ أَوْ غَرِقَ فَلَمْ يَنْبُتْ فَعَلَيْهِ الْأَجْرُ تَامًا لِأَنَّهُ قَدْ زَرَعَ هَكَذَا فِي وَاقِعَاتِ التَّاطِفِيِّ وَلَوْ غَرِقَتْ قَبْلَ أَنْ

يَزْرَعَهَا فَلَا أَجْرَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّكَنْ مِنَ الْإِثْنَاعِ ثُمَّ قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ بَعْدَ هَذَا مَا نَصَّهُ إِذَا اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِلزَّرَاعَةِ سَنَةً ثُمَّ اصْطَلَمَ الزَّرْعُ آفَةً قَبْلَ مُضِيِّ السَّنَةِ فَمَا وَجِبَ مِنَ الْأَجْرِ قَبْلَ الْإِثْنَاعِ لَا يَسْقُطُ وَمَا وَجِبَ بَعْدَ الْإِثْنَاعِ لَا يَسْقُطُ لِأَنَّ الْأَجْرَ إِنَّمَا يَجِبُ بِإِزَاءِ الْمَنْفَعَةِ شَيْئًا فَشَيْئًا فَمَا اسْتَوْفَى مِنَ الْمَنْفَعَةِ وَجِبَ عَلَيْهِ الْأَجْرُ وَمَا لَمْ يَسْتَوْفِ انْفُسَخَ الْعَقْدُ فِي حَقِّهِ فَيَسْقُطُ الْأَجْرُ فَرَّقَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْخَرَجِ فَإِنَّهُ إِذَا زَرَعَ أَرْضًا خَرَاجِيَّةً فَأَصَابَ الزَّرْعُ آفَةً فَذَهَبَ لَمْ يُؤْخَذِ الْخَرَجُ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْلَمْ لَهُ التَّمَاءُ حَقِيقَةً وَلَا اعْتِبَارًا لِأَنَّ الْفَوَاتَ مَا كَانَ مِنْ جِهَتِهِ حَتَّى يَصِيرَ سَالِمًا اعْتِبَارًا فَكَانَ سَبَبُ وَجُوبِ الْخَرَجِ مِلْكُ أَرْضٍ نَامِيَةٍ حَوْلًا كَامِلًا إِمَّا حَقِيقَةً أَوْ اعْتِبَارًا فَإِذَا فَاتَ التَّمَاءُ فِي مُدَّةِ الْحَوْلِ ظَهَرَ أَنَّ الْخَرَجَ لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا وَقَدْ ذَكَرْنَا قَبْلَ هَذَا عَلَى خِلَافِ هَذَا وَالْإِعْتِمَادُ عَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ مَا قَالَهُ الْوَلَوَالِجِيُّ

قَوْلُهُ وَلَوْ انْتَقَلَ إِلَى أَحْسَنِّ مِمَّا كَانَ يَزْرَعُهَا مِنْ غَيْرِ عُدَرٍ

أَيُّ كَمَنْ لَهُ أَرْضُ الزَّعْفَرَانِ فَتَرَكَهَا وَزَرَعَ الْجُبُوبَ فَعَلَيْهِ خَرَجُ الزَّعْفَرَانِ وَكَذَا لَوْ كَانَ لَهُ كَرْمٌ فَقَلَعَ وَزَرَعَ الْجُبُوبَ فَعَلَيْهِ خَرَجُ الْكَرَمِ .

كَأَكِي

قَوْلُهُ فَعَلَيْهِ خَرَجُ النَّاعِلِي

قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ فِي فَتَاوِيهِ وَلَوْ غَرَسَ حَرْبِيٌّ مِنْ أَرْضِهِ كَرْمًا فَلَمْ يُطْعَمِ سَنِينَ كَانَ عَلَيْهِ كُلُّ سَنَةٍ قَفِيزٌ وَدِرْهَمٌ لِأَنَّ وَطِيفَةَ هَذِهِ الْأَرْضِ قَبْلَ الْغُرْسِ قَفِيزٌ وَدِرْهَمٌ فِي كُلِّ جَرِيبٍ فَتَبَقِيَ كَذَلِكَ مَا لَمْ يُؤْخَذَ مِنْهُ خَرَجُ الْكَرَمِ وَإِنْ أَدْرَكَتْ خَارِجًا يَبْلُغُ قِيمَتَهُ عِشْرِينَ دِرْهَمًا فَصَاعِدًا أَخَذَ مِنْهُ عَشْرَةَ دِرْهَمٍ لِأَنَّهُ صَارَ كَرْمًا صُورَةً وَمَعْنَى .

قَوْلُهُ فَيُعْتَبَرُ مُؤْنَةٌ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ أَعْلَمُ أَنَّ الْأَرْضَ الْخَرَجِيَّةَ تَبْقَى عَلَى حَالِهَا خَرَجِيَّةً بَعْدَ إِسْلَامِ صَاحِبِهَا وَلَا تَتَغَيَّرُ إِلَى الْعُشْرِ لِأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَضَعَ عَلَى أَهْلِ السَّوَادِ الْخَرَاجَ ثُمَّ أَسْلَمُوا فَبَقِيَ الْخَرَاجُ كَمَا كَانَ .

قَوْلُهُ فَيَبْقَى عَلَى الْمُسْلِمِ

أَيِّ لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلتَّزَامِ الْمُؤْنَةِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا عُشْرَ فِي خَارِجِ أَرْضِ الْخَرَاجِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجِبُ فِيهِ الْعُشْرُ مَعَ الْخَرَاجِ لِأَنَّهُمَا حَقَّانِ مُخْتَلِفَانِ ذَاتًا وَمَحَلًّا وَسَبَبًا وَمَصْرُفًا فَإِنَّ الْخَرَاجَ مُؤْنَةٌ فِيهَا مَعْنَى الْعُقُوبَةِ ، وَالْعُشْرُ مُؤْنَةٌ فِيهَا مَعْنَى الْعِبَادَةِ وَالْخَرَاجُ يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ وَالْعُشْرُ فِي الْخَرَاجِ وَيَجِبُ الْخَرَاجُ بِالْتَّمَكُّنِ وَالْعُشْرُ بِحَقِيقَةِ الْخَرَاجِ وَيُصْرَفُ الْخَرَاجُ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ وَالْعُشْرُ لِلْفُقَرَاءِ فَوْجُوبُ أَحَدِهِمَا لَا يُنَافِي الْآخَرَ . وَلَنَا قَوْلُهُ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا يَجْتَمِعُ عُشْرٌ وَخَرَاجٌ فِي أَرْضٍ مُسْلِمٍ } وَلِأَنَّ أَحَدًا مِنْ أَثَمَةِ الْعَدْلِ وَالْجَوْرِ لَمْ يَجْمَعْ بَيْنَهُمَا فَصَارَ إِجْمَاعًا عَمَلًا وَكَفَى بِهِمْ فِدْوَةٌ وَلِأَنَّ الْخَرَاجَ يَجِبُ فِي أَرْضٍ فُتِحَتْ عَنْهُ وَقَهْرًا وَأَفْرَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا وَالْعُشْرُ فِي أَرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا طَوْعًا أَوْ قُسِمَتْ بَيْنَ الْعَانِمِينَ وَالْوَصْفَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ فِي أَرْضٍ وَاحِدَةٍ وَسَبَبُ الْحَقِّينِ وَاحِدٌ وَهِيَ الْأَرْضُ النَّامِيَّةُ إِلَّا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِي الْعُشْرِ تَحْقِيقًا وَفِي الْخَرَاجِ تَقْدِيرًا وَلِهَذَا يُضَافَانِ إِلَى الْأَرْضِ وَالْإِضَافَةُ تَذَلُّ عَلَى الْإِخْتِصَاصِ وَهُوَ بِالسَّبَبِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُؤْنَةٌ أَرْضٍ نَامِيَّةٍ وَلَا يَجْتَمِعُ وَظِيفَتَانِ بِسَبَبٍ أَرْضٍ وَاحِدَةٍ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الزَّكَاةُ مَعَ الْعُشْرِ أَوْ الْخَرَاجِ حَتَّى لَوْ اشْتَرَى أَرْضًا عُشْرِيَّةً أَوْ خَرَجِيَّةً لِلتَّجَارَةِ فَفِيهَا الْعُشْرُ أَوْ الْخَرَاجُ دُونَ زَكَاةِ التَّجَارَةِ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ تَجِبُ الزَّكَاةُ مَعَ أَحَدِهِمَا وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ مَعَهُ فِيهِ لِاخْتِلَافِ مَحَلِّهِمَا لِأَنَّ الْعُشْرَ مَحَلُّهُ الْخَرَاجُ .

وَكَذَا الْخَرَاجُ لَكِنْ فِي أَحَدِهِمَا حَقِيقَةٌ وَفِي الْآخَرِ تَقْدِيرٌ وَالزَّكَاةُ مَحَلُّهَا مَالُ التَّجَارَةِ وَهِيَ الْأَرْضُ فَلَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا كَذَيْنِ ثَمَنِ الْأَرْضِ مَعَهُمَا

بِخِلَافِ الْعُشْرِ وَالْخَرَاجِ لِأَنَّ مَحَلَّهُمَا وَاحِدٌ عَلَى مَا بَيَّنَّا قُلْنَا إِنَّ الْعُشْرَ وَالْخَرَاجَ مُؤْنَةٌ الْأَرْضِ النَّامِيَّةِ وَلِهَذَا يُضَافَانِ إِلَيْهَا وَكَذَا الزَّكَاةُ وَظِيفَةُ الْمَالِ النَّامِي وَكَذَا الْعُشْرُ وَالْخَرَاجُ وَاحِدٌ وَهُوَ الْأَرْضُ النَّامِيَّةُ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَجِبُ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا يَجِبُ بِسَبَبِ مِلْكٍ مَالٍ وَاحِدٍ حَقَّانِ لِلَّهِ تَعَالَى كَمَا لَا تَجِبُ زَكَاةُ السَّائِمَةِ وَزَكَاةُ التَّجَارَةِ بِاعْتِبَارِ مَالٍ وَاحِدٍ فَصَارَ كَالْعُشْرِ وَالْخَرَاجِ بِخِلَافِ ذَيْنِ ثَمَنِ الْأَرْضِ مَعَ أَحَدِهِمَا لِأَنَّ الدَّيْنَ يَجِبُ لِلْعَبْدِ وَالْعُشْرَ وَالْخَرَاجَ لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا يَتَنَافَيَانِ بَلْ يَجْتَمِعَانِ وَإِنْ كَانَا بِسَبَبِ مِلْكٍ مَالٍ وَاحِدٍ ثُمَّ إِذَا ثَبَتَ أَنََّّهُمَا لَا يَجْتَمِعَانِ كَانَ الْعُشْرُ أَوْ الْخَرَاجُ أَوَّلَى مِنَ الزَّكَاةِ بِالْوُجُوبِ لِأَنَّهُمَا صَارَا وَظِيفَةً لَازِمَةً لَهَا وَلَا يَسْقُطَانِ بَعْدَ الصَّبَا وَالْجُنُونِ وَالرَّقِّ وَهُمَا أَسْبَقُ وَجُوبًا مِنَ الزَّكَاةِ فَتَنَزَّلُ عَلَى حَالِهَا ثُمَّ الْخَرَاجُ لَا يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِ الْخَرَاجِ فِي سَنَةٍ لِأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَمْ يُؤْطَفْهُ مُكَرَّرًا بِخِلَافِ الْعُشْرِ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ كَوْنُهُ عُشْرًا إِلَّا بِوُجُوبِهِ فِي كُلِّ الْخَرَاجِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

قوله الأرض الخراج

كذا بخط الشارح .

قوله بخلاف العشر لأنه لا يتحقق إلخ

قال الحاكم في الكافي ولا يؤخذ خراج الأرض في السنة إلا مرة وإن أغلها صاحبها مرات والقُدوة في هذا الباب عمر رضي الله عنه لأنه لم يوجب الخراج مكرراً ويُنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هَذَا فِي الْخَرَجِ الْمُوظَّفِ لِأَنَّ خَرَاجَ الْمُقَاسَمَةِ حُكْمُ الْعُشْرِ وَيَكُونُ ذَلِكَ فِي الْخَارِجِ قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ فَلَمَّا كَانَ حُكْمُ الْعُشْرِ وَالْعُشْرُ يَجِبُ فِي كُلِّ خَارِجٍ فَكَذَلِكَ خَرَاجُ الْمُقَاسَمَةِ .

أثَقَانِي

(فصل في الجزية) قال رحمه الله (الجزية لو وضعت بتراض وصلاح لا يعدل عنها) لأنها تتقرر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال { صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب يؤدونها وعارية ثلاثين درعاً وثلاثين فرساً وثلاثين بعيراً وثلاثين من كل صنف من أصناف السلاح يغزون بها والمسلمون ضامنون لها حتى يرُدُّوها عليهم } الحديث رواه أبو داود وكأثروا نصارى وهم أول من أعطى الجزية من أهل الكتاب وعن عمر بن عبد العزيز أن النبي صلى الله عليه وسلم { كتب إلى أهل اليمن أن على كل إنسان منكم ديناراً كل سنة أو قيمته من المعافير } رواه الشافعي في

مُسْنَدِهِ

الشرح

فصل (لما فرغ عن ذكر خراج الأرض شرع في خراج الرؤوس وهو الجزية وقدم خراج الأرض لقوته لأنه يجب في أرض الكفار إذا فتحت أسلموا أو لم يسلموا وخراج الرأس لا يجب بعد الإسلام أو لأنه ذكر في الباب المتقدم العشر والخراج والعشر مقدم على خراج الرأس لأن فيه معنى القرية وهو أيضاً مما يبتدأ به على المسلم فقدم خراج الأرض أيضاً لأن سببهما واحد وهو الأرض النامية .

أثَقَانِي

قوله نجران

قال الأثقاني ونجران بلاد أهلها نصارى كذا في الصحاح والمغرب وفي المصباح ونجران بلدة همدان من اليمن قال البكري سُمِّيَتْ بِاسْمِ بَانِيهَا نَجْرَانُ بْنُ زَيْدٍ بْنِ يَشْجُبَ بْنِ يَعْرُبَ بْنِ قَحْطَانَ .

قوله حلة

والحلة إزار ورداء كذا قالوا .

أَتَعَانِي

قوله المعافير

قال في المعرب ثوب معافري منسوب إلى معافر بن مرٍّ وعليه حديث معاذ { أو عدله معافر } أي مثله برءا من هذا الجنس ومعافير بزيادة الياء ومعافري بالصمّ ومعافري - غير منون - كله لحن .

قال رحمه الله (وإلا يوضع على الفقير المعتمل في كل سنة اثنا عشر درهما وعلى وسط الحال ضعفه وعلى المكتر ضعفه) يعني إذا لم توضع بالتراضي بل وضعت بالقهر بأن غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيوضع على الفقير المعتمل في مثل هذه الحالة اثنا عشر درهما يؤخذ منه في كل شهر درهم وعلى المتوسط أربعة وعشرون درهما يؤخذ منه في كل شهر درهمان وعلى المكتر وهو الغني الظاهر الغني ثمانية وأربعون درهما يؤخذ منه في كل شهر أربعة دراهم نقل ذلك عن عمر وعثمان وعلي والصحابه متوافرون ولم ينكر عليهم أحد منهم فصار إجماعا وقال الشافعي رحمه الله يضع الإمام على كل حال دينار لما روي قلنا كان ذلك بالصلح وكفطه يدل عليه فإنه قال إن على كل إنسان منهم ديناراً ولم يجب على الكل إلا بالتراضي والصلح وأما الجزية التي يضعها الإمام ابتداء فليس له أن يضع إلا على الرجال والذي يدل على ذلك ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه { قال لمعاذ خذ من كل حال وحالة ديناراً } وهذا تصريح بأنها كانت بالصلح لأن الحالة لا يؤخذ منها إلا به ولأنها وجبت نصرة على المقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض وهذا لأن نصر الدين واجب بالنفس والمال ونفسه لا تصلح بخلاف المال فيجب على التفاوت أو نقول إنها بدل عن النصرة بهما والنصرة بهما تتفاوت بقوة النفس وكثرة الوفر فالفقير ينصر رجلاً والمتوسط ينصر راكباً والفائق يركب ويركب غلامه فكذا بدله ثم ذكر في المبسوط أن الفائق في الغنى هو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج إلى العمل ولا يمكن أن يقدر بشيء في المال بتقدير فإن ذلك يختلف باختلاف البلدان والأعصار ففي العراق من يملك خمسين ألفاً لا يعد وسط الحال وفي ديارنا من يملك عشرة آلاف يعد غنياً فيجعل ذلك موكولاً إلى رأي الإمام والمتوسط الذي له مال لكنه لا يستغني بماله عن الكسب والفقير المعتمل هو الذي يكسب أكثر من حاجته وذكر في النهاية مغزياً إلى الإيضاح لو مرض الذمي السنة كلها فلم يقدر أن يعمل وهو موسر لا يجب عليه خراج رأسه لما ذكرنا أنه يجب على الصحيح المعتمل وكذا لو مرض أكثرها إقامة للأكثر مقام الكل وكذا لو مرض نصف السنة ترجيحاً لجانب الإسقاط في العقوبة ذكره في الاختيار

الشرح

قوله إذا لم توضع بالتراضي

قال الكمال ويستحب للإمام أن يماكسهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني أربعة دنانير

قوله وعلى المتوسط أربعة وعشرون درهماً

قال الأتقاني ثم تفاوت مقدار الجزية على حسب تفاوت الطبقات مذهبنا وقال مالك الجزية أربعة دنانير على أهل الذهب وأربعون درهماً على أهل الورق وقد روي ذلك عن عمر رضي الله عنه كذا قال فخر الإسلام وعند الشافعي ديناراً وأثنى عشر درهماً يستوي في ذلك الغني والفقير له ما روى صاحب السنن عن معاذ رضي الله عنه { أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ولأه اليمن أمره أن يأخذ من كل حالم يعني محتلم ديناراً أو عدله من المعافري } ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجه خديفة بن اليمان وعثمان بن حنيف إلى السواد فمسحوا أرضها ووضعوا عليها الخراج وجعلوا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا إلى عمر أخبراه بذلك وكان ذلك بحضور الصحابة من غير تكبير فحل محل الإجماع ثم بعد ذلك عمل عثمان كذلك ثم علي كذلك ولا يقال إنه كان بالتراضي والصلح ولا كلام لنا فيه .
وكلامنا إذا وظف عليهم بغير رضاهم لأننا نقول لا نسلّم لأن السواد فتح عنوة لا صلحاً والمعمول أن الجزية حق يبتدأ به الكافر فوجب فيه التفاوت كما في خراج الأرض والجواب عن حديث الشافعي فنقول ذلك ليس بحجة علينا لأن أهل اليمن كانوا أهل فاقة فعلى المعسر عندنا أثنا

عشر درهماً ودينارهم في ذلك الوقت كان اثني عشر درهماً يدل على ذلك ما روى البخاري في الصحيح عن ابن عيينة عن ابن أبي نجيح قلت لمجاهد ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير وأهل اليمن عليهم ديناراً قال جعل ذلك من قبل اليسار قلت هذا هو الوجه الصحيح في معنى معاذ وقد قال بعض أصحابنا هو محمول على ما وقع الصلح عليه

قوله حالم

أي بالغ ولا فرق بين الغني والفقير وكتب ما نصه يعني محتلم .

قوله { قال لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة ديناراً }

أي أو عدله معافراً هدايةً والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس والمعافر توب متسوب إلى معافر بن مرثم صار اسماً للتوب بغير نسبة كما ذكر في المغرب .

كاكي وكتب ما نصه قال الكاكي وحديث معاذ منقطع ذكره البيهقي .

قوله ولأنها وجبت نصرة

أي خلفاً عن النصرة التي فأت بالإصرار على الكفر لأن من هو في دار الإسلام فعليه القيام بنصره دراية .

قوله والمال ونفسه لا يصلح

أَي لِمَيْلِهِمْ إِلَى أَهْلِ الدَّارِ الْمَعَادِيَةِ فَيَسْتَوْشُونَ عَلَيْنَا فِي الْحَرْبِ فَيُؤْخَذُ مِنْهُمْ الْمَالُ أَيْ الْجِزْيَةُ خَلْفًا عَنِ التَّصَرُّعِ بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ وَلِهَذَا صُرِفَتْ إِلَى الْمُقَاتَلَةِ دُونَ الْفُقَرَاءِ وَضُرِبَتْ عَلَى الصَّالِحِينَ لِلْقِتَالِ الَّذِينَ يَلْزِمُهُمُ الْقِتَالُ إِذَا كَانُوا مُسْلِمِينَ فَتَحْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ حَالِهِمْ فِي الْفَقْرِ وَالْغِنَى اعْتِبَارًا بِأَصْلِ التَّصَرُّعِ .

كَأَيُّ

قوله وكثرة الوقر

قَالَ الْأَثْقَانِيُّ وَالْوَقْرُ فِي اللُّغَةِ الْمَالُ الْكَثِيرُ وَأَرَادَ هُنَا مُطْلَقَ الْمَالِ فَلَوْ قَالَ بِكَثْرَةِ الْمَالِ كَانَ أَوْلَى .

قوله والفقير المعتمل

قَالَ الْأَثْقَانِيُّ وَالْمُعْتَمِلُ الَّذِي يَقْدِرُ عَلَى الْعَمَلِ وَإِنْ لَمْ يُحْسِنْ حِرْفَةً قَالَ الْكَمَالُ وَالْمُعْتَمِلُ الْمُكْتَسِبُ وَالْإِعْتِمَالُ الْإِضْطِرَابُ فِي الْعَمَلِ وَهُوَ الْإِكْتِسَابُ وَقَيْدَ بِالْإِعْتِمَالِ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مَرِيضًا فِي نِصْفِ السَّنَةِ فَصَاعِدًا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ أَمَّا لَوْ لَمْ يَعْمَلْ وَهُوَ قَادِرٌ فَعَلَيْهِ الْجِزْيَةُ كَمَنْ عَطَلَ الْأَرْضَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَوَضَّعَ عَلَى كِتَابِي وَمَجُوسِيٍّ وَوَنِيٍّ عَجَمِيٍّ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى { مِنَ الَّذِينَ أُتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ } وَوَضَعَ عَلَيْهِ الصَّلَاةَ وَالسَّلَامَ الْجِزْيَةَ عَلَى الْمَجُوسِ وَرَوَى عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ الْجِزْيَةَ مِنَ الْمَجُوسِ حَتَّى شَهِدَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { أَخَذَهَا مِنْ مَجُوسٍ هَجَرَ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَالْبُخَارِيُّ وَجَمَاعَةٌ أُخَرُ وَرَوَى أَنَّ عُمَرَ ذَكَرَ الْمَجُوسَ فَقَالَ مَا أَدْرِي كَيْفَ أَصْنَعُ فِي أَمْرِهِمْ فَقَالَ لَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ أَشْهَدُ أَنِّي { سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ } رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَعَنِ الْمُغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ لِعَامِلٍ كَسَرَى { أَمَرْنَا نَبِيَّنَا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ تُقَاتِلَكُمْ حَتَّى تَعْبُدُوا اللَّهَ تَعَالَى وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ أَوْ تُؤَدُّوا الْجِزْيَةَ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَالْبُخَارِيُّ وَكَانُوا عَبْدَةَ الْأَوْتَانِ وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَا وَلِأَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ فَكَذَا وَضَعَ الْجِزْيَةَ عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُ اسْتِرْقَاقٌ مَعْنَى إِذْ بِهِ يُلْحَقُهُ الصَّغَارُ وَالذَّلُّ وَيُؤَدِّي كَسْبَهُ لِلْمُسْلِمِينَ وَنَفَقَتُهُ فِي كَسْبِهِ وَأَيُّ رِقٍّ يَكُونُ أَعْظَمَ مِنْ ذَلِكَ

الشرح

قوله في المتن وتوضع على كتابي

أَمَّا أَهْلُ الْكِتَابِ فَجَائِزُ ضَرْبِ الْجِزْيَةِ عَلَيْهِمْ مُطْلَقًا سِوَاءَ كَانُوا مِنَ الْعَرَبِ أَوْ مِنَ الْعَجَمِ فَلِأَجْلِ هَذَا ذَكَرَ أَهْلَ الْكِتَابِ مُطْلَقًا حَتَّى يَشْمَلَ الْفَرِيقَيْنِ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ فَقَالَ مَا أَذْرِي كَيْفَ أَصْنَعُ فِي أَمْرِهِمْ فَقَالَ لَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ إلخ

قَالَ أَبُو يُوسُفَ فِي كِتَابِ الْخَرَاجِ حَدَّثَنَا بَعْضُ الشَّيْخَةِ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ ذَكَرَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ قَوْمٌ يَعْبُدُونَ النَّيِّرَانَ لَيْسُوا يَهُودَ وَلَا نَصَارَى وَلَا أَهْلَ كِتَابٍ فَقَالَ عُمَرُ مَا أَذْرِي مَا أَصْنَعُ بِهِؤُلَاءِ فَقَامَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ فَقَالَ { أَشْهَدُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ } إِلَى هُنَا لَفْظُ أَبِي يُوسُفَ فِي كِتَابِ الْخَرَاجِ أَثَقَانِي قَالَ فِي السُّنَنِ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ فَأَخَذَ النَّاسُ بِقَوْلِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ يَعْنِي فِي قَبُولِ الْجَزِيَّةِ مِنَ الْمَجُوسِ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ

ذَهَبَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى أَنَّ الْجَزِيَّةَ لَا تُوضَعُ عَلَى عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَجَمِ كَمَا لَا تُوضَعُ عَلَى عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ هُوَ يَقُولُ إِنَّ الْقِتَالَ وَاجِبٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَقَاتِلُوهُمْ } إِلَّا أَنَّا عَرَفْنَا جَوَازَ تَرْكِهِ فِي حَقِّ أَهْلِ الْكِتَابِ بِالْكِتَابِ وَفِي حَقِّ الْمَجُوسِ بِالْخَبَرِ فَبَقِيَ مَا وَرَاءَهُمْ عَلَى الْأَصْلِ .

هَدَايَةٌ

قَوْلُهُ وَلِأَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ

أَيُّ عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَجَمِ .

قَوْلُهُ فَكَذَا وَضَعَ الْجَزِيَّةَ عَلَيْهِمْ

أَيُّ كَالْكِتَابِيِّ .

قَوْلُهُ وَيُؤَدِّي كَسْبَهُ لِلْمُسْلِمِينَ وَتَفَقُّهُ

أَيُّ وَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهِمْ أَيُّ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمَجُوسِ وَعَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَجَمِ قَبْلَ ذَلِكَ أَيُّ قَبْلَ وَضْعِ الْجَزِيَّةِ فَهُمْ فِيءٌ وَلِلْإِمَامِ الْخِيَارُ بَيْنَ الْاسْتِرْقَاقِ وَضَرْبِ الْجَزِيَّةِ .

كَأَكِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَا عَرَبِيٌّ وَمُرْتَدٌّ) أَيَّ لَا تُوضَعُ الْجَزِيَّةُ عَلَى عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ لَا عَلَى الْمُرْتَدِّ لِتَغْلُظَ كُفْرُهُمَا أَمَّا مُشْرِكُو الْعَرَبِ فَلَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَشَأَ بَيْنَ أَظْهَرِهِمُ وَالْقُرْآنُ نَزَلَ بِلُغَتِهِمُ وَالْمُعْجِزَةُ فِي حَقِّهِمْ أَظْهَرُ لَأَنَّهُمْ كَانُوا أَعْرَفَ بِمَعَانِيهِ وَبَوُجُوهِ الْفَصَاحَةِ فَعُلُظَ عَلَيْهِمُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { تَقَاتِلُونَهُمْ أَوْ يُسَلِّمُوا } وَأَمَّا الْمُرْتَدُّ فَلَأَنَّهُ كَفَرَ بِرَبِّهِ بَعْدَ مَا رَأَى مَحَاسِنَ الْإِسْلَامِ وَبَعْدَ مَا هُدِيَ إِلَيْهِ فَلَا يُقْبَلُ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ إِلَّا الْإِسْلَامُ أَوْ السَّيْفُ زِيَادَةً فِي الْعُقُوبَةِ فِي حَقِّهِمْ وَإِذَا ظَهَرَ عَلَيْهِمْ فَنَسَاؤُهُمْ وَذَرَارِيُّهُمْ فِيءٌ لَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { كَانَ يَسْتَرْقُ ذَرَارِيَّ مُشْرِكِي الْعَرَبِ { وَأَبُو بَكْرٍ اسْتَرْقَى نِسَاءَ بَنِي حَنِيفَةَ وَصَبِيَّائِهِمْ وَكَانُوا مُرْتَدِّينَ وَمَنْ لَمْ يُسَلِّمْ مِنْ رِجَالِهِمْ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ قُتِلَ وَلَمْ يُسْتَرْقَ لِمَا ذَكَرْنَا وَكُفِرَ الْمُرْتَدُّ أَغْلُظَ مِنْ مُشْرِكِي الْعَرَبِ وَلِهَذَا تُجْبَرُ نِسَاءُ الْمُرْتَدِّينَ وَذَرَارِيُّهُمْ عَلَى الْإِسْلَامِ وَلَا تُجْبَرُ نِسَاءُ عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ وَذَرَارِيُّهِمْ عَلَى الْإِسْلَامِ

الشرح

قوله في المتن لا عربيٍّ ومُرتدٌّ

أَيَّ سَوَاءٌ كَانَ مِنَ الْعَجَمِ أَوْ الْعَرَبِ وَلَا خِلَافَ فِي الْمُرْتَدِّ .

كَاكِي

قوله لا تُوضَعُ الجزية على عبدة الأوثان من العرب

فَيَدَّ عَبْدَةُ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ لِمَا أَنَّ الْجَزِيَّةَ تُوضَعُ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ مِنْهُمْ ذَكَرَهُ فِي جَامِعِي فَخْرِ الْإِسْلَامِ وَشَمْسِ الْأَيْمَةِ لِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى { حَتَّى يُعْطُوا الْجَزِيَّةَ } لَمْ يُفْصَلْ .

كِي

قوله { تقاتلونهم أو يسلمون }

أَيَّ إِلَى أَنْ يُسَلِّمُوا وَالْآيَةُ فِي عَبْدَةِ الْأَوْثَانِ مِنَ الْعَرَبِ .

كِي

قوله وإذا ظهر عليهم

أَيَّ عَلَى مُشْرِكِي الْعَرَبِ وَالْمُرْتَدِّينَ .

كِي

قوله وكأثوا مرتدين

أَيَّ وَقَسَمَهُمْ بَيْنَ الْعَانِمِينَ حَتَّى وَقَعَ فِي سَهْمِ عَلِيٍّ الْحَنْفِيَّةُ فَوُلِدَ مِنْهَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحَنْفِيَّةِ .

كَأَيُّ قَوْلُهُ وَلِهَذَا تُجْبَرُ نِسَاءُ الْمُرْتَدِّينَ إلَى الْخِ (قَالَ الْأَثَقَانِيُّ قَالُوا إِنَّ نِسَاءَ الْمُرْتَدِّينَ وَصِيَّانَهُمْ يُجْبَرُونَ عَلَى الْإِسْلَامِ وَتَفْسِيرُهُ الْحَبْسُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ أَوْ إِلَى الْإِسْلَامِ وَسَجِيءٌ فِي بَابِ الْمُرْتَدِّينَ أَمَّا صِيَّانُهُمْ فَإِنَّمَا يُجْبَرُونَ تَبَعًا لِأَبَائِهِمْ حَيْثُ تُجْبَرُ آبَاؤُهُمْ وَأَمَّا نِسَاؤُهُمْ فَإِنَّمَا يُجْبَرُونَ لِسَبْقِ الْإِسْلَامِ مِنْهُمْ بِخِلَافِ نِسَاءِ مُشْرِكِي الْعَرَبِ وَصِيَّانِهِمْ لِأَنَّهُمْ لَا جَبْرَ عَلَى آبَائِهِمْ فَكَذَا عَلَى صِيَّانِهِمْ وَكَذَا عَلَى نِسَائِهِمْ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْبِقْ مِنْهُمْ الْإِسْلَامُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَصِيٍّ وَامْرَأَةٍ وَعَبْدٍ وَمَكَاتِبٍ وَزَمِينٍ وَأَعْمَى وَفَقِيرٍ غَيْرِ مُعْتَمِلٍ وَرَاهِبٍ لَا يُخَالِطُ) أَيُّ لَا تُوضَعُ عَلَى هَؤُلَاءِ الْجَزِيَّةُ لِأَنَّهَُا خَلَفَ عَنِ النُّصْرَةِ وَعُقُوبَةٌ وَلَا تَجِبُ عَلَيْهِمُ النُّصْرَةُ بِالْقِتَالِ وَلَوْ أَذْرَكَ الصَّبِيُّ أَوْ أَفَاقَ الْمَجْنُونُ أَوْ عَتَقَ الْعَبْدُ أَوْ بَرَأَ الْمَرِيضُ قَبْلَ وَضْعِ الْإِمَامِ الْجَزِيَّةَ وَضَعَ عَلَيْهِمْ وَبَعْدَ وَضْعِ الْجَزِيَّةِ لَا تُوضَعُ عَلَيْهِمْ لِأَنَّ الْمُعْتَمِلَ أَهْلِيَّتُهُمْ وَقَتَ الْوَضْعِ إِذَا الْإِمَامُ يَخْرُجُ فِي تَعْرِفِ حَالِهِمْ فَيَضَعُ عَلَى مَنْ هُوَ أَهْلٌ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ وَإِلَّا فَلَا بِخِلَافِ الْفَقِيرِ إِذَا أَيْسَرَ بَعْدَ الْوَضْعِ حَيْثُ يُوضَعُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلْجَزِيَّةِ وَإِنَّمَا سَقَطَتْ عَنْهُ لِعَجْزِهِ وَقَدْ زَالَ ذِكْرُهُ فِي الْإِخْتِيَارِ

الشرح

قوله في المتن ومكاتب

أَيُّ وَمُدْبِرٍ وَأُمٍّ وَلَدٍ .

هَدَايَةٌ

قوله في المتن وأعمى وفقير

أَيُّ وَكَذَا الْمَفْلُوجُ وَالشَّيْخُ الْكَبِيرُ لِمَا بَيَّنَّا وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ لَأَنَّهُ يُقْتَلُ فِي الْجُمْلَةِ إِذَا كَانَ لَهُ رَأْيٌ .

هَدَايَةٌ

قوله في المتن وراهب لا يخالط

قَالَ فِي الْهَدَايَةِ وَلَا تُوضَعُ عَلَى الرُّهْبَانِ الَّذِينَ لَا يُخَالِطُونَ النَّاسَ كَذَا ذَكَرَهُ هُنَا وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُوضَعُ عَلَيْهِمْ إِذَا كَانُوا يَقْدِرُونَ عَلَى الْعَمَلِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَوَجْهُ الْوَضْعِ عَلَيْهِمْ أَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى الْعَمَلِ هُوَ الَّذِي ضَيَّعَهَا فَصَارَ كَتَعَطِيلِ الْأَرْضِ الْخَرَجِيَّةِ وَوَجْهُ الْوَضْعِ عَنْهُمْ أَنَّهُ لَا قَتْلَ عَلَيْهِمْ إِذَا كَانُوا لَا يُخَالِطُونَ النَّاسَ وَالْجَزِيَّةُ فِي حَقِّهِمْ لِإِسْقَاطِ الْقَتْلِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَسْقُطُ بِالْإِسْلَامِ وَالْمَوْتِ) أَيُّ الْجَزِيَّةُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا تَسْقُطُ بِهِمَا بَعْدَ مُضِيِّ السَّنَةِ لِأَنَّهُمَا اسْتَقَرَّتْ فِي ذِمَّتِهِ بَدَلًا عَنْ الْعِصْمَةِ أَوْ عَنْ السُّكْنَى وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ الْمُعَوَّضُ فَلَا يَسْقُطُ عَنْهُ الْعَوَّضُ كَمَا فِي الْأُخْرَةِ وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ حَيْثُ لَا يَسْقُطَانِ بِالْإِسْلَامِ

وَلَا بِالْمَوْتِ وَلَنَا أَنَّهَا وَجِبَتْ عُقُوبَةٌ عَلَى الْكُفْرِ أَوْ بَدَلًا عَنْ الثُّصَرَةِ وَلَا تَبْقَى الْعُقُوبَةُ عَلَى الْكُفْرِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ وَلَا يُقِيمُهَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَدْ قَدَّرَ
 بِالْإِسْلَامِ عَلَى الثُّصَرَةِ بَدَلَهُ فَلَا يَجِبُ عَوَضُهَا وَبِالْمَوْتِ عَجَزَ عَنِ الْإِسْلَامِ فَلَا يَجِبُ الْخَلْفُ إِذْ شَرَطُهُ تَصَوُّرُ الْأَصْلِ وَالْعِصْمَةُ تَثْبُتُ بِكَوْنِهِ
 آدَمِيًّا عَلَى مَا بَيَّنَّا وَهُوَ يَسْكُنُ مَلِكٌ نَفْسِهِ فَلَا مَعْنَى لِلِإِجَابِ بِدَلِيلِهِمَا وَلَا يَرُدُّ عَلَيْنَا الرَّقُّ حَيْثُ يَتَقَى بَعْدَ الْإِسْلَامِ لِأَنَّهُ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ لَيْسَ
 بِعُقُوبَةٍ وَإِنَّمَا هُوَ مِنَ الْأُمُورِ الْحُكْمِيَّةِ حَتَّى يَسْرِيَ إِلَى الْوَلَدِ تَبَعًا بِخِلَافِ الْحِزْبَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْتَكْرَارُ) أَيُّ تَسْقُطُ بِالتَّكْرَارِ وَمَعْنَاهُ إِذَا
 لَمْ تُؤْخَذْ مِنْهُ الْحِزْبَةُ حَتَّى حَالَ عَلَيْهِ حَوْلَانِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لَا تَسْقُطُ وَتُؤْخَذُ مِنْهُ حِزْبَتَيْنِ .
 وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهَا عَوَضٌ وَالْأَعْوَاضُ لَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ فَصَارَ خَرَاجُ الْأَرْضِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَسْلَمَ عَلَى قَوْلِهِمَا لِأَنَّهُ
 بَعْدَ الْإِسْلَامِ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُهَا مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي شَرَعَتْ فِيهِ وَهُوَ الصَّغَارُ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ يُوقَرُ وَلَا يُحَقَّرُ وَالْمَشْرُوعُ بِصِفَةِ لَا يُوجَدُ بِدُونِ تِلْكَ
 الصِّفَةِ فَسَقَطَتْ لِلتَّعَذُّرِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَنَّهَا عُقُوبَةٌ وَجِبَتْ عَلَى الْكُفْرِ تُؤْخَذُ مِنْهُ عَلَى وَجْهِ الْإِذْلَالِ وَلِهَذَا لَوْ
 بَعَثْنَا عَلَى يَدِ غُلَامِهِ أَوْ نَائِبِهِ لَا يُمَكِّنُ مِنْ ذَلِكَ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَاتِ بَلْ يَكْلَفُ أَنْ يَحْضُرَ بِهَا بِنَفْسِهِ فَيُعْطِيَ وَاقِفًا وَالْقَابِضُ مِنْهُ قَاعِدٌ وَفِي
 رَوَايَةٍ يَأْخُذُ بِتَلْبِيهِ وَيَهْزُهُ هَزًّا وَيَقُولُ لَهُ أَعْطِ الْحِزْبَةَ يَا ذِمِّي ، وَالْعُقُوبَاتُ الْوَاجِبَةُ لِلَّهِ إِذَا تَرَكَتْ تَدَاخَلَتْ إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ
 كَالْحُدُودِ أَلَّا تَرَى أَنَّ كَفَارَاتِ الْإِفْطَارِ تَتَدَاخَلُ وَإِنْ كَانَتْ عِبَادَةً لِمَا فِيهَا مِنْ مَعْنَى الْعُقُوبَةِ فَالْعُقُوبَةُ الَّتِي لَيْسَ فِيهَا مَعْنَى الْعِبَادَةِ أَوَّلَى وَلِأَنَّهَا
 وَجِبَتْ بَدَلًا عَنْ الْقَتْلِ فِي حَقِّهِمْ وَعَنِ الثُّصَرَةِ فِي حَقِّهَا وَكِلَاهُمَا يُوجِبُ السُّقُوطَ لِأَنَّ الْقَتْلَ يَكُونُ فِي حَرَابٍ قَائِمٍ فِي الْحَالِ وَكَذَا الثُّصَرَةُ
 تَكُونُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ دُونَ الْمَاضِي لِأَنَّهُ مُسْتَعْنَى عَنْهُ فَلَا يَتَصَوَّرُ فِيهِ التَّكْرَارُ وَالْكَثْرَةُ وَلِهَذَا لَوْ مَاتَ عِنْدَ تَمَامِ السَّنَةِ أَوْ قَبْلَ التَّمَامِ لَا تُؤْخَذُ مِنْهُ
 وَخَرَاجُ الْأَرْضِ قِيلَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ وَقِيلَ لَا تَدَاخَلُ فِيهِ اتِّفَاقًا لِأَنَّهُ يَجِبُ مَوْنَةُ الْأَرْضِ قَائِمًا مَقَامَ الْعُشْرِ وَلِهَذَا لَا يَجْتَمِعَانِ وَالْعُشْرُ يَتَكَرَّرُ
 فَكَذَا هَذَا وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَمَنْ لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ خَرَاجُ رَأْسِهِ حَتَّى مَضَتْ السَّنَةُ وَجَاءَتْ سَنَةٌ أُخْرَى لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ
 اللَّهُ وَقَالَا يُؤْخَذُ مِنْهُ فَحَمَلَهُ بَعْضُ الْمَشَائِخِ عَلَى الْمُضِيِّ مَجَازًا وَقَالَ الْوُجُوبُ بِأَخْرِ السَّنَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْمُضِيِّ لِيَتَحَقَّقَ الْجَمْعُ وَيَتَدَاخَلُ .
 وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْوُجُوبَ عِنْدَنَا فِي ابْتِدَاءِ الْحَوْلِ وَأَنَّهُ مُجْرَى عَلَى حَقِيقَتِهِ فَيَتَحَقَّقُ الْجَمْعُ بِمُجَرَّدِ الْمَجِيءِ وَظَاهِرُ قَوْلِهِ تَعَالَى { حَتَّى يُعْطُوا
 الْحِزْبَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ } يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ الْإِعْطَاءَ غَايَةً يَنْتَهِي إِلَيْهِ الْقَتْلُ وَيَجِبُ تَرْكُ الْقَتْلِ فِي أَوَّلِ السَّنَةِ وَلَا
 يَنْتَظِرُ فِيهِ إِلَى حَوْلَانِ الْحَوْلِ فَكَذَا الْإِعْطَاءُ وَهَذَا لِأَنَّهَا وَجِبَتْ لِإِسْقَاطِ الْقَتْلِ فَتَجِبُ لِلْحَالِ كَالْوَجِبِ بِالصِّلَحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَلِأَنَّ الْمُعَوَّضَ
 قَدْ سَلَّمَ لَهُمْ لِلْحَالِ فَوَجِبَ عَلَيْهِمُ الْعَوَضُ كَذَلِكَ وَلَا يُمَكِّنُهُمُ الْقِيَاسُ عَلَى خَرَاجِ الْأَرْضِينَ لِأَنَّهُ فِي مُقَابَلَةِ الْإِثْتِفَاعِ بِالْأَرْضِ فَمَا لَمْ تُسَلِّمْ
 لَهُمُ الْمُنْفَعَةَ لَا تَجِبُ عَلَيْهِمُ الْأَجْرَةُ وَلَا تَلْزَمُنَا الزَّكَاةُ لِأَنَّهَا إِنَّمَا وَجِبَتْ فِي آخِرِ الْحَوْلِ لِيَتَحَقَّقَ التَّمَاءُ إِذْ هِيَ لَا تَجِبُ إِلَّا فِي الْمَالِ النَّامِي

الشرح

قوله وقال الشافعي لا تسقط بهما إلخ

وهكذا الخلاف لو عمي أو صار مقعداً أو زمناً أو شيخاً كبيراً لا يستطيع العمل أو صار فقيراً لا يقدر على شيء وبقي من الحزبة عليه شيء يسقط عندنا خلافاً لهم .

درآية

قَوْلُهُ لَأَنَّهَا اسْتَقَرَّتْ فِي ذِمَّتِهِ بَدَلًا عَنِ الْعِصْمَةِ
أَيُّ الَّتِي تَثْبُتُ لِلذِّمِّيِّ بِعَقْدِ الذِّمَّةِ كَمَا هُوَ قَوْلُ لِلشَّافِعِيِّ .

فَتَحُّ

قَوْلُهُ أَوْ عَنْ السُّكْنَى
أَيُّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ كَمَا هُوَ قَوْلُ لَهُ آخَرُ .

فَتَحُّ

قَوْلُهُ وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ الْمُعَوَّضُ
أَيُّ وَهُوَ حَقٌّ دَمِهِ وَسُكْنَاهُ إِلَى الْمَوْتِ أَوْ إِلَى الْإِسْلَامِ .

قَوْلُهُ وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ
أَيُّ فِيمَا لَوْ قُتِلَ رَجُلًا عَمْدًا فَصَالِحَ عَلَى مَالٍ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَدَائِهِ .

فَتَحُّ

قَوْلُهُ حَيْثُ لَا يَسْقُطَانِ بِالْإِسْلَامِ
يَعْنِي إِنْ كَانَتْ الْجَزِيَّةُ بَدَلًا عَنِ السُّكْنَى تَكُونُ فِي مَعْنَى الْأُجْرَةِ فَلَا تَسْقُطُ بِالْمَوْتِ وَالْإِسْلَامِ كَالْأُجْرَةِ وَإِنْ كَانَتْ بَدَلًا عَنِ الْعِصْمَةِ تَكُونُ فِي مَعْنَى بَدَلِ الصُّلْحِ عَنِ الدَّمِ وَذَلِكَ لَا يَسْقُطُ بِالْإِسْلَامِ وَالْمَوْتِ

قَوْلُهُ أَوْ بَدَلًا عَنِ النُّصْرَةِ
فَإِنْ قُلْتُ لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْجَزِيَّةَ بَدَلٌ عَنِ النُّصْرَةِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْإِمَامَ لَوْ اسْتَعَانَ بِأَهْلِ الذِّمَّةِ سَنَةً فَقَاتَلُوا مَعَهُ لَا تَسْقُطُ عَنْهُمْ جَزِيَّةُ تِلْكَ السَّنَةِ فَلَوْ كَانَتْ بَدَلًا لَسَقَطَتْ قُلْتُ لِأَنَّهَا لَمْ تَسْقُطْ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ حِينَئِذٍ تَغْيِيرُ الْمَشْرُوعِ وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ ذَلِكَ وَهَذَا لِأَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ طَرِيقَ النُّصْرَةِ فِي حَقِّ الذِّمِّيِّ الْمَالِ دُونَ النَّفْسِ فَإِنْ قُلْتُ الْجَزِيَّةُ حَقٌّ مَالِيٌّ وَحَبَّ عَلَى الْكَافِرِ عَلَى كُفْرِهِ فَوَجَبَ أَنْ لَا يَسْقُطَ بِالْإِسْلَامِ كَخَرَاجِ الْأَرْضِ قُلْتُ خَرَاجُ الرَّأْسِ فِيهِ صَغَارٌ بِالنَّصِّ وَلِهَذَا لَا يُوضَعُ عَلَى الْمُسْلِمِ أَصْلًا بِخِلَافِ خَرَاجِ الْأَرْضِ فَإِنَّهُ لَيْسَ فِيهِ صَغَارٌ وَلِهَذَا يُؤْخَذُ فِي أَرْضِ خَرَاجِيَّةٍ لِلْمُسْلِمِ فَافْتَرَقَا .

أَتَّقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله والعصمة الخ

جواب عن قوله وجبت بدلا عن العصمة أو السكنى بيانه أن الأدمي خلق معصوما محقون الدم لكونه مكلفا لأنه لا يتأذى له القيام بأمر التكليف إلا بكونه معصوما وإنما بطلت عصمته بعارض الكفر ثم لما أسلم عادت العصمة فصارت العصمة بدلا بقبول الجزية والدمي يملك موضع السكنى بشراء أو غيره من أسباب الملك فلا يجوز إيجاب البدل عليه لسكناه في موضع مملوك له فلو كانت الجزية أجرة كان وجوبها بالإجارة لا محالة والإجارة يشترط فيها التأقيت لأن الإبهام يیطلها وحيث لم يشترط التأقيت في السكنى دل أن الجزية ما كان بسبيل الأجرة .

أثقاني .

قال الكمال ولنا ما أخرجه أبو داود والترمذي عن جرير عن قابوس بن أبي ظبيان عن أبيه عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم { ليس على مسلم جزية } قال أبو داود سئل سفيان الثوري عن هذا فقال يعني إذا أسلم فلا جزية عليه وباللفظ الذي فسره به سفيان الثوري رواه الطبراني في معجمه الأوسط عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال { من أسلم فلا جزية عليه } وضعف ابن القطان قابوسا وأيس قابوس في سند الطبراني فهذا لعمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل إسلامه بل هو المراد بخصوصه لأنه موضع الفائدة إذ عدم الجزية ابتداء على المسلم من ضروريات الدين فالإخبار به من جهة الفائدة ليس كالإخبار بسقوطها في حال البقاء وهذا يخص السقوط بالإسلام والوجه يعم موته وإسلامه وبهذا الحديث ونحوه أجمع المسلمون على سقوط الجزية بالإسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق إذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالإسلام وكذا خراج الأرض وترتفع الجزية لأن كلا منهما محل الإجماع فإن عقلت حكمة فذاك وإلا وجب التتابع على أن الفرق بين خراج الأرض والجزية واضح إذ لا إبطال في خراج الأرض لأنه مؤنة الأرض كي تبقى في أيدينا والمسلم من يسعى في بقائها للمسلمين بخلاف الجزية فإنها ذل على ظاهر المذهب وأما الاسترقاق فلأن إسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يیطل به حق المستحق المعين بخلاف الجزية فإنه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم والحق الخاص فضلا عن العام ليس كالمملك الخاص

قوله لأنها عوض والناعواض لا تسقط

قال الكمال وأنت تعلم أن كونها وجبت عوضا وكون المتصل منها أعواضا خلاف ما تقدم وأنه بقول الشافعي أليق فإن أريد بالأعواض الأجزية الواقعة عقوبة ثم عليها وجه قول أبي حنيفة القائل : والعقوبات تتداخل .

قوله بخلاف ما إذا أسلم على قولهما

أي أو مات قبل استكمال السنة أو بعدها .

قوله وهو الصغار

أَيُّ وَالْعُقُوبَاتُ الْوَاجِبَةُ لِلْبَقَاءِ عَلَى الْكُفْرِ وَالْمَوْتِ وَصَلَ إِلَى الْعِقَابِ الْأَكْبَرِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْأَذْنَى قَالَ تَعَالَى { وَلَنَذِقَنَّهْمُ مِنَ الْعَذَابِ الْأَذْنَى دُونَ الْعَذَابِ الْأَكْبَرِ لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ } .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله وفي رواية يأخذ بتليبيه ويهزه

التَّليِبُ بِالْفَتْحِ مَا عَلَى مَوْضِعِ اللَّبِّ مِنْ تِيَابِهِ وَاللَّبُّ مَوْضِعُ الْقِلَادَةِ مِنَ الصَّدْرِ وَالْهَزُّ التَّحْرِيكُ وَفِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ يُؤْخَذُ مِنْهُ الْجَزِيَّةُ بِطَرِيقِ الْاسْتِخْفَافِ لَهُ حَتَّى يُصْفَعَ أَيْضًا حَالَةَ الْأَخْذِ .

مِعْرَاجُ الدَّرَاجَةِ

قوله وخراج الأرض قيل على هذا الخلاف

أَيُّ فَإِذَا مَضَتْ سُنُونُ لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ خَرَجٌ عَنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يُؤْخَذُ مِنْهُ مَا مَضَى فَتَحُ

قوله فالثعشر

بِالْفَاءِ فِي خَطِّ الشَّارِحِ وَفِي الْكَافِي بِالْوَاوِ وَهُوَ أَوْلَى

قوله وأنه مجرى على حقيقته

أَيُّ عَلَى حَقِيقَةِ الْمَجِيءِ وَهُوَ الدُّخُولُ .

كَأَيِّ

قوله فما لم تسلم لهم المنفعة لا تجب عليهم الأجرة

أَيُّ فَلِهَذَا لَمْ تَجِبْ بِأَوَّلِ الْحَوْلِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا تُحْدِثُ بَيْعَةً وَلَا كَنِيسَةً فِي دَارِنَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لَا خِصَاءَ فِي الْإِسْلَامِ وَلَا كَنِيسَةٌ } أَيُّ لَا يُخْصَى إِخْصَاءً يُقَالُ خِصَاءُ يُخْصِيهِ خِصَاءً عَلَى فِعَالٍ بِمَعْنَى الْإِخْصَاءِ وَقِيلَ هُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا مَرْتَنَهُمْ فَلْيَغَيِّرُنْ خَلْقَ اللَّهِ } وَقِيلَ الْمُرَادُ بِهِ التَّبَتُّلُ وَالْعَزْلَةُ وَالِامْتِنَاعُ عَنِ النَّسَاءِ كَمَا يَفْعَلُهُ رُهْبَانُ النَّصَارَى فَكَأَنَّهُ خِصَاءٌ مَعْنَى وَالْمُرَادُ بِالنَّهْيِ عَنِ الْكَنِيسَةِ إِحْدَانُهَا أَيُّ لَا تُحْدِثُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ كَنِيسَةً فِي مَوْضِعٍ لَمْ تَكُنْ فِيهِ وَبَيْتُ النَّارِ كَالْكَنِيسَةِ

الشَّرْحُ

قوله في المتن ولا تحدث بيعة

لَمَّا فَرَّغَ عَنْ بَيَانِ مَا يَجِبُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ مِنَ الْجَزْيَةِ شَرَعَ فِي بَيَانِ مُتَعَبَّدَاتِهِمْ مَا يَجُوزُ مِنْهَا وَمَا لَا يَجُوزُ .

قوله ولا كنيسة

الْكَنِيسَةُ مَعْبَدُ الْيَهُودِ وَالْبَيْعَةُ مَعْبَدُ النَّصَارَى قِيلَ فِي وَجْهِ الْمُنَاسَبَةِ فِي الْجَمْعِ بَيْنَ الْخِصَاءِ وَالْكَنِيسَةِ فِي الْحَدِيثِ أَنَّ الْخِصَاءَ نَوْعُ ضَعْفٍ لَيْسَ فِي الْفَحْلِ وَكَذَا بِنَاءُ الْكَنِيسَةِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ يُورِثُ الضَّعْفَ فِي الْإِسْلَامِ أَوْ فِي الْخِصَاءِ تَغْيِيرٌ عَمَّا عَلَيْهِ أَصْلُ الْخِلْقَةِ وَكَذَا فِي بِنَاءِ الْكَنِيسَةِ تَغْيِيرٌ عَمَّا عَلَيْهِ بِنَاءُ دَارِ الْإِسْلَامِ .

مَعْرَاجُ الدَّرَاجَةِ قَالَ الْأَثَنَانِيُّ الْكَنِيسَةُ لِمُتَعَبِّدِ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى وَكَذَلِكَ الْبَيْعَةُ اسْمٌ لِمُتَعَبِّدِهِمْ مُطْلَقًا إِلَّا أَنَّ الْأَسْتِعْمَالَ غَلَبَ فِي الْكَنِيسَةِ لِمُتَعَبِّدِ الْيَهُودِ وَفِي الْبَيْعَةِ لِمُتَعَبِّدِ النَّصَارَى قَوْلُهُ لَا خِصَاءَ (الْخِصَاءُ بِالْكَسْرِ وَالْمَدُّ عَلَى فِعَالٍ مَصْدَرُ خِصَاهُ أَيْ نَزَعَ خُصْيَتَيْهِ وَالْإِخْصَاءُ فِي مَعْنَاهُ خَطَأٌ ذَكَرَهُ فِي الْمَغْرِبِ .

كَأَكْبَرُ قَوْلُهُ وَالْمَدُّ عَلَى فِعَالٍ مَصْدَرُ خِصَاهُ أَيْ مِنْ بَابِ رَمَاهُ .

أَثَنَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيُعَادُ الْمُتَّهَدُ مِنَ الْكُنَائِسِ وَالْبَيْعِ الْقَدِيمَةِ) لِأَنَّهُ جَرَى التَّوَارُثُ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا بَتَرَكِ الْكُنَائِسِ فِي أُمُصَارِ الْمُسْلِمِينَ وَلَا يَقُومُ الْبِنَاءُ دَائِمًا فَكَانَ دَلِيلًا عَلَى جَوَازِ الْإِعَادَةِ وَلِأَنَّ الْإِمَامَ لَمَّا أَقْرَهُمْ عَهْدَ إِلَيْهِمْ الْإِعَادَةَ لِأَنَّ الْأُتْبِيَّةَ لَا تَبْقَى دَائِمًا وَلَا يُمَكِّنُونَ مِنْ نَقْلِهَا إِلَى مَوْضِعٍ آخَرَ لِأَنَّهُ إِحْدَاثٌ فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ فِي الْحَقِيقَةِ وَالصَّوْمَعَةُ بِمَنْزِلَةِ الْكَنِيسَةِ لِأَنَّهَا تُبْنَى لِلتَّخَلُّي لِلْعِبَادَةِ كَالْكَنِيسَةِ بِخِلَافِ مَوْضِعِ الصَّلَاةِ فِي الْبَيْتِ لِأَنَّهُ تَبَعٌ لِلسُّكْنَى وَهَذَا فِي الْأُمُصَارِ دُونَ الْقُرَى لِأَنَّ الْأُمُصَارَ هِيَ الَّتِي تُقَامُ فِيهَا شَعَائِرُ الْإِسْلَامِ فَلَا يُعَارَضُ بِإِظْهَارِ مَا يُخَالِفُهَا وَلِهَذَا يُمْنَعُونَ مِنْ بَيْعِ الْخَمْرِ وَالْخَنَازِيرِ وَضَرْبِ النَّافُوسِ خَارِجَ الْكَنِيسَةِ فِي الْأُمُصَارِ لَمَّا قُلْنَا وَلَا يُمْنَعُونَ مِنْ ذَلِكَ فِي قَرْيَةٍ لَا تُقَامُ فِيهَا الْجُمُعُ وَالْحُدُودُ وَإِنْ كَانَ فِيهَا عَدَدٌ كَثِيرٌ لِأَنَّ شَعَائِرَ الْإِسْلَامِ فِيهَا غَيْرُ ظَاهِرَةٍ وَقِيلَ يُمْنَعُونَ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَمْ تَشَعْ فِيهِ شَعَائِرُهُمْ لِأَنَّ فِي الْقُرَى بَعْضَ الشَّعَائِرِ فَلَا تُعَارَضُ بِإِظْهَارِ مَا يُخَالِفُهَا مِنْ شَعَائِرِ الْكُفْرِ وَالْمَرْوِيِّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ كَانَ فِي قُرَى الْكُوفَةِ لِأَنَّ أَكْثَرَ أَهْلِهَا أَهْلُ الذِّمَّةِ وَفِي أَرْضِ الْعَرَبِ يُمْنَعُونَ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ وَلَا يَدْخُلُونَ فِيهَا الْخَمْرَ وَالْخَنَازِيرَ وَيُمْنَعُونَ مِنْ اتِّخَاذِهَا الْمُشْرِكُونَ مَسْكِنًا لَمَّا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا { أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ أَخْرَجُوا الْمُشْرِكِينَ مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَالبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ وَعَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ { لَأُخْرِجَنَّ الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ حَتَّى لَا أَدْعَ فِيهَا إِلَّا مُسْلِمًا } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَمُسْلِمٌ وَالتِّرْمِذِيُّ وَصَحَّحَهُ وَعَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهَا قَالَتْ آخِرُ مَا عَهَدَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ قَالَ { لَا يُتْرَكُ بِجَزِيرَةِ الْعَرَبِ دِينَانٌ } وَعَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ بْنِ الْجَرَّاحِ أَنَّهُ قَالَ آخِرُ مَا تَكَلَّمَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { أَخْرَجُوا يَهُودَ أَهْلِ الْحِجَازِ وَأَهْلَ نَجْرَانَ مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ } رَوَاهُمَا أَحْمَدُ وَأَجَلَى عُمَرُ الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى مِنْ أَرْضِ الْحِجَازِ فِيمَا رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ

قوله وَيُعَادُ الْمُتَّهَدُ مِنَ الْكُنَائِسِ وَالْبَيْعِ الْقَدِيمَةِ

قَالَ أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ وَالْمُرَادُ مِنَ الْقَدِيمَةِ مَا كَانَتْ قَبْلَ فَتْحِ الْإِمَامِ بَلَدَهُمْ وَمُصَالَحَتِهِمْ عَلَى إِقْرَارِهِمْ عَلَى بَلَدِهِمْ وَأَرْضِيهِمْ وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ فِي زَمَنِ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ لَا مَحَالَةَ .

أَتَقَانِي وَقَوْلُهُ الْقَدِيمَةِ أَيَّ عَلَى قَدْرِ الْبِنَاءِ الْأَوَّلِ وَيُمْنَعُ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الْبِنَاءِ الْأَوَّلِ .

قَاضِي خَانَ

قوله وَقِيلَ يُمْنَعُونَ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَمْ تَشْعُرْ

قَالَ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ وَالْمُرَوِّيُّ عَنْ صَاحِبِ الْمَذْهَبِ فِي قُرَى الْكُوفَةِ أَنَّ الَّذِي رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ مِنْ عَدَمِ الْمَنْعِ عَنْ إِحْدَاثِ الْبَيْعَةِ وَالْكَنَيْسَةِ فِي الْقُرَى فِي قُرَى بِلَادِنَا لِأَنَّ أَكْثَرَ أَهْلِهَا كَانُوا أَهْلَ الذِّمَّةِ فَلَمْ تَكُنْ قُرَاهَا مَوْضِعَ تَنْفِيدِ الْأَحْكَامِ لِعَلَّتِهِمْ فَلَمْ يَرِدْ الْمَنْعُ مِنَ الْإِحْدَاثِ بِخِلَافِ قُرَى بِلَادِنَا فَإِنَّ أَهْلَ الذِّمَّةِ فِيهَا مَعْدُودُونَ فَمَنْعُوا مِنَ الْإِحْدَاثِ .

أَتَقَانِي .

قَالَ فِي الْفَتَاوَى الصُّغْرَى إِذَا أَرَادُوا إِحْدَاثَ الْبَيْعِ وَالْكَنَائِسِ فِي الْأَمْصَارِ يُمْنَعُونَ بِالْإِجْمَاعِ وَأَمَّا فِي السَّوَادِ ذَكَرَ فِي الْعُشْرِ وَالْخَرَاجِ أَنََّّهُمْ يُمْنَعُونَ وَفِي الْإِجَارَاتِ أَنََّّهُمْ لَا يُمْنَعُونَ وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فِيهِ قَالَ مَشَايِخُ بَلْخِ يُمْنَعُ وَقَالَ الْفَضْلِيُّ وَمَشَايِخُ بُخَارَى لَا يُمْنَعُ وَذَكَرَ شَمْسُ الْأَنَّمَةِ السَّرْحَسِيُّ فِي بَابِ إِجَارَةِ الدُّورِ وَالْبُيُوتِ مِنْ شَرْحِ الْإِجَارَاتِ الْأَصَحُّ عِنْدِي أَنََّّهُمْ يُمْنَعُونَ عَنْ ذَلِكَ فِي السَّوَادِ وَذَكَرَ هُوَ فِي السِّيَرِ الْكَبِيرِ فَقَالَ إِنْ كَانَتْ قَرْيَةٌ غَالِبُ أَهْلِهَا أَهْلُ الذِّمَّةِ لَا يُمْنَعُونَ وَأَمَّا الْقَرْيَةُ الَّتِي سَكَنَهَا الْمُسْلِمُونَ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فِيهَا عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا وَهَلْ تُهْدَمُ الْبَيْعَةُ الْقَدِيمَةُ فِي السَّوَادِ ؟ عَلَى الرُّوَايَاتِ كُلِّهَا لَا ، أَمَّا فِي الْأَمْصَارِ ذَكَرَ فِي الْإِجَارَاتِ أَنَّهُ لَا تُهْدَمُ الْبَيْعَةُ الْقَدِيمَةُ بَلْ تُتْرَكُ وَذَكَرَ فِي الْعُشْرِ وَالْخَرَاجِ أَنَّهَا تُهْدَمُ قَالَ النَّاطِقِيُّ فِي الْوَقَائِعِ قَالَ مُحَمَّدٌ لَيْسَ يَنْبَغِي أَنْ تُتْرَكَ فِي أَرْضِ الْعَرَبِ كَنْيْسَةٌ وَلَا بَيْعَةٌ وَلَا بَيْتٌ نَارٍ .

قوله وَفِي أَرْضِ الْعَرَبِ يُمْنَعُونَ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ

أَيَّ فِي أَمْصَارِهَا وَقُرَاهَا .

هَذَا يَكْتُبُ مَا نَصَّهُ فَلَا تُحْدَثُ فِيهَا كَنْيْسَةٌ وَلَا تُقَرُّ لَأَنَّهُمْ لَا يُمْنَعُونَ مِنَ السُّكْنَى فَلَا فَائِدَةَ فِي إِقْرَارِهَا إِلَّا أَنْ تُتَّخَذَ دَارَ سَكْنَى وَلَا تُبَاعَ بِهَا حُمْرٌ وَلَا فِي قَرْيَةٍ مِنْهَا وَلَا فِي مَاءٍ مِنْ مِيَاهِ الْعَرَبِ .

فَتَحُّ

قَوْلُهُ وَيُمنَعُونَ مِنْ اتِّخَاذِهَا الْمُشْرِكُونَ مَسْكَنًا

بِخِلَافِ أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ الَّتِي لَيْسَتْ فِي حَزِيرَةِ الْعَرَبِ يُمَكِّنُونَ مِنْ سُكْنَاهَا وَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ .

كَمَالٌ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ مِنْ اتِّخَاذِهَا مَا نَصَّهُ أَيُّ أَرْضِ الْعَرَبِ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ مَسْكَنًا مَا نَصَّهُ أَيُّ وَوَطْنَا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيُمَيِّزُ الدِّمَى عَنَّا فِي الزِّيِّ وَالْمَرْكَبِ وَالسَّرَجِ فَلَا يَرْكَبُ خَيْلًا وَلَا يَعْمَلُ بِالسَّلَاحِ وَيُظْهِرُ الْكُسْتِيحَ وَيَرْكَبُ سَرَجًا كَالْإِكْفِ) إظهارًا لِلصَّغَارِ عَلَيْهِمْ وَصِيَانَةً لضعْفَةِ الْمُسْلِمِينَ يَقِينًا لِأَنَّ مَنْ هُوَ ضَعِيفُ الْيَقِينِ إِذَا رَأَاهُمْ يَتَقَلَّبُونَ فِي النَّعَمِ وَالْمُسْلِمِينَ فِي مُحِنَةٍ وَشِدَّةٍ يُخَافُ أَنْ يَمِيلَ إِلَى دِينِهِمْ وَإِلَيْهِ وَقَعَتِ الْإِشَارَةُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَوْ أَنَّ يَكُونُ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً لَجَعَلْنَا لِمَنْ يَكْفُرُ بِالرَّحْمَنِ لِبُيُوتِهِمْ سُقْفًا مِنْ فِضَّةٍ { الْآيَةِ وَحِكَايَةُ قَارُونَ مَعَ الضَّعْفَةِ مِنْ قَوْمِ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ مَعْرُوفَةٌ ظَاهِرَةٌ وَلَأَنَّ الْمُسْلِمَ يُوقِرُ وَالذِّمِّيَّ يُحَقِّرُ وَيُضَيِّقُ عَلَيْهِ الطَّرِيقَ وَلَا يُبْدَأُ بِالسَّلَامِ فَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَامَةٌ يُمَيِّزُ بِهَا لَمَّا وَقَعَ التَّفْرِقَةُ بَيْنَهُمَا فَيَعَامَلُ مُعَامَلَةَ الْمُسْلِمِينَ وَأَوَّلُ مَنْ أَخَذَ أَهْلَ الذِّمَّةِ بِالْعَلَامَةِ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لِكثَرَةِ النَّاسِ فِي أَيَّامِهِ فَرَأَى أَنَّهُ لَمْ تَقَعْ التَّفْرِقَةُ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ إِلَّا بِالْعَلَامَةِ وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { أَيْنَمَا دَارَ عُمَرُ فَالْحَقُّ مَعَهُ وَلَمْ يَأْمُرْ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يَهُودَ الْمَدِينَةِ وَلَا نَصَارَى نَجْرَانَ وَلَا مَجُوسَ هَجَرَ بِالْعَلَامَةِ { لَأَنَّهُمْ كَانُوا مَعْرُوفِينَ وَحَالَهُمْ لَا يَشْتَبِهُ عَلَى أَحَدٍ فَلَا يَحْتَاجُونَ إِلَى الْعَلَامَةِ وَلَا يَرْكَبُونَ الْخَيْلَ لَأَنَّهُمْ لَبَسُوا مِنْ أَهْلِ الْجِهَادِ وَلَا يَلْبَسُونَ طِبَالِسَةً مِثْلَ طِبَالِسَةِ الْمُسْلِمِينَ وَلَا أَرْدِيَةَ مِثْلَ أَرْدِيَتِهِمْ وَلَا كُلَّ لِبَاسٍ يَخْتَصُّ بِأَهْلِ الْعِلْمِ وَالزُّهْدِ وَالشَّرَفِ وَإِنْ رَكِبُوا الضَّرُورَةَ مِنْ سَفَرٍ وَنَقَلَ مَرِيضٌ نَزَلُوا فِي مَجَامِعِ الْمُسْلِمِينَ وَلَا يُمَكِّنُونَ مِنْ لُبْسِ زَنَايِرِ الْإِبْرَيْسَمِ وَلَا يُمنَعُونَ مِنَ الْكُسْتِيحِ وَهُوَ الْخَيْطُ الْغَلِيظُ وَيُؤْمَرُ بِتَمْيِيزِ نِسَائِهِمْ عَنْ نِسَاءِ الْمُسْلِمِينَ فِي الطَّرِيقِ وَالْحَمَامِ وَتُجْعَلُ عَلَى دُورِهِمْ عَلَامَةٌ كَيْ لَا يَقِفَ عَلَيْهَا السَّائِلُ فَيَدْعُو لَهُمْ بِالْمَعْفِرَةِ

الشرح

قَوْلُهُ وَيُمَيِّزُ الدِّمَى عَنَّا فِي الزِّيِّ

قَالَ فِي الْمِصْبَاحِ وَالزِّيُّ بِالْكَسْرِ الْهَيْئَةُ وَأَصْلُهُ زَوِيٌّ .

قَوْلُهُ وَصِيَانَةً لضعْفَةِ الْمُسْلِمِينَ يَقِينًا

أَيُّ فَرُبَّمَا يَمُرُّونَ بِجَهْلِهِمْ فَيَقُولُونَ الْكُفَّارُ أَحْسَنُ حَالًا مِنَّا فَإِنَّهُمْ فِي خَفْضِ عَيْشٍ وَنِعْمَةٍ وَنَحْنُ فِي كَدٍّ وَتَعَبٍ .

فَتَحُّ وَحَاصِلُ هَذَا أَنَّ أَهْلَ الذِّمَّةِ لَمَّا كَانُوا مُخَالَطِينَ لِأَهْلِ الْإِسْلَامِ فَلَا بُدَّ مِمَّا يَتَمَيَّزُ بِهِ الْمُسْلِمُ مِنَ الْكَافِرِ كَيْ لَا يُعَامَلَ مُعَامَلَةَ الْمُسْلِمِ مِنَ التَّوْفِيرِ وَالْإِحْلَالِ وَذَلِكَ لَا يَحْزُرُ وَإِذَا وَجَبَ التَّمْيِيزُ وَجَبَ أَنْ يَكُونَ فِيهِ صَعَارٌ لَا إِعْزَازَ لِأَنَّ إِذْلَالَهُمْ وَاجِبٌ بِغَيْرِ أَدَى مِنْ ضَرْبٍ أَوْ صَفْعٍ بِلَا

سَبَبٍ يَكُونُ مِنْهُ بَلُّ الْمَرَادُ اتِّصَافُهُ بِهَيْئَةٍ وَضِيعَةٍ وَكَذَا لَوْ أَمَرُوا بِالْكَسِيحَاتِ .

كَمَالٌ

قَوْلُهُ { سَفَقًا مِنْ فِضَّةٍ }

تَنْبِيْهَا عَلَى حِسَّةِ الدُّنْيَا عِنْدَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ .

فَتَحٌ

قَوْلُهُ فَيُعَامَلُ مُعَامَلَةَ الْمُسْلِمِينَ

أَيُّ وَيَجُوزُ أَنْ يَمُوتَ الذَّمِّيُّ فَجْأَةً فِي الطَّرِيقِ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ بِهِ عَلَامَةٌ يُصْنَعُ بِهِ مَا يُصْنَعُ بِمَوْتَى الْمُسْلِمِينَ وَالْاِحْتِرَازُ عَنْ مِثْلِ ذَلِكَ وَاجِبٌ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ وَلَا يُمْكِنُونَ مِنْ لُبْسِ زَنَانِيرِ الْإِبْرَيْسَمِ

قَالَ الْكَمَالُ وَإِذَا مُنِعُوا مِنْ شَدِّ زُنَّارٍ وَهُوَ حَاشِيَةٌ رَقِيقَةٌ مِنَ الْإِبْرَيْسَمِ فَمَنْعُهُمْ مِنْ لِبَاسِ الثِّيَابِ الْفَاحِرَةِ الَّتِي تُعَدُّ عِنْدَ الْمُسْلِمِينَ فَاحِرَةً سِوَاهُ كَانَتْ حَرِيرًا أَوْ غَيْرَهُ كَالصُّوفِ الْمُرْبَعِ وَالْجُوخِ الرَّفِيعِ وَالْأَبْرَادِ الرَّفِيعَةِ أَوَّلَى وَلَا شَكَّ فِي وَفُوعِ هَذَا فِي هَذِهِ الدِّيَارِ وَلَا شَكَّ فِي مَنَعِ اسْتِكْنَابِهِمْ وَإِدْخَالِهِمْ فِي الْمُبَاشَرَةِ الَّتِي يَكُونُ بِهَا مُعْظَمًا عِنْدَ الْمُسْلِمِينَ بَلْ رُبَّمَا يَقِفُ بَعْضُ الْمُسْلِمِينَ خِدْمَةً لَهُ خَوْفًا مِنْ أَنْ يَتَغَيَّرَ خَاطِرُهُ مِنْهُ فَيَسْعَى بِهِ عِنْدَ

مُسْتَكْنَبِهِ سَعَايَةً تُوجِبُ لَهُ مِنْهُ الضَّرَرَ وَكَذَا يُؤْخَذُونَ بِالرُّكُوبِ عَلَى سُرُوجٍ فَوْقَ الْحُمْرِ كَهَيْئَةِ الْإِكَافِ أَوْ قَرِيبًا مِنْهُ وَلَا يَرُكَبُونَ الْخَيْلَ بَلْ اخْتَارَ الْمُتَأَخَّرُونَ أَنْ لَا يَرُكَبُوا أَصْلًا إِلَّا إِذَا أُخْرِجُوا إِلَى أَرْضٍ قَرِيبَةٍ وَنَحْوَهَا أَوْ كَانَ مَرِيضًا أَيْ إِلَّا أَنْ تَلْزَمَ الضَّرُورَةُ فَيَرُكَبُ ثُمَّ يَنْزِلُ فِي مَجَامِعِ الْمُسْلِمِينَ إِذَا مَرَّ بِهِمْ وَلَا يَحْمِلُونَ السِّلَاحَ وَتُضَيِّقُ عَلَيْهِمُ الطَّرِيقُ وَلَا يُبْدَأُ بِالسَّلَامِ وَيُرَدُّ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ وَعَلَيْكُمْ فَقَطْ وَكُتِبَ عَلَى قَوْلِهِ زَنَانِيرُ مَا نَصَّهُ الزُّنَّارُ لِلنَّصَارَى وَزَانُ تُفَاحٍ وَالْجَمْعُ زَنَانِيرُ .

مِصْبَاحُ

قَوْلُهُ وَهُوَ الْخَيْطُ الْغَلِيظُ

أَيُّ فِي غِلْظِ الْأَصْبَعِ مِنَ الصُّوفِ يَشُدُّهُ فَوْقَ ثِيَابِهِ .

فَتَحٌ

قوله كي لا يَفَفَ عليها السائل فيدعو لهم بالمغفرة

أي أو يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين وتُجعل مكابهم خشنة فاسدة اللون .

فَتَحْ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يُنْتَقِضُ عَهْدُهُ بِالْإِبَاءِ عَنِ الْجَزِيَةِ وَالزَّيْنِ بِمُسْلِمَةٍ وَقَتْلِ مُسْلِمٍ وَسَبِّ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يُنْتَقِضُ أَمَانُهُ بِالسَّبِّ لِأَنَّهُ يَنْقُضُ الْإِيمَانَ فَكَذَا الْأَمَانُ بَلْ أَوْلَى لِأَنَّهُ دُونَهُ وَهُوَ خَلْفٌ عَنْهُ وَلَنَا { أَنَّ يَهُودِيًّا قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ السَّلَامُ عَلَيْكَ فَقَالَ أَصْحَابُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَقَلَهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ لَا { رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَأَحْمَدُ فَلَمْ يُنْتَقِضْ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَهْدُهُ وَلَمْ يَقْتُلْهُ فَيَكُونُ حُجَّةً عَلَيْهِ وَعَلَى مَالِكٍ فِي وَجُوبِ الْقَتْلِ بِسَبِّ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلِأَنَّ السَّبَّ كُفْرٌ مِنْهُ فَالْكُفْرُ الْمُقَارِنُ لَا يَمْنَعُ الْعَهْدَ فَكَذَا الطَّارِئُ لَا يَرْفَعُهُ وَهَذَا لِأَنَّ مَا يَنْتَهِي بِهِ الْقِتَالُ التَّزَامُ الْجَزِيَّةِ وَقَبُولُهَا لَا أَذَاهَا وَهُوَ بَاقٍ فَلَا يُنْتَقِضُ

الشرح

قوله في المتن ولا ينتقض عهده إلخ

ذَكَرَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي بَابِ الْبُعَاةِ أَنَّ أَهْلَ الذِّمَّةِ إِذَا أَعَانُوا أَهْلَ الْبَغْيِ عَلَى الْقِتَالِ حُكْمُهُمْ حُكْمُ أَهْلِ الْبَغْيِ حَتَّى لَا يَجُوزَ اسْتِرْقَاقُهُمْ وَلَا أَخْذُ أَمْوَالِهِمْ لِأَنَّ عَهْدَهُمْ لَا يُنْتَقِضُ بِهِ .

قوله لأنه ينتقض الإيمان

يَعْنِي عَلَى تَقْدِيرِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مُسْلِمًا كَانَ سَبُّ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَنْقُضُ إِيْمَانَهُ .

قوله فيكون حجة عليه وعلى مالك في وجوب القتل بسبب النبي عليه الصلاة والسلام

أي إن لم يسلم وبه قال أحمد في رواية والشافعي في قول .

كَأَكْبَى قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَمَنْ امْتَنَعَ مِنْ أَداءِ الْجَزِيَةِ أَوْ قَتَلَ مُسْلِمًا أَوْ زَنَى بِمُسْلِمَةٍ أَوْ سَبَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يُنْتَقِضْ عَهْدُهُ قَالَ الْكَمَالُ فَيَصِيرُ مَبَاحَ الدَّمِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ لَا عَهْدَ لَهُ عِنْدَنَا وَفَيْدٌ بِأَدَائِهَا لِأَنَّهُ لَوْ امْتَنَعَ مِنْ قَبُولِهَا نُقِضَ عَهْدُهُ ثُمَّ قَالَ الْكَمَالُ وَالَّذِي عِنْدِي أَنَّ سَبَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَوْ نَسَبُهُ مَا لَا يَنْبَغِي إِلَى اللَّهِ تَعَالَى إِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَعْتَقِدُونَهُ كَنَسَبَةِ الْوَلَدِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى وَتَقَدَّسَ عَنْ ذَلِكَ إِذَا أَظْهَرَهُ يُقْتَلُ بِهِ وَيُنْتَقِضُ عَهْدُهُ وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْهُ وَلَكِنْ عَثَرَ عَلَيْهِ وَهُوَ يَكْتُمُهُ فَلَا وَهَذَا لِأَنَّ دَفْعَ الْقَتْلِ وَالْقِتَالِ عَنْهُمْ بِقَبُولِ الْجَزِيَةِ الَّذِي هُوَ الْمُرَادُ بِالْإِعْطَاءِ مُفِيدٌ بِكَوْنِهِمْ صَاغِرِينَ أَذِلَاءَ بِالنَّصِّ وَلَا خِلَافَ أَنَّ الْمُرَادَ اسْتِمْرَارُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ عِنْدَ مُحَرَّرِ الْقَبُولِ وَإِظْهَارِ ذَلِكَ مِنْهُ يُنَافِي فَيَدَّ كَوْنُ قَبُولِ الْجَزِيَةِ رَافِعًا لِقَتْلِهِ لِأَنَّهُ الْعَايَةُ فِي التَّمَرُّدِ وَعَدَمِ الْإِثْمَاتِ وَالِاسْتِخْفَافِ بِالْمُسْلِمِينَ وَالِإِسْلَامِ فَلَا يَكُونُ جَارِيًا عَلَى الْعَقْدِ الَّذِي

يَدْفَعُ عَنْهُ الْقَتْلَ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ صَاغِرًا ذَلِيلًا وَهَذَا الْبَحْثُ مِمَّا يُوجِبُ أَنَّهُ إِذَا اسْتَعْلَى عَلَى الْمُسْلِمِينَ عَلَى وَجْهِ صَارَ مُسْتَمِرًّا عَلَيْهِ حَلٌّ لِلْإِمَامِ قَتْلُهُ أَوْ يَرْجِعُ إِلَى الذَّلِّ وَالصَّغَارِ قَالُوا إِذَا طَعَنَ الذِّمِّيُّ فِي دِينِ الْإِسْلَامِ طَعْنًا ظَاهِرًا جَازَ قَتْلُهُ لِأَنَّ الْعَهْدَ مَعْقُودٌ مَعَهُ عَلَى أَنْ لَا يَطْعَنَ فَإِذَا طَعَنَ فَقَدْ نَكَثَ عَهْدَهُ وَخَرَجَ مِنَ الذِّمَّةِ ذِكْرُهُ حَافِظُ الدِّينِ النَّسْفِيُّ فِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ تَعَالَى { وَإِنْ نَكَثُوا أَيْمَانَهُمْ مِنْ بَعْدِ عَهْدِهِمْ } .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (بَلْ بِاللَّتَحَاقِ ثَمَّةٌ أَوْ بِالْعَلْبَةِ عَلَى مَوْضِعٍ لِلْحَرَابِ) أَيُّ بَلْ يُنْتَقِضُ الْعَهْدُ بِاللَّتَحَاقِ بِدَارِ الْحَرْبِ أَوْ بِالْعَلْبَةِ عَلَى مَوْضِعٍ لِلْحَرَابِ لَأَنَّهُمْ صَارُوا بِذَلِكَ حَرْبًا عَلَيْنَا فَلَا يُفِيدُ بَقَاءُ الْعَهْدِ بَعْدَ ذَلِكَ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ عَقْدِ الذِّمَّةِ دَفْعُ الْفَسَادِ بِتَرْكِ الْقِتَالِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَصَارُوا كَالْمُرْتَدِّ) أَيُّ وَصَارُوا بِالْتَحَاقِهِمْ بِدَارِ الْحَرْبِ أَوْ بِالْعَلْبَةِ صَارُوا كَالْمُرْتَدِّ فِي حَلِّ قَتْلِهِمْ وَدَفْعِ مَالِهِمْ لَوَرَثَتِهِمْ لِأَنَّهُمْ التَّحَقُّوا بِالْأَمْوَاتِ بَتَّائِنِ الدَّارَيْنِ غَيْرِ أَنَّهُمْ يُسْتَرْقُونَ وَلَا يُجْبَرُونَ عَلَى قَبُولِ الذِّمَّةِ بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ حَيْثُ لَا يُسْتَرْقُ وَيُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ لِأَنَّ كُفْرَ الْمُرْتَدِّ أَغْلَظُ فَأَوْجَبَ الزِّيَادَةَ فِي الْعُقُوبَةِ وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرْجِعَ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ فَيُاسْتَرْقَاقُ الذِّمِّيُّ يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ مِنْهُ وَهُوَ دَفْعُ فُسَادِهِ وَحَرَابِهِ بِذَلِكَ بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ الْإِسْلَامُ فَلَا يَحْصُلُ بِاسْتَرْقَاقِهِ فَصَارَ كَمُشْرِكِي الْعَرَبِ وَالْمَالِ الَّذِي لَحِقَ بِهِ دَارُ الْحَرْبِ يَكُونُ فَيْئًا وَلَيْسَ لَوَرَثَتِهِ أَنْ يَأْخُذُوهُ كَالْمُرْتَدِّ بِخِلَافِ مَا إِذَا رَجَعَ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ بَعْدَ مَا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَأَخَذَ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ وَلَحِقَ بِهِ دَارُ الْحَرْبِ حَيْثُ يَكُونُ لَوَرَثَتِهِ أَنْ يَأْخُذُوهُ لِأَنَّهُ حِينَ التَّحَقُّقِ بِدَارِ الْحَرْبِ مَلَكُوهُ فَلِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ أَنْ يَأْخُذَ مَالَهُ مَجَانًا أَوْ بَعُوضٍ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَقَوْلُهُ بَلْ بِاللَّتَحَاقِ ثَمَّةٌ الْخُ يَفِيدُ اخْتِصَاصَ مَا يُنْتَقِضُ بِهِ الْعَهْدُ حَتَّى لَوْ قَالَ نَقَضْتُ بِالْقَوْلِ لَا يُنْتَقِضُ ذِكْرُهُ فِي الْمُحِيطِ

الشرح

قَوْلُهُ أَوْ بِالْعَلْبَةِ عَلَى مَوْضِعٍ (أَيُّ أَوْ قَرْيَةٍ أَوْ حِصْنٍ فَتَحَ

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَصَارُوا كَالْمُرْتَدِّ

أَيُّ فِي الْحُكْمِ بِمَوْتِهِ بِاللَّتَحَاقِ لِأَنَّهُ التَّحَقَّقَ بِالْأَمْوَاتِ .

كَمَالٌ

قَوْلُهُ وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرْجِعَ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ

قَالَ الْكَمَالُ وَإِذَا تَابَ تُقْبَلُ تَوْبَتُهُ وَتَعُودُ ذِمَّتُهُ وَلَا يَبْطُلُ أَمَانُ ذُرِّيَّتِهِ بِنَقْضِ عَهْدِهِ وَتَبَيَّنَ مِنْهُ زَوْجَتُهُ الذِّمِّيَّةُ الَّتِي خَلَفَهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ إِجْمَاعًا وَيُقَسَّمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ أَمَّا إِذَا التَّحَقَّقَتْ هِيَ مَعَهُ بِدَارِهِمْ ثُمَّ عَادَ إِلَى دَارِنَا فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا لِعَدَمِ تَبَيُّنِ الدَّارَيْنِ .

قَوْلُهُ وَلَيْسَ لَوَرَثَتِهِ أَنْ يَأْخُذُوهُ كَالْمُرْتَدِّ

أَيُّ إِذَا حَمَلَ مَالَهُ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ .

قوله فللمالك القديم أن يأخذ ماله مجانا

أي قبل القسمة

قوله أو بعوض

أي بعد القسمة لأن الملك لهم حين أخذه .

فتح

قال رحمه الله (ويؤخذ من تغلبي وتغلبية) بالغين المعجمة (ضعف زكائنا) وقال زفر والشافعي لا يؤخذ من نسائهم لأنه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النساء كما لا جزية على الصبيان ولنا أن عمر رضي الله عنه صالحهم على ضعف الزكاة بمحض من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبير والزكاة تجب على النساء دون الصبيان فكذا ضعفها والنساء أهل لوجوب المال بالصلح والمصرف لمصالح المسلمين لأنه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية فلا يلزم من صرفه فيه أن يكون جزية وكيف يكون جزية وشرائطه من وصف الصغار وعدم قبوله من النائب والإعطاء قائما والقباض قاعد وأخذ التلبيب والهز لا يراعى فيه

الشرح

قوله في المتن ويؤخذ من تغلبي وتغلبية إلخ

والأصل فيه ما ذكر أبو يوسف في كتاب الخراج بإسناده إلى داود بن كركوس عن عبادة بن النعمان التغلبي أنه قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه يا أمير المؤمنين إن بني تغلب من قد علمت شوكتهم وإنهم يزاء العدو فإن ظهروا عليك العدو اشتدت مؤنتهم فإن رأيت أن تُعطيتهم شيئا فافعل قال فصالح عمر على أن لا يعمسوا أحدا من أولادهم في النصرانية وتضاعف عليهم الصدقة وعلى أن تسقط الجزية عن رؤوسهم فكل نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتى تبلغ أربعين فإذا بلغت أربعين سائمة ففيها شتان إلى عشرين ومائة فإذا زادت شاة ففيها أربع من الغنم وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم وكذلك البقر والأبل إذا وجب على المسلم شيء في ذلك فعلى النصراني التغلبي مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم في الصدقة وأما الصبيان فليس عليهم شيء وكذلك أرضهم التي كانت في أيديهم يوم صولحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين فأما الصبي والمعتوه فأهل العراق يرون أن يؤخذ ضعف الصدقة من أرضه ولا يؤخذ من ماشيته وأهل الحجاز يقولون يؤخذ ذلك من ماشيته وسبيل ذلك سبيل الخراج لأنه بدل من الجزية ولا شيء عليهم في بقية أموالهم وريقهم هذا لفظ أبي يوسف في كتاب الخراج .

أثقاني .

قوله ولا شيء عليهم في بقية أموالهم وريقهم يريد به إذا لم يمروا على عاشر أما إذا مروا بمال على العاشر فإنه لا بد أن يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين والله الموفق قال في الهداية في باب من مر على العاشر ولو مر الصبي أو امرأة من بني تغلب بمال فليس على الصبي شيء وعلى المرأة ما على الرجل كما ذكرنا في السوائم وهو يؤيد ما قلناه والله الموفق وكتب ما نصه أفرد أحكام نصارى بني تغلب بفصل لأن حكمهم مخالف لسائر النصارى وتغلب من بني غالب من العرب من ربيعة تنصروا في الجاهلية فلما جاء الإسلام

ثُمَّ زَمَنَ عُمَرُ دَعَاهُمْ عُمَرُ إِلَى الْجَزِيَةِ فَأَبَوْا وَأَنْفُوا وَقَالُوا نَحْنُ عَرَبٌ خُذْ مِنَّا كَمَا يَأْخُذُ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ الصَّدَقَةَ فَقَالَ لَا آخُذُ مِنْ مُشْرِكٍ فَلَحِقَ بَعْضُهُم بِالرُّومِ فَقَالَ التُّعْمَانُ بْنُ زُرْعَةَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّ الْقَوْمَ لَهُمْ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَهُمْ عَرَبٌ يَأْتُونَ مِنَ الْجَزِيَةِ فَلَا تُعْنِ عَلَيْكَ عِدْوَتُكَ بِهِمْ وَخُذْ مِنْهُمْ الْجَزِيَةَ بِاسْمِ الصَّدَقَةِ فَبَعَثَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي طَلِبِهِمْ وَضَعَفَ عَلَيْهِمْ فَأَجْمَعَ الصَّحَابَةُ عَلَى ذَلِكَ ثُمَّ الْفُقَهَاءُ .

كَمَالٌ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَوْلَاهُ كَمَوْلَى الْقُرَشِيِّ) أَيِ فِي حَقِّ عَدَمِ التَّبَعِيَّةِ لِلْمَوْلَى فَإِنَّهُمَا لَا يَتَّبِعَانِ مَوْلَاهُمَا فِي الْجَزِيَةِ وَالْخَرَاجِ حَتَّى يُوضَعََا عَلَيْهِمَا وَإِنْ كَانَ الْقُرَشِيُّ وَالتَّغْلِبِيُّ لَا يُوضَعَانِ عَلَيْهِمَا وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَضَاعَفُ عَلَى مَوْلَى التَّغْلِبِيِّ لِأَنَّهُ مُلْحَقٌ بِمَوْلَاهُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { فَإِنَّ مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ } وَلِهَذَا حُرِّمَتِ الزَّكَاةُ عَلَى مَوْلَى الْهَاشِمِيِّ وَلَنَا أَنَّهُ لَوْ التَّحَقَّ بِالْمَوْلَى هُنَا كَانَ تَخْفِيفًا إِذِ التَّضْعِيفُ أَخَفُّ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ وَصْفُ الصَّغَارِ وَالْمَوْلَى لَا يُلْحَقُ بِالأَصْلِ فِي التَّخْفِيفِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْجَزِيَةَ تُوضَعُ عَلَى مَوْلَى الْمُسْلِمِ إِذَا كَانَ كَافِرًا وَلَوْ لَحِقَهُ فِيهِ لَمَّا وَضِعَ عَلَيْهِ بِخِلَافِ حُرْمَةِ الصَّدَقَةِ لِأَنَّ الْحُرْمَاتِ تَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ فَالْحَقُّ مَوْلَى الْهَاشِمِيِّ فِي حَقِّهَا بِالْهَاشِمِيِّ وَلِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ لَا يُلْحَقُ الْمَوْلَى بِأَصْلِهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ مَوْلَى الْمُسْلِمِ وَغَيْرِهِ وَلَكِنْ وَرَدَ الْحَدِيثُ فِي حُرْمَةِ الصَّدَقَةِ وَهُوَ مَا رَوَى أَنَّ { أَبَا رَافِعٍ مَوْلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَتَحِلُّ لِي الصَّدَقَةُ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا ، أَنْتَ مَوْلَانَا وَمَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ } وَمَا وَرَدَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ لَا يُلْحَقُ بِهِ مَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ وَلَيْسَ هَذَا فِي مَعْنَاهُ لِأَنَّهُ كَانَ لِإِظْهَارِ فَضِيلَةِ قَرَابَتِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَفَضِيلَةِ مَنْ يَنْتَمِي إِلَيْهِمْ أَلَا تَرَى أَنَّ مَوْلَى الْغَنِيِّ لَا يُلْحَقُ بِأَصْلِهِ فِي حُرْمَةِ الصَّدَقَةِ إِذْ لَا يُوَازِي الْهَاشِمِيِّ فِي اسْتِحْقَاقِ هَذِهِ الْكَرَامَةِ أَوْ لِأَنَّ الْغَنِيَّ أَهْلٌ لَأَن يَأْخُذَ الصَّدَقَةَ وَإِنَّمَا مَنَعَهُ مِنْهُ غِنَاهُ وَلَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّ الْمَوْلَى ذَلِكَ الْمَعْنَى فَجَازَ لَهُ الْآخُذُ

الشرح

قوله في المتن ومولاه كمولى القرشي

يَعْنِي لَا تُؤْخَذُ الْجَزِيَةُ وَالْخَرَاجُ مِنَ الْقُرَشِيِّ وَتُؤْخَذُ مِنْ مَوْلَاهُ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا قَوْلُهُ أَلَا تَرَى أَنَّ الْجَزِيَةَ تُوضَعُ عَلَى مَوْلَى الْمُسْلِمِ (يَعْنِي لَوْ كَانَ لِمُسْلِمٍ مَوْلَى نَصْرَانِيٍّ ثُمَّ إِنَّهُ وَضِعَتْ عَلَيْهِ الْجَزِيَةُ وَلَمْ يَتَّعَدْ إِلَيْهِ التَّخْفِيفُ الثَّابِتُ بِالإِسْلَامِ فَلَأَنَّ لَا يَتَّعَدَى إِلَيْهِ التَّخْفِيفُ الثَّابِتُ بِوَصْفِ التَّغْلِبِيَّةِ أَوَّلَى .

قوله بخلاف حرمة الصدقة

أَيِ عَلَى الْهَاشِمِيِّ لِأَنَّهُ لَيْسَ تَخْفِيفًا بَلْ تَحْرِيمٌ وَالْحُرْمَاتُ تَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ .

فَتْحٌ

قوله لا يلحق بأصله في حرمة الصدقة

أي في الجملة ألا ترى أنه لو كان عاملاً عليها أعطي كفايته منها .

فتح

قال رحمه الله (والجزية والخراج ومال التغلبي وهدية أهل الحرب وما أخذنا منهم بلا قتال يصرف في مصالحنا كسد الثغور وبناء القناطر والجسور وكفاية القضاة والعلماء والمقاتلة وذرائعهم) لأنه مأخوذ بقوة المسلمين فيصرف إلى مصالح المسلمين وهؤلاء عملة المسلمين قد حبسوا أنفسهم لمصالح المسلمين فكان الصرف إليهم تقوية للمسلمين ولو لم يعطوا لاحتاجوا إلى اكتساب وتعطلت مصالح المسلمين ونفقة الذرائع على الآباء فيعطون كفايتهم كي لا يشتغلوا بها عن مصالح المسلمين ولا خمس في ذلك لأنه عليه الصلاة والسلام لم يخمس الجزية ولأنه مال أخذ بقوة المسلمين بلا قتال بخلاف الغنيمة لأنها مأخوذة بالقهر والقتال فشرع الخمس فيها لا يدل على شرعه في الآخر ومن جملة هذا النوع ما يأخذه العاشر من أهل الحرب وأهل الذمة إذا مروا عليه ومال أهل نجران وما صولح عليه أهل الحرب على ترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم كل ذلك يصرف إلى مصالح المسلمين لما ذكرنا ثم اعلم أن ما يجيء إلى بيت المال أنواع أربعة أحدها هذا الذي ذكرناه مع مصرفه والثاني الزكاة والعشر ومصرفها ما ذكرهم الله تعالى في قوله تعالى { إنما الصدقات للفقراء } الآية وهم سبعة أصناف وقد ذكرناهم في كتاب الزكاة والثالث خمس الغنائم والمعادن والركاز ومصرفه ما ذكرهم الله تعالى في قوله { فإن لله خمس } الآية وقد ذكرناهم في أوائل كتاب السير والرابع اللقطات والتركات التي لا وارث لها وديات

مقتول لا ولي له ومصرفها للفقير والفقراء الذين لا أولياء لهم يعطون منه نفقتهم وأدويتهم وتكفن به موتاهم وتعتل به جنائهم وعلى الإمام أن يجعل لكل نوع من هذه الأنواع بيتا يخصه ولا يخلط بعضه ببعض لأن لكل نوع حكما يختص به فإن لم يكن في بعضها شيء فللإمام أن يستقرض عليه من النوع الآخر ويصرفه إلى أهل ذلك ثم إذا حصل من ذلك النوع شيء رده في المستقرض منه إلا أن يكون المصروف من الصدقات أو من خمس الغنيمة على أهل الخراج وهم فقراء فإنه لا يرد فيه شيئا لأنهم مستحقون للصدقات بالفقر وكذا في غيره إذا صرفه إلى المستحق ويجب على الإمام أن يتقي الله تعالى ويصرف إلى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة فإن قصر في ذلك كان الله عليه حسيبا

قال رحمه الله (ومن مات في نصف السنة حرم عن العطاء) يعني ومن مات ممن يقوم بمصالح المسلمين كالقضاة والعزاة ونحوهم لا يستحق من العطاء شيئا والعطاء اسم لما يصرف إليهم لأنه صلة فلا يملك قبل القبض كالمراة إذا ماتت ولها نفقة مفروضة في ذمة الزوج واسم العطاء يُبنى عن الصلة وإنما قال مات في نصف السنة لأنه لو مات في آخر السنة يستحب صرفه إلى قريبه لأنه قد أوفى عاءه فيصرف إليه ليكون أقرب إلى الوفاء ولو عجل له كفاية سنة ثم عزل قبل تمام السنة قيل يجب رد ما بقي من السنة وقيل على قياس قول محمد في نفقة الزوجة يرجع وعندهما لا يرجع هو يعتبره بالإئفاق على امرأة ليتزوجها وهما يعتبرانه بالهبة والله أعلم

الشرح

قوله في المتن ومن مات في نصف السنة حرم عن العطاء

أي وأما المدرس والإمام والمؤذن إذا مات في أثناء السنة أو عزل وقد باشر مدة فإنه لا يحرم نص عليه الطرسوسي في أنفع الوسائل في مسألة غلة الوقف وبسط الكلام هناك فليراجع والله الموفق .

قوله ولو عجل له كفاية سنة ثم عزل

أي أو مات .

باب المرتدين

قال رحمه الله (يعرض الإسلام على المرتد وتكشف شبهته ويحبس ثلاثة أيام فإن أسلم وإلا قتل) لقوله عليه الصلاة والسلام { من بدل دينه فاقتلوه } رواه أحمد والبخاري وغيرهما وعرض الإسلام عليه مروى عن عمر رضي الله عنه وهو مستحب على ما قالوا وليس بواجب لأن الدعوة قد بلغت غير أنه يحتمل أنه اعتراه شبهة فيعرض عليه لتزاح ويعود إلى الإسلام لأن عودته مرجو وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الإسلام فإن أبى قتل ولم يذكر فيه الإمهال وفيه روايتان وقال الشافعي رحمه الله الإمهال واجب لا يحل للإمام أن يقتله قبل أن يمضي عليه ثلاثة أيام لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهراً فلا بد من مدة يمكنه التأمل فيها فقد رتاه بالثلاث لأنها مدة ضربت للإبراء الأعذار ولنا ما روينا وقوله تعالى { اقتلوا المشركين } مطلقاً ولأنه كافر حربى بلغت الدعوة فيقتل للحال ولا فرق فيه بين الحر والعبد لإطلاق الدلائل فإن ارتد وتاب ثم ارتد تقبل توبته وهكذا دائماً لأننا نحكم بالظاهر وكان عليه الصلاة والسلام يقبل ظاهر الإسلام من المنافقين { وقال عليه الصلاة والسلام لمن قتل شخصاً بعدما أسلم هلاً شققت قلبه } وعن أبي يوسف أنه إذا تكرر منه الارتداد يقتل من غير عرض الإسلام عليه لأنه مستخف بالدين

الشرح

باب المرتد (لما فرغ عن بيان أحكام الكفار من الأصل شرع في بيان أحكام الكفار بعد الإسلام لأن العارض بعد الأصلي في الوجود فناسب أن يكون كذلك وضعا .

أثقاني

قوله رواه أحمد والبخاري

أي وأبو داود .

كاكي

قَوْلُهُ لَأَنَّ الدَّعْوَةَ قَدْ بَلَغَتْهُ

أَيُّ وَعَرَضُ الْإِسْلَامُ هُوَ الدَّعْوَةُ إِلَيْهِ وَدَعْوَةُ مَنْ بَلَغَتْهُ الدَّعْوَةُ غَيْرُ وَاجِبَةٍ بَلْ مُسْتَحَبَّةٌ .

كَمَالُ رَحِمِهِ اللَّهُ وَفِي الْكَافِي يُقْتَلُ مِنْ سَاعَتِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَفِي النُّوَادِرِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يُسْتَحَبُّ لِلإِمَامِ أَنْ يُوحِلَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ طَلَبَ أَوْ لَمْ يَطْلُبَ .

درایۂ

قَوْلُهُ لِيُزَاحَ

أَيُّ تَزَالَ

قَوْلُهُ فَإِنْ أَبِي قَتْلَ

أَيِّ مَكَانِهِ فَيَفِيدُ أَنَّ إِنْظَارَهُ لَيْسَ وَاجِبًا وَلَا مُسْتَحَبًّا فَتَحُ

قَوْلُهُ وَلَئِنَّهُ كَافِرٌ حَرَبِيٌّ

لَآئِهٖ لَيْسَ بَدَمِيٍّ وَلَا مُسْتَأْمَنٌ إِذْ لَا تُقْبَلُ الْجَزِيَّةُ مِنْهُ وَمَا طَلَبَ الْأَمَانَ فَكَانَ حَرْبِيًّا لِلْإِطْلَاقِ النَّصِّ .

درآیة

قَوْلُهُ فَإِنْ ارْتَدَّ وَتَابَ ثُمَّ ارْتَدَّ تَقْبِيلُ تَوْبَتِهِ

أَيِّ وَبِهِ قَالَ أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ } وَعَنْ ابْنِ عُمَرَ وَعَلِيٍّ لَا تُقْبَلُ تَوْبَةُ مَنْ كَرَّرَ رَدَّهُ كَالزَّنْدِيقِ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ وَاللِّيْثُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ أَرَادُوا كُفْرًا لَمْ يَكُنِ اللَّهُ لِيَغْفِرَ لَهُمْ } .

كَأَكْبِيُّ قَالَ الْكَمَالُ قُلْنَا رَبِّبَ عَدَمَ الْمَغْفِرَةِ عَلَى شَرْطِ قَوْلِهِ { ثُمَّ ارْزَادُوا كُفْرًا } .

كَأَكْبِيَّ قَالَ الْتَفَنَيْتُ وَجْهَ قَوْلِ الْعَامَّةِ إِنَّ الْآيَةَ فِي حَقِّ مَنْ ارْتَدَّ كُفْرًا لَا فِي حَقِّ مَنْ آمَنَ وَأُظْهِرَ التَّوْبَةُ وَيَدُلُّ عَلَيْهِ إِطْلَاقُ قَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا } وَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ { أُمِرْتُ أَنْ أَقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ } .

قَوْلُهُ وَهَكَذَا دَائِمًا

أَيُّ وَلَا يُقْتَلُ إِلَّا إِنْ أَبَى أَنْ يُسَلِّمَ قَالَ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْحِيُّ وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا جَمِيعًا إِنَّ الْمُرْتَدَّ يُسْتَتَابُ أَبَدًا وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ تَوْبَتُهُ بَعْدَ الْمَرَّةِ الثَّالِثَةِ لِأَنَّهُ مُسْتَخَفٌّ مُسْتَهْزِئٌ وَلَيْسَ بِنَائِبٍ .

أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِسْلَامُهُ أَنْ يَتَبَرَّأَ عَنِ الْإِسْلَامِ سِوَى الْإِسْلَامِ أَوْ عَمَّا انْتَقَلَ إِلَيْهِ) أَيَّ كَيْفِيَّةٍ تَوْبَتِهِ أَنْ يَتَبَرَّأَ عَنِ الْإِسْلَامِ كُلِّهَا سِوَى دِينِ الْإِسْلَامِ وَلَوْ تَبَرَّأَ عَمَّا انْتَقَلَ إِلَيْهِ صَحَّ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ وَالْأَوَّلَى هُوَ الْأَوَّلُ لِأَنَّ الْمُرْتَدَّ لَا دِينَ لَهُ

الشرح

قوله في المتن وإسلامه أن يتبرأ عن الأديان إلخ

وَلَكِنْ بَعْدَ إِثْبَانِهِ بِكَلِمَةِ الشَّهَادَةِ ذَكَرَهُ فِي الْإِيضَاحِ وَفِي الْمُنْيَةِ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ ثُبْتُ وَرَجَعْتُ إِلَى دِينِ الْإِسْلَامِ وَأَنَا بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ دِينٍ سِوَى دِينِ الْإِسْلَامِ ، وَالْإِقْرَارُ بِالْبُعْثِ وَالنُّشُورِ مُسْتَحَبٌّ .

دِرَايَةٌ قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ إِسْلَامُ النَّصْرَانِيِّ أَنْ يَقُولَ أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ وَيَتَبَرَّأَ مِنَ النَّصْرَانِيَّةِ ، وَالْيَهُودِيَّةِ كَذَلِكَ يَتَبَرَّأُ مِنَ الْيَهُودِيَّةِ وَكَذَا فِي كُلِّ مِلَّةٍ وَأَمَّا بِمُجَرَّدِ الشَّهَادَتَيْنِ فَلَا يَكُونُ مُسْلِمًا لِأَنَّهُمْ يَقُولُونَ بِذَلِكَ غَيْرَ أَنَّهُمْ يَدْعُونَ خُصُوصَ الرِّسَالَةِ إِلَى الْعَرَبِ فَيُصَدِّقُ أَنَّهُ رَسُولُ اللَّهِ وَلَا يَتِمُّ الْإِسْلَامُ إِلَّا بِهِ هَذَا فَيَمُنُّ بَيْنَ أَظْهَرِنَا مِنْهُمْ وَأَمَّا مَنْ فِي دَارِ الْحَرْبِ لَوْ حَمَلَ عَلَيْهِ مُسْلِمٌ فَقَالَ مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ فَهُوَ مُسْلِمٌ أَوْ قَالَ دَخَلْتُ فِي دِينِ الْإِسْلَامِ أَوْ دِينِ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَهُوَ ذَلِيلُ إِسْلَامِهِ فَكَيْفَ إِذَا أَتَى بِالشَّهَادَتَيْنِ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ ضَيْقًا .

فَتَحَّ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَكُرِهَ قَتْلُهُ قَبْلَهُ) أَيَّ كُرِهَ قَتْلُهُ قَبْلَ عَرْضِ الْإِسْلَامِ عَلَيْهِ لِأَنَّ فِي قَتْلِهِ تَفْوِيتَ الْعَرْضِ الْمُسْتَحَبِّ وَقَالَ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ مَعْنَى الْكَرَاهَةِ هُنَا تَرْكُ الْمُسْتَحَبِّ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَمْ يَضْمَنْ قَاتِلُهُ) لِأَنَّ الْكُفْرَ يَوْصَفُ الْحِرَابِ مُبِيحٌ وَالْعَرْضُ بَعْدَ بُلُوغِ الدَّعْوَةِ غَيْرُ وَاجِبٍ فَلَمْ يَضْمَنْ لِذَلِكَ وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ }

الشرح

قوله في المتن وكُرِهَ قتلُه قبله

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ فَإِنْ قَتَلَهُ قَاتِلٌ قَبْلَ عَرْضِ الْإِسْلَامِ عَلَيْهِ قَالَ الْكَمَالُ أَوْ قَطَعَ غُضُوءًا مِنْهُ كُرِهَ ذَلِكَ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْقَاتِلِ وَالْقَاطِعِ لِأَنَّ الْكُفْرَ مُبِيحٌ وَكُلُّ جَنَايَةٍ عَلَى الْمُرْتَدِّ هَدْرٌ وَفِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ أَيُّ الْقَتْلِ وَالْقَطْعِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ أَدَبٌ قَالَ قَاضِي خَانَ وَرَدَّةُ الرَّجُلِ تُبْطِلُ عِصْمَةَ نَفْسِهِ حَتَّى لَوْ قَتَلَهُ الْقَاتِلُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي عَمْدًا أَوْ خَطَأً أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِ السُّلْطَانِ أَوْ أَثْلَفَ غُضُوءًا مِنْ أَعْضَائِهِ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ .

قوله معنى الكراهة هنا ترك المستحب

أي فهي كراهة تنزيه وعند من يقول بوجوب الفرض كراهة تحريم .

كمال

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا تُقْتَلِ الْمُرْتَدَّةُ بَلْ تُحْبَسُ حَتَّى تُسَلِّمَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ تُقْتَلُ لِمَا رَوَيْنَا وَلَأَنَّ قَتْلَ الرَّجُلِ لِتَغْلِيظِ جَنَائِهِ وَقَدْ شَارَكَتْ فِيهَا فَتَشَارَكَتْ فِي جَزَائِهَا كَالْقَصَاصِ وَالرَّجْمِ قُلْنَا الْمُبِيحُ لِلْقَتْلِ كُفْرُ الْمُحَارَبِ بِدَلِيلِ مَا رَوِيَ عَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ { نَهَى عَنْ قَتْلِ الْكَافِرَاتِ } بِخِلَافِ مَا ذُكِرَ مِنَ الْقَصَاصِ وَغَيْرِهِ لَأَنَّ الْحُكْمَ فِيهِ مُعْلَقٌ بِالْجَنَايَةِ دُونَ الْحَرَابِ وَجَزَاءُ الْكُفْرِ لَا يَقَامُ فِي الدُّنْيَا لِأَنَّهَا دَارُ الْإِنْتِلَاءِ عَلَى مَا عُرِفَ وَالْمُرَادُ بِالْحَدِيثِ الْمُحَارَبُ لَنَا وَإِلَّا لَوَجَبَ قَتْلُ الشَّخْصِ إِذَا أَسْلَمَ لِأَنَّهُ بَدَلُ دِينِهِ وَهُوَ الْكُفْرُ بِالْإِسْلَامِ وَالَّذِي يَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّ هَذَا الْحَدِيثَ يَرَوِيهِ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَمَذْهَبُهُ أَنَّ الْمُرْتَدَّةَ لَا تُقْتَلُ وَمِنْ الْعَجَبِ أَنَّ الشَّافِعِيَّ أَوْجَبَ الْقَتْلَ عَلَى الْيَهُودِيِّ إِذَا تَنَصَّرَ وَبِالْعَكْسِ مُحْتَجًّا بِهَذَا الْحَدِيثِ وَلَا مَعْنَى لَهُ لَأَنَّ الْكُفْرَ كُلَّهُ مَلَّةٌ وَاحِدَةٌ وَاتَّقَالَهُ مِنْ كُفْرٍ إِلَى كُفْرٍ لَا يَزِيدُهُ حُبًّا وَلَأَنَّ فِيهِ أَمْرًا بِأَنْ يَرْجَعَ إِلَى مَا كَانَ فِيهِ مِنَ الْكُفْرِ وَالْأَمْرُ بِالْكَفْرِ كُفْرٌ فَلَا يَجُوزُ وَإِذَا لَمْ تُقْتَلِ الْمُرْتَدَّةُ تُحْبَسُ إِلَى أَنْ تُسَلِّمَ لِأَنَّهَا ارْتَكَبَتْ جَرِيمَةً عَظِيمَةً فَتُحْبَسُ حَتَّى تَتْرَكَ وَتَخْرُجَ مِنْهَا وَتُضْرَبَ فِي كُلِّ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مُبَالَغَةً فِي الْحَمْلِ عَلَى الْإِسْلَامِ وَلَوْ قَتَلَهَا قَاتِلٌ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ لِلشَّبْهَةِ وَالْأَمَةِ يُجْبِرُهَا مَوْلَاهَا لِمَا فِيهِ مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَ الْحَقِيقِ بِأَنْ يَجْعَلَ مَنْزِلَ الْمُؤَلَّى سَجْنًا لَهَا وَيَفُوضَ التَّأْدِيبَ إِلَيْهِ مَعَ تَوْفِيرِ حَقِّهِ فِي الِاسْتِخْدَامِ وَقَالَ فِي الْأَصْلِ دُفِعَتْ إِلَيْهِ إِذَا احتاجَ إِلَيْهَا وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا تُدْفَعُ إِلَيْهِ احتاجَ أَوْ لَمْ يَحْتَاجْ طَلَبَ أَوْ لَمْ يَطْلُبْ لِأَنَّ الْحَبْسَ تَصَرُّفٌ فِيهَا وَذَلِكَ إِلَى الْمُؤَلَّى

الشرح

قوله في المتن ولا تقتل المرتدة

أَيُّ بَلْ تُحْبَسُ أَبَدًا قَوْلُهُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ تُقْتَلُ (أَيُّ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ وَاللَّيْثُ وَالزُّهْرِيُّ وَالتَّحَوِيُّ وَالْأَوْزَاعِيُّ وَمَكْحُولٌ وَحَمَّادٌ وَإِسْحَاقُ .

كاكي

قوله بدليل ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه { نهى عن قتل الكافرات }

أَيُّ فَقَالَ { لَا تَقْتُلُوا امْرَأَةً } وَلَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ الْمُرْتَدَّةِ وَالْكَافِرَةِ الْأَصْلِيَّةِ وَلِأَنَّهَا مَتَى لَا تُقْتَلُ بِالْكَفْرِ الْأَصْلِيِّ فَبِالطَّارِئِ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلَى كَالصَّبِيِّ .

كَأَكْبَرُ قَالَ الْكَمَالُ وَقَدْ رَوَى أَبُو يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ أَبِي النَّجُودِ عَنْ أَبِي رَزِينٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ لَا تُقْتَلُ النِّسَاءُ إِذَا هُنَّ ارْتَدَدْنَ عَنِ الْإِسْلَامِ وَلَكِنْ يُحْبَسْنَ وَيُدْعَيْنَ إِلَى الْإِسْلَامِ وَيُجَبَّرْنَ عَلَيْهِ وَفِي بَلَاغَاتِ مُحَمَّدٍ قَالَ بَلَّغْنَا عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ إِذَا ارْتَدَّتِ الْمَرْأَةُ عَنِ الْإِسْلَامِ حُبِسَتْ (قَوْلُهُ لِأَنَّهَا ارْتَكَبَتْ جَرِيمَةً عَظِيمَةً فَتُحْبَسُ إلخ) قَالَ الْكَمَالُ وَلَمْ يَذْكُرْ الضَّرْبَ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ وَلَا فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ وَيُرْوَى عَنْ أَبِي

حَنِيفَةً أَنَّهُا تُضْرَبُ فِي كُلِّ أَيَّامٍ وَقَدَّرَهَا بَعْضُهُمْ بِثَلَاثَةِ وَعَنْ الْحَسَنِ تُضْرَبُ فِي كُلِّ يَوْمٍ تِسْعَةً وَثَلَاثِينَ سَوَّطًا إِلَى أَنْ تَمُوتَ أَوْ تُسَلِّمَ وَلَمْ يَخْصُصْهُ بِحُرَّةٍ وَلَا أَمَةٍ وَهَذَا قَتْلٌ مَعْنَى لَأَنَّ مُوَالَاةَ الضَّرْبِ تُفْضِي إِلَيْهِ وَلِذَا قُلْنَا فِيمَنْ اجْتَمَعَ عَلَيْهِ حَدُودٌ لَا يَقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ الثَّانِي مَا لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الْحَدِّ الْأَوَّلِ كَيْ لَا يَصِيرَ قَتْلًا وَهُوَ غَيْرُ الْمُسْتَحَقِّ وَلَا تُسْتَرْقُ الْحُرَّةُ الْمُرْتَدَّةُ مَا دَامَتْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَإِنْ لَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ فَحِينَئِذٍ تُسْتَرْقُ إِذَا سُبِيَتْ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي النُّوَادِرِ تُسْتَرْقُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ أَيْضًا

قِيلَ وَلَوْ أَفْتَى بِهِدِهِ لَا بَأْسَ بِهِ فِيمَنْ كَانَتْ ذَاتُ زَوْجٍ حَسَمًا لِقَصْدِهَا السَّيِّئِ بِالرَّدَّةِ مِنْ إِبْثَاتِ الْفُرْقَةِ وَيَنْبَغِي أَنْ يَشْتَرِيَهَا الزَّوْجُ مِنَ الْإِمَامِ لَهُ أَوْ يَهَبَهَا الْإِمَامُ إِذَا كَانَ مُصْرَفًا لَأَنَّهَا صَارَتْ بِالرَّدَّةِ قِيَمًا لِلْمُسْلِمِينَ لَا يَخْتَصُّ بِهَا الزَّوْجُ فَيَمْلِكُهَا وَيَنْفَسِخُ النِّكَاحُ بِالرَّدَّةِ وَحِينَئِذٍ يَتَوَلَّى هُوَ حِسْبَهَا وَضَرْبَهَا عَلَى الْإِسْلَامِ فَيَرْتَدُّ ضَرْرُ قَصْدِهَا عَلَيْهَا قِيلَ وَفِي الْبِلَادِ الَّتِي اسْتَوَلَى عَلَيْهَا التَّتَرُ وَأَجْرُوا أَحْكَامَهُمْ فِيهَا وَقَهَرُوا الْمُسْلِمِينَ كَمَا وَقَعَ فِي خَوَارِزْمَ وَغَيْرِهَا إِذَا اسْتَوَلَى عَلَيْهَا الزَّوْجُ بَعْدَ الرَّدَّةِ مَلَكَهَا لَأَنَّهَا صَارَتْ دَارَ حَرْبٍ فِي الظَّاهِرِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى أَنْ يَشْتَرِيَهَا مِنَ الْإِمَامِ .

وَقَدْ أَفْتَى الدَّبُّوسِيُّ وَبَعْضُ أَهْلِ سَمَرْقَنْدَ بَعْدَ وَفُوعِ الْفُرْقَةِ بِالرَّدَّةِ رَدًّا عَلَيْهَا وَغَيْرُهُمْ مَشَوْا عَلَى الظَّاهِرِ وَلَكِنْ حَكَمُوا بِجَبْرِهَا عَلَى تَجْدِيدِ النِّكَاحِ مَعَ الزَّوْجِ وَتُضْرَبُ خَمْسَةً وَسَبْعِينَ سَوَّطًا وَاحْتَارَهُ قَاضِي خَانَ لِلْفَتَوَى .

فَتَحُّ

قَوْلُهُ وَلَوْ قَتَلَهَا قَاتِلٌ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ إِلَّا

سَوَاءٌ كَانَتْ حُرَّةً أَوْ أَمَةً ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ .

كَيْ

قَوْلُهُ وَالْأَمَةُ يُجْبَرُهَا مَوْلَاهَا لِمَا فِيهِ مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَ الْحَقِيقَيْنِ

بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمُرْتَدِّ لَا فَائِدَةَ فِي دَفْعِهِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ يُقْتَلُ وَلَا يَبْقَى لِيُمْكِنَ اسْتِخْدَامُهُ .

فَتَحُّ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ وَهُوَ حَقُّ الْمَوْلَى مِنَ الْإِسْتِخْدَامِ وَحَقُّ الشَّرْعِ وَهُوَ الْجَبْرُ عَلَى الْإِسْلَامِ .

كَأَكْبَرُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَزُولُ مِلْكُ الْمُرْتَدِّ عَنْ مَالِهِ زَوَالًا مُوقُوفًا فَإِنْ أَسْلَمَ عَادَ مِلْكُهُ وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ وَرِثَ كَسْبُ إِسْلَامِهِ وَارِثُهُ الْمُسْلِمُ بَعْدَ قَضَاءِ دَيْنِ إِسْلَامِهِ وَكَسْبُ رِدَّتِهِ فِيءٌ بَعْدَ قَضَاءِ دَيْنِ رِدَّتِهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَزُولُ مِلْكُهُ لَأَنَّ تَأْثِيرَ الرَّدَّةِ يَظْهَرُ فِي إِبَاحَةِ دَمِهِ لَا فِي زَوَالِ مِلْكِهِ كَالْمَحْكُومِ عَلَيْهِ بِالرَّجْمِ وَالْقَوْدِ وَلِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ فَيَكُونُ كَامِلَ الْأَهْلِيَّةِ وَذَلِكَ بِبَقَاءِ مِلْكِهِ وَلِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الْقِيَامُ بِمَا كَلَّفَ بِهِ إِلَّا بِبَقَاءِ مِلْكِهِ فَيَبْقَى مِلْكُهُ ضَرُورَةً التَّمَكُّينِ وَلَهُ أَنْ الْمِلْكُ عِبَارَةٌ عَنِ الْقُدْرَةِ وَالِاسْتِيْلَاءِ وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ بِاعْتِبَارِ الْعِصْمَةِ وَقَدْ زَالَتْ عِصْمَةُ نَفْسِهِ بِالرَّدَّةِ لَأَنَّهُ يَصِيرُ بِهَا حَرْبِيًّا حَتَّى يُقْتَلَ وَكَذَا عِصْمَةُ مَالِهِ لَأَنَّهُ تَبِعَ لَهَا وَلِأَنَّهُ هَالِكٌ حُكْمًا فَصَارَ كَالْهَالِكِ حَقِيقَةً غَيْرَ أَنَّهُ يُدْعَى إِلَى الْإِسْلَامِ بِالْإِجْبَارِ عَلَيْهِ وَيُرْجَى عَوْدُهُ إِلَيْهِ لَوْ قُوِيَ عَلَيْهِ عَلَى مَحَاسِنِهِ فَلَمْ يَتِمَّ سَبَبُ الزَّوَالِ فَتَوَقَّفْنَا فِي أَمْرِهِ فَإِنْ أَسْلَمَ جُعِلَ كَأَنْ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا فَلَمْ يَعْمَلِ السَّبَبُ عَمَلَهُ فَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ فِي رِدَّتِهِ اسْتَقَرَّ كُفْرُهُ فَعَمِلَ السَّبَبُ عَمَلَهُ وَزَالَ مِلْكُهُ وَانْتَقَلَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي إِسْلَامِهِ إِلَى وَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ وَمَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ فِيءٌ عَمَلًا بِالذَّلِيلِينَ وَعِنْدَهُمَا كِلَاهُمَا لَوَرَّثَتِ الْمُسْلِمِينَ إِنْ فَضَّلَ مِنَ الدِّينِ .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ كِلَاهُمَا فِيءٌ لِّأَنَّ الْمُسْلِمَ لَا يَرِثُ الْكَافِرَ لَا سِيَّمَا الْمُرْتَدُّ فَإِنَّهُ لَا يَرِثُ أَحَدًا فَوَجَبَ أَنْ لَا يَرِثُهُ أَحَدٌ كَالرَّقِيقِ وَهَذَا لِأَنَّ اتِّحَادَ الْمِلَّةِ سَبَبُ الْإِرْثِ وَاخْتِلَافُهَا سَبَبُ الْحَرَمَانِ وَهَذَا لَا يَرِثُهُ مُوَافَقُهُ فَمُخَالَفُهُ أَوْلَى فَإِذَا اتَّفَقَتِ الْوَرَاثَةُ وَهِيَ مَالٌ حَرْبِيٌّ لَا أَمَانٌ لَهُ فَيَكُونُ فَيْئًا لِلْمُسْلِمِينَ وَلَنَا أَنَّهُ كَانَ مُسْلِمًا مَالِكًا لِمَالِهِ فَإِذَا تَمَّ هَلَاكُهُ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ فِي مَالِهِ كَمَا لَوْ مَاتَ مُسْلِمًا وَهَذَا لِأَنَّ الرَّدَّةَ هَلَاكٌ إِلَّا أَنْ تَمَامَهُ بِالْمَوْتِ وَالْقَتْلِ فَإِذَا تَمَّ اسْتِنَادُ التَّوْرِيثِ إِلَى أَوَّلِ الرَّدَّةِ وَقَدْ كَانَ مُسْلِمًا عِنْدَ ذَلِكَ فَيَخْلُفُهُ وَارِثُهُ الْمُسْلِمُ فِيهِ فَيَكُونُ تَوْرِيثًا مِنَ الْمُسْلِمِ إِذِ الْحُكْمُ عِنْدَ تَمَامِ سَبَبِهِ يَثْبُتُ مِنْ أَوَّلِ السَّبَبِ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ إِذَا أُجِيزَ ثَبَتَ الْمِلْكُ فِيهِ مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ حَتَّى يَسْتَحِقَّ الْمَبِيعُ بَرَوَائِدَهُ الْمُتَّصِلَةَ وَالْمُنْفَصِلَةَ وَلَهُمَا أَنْ مِلْكُهُ فِي الْكَسْبَيْنِ بَعْدَ الرَّدَّةِ بَاقٍ لِمَا ذَكَرْنَا فَيَنْتَقِلُ إِلَى وَرَثَتِهِ بِمَوْتِهِ فَيَسْتَنَدُ إِلَى مَا قَبْلَ رَدَّتِهِ فَيَكُونُ تَوْرِيثُ الْمُسْلِمِ مِنَ الْمُسْلِمِ وَيُمْكِنُ اسْتِنَادُ كَسْبِ الرَّدَّةِ إِلَى مَا قَبْلَ الرَّدَّةِ نَظَرًا إِلَى سَبَبِ الْكَسْبِ وَهُوَ نَفْسُهُ فَجَعَلَ كَأَنَّ الْكَسْبَ مَوْجُودًا وَلَهُ أَنْ اسْتِنَادَ التَّوْرِيثِ إِلَى أَوَّلِ الرَّدَّةِ فِي كَسْبِ الْإِسْلَامِ مُمَكِّنٌ لَوْجُودِهِ عِنْدَهَا وَلَا يُمْكِنُ اسْتِنَادُ التَّوْرِيثِ فِي كَسْبِ الرَّدَّةِ لِعَدَمِهِ عِنْدَهَا وَمِنْ شَرْطِ الْاسْتِنَادِ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا عِنْدَهُ فَلَوْ ثَبَتَ فِيهِ حُكْمُ التَّوْرِيثِ لَثَبَتَ مُقْتَصِرًا عَلَى الْحَالِ وَهُوَ كَافِرٌ عِنْدَ الْإِكْتِسَابِ وَالْمُسْلِمُ لَا يَرِثُ الْكَافِرَ .

ثُمَّ اخْتَلَفَتْ الرُّوَايَاتُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِيمَنْ يَرِثُ الْمُرْتَدُّ فَرَوَى الْحَسَنُ عَنْهُ أَنَّهُ يَرِثُهُ مَنْ كَانَ وَارِثًا لَهُ وَقَدْ رَدَّتِهِ وَبَقِيَ كَذَلِكَ إِلَى وَقْتِ مَوْتِهِ أَوْ قَتْلِهِ أَوْ الْقَضَاءِ بِلِحَاقِهِ حَتَّى لَوْ مَاتَ وَارِثُهُ قَبْلَهُ أَوْ حَدَثَ لَهُ وَارِثٌ آخَرُ بَعْدَ ارْتِدَادِهِ بَعَثَ أَوْ إِسْلَامٌ أَوْ غُلُوقٌ حَدَثَ لَا يَرِثُ لِأَنَّ السَّبَبَ لَا يُعْتَبَرُ إِلَّا فِي حَقِّ مَنْ انْعَقَدَ لَهُ وَيَشْتَرِطُ بَقَاؤُهُ إِلَى وَقْتِ تَمَامِ السَّبَبِ لِأَنَّهُ أَوْ أَنَّ الْاسْتِحْقَاقَ بِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْمَوْقُوفِ حَيْثُ يُشْتَرِطُ فِيهِ بَقَاءُ الْمَبِيعِ وَالْمُتَعَاقِدِينَ وَرَوَى أَبُو يُوسُفَ عَنْهُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ وَجُودُهُ وَقْتُ الرَّدَّةِ وَلَا يَبْطُلُ بِمَوْتِهِ أَوْ بِشَيْءٍ آخَرَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُرْتَدِّ لِأَنَّ رَدَّتَهُ فِي حُكْمِ الْمَوْتِ فَلَا تُعْتَبَرُ إِلَّا عِنْدَهَا وَرَوَى مُحَمَّدٌ عَنْهُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا عِنْدَ مَوْتِ الْمُرْتَدِّ أَوْ قَتْلِهِ أَوْ الْقَضَاءِ بِلِحَاقِهِ وَهُوَ الْأَصَحُّ لِأَنَّ الْحَادِثَ بَعْدَ انْعِقَادِ السَّبَبِ قَبْلَ تَمَامِهِ كَالْمَوْجُودِ عِنْدَ ابْتِدَاءِ السَّبَبِ أَلَا تَرَى أَنَّ الزِّيَادَةَ الَّتِي تَحْدُثُ مِنَ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ تُجْعَلُ كَالْمَوْجُودِ عِنْدَ ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ حَتَّى إِذَا قَبِضَهُ مَعَ الْأَصْلِ صَارَ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ وَتَرْتَبُ أَمْرُهُ الْمُسْلِمَةُ إِذَا مَاتَ أَوْ قُتِلَ أَوْ قُضِيَ عَلَيْهِ بِاللِّحَاقِ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ لِأَنَّهُ صَارَ فَارًّا بِالرَّدَّةِ إِذْ الرَّدَّةُ بِمَنْزِلَةِ الْمَرَضِ لِأَنَّهَا سَبَبُ الْمَوْتِ فَيَتَعَلَّقُ حَقُّهَا بِمَالِهِ .

وَيَبْغِي أَنْ يَرِثَ عَلَى رَوَايَةِ أَبِي يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِذَا مَاتَ أَوْ قُتِلَ أَوْ قُضِيَ عَلَيْهِ بِاللِّحَاقِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا أَوْ ارْتَدَّتْ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا لِأَنَّهُ يُشْتَرِطُ أَنْ يَكُونَ وَارِثًا إِلَّا عِنْدَ الرَّدَّةِ فِي تِلْكَ الرُّوَايَةِ فَلَا مَعْنَى لِاشْتِرَاطِ قِيَامِ الْعِدَّةِ عِنْدَ الْمَوْتِ وَالْمُرْتَدَّةَ لَا يَرِثُهَا زَوْجُهَا لِأَنَّهَا لَا تُقْتَلُ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّهُ بِمَالِهَا وَالزَّوْجِيَّةُ قَدْ انْقَطَعَتْ بِالْإِرْتِدَادِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَرِيضَةً فَيَرِثُهَا لِأَنَّ حَقَّه تَعَلَّقَ بِمَالِهَا فِي مَرَضِهَا فَتَصِيرُ فَارَّةً بِالْإِرْتِدَادِ كَتَقْبِيلِهَا ابْنَ الزَّوْجِ أَوْ فَسْخِهَا النِّكَاحَ بِخِيَارِ الْبُلُوغِ وَنَحْوِهِ وَيَرِثُهَا أَقَارِبُهَا حَمِيعَ مَالِهَا حَتَّى الْكَسْبُ فِي رَدَّتِهَا لِأَنَّهُ لَا حِرَابَ مِنْهَا فَلَمْ يُوجَدْ سَبَبُ الْفَيْءِ بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا بَيَّنَّا

الشرح

قَوْلُهُ وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رَدَّتِهِ الْخ

قَالَ الْأَنْصَارِيُّ فَلَوْ قَالَ وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رَدَّتِهِ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ فَحُكِمَ بِلِحَاقِهِ كَانَ أَوْلَى لِأَنَّ حُكْمَ الْحَاكِمِ بِلِحَاقِهِ مِثْلُ مَوْتِهِ وَلِهَذَا صَرَّحَ بِذِكْرِهِ الْكَرْخِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ .

قوله وَعِنْدَهُمَا لَا يَزُولُ مَلِكُهُ الْخ

أَيُّ إِلَّا أَنَّ أَبَا يُوسُفَ جَعَلَ تَصْرُفَهُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ وَجِبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ وَجَعَلَهُ مُحَمَّدٌ بِمَنْزِلَةِ الْمَرِيضِ .

أَثَقَانِي

قوله كَالْمَحْكُومِ عَلَيْهِ بِالرَّجْمِ وَالْقَوْدِ

أَيُّ وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ حُكْمُهُ حُكْمَ مَنْ وَجِبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ فَتُعْتَبَرُ تَبَرُّعَاتُهُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ وَقَالَ مُحَمَّدٌ هُوَ مُعَرَّضٌ لِلتَّلَفِ إِذَا كَانَ لِكُلِّ أَحَدٍ قَتْلُهُ فَلَا ضَمَانَ فَصَارَ حَالُهُ أَنْحَسَ مِنْ حَالِ الْمَرِيضِ فَاعْتَبِرَ تَصْرُفُهُ مِنَ الثَّلَاثِ وَجَوَابُهُ مِنْ جِهَةِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمُرْتَدَّ يَتِمَكَّنُ مِنْ دَفْعِ الْهَلَاكِ عَنْ نَفْسِهِ بِالِإِسْلَامِ بِخِلَافِ الْمَرِيضِ .

أَثَقَانِي قَوْلُهُ فَإِنْ أَسْلَمَ جُعِلَ كَأَنَّ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا (أَيُّ فِي حَقِّ هَذَا الْحُكْمِ .

هَذَايَةُ قَيْدَ بِهِ لِأَنَّ فِي إِجْبَاطِ عَمَلِهِ مِنَ الطَّاعَاتِ كُلِّهَا وَفِي وَقُوعِ الْفُرْقَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ وَفِي فَرَضِيَّةِ تَجْدِيدِ الْإِيمَانِ لَمْ يَكُنْ ارْتِدَادُهُ كَأَنَّ لَمْ يَكُنْ بَلْ حَبَطَ عَمَلُهُ .

كَأَكْبَى وَقَوْلُهُ فِي حَقِّ هَذَا أَيُّ وَهُوَ زَوَالُ الْمَلِكِ

قوله فَلَمْ يَعْمَلِ السَّبَبُ

أَيُّ السَّبَبُ الْمُزِيلُ لِلْمَلِكِ وَهُوَ الرَّدَّةُ .

كَأَكْبَى

قوله فَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ فِي رَدَّتِهِ

أَيُّ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَحُكْمِ بِلِحَاقِهِ لِأَنَّ حُكْمَ الْحَاكِمِ بِاللَّحَاقِ مِثْلُ مَوْتِهِ كَمَا سَيَأْتِي .

قوله وقال الشافعي كنهما فيء

أي وبه قال مالك وأحمد .

كأي

قوله وهذا لأن الردة هلاك

أي موت حكما لا حقيقة ولهذا

تعد امرأة المرتد بثلاث حيض لا بأربعة أشهر وعشر لأن زوجها حي حقيقة

قوله كالبيع بشرط الخيار

أي للمشتري أو للبائع كما يأتي في باب الرجوع عن الشهادة وفي كتابة العبد المشترك .

قوله أو القضاء بلحاظه

قال الأتقاني فلا يرث الوارث إذا ارتد بعد ردة أبيه قبل موته على هذه الرواية .

قوله وروى أبو يوسف عنه أنه يعتبر وجوده وقت الردة

وهذا قول زفر كذا في الشامل قال الكرخي في مختصره من كان من الورثة حرا مسلما يوم ارتد فله الميراث ومن كان من ورثته كافرا أو عبدا يوم ارتد فعق بعد الردة قبل أن يقتل أو أسلم الكافر بعد الردة قبل القتل فلا ميراث له لأنه لم يكن وارثا يوم ارتد ولو كان وارثا المرتد مسلما يوم ارتد فارتد الوارث بعد ردة أبيه قبل أن يقتل أو يموت أو يلحق بدار الحرب أو بعد ذلك قبل أن يحكم بلحاظه فله الميراث لأنه كان وارثا يوم ارتد ولا يعتبر بما حدث بعد ذلك وهذا قول أبي حنيفة واعتمد هو على هذه الرواية حيث لم يذكر لأبي حنيفة قول آخر في مختصره .

قوله ولا يبطل

أي استحفاؤه

قَوْلُهُ فَلَا تُعْتَبَرُ إِلَّا عِنْدَهَا

أَيُّ وَمَنْ مَاتَ مِنَ الْوَرَّةِ بَعْدَ مَوْتِ مُورَثِهِ قَبْلَ قِسْمَةِ الْمِيرَاثِ لَا يَبْطُلُ اسْتِحْقَاقُهُ وَلَكِنْ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ فِيهِ وَهَذَا مِثْلُهُ .

دِرَايَةُ

قَوْلُهُ أَوْ قَتْلُهُ أَوْ الْقَضَاءُ بِلِحَاقِهِ

أَيُّ سَوَاءٌ كَانَ مَوْجُودًا عِنْدَ الرَّدَّةِ أَوْ حَدَثَ بَعْدَهَا .

كَكَيْ

قَوْلُهُ لِأَنَّهُ صَارَ فَارًّا بِالرَّدَّةِ

أَيُّ وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا وَقَتَ الرَّدَّةِ .

(قَوْلُهُ

لِأَنَّهَا سَبَبُ الْمَوْتِ) وَهَذَا يُعَضِّدُ قَوْلَ مُحَمَّدٍ فَإِنَّ عِنْدَهُ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ كَمَا يَنْفُذُ مِنَ الْمَرِيضِ أَمَّا إِذَا كَانَ وَقَتَ الرَّدَّةِ مَرِيضًا فَلَا إِشْكَالَ فِيهِ كَذَا فِي الْفَوَائِدِ الظَّهْرِيَّةِ كَاكَيْ

قَوْلُهُ وَالْمُرْتَدَّةُ لَا يَرِثُهَا

أَيُّ وَالْمَرْأَةُ الْمُرْتَدَّةُ تَرِثُ مِنْ زَوْجِهَا الْمُرْتَدِّ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا وَالرَّجُلُ الْمُسْلِمُ يَرِثُ مِنْ امْرَأَتِهِ الْمُرْتَدَّةِ إِذَا مَاتَتْ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ اسْتِحْسَانًا وَلَا يَرِثُ قِيَاسًا وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَلِزَوْجِ الْمُرْتَدَّةِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُخْتِهَا وَأَرْبَعٍ سِوَاهَا إِذَا لَحِقَتْ بِالذَّارِ كَأَنَّهَا مَاتَتْ فَإِنْ خَرَجَتْ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ بَعْدَ ذَلِكَ مُسْلِمَةً لَا يَفْسُدُ نِكَاحُ أُخْتِهَا وَإِذَا ارْتَدَّتْ الْمُعْتَدَّةُ وَلَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ وَقَضَى الْقَاضِي بِلِحَاقِهَا بَطَلَتْ عِدَّتُهَا لِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ وَانْقِطَاعِ الْعِصْمَةِ كَأَنَّهَا مَاتَتْ فَإِنْ رَجَعَتْ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَيْنَا مُسْلِمَةً قَبْلَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْعِدَّةِ أَوْ الْحَيْضِ قَالَ أَبُو يُوسُفَ لَا تَعُودُ مُعْتَدَّةٌ وَقَالَ مُحَمَّدٌ تَعُودُ مُعْتَدَّةٌ كَمَا كَانَتْ .

قَاضِي خَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ .

وَكُتِبَ مَا نُصِّهُ تَحْقِيقُهُ أَنَّ عِصْمَةَ الْمَالِ تَابِعَةٌ لِعِصْمَةِ النَّفْسِ ثُبُوتًا وَسُقُوطًا فَبَارْتِدَادِ الرَّجُلِ تَسْقُطُ عِصْمَةُ النَّفْسِ لِكَوْنِهِ حَرْبًا عَلَيْنَا فَيُقْتَلُ وَتَسْقُطُ عِصْمَةُ الْمَالِ أَيْضًا تَبَعًا لَهَا فَيَكُونُ كَسَبِ الْبَارْتِدَادِ أَيْضًا فَيُنَاقِضُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَمَالَ حَرْبِيٍّ مَقْهُورٍ فِي أَيْدِينَا أَمَّا ارْتِدَادُ الْمَرْأَةِ فَلَا تَسْقُطُ بِهِ عِصْمَةُ النَّفْسِ لِأَنَّهَا لَا تُقْتَلُ لِعَدَمِ الْحِرَابِ فَلَا تَسْقُطُ عِصْمَةُ الْمَالِ أَيْضًا لِأَنَّ كَسْبَهَا فِي الرَّدَّةِ مِيرَاثٌ بَيْنَ وَرَثَتِهَا الْمُسْلِمِينَ كَكَسْبِهَا فِي الْإِسْلَامِ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ لَا حِرَابَ مِنْهَا

مَعْنَى هَذَا أَنَّ عِصْمَةَ الْمَالِ تَبَعٌ لِعِصْمَةِ النَّفْسِ فَبِالرَّدَّةِ لَا تَزُولُ عِصْمَةُ نَفْسِهَا حَتَّى لَا

تُقْتَلُ فَكَذَا لَا تَزُولُ عِصْمَةُ مَالِهَا فَكَانَ الْكَسْبَانِ مِلْكُهَا فَيَكُونُ مِيرَاثًا لَوَرَثَتِهَا بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَإِنْ كَسَبَهُ فِي الرَّدَّةِ فِيءٌ لِكَوْنِهِ مُحَارَبًا فِي الْحَالِ أَوْ فِي الْمَالِ بِاللَّحَاقِ .

كَأَكْبَرُ فَرَعٌ قَالَ قَاضِي خَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَا يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُ بَعْدَ مَا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا ثُمَّ أَخَذَهُ الْمُسْلِمُونَ أُسِيرًا وَيَجُوزُ اسْتِرْقَاقُ الْمُرْتَدَّةِ بَعْدَ مَا لَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ حَكَمَ بِلِحَاقِهِ عَتَقَ مُدْبِرُهُ وَأُمُّ وَلَدِهِ وَحَلَّ دِينُهُ) لِأَنَّهُ بِاللَّحَاقِ صَارَ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ وَهُمْ أَمْوَاتٌ فِي حَقِّ أَحْكَامِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ لِانْقِطَاعِ وَلَايَةِ الْإِلْزَامِ كَمَا انْقَطَعَتْ عَنِ الْمَوْتِ فَصَارَ كَالْمَوْتِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَسْتَقِرُّ لِحَاقُهُ إِلَّا بِحُكْمِ الْحَاكِمِ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَعُودَ إِلَيْنَا فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَضَاءِ وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لَا تَخْتَلِفُ الدَّارُ عِنْدَهُ إِذِ الدُّنْيَا كُلُّهَا دَارٌ وَاحِدَةٌ وَنَحْنُ قَدْ بَيَّنَّا الْمَعْنَى فِيهِ فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ مَوْتُ ثَبَتَتْ أَحْكَامُ الْمَوْتِ مِنْ عَتَقِ الْمُدْبِرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ وَحُلُولِ الدِّينِ الَّذِي عَلَيْهِ يُقْضَى كُلُّ دَيْنٍ مِنَ الْكَسْبِ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ مِنَ الرَّدَّةِ وَالْإِسْلَامِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِالسَّبَبَيْنِ مُخْتَلَفٌ وَحُصُولُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْكَسْبَيْنِ بِاعْتِبَارِ سَبَبِهِ الَّذِي وَجَبَ فِيهِ الدِّينُ يُقْضَى كُلُّ دَيْنٍ مِنَ الْكَسْبِ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ لِيَكُونَ الْغَرْمُ بِالْغَنَمِ هَذِهِ رَوَايَةُ أَبِي حَنِيفَةَ وَعَنْهُ أَنَّهُ يَبْدَأُ بِكَسْبِ الْإِسْلَامِ فِي قَضَاءِ الدَّيْنَيْنِ فَإِنْ لَمْ يَفِ بِذَلِكَ يُقْضَى مِنَ كَسْبِ الرَّدَّةِ لِأَنَّ كَسْبَ الْإِسْلَامِ مِلْكُهُ حَتَّى يَخْلُفَهُ الْوَارِثُ فِيهِ وَمِنْ شَرْطِ هَذِهِ الْخِلَافَةِ الْفَرَاغُ عَنْ حَقِّ الْمَيِّتِ فَيَقْدَمُ الدِّينُ عَلَيْهِ أَمَّا كَسْبُ الرَّدَّةِ فَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ لِبُطْلَانِ أَهْلِيَّةِ الْمَلِكِ بِالرَّدَّةِ عِنْدَهُ فَلَا يُقْضَى دَيْنُهُ مِنْهُ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ قَضَاؤُهُ مِنْ مَحَلٍّ آخَرَ فَحِينَئِذٍ يُقْضَى دَيْنُهُ بِهِ كَالَّذِي إِذَا مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ يَكُونُ مَالُهُ لِحِمَاةِ الْمُسْلِمِينَ وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُقْضَى مِنْهُ .

كَذَا هَذَا وَعَنْهُ أَنَّهُ يَبْدَأُ بِكَسْبِ الرَّدَّةِ فَإِنْ لَمْ يَفِ بِذَلِكَ يُقْضَى مِنَ كَسْبِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ كَسْبَ الْإِسْلَامِ حَقُّ الْوَرِثَةِ وَكَسْبُ الرَّدَّةِ خَالِصٌ حَقٌّ فَكَانَ قَضَاءُ

الدَّيْنِ مِنْهُ أَوَّلَى إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ بَأَنْ لَمْ يَفِ بِهِ فَحِينَئِذٍ يُقْضَى مِنَ كَسْبِ الْإِسْلَامِ تَقْدِيمًا لِحَقِّهِ وَعِنْدَهُمَا تُقْضَى دُيُونُهُ مِنْهُمَا لِأَنَّ الْكُلَّ مِلْكُهُ حَتَّى يَجْرِيَ الْإِرْثُ فِيهِمَا وَيُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا عِنْدَ لِحَاقِهِ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ اللَّحَاقَ هُوَ السَّبَبُ وَالْقَضَاءُ لَتَقَرُّهُ لِقَطْعِ الْإِحْتِمَالِ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يُعْتَبَرُ وَقْتُ الْقَضَاءِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَوْتًا بِالْقَضَاءِ وَالْمُرْتَدَّةُ إِذَا لَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ فَهِيَ عَلَى هَذَا لَمَّا ذَكَرْنَا وَبَطَلَتْ عَنْهَا الْعِدَّةُ لِأَنَّهَا صَارَتْ كَالْمَوْتِ وَلَا عِدَّةَ عَلَى الْأَمْوَاتِ وَلِزَوَّجِهَا أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا وَأَرْبَعًا سِوَاهَا مِنْ سَاعَتِهِ لِإِعْدَامِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا كَالْمَيِّتَةِ وَإِنْ عَادَتْ مُسْلِمَةً أَوْ سُبَيْتَ لَمْ يُنْقَضْ نِكَاحُ الْأُخْتِ وَالْأَرْبَعِ لِأَنَّ نِكَاحَهَا لَا يَعُودُ وَلَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ مِنْ سَاعَتِهَا لِإِعْدَمِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا وَلَوْ وَلَدَتْ فِي دَارِ الْحَرْبِ لَأَقْلَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الرَّدَّةِ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنَ الزَّوْجِ وَإِنْ كَانَ لَأَكْثَرَ لَا يَثْبُتُ وَيُسْتَرْقُ الْوَلَدُ تَبَعًا لَهَا وَكَذَا يُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ لَمَّا قُلْنَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَوَقَّفْ مُبَايَعَتَهُ وَعَتَقَهُ وَهَبْتَهُ فَإِنْ أَمِنَ نَفَذَ وَإِنْ هَلَكَ بَطَلَ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ فِي الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّ صِحَّةَ التَّصَرُّفِ تَعْتَمِدُ الْأَهْلِيَّةَ وَهِيَ ثَبَتَتْ بِالْخَطَابِ وَهُوَ بِالْعَقْلِ وَنَفَاذُ التَّصَرُّفِ يَعْتَمِدُ الْمِلْكَ وَهُوَ ثَابِتٌ وَلَوْ زَالَ الْمِلْكُ لَزَالَ إِلَى وَرَثَتِهِ وَلَمْ يَقُلْ بِهِ أَحَدٌ وَلِهَذَا لَا تَنْفَذُ تَصَرُّفَاتُهُمْ فِي مَالِهِ .

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ بَعْدَ الرَّدَّةِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا مِنْ امْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ أَوْ أَمَةٍ مُسْلِمَةٍ يَرِثُهُ وَلَوْ مَاتَ وَلَدُهُ قَبْلَ حُكْمِ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ لَا يَرِثُهُ فَدَلَّ عَلَى قِيَامِ مِلْكِهِ فَيَصِحُّ

تَصَرُّفُهُ وَنَنْفَذُ ثُمَّ اخْتَلَفَا فِيمَا بَيْنَهُمَا فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَصِحُّ مِثْلُ مَا يَصِحُّ مِنَ الصَّحِيحِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَوْدُهُ إِلَى الْإِسْلَامِ إِذِ الشُّبْهَةُ تَرَاخُ فَلَا يُقْتَلُ فَصَارَ كَالْمُرْتَدَّةِ وَلَا يُجْعَلُ كَالْمُشْرَفِ عَلَى الْهَلَاكِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَصِحُّ كَمَا يَصِحُّ مِنَ الْمَرِيضِ لِأَنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِلَى الْإِسْلَامِ ظَاهِرًا فَيُقْتَلُ لِأَنَّ مَنْ اتَّحَلَ إِلَى نَحْلَةٍ قَلَّ مَا يَتْرُكُهُ لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ مُعْرِضًا عَمَّا نَشَأَ فِيهِ فَيُقْضَى إِلَى الْقَتْلِ ظَاهِرًا بِخِلَافِ الْمُرْتَدَّةِ لِأَنَّهَا لَا تُقْتَلُ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ حَرْبِيٌّ مُقَهَّورٌ فِي أَيْدِينَا حَتَّى يُقْتَلَ وَكَوْنُهُ حَرْبِيًّا مُقَهَّورًا سَبَبُ لَزْوَالِ مِلْكِهِ وَمَالِكِيَّتِهِ وَبُطْلَانِ تَصَرُّفَاتِهِ غَيْرَ أَنَّ الْإِسْلَامَ مَرْجُوٌّ

مِنْهُ لِبَقَاءِ الْإِجْبَارِ عَلَى الْإِسْلَامِ فَقُلْنَا بِتَوْقِفِ تَصَرُّفَاتِهِ لِنَرُدُّ حَالَهُ بَيْنَ الْقَتْلِ وَالْإِسْلَامِ بِخِلَافِ حَرْبِي دَخَلَ دَارَنَا بِغَيْرِ أَمَانٍ لَأَنَّهُ صَارَ فِينَا بِدُخُولِهِ دَارَنَا بِغَيْرِ أَمَانٍ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُهُ مَنْ أَخَذَهُ بَلْ يَرُدُّهُ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ لَأَنَّهُ كَمَا دَخَلَ دَارَنَا وَقَعَ فِي أَيْدِي الْمُسْلِمِينَ لَأَنَّ لَهُمْ يَدًا فِي الدَّارِ فَيَرُدُّهُ إِلَى مَالِهِمْ أَيْ الْمُسْلِمِينَ وَبِخِلَافِ الْمَقْضِيِّ عَلَيْهِ بِالْقَوْدِ وَالرَّجْمِ لَأَنَّ الْقَتْلَ لَمْ يَجِبْ هُنَاكَ لِزَوَالِ سَبَبِ الْعَصْمَةِ . وَلِهَذَا لَوْ قُتِلَ قَاتِلٌ غَيْرُ مَنْ لَهُ الْقَتْلُ يَجِبُ فِيهِ الْقِصَاصُ وَإِنَّمَا هُوَ جَزَاءٌ عَلَى الْجَنَايَةِ فَلَمْ يُوجِبْ خَلًّا فِيهِ وَبِخِلَافِ الْمُرْتَدَّةِ لَأَنَّهَا لَا تُقْتَلُ فَلَمْ يَثْبُتْ لَهَا حُكْمُ أَهْلِ الْحَرْبِ حَتَّى تَلْتَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ فَتَصِيرُ حَرْبِيَّةً حِينَئِذٍ نُمِ اعْلَمُ أَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ نَافِذٌ بِالتَّفَاقِ كَالِاسْتِيلَادِ وَالطَّلَاقِ وَقَبُولِ الْهَبَةِ وَتَسْلِيمِ الشُّفْعَةِ وَالْحَجْرِ عَلَى عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ لَأَنَّهَا تَسْتَدْعِي الْوِلَايَةَ وَلَا تَعْتَمِدُ حَقِيقَةَ الْمَلِكِ حَتَّى صَحَّتْ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ مِنَ الْعَبْدِ مَعَ قُصُورِ وَلَايَتِهِ وَبَاطِلٌ بِالتَّفَاقِ كَالنِّكَاحِ وَالذَّبِيحَةِ وَالْإِرْثِ لَأَنَّهَا تَعْتَمِدُ الْمِلَّةَ وَلَا مِلَّةَ لَهُ وَمَوْقُوفٌ بِالتَّفَاقِ كَالْمُفَاوَضَةِ وَالتَّصَرُّفِ عَلَى وَلَدِهِ الصَّغِيرِ وَمَالٍ وَلَدِهِ لَأَنَّهَا تَعْتَمِدُ الْمُسَاوَاةَ وَلَا مُسَاوَاةَ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْمُرْتَدِّ مَا لَمْ يُسَلِّمْ وَمُخْتَلِفٌ فِي تَوْقِفِهِ وَهُوَ مَا بَيَّنَّاهُ بِدَلِيلِهِ

الشرح

قوله في المتن وتوقف مبايعته وعثفه وهبته

أَيَّ وَكِتَابَتِهِ وَقَبْضُ الدُّيُونِ وَالْإِجَارَةِ وَالْوَصِيَّةِ .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله لَأَنَّهَا لَا تُقْتَلُ

أَيَّ فَلِهَذَا كَانَتْ عُقُودُ الْمُرْتَدَّةِ كُلِّهَا جَائِزَةً إِلَّا مُفَاوَضَتُهَا فَإِنَّهَا مَوْقُوفَةٌ إِنْ أَسْلَمَتْ صَحَّتْ وَإِلَّا صَارَتْ عَنَّا كَمَا قَالَا فِي الْمُرْتَدِّ كَذَا قَالَ الْإِمَامُ الْإِسْبِيحَابِيُّ .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ (فَرَعُ) أَجْمَعَ أَصْحَابُنَا عَلَى أَنَّ الرَّدَّةَ تُبْطِلُ عِصْمَةَ النِّكَاحِ وَتَقَعُ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا بِنَفْسِ الرَّدَّةِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا تَقَعُ الْفُرْقَةُ إِلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي .

قَاضِي حَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ فَيَرُدُّهُ إِلَى مَالِهِمْ أَيْ الْمُسْلِمِينَ (كَذَا مِنْ خَطِّ الشَّارِحِ

قوله وبخلاف المقضي عليه بالقود والرجم إلخ

أَخَذَهُ مِنَ النَّهْيَةِ فَرَأَجَعَهَا .

قَوْلُهُ وَلِهَذَا لَوْ قَتَلَهُ قَاتِلٌ غَيْرُ مَنْ لَهُ الْقَتْلُ يَجِبُ فِيهِ الْقَصَاصُ

أَيُّ يَجِبُ الْقَصَاصُ لَوْلِي الْقَاتِلِ عَلَى قَاتِلِ الْقَاتِلِ إِذَا كَانَ قَتَلَهُ عَمْدًا وَلَا يَجِبُ عَلَى قَاتِلِ الْقَاتِلِ شَيْءٌ مِنَ الدِّيَةِ لَوْلِي الْمَقْتُولِ الْأَوَّلِ كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ فِي الْمَنَارِ بِقَوْلِهِ وَالْقَصَاصُ لَا يُضْمَنُ بِقَتْلِ الْقَاتِلِ وَأَنْظُرْ مَا كَتَبْتَهُ فِي الْجَنَائِزِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ أَيُّ بَعِيرٍ إِذْنِهِ .

نَهَايَةٌ .

ذَكَرَ الشَّارِحُ فِي الْحُدُودِ قُبَيْلَ بَابِ الشَّهَادَةِ عَلَى الرِّثَا أَنَّ حُقُوقَ الْعِبَادِ كَالْقَصَاصِ وَالْأَمْوَالِ حَقُّ السَّيْفَاءِ فِيهَا لِمَنْ لَهُ الْحَقُّ وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَضَاءُ بَلْ لَوْ اسْتَوْفَاهُ صَاحِبُهُ جَازَ وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَى الْإِمَامِ لِيَمَكِّنَهُ مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَيْهِ بِالْمَنْعَةِ وَالْإِمَامُ فِيهِ كَعِيره حَتَّى لَوْ اسْتَوْفَاهُ صَاحِبُهُ مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ حَازَ لَهُ ذَلِكَ وَبِهِ يَنْدَفِعُ مَا عَسَى أَنْ يُقَالَ كَيْفَ يُقْتَلُ قَاتِلُ الْقَاتِلِ وَقَدْ قَضَى بِقَتْلِهِ وَوَجْهَ الدَّفْعِ أَنْ يُقَالَ الْقَضَاءُ فِي هَذَا إِنَّمَا هُوَ إِعَانَةٌ لِمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَصَاصُ وَلَمْ يُثَبِّتِ الْقَضَاءُ لَهُ حَقًّا لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا بَلْ حَقُّهُ كَانَ ثَابِتًا قَبْلَ الْقَضَاءِ وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ هَذَا مَا ظَهَرَ لِي وَاللَّهُ الْمُوفِّقُ .

قَوْلُهُ كَالِاسْتِيلَادِ وَالطَّلَاقِ

فَإِنْ قُلْتَ كَيْفَ نَفَذَ طَلَاقُ الْمُرْتَدِّ وَبِمَجَرَّدِ الرَّدَّةِ تَبَيَّنَ الْمَرْأَةُ قُلْتَ هَذَا لَيْسَ بِمُتَمَتِّعٍ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُسْلِمَ إِذَا أَبَانَ أَمْرًا ثُمَّ طَلَّقَهَا فِي عِدَّتِهَا جَازَ فَكَذَا هَذَا وَالِدَّلِيلُ عَلَى هَذَا أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا وَكَّلَ وَكِيلًا عَلَى طَلَاقِ امْرَأَتِهِ فَأَرْتَدَّ الزَّوْجُ أَوْ ارْتَدَّتْ فَطَلَّاقُ الْوَكِيلِ يَقَعُ عَلَيْهَا مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ وَالْمَسْأَلَةُ مَنْصُوصَةٌ فِي شَرْحِ الْكَافِي وَسُنَنِهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فِي آخِرِ كِتَابِ الْوَكَالَةِ وَيُمْكِنُ أَنْ لَا تَقَعَ الْبَيِّنُونَةُ أَيْضًا بِالرَّدَّةِ كَمَا إِذَا ارْتَدَّ الزَّوْجَانِ مَعًا ثُمَّ طَلَّقَهَا بَعْدَ الرَّدَّةِ فَلَا يَرُدُّ السُّؤَالَ أَصْلًا .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ وَلَا مُسَاوَاةَ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْمُرْتَدِّ مَا لَمْ يُسْلَمِ

أَيُّ إِلَّا أَنْ عِنْدَهُمَا إِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ صَارَتْ عَنَّا كَذَا فِي شَرْحِ الطُّحَاوِيِّ .

أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ عَادَ مُسْلِمًا بَعْدَ الْحُكْمِ بِلَحَاقِهِ فَمَا وَجَدَهُ فِي يَدِ وَارِثِهِ أَخَذَهُ وَإِلَّا لَا) أَيُّ إِنْ لَمْ يَجِدْهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضْمَنَهُ بَعْدَ مَا تَصَرَّفَ فِيهِ الْوَارِثُ وَإِنَّمَا يَأْخُذُ عَيْنَ مَالِهِ لِأَنَّ الْوَارِثَ كَانَ خَلْفَهُ لَاسْتِعْنَائِهِ عَنْهُ فَإِذَا عَادَ فَظَهَرَتْ حَاجَتُهُ وَبَطَلَ حُكْمُ الْخَلْفِ وَلَوْ عَادَ بَعْدَ الْمَوْتِ الْحَقِيقِيِّ كَانَ حُكْمُهُ كَذَلِكَ ثُمَّ إِنَّمَا يَعُودُ إِلَى مِلْكِهِ بِقَضَاءٍ أَوْ بَرِضًا مِنَ الْوَارِثِ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ بِحُكْمٍ شَرْعِيٍّ فَلَا يَخْرُجُ عَنْ مِلْكِهِ إِلَّا بِطَرِيقِهِ وَلِهَذَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُضْمَنَهُ بَعْدَ مَا أَخْرَجَهُ عَنْ مِلْكِهِ أَوْ أَتْلَفَهُ وَلَا سَبِيلَ لَهُ عَلَى أُمَّهَاتٍ أَوْلَادِهِ وَمُدَبِّرِيهِ لِأَنَّ الْقَاضِيَ قَضَى بِعَقْبَتِهِنَّ عَنْ وَلَايَةِ شَرْعِيَّةٍ فَلَا يُمَكِّنُ نَقْضَهُ وَلَوْ جَاءَ مُسْلِمًا قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَ الْقَاضِيَ بِذَلِكَ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا وَمُدَبِّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ عَلَى مِلْكِهِ وَنَظِيرُهُ الْعَبْدُ الْمَبِيعُ إِذَا أَبَقَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَإِنْ عَادَ بَعْدَ الْقَضَاءِ بِالْفَسْخِ لَا يَبْطُلُ الْقَضَاءُ وَتَمَّ الْفَسْخُ وَإِنْ عَادَ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِهِ فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ عَلَى حَالِهِ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَأْبُقْ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ وَلَدَتْ أُمُّهُ لَهُ نَصْرَانِيَّةٌ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ ارْتَدَّ فَادْعَاهُ فِيهِ أُمُّ وَلَدِهِ وَهُوَ ابْنُهُ حُرٌّ وَلَا يَرِثُهُ ، وَلَوْ مُسْلِمَةً وَرِثَهُ الْإِبْنُ إِنْ مَاتَ عَلَى الرَّدَّةِ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ) أَمَّا صِحَّةُ الْإِسْتِيلَادِ فَلَمَّا بَيَّنَّا وَأَمَّا امْتِنَاعُ الْإِرْثِ مَعَ ثُبُوتِ نَسَبِهِ مِنْهُ فَلِأَنَّ الْأُمَّ إِذَا كَانَتْ نَصْرَانِيَّةً يَكُونُ الْوَلَدُ مُرْتَدًّا تَبَعًا لِأَبِيهِ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى الْإِسْلَامِ مِنْهَا لِكَوْنِهِ يُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ دُونَهَا وَالْمُرْتَدُّ لَا يَرِثُ أَحَدًا وَهَذَا فَائِدَةٌ تَقْيِيدُهُ بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ وَبِكَوْنِهَا نَصْرَانِيَّةً لِأَنَّهُ لَوْ وَلَدَتْهُ لَأَقْلَمَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ أَوْ كَانَتْ أُمُّهُ مُسْلِمَةً يَرِثُ أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَتَقْيِينَا بِوُجُودِهِ فِي الْبُطْنِ قَبْلَ الرَّدَّةِ فَيَكُونُ مُسْلِمًا تَبَعًا لِلْأَبِ بِخِلَافِ مَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لِأَنَّا لَمْ نَتَقَيَّنْ بِوُجُودِهِ عِنْدَ الرَّدَّةِ حَتَّى يَكُونُ مُسْلِمًا تَبَعًا لَهُ وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ تَبَعًا لِلدَّارِ حَتَّى يَكُونُ مُسْلِمًا لِأَنَّ تَبَعِيَّةَ الدَّارِ لَا تَظْهَرُ مَعَ الْأَبَوَيْنِ بِخِلَافِ الْوَلَدِ الصَّغِيرِ إِذَا ارْتَدَّ أَبَوَاهُ حَيْثُ يُجْعَلُ مُسْلِمًا تَبَعًا لِلدَّارِ مَا لَمْ يَلْحَقْ بِهِ دَارَ الْحَرْبِ لِأَنَّهُ ثَبِتَ لَهُ حُكْمُ الْإِسْلَامِ قَبْلَ رَدَّتِهِمَا فَيَنْقُصُ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ مَا لَمْ يَلْحَقْ بِهِ دَارَ الْحَرْبِ بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ حُكْمُ الْإِسْلَامِ وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا كَانَتْ أُمُّهُ مُسْلِمَةً فَالْوَلَدُ مُسْلِمٌ تَبَعًا لَهَا إِذْ هِيَ خَيْرُهُمَا دِينًا وَالْمُسْلِمُ يَرِثُ الْمُرْتَدَّ وَلَكِنْ لَا يُتَصَوَّرُ هَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا فِي الرَّوَايَةِ الَّتِي رَوَاهَا عَنْهُ مُحَمَّدٌ فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا فِيهَا وَقَتَ الْمَوْتِ أَوْ الْقَتْلِ أَوْ الْقَضَاءِ بِاللَّحَاقِ وَأَمَّا عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ الْأُخْرَيَيْنِ فَلَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَرِثَ لِعَدَمِ كَوْنِهِ وَارِثًا عِنْدَ الرَّدَّةِ

الشرح

قوله ولا يرثه

أي لو مات المرتد أو قُتِلَ لا يرثه هذا الولد .

قوله أما صحة الاستيلاء فلما بيّنّا

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّ دَعْوَاهُ الْوَلَدَ صَحِيحَةٌ عَلَى قَوْلِهِمَا بَلَا إِشْكَالٍ لِأَنَّ عُقُودَ الْمُرْتَدِّ عِنْدَهُمَا جَائِزَةٌ فَكَذَلِكَ دَعْوَتُهُ أَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ فَإِنَّهُ جَعَلَ عُقُودَهُ مَوْقُوفَةً لَكِنْ جَعَلَ دَعْوَتَهُ صَحِيحَةً لِأَنَّ الْإِسْتِيلَادَ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى حَقِيقَةِ الْمَلِكِ بَلْ يَثْبُتُ بِتَأْوِيلِ الْمَلِكِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَبْدَ الْمَادُونِ إِذَا ادَّعَى النَّسَبَ مِنَ الْجَارِيَةِ الَّتِي مِنْ تِجَارَتِهِ جَازَ وَكَذَلِكَ الْأَبُ إِذَا ادَّعَى وَلَدَ جَارِيَةِ ابْنِهِ يَثْبُتُ النَّسَبُ وَتَأْوِيلُ الْمُرْتَدِّ أَكْثَرُ مِنْ تَأْوِيلِهَا فَإِذَا ثَبِتَ النَّسَبُ يَثْبُتُ التَّفْرِيعُ الْمَذْكُورُ فِي إِرْثِهِ وَعَدَمِهِ .

(فَرَعٌ) قَالَ السَّرْحَسِيُّ فِي مَبْسُوطِهِ أَوْلَادُ أَهْلِ الذِّمَّةِ لَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِمْ إِذَا مَاتَ آبَاؤُهُمْ لِأَنَّ الْمَوْتَ لَا يَقْطَعُ الْعِصْمَةَ وَقَالَ فِي الْبَدَائِعِ وَلَا تَنْقَطِعُ تَبَعِيَّةُ الْأَبَوَيْنِ بِمَوْتِهِمَا لِأَنَّ بَقَاءَ الْأَصْلِ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِبَقَاءِ الْحُكْمِ فِي التَّبَعِ وَهَكَذَا قَالَ فِي الْمُحِيطِ وَقَاضِي خَانَ .

قوله إذا كانت نصرانية

أَيُّ أَوْ يَهُودِيَّةٍ .

أَتَقَانِي

قوله تبعاً لأبيه

أَيُّ لَا لَأُمِّهِ .

أَتَقَانِي قَوْلُهُ لَا يَرِثُ أَحَدًا (أَيُّ لَا مِنْ الْمُرْتَدِّ وَلَا مِنْ الْمُسْلِمِ .

أَتَقَانِي

قوله فيكون مسلماً تبعاً للأب

أَيُّ وَالْمُسْلِمِ يَرِثُ الْمُرْتَدَّ .

قوله لأن تبعية الدار لنا تظهر مع الأبوين

يَعْنِي أَنَّ تَبَعِيَّةَ الدَّارِ لَا تَظْهَرُ إِلَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُ أَحَدُ أَبَوَيْهِ أَمَّا إِذَا كَانَ فَلَا وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ فِي بَابِ الْجَنَائِزِ .

قوله حيث يجعل مسلماً تبعاً للدار

أَيُّ وَلَا يُعْتَبَرُ مُرْتَدًّا تَبَعًا لَهُمَا .

(قوله

فَيَقَى عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ) أَيُّ يَقَى عَلَى إِسْلَامِهِ بِتَبَعِيَّةِ الدَّارِ وَقَدْ قَالَ الْأَتَقَانِي فَإِنْ قُلْتُ هَذَا يُتَّفَضُّ بِمَا إِذَا ارْتَدَّ الْأَبَوَانِ الْمُسْلِمَانِ وَلَهُمَا وَلَدٌ طِفْلٌ وَلَدَ قَبْلَ رَدِّهِمَا فَإِنَّهُ يَقَى مُسْلِمًا تَبَعًا لِلدَّارِ وَلَا يُعْتَبَرُ مُرْتَدًّا تَبَعًا لَهُمَا قُلْتُ لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ يَقَى مُسْلِمًا تَبَعًا لِلدَّارِ بَلْ هُوَ كَانَ مُسْلِمًا تَبَعًا لِأَبَوَيْهِ فَيَقَى عَلَى مَا كَانَ بَعْدَ رَدِّهِمَا وَهُوَ يُؤَيِّدُ مَا قُلْنَاهُ .

قوله فإنه لم يثبت له حكم الإسلام

أَيُّ أَصْلًا فَجَعَلَ تَبَعًا لِأَبِيهِ الْمُرْتَدِّ لِقُرْبِهِ إِلَى الْإِسْلَامِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ لِحَقِّ الْمُرْتَدِّ بِمَالِهِ فَظَهَرَ عَلَيْهِ فَهُوَ فِيْءٌ) يَعْنِي لَيْسَ لَوَرَثَتِهِ عَلَيْهِ سَبِيلٌ لِأَنَّ مِلْكَهُمْ فِيهِ غَيْرُ ثَابِتٍ حَيْثُ أُلْحِقَهُ مَعَهُ ابْتِدَاءً فَسَقَطَتْ عَصَمَتُهُ بِاللِّحَاقِ وَكَذَا عَصَمَةُ مَالِهِ لِأَنَّهُ تَبَعَ لِلنَّفْسِ فَيَكُونُ مَالُهُ فَيْئًا إِذَا وَقَعَ فِي الْغَنِيمَةِ لَا سَبِيلَ لَوَرَثَتِهِ فِيهِ وَكَذَا إِنْ أَخْرَجَهُ تَاجِرٌ لَمَّا ذَكَرْنَا بِخِلَافِ نَفْسِهِ حَيْثُ لَا تَكُونُ فَيْئًا لِأَنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يُسْتَرَقُّ عَلَى مَا بَيْنَا مِنْ قَبْلُ

الشرح

قوله في المثن فهو فيء

أَيُّ لَأَنَّهُ مَالٌ حَرْبِيٌّ فَيَكُونُ حُكْمُهُ كَسَائِرِ أَمْوَالِ أَهْلِ الْحَرْبِ وَلَا حَقَّ لِلْوَرَثَةِ فِيهِ لِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ فَإِنْ قُلْتَ الْمَالُ تَابِعٌ لِلنَّفْسِ وَنَفْسُ الْمُرْتَدِّ لَا يَكُونُ فَيْئًا فَيَتَّبِعِي أَنْ يَكُونَ الْمَالُ الَّذِي فِي يَدِهِ كَذَلِكَ قُلْتَ لَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ جَرَيَانِ الْفَيْءِ عَلَى النَّفْسِ عَدَمُ جَرَيَانِ الْفَيْءِ عَلَى الْمَالِ وَلِهَذَا لَا يَجْرِي الْفَيْءُ عَلَى مُشْرِكِي الْعَرَبِ وَيَجْرِي الْفَيْءُ عَلَى أَمْوَالِهِمْ وَنِسَائِهِمْ وَأَوْلَادِهِمْ فَكَذَا الْمُرْتَدُّ .

أثقاني

قوله لأن المرتد لا يسترق

أَيُّ بِخِلَافِ الْمُرْتَدَّةِ عَلَى مَا سَيَأْتِي فِي قَوْلِهِ وَلَوْ ارْتَدَّ الزَّوْجَانِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ رَجَعَ وَذَهَبَ بِمَالِهِ وَظَهَرَ عَلَيْهِ فَلَوَارِثِهِ) يَعْنِي لَوَارِثَتِهِ أَخَذَهُ لِأَنَّهُ لَمَّا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مَلَكَتْهُ الْوَرَثَةُ فَلِلْمَالِكِ الْقَدِيمِ أَنْ يَأْخُذَ مَالَهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَبَعْدَهَا أَوْ مِنَ التَّاجِرِ بِالْعَوَضِ عَلَى مَا بَيْنَا وَمُرَادُهُ إِذَا رَجَعَ بَعْدَ حُكْمِ الْحَاكِمِ بِلِحَاقِهِ وَأَمَّا إِذَا رَجَعَ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهِ وَأَخَذَ مَالَهُ وَلَحِقَ ثَانِيًا فَلَا سَبِيلَ لَوَرَثَتِهِ عَلَى ذَلِكَ الْمَالِ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَمْلِكُوهُ قَبْلَ حُكْمِ الْحَاكِمِ بِلِحَاقِهِ عَلَى مَا بَيْنَا غَيْرَ مَرَّةٍ وَقَالَ فِي النَّهَائَةِ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ وَهُوَ جَوَابُ هَذَا الْكِتَابِ يَعْنِي الْهَدَايَةَ يَرُدُّ عَلَى الْوَرَثَةِ أَيْضًا لِأَنَّهُ مَتَى لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَعُودُ فَكَانَ مِثْلًا ظَاهِرًا وَهَذَا مُشْكِلٌ لِأَنَّ الْمَلَكَ لِلْوَرَثَةِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالْقَضَاءِ فَكَيْفَ يَثْبُتُ هُنَا وَقَالَ فِي الْكَافِي الْقَضَاءُ مُرَجَّحٌ جَانِبَ عَدَمِ الرُّجُوعِ إِلَى دَارِنَا فَيَتَفَرَّقُ مَوْتُهُ وَلَمَّا خَرَجَ إِلَيْنَا مُعْتَرًا وَرَجَعَ بِمَالِهِ ظَهَرَ أَنَّهُ لَا يُرِيدُ الْعُودَ إِلَى دَارِنَا فَيَتَفَرَّقُ مَوْتُهُ مِنْ حِينَ اللُّحُوقِ بِدَارِ الْحَرْبِ فَيَكُونُ مَالُهُ لَوَرَثَتِهِ مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ وَقَالَ فِي النَّهَائَةِ وَفِي بَعْضِ رَوَايَاتِ السَّيْرِ يَكُونُ فَيْئًا لَا حَقَّ لِلْوَرَثَةِ فِيهِ لِأَنَّ الْحَقَّ لِلْوَرَثَةِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالْقَضَاءِ

الشرح

قوله في المثن فإن رجع

أَيُّ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ

قوله في المتن وذهب بماله

أي إلى دار الحرب .

قوله في المتن وظهر عليه فلوارثه

قال الأتقاني أما إذا رجع بعد اللحاق بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو لورثته إذا وجدوه قبل القسمة بغير شيء وإن وجدوه بعد القسمة فهو لهم بالقيمة إلا إذا كان مثلياً فإنهم لا يأخذونه إذ لا فائدة في أخذه بالمثل كذا في شرح الطحاوي وهم في ذلك بمنزلة رجل أجنبي يأخذ العدو ماله ثم يظهر المسلمون عليه كذا قال الكرخي في مختصره وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير هذا لا يشكّل إلا إذا رجع بعد قضاء القاضي فأما قبل القضاء فجواب هذا الكتاب لا يفصل بين الحالين في رد المال على الورثة لأنه رتب حكم الرد على مطلق اللحاق بدون قضاء القاضي باللحاق ووجهه أنه متى لحقه فالظاهر أنه لا يعود فكان ميتاً حكماً ثم قال فخر الإسلام وفي بعض روايات السير وقال لا حق للورثة فيه فيكون فينا ووجه ذلك أن الحق إنما يثبت بالقضاء يعني أن الحق للورثة لا يثبت إلا بقضاء القاضي وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير هذا إذا رجع بعد القضاء من القاضي بلحقه وجعل ماله لورثته لأن القاضي إذا قضى بلحقه فقد صار ماله لورثته وأما إذا لم يقض القاضي بلحقه حتى رجع وأخذ فالحكم فيه كالحكم في الذي ذهب به أول مرة فأقول ينبغي أن يكون ما وقع في الجامع الصغير على مذهب محمد وما وقع في بعض روايات السير على مذهب أبي يوسف وذلك لأن محمداً يجعل مجرد اللحاق كالموت حتى يعتبر كون الوارث عند اللحاق ولا يجعل أبو يوسف ذلك كالموت بل يجعل القضاء باللحاق كالموت حتى يعتبر كون الوارث عند القضاء لا عند اللحاق .

قال رحمه الله (وإن لحق فقصي بعبد له فكتبه فجاء مسلماً فالمكتبة والولاء لمورثه) وهو المرتد الذي أسلم لأن ملك الوارث خلف عن ملك المورث لاستغنائه فإذا جاء مسلماً تبين أنه محتاج إليه فيعاد إليه ملكه غير أن الكتابة لا يمكن فسحها لصدورها عن ولاية شرعية فجعلناه نائباً عنه وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه نظيره المكتب إذا كاتب عبده وعجز وفسخت الكتابة الأولى تبقى الكتابة الثانية على حالها ويكون بدل الكتابة وولأؤه لمولاه بخلاف ما إذا رجع بعد أداء الكتابة لأن الملك الذي كان له غير قائم بعده وبخلاف ما إذا باعه لما قلنا ولا يقال المكتب لا يقبل الانتقال فكيف انتقل إلى المرتد الذي أسلم لأننا نقول هذا ليس بانتقال وإنما هو سقوط ولاية الخلف عند ظهور ولاية الأصل

الشرح

قوله لصدورها عن ولاية شرعية (أي حتى جعل المرتد ميتاً حكماً .

أتقاني

قوله فجعلناه

أي البين .

قوله نائبا عنه

أَي عَنْ أَبِيهِ يَعْنِي صَارَ الْبَائِنُ كَالْوَكِيلِ عَنْ أَبِيهِ الْمُرْتَدِّ فِي التَّصَرُّفِ لِأَنَّ الْمُرْتَدَّ لَمَّا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ صَارَ كَأَنَّهُ سَلَّطَ ابْنَهُ عَلَى مَالِهِ وَجَعَلَهُ خَلَفًا عَنْهُ فِي التَّصَرُّفِ فَلَمَّا عَادَ تَبَتَّ لَهُ حُكْمُ الْأَحْيَاءِ وَبَطَلَ حُكْمُ الْمَوْتِ فَلَمَّا لَمْ يَفْسَخْ كَانَ بَدَلُ الْكِتَابَةِ لِلْمُرْتَدِّ الَّذِي أَسْلَمَ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ فِي الْكِتَابَةِ تَرْجِعُ إِلَى الْمُوَكَّلِ لَا إِلَى الْوَكِيلِ وَكَذَلِكَ لِلْمُرْتَدِّ الَّذِي أَسْلَمَ لِأَنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ وَالْعِتْقُ وَقَعَ عَنْهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَدَّى بَدَلُ الْكِتَابَةِ لِلْوَارِثِ فَإِنَّ الْوَلَاءَ حِينَئِذٍ يَكُونُ لِلْوَارِثِ لَوْفُوعِ الْعِتْقِ عَنْهُ .

أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ قُتِلَ مُرْتَدٌّ رَجُلًا خَطَأً وَلَحِقَ) أَيِ بِدَارِ الْحَرْبِ (أَوْ قُتِلَ فَالِدِيَّةُ فِي كَسْبِ الْإِسْلَامِ) خَاصَّةً وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ الدِّيَّةُ فِيمَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالَةِ الْإِسْلَامِ وَالرَّدَّةِ جَمِيعًا لِأَنَّ الْعَوَاقِلَ لَا تَعْمَلُ الْمُرْتَدَّ لِعَدَمِ النُّصْرَةِ فَيَكُونُ فِي مَالِهِ خَاصَّةً فَمَالُهُ عِنْدَهُمَا الْمُكْتَسَبُ فِي حَالَةِ الْإِسْلَامِ وَالرَّدَّةِ جَمِيعًا لِنُفُوذِ تَصَرُّفَاتِهِ فِي الْحَالَيْنِ وَلِهَذَا يَجْرِي الْإِرْثُ فِي الْكُلِّ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ مَالُهُ الْمُكْتَسَبُ فِي حَالَةِ الْإِسْلَامِ خَاصَّةً لِنُفُوذِ تَصَرُّفِهِ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ دُونَ الْمُكْتَسَبِ فِي حَالَةِ الرَّدَّةِ لِتَوَقُّفِ تَصَرُّفِهِ فِيهَا وَلِهَذَا كَانَ الْأَوَّلُ مِيرَاثًا عَنْهُ وَالثَّانِي فَيْثًا وَيَبْغِي أَنْ يَكُونَ هَذَا عَلَى الرُّوَايَاتِ الْمُتَقَدِّمَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ مِنْ أَنَّهُ يَبْدَأُ بِكَسْبِ الرَّدَّةِ أَوْ الْإِسْلَامِ أَوْ كُلِّ دَيْنٍ يُقْضَى مِنْ كَسْبِهِ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ هَذَا إِذَا قُتِلَ أَوْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُسْلِمَ وَأَمَّا إِذَا أَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ أَوْ لَمْ يَمُتْ يَكُونُ فِي الْكَسْبَيْنِ جَمِيعًا بِالتَّفَاقُ لِأَنَّ الْكُلَّ مَالُهُ وَلِهَذَا يَجْرِي الْإِرْثُ فِيهِ بِالتَّفَاقُ

الشرح

قوله فالدية في كسب الإسلام خاصة

وكذلك حكم ما اعتصبه من مال أو أفسده .

أَتَقَانِي

قوله لعدم النصرة

أَي لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَا يَلْزَمُهُ نُصْرَةُ الْمُرْتَدِّ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ ارْتَدَّ بَعْدَ الْقَطْعِ عَمْدًا وَمَاتَ مِنْهُ أَوْ لَحِقَ وَجَاءَ مُسْلِمًا فَمَاتَ مِنْهُ ضَمِنَ الْقَاطِعُ نِصْفَ الدِّيَّةِ فِي مَالِهِ لَوَرَّثَتْهُ) أَيِ لَوْ قُطِعَتْ يَدُ الْمُسْلِمِ عَمْدًا فَارْتَدَّ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ ثُمَّ مَاتَ عَلَى رِدَّتِهِ مِنْ ذَلِكَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ جَاءَ مُسْلِمًا فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَى الْقَاطِعِ نِصْفُ الدِّيَّةِ مِنْ مَالِهِ خَاصَّةً لِأَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَعْمَلُ الْعَمْدَ أَمَّا الْأَوَّلُ وَهُوَ مَا إِذَا ارْتَدَّ بَعْدَ مَا قُطِعَتْ يَدُهُ وَمَاتَ مِنَ الْقَطْعِ فَلِأَنَّ السَّرَايَةَ حَلَّتْ مَحَلًّا غَيْرَ مَعْصُومٍ فَأُهْدِرَتْ بِخِلَافِ مَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُ الْمُرْتَدِّ ثُمَّ أَسْلَمَ وَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ حَيْثُ لَا يَضْمَنُ شَيْئًا لِأَنَّ مَا أُهْدِرَ لَا يَلْحَقُهُ الِاعْتِبَارُ

بِخِلَافِ الْمُعْتَبَرِ فَإِنَّهُ قَدْ يُلْحَقُهُ الْإِهْدَارُ بِالْإِبْرَاءِ فَكَذَا بِالرَّدِّ فَيَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا أَتْلَفَ وَهُوَ مَعْصُومٌ وَهُوَ الْيَدُ دُونَ النَّفْسِ وَنَظِيرُهُ الْبَيْعُ أَوْ الْإِعْتَاقُ حَتَّى لَوْ قُطِعَتْ يَدُ عَبْدِهِ ثُمَّ بَاعَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ لَا يَضْمَنُ الْجَانِي إِلَّا يَدَهُ وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ الرَّدِّ عَلَيْهِ بِالْفَسْخِ لَأَنَّهُ صَارَ مُبَرِّئًا لَهُ بِهَذَا التَّصَرُّفِ وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَعْدَ الرَّدِّ وَقَضَى الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ فَلَأَنَّهُ صَارَ مَيِّتًا تَقْدِيرًا وَالْمَوْتُ يَقْطَعُ السَّرَايَةَ وَإِسْلَامُهُ حَيَاةٌ حَادِثَةٌ تَقْدِيرًا فَلَا يَعُودُ حُكْمُ الْجَنَابَةِ الْأُولَى وَإِذَا لَمْ يَقْضِ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ حَتَّى عَادَ مُسْلِمًا ثُمَّ مَاتَ مِنْ الْقَطْعِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِ مُرْتَدًّا قَبْلَ أَنْ يُلْحَقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَفِيهِ خِلَافٌ مُحَمَّدٌ وَزُفَرٌ عَلَى مَا بُيِّنَتْهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى لِأَنَّ حُكْمَ الْإِلْتِحَاقِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِحُكْمِ الْحَاكِمِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ لَمْ يُلْحَقْ وَأَسْلَمَ وَمَاتَ ضَمِنَ الدِّيَّةُ) أَيُّ كَامِلَةً وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرٌ يَضْمَنُ نِصْفَ الدِّيَّةِ لِأَنَّ اعْتِرَاضَ الرَّدِّ أَهْدَرَ السَّرَايَةَ فَلَا تَنْقَلِبُ بِالإِسْلَامِ مُعْتَبَرَةً وَهَذَا لِأَنَّ الرَّدَّ مَعْنَى لَوْ مَاتَ عَلَيْهَا لَا يَجِبُ بِالسَّرَايَةِ شَيْءٌ فَكَذَا إِذَا لَمْ يَمُتْ عَلَيْهَا فَصَارَ كَعَبْدٍ قُطِعَتْ يَدُهُ ثُمَّ بَاعَهُ الْمَوْلَى ثُمَّ اشْتَرَاهُ أَوْ تَقَايَلَا ثُمَّ مَاتَ لَمْ يَجِبْ عَلَى الْقَاطِعِ إِلَّا دِيَّةُ الْيَدِ كَمَا لَوْ مَاتَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي لَمَّا ذَكَرْنَا وَلِأَنَّهُ بِالرَّدِّ أَهْدَرَ دَمَهُ فَصَارَ مُبَرِّئًا لَهُ عَنْ ضَمَانِ النَّفْسِ كَمَا إِذَا بَاعَ عَبْدُهُ بَعْدَ الْقَطْعِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا وَلَهُمَا أَنَّ الْجَنَابَةَ وَرَدَتْ عَلَى مَحَلِّ مَعْصُومٍ وَتَمَّتْ عَلَى مَحَلِّ مَعْصُومٍ فَتُوجِبُ كُلَّ الدِّيَّةِ كَمَا لَوْ لَمْ تَتَخَلَّلْ الرَّدُّ بَيْنَهُمَا وَهَذَا لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ لِقِيَامِ الْعِصْمَةِ فِي حَالِ بَقَاءِ الْجَنَابَةِ وَإِنَّمَا الْمُعْتَبَرُ قِيَامُهَا فِي حَالِ انْعِقَادِ السَّبَبِ وَفِي حَالِ ثُبُوتِ الْحُكْمِ وَفِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فِي حَقِّ هَذَا الْحُكْمِ فَصَارَ كَاشْتِرَاطِ قِيَامِ الْمَلِكِ فِي حَالَةِ الْيَمِينِ وَحَالَةِ الْوُجُودِ الشَّرْطِ وَكَاشْتِرَاطِ كَمَالِ النَّصَابِ فِي حَالِ انْعِقَادِ السَّبَبِ وَتَمَامِهِ وَالرَّدُّ لَيْسَتْ بِإِبْرَاءٍ عَنِ الْجَنَابَةِ وَضَعًا وَلَا شَرْعًا بَلْ هِيَ لِتَبْدِيلِ الدِّينِ أَلَّا تَرَى أَنَّهَا تُوجَدُ مِنْ غَيْرِ إِبْرَاءٍ بَأَنَّ لَمْ يَكُنْ ثُمَّ جَنَابَةٌ عَلَيْهِ إِلَّا أَنَّهُ لَوْ مَاتَ عَلَى تِلْكَ الْحَالَةِ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ بِاتِّفَاقِ الْحَالِ لِكُونَ دَمِهِ هَدْرًا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الْعَبْدَ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَضَعَ لِقَطْعِ مِلْكِهِ وَالضَّمَانُ بَدَلُ مِلْكِهِ فَإِذَا قُطِعَ الْأَصْلُ قَصْدًا فَقَدْ قُطِعَ الْبَدَلُ أَيْضًا فَصَارَ كَالْإِبْرَاءِ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَلَوْ ارْتَدَّ

أَيُّ الْمُسْلِمِ .

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَمَاتَ مِنْهُ

أَيُّ مِنَ الْقَطْعِ

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ أَوْ لَحِقَ

أَيُّ وَقَضَى بِلِحَاقِهِ كَمَا سَيَجِيءُ .

قوله في المتن لورثته

أَيُّ لَوْرَثَةِ الْمُقْطُوعِ يَدُهُ .

قوله فعلى القاطع نصف الدية من ماله

أَيُّ وَلَمْ تَجِبْ دِيَّةُ النَّفْسِ وَلَا الْقِصَاصُ فِي قَطْعِ الْيَدِ .

أَثَقَانِي

قوله لأن العاقلة لا تعقل العمد

أَمَّا إِذَا كَانَ خَطَأً فَقَالَ الْحَاكِمُ فِي الْكَافِي هِيَ عَلَى عَاقِلَتِهِ .

أَثَقَانِي

قوله فأهدرت

أَيُّ فَلَمْ تَجِبْ دِيَّةُ النَّفْسِ لِأَنَّ مَوْتَهَا حَصَلَ فِي حَالٍ لَا قِيَمَةَ لَهَا وَلَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ فِي الْيَدِ لِأَنَّ اعْتِرَاضَ الرَّدَّةِ صَارَ شُبْهَةً وَهَذَا لِأَنَّ الرَّدَّةَ لَوْ كَانَتْ مَوْجُودَةً عِنْدَ الْقَطْعِ كَانَتْ حَقِيقَةً الْإِبَاحَةِ قَائِمَةً فِي قَطْعِ الْيَدِ لَوْجُودِ الْمُبِيحِ وَهُوَ الرَّدَّةُ فَإِذَا كَانَتْ فَائِتَةً ثُمَّ اعْتَرَضَتْ كَانَتْ شُبْهَةً فَإِذَا لَمْ يَجِبِ الْقَطْعُ وَجِبَ دِيَّةُ الْيَدِ وَهِيَ نِصْفُ دِيَّةِ النَّفْسِ لِأَنَّ قَطْعَ الْيَدِ حَصَلَ فِي حَالِ عِصْمَةِ الْيَدِ وَهِيَ حَالَةُ الْإِسْلَامِ .

أَثَقَانِي

قوله حيث لا يضمن شبيها

أَيُّ أَصْلًا لِأَنَّ قَطْعَ الْيَدِ حَصَلَ فِي زَمَانٍ لَا قِيَمَةَ لَهَا لِعَدَمِ الْعِصْمَةِ .

قوله لأن ما أهدر لا يلحقه الاعتبار

أَيُّ أَصْلًا فَلِهَذَا لَمْ يُعْتَبَرْ زَمَانُ السَّرَايَةِ

قوله فكذا بالردة

وَالْتَحْقِيقُ هُنَا أَنَّ نَقُولَ إِنَّ فَوْتَ الْعِصْمَةِ يُوجِبُ الْهَدَرَ لَا مَحَالَةَ وَقِيَامَ الْعِصْمَةِ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ لَا مَحَالَةَ كَمَا إِذَا قَطَعَ بِأَمْرِهِ فَلَمْ يَكُنْ اعْتِرَاضُ الْعِصْمَةِ دَافِعًا لَصِفَةِ الْهَدَرِ .

قَوْلُهُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِ مُرْتَدًّا إلَى الْخ

قَالَ الْأَنْقَايُ هَذَا إِذَا ارْتَدَّ الْمَقْطُوعُ يَدُهُ أَمَّا إِذَا ارْتَدَّ الْقَاطِعُ فَقُتِلَ وَمَاتَ الْمَقْطُوعُ يَدُهُ مِنْهُ مُسْلِمًا فَقَالَ فِي الشَّامِلِ فِي قِسْمِ الْمَبْسُوطِ إِنْ كَانَ عَمْدًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْقَاتِلَ مَاتَ وَإِنْ كَانَ خَطَاً فَعَلَى عَاقِلَتِهِ دِيَّةُ النَّفْسِ لِأَنَّ الْجَنَايَةَ انْعَقَدَتْ مُوجِبَةً لِلْقَتْلِ لِأَنَّ الْجَانِيَّ كَانَ مُسْلِمًا يَوْمَ الْجَنَايَةِ ، لَا حَرَمَ لَوْ كَانَتْ الْجَنَايَةُ فِي حَالِ رَدَّتِهِ كَانَتْ فِي مَالِهِ قَالَ الْكَمَالُ فَلَوْ كَانَ الْقَاطِعُ هُوَ الَّذِي ارْتَدَّ فَفِي الْمَبْسُوطِ فَإِنْ قُتِلَ أَوْ مَاتَ الْمَقْطُوعُ يَدُهُ مِنَ الْقَطْعِ مُسْلِمًا فَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَلَا شَيْءَ لَهُ لِأَنَّ الْوَاجِبَ الْقَصَاصُ وَقَدْ فَاتَ مَحَلَّهُ يَعْنِي حِينَ قُتِلَ عَلَى رَدَّتِهِ أَوْ مَاتَ وَإِنْ كَانَ خَطَاً فَعَلَى عَاقِلَةِ الْقَاطِعِ دِيَّةُ النَّفْسِ لِأَنَّ عِنْدَ إِجْبَاهِهِ كَانَ مُسْلِمًا وَجَنَايَةُ الْمُسْلِمِ خَطَاً عَلَى عَاقِلَتِهِ وَتَبَيَّنَ بِالسَّرَايَةِ أَنَّ جَنَايَتَهُ كَانَتْ قَتْلًا فَكَانَتْ عَلَى عَاقِلَتِهِ وَلَوْ كَانَتْ الْجَنَايَةُ مِنْهُ حَالِ الرَّدَّةِ كَانَتْ الدِّيَّةُ فِي الْخَطَاِ فِي مَالِهِ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يَعْقِلُ جَنَايَتَهُ أَحَدًا

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَإِنْ لَمْ يَلْحَقْ وَأَسْلَمَ

أَيَّ بَعْدَ الْإِرْتِدَادِ .

قَوْلُهُ وَمَاتَ

أَيَّ مِنَ الْقَطْعِ .

قَوْلُهُ ضَمَنَ الدِّيَّةِ

أَيَّ اسْتِحْسَانًا ذَكَرَ الْقِيَاسَ وَالِاسْتِحْسَانَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَكِنْ إِنْ كَانَ عَمْدًا يَجِبُ فِي مَالِهِ وَإِنْ كَانَ خَطَاً فَعَلَى عَاقِلَتِهِ كَذَا ذَكَرَهُ الْوَلَوِجِيُّ فِي فِتَاوِيهِ .

أَنْقَايُ

قَوْلُهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرٌ يَضْمَنُ نِصْفَ الدِّيَّةِ

أَيَّ قِيَاسًا .

أَنْقَايُ

قَوْلُهُ لِأَنَّ اعْتِرَاضَ الرَّدَّةِ أَهْدَرَ السَّرَايَةَ

أَيَّ لِأَنَّهُ صَارَ بَعْدَ الْإِرْتِدَادِ بِحَالٍ لَوْ قَتَلَهُ قَاتِلٌ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ فَصَارَتْ الرَّدَّةُ مُهْدِرَةً لِمَا تَوَلَّدَ مِنَ الْقَطْعِ .

قوله وتَمَّتْ على محلِّ مَفْصُومٍ

أَيِّ لَأَنَّهُ كَانَ فِي الْحَالَيْنِ مُسْلِمًا .

أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ ارْتَدَّ مُكَاتِبٌ وَلَحِقَ وَأُخِذَ بِمَالِهِ وَقُتِلَ فَمُكَاتِبَتُهُ لِمَوْلَاهُ وَمَا بَقِيَ لَوَرَثَتِهِ) لَأَنَّهُ لَمْ يَزُلْ مِلْكُ الْمَوْلَى عَنْ رَقَبَتِهِ بِالرَّدَّةِ غَيْرَ أَنَّهُ صَارَ دَمُهُ مُبَاحًا وَبِبَاحَةِ دَمِ الْعَبْدِ لَا يَزُولُ مِلْكُ سَيِّدِهِ عَنْهُ كَمَا لَوْ وَجَبَ عَلَيْهِ قَوْدٌ وَالْكِتَابَةُ لَا تَبْطُلُ بِالرَّدَّةِ وَاللَّتْحَاقُ بِدَارِ الْحَرْبِ لَأَنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِحَقِيقَةِ الْمَوْتِ فَبِالْحُكْمِيِّ أَوْلَى أَنْ لَا تَبْطُلَ فَبَقِيَ مِلْكُهُ لِمَالِكِهِ وَالتَّصَرُّفُ عَلَى حَالِهِ هَذَا عَلَى قَوْلِهِمَا ظَاهِرٌ وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَأَنَّ الْمُكَاتِبَ إِنَّمَا يَمْلِكُ الْمَالَ وَالتَّصَرُّفَ بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ وَهُوَ بَاقٍ عَلَى مَا بَيْنَاهُ وَلَا يُمْنَعُ ذَلِكَ بِالرَّقِّ فَأَوْلَى أَنْ لَا يُمْنَعَ بِالرَّدَّةِ لَأَنَّ الرَّقَّ أَقْوَى فِي الْمَنْعِ مِنَ الرَّدَّةِ أَلَّا تَرَى أَنَّ الْمُرْتَدَّ يَمْلِكُ بَعْضَ التَّصَرُّفَاتِ بِالْإِجْمَاعِ وَبَعْضُهَا فِيهَا الْخِلَافُ فَإِذَا كَانَتْ الْكِتَابَةُ بَاقِيَةً يُوفَى الْمَوْلَى كِتَابَتَهُ وَمَا بَقِيَ يَكُونُ لَوَرَثَتِهِ كَمَا فِي الْمَوْتِ الْحَقِيقِيِّ فَإِنْ قِيلَ إِذَا مَاتَ عَنْ وَفَاءٍ حُكِمَ بِعَنْقِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ فَيَتَبَيَّنُ بِذَلِكَ أَنَّ كَسْبَهُ كَسْبُ مُرْتَدٍّ حُرٍّ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ فَيْئًا عَلَى مَذْهَبِهِ فَلَنَّا حُكَمْنَا بِحُرِّيَّتِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ فِي حَقِّ الْحُقُوقِ الْمُسْتَحَقَّةِ بِالْكِتَابَةِ وَهِيَ حُرِّيَّةُ نَفْسِهِ وَأَوْلَادِهِ وَمِلْكُ كَسْبِهِ رَقَبَةً وَفِيمَا عَدَا ذَلِكَ مِنَ الْأَحْكَامِ يُعْتَبَرُ عَبْدًا أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ وَإِنْ تَرَكَ وَفَاءً لَأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَيْسَتْ مِنَ الْحُقُوقِ الْمُسْتَحَقَّةِ بِالْكِتَابَةِ فَكَذَا لَا يَكُونُ كَسْبُهُ فَيْئًا لَأَنَّ كَسْبَ الْعَبْدِ الْمُرْتَدِّ لَا يَكُونُ فَيْئًا فَلَا يُجْعَلُ حُرًّا فِي حَقِّهِ

الشرح

قوله في المتن ولو ارتدَّ مكاتبٌ ولحق

أَيِّ بِدَارِ الْحَرْبِ وَاكْتَسَبَ مَالًا .

هَدَايَةٌ

قوله في المتن وأُخِذَ بِمَالِهِ

أَيِّ أَسِيرًا وَأَبَى أَنْ يُسَلَّمَ .

أَتَقَانِي

قوله هذا على قوليهما ظاهراً

أَيِّ لَأَنَّ كَسْبَ الْمُرْتَدِّ الْحُرِّ عِنْدَهُمَا مِيرَاثٌ فَكَذَا كَسْبُ الْمُكَاتِبِ وَيُشْكَلُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ لَأَنَّ كَسْبَ الْمُرْتَدِّ الْحُرِّ فِيءٌ عِنْدَهُ فَكَيْفَ كَانَ كَسْبُ الْمُرْتَدِّ الْمُكَاتِبِ مِيرَاثًا عَلَى وَجْهِ الْإِسْتِحْسَانِ وَحُلُّهُ أَنَّ كَسْبَ الْمُرْتَدِّ الْحُرِّ لَمَّا كَانَ مَوْقُوفًا إِلَى أَنْ يَتَبَيَّنَ حَالُهُ لَمْ تُمْلِكْ أَكْسَابُ الرَّدَّةِ فَكَانَتْ فَيْئًا بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ الْمُكَاتِبِ فَإِنْ تَصَرَّفَاتِهِ نَافِذَةٌ وَلَيْسَتْ بِمَوْقُوفَةٍ لَأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا يُنَافِيهَا الْمَوْتُ الْحَقِيقِيُّ فَكَذَا لَا يُنَافِيهَا الْمَوْتُ الْحُكْمِيُّ وَهُوَ الرَّدَّةُ وَاللَّحَاقُ فَصَحَّتْ أَكْسَابُهُ فَكَانَتْ أَكْسَابُ الرَّدَّةِ كَأَكْسَابِ الْإِسْلَامِ فَصَارَتْ مِيرَاثًا لَوَرَثَتِهِ لِمَوْتِهِ حُرًّا لَأَنَّهُ مَاتَ عَنْ وَفَاءٍ .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ ارْتَدَّ الزَّوْجَانِ وَلَحَقَا فَوَلَدَتْ وَوُلِدَ لَهُ وَلَدٌ فَظَهَرَ عَلَيْهِمْ فَالْوَلَدَانِ فِيَّ وَيُجْبَرُ الْوَلَدُ عَلَى الْإِسْلَامِ لَا وَلَدَ الْوَلَدِ) أَيَّ إِذَا ارْتَدَّ الرَّجُلُ وَأَمْرَأَتُهُ وَلَحَقَا بِدَارِ الْحَرْبِ فَوَلَدَتِ الْمَرْأَةُ هُنَاكَ وَلَدًا وَوُلِدَ لَوَلَدِهِمَا وَلَدٌ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا فَوَلَدُهُمَا وَوَلَدٌ وَلَدُهُمَا فِيَّ وَيُجْبَرُ وَلَدُهُمَا عَلَى الْإِسْلَامِ لَا وَلَدٌ وَلَدِهِمَا لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَّبِعُ أُمَّهُ فِي الْحُرِّيَّةِ وَالرَّقِّ وَالْمُرْتَدَّةُ تُسْتَرْقُ فَكَذَا وَلَدُهَا وَيُجْبَرُ الْوَلَدُ عَلَى الْإِسْلَامِ تَبَعًا لِأَبُوهِ لِأَنَّ الْأَوْلَادَ يَتَّبِعُونَ الْآبَاءَ فِي الدِّينِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { كُلُّ مَوْلُودٍ يُوَلَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ وَيُنَصِّرَانِهِ وَيُمَجِّسَانِهِ } الْحَدِيثُ .

رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ وَأَحْمَدُ { وَقِيلَ لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَرَأَيْتَ مَنْ يَمُوتُ مِنْهُمْ قَالَ اللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا كَانُوا عَامِلِينَ { فَيَكُونُ حُجَّةً لَأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ فِي تَوْفِقِهِمَا فِي أَطْفَالِ الْمُشْرِكِينَ فَإِذَا تَبِعَهُمَا يُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ كَمَا يُجْبَرَانِ عَلَيْهِ وَلَا يُقْتَلُ تَبَعًا لِأَبِيهِ لِأَنَّهُ كَافِرٌ أَصْلِيٌّ وَلَيْسَ بِمُرْتَدٍّ حَقِيقَةً فَيَكُونُ حُكْمُهُ فِي الْقَتْلِ حُكْمَ الْكَافِرِ الْأَصْلِيِّ وَوَلَدُ الْوَلَدِ يُسْتَرْقُ وَلَا يُقْتَلُ لِمَا ذَكَرْنَا وَهَلْ يُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ فِيهِ رَوَايَتَانِ فِي رَوَايَةِ يُجْبَرُ رَوَاهَا الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ تَبَعًا لِحَدِّهِ وَفِي رَوَايَةٍ لَا يُجْبَرُ لِأَنَّهُ لَوْ أُجْبِرَ إِمَّا أَنْ يُجْبَرَ تَبَعًا لِأَبِيهِ وَلَا وَجْهَ لَهُ لِأَنَّ أَبَاهُ كَانَ تَبَعًا لِأَبُوهِ وَالتَّبَعُ لَا يَكُونُ لَهُ تَبَعٌ أَوْ تَبَعًا لِحَدِّهِ وَلَا وَجْهَ لَهُ لِأَنَّ تَبِعِيَّةَ الْآبَاءِ فِي الدِّينِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ وَلَا يُلْحَقُ بِهِ الْحَدُّ وَلَوْ أُلْحِقَ لَكَانَ النَّاسُ كُلُّهُمْ مُسْلِمِينَ تَبَعًا لِآدَمَ

وَحَوَاءَ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ وَلَمْ يُوْجَدْ فِي ذُرِّيَّتِهِمَا كَافِرٌ غَيْرُ الْمُرْتَدِّ وَأَصْلُ هَاتَيْنِ الرِّوَايَتَيْنِ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ وَلَدَ الْوَلَدِ يَكُونُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ جَدِّهِ أَمْ لَا فَبِإِي رَوَايَةِ الْحَسَنِ يَكُونُ مُسْلِمًا فَإِذَا تَبَعَهُ فِي الْإِسْلَامِ تَبَعَهُ فِي الْإِجْبَارِ عَلَيْهِ أَيْضًا وَفِي رَوَايَةٍ لَا يَتَّبِعُهُ فِي الْإِسْلَامِ فَكَذَا فِي الْإِجْبَارِ وَالْمَسَائِلُ الَّتِي جُعِلَ الْحَدُّ فِيهَا كَالْأَبِ أَرْبَعَةٌ كُلُّهَا تُخْرَجُ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ إِحْدَاهَا هَذِهِ وَالثَّانِيَةُ صَدَقَةُ الْفِطْرِ إِذَا كَانَ الْحَدُّ مُوسِرًا فَهَلْ تَجِبُ عَلَيْهِ صَدَقَةُ الْفِطْرِ الْحَافِدِ وَالثَّلَاثَةُ الْوَصِيَّةُ وَهُوَ مَا إِذَا أَوْصَى لِأَقْرَبَائِهِ هَلْ يَدْخُلُ الْحَدُّ فِيهَا أَوْ لَا وَالرَّابِعَةُ حُرُّ الْوَلَاءِ وَهُوَ مَا إِذَا أُعْتِقَ الْحَدُّ هَلْ يُجْرَى وَلَاءُ الْحَافِدِ إِلَى مَوْلَاهُ أَمْ لَا فَبِإِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لَا يَكُونُ الْحَدُّ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ كَالْأَبِ

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ وَيُجْبَرُ الْوَلَدُ عَلَى الْإِسْلَامِ لَا وَلَدَ الْوَلَدِ

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا إِذَا وُلِدَ لَهُمَا وَلَدٌ بَعْدَ التَّحَاقُّقِ أَمَّا إِذَا ارْتَدَّ الزَّوْجَانِ وَذَهَبَا إِلَى دَارِ الْحَرْبِ بَوَلَدٍ لَهُمَا صَغِيرٌ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِمْ فَالْوَلَدُ فِيَّ لِأَنَّ الْوَلَدَ الصَّغِيرَ صَارَ مُرْتَدًّا تَبَعًا لِلْأَبَوَيْنِ وَوَلَدُ الْمُرْتَدِّ يَصِيرُ فَيْئًا بِالسَّيِّ وَإِنْ كَانَ الْأَبُ ذَهَبَ بِهِ وَحْدَهُ وَالْأُمُّ مُسْلِمَةٌ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لَمْ يَكُنْ الْوَلَدُ فَيْئًا لِأَنَّ الْوَلَدَ بَقِيَ مُسْلِمًا فَلَا يَصِيرُ فَيْئًا فَيُدْفَعُ إِلَى الْأُمِّ وَكَذَا إِذَا كَانَتِ الْأُمُّ قَدْ مَاتَتْ مُسْلِمَةً لِأَنَّ إِسْلَامَ الْأُمِّ لَا يُرْفَعُ بِالْمَوْتِ بَلْ يَتَقَرَّرُ

قَوْلُهُ وَالْمُرْتَدَّةُ تُسْتَرْقُ

أَيُّ وَالزَّوْجُ يُقْتَلُ أَوْ يَسْتَسْلِمُ .

أَتَقَانِي

قوله ولا يقتل

أَيُّ كَوْلِدِ الْمُسْلِمِ إِذَا بَلَغَ وَلَمْ يَصِفِ الْإِسْلَامَ يُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ وَلَا يُقْتَلُ كَذَا هُنَا .

أَتَقَانِي

قوله ولو الحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعاً لأدم الخ

وَالْمَقْبُولُ أَنْ يُقَالَ إِنَّ الْحُكْمَ إِذَا اقْتَصَرَ عَلَى كُلِّ الْجِنْسِ لَمْ يَكُنْ بَعْضُ الْمَقَادِيرِ أَحَقَّ مِنْ بَعْضٍ فَلَزِمَ الْقَصْرُ عَلَى الْأَدْنَى لِتَبَيُّنِهِ وَهُوَ الْأَبُ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ تَابِعاً لِلْجَدِّ كَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ سَائِرِ أَهْلِ الْحَرْبِ إِذَا أُسِرُوا فَيُسْتَرْقُّ أَوْ تُوَضَّعُ عَلَيْهِ الْجِزْيَةُ أَتَقَانِي

قوله ففي رواية الحسن يكون مسلماً

وَجْهٌ مَا رَوَى الْحَسَنُ أَنَّ الْجَدَّ لَهُ حُكْمُ الْأَبِ فِي إِنْكَاحِ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَلِهَذَا لَا يَكُونُ لَهُمَا الْخِيَارُ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَكَذَلِكَ فِي بَيْعِ مَالِ الصَّغِيرِ فَكَذَا فِي تَبَعِيَةِ الْإِسْلَامِ وَهَذَا لِأَنَّ الْوَلَدَ إِنَّمَا تَبَعَ الْأَبَ لِأَنَّهُ يَتَفَرَّغُ مِنْهُ فَيَتَبَعُ الْجَدَّ تَبَعاً لِأَنَّهُ تَفَرَّغَ ، وَجْهٌ الظَّاهِرُ مَرَّ آتِئاً .

أَتَقَانِي

قوله والمسائل التي جعل الجد

فيها كالأب (

قَالَ فِي الْكَافِي أَرْبَعُ مَسَائِلَ لَمْ يُجْعَلِ الْجَدُّ فِيهَا كَالْأَبِ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ وَفِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ جُعِلَ الْجَدُّ فِيهَا كَالْأَبِ .

قوله فهل تجب عليه صدقة فطر الحافد

أَيُّ فَنِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ لَا يُؤَدِّي الْجَدُّ الْفُطْرَةَ عَنْ ابْنِ ابْنِهِ وَفِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ يُؤَدِّيهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِابْنِ ابْنِهِ مَالٌ كَالْأَبِ لَكِنْ إِذَا كَانَ الْأَبُ فَقِيراً .

أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَارْتِدَادُ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ صَحِيحٌ كِاسْلَامِهِ وَيُجْبَرُ عَلَيْهِ وَلَا يُقْتَلُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ارْتِدَادُهُ لَيْسَ بِارْتِدَادٍ وَإِسْلَامُهُ إِسْلَامٌ وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ ارْتِدَادُهُ لَيْسَ بِارْتِدَادٍ وَلَا إِسْلَامُهُ بِإِسْلَامٍ لِأَنَّهُ يَلْزِمُهُ أَحْكَامُ يَشْوِيهِ بِهَا ضَرَرٌ كَحَرَمَانِ الْإِرْثِ وَلُزُومِ الْفُرْقَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ الْمُشْرِكَةِ أَوْ الْمُسْلِمَةِ وَامْتِنَاعِ وَجُوبِ نَفَقَتِهِ عَلَى أَبِيهِ أَوْ غَيْرِهِمَا مِنْ أَقَارِبِهِ وَلِأَنَّهُ تَبَعَ لِأَبِيهِ فَلَا يُجْعَلُ أَصْلاً إِذِ التَّبَعِيَّةُ دَلِيلُ الْعُجْزِ وَالْأَصَالَةُ دَلِيلُ الْقُدْرَةِ وَبَيْنَهُمَا تَنَافٍ فَلَا يَجْتَمِعَانِ فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْارْتِدَادَ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ الضَّارَّةِ فَلَا يُؤْهِلُ لَهُ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَغَيْرِهِمَا مِمَّا تَمَحُّضُ ضَرَرًا وَلَهُمَا مَا رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ { كُلُّ مَوْلُودٍ يُوَلَّدُ عَلَى الْفُطْرَةِ حَتَّى يُعْرَبَ عَنْهُ لِسَانُهُ فَإِذَا أَعْرَبَ عَنْهُ لِسَانُهُ فَإِمَّا شَاكِرًا وَإِمَّا كَفُورًا } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَصَحَّحَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إِيْمَانِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَقَدْ كَانَ آمَنَ صَبِيًّا وَافْتِخَارُهُ بِذَلِكَ مَعْرُوفٌ وَكَانَ يَقُولُ : سَبَقْتُكُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ طَرًّا غُلَامًا مَا بَلَعْتُ أَوَانَ حُلْمِي وَسَقْتُكُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ قَهْرًا بِصَارِمِ هِمَّتِي وَسِنَانِ عَزَمِي وَذَكَرَ أَبُو جَعْفَرٍ أَنَّهُ أَسْلَمَ ابْنُ خَمْسِ سِنِينَ وَذَكَرَ الْقُتَيْبِيُّ أَنَّ عُمَرَةَ كَانَ سَبْعَ سِنِينَ وَعَنْ عُرْوَةَ أَنَّهُ

قَالَ أَسْلَمَ عَلَيَّ وَعُمَرُ ثَمَانِ سِنِينَ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ وَلَئِنَّهُ أَتَى بِحَقِيقَةِ الْإِسْلَامِ وَهُوَ التَّصَدِيقُ بِالْحَنَانِ وَالْإِقْرَارُ بِاللِّسَانِ وَكَذَا أَتَى بِحَقِيقَةِ الْكُفْرِ وَهُوَ الْجُحُودُ وَالْإِنْكَارُ وَلَا مَرَدَّ لِلْحَقَائِقِ وَهَذَا لِأَنَّ الْإِقْرَارَ عَنْ طَوْعٍ دَلِيلُ الْإِعْتِقَادِ فَلَا سَبِيلَ إِلَى رَدِّهِ وَلَا الْحَجْرُ عَنْهُ لِأَنَّ الْحَقَائِقَ لَا يُحْجَرُ عَنْهَا كَمَا لَا يُحْجَرُ فِي حَقِّ سَائِرِ أَعْمَالِهِ حَتَّى وَجِبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ بِإِثْلَافِهِ مَالِ الْغَيْرِ شَرْعًا وَفَسَدَ صَوْمِهِ بِأَكْلِهِ وَهُوَ صَائِمٌ فَلَا يُعْذَرُ فِيهِ لِأَجْلِ صِبَاهِ وَالْحَجْرُ عَنِ الْإِسْلَامِ كُفْرٌ وَلَا يَلِيقُ ذَلِكَ بِالشَّارِعِ وَلَا يُمَكِّنُ رُدُّهُ بَضْرَرٍ يُلْحَقُهُ فِي الدُّنْيَا وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ نَجَاةَ سَرْمَدِيَّةٍ وَسَعَادَةَ أَبَدِيَّةٍ هِيَ مِنْ أَجْلِ الْمَنَافِعِ وَهُوَ الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ الَّذِي يَتَرْتَّبُ عَلَى الْإِسْلَامِ ثُمَّ يَبْنِي عَلَيْهِ غَيْرُهُ فَلَا يُبَالِي بِشَوْبِهِ لِأَنَّ الْمُتَعَبِّرَ هُوَ الْحُكْمُ الْمَوْضُوعُ لَهُ لَا مَا يَلْزَمُهُ فِي ضَمْنِهِ وَقَوْلُهُ تَبَعَ لِأَبَوَيْهِ فَلَا يُجْعَلُ أَصْلًا إِلَّا حَقْلًا إِنَّمَا جُعِلَ تَبَعًا لِتَوْفِيرِ الْمَنْفَعَةِ عَلَيْهِ وَفِي اعْتِبَارِ فِعْلِهِ بِنَفْسِهِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ مَعَ إِبْقَاءِ التَّبَعِيَّةِ تَحْصِيلُ الْمَنْفَعَةِ بِطَرِيقَيْنِ وَذَلِكَ أَنْفَعُ لَهُ وَإِنَّمَا يَمْتَنِعُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا إِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا مُضَادَّةٌ وَأَمَّا إِذَا تَأَيَّدَ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ فَلَا يَمْتَنِعُ أَلَّا تَرَى أَنَّ التَّبَعَ إِذَا نَوَى السَّفَرَ كَالْمَرْأَةِ وَنَحْوَهَا صَارَ مُسَافِرًا بِنَيْتِهِ وَبَنِيَّةِ أَصْلِهِ لِمَا قُلْنَا فَإِنْ قِيلَ لَوْ صَحَّ إِسْلَامُهُ بِنَفْسِهِ لَكَانَ ذَلِكَ مِنْهُ فَرَضًا لِاسْتِحَالَةِ كَوْنِ الْإِيمَانِ نَفْلًا بِخِلَافِ سَائِرِ الْعِبَادَاتِ فَإِنَّهَا مُتَنَوِّعَةٌ بَيْنَ الْفَرْضِ وَالنَّفْلِ . فَإِذَا صَارَ فَرَضًا لَزِمَ أَنْ يَكُونَ مُخَاطَبًا وَلَا قَاتِلَ بِهِ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ تَصَحِيحُهُ فَرَضًا لَمْ يَصَحِّ بِخِلَافِ مَا إِذَا جُعِلَ مُسْلِمًا تَبَعًا لِأَنَّ صِفَةَ الْفَرْضِيَّةِ فِي الْأَصْلِ مُعْنِيَةٌ عَنْ اعْتِبَارِهِ فِي التَّبَعِ وَلَئِنَّهُ لَوْ كَانَ عَقْلُهُ مُعْتَبَرًا لَوَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ إِذَا لَمْ يَحْسُنْ أَنْ يَصِفَ الْإِسْلَامَ كَالْبَالِغِ قُلْنَا إِنَّمَا لَمْ يَكُنْ مُخَاطَبًا لِرَفْعِ الْحَرَجِ عَنْهُ فَإِذَا أَذَاهُ صَحَّ كَالْمُسَافِرِ وَغَيْرِهِ

مِنْ أَصْحَابِ الْأَعْذَارِ يُؤَدِّي الْجُمُعَةُ فَإِنَّهَا تَصِحُّ وَتَقَعُ عَنِ الْفَرْضِ وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الْجُمُعَةُ فَرَضًا عَلَيْهِ وَإِنَّمَا لَمْ تَبْنِ زَوْجَتُهُ مِنْهُ إِذَا لَمْ يَحْسُنِ الْوَصْفَ بَعْدَمَا عَقَلَ لِبَقَاءِ مَعْنَى التَّبَعِيَّةِ وَفِيهِ تَوْفِيرُ الْمَنْفَعَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَقَوْلُهُ لَا يُقْتَلُ يَعْنِي إِذَا أَبَى أَنْ يُسْلِمَ بَعْدَمَا ارْتَدَّ لِأَنَّ الْقَتْلَ عُقُوبَةٌ وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهَا وَالْإِجْبَارُ عَلَى الْإِسْلَامِ نَفْعٌ لَهُ فَيُجْبَرُ هَذَا فِي صَبِيٍّ يَقُولُ وَإِنْ كَانَ لَا يَعْقِلُ لَا يَصِحُّ مِنْهُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ لَا يَدُلُّ عَلَى اعْتِقَادِهِ فَلَا يُعْتَبَرُ وَكَذَا الْمَجْنُونُ لِمَا ذَكَرْنَا وَكَذَا السَّكْرَانُ فِي الرَّدَّةِ دُونَ الْإِسْلَامِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ وَيُلْحَقُ السَّاحِرُ بِالْمُرْتَدِّ قَالَ فِي الْمُحِيطِ مَعْرِيًّا إِلَى الْفَتَاوَى : السَّاحِرُ هَلْ يُقْتَلُ أَوْ تُقْبَلُ تَوْبَتُهُ يُنْظَرُ إِنْ اعْتَقَدَ أَنَّهُ خَالِقٌ لِمَا يَفْعَلُ فَإِنْ تَابَ عَنْ ذَلِكَ وَقَالَ اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ وَتَبَرَّأَ عَمَّا اعْتَقَدَ تُقْبَلُ تَوْبَتُهُ وَلَا يُقْتَلُ لِأَنَّهُ كَافِرٌ أَسْلَمَ وَإِنْ لَمْ يَتُبْ يُقْتَلُ لِأَنَّهُ مُرْتَدٌّ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي الْمَجَرَّدِ إِنَّهُ يُقْتَلُ وَلَا يُسْتَتَابُ وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ إِنِّي أَتْرُكُ السَّحَرَ وَأَتُوبُ مِنْهُ إِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ أَنَّهُ الْآنَ سَاحِرٌ أَوْ أَقَرَّ بِذَلِكَ وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ السَّاحِرَةُ تُقْتَلُ لِأَنَّ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَتَبَ إِلَى نَوَائِهِ أَنْ أَقْتُلُوا السَّاحِرَ وَالسَّاحِرَةَ رَوَاهُ أَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُدَ وَالْبُخَارِيُّ وَعَنْ حُنْدَبٍ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ { حَدَّثَ السَّاحِرَ ضَرْبَةً بِالسَّيْفِ } رَوَاهُ الدَّارَقُطْنِيُّ وَقَالَ التِّرْمِذِيُّ الصَّحِيحُ أَنَّهُ مَوْقُوفٌ عَلَيْهِ قُلْنَا : الْمَوْقُوفُ فِي مِثْلِهِ مَحْمُولٌ عَلَى السَّمَاعِ لِأَنَّهُ لَا يُدْرِكُ بِالرَّأْيِ وَذَكَرَ فِي الْمُسْتَقَى أَنَّهَا لَا تُقْتَلُ وَلَكِنْ تُجَبَسُ وَتُضْرَبُ كَالْمُرْتَدَّةِ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لِأَنَّ

ضَرَرَ كُفْرِهَا وَهُوَ السَّحَرُ يَتَعَدَّى فَتَكُونُ سَاعِيَةً فِي الْأَرْضِ بِالْفَسَادِ بِخِلَافِ الْمُرْتَدَّةِ وَالْحَرَبِيَّةِ وَكَذَلِكَ الزَّانِدُ يُقْتَلُ وَلَا تُقْبَلُ لَهُ تَوْبَةٌ لِمَا رُوِيَ عَنْ عِكْرِمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ أَتَى عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بَزَادَةً فَأَحْرَقَهُمْ فَبَلَغَ ذَلِكَ ابْنَ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَقَالَ لَوْ كُنْتُ أَنَا لَمْ أَحْرِقْهُمْ لَتَهَيَّي رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لَا تُعَذِّبُوا بَعْدَابَ اللَّهِ وَلَقَتْلْتُمْهُمْ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ } رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَغَيْرُهُ وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

الشرح

قوله في المتن وارتداد الصبي العاقل صحيح كإسلامه

أي فلا يرث أبويه إذا كانا كافرين .

قوله وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد

وفي المحيط عن ابن أبي مالك عن أبي يوسف أن أبا حنيفة رجع إلى قول أبي يوسف .

كأبي وفي حج غريب الرواية روى الحسن عن زفر في ابن عشر سنين إذا ارتد ثم رمى صبيدا أو ذبح أنه يؤكل ولا تصح ردته فصول
اعلم أن الصبي العاقل إذا أسلم يصح إسلامه استحسانا خلافا لزفر والشافعي ذكر الاستحسان فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير
والمراد بالصحة ترتيب أحكام الإسلام عليه نحو الإرث من أقاربه المسلمين والحرمان من أقاربه المشركين وحرمة نكاح المشرك في
حقه وحل نكاح المؤمنة وبطلان مالية الخمر والخنزير في حقه وعصمة دمه وماله وغير ذلك .

أثقاني رحمه الله

قوله ولهما ما روي عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام إن الخ

ثم لما صح ارتداد الصبي عند أبي حنيفة ومحمد لم يرث أبويه المسلمين لأنه مرتد والمرث لا يرث أحدا .

أثقاني رحمه الله

قوله فلا يعثر فيه لأجل صباه

قال الأثقاني ثم لما جعل مسلما بإسلام أبويه حكما تبعا لهما فلأن يجعل مسلما بإسلام نفسه حقيقة أولى وأحرى والأحكام ليست
مقصودة لذاتها بالإسلام لأن المقصود به فوز السعادة الأبدية ثم إذا ترتبت الأحكام عليها لا يبالى بها لأنها حصلت ضمنا وضمنيات
الشيء لا تعلل (فرغ) رجل حج حجة الإسلام ثم ارتد والعياد بالله تعالى ثم
أسلم كان عليه حجة الإسلام قاله قاضي خان ثم قال بعد أسطر رجل ارتد والعياد بالله وعليه قضاء صلاة أو صيام تركها في حالة الإسلام
ثم أسلم بعد ذلك قال شمس الأئمة الحلواني قضى ما ترك في الإسلام لأن ترك الصلاة والصيام معصية والمعصية تبقى بعد الردة وما أدى
من الصلوات والصيامات في إسلامه ثم ارتد تبطل طاعته لكن لا يجب عليه قضاؤها بعد الإسلام .

قوله ويلحق الساجر إن الخ

السحر قول يعظم فيه غير الله تعالى تُنسب إليه التقديرات والتأثيرات

قوله وكذلك الزنديق الخ

قَالُوا لَوْ جَاءَ الزَّنْدِيقُ قَبْلَ أَنْ يُؤْخَذَ فَأَقَرَّ أَنَّهُ زَنْدِيقٌ فَتَابَ عَنْ ذَلِكَ تُقْبَلُ تَوْبَتُهُ وَإِنْ أَخَذَ ثُمَّ تَابَ لَا تُقْبَلُ تَوْبَتُهُ لِأَنَّهُمْ بَاطِنِيَّةٌ يُظْهِرُونَ شَيْئًا وَيَعْتَقِدُونَ فِي الْبَاطِنِ خِلَافَ ذَلِكَ فَيَقْتُلُونَ وَلَا تُؤْخَذُ مِنْهُمْ الْجَزِيَّةُ وَلَا تُقْبَلُ تَوْبَتُهُمْ كَذَا فِي سِيرِ فَتَاوَى قَاضِي خَانَ مَذْكُورٍ فِي بَابِ الْجَزِيَّةِ مِنَ الْكِفَايَةِ .

باب البغاة

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (خَرَجَ قَوْمٌ مُسْلِمُونَ عَنْ طَاعَةِ الْإِمَامِ وَغَلَبُوا عَلَى بَلَدٍ دَعَاهُمْ إِلَيْهِ) أَيِ إِلَى الْعُودِ إِلَى الْجَمَاعَةِ (وَكَشَفَ شُبُهَتَهُمْ) لِأَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بَعَثَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا إِلَى أَهْلِ حُرُورَاءَ دَعَاهُمْ إِلَى التَّوْبَةِ وَنَاطَرَهُمْ قَبْلَ قِتَالِهِمْ وَلِأَنَّهُ تَرْجَى تَوْبَتُهُمْ وَلَعَلَّ الشَّرَّ يَنْدَفِعُ بِالتَّذَكُّرَةِ كَمَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { وَذَكَرْ فَإِنَّ الذِّكْرَ يَنْفَعُ الْمُؤْمِنِينَ } وَهُوَ أَهْوَنُ فَيَبْدَأُ بِهِ وَهَذِهِ الدَّعْوَةُ لَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ لِأَنَّهُمْ قَدْ عَلِمُوا لِمَاذَا يُقَاتِلُونَ فَصَارُوا كَالْمُرْتَدِّينَ وَأَهْلُ الْحَرْبِ الَّذِينَ بَلَّغَتْهُمْ الدَّعْوَةُ وَلِهَذَا يَجُوزُ قِتَالُهُمْ بِكُلِّ مَا يُقَاتَلُ بِهِ أَهْلُ الْحَرْبِ كَالرَّمِي بِالْبُتْبُلِ وَالْمَنْجْنِيقِ وَإِرْسَالِ الْمَاءِ وَالتَّارِ عَلَيْهِمْ لِأَنَّ قِتَالَهُمْ فَرَضٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَقَاتِلُوا الَّذِينَ تَبَغَّيَ حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ } فَصَارَ قِتَالُهُمْ كَقِتَالِ أَهْلِ الْحَرْبِ

الشرح

باب البغاة

قَدَّمَ أَحْكَامَ قِتَالِ الْكُفَّارِ ثُمَّ أَعَقَبَهُ بِقِتَالِ الْمُسْلِمِينَ وَالْوَجْهَ ظَاهِرٌ وَالْبَغَاةُ جَمْعُ بَاغٍ وَهَذَا الْوِزْنُ مُطَّرَدٌ فِي كُلِّ اسْمٍ فَاعِلٍ مُعْتَلٍ اللَّامِ كَغَزَاةٍ وَرُمَاةٍ وَقَضَاةٍ وَالْبَغْيُ فِي اللُّغَةِ الطَّلَبُ بَغَيْتٌ كَذَا أَيِ طَلَبْتُهُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى حِكَايَةً { ذَلِكَ مَا كُنَّا نَبْغِي } . ثُمَّ أَشْتَهَرُ فِي الْعُرْفِ فِي طَلَبِ مَا لَا يَحِلُّ مِنَ الْجَوْرِ وَالظُّلْمِ وَالْبَاغِي فِي عُرْفِ الْفُقَهَاءِ الْخَارِجُ عَلَى الْإِمَامِ الْحَقِّ .

كَمَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ الْأَنْصَارِيُّ وَتَأَخَّرَ هَذَا الْبَابَ لِقِلَّةِ وُجُودِهِ وَالْمُرَادُ مِنَ الْبَغَاةِ الْخَوَارِجُ وَلِهَذَا وَسِمَ هَذَا الْبَابُ فِي الْمَبْسُوطِ بِبَابِ الْخَوَارِجِ قَالَ فِي فَصْلِ الْأَسْرُوشَنِيِّ لَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ أَهْلِ الْبَغْيِ فَأَهْلُ الْبَغْيِ هُمُ الْخَارِجُونَ عَلَى الْإِمَامِ الْحَقِّ بِغَيْرِ حَقٍّ بَيَّانُهُ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ إِذَا اجْتَمَعُوا عَلَى إِمَامٍ وَصَّارُوا آمِنِينَ بِهِ فَخَرَجَ عَلَيْهِ طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَإِنْ فَعَلُوا ذَلِكَ لظُلْمِ ظَلَمَهُمْ فَهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِ الْبَغْيِ وَعَلَيْهِ أَنْ يَتْرَكَ الظُّلْمَ وَيُنْصِفَهُمْ وَلَا يَنْبَغِي لِلنَّاسِ أَنْ يُعِينُوا الْإِمَامَ عَلَيْهِمْ لِأَنَّ فِيهِ إِعَانَةً عَلَى الظُّلْمِ وَلَا أَنْ يُعِينُوا تِلْكَ الطَّائِفَةَ عَلَى الْإِمَامِ أَيْضًا لِأَنَّ فِيهِ إِعَانَةً لَهُمْ عَلَى خُرُوجِهِمْ عَلَى الْإِمَامِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لظُلْمِ ظَلَمَهُمْ وَلَكِنْ لِدَعْوَى الْحَقِّ وَالْوِلَايَةِ فَقَالُوا الْحَقُّ مَعَنَا فَهُمْ أَهْلُ الْبَغْيِ فَعَلَى كُلِّ مَنْ يَقْوَى عَلَى الْقِتَالِ أَنْ يَنْصُرَ إِمَامَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى هَؤُلَاءِ الْخَارِجِينَ لِأَنَّهُمْ مُلْعُونُونَ عَلَى لِسَانِ صَاحِبِ الشَّرْعِ فَإِنَّهُ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْفِتْنَةُ نَائِمَةٌ لَعَنَ اللَّهُ مَنْ أَيْقَظَهَا } فَإِنْ كَانُوا تَكَلَّمُوا بِالْخُرُوجِ لَكِنْ لَمْ يَغْزِمُوا عَلَى الْخُرُوجِ بَعْدَ فُلَيْسَ لِلْإِمَامِ أَنْ يَتَعَرَّضَ لَهُمْ لِأَنَّ الْعَزْمَ عَلَى الْجَنَابَةِ لَمْ يُوْجَدْ

بَعْدَ كَذَا ذَكَرَ فِي وَاقِعَاتِ الْإِمَامِ اللَّامِشِيِّ وَذَكَرَ الْقَلَانِسِيُّ فِي تَهْدِيهِ قَالَ بَعْضُ الْمَشَائِخِ لَوْلَا عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَا دَرَبْنَا الْقِتَالَ مَعَ أَهْلِ الْقِبْلَةِ وَكَانَ عَلِيٌّ وَمَنْ تَبِعَهُ مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ وَخَصَّمُهُ مِنْ أَهْلِ الْبَغْيِ وَفِي زَمَانِنَا الْحُكْمُ لِلْغَلْبَةِ وَلَا يُدْرَى الْعَادِلَةُ وَالْبَاغِيَةُ كُلُّهُمْ يَطْلُبُونَ الدُّنْيَا إِلَى هُنَا لَفْظُ الْفُصُولِ

قَوْلُهُ حُرُورَاءَ

حُرُورَاءَ بِالْمَدِّ قَرْيَةٌ بِقُرْبِ الْكُوفَةِ يُنْسَبُ إِلَيْهَا فِرْقَةٌ مِنَ الْخَوَارِجِ كَانَ أَوَّلُ اجْتِمَاعِهِمْ بِهَا وَتَعَمَّقُوا فِي الدِّينِ حَتَّى خَرَجُوا مِنْهُ قَوْلُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا أَحْرُورِيَّةٌ أَنْتَ مَعْنَاهُ أَخَارِجَةٌ عَنِ الدِّينِ بِسَبَبِ التَّعَمُّقِ فِي السُّؤَالِ .

مِصْبَاحُ وَقَالَ الْجَوْهَرِيُّ حُرُورَاءُ اسْمُ قَرْيَةٍ يُمَدُّ وَيُقْصَرُ .

قَوْلُهُ وَأَهْلُ الْحَرْبِ الَّذِينَ بَلَّغَتْهُمْ الدَّعْوَةُ

أَيُّ لَا تَجِبُ دَعْوَتُهُمْ ثَانِيًا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبَدَأَ بِقِتَالِهِمْ) يَعْنِي إِذَا تَحَيَّرُوا وَتَهَيَّأُوا لِلْقِتَالِ وَاجْتَمَعُوا لَهُ هَكَذَا ذَكَرَ الشَّيْخُ الْمَعْرُوفُ بِخَوَاهِرِ زَادَهُ وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَنَا وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ فِي مُحْتَصَرِّهِ لَا نَبْدُوهُمْ بِقِتَالٍ حَتَّى يَبْدُوهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ قَتْلُ الْمُسْلِمِ إِلَّا دَفْعًا هُمْ مُسْلِمُونَ بِخِلَافِ الْكُفَّارِ فَإِنَّ نَفْسَ الْكُفْرِ مُبِيحٌ عِنْدَهُ وَلَنَا مَا تَلَوْنَا مِنْ غَيْرِ قَيْدٍ بِالْبِدَايَةِ مِنْهُمْ وَقَوْلُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ { سَيَخْرُجُ قَوْمٌ فِي آخِرِ الزَّمَانِ حَدَاتُ الْأَسْنَانِ سُفْهَاءُ الْأَحْلَامِ يَقُولُونَ مِنْ قَوْلِ خَيْرِ الْبَرِيَّةِ لَا يُجَاوِزُ إِيْمَانُهُمْ حَنَاجِرَهُمْ يَمْرُقُونَ مِنَ الدِّينِ كَمَا يَمْرُقُ السَّهْمُ مِنَ الرَّمِيَّةِ فَأَيْنَمَا لَقِيتُمُوهُمْ فَاقْتُلُوهُمْ فَإِنَّ فِي قَتْلِهِمْ أَجْرًا لِمَنْ قَتَلَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَمُسْلِمٌ وَابْنُ خَرَّابٍ وَلِأَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِهِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّحْيِيزِ وَالتَّهْيِئِ فَلَوْ اِنْتَظَرْنَا حَقِيقَةَ قِتَالِهِمْ لَصَارَ ذَرِيعَةً لِتَقْوِيَتِهِمْ فَلَعَلَّهُ لَا يُمَكِّنُ دَفْعَهُمْ فَيَدَارُ الْحُكْمَ عَلَى الدَّلِيلِ ضَرُورَةٌ دَفْعَ شَرِّهِمْ وَلِأَنَّهُمْ بِالْخُرُوجِ عَلَى الْإِمَامِ صَارُوا عَصَاةَ فَجَارَ قِتَالُهُمْ إِلَى أَنْ يُقْلَعُوا عَنْ ذَلِكَ بَلْ وَجَبَ لِمَا تَلَوْنَا ، وَمَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِنْ قَوْلِهِ فِي الْخَوَارِجِ لَنْ تُقَاتِلَكُمْ حَتَّى تُقَاتِلُونَا مَعْنَاهُ حَتَّى تُعْزِمُوا عَلَى قِتَالِنَا بِدَلِيلٍ مَا رَوَيْنَا عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلَوْ أُمَكِّنَ دَفْعَ شَرِّهِمْ بِالْحَيْسِ بَعْدَ مَا تَأَهَّبُوا فَعَلَّ ذَلِكَ وَلَا تُقَاتِلُهُمْ لِأَنَّهُ أُمَكِّنَ دَفْعَ شَرِّهِمْ بِأَهْوَنَ مِنْهُ وَالْجِهَادُ مَعَهُمْ وَاجِبٌ بِقَدْرِ مَا يَنْدَفِعُ بِهِ شَرُّهُمْ وَالْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ مِنْ لُزُومِ الْبَيْتِ مُحْمُولٌ عَلَى عَدَمِ الْإِمَامِ وَأَمَّا إِعَانَةُ الْإِمَامِ مِنَ الْوَاجِبَاتِ عِنْدَ الْقُدْرَةِ وَمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمرَ مَعَ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ مِنَ الْقُعُودِ عَنِ الْفِتْنَةِ مُحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُمْ كَانُوا عَاجِزِينَ

الشرح

قوله إذا تحيزوا

أي انضموا .

قوله هكذا ذكر الشيخ المعروف بخواهر زاده

خواهر زاده هو الإمام أبو بكر محمد بن الحسين البخاري وسمي خواهر زاده لأنه كان ابن أخت القاضي الإمام أبي ثابت قاضي سمرقند وكان خواهر زاده إماماً كاملاً في الفقه بحرًا عزيزاً صاحب التصانيف ومبسوطه أطول المباسيط وكانت وفاته فيما بلغنا في السنة التي توفي فيها شمس الأئمة السرخسي سنة ثمان وثمانين وأربعمائة وكانت وفاة فخر الإسلام البزدوي سنة إحدى وثمانين وأربعمائة وكانت وفاة القدوري سنة ثمان وعشرين وأربعمائة قاله الأتقاني

قوله وهو قول الشافعي

قال الكمال وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدؤوا حقيقة وهو قول مالك وأحمد وأكثر أهل العلم لأن قتل المسلم لا يجوز إلا دفعاً وهم أي البغاة مسلمون لقوله تعالى { وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتُلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا } ثم قال { فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى } الآية

قوله ولأن الحكم

يعني المقصود من قتال البغاة دفع شرهم فإذا وجد دليل الشر وهو اجتماعهم وعسكرهم يجب دفعهم بالقتال وكتب ما نصه وهو حل القتال .

قوله يدار على دليله

أي دليل قتالهم .

قوله فجاز قتالهم إلى أن يقلعوا

أي يمتنعوا .

قوله والمروي عن أبي حنيفة من لزوم البيت إلخ

قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره قال الحسن بن زياد قال أبو حنيفة إذا وقعت الفتنة بين المسلمين فينبغي للرجل أن يعتزل الفتنة ويلزم بيته ولا يخرج في

الْفِتْنَةِ قَالُوا إِنَّمَا أَرَادَ أَبُو حَنِيفَةَ بِذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ إِمَامٌ يَدْعُو إِلَى الْقِتَالِ وَإِنْ كَانَ إِمَامٌ تَلَزَمُهُمْ إِعَاتُهُ وَالِدَلِيلُ عَلَى هَذَا مَا قَالَ الْكَرْخِيُّ
أَيْضًا فِي مُحْتَصَرِهِ بِقَوْلِهِ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إِنْ كَانَ النَّاسُ مُجْتَمِعِينَ عَلَى إِمَامٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَالنَّاسُ آمِنُونَ وَالسَّبِيلُ أَمْنٌ فَخَرَجَ نَاسٌ مِمَّنْ
يَتَنَحَّلُ الْإِسْلَامَ عَلَى إِمَامٍ أَهْلِ الْجَمَاعَةِ فَيَتَّبِعِي لِلْمُسْلِمِينَ أَنْ يَعِينُوا إِمَامَ أَهْلِ الْجَمَاعَةِ وَإِنْ لَمْ يَقْدِرُوا عَلَى ذَلِكَ لَزِمُوا بَيُوتَهُمْ وَلَمْ يَخْرُجُوا
مَعَ الَّذِينَ خَرَجُوا عَلَى إِمَامٍ أَهْلِ الْجَمَاعَةِ وَلَمْ يَعِينُوهُمْ ثُمَّ قَالَ وَهَذَا قَوْلُ زُفَرٍ وَأَبِي يُوسُفَ .

أَتَقَانِي قَوْلُهُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُمْ كَانُوا عَاجِزِينَ (أَيْ إِذْ الْعَاجِزُ لَا يَلْزِمُهُ الْحُضُورُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ لَهُمْ فِتْنَةٌ أُجْهِزَ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَاتَّبَعَ مُوَلِّيَهُمْ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ قِتَالِهِمْ دَفْعُ شَرِّهِمْ وَذَلِكَ بِمَا ذَكَرْنَا لَأَنَّهُمْ يَرْجِعُونَ إِلَى
جَمَاعَتِهِمْ فَيَعُودُونَ حَرْبًا عَلَيْنَا وَلَمْ يَحْصُلْ بِذَلِكَ رُجُوعُهُمْ إِلَى الْجَمَاعَةِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { فَقَاتِلُوا الَّذِينَ تَبَغُّوْا حَتَّى تَفِيءَ إِلَى
أَمْرِ اللَّهِ } قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِلَّا لَا) أَيْ إِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُمْ فِتْنَةٌ لَا يُجْهِزُ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَلَا يَتَّبِعُ مُوَلِّيَهُمْ لِمَا رُوِيَ عَنْ مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ أَنَّهُ قَالَ
صَرَخَ صَارِخٌ لِعَلِيِّ يَوْمَ الْحَمَلِ لَا يُقْتَلَنَّ مُدْبِرٌ وَلَا يُدْفَعُ عَلَى جَرِيحٍ وَمَنْ أَعْلَقَ بَابَهُ فَهُوَ آمِنٌ وَمَنْ أَلْقَى السِّلَاحَ فَهُوَ آمِنٌ رَوَاهُ سَعِيدٌ وَيَوْمَ
الْحَمَلِ لَمْ تَكُنْ لَهُمْ فِتْنَةٌ وَلَئِنْ قَتَلْتَهُمْ كَانَ لِدَفْعِ شَرِّهِمْ وَقَدْ ائْتَدَعَ بِدُونِهِ فَلَا حَاجَةَ إِلَيْهِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يُقْتَلُ فِي الْوَجْهَيْنِ بِنَاءً عَلَى مَا بَيْنَنَا
مِنْ أَصْلِهِ أَنَّهُ لَا يَحُوزُ قَتْلُهُمْ إِلَّا دَفْعًا وَلَا دَفْعٌ فِي قَتْلِهِ بَعْدَ مَا تَرَكَ الْقِتَالَ وَنَحْنُ نَقُولُ الْحُكْمُ يُدَارُ عَلَى الدَّلِيلِ لَا عَلَى حَقِيقَةِ الْقِتَالِ عَلَى مَا
بَيْنَنَا

الشرح

قَوْلُهُ أُجْهِزَ

ضَبَطَهُ الزَّيْلَعِيُّ لِلْمَفْعُولِ

قَوْلُهُ يَوْمَ الْحَمَلِ

وَيَوْمَ الْحَمَلِ هُوَ الْيَوْمُ الَّذِي كَانَ فِيهِ وَقَعَتْ عَائِشَةُ مَعَ عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا وَإِنَّمَا سُمِّيَ يَوْمَ الْحَمَلِ لِأَنَّ عَائِشَةَ كَانَتْ يَوْمَئِذٍ عَلَى
الْحَمَلِ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ وَنَحْنُ نَقُولُ الْحُكْمُ يُدَارُ عَلَى الدَّلِيلِ

أَيْ وَهُوَ الْجَمْعُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَمْ تُسَبِّ ذُرِّيَّتُهُمْ وَحُبْسَ أَمْوَالِهِمْ حَتَّى يَتُوبُوا) لِقَوْلِ عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَوْمَ الْحَمَلِ لَا يُقْتَلُ أُسِيرٌ وَلَا يُكْشَفُ سِتْرٌ وَلَا
يُؤْخَذُ مَالٌ وَهُوَ الْقُدُورَةُ فِي هَذَا الْبَابِ وَقَوْلُهُ لَا يُقْتَلُ أُسِيرٌ يَعْنِي إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُمْ فِتْنَةٌ وَإِنْ كَانَ لَهُمْ فِتْنَةٌ فَالْإِمَامُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَتَلَهُ لَعَلَّا يَنْفَلِتَ
وَيَلْحَقَ بِهِمْ وَإِنْ شَاءَ حَبَسَهُ لِأَنَّ شَرَّهُ يَنْدَفِعُ بِهِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرْقَهُ لِأَنَّهُ مُسْلِمٌ وَالْإِسْلَامُ يَمْنَعُ الْإِسْتِرْقَاقَ ابْتِدَاءً وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِ عَلِيِّ رَضِيَ

اللَّهُ عَنْهُ لَا يُكْشَفُ سِتْرٌ وَحِينَ طَلَبَ مِنْهُ أَصْحَابُهُ أَنْ يَقْسِمَ النِّسَاءَ بَيْنَهُمْ قَالَ إِذَا قُسِمَتِ النِّسَاءُ فَلِمَنْ تَكُونُ عَائِشَةُ فَأَبَيْتَهُمْ بِذَلِكَ وَقَطَعَ شَبْهَتَهُمْ وَلَأَنَّهُمْ مُسْلِمُونَ فَتَكُونُ أَمْوَالُهُمْ وَأَنْفُسُهُمْ مَعْصُومَةٌ بِالْعِصْمَتَيْنِ لِكُونِهِمْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ

الشرح

قَوْلُهُ وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِ عَلِيٍّ وَلَا يُكْشَفُ سِتْرٌ

قَالَ الْعَيْنِيُّ فِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ قَوْلُهُ وَلَا يُكْشَفُ سِتْرٌ أَيُّ لَا تُسَيَّ نِسَاؤُهُمْ

قَوْلُهُ فَتَكُونُ أَمْوَالُهُمْ وَأَنْفُسُهُمْ مَعْصُومَةٌ بِالْعِصْمَتَيْنِ

أَيُّ الْإِسْلَامِ وَالْدَّارِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ احتَاجَ قَاتِلٌ بِسِلَاحِهِمْ وَخَيْلِهِمْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُقَاتَلُ بِهِ لِأَنَّهُ مُسْلِمٌ فَلَا يَحِلُّ الْإِثْفَاعُ بِمَالِهِ بِدُونِ رِضَاةٍ وَلَنَا أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَسَمَ سِلَاحَهُمْ بِالْبَصْرَةِ بَيْنَ الصَّحَابَةِ وَكَانَتْ قِسْمَتُهُ لِلْحَاجَةِ لَا لِلتَّمْلِكِ بِذَلِيلٍ مَا رَوَى الزُّهْرِيُّ أَنَّ الصَّحَابَةَ أَجْمَعُوا أَنْ لَا يُؤْخَذَ مَالٌ وَلَئِنْ لِلْإِمَامِ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ بِمَالِ أَهْلِ الْعَدْلِ لِمَا رَوَى { أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَخَذَ الدَّرْعَ مِنْ صَفْوَانَ بَغِيرِ رِضَاةٍ } فَمَا ظَنُّكَ بِمَالِ أَهْلِ الْبَغْيِ لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ فِيهِ دَفْعُ شَرِّهِمْ وَإِنْ لَمْ يَحْتَاجُوا إِلَيْهِ حَبْسُهُ عَنْهُمْ كَسَائِرِ أَمْوَالِهِمْ لِأَنَّ فِي رَدِّهِ عَلَيْهِمْ تَقْوِيَةً لَهُمْ وَإِعَانَتَهُمْ عَلَى الْمَعْصِيَةِ ، وَالْكَرَاعُ يُبَاعُ وَيُحْبَسُ ثَمَنُهُ لِأَنَّ حَبْسَ الثَّمَنِ أَيْسَرُ وَأَحْفَظُ لِلْمَالِيَةِ فَإِذَا وَضَعْتَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا وَزَالَتِ الْفِتْنَةُ رَدَّهَا عَلَيْهِمْ لِرُزَالِ الْمَانِعِ وَلَوْ كَانَ مَعَهُمْ أَهْلُ الذِّمَّةِ يُعِينُونَهُمْ عَلَى الْقِتَالِ فَحُكْمُهُمْ كَحُكْمِ أَهْلِ الْبَغْيِ حَتَّى لَا يَجُوزَ اسْتِرْقَاقُهُمْ وَلَا أَخْذُ أَمْوَالِهِمْ لِأَنَّ عَهْدَهُمْ لَمْ يُتَقَضَّ بِهِ

الشرح

قَوْلُهُ وَالْكَرَاعُ

قَالَ فِي دِيَوَانِ الْأَدَبِ الْكَرَاعُ الْخَيْلُ .

أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ قَتَلَ بَاغٍ مِثْلَهُ فَظَهَرَ عَلَيْهِمْ لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ) أَيُّ إِنْ قَتَلَ بَاغٍ بَاغِيًّا مِثْلَهُ فِي عَسْكَرِهِمْ عَمْدًا ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِمْ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْفِصَاصُ لِأَنَّ الْفِصَاصَ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤُهُ إِلَّا بِمَنْعَةٍ وَلَا وَلَايَةَ لِلْإِمَامِ عَلَيْهِمْ حَالَةَ الْقَتْلِ فَلَمْ يُوجِبْ وَلَمْ يَنْقَلِبْ مُوجِبًا بَعْدَهُ كَالْقَتْلِ فِي دَارِ الْحَرْبِ

الشرح

قوله في المتن وإن قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شيء

هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في أهل البغي إذا كانوا في عسكر فقتل رجل منهم رجلاً منهم عمداً ثم ظهرنا عليهم قال ليس عليهم شيء أي لا يجب على القاتل دية ولا قصاص وهذا لأنه قتل نفساً يباح قتلها ألا ترى أن العادل إذا قتل لا يجب شيء لأن لأهل العدل أن يقتلوه كسراً لشيء كرههم فلما كان يباح قتلهم لم يجب شيء .

أثقاني

قال رحمه الله (وإن غلبوا على مصر فقتل مصري مثله فظهر على المصر قتل به) يعني إذا غلب البغاة على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلاً من المصر عمداً ثم ظهر على المصر فإنه يقتص منه وتأويله إذا لم يجر على أهل المصر أحكام أهل البغي بل أزعجهم الإمام العدل قبل ذلك عن ذلك المصر لأن ولاية إمام أهل العدل لم تنقطع قبل أن تجري أحكامهم فيجب القصاص وبعد الإجراء تنقطع فلا يجب

الشرح

قوله بل أزعجهم الإمام العدل قبل ذلك

أي قبل إجراء الأحكام أي أفلح أهل البغي من المصر قبل أن تجري أحكامهم .

قوله وبعد الإجراء تنقطع فلا يجب

أي ولكن يستحق عذاب الآخرة .

أثقاني

قال رحمه الله (وإن قتل عادل باغياً أو قتل باغ وقال أنا على حق ورثته وإن قال أنا على باطل لا) أي قتل رجل من أهل العدل رجلاً من أهل البغي أو قتل رجل من أهل البغي رجلاً من أهل العدل وقال الباغي القاتل قتلته وأنا على الحق ورثته وإن قال قتلته وأنا على الباطل لا يرث وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين وقال الشافعي رحمه الله لا يرث العادل أيضاً لقوله عليه الصلاة والسلام { لا يرث القاتل } ولهذا عنده لو قتل بحق من قصاص أو رجم أو حكم عليه بذلك أو شهد عليه لا يرث قلنا حرمان الإرث جزاء الجريمة ولا جريمة في القتل الواجب أو الجائر فلا يحرم وقتل الباغي واجب فلا يتم على القاتل بقتله ولا يجب الضمان عليه فكذا لا يحرم الإرث لأن حرمانه من باب العقوبة وكذا الباغي لا يحرم لأنه أئلف ما أئلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح إذا انضمت إليه منعة كتأويل أهل الحرب والمرتدين .

ألا ترى إلى ما يروى عن الزهري أنه قال هاجت الفتنة وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فأجمعوا على أن لا يقاد أحد ولا يؤخذ بمال على تأويل القرآن إلا من وجد ماله بعينه رواه أحمد وكذا أجمعوا على أن ما أئلفه أهل الردة لا يجب عليهم ضمانه رواه

الْبَرْقَانِي عَلَى شَرْطِ الْبَحَارِيِّ وَلَأَنَّ الْأَحْكَامَ لَا بُدَّ فِيهَا مِنَ الْإِتِزَامِ وَلَا الْإِتِزَامُ مِنْهُ لِإِعْتِقَادِهِ الْإِبَاحَةَ وَلَا الْإِتِزَامُ مِنَ الْإِمَامِ لِعَدَمِ الْوَلَايَةِ بِمَنْعِهِمْ وَلَا يُمَكِّنُ الْقِيَاسُ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ

تَأْوِيلٌ أَوْ مَنَعَةٌ لَأَنَّ الْوَلَايَةَ بَاقِيَةٌ قَبْلَ الْمَنَعَةِ وَالْإِتِزَامُ مَوْجُودٌ عِنْدَ عَدَمِ التَّأْوِيلِ وَلَا بُدَّ مِنَ الْمَنَعَةِ وَالتَّأْوِيلِ لِسُقُوطِ الضَّمَانِ حَتَّى لَوْ تَغَلَّبَ لُصُوصٌ غَيْرُ مُتَأَوِّلِينَ عَلَى مَدِينَةٍ فَقَتَلُوا النَّفْسَ وَأَخَذُوا الْمَالَ أَخَذُوا بِجَمِيعِهِ لِعَدَمِ التَّأْوِيلِ وَكَذَا لَوْ تَغَلَّبَ رَجُلٌ أَوْ رَجُلَانِ فَأَخَذُوا الْمَالَ وَأَتْلَفُوا النَّفْسَ بِتَأْوِيلِ أَخَذُوا بِجَمِيعِ الْأَحْكَامِ لِعَدَمِ الْمَنَعَةِ ثُمَّ قَالَ صَاحِبُ الْهَدَايَةِ إِنَّ الْعَادِلَ إِذَا أَتْلَفَ نَفْسَ الْبَاغِي أَوْ مَالَهُ لَا يَضْمَنُ وَلَا يَأْتُمُّ لَأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِقَتْلِهِمْ دَفْعًا لَشَرِّهِمْ وَالْبَاغِي إِذَا قَتَلَ الْعَادِلَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ عِنْدَنَا وَيَأْتُمُّ لَأَنَّهُ لَا مَنَعَةَ فِي حَقِّ الشَّارِعِ وَكَذَا قَالَ فِي الْبَدَائِعِ لَا يَضْمَنُونَ مَا أَصَابُوا مِنْ دِمَائِنَا وَأَمْوَالِنَا إِذَا كَانَ لَهُمْ مَنَعَةٌ وَكَذَا أَهْلُ الْعَدْلِ لَا يَضْمَنُونَ مَا أَصَابُوا مِنْ دِمَائِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ لَأَنَّ مَا أَتْلَفُوا دَفْعًا لِقَتْلِهِمْ عَنْ أَنْفُسِهِمْ وَالْعَادِلَ إِذَا أَتْلَفَ عَادِلًا عَبْدًا أَوْ حُرًّا أَوْ مَالَهُ دَفْعًا لِقَتْلِهِ لَا يَضْمَنُ فَالْبَاغِي أَوْلَى وَفِي شَرْحِ الْمُخْتَارِ .

وَقَالَ مُحَمَّدٌ إِذَا تَابُوا أَفْتِنَهُمْ أَنْ يَعْرِمُوا وَلَا أُجْبِرُهُمْ عَلَى ذَلِكَ لِأَنَّهُمْ أَتْلَفُوا بِغَيْرِ حَقٍّ فَيَسْقُوطُ الْمُطَالَبَةُ لَا يَسْقُطُ الضَّمَانُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى وَفِي الْمُحِيطِ : الْعَادِلُ إِذَا أَتْلَفَ مَالَ الْبَاغِي يُؤْخَذُ بِالضَّمَانِ لَأَنَّ مَالَ الْبَاغِي مَعْصُومٌ فِي حَقِّنَا وَأَمَّا الْإِزَامُ الضَّمَانُ فَكَانَ فِي إِجَابِهِ فَائِدَةٌ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفُوا مَالَ الْعَادِلِ فَعَلَى هَذَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْهَدَايَةِ وَالْبَدَائِعِ مِنْ عَدَمِ وَجُوبِ الضَّمَانِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا أَتْلَفَهُ حَالَةَ الْقِتَالِ بِسَبَبِ الْقِتَالِ إِذْ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَقْتُلَهُمْ إِلَّا بِإِثْلَافِ شَيْءٍ مِنْ مَالِهِمْ كَالْخَيْلِ وَالْقِمَاشِ الَّذِي عَلَيْهِمْ وَعِنْدَ إِرْسَالِ الْمَاءِ وَالتَّارِ عَلَيْهِمْ وَأَمَّا إِذَا أَتْلَفُوهَا فِي غَيْرِ هَذِهِ الْحَالَةِ فَلَا مَعْنَى لِمَنْعِ الضَّمَانِ لَأَنَّ مَالَهُمْ مَعْصُومٌ وَاعْتِقَادُ الْحُرْمَةِ مَوْجُودٌ فَلَا مَانِعَ مِنْ وَجُوبِ الضَّمَانِ وَالْإِثْمِ ثُمَّ أَبُو يُوسُفَ يَقُولُ فِي قَتْلِ الْبَاغِي لِلْعَادِلِ إِنَّهُ قَتْلٌ بِغَيْرِ حَقٍّ فَيَتَعَلَّقُ بِهِ حَرَمَانُ الْإِرْثِ كَقَتْلِ الْخَاطِئِ بَلْ أَوْلَى لَأَنَّهُ يَأْتُمُّ وَالْخَاطِئُ لَا يَأْتُمُّ بِالْقَتْلِ وَالتَّأْوِيلُ الْفَاسِدُ يُلْحَقُ بِالصَّحِيحِ فِي حَقِّ دَفْعِ الضَّمَانِ وَالْحَاجَةُ هُنَا إِلَى اسْتِحْقَاقِ الْإِرْثِ لَا إِلَى الدَّفْعِ وَلَهُمَا أَنْ هَذَا قَتْلٌ حَصَلَ بِتَأْوِيلٍ صَحِيحٍ عِنْدَ الْقَاتِلِ لَانْضِمَامِهِ إِلَى الْمَنَعَةِ وَإِنْ كَانَ هَذَا التَّأْوِيلُ فَاسِدًا فِي نَفْسِهِ .

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَسْقُطُ بِهِ الضَّمَانُ فَكَذَا لَا يُوجِبُ الْحَرَمَانُ وَقَوْلُهُ وَالْحَاجَةُ إِلَى اسْتِحْقَاقِ الْإِرْثِ هُنَا لَا إِلَى الدَّفْعِ قُلْنَا مَمْنُوعٌ بَلْ الْحَاجَةُ هُنَا إِلَى دَفْعِ الْحَرَمَانِ لَأَنَّ الْإِرْثَ يُسْتَحَقُّ بِسَبَبِهِ كَالنَّسَبِ أَوْ السَّبَبِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فَيَرِثُ بِهِ وَيَدْفَعُ الْحَرَمَانُ الَّذِي ثَبَتَ جَزَاءً عَلَى فِعْلِهِ بِتَأْوِيلِهِ الْفَاسِدِ بِشَرْطِهِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مُصِرًّا لِيَكُونَ صَحِيحًا عِنْدَهُ بِخِلَافِ الْمُخْطِئِ فَإِنَّ الْخَطَأَ لَا يَدْفَعُ جَزَاءً فِعْلُهُ فِي الدُّنْيَا أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ وَالْكَفَّارَةُ وَالْبَاغِي لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَإِنْ قَتَلَ عَادِلٌ بَاغِيًا الْخ

وَأَصْلُهُ أَنَّ مَا تَلَفَ بَيْنَ أَهْلِ الْعَدْلِ وَالْبَغِيِّ مِنْ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ فَلَا ضَمَانَ فِيهِ عَلَى وَاحِدٍ مِنَ الْفِرْقَتَيْنِ لَكِنْ يَأْتُمُّ الْبَاغِي وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْقَدِيمِ يَجِبُ عَلَى الْبَاغِي ضَمَانُ النَّفْسِ وَالْمَالِ وَفِي الْجَدِيدِ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ قَوْلُهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ لَا يَرِثُ الْبَاغِي فِي الْوَجْهَيْنِ (أَيْ بِخِلَافِ مَا إِذَا قَتَلَ الْعَادِلُ الْبَاغِي حَيْثُ لَا يُحْرَمُ الْإِرْثُ بِالِاتِّفَاقِ لَأَنَّهُ قَتَلَ بِحَقٍّ .

أَتَقَانِي وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ يَعْنِي الْعَادِلَ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ فِي الْوَجْهَيْنِ مَا نَصَّهُ أَيْ فِيمَا إِذَا قَالَ كُنْتُ عَلَى حَقٍّ وَفِيمَا إِذَا قَالَ كُنْتُ عَلَى بَاطِلٍ .

قوله ولهما أن هذا قتلٌ حصل بتأويل صحيح الخ

وقال أبو حنيفة ومحمد إن التأويل الفاسد جعل كالصحيح في حق أحكام الدنيا ولهذا لم يجب به الضمان لا دية ولا قصاص ولا كفارة فلا يجب الحرمان أيضا وتحقيقه أن سبب الإرث وهو القرابة موجود فاعتبر تأويله في حق دفع الضمان فيعتبر في دفع الحرمان عن الإرث أيضا لكن شرط الإرث أن يكون مضرًا على دعوته فإذا رجع فقد بطلت ديانته فلا إرث كما إذا قال كنت على الباطل .

أثقتني رحمه الله (فروع) ويكره أن يبعث برعوس البعثة أو الحربي إلى الأفاق إلا إذا كان في ذلك وهن لهم فلا بأس به ثم قتلى أهل العدل شهداء يفعل بهم كما يفعل بالشهداء يكفنون في ثيابهم ولا يغسلون ويصلى عليهم .

أثقتني وقتلى أهل البغي لا يصلى عليهم سواء كانت لهم فية أو لا هو الصحيح ولكن يغسلون ويكفنون شرح هداية للعيني قال في التجنيس بعلامة

الواو حمل رعوس الكفار إلى دار الإسلام مكروه لما روى عتبة بن عامر الجهني أنه أنكر أبو بكر الصديق رضي الله عنه ذلك اهـ قال رحمه الله (وكره بيع السلاح من أهل الفتن) لأنه إغاة على المعصية قال الله تعالى {وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان} ولأن الواجب قلع سلاحهم بما أمكن حتى لا يستعملوه في الفتنة فالمنع أولى قال رحمه الله (وإن لم يدر أنه منهم لا أي لم يدر أنه من أهل الفتنة لا يكره البيع له لأن الغلبة في دار الإسلام لأهل الصلاح وعلى الغالب ثبتي الأحكام دون النادر وإنما يكره بيع نفس السلاح دون ما لا يقتل به إلا بصنعة كالحديد لأن المعصية تقع بعين السلاح بخلاف الحديد ألا ترى أن العصير والخشب الذي يتخذ منه المعازف لا يكره بيعه لأنه لا معصية في عينها وكذا لا يكره بيع الجارية المغنية والكبش النطوح والدبك المقاتل والحمامة الطائرة لأنه ليس عينها منكراً وإنما المنكر في استعماله المحظور ثم ذكروا أن الحديد لا يجوز بيعه من أهل الحرب وأجازوه من أهل البغي والذي يظهر من الفرق أن أهل البغي لا يتفرغون لاستعمال الحديد سلاحاً لأن فسادهم على شرف الزوال بالتوبة أو بتفريق جمعهم بخلاف أهل الحرب

كتاب اللقيط

اللَّقِيطُ اسْمٌ لِشَيْءٍ مَثْبُودٍ فِي اللُّغَةِ فَعِيلٌ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ كَالْقَتِيلِ وَالْجَرِيحِ وَفِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ اسْمٌ لِمَوْلُودٍ حَيٍّ طَرَحَهُ أَهْلُهُ خَوْفًا مِنَ الْعِيْلَةِ أَوْ التَّهْمَةِ سُمِّيَ بِهِ بِاعْتِبَارِ مَا يُقُولُ إِلَيْهِ لَمَّا أَنَّهُ يُلْقَطُ وَهُوَ مِنْ بَابِ وَصْفِ الشَّيْءِ بِالصِّفَةِ الْمُشَارِفَةِ كَقَوْلِهِ { مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ } قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (نُدِبَ التَّلْقَاطُ وَوَجِبَ أَنْ خَافَ الضِّيَاعَ) لَمَّا فِيهِ مِنْ إِحْيَاءِ النَّفْسِ لِأَنَّهُ عَلَى شَرَفِ الْهَلَاكِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا } وَفِي رَفْعِهِ إِظْهَارُ الشَّفَقَةِ عَلَى الْأَطْفَالِ وَهُوَ مِنْ أَفْضَلِ الْأَعْمَالِ وَلِهَذَا قِيلَ مُحَرِّزُهُ غَانِمٌ وَمُضَيِّعُهُ آثِمٌ وَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { مَنْ لَمْ يَرْحَمْ صَغِيرَنَا وَلَمْ يُوقِّرْ كَبِيرَنَا فَلَيْسَ مِنَّا } ثُمَّ هُوَ مَثْبُودٌ إِلَيْهِ إِنْ كَانَ فِي غَالِبِ رَأْيِهِ أَنَّهُ لَا يَهْلِكُ بَأَنْ وَجَدَهُ فِي الْمَصْرِ كَمَا بَيَّنَّا وَمَفْرُوضٌ عَلَيْهِ إِنْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ ضِيَاعُهُ بَأَنْ وَجَدَهُ فِي مَفَارِجِهِ وَنَحْوِهِ مِنَ الْمَهَالِكِ صِيَانَةً لَهُ وَدَفْعًا لِلْهَلَاكِ عَنْهُ كَمَنْ رَأَى أَعْمَى يَقَعُ فِي الْبُئْرِ وَنَحْوِهِ يُفْتَرَضُ عَلَيْهِ حِفْظُهُ مِنَ الْوُقُوعِ وَهُوَ فَرَضٌ كِفَايَةٌ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْبَعْضِ وَهُوَ صِيَانَتُهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَهُوَ حُرٌّ) لِأَنَّهُ الْأَصْلُ فِي بَنِي آدَمَ إِذْ هُمْ أَوْلَادُ حَوَاءَ وَآدَمَ وَالْأَصْلُ بَقَاءُ مَا كَانَ عَلَى مَا كَانَ حَتَّى يُوجَدَ مَا يُغَيِّرُهُ وَلِأَنَّ الدَّارَ دَارَ الْإِسْلَامِ فَمَنْ كَانَ فِيهَا يَكُونُ حُرًّا بِاعْتِبَارِ الْأَصْلِ إِذْ هُوَ الظَّاهِرُ وَالْغَالِبُ ثُمَّ هُوَ حُرٌّ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ حَتَّى أَنْ قَازِفُهُ يُحَدُّ وَلَا يُحَدُّ قَازِفٌ أُمُّهُ لَوْجُودِ وَلَدٍ مِنْهَا لَا يُعْرِفُ لَهُ أَبٌ

الشرح

عَقَبَ اللَّقِيطَ وَاللَّقَطَةَ بِالْجِهَادِ لَمَّا فِيهِمَا مِنْ عَرَضِيَّةِ الْفَوَاتِ لِلنَّفْسِ وَالْأَمْوَالِ وَقَدَّمَ اللَّقِيطَ عَلَى اللَّقَطَةِ لَمَّا أَنَّ ذِكْرَ النَّفْسِ مُقَدَّمٌ .

دِرَايَةٌ قَالَ الْأَنْقَانِيُّ ذَكَرَ اللَّقِيطَ وَاللَّقَطَةَ بَعْدَ السَّيْرِ لَمَّا أَنَّ النَّفْسَ وَالْأَمْوَالَ فِي الْجِهَادِ عَلَى شَرَفِ الْهَلَاكِ فَكَذَلِكَ اللَّقِيطُ وَاللَّقَطَةُ عَلَى شَرَفِ الْهَلَاكِ وَقَدَّمَ اللَّقِيطَ عَلَى اللَّقَطَةِ لِكَوْنِ النَّفْسِ أَعَزُّ مِنَ الْمَالِ وَإِنَّمَا قَدَّمَ السَّيْرَ عَلَيْهِمَا لِأَنَّ فِي الْجِهَادِ إِغْلَاءَ كَلِمَةِ اللَّهِ تَعَالَى وَإِخْلَاءَ الْعَالَمِ عَنِ الْفَسَادِ الَّذِي هُوَ رَأْسُ كُلِّ مَعْصِيَةٍ وَهُوَ الْكُفْرُ وَالْجِهَادُ فَرَضٌ عَلَى سَبِيلِ الْكِفَايَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { أَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ } أَوْ فَرَضٌ عَيْنٌ إِذَا كَانَ التَّغْيِيرُ عَامًّا وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ وَلِأَنَّ التَّلْقَاطَ مَثْبُودٌ إِلَيْهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا } غَايَةٌ مَا فِي الْبَابِ أَنَّهُ يَجِبُ التَّلْقَاطُ إِذَا خِيفَ الضِّيَاعُ عَلَى اللَّقِيطِ وَلَا شَكَّ أَنَّ مَرْتَبَةَ الْفَرَضِ أَقْوَى فَكَانَ تَقْدِيمُهُ أَوْلَى .

قوله فعيل بمعنى مفعول

أَوْ بِمَعْنَى الْفَاعِلِ كَأَنَّهُ يَدْعُو صَاحِبَهُ إِلَى لَقَطِهِ كَمَا يُقَالُ نَاقَةٌ حُلُوبٌ إِذَا كَانَتْ كَثِيرَةَ اللَّبَنِ كَأَنَّهَُا تَدْعُو صَاحِبَهَا إِلَى الْحَلَبِ وَكَالْلَّقَطَةِ عَلَى مَا يَأْتِيكَ .

مُشْكَلَاتٌ خَوَاهِرُ زَادَهُ

قوله وفي اصطلاح الفقهاء اسم لمولود حي طرحة أهله إلخ

قَالَ أَثَقَانِيُّ وَفِي الشَّرِيعَةِ اسْمٌ لِمَا يُوجَدُ مَطْرُوحًا عَلَى الْأَرْضِ مِنْ صِغَارِ بَنِي آدَمَ وَاللَّقْطَةُ اسْمٌ لِمَا يُوجَدُ مَطْرُوحًا عَلَى الْأَرْضِ مِنَ الْأَمْوَالِ .

قوله في المتن ووجب

أَيُّ فَرَضٍ لِمَا سَيَجِيءُ .

قوله في المتن وهو حر

أَيُّ وَلَوْ كَانَ الْمُتَقَطُّ عَبْدًا .

كَمَالَ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ كَمَا يَأْتِي ١
هـ وَكَتَبَ أَيْضًا مَا نَصَّهُ لِمَا رُوِيَ فِي الْأَصْلِ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ اللَّقِيطُ حُرٌّ وَوَلَاؤُهُ وَعَقْلُهُ لِلْمُسْلِمِينَ وَعَنْ عُمَرَ مِثْلُهُ وَعَنْ شُرَيْحٍ وَإِبْرَاهِيمَ مِثْلُهُ .

أَثَقَانِيُّ

قوله ولا يحد قاذف أمه

أَيُّ لَنَا لَا نَعْلَمُ حُرِّيَّتَهَا وَلَا يُقَامُ الْحَدُّ مَعَ احْتِمَالِ السُّقُوطِ .

كَمَالَ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ) رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَلِأَنَّهُ عَاجِزٌ مُحْتَاجٌ لَا مَالَ لَهُ وَلَا قَرِيبَ وَمَالٍ بَيْتِ الْمَالِ مُعَدٌّ لِلصَّرْفِ إِلَى مِثْلِهِ فَصَارَ كَالْمَقْعَدِ الَّذِي لَا مَالَ لَهُ وَلَا قَرِيبَ وَلِأَنَّ مِيرَاثَهُ لِبَيْتِ الْمَالِ فَتَجِبُ نَفَقَتُهُ مِنْهُ لِأَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ وَلِهَذَا كَانَتْ جَنَائِثُهُ فِيهِ وَقَدْ بَيَّنَّا النَّوْعَ الَّذِي يُسْتَحَقُّ فِيهِ التَّفَقُّةُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ فِي أَوَاخِرِ بَابِ الْجَزَاةِ مِنْ كِتَابِ السِّيَرِ وَلَوْ أَنْفَقَ عَلَيْهِ الْمُتَقَطُّ مِنْ مَالِهِ يَكُونُ مُتَبَرِّعًا لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وَلَايَةُ الْإِلْزَامِ إِلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ الْقَاضِي بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ لِيَرْجِعَ عَلَى اللَّقِيطِ بِهَا لِأَنَّ الْقَاضِيَّ وَلَايَةً عَلَيْهِ فَيَكُونُ دَيْنًا عَلَيْهِ ثُمَّ مُجَرَّدُ أَمْرِ الْقَاضِي بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ يَكْفِي لِلرُّجُوعِ عَلَى اللَّقِيطِ فِيمَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ كَمَا إِذَا قَضَى دَيْنًا عَلَى شَخْصٍ بِأَمْرِهِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ وَفِي الْأَصَحِّ لَا يَرْجِعُ عَلَى اللَّقِيطِ بِمُجَرَّدِ الْأَمْرِ إِلَّا إِذَا صَرَّحَ لَهُ بِأَنَّهُ يُنْفِقُ عَلَيْهِ لِيَرْجِعَ عَلَيْهِ لِأَنَّ مُطْلَقَهُ قَدْ يَكُونُ لِلْحَثِّ وَالتَّرْغِيبِ فَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْإِحْتِمَالِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (كَارِثُهُ وَجَنَائِثُهُ) أَيُّ نَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ كَمَا يَكُونُ إِرْثُهُ لَهُ وَجَنَائِثُهُ فِيهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ
أَيُّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ .

كَأَكْبَرُ

قَوْلُهُ وَلِهَذَا كَانَتْ جِنَايَتُهُ الْخُ
وَحُكْمُ مَا إِذَا قُتِلَ اللَّقِيطُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً يُنْظَرُ قُبَيْلَ بَابِ الْعُشْرِ وَالْخَرَاجِ مِنْ كِتَابِ السَّيْرِ .

قَوْلُهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وَلَايَةُ الْإِلْزَامِ إِلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ الْقَاضِي
أَيُّ وَإِنْ كَانَ مَعَ اللَّقِيطِ مَالٌ أَوْ دَابَّةٌ فَهُوَ لَهُ يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْهُ بِأَمْرِ الْقَاضِي لِأَنَّ اللَّقِيطَ حُرٌّ وَمَا فِي يَدِهِ فَهُوَ لَهُ بِظَاهِرِ يَدِهِ كَذَا ذَكَرَ فِي فَتَاوَى
الْوَلَوَالِجِيِّ .

أَثَقَانِي وَسَيَجِيءُ هَذَا مَتْنًا وَشَرْحًا .

قَوْلُهُ فَيَكُونُ دَيْنًا عَلَيْهِ
أَيُّ إِذَا كَبِرَ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ لِأَنَّ مُطْلَقَهُ
أَيُّ مُحْتَمِلٌ .

قَوْلُهُ قَدْ يَكُونُ لِلْحَثِّ وَالتَّرْغِيبِ
أَيُّ فِي إِثْمَامِ مَا شَرَعَ فِيهِ مِنَ التَّبَرُّعِ .

أَثَقَانِي وَكَتَبَ مَا نَصُّهُ وَقَدْ يَكُونُ لِلرُّجُوعِ .

قوله وجنابته فيه

أَيُّ لَوْ جَنَى اللَّقِيطُ جَنَايَةً خَطَأً عَلَى إِنْسَانٍ تَكُونُ دِيْنُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَأْخُذْهُ مِنْهُ أَحَدٌ) أَيُّ لَا يَأْخُذُ اللَّقِيطُ أَحَدًا مِنَ الْمُتْلِقِطِ لِأَنَّ يَدَهُ سَبَقَتْ إِلَيْهِ فَكَانَ أَحَقَّ بِحِفْظِهِ وَلَمْ يَكُنْ لغيرِهِ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنْهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ وَلَوْ دَفَعَهُ هُوَ إِلَى غَيْرِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّهَ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ وَلَوْ دَفَعَهُ إِلَى الْقَاضِي فَلَهُ أَنْ لَا يَقْبَلَهُ مِنْهُ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ وَلَدَهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ لِتَكُونَ مَوْتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ وَإِنْ أَقَامَ بَيْنَهُ أَنَّهُ لَقِيطٌ أَوْ عَلِمَ الْقَاضِي بِذَلِكَ فَكَذَلِكَ أَنْ لَا يَقْبَلَهُ مِنْهُ لِأَنَّهُ بِالتَّقَاطِ التَّزَمَ حِفْظُهُ وَتَرَبُّتُهُ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَعْرِلَ نَفْسَهُ فَلَا يُسْمَعُ مِنْهُ إِنْ شَاءَ كَالْوَصِيِّ إِذَا أَرَادَ عَزَلَ نَفْسِهِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي

الشرح

قوله فكان أحق

أَيُّ كَمَا فِي سَائِرِ الْمُبَاهَاتِ .

أثقاني

قوله فلا يُسمع منه إن شاء كالوصي الخ

فَإِنْ مَاتَ اللَّقِيطُ وَتَرَكَ مِيرَاثًا أَوْ لَا فَادْعَى رَجُلٌ أَنَّهُ ابْنُهُ لَا تَصِحُّ دَعْوَتُهُ اسْتِحْسَانًا أَيْضًا لِأَنَّ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ إِنَّمَا صَحَّتْ دَعْوَتُهُ النَّسَبِ لِأَنَّ فِيهِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَهُوَ النَّسَبُ وَبِالْمَوْتِ اسْتَعْنَى عَنِ النَّسَبِ بَقِيَ كَلَامُهُ فِي دَعْوَى الْمِيرَاثِ فَلَا يُصَدَّقُ فِيهِ إِلَّا بِحُجَّةٍ كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ وَالذَّخِيرَةِ .

كاكي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبُيِّنَتْ نَسَبُهُ مِنْ وَاحِدٍ) يَعْنِي إِذَا ادَّعَاهُ وَلَمْ يَدَّعِهِ الْمُتْلِقُطُ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يُثْبِتَ نَسَبُهُ مِنْهُ لِأَنَّهُ يَنْضَمُّنْ إِبْطَالَ حَقِّ الْمُتْلِقِطِ فِي الْيَدِ وَلَا يَمْلِكُ ذَلِكَ وَجْهَ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ إِفْرَارٌ بِمَا يَنْفَعُهُ وَهُوَ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ يَتَشَرَّفُ بِالنَّسَبِ وَيُعَيَّرُ بَعْدَمِهِ وَالْمُتْلِقُطُ لَا يُنَازِعُهُ فِيهِ فَصَحَّتْ دَعْوَتُهُ ثُمَّ مِنْ ضَرُورَةٍ ثُبُوتِ النَّسَبِ أَنْ يَكُونَ هُوَ أَحَقَّ بِحِفْظِ وَلَدِهِ مِنَ الْأَجَنِيِّ وَكَمْ مِنْ شَيْءٍ يُثْبِتُ ضِمْنًَا وَإِنْ لَمْ يَثْبِتْ قَصْدًا وَقِيلَ يَصِحُّ فِي حَقِّ النَّسَبِ دُونَ إِبْطَالِ الْيَدِ لِلْمُتْلِقِطِ لِأَنَّ يَدَهُ تَثْبِتُ فِي وَقْتِ لَا مُنَازَعٍ لَهُ فِيهِ فَلَا يَقْدِرُ عَلَى إِبْطَالِهَا وَالْأَصَحُّ الْأَوَّلُ لَمَّا ذَكَرْنَا هَذَا إِذَا لَمْ يَدَّعِ الْمُتْلِقُطُ مَعَهُ وَإِنْ ادَّعَاهُ فَدَعْوَةُ الْمُتْلِقِطِ أَوْلَى وَإِنْ كَانَ ذَمِيًّا وَالْآخِرُ مُسْلِمًا لِأَنَّهُ صَاحِبُ يَدٍ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تُقْبَلَ دَعْوَةُ الْمُتْلِقِطِ أَصْلًا لِأَنَّهُ تَنَاقُضٌ كَلَامُهُ بِدَعْوَاهُ أَنَّهُ ابْنُهُ بَعْدَمَا أَقَرَّ أَنَّهُ لَقِيطٌ وَلِأَنَّهُ يُلْزَمُ اللَّقِيطُ حُكْمُ النَّسَبِ وَالْإِفْرَارُ عَلَى الْغَيْرِ لَا يَصِحُّ وَجْهَ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ إِفْرَارٌ عَلَى نَفْسِهِ بِأَنَّهُ تَلَزَمَهُ نَفَقَتُهُ وَيَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَحْفَظَهُ وَيَكْتَسِبَ لَهُ مَا يَنْفَعُهُ وَقَدْ يَخْفَى عَلَى الْإِنْسَانِ وَلَدُهُ الصَّغِيرُ ثُمَّ يَعْرِفُهُ وَالتَّنَاقُضُ فِيمَا يَخْفَى لَا يَمْنَعُ الْقَبُولَ كَالْمُلَاعِنِ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ وَقِيلَ يَقْبَلُ قَوْلُهُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِبْطَالٌ يَدٍ أَحَدٍ وَالنَّسَبُ يَنْفَعُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا بِخِلَافِ دَعْوَةِ الْأَجَنِيِّ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ كَدَعْوَةِ الْأَجَنِيِّ وَإِنْ اختلف وجه القياس فيهما على ما بيناه

قوله إذا ادعاه

أي مدّع أنه ابنه فالقول قوله ويثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذمياً .

كمال رحمته الله

قوله ولم يدعه الملتقط

يعني سابقاً على دعوى المدعي أو مقارناً أمّا إذا ادعيه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج أولى وإن ادعيه معاً فالملتقط أولى ولو كان ذمياً والخارج مسلماً لاستوائيهما في الدعوى ولأحدهما يد فكان صاحب اليد أولى وهو الذمي ويحكم بإسلام الولد ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحساناً والقياس أن لا يثبت إلا ببيّنة لأنه يتضمّن إبطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه لأنه يتشرف بالنسب ويتأذى بانقطاعه إذ يعبر به ويحصل له من يقوم بتربيته ومؤنته راعياً في ذلك غير ممتن به ويد الملتقط ما اعتبرت إلا لحصول مصلحته هذه لا لذاتها ولا لاستحقاق ملك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذه الدعوى فتقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمناً مرتباً على وجوب اتصال هذا النفع إليه لأن الأب أحق بكونه في يده من الأجنبي وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم أن عند البعض يثبت نسبه من المدعي ويكون في يد الملتقط للجمع بين منفعتي الولد والملتقط وليس بشيء .

كمال رحمته الله .

قوله ولا

يملك ذلك (

أي إلا ببيّنة .

قوله ويعبر

أي يذم .

قوله هذا إذا لم يدع الملتقط معه

قال الأتقاني أما إذا لم يدعه من هو في يده فهو ابن المدعي سواء صدق الذي هو في يده أو كذبه .

قوله وإن ادعاه فدعوه الملتقط أولى

قال الكرخي في مختصره فإن سبق الذي هو في يده أو الخارج فهو للمدعي الأول منهما إلا أن يُقيم الآخر بينة أنه ابنه فيكون ابن الذي أقام البينة دون المدعي .

أتقاني وسيأتي هذا في كلام الشارح .

قوله وإن كان ذمياً والآخر مسلماً

أي حتى لو كان في يد ذمي يدعي أنه ابنه وأقام بينة من المسلمين أنه ابنه قضى للذمي بحكم يده وأما لو كان المدعي للقيط خارجين وأحدهما مسلم والآخر ذمي وأقام بينة من المسلمين يقضي للمسلم .

كاكي

قوله وقد يخفى على الباشان ولده الصغير

أي ويظن أنه لقيط وكتب ما نصه فربما يكون الصبي منبذاً لبعض الحوادث فيظن الملتقط أنه لقيط ثم يتبين أنه ولده فلا تناقض إذا أتقاني

قوله وإن اختلف وجه القياس فيهما

أي فإن وجه القياس في الخارج استلزامه إبطال حق بمجرد دعوى وهنا هو استلزامه التناقض لأنه لما ادعى أنه لقطه كان نافيًا نسبه فلما ادعاه تناقض .

قال رحمه الله (ومن اثنين) أي يثبت نسبه من اثنين أيضًا كما يثبت من واحد وذلك عند عدم المرجح لأحدهما من يد أو بينة أو ذكر علامة فيكون ابنهما لاستوائيهما في النسب والنسب يثبت من اثنين أيضًا عند الاستواء في الحجة عندنا على ما بينا في باب الاستيلاء قال رحمه الله (وإن وصف أحدهما علامة به) أي بالولد (فهو أحق به) لأن ذكر العلامة يدل على أنه كان في يده فالظاهر أنه له فيترجح بها بخلاف اللقطة حيث لا يترجح صاحب العلامة عند التنازع فيها لأن الترجيح لا يُعتبر إلا بعد وجود سبب الاستحقاق وقد وجد ذلك في اللقيط وهو الدعوى دون اللقطة ألا ترى أن أحدهما لو انفرد بها يؤمر بالتسليم في اللقيط واعتبار العلامة له أصل في الشرع قال الله تعالى { إن كان قميصه قد من قبل } الآية وقال الله تعالى { تعرفهم بسيماهم } وإن وافق بعض العلامة وخالف البعض سقط الترجيح إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر بالاعتبار ولو سبق دعوه أحدهما فهو ابنه لعدم النزاع ولو ادعى الآخر بعده لا يقبل إلا بينة لأن البينة

أَقْوَى وَلَوْ ادَّعَتْ امْرَأَتَانِ قَضَى بِهِ لَهُمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَقْضِي لِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا لِأَنَّ ثُبُوتَ النَّسَبِ مِنْهُمَا يَتَعَلَّقُ بِحَقِيقَةِ الْوِلَادَةِ وَهُوَ مُحَالٌ مِنْهُمَا بِخِلَافِ الرَّجُلِ

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ اثْنَيْنِ أَيْضًا

أَيُّ فَإِنْ ادَّعَاهُ أَكْثَرُ مِنْ رَجُلَيْنِ رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُسْمَعُ مِنْ حَمْسَةٍ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ مِنْ اثْنَيْنِ وَلَا يُسْمَعُ مِنْ أَكْثَرٍ مِنْ ذَلِكَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ يُسْمَعُ مِنْ ثَلَاثَةٍ وَلَا يُسْمَعُ مِنْ أَكْثَرٍ مِنْ ذَلِكَ بِدَائِعٍ وَكَذَا فِي شَرْحِ الْأَثْقَانِيِّ وَالْكَمَالِ بِمَعْنَاهُ .

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَإِنْ وَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً بِهِ

أَيُّ إِذَا ادَّعَاهُ اثْنَانِ وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فِي جَسَدِهِ فَهُوَ أَوْلَى بِهِ قَالَ الْأَثْقَانِيُّ هَذَا إِذَا ادَّعَى نَسَبَ الْوَلَدِ رَجُلَانِ خَارِجَانِ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا ذَا الْيَدِ كَانَ هُوَ أَوْلَى بِهِ إِلَّا إِذَا أَقَامَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ قَالَ الْإِمَامُ الْإِسْبِجَابِيُّ وَلَوْ ادَّعَاهُ رَجُلَانِ أَنَّهُ ابْنُهُمَا فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا وَالْآخَرُ ذِمِّيًّا فَإِنَّهُ يَقْضِي بِهِ لِلْمُسْلِمِ وَإِنْ كَانَا مُسْلِمَيْنِ فَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ قَضَى لَهُ وَلَوْ أَقَامَا جَمِيعَا الْبَيِّنَةِ قَضَى لَهُمَا وَلَوْ لَمْ يُقِيمَا الْبَيِّنَةَ غَيْرَ أَنَّ أَحَدَهُمَا وَصَفَ بِجَسَدِهِ عَلَامَاتٍ فَأَصَابَ وَالْآخَرُ لَمْ يَصِفْ فَإِنَّهُ يُجْعَلُ ابْنُ الْوَاصِفِ وَلَوْ لَمْ يَصِفْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَإِنَّهُ يُجْعَلُ ابْنُهُمَا وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَلَامَةَ تَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ مُرْجَحَةً كَمَا فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ قَالَ الْكَمَالُ وَلَوْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ وَأَحَدُهُمَا مُسْلِمٌ كَانَ ابْنًا لِلْمُسْلِمِ وَلَوْ لَمْ يَصِفْ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً كَانَ ابْنُهُمَا لِاسْتَوَائِهِمَا فِي سَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ وَهُوَ الدَّعْوَى .

وَكَذَا لَوْ أَقَامَا وَهُمَا مُسْلِمَانِ وَلَوْ كَانَتْ دَعْوَى أَحَدِهِمَا سَابِقَةً عَلَى الْآخَرِ كَانَ ابْنُهُ وَلَوْ وَصَفَ الثَّانِي عَلَامَةً لثُبُوتِهِ فِي وَقْتٍ لَا مُنَازَعَ لَهُ فِيهِ وَإِنَّمَا قُدِّمَ ذُو الْعَلَامَةِ لِلتَّرْجِيحِ بِهَا بَعْدَ ثُبُوتِ سَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ بَيْنَهُمَا وَهُوَ دَعْوَى كُلِّ مِنْهُمَا مَا قَالَهُ الْكَمَالُ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَمَالُ وَلَوْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ خَارِجَانِ مَعًا وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فِي جَسَدِهِ فَطَابَقَ فَهُوَ أَوْلَى بِهِ مِنَ الْآخَرِ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ فَيُقَدِّمَ عَلَى ذِي الْعَلَامَةِ أَوْ كَانَ مُسْلِمًا وَذُو الْعَلَامَةِ ذِمِّيًّا

قَوْلُهُ وَلَوْ ادَّعَتْ امْرَأَتَانِ قَضَى بِهِ لَهُمَا الْخ

وَلَوْ ادَّعَتْ امْرَأَتَانِ اللَّقِيطُ أَنَّهُ وَلَدُهُمَا وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقِيمُ الْبَيِّنَةَ عَلَى رَجُلٍ عَلَى حِدَةٍ أَنَّهَا وَلَدَتْهُ مِنْهُ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يَصِيرُ وَلَدُهُمَا مِنَ الرَّجُلَيْنِ جَمِيعًا وَقَالَ لَا يَصِيرُ وَلَدُهُمَا وَلَا وَلَدَ الرَّجُلَيْنِ .

قَاضِي حَانَ وَلَوْ ادَّعَتْهُ امْرَأَةٌ أَنَّهُ ابْنُهَا فَإِنْ صَدَّقَهَا زَوْجُهَا أَوْ شَهِدَتْ لَهَا الْقَابِلَةُ أَوْ أَقَامَتْ بَيِّنَةً صَحَّتْ دَعْوَاهَا وَإِلَّا فَلَا لِأَنَّ فِيهِ حَمْلَ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ .

بَدَائِعُ

قَوْلُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

أَيُّ فِي رِوَايَةِ أَبِي حَفْصٍ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يُقْضَى لِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا

أَيُّ وَهُوَ رِوَايَةُ أَبِي سُلَيْمَانَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ وَهُوَ مُحَالٌ مِنْهُمَا

أَيُّ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ جُعِلَ مَجَازًا عَنْ دَعْوَى الْإِرْثِ وَالتَّرْيِيَةِ وَهُوَ مِنْ أَحْكَامِ النَّسَبِ كَمَا فِي حَقِّ الرَّجُلَيْنِ .

أَثَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمِنْ ذِمِّي وَهُوَ مُسْلِمٌ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي مَكَانِ أَهْلِ الذِّمَّةِ) أَيُّ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ ذِمِّي إِذَا ادَّعَاهُ وَيَكُونُ اللَّقِيطُ مُسْلِمًا إِنْ لَمْ يُوَجَدْ فِي مَكَانِ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ لِأَنَّ دَعْوَتَهُ تَتَضَمَّنُ النَّسَبَ وَهُوَ نَفْعٌ لَهُ وَإِبْطَالُ الْإِسْلَامِ الثَّابِتُ بِالذَّارِ يَضُرُّهُ فَصَحَّتْ فِيهَا يَنْفَعُهُ دُونَ مَا يَضُرُّهُ وَلَا يَلْزَمُ مِنْ كَوْنِهِ ابْنًا لَهُ أَنْ يَكُونَ كَافِرًا كَمَا لَوْ أَسْلَمَتْ أُمُّهُ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تُقْبَلَ دَعْوَتُهُ لِأَنَّهُ حُكِمَ لَهُ بِالْإِسْلَامِ فَلَوْ جُعِلَ ابْنًا لَهُ صَارَ تَبَعًا لَهُ فِي الدِّينِ وَهُوَ يَضُرُّهُ وَجْهَ الاسْتِحْسَانِ مَا بَيَّنَّاهُ وَقَوْلُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي مَكَانِ أَهْلِ الذِّمَّةِ تَصْرِيحٌ بِأَنَّ الْمُعْتَبَرُ هُوَ الْمَكَانُ وَقَدْ اخْتَلَفَ الْمَشَائِخُ فِيهِ فَحَاصِلُهُ أَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ أَحَدُهَا أَنْ يَجِدَهُ مُسْلِمًا فِي مَكَانِ الْمُسْلِمِينَ كَالْمَسْجِدِ أَوْ الْقَرْيَةِ أَوْ الْمَصْرِ لِلْمُسْلِمِينَ فَيَكُونُ مُسْلِمًا وَالثَّانِي أَنْ يَجِدَهُ كَافِرًا فِي مَكَانِ أَهْلِ الْكُفْرِ كَالْبَيْعَةِ وَالْكَنِيسَةِ وَقَرْيَةٍ مِنْ قُرَاهُمْ فَيَكُونُ كَافِرًا وَالثَّالِثُ أَنْ يَجِدَهُ كَافِرًا فِي مَكَانِ الْمُسْلِمِينَ وَالرَّابِعُ أَنْ يَجِدَهُ مُسْلِمًا فِي مَكَانِ الْكَافِرِينَ فَفِي هَذَيْنِ الْفَصْلَيْنِ اخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فِي كِتَابِ اللَّقِيطِ الْعَبْرَةُ لِلْمَكَانِ لِسَبْقِهِ وَلِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَا يَضَعُ وَلَدَهُ فِي الْبَيْعَةِ وَلَا الْكَافِرُ فِي الْمَسْجِدِ وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدِ الْعَبْرَةِ لِلوَاحِدِ لِقُوَّةِ الْيَدِ أَلَّا تَرَى أَنَّ تَبَعِيَّةَ الْأَبَوَيْنِ فَوْقَ تَبَعِيَّةِ الدَّارِ حَتَّى إِذَا سَبِيَ الصَّغِيرُ مَعَ أَحَدِ أَبَوَيْهِ يُعْتَبَرُ كَافِرًا فَكَذَا هَذَا مَعَ يَدِ الْوَاحِدِ لَا يُعْتَبَرُ الْمَكَانُ لِأَنَّهُ كَالْأَبِ فِي حَقِّهِ لِقِيَامِهِ بِتَرْيِيَتِهِ وَفِي رِوَايَةِ أُيْهُمَا كَانَ مُوجِبًا لِلِإِسْلَامِ فَهُوَ الْمُعْتَبَرُ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ يَغْلُو وَلَا يُعْلَى وَهُوَ أَنْفَعُ لَهُ أَيْضًا وَفِي رِوَايَةِ يُحَكِّمُ زَيْهَ فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ زَيُّْ الْمُسْلِمِينَ فَهُوَ مُسْلِمٌ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ زَيُّْ الْكُفْرَةِ نَحْوُ الصَّلِيبِ وَالزُّنَّارِ فَهُوَ كَافِرٌ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَمِنْ ذِمِّي وَهُوَ مُسْلِمٌ إلخ

قَالَ الْكَمَالُ وَإِذَا حَكَمْنَا بِأَنَّهُ ابْنُ الذِّمِّيِّ وَهُوَ مُسْلِمٌ فَيَجِبُ أَنْ يُنْزَعَ مِنْ يَدِهِ إِذَا قَارَبَ أَنْ يَعْمَلَ الْأَدْيَانَ كَمَا قُلْنَا فِي الْحَضَانَةِ إِذَا كَانَتْ أُمُّهُ الْمُطْلَقَةُ كَافِرَةً .

قوله في كتاب اللقيط العبرة للمكان لسبقه

أي والسبق من أسباب الترجيح .

فتح

قوله وفي رواية ابن سماعه عن محمد العبرة للواجد

أي كالمباحات التي تستحق سبق اليد أثقاني

قوله ألا ترى أن تبعية الأبوين فوق تبعية الدار

أي لأن بينه وبين الأبوين جزئية ولا جزئية بينه وبين المكان .

كاكي

قوله وفي رواية

أي في كتاب الدعوى .

أثقاني قال الكمال وفي كتاب الدعوى اختلفت النسخ في بعض النسخ أعتبر الواجد في الفصلين وفي بعض نسخه أي نسخ كتاب الدعوى من الميسوط أعتبر الإسلام أي ما يصير الولد به مسلماً نظراً للصغير ولا ينبغي أن يعدل عن ذلك فعلى هذا لو وجد كافر في دار الإسلام أو مسلم في كنيسة كان مسلماً فصارت الصور أربعاً اتفاقيتان وهو ما إذا وجد مسلم في قرية من قرى المسلمين فهو مسلم أو كافر في نحو كنيسة فهو كافر واختلافتان وهما مسلم في نحو كنيسة أو كافر في نحو قرية للمسلمين

قوله وإن كان عليه زي الكفرة نحو الصليب والزئار فهو كافر

أي كما إذا اختلط موتانا بموتى الكفار يعتبر الزي والعلامة للفصل .

كاكي

قال رحمه الله (ومن عبد وهو حر) أي ثبت نسبه من عبد إذا ادعاه ويكون الولد حراً لأن ثبوت النسب منه تمحض منفعة في حقه وهو لا يتبعه في الرق وإنما يتبع أمه وقد تلد حرة فيكون ولده حراً فلا تبطل الحرية الثابتة بالدار بالوهم ولو قال العبد هو ولدي من زوجتي وهي أمة فصده مولاها ثبت نسبه ويكون حراً عند محمد لأنه حر باعتبار الأصل فلا تبطل الحرية بتصادق العبد وسيدها وقال أبو يوسف يكون عبداً لسيدها لأن الأمة أمه فإذا ثبت النسب منها ثبت ما هو من ضروراته وهو الرق إذ يستحيل أن يكون المولود بين رقيقين حراً بخلاف الذمي على ما بينا فلنا لا يستحيل ذلك لأنه يجوز عتقه قبل الانفصال وبعده فلا تبطل الحرية الثابتة بالدار بالشك والحر في دعوة اللقيط أولى من العبد ولو ادعاه حران أحدهما أنه ابنه من هذه الحرة والآخر من الأمة فالذي يدعي من الحرة أولى لأنه أكثر إثباتاً لكونه ثبت جميع أحكام النسب ولو كانت الأمة سريّة له لأنه ثبت الأحكام من جانب والآخر من الجانبين فكان أولى والمسلم أحق من الذمي عند التنازع لأنه أنفع له إذا كان حراً وإن كان عبداً فالذمي أولى لأن الترجيح بالإسلام يكون عند الاستواء ولا استواء وكذا العبد لا يترجح باليد

قوله في المتن ومن عبد وهو حر

قَالَ فِي الْفَتَاوَى الْوَلَوَالِجِيُّ وَلَوْ وَجَدَ الْعَبْدُ اللَّقِيطَ وَلَمْ يُعْرِفْ ذَلِكَ إِلَّا بِقَوْلِهِ وَقَالَ الْمَوْلَى كَذَبْتَ بَلْ هُوَ عَبْدِي فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَوْلَى إِنْ كَانَ الْعَبْدُ مُحْجُورًا لِأَنَّ مَا فِي يَدِ الْمُحْجُورِ كَأَنَّهُ فِي يَدِ الْمَوْلَى لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ يَدٌ عَلَى نَفْسِهِ وَلِهَذَا لَوْ أَقَرَّ بَعَيْنٌ آخَرَ فِي يَدِهِ لَغَيَّرَ الْمَوْلَى لَمْ يَصِحَّ إِقْرَارُهُ إِذَا كَذَبَهُ الْمَوْلَى كَمَا لَوْ كَانَ الْعَيْنُ فِي يَدِ الْمَوْلَى وَإِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ لِأَنَّ لِلْمَأْذُونِ يَدًا عَلَى نَفْسِهِ وَلِهَذَا لَوْ أَقَرَّ بَعَيْنٌ آخَرَ فِي يَدِهِ لَعَبَدَ الْمَوْلَى يَصِحَّ إِقْرَارُهُ وَإِنْ كَذَبَهُ الْمَوْلَى فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيمَا فِي يَدِهِ قَوْلُهُ وَإِنْ كَذَبَهُ الْمَوْلَى فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ أَيْ فَيَكُونُ الْوَلَدُ الَّذِي فِي يَدِهِ حُرًّا إِلَّا أَنْ يُقِيمَ سَيِّدُهُ بَيِّنَةً أَنَّهُ عَبْدُهُ .

كَمَالُ

قوله وَيَكُونُ الْوَلَدُ حُرًّا

أَيُّ لَأَنَّ دَعْوَاهُ تَضَمَّنَتْ شَيْئَيْنِ النَّسَبِ وَالرَّقِّ فَفِي الْأَوَّلِ نَفْعُ الصَّبِيِّ لِأَنَّهُ يَحْصُلُ لَهُ الشَّرَفُ بِثُبُوتِ النَّسَبِ فَيُثْبِتُ ذَلِكَ وَفِي الثَّانِي ضَرَرٌ فَلَا يُثْبِتُ ذَلِكَ لِأَنَّ الظَّاهِرَ هُوَ الْحُرِّيَّةُ .

أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يُرَقُّ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ) لِأَنَّهُ حُكْمٌ بِحُرِّيَّتِهِ بِالْأَدَارِ فَلَا يَتَغَيَّرُ ذَلِكَ إِلَّا بِحُجَّةٍ وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الشُّهُودُ مُسْلِمِينَ لِأَنَّهُ مُسْلِمٌ بِالْأَدَارِ أَوْ بِالْيَدِ فَلَا يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِشَهَادَةِ الْكُفَّارِ إِلَّا إِذَا أُعْتَبِرَ كَافِرًا بِوُجُودِهِ فِي مَوْضِعِ أَهْلِ الذِّمَّةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَالْخَصْمُ فِيهِ هُوَ الْمُتَلَقِّطُ بِاعْتِبَارِ يَدِهِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُهُ عَنْهُ وَيَزْعُمُ أَنَّهُ أَحَقُّ بِحِفْظِهِ فَيُقِيمُ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ لِيَتَوَصَّلَ إِلَى حَقِّهِ وَكَذَا إِذَا صَدَّقَهُ اللَّقِيطُ قَبْلَ الْبُلُوغِ لَا يُسْمَعُ تَصْدِيقُهُ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِهِ نَفْسَهُ بَعْدَ الْحُكْمِ بِالْحُرِّيَّةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ صَغِيرًا فِي يَدِ رَجُلٍ فَادَّعَى أَنَّهُ عَبْدُهُ وَصَدَّقَهُ الْعُلَامُ فَإِنَّهُ يَكُونُ عَبْدًا لَهُ وَإِنْ لَمْ يُدْرَكَ لِأَنَّهُ لَمْ يُعْرِفْ إِلَّا فِي يَدِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ ذِي الْيَدِ كَالَّذِي لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ لِقِيَامِ يَدِهِ لَا بِتَصْدِيقِهِ وَلِهَذَا لَوْ سَكَتَ يَكُونُ عَبْدًا لَهُ لَكِنْ إِذَا رَدَّ لَا يَصِحُّ لِقِيَامِ يَدِهِ مِنْ وَجْهِهِ وَإِنْ صَدَّقَهُ بَعْدَ الْإِذْرَاكِ يُنْظَرُ فَإِنْ كَانَ بَعْدَ مَا أُجْرِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِ الْأَحْرَارِ مِنْ قَبُولِ شَهَادَتِهِ وَحَدِّ قَاضِيهِ لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِالرَّقِّ لِأَنَّهُ اتَّصَلَ بِهِ التَّكْذِيبُ مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ فَصَارَ كَمَا لَوْ اتَّصَلَ بِهِ التَّكْذِيبُ مِنْ جِهَةِ الْمُقَرَّرِ لَهُ

قوله وَالْخَصْمُ فِيهِ الْخ

جَوَابُ سَوَالٍ مُقَدَّرٍ هُوَ أَنْ يُقَالَ الْبَيِّنَةُ لَا تَقُومُ إِلَّا عَلَى خَصْمٍ مُنْكَرٍ وَلَا خَصْمٍ هُنَا .

قَوْلُهُ هُوَ الْمُتَلَقِّطُ

أَيُّ لَأَنَّهُ أَحَقُّ بِثُبُوتِ يَدِهِ عَلَيْهِ فَلَا تَزُولُ إِلَّا بَيِّنَةٌ هُنَا وَإِنَّمَا قُلْنَا هُنَا كَيْ لَا يُنْقَضَ بِمَا إِذَا ادَّعَى خَارِجٌ نَسَبَهُ فَإِنَّ يَدَهُ تَزُولُ بِلَا بَيِّنَةٍ عَلَى الْأَوْجَهِ وَالْفَرْقُ أَنَّ يَدَهُ لِمَنْفَعَةِ الْوَلَدِ وَفِي دَعْوَى النَّسَبِ مَنْفَعَةٌ تُفَوَّتُ الْمَنْفَعَةَ الَّتِي أَوْجَبَتْ اعْتِبَارَ يَدِ الْمُتَلَقِّطِ فَتَزُولُ لِحُصُولِ مَا يُفَوَّتُ الْمَقْصُودَ مِنْ اعْتِبَارِهَا وَهُنَا لَيْسَ دَعْوَى الْعَبْدِيَّةِ كَذَلِكَ بَلْ هُوَ بِمَا يَضُرُّهُ لِتَبْدِيلِ صِفَةِ الْمَالِكِيَّةِ بِالْمَمْلُوكِيَّةِ فَلَا تَزُولُ إِلَّا بَيِّنَةٌ .

كَمَالُ رَحْمَةِ اللَّهِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ وَجِدَ مَعَهُ مَالٌ فَهُوَ لَهُ) لَأَنَّهُ فِي يَدِهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْمَلِكِ لِكَوْنِهِ حُرًّا فَيَكُونُ مَا فِي يَدِهِ لَهُ بَظَاهِرِ يَدِهِ وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمَالُ مَشْدُودًا عَلَى الدَّابَّةِ وَاللَّقِيطُ عَلَيْهَا لِشَهَادَةِ الظَّاهِرِ مِنْ حَالِهِ وَيَصْرِفُهُ الْمُتَلَقِّطُ إِلَيْهِ بِأَمْرِ الْقَاضِي عِنْدَ الْبَعْضِ لَأَنَّهُ مَالٌ ضَائِعٌ لَا يُعْرَفُ لَهُ مَالِكٌ وَلِلْقَاضِي وَلَايَةٌ صَرَفٍ مِثْلَهُ إِلَيْهِ وَقِيلَ يَصْرِفُهُ إِلَيْهِ بغيرِ أَمْرِهِ لَأَنَّهُ مَالُ اللَّقِيطِ ظَاهِرًا لِمَا ذَكَرْنَا وَمِنْ شَدِّهِ وَجَعَلَهُ لَهُ ظَاهِرًا ، وَلِلْمُتَلَقِّطِ وَلَايَةُ الْإِنْفَاقِ وَشِرَاءُ مَا لَا بُدَّ مِنْهُ لِمَصْلَحَةِ اللَّقِيطِ مِنْ مَالِهِ وَلَا يُقَالُ الظَّاهِرُ لَا يَصْلُحُ لِلِاسْتِحْقَاقِ بَلْ لِلدَّفْعِ لَأَنَّا نَقُولُ غَرَضُنَا بِذَلِكَ دَفْعُ الْغَيْرِ فَإِذَا انْدَفَعَ يَبْقَى الْمَالُ ضَائِعًا فَيَصْرِفُهُ عَلَيْهِ عَلَى أَنَّهُ مِلْكُهُ أَوْ يَبْتَغِي الْمَالُ

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَإِنْ وَجِدَ مَعَهُ مَالٌ فَهُوَ لَهُ

أَيُّ ثُمَّ الْمُتَلَقِّطُ يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ ذَلِكَ الْمَالِ بِأَمْرِ الْقَاضِي لِعُمُومِ وَلَايَةِ الْقَاضِي وَهَذَا لَأَنَّهُ نُصِّبَ نَازِرًا لِأُمُورِ الْمُسْلِمِينَ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ قَالَ فِي الشَّامِلِ وَهُوَ مُصَدِّقٌ فِي نَفَقَةِ مِثْلِهِ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمَالُ مَشْدُودًا عَلَى الدَّابَّةِ وَاللَّقِيطِ عَلَيْهَا

قَالَ الْحَاكِمُ فِي الْكَافِي وَإِنْ وَجِدَ اللَّقِيطُ عَلَى دَابَّةٍ فَالدَّابَّةُ لَهُ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ وَيَصْرِفُهُ الْمُتَلَقِّطُ إِلَيْهِ بِأَمْرِ الْقَاضِي

قَالَ الْكَمَالُ لَأَنَّهُ مَالٌ ضَائِعٌ أَيُّ لَا حَافِظَ لَهُ وَمَالِكُهُ وَإِنْ كَانَ مَعَهُ فَلَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى الْحِفْظِ وَلِلْقَاضِي وَلَايَةٌ صَرَفٍ مِثْلَهُ إِلَيْهِ وَكَذَا الْغَيْرُ الْوَاحِدُ بِأَمْرِهِ قَوْلُهُ وَلِلْقَاضِي وَلَايَةٌ صَرَفٍ مِثْلَهُ إِلَيْهِ أَيُّ وَكَذَا لِغَيْرِهِ بِأَمْرِهِ .

كَافِي

قَوْلُهُ لِمَصْلَحَةِ النَّقِيطِ مِنْ مَالِهِ

أَيُّ وَبِهَذَا قَالَ أَحْمَدُ .

فَتَحَّ وَفِي الْمَبْسُوطِ وَكَذَا تَكُونُ الدَّابَّةُ لَهُ لِسَبْقِ يَدِهِ إِلَيْهِ فَإِنَّ الْمَرْكُوبَ تَبَعَ لِزَاكِبِهِ وَهُوَ كَمَالٍ آخَرَ مَعَهُ .

كَأَكْبَرُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَصِحُّ لِلْمُلْتَقِطِ عَلَيْهِ نِكَاحٌ وَبَيْعٌ وَإِجَارَةٌ) لِأَنَّ وَلَايَةَ التَّرْوِيجِ عَلَى الْغَيْرِ تُسْتَحَقُّ بِقَرَابَةٍ أَوْ مِلْكٍ أَوْ سُلْطَنَةٍ وَلَمْ يُوْجَدْ شَيْءٌ مِنْهَا وَالتَّصَرُّفُ فِي الْمَالِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِكَمَالِ الرَّأْيِ وَوُفُورِ الشَّفَقَةِ وَذَلِكَ يُوجَدُ فِي الْأَبِ وَالْحَدِّ لَا غَيْرُ وَلِهَذَا لَا تَمْلِكُهُ الْأُمُّ مَعَ أَنَّهَا تَمْلِكُ الْإِنِّكَاحَ فَذَا أَوْلَى وَهَذَا لِأَنَّ فِي كُلِّ مِنْهُمَا لَمْ يُوْجَدْ إِلَّا شَطْرُ الْعِلَّةِ وَهِيَ كَمَالُ الشَّفَقَةِ فِيهَا وَكَمَالُ الرَّأْيِ فِيهِ فَصَارَ كَالْعَمِّ وَالْإِجَارَةَ لَا يَمْلِكُهَا مَنْ لَا يَمْلِكُ إِثْلَافَ مَنَافِعِهِ بِالْإِسْتِخْدَامِ بِلَا عَوَضٍ وَالْمُلْتَقِطُ لَا يَمْلِكُهُ فَلَا يَمْلِكُ أَنْ يُؤْجَرَهُ كَالْعَمِّ بِخِلَافِ الْأُمِّ فَإِنَّهَا تَمْلِكُهُ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ أَنَّ لَهُ أَنْ يُؤْجَرَهُ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى تَثْقِيفِهِ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَهُوَ رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ

الَشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَلَا يَصِحُّ لِلْمُلْتَقِطِ عَلَيْهِ نِكَاحٌ وَبَيْعٌ (أَيُّ وَشِرَاءٌ لِيَسْتَحِقَّ الثَّمَنَ دَيْنًا عَلَيْهِ لِأَنَّ الَّذِي إِلَيْهِ لَيْسَ إِلَّا الْحِفْظُ وَالصِّيَانَةُ وَمَا مِنْ ضَرُورِيَّاتِ ذَلِكَ .

فَتَحَّ

قَوْلُهُ وَلِهَذَا لَا تَمْلِكُهُ الْأُمُّ مَعَ أَنَّهَا تَمْلِكُ الْإِنِّكَاحَ

أَيُّ عِنْدَ عَدَمِ الْعَصَبَةِ .

قَوْلُهُ وَهَذَا لِأَنَّ فِي كُلِّ مِنْهُمَا

أَيُّ مِنَ الْأُمِّ وَالْمُلْتَقِطِ

قَوْلُهُ بِخِلَافِ الْأُمِّ فَإِنَّهَا تَمْلِكُهُ

أَيُّ تَمْلِكُ اسْتِخْدَامَ وَلَدِهَا وَإِجَارَتَهُ .

قوله وذكر القدوري أن له أن يؤجره

سيأتي في آخر الكراهية أن هذا أقرب لأن فيه نفعاً محضاً .

قوله لأنه يرجع إلى تثقيفه

أي تقويمه .

قال رحمه الله (ويسلمه في حرفة) لأنه نفع محض يهذب نفسه ويطلع صاحب الحرفة والاشتغال به يمنعه عن الاشتغال بالفساد فيكون سبب سعادته في الدنيا والآخرة

الشرح

قوله في المتن ويسلمه في حرفة

أي لأنه من باب التثقيف وحفظ حاله عن الشتات وصيائته عن الفساد .

فتح

قال رحمه الله (ويقبض هبته) أي إذا وهب للقبط هبة فلم يلتقط أن يقبضها لأنه نفع محض وليس فيها احتمال خلافه ولهذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان مميزاً والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب اللقطة

اللقطة مثل اللقيط في الاشتقاق والمعنى فإن كلاً منهما مشتق من الالتقاط وهو الرفع واللقطة بضم اللام وفتح القاف اسم الفاعل للمبالغة ويسكون القاف اسم المفعول كالضحكة والضحكة وسمي هذا المال الملقوط باسم الفاعل منه لزيادة معنى اختص به وهو أن كل من رآها يميل إلى رفعها فكأنها تأمره بالرفع لأنّها حاملة عليه فأسند إليها مجازاً فجعلت كأنها هي التي رفعت نفسها ونظيره قولهم ناقة حلوب ودابة ركوب وهو اسم فاعل سميت بذلك لأن من رآها يرغب في الركوب والحلب فنزلت كأنها حلبت نفسها أو ركبت نفسها قال رحمه الله (لقطة الحل والحرم أمانة إن أخذها ليردها على ربها وأشهد) لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً بل هو الأفضل عند عامة العلماء ويجب إذا خاف ضياعه فإذا كان كذلك لا يكون مضموناً عليه وصاحبها أيضاً يرضى بالأخذ ليحفظها له عادة فقد وجد منه الرضا دلالة فلا يجب عليه الضمان وإنما قلنا بأنه مأذون فيه شرعاً لقوله صلى الله عليه وسلم { من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل وليحفظ عفاصها وكاءها فإن جاء صاحبها فلا يكتم فهو أحق بها وإن لم يجرى صاحبها فهو مال الله تعالى يؤتبه من يشاء } رواه أحمد وابن ماجه .

وهذا مطلق فيتناول لقطة الحل والحرم وقالت المتقشفة لا يحل له أن يرفعها لأن مال الغير لا يجوز إثبات اليد عليه إلا بإذنه كما لا يجوز تناوله إلا بإذنه وقال بعض المتقدمين من أئمة التابعين يحل له أن يرفعها والترك أفضل لأن صاحبها يطلبها في ذلك الموضع والحجة عليهم ما بينا ولأنه لو تركها لا يأمن أن يصل إليها يد خائنة فيكتمها عن مالكها قالوا إذا كان يخاف على نفسه الطمع فيها فالترك أفضل صيانة لنفسه عن الوقوع في المحرم وإذا أخذها عرفها حتى يوصلها إلى مالكها والاشهاد لنفي التجاحد حتى لو صدقه صاحبها أنه أخذها ليردها عليه لا يضمن وإن لم يشهد لأن إقراره حجة عليه كالبينة ولو أقر أنه أخذها لنفسه ضمن لوجود التعدّي على مال الغير فصار كالعاصب وقال صلى الله عليه وسلم { على اليد ما أخذت حتى ترد } وإن لم يشهد عند الالتقاط وادعى أنه أخذها للرد وادعى صاحبها أنه أخذها لنفسه فالقول لصاحبها ويضمن الملتقط قيمتها عندهما وقال أبو يوسف القول قول الملتقط فلا يضمن لأن أخذها لصاحبها حسبة ولنفسه معصية فكان حمل فعله على الصلاح أولى من حمليه على الفساد ولأن الملتقط منكراً والمالك مدّع للضمان فالقول قول المنكر ولهما أنه أخذ مال الغير بغير إذنه وهو سبب الضمان فيضمن . وهذا لأن الإذن مقيد بالاشهاد على ما روينا وإذا لم يشهد لم يوجد فيضمن وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله وهو أن الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه وصار نظير ما لو أخذ مال الغير وادعى أنه ودّيعه قالوا هذا الاختلاف عند الإمكان وأما إذا لم يمكنه بأن لم يجد أحداً يشهده أو خاف عليها من الظلمة فلا يضمن بالاتفاق لأن ترك الإشهاد إنما يدل على أنه أخذها لنفسه عند القدرة وإن أشهد عند الأخذ وعرفها ثم ردها إلى موضعها لم يضمن وذكر الحاكم في مختصره إن ردها بعدما حوّلها ضمن لأنه بالتحويل التزم حفظها وبالرد صار مضيعاً لها ولا كذلك قبل التحويل بخلاف ما إذا لم يشهد حيث لا يبرأ من الضمان به اتفاقاً لأن الظاهر أنه أخذه لنفسه فلا يبرأ بغير الرد على صاحبه ويكفيه في الإشهاد أن يقول من رأيتموه ينشد الضالة فدلوه علي سواء كانت اللقطة واحدة أو أكثر

الشرح

مناسبة الكتابين أعني كتاب اللقيط وكتاب اللقطة في غاية الظهور لوجود معنى اللقطة فيهما جميعاً إلا أن اللقيط اختص بالمتبذ من بني آدم واللقطة اختصت بالمتبذ من المال لأن فعلة يدل على معنى الفاعل كالهزمة واللزمة والضحكة يفتح الحاء المال المتبذ كأنها تلقط

نَفْسَهَا لِكثَرَةِ رَغَبَاتِ النَّاسِ فِيهَا وَمِيلَانِ الطَّبَعِ إِلَيْهَا فَسُمِّيَ لِقَطَةً عَلَى الْإِسْنَادِ الْمَجَازِيِّ وَفِي الْمَثْبُودِ مِنْ بَنِي آدَمَ إِبَاءٌ عَنْ قَبُولِهِ لِلزُّومِ نَفَقَتَهُ وَمُؤْتَنَتِهِ فَسُمِّيَ لِقِطًا أَيْ مَلْقُوطًا عَلَى سَبِيلِ التَّفَاوُلِ وَإِرَادَةِ السَّلَاحِ فِي حَالِهِ كَمَا سُمِّيَ اللَّدِيغُ سَلِيمًا وَالْمَهْلَكَةُ مَفَازَةً .

أَثَقَانِي وَقَالَ الْكَمَالُ هِيَ أَيْ اللَّقْطَةُ فُعْلَةٌ يَفْتَحُ الْعَيْنَ وَصَفُ مُبَالَعَةٍ لِلْفَاعِلِ كَهَمْزَةٍ وَلَمْزَةٍ وَلُعْنَةٍ وَضَحْكَةٍ لِكثَرِ الْهَمْزِ وَغَيْرِهِ وَيُسْكُونَهَا لِلْمَفْعُولِ كَضَحْكَةٍ وَهَزْأَةٍ الَّذِي يَضْحَكُ مِنْهُ وَيَهْزَأُ بِهِ وَإِنَّمَا قِيلَ لِلْمَالِ لِقَطَةً بِالْفَتْحِ لِأَنَّ طِبَاعَ النَّفْسِ فِي الْعَالِبِ تَتَبَادَرُ إِلَى التَّقَاطُهِ لِأَنَّهُ مَالٌ فَصَارَ الْمَالُ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ دَاعٍ إِلَى أَخْذِهِ بِمَعْنَى فِيهِ نَفْسِهِ كَأَنَّهُ الْكَثِيرُ اللَّاتِقَاطُ مَجَازًا وَإِلَّا فَحَقِيقَةُ الْمُتَقَطِّ الْكَثِيرِ اللَّاتِقَاطِ وَمَا عَنْ الْأَصْمَعِيِّ وَابْنِ الْأَعْرَابِيِّ أَنَّهُ يَفْتَحُ الْقَافَ اسْمًا لِلْمَالِ أَيْضًا مُحْمُولًا عَلَى هَذَا يَعْنِي يُطْلَقُ عَلَى الْمَالِ أَيْضًا كَلَامُ الْكَمَالِ .

قَوْلُهُ وَيَجِبُ الْخ

تَبَعَ صَاحِبُ الْكَافِي فِي التَّعْبِيرِ بِلَفْظِ الْوُجُوبِ وَفِي الْخُلَاصَةِ يُفْتَرَضُ وَعَلَى هَذَا فَالْمُرَادُ بِالْوُجُوبِ الْإِفْتِرَاضُ وَقَالَ فِي الْهِدَايَةِ أَيْ اللَّاتِقَاطُ الْوَاجِبُ إِذَا خَافَ الضِّيَاعَ عَلَى مَا قَالُوا وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ أَيْ يُفْتَرَضُ كَمَا تَقَدَّمَ فِي اللَّقِيطِ قَالَ الْأَثَقَانِي ثُمَّ الْأَصْلُ فِي جَوَازِ اخْتِذِ اللَّقْطَةِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { مَنْ أَخَذَ لِقْطَةً فَلْيُشْهِدْ ذَوْيَ عَدْلٍ } قَالَ فِي الشَّامِلِ فِي قِسْمِ الْمَبْسُوطِ أَخَذَ اللَّقْطَةَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى } وَقَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ إِذَا وَجَدَ لِقْطَةً فَلَا فَضْلَ لَهُ أَنْ يَرْفَعَهَا إِذَا كَانَ يَأْمَنُ عَلَى نَفْسِهِ وَإِذَا كَانَ لَا يَأْمَنُ لَا يَرْفَعُهَا وَقَالَ فِي شَرْحِ الْأَقْطَعِ يُسْتَحَبُّ اخْتِذُ اللَّقْطَةِ وَلَا يَجِبُ قَالَ فِي التَّوَاظِلِ قَالَ أَبُو نَصْرِ مُحَمَّدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بَنِ سَلَامٍ تَرَكَ اللَّقْطَةَ أَفْضَلَ فِي قَوْلِ أَصْحَابِنَا مِنْ رَفْعِهَا وَرَفْعُ اللَّقِيطِ أَفْضَلُ مِنْ تَرْكِهِ وَقَالَ فِي خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى إِنْ خَافَ ضَيَاعَهَا يُفْتَرَضُ الرَّفْعُ وَإِنْ لَمْ يَخَفْ يُبَاحُ رَفْعُهَا أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَيْهِ وَالْأَفْضَلُ الرَّفْعُ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ إِلَى هُنَا لَفْظُهُ وَقَالَ فِي الْفَتَاوَى الْوَلَوَالِجِيَّةِ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي رَفْعِهَا قَالَ بَعْضُهُمْ رَفْعُهَا أَفْضَلُ مِنْ تَرْكِهَا وَقَالَ بَعْضُهُمْ يَحِلُّ رَفْعُهَا وَتَرْكِهَا أَفْضَلُ وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَوْ تَرَكَهَا لَا يَأْمَنُ مِنْ أَنْ يَصِلَ إِلَيْهَا يَدُ خَائِنَةٍ فَيَمْنَعُهَا عَنْ مَالِكِهَا وَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ صَاحِبَهَا رُبَّمَا يَطْلُبُهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي سَقَطَتْ مِنْهُ فَإِذَا تَرَكَهَا وَجَدَهَا صَاحِبَهَا فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ ثُمَّ قَالَ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .

وَقَالَ الْإِسْبِيجَابِيُّ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَلَوْ رَفَعَهَا وَوَضَعَهَا فِي مَكَانِهَا ذَلِكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ وَقَالَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا هَذَا إِذَا أَخَذَ وَلَمْ يَبْرَحْ عَنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ حَتَّى وَضَعَ هُنَاكَ فَأَمَّا إِذَا ذَهَبَ عَنْ مَكَانِهِ ذَلِكَ ثُمَّ أَعَادَهَا وَوَضَعَهَا فِيهِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ وَقَالَ بَعْضُهُمْ إِذَا أَخَذَهَا ثُمَّ أَعَادَهَا إِلَى ذَلِكَ الْمَكَانِ فَهُوَ ضَامِنٌ ذَهَبَ عَنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ أَوْ لَمْ يَذْهَبْ وَهَذَا خِلَافُ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْإِسْبِيجَابِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى (فَرَعٌ) مَنْ سَقَطَ مِنْهُ مَالٌ فِي الطَّرِيقِ وَأَخَذَهُ إِنْسَانٌ لِيَرُدَّهُ عَلَى مَالِكِهِ ثُمَّ رَدَّهُ إِلَى مَكَانِهِ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّهُ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ فِي يَدِ صَاحِبِهِ حُكْمًا وَرَدُّهُ إِلَيْهِ كَرَدُّهُ إِلَى صَاحِبِهِ فَتَحَّ فِي كِتَابِ السَّرِقَةِ فِي نَقَبِ اللَّصِّ وَأَنْظَرُ مَا كَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ فِي الْمَثْنِ وَعَرَّفَ الْخَ فَإِنَّهُ نَافِعٌ .

قَوْلُهُ وَلِيَحْفَظَ عِفَاصَهَا وَوَلِكَاءَهَا

الْعِفَاصُ الْوِكَاءُ الَّذِي تَكُونُ فِيهِ النَّفَقَةُ مِنْ جِلْدٍ أَوْ حَرِيقَةٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ وَالْوِكَاءُ الرِّبَاطُ الَّذِي يُشَدُّ بِهِ كَاكِيٌّ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَالْوِكَاءُ رِبَاطُ الْقَرْبَةِ .

قوله المتقشفة

الْمُتَقَشِّفَةُ : الْمُتَعَمِّقَةُ فِي الدِّينِ وَأَصْلُ الْمُتَقَشِّفِ الَّذِي لَا يَتَعَاهَدُ النَّظَافَةَ ثُمَّ قِيلَ لِلْمُتَزَهِّدِ الَّذِي يَقْنَعُ بِالْمَرْقِعِ مِنَ الثِّيَابِ وَالْوَسْخِ مُتَقَشِّفٌ مِنَ الْقَشْفِ وَهُوَ شِدَّةُ الْعَيْشِ وَخُسُوفُهُ .

مُعَرَّبٌ

قوله وقال بعض المتقدمين من أئمة التابعين يحلُّ له أن يرفعها
وبه قال أحمد .

فَتَحَّ وَكَتَبَ مَا نَصَّه لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ يَنْهَ عَنْ ذَلِكَ وَلَا أَنْكَرَ عَلَى مَنْ فَعَلَهُ بَلْ أَمَرَهُ بِتَعْرِيفِهَا .
فَتَحَّ .

قوله ولأنه لو تركها لا يأمن أن يصل إليها يد خائنة

قَالَ الْكَمَالُ فَإِنْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ ذَلِكَ إِنْ لَمْ يَأْخُذْهَا فِي الْخُلَاصَةِ يُفْتَرَضُ الرَّفْعُ وَلَوْ رَفَعَهَا ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ يَضَعَهَا مَكَانَهَا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَسَدِّدُ كُرْهُ وَكَتَبَ مَا نَصَّه فَيَضِيعُ مَالُهُ فَكَانَ رَفْعُهَا وَسِيلَةً إِلَى إِيصَالِ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحَقِّهِ وَلِهَذَا قَالُوا يَجِبُ إِذَا خَافَ الضَّيَاعَ .

كَافِي شَرْحِ الْوَافِي وَقَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَهُوَ الْوَاجِبُ إِذَا خَافَ الضَّيَاعَ عَلَى مَا قَالُوا قَوْلُهُ وَهُوَ أَيْ أَخَذَ اللَّقْطَةَ .

قوله وقال أبو يوسف القول قول الملتقط فلا يضمن

أَيُّ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَمَالِكٌ وَأَحْمَدُ لِأَنَّ الْإِشْهَادَ غَيْرُ وَاجِبٍ عَلَيْهِ عِنْدَهُمْ بَلْ هُوَ مُسْتَحَبٌّ وَذَكَرَ فِي شَرْحِ الْأَقْطَاعِ قَوْلُ مُحَمَّدٍ مِنْ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ فِي أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ وَالْقَوْلُ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ أَخَذَهَا لِلرَّدِّ .

كَأَكْبَى وَكَتَبَ مَا نَصَّه قَالَ الطَّحَاوِيُّ وَبِهِ نَأْخُذُ .

أَنْقَايِي

قَوْلُهُ فَكَانَ حَمْلُ فِعْلِهِ عَلَى الصَّلَاحِ أَوْلَى مِنْ حَمْلِهِ عَلَى الْفَسَادِ

أَيُّ وَلَئِنْ أَخَذَ مَا ذُودُنْ فِيهِ شَرْعًا بِقَيْدِ كَوْنِهِ لِلْمَالِكِ فَإِذَا أَخَذَ إِنْ لَمْ يَكُنْ الظَّاهِرُ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِلْمَالِكِ فَأَقْلُ مَا فِي الْبَابِ أَنْ يَكُونَ مَشْكُوكًا فِي أَنَّهُ أَخَذَهُ لَهُ أَوْ لِنَفْسِهِ فَلَا يَضْمَنُ بِالشُّكِّ .

كَمَالُ

قَوْلُهُ فَلَا يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ

أَيُّ وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ كَوْنُهُ مَعْنَى مِنَ الْإِشْهَادِ كَذَا .

فَتْحُ

قَوْلُهُ وَذَكَرَ الْحَاكِمُ فِي مُخْتَصَرِهِ إِنْ رَدَّهَا بَعْدَ مَا حَوَّلَهَا ضَمِنَ

وَفِي الْيَنَابِيعِ يَضْمَنُ سَوَاءً حَوَّلَهَا أَوْ لَمْ يُحَوَّلَهَا وَهُوَ خِلَافُ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ وَهُوَ الْأَصَحُّ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعَرَفَ إِلَى أَنْ عَلِمَ أَنَّ رَبَّهَا لَا يَطْلُبُهَا) أَيُّ عَرَفَ اللَّقْطَةَ إِلَى أَنْ يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّ صَاحِبَهَا لَا يَطْلُبُهَا وَرَوَى مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِنْ كَانَتْ أَقْلُ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ عَرَفَهَا أَيَّامًا وَإِنْ كَانَتْ عَشْرَةً فَصَاعِدًا عَرَفَهَا حَوْلًا وَقَوْلُهُ أَيَّامًا أَيُّ عَلَى حَسَبِ مَا يَرَى وَقَدَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ بِالْحَوْلِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ وَوَجْهُهُ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { سُئِلَ عَنْ لُقْطَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ فَقَالَ اعْرِفْ وَكَأَافَا وَعَقَافَهَا ثُمَّ عَرَفَهَا سَنَةً فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ فَأَذَّهَا إِلَيْهِ { وَسُئِلَ عَنْ ضَالَّةِ الْإِبِلِ فَقَالَ مَالِكٌ وَلَهَا دَعْوَاهَا فَإِنْ مَعَهَا حِذَاءُهَا وَسَقَاءُهَا تَرُدُّ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا وَسُئِلَ عَنْ الشَّاةِ فَقَالَ خُذْهَا فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّبِّ رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَالْبُخَارِيُّ وَغَيْرُهُمَا فَقَدَرَهُ بِسَنَةٍ مِنْ غَيْرِ فَصَلَّ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا إِنْ كَانَتْ مِائَتِي دِرْهَمٍ فَصَاعِدًا مُعْرِفُهَا حَوْلًا وَفِيمَا فَوْقَ الْعَشْرَةِ إِلَى الْمِائَتَيْنِ شَهْرًا وَفِي الْعَشْرَةِ جُمُعَةً وَفِي ثَلَاثَةِ دَرَاهِمٍ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَفِي دِرْهَمٍ يَوْمًا وَإِنْ كَانَتْ ثَمَرَةً وَنَحْوَهَا تَصَدَّقَ بِهَا مَكَانَهَا وَإِنْ كَانَ مُحْتَاجًا أَكَلَهَا مَكَانَهَا قَدَرًا لِكُلِّ لُقْطَةٍ مَا يَلِيقُ بِحَالِهَا فَكَانَ هَذَا وَمَا ذَكَرَهُ فِي الْمُخْتَصَرِ وَاحِدًا لِأَنَّهُ فُوضَهُ إِلَى اجْتِهَادِهِ .

وَهَذَا قَدَرُهُ بِاجْتِهَادِهِ فَلَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا وَهُوَ الَّذِي اخْتَارَهُ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ بِقَوْلِهِ وَقِيلَ إِنْ شِئْنَا مِنْ هَذِهِ الْمَقَادِيرِ لَيْسَ بِلَزَامٍ وَيُفَوَّضُ إِلَى رَأْيِ الْمُتَلَقِّطِ يُعْرِفُهَا إِلَى أَنْ يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّ

صَاحِبَهَا لَا يَطْلُبُهَا بَعْدَ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَتْ اللَّقْطَةُ شِئْنَا لَا يَبْقَى عَرَفُهَا حَتَّى إِذَا خَافَ أَنْ تَفْسُدَ تَصَدَّقَ بِهَا وَعَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { أَنَّهُ مَرَّ بِثَمَرَةٍ فِي الطَّرِيقِ فَقَالَ لَوْ لَا أَنِّي أَخَافُ أَنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتُهَا { رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ وَقَالَ جَابِرٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ { رَخَّصَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الْعَصَا وَالسُّوْطِ وَالْحَبْلِ وَأَشْبَاهِهِ يَلْتَقِطُهُ الرَّجُلُ يَتَفَعُّ بِهِ { رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِأَبِي بَنٍ كَعْبٍ عَرَفُهَا فَإِنْ جَاءَ أَحَدٌ يُخْبِرُكَ بِعِدَّتِهَا وَوَعَائِثِهَا وَوِكَائِلِهَا فَأَعْطِهَا إِيَّاهُ وَإِلَّا فَاسْتَمْتِعْ بِهَا رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَأَحْمَدُ فَهَذِهِ الْأَخْبَارُ بَعْضُهَا مُقَدَّرَةٌ بِحَوْلٍ وَبَعْضُهَا بِسَاعَةٍ وَبَعْضُهَا مُطْلَقَةٌ عَنْ التَّقْدِيرِ فَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ التَّقْدِيرَ لَيْسَ بِلَزَامٍ وَإِنَّمَا هُوَ مُفَوَّضٌ إِلَى رَأْيِ الْمُتَلَقِّطِ وَيَبْغِي أَنْ يُعْرِفَهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي لَقِيَهَا فِيهِ وَفِي الْمَجَامِعِ فَإِنْ ذَلِكَ أَقْرَبُ إِلَى الْوُصُولِ إِلَى صَاحِبِهَا وَعَنْ الْحُلَوَانِيِّ أَنَّهُ يَكْفِيهِ الْإِشْهَادُ أَنَّهُ أَخَذَهَا لِيَرُدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا وَيَكُونُ ذَلِكَ تَعْرِيفًا وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي السِّيَرِ الْكَبِيرِ وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا سَيَّبَ دَابَّتَهُ فَأَخَذَهَا إِنْسَانٌ فَأَصْلَحَهَا مَلَكَهَا إِنْ قَالَ مَالِكُهَا وَقَتَ التَّسْيِيبِ هِيَ لِمَنْ أَخَذَهَا وَلَا سَبِيلَ لَهُ عَلَيْهَا لِأَنَّهُ أَبَاحَ التَّمْلُكَ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا مِنْهُ .

وَكَذَلِكَ فِيمَنْ أَرْسَلَ صَيْدًا لَهُ فَإِنْ احْتَلَفَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِهَا ذَكَرَهُ أَبُو اللَّيْثِ وَفِي الْهِدَايَةِ إِذَا كَانَتْ اللَّقْطَةُ شَيْئًا يُعْلَمُ أَنَّ صَاحِبَهَا لَا يَطْلُبُهَا كَالنَّوْءِ وَقِشْرِ الرُّمَّانِ يَكُونُ الْقَاوُذُ إِبَاحَةً وَيَحْزُرُ الْإِتِّفَاعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ لَكِنَّهُ يَبْقَى عَلَى مِلْكٍ مَالِكِهِ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنَ الْمَجْهُولِ لَا يَصِحُّ

وَفِي الْوَقَعَاتِ الْمُخْتَارُ فِي الْقُشُورِ وَالنَّوْءِ يَمْلِكُهُ وَفِي الصَّيْدِ لَا يَمْلِكُهُ وَإِنْ جَمَعَ سُبُلًا بَعْدَ الْحَصَادِ فَهُوَ لَهُ لِإِجْمَاعِ النَّاسِ عَلَى ذَلِكَ وَإِنْ سَلَخَ شَاةً مَيْتَةً فَهُوَ لَهُ أَيْضًا وَلِصَاحِبِهَا أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهُ وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي صُوفِهَا

الشرح

قوله في المتن وعرف إلى أن علم أن ربها لا يطلبها

قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَلَوْ قَالَ التَّقَطُّ لُقْطَةً أَوْ ضَالَّةً أَوْ قَالَ عِنْدِي شَيْءٌ فَمَنْ سَمِعْتُمُوهُ يَسْأَلُ شَيْئًا فَذَلُّهُ عَلَيَّ فَلَمَّا جَاءَ صَاحِبُهَا قَالَ هَلَكْتَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَكَذَا لَوْ وَجَدَ لُقْطَتَيْنِ وَقَالَ مَنْ سَمِعْتُمُوهُ يَسْأَلُ شَيْئًا فَذَلُّهُ عَلَيَّ وَلَمْ يَقُلْ عِنْدِي لُقْطَتَانِ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ عِنْدِي لُقْطَةٌ بَرِيءٌ مِنَ الضَّمَانِ وَإِنْ كَانَتْ عَشْرًا وَهَذَا كُلُّهُ إِشْهَادٌ أَنَّهُ إِنَّمَا أَخَذَهَا لِيَرُدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا قَالَهُ الْأَنْقَاوِيُّ وَقَالَ الْكَمَالُ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ اللَّقْطَةِ وَاحِدَةً أَوْ أَكْثَرَ لِأَنَّهُ أَيْ اللَّقْطَةُ بِتَأْوِيلِ الْمُتَقَطِّ اسْمُ جِنْسٍ وَلَا يَجِبُ أَنْ يُعَيَّنَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً خُصُوصًا فِي هَذَا الزَّمَانِ قَالَ الْحَلَوَانِيُّ أَدْنَى مَا يَكُونُ مِنَ التَّعْرِيفِ أَنْ يُشْهَدَ عِنْدَ الْأَخِذِ وَيَقُولَ أَخَذَهَا لَا رَدَّهَا فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ وَلَمْ يَعْرِفْهَا كَفَى فَجَعَلَ التَّعْرِيفَ إِشْهَادًا . وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ يَكْفِيهِ مِنَ الْإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ إِنْ يَفِيدُ مِثْلَهُ فَاقْتَضَى هَذَا الْكَلَامُ أَنْ يَكُونَ الْإِشْهَادُ الَّذِي أَمَرَ بِهِ فِي الْحَدِيثِ هُوَ التَّعْرِيفُ وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { مَنْ أَصَابَ ضَالَّةً فَلْيُشْهَدْ } مَعْنَاهُ فليُعْرِفْهَا وَيَكُونُ قَوْلُهُ ذَا عَدْلٍ لِيَفِيدَ عِنْدَ حَاجِدِ الْمَالِكِ التَّعْرِيفَ أَيْ الْإِشْهَادَ فَإِنَّهُ إِذَا اسْتَشْهَدَ ثُمَّ عَرَفَ بِحَضْرَتِهِ لَا يَقْبَلُ مَا لَمْ يَكُنْ عَدْلًا وَإِلَّا فَالتَّعْرِيفُ لَا يَقْتَصِرُ عَلَى مَا يَحْضُرُهُ الْعُدُولُ وَعَلَى هَذَا فَخِلَافُ أَبِي يُوسُفَ فِيمَا إِذَا لَمْ يَعْرِفْهَا أَصْلًا حَتَّى ادَّعَى ضِيَاعَهَا وَادَّعَى أَنَّهَا كَانَتْ عِنْدَهُ لِيَرُدَّهَا وَأَخَذَهَا لِذَلِكَ وَقَوْلُهُمَا إِنَّ إِذْنَ الشَّرْعِ مُقَيَّدٌ بِالْإِشْهَادِ أَيْ بِالتَّعْرِيفِ فَإِذَا لَمْ يَعْرِفْهَا فَقَدْ تَرَكَ مَا أَمَرَ بِهِ شَرْعًا فِي الْأَخِذِ وَهُوَ مَعْصِيَةٌ فَكَانَ الْغَالِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهُ أَخَذَهَا لِنَفْسِهِ وَعَلَى هَذَا لَا يَلْزَمُ الْإِشْهَادُ أَيْ التَّعْرِيفُ وَقَدْ أَخَذَ بَلَّ لَا بُدَّ مِنْهُ قَبْلَ هَلَاكِهَا لِيَعْرِفَ بِهِ أَنَّهُ أَخَذَهَا لِيَرُدَّهَا لَا لِنَفْسِهِ وَحِينَئِذٍ فَمَا ذَكَرَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ مِنْ أَنَّهُ إِذَا أَخَذَهَا ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَكَانِهَا لَا يَضْمَنُ مِنْ غَيْرِ قَيْدٍ بِكَوْنِهِ رَدَّهَا فِي مَكَانِهِ أَوْ بَعْدَ مَا ذَهَبَ ثُمَّ رَجَعَ ظَاهِرٌ لِأَنَّ بِالرَّدِّ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْهَا لِنَفْسِهِ وَبِهِ يَنْتَفِي الضَّمَانُ عَنْهُ وَقَيْدُهُ بَعْضُ الْمَشَايِخِ بِمَا إِذَا لَمْ يَذْهَبْ بِهَا فَإِنْ ذَهَبَ بِهَا ثُمَّ عَادَ ضَمَنَ وَبَعْضُهُمْ ضَمَنَهُ ذَهَبَ بِهَا أَوْ لَا وَالْوَجْهُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ وَمَا ذَكَرْنَا لَا يَنْفِي وَجْهَ التَّضْمِينِ بِكَوْنِهِ مُضَيِّعًا مَالٍ غَيْرِهِ بِطَرَحِهِ بَعْدَ مَا لَزِمَهُ حِفْظُهُ بِالْأَخِذِ

قَالَ قَاضِي خَانَ فِي بَابِ الْغُصْبِ وَلَوْ أَخَذَ لُقْطَةً لِيَعْرِفَهَا ثُمَّ أَعَادَهَا إِلَى الْمَكَانِ الَّذِي أَخَذَهَا مِنْهُ بَرِيءٌ عَنِ الضَّمَانِ حَتَّى لَوْ هَلَكَ لَا يَضْمَنُ وَلَمْ يُفْصَلْ فِي الْكِتَابِ بَيْنَ مَا إِذَا تَحَوَّلَ عَنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ ثُمَّ أَعَادَهُ إِلَى ذَلِكَ الْمَكَانِ وَبَيْنَ مَا إِذَا لَمْ يَتَحَوَّلْ وَذَكَرَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ تَأْوِيلَهُ إِذَا أَعَادَهَا قَبْلَ التَّحَوُّلِ فَأَمَّا بَعْدَ التَّحَوُّلِ لَا يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ وَإِلَيْهِ مَالُ أَبِي جَعْفَرٍ وَهَذَا إِذَا أَخَذَ اللَّقْطَةَ لِيَعْرِفَهَا فَإِنْ كَانَ أَخَذَهَا لِأَكْلِهَا ثُمَّ أَعَادَهَا لَا يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ مَا لَمْ يَرُدَّهَا إِلَى صَاحِبِهَا قَالَ الْوَلَوِ الْجِيُّ وَإِذَا أَخَذَ اللَّقْطَةَ لِيَعْرِفَهَا ثُمَّ أَعَادَهَا إِلَى الْمَكَانِ الَّذِي وَجَدَهَا فِيهِ فَقَدْ بَرَأَ عَنِ الضَّمَانِ هَذَا إِذَا أَعَادَهَا قَبْلَ أَنْ يَتَحَوَّلَ عَنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ أَمَّا إِذَا أَعَادَهَا بَعْدَ مَا تَحَوَّلَ ضَمِنَ لِأَنَّهُ لَمَّا أَعَادَهَا قَبْلَ التَّحَوُّلِ فَقَدْ تَرَكَ الْحِفْظَ قَبْلَ أَنْ يَلْتَزِمَ لِأَنَّ الْأَخِذَ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ لِلتَّزِمِ الْحِفْظِ وَبَيْنَ أَنْ

يَكُونُ لِلنَّظَرِ وَالتَّأَمُّلِ حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّهُ هَلْ يُمَكِّنُهُ الْحِفْظُ فَكَانَ الْآخِذُ مُتَرَدِّدًا فَلَا يَصِيرُ مُلْتَزِمًا لِلْحِفْظِ بِنَقْضِ الْآخِذِ فَإِذَا أَعَادَ بَعْدَ مَا صَارَ تَارِكًا لِلْحِفْظِ قَبْلَ أَنْ يَلْتَزِمَهُ فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ ضَمَانٌ فَأَمَّا إِذَا تَحَوَّلَ بِهَا فَإِنَّمَا يَتَحَوَّلُ بِهَا لِيَحْفَظَهَا لَا لِتَيَأَمَّلَ لِأَنَّ هَذَا الْمَعْنَى يَحْصُلُ بِنَفْسِ الْآخِذِ مِنْ غَيْرِ مَشْنِي فَكَانَ الْمَشْنِي دَلِيلًا عَلَى التَّزَامِ الْحِفْظِ فَإِذَا أَعَادَهَا فَقَدْ تَرَكَ الْحِفْظَ بَعْدَ التَّزَامِ فَيُضْمَنُ هَذَا إِذَا أَخَذَ اللَّقْطَةَ لِيَعْرِفَهَا فَإِنْ أَخَذَهَا لِأَكْلِهَا لَمْ يَبْرَأْ عَنْ ضَمَانِهَا حَتَّى يَدْفَعَهَا إِلَى صَاحِبِهَا لِأَنَّهُ لَمَّا أَخَذَهَا لِأَكْلِهَا صَارَ آخِذًا لِنَفْسِهِ فَصَارَ غَاصِبًا وَالْغَاصِبُ لَا يَبْرَأُ بِرَدِّ الدَّابَّةِ الْمَعْصُوبَةِ إِلَى دَارِ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ وَإِلَى مَرْبِطِهِ وَإِنْ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِ صَالِحٍ لِلْحِفْظِ فَلَأَنْ لَا يَبْرَأُ هُنَا وَقَدْ رَدَّ إِلَى مَكَانٍ لَا يَصْلُحُ لِلْحِفْظِ أَوَّلَى وَقَالَ فِي الْبَيِّنَاتِ وَلَوْ رَفَعَ اللَّقْطَةَ مِنَ الْأَرْضِ ثُمَّ وَضَعَهَا فِي مَكَانٍ فَهَلَكَتْ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَقَالَ بَعْضُ مَشَائِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ هَذَا إِذَا أَخَذَهَا وَلَمْ يَبْرَحْ مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ حَتَّى أَعَادَهَا فِي مَكَانِهَا أَمَّا إِذَا ذَهَبَ مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ ثُمَّ أَعَادَهَا فَهَلَكَتْ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ وَقَالَ بَعْضُهُمْ إِذَا أَخَذَهَا ثُمَّ أَعَادَهَا إِلَى مَكَانِهَا فَهُوَ ضَامِنٌ سَوَاءٌ ذَهَبَ عَنْهُ أَوْ لَمْ يَذْهَبْ وَهُوَ خِلَافُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَهُوَ الْأَصَحُّ .

قَوْلُهُ عَلَى حَسَبِ مَا بَرَى

أَيِ الْمُلْتَقِطِ

قَوْلُهُ فَإِنَّ مَعَهَا حِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا

الْحِذَاءُ بِكَسْرِ الْحَاءِ وَذَالٍ مُعْجَمَةٍ وَالْفِ مَمْدُودَةٍ أَرَادَ بِهِ خِفَافَهَا الَّتِي تَقْوَى بِهَا عَلَى السَّيْرِ وَأَرَادَ بِالسَّقَاءِ إِذَا وَرَدَتْ الْمَاءَ تَشْرَبُ مَا يَكُونُ رِيَّهَا مِنْ طَمَئِنَّا .

كَأَكْبِي (فُرُوعٌ) سَكْرَانٌ ذَاهِبُ الْعَقْلِ وَقَعَ ثَوْبُهُ

فِي الطَّرِيقِ وَالسَّكْرَانُ نَائِمٌ فِي الطَّرِيقِ فَجَاءَ رَجُلٌ وَأَخَذَ ثَوْبَهُ لِيَحْفَظَهُ لِمَا أَنَّهُ خَافَ ضَيَاعَهُ ضَمِنَ لِأَنَّ السَّكْرَانَ حَافِظٌ لِمَا مَعَهُ لِأَنَّ النَّاسَ يَخَافُونَ مِنَ السَّكْرَانِ .

وَلَوْلَا حَيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي فِتَاوَاهُ وَفِيهَا رَجُلٌ التَّقَطَّ لُقْطَةً فَضَاعَتْ مِنْهُ ثُمَّ وَجَدَهَا فِي يَدِ رَجُلٍ فَلَا خُصُومَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ وَفَرَّقَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْوَدِيعَةِ وَالْفَرَقُ أَنَّ الثَّانِي فِي أَخْذِ اللَّقْطَةِ كَالْأَوَّلِ وَلَيْسَ الثَّانِي فِي أَخْذِ الْوَدِيعَةِ كَالْأَوَّلِ وَلَوْ التَّقَطَّ رَجُلٌ لَقِطًا ثُمَّ أَخَذَهُ مِنْهُ رَجُلٌ فَاحْتَصَمَا فِيهِ فَالْأَوَّلُ أَحَقُّ بِهِ لِأَنَّ الْأَوَّلَ صَارَ أَحَقَّ بِإِمْسَاكِهِ بِحُكْمِ الْيَدِ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مُسْتَحَقٌّ آخَرُ مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ مُسْتَحَقٌّ لَمَّا وَجِدَ مَطْرُوحًا مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ وَلَا كَذَلِكَ اللَّقْطَةُ لِأَنَّ لَهُ مُسْتَحَقًّا مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ فَلَا يَثْبُتُ الْإِسْتِحْقَاقُ لِصَاحِبِ الْيَدِ الْأَوَّلِ فَكَانَ الثَّانِي فِي إِثْبَاتِ الْيَدِ كَالْأَوَّلِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ

ثُمَّ تَقْدِيرُ مَدَّةِ التَّعْرِيفِ بِالْحَوْلِ لِأَنَّهَا مَدَّةٌ تَعَيَّنَتْ لِلصَّدَقَةِ فَتَكُونُ مُقَدَّرَةً بِالْحَوْلِ .

وَلَوْلَا حَيُّ

قوله فالقول قول صاحبها

أَيَّ مَعَ الْيَمِينِ أَنَّهُ لَمْ يَقُلْ هِيَ لِمَنْ أَخَذَهَا لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ إِبَاحَةَ التَّمْلُكِ .

وَلَوْ الْحَيُّ

قوله لكنّه

أَيَّ الشَّيْءِ الْيَسِيرِ كَالنَّوَاةِ (يَنْتَقِي عَلَى مِلْكٍ مَالِكِهِ) فَإِذَا وَجَدَهُ مَالِكُهُ فِي يَدِهِ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ لِأَنَّهُ عَيْنُ مِلْكِهِ إِذْ بِإِلْقَائِهِ يُبِيحُ الْإِنْتِفَاعَ لِلوَاحِدِ وَلَمْ يَكُنْ تَمْلِكًا مِنْهُ إِذْ التَّمْلِكُ فِي الْمَجْهُولِ لَا يَصِحُّ وَمِلْكُ الْمُبِيحِ لَا يَزُولُ بِإِلْبَاحِهِ وَذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ وَلَوْ كَانَتْ مُتَفَرِّقَةً فَجَمَعَهَا لَيْسَ لِلْمَالِكِ أَخْذُهَا بَعْدَ الْجَمْعِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مِلْكًا لِلْآخِذِ بِالْجَمْعِ وَكَذَا الْجَوَابُ فِي التَّقَاطُعِ السَّنَابِلِ وَبِهِ كَانَ يُفْتَى الصَّدْرُ الشَّهِيدُ كَذَا فِي الذَّخِيرَةِ وَفِي الْمُحِيطِ لَوْ وَجَدَ النَّوَاةَ وَالْقُشُورَ فِي مَوَاضِعَ مُتَفَرِّقَةٍ يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ لَهَا أَمَّا لَوْ كَانَتْ مُجْتَمِعَةً فِي مَوْضِعٍ فَلَا يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا لِأَنَّ صَاحِبَهَا لَمَّا جَمَعَهَا فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مَا أَلْقَاهَا بَلْ سَقَطَتْ مِنْهُ .

كَأَكِي

قوله وَإِنْ سَلَخَ شَاةَ مَيْتَةٍ فَهُوَ لَهُ

أَيَّ وَلَوْ دَبَّعَ جِلْدَهَا كَانَ لِصَاحِبِهَا أَنْ يَأْخُذَ الْجِلْدَ مِنْهُ بَعْدَ مَا يُعْطِيهِ مَا زَادَ الدَّبَاغُ فِيهِ لِأَنَّ مِلْكَهُ لَمْ يَزُلْ بِإِلْقَائِهِ وَالصُّوفُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ بِلَا اتِّصَالِ شَيْءٍ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ مَجَانًّا أَمَّا الْجِلْدُ صَارَ مُتَقَوِّمًا بِالدَّبَاغِ فَإِذَا أَخَذَهُ يُعْطِيهِ مَا زَادَ الدَّبَاغُ فِيهِ .

كَأَكِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (ثُمَّ تَصَدَّقَ) أَيَّ تَصَدَّقَ بِاللُّقْطَةِ إِذَا لَمْ يَحِجْ صَاحِبُهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ حِفْظُهَا وَأَدَاؤُهَا إِلَى أَهْلِهَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا } وَذَلِكَ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ عِنْدَ الْقُدْرَةِ وَبِالتَّصَدُّقِ عَنْهُ عِنْدَ عَدَمِهَا إِذْ بِإِصَالِ بَدَلِهَا وَهُوَ الثَّوَابُ كِلَا إِصَالِ عَيْنِهَا وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا رَجَاءَ الظُّفْرِ بِصَاحِبِهَا وَرَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ اشْتَرَى جَارِيَةً فَذَهَبَ الْبَائِعُ فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَيْهِ فَتَصَدَّقَ عَنْهُ بِثَمَنِهَا

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا نَفَذَهُ أَوْ ضَمَّنَ الْمُتَلَقِّطَ) يَعْنِي إِذَا جَاءَ صَاحِبُ اللُّقْطَةِ بَعْدَ مَا تَصَدَّقَ بِهَا الْمُتَلَقِّطُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَمْضَى الصَّدَقَةَ وَلَوْ تَوَابَهَا لِأَنَّ التَّصَدُّقَ لَمْ يَحْصُلْ بِإِذْنِهِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِ وَالْمَلِكُ يَثْبُتُ لِلْفَقِيرِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قِيَامِ الْمَحَلِّ بِخِلَافِ بَيْعِ الْفُضُولِيِّ حَيْثُ تَتَوَقَّفُ الْإِجَازَةُ فِيهِ عَلَى قِيَامِ الْمَحَلِّ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بَعْدَ الْإِجَازَةِ فَلَا يُتَصَوَّرُ إِلَّا فِي الْقَائِمِ وَلِهَذَا يُشْتَرَطُ فِيهِ قِيَامُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَالْمَالِكِ أَيْضًا عِنْدَ الْإِجَازَةِ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُتَلَقِّطُ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مَالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَهُوَ مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ وَإِذْنُ الشَّرْعِ لَا يُنَافِيهِ حَيْثُ لَمْ يَلْزِمُهُ التَّصَدُّقُ بِهَا وَإِنَّمَا أَبَاحَ لَهُ ذَلِكَ فَصَارَ كَتَاوُلِ مَالِ الْغَيْرِ حَالِ الْمَحْمُصَةِ وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِأَمْرِ الْقَاضِي أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّ أَمْرَهُ لَا يَكُونُ أَعْلَى مِنْ فِعْلِهِ وَالْقَاضِي لَوْ تَصَدَّقَ بِهَا كَانَ لَهُ أَنْ يَضْمَنَهُ فَكَذَا لَهُ أَنْ يَضْمَنَ مِنْ أَمْرِهِ الْقَاضِي وَلَوْ أَنْ يَضْمَنَ الْفَقِيرَ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ لِنَفْسِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَلَا يَرْجِعُ الْفَقِيرُ عَلَى الْمُتَلَقِّطِ بِمَا لَحِقَهُ مِنَ الضَّمَانِ وَلَا الْمُتَلَقِّطُ يَرْجِعُ عَلَى الْفَقِيرِ لِمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ هَذَا إِذَا هَلَكَتِ الْعَيْنُ فِي يَدِ الْفَقِيرِ وَإِنْ كَانَتْ قَائِمَةً أَخَذَهَا صَاحِبُهَا إِنْ لَمْ يُمْضِ الصَّدَقَةَ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ

قوله والمملك يثبت للفقير

أَيُّ لَأَنَّهُ تَصَدَّقَ بِإِذْنِ الشَّرْعِ فَيَمْلِكُهُ الْفَقِيرُ بِنَفْسِ الْآخِذِ لِأَنَّ الْفَقِيرَ يَأْخُذُ الصَّدَقَةَ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ { الصَّدَقَةُ تَقَعُ } الْحَدِيثُ فَلَا تَتَوَقَّفُ عَلَى قِيَامِ الْمَحَلِّ حَتَّى لَوْ هَلَكَتِ اللَّقْطَةُ فِي يَدِ الْفَقِيرِ تَجُوزُ الْإِجَازَةُ فَإِنْ قِيلَ لَوْ ثَبَتَ الْمَلِكُ بِالْآخِذِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَأْخُذَ الْمَالِكُ إِذَا كَانَ قَائِمًا فِي يَدِ الْفَقِيرِ قُلْنَا ثُبُوتُ الْمَلِكِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِسْتِرْدَادِ كَالْوَاهِبِ يَمْلِكُ الرُّجُوعَ وَكَالْمُرْتَدِّ لَوْ عَادَ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ بَيْنَ وَرَثَتِهِ .

كَأَيُّ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ أَيُّ قَبْلَ الْإِجَازَةِ هـ هِدَايَةٌ

قوله وهو موجب للضممان

أَيُّ فَإِنْ ضَمِنَهُ يَكُونُ الثَّوَابُ لَهُ لَأَنَّهُ مَلَكُهُ مِنْ وَقْتِ التَّصَدُّقِ .

كَأَيُّ

قوله ولما فرق في ذلك بين أن يتصدق بأمر القاضي أو بغير أمره في الصحيح

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو جَعْفَرٍ إِذَا تَصَدَّقَ الْمُتْلِقُ بِإِذْنِ الْقَاضِي فَلَيْسَ لِلْمَالِكِ تَضْمِينُ الْمُتْلِقِ وَمَشَى عَلَيْهِ صَاحِبُ جَامِعِ الْفَتَاوَى قَوْلُهُ لَأَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ لِنَفْسِهِ بغيرِ إِذْنِهِ (أَيُّ فَصَّارَ الْمُتْلِقُ كَالْعَاصِبِ وَالْمُسْكِينُ كَالْعَاصِبِ) .

أَتَقَانِي

قوله ولما المتلقط يرجع على الفقير

فَأَمَّا الْمُتْلِقُ فَلَأَنَّهُ مَلَكُهُ بِالضَّمَانِ وَظَهَرَ أَنَّهُ تَصَدَّقَ بِمِلْكِ نَفْسِهِ وَأَمَّا الْفَقِيرُ فَلَأَنَّهُ فِي الْقَبْضِ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ فَلَا يَرْجِعُ بِمَا لَهُ مِنَ الضَّمَانِ عَلَى غَيْرِهِ كَأَيُّ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَصَحَّ التَّقَاطُ الْبَهِيمَةِ) أَيُّ يَجُوزُ التَّقَاطُهَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ التَّرْكُ أَفْضَلُ فِي غَيْرِ الشَّاةِ لِمَا رَوَيْنَا وَلَنَا أَنَّهَا يَخَافُ عَلَيْهَا أَنْ تَصِلَ إِلَيْهَا بِذِّ خَائِنَةٍ فَكَانَ فِي أَخْذِهَا صِيَانَتُهَا فَكَانَ أَفْضَلَ أَوْ وَاجِبًا عَلَى نَحْوِ مَا بَيَّنَّا فِي غَيْرِهَا وَلِأَنَّ إِطْلَاقَ النُّصُوصِ فِي هَذَا الْبَابِ يَتَنَاولُهَا وَمَا رَوَاهُ كَانَ فِي دِيَارِهِمْ إِذْ كَانَ لَا يَخَافُ عَلَيْهَا مِنْ شَيْءٍ وَنَحْنُ نَقُولُ فِي مِثْلِهَا بِتَرْكِهَا وَهَذَا فِي بَعْضِ الْبِلَادِ الدَّوَابُّ يُسَيِّبُهَا أَهْلُهَا فِي الْبَرَارِيِّ حَتَّى يَحْتَاجُوا إِلَيْهَا فَيُمْسِكُوهَا وَقَدْ حَاجَتْهُمْ وَلَا فَائِدَةَ فِي التَّقَاطِهَا فِي مِثْلِ هَذِهِ الْحَالَةِ وَالَّذِي يَدُلُّكَ عَلَى ذَلِكَ مَا رَوَاهُ مَالِكٌ فِي الْمُوطَأِ عَنْ ابْنِ شَهَابٍ قَالَ كَانَتْ ضَوَالُ الْإِبِلِ فِي زَمَانِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِبِلًا مُؤَبَّلَةً تَنْتَاجُ لَا يُمْسِكُهَا أَحَدٌ حَتَّى إِذَا كَانَ عُثْمَانُ أَمْرَ بِمَعْرِفَتِهَا ثُمَّ تُبَاعُ فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا أُعْطِيَ ثَمَنُهَا

قوله إبلًا مؤبلة

قَالَ الْجَوْهَرِيُّ إِذَا كَانَتْ الْإِبِلُ لِلْقَنِيَّةِ فَهِيَ إِبِلٌ مُؤَبَّلَةٌ هـ
 قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَى اللَّقِيطِ وَاللُّقْطَةِ) لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَهُ فِي الْإِجَابِ عَلَى ذِمَّتِهِمَا فَصَارَ كَمَا إِذَا قَضَى دَيْنَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ
 إِذْنِ الْمَدِينِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِإِذْنِ الْقَاضِي يَكُونُ دَيْنًا) أَيُّ لَوْ أَنْفَقَ بِإِذْنِ الْقَاضِي يَكُونُ دَيْنًا عَلَى صَاحِبِهَا لِأَنَّ الْقَاضِي وَلَايَةٌ فِي مَالِ
 الْغَائِبِ نَظَرًا لَهُ إِذْ هُوَ نُسِبَ نَظَرًا فَصَارَ أَمْرُهُ كَأَمْرِ الْمَالِكِ وَلَا يَأْمُرُهُ بِالْإِنْفَاقِ حَتَّى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا لُقْطَةٌ عِنْدَهُ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ
 تَكُونَ غَضَبًا فِي يَدِهِ فَيَحْتَالُ لِإِجَابِ النَّفَقَةِ عَلَى صَاحِبِهَا وَهُوَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ فِي الْمَعْصُوبِ وَهَذِهِ الْبَيِّنَةُ لَيْسَتْ لِلْقَضَاءِ وَإِنَّمَا هِيَ لِيَنْكَشِفَ
 الْحَالُ فَيَقْبَلَ مَعَ غَيْبَةِ صَاحِبِهَا وَإِنْ عَجَزَ عَنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ يَأْمُرُهُ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا مُقَيَّدًا بِأَنْ يَقُولَ بَيْنَ جَمَاعَةٍ مِنَ الثَّقَاتِ إِنَّ هَذَا ادَّعَى أَنَّ هَذِهِ
 لُقْطَةٌ وَلَا أَدْرِي أَهْوُو صَادِقٌ أَوْ كَاذِبٌ وَطَلَبَ أَنْ أَمُرَهُ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا فَاشْهَدُوا أَنِّي أَمَرْتُهُ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ الْأَمْرُ كَمَا يَقُولُ وَكَانَ
 الْفَقِيهَ أَبُو جَعْفَرٍ يَقُولُ يَتَّبِعِي لِلْحَاكِمِ أَنْ يُحْلِفَهُ وَنَظِيرُهُ مَا لَوْ بَاعَ عَبْدًا فَعَابَ الْمُشْتَرِي وَلَمْ يَجِدْهُ وَطَلَبَ مِنَ الْحَاكِمِ أَنْ يُبَاعَ وَيُوفَى دَيْنُهُ
 مِنْ ثَمَنِهِ لَا يُجِيبُهُ حَتَّى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ فَإِنْ عَجَزَ أَحَابَهُ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا فِي اللَّقْطَةِ وَقَوْلُهُ وَبِإِذْنِ الْقَاضِي يَكُونُ دَيْنًا يُشِيرُ إِلَى أَنَّ النَّفَقَةَ تَصِيرُ
 دَيْنًا بِمُجَرَّدِ إِذْنِهِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ لِأَنَّ مُطْلَقَهُ قَدْ يَكُونُ لِلتَّرْغِيبِ وَالْمَشُورَةِ أَوْ لِلإِلْزَامِ فَلَا يَرْجِعُ بِالْحَاحِثِ فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَشْتَرِطَ
 وَيَجْعَلَهُ دَيْنًا عَلَيْهِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي اللَّقِيطِ وَإِنَّمَا يَأْمُرُهُ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا يَوْمِينَ أَوْ ثَلَاثَةً بِقَدَرِ مَا يَقَعُ
 عِنْدَهُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ الْمَالِكُ حَاضِرًا لَظَهَرَ

قوله وهذه البيينة الخ

جَوَابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ بَأَنْ يُقَالَ كَيْفَ شَرَطَ فِي الْأَصْلِ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ وَلَا تَقُومُ الْبَيِّنَةُ إِلَّا عَلَى مُدَّعَى عَلَيْهِ مُنْكَرٍ وَلَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فَقَالَ فِي جَوَابِهِ
 وَلَيْسَتْ تُقَامُ الْبَيِّنَةُ لِأَجْلِ الْقَضَاءِ حَتَّى يَشْتَرِطَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَلْ أُقِيمَتْ لِكَشْفِ الْحَالِ يَعْنِي أُقِيمَتْ حَتَّى يَنْكَشِفَ حَالُ الْبَهِيمَةِ .

أَتَقَانِي

قوله وليس كذلك في الأصح

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ فَإِذَا لَمْ يُشْتَرِطْ فَفِيهِ رَوَاتَانِ فِي رِوَايَةٍ لَا يَرْجِعُ وَفِي رِوَايَةٍ يَرْجِعُ كَذَا ذَكَرَهُ الْوَلَوَالِجِيُّ فِي فَتَاوَاهُ وَذَكَرَ أَيْضًا فِيهَا وَإِذَا بَاعَ
 اللَّقْطَةَ بِأَمْرِ الْقَاضِي لَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِهَا إِذَا حَضَرَ إِلَّا الثَّمَنُ لِأَنَّ الْمُتْلَقَ إِنَّمَا بَاعَهَا بِأَمْرِ الْقَاضِي لِأَنَّ يَبْعُهُ بِأَمْرِ الْقَاضِي كَبَيْعِ الْقَاضِي وَلَوْ بَاعَ
 الْقَاضِي جَارَ الْبَيْعِ وَلَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِهَا إِلَّا الثَّمَنُ فَكَذَا هَذَا وَإِنْ بَاعَهَا بِغَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي لَا يَنْفَعُ وَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَارَةِ الْمَالِكِ لِأَنَّهُ بَاعَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ
 مَنْ لَهُ وَلَايَةُ الْإِذْنِ فَبَعْدَ ذَلِكَ إِنْ كَانَتْ اللَّقْطَةُ قَائِمَةً فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَجَارَ الْبَيْعَ وَإِنْ شَاءَ أَبْطَلَ الْبَيْعَ وَإِنْ كَانَتْ اللَّقْطَةُ
 هَالِكَةً فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَصَاحِبُهَا بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْبَائِعَ الْقِيَمَةَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُشْتَرِي فَإِنْ ضَمَّنَ الْبَائِعَ نَفَذَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ مَلَكَ اللَّقْطَةَ

مِنْ حِينَ قَبَضَهَا وَكَانَ الثَّمَنُ لِلْبَائِعِ وَيَتَصَدَّقُ بِمَا زَادَ عَلَى الْقِيَمَةِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ كَانَ لَهَا نَفْعٌ آجَرَهَا وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا مِنْ أُجْرَتِهَا) لِأَنَّ الْقَاضِيَ نَصَّبَ نَاطِرًا وَأَمَكْنَهُ إِبْقَاءُ الْعَيْنِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُلْزِمَ صَاحِبَهَا الدَّيْنَ فَتَعَيَّنَ طَرِيقًا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِلَّا بِاعَهَا) أَيُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا نَفْعٌ وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا بِقَدَرِ مَا يَرَى مِنَ الْمُدَّةِ وَلَمْ يَظْهَرْ لَهَا مَالُكَ بِاعَهَا لِأَنَّهُ لَوْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ تَسْتَعْرِقُ التَّفَقُّةَ قِيَمَتَهَا وَلَيْسَ مِنَ النَّظَرِ أَنْ تَبْقَى الْعَيْنُ وَيُوجِبَ عَلَيْهَا أَضْعَافَ قِيَمَتِهَا فَتَعَيَّنَ الْحِفْظُ بِالْبَيْعِ ثُمَّ الثَّمَنُ يَقُومُ مَقَامَ الْعَيْنِ فِيمَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّعْرِيفِ وَالتَّصَدُّقِ بِهِ وَفِي كَوْنِهِ أَمَانَةً فِي يَدِهِ وَفِي الْبَدَائِعِ أَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَبِيعُهَا حَتَّى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا فِي الْإِنْفَاقِ وَالْأَبْقِ فِي هَذَا كَالْقَطْعَةِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُوجِرُ لِأَنَّهُ يَخَافُ أَنْ يَأْبُقَ

الشرح

قوله في المثن ولو كان لها نفع آجرها

أَيُّ إِذَا كَانَتْ الْبَهِيمَةُ مِمَّا تَصْلُحُ لِلْإِجَارَةِ كَالْفَرَسِ وَالْبَعِيرِ .

أثقاني

قوله في المثن وإلا باعها

أَيُّ إِذَا لَمْ تَكُنْ الْبَهِيمَةُ صَالِحَةً لِلْإِجَارَةِ كَالشَّاةِ .

أَثَقَانِي قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَإِذَا رَفَعَ أَمْرَ الْقَطْعَةِ إِلَى الْقَاضِي نُظِرَ فِيهَا إِنْ كَانَ شَيْئًا يُمَكِّنُ إِجَارَتَهُ كَالدَّائِبَةِ آجَرَهَا وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا مِنْ إِجَارَتِهَا إِبْقَاءً لِحَقِّ مَالِكِهَا صُورَةً وَمَعْنَى إِبْقَاءِ الْعَيْنِ وَالْمَالِيَّةِ وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ إِجَارَتَهُ كَالشَّاةِ مَثَلًا يَبِيعُ وَيَحْفَظُ الثَّمَنَ إِبْقَاءً لِحَقِّ مَالِكِهَا مَعْنَى بِالْمَالِيَّةِ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ إِبْقَاءُ الصُّورَةِ لِأَنَّهُ يَخَافُ عَلَيْهَا أَنْ تَسْتَأْصِلَ التَّفَقُّةُ الْقِيَمَةَ وَمَعَ ذَلِكَ لَوْ رَأَى الْإِنْفَاقَ أَصْلَحَ أَذِنَ فِي الْإِنْفَاقِ وَجَعَلَ التَّفَقُّةَ دَيْنًا عَلَى الْمَالِكِ لِأَنَّ الْقَاضِيَ نَاطِرٌ فِي أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ فَكُلُّ مَا رَأَاهُ أَحْفَظَ وَأَصْلَحَ كَانَ لَهُ ذَلِكَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْعَهَا مِنْ رَبِّهَا حَتَّى يَأْخُذَ التَّفَقُّةَ) أَيُّ إِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا وَطَلَبَهَا مِنْعَهُ إِيَّاهَا حَتَّى يُوقِيَ التَّفَقُّةَ الَّتِي أَنْفَقَ عَلَيْهَا لِأَنَّ هَذَا دَيْنٌ وَجِبَ بِسَبَبِ هَذَا الْمَالِ لِإِحْيَائِهِ فَكَانَ لَهُ تَعَلُّقٌ بِهَذَا الْمَالِ فَأَشْبَهَ جَعَلَ الْأَبْقِ ثُمَّ لَا يَسْقُطُ هَذَا الدَّيْنُ بِهَلَاكِ الْعَيْنِ فِي يَدِ الْمُتَقَطِّ قَبْلَ حَبْسِهَا لِأَنَّهُ لَا تَعَلُّقَ لَهُ بِهِ حَقِيقَةً وَإِنَّمَا يَأْخُذُ صِفَةَ الرَّهْنِ عِنْدَ الْحَبْسِ كَالْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ إِذَا نَقَدَ مِنْ مَالٍ نَفْسِهِ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَى الْمُوَكَّلِ وَلَوْ هَلَكَ قَبْلَ الْحَبْسِ لَا يَسْقُطُ مَا وَجِبَ لَهُ عَلَى الْمُوَكَّلِ وَبَعْدَهُ يَسْقُطُ بِهِ لِأَنَّهُ صَارَ فِي مَعْنَى الرَّهْنِ عِنْدَ اخْتِيَارِهِ الْحَبْسَ فَيَهْلِكُ بِمَا حَبَسَهُ فِيهِ فَكَذَا هَذَا وَلَوْ أَنَّ الْقَاضِيَ بَاعَهَا بَعْدَ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا الْمُتَقَطِّ قَدَرِ مَا يَرَاهُ الْقَاضِيَ مِنَ الْمُدَّةِ أَعْطَاهُ الْقَاضِيَ مِنْ ثَمَنِهَا لِأَنَّهُ مَالُ مَالِكِهَا وَالتَّفَقُّةُ دَيْنٌ عَلَى مَالِكِهَا فَلَرَبَّ الدَّيْنِ إِذَا ظَفَرَ بِجَنْسِ حَقِّهِ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ فَالْقَاضِيَ أَوْلَى

الشرح

قَوْلُهُ ثُمَّ لَا يَسْقُطُ هَذَا الدَّيْنُ بِهَلَاكِ الْعَيْنِ (قَالَ فِي الْهِدَايَةِ ثُمَّ لَا يَسْقُطُ دَيْنُ التَّفَقُّةِ بِهَلَاكِهَا فِي يَدِ الْمُتَقَطِّ قَبْلَ الْحَبْسِ وَيَسْقُطُ إِذَا هَلَكَ بَعْدَ

الْحَبْسِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بِالْحَبْسِ شَبِيهَ الرَّهْنِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَدْفَعُهَا إِلَى مُدْعِيهَا بِلَا بَيِّنَةٍ) أَي لَا يَدْفَعُ اللَّقْطَةَ إِلَى مَنْ ادَّعَى أَنَّهَا لَهُ مِنْ غَيْرِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدْعَى } وَلِأَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ حَتَّى وَجَبَ عَلَى الْغَاصِبِ الضَّمَانُ بِإِزَالَتِهِ فَلَا يُزَالُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ وَلَا يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِهَا كَالْمَلِكِ وَلِهَذَا وَجَبَ الضَّمَانُ عَلَى غَاصِبِ الْمُدَبَّرِ

الشرح

قوله ولهذا وجب الضمان على غاصب المدبر

أَي بِاعْتِبَارِ إِزَالَةِ الْيَدِ .

كَأَكْبَرِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ بَيَّنَّ عَلَامَتَهَا حَلَّ لَهُ الدَّفْعُ بِلَا جَبْرِ) أَي إِذَا بَيَّنَّ الْمُدْعَى عَلَامَتَهَا حَلَّ لِلْمُلْتَقِطِ الدَّفْعُ إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُجْبَرَ عَلَيْهِ فِي الْقَضَاءِ وَالْعَلَامَةُ مِثْلُ أَنْ يُسَمِّيَ عَدَدَ الدَّرَاهِمِ وَوَزْنَهَا وَوَكَاةَهَا وَوَعَاءَهَا وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ يُجْبَرُ عَلَى دَفْعِهَا لِمَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ أَبِي بَنٍ كَعْبٍ وَفِيمَا رَوَاهُ مُسْلِمٌ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَعَرَفَ عِفَاصَهَا وَعَدَدَهَا وَوَكَاةَهَا فَأَعْطَاهَا إِيَّاهُ وَإِلَّا فَهِيَ لَكَ } وَهَذَا أَمْرٌ وَهُوَ لِلْوُجُوبِ وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِهِ لِأَنَّهُ قُلٌّ مَنْ يَعْرِفُ مَا لَيْسَ فِي يَدِهِ فَيُرَدُّ إِلَيْهِ وَلَا مُنَازَعُ لَهُ فِي الْمَلِكِ فَيَكُونُ لَهُ وَلِأَنَّ صَاحِبَ الْيَدِ يَنَازِعُهُ فِي الْيَدِ دُونَ الْمَلِكِ فَيَشْتَرِطُ الْوَصْفُ لَوْجُودِ الْمُنَازَعَةِ مِنْ وَجْهِ وَلَنَا أَنَّهُ مُدَّعٍ وَعَلَى الْمُدْعَى الْبَيِّنَةُ لِمَا رَوَيْنَا وَلِأَنَّ الْيَدَ مَقْصُودٌ فَلَا يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِحُجَّةٍ عَلَى مَا قَرَّرْنَا وَالْعَلَامَةُ لَا تَدُلُّ عَلَى الْمَلِكِ وَلَا عَلَى الْيَدِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَقِفُ عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ .

وَقَدْ يَخْفَى عَلَيْهِ مَالُ نَفْسِهِ فَلَا عِبْرَةَ بِهَا وَمَا رَوَاهُ مُحَمَّدٌ عَلَى الْجَوَازِ تَوْفِيقًا بَيْنَ الْأَخْبَارِ لِأَنَّ الْأَمْرَ قَدْ يُرَادُّ بِهِ الْإِبَاحَةُ وَبِهِ نَقُولُ وَإِنْ دَفَعَهَا إِلَيْهِ بِذِكْرِ الْعَلَامَةِ ثُمَّ جَاءَ آخَرٌ وَأَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهَا لَهُ فَإِنْ كَانَتْ قَائِمَةً أَخَذَهَا مِنْهُ وَإِنْ كَانَتْ هَالِكَةً يَضْمَنُ أَكْثَرُهَا لِتَعْدِيهِمَا بِالْأَخْذِ وَيَرْجِعُ الْمُتْلَقُ عَلَى الْآخِذِ إِنْ ضَمَّنَ وَلَا يَرْجِعُ الْآخِذُ عَلَى أَحَدٍ وَلِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ كَفِيلًا عِنْدَ الدَّفْعِ نَظَرًا لَهُ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَجِيءَ غَيْرُهُ وَيُقِيمَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُ فَيُضْمَنُ ، وَلَا يُمَكِّنُهُ الرَّجُوعُ عَلَى مَنْ أَخَذَهَا لِخَفَائِهِ فَيَسْتَوْتِقُ بِالْكَفِيلِ بِخِلَافِ الْكَفِيلِ

لِوَارِثِ غَائِبٍ أَوْ غَرِيمِ غَائِبٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَالْفَرَقُ لَهُ أَنَّ الْمُتْلَقَ يَأْخُذُ كَفِيلًا لِنَفْسِهِ وَهُنَاكَ لِأَجْنَبِيٍّ لَا يَعْرِفُهُ وَلِأَنَّ الْحَقَّ قَدْ ظَهَرَ

لِلْحَاضِرِينَ فِي الْإِرْثِ فَلَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الْقِسْمَةِ بَيْنَ الْوَرِثَةِ أَوْ الْغُرَمَاءِ إِلَى زَمَانِ التَّكْفِيلِ فَيَكُونُ الْقَاضِي ظَالِمًا بِهِ وَهَذَا لَمْ يَتَّعِنِ صَاحِبُ الْحَقِّ بِإِعْطَاءِ الْعَلَامَةِ وَلِهَذَا لَا يُجْبَرُ عَلَى الدَّفْعِ إِلَيْهِ وَلَا يَضُرُّهُ التَّأْخِيرُ بَلْ الْمَنْعُ بِالْكُلِّيَّةِ عَلَى مَا قَرَّرْنَا وَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُتْلَقُ قِيلَ لَا يُجْبَرُ عَلَى الدَّفْعِ كَالْمُودِعِ إِذَا صَدَّقَ الْوَكِيلَ بِقَبْضِ الْوَدِيعَةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا صَدَّقَ الْمَدِينُ الْوَكِيلَ بِقَبْضِ الدَّيْنِ حَيْثُ يُجْبَرُ لِأَنَّهُ إِفْرَارٌ عَلَى نَفْسِهِ بِوُجُوبِ دَفْعِ مَالِهِ إِلَيْهِ .

وَقِيلَ يُجْبَرُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ لَهُ وَلَمْ يَتَّعِنِ لَهُ مَالِكٌ غَيْرُهُ بِخِلَافِ الْوَدِيعَةِ لِأَنَّ الْمُودِعَ مُتَّعِنٌ فَلَا يَبْطُلُ حَقُّهُ فِي الْعَيْنِ بِتَصَادُقِهَا وَإِنْ دَفَعَهَا إِلَيْهِ بِتَصَدِيقِهِ ثُمَّ أَقَامَ آخَرٌ بَيِّنَةً أَنَّهَا لَهُ فَإِنْ كَانَتْ قَائِمَةً أَخَذَهَا مِنْهُ لِأَنَّ إِفْرَارَ الْمُتْلَقِ لَا يَكُونُ حُجَّةً عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَتْ هَالِكَةً فَإِنْ كَانَ دَفْعُ إِلَيْهِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَلَهُ أَنْ يَضْمَنَ أَكْثَرُهَا لِتَعْدِيهِمَا شَاءَ لِمَا ذَكَرْنَا فَإِنْ ضَمَّنَ الْقَابِضُ فَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُتْلَقُ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَى الْقَابِضِ لِأَنَّ الْمُتْلَقَ مَلَكُهَا بِالضَّمَانِ فَيَتَبَيَّنُ أَنَّ الْقَابِضَ تَعَدَّى عَلَى مَلِكِهِ وَلَا يَمْنَعُ إِفْرَارُهُ بِأَنَّهَا مِلْكُ الْأَوَّلِ مِنَ الرَّجُوعِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ

كَانَ لِعَتِمَادِهِ عَلَى الْعَلَامَةِ فَإِذَا قَضَىٰ عَلَيْهِ بِالْبَيِّنَةِ صَارَ مُكَذِّبًا شَرْعًا فَيَرْجِعُ كَالْمُشْتَرِي إِذَا أَقَرَّ بِمِلْكِ الْبَائِعِ ثُمَّ أُسْتُحِقَّ الْمَبِيعُ يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ لَمَّا ذَكَرْنَا بِخِلَافِ مَا إِذَا صَدَّقَ الْمُودَعُ الْوَكِيلَ بِقَبْضِ الْوَدِيعَةِ فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ فَأَنْكَرَ رَبُّهَا الْوَكَالََةَ حَيْثُ يَضْمَنُ وَلَا يَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْقَابِضِ لِأَنَّ الْوَكِيلَ عَامِلٌ لِلْمُوَكَّلِ وَفِي زَعْمِ الْمُقَرَّرِ أَنَّ الْمُوَكَّلَ ظَالِمٌ لَهُ فِي تَضْمِينِهِ إِيَّاهُ بَعْدَ مَا قَبِضَ وَكَيْلُهُ مِنْهُ وَالْمَظْلُومُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَظْلَمَ غَيْرَهُ وَهُنَا الْقَابِضُ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ وَأَنَّهُ ضَامِنٌ إِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ لَغَيْرِهِ فَافْتَرَقَا وَلِلْمُلْتَقَطِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ كَفِيلًا لَمَّا ذَكَرْنَا .

وَذَكَرَ فِي شَرْحِ الْمُخْتَارِ أَنَّ الْمُلتَقَطَ إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ بِتَصَدِيقِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْقَابِضِ فَعَلَى هَذَا لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا وَلَا يَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلًا وَإِنْ كَانَ دَفَعَهَا إِلَيْهِ بِقَضَاءِ ضَمَنِ الْقَابِضِ لَمَّا ذَكَرْنَا وَلَا يَضْمَنُ الْمُلتَقَطُ لَأَنَّهُ مَقْهُورٌ وَإِنْ أَقَامَ الْحَاضِرُ بَيِّنَةً أَنَّهَا لَهُ فَقَضَىٰ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ ثُمَّ حَضَرَ آخَرُ وَأَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهَا لَهُ لَمْ يَضْمَنَ لَمَّا ذَكَرْنَا وَذَكَرَ فِي النَّهَائَةِ فِي التَّكْفِيلِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ رَوَاتَيْنِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَكْفُلُ وَعَزَاهُ إِلَى قَاضِي حَانَ

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ إِذَا أُعْطِيَ الْمُدَّعِي عِلَامَتَهَا
أَيُّ وَلَمْ يُصَدِّقْهُ الْمُلتَقَطُ .

قَوْلُهُ وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ يُجْبِرُ

هَكَذَا وَقَعَ فِي نُسْخِ أَصْحَابِنَا وَلَكِنَّ الْقَائِلَ بِوُجُوبِ الدَّفْعِ بِالْعَلَامَةِ مَالِكٌ وَأَحْمَدٌ وَدَاوُدُ وَابْنُ الْمُثَنَّى فَإِنَّ فِي كُتُبِ الشَّافِعِيِّ قَوْلُهُ كَقَوْلِنَا .

كَأَيُّ

قَوْلُهُ فَأَعْطَاهَا إِيَّاهُ

وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ بِهِ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ بِالدَّفْعِ بِالْعَلَامَةِ بِدُونِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ .

أَنْقَانِي

قَوْلُهُ وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْجَوَازِ تَوْفِيقًا إلَخْ

قَالَ الْأَنْقَانِيُّ وَإِنَّمَا قُلْنَا بِحِلِّ الدَّفْعِ دُونَ الْجَبْرِ عَلَيْهِ تَوْفِيقًا بَيْنَ الْحَدِيثَيْنِ حَدِيثِ الْخَصْمِ وَالْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ } .

قوله وللملتقط أن يأخذ منه كفيلًا

قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ ثُمَّ إِذَا دَفَعَهَا بِالْعَلَامَةِ فَقَطُّ يَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلًا اسْتِثْنَاءً قَالَ الْمُصَنِّفُ وَهَذَا بَلَا خِلَافٍ قَالَ الْأَثَنَانِيُّ عِنْدَ قَوْلِهِ وَهَذَا بَلَا خِلَافٍ وَقَالَ فِي فَصْلِ الْقَضَاءِ بِالْمَوَارِيثِ فِيهِ رَوَايَتَانِ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى الْخِلَافِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَأْخُذُ الْكَفِيلُ خِلَافًا لِصَاحِبِهِ وَتَفِي الْخِلَافِ هُنَا مَعَ إِبْتَاهِ فِي فَصْلِ الْقَضَاءِ بِالْمَوَارِيثِ كَلَامٌ مُتَنَاقِضٌ مِنْ صَاحِبِ الْهَدَايَةِ .

قوله بخلاف الكفيل لو ارث الخ

صُورَتُهُ مِيرَاثٌ قُسِّمَ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ أَوْ الْوَرَثَةِ لَا يُؤْخَذُ مِنَ الْغَرِيمِ وَلَا مِنَ الْوَارِثِ كَفِيلٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يُؤْخَذُ

قوله وإن صدقه

قَالَ الْكَمَالُ هَذَا إِذَا دَفَعَهُ بِمُحَرَّرٍ الْعَلَامَةِ فَإِنْ صَدَّقَهُ مَعَ الْعَلَامَةِ أَوْ لَا مَعَهَا فَلَا شَكَّ فِي جَوَازِ دَفْعِهِ إِلَيْهِ لَكِنْ هَلْ يُجْبَرُ قَبْلَ يُجْبَرُ كَمَا لَوْ أَقَامَ بَيْنَهُ وَقِيلَ لَا يُجْبَرُ .

قوله وإن ضمن الملتقط فله أن يرجع به على القابض

قَالَ الْأَثَنَانِيُّ وَإِنْ ضَمِنَ الْمُلْتَظُّ فِي رِوَايَةٍ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْقَابِضِ وَفِي رِوَايَةٍ يَرْجِعُ وَهُوَ الصَّحِيحُ .

(فَرُعُ) وَلَوْ التَّقَطُّ الْعَبْدُ شَيْئًا بَعِيرٍ إِذَنْ مَوْلَاهُ يَجُوزُ عِنْدَنَا وَمَالِكٍ وَأَحْمَدَ وَالشَّافِعِيَّ فِي قَوْلٍ فَإِذَا أَتَوَاهُ طُولِبَ رَبُّهُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ أَوْ الْبَيْعِ فِيهِ سَوَاءٌ أَتَوَاهُ قَبْلَ التَّعْرِيفِ أَوْ بَعْدَهُ وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ وَالشَّافِعِيُّ فِي وَجْهِ لَأَنَّهُ لَا ضَمَانَ جَنَائَةٍ فَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ وَيُظْهَرُ فِي حَقِّ الْمَوْلَى وَعِنْدَ مَالِكٍ إِنْ أَثْلَفَهُ قَبْلَ التَّعْرِيفِ يُؤْمَرُ الْمَوْلَى بِالِدَفْعِ أَوْ الْفِدَاءِ وَإِنْ أَثْلَفَهُ بَعْدَ التَّعْرِيفِ يُطَالِبُ الْعَبْدَ بَعْدَ الْعِتْقِ لَأَنَّ الشَّرْعَ أَذِنَ لَهُ فِي الْإِثْفَاعِ فَكَانَ ضَمَانًا يَخُصُّهُ فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْمَوْلَى كَأَكِي

قوله وفي زعم المقر

أَيُّ وَهُوَ الْمُودِعُ .

قوله وذكر في النهاية في التكفيل في هذه الصورة روايتين

أَيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

كَأَكِّي وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ أَيُّ وَهِيَ مَا لَوْ دَفَعَهَا بِالْبَيِّنَةِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَنْتَفِعُ بِهَا لَوْ فَقِيرًا وَإِلَّا تَصَدَّقَ عَلَى أَجْنَبِيٍّ وَصَحَّ عَلَى أَبِيهِ وَرَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ لَوْ فَقَرَاءَ) يَعْنِي يَجُوزُ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِاللُّقْطَةِ إِذَا كَانَ فَقِيرًا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَقِيرًا لَمْ يَجُزْ وَيَتَصَدَّقُ بِهَا عَلَى الْفَقِيرِ أَجْنَبِيًّا كَانَ أَوْ قَرِيبًا لَهُ أَوْ زَوْجَةً لَهُ لِأَنَّهُ مَالُ الْغَيْرِ فَلَا يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ بِدُونِ رِضَاءِ لِإِطْلَاقِ التَّصَدُّقِ كَقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم } الْآيَةُ وَقَوْلِهِ { وَلَا تَعْتَدُوا } وَأَمْثَالِ ذَلِكَ إِلَّا أَنَّهُ أُبِيحَ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ لِلْفَقِيرِ بِطَرِيقِ التَّصَدُّقِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { فَلْيَتَصَدَّقْ بِهِ } أَوْ لِلْإِجْمَاعِ فَبَقِيَ غَيْرُهُ مُحَرَّمٌ التَّنَاوُلُ عَلَى الْأَصْلِ فَإِذَا كَانَ الْمُبِيحُ هُوَ الْفَقْرُ فَلَا يَخْتَلِفُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْفَقِيرُ الْوَاحِدَ لَهَا أَوْ غَيْرَهُ مِنْ أَقَارِبِهِ أَوْ الْأَجَانِبِ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْكُلِّ وَهُوَ التَّصَدُّقُ عَلَى مُحْتَاجٍ وَأَبَاحُ الشَّافِعِيِّ لِلوَاحِدِ وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا لِمَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ أَبِي بَنٍ كَعْبٍ وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يُبَاحُ لِلْفَقِيرِ حَمْلًا لَهُ عَلَى رَفْعِهَا صِيَانَةً لَهَا وَالْعَنِيُّ يُشَارِكُهُ فِيهِ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا بَيَّنَّا وَلَيْسَ لَهُ حُجَّةٌ فِي حَدِيثِ أَبِي لَئِنَّا حِكَايَةُ حَالٍ فِيَجُوزُ أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَرَفَ فَقْرَهُ إِمَّا لِدُيُونِ عَلَيْهِ أَوْ لِقَلَّةِ مَالِهِ أَوْ يَكُونُ إِذْنَا مِنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِالْإِنْتِفَاعِ بِهِ وَذَلِكَ جَائِزٌ عِنْدَنَا مِنَ الْإِمَامِ عَلَى سَبِيلِ الْقَرْضِ وَيَحْتَمَلُ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَرَفَ أَنَّهُ كَانَ مَالٌ كَافِرٍ حَرَبِيٍّ بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ لِأَنَّ دَارَ الْإِسْلَامِ لَمْ تُكُنْ بِهَا سَعَةٌ يَوْمَئِذٍ وَلَوْ كَانَ لِلْمُسْلِمِ لِمَا خَفِيَ عَلَيْهِمْ وَالْعَنِيُّ مَحْمُولٌ عَلَى الْأَخْذِ لِاحْتِمَالِ افْتِقَارِهِ فِي مُدَّةِ التَّعْرِيفِ وَالْفَقِيرُ قَدْ يَتَوَانَى لِاحْتِمَالِ اسْتِعْنَائِهِ فِيهَا وَمَنْعِ الشَّافِعِيِّ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِلُقْطَةِ الْحَرَمِ لِأَحَدٍ بَلْ يُعَرِّفُهَا أَبَدًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لَا تَحِلُّ لُقْطَتُهَا إِلَّا لِمُعَرَّفٍ } وَلِمَا رَوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { نَهَى عَنْ لُقْطَةٍ فِي بَلَدٍ مَكَّةَ } وَلَنَا مَا رَوَيْنَا مِنَ التَّصَدُّقِ مِنْ غَيْرِ فَصَلِّ وَلِأَنَّ فِي الْإِنْتِفَاعِ بِهَا نَظْرًا لَهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَى مَنْ انْتَفَعَ بِهَا وَعَلَى مَنْ دَفَعَهَا إِلَيْهِ فَيَكُونُ فِيهِ إِبْقَاؤُهَا لَهُ عَلَى تَقْدِيرِ مَجِيئِهِ وَإِلَّا فَيَحْصُلُ لَهُ ثَوَابُ الصَّدَقَةِ وَلَا حُجَّةَ لَهُ فِيمَا رَوِيَ لِأَنَّهُ لِبَيَانِ أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ التَّعْرِيفُ فِيهَا بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا لِلْغُرَبَاءِ ظَاهِرًا أَوْ وَهْمًا فَقَوْلُ إِنْ مَالُهَا قَدْ ذَهَبَ فَيَأْخُذُهَا مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

الشرح

قَوْلُهُ يَجُوزُ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِاللُّقْطَةِ إِذَا كَانَ فَقِيرًا

أَيُّ لِأَنَّ حَاجَتَهُ مُقَدَّمَةٌ عَلَى حَاجَةِ غَيْرِهِ فِيمَا فِي يَدِهِ أَلَا تَرَى أَنَّ وَاحِدَ الرِّكَازِ يَتِمَكَّنُ مِنْ وَضْعِ الْخُمْسِ فِي نَفْسِهِ إِذَا كَانَ فَقِيرًا .

وَلَوْ الْحَيُّ

قَوْلُهُ لِمَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ أَبِي بَنٍ كَعْبٍ

أَيُّ وَكَانَ مِنَ الْمَيَاسِيرِ .

هِدَايَةُ قَوْلُهُ وَكَانَ مِنَ الْمَيَاسِيرِ أَيُّ حَيْثُ قَالَ اخْطِطْهَا بِمَالِكَ .

كَأَكِّي

كتاب الآبق

وَهُوَ الْعَبْدُ الْمُتَمَرِّدُ عَلَى مَوْلَاهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَخَذَهُ أَحَبُّ إِنْ قَوِيَ عَلَيْهِ) أَيُّ إِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ لَأَنْ فِيهِ إِحْيَاءُ مَالِيَّتِهِ وَلِلْمَالِ حُرْمَةٌ كَالنَّفْسِ فِيهِ إِعَانَةُ مَوْلَاهُ فَكَانَ أَفْضَلُ ثُمَّ لَهُ الْخِيَارُ إِنْ شَاءَ حَفِظَهُ بِنَفْسِهِ إِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَيْهِ وَإِنْ شَاءَ دَفَعَهُ إِلَى الْإِمَامِ فَإِذَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ لَا يَقْبَلُهُ مِنْهُ إِلَّا بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا فِي اللَّقْطَةِ ثُمَّ يَحْبِسُهُ الْإِمَامُ تَعْزِيرًا لَهُ وَلِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ مِنَ الْإِبَاقِ ثَانِيًا وَلِهَذَا لَا يُؤْجَرُهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَنَفْعَةٌ وَيُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ وَيَجْعَلُهَا دَيْنًا عَلَى مَالِكِهِ وَإِذَا طَالَتِ الْمُدَّةُ وَلَمْ يَجِئْ صَاحِبُهُ بِأَعَةِ الْقَاضِي وَحَفِظَ ثَمَنَهُ وَاخْتَلَفُوا فِي الضَّالِّ فَقِيلَ أَخَذَهُ أَفْضَلُ إِحْيَاءً لَهُ وَقِيلَ تَرَكُهُ أَفْضَلُ لِأَنَّهُ لَا يَنْفَكُ مَكَانَهُ فَيَلْقَاهُ مَوْلَاهُ وَإِذَا رُفِعَ إِلَى الْإِمَامِ لَا يَحْبِسُهُ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ التَّعْزِيرَ وَلَا يَأْبَقُ وَإِنْ كَانَ لَهُ مَنَفْعَةٌ أَجَرَهُ وَأَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ أَجَرَتِهِ

الشرح

وَهَذِهِ الْكُتُبُ أَعْنِي اللَّقِيطَ وَاللَّقْطَةَ وَالْأَبَقَ وَالْمَفْقُودَ لِنَتَّاسِبِهَا لِمَا فِيهَا مِنْ مَعْنَى التَّوَيُّ وَالتَّلَفِ تَوَالِي بَعْضُهَا فَوْقَ بَعْضٍ قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ الْإِبَاقُ تَمَرُّدٌ فِي الْإِنِطْلَاقِ وَهُوَ مِنْ سُوءِ الْأَخْلَاقِ وَرَدَاءَةُ الْأَعْرَاقِ يُظْهِرُ الْعَبْدُ مِنْ نَفْسِهِ فِرَارًا لِتَصِيرِ مَالِيَّتِهِ دَمَارًا فَرَدُّهُ إِلَى مَوْلَاهُ إِحْسَانٌ { وَهَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ } وَالْأَبَقُ هُوَ الَّذِي هَرَبَ مِنْ مَالِكِهِ قَصْدًا وَالضَّالُّ هُوَ الَّذِي ضَلَّ عَنِ الطَّرِيقِ أَيُّ مَنْزِلَةٍ قَالَهُ الْأَثْقَانِيُّ وَقَالَ الْكَمَالُ كُلُّ مَنْ الْأَبَقَ وَاللَّقْطَةَ وَاللَّقِيطَ تَحَقَّقَ فِيهِ غُرُضَةُ الزَّوَالِ وَالتَّلَفِ إِنْ التَّعَرُّضُ لَهُ بِفِعْلٍ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ فِي الْإِبَاقِ وَكَانَ الْأَنْسَبُ تَعْقِيبَ الْجِهَادِ بِهِ بِخِلَافِ اللَّقْطَةِ وَاللَّقِيطِ وَكَذَا الْأَوَّلَى فِيهِ وَفِي اللَّقْطَةِ التَّرْجِمَةُ بِالْبَابِ لَا الْكِتَابُ وَالْإِبَاقُ فِي اللَّغَةِ الْهَرَبُ أَبَقَ يَأْبَقُ كَضَرَبَ يَضْرِبُ وَالْهَرَبُ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْقَصْدِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى مَا قِيلَ هُوَ الْهَرَبُ قَصْدًا نَعَمْ لَوْ قِيلَ الْإِنصِرَافُ وَنَحْوُهُ عَنِ الْمَالِكِ كَانَ قَيْدُ الْقَصْدِ مُفِيدًا وَالضَّالُّ لَيْسَ فِيهِ قَصْدُ التَّغَيُّبِ بَلْ هُوَ الْمُنْقَطِعُ عَنْ مَوْلَاهُ لِجَهْلِهِ بِالطَّرِيقِ إِلَيْهِ .

قوله في المتن أخذه أحب إن قوي عليه

أَيُّ قَوِيَ عَلَى حِفْظِهِ حَتَّى يَصِلَ إِلَى مَوْلَاهُ بِخِلَافِ مَنْ يَعْلَمُ مِنْ نَفْسِهِ الْعَجْزَ عَنْ ذَلِكَ وَالضَّعْفَ وَلَا يُعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافٌ وَيُمْكِنُ أَنْ يَجْرِيَ فِيهِ التَّفْصِيلُ فِي اللَّقْطَةِ بَيْنَ أَنْ يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِ تَلَفُهُ عَلَى الْمَوْلَى إِنْ لَمْ يَأْخُذْهُ مَعَ قُدْرَةٍ تَامَّةٍ عَلَيْهِ فَيَجِبُ أَخْذُهُ أَوْ لَا فَلَا .

كَمَالُ

قوله بأعه القاضي وحفظ ثمنه

أَيُّ حَتَّى يَجِئَ طَالِبُهُ وَيُعَيِّمَ الْبَيِّنَةَ بِأَنَّ الْعَبْدَ عِنْدَهُ فَيَدْفَعُ الثَّمَنَ وَلَا يُنْتَقَضُ بَيْعُ الْإِمَامِ .

أَثْقَانِي)

قَوْلُهُ وَاخْتَلَفُوا فِي الضَّالِّ (إِلخ) قَالَ الْكَمَالُ وَاخْتَلَفُوا فِي أَخْذِ الضَّالِّ قِيلَ أَخْذَهُ أَفْضَلُ لِمَا فِيهِ مِنْ إِحْيَاءِ النَّفْسِ وَالتَّعَاوُنِ عَلَى الْبِرِّ وَقِيلَ يَتْرُكُهُ لِأَنَّهُ لَا يَبْرَحُ مَكَانَهُ مُنْتَظِرًا لِمَوْلَاهُ حَتَّى يَجِدَهُ وَلَا يَخْفَى أَنْ انْتِظَارُهُ فِي مَكَانٍ غَيْرِ مُتَزَحِّحٍ عَنْهُ غَيْرُ وَاقِعٍ بَلْ نَجِدُ الضُّلَّالَ يَدُورُونَ

مُنْجِرِينَ ثُمَّ لَا شَكَّ أَنَّ مَحَلَّ هَذَا الْخِلَافِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ وَاجِدُ الضَّالِّ مَوْلَاهُ وَلَا مَكَانَهُ أَمَّا إِذَا عَلِمَهُ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَخْتَلِفَ فِي أَفْضَلِيَّةِ أَخْذِهِ وَرَدَّهُ .

كَمَالُ رَحْمَةِ اللَّهِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ رَدَّهُ مِنْ مَلَّةٍ سَفَرٍ وَهُوَ مَسِيرُهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَلَهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ شَيْءٌ إِلَّا بِالشَّرْطِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِمَنَافِعِهِ فَأَشْبَهَ رَدَّ الْعَبْدِ الضَّالِّ وَاللُّقْطَةَ وَلَأَنَّ رَدَّهُ نَهْيٌ عَنِ الْمُنْكَرِ وَهُوَ فَرَضٌ فَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ بِإِقَامَتِهِ وَلَنَا مَا رَوَى عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ أَنَّهُ قَالَ لَمْ نَزَلْ نَسْمَعْ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ { جُعِلَ الْآبِقُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا } وَالصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ اتَّفَقُوا عَلَى وَجُوبِ أَصْلِ الْجُعْلِ وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي مِقْدَارِهِ فَإِنَّهُ رَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ أَوْجَبَ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا وَأَوْجَبَ عُمَرُ دِينَارًا أَوْ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا وَأَوْجَبَ عَلِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ دِينَارًا أَوْ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ وَعَنْ عَمَّارِ بْنِ يَاسِرٍ أَنَّهُ قَالَ إِنْ رَدَّهُ فِي الْمَصْرِ فَلَهُ عَشْرَةٌ وَإِنْ رَدَّهُ مِنْ خَارِجِ الْمَصْرِ اسْتَحَقَّ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا فَيَحْمِلُ الْكُلُّ عَلَى السَّمَاعِ لِأَنَّ الرَّأْيَ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي التَّقْدِيرِ ثُمَّ يُحْمَلُ قَوْلُ مَنْ قَالَ أَرْبَعِينَ عَلَى مَسِيرَةِ السَّفَرِ وَمَا دُونُهُ عَلَى مَا دُونَهَا تَوْفِيقًا وَتَلْفِيقًا وَلَأَنَّ إِجَابَتَهُ حَامِلٌ لَهُ عَلَى الرَّدِّ إِذِ الْحِسْبَةُ نَادِرَةٌ فَتَحْصُلُ صِيَانَةُ أَمْوَالِ النَّاسِ وَإِجَابَةُ الْمُقَدَّرِ بِالسَّمْعِ وَلَا سَمْعَ فِي الضَّالِّ وَاللُّقْطَةِ فَيَقْبَى عَلَى الْأَصْلِ إِذِ الْإِلْحَاقُ مُمْتَنِعٌ لِعَدَمِ الْمُسَاوَاةِ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى صِيَانَةِ الضَّالِّ دُونَ الْحَاجَةِ إِلَى صِيَانَةِ الْآبِقِ لِأَنَّ الْآبِقَ يَحْتَفِي وَالضَّالُّ يَبْرُزُ فَيُظْهِرُ وَقَوْلُهُ نَهْيٌ عَنِ الْمُنْكَرِ قُلْنَا هَذَا تَعْلِيلٌ بِمُقَابَلَةِ الْمُنْقُولِ فَلَا يَصِحُّ

الشرح

قَوْلُهُ وَهُوَ مَسِيرُهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ

أَيَّ فَصَاعِدًا هِدَايَةً

قَوْلُهُ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِمَنَافِعِهِ

أَيَّ فَإِذَا تَبَرَّعَ عَلَيْهِ بَعِينَ مِنْ أَعْيَانِ مَالِهِ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ فَكَذَا إِذَا تَبَرَّعَ بِمَنَافِعِ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ فَأَشْبَهَ رَدَّ الْعَبْدِ الضَّالِّ وَاللُّقْطَةَ

أَيَّ بِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ فِي رَدِّهِمَا شَيْئًا بِالتَّافِقِ

قَوْلُهُ جُعِلَ

الْجُعْلُ مَا يُجْعَلُ لِلْعَامِلِ عَلَى عَمَلِهِ .

أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ قِيمَتُهُ أَقَلُّ مِنْهُ) يَعْنِي لَهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلُّ مِنْ أَرْبَعِينَ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَهُ قِيمَتُهُ إِلَّا دِرْهَمًا لِأَنَّ وَجُوبَهُ ثَبَتَ إِحْيَاءَ لِحُقُوقِ النَّاسِ نَظَرًا لَهُمْ وَلَا نَظَرَ فِي إِجَابَةِ أَكْثَرِ مِنْ قِيمَتِهِ وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ تَقْدِيرَهُ ثَبَتَ شَرْعًا بَلَا تَعَرُّضٍ

لِقِيمَتِهِ فَيَمْنَعُ النَّقْصَانُ كَمَا تُمْنَعُ الزَّيَادَةُ أَلَا تَرَى أَنَّ الصُّلْحَ بِأَكْثَرٍ مِنْهُ لَا يَجُوزُ بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَلَى الْأَقْلِ لِأَنَّهُ حَطَّ الْبَعْضَ وَهُوَ لَوْ حَطَّ الْكُلُّ كَانَ جَائِزًا فَكَذَا الْبَعْضُ وَهَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ وَرَوِي عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِثْلُ قَوْلِ صَاحِبِهِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَنْقُصُ مِنْهُ قَدْرُ مَا تُقَطَّعُ بِهِ الْيَدُ

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَهُ قِيمَتُهُ إِلَّا دِرْهَمًا

أَيُّ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ بَعْدَ ذَلِكَ لَهُ الْجُعْلُ ثَانِيًا وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْخِلَافَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرُ زَادَهُ فِي مَبْسُوطِهِ وَشَمْسُ الْأُئِمَّةِ الْبَيْهَقِيُّ فِي الشَّامِلِ وَكَذَلِكَ فِي عَامَّةِ نُسَخِ الْفَقْهِ أَيْضًا وَلَمْ يَذْكُرُوا قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ وَذَكَرَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ قَوْلَهُ مَعَ مُحَمَّدٍ فَقَالَ وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ يُسَاوِي أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا أَوْ دُونَهَا فَإِنَّمَا يَنْقُصُ مِنْ قِيمَتِهِ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ يَجِبُ الْجُعْلُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ دِرْهَمًا وَاحِدًا وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ فِي مُحْتَصَرِّهِ أَيْضًا أَثَقَانِي قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ رَدَّهَ لِأَقْلٍ مِنْهَا فَبِحِسَابِهِ) أَيُّ لِقَاقِلٍ مِنْ مَسِيرَةِ السَّفَرِ يَجِبُ بِحِسَابِهِ لِأَنَّ الْعَوَضَ يُوزَعُ عَلَى الْمَعْوُضِ ضَرُورَةً الْمُقَابَلَةِ وَذَكَرَ فِي الْأَصْلِ أَنَّهُ يَرْضَخُ لَهُ إِذَا وَجَدَهُ فِي الْمَصْرِ أَوْ خَارِجَ الْمَصْرِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ فِي الْمَصْرِ ثُمَّ إِنْ أَتَّفَقَا عَلَى الرِّضْخِ فَلَا كَلَامَ وَإِنْ اخْتَلَفَا فَالْإِمَامُ يَقْدَرُهُ وَإِنْ رَدَّهَ مِنْ أَكْثَرٍ مِنْ مَسِيرَةِ السَّفَرِ لَا يَزَادُ عَلَى أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِمُدَّةِ السَّفَرِ فَلَا يَزَادُ بِزِيَادَتِهَا كَسَائِرِ الْأَحْكَامِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهَا وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ مُشْتَرَكًا يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِقَدْرِ نَصِيبِهِ فَلَا يَأْخُذُ مَنْ أَوْفَى حَتَّى يُوفَّى كُلُّهُ كَالْمَبِيعِ الْمَحْبُوسِ بِالثَّمَنِ وَإِنْ رَدَّ عَبْدَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ يَجِبُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا وَلَوْ رَدَّ جَارِيَةً مَعَهَا وَلَدٌ صَغِيرٌ يَكُونُ تَبَعًا لِمَالِهِ فَلَا يَزَادُ عَلَى الْجُعْلِ شَيْءٌ وَإِنْ كَانَ مُرَاهِقًا يَجِبُ ثَمَانُونَ دِرْهَمًا

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ وَذَكَرَ فِي الْأَصْلِ أَنَّهُ يَرْضَخُ لَهُ

يُقَالُ رَضَخَ فُلَانٌ لِفُلَانٍ مِنْ مَالِهِ إِذَا أَعْطَاهُ قَلِيلًا مِنْ كَثِيرٍ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ مُشْتَرَكًا يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِقَدْرِ نَصِيبِهِ

أَيُّ فَلَوْ كَانَ الْبَعْضُ غَائِبًا فَلَيْسَ لِلْحَاضِرِ أَنْ يَأْخُذَهُ حَتَّى يُعْطِيَ ثَمَامَ الْجُعْلِ وَلَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا بِنَصِيبِ الْغَائِبِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِيمَا يُعْطِيهِ لِأَنَّهُ لَا يَصِلُ إِلَى نَصِيبِهِ إِلَّا بِهِ هَذَا كُلُّهُ إِذَا رَدَّهَ بِلَا اسْتِعَانَةٍ فَلَوْ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِأَخْرَجَ عَبْدِي قَدْ أَبَقَ فَإِذَا وَجَدْتَهُ خُذْهُ فَوَجَدَ فَرَدَّهَ لَيْسَ لَهُ شَيْءٌ لِأَنَّ مَالَكُ اسْتِعَانَ بِهِ وَوَعَدَهُ الْإِعَانَةَ وَالْمُعِينُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ حَتَّى يُوفَى كُلُّهُ

أَيُّ كُلِّ الْجُعْلِ قَوْلُهُ يَجِبُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَرْبَعُونَ دَرْهَمًا (أَيْ وَإِنْ كَانَ الرَّأْدُ اثْنَيْنِ وَالْبَاقِ وَاحِدًا فَلَهُمَا جُعْلٌ وَاحِدٌ بَيْنَهُمَا نَصْفَانِ) قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرُ كَالْقَنَّ) لِأَنََّّهُمَا مَمْلُوكَانِ لِلْمَوْلَى وَيَسْتَكْسِبُهُمَا كَالْقَنَّ فَحَصَلَ بِهِ إِحْيَاءُ الْمَالِيَّةِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ بِخِلَافِ الْمُكَاتَبِ لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِمَكَاسِبِهِ فَلَا يُوجَدُ فِيهِ إِحْيَاءُ مَالِ الْمَوْلَى هَذَا إِذَا رَدَّهُمَا فِي حَيَاةِ الْمَوْلَى وَإِنْ رَدَّهُمَا بَعْدَ مَوْتِهِ فَلَا جُعْلَ لَهُ لِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ تُعْتَقُ بِمَوْتِهِ فَتَكُونُ حُرَّةً وَلَا جُعْلَ فِي الْحُرِّ وَكَذَا الْمُدَبِّرُ إِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ لِمَا ذَكَرْنَا وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ فَكَذَلِكَ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ حُرٌّ عَلَيْهِ دَيْنٌ إِذَا الْعَتَقُ لَا يَتَجَرَّأُ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ مُكَاتَبٌ وَلَا جُعْلَ فِي الْمُكَاتَبِ وَإِنْ رَدَّ الْقَنَّ بَعْدَ مَوْتِ مَوْلَاهُ يَسْتَحِقُّ الْجُعْلَ إِنْ كَانَ الرَّأْدُ أَجْنَبِيًّا وَإِنْ كَانَ وَارِثًا يُنْظَرُ فَإِنْ كَانَ أَخَذَهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا لِأَنَّ الْعَمَلَ يَقَعُ فِي مَحَلٍّ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ مِنَ الْوَرِثَةِ وَفِيهِ لَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ وَإِنْ أَخَذَهُ فِي حَيَاتِهِ ثُمَّ مَاتَ يَسْتَحِقُّ الْجُعْلَ فِي حِصَّةِ غَيْرِهِ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ هُوَ يَقُولُ إِنْ وَجُوبَ الْجُعْلُ يُضَافُ إِلَى التَّسْلِيمِ لَا إِلَى الْأَخْذِ وَلِهَذَا لَوْ هَلَكَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ يَسْقُطُ وَوَقْتُ التَّسْلِيمِ هُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ فَيَكُونُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ فَلَا يَسْتَحِقُّ الْجُعْلَ وَلَهُمَا أَنْ الْوُجُوبَ مُضَافٌ إِلَى الْعَمَلِ لِأَنَّ الْأَجْرَةَ تُسْتَحَقُّ بِالْعَمَلِ وَأَثَرُ التَّسْلِيمِ فِي الْمُبَادَلَةِ فِي تَأْكِيدِ الْبَدَلِ لَا فِي إِجْبَاهِهِ إِلَّا أَنْ سَبَبَ التَّأْكِيدِ إِذَا فَاتَ يَسْقُطُ الْبَدَلُ بَعْدَ الْوُجُوبِ لِأَنَّ الْوُجُوبَ كَانَ مُتَعَلِّقًا بِهِ وَهَذَا التَّسْلِيمُ فَاتَ فِي حِصَّتِهِ إِذَا لَا يَكُونُ مُسْلِمًا وَمُتَسَلِّمًا وَلَمْ يَفُتْ فِي حِصَّةِ غَيْرِهِ فَيَتَأَكَّدُ عَلَيْهِمْ حِصَّتُهُمْ كَمَا لَوْ خَاطَ أَوْ صَبَّغَ ثَوْبًا لِمَوْرِثِهِ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ لَا يَسْقُطُ الْأَجْرُ فِي حِصَّتِهِ بِخِلَافِ مَا لَوْ أَخَذَهُ وَالْمَوْلَى مَيِّتٌ لِأَنَّ الْعَمَلَ وَقَعَ فِي مَحَلٍّ مُشْتَرَكٍ فَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَلَوْ رَدَّ عَبْدٌ أَبِيهِ أَوْ أَخِيهِ أَوْ سَائِرَ أَقَارِبِهِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْجُعْلُ إِذَا كَانَ فِي عِيَالِ الْمَوْلَى لِحَرَبَانِ الْعَادَةِ بِالرَّدِّ تَبَرُّعًا وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي عِيَالِهِ وَجَبَ الْجُعْلُ لَهُ إِلَّا الْبَائِنُ إِذَا رَدَّ عَبْدٌ أَبِيهِ أَوْ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ رَدَّ عَبْدَ الْآخَرِ فَإِنَّهُمَا لَا يَجِبُ لَهُمَا الْجُعْلُ مُطْلَقًا لِأَنَّ رَدَّ الْبَائِنِ عَلَى الْمَوْلَى نَوْعُ خِدْمَةٍ لِلْمَوْلَى وَخِدْمَةُ الْأَبِ مُسْتَحَقَّةٌ عَلَى الْبَائِنِ فَلَا تُقَابَلُ بِأَجْرِ وَكَذَا خِدْمَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ الْآخَرَ وَكَذَا الْوَصِيَّ إِذَا رَدَّ عَبْدَ الْيَتِيمِ لَا يَسْتَحِقُّ الْجُعْلَ وَلَا جُعْلٌ لِلْسُلْطَانِ إِذَا رَدَّ أَبَقًا

الشرح

قَوْلُهُ لَا يَسْقُطُ الْأَجْرُ فِي حِصَّتِهِ

الظَّاهِرُ يَدُلُّ قَوْلُهُ فِي حِصَّتِهِ فِي حِصَّتِهِمْ فَتَأْمَلْ

قَوْلُهُ إِلَّا الْبَائِنَ إِذَا رَدَّ عَبْدٌ أَبِيهِ أَوْ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ

قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَلَوْ كَانَ الرَّأْدُ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الْمَرْدُودِ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يُنْظَرُ إِنْ وَجَدَ الرَّجُلُ عَبْدًا أَبِيهِ فَلَا جُعْلَ لَهُ سَوَاءً كَانَ فِي عِيَالِهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ وَالزَّوْجُ وَإِنْ وَجَدَ الْأَبُ عَبْدًا ابْنَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي عِيَالِهِ فَلَهُ الْجُعْلُ وَإِنْ كَانَ فِي عِيَالِهِ فَلَا جُعْلَ لَهُ وَكَذَلِكَ الْأَخُ وَسَائِرُ ذَوِي الْأَرْحَامِ إِذَا وَجَدَ عَبْدًا أَخِيهِ إِنْ كَانَ فِي عِيَالِهِ فَلَا جُعْلَ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي عِيَالِهِ فَلَهُ الْجُعْلُ إِلَى هُنَا لَفْظُهُ وَجُمْلَتُهُ مَا ذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ أَبُو بَكْرٍ الْمَعْرُوفُ بِخَوَاهِرِ زَادَةِ فِي مَبْسُوطِهِ وَهُوَ مَا إِذَا رَدَّ الْبَائِنُ وَاحِدًا مِنْ أَقْرَبَاءِ الْمَوْلَى إِنْ لَمْ يَكُنْ الرَّأْدُ وَلَدًا فَإِنَّهُ يُنْظَرُ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي عِيَالِهِ فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْجُعْلَ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا لِأَنَّ الرَّأْدَ بَائِعٌ مِنْ وَجْهِ وَأَجِيرٌ مِنْ وَجْهِ وَأَيُّ ذَلِكَ اعْتَبَرْنَا وَجَبَ الْجُعْلُ لِأَنَّهُ لَوْ بَاعَ شَيْئًا مِنْ قَرِيْبِهِ اسْتَحَقَّ الثَّمَنَ وَلَوْ عَمِلَ لَهُ بِإِجَارَةٍ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ وَإِنْ كَانَ فِي عِيَالِهِ وَوَجَبَ الْجُعْلُ قِيَاسًا لِهَذَا الْمَعْنَى وَفِي الْاسْتِحْسَانِ لَا يَجِبُ لِلرَّدِّ حَصَلٌ عَلَى سَبِيلِ التَّبَرُّعِ عُرْفًا وَعَادَةً فَإِنَّ الْعُرْفَ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ أَنَّ مَنْ أَبَقَ عَبْدُهُ إِنَّمَا يَطْلُبُهُ مَنْ كَانَ فِي عِيَالِهِ وَيَرُدُّهُ مُتَبَرِّعًا فَلَوْ ثَبَتَ التَّبَرُّعُ نَصًّا لَا يَجِبُ الْجُعْلُ فَكَذَا إِذَا ثَبَتَ عُرْفًا لِأَنَّ الثَّابِتَ عُرْفًا كَالثَّابِتِ نَصًّا بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي عِيَالِهِ لِأَنَّ التَّبَرُّعَ لَمْ

يُوحَدُ لَا نَصًّا وَلَا عُرْفًا .

أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ أَبَقَ مِنَ الرَّادِّ لَا يَضْمَنُ) لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ إِذَا أَشْهَدَ وَقْتَ التَّأْخِذِ عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي اللَّقْطَةِ وَلَا جُعْلَ لَهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَرُدَّهُ عَلَى مَوْلَاهُ وَلَوْ أَخَذَهُ غَيْرُهُ فَرَدَّهُ عَلَى مَوْلَاهُ فَالْجُعْلُ لَهُ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي رَدَّهُ عَلَى الْمَوْلَى وَلَوْ جَاءَ بِهِ إِلَى الْمَوْلَى فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَى قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ اسْتَحَقَّ الْجُعْلَ لِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ مِنْهُ قَبْضٌ مَعْنَى وَلِهَذَا لَوْ أَعْتَقَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ قَبْلَ الْقَبْضِ وَجَبَ عَلَيْهِ تَسْلِيمُ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ قَبْضٌ لَهُ وَلَوْ دَبَّرَهُ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فَلَا جُعْلَ لَهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لَيْسَ يَقْبِضُ وَلَوْ بَاعَهُ مِنَ الرَّادِّ اسْتَحَقَّ الْجُعْلَ لِسَلَامَةِ الْبَدَلِ لَهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا وَهَبَهُ لَهُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَإِنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَا جُعْلَ لَهُ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَبِيعِ فِي يَدِ الْبَائِعِ حَتَّى كَانَ لَهُ حَبْسُهُ بِالْجُعْلِ كَمَا يُحْبَسُ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ الْمَبِيعِ ثُمَّ إِذَا هَلَكَ الْمَبِيعُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَسْتَحَقُّ الثَّمَنَ فَكَذَا هَذَا .

هَذَا إِذَا صَدَّقَهُ الْمَوْلَى فِي الْإِبَاقِ وَإِنْ كَذَّبَهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَوْلَى لِأَنَّ السَّبَبَ الْمَوْجِبَ لِلضَّمَانِ مِنَ التَّأْخِذِ قَدْ ظَهَرَ فَلَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ مَا يُبْرِئُهُ عَنْهُ إِلَّا إِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِ الْمَوْلَى بِأَنَّهُ أَبَقَ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَشْهَدُ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِيَرُدَّهُ) لِأَنَّ الْإِشْهَادَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَخَذَهُ لِيَرُدَّهُ عَلَى مَوْلَاهُ وَتَرَكُهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ فَلَا بُدَّ لَهُ مِنَ الْإِشْهَادِ حَتَّى لَوْ تَرَكَ الْإِشْهَادَ يَكُونُ ضَامِنًا وَلَا يَسْتَحَقُّ الْجُعْلَ إِذَا رَدَّهُ وَهَذَا عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَضْمَنُ وَيَسْتَحَقُّ الْجُعْلَ إِذَا رَدَّهُ لِأَنَّ الْإِشْهَادَ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي اللَّقْطَةِ وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ لَا يَسْتَحَقُّ الْجُعْلَ إِلَّا إِذَا أَخَذَهُ لِيَرُدَّهُ حَتَّى لَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ أَوْ اشْتَرَاهُ أَوْ أَتَهَبَهُ لِنَفْسِهِ ثُمَّ رَدَّهُ عَلَى الْمَوْلَى لَا يَسْتَحَقُّ الْجُعْلَ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَجُعْلُ الرَّهْنِ عَلَى الْمُرْتَهِنِ) لِأَنَّهُ أَحْيَا دَيْنَهُ بِالرَّدِّ لِرُجُوعِهِ بِهِ بَعْدَ سُقُوطِهِ فَحَصَلَ سَلَامَةٌ مَالِيَّتِهِ لَهُ وَلَوْ أَنَّ ذَلِكَ لَهَلَكَ دَيْنُهُ وَالرَّدُّ فِي حَيَاةِ الرَّاهِنِ وَبَعْدَهُ سَوَاءٌ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَعْنَى وَهُوَ لَا يَخْتَلِفُ فِيهِمَا هَذَا إِذَا كَانَ كُلُّهُ مَضْمُونًا بِأَنَّ كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ أَوْ أَقَلَّ فَإِنْ كَانَ بَعْضُهُ أَمَانَةً بِأَنَّ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَكْثَرَ مِنَ الدَّيْنِ جَعَلَ حِصَّةَ الْمَضْمُونِ عَلَى الْمُرْتَهِنِ وَحِصَّةَ الْأَمَانَةِ عَلَى الرَّاهِنِ لِأَنَّ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ فِي الْمَضْمُونِ فَصَارَ كَتَمَنِ الْأَدْوِيَةِ وَالْفِدَاءِ مِنَ الْجَنَائَةِ وَإِنْ كَانَ مَدِينًا فَالْجُعْلُ عَلَى الْمَوْلَى إِنْ اخْتَارَ قَضَاءَ مَا عَلَيْهِ مِنَ الدَّيُونِ وَإِنْ أَبَى بَيْعَ الْعَبْدِ وَأَخَذَ الرَّادُّ جُعْلَهُ مِنْ ثَمَنِهِ وَمَا بَقِيَ يُعْطَى لِلْأَصْحَابِ الدَّيُونِ لِأَنَّهُ مُؤَنَّةُ الْمَلِكِ فَيَجِبُ عَلَى مَنْ يَسْتَقِرُّ لَهُ الْمَلِكُ وَإِنْ كَانَ جَانِيًا فَإِنْ اخْتَارَ الْمَوْلَى الْفِدَاءَ فَالْجُعْلُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ طَهَّرَهُ عَنِ الْجَنَائَةِ بِاخْتِيَارِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَجُنْ وَأَحْيَا الرَّادُّ مَالِيَّتَهُ بِالرَّدِّ إِلَيْهِ وَإِنْ اخْتَارَ دَفْعَهُ بِالْجَنَائَةِ فَالْجُعْلُ عَلَى وَلِيِّ الْجَنَائَةِ لِأَنَّهُ بِالرَّدِّ أَحْيَا حَقَّهُ وَإِنْ كَانَ مَوْهُوبًا فَعَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ وَإِنْ رَجَعَ الْوَاهِبُ فِي الْهَبَةِ بَعْدَ الرَّدِّ لِأَنَّ الْمَلِكَ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ عِنْدَ الرَّدِّ فَرَوَاهُ بِالرُّجُوعِ بَعْدَ ذَلِكَ كَرَوَاهُ بِغَيْرِهِ مِنَ الْأَسْبَابِ وَلِأَنَّ زَوَالَ مَلِكِهِ بِالرُّجُوعِ بِتَقْصِيرٍ مِنْهُ وَهُوَ تَرَكُهُ التَّصَرُّفَ فِيهِ فَلَا يَسْقُطُ عَنْهُ الْوَاجِبُ بِالرَّدِّ بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْجَانِيِ وَالْمَدِينِ وَجُعْلُ عَبْدٍ صَبِيٍّ فِي مَالِ الصَّبِيِّ لِأَنَّهُ مُؤَنَّةُ مَلِكِهِ وَلَوْ رَدَّهُ وَصِيَّةً لَا يَسْتَحَقُّ الْجُعْلَ لِأَنَّ تَدْبِيرَهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فَلَا يَسْتَحَقُّ الْأَجْرَ بِهِ وَجُعْلُ الْعَبْدِ الْمَعْصُوبِ عَلَى الْغَاصِبِ لِأَنَّ ضَمَانَ جِنَايَةِ الْعَبْدِ عَلَى الْغَاصِبِ وَجُعْلُ عَبْدٍ رَقَبَتِهِ لِرَجُلٍ وَخِدْمَتُهُ لِآخَرٍ عَلَى صَاحِبِ الْخِدْمَةِ فِي الْحَالِ فَإِذَا مَضَتْ الْمُدَّةُ رَجَعَ بِهِ عَلَى صَاحِبِ الرَّقَبَةِ وَيُبَاعُ الْعَبْدُ بِهِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ

الشرح

قَوْلُهُ لِأَنَّهُ أَحْيَا دِينَهُ بِالرَّدِّ لِرُجُوعِهِ بِهِ

أَيُّ لِرُجُوعِ الدِّينِ بِالرَّدِّ بَعْدَ مَا سَقَطَ وَلَوْ أَنَّ الرَّدَّ لَاسْتَمَرَ ذَهَابُهُ مِنْ خَطِّ الشَّارِحِ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ (أَيُّ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَ أَرْبَابِ الدُّيُونِ حَيْثُ يُبَاعُ وَيُقَدَّمُ الْجُعْلُ ثُمَّ الْبَاقِي لِلْمُوصَى لَهُ بِالْعَيْنِ ا ق .
قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ) (وَأَمْرُ نَفَقَتِهِ كَاللُّقْطَةِ) لِأَنَّهُ لُقْطَةٌ حَقِيقَةٌ فَيَكُونُ حُكْمُهُ كَحُكْمِهِ مِنْ أَنَّ الْآخِذَ إِذَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْقَاضِي يَكُونُ مُتَبَرِّعًا وَلَا بُدَّ مِنْ اشْتِرَاطِ الرُّجُوعِ عَلَى الْمَوْلَى عِنْدَ الْإِذْنِ وَفِي حَبْسِهِ بِالتَّفَقُّعِ عِنْدَ حُضُورِ مَوْلَاهُ غَيْرَ أَنَّهُ لَا يُوجَرُّهُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

كتاب المفقود

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (هُوَ غَائِبٌ لَمْ يُدْرَ مَوْضِعُهُ) وَذَكَرَ فِي النَّهْيَةِ أَنَّهُ فِي اللَّغَةِ مِنَ الْأَضْدَادِ يَقُولُ الرَّجُلُ فَقَدْتُ الشَّيْءَ أَيَّ أَضَلَلْتَهُ وَفَقَدْتَهُ أَيَّ طَلَبْتَهُ وَكُلٌّ مِنَ الْمَعْنَيْنِ مُتَحَقِّقٌ فِي الْمَفْقُودِ فَقَدْ ضَلَّ عَنْ أَهْلِهِ وَهُمْ فِي طَلَبِهِ وَفِي اصطلاح الفقهاء غَائِبٌ لَمْ يُدْرَ مَوْضِعُهُ وَحَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ ، وَأَهْلُهُ فِي طَلَبِهِ يَجِدُونَهُ وَقَدْ انْقَطَعَ عَنْهُمْ خَبَرُهُ وَخَفِيَ عَلَيْهِمْ أَثَرُهُ فَبَالَجِدِّ قَدْ يَصِلُونَ إِلَى الْمُرَادِ وَرَبَّمَا يَتَأَخَّرُ اللَّقَاءُ إِلَى يَوْمِ التَّنَادِ وَحُكْمُهُ فِي الشَّرْعِ أَنَّهُ حَيٌّ فِي حَقِّ نَفْسِهِ حَتَّى لَا يُقَسَمَ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ مِيتٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِ حَتَّى لَا يَرِثَ مِنْ أَحَدٍ مَاتَ مِنْ أَقَارِبِهِ لِأَنَّهُ بُتِيَ حَيَاتُهُ بِاسْتِصْحَابِ الْحَالِ وَلَا يُعْتَبَرُ إِلَّا فِي إِبْقَاءِ مَا كَانَ عَلَى مَا كَانَ وَلَا يَصْلُحُ لِلِاسْتِحْقَاقِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَيَنْصَبُ الْقَاضِي مَنْ يَأْخُذُ حَقَّهُ وَيَحْفَظُ مَالَهُ وَيَتَوَقَّعُ عَلَيْهِ) لِأَنَّ الْقَاضِيَّ نَصَبَ نَاطِرِ الْكُلِّ مَنْ عَجَزَ عَنِ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ وَقَدْ عَجَزَ الْمَفْقُودُ فَصَارَ كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَفِي نَصَبِ مَا ذَكَرْنَا نَظَرَ لَهُ فَيَفْعَلُ وَقَوْلُهُ مَنْ يَأْخُذُ حَقَّهُ يَعْنِي يَقْبِضُ غَلَاتِهِ وَالذُّيُونَ الَّتِي أَقَرَّ بِهَا غُرْمَاؤُهُ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْحِفْظِ وَلَا يُخَاصِمُ فِي دَيْنٍ لَمْ يَفِرَّ بِهِ الْعَرِيمُ وَلَا فِي نَصِيبٍ لَهُ فِي عَقَارٍ أَوْ عَرَضٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِكٍ وَلَا نَائِبٍ عَنْهُ وَإِنَّمَا هُوَ وَكِيلٌ بِالْقَبْضِ مِنْ جِهَةِ الْقَاضِيِّ وَلِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ بِالْإِتِّفَاقِ لِمَا فِيهِ مِنْ تَضَمُّنِ الْحُكْمِ عَلَى الْغَائِبِ وَإِنَّمَا الْخِلَافُ الْمَعْرُوفُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ فِيمَنْ وَكَلَهُ الْمَالِكُ يَقْبِضُ الدَّيْنَ هَلْ يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ أَمْ لَا فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَمْلِكُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَمْلِكُ لِمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ .

فَإِذَا كَانَ يَتَضَمَّنُ الْحُكْمُ

عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا فَلَوْ قَضَى بِهِ قَاضٍ يَرَى ذَلِكَ حَازَ لِأَنَّهُ فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ فَيَنْفُذُ قَضَاؤُهُ بِالْإِتِّفَاقِ فَإِنْ قِيلَ الْمُجْتَهَدُ فِيهِ نَفْسُ الْقَضَاءِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَوَقَّعَ نَفَاذُهُ عَلَى إِمْضَاءِ قَاضٍ آخَرَ كَمَا لَوْ كَانَ الْقَاضِيُّ مَحْدُودًا فِي الْقَذْفِ قُلْنَا لَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ الْمُجْتَهَدُ فِيهِ سَبَبُ الْقَضَاءِ وَهُوَ أَنْ الْبَيِّنَةُ هَلْ تَكُونُ حُجَّةً مِنْ غَيْرِ خَصْمٍ حَاضِرٍ أَمْ لَا فَإِذَا رَأَاهَا الْقَاضِيُّ حُجَّةً وَقَضَى بِهَا نَفَذَ قَضَاؤُهُ كَمَا لَوْ قَضَى بِشَهَادَةِ الْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ هَكَذَا ذَكَرْنَا هُنَا وَهُوَ مُشْكِلٌ فَإِنَّ الْإِخْتِلَافَ فِي نَفْسِ الْقَضَاءِ وَإِلَّا لَمْ يَتَصَوَّرِ الْإِخْتِلَافُ فِي نَفْسِ الْقَضَاءِ أَبَدًا فَإِذَا كَانَ الْإِخْتِلَافُ فِي نَفْسِ الْقَضَاءِ فَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ حَتَّى يُنْفِذَهُ حَاكِمٌ آخَرُ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْإِخْتِلَافُ فِي وَاقِعَةِ فَحْكَمِ الْحَاكِمِ بِأَحَدِ الْقَوْلَيْنِ حَيْثُ يَنْفُذُ حُكْمُهُ فِيهِ مِنْ غَيْرِ تَنْفِيذِ أَحَدٍ لَوْجُودِ الْإِخْتِلَافِ فِيهَا قَبْلَ الْحُكْمِ ثُمَّ الْوَكِيلُ الَّذِي نَصَبَهُ الْقَاضِيُّ يُخَاصِمُ فِي دَيْنٍ وَجَبَ بَعْدَهُ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّهُ أَصْلٌ فِيهِ فَرَجَعَ حَقُّوقُهُ إِلَيْهِ وَبَيَّعَ مَا يَخَافُ عَلَيْهِ الْفَسَادَ مِنْ مَالِهِ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ حِفْظُ صَوْرَتِهِ وَمَعْنَاهُ تَعَيَّنَ النَّظَرُ فِيهِ بِحِفْظِ الْمَعْنَى وَلَا يَبِيعُ مَا لَا يَخَافُ عَلَيْهِ الْفَسَادَ فِي نَفَقَةٍ وَلَا فِي غَيْرِهَا لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَى الْغَائِبِ إِلَّا فِي حِفْظِ مَالِهِ فَلَا يَجُوزُ لَهُ تَرْكُ حِفْظِ الصُّورَةِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ

الشرح

قَالَ فِي التَّقَايَةِ هُوَ غَائِبٌ لَمْ يُدْرَ أَثَرُهُ حَيٌّ فِي حَقِّ نَفْسِهِ فَلَا تُنْكَحُ عَرِسُهُ وَلَا يُقَسَمُ مَالُهُ وَلَا تُنْفَسَخُ إِجَارَتُهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيُنْفِقُ مِنْهُ عَلَى قَرَبِيهِ وَلِدَا وَزَوْجَتِهِ) أَيُّ يُنْفِقُ مِنْ مَالِهِ عَلَى فُرُوعِهِ وَأَصْوِلِهِ وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ وَلِدَا وَعَلَى زَوْجَتِهِ لِأَنَّ نَفَقَةَ هَؤُلَاءِ وَاجِبَةٌ مِنْ غَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِيِّ وَلِهَذَا لَوْ ظَفَرُوا بِمَالِهِ أَخَذُوهُ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ وَيَكُونُ الْقَضَاءُ إِعَانَةً لَهُمْ فَلَا يَكُونُ قَضَاءً عَلَى الْغَائِبِ بِخِلَافِ نَفَقَةِ غَيْرِهِمْ كَالْإِخْوَةِ وَالْأَعْمَامِ وَغَيْرِهِمْ مِنْ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ غَيْرِ الْوَلَدِ لِأَنَّهُ تَفَقَّهَتْ لَهُ لَا تَجِبُ إِلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِيِّ لِمَا أَنَّهُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ فَلَوْ قَضَى لَهُمْ لَكَانَ قَضَاءً عَلَى الْغَائِبِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ وَقَوْلُهُ مِنْ مَالِهِ الْمُرَادُ بِهِ الدَّرَاهِمُ وَالذَّنَانِيرُ لِأَنَّ حَقَّهُمْ فِي الْمَطْعُومِ وَالْمَلْبُوسِ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فِي مَالِهِ يَحْتَاجُ إِلَى الْقَضَاءِ بِالْقِيَمَةِ وَهِيَ التَّقْدَانِ وَالْقَضَاءُ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ وَالتَّبَرُّ بِمَنْزِلَتِهِمَا فِي هَذَا الْحُكْمِ لِأَنَّهُ يَصْلُحُ

قِيمَةً كَالْتَقُودِ وَهَذَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ الْقَاضِي وَإِنْ كَانَ وَدِيعَةً أَوْ دَيْنًا يُنْفِقُ عَلَيْهِمْ مِنْهُمَا إِذَا كَانَ الْمُودِعُ وَالْمَدِينُ مُقَرَّرَيْنِ الْوَدِيعَةُ وَالِدَيْنُ وَالتَّسْبِ وَالنَّكَاحُ إِذَا لَمْ يَكُونَا ظَاهِرَيْنِ عِنْدَ الْقَاضِي وَإِنْ كَانَا ظَاهِرَيْنِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِقْرَارِهِمَا وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا ظَاهِرًا دُونَ الْآخَرِ يُشْتَرَطُ الْإِقْرَارُ بِمَا لَيْسَ بظَاهِرٍ فِي الصَّحِيحِ فَإِنْ دَفَعَا إِلَيْهِمْ بِغَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي ضَمِنَ الْمُودِعُ وَلَا يَسْقُطُ الدَّيْنُ لِتَعَدِّي الْمُودِعِ وَعَدَمِ إِيصَالِ الدَّيْنِ إِلَى صَاحِبِهِ أَوْ نَائِبِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ إِلَى الْقَاضِي نَفْسَهُ أَوْ إِلَى غَيْرِهِ بِأَمْرِهِ لَأَنَّ الْقَاضِي لَهُ وَلَايَةُ الدَّفْعِ وَالْأَخْذِ فَإِذَا كَانَا جَا حَادِيْنِ أَصْلًا أَوْ كَانَا جَا حَادِيْنِ السَّبَبِ مِنَ السَّبَبِ وَالزَّوْجِيَّةِ لَمْ يَنْتَصِبْ أَحَدٌ مِنَ الْمُسْتَحَقِّينَ حَصْمًا فِيهِ لِأَنَّ مَا يُنْبِئُهُ لِلْغَائِبِ وَهُوَ الْمَالُ لَمْ يَتَّعِنَ لِحَقِّهِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ آخَرُ غَيْرُهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ حَقُّهُ مُتَعَيَّنًا فِيهِ كَالشَّفِيعِ يَدْعِي عَلَى رَجُلٍ شَرَاءَ الْمَشْفُوعِ مِنَ الْمَالِكِ الْغَائِبِ وَكَالْعَبْدِ يَدْعِي عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْ مَوْلَاهُ الْغَائِبِ وَأَعْتَقَهُ فَإِنَّهُ يَقْضِي عَلَى الْغَائِبِ فِي مِثْلِهِ لِلضَّرُورَةِ

الشرح

قوله وإن كان أحدهما ظاهراً أي الوديعة والدَيْنُ أو النكاح والتَّسْبِ .

هَدَايَة

قوله لم يتعين لحقه

أي وهو التَّفَقُّهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا) أَي لَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ وَقَالَ مَالِكٌ إِذَا مَضَى أَرْبَعُ سِنِينَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا وَتَعَدُّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ ثُمَّ تَتَزَوَّجُ إِنْ شَاءَتْ لِأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَعَلَ ذَلِكَ فِي الَّذِي اسْتَهْوَتْهُ الْجَنُّ وَلِأَنَّهُ فَاتَ حَقَّهَا فَيُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ مُضِيِّ مَدَّةٍ اعْتِبَارًا بِالْعِنَّةِ وَالْإِبْلَاءِ فَأَخَذَ مِنْهُمَا الْمَقْدَارَ الْأَرْبَعَ مِنَ الْإِبْلَاءِ وَالسِّنِينَ مِنَ الْعِنَّةِ عَمَلًا بِالسَّبَبَيْنِ لِأَنَّ حَقَّهَا فَاتَ وَهُوَ مَعْذُورٌ فِي الْعِنَّةِ لِأَنَّهُ مُبَاحٌ كَمَا فِي الْعِنَّةِ وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي امْرَأَةِ الْمَفْقُودِ إِنَّهَا امْرَأَتُهُ حَتَّى يَأْتِيَهَا الْبَيَانُ وَقَالَ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِيهَا هِيَ امْرَأَةٌ ابْتَلَيْتْ فَلْتَصْبِرْ حَتَّى يَسْتَبِينَ مَوْتُهُ أَوْ طَلَاقُهُ فَكَانَا بَيَانًا لِلْبَيَانِ الْمَذْكُورِ فِي الْمَرْفُوعِ وَلِأَنَّ النِّكَاحَ حَقُّهُ وَهُوَ حَيٌّ فِي إِبْقَاءِ حَقِّهِ وَلِهَذَا لَا يُورَثُ مَالُهُ لِلْحَالِ فَكَذَا لَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا وَقَدْ صَحَّ رُجُوعُ عُمَرَ إِلَى قَوْلِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَلَا يَلْزَمُ حُجَّةٌ وَالتَّفْرِيقُ فِي الْإِبْلَاءِ لِرُفْعِ الظُّلْمِ وَلَا ظُلْمٌ فِي الْمَفْقُودِ فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ وَلِأَنَّهُ كَانَ طَلَاقًا مُعَجَّلًا فَأَجَلُهُ الشَّارِعُ فَكَانَ إِقْبَاعًا بِخِلَافِ الْغَيْبَةِ فَلَا تُقَاسُ عَلَيْهِ وَلَا عَلَى الْعِنَّةِ لِأَنَّ الْغُرْبَةَ يَعْقِبُهَا الرُّجُوعُ وَالْعِنَّةُ لَا تَزُولُ بَعْدَ اسْتِمْرَارِهَا سَنَةً عَادَةً فَانْعَدَمَ شَرْطُ الْقِيَاسِ وَهُوَ الْإِسْتِوَاءُ

الشرح

قوله لأن عمر فعل ذلك في الذي استهوته الجن

أَي حُرَّتُهُ ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي لَيْلَى قَالَ أَنَا لَقِيتُ الْمَفْقُودَ فَحَدَّثَنِي حَدِيثُهُ قَالَ أَكَلْتُ خَزِيرًا بِالزَّيِّ وَالْيَاءِ الْمُشْنَاءِ مَرْقَةً تُطْبَخُ بِمَا يُصَفَّى مِنْ بَلَالَةِ النُّخَالَةِ فِي أَهْلِي ثُمَّ خَرَجْتُ فَأَخَذَنِي نَفَرٌ مِنَ الْجَنِّ فَمَكَّنْتُ فِيهِمْ ثُمَّ بَدَأَ لَهُمْ فِي عَنَقِي فَأَعْتَقُونِي ثُمَّ أَتَوْا بِي قَرِيبًا مِنَ الْمَدِينَةِ فَقَالُوا أَتَعْرِفُ النَّخِيلَ قُلْتُ نَعَمْ فَخَلُّوا عَنِّي فَجِئْتُ إِذَا عُمَرُ أَبَانُ امْرَأَتِي بَعْدَ أَرْبَعِ سِنِينَ فَأَعْتَدْتُ وَتَزَوَّجْتُ فَخَيْرَنِي عُمَرُ بَيْنَ أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيَّ وَبَيْنَ الْمَهْرِ وَأَهْلِ الْحَدِيثِ يَرَوْنَ أَنَّ عُمَرَ هَمَّ بِتَأْدِيبِهِ حِينَ رَأَاهُ وَجَعَلَ يَقُولُ يُغِيبُ أَحَدُكُمْ عَنْ امْرَأَتِهِ هَذِهِ الْمُدَّةَ الطَّوِيلَةَ

وَلَا يَبْعَثُ بِخَبَرِهِ فَقَالَ لَا تَعْجَلْ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ وَذَكَرَ لَهُ قِصَّتَهُ وَفِي هَذَا الْحَدِيثِ دَلِيلٌ لِمَذْهَبِ أَهْلِ السُّنَّةِ أَنَّ الْجَنَّ يَسْلُطُونَ عَلَى بَنِي آدَمَ وَأَهْلِ الزَّيْعِ يُنْكِرُونَ ذَلِكَ عَلَى الْإِخْتِلَافِ بَيْنَهُمْ فَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: الْمُسْتَنْكَرُ دُخُولُهُمْ فِي الْآدَمِيِّ لِأَنَّ اجْتِمَاعَ رُوحَيْنِ فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ لَا يَنْتَحِقُ .

وَقَدْ يُتَصَوَّرُ تَسَلُّطُهُمْ عَلَى الْآدَمِيِّ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَدْخُلُوا فِيهِ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ الْجَنُّ أَحْسَامٌ لَطِيفَةٌ فَلَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَحْمِلُوا جِسْمًا كَثِيفًا مِنْ مَوْضِعٍ إِلَى مَوْضِعٍ وَلَكِنَّا نَأْخُذُ بِمَا وَرَدَ بِهِ الْأَثَارُ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إِنَّ الشَّيْطَانَ يَجْرِي مِنْ ابْنِ آدَمَ مَجْرَى الدَّمِ } وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إِنَّهُ يَدْخُلُ فِي رَأْسِ الْإِنْسَانِ فَيَكُونُ عَلَى قَافِيَةِ رَأْسِهِ } فَتَتَّبِعُ الْأَثَارَ وَلَا نَشْتَغِلُ بِكَيْفِيَّةِ ذَلِكَ كَذَا فِي الدَّرَايَةِ وَفِي طَلَبَةِ الطَّلَبَةِ وَكَانَ شَمْسُ الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيِّ يَقُولُ إِنَّ هَذَا الْمَفْقُودَ كَانَ اسْمُهُ خُرَافَةُ

وَكَانَ بَعْدَ رُجُوعِهِ مِنَ الْجَنِّ يَحْكِي عَنْهُمْ أَشْيَاءَ يَتَعَجَّبُ مِنْهَا وَيَتَوَقَّفُ فِي صِحَّتِهَا فَكَانُوا يَقُولُونَ هَذَا حَدِيثُ خُرَافَةٍ وَصَارَ هَذَا مَثَلًا يُضْرَبُ عِنْدَ سَمَاعِ مَا لَا تُعْرَفُ صِحَّتُهُ وَالْخُرَافَاتُ كُلُّ مَا لَا صِحَّةَ لَهَا مَأْخُودَةٌ مِنْ هَذَا وَاسْتَبْعَدَهَا فِي الْمَغْرِبِ لِأَنَّ الْمَفْقُودَ كَانَ فِي عَهْدِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَخُرَافَةُ كَانَ فِي عَهْدِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَحُكْمَ بَمَوْتِهِ بَعْدَ تِسْعِينَ سَنَةً) لِأَنَّ الْغَالِبَ لَا يَعِيشُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ وَهُوَ مَرْوِيُّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ الْفَضْلِيِّ وَعَنْ أَبِي بَكْرٍ مُحَمَّدِ بْنِ حَامِدٍ وَأَبُو يُوسُفَ قَدَّرَهُ بِمِائَةِ سَنَةٍ وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَدَّرَهُ بِمِائَةِ وَعِشْرِينَ سَنَةً وَفِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ أَنَّهُ مُقَدَّرٌ بِمَوْتِ الْأَقْرَانِ فِي بَلَدِهِ لِأَنَّ الرُّجُوعَ إِلَى أَمْثَالِهِ فِيمَا تَنَعَّ الْحَاجَةُ فِيهِ إِلَى مَعْرِفَةِ طَرِيقِ الشَّرْعِ كَقِيمِ الْمُتَلَفَاتِ وَمَهْرٍ مِثْلِ التَّسَاءِ فَإِذَا لَمْ يَبْقَ أَحَدٌ مِنْ أَقْرَأَ أَنَّهُ دَلَّ ذَلِكَ عَلَى مَوْتِهِ فَحُكْمَ بَمَوْتِهِ لِأَنَّ بَقَاءَهُ بَعْدَ أَقْرَانِهِ نَادِرٌ وَمَبْنَى الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى الْغَالِبِ لَا عَلَى النَّادِرِ وَالْمُخْتَارِ أَنَّهُ يُفَوِّضُ إِلَى رَأْيِ الْإِمَامِ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْبِلَادِ وَكَذَا غَلَبَةُ الظَّنِّ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَشْخَاصِ فَإِنَّ الْمَلِكَ الْعَظِيمَ إِذَا انْقَطَعَ خَبَرُهُ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ فِي أَذْنِ مُدَّةٍ أَنَّهُ مَاتَ لَا سِيَّمَا إِذَا دَخَلَ فِي مَهْلَكَةٍ وَمَا كَانَ سَبَبُ اخْتِلَافِ النَّاسِ فِي مُدَّتِهِ إِلَّا لِاخْتِلَافِ آرَائِهِمْ فِيهِ فَلَا مَعْنَى لَتَقْدِيرِهِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَعَدُّ أَمْرًا وَوَرِثَ مِنْهُ حِينَئِذٍ لَا قَبْلَهُ) أَيَّ حِينَ حُكْمَ بَمَوْتِهِ لَا قَبْلَ ذَلِكَ حَتَّى لَا يَرِثَهُ إِلَّا وَرَثَتُهُ الْمَوْجُودُونَ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ لَا مَنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ الْوَقْتِ مِنْ وَرَثَتِهِ كَأَنَّهُ مَاتَ فِيهِ عَيَانًا لِأَنَّ الْحُكْمَ مُعْتَبَرٌ بِالْحَقِيقِيِّ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَرِثُ مِنْ أَحَدٍ مَاتَ) أَيَّ لَا يَرِثُ الْمَفْقُودُ مِنْ أَحَدٍ مَاتَ مِنْ أَقَارِبِهِ حَالِ فَقْدِهِ قَبْلَ الْحُكْمِ بِمَوْتِهِ لِأَنَّ بَقَاءَهُ إِلَى ذَلِكَ الْوَقْتِ حَيًّا بِاسْتِصْحَابِ الْحَالِ وَهُوَ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ بِهِ مَالَ الْغَيْرِ وَإِنَّمَا يَدْفَعُ بِهِ اسْتِحْقَاقَ مَالِيَّةٍ غَيْرِهِ فَيَكُونُ كَأَنَّهُ حَيٌّ فِي مَالِهِ مَيِّتٌ فِي حَقِّ مَالٍ غَيْرِهِ هَذَا إِذَا لَمْ تُعْلَمْ حَيَاتُهُ إِلَى أَنْ يُحْكَمَ بِمَوْتِهِ وَإِنْ عُلِمَ حَيَاتُهُ فِي وَقْتٍ مِنَ الْأَوْقَاتِ يَرِثُ مَنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ الْوَقْتِ وَلِهَذَا يُوقَفُ نَصِيبُهُ مِنْ مَالٍ مَنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ الْوَقْتِ مِنْ أَقَارِبِهِ كَمَا فِي الْحَمْلِ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ حَيًّا فَيَرِثُ فَإِنْ تَبَيَّنَ حَيَاتُهُ فِي وَقْتٍ مَاتَ فِيهِ قَرِينُهُ كَانَ لَهُ وَإِلَّا يَرُدُّ الْمَوْقُوفَ لِأَجَلِهِ إِلَى وَارِثِ مَوْرَثِهِ الَّذِي وَقَفَ مِنْ مَالِهِ وَكَذَا لَوْ أَوْصَى لَهُ بِوَقْفِ الْمُوصَى بِهِ إِلَى أَنْ يُحْكَمَ بِمَوْتِهِ فَإِذَا حُكِمَ بِمَوْتِهِ يَرُدُّ الْمَالُ الْمُوصَى بِهِ إِلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ كَانَ مَعَ الْمَفْقُودِ وَارِثٌ يُحْجَبُ بِهِ لَمْ يُعْطَ شَيْئًا وَإِنْ انْتَقَصَ حَقُّهُ بِهِ) أَيَّ بِالْمَفْقُودِ (يُعْطَى أَقْلُ النَّصِيبِ وَيُوقَفُ الْبَاقِي كَالْحَمْلِ) لِأَنَّ مُتَرَدِّدَ فِعْلٍ بِالْأَحْوَطِ فَالْأَحْوَطُ كَالْحَمْلِ ثُمَّ الْأَصْلُ فِي تَصْحِيحِ مَسَائِلِ الْمَفْقُودِ هُوَ أَنْ يَنْظُرَ فِي الْمَسْأَلَةِ فَتُصَحِّحَ عَلَى تَقْدِيرِ حَيَاتِهِ وَعَلَى تَقْدِيرِ مَمَاتِهِ ثُمَّ يَنْظُرُ بَيْنَ التَّصْحِيحَيْنِ فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُوَافَقَةٌ فَاضْرَبْ وَفَقَ أَحَدُهُمَا فِي الْآخَرِ وَإِلَّا اضْرَبِ الْجَمِيعَ فِي الْجَمِيعِ ثُمَّ مَنْ كَانَ يَسْقُطُ مِنَ الْوَرَثَةِ عَلَى تَقْدِيرِ حَيَاتِهِ أَوْ مَمَاتِهِ فَتَسْقُطُ وَمَنْ كَانَ يَنْتَقِصُ فِي إِحْدَى الْحَالَتَيْنِ وَلَا يَسْقُطُ يُعْطَى أَقْلُ النَّصِيبِ وَيُوقَفُ الْبَاقِي وَمَنْ لَا يَتَغَيَّرُ نَصِيبُهُ فِي الْحَالَتَيْنِ يُعْطَى نَصِيبُهُ كَامِلًا مِثْلَهُ تَرَكَتْ امْرَأَةٌ زَوْجًا وَأُمًّا وَأَخْتًا لَابُيْنٍ وَأَخًا كَذَلِكَ مَفْقُودًا فَلِلْمَالِ السُّدُسُ عَلَى تَقْدِيرِ حَيَاتِهِ وَعَلَى تَقْدِيرِ مَمَاتِهِ الرَّبْعُ وَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ عَلَى تَقْدِيرِ حَيَاتِهِ وَعَلَى تَقْدِيرِ وَفَاتِهِ الرَّبْعُ وَالثُّلُثُ وَكَذَا لِلْأَخْتِ

عَلَى تَقْدِيرِ مَمَاتِهِ وَعَلَى تَقْدِيرِ حَيَاتِهِ لَهَا التُّسْعُ فَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الْأَقْلُ وَيُوقَفُ الْبَاقِي مِنْ نَصِيْبِهِ وَلَوْ تَرَكَ رَجُلٌ بِنْتَيْنِ وَأَخًا لِأَبٍ وَبِنْتَ ابْنٍ وَابْنَ ابْنٍ مَفْقُودًا فَلِلْبِنْتَيْنِ الثُّلَاثَانِ عَلَى كُلِّ حَالٍ وَلِبْنْتِ الْإِبْنِ التُّسْعُ عَلَى تَقْدِيرِ حَيَاتِهِ وَلَا شَيْءَ لَهَا عَلَى تَقْدِيرِ مَمَاتِهِ وَلِلْأَخِ الثَّلَاثُ عَلَى تَقْدِيرِ مَمَاتِهِ وَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَى تَقْدِيرِ حَيَاتِهِ فَيُعْطَى الْبِنْتَانِ الثَّلَاثِينَ وَلَا يُعْطَى الْأَخُ وَلَا بِنْتُ الْإِبْنِ شَيْئًا كَمَا فِي الْحَمْلِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

الشرح

قوله مثاله تركت امرأة زوجاً إلخ

هذا مثال لصورة انتقاص حصّة الوارث الحاضر بالمفقود على تقدير حياته .

قوله وعلى تقدير مماته الربع

أَيُّ لَأَنَّ الْمَسْأَلَةَ حِينَئِذٍ تَكُونُ عَائِلَةً لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلْأَخْتِ النِّصْفُ وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ ثُمَّ بِالْعَوْلِ صَارَ ثُلُثُهَا رُبْعًا وَصَارَ نِصْفُ كُلِّ مِنَ الزَّوْجِ وَالْأَخْتِ رُبْعًا وَنُمْنَا كَمَا ذَكَرَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

قوله وكذا للأخت

أَيُّ رُبْعٍ وَنُمْنٍ

قوله ولو ترك رجل بنتين

هذا مثال لصورة ما يُحْجَبُ فِيهِ الْوَارِثُ الْحَاضِرُ بِالْمَفْقُودِ عَلَى تَقْدِيرِ حَيَاتِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

كتاب الشركة

وَهِيَ عِبَارَةٌ عَنْ اخْتِلَاطِ النَّصِيبَيْنِ فَصَاعِدًا بَحِثُ لَا يُعْرَفُ أَحَدُ النَّصِيبَيْنِ مِنَ الْآخَرِ وَمِنْهُ الشَّرْكُ بِالتَّحْرِيكِ حِبَالَةُ الصَّائِدِ لِأَنَّ فِيهِ اخْتِلَاطَ بَعْضِ حَبْلِهِ بِالْبَعْضِ ثُمَّ يُطْلَقُ اسْمُ الشَّرْكََةِ عَلَى الْعَقْدِ مَحَازًا لِكَوْنِهِ سَبَبًا لَهُ وَاعْلَمْ أَنَّ الشَّرْكََةَ عَلَى ضَرِيئِ شَرْكَةٍ مِلْكٍ وَشَرْكَةٍ عَقْدٍ عَلَى مَا نُبِّئُ فِي أَثْنَاءِ الْبَحْثِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (شَرْكَةُ الْمَلِكِ أَنْ يَمْلِكَ اثْنَانِ عَيْنًا إِرْثًا أَوْ شِرَاءً) وَكَذَا اسْتِيلَاءٌ أَوْ اتِّهَابًا أَوْ وَصِيَّةً أَوْ اخْتِلَاطُ مَالٍ بِغَيْرِ صُنْعٍ أَوْ بِصُنْعِهِمَا بَحِثُ لَا يَتَمَيَّزُ أَوْ يَعْسُرُ كَالْجِنْسِ بِالْجِنْسِ أَوْ الْمَانِعِ بِالْمَانِعِ أَوْ خَلَطُ الْحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ وَهَذَا النَّوْعُ مِنَ الشَّرْكََةِ كَانَ وَاقِعًا فِي زَمَنِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَالشَّرْكََةِ فِي الْمَوَارِيثِ وَالْغَنَائِمِ وَنَحْوِهَا

الشرح

هُوَ بِإِسْكَانِ الرَّاءِ فِي الْمَعْرُوفِ أَوْ رَدِّ الشَّرْكََةِ عَقَبَ الْمَفْقُودِ لِنَتَاسُبِهِمَا بِوَجْهَيْنِ كَوْنُ مَالٍ أَحَدِهِمَا أَمَانَةً فِي يَدِ الْآخَرِ كَمَا أَنَّ مَالَ الْمَفْقُودِ أَمَانَةً فِي يَدِ الْحَاضِرِ وَكَوْنُ الشَّرْكََةِ قَدْ يَتَحَقَّقُ فِي مَالِ الْمَفْقُودِ كَمَا لَوْ مَاتَ مُورِثُهُ وَلَهُ وَارِثٌ آخَرُ وَالْمَفْقُودُ حَيٌّ وَهَذِهِ عَامَّةٌ فِيهِمَا وَفِي الْآبِقِ وَاللَّقَطَةِ وَاللَّقِيطِ عَلَى اعْتِبَارِ وُجُودِ مَالٍ مَعَ اللَّقِيطِ وَإِنَّمَا قَدَّمَ الْمَفْقُودَ عَلَيْهِمَا وَأَوْلَاهُ الْإِبَاقُ لَشُمُولِ عَرَضِيَّةِ الْهَلَاكِ كُلِّهِ مِنْ نَفْسِ الْمَفْقُودِ وَالْآبِقِ وَكَانَ بَعْضُهُمْ تَحِيلَ أَنْ عَرَضِيَّةِ الْهَلَاكِ لِلْمَالِ فَقَالَ لِأَنَّ الْمَالَ عَلَى عَرَضِيَّةِ التَّوَيِّ وَحَاصِلُ مَحَاسِنِ الشَّرْكََةِ يَرْجِعُ إِلَى الْإِسْتِعَانَةِ فِي تَحْصِيلِ الْمَالِ وَالشَّرْكََةُ لُغَةً خَلَطُ النَّصِيبَيْنِ بَحِثُ لَا يَتَمَيَّزُ أَحَدُهُمَا وَمَا قِيلَ إِنَّهُ اخْتِلَاطُ النَّصِيبَيْنِ تَسَاهُلٌ فَإِنَّ الشَّرْكََةَ اسْمُ الْمَصْدَرِ وَالْمَصْدَرُ الشَّرْكُ مَصْدَرُ شَرَكْتُ الرَّجُلَ أَشْرَكُهُ شَرِكًا فَظَهَرَ أَنَّهَا فَعْلُ الْإِنْسَانِ وَفَعْلُهُ الْخَلَطُ وَأَمَّا الْإِسْتِعَانَةُ فَصِفَةُ لِلْمَالِ ثَبَتَتْ عَنْ فَعْلِهِمَا لَيْسَ لَهُ اسْمٌ مِنَ الْمَالِ وَلَا يُظَنُّ أَنَّ اسْمَهُ الشَّرْكُ لِأَنَّ الشَّرْكََةَ فَعْلُهُمَا أَيْضًا مَصْدَرُ الشَّرْكِ الرَّجُلَانِ افْتَعَالٌ مِنَ الشَّرْكََةِ وَيُعَدَّى إِلَى الْمَالِ بِحَرْفٍ فِي فَيُقَالُ اشْتَرَكَا فِي الْمَالِ أَيْ حَقَّقَا الْخَلَطَ فِيهِ فَالْمَالُ مُشْتَرَكٌ فِيهِ أَيْ تَعَلَّقَ بِهِ اشْتِرَاكُهُمَا أَيْ خَلَطُهُمَا .

فَتْحٌ

قوله بَحِثُ لَا يُعْرَفُ أَحَدُ النَّصِيبَيْنِ مِنَ الْآخَرِ

ثُمَّ يُطْلَقُ اسْمُ الشَّرْكََةِ عَلَى عَقْدِ الشَّرْكََةِ وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ اخْتِلَاطُ النَّصِيبَيْنِ لِأَنَّ الْعَقْدَ سَبَبٌ لَهُ ثُمَّ رُكْنُ شَرْكَةِ الْمَلِكِ اجْتِمَاعُ النَّصِيبَيْنِ وَحُكْمُهَا أَنْ يَكُونَ الْمَالُ بَيْنَهُمَا مُشْتَرَكًا وَكُلُّ وَاحِدٍ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ كَالْأَجْنَبِيِّ لَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ بِدُونِ إِذْنِهِ وَرُكْنُ شَرْكَةِ الْعُقُودِ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ بِأَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ شَارَكْتُكَ فِي كَذَا وَكَذَا فَيَقُولَ الْآخَرُ قَبِلْتُ وَحُكْمُهَا الشَّرْكََةُ فِي الرِّبْحِ ثُمَّ شَرْكَةُ الْأَمْلَاكِ عَلَى ضَرِيئِ جَبْرِيٍّ وَاخْتِيَارِيٍّ فَالْأَوَّلُ فِي الْعَيْنِ يَرْتَبِهَا رَجُلَانِ وَالثَّانِي فِي الْعَيْنِ يَشْتَرِيَانِهَا أَوْ تَوْهَبُ لَهُمَا أَوْ تُوصَى لَهُمَا فَقَبِلَا .

أَتَّقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله حباله الصائد
حباله الصائد بالكسر .

مصباح

قوله وكذا استيلاء الخ
مثل ما إذا استوليا على عين واحدة من أعيان مال أهل الحرب .

قوله أو اتهاجا
أي قبلًا عينا وهبت لهما

قوله أو اختلاط مال بغير صنع

أي كما إذا شق الكيسان فاختلط ما فيهما من الدراهم
قال رحمه الله (وكل أجنبي في قسط صاحبه) أي وكل واحد منهما أجنبي في نصيب صاحبه حتى لا يجوز له أن يتصرف فيه إلا بإذنه
كما لغيره من الأجنب وإن باع نصيبه من شريكه جاز كيفما كان لولايته على ماله وكذا إذا باعه من غيره لما ذكرنا إلا في صورة
الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز أن يبيعه من أجنبي إلا بإذن شريكه لأن خلط الشيء بما لا يتميز استهلاك وهو سبب لزوال الملك عن
المخلوط إلى الخالط لو كان على سبيل التعدي فإذا حصل من غير تعد فقد انعقد سبب الزوال من وجه فأورث شبهة زوال نصيب كل
واحد منهما إلى شريكه في حق البيع من الأجنبي ولا يجوز بيع نصيبه إلا برضا شريكه وأما فيما عداه ملك كل واحد منهما قائم من
وجه لانعدام سبب الزوال فيطلق له التصرف ولأن ملك كل واحد في هذه الصورة على حباله لأن كل حبة مشار إليها ليست بمشتركة
وإنما هي ملك أحدهما بعينه إلا أنه لا يمكن التمييز بين ملكيهما فلا يقدر على تسليمه والعجز عن التسليم مانع من الحواز بخلاف غير
هذه الصورة من أنواع الشراكة لأن ملك كل واحد منهما ثابت في كل جزء من أجزاء العين وهو معلوم مقدور التسليم فيجوز

الشرح

قوله لأن خلط الشيء بما لا يتميز
أي مثل خلط الجنس بالجنس .

قوله فقد انعقد سبب الزوال من وجه
أي لوجود الخلط غير موجود من وجه لانعدام صفة التعدي عن الخلط .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَشِرْكَةُ الْعَقْدِ أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا شَارَكْتُكَ فِي كَذَا وَيَقْبَلُ الْآخَرُ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ مِنَ الْعُقُودِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِثْبَانِ بِرُكْنِهِ وَهُوَ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ بَأَنْ يَقُولَ شَارَكْتُكَ فِي بَرٍّ أَوْ نَحْوِهِ أَوْ فِي عُمُومِ التَّجَارَاتِ وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ التَّصَرُّفُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ عَقْدَ الشَّرِكَةِ مِمَّا يَقْبَلُ الْوَكَّالَةَ لِبَقْعٍ مَا يُحْصِلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فَيَحْصِلُ لِنَفْسِهِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ وَلِشَرِيكِهِ بِطَرِيقِ الْوَكَّالَةِ وَلَا يُمَكِّنُهُ ذَلِكَ فِيمَا لَا يَقْبَلُ التَّوَكُّيلَ كَالْإِحْطَابِ وَالِاحْتِشَاشِ وَنَحْوِ ذَلِكَ مِنَ الْمُبَاحَاتِ لِأَنَّ التَّوَكُّيلَ لَا يَصِحُّ فِيهِ فَيَكُونُ مَا يَكْسِبُهُ لَهُ خَاصَّةً دُونَ صَاحِبِهِ ثُمَّ شِرْكَةُ الْعُقُودِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ شِرْكَةُ بِالْمَالِ وَشِرْكَةُ بِالْأَعْمَالِ وَشِرْكَةُ بِالْوُجُوهِ وَكُلُّ قِسْمٍ يَنْقَسِمُ إِلَى قِسْمَيْنِ مُفَاوِضَةً وَعَنَانٍ فَصَارَتْ سِتَّةَ أَقْسَامٍ وَعَقْدُ الشَّرِكَةِ جَائِزٌ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَعَثَ وَالنَّاسُ يَتَعَامَلُونَ فَأَقْرَهُمْ عَلَيْهِ وَرَوَى أَنَّ { السَّائِبَ قَالَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كُنْتُ شَرِيكِي فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَكُنْتُ خَيْرَ شَرِيكِ لِي تَدَارِيئِي وَلَا ثَمَارِيئِي } رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَغَيْرُهُ مِنَ الثَّقَاتِ { وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَإِذَا خَانَ خَرَجْتَ مِنْ بَيْنَهُمَا } رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَرَوَى الْبُخَارِيُّ وَأَحْمَدُ أَنَّ { زَيْدُ بْنُ أَرْقَمَ وَالْبَرَاءُ بْنُ عَازِبٍ كَانَا شَرِيكَيْنِ فَاشْتَرَيَا فِضَّةً بَنَقْدَ وَنَسِيئَةً فَبَلَغَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَمَرَهُمَا أَنْ مَا كَانَ بَنَقْدَ فَأَجِزُوهُ وَمَا كَانَ بِنَسِيئَةٍ فَرُدُّوهُ } فَعَلِمَ بِذَلِكَ أَنَّ شِرْكَةَ الْعَقْدِ مَشْرُوعَةٌ

الشرح

قوله وشروطه

أَيُّ شَرْطُ شِرْكَةِ الْعُقُودِ أَثْقَانِي

قوله مما يقبل الوكالة

أَيُّ سَوَاءٍ كَانَ عَنَانًا أَوْ مُفَاوِضَةً .

أَثْقَانِي وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ مِمَّا يَقْبَلُ الْوَكَّالَةَ مَا نَصَّهُ لِأَنَّ عَقْدَ الشَّرِكَةِ يَتَضَمَّنُ الْوَكَّالَةَ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الشَّرِكَةِ تَحْصِيلُ الرَّبْحِ بِالتَّجَارَةِ وَالتَّصَرُّفُ فِي مَالٍ غَيْرِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِوَلَايَةٍ أَوْ وَكَالَةٍ مِنْ طَرِيقِ النُّطْقِ أَوْ الْحُكْمِ وَلَمْ تُوجَدْ الْوَلَايَةُ وَالتُّنْقُ لَهُ بِالتَّوَكُّيلِ فَتَعَيَّنَ الثَّالِثُ لِتَحَقُّقِ الْحُكْمِ الْمَطْلُوبِ مِنَ الشَّرِكَةِ وَهُوَ الرَّبْحُ .

أَثْقَانِي

قوله والاحتشاش ونحو ذلك

أَيُّ كَالِاصْطِيَادِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَهِيَ مُفَاوِضَةٌ إِنْ تَضَمَّنَتْ وَكَالَةً وَكَفَالَةً وَتَسَاوِيًا مَالًا وَتَصَرُّفًا وَدَيْنًا) أَيُّ شِرْكَةُ الْعَقْدِ تَكُونُ مُفَاوِضَةً بِهَذِهِ الشُّرُوطِ الْمَذْكُورَةِ لِأَنَّ الْمُفَاوِضَةَ تُنْبِئُ عَنِ الْمُسَاوَاةِ وَهِيَ مُشْتَقَّةٌ مِنْهَا قَالَ الشَّاعِرُ لَا يَصْلُحُ النَّاسُ فَوْضَى لَا سَرَاةَ لَهُمْ وَلَا سَرَاةَ إِذَا جَهَّالُهُمْ سَادُوا وَالْمُسَاوَاةُ تَكُونُ بِمَا ذَكَرَهُ عَلَى مَا تُبَيِّنُ وَقِيلَ الْمُفَاوِضَةُ مُشْتَقَّةٌ مِنَ التَّفْوِيضِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُفَوِّضُ أَمْرَ الشَّرِكَةِ إِلَى صَاحِبِهِ عَلَى الْإِطْلَاقِ وَلِهَذَا كَانَتْ عَامَّةً فِي جَمِيعِ التَّجَارَاتِ لِتَحَقُّقِ الْمُسَاوَاةِ وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِلَفْظِ الْمُفَاوِضَةِ أَوْ بِالنَّصِّ عَلَى جَمِيعِ مَا تَقْتَضِيهِ الْمُفَاوِضَةُ

لأن أكثر الناس لا يعرفون شرائطها فيشتروا النص عليها أو على مقتضاها لتكون معلومة ظاهرة وإتاما شرطت الوكالة فيها ليحقق المقصود وهو الشركة في المشتري لأنه لا يقدر أن يدخله في ملك صاحبه إلا بالوكالة منه إذ لا ولاية له عليه ولا يقال الوكالة بالجهول لا تجوز فوجب أن لا تجوز هذه الشركة لتضمنها الوكالة بالجهول الجنس كما إذا وكله بشراء ثوب ونحوه لأننا نقول التوكيل بالجهول لا يصح قصداً .

ويصح ضمناً حتى صحت المضاربة مع الجهالة لأنها توكيل بشراء شيء مجهول في ضمن عقد المضاربة فكذلك هذا وأقرب منه شركة العنان فإنها جائزة بالإجماع وإن تضمنت ما ذكرنا من الجهالة في الوكالة إذ لا بد من تضمن عقد الشركة الوكالة لما ذكرنا أو نقول الجهالة تفسد العقد لكونها مفضية إلى المنازعة لا لذاتها وهنا لا نفضي إلى المنازعة فتجوز . وقوله إن تضمنت الوكالة ليس

فيه فائدة تمتاز به عن غيرها من أنواع الشركة لأن كل عقد شركة يتضمنها ولا يصح إلا بها فلا تختص بالمفاوضة وشرطت الكفالة في هذا النوع من الشركة لتثبت المساواة بينهما بطلب كل واحد منهما فيما باشره أحدهما ولا يقال إن الكفالة لا تجوز إلا بقبول المكفول له في المجلس فكيف جازت هنا مع جهالته لأننا نقول ذاك في التكفيل مقصوداً وأما إذا دخل في ضمن شيء آخر فلا يشتراط على ما ذكرناه في اشتراط الوكالة مع الجهالة أو نقول جوزناه لتعامل الناس وبمثله يترك القياس كما في الاستصناع واشتراط التساوي في المال لأن لفظه يُنبئ عن التساوي والمُراد به التساوي في مال تصح فيه الشركة كالثقود ولا يضربها التفاضل في العروض وإتاما شرط أن يتساويا في التصرف لأن المساواة شرط فيها وهي تفوت عند فوات المساواة في التصرف كالحُر والعبد أو البالغ والصغير لأن الحر البالغ يملكه بنفسه وهما لا يملكانه إلا بإذن الولي والمولى ولأنهما لا يملكان التكفيل لكونه تبرعاً ابتداءً وهو شرط فيها واشتراط أن يتساويا في الدين لأن الاختلاف فيه يؤدي إلى الاختلاف في التصرف فإن الكافر إذا اشترى حمراً أو خنزيراً لا يقدر المسلم أن يبيعه ومن شرطها أن يقدر على بيع جميع ما اشتراه شريكه لكونه وكيلاً له في البيع والشراء وكذا المسلم لا يقدر على شرائها كما يقدر الكافر عليه ففات الشرط وهذا عندهما .

وقال أبو يوسف تجوز بينهما لأن كلا منهما يملك التصرف ويستويان في الكفالة والوكالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما إلا أنه يكره لأن الكافر لا يهتدي إلى الحائز من العقود ونظيره أنها تجوز بين الشافعي والحنفي مع تفاوتهما في بيع متروك التسمية وشرائه وجوابه ما بيناه والفرق لهما أن الحنفي والشافعي لم يتفاضلا في التجارة وضمناها لأن الشافعي في زعمه أن شراء متروك التسمية حائز لهما وفي زعم الحنفي حائز لهما فقد استويا في التصرف فيما يرجع إلى اعتقادهما وكذا المحاجة باقية بينهما فيلزمه ف يرجع إليه بخلاف المسلم والذمي وتجوز بين الكافرين لاستوائيهما في ملك التصرف والكفالة ولا تجوز بين العبدین ولا بين الصغيرين ولا بين الصغير والبالغ لفقد شرطها وهو ملك التصرف والكفالة فيهما أو في أحدهما ثم في كل موضع لا تصح فيه المفاوضة لفقد شرطها وهو ليس بشرط في العنان كان عناناً لاستجماع شرائطه إذ هو أخص فإذا بطل الأخص تعين له الأعم قال رحمه الله (فلا تصح بين حر وعبد وصبي وبالغ ومسلم وكافر) لما ذكرنا

الشرح

قوله في المتن وهي مفاوضة إلخ

وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة وقال في المختلف قال الشافعي لا أدري ما المفاوضة وجه القياس أن المفاوضة تضمنت شيئين وكل واحد منهما عند انفراجه لا يجوز فبالطريق الأولى أن لا يجوز عند انضمامهما بيانها أنها تضمنت الوكالة والكفالة ، والوكالة بمجهول الجنس لا تجوز ألا ترى أنه لو قال وكلتك بالشراء أو بشراء الثوب لا تصح الوكالة والكفالة بمجهول لا تصح أيضاً بخلاف الكفالة بمجهول لمعلوم فإنها جائزة كقوله ما ذاب لك على فلان فعلى وهنا فيما نحن فيه الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول فينبغي أن لا تجوز ولأن المفاوضة شرطها المساواة عندكم واعتبارها لا يمكن لأن أحدهما يكون له فضل على الآخر في متاع الأهلي أو ثياب البدن ونحو ذلك فإذا لم يمكن اعتبارها لم يمكن تصحيح المفاوضة ووجه الاستحسان ما روى أصحابنا في عامة كتبهم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال { فافوضوا فإنه أعظم للبركة } .

وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الكرخي وقد روي جواز شركة المفاوضة عن الشعبي وابن سيرين وغيرهما ولأن المسلمين تعاملوا هذه الشركة من غير تكبر فكان دليلاً على جوازها ولا نسلم أن اعتبار المساواة لا يمكن لأننا نشترط المساواة في مال التجارة لا غير وهي ممكنة فيه .

أثقاني مع حذف

قوله قال الشاعر

هو الأفوه الأودي قاله الأثقاني .

)

قوله في الشعر لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم) أي لا تصلح أمور الناس حال كونهم متساوين لا أشراف لهم يأمرؤنهم وينهونهم والسراة جمع سري وبعد هذا البيت إذا تولى سراة الناس أمرهم نما على ذاك أمر القوم وازدادوا .

أثقاني

قوله فيما بأشده أحدهما

أما لو كفل أحدهما عن أحبي بمال هل يلزم الآخر فيه اختلاف يجيء .

دراية قوله يجيء أي عند أبي حنيفة يكره خلافاً لهما .

قوله واشترط التساوي في المال إلخ

قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره وشرط صحته أن تكون في جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه وأن يكون ما يلزم أحدهما من حقوق ما يتجران فيه لازماً للآخر وما يجب لكل واحد منهما يجب للآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه ويتساويان مع ذلك في رؤوس الأموال في قدرها وقيمتها

فَإِنْ تَفَاوَنَّا فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ لَمْ تَكُنْ مُفَاوِضَةً وَكَانَتْ عِنَانًا وَيَتَسَاوَيَانِ أَيْضًا فِي الرَّبْحِ لَا يُفْضَلُ أَحَدُهُمَا الْآخَرُ وَلَا يَكُونُ لِأَحَدِهِمَا مَالٌ خَاصٌّ فِي يَدِهِ أَوْ مُودَعٌ لَهُ مِمَّا بَيَّنَّتْ لَكَ أَنَّ الشَّرْكَةَ تَجُوزُ فِيهِ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ وَالْفُلُوسِ أَيْضًا فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لِنَفْسِهِ مِمَّا لَمْ يَدْخُلْ فِي الشَّرْكَةِ فَسَدَتْ الْمُفَاوِضَةُ وَكَذَلِكَ إِنْ صَارَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ بَعْدَ الْمُفَاوِضَةِ فَإِنَّ الْمُفَاوِضَةَ تَفْسُدُ وَتَصِيرُ شَرْكَةَ عِنَانٍ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْحِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ فِي الشَّامِلِ فِي قِسْمِ الْمَبْسُوطِ دَرَاهِمُ أَحَدِهِمَا بِيضٌ وَدَرَاهِمُ الْآخَرِ سُودٌ

حَازَتْ الْمُفَاوِضَةُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِأَحَدِهَا فَضْلٌ عَلَى الْآخَرِ فِي الصَّرْفِ فَلَا تَجُوزُ شَرْكَةُ الْمُفَاوِضَةِ لِمَا عُرِفَ وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا أَلْفُ دِرْهَمٍ وَلِلْآخَرِ مِائَةُ دِينَارٍ حَازَتْ إِنْ اسْتَوَتْ الْقِيَمَةُ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ تَنَعَّدُ الشَّرْكَةُ عِنَانًا أَتَقَانِيُّ

قَوْلُهُ كَالْتَّفُودِ

أَمَّا فِيمَا لَا تَصِحُّ فِيهِ الشَّرْكَةُ كَالْعُرُوضِ وَالْعَقَارِ وَالذُّيُونِ لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْمُسَاوَاةُ حَتَّى لَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا دُيُونٌ عَلَى النَّاسِ لَا تَبْطُلُ الْمُفَاوِضَةُ مَا لَمْ يَقْبِضْ الدَّيْنُ ذَكَرَهُ فِي الْإِيضَاحِ وَالذَّخِيرَةِ .

مِعْرَاجُ الدَّرَايَةِ وَسَيَّاتِي فِي كَلَامِ الشَّارِحِ .

قَوْلُهُ كَمَا يَقْدَرُ الْكَافِرُ عَلَيْهِ

وَفِي الْإِيضَاحِ وَأَمَّا الْمُسْلِمُ مَعَ الْمُرْتَدِّ فَلَا تَجُوزُ الشَّرْكَةُ بَيْنَهُمَا فِي قَوْلِهِمْ هَكَذَا ذَكَرَهُ أَبُو الْحَسَنِ وَذَكَرَا فِي الْأَصْلِ ، قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ كَأَكِيٍّ

قَوْلُهُ وَنَظِيرُهُ أَنَّهَا تَجُوزُ بَيْنَ الشَّافِعِيِّ وَالْحَنَفِيِّ مَعَ تَفَاوُتِهِمَا فِي بَيْعِ مَثْرُوكِ التَّسْمِيَةِ وَشِرَائِهِ أَيْ لِأَنَّهُ يَعْتَقِدُهُ حَالًا بِخِلَافِ الْحَنَفِيِّ وَكَذَلِكَ النَّصْرَانِيُّ مَعَ الْمَجُوسِيِّ .

أَتَقَانِيُّ

قَوْلُهُ وَتَجُوزُ بَيْنَ الْكَافِرِينَ

أَيْ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كِتَابِيًّا وَالْآخَرُ مَجُوسِيًّا .

هَدَايَةُ

قَوْلُهُ وَلَا تَجُوزُ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ

أَيْ وَلَا بَيْنَ الْمُكَاتَبَيْنِ .

هَدَايَةُ

قوله ولا بين الصغيرين

أي وإن أذن أبوهما لأنهما ليسا من أهل الكفالة ذكره في المبسوط .

كأكي

قوله كان عنانا

أي لأنه أتى بمعنى العنان لفظ المفاوضة .

أثقاني

قال رحمه الله (وما يشتره كل يقع مشتركا لإطعام أهله وكسوتهم) أي ما يشتره كل واحد منهما يكون للشركة إلا ما استثناه لأن مقتضى عقد المفاوضة المساواة إذ كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراؤه كشرائه والقياس أن يكون الطعام المشتري والكسوة المشترية مشتركا بينهما لأنهما من عقود التجارة فكان من جنس ما يتناولهُ عقد الشركة إلا أنا استثناه للضرورة إذ كل واحد منهما حين شارك صاحبه كان عالما بحاجته ولم يقصد أن تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه وأنه لا يتمكن من تحصيله إلا بالشراء فكان مقتضى بهذا المعنى لهذا القدر من تصرفه من مقتضى العقد دالة أو عادة وهو كالمنطوق وكذا الاستحجار للسكنى أو للرؤوب لحاجته كالحج وغيره وكذا الإدام والجارية التي يطؤها لما ذكرنا

قال رحمه الله (وكل دين لزم أحدهما بتجارة وغصب وكفالة لزم الآخر) لأنه كفيله والمراد بالكفالة إذا كانت بأمر المكفول عنه وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لا يلزمه لأنه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ويعتبر من الثلث في المرض وله أنها معاوضة انتهت بخلاف ما إذا كانت بغير أمر أو الكفالة بالنفس وفي الغصب خلاف أبي يوسف ويلحق به المستهلك من الوديعة وغيره هو يقول إنه ليس بتجارة فصار كإرض الجناية وهما يقولان إنه معاوضة ولهذا يصح الإفراق به من المأذون والمكاتب وهذا لأن شرط لزومه غير العاقد أن يكون بدلا عن شيء يصح فيه الاشتراك وإن لم يقع مشتركا حتى يجب بدل النفقة على غير العاقد لأن النفقة يصح فيها الاشتراك فكذا بدل الغصب لأنه معاوضة عندنا على ما مر في العتاق وكذا إذا استأجر أحدهما يلزم الآخر صاحبه لما ذكرنا ولأن المساواة به تتحقق ولا يلزمه أرض الجناية والمهر والخلع والصلح عن دم العمد ونفقة الزوجات والأقارب لأن هذه الديون بدل عما لا يصح الاشتراك فيه فلا يلزم إلا المباشر لأن كل واحد منهما لم يلتزم عن صاحبه بالعقد إلا ديون التجارة وهذه الأشياء ليست من باب التجارة فلم تدخل تحت العقد ثم إن أدى العاقد ثمن الطعام ونحوه من مال مشترك بينهما رجع عليه الآخر بحصته وإن أدى غير العاقد من ماله خاصة رجع عليه بالكل وإن أدى من مال مشترك بينهما رجع بحسابه لأنه قضى دينه بمال صاحبه أو قضى عنه صاحبه بأمره

الشرح

قوله وَعَنْدَهُمَا لَا يَلْزِمُهُ لَأَنَّهُ تَبَرُّعٌ الْخ

أَيُّ لَأَنَّهُ دَيْنٌ لَزِمَ أَحَدَهُمَا لَا عَلَى وَجْهِ التَّجَارَةِ فَلَا يَلْزِمُ الْآخَرَ كَالْأَرْشِ وَالْمَهْرِ وَهَذَا لِأَنَّ الْكَفَالََةَ .

أَتَّقَانِي

قوله وَيُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ فِي الْمَرَضِ

أَيُّ وَتَبَرُّعٌ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ لَا يَجُوزُ إِلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا عَبْدًا مِنْ شِرْكَيْهِمَا أَوْ وَهَبَ أَوْ تَصَدَّقَ إِنَّمَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي حِصَّتِهِ حَاصَّةً لَا فِي حِصَّةِ شَرِيكِهِ .

أَتَّقَانِي

قوله وَلَهُ أَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ انْتِهَاءً

وَيَبَيِّنُ كَوْنَهَا مُعَاوَضَةً أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الْإِدَاءِ وَإِذَا أَدَّى عَنِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ رَجَعَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَتْ الْكَفَالََةُ بِأَمْرِهِ فَلَمَّا كَانَتْ مُعَاوَضَةً فِي حَالِ الْبَقَاءِ كَانَتْ فِي مَعْنَى ضَمَانِ التَّجَارَةِ لِأَنَّ لُزُومَ الْكَفَالََةِ عَلَى صَاحِبِهِ يُلَاقِي حَالَةَ الْبَقَاءِ فَلَزِمَتْ صَاحِبَهُ وَلِأَجْلِ أَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ فِي حَالِ الْبَقَاءِ صَحَّ إِقْرَارُ الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ فِيهِ بِالْكَفَالََةِ بِالْمَالِ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ بِخِلَافِ إِثْنَائِهَا فِيهِ حَيْثُ يُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ فَصَارَتْ الْكَفَالََةُ مِنْ أَحَدِ الْمُتَفَاوِضِينَ كَدَيْنِ الْقَرْضِ وَالْعَصْبِ وَلَيْسَتْ هِيَ كَالْكَفَالََةِ بِالنَّفْسِ لِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً وَبَقَاءً .

أَتَّقَانِي

قوله رَجَعَ عَلَيْهِ الْآخَرُ بِحِصَّتِهِ

قَالَ فِي الْيَنَابِيعِ وَلَوْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا طَعَامًا لِأَهْلِهِ أَوْ كِسْوَةً لَهُمْ فَهُوَ لَهُ خَاصَّةٌ فَإِنْ تَقَدَّ الثَّمَنُ مِنْ مَالِ الشَّرْكََةِ ضَمِنَ نِصْفَهُ لِصَاحِبِهِ فَإِذَا وَصَلَ إِلَى يَدِهِ بَطَلَتْ الْمُفَاوَضَةُ لِأَنَّهُ فَضَّلَ مَا لَشَرِيكِهِ وَالْفَضْلُ فِي الْمَالِ يُبْطِلُ الْمُفَاوَضَةَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَبْطُلُ إِنْ وَهَبَ لِأَحَدِهِمَا أَوْ وَرَثَ مَا تَصَحُّ فِيهِ الشَّرْكََةُ) أَيُّ بَطَلَتْ الْمُفَاوَضَةُ إِذَا وَرَثَ أَحَدُهُمَا أَوْ وَهَبَ لَهُ مَا تَصَحُّ فِيهِ الشَّرْكََةُ وَوَصَلَ إِلَى يَدِهِ وَهُوَ التَّقْدَانِ لِفَوَاتِ الْمُسَاوَاةِ فِيمَا يُصْلِحُ رَأْسَ الْمَالِ إِذَا الْمُسَاوَاةُ فِيهَا شَرْطُ ابْتِدَاءٍ وَبَقَاءٍ وَقَدْ فَاتَ إِذَا لَا يُشَارِكُهُ الْآخَرُ فِيهِ لِانْعِدَامِ السَّبَبِ فِي حَقِّهِ وَتَنْقَلِبُ عِنَانًا لِلِإِمْكَانِ إِذَا لَا يُشْتَرِطُ فِيهِ الْمُسَاوَاةُ

الشَّرْحُ

قوله فِي الثَّمَنِ وَتَبْطُلُ إِنْ وَهَبَ لِأَحَدِهِمَا أَوْ وَرَثَ (قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَلَوْ اسْتَفَادَ أَحَدُهُمَا مَالًا بِالْمِيرَاثِ أَوْ بِالْهَبَةِ أَوْ بِالْوَصِيَّةِ أَوْ بِالصَّدَقَةِ فَإِنَّهُ يَنْظُرُ إِنْ كَانَ ذَلِكَ الْمَالُ مِمَّا لَا يَقَعُ عَلَيْهِ عَقْدُ الشَّرْكََةِ لَا تَبْطُلُ الْمُفَاوَضَةُ وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَقَعُ عَلَيْهِ عَقْدُ الشَّرْكََةِ لَمْ تَبْطُلْ أَيْضًا حَتَّى يَصِلَ إِلَى يَدِهِ فَإِذَا وَصَلَ إِلَى يَدِهِ بَطَلَتْ الْمُفَاوَضَةُ وَصَارَتْ عِنَانًا فِي جَمِيعِ التَّجَارَاتِ .

أَتَّقَانِي

قوله وَوَصَلَ إِلَى يَدِهِ

أَعْفَلَهُ الْمُصَنَّفُ وَهُوَ قَيْدٌ لَا بُدَّ مِنْهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَا الْعَرَضُ) أَيُّ لَوْ مَلَكَ أَحَدُهُمَا عَرَضًا لَا تَبْطُلُ الْمُفَاوَضَةُ بِهِ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهِ لَا يَقَعُ ابْتِدَاءً فَكَذَا بَقَاءُ وَهَذَا لِأَنَّ الْمُفَاوَضَةَ لَا تَبْطُلُ بِتَفَاوُتِهَا فِي الْمَالِ إِلَّا فِي مَالٍ يَصِحُّ عَقْدُ الشَّرَكَةِ فِيهِ ابْتِدَاءً كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ وَالْفُلُوسِ التَّافِقَةِ وَمَا لَا فَلَا وَلَوْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا دَيْنًا وَهُوَ دَرَاهِمٌ أَوْ ذَنَانِيرٌ لَا تَبْطُلُ حَتَّى يَقْبِضَ لِأَنَّ الدَّيْنَ لَا تَصِحُّ الشَّرَكَةُ فِيهِ فَإِذَا قَبِضَ بَطَلَتْ الْمُفَاوَضَةُ لِأَنَّهُ صَارَ بِحَالٍ يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الْمُفَاوَضَةِ فَيَمْنَعُ الْبَقَاءَ لِأَنَّ لِبَقَاءَ مَا لَيْسَ بِلَازِمٍ مِنَ الْعُقُودِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ وَالْمُفَاوَضَةُ مِنْهَا

الشرح

قوله لَوْ مَلَكَ أَحَدُهُمَا عَرَضًا لَا تَبْطُلُ الْمُفَاوَضَةُ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا عَرَضًا فَهُوَ لَهُ وَلَا تَفْسُدُ الْمُفَاوَضَةُ وَكَذَا الْعَقَارُ أَيْ الْعَقَارُ حُكْمُهُ فِي الْإِثْرِ حُكْمُ الْعَرَضِ لَا تَفْسُدُ بِهِ الْمُفَاوَضَةُ ذَكَرَ هَذَا تَفْرِيعًا لِمَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ قَالَ الْوَلَوُ الْجَيُّ فِي فَتَاوَاهُ وَإِنْ وَرِثَ عَرَضًا أَوْ دَيْنًا لَمْ تَبْطُلْ مَا لَمْ يَقْبِضَ الدَّيْنُونَ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ رَأْسُ الْمَالِ فِي الْإِبْتِدَاءِ فَلَا يَنْطُلُ الْعَقْدُ حَالَةَ الْبَقَاءِ وَقَالَ فِي الْعَيُونِ قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى إِذَا وَرِثَ أَحَدُهُمَا مَالًا فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَقَالَ أَصْحَابُنَا هُوَ لِلَّذِي وَرِثَهُ أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا تَصِحُّ مُفَاوَضَةٌ وَعِنَانٌ بَغَيْرِ التَّقْدِينِ وَالتَّبَرُّ وَالْفُلُوسِ التَّافِقَةِ) وَقَالَ مَالِكٌ يَجُوزُ فِي الْعُرُوضِ إِذَا اتَّحَدَ الْجِنْسُ لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي رَأْسِ مَالٍ مَعْلُومٍ كَالْتَقُودِ بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ لِأَنَّهَا جُوزَتْ مَعَ الْمَنَافِي وَهُوَ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَاقْتَصَرَ عَلَى مَوْرِدِ الشَّرْعِ وَلَكِنَّا أَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ لِأَنَّهُ إِذَا بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَأْسَ مَالِهِ وَتَفَاضَلَ الثَّمَنَانِ فَمَا يَسْتَحِقُّهُ أَحَدُهُمَا مِنَ الزِّيَادَةِ فِي مَالِ صَاحِبِهِ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ وَمَا لَمْ يَمْلِكْ بِخِلَافِ التَّقْدِينِ لِأَنَّ مَا يَشْتَرِيهِ أَحَدُهُمَا يَدْخُلُ فِي مِلْكِهِمَا وَتَمَنُّهُ فِي ذِمَّتِهِ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى صَاحِبِهِ بِحِسَابِهِ إِذْ لَا يَتَعَيَّنُ فَكَانَ رِبْحٌ مَا يُضْمَنْ وَلَئِنْ أَوَّلَ التَّصَرُّفِ فِي الْعُرُوضِ الْبَيْعُ وَفِي التَّقُودِ الشِّرَاءُ وَيَبِيعُ الْإِنْسَانُ مَالَهُ عَلَى أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ لَا يَجُوزُ بِخِلَافِ الشِّرَاءِ وَلِأَنَّهُ يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ وَكِيلًا فِي بَيْعِ الْمَالِ عَلَى أَنْ يَكُونَ لَهُ بَعْضُ رِبْحِهِ وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ أَمِينٌ .

فَإِذَا شَرِطَ لَهُ جُزْءٌ مِنَ الرِّبْحِ كَانَ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ وَالْفُلُوسُ إِذَا كَانَتْ تَرُوجُ فِيهِ أَثْمَانٌ فَأَخَذَتْ حُكْمَ التَّقْدِينِ وَقِيلَ هَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِأَنَّهَا مُلْحَقَةٌ بِالتَّقُودِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لَا تَصِحُّ الشَّرَكَةُ فِيهَا وَلَا الْمُضَارَبَةُ لِأَنَّ رَوَاجَهَا عَارِضٌ بِاصْطِلَاحِ النَّاسِ فَكَانَ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ فَتَصْغِيرُ عَرَضًا فَلَا يَصْلُحُ رَأْسُ مَالٍ فِي الشَّرَكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ دَفْعَ رَأْسِ الْمَالِ بِالْعَدَدِ بَعْدَ الْكَسَادِ وَلَا بِالْقِيمَةِ لِأَنَّهُ لَا يُعْرِفُ إِلَّا بِالْحَرْزِ فَيُؤَدِّي إِلَى النِّزَاعِ وَقِيلَ أَبُو يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ وَالْقَاسِمُ أَنْ يَكُونَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ لِمَا عُرِفَ مِنْ أَصْلِهِمَا أَنَّ الْفُلُوسَ تَتَعَيَّنُ بِالْقَصْدِ عِنْدَهُمَا وَإِنْ كَانَتْ

تَرُوجُ بَيْنَ النَّاسِ حَتَّى جَارَ بَيْعَ فَلَسَ بِفَلَسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا تَجُوزُ فِي الْفُلُوسِ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهَا أَثْمَانٌ بِاصْطِلَاحِ الْكُلِّ فَلَا تَبْطُلُ مَا لَمْ يَصْطَلَحَ عَلَى ضِدِّهِ وَأَمَّا التَّبَرُّ وَهُوَ مَا كَانَ غَيْرَ مَضْرُوبٍ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ فَجَعَلَهُ فِي شَرَكَةِ الْأَصْلِ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ بِمَنْزِلَةِ الْعُرُوضِ فَلَمْ يَصْلُحْ رَأْسُ مَالِ الشَّرَكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ وَجَعَلَهُ فِي صَرَفِ الْأَصْلِ كَالْأَثْمَانِ لِأَنَّ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ ثَمَنٌ بِأَصْلِ الْخَلْقَةِ وَالْأَوَّلُ هُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ وَوَجْهُهُ أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ تَحْتَصُّ بِضَرْبٍ مَخْصُوصٍ لِأَنَّهُ بَعْدَ الضَّرْبِ لَا يُصْرَفُ إِلَى شَيْءٍ آخَرَ غَالِبًا وَالْمُعْتَبَرُ هُوَ الْعُرْفُ فَكُلُّ مَوْضِعٍ جَرَى التَّعَامُلُ بِهِ فَهُوَ ثَمَنٌ وَإِلَّا فَحُكْمُهُ كَحُكْمِ الْعُرُوضِ فِي حُكْمِ التَّعَيَّنِ وَعَدَمِ حَوَازِ الشَّرَكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ بِهِ .

وَأَمَّا الْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ وَالْعَدَدِيُّ الْمُتَفَاوِتُ فَلَا تَصِحُّ الشَّرَكَةُ فِيهَا قَبْلَ الْخَلْطِ وَإِنْ خَلَطَاهُ بِجِنْسِهِ فَهُوَ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَيَكُونُ الْمَخْلُوطُ بَيْنَهُمَا شَرَكَةَ مِلْكٍ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ شَرَكَةُ عَقْدٍ ثَمَرَةُ الْخِلَافِ تَظْهَرُ فِي اسْتِحْقَاقِ الْمَشْرُوطِ مِنَ الرَّبْحِ فَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَسْتَحِقُّ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ مَالِيَهُمَا وَيَبْطُلُ شَرْطُ التَّفَاوُتِ وَجْهٌ قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ ثَمَنٌ مِنْ وَجْهٍ حَتَّى يَصِحَّ الشِّرَاءُ بِهِ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ عَرْضٌ مِنْ وَجْهٍ حَتَّى يَتَّعِينَ بِالتَّعْيِينِ فَيَالْتَظَرُّ إِلَى أَنَّهُ عَرْضٌ لَمْ تَصِحَّ الشَّرَكَةُ فِيهِ قَبْلَ الْخَلْطِ وَبِالْتَّظَرِّ إِلَى أَنَّهُ ثَمَنٌ يَجُوزُ بَعْدَهُ رِعَايَةُ لِلشَّهِيدَيْنِ وَتَوْفِيرًا لِحَظِّهِمَا عَلَيْهِمَا بِخِلَافِ الْعُرُوضِ وَجْهٌ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ أَنَّ مَا يُصْلَحُ رَأْسَ الْمَالِ فِي الشَّرَكَةِ لَا يَخْتَلِفُ الْحُكْمُ فِيهِ بَيْنَ الْخَلْطِ وَعَدَمِهِ

لِأَنَّ الْمَعْنَى الْمَانِعَ مَوْجُودٌ فِي الْحَالَيْنِ وَهُوَ تَعْيِينُهُ بِالتَّعْيِينِ فَصَارَ كَمَا إِذَا خَلَطَاهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ وَفَرَّقَ مُحَمَّدٌ بَيْنَهُمَا فَإِنَّهُ إِذَا خَلَطَ الْجِنْسَ بِجِنْسِهِ يَكُونُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ حَتَّى يَضْمَنَ مُتْلَفُهُ مِثْلَهُ وَإِنْ خَلَطَهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ يَكُونُ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ حَتَّى يَضْمَنَ مُتْلَفُهُ قِيَمَتَهُ وَأَبُو يُوسُفَ يَقُولُ لَا تَأْثِيرَ لِكَوْنِهِ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ كَمَا قَبْلَ الْخَلْطِ

الشرح

قوله في المثنى ولا تصح مفاوضة وعنان بغير التقدين

قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَعِنْدَ ابْنِ أَبِي لَيْلَى تَجُوزُ الشَّرَكَةُ بِالْعُرُوضِ وَقَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ فِي فِتَاوَاهُ شَرْطُ حَوَازِ شَرَكَةِ الْعِنَانِ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ مَالٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ حَاضِرًا فِي الْمَجْلِسِ أَوْ غَائِبًا عَنِ الْمَجْلِسِ وَالْمَالُ وَقْتُ الْعَقْدِ لَيْسَ بِشَرْطِ الشَّرَكَةِ بَلْ الشَّرْطُ وَقْتُ الشِّرَاءِ حَتَّى لَوْ دَفَعَ أَلْفَ دِرْهَمٍ إِلَى رَجُلٍ وَقَالَ أَخْرِجْ مِثْلَهَا وَاشْتَرِ وَبِعَ فَمَا رِبَحْتَ فَهُوَ بَيْنَنَا فَفَعَلَ صَحَّتْ الشَّرَكَةُ لِقِيَامِ الشَّرَكَةِ عِنْدَ الْمُقْصُودِ .

أَتَقَانِي

قوله بخلاف المضاربة

أَيَّ فَإِنَّهَا لَمْ تَجْزُ بِالْعُرُوضِ وَنَحْوِهَا .

أَتَقَانِي

قوله وهو ربح ما لم يضمن

أَيَّ لِأَنَّ الْمَالَ لَيْسَ بِمَضْمُونٍ عَلَى الْمُضَارِبِ بَلْ هُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ .

أَتَقَانِي

قوله فافتصر على مورد الشرع

أَيَّ وَهُوَ الدَّرَاهِمُ وَالْدَنَانِيرُ أَتَقَانِي

قوله ولنا أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن

أي وأنه لا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك .

أُتْقَانِي وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ وَلَنَا أَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى رِبْحٍ مَا لَمْ يَضْمَنْ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأُتْقَانِي وَهَذَا لِأَنَّهَا لَوْ جَارَتْ فِي الْعُرُوضِ بَاعَ أَحَدُهُمَا عَرْضَهُ بِأَضْعَافِ قِيمَتِهِ وَالْآخَرُ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ فَاشْتَرَكَا فِي الرِّبْحِ يَأْخُذُ الَّذِي بَاعَ عَرْضَهُ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ مِنْ رِبْحٍ مَالٍ صَاحِبِهِ فَيَكُونُ ذَلِكَ رِبْحٌ مَا لَمْ يَمْلِكْ وَمَا لَمْ يَضْمَنْ بِخِلَافِ مَا يَشْتَرِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِرَأْسِ الْمَالِ لَا يَتَعَلَّقُ بِرَأْسِ الْمَالِ بَعِيْنِهِ وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِمِثْلِهِ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ فَيَتَحَقَّقُ شَرْطُ طَيْبِ الرِّبْحِ وَهُوَ وَجُوبُ الْمَالِ فِي الذِّمَّةِ .

قوله وبيع الإنسان ماله على أن يكون الثمن مشتركاً

بينه وبين غيره إلخ)

قَالَ الْأُتْقَانِي فَإِنَّهُ لَوْ قَالَ لِرَجُلٍ بَعِ عَرْضَكَ عَلَى أَنْ ثَمَنَهُ بَيْنَنَا لَمْ يَصِحَّ وَلَوْ قَالَ لِرَجُلٍ اشْتَرِ بِأَلْفٍ مِنْ مَالِكَ عَلَى أَنْ مَا اشْتَرَيْتَهُ بَيْنَنَا أَوْ اشْتَرِ بِأَلْفٍ مِنْ مَالِي عَلَى أَنْ مَا اشْتَرَيْتَهُ بَيْنَنَا حَازَ ذَلِكَ فَلِهَذَا افْتَرَقَا .

قوله والفلوس إذا كانت تروج فهي أثمان

أَيُّ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا لَا تَتَعَيَّنُ فِي الْعُقُودِ وَلِهَذَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا بِفُلُوسٍ مُعَيَّنَةٍ لَهُ أَنْ يُمَسِّكَهَا وَيَدْفَعُ غَيْرَهَا مُشْكَلَاتُ خَوَاهِرٍ زَادَهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ بَاعَ كُلُّ نَصِيفٍ عَرْضَهُ بِنَصِيفِ عَرْضِ الْآخَرِ وَعَقَدَ الشَّرْكََةَ صَحَّ) أَيُّ لَوْ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيفَ مَالِهِ مِنْ الْعُرُوضِ بِنَصِيفِ مَالِ الْآخَرِ وَعَقَدَا عَقْدَ الشَّرْكََةَ بَعْدَ الْبَيْعِ جَارَتْ الشَّرْكََةُ وَصَارَتْ شَرْكَةَ عَقْدٍ وَهَذَا لِأَنَّهُ بِالْبَيْعِ صَارَ شَرْكَةَ مَلِكٍ حَتَّى لَا يَجُوزَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ ثُمَّ بِالْعَقْدِ بَعْدَ ذَلِكَ صَارَ شَرْكَةَ عَقْدٍ فَيَجُوزُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ وَهَذِهِ حِيلَةٌ لِمَنْ أَرَادَ الشَّرْكََةَ فِي الْعُرُوضِ لِأَنَّهُ بِذَلِكَ يَصِيرُ نَصِيفُ مَالٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونًا عَلَى صَاحِبِهِ بِالْثَمَنِ فَيَكُونُ الرِّبْحُ الْحَاصِلُ مِنَ الْمَالَيْنِ رِبْحٌ مَا يَضْمَنْ فَيَجُوزُ بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَبِيعَا عَلَى مَا بَيْنَا وَحَمَلَ بَعْضُهُمْ مَا ذَكَرَ هُنَا مِنْ بَيْعِ نَصِيفِ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى مَا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُمَا عَلَى السَّوَاءِ وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُمَا مُتَفَاوِتَةً فَيَبِيعُ صَاحِبُ الْأَقْلِّ بِقَدْرِ مَا تَثَبَّتْ بِهِ الشَّرْكََةُ كَمَا إِذَا كَانَتْ قِيمَةُ عَرْضِ أَحَدِهِمَا أَرْبَعَمِائَةٍ وَقِيمَةُ عَرْضِ الْآخَرِ مِائَةً يَبِيعُ صَاحِبُ الْأَقْلِّ أَرْبَعَةَ أَخْمَاسٍ عَرْضَهُ بِخُمْسِ عَرْضِ الْآخَرِ فَيَصِيرُ الْمَالُ كُلُّهُ بَيْنَهُمَا أَخْمَاسًا وَهَذَا الْحَمْلُ غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيفَ مَالِهِ بِنَصِيفِ مَالِ الْآخَرِ وَإِنْ تَفَاوَتَتْ قِيمَتُهُمَا حَتَّى يَصِيرَ الْمَالُ بَيْنَهُمَا نَصِيفَيْنِ وَكَذَا الْعَكْسُ جَائِزٌ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُمَا مُتَسَاوِيَةً فَبَاعَهُ عَلَى التَّفَاوُتِ بِأَنْ بَاعَ أَحَدُهُمَا رُبْعَ مَالِهِ بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ مَالِ الْآخَرِ حَتَّى يَكُونَ الْمَالُ كُلُّهُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا فَيَعْلَمُ بِذَلِكَ أَنَّ قَوْلَهُ بَاعَ نَصِيفَ مَالِهِ بِنَصِيفِ مَالِ الْآخَرِ وَقَعَ اتِّفَاقًا أَوْ قَصْدًا لِيَكُونَ شَامِلًا لِلْمُفَاوَضَةِ وَالْعِنَانِ لِأَنَّ الْمُفَاوَضَةَ شَرْطُهَا

التَّسَاوِيُ بِخِلَافِ الْعِنَانِ وَقَوْلُهُ بِنَصِيفِ عَرْضِ الْآخَرِ وَقَعَ اتِّفَاقًا لِأَنَّهُ لَوْ بَاعَهُ بِالْأَرْبَاعِ ثُمَّ عَقَدَ الشَّرْكََةَ فِي الْعَرْضِ الَّذِي بَاعَهُ جَارَ أَيْضًا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعِنَانٌ إِنْ تَضَمَّنَتْ وَكَالَةً فَقَطْ) أَيُّ هِيَ عِنَانٌ إِنْ تَضَمَّنَتْ الْوَكَالََةَ وَحَدَّهَا وَلَمْ تَتَضَمَّنْ الْكَفَالَةَ وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِكَ الرَّجُلَانِ فِي نَوْعٍ بَرٍّ أَوْ طَعَامٍ أَوْ فِي عُمُومِ التَّجَارَةِ وَلَمْ يَذْكُرْ الْكَفَالَةَ وَالْعِنَانُ مَاخُوذٌ مِنْ قَوْلِهِمْ عَنْ لَهُ كَذَا أَيُّ عَرْضَ لَهُ قَالَ أَمْرُ الْقَيْسِ فَعَنَّا لَنَا

سَرِبُ كَانَ نِعَاجُهُ عَذَارَى دَوَّارٍ فِي مَلَاءٍ مُدْبِلٍ أَيْ عَرَضَ أَوْ مِنْ قَوْلِهِمْ عَنْ لَهُ بِمَعْنَى ظَهَرَ لَهُ فَكَأَنَّهُ ظَهَرَ لَهُ أَنْ يُشَارِكُهُ فِي الْبَعْضِ مِنْ مَالِهِ لِأَنَّ الْعَنَانَ لَا يُثَبِّتُ عَلَى الْعُمُومِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ أَوْ مِنْ عِنَانِ الدَّائِبَةِ عَلَى مَعْنَى أَنَّ رَاكِبَ الدَّائِبَةِ يُمَسِّكُ الْعَنَانَ بِإِحْدَى يَدَيْهِ وَيَعْمَلُ بِالْأُخْرَى فَكَذَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ يَجْعَلُ عَنَانَ التَّصَرُّفِ فِي بَعْضِ الْمَالِ إِلَى صَاحِبِهِ وَمَالِكٍ وَالشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا لَمْ يُجِزَا هَذَا الْأَسْمَ عَلَى هَذِهِ الشَّرَكَةِ وَقَالَ هَذِهِ كَلِمَةٌ تَطَّرَقَ بِهَا أَهْلُ الْكُوفَةِ لِيُمْكِنَهُمُ التَّمْيِيزُ بَيْنَ الشَّرَكَةِ الْعَامَّةِ وَالْخَاصَّةِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ مُسْتَعْمَلًا فِي كَلَامِ الْعَرَبِ وَهَذَا خَطَأٌ فَإِنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ قَالَ النَّابِغَةُ وَشَارَكْنَا قَرِينًا فِي ثَقَاها وَفِي أَحْسَابِهَا شَرَكُ الْعَنَانِ وَإِنَّمَا تَضَمَّنَتْ الْوَكَالَهَ لِيَحْصُلَ مَقْصُودُهُ وَهُوَ الشَّرَكَةُ فِيمَا يَشْتَرِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَا حَاجَةَ إِلَى تَضَمُّنِهِ الْكِفَالَةَ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَا يُبْنَى عَنْ الْمُسَاوَاةِ بِخِلَافِ الْمَفَاوِضَةِ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَعِنَانٌ (بِالرَّفْعِ عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ سَابِقًا وَهِيَ مَفَاوِضَةٌ إِنْ تَضَمَّنَتْ وَكَالَةً وَكَفَالَةً وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ عِنَانٌ مَا نَصَّهُ سُمِّيَ بِهِ لِأَنَّهُ شَيْءٌ عَرَضَ لَهُ فِي هَذَا الْقَدْرِ لَا عَلَى الْعُمُومِ عَلَى الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ .

أَثَقَانِي قَوْلُهُ بِخِلَافِ الْمَفَاوِضَةِ (قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَلَا تَتَعَدَّدُ عَلَى الْكِفَالَةِ لِأَنَّ اللَّفْظَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْإِعْتِرَاضِ يُقَالُ عَنْ لَهُ أَيْ اعْتَرَضَ لَهُ وَهَذَا لَا يُبْنَى عَنْ الْكِفَالَةِ وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ لَا يَثْبُتُ بِخِلَافِ مُقْتَضَى اللَّفْظِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَنَصَحَ مَعَ التَّسَاوِي فِي الْمَالِ دُونَ الرِّبْحِ وَعَكْسِهِ) وَهُوَ أَنْ يَتَسَاوَيَا فِي الرِّبْحِ دُونَ الْمَالِ وَمَعْنَاهُ أَنْ يَشْتَرِطَا الْأَكْثَرُ لِلْعَامِلِ مِنْهُمَا أَوْ لِأَكْثَرِهِمَا عَمَلًا وَإِنْ شَرَطَاهُ لِلْقَاعِدِ أَوْ لِأَقْلِهِمَا عَمَلًا فَلَا يَجُوزُ وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَسْتَحِقَّانِ الرِّبْحَ عَلَى قَدْرِ مَالِهِمَا وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَا خِلَافَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى رِبْحٍ مَا لَمْ يَضْمَنْ لَأَنَّ الضَّمَانَ بِقَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُ الْوَضِيعَةِ عَلَى خِلَافِ رَأْسِ الْمَالِ فَكَذَا الرِّبْحُ وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الرِّبْحُ عَلَى مَا شَرَطَا وَالْوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ } وَلِأَنَّ الرِّبْحَ يُسْتَحَقُّ بِأَحَدٍ ثَلَاثَةَ أُمُورٍ بِالْمَالِ وَالْعَمَلِ وَالضَّمَانِ وَقَدْ وَجَدَ الْعَمَلُ هُنَا فَوَجَبَ أَنْ يَسْتَحَقَّ الْمَشْرُوطُ بِهِ كَالْمُضَارَبِ فَإِنَّهُ يَسْتَحَقُّهُ بِالْعَمَلِ وَالْأَسْتَاذُ الَّذِي يَقْبَلُ الْأَعْمَالَ بِالضَّمَانِ وَغَيْرِهِمَا بِالْمَالِ وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ مَسَّتْ إِلَى اشْتِرَاطِ التَّفَاضُلِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا قَدْ يَكُونُ أَهْدَى وَأَحْذَقُ فِي التَّجَارَةِ وَلَا يَرْضَى بِالْمُسَاوَاةِ فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِجَوَازِهِ كَيْ لَا تَتَعَطَّلَ مَصَالِحُهُمْ بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ جَمِيعِ الرِّبْحِ لِأَنَّهُ يَخْرُجُ بِهِ عَنِ الشَّرَكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ إِلَى الْقَرْضِ أَوْ الْبِضَاعَةِ وَبِخِلَافِ الْوَضِيعَةِ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فَلَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُ الضَّمَانِ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْأَمَانَةَ تُنَافِيهِ كَالْوَدِيعَةِ وَغَيْرِهِ وَلَا يُنَافِيهِ اسْتِحْقَاقُ الزِّيَادَةِ مِنَ الرِّبْحِ بِعَمَلِهِ بِشَرَطِ أَنْ يَكُونَ عَمَلُهُ مِثْلَ عَمَلِ شَرِيكِهِ أَوْ أَكْثَرَ لِمَا ذَكَرْنَا وَلِأَنَّهُ يُشَبِّهُ الْمُضَارَبَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَعْمَلُ بِمَالِ غَيْرِهِ وَيُشَبِّهُ الشَّرَكَةَ مِنْ حَيْثُ الْأَسْمُ وَوُجُودُ الْعَمَلِ وَالْمَالِ مِنْهُمَا فَقُلْنَا جَازَ اشْتِرَاطُ الزِّيَادَةِ اعْتِبَارًا بِالْمُضَارَبَةِ وَلَا تَبْطُلُ بِاشْتِرَاطِ الْعَمَلِ عَلَيْهِمَا اعْتِبَارًا بِالشَّرَكَةِ يُحَقِّقُهُ أَنْ كُلًّا مِنْهُمَا يَعْمَلُ فِي مَالِ صَاحِبِهِ وَفِي مَالِ نَفْسِهِ وَعَمَلُهُ فِي مَالِ صَاحِبِهِ بِأَجْرَةٍ فَيَسْتَحَقُّ الْمُسَمَّى فِيهِ كَالْمُضَارَبَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِغَضِ الْمَالِ) أَيْ يَجُوزُ بَعْضُ الْمَالِ دُونَ بَعْضٍ لِأَنَّ الْحَاجَةَ مَاسَّةٌ إِلَيْهِ وَالْمُسَاوَاةُ لَيْسَتْ شَرَطًا فِيهِ فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِجَوَازِهِ

الشرح

قوله في المتن وتصح مع التساوي في المال دون الربح

قال في الهداية ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح قال الكمال وعكسه بأن يتساويا في الربح ويتفاضلا في المال

قوله وإن شرطاه للقاعد أو لأقلهما عملا

أي إذا شرط العمل على أحدهما على أن يكون له زيادة ربح على رأس ماله جاز لأن العمل مما يستحق به أصل الربح كما في المضاربة وإن اشترطا أن يكون له مثل ربح ماله جاز أيضا ويكون مال صاحبه في يده كالْبضاعة لأنه تبرع بعمله وإن شرط الفضل لمن لا يعمل لا يجوز وله مثل ربحه خاصة .

شرح تكملة

قوله لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن

أي فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان .

هداية

قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطنا إلخ

قال الكمال ولنا ما ذكره المشايخ من قوله عليه الصلاة والسلام { الربح على ما شرطنا والوضيعة على قدر المالكين } ولم يعرف الحديث وبعض المشايخ ينسبه إلى علي .

قوله والمضاربة إلى القرض

أي باشتراطه للعامل .

قوله أو البضاعة

أي باشتراطه لرَبِّ المال .

قوله ولأنه يشبه المضاربة

أي عقد شركة العنان .

قَوْلُهُ وَيُشَبِّهُ الشَّرَكَةَ

أَيَّ شَرَكَةِ الْمُفَاوَضَةِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِخِلَافِ الْجِنْسِ) أَيَّ تَجَوُّزُ بِخِلَافِ الْجِنْسِ أَيْضًا بَأَنَّ كَانَ مِنْ جِهَةٍ أَحَدَهُمَا دَرَاهِمَ وَمِنْ جِهَةٍ الْآخَرِ دَنَانِيرَ وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الرَّبْحَ فَرْعُ الْمَالِ وَلَا تُتَصَوَّرُ الشَّرَكَةُ فِيهِ إِلَّا بَعْدَ وَقُوعِ الشَّرَكَةِ فِي الْأَصْلِ وَلَا يُتَصَوَّرُ ذَلِكَ بَلَا خَلْطٍ وَالْجِنْسَانِ لَا يَخْتَلِطَانِ فَيَكُونُ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُمْتَازًا عَنْ نَصِيبِ الْآخَرِ وَلَا اشْتِرَاكَ مَعَ الْأَمْتِيَّازِ وَلَفْظُ الشَّرَكَةِ يَدُلُّ عَلَى الْاِخْتِلَاطِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَلَنَا أَنَّ الشَّرَكَةَ عَقْدٌ تَوْكِيلٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ لِشَيْئٍ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَنَمَنٍ فِي ذِمَّتِهِ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي بَيْنَهُمَا وَهَذَا لَا يَفْتَقِرُ إِلَى الْخَلْطِ وَالرَّبْحُ يُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ كَمَا يُسْتَحَقُّ بِالْمَالِ وَلِهَذَا يُسَمَّى الْعَقْدُ شَرَكَةً وَهَذِهِ الشَّرَكَةُ مُسْتَنَدَةٌ إِلَى الْعَقْدِ حَتَّى جَارَ شَرَكَةُ الْوُجُوهِ وَالتَّقَبُّلُ لَا إِلَى الْمَالِ لِأَنَّ تِلْكَ لَا اخْتِصَاصَ لَهَا بِالْعَقْدِ فَإِذَا كَانَتْ مُسْتَنَدَةً إِلَى الْعَقْدِ لَمْ يُشْتَرَطْ فِيهَا الْخَلْطُ وَالْمُسَاوَاةُ وَالِاتِّحَادُ وَقِيلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالْدَنَانِيرَ يَتَعَيَّنَانِ عِنْدَهُمْ كَالْعُرُوضِ وَعِنْدَنَا لَا

الشرح

قَوْلُهُ وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ لَا يَجُوزُ

لَهُمَا أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالْدَنَانِيرَ مَالَانِ لَا يَخْتَلِطَانِ فَلَا تَتَعَقَّدُ بِهِمَا الشَّرَكَةُ قِيَاسًا عَلَى الدَّرَاهِمِ مَعَ الْعُرُوضِ وَلَنَا أَنَّهُمَا مَالَانِ مِنْ جِنْسِ الْأَثْمَانِ فَتَتَعَقَّدُ بِهِمَا الشَّرَكَةُ كَمَا إِذَا كَانَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ عَلَى وَضِيعَةٍ وَاحِدَةٍ بِخِلَافِ الدَّرَاهِمِ مَعَ الْعُرُوضِ لِأَنَّ أَحَدَ الْبَدَلَيْنِ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الْأَثْمَانِ وَلِأَنَّ أَوَّلَ هَذَا الْعَقْدِ تَوْكِيلٌ فِي التَّصَرُّفِ وَآخِرُهُ اشْتِرَاكٌ فِي الرَّبْحِ فَلَمْ يُشْتَرَطْ الْاِتِّحَادُ فِي الْمَالِ وَلَا الْخَلْطُ كَمَا فِي الْمُضَارَبَةِ فَلَوْ قَالَ زُفَرٌ إِنَّ الشَّرَكَةَ فِي الْجِنْسَيْنِ تُؤَدِّي إِلَى جِهَالَةِ الرَّبْحِ لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ عِنْدَ الْقِسْمَةِ يُسْتَوْفَى بِالْقِيَمَةِ وَهِيَ مَجْهُولَةٌ فَلَا تَصِحُّ الشَّرَكَةُ كَالْعُرُوضِ قُلْنَا لَا نُسَلِّمُ الْجِهَالَةَ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ رَأْسَ مَالِهِ بَعِيْنِهِ مِنْ غَيْرِ قِيَمَةِ بِخِلَافِ الْعُرُوضِ فَظَهَرَ الْفَرْقُ .

أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعَدَمُ خَلْطٍ) أَيَّ تَجَوُّزُ هَذِهِ الشَّرَكَةُ مَعَ عَدَمِ الْخَلْطِ بَيْنَ الْمَالَيْنِ عَلَى مَا بَيَّنَّا أَنْفَاءً وَالْخِلَافُ فِيهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَطَوْلِبُ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ فَقَطْ) أَيَّ طَوْلِبُ الْمُشْتَرِي وَحْدَهُ بِالثَّمَنِ هُنَا وَلَا يُطَالَبُ الْآخَرُ فِيمَا اشْتَرَاهُ لِلشَّرَكَةِ لِأَنَّ الْعِنَانَ تَقْتَضِي الْوَكَالََةَ دُونَ الْكَفَالَةِ وَالْمُبَاشَرِ هُوَ الْأَصْلُ فِي الْحُقُوقِ فَيَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ بِخِلَافِ الْمُفَاوَضَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَرَجَعَ عَلَى شَرِيكِهِ بِحَصَّتِهِ مِنْهُ) أَيَّ مِنْ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ وَكَيْلٌ لَهُ وَأَدَّى الثَّمَنَ مِنْ مَالِهِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِحَسَابِهِ وَإِنْ نَقَدَ مِنْ مَالٍ مُشْتَرَكٍ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ وَإِنْ اخْتَلَفَا بِأَنَّهُ ادَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَى هَذَا لِلشَّرَكَةِ وَهَلَكَ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ لِأَنَّهُ يَدْعِي عَلَيْهِ حَقَّ الرُّجُوعِ وَهُوَ مُنْكَرٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ

الشرح

قَوْلُهُ لِأَنَّ الْعِنَانَ تَقْتَضِي الْوَكَالََةَ (أَيَّ فَلَمَّا كَانَ انْعِقَادُهَا عَلَى الْوَكَالََةِ كَانَ الْمُشْتَرِي وَاقِعًا لِنَفْسِهِ فِي الْبَعْضِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ وَلِشَرِيكِهِ فِي الْبَعْضِ الْآخَرِ بِطَرِيقِ الْوَكَالََةِ وَالْعَاقِدُ فِي الشَّرَاءِ هُوَ الْمُطَالَبُ بِالْحُقُوقِ فَلِهَذَا تُوجَّهُ الْمُطَالَبَةُ إِلَيْهِ دُونَ شَرِيكِهِ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَرَجَعَ عَلَى شَرِيكِهِ

أَيُّ الْمُشْتَرِي قَالَ الْأَتَقَانِي ثُمَّ إِذَا كَانَ لَا يَعْرِفُ أَدَاءَ الثَّمَنِ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ لَا مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ إِلَّا يَقُولُهُ فَعَلَيْهِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى ذَلِكَ وَإِنْ عَجَزَ عَنْ ذَلِكَ فَالْقَوْلُ لِصَاحِبِهِ مَعَ يَمِينِهِ .

قَوْلُهُ لِأَنَّهُ وَكَيْلٌ لَهُ وَأَدَّى الثَّمَنَ مِنْ مَالِهِ

أَيُّ وَالْوَكِيلُ إِذَا أَدَّى الثَّمَنَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ يَرْجِعُ عَلَى مَالِ الْمُوَكَّلِ فَكَذَا هُنَا .

أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَبْطُلُ بِهِلَاكِ الْمَالَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا قَبْلَ الشِّرَاءِ) لِأَنَّ الشَّرِكَةَ عَقْدٌ جَائِزٌ وَلَيْسَ بِلَازِمٍ فَيَكُونُ لِبَقَائِهِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ وَلِأَنَّ الثُّقُودَ تَتَعَيَّنُ فِيهَا كَمَا فِي الْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ فَكَانَتْ مَعْقُودًا عَلَيْهَا فَتَبْطُلُ بِالْهَلَاكِ كَمَا فِي هَلَاكِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَإِذَا هَلَكَ هَلَاكٌ مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِ بَعْدَ الْعَقْدِ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَالِهِ إِنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ وَإِنْ هَلَكَ فِي يَدِ صَاحِبِهِ فَهُوَ أَمِينٌ فَلَا يَضْمَنُ وَإِنْ هَلَكَ بَعْضُهُ بَعْدَ الْخَلْطِ بَقِيَ الْبَاقِي عَلَى الشَّرِكَةِ وَإِنْ هَلَكَ كُلُّهُ تَبْطُلُ الشَّرِكَةُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الثُّقُودَ تَتَعَيَّنُ فِيهَا بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ وَالْوَكَالَةِ الْمَفْرَدَةِ حَيْثُ لَا يَبْطُلَانِ بِهِلَاكِ الثُّقُودِ الَّتِي وَرَدَ عَلَيْهَا الْعَقْدُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَإِنْ هَلَكَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ قَبْلَ الشِّرَاءِ تَبْطُلُ الْمُضَارَبَةُ وَالْوَكَالَةُ لِأَنَّهَا تَتَعَيَّنُ بِالْقَبْضِ لَا بِالْعَقْدِ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَتَبْطُلُ بِهِلَاكِ الْمَالَيْنِ إلخ

قَالَ الْأَتَقَانِي ثُمَّ يَبْطُلَانِ الشَّرِكَةُ عِنْدَ هَلَاكِ الْمَالَيْنِ ظَاهِرٌ وَكَذَا إِذَا هَلَكَ أَحَدُ الْمَالَيْنِ قَبْلَ وُجُودِ التَّصَرُّفِ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ لَمَّا بَطَلَتْ فِي الْهَالِكِ بَطَلَتْ فِيمَا يُقَابَلُهُ لِأَنَّ صَاحِبَهُ لَمْ يَرْضَ بِمُشَارَكَتِهِ فِي مَالِهِ إِلَّا بِشَرْطِ أَنْ يُشْرِكَهُ هُوَ فِي مَالِهِ أَيْضًا وَقَدْ عُدِمَ هَذَا الشَّرْطُ بِهِلَاكِ أَحَدِ الْمَالَيْنِ فَبَطَلَتْ الشَّرِكَةُ فِي الْمَالَيْنِ جَمِيعًا ثُمَّ الْهَالِكُ يُعْتَبَرُ هَالِكًا مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ حَتَّى لَا يَرْجِعَ بِنَصْفِ الْهَالِكِ عَلَى الشَّرِيكِ الْآخَرِ لِأَنَّهُ لَمْ يَهْلِكْ عَلَى الشَّرِكَةِ حَيْثُ بَطَلَتْ الشَّرِكَةُ بِهِلَاكِ الْمَالِ وَهَذَا ظَاهِرٌ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِ صَاحِبِهِ وَكَذَا إِذَا هَلَكَ فِي يَدِ الْآخَرِ لِأَنَّ الْمَالَ فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْأَمِينِ بِخِلَافِ مَا لَوْ هَلَكَ بَعْدَ الْخَلْطِ لِأَنَّهُ يَهْلِكُ عَلَى الشَّرِكَةِ لِعَدَمِ التَّمْيِيزِ .

أَتَقَانِي

قوله والوكالة المفردة

احْتِرَازٌ عَنْ الْوَكَالَةِ الثَّابِتَةِ فِي ضَمَنِ عَقْدِ الشَّرْكََةِ وَفِي ضَمَنِ عَقْدِ الرِّهْنِ فَإِنَّ التَّقْوَدَ تَتَعَيَّنُ فِيهِمَا .

أَنْقَايُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِمَالِهِ وَهَلَكَ مَالُ الْآخَرِ فَالْمُشْتَرَى بَيْنَهُمَا) يَعْنِي عَلَى مَا شَرَطَ لِأَنَّ الشَّرْكََةَ كَانَتْ قَائِمَةً وَقَدْ
الشَّرَاءُ فَوَقَعَ الْمَلِكُ مُشْتَرِكًا بَيْنَهُمَا فَلَا يَتَعَيَّنُ بِهِمَا مَالُ الْآخَرِ ثُمَّ الشَّرْكََةُ شَرْكََةُ مَلِكٍ عِنْدَ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ فَلَا يَجُوزُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ
يَتَصَرَّفَ إِلَّا فِي نَصِيبِهِ لِأَنَّ شَرْكََةَ الْعَقْدِ بَطَلَتْ بِهِمَا أَحَدُ الْمَالَيْنِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ شَرْكََةُ عَقْدٍ حَتَّى يَجُوزَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفُ فِيهِ لِأَنَّهُ
حِينَ وَقَعَ وَقَعَ مُشْتَرِكًا بَيْنَهُمَا شَرْكََةُ عَقْدٍ فَلَا تَبْطُلُ بِالْهَلَاكِ بَعْدَ تَقَرُّرِهِ كَمَا لَوْ اشْتَرَى بِمَالِهِمَا ثُمَّ هَلَكَ الْمَالَانِ قَبْلَ التَّقْدِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (
وَرَجَعَ عَلَى شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنْهُ) أَيُّ مِنَ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ وَكِلَا فِي حِصَّةِ شَرِيكِهِ وَقَدْ قَضَى الثَّمَنُ مِنْ مَالِهِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِحِسَابِهِ لِعَدَمِ الرِّضَا
بِدُونِ ضَمَانِهِ هَذَا إِذَا هَلَكَ أَحَدُ الْمَالَيْنِ بَعْدَ شَرَاءِ أَحَدِهِمَا فَلَوْ هَلَكَ قَبْلَ الشَّرَاءِ ثُمَّ اشْتَرَى الْآخَرُ بِمَالِهِ يُنْظَرُ فَإِنْ كَانَ صَرَحًا بِالْوَكَالَةِ فِي
عَقْدِ الشَّرْكََةِ فَالْمُشْتَرَى مُشْتَرِكٌ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَ لِأَنَّ عَقْدَ الشَّرْكََةِ إِنْ بَطَلَ بِالْهَلَاكِ فَالْوَكَالَةُ الْمُصْرَحُ بِهَا بَاقِيَةٌ فَكَانَ الْمُشْتَرَى مُشْتَرِكًا
بَيْنَهُمَا بِحُكْمِ الْوَكَالَةِ الْمُفْرَدَةِ وَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ لِمَا ذَكَرْنَا وَإِنْ ذَكَرَا مُجَرَّدَ الشَّرْكََةِ وَلَمْ يَذْكُرَا فِي عَقْدِ الشَّرْكََةِ الْوَكَالَةَ
فَالْمُشْتَرَى يَكُونُ لِلْمُشْتَرَى خَاصَّةً لِأَنَّ دُخُولَهُ فِي مِلْكِهِ بِحُكْمِ الْوَكَالَةِ الَّتِي هِيَ فِي ضَمَنِ الشَّرْكََةِ وَقَدْ بَطَلَتْ الشَّرْكََةُ فَيَبْطُلُ مَا فِي ضَمَنِهَا
بِخِلَافِ مَا إِذَا صَرَحًا بِهَا لِأَنَّهَا صَارَتْ مَقْصُودَةً وَأُطْلِقَ فِي بَعْضِ النُّسخِ أَنَّهُ يَكُونُ مُشْتَرِكًا بَيْنَهُمَا وَفِي بَعْضِهَا أُطْلِقَ أَنَّهُ لَا يَكُونُ مُشْتَرِكًا
فَالْأَوَّلُ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا نَصًّا عَلَى الْوَكَالَةِ وَالثَّانِي عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَنْصَ عَلَيْهِمَا

الشَّرْحُ

قوله في الثمن وهلك مال الآخر

أَيُّ قَبْلِ الشَّرَاءِ

هَدَايَةُ

قوله لأن شركة العقد بطلت بهلاك أحد المالين

أَيُّ وَإِنَّمَا بَقِيَ مَا هُوَ حُكْمُ الشَّرَاءِ وَهُوَ الْمَلِكُ .

قوله يُنْظَرُ فَإِنْ كَانَ صَرَحًا بِالْوَكَالَةِ فِي عَقْدِ الشَّرْكََةِ

أَيُّ مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِكَ عَلَى أَنَّ مَا يَشْتَرِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَالرَّبْحُ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ أَوْ أَثْلَانًا .

أَنْقَايُ

قوله فكان المشتري مشتركا بينهما بحكم الوكالة

أي ويكون شركة ملك .

هذاية قوله ويكون شركة ملك أي لا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه لأن الملك حصل بالوكالة والوكيل لا يتصرف في المشتري بدون إذن الموكل فكذا هذا .

قوله ولم يذكر في عقد الشركة الوكالة

أي مثل أن يشتري على أن يشتريا ويبيعا فما كان من ربح فهو بينهما نصفين أو أثلاثا .

أثلاثا

قال رحمه الله (ونفسد إن شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة في بعض الوجوه فلعله لا يخرج إلا القدر المسمى لأحدهما من الربح ونظيره المزارعة عند من يجيزها

الشرح

قوله فلعله لا يخرج إلا القدر المسمى لأحدهما من الربح (أي وهو خلاف مقتضى الشركة لأن مقتضاها الاشتراك في الربح لا اختصاص واحد منهما ونقل في الفتاوى الصغرى عن شيخ الإسلام خواهر زاده أنه ذكر في أول المضاربة الشركات لا تبطل بالشروط الفاسدة وإذا شرط في المضاربة ربح عشرة أو في الشركة تبطل لا لأنه شرط فاسد بل لأنه شرط ينتهي به الشركة وقال في الشامل في قسم الميسوط اشتراطا على أن تكون الوضعية لا على قدر رأس المال بأن أحدهما بألف والآخر بألفين على أن يكون الربح والوضعية نصفين فهي فاسدة يعني الشرط فاسد لأن رأس المال أمانة في يد الشريك والأمانة لا تضمن بالشرط كالوديعة والعقد جائز لأن الشركة عقد جائز والشرط لا يلزم في عقد جائز ولأن المقصود الربح والفساد ما تعدى إليه فإن عملا على هذا الشرط فربحا فالربح على ما اشتراطا لما عرفت والوضعية على قدر رأس مالهما لأن هلاك الأمانة يكون على صاحب المال إلى هنا لفظ الشامل أثقاني

قال رحمه الله (ولكل من شريكي العنان والمفاوضة أن يضيع) لأنه معتاد بين التجار ولأن له أن يستأجر من يتجر فيه فغير الأجر أولى لأنه دونه لعدم المؤنة فيه قال رحمه الله (ويستأجر) أي ليتجر فيه أو ليحفظ المال لأنه معتاد بين التجار ولأنه قد يتعذر عليه مباشرة الكل بنفسه فلا يجد له بدا منه قال رحمه الله (ويودع) لأنه إقامة الحافظ في المال فإذا كان له أن يستحفظ بأجر فغير أجر أولى قال رحمه الله (ويضارب) لأنه بالدفع إلى المضارب يصير المضارب مودعا وبالتصرف وكيلًا وبالربح أجيرا والشركة فيه ضرورية ثبتت ضرورة استحفاظ الأجر من الربح مشاعا فله أن يفعل هذه الأشياء كلها على الأفراد فكذا على الاجتماع ولأنه استأجر ببعض الخارج من العمل فإذا كان له أن يستأجر بشيء في الذمة فلأن يجوز هذا أولى وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة والأول أصح وهو رواية الأصل لأن الشركة فيه غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح فصار كما لو استأجر ليتجر فيه بل أولى على ما بينا بخلاف الشركة لأن الشيء لا يتضمن مثله والمضاربة دون الشركة فتضمنها والدليل على أنها دونها أن المضارب ليس عليه شيء من

الْوَضِيعَةِ وَأَنَّهُ إِذَا فَسَدَتْ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا مِنَ الرَّبْحِ وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا الْمَكَاتِبُ وَالْمَادُونُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ حَيْثُ يَجُوزُ لِلْمَكَاتِبِ أَنْ يُكَاتِبَ وَلِلْمَادُونِ لَهُ أَنْ يَأْذَنَ وَإِنْ كَانَ مِثْلَهُمَا لَنَا نَقُولُ أَطْلَقَ لَهُمَا الْاِكْتِسَابَ وَهَذَا مِنْ بَابِهِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُمَا الْبَيْعُ وَهَذَا دُونَهُ إِذْ لَا يَخْرُجُ فِي الْإِذْنِ مِنْ مِلْكِهِ أَصْلًا وَفِي الْكِتَابَةِ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ وَهُوَ بَدَلُ الْكِتَابَةِ وَلِأَنَّ الْمَنْعَ مِنْ اسْتِثْبَاعِ الْمِثْلِ فِي حَقِّ الْغَيْرِ وَأَمَّا فِي حَقِّ نَفْسِهِ فَلَا يُمْنَعُ وَالْمَكَاتِبُ أَوْ الْمَادُونُ لَهُ مُتَصَرِّفٌ لِنَفْسِهِ بَعْدَ فَكِّ الْحَجَرِ فَلَا يُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ وَالْمُضَارِبِ وَالشَّرِيكِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيُوكَلُ) لِأَنَّهُ مُتَعَارَفٌ بَيْنَهُمْ وَهُوَ دُونَ الشَّرَكَةِ وَلِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ لَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَحْفَظُ الْمَالَ وَمَنْ يَتَجَرَّ فِيهِ فَأَوْلَى أَنْ يُوكَلُ لِأَنَّهُ دُونَ الْاسْتِئْجَارِ

الشرح

قوله في المتن ويودع

أَيُّ مَالِ الشَّرَكَةِ لَأَنَّ عَادَةَ التَّجَارِ فِيمَا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَرَتْ كَذَلِكَ قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي الْكَافِي وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُعِيرَ فِي الْقِيَاسِ فَإِنْ فَعَلَ فَأَعَارَ دَابَّةً عَطِيتْ تَحْتَ الْمُسْتَعِيرِ فَالْقِيَاسُ فِيهِ أَنْ الْمُعِيرَ ضَامِنٌ لِنَصْفِ قِيَمَةِ الدَّابَّةِ لِشَرِيكِهِ وَلَكِنِّي اسْتَحْسِنُ أَنْ لَا أَضْمِنَهُ وَهَذَا قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَكَذَا لَوْ أَعَارَ ثَوْبًا أَوْ دَارًا أَوْ خَادِمًا إِلَى هُنَا لَفُظَ الْحَاكِمُ رَحِمَهُ اللَّهُ .

أثقاني

قوله وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة

أَيُّ وَلَيْسَ لِشَرِيكِ الْعِنَانِ أَنْ يُشَارِكَهُ غَيْرُهُ لَأَنَّ الشَّرَكَةَ الثَّانِيَةَ مِثْلُ الْأُولَى فَلَا تَكُونُ مِنْ أَحْكَامِهَا وَأَتْبَاعِهَا فَكَذَا لَمْ يَجِزْ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ مُضَارَبَةً إِلَّا إِذَا نَصَّ عَلَى ذَلِكَ كَمَا يَجُوزُ أَنْ يُشَارِكَ غَيْرُهُ إِذَا نَصَّ عَلَيْهَا .

أثقاني رحمه الله

قوله في المتن ويوكل لأنه متعارف بينهم

قَالَ الْأَثْقَانِيُّ لِأَنَّ الشَّرَكَةَ مُنْعَقِدَةٌ عَلَى عَادَةِ التَّجَارِ وَفِي عَادَتِهِمْ تَوَكِيلُ الشَّرِيكِ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِي مَالِ الشَّرَكَةِ فَجَازَ ذَلِكَ أَوْ نَقُولُ الْمَقْصُودُ مِنْ عَقْدِ الشَّرَكَةِ التَّجَارَةُ لِتَحْصِيلِ الرَّبْحِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ رُبَّمَا لَا يَتَهَيَّأُ لَهُ الْمُبَاشَرَةُ بِنَفْسِهِ لِلتَّجَارَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّوَكِيلِ فَيُثَبِّتُ التَّوَكِيلُ فِي ضِمْنِ التَّجَارَةِ تَبَعًا لَهَا بِدَلَالَةِ الْحَالِ فَصَارَ كَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَمْرَ صَاحِبِهِ أَنْ يُوكَلُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُ التَّوَكِيلُ لِأَنَّهُ عَقْدٌ خَاصٌّ ثَبَتَ مَقْصُودُ التَّحْصِيلِ شَيْءٌ مَعْلُومٌ جِسْمُهُ وَصِفَتُهُ فَلَمْ يَثْبُتْ فِي ضِمْنِهِ تَبَعًا مَا هُوَ مِثْلُهُ قَالَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مُخْتَصَرِهِ قَالَ مُحَمَّدٌ فِي كِتَابِ الرِّهْنِ إِذَا رَهَنَ أَحَدُ شَرِيكَيْهِ

الْعِنَانُ مَتَاعًا مِنَ الشَّرَكَةِ بِذَيْنِ عَلَيْهِمَا لَمْ يَجِزْ وَكَانَ ضَامِنًا لِلرَّهْنِ وَلَوْ ارْتَهَنَ بِذَيْنِ لَهُمَا أَذَانَاهُ وَقَبِضَ لَمْ يَجِزْ عَلَى شَرِيكِهِ مِنْ قَبْلِ أَنَّهُ لَمْ يُسَلِّطْهُ أَنْ يَرْتَهِنَ فَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ وَقِيَمَتُهُ وَالذَّيْنُ سَوَاءٌ ذَهَبَ بِحِصَّتِهِ وَيَرْجِعُ شَرِيكُهُ بِحِصَّتِهِ عَلَى الْمَطْلُوبِ وَيَرْجِعُ الْمَطْلُوبُ بِنَصْفِ قِيَمَةِ الرَّهْنِ عَلَى الْمُرْتَهِنِ وَإِنْ شَاءَ شَرِيكُهُ الْمُرْتَهِنَ ضَمَّنَ شَرِيكُهُ حِصَّتَهُ مِنَ الذَّيْنِ لِأَنَّ هَلَكَ الرَّهْنِ فِي يَدِهِ بِمَنْزِلَةِ الْاسْتِيفَاءِ هـ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَدُهُ فِي الْمَالِ أَمَانَةٌ) لِأَنَّهُ قَبِضُهُ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ لَا عَلَى وَجْهِ الْمُبَادَلَةِ وَالْوَثِيقَةِ فَصَارَ كَالْوَدِيعَةِ وَالْعَارِيَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَقْبُلُ إِنْ اشْتَرَكَ خِيَّاطَانِ أَوْ خِيَّاطٌ وَصَبَّاحٌ عَلَى أَنْ يَتَقَبَّلَا الْأَعْمَالَ وَيَكُونَ الْكَسْبُ بَيْنَهُمَا) أَيُّ شَرِكَةٍ الْعَقْدُ تَقْبُلُ أَيُّ شَرِكَةٍ تَقْبُلُ عَلَى حَذْفِ الْمُضَافِ وَتُسَمَّى شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ وَشَرِكَةُ الْأَعْمَالِ وَهَذِهِ الشَّرِكَةُ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا تَجُوزُ وَهِيَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ زُفَرٍ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرَّبْحِ تَبْتَنِي عَلَى الشَّرِكَةِ فِي رَأْسِ الْمَالِ عَلَى أَصْلِهِمَا وَلَا مَالٌ لَهُمَا فَكَيْفَ يَتَصَوَّرُ لَهُمَا التَّشْمِيرُ بِدُونِ الْأَصْلِ وَلَنَا أَنَّ الْمَقْصُودَ تَحْصِيلُ الْمَالِ بِالتَّوَكُّيلِ وَهَذَا مِمَّا يَقْبَلُ التَّوَكُّيلُ فَيَجُوزُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ وَكَّلَهُ بِتَقْبُلِ الْأَعْمَالِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ لِلْعَاقِدِ فِيهِ شَرِكَةٌ يَجُوزُ فَكَذَا إِذَا كَانَتْ لَهُ فِيهِ شَرِكَةٌ كَالشِّرَاءِ وَهَذَا لِأَنَّ الشَّرِيكَ قَدْ يَسْتَحِقُّ الرَّبْحَ بِالْعَمَلِ كَمَا يَسْتَحِقُّهُ بِالْمَالِ كَالْمُضَارِبِ وَرَبُّ الْمَالِ وَقَدْ يَسْتَحِقُّهُ بِالْمَالِ فَقَطْ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فَكَذَا وَجَبَ أَنْ يَسْتَحِقُّهُ بِالْعَمَلِ فَقَطْ وَيَكُونُ هَذَا عَقْدَ شَرِكَةٍ لَا إِجَارَةَ وَلِهَذَا لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى بَيَانِ الْمُدَّةِ بَلْ يَجُوزُ مُطْلَقًا كَالْمُضَارَبَةِ وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ اتِّحَادُ جَنْسِ الْعَمَلِ وَإِلَيْهِ أَشَارَ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ أَوْ خِيَّاطٌ وَصَبَّاحٌ وَكَذَا لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ اتِّحَادُ الْمَكَانِ خِلَافًا لِزُفَرٍ وَمَالِكٍ فِيهِمَا لِأَنَّ الْمَعْنَى الْمُجَوِّزَ لِلشَّرِكَةِ وَهُوَ إِمَّاكَانُ التَّحْصِيلِ بِالتَّوَكُّيلِ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهِمَا

الشرح

قوله في المتن ويده في المال

يَعْنِي أَنْ كُلًّا مِنَ الْمُفَاوِضِينَ وَشَرِيكِي الْعِنَانِ يَدُهُ يَدُ الْأَمَانَةِ حَتَّى إِذَا هَلَكَ الْمَالُ فِي يَدِهِ هَلَكَ بِلَا ضَمَانٍ أَتَقَانِي

قوله لا على وجه المبادلة

احْتَرَزَ بِهِ عَنِ الْمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ فَإِنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْقِيَمَةِ لِأَنَّ الْقَابِضَ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ قَبِضُهُ عَلَى وَجْهِ الْبَدَلِ .

أَتَقَانِي

قوله والثيقة

احْتَرَزَ بِهِ عَنِ الرَّهْنِ فَإِنَّهُ مَضْمُونٌ بِأَقْلٍ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ لِأَنَّ الْمُرْتَهَنَ قَبِضَهُ عَلَى وَجْهِ الْوَثِيقَةِ .

أَتَقَانِي قَوْلُهُ وَتُسَمَّى شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ (قَالَ الْأَتَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَعْلَمَ أَوَّلًا أَنَّ شَرِكَةَ الصَّنَائِعِ تُسَمَّى شَرِكَةَ التَّقْبُلِ وَشَرِكَةَ الْأَعْمَالِ وَشَرِكَةُ الْأَيْدِي لِأَنَّ الْعَمَلَ بِالْيَدِ يَكُونُ ثُمَّ أَعْلَمَ أَنَّهَا قَدْ تَكُونُ مُفَاوَضَةً وَقَدْ تَكُونُ عِنَانًا عَلَى مَا صَرَّحَ بِهِ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَأَمَّا الْمُفَاوَضَةُ بَيْنَهُمَا فَهِيَ أَنْ يَكُونَا جَمِيعًا مِنْ أَهْلِ الْكِفَالَةِ وَأَنْ يَشْتَرِطَا مَا رَزَقَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ وَأَنْ يَتَلَفَّظَا بِلَفْظِ الْمُفَاوَضَةِ كَمَا فِي الشَّرِكَةِ بِالْأَمْوَالِ وَأَمَّا الْعِنَانُ فَيَجُوزُ سَوَاءً كَانَا مِنْ أَهْلِ الْكِفَالَةِ أَوْ لَمْ يَكُونَا بَعْدَ أَنْ كَانَا أَهْلًا لِلتَّوَكُّيلِ ثُمَّ أَعْلَمَ أَنَّ شَرِكَةَ التَّقْبُلِ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا سَوَاءً اتَّفَقَتْ الصَّنْعَةُ أَوْ اخْتَلَفَتْ كَفَصَّارَيْنِ أَوْ خِيَّاطَيْنِ يَشْتَرِكَانِ عَلَى تَقْبُلِ الْأَعْمَالِ مِنَ النَّاسِ أَوْ فَصَّارٍ وَإِسْكَافٍ .

وَقَالَ زُفَرٌ هِيَ جَائِزَةٌ بِشَرْطِ اتِّفَاقِ الصَّنْعَةِ وَقَالَ زُفَرٌ فِي رِوَايَةٍ لَا تَصِحُّ أَصْلًا وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ وَجْهٌ عَدَمُ الْجَوَازِ أَنَّ الرَّبْحَ فَرَعُ الْمَالِ وَلَا مَالٌ هُنَا وَقَدْ مَرَّ وَلَنَا أَنَّ الْمُسْلِمِينَ فِي سَائِرِ الْأَمْصَارِ يَعْقِدُونَ هَذِهِ الشَّرِكَةَ وَقَدْ رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

أَنَّهُ قَالَ { مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ } .

قَوْلُهُ فَكَذَا وَجِبَ أَنْ يَسْتَحِقَّاهُ بِالْعَمَلِ فَقَطْ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ ثُمَّ لَا يُشْتَرَطُ اتِّحَادُ الْعَمَلِ وَالْمَكَانِ عِنْدَنَا حَتَّى إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا قَصَارًا وَالْآخَرُ حَيَّاطًا وَقَعَدَا فِي دُكَّانَيْنِ جَارَ عِنْدَنَا خِلَافًا لِمَالِكٍ وَزُفَرٍ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ الْعَمَلُ مُخْتَلَفًا يَعْجِزُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ عَمَلِ صَاحِبِهِ الَّذِي يَتَقَبَّلُهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ ذَلِكَ مِنْ صَنْعَتِهِ فَلَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ مِنَ الشَّرِكَةِ وَلَنَا أَنَّ الْمَعْنَى الْمُحْجُوزَ لِلشَّرِكَةِ تَحْصِيلُ الرَّبْحِ بِالتَّوَكُّلِ وَالتَّوَكُّلُ يَصِحُّ مِمَّنْ يُحْسِنُ مُبَاشَرَةَ الْعَمَلِ أَوْ لَا يُحْسِنُهَا لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ عَلَى الْمُتَقَبِّلِ إِقَامَةُ الْعَمَلِ بِيَدِهِ بَلْ لَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ بغيرِهِ أَوْ يَسْتَأْجِرَهُ فَإِذَا لَا يَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ إِقَامَةِ الْعَمَلِ عَاجِزًا وَكَانَ الْعَقْدُ صَحِيحًا قَالَ فِي الشَّامِلِ فِي قِسْمِ الْمُسَوِّطِ وَإِنْ غَابَ أَحَدُهُمَا أَوْ مَرَضَ وَعَمِلَ الْآخَرُ يَكُونُ الْآجِرُ بَيْنَهُمَا وَذَلِكَ لِأَنَّ عَمَلَهُ كَعَمَلِهِمَا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَكُلُّ عَمَلٍ يَتَقَبَّلُهُ أَحَدُهُمَا يَلْزَمُهُمَا) لِأَنَّهُ تَقَبَّلَهُ لِنَفْسِهِ بِالأَصَالَةِ وَلِشَرِيكِهِ بِالْوَكَالَةِ فَيَجِبُ عَلَيْهِمَا فَيُطَالَبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْعَمَلِ وَيُطَالَبَانِ بِالْآجِرِ وَيَرِثَانِ بِعَمَلِ أَحَدِهِمَا وَيَرِثُ الْمُسْتَعْمِلُ بِدَفْعِ الْآجِرَةِ إِلَى أَحَدِهِمَا وَهَذَا ظَاهِرٌ فِي الْمُفَاوَضَةِ وَفِي الْعِنَانِ اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَلْزَمَ وَأَنْ لَا يُطَالَبَ غَيْرُ الْمُتَقَبِّلِ لِأَنَّهُ مُقْتَضَى الْكِفَالَةِ وَالْكَفَالَةُ تَنْبُتُ بِمُقْتَضَى الْمُفَاوَضَةِ وَجِهَ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْعَمَلَ هُنَا كَالثَّمَنِ فِي الشَّرِكَةِ فِي الْمَالِ فَكَمَا يَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ هُنَاكَ بِالثَّمَنِ فَكَذَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ هُنَا بِالْعَمَلِ وَلَا يُمكنُ ذَلِكَ إِلَّا قَبْلَ الْعَمَلِ لِأَنَّهُ لَوْ آخَرَ إِلَى مَا بَعْدَهُ لَسَقَطَ حَقُّهُ فِي الرَّجُوعِ إِذْ لَا يُمكنُ ضَمَانَ الْعَمَلِ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنْهُ بِخِلَافِ الثَّمَنِ فَلِهَذَا الْمَعْنَى اسْتَوَى فِي هَذِهِ الشَّرِكَةِ حُكْمُ الْعِنَانِ وَالْمُفَاوَضَةِ فِي الضَّمَانِ وَهَذَا لِأَنَّ الرَّبْحَ يُسْتَحَقُّ إِمَّا بِالْمَالِ أَوْ بِالْعَمَلِ وَلَا مَالَ لَهُمَا فَتَعَيَّنَ الْعَمَلُ وَلَا وَجِهَ لِضَمَانِ الْعَمَلِ إِلَّا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَكَسَبُ أَحَدِهِمَا بَيْنَهُمَا) يَعْنِي إِذَا عَمِلَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ كَانَتْ الْآجِرَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا أَمَّا اسْتِحْقَاقُ الْعَامِلِ فَظَاهِرٌ وَأَمَّا الْآخَرُ فَلِأَنَّهُ لَزِمَهُ الْعَمَلُ بِالتَّقَبُّلِ فَيَكُونُ ضَامِنًا لَهُ فَيَسْتَحِقُّهُ بِالضَّمَانِ وَهُوَ لَزُومُ الْعَمَلِ وَلَوْ شَرَطَا الْعَمَلَ نِصْفَيْنِ وَالْمَالِ أَثْلَاثًا جَارَ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ لِأَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ فَالزِّيَادَةُ عَلَى مَا ضَمِنَ مِنَ الْعَمَلِ رِبْحٌ مَا لَمْ يَضْمَنْ فَوَجِبَ أَنْ لَا يَجُوزَ كَشْرِكَةِ الْوُجُوهِ وَجِهَ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْعَمَلَ لَا يَقْتَضِي إِلَّا بِالْعَقْدِ أَوْ شَبِهُ الْعَقْدِ فَلِلْإِنْسَانِ أَنْ يَقُومَ عَمَلُهُ بِمَا شَاءَ فَإِذَا قَوْمًا عَمِلَ أَحَدُهُمَا بِشَيْءٍ وَعَمِلَ الْآخَرُ بِأَنْقَصَ مِنْهُ أَوْ أَزِيدَ لَا يُمْتَنَعُ كَثَمَنِ الْعَيْنِ فَيَكُونُ مَا يَأْخُذُهُ مِنَ الْآجِرَةِ بِدَلِّ عَمَلِهِ ابْتِدَاءً لَا رِبْحًا لِأَنَّ الرَّبْحَ يَكُونُ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ وَقَدْ اُخْتَلَفَ لِأَنَّ الْعَمَلَ غَيْرَ الْمَالِ بِخِلَافِ شَرِكَةِ الْوُجُوهِ لِأَنَّ مَا يَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الثَّمَنِ مُتَقَوِّمٌ وَكَذَا الْمُشْتَرَى مُتَقَوِّمٌ فَيَسْتَحِقُّانِ مِنَ الرَّبْحِ بِقَدْرِ مَا ضَمَّنَا

الشرح

قَوْلُهُ كَانَتْ الْآجِرَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ ثُمَّ إِذَا عَمِلَا فَكُلُّ وَاحِدٍ يَسْتَحِقُّ فَائِدَةَ عَمَلِهِ وَهُوَ كَسْبُهُ وَإِذَا عَمِلَ أَحَدُهُمَا كَانَ الْعَامِلُ مُعِينًا لِشَرِيكِهِ فِيمَا لَزِمَهُ بِالتَّقَبُّلِ فَوَقَعَ عَمَلُهُ لَهُ فَكَأَنَّ الشَّرِيكَ اسْتَعَانَ بِأَجْنَبِيٍّ حَتَّى عَمِلَ وَهَذَا جَائِزٌ لِأَنَّ الْمَشْرُوطَ مُطْلَقُ الْعَمَلِ لَا عَمَلَ الصَّانِعِ بِنَفْسِهِ فَإِنَّ الْقَصَارَ إِذَا اسْتَعَانَ

بغيره أو استأجر غيره حتى عمل استحق القصار الأجر .

قوله ولو شرط العمل نصفين

قال الأتقاني رحمه الله قالوا جواز اشتراط التفاضل في الربح مع التساوي في العمل في شركة التقبل إنما يجوز إذا كانت عانا أما في المفاوضة فلا يجوز وكتب على قوله ولو شرط العمل نصفين ما نصه ولو شرط الأكثر لأدناهما عملا احتلف المشايخ فيه كذا في الخلاصة قال في الغاية الصحيح أنه يجوز حكاه العيني في شرح الكنز قوله قال في الغاية إلخ عبارة الأتقاني في الغاية قلت الصحيح أنه يجوز أيضا لأن الربح بقدر ضمان العمل لا بحقيقة العمل ألا ترى إلى ما نص الحاكم الشهيد في الكافي فإن غاب أحدهما أو مرض ولم يعمل وعمل الآخر فهو بينهما وقال في شرح الطحاوي ولو أن رجلا جلس على دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالتصف القياس أن لا تجوز هذه الشركة لأن من أحدهما العمل ومن أحدهما الحائوت فتكون هذه شركة بالغروض وفي الاستحسان تجوز لأن هذه شركة التقبل لأن تقبل العمل من صاحب الحائوت عمل فصارت شركة بالأعمال .

قال رحمه الله (ووجه إن اشتركا بلا مال على أن يشتريا بوجهيهما ويبيعا) أي هذه شركة ووجه يعني شركة العقد شركة ووجه وتفسيره ما نبينه سمي به لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجاهة عند الناس وقيل لأنهما يشتريان من الوجه الذي لا يعرف وقيل لأنهما إذا جلسا ليديبرا أمرهما ينظر كل واحد منهما إلى وجه صاحبه ويكون هذا النوع من الشركة عانا ومفاوضة كشركة التقبل وإذا نصا على المفاوضة أو ذكرا جميع ما تقتضيه المفاوضة واجتمعت فيهما شرائطها صارت مفاوضة فيهما وإلا فعنان وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا النوع من الشركة لأن خلط المال شرط عنده ولا تجوز بغير مال وعندنا تجوز لأن المقصود من الشركة التحصيل بالوكالة وقد أمكن لأن الشراء والبيع مما يقبل الوكالة على ما بينا في شركة التقبل ويكون كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لأنه لا ولاية له على صاحبه إلا به قال رحمه الله (وتتضمن الوكالة) لأنه بذلك يتمكن من التحصيل لصاحبه إذ لا ولاية له عليه ولهذا تضمنها جميع أنواع شركة العقود وتتضمن الكفالة أيضا مع ذلك إذا كانت مفاوضة لما بينا في أول الكتاب

الشرح

قوله في المتن ووجه إن اشتركا إلخ (قال في شرح الطحاوي وأما الشركة بالوجه فهو أن يشترك الرجلان وليس لهما مال ولا عمل على أن يشتريا بالنسيئة ويبيعاها بالتقدي فما حصل من الربح فهو بينهما فهذا جائز أتقاني وكتب على قوله ووجه إن اشتركا ما نصه قال في شرح الطحاوي في شركة الوجه وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وإن شرط الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانيهما .

أتقاني رحمه الله وكتب أيضا على قوله ووجه إن اشتركا ما نصه قال الأتقاني وقد تكون هذه الشركة مفاوضة وقد تكون عانا فالمفاوضة أن يكون الرجلان من أهل الكفالة وأن يكون ثمن المشتري على كل واحد منهما نصفه وأن يكون المشتري بينهما نصفين وأن يلفظا بالمفاوضة وأما العنان منهما فهو أن يجوز التفاضل في ضمان ثمن المشتري بينهما

قوله صارت مفاوضة فيهما

أي في التقبل والوجوه .

قال رحمه الله (وإن شرطاً مناصفة المشتري أو مثاليته فالربح كذلك وبطل شرط الفضل) لأن الربح لا يستحق إلا بالعمل كالمضارب أو بالمال كرب المال أو بالضمان كالاستاذ الذي يتقبل العمل من الناس ويلقيه على التلميذ بأقل مما أخذه فيطيب له الفضل بالضمان ولا يستحق غيرها ألا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي بعض ربحه لا يستحق شيئاً لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان بقدر الملك في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن وهو غير جائز وفي المضاربة جاز على خلاف القياس وشركة الوجوه ليست في معناها إذ لا يعمل في مال معين وتعيين المال هو المجهوز للمضاربة ألا ترى أن المال لما كان معيناً في غير شركة الوجوه جاز أيضاً اشتراط التفاضل بشرط العمل على ما بيننا من قبل

الشرح

قوله فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن

أي فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لأنه هـ في معناها من حيث إن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها كذا في الهداية وكتب على قوله فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن ما نصه قال الإمام الأثافي رحمه الله أعلم أن اشتراط فضل الربح على قدر الضمان لا يجوز فإن شرط الفضل فيه لأحدهما بطل الشرط وكان الربح بينهما على قدر ضمانهما وهذا لأن ضمان الثمن إذا كان أثلاثاً بينهما مثلاً وقد شرطاً أن يكون الربح نصفين كان لصاحب الثلث ربح ما ضمانه على غيره وهو السدس فيلزم من ذلك ربح ما لم يضمن وهو السدس وهو حرام لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنه تحقيقه أن استحقاق الربح إما أن يكون بالمال كرب المال في المضاربة أو بالعمل كالمضارب أو بالضمان كرجل يجلس على دكانه تلميذاً يطرح عليه العمل بالنصف حيث يستحق نصف الربح ولا يستحق الربح في الشرع بلا واحد من الوجوه الثلاثة ثم استحقاق الربح في شركة الوجوه بضمان الثمن فإذا كان الضمان نصفين يكون اشتراط فضل الربح على النصف ربح ما لم يضمن لا محالة فلا يجوز هـ

(فصل في الشركة الفاسدة) قال رحمه الله (ولا تصح شركة في احتطاب واصطياد واستقاء) وكذا في أخذ كل مباح كالحشاش واحتشاء الثمار من الجبال لأن التوكيل إثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل ولا يمكن تحقيق هذا المعنى هنا لأن الموكل لم يملكه فلا يملك إقامة غيره مقامه ولأن المباح لمن أخذه فلا يمكن إيقاع الحكم فيه لغيره قال رحمه الله (والكسب للعامل) لما ذكرنا قال رحمه الله (وعليه أجر مثل ما للآخر) لأنه استوفى منفعة غيره بعقد فاسد فيجب عليه أجر مثله حتى لو اشتركا ولأحدهما بعلم وللآخر رابوية ليستقيها الماء فأيهما استقى فهو له ويجب عليه أجر مثل آلة الآخر بالغاً ما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به المسمى وأصله أن الجارة إذا فسدت يجب أجر المثل ثم إن كان المسمى معلوماً لا يزد أجر المثل على المسمى وإن كان مجهولاً كما إذا جعل الآخر ذابة أو ثوباً أو استأجر داراً أو حماماً على أن العمارة على المستأجر يجب بالغاً ما بلغ إذ لا يمكن تحديده بشيء ولم يتم رضاه بشيء وإن كان معلوماً من وجه دون وجه كالجزة الشائع مثل النصف والربع ونحو ذلك فعند محمد يجب بالغاً ما بلغ لأن النصف مجهول لأنه يكثر بكثره ما يحصل وينقص عند قلته فلا يتم رضاه إلا بشيء مقدّر وعندهما لا يزد على المسمى لأنه معلوم من كل ما يحصل بعمله فتم رضاه به وأكثر ما يقع هذا في المضاربة والمزارعة فمحمد مال إلى كونه مجهولاً وهما إلى كونه

مَعْلُومًا فَإِذَا كَانَ الْمُبَاحُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لِمَنْ أَخَذَهُ يَجِبُ عَلَيْهِ لِلْآخِرِ أَجْرُ الْمِثْلِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا وَإِنْ أَخَذَاهُ مَعًا يَكُونُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا ثُمَّ إِنْ عَلِمَ مَا أَخَذَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْكَيْلِ أَوْ الْوِزْنِ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ مِثْلَ الثَّمَرَةِ وَنَحْوِهَا أَوْ بِالْقِيَمَةِ فِي الْقِيَمِيِّ فَلَا كَلَامَ فِيهِ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَدَعَا كُلُّ مِنْهُمَا تَصَدَّقُ إِلَى النِّصْفِ وَلَا تَصَدَّقُ فِيمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ لِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي الْكَسْبِ وَفِي كَوْنِهِ فِي أَيْدِيهِمَا فَكَانَ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا النِّصْفُ ظَاهِرًا فَلَا يَصَدَّقُ فِيمَا زَادَ عَلَيْهِ إِلَّا بَيِّنَةٌ

الشرح

(فصل في الشَّرْكَه الفاسدة) شرع في الشَّرْكَه الفاسدة بعد فراغه من الشَّرْكَه الصَّحِيحَةِ لِأَنَّ الصَّحِيحَ مَوْجُودٌ أَصْلًا وَوَصْفًا وَالْفَاسِدُ مَوْجُودٌ أَصْلًا لَا وَصْفًا فَكَانَ تَقْدِيمُ مَا هُوَ مَوْجُودٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ أَوْلَى .

أَتَقَانِي

قوله في المِثْنِ وَلَا تَصِحُّ شَرْكَةٌ فِي احْتِطَابِ الْخ

وَإِنَّمَا لَمْ تَصِحَّ الشَّرْكَةُ فِي الْأَشْيَاءِ الْمُبَاحَةِ لِأَنَّ الشَّرْكَةَ تَتَضَمَّنُ الْوَكَالَهَ وَشَرْطُ تَحَقُّقِ الْوَكَالَهِ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ بِهِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُهَا الْوَكِيلُ بِدُونِ أَمْرِ الْمُوَكَّلِ وَفِي الْمُبَاحَاتِ يَمْلِكُهَا الْوَكِيلُ بِلَا تَوَكِيلٍ فَلَمْ تَصِحَّ الشَّرْكَةُ لِعَدَمِ صِحَّةِ الْوَكَالَهَ وَسَبَبُ تَمْلُكِ الْمُبَاحَاتِ الْحَيَازَةُ فَكُلُّ مَنْ فَازَ بِالسَّبَبِ فَازَ بِهَا وَعَلَى هَذَا سُؤَالُ النَّاسِ وَالتَّكْدِي قَالَ الْكَرْخِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا أَخَذَ مِلْكًا لَهُ وَتَمَنَّهُ لَهُ وَرَبْحُهُ وَوَضِيعَتُهُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ الْآخِرُ أَعَانَهُ فِي عَمَلِهِ وَجَمَعَهُ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ تَمَنٍّ ذَلِكَ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَبْلُغُ أَجْرُ مِثْلِهِ بِالْعَا مَا بَلَغَ وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ اسْتِحْسَانٌ إِلَى هُنَا لَفْظُهُ .

أَتَقَانِي

قوله واجْتِنَاءُ التَّمَارِ مِنَ الْجِبَالِ

أَيُّ وَالْبَرَارِيِّ كَالْفُسْتَقِ وَالْجَوْزِ وَغَيْرِ ذَلِكَ .

قوله في المِثْنِ وَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلٍ

مِثْلٌ لَيْسَ فِي خَطِّ الشَّارِحِ وَهُوَ ثَابِتٌ فِي نُسْخِ الْمِثْنِ

قوله وَلِلْآخِرِ رَاوِيَةٌ

رَوَيْتُ لِلْقَوْمِ إِذَا اسْتَقْبَتَ لَهُمُ الْبَعِيرُ الَّذِي يُحْمَلُ عَلَيْهِ الْمَاءُ الرَّاوِيَةُ وَكَثُرَ ذَلِكَ حَتَّى سَمَّوْا الْمَزَادَةَ رَاوِيَةً كَذَا قَالَ ابْنُ دُرَيْدٍ وَالْمَرَادُ هُنَا الْمَزَادَةُ قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ الْمَزَادَةُ لَا تَكُونُ إِلَّا مِنْ جِلْدَيْنِ تُقَامُ بِجِلْدٍ ثَالِثٍ لِتَتَسَّعَ وَالْجَمْعُ مَزَادٌ وَمَزَايِدُ .

أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالرَّيْحُ فِي الشَّرَكَةِ الْفَاسِدَةِ بِقَدْرِ الْمَالِ وَإِنْ شَرَطَ الْفَضْلُ) لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الرَّيْحَ تَبِعَ لِلْمَالِ كَالرَّيْبِ وَإِنَّمَا عَدَلَ عَنْهُ عِنْدَ صِحَّةِ التَّسْمِيَةِ وَلَمْ تَصِحَّ فَيَبْطُلُ شَرَطُ التَّفَاضُلِ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهُ بِالْعَقْدِ فَيَكُونُ فِيهِ تَقْرِيرُ الْفَسَادِ وَهُوَ وَاجِبُ الرِّفْعِ

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ إِنَّ الرَّيْبَ تَبِعَ لِلْمَالِ كَالرَّيْبِ

أَيُّ فَإِنَّهُ تَابِعٌ لِلْبَذْرِ فِي الْمَزَارَعَةِ .

هَدَايَةٌ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ كَالرَّيْبِ مَا نَصَّهُ الرَّيْبُ التَّمَاءُ وَالزِّيَادَةُ كَذَا فِي الْمُجْمَلِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَبْطُلُ الشَّرَكَةُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَلَوْ حُكْمًا) أَيُّ وَلَوْ كَانَ الْمَوْتُ حُكْمًا بِأَنْ ارْتَدَّ أَحَدُهُمَا وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَحُكْمُ بِلِحَاقِهِ لِأَنَّ الشَّرَكَةَ مِنَ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ فَيَكُونُ لِدَوَامِهَا حُكْمُ ابْتِدَائِهَا وَهَذَا لِأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ الْوَكَالََةَ وَلَا بُدَّ مِنْهَا لِتَحَقُّقِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ الشَّرَكَةُ فِي الْمُشْتَرَى عَلَى مَا مَرَّ وَالْوَكَالََةُ تَبْطُلُ بِالْمَوْتِ وَاللَّحَاقُ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَعْلَمَ مَوْتَ صَاحِبِهِ أَوْ لَا يَعْلَمُ لِأَنَّهُ عَزَلَ حُكْمِيٌّ فَإِذَا بَطَلَتْ الْوَكَالََةُ بَطَلَتْ الشَّرَكَةُ يَعْنِي شَرَكَةَ الْعَقْدِ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فَلَا يُشْتَرَطُ عِلْمُهُ لِثُبُوتِهِ ضِمْنًا بِخِلَافِ مَا إِذَا فُسِّخَ أَحَدُهُمَا الشَّرَكَةُ فِي حَالَةٍ يَكُونُ لَهُ الْفُسْخُ فِيهَا بِأَنْ كَانَ الْمَالُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ حَيْثُ يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِ الْآخِرِ لِكُونِهِ عَزْلًا قَصْدِيًّا

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ وَهَذَا لِأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ الْوَكَالََةَ

أَيُّ سَوَاءٌ كَانَتْ مُفَاوِضَةً أَوْ عِنَانًا .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ وَالْوَكَالََةُ تَبْطُلُ بِالْمَوْتِ وَاللَّحَاقُ الْخُ

ثُمَّ لَمَّا نَبَتَ بَطْلَانُ الشَّرَكَةِ بِالْمَوْتِ ثَبَتَ بَطْلَانُهَا بِالْإِرْتِدَادِ إِذَا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَقَضَى الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ لِأَنَّهُ مَوْتُ حُكْمِيٌّ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ يُقَسَّمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ حَيْثُ يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِ الْآخِرِ لِكُونِهِ عَزْلًا قَصْدِيًّا

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ ثُمَّ الشَّرَكَةُ فِي الْعَزْلِ الْقَصْدِيِّ تَنْفَسَخُ إِذَا كَانَ مَالُ الشَّرَكَةِ عَيْنًا يَعْنِي دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ وَلَوْ كَانَ مَالُ الشَّرَكَةِ غُرُوضًا وَضَاقَتْ الْفُسْخُ فَقَدْ ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ فِي مُحْتَصَرِهِ أَنَّهُ لَا تَنْفَسَخُ وَجَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُضَارَبَةِ وَقَالَ الْإِمَامُ الْإِسْبِجَابِيُّ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ

لَا رَوَايَةَ عَنْ أَصْحَابِنَا فِي الشَّرَكَةِ وَإِنَّمَا الرُّوَايَةُ فِي الْمُضَارَبَةِ وَهِيَ أَنَّ رَبَّ الْمَالِ إِذَا نَهَى الْمُضَارِبَ عَنِ التَّصَرُّفِ فَإِنَّهُ يُنْظَرُ إِنْ كَانَ مَالُ الْمُضَارَبَةِ وَقْتُ التَّهْيِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ صَحَّ التَّهْيُ وَإِنْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ دَرَاهِمَ كَانَ لَهُ أَنْ يَصْرِفَ الدَّنَانِيرَ إِلَى الدَّرَاهِمِ وَإِنْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ دَنَانِيرَ كَانَ لَهُ أَنْ يَصْرِفَ الدَّرَاهِمَ إِلَى الدَّنَانِيرِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا عَرْضًا وَإِنْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ عَرْضًا وَقْتُ التَّهْيِ فَلَا يَصَحُّ نَهْيُهُ وَجَعَلَ الطَّحَاوِيُّ الشَّرَكَةَ بِمَنْزِلَةِ الْمُضَارَبَةِ وَبَعْضُ مَشَايخِنَا فَرَّقُوا بَيْنَ الْمُضَارَبَةِ وَالشَّرَكَةِ وَقَالُوا يَجُوزُ فَسْخُ الشَّرَكَةِ وَإِنْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ عَرْضًا بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ لِأَنَّ مَالَ الشَّرَكَةِ فِي أَيْدِيهِمَا جَمِيعًا وَوِلَايَةُ التَّصَرُّفِ فِيهِ إِلَيْهِمَا فَيَمْلِكُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَهْيَ صَاحِبِهِ عَيْنًا كَانَ الْمَالُ أَوْ عَرْضًا وَأَمَّا مَالُ الْمُضَارَبَةِ فَإِنَّهُ فِي يَدِ الْمُضَارِبِ

وَوِلَايَةُ التَّصَرُّفِ إِلَيْهِ لَا إِلَى رَبِّ الْمَالِ فَلَا يَمْلِكُ رَبُّ الْمَالِ نَهْيُهُ بَعْدَ مَا صَارَ الْمَالُ عَرْضًا كَذَا قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ قَوْلُهُ فَإِنَّهُ يُنْظَرُ إِنْ كَانَ مَالُ الْمُضَارَبَةِ وَقْتُ التَّهْيِ دَرَاهِمَ قَالَ الْكَمَالُ فَإِنْ كَانَ مَالُ الْمُضَارَبَةِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ صَحَّ نَهْيُهُ غَيْرَ أَنَّهُ يَصْرِفُ الدَّرَاهِمَ بِالْدَّنَانِيرِ بَأَنَّ كَانَ رَأْسُ مَالِ الشَّرَكَةِ دَنَانِيرَ وَعَكْسُهُ فَقَطْ وَقَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ عَرْضًا قَالَ الْكَمَالُ وَبَعْضُ مَشَايخِنَا قَالُوا تَنْفَسِخُ وَإِنْ كَانَ الْمَالُ عَرْضًا وَهُوَ الْمُخْتَارُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَمْ يُزَكَّ مَالُ الْآخَرِ) أَيُّ لَا يُزَكِّي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِيهَا لِأَنَّ الْإِذْنَ بَيْنَهُمَا وَقَعَ فِي التَّجَارَةِ وَالزَّكَاةَ لَيْسَتْ مِنْهَا

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ أَذِنَ كُلُّ) أَيُّ أَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ عَنْهُ (وَأَذْيَا مَعًا ضَمِنَا وَلَوْ مُتَعَاقِبًا ضَمِنَ الثَّانِي) أَيُّ لَوْ أَذْيَا مُتَعَاقِبًا ضَمِنَ الثَّانِي عِلْمَ بِأَدَاءِ صَاحِبِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ إِنْ عِلْمُ يَضْمَنُ وَإِلَّا فَلَا كَذَا أَشَارَ فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ وَفِي الرِّيَاضَاتِ لَا يَضْمَنُ عِلْمَ بِأَدَاءِ شَرِيكِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ وَهُوَ الصَّحِيحُ عِنْدَهُمَا وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْوَكِيلُ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ أَوْ الْكَفَّارَاتِ إِذَا أَدَّى الْأَمْرُ بِنَفْسِهِ مَعَ الْمَأْمُورِ أَوْ قَبْلَهُ أَوْ أَعْتَقَ لِهَمَّا أَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالْأَدَاءِ وَقَدْ أَتَى بِهِ وَلَيْسَ فِي وَسْعِهِ إِيقَاعُهُ زَكَاةً أَوْ كَفَّارَةً لِتَعَلُّقِهِ بِنَيْتِ الْأَمْرِ فَصَارَ كَالْمَأْمُورِ بِذَنْبٍ إِذَا ذَبَحَهُ بَعْدَ مَا زَالَ الْإِحْصَارُ وَحَجَّ الْأَمْرُ وَلَهُ أَنَّهُ أَتَى بِغَيْرِ الْمَأْمُورِ بِهِ لِأَنَّ الْمَأْمُورَ بِهِ إِسْقَاطُ الْفَرْضِ عَنْهُ وَلَمْ يَسْقُطْ بِهِ الْفَرْضُ إِذْ لَا يَلْتَزِمُ الضَّرَرُ إِلَّا لِلدَّفْعِ الضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ فَصَارَ مُخَالَفًا فَيَضْمَنُ عِلْمَ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ إِذْ هُوَ صَارَ مَعْزُولًا بِأَدَاءِ الْأَمْرِ وَهُوَ حُكْمِيٌّ فَلَا يَشْتَرُطُ فِيهِ عِلْمُهُ بِخِلَافِ الْمَأْمُورِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ حَيْثُ لَا يَضْمَنُ بِقَضَائِهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ بَعْدَ قَضَاءِ الْأَمْرِ لِأَنَّهُ لَمْ يُخَالَفْ لِأَنَّ الْمَأْمُورَ بِهِ جَعَلَ الْمَقْبُوضَ مَضْمُونًا عَلَى الْقَابِضِ وَقَدْ وَجَدَ لِأَنَّ الدَّيْنَ تُقْضَى بِأَمْنَالِهَا فَأَمَكْنَهُ الرَّجُوعُ عَلَى الْقَابِضِ عَلَى الْهَلَاكِ وَبِخِلَافِ دَمِ الْإِحْصَارِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَصْبِرَ حَتَّى يَزُولَ فَيَتَحَلَّلَ بِأَفْعَالِ التُّسْكِ وَكَذَا لَهُ أَنْ لَا يَتَحَلَّلَ بَعْدَ الذَّبْحِ بَلْ يَتَحَلَّلَ بِأَدَاءِ التُّسْكِ وَقَدْ أَتَى بِهِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَأْمُورِ بِهِ كَيْفَمَا كَانَ فَلَا يَضْمَنُ وَقِيلَ هُوَ عَلَى الْخِلَافِ أَيْضًا فَلَا يَرُدُّ إِشْكَالًا

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ وَأَذْيَا مَعًا ضَمِنَا (أَيُّ ضَمِنَ كُلُّ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ وَذَكَرَ الْقَاضِي الْعَيْنِيُّ فِيمَا لَوْ أَذْيَا مَعًا حَيْثُ يَضْمَنُ الْوَكِيلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَوَجْهُهُ أَنَّ أَدَاءَ الْمُوَكَّلِ سَابِقٌ عَلَى أَدَائِهِ وَإِنْ أَذْيَا مَعًا مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ وَالْإِعْتِبَارُ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ يَتَصَرَّفُ عَلَى نَفْسِهِ بِالْأَدَاءِ وَتَصَرَّفُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكَّلِ فَتَصَرَّفُهُ عَلَى نَفْسِهِ أَقْرَبُ مِنْ تَصَرُّفِ الْوَكِيلِ عَلَيْهِ فَيَصِيرُ سَابِقًا مَعْنَى كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إِذَا بَاعَ وَبَاعَ الْمُوَكَّلُ أَيْضًا وَخَرَجَ الْكَلَامَانِ مَعًا يَنْقُذُ بَيْعَ الْمُوَكَّلِ .

كَيَّ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ أَذِنَ أَحَدُ الْمُتَفَاوِضِينَ بِشِرَاءِ أَمَةٍ لِبَطٍّ فَفَعَلَ فِيهِ لَهُ بِلَا شَيْءٍ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِنَصْفِ الثَّمَنِ لِأَنَّ الْمَلِكَ وَقَعَ لَهُ خَاصَّةٌ حَتَّى حُلَّ لَهُ وَطُوعُهَا وَالثَّمَنُ بِمُقَابَلَةِ الْمَلِكِ فَيَكُونُ عَلَيْهِ خَاصَّةٌ وَقَدْ قَضَاهُ مِنْ مَالٍ مُشْتَرَكٍ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ بِحَصَّتِهِ كَمَا فِي ثَمَنِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ وَلَهُ أَنَّ الْجَارِيَةَ تَدْخُلُ فِي مِلْكِهِمَا جَرِيًّا عَلَى مُقْتَضَى الشَّرْكََةِ إِذَا لَا يَمْلِكَانِ تَغْيِيرَهُ ثُمَّ الْإِذْنُ يَتَضَمَّنُ هِبَةً نَصِيْبَهُ لِأَنَّ الْوُطْءَ لَا يَحُلُّ إِلَّا بِالْمَلِكِ فَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَيَاهَا ثُمَّ قَالَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ اقْبِضْهَا لَكَ كَانَتْ هِبَةً وَكَمَا إِذَا قَالَ لِشَخْصٍ اقْبِضْ دَيْنِي عَلَى فُلَانٍ لِنَفْسِكَ فَقَبِضْهُ كَانَ هِبَةً لَهُ وَكَمَا إِذَا قَالَ لِشَخْصٍ أَدِّ عَنِّي الزَّكَاةَ فَأَدَّى عَنْهُ كَانَ تَمْلِيكًا مِنْهُ فِي ضَمَنِ قَبْضِ الْفَقِيرِ بِخِلَافِ طَعَامِ الْأَهْلِ وَكِسْوَتِهِمْ لِأَنَّ ذَلِكَ مُسْتَثْنَى مِنَ الشَّرْكََةِ لِلضَّرُورَةِ فَيَقَعُ الْمَلِكُ لَهُ خَاصَّةٌ بِنَفْسِ الْعَقْدِ فَكَانَ مُؤَدِّيًّا دَيْنًا عَلَيْهِ مِنْ مَالِ الشَّرْكََةِ وَلَا ضَرُورَةَ فِي مَسْأَلَتِنَا فَلَا تُسْتَثْنَى فَيَدْخُلُ فِي مِلْكِهِمَا فَيَكُونُ قَاضِيًّا دَيْنًا عَلَيْهِمَا وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ أَيُّهُمَا شَاءَ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ لِمَا بَيَّنَّا فِي الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

الشرح

قوله فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ بِحَصَّتِهِ كَمَا فِي ثَمَنِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ

تَحْقِيقُهُ أَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْوُطْءِ مِنَ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ إِلَّا أَنَّهَا لَيْسَتْ بِلَازِمَةٍ كَالطَّعَامِ فَلَمْ تَكُنْ مُسْتَثْنَاءً مِنْ عَقْدِ الشَّرْكََةِ بِلَا شَرْطٍ ثُمَّ لَمَّا جَاءَ التَّصْرِيحُ بِالْحَاجَةِ إِلَى الْوُطْءِ أُلْحِقَتْ بِحَاجَةِ الطَّعَامِ فَوَقَعَ شِرَاءُ الْجَارِيَةِ لِلشَّرِيكَ الْمُشْتَرِي خَاصَّةً .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله إِذَا لَا يَمْلِكَانِ تَغْيِيرَهُ

أَيَّ مَعَ بَقَاءِ الشَّرْكََةِ .

كَيَّ

كتاب الوقف

الْوَقْفُ فِي الْأَصْلِ مَصْدَرٌ وَقَفَهُ إِذَا حَبَسَهُ وَقَفًا وَوَقَفَ بِنَفْسِهِ وَوُقُوفًا يَتَعَدَّى وَلَا يَتَعَدَّى وَمِنْهُ وَقَفَ عَقَارُهُ عَلَى كَذَا أَيْ حَبَسَهُ عَلَيْهِ وَسُمِّيَ بِهِ الْمَفْعُولُ مُبَالَغَةً كَقَوْلِهِمْ نَسَجُ الْيَمَنَ وَضَرَبُ الْأَمِيرِ لِلْمَنْسُوجِ وَالْمَضْرُوبِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (هُوَ حَبَسُ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكِ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ) وَهَذَا فِي الشَّرْعِ وَهُوَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا حَبَسُ الْعَيْنِ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ اللَّهِ تَعَالَى قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْمِلْكُ يَزُولُ بِالْقَضَاءِ لَا إِلَى مَالِكٍ) أَيْ بِقَضَاءِ الْقَاضِي لِأَنَّهُ فَضْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ فَيَنْفُذُ قَضَاؤُهُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا يَزُولُ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ وَأَصْلُ الْخِلَافِ أَنَّ الْوَقْفَ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَصْلًا وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْأَصْلِ وَقِيلَ يَجُوزُ عِنْدَهُ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ بِمَنْزِلَةِ الْعَارِيَةِ حَتَّى يَرْجِعَ فِيهِ أَيْ وَقْتُ شَاءَ وَيُورَثُ عَنْهُ إِذَا مَاتَ وَهُوَ الْأَصَحُّ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ وَيَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنْهُ غَيْرَ أَنَّهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَزُولُ بِمَجْرَدِ الْقَوْلِ .

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَزُولُ حَتَّى يَجْعَلَ لِلْوَقْفِ وَلِيًّا وَيُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ لَهَا مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ {عُمَرَ أَصَابَ أَرْضًا مِنْ أَرْضِ خَبِيرٍ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْرٍ لَمْ أَصِبْ مَالًا قَطُّ أَنَفْسُ عِنْدِي مِنْهُ فَمَا تَأْمُرُنِي قَالَ إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ عَلَى أَنْ لَا تُبَاعَ وَلَا تُوهَبَ وَلَا تُورَثَ فِي الْفُقَرَاءِ وَذَوِي الْقُرْبَى وَالضَّيْفِ وَابْنِ السَّبِيلِ لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ وَيُطْعِمَ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ { رَوَاهُ أَحْمَدُ وَالبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ وَغَيْرُهُمْ وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ

ثَلَاثَ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ { رَوَاهُ أَحْمَدُ وَمُسْلِمٌ وَأَبُو دَاوُدَ وَغَيْرُهُمْ وَلِأَنَّ الصَّحَابَةَ وَالتَّابِعِينَ وَمَنْ بَعْدَهُمْ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا قَدْ تَعَامَلُوهُ فَكَانَ إِجْمَاعًا وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ مَاسَّةً إِلَى أَنْ يَلْزَمَ الْوَقْفُ لِيَصِلَ ثَوَابُهُ إِلَيْهِ عَلَى الدَّوَامِ وَقَدْ أَمَكَنَ دَفْعُ هَذِهِ الْحَاجَةِ بِإِسْقَاطِ الْمِلْكِ وَجَعَلِهِ لِلَّهِ تَعَالَى كَمَا فِي الْمَسْجِدِ وَيَخْرُجُ عَنْ مِلْكِهِ كَمَا يَخْرُجُ الْمَسْجِدُ فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا فَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَزُولُ عَنْ مِلْكِهِ بِمَجْرَدِ الْقَوْلِ لِأَنَّهُ اسْقَطَ مِلْكَهُ لِلَّهِ تَعَالَى فَصَارَ كَالْعَتَقِ .

وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَا يَزُولُ حَتَّى يُسَلِّمَهُ إِلَى الْمُتَوَلَّى لِأَنَّهُ صَدَقَةٌ فَيَكُونُ التَّسْلِيمُ مِنْ شَرْطِهِ كَالصَّدَقَةِ الْمُنْفَذَةِ وَلِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى لَا يَتَحَقَّقُ قَصْدٌ لِأَنَّهُ مَالُكَ الْأَشْيَاءِ وَلَكِنَّهُ يَثْبُتُ فِي ضَمَنِ التَّسْلِيمِ إِلَى الْعَبْدِ كَمَا فِي الزَّكَاةِ وَغَيْرِهَا مِنَ الصَّدَقَاتِ الْمُنْفَذَةِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى { وَقَالَ شَرِيحُ بَعْثِ مُحَمَّدٍ بَيْنَ الْحَبْسِ وَلِأَنَّ الْمِلْكَ فِيهِ بَاقٍ لِأَنَّ غَرَضَهُ التَّصَدُّقُ بِغَلَّتِهِ وَهُوَ لَا يُتَصَوَّرُ إِلَّا إِذَا بَقِيَ الْأَصْلُ عَلَى مِلْكِهِ وَيَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعُمَرَ فِيمَا رَوَاهُ النَّسَائِيُّ وَابْنُ مَاجَةَ أَحْبَسَ أَصْلَهَا وَسَبَّلَ تَمَرَتَهَا أَيْ أَحْبَسَهُ عَلَى مِلْكِكَ وَتَصَدَّقَ بِتَمَرَتِهَا وَإِلَّا لَكَانَ مُسَبَّلًا جَمِيعَهَا وَهَذَا لِأَنَّ خُرُوجَ الْمِلْكِ لَا إِلَى مَالِكٍ غَيْرَ مَشْرُوعٍ أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى نَهَانَا عَنْ السَّائِبَةِ وَهِيَ الَّتِي يُسَيِّبُهَا مَالُكُهَا وَيُخْرِجُهَا عَنْ مِلْكِهِ بِزَعْمِهِمْ وَلَا يَتَنَاوَلُ مِنْهَا إِلَّا الْفُقَرَاءُ أَوْ الضُّيُوفُ بِخِلَافِ الْإِعْتِقَاقِ أَوْ الْمَسْجِدِ لِأَنَّهُ يُحْرَزُ عَنْ حَقِّ الْعَبْدِ حَتَّى لَا يَجُوزَ لَهُ أَنْ

يَنْتَفِعَ بِهِ وَلِهَذَا لَا يَنْقُطِعُ عَنْهُ حَقُّ الْعَبْدِ حَتَّى كَانَ لَهُ وَلِأَيَّةِ التَّصَرُّفِ فِيهِ بِصَرَفِ غَلَاتِهِ إِلَى مَصَارِفِهِ وَنَصَبِ الْقِيمِ وَلِأَنَّهُ تَصَدَّقَ بِالْعَلَّةِ أَوْ بِالْمَنْفَعَةِ الْمَعْدُومَةِ وَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ إِلَّا فِي الْوَصِيَّةِ وَمَا رَوَاهُ لَا يَدُلُّ عَلَى لُزُومِهِ وَلِهَذَا أَرَادَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنْ يَبِيعَ ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثُمَّ كَرِهَ أَنْ يَنْقُضَ مَا كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَتَرَكَهُ ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ .

وَلَوْ كَانَ لَازِمًا لَمَا حَلَّ لَهُ أَنْ يَنْقُضَ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا حَكَمَ بِهِ حَاكِمٌ يَرَى لُزُومَهُ يَلْزَمُ لِأَنَّهُ فَضْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ كَسَائِرِ الْمُجْتَهَدَاتِ وَطَرِيقُ الْحُكْمِ فِيهِ أَنْ يُسَلَّمَ الْوَقْفُ إِلَى الْمُتَوَلَّى ثُمَّ يَرْجِعَ فِيهِ الْوَاقِفُ بِحُكْمٍ أَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ فَإِذَا تَرَفَّعَ إِلَى الْحَاكِمِ وَحَكَمَ بِانْقِطَاعِ مِلْكِهِ عَنْ الْوَقْفِ لَزِمَ بِالْإِجْمَاعِ لِمَا ذَكَرْنَا هَذَا إِذَا حَكَمَ بِهِ الْمُتَوَلَّى وَأَمَّا الْمُحَكَّمُ فَلَا يَلْزَمُ بِحُكْمِهِ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ أَنْ يَنْقُضَ حُكْمَهُ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ وَلَوْ عَلِقَ الْوَقْفَ بِمَوْتِهِ بَأَنْ قَالَ إِذَا مِتَّ فَقَدْ وَقَفْتُ دَارِي عَلَى كَذَا ثُمَّ مَاتَ صَحَّ وَلَزِمَ إِذَا خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَعْدُومِ

جَائِزَةٌ كَالْوَصِيَّةِ بِالْمَنَافِعِ وَيَكُونُ مِلْكُ الْمَيِّتِ بَاقِيًا فِيهِ حُكْمًا فَيَتَصَدَّقُ عَنْهُ دَائِمًا وَإِنْ لَمْ يُخْرِجْ مِنَ الثُّلْثِ يَجُوزُ بِقَدْرِ الثُّلْثِ وَيَبْقَى الْبَاقِي إِلَى أَنْ يَظْهَرَ لَهُ مَالٌ آخَرٌ أَوْ تُجِيزَ الْوَرِثَةُ فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ وَلَمْ تُجِزْ الْوَرِثَةُ تُقْسَمُ الْغَلَّةُ بَيْنَهُمَا أَثْلًا ثُلْثًا لِلْوَقْفِ وَالثُّلْثَانِ لِلْوَرِثَةِ وَلَوْ عُلِقَ بِالْمَوْتِ وَهُوَ مَرِيضٌ مَرَضَ الْمَوْتِ فَكَذَلِكَ الْحُكْمُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَخْتَلِفُ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ فِي الصَّحَّةِ أَوْ فِي الْمَرَضِ وَإِنْ نَجَزَ الْوَقْفَ فِي الْمَرَضِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمُعْلَقِ بِالْمَوْتِ فِيمَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُنَجَّزِ فِي الصَّحَّةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَا يَلْزَمُ وَعِنْدَهُمَا يَلْزَمُ مِنَ الثُّلْثِ لِأَنَّ حَقَّ الْوَرِثَةِ تَعْلُقُ بِمَالِهِ فَلَا يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ إِلَّا مِنَ الثُّلْثِ بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَ فِي الصَّحَّةِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَتِمُّ حَتَّى يَقْبُضَ) أَيِ حَتَّى يَقْبُضَ الْمُتَوَلَّى وَفِيهِ خِلَافٌ أَبِي يُوسُفَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَفْرِزُ) أَيِ لَا يَجُوزُ حَتَّى يَفْرِزَ يَحْتَرِزُ بِهِ مِنَ الْمُسَاخِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ وَقْفُهُ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَجُوزُ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مِنْ تِمَّةِ الْقَبْضِ وَأَصْلُ الْقَبْضِ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فَكَذَا تِمَّتْهُ وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَقْفَ عِنْدَهُ إِسْقَاطُ الْمِلْكِ كَالِإِعْتِاقِ وَالشُّيُوعِ لَا يَمْنَعُهُ كَمَا لَا يَمْنَعُ الْإِعْتِاقَ وَأَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَلَا يَتِمُّ الْوَقْفُ مَعَ الشُّيُوعِ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ لِأَنَّ أَصْلَ الْقَبْضِ عِنْدَهُ شَرْطٌ فَكَذَا مَا يَتِمُّ بِهِ الْقَبْضُ كَالصَّدَقَةِ الْمُنْفَذَةِ وَأَمَّا مَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ كَالْحَمَامِ وَنَحْوِهِ فَلَا يَضُرُّهُ الشُّيُوعُ كَالصَّدَقَةِ وَالْهَبَةِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ وَالْمَقْبَرَةِ فَإِنَّهُ لَا يَتِمُّ مَعَ الشُّيُوعِ مُطْلَقًا بِالِاجْتِمَاعِ لِأَنَّ بَقَاءَ الشَّرَكَةِ فِيهِ يَمْنَعُ الْخُلُوصَ لِلَّهِ تَعَالَى وَلِأَنَّ الْمَهَابَةَ فِيهِمَا مِنْ أَقْبَحِ مَا يَكُونُ بَأَنٍ يُدْفَنُ فِيهَا الْمَوْتَى سَنَةً وَتُنَزَّعُ سَنَةً وَيُصَلَّى فِي الْمَسْجِدِ فِي وَقْتٍ وَيُتَّخَذُ إِصْطِبَلًا فِي وَقْتٍ بِخِلَافِ الْوَقْفِ فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ الْإِسْتِغْلَالَ وَقِسْمَةُ الْغَلَّةِ فَلَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَقْفِ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَلَا فِيمَا يَحْتَمِلُهَا أَيْضًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَلَوْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْوَقْفِ شَائِعًا بَطْلَ فِي الْكُلِّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الْوَقْفَ كَانَ شَائِعًا فَيَعُودُ الْكُلُّ إِلَيْهِ أَوْ إِلَى

وَرِثَتِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَ فِي مَرَضِهِ ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُخْرِجْ مِنَ الثُّلْثِ وَرَجَعَتِ الْوَرِثَةُ فِي الْبَعْضِ شَائِعًا أَوْ رَجَعَ هُوَ فِي الْهَبَةِ كَذَلِكَ حَيْثُ لَا يَبْطُلُ الْوَقْفُ وَلَا الْهَبَةُ لِأَنَّ الشُّيُوعَ طَارِئٌ بَعْدَ صِحَّتِهِ فِي الْكُلِّ لِعَدَمِ الشُّيُوعِ وَقْتُ التَّصَرُّفِ وَإِنَّمَا طَرَأَ بَعْدَهُ فَلَا يَضُرُّ وَلَوْ اسْتَحَقَّ جُزْءٌ مُعَيَّنٌ لَمْ يَبْطُلْ فِي الْبَاقِي لِعَدَمِ الشُّيُوعِ وَلِهَذَا جَازَ فِي الْإِبْنَاءِ بِدُونِ ذَلِكَ الْجُزْءِ وَعَلَى هَذَا الْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ الْمُنْفَذَةُ . وَلَوْ وَقَفَ رَجُلَانِ أَرْضًا بَيْنَهُمَا مَعًا أَوْ مُتَعَاقِبًا جَازَ إِذَا سَلَّمَاهُ مَعًا وَإِنْ اخْتَلَفَتِ الْجِهَةُ لِأَنَّ وَقْتُ الْقَبْضِ هُوَ الْمُعْتَبَرُ وَلَا شُيُوعَ حِينَئِذٍ كَمَا فِي الصَّدَقَةِ وَاخْتِلَافُ الْجِهَةِ لَا يَضُرُّ كَاخْتِلَافِ الْجِهَةِ فِي الْهَدْيِ

الشرح

قَالَ الْكَمَالُ أَمَّا تَفْسِيرُهُ لَعَةً فَالْحَبْسُ مُصَدَّرٌ وَقَفْتُ أَقِفْتُ حَبَسْتُ قَالَ عَنَّتُهُ وَوَقَفْتُ فِيهَا نَاقَتِي فَكَأَنَّهَا فَدَنُ لَأَقْضِي حَاجَةَ الْمُتَلَوِّمِ وَهُوَ أَحَدُ مَا جَاءَ عَلَى فَعْلَتِهِ فَفَعَلَ يَتَعَدَّى وَلَا يَتَعَدَّى وَيَجْتَمِعَانِ فِي قَوْلِكَ وَقَفْتُ زَيْدًا أَوْ الْحِمَارَ فَوْقَفَ وَأَمَّا أَوْقَفْتُهُ بِالْهَمْزَةِ فَلَعَةً رَدِيئَةً وَأَمَّا شَرْعًا فَحَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكِ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِمَنْفَعَتِهَا أَوْ صَرَفُ مَنْفَعَتِهَا إِلَى مَنْ أَحَبَّ وَعِنْدَهُمَا حَبْسُهَا لَا عَلَى مِلْكِ أَحَدٍ غَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَإِنَّمَا قُلْنَا أَوْ صَرَفُ مَنْفَعَتِهَا لِأَنَّ الْوَقْفَ يَصِحُّ لِمَنْ يُحِبُّ مِنَ الْأَغْنِيَاءِ بَلَا قَصْدِ الْقُرْبَةِ وَهُوَ وَإِنْ كَانَ لَا بُدَّ فِي آخِرِهِ مِنَ الْقُرْبَةِ بِشَرْطِ التَّائِيدِ وَهُوَ بِذَلِكَ كَالْفُقَرَاءِ وَمَصَالِحِ الْمَسْجِدِ لَكِنَّهُ يَكُونُ وَقْفًا قَبْلَ انْقِرَاضِ الْأَغْنِيَاءِ بَلَا قَصْدٍ وَسَبَبِهِ إِرَادَةُ مُحِبِّبِ النَّفْسِ فِي الدُّنْيَا بَرِّ الْأَحْيَاءِ وَفِي الْآخِرَةِ بِالتَّقَرُّبِ إِلَى رَبِّ الْأَرْبَابِ عَزَّ وَجَلَّ وَأَمَّا شَرْطُهُ فَهُوَ الشَّرْطُ فِي سَائِرِ التَّبَرُّعَاتِ مِنْ كَوْنِهِ حُرًّا عَاقِلًا بِالْعَا وَأَنْ يَكُونَ مُنَجَّزًا غَيْرَ مُعْلَقٍ فَلَوْ قَالَ إِنْ قَدِمَ وَلَدِي فَدَارِي صَدَقَةً مَوْقُوفَةً عَلَى الْمَسَاكِينِ فَجَاءَ وَلَدُهُ لَا تَصِيرُ وَقْفًا وَأَمَّا الْإِسْلَامُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ فَلَوْ وَقَفَ الذَّمِّيُّ عَلَى وَلَدِهِ وَنَسَلِهِ وَجَعَلَ آخِرَهُ لِلْمَسَاكِينِ جَازَ .

وَيَجُوزُ أَنْ يُعْطِيَ الْمَسَاكِينَ الْمُسْلِمِينَ وَأَهْلَ الذِّمَّةِ وَإِنْ خَصَّ فِي وَقْفِهِ مَسَاكِينَ أَهْلَ الذِّمَّةِ جَازَ وَتَفَرَّقَ عَلَى الْبُھُودِ وَالتَّصَارَى وَالْمَجُوسِ

مِنْهُمْ إِلَّا أَنْ حَصَّ صَنَفًا مِنْهُمْ فَلَوْ دَفَعَ الْقِيمَ إِلَى غَيْرِهِمْ كَانَ ضَامِنًا وَإِنْ قُلْنَا إِنَّ الْكُفْرَ كُلَّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ وَكَتَبَ عَلَى لَفْظِ كِتَابِ الْوَقْفِ مَا نَصَّهُ مَنَاسِبَتُهُ بِالشَّرْكَهَ أَنْ كُلًّا مِنْهُمَا يُرَادُ لِمُسْتَبَقَاءِ الْأَصْلِ مَعَ الْإِنْتِفَاعِ بِالزِّيَادَةِ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ الْأَصْلَ فِي الشَّرْكَهَ مُسْتَبَقَى فِي مِلْكِ الْإِنْسَانِ وَفِي الْوَقْفِ مُخْرَجٌ عَنْهُ عِنْدَ الْأَكْثَرِ قَالَهُ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ هُوَ حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكِ الْوَاقِفِ إِنْ (قَالَ الْكَمَالُ قَالَ الْمُصَنِّفُ وَعِنْدَهُمَا حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ اللَّهِ تَعَالَى فَيُزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنْهَا إِلَى اللَّهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهِ تَعَوُّدٍ مَنَفَعَتُهُ إِلَى الْعِبَادِ وَلَا يَخْفَى أَنَّهُ لَا حَاجَةَ سِوَى إِلَى قَوْلِنَا يُزُولُ مِلْكُهُ عَلَى وَجْهِ يُحْبَسُ عَلَى مَنَفَعَةِ الْعِبَادِ لِأَنَّ مِلْكَ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْأَشْيَاءِ لَمْ يَزَلْ قَطُّ وَلَا يُزَالُ فَالْعِبَارَةُ الْحَيَّةُ قَوْلُ قَاضِي خَانَ إِلَّا أَنْ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ إِذَا صَحَّ الْوَقْفُ يُزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ لَا إِلَى مَالِكٍ فَيَلْزِمُ وَلَا يَمْلِكُ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ حَبْسُ الْعَيْنِ إِنْ مَا نَصَّهُ هَذَا التَّعْرِيفُ الَّذِي ذَكَرَهُ لِلْإِمَامِ إِنَّمَا هُوَ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهِ أَمَّا بَعْدَ الْحُكْمِ فَلَا خِلَافَ فِي خُرُوجِهِ عَنِ الْمِلْكِ وَمِثْلُهُ التَّعْلِيلُ بِالْمَوْتِ

قَوْلُهُ وَعِنْدَهُمَا حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ اللَّهِ تَعَالَى

قَالَ فِي التَّيْسَةِ وَالْمَعُولُ وَالْفَتَوَى عَلَى قَوْلِهِمَا .

حَقَائِقُ .

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَالْمِلْكُ يُزُولُ بِالْقَضَاءِ لَا إِلَى مَالِكٍ

قَالَ الْكَمَالُ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنِ الْوَقْفِ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ حَاكِمٌ أَيْ يُخْرِجُهُ عَنْ مِلْكِهِ أَوْ يُعْلِقَهُ أَيْ يُعْلَقُ الْوَقْفُ بِمَوْتِهِ فَيَقُولُ إِذَا مِتَ فَقَدْ وَقَفْتُ دَارِي عَلَى كَذَا وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يُزُولُ بِمُجَرَّدِ الْقَوْلِ الَّذِي قَدَّمْنَا صِحَّةَ الْوَقْفِ بِهِ وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَا يُزُولُ حَتَّى يَجْعَلَ لِلْوَقْفِ مُتَوَلِّيًا وَيُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ الْقَوْلِ وَبِهِ أَخَذَ مَشَايِخُ بَخَارَى وَإِذَا لَمْ يَزَلْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ قَبْلَ الْحُكْمِ يَكُونُ مُوجِبُ الْقَوْلِ الْمَذْكُورِ حَبْسُ

الْعَيْنِ عَلَى مِلْكِ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَنَفَعَةِ وَحَقِيقَتُهُ لَيْسَ إِلَّا التَّصَدُّقُ بِالْمَنَفَعَةِ وَلَفْظُ حَبْسٍ إِنْ لَا مَعْنَى لَهُ لِأَنَّ لَهُ يَبْعُهُ مَتَى شَاءَ وَمِلْكُهُ مُسْتَمَرٌّ فِيهِ كَمَا لَوْ لَمْ يَتَّصَدَّقْ بِمَنَفَعَتِهِ فَلَمْ يَحْدُثْ الْوَقْفُ إِلَّا مَشِيئَةَ التَّصَدُّقِ بِمَنَفَعَتِهِ وَلَهُ أَنْ يَتْرُكَ ذَلِكَ مَتَى شَاءَ وَهَذَا الْقَوْلُ كَانَ ثَابِتًا لَهُ قَبْلَ الْوَقْفِ بَلَا ذِكْرِ الْوَقْفِ فَلَمْ يَفِدْ لَفْظُ الْوَقْفِ شَيْئًا وَهَذَا مَعْنَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ مِنْ قَوْلِهِ كَانَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا يُجِيزُ الْوَقْفَ وَهُوَ مَا أَرَادَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ وَهُوَ الْمَلْفُوظُ فِي الْأَصْلِ يَعْنِي الْمَبْسُوطَ وَحِينَئِذٍ فَقَوْلُ مَنْ أَخَذَ بظَاهِرِ هَذَا اللَّفْظِ فَقَالَ الْوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ صَحِيحٌ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ بِهِ قَبْلَ الْحُكْمِ حُكْمٌ لَمْ يَكُنْ وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَثَرٌ زَائِدٌ عَلَى مَا كَانَ قَبْلَهُ كَانَ كَالْمَعْدُومِ وَالْجَوَازُ وَالتَّفَادُّ وَالصَّحَّةُ فَرُعُ اعْتِبَارِ الْوُجُودِ وَمَعْلُومٌ أَنَّ قَوْلَهُ لَا يُجِيزُ الْمُرَادُ بِهِ التَّلَفُّظُ بِلَفْظِ الْوَقْفِ بَلْ لَا يُجِيزُ الْأَحْكَامَ الَّتِي ذَكَرَ غَيْرُهُ أَنَّهَا أَحْكَامُ ذِكْرِ الْوَقْفِ فَلَا خِلَافَ إِذَا فَأَبُو حَنِيفَةَ لَا يُجِيزُ الْوَقْفَ أَيْ لَا يَثْبُتُ الْأَحْكَامُ الَّتِي ذُكِّرَتْ لَهُ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهَا حَاكِمٌ وَقَوْلُهُ بِمَنْزِلَةِ الْعَارِيَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حَقِيقَةُ الْعَارِيَةِ لِأَنَّهُ إِنْ لَمْ يُسَلِّمَهُ إِلَى غَيْرِهِ فَظَاهِرٌ وَإِنْ أَخْرَجَهُ إِلَى غَيْرِهِ فَذَلِكَ الْغَيْرُ لَيْسَ هُوَ الْمُسْتَوْفَى لِمَنَافِعِهِ

قوله وهو الناصح

أي من قوليه .

قوله كالصدقة المنقذة

أي المنجزة في الحال قوله إلا أنه إذا حكم به حاكم يرى لزومه يلزم (قال الكمال وصورة حكم الحاكم الذي يزول به الملك عنده أن يسلمه إلى متول ثم يظهر الرجوع فيخاصمه إلى

القاضي فيقضي القاضي بلزومه قالوا فإن خاف الواقف أن يبيعه قاض قبل أن يحكم به يكتب في صك فإن أبطله أو غيره قاض فهذه الأرض بأصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف ثبأ ويتصدق بتمنيتها لأنه إذا كتب هذا لا يخاصم أحد في إبطاله لعدم الفائدة له في ذلك والوصية تحتل التعليق بالشرط وإذا أبطله قاض ليصير وصية يعتبر من جميع ماله كذا في فتاوى قاضي خان وينبغي أن يكون هذا إذا وقف في صحته أمّا إذا كان وقف في مرضه فينبغي أن يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون في بيعه ونفضه فائدة للورثة فحمل ما ذكر إذا لم يكن وقف في المرض أو كان فيه لكنه يخرج من الثلث .

قوله فكذا ما يتم به القبض كالصدقة المنقذة

أي المنجزة في الحال فإنها لا تكون مشاعاً فكذا الصدقة المستمرة .

كمال .

قوله وأما ما لا يحتمل القسمة كالحمام ونحوه فلا يضروه إلخ

وإنما أسقط أي محمداً اعتبار تمام القبض عند عدم الإمكان وذلك فيما لا يحتملها لأنه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبیت الصغير والحمام فاكتمل تحقيق التسليم في الجملة .

قوله وتزرع

أي وتزرع .

هداية

قال رحمه الله (ويجعل آخره لجهة لا تنقطع) أي لا يجوز الوقف حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف إذا سمي فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم لهما أن حكم الوقف زوال الملك بغير التملك وأنه

بِالتَّائِيدِ كَالْعَيْنِ وَلِهَذَا كَانَ التَّوْقِيتُ مُبْطَلًا لَهُ كَالْتَوْقِيتِ فِي الْبَيْعِ وَالْأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ هُوَ التَّقَرُّبُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى بِهِ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِجِهَةٍ تَنْقَطِعُ كَمَا يَحْصُلُ بِجِهَةٍ لَا تَنْقَطِعُ ثُمَّ يَصِيرُ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ التَّائِيدَ شَرْطٌ عِنْدَهُ أَيْضًا إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ ذِكْرُهُ لَأَنَّ مُطْلَقَهُ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ لَا يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ إِلَّا بِالتَّصْرِيحِ بِذِكْرِهِ لَأَنَّ الْمُطْلَقَ يَحْتَمِلُ التَّوْقِيتَ وَفِي الْمُحِيطِ لَوْ قَالَ أَرْضِي هَذِهِ بَيِّدَةً مَوْقُوفَةً أَوْ مُحَرَّمَةً أَوْ مَحْبُوسَةً وَلَمْ يَذْكُرِ التَّائِيدَ يَصِحُّ الْوَقْفُ عِنْدَ الْكُلِّ إِلَّا عِنْدَ يُوسُفَ بْنِ خَالِدٍ السَّمَنِيِّ الْبَصْرِيِّ وَهُوَ تَلْمِيزُ أَبِي حَنِيفَةَ فَإِنَّ ذِكْرَ التَّائِيدِ عِنْدَهُ شَرْطٌ لِصِحَّةِ الْوَقْفِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ وَذَكَرَ أَنَّ لَفْظَ الصَّدَقَةِ وَنَحْوَهَا فِي هَذِهِ الصُّورَةِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ الْفُقَرَاءَ دُونَ الْوَرَثَةِ وَفِيهِ مَوْضِعٌ آخَرٌ لَوْ قَالَ أَرْضِي هَذِهِ مَوْقُوفَةً عَلَى فُلَانٍ أَوْ عَلَى وَلَدِي وَنَحْوِهِ جَازَ الْوَقْفُ عِنْدَهُمَا وَالْعَلَّةُ لَهُ مَا دَامَ حَيًّا وَبَعْدَهُ لِلْفُقَرَاءِ لَأَنَّهُ لَمَّا نَصَّ عَلَى الصَّدَقَةِ وَهِيَ لَا تَكُونُ إِلَّا لِلْفُقَرَاءِ انْصَرَفَ إِلَيْهِمْ وَذَكَرَ فُلَانٍ لِتَخْصِيصِهِ بِالْبَدَءِ بِالْعَلَّةِ مَا دَامَ حَيًّا وَجَعَلَ الْخِلَافَ الْمَذْكُورَ بَيْنَهُمْ فِيمَا إِذَا لَمْ يَذْكُرْ لَفْظَ الصَّدَقَةِ بَأَنَّ قَالَ هَذِهِ مَوْقُوفَةٌ عَلَى فُلَانٍ أَوْ وَلَدِي أَوْ قَرَابَتِي وَنَحْوِ ذَلِكَ وَأَمَّا إِذَا ذَكَرَ لَفْظَ الصَّدَقَةِ فَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ وَأَبُو يُوسُفَ كَانَ ضَيِّقَ فِي أَمْرِ الْوَقْفِ غَايَةَ التَّضْيِيقِ أَوَّلًا مِثْلَ أَبِي حَنِيفَةَ ثُمَّ رَجَعَ وَوَسَّعَ غَايَةَ التَّوَسُّعِ حَتَّى لَمْ يَشْتَرِطِ الْقَبْضَ وَالْإِفْرَازَ وَمُحَمَّدٌ تَوَسَّطَ بَيْنَهُمَا وَلِهَذَا أَفْتَى بِهِ عَامَّتُهُمْ

الشرح

قوله في المتن ويجعل آخره لجهة لا تنقطع

أَيُّ أَبَدًا كَالْمَسَاكِينِ وَمَصَالِحِ الْحَرَمِ وَالْمَسَاجِدِ بِخِلَافِ مَا لَوْ وَقَفَ عَلَى مَسْجِدٍ مُعَيَّنٍ وَلَمْ يَجْعَلْ آخِرَهُ لَجِهَةً لَا تَنْقَطِعُ لَا يَصِحُّ لِاحْتِمَالِ أَنْ يُجَرَّبَ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ .

كَمَا لَقَوْلُهُ أَرْضِي هَذِهِ مَوْقُوفَةً (كَذَا بِحِطِّ الشَّارِحِ وَالصَّوَابُ صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ لِقَوْلِهِ بَعْدَ لَأَنَّهُ لَمَّا نَصَّ عَلَى الصَّدَقَةِ فَتَأَمَّلْ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَصَحَّ وَقَفُ الْعَقَارِ بِبَقَرِهِ وَأُكْرِنَتْهُ) وَالْقِيَاسُ أَنَّ لَا يَجُوزُ لَأَنَّ التَّائِيدَ مِنْ شَرْطِهِ وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهَا تَبَعٌ لِلْأَرْضِ فِي تَخْصِيلِ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ وَكَمْ مِنْ شَيْءٍ يُثْبِتُ تَبَعًا وَلِهَذَا دَخَلَ الْبِنَاءُ فِي وَقْفِ الْأَرْضِ وَعَلَى هَذَا سَائِرُ آلَاتِ الْحِرَاقَةِ

الشرح

قوله في المتن وصح وقف العقار ببقره

قَالَ الْكَمَالُ أَمَّا لَوْ وَقَفَ ضَيْعَةً فِيهَا بَقَرٌ وَعَبِيدٌ لَهُ لَمْ يَذْكُرْهُمْ فَإِنَّهُ لَا يَدْخُلُ مِنَ الْآلَاتِ الْبَقَرُ وَالْعَبِيدُ فِي الْوَقْفِ وَكَتَبَ مَا نَصُّهُ قَالَ فِي الْخُلَاصَةِ وَقَفَ الْمَنْقُولُ تَبَعًا لِلْعَقَارِ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ .

قوله وأكرته

الأكر جمع الأكار وهو الفلاح .

أَتَقَانِي وَكَتَبَ مَا نَصُّهُ وَالْأَكْرَةُ الْحَرَاثُونَ .

فَتَحَّ وَكَتَبَ أَيضًا مَا نَصُّهُ وَكَذَا سَائِرُ آلَاتِ الْحِرَاثَةِ إِذَا كَانَ تَبَعًا لِلْأَرْضِ يَجُوزُ لِنَهْجِهَا تَبَعٌ لِلْأَرْضِ فِي تَحْصِيلِ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنْهَا .

فَتَحَّ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمُشَاعٌ قَضَى بِجَوَازِهِ) أَيِ بِجَوَازِ الْوَقْفِ فِيهِ فَإِنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي يَقْطَعُ الْخِلَافَ فِي الْمُجْتَهَدَاتِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَإِنْ لَمْ يَقْضَ فِيهِ فَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَجُوزُ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْقُولٌ فِيهِ تَعَامُلٌ) كَالْكُرَاعِ وَالْخُفِّ وَالسَّلَاحِ وَالْفَأْسِ وَالْمَرَوْ وَالْقَدْرِ وَالْقُدُومِ وَالْمُنْشَارِ وَالْجِنَازَةِ وَتِيَابِهَا وَالْمَصَاحِفَ وَغَيْرَ ذَلِكَ مِمَّا تُعَوِّفُ وَقَفُّهَا وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي الْكُرَاعِ وَالسَّلَاحِ وَالْقِيَاسِ أَنْ لَا يَجُوزَ فِي الْمَنْقُولِ أَصْلًا إِلَّا أَنْ أَبَا يُوسُفَ تَرَكَ ذَلِكَ بِالنَّصِّ وَهُوَ مَا رَوَى عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ { مَنْ احْتَسَبَ فَرَسًا فِي سَبِيلِ اللَّهِ إِمَامًا وَاحْتِسَابًا كَانَ شِبَعُهُ وَرَوْنُهُ وَيَوْمُهُ فِي مِيزَانِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ حَسَنَاتٍ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَالْبُخَارِيُّ وَقَدْ صَحَّ { أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ فِي حَقِّ خَالِدٍ قَدْ حَبَسَ أَدْرَاعَهُ وَأَعْتَادَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى } وَالْقِيَاسُ يُتْرَكُ بِالنَّصِّ وَمُحَمَّدٌ تَرَكَهُ بِالتَّعَامُلِ لَأَنَّ الْقِيَاسَ يُتْرَكُ بِهِ كَمَا فِي الْإِسْتِصْنَاعِ وَفِي الْأَشْيَاءِ الَّتِي عَدَدْنَاهَا جَرَى التَّعَامُلُ وَعَنْ نُصَيْرِ بْنِ يَحْيَى أَنَّهُ وَقَفَ كُتْبُهُ إِنْحَاقًا لَهَا بِالْمُصْحَفِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تُمَسَّكُ لِلدِّينِ تَعْلِيمًا وَتَعَلُّمًا وَقِرَاءَةً وَكَأَكْثَرُ فَقَهَاءِ الْأُمُصَارِ أَخَذُوا بِقَوْلِ مُحَمَّدٍ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يَجُوزُ وَقَفُّ كُلِّ مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَيُمْكِنُ الْإِنْفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ قِيَاسًا عَلَى الْكُرَاعِ وَالسَّلَاحِ قُلْنَا الْأَصْلُ عَدَمُ جَوَازِ الْوَقْفِ فَيَقْتَصِرُ عَلَى مَوْرِدِ الشَّرْعِ وَهُوَ الْعَقَارُ وَالْكُرَاعُ وَالسَّلَاحُ فَبَقِيَ مَا وَرَاءَهُ عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ إِلَّا مَا جَرَى التَّعَامُلُ فِيهِ فَصَارَ كَالدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ وَيَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَى تَجْهِيزِ الْجَيْشِ بِالْكُرَاعِ

وَالسَّلَاحِ وَالنَّفَقَاتِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى وَيَدْخُلُ فِي وَقْفِ الْأَرْضِ مَا كَانَ دَاخِلًا فِي الْبَيْعِ مِنَ الْأَشْجَارِ وَالْبِنَاءِ دُونَ الزَّرْعِ وَالنَّمَارِ

الشرح

قوله وقد صحَّ أنه عليه الصلاة والسلام قال في حقِّ خالدٍ قد حبَّسَ أدراعَهُ وأعتادَهُ

الْأَعْتَادُ آلَاتُ الْحَرْبِ مِنَ السَّلَاحِ وَالِدَوَابِّ وَغَيْرِ ذَلِكَ وَاحِدُهُ عَتَادٌ يَفْتَحُ الْعَيْنَ الْمُهِمَلَةَ وَقِيلَ عَتَدٌ يَفْتَحَتَيْنِ قَالَ الْجَوْهَرِيُّ فَرَسٌ عَتَدٌ وَعَتَدٌ يَفْتَحُ النَّاءِ وَكَسَرُهَا الْمُعَدُّ لِلْحَرْبِ وَالْعَتَادُ الْعُدَّةُ كَذَا بِخَطِّ الشَّارِحِ رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله ما كان داخلًا في البيع من الأشجار والبناء دون الزرع

قَالَ الْكَمَالُ وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ كُلُّهَا إِلَّا مَا كَانَ لَهُ أَصْلٌ لَا يُقْطَعُ فِي سَنَتِهِ وَالْحَاصِلُ أَنَّ كُلَّ شَجَرٍ يُقْطَعُ فِي سَنَتِهِ فَهُوَ لِلْوَاقِفِ وَمَا لَا يُقْطَعُ فِي سَنَتِهِ فَهُوَ دَاخِلٌ فِي الْوَقْفِ فَيَدْخُلُ فِي وَقْفِ الْأَرْضِ أَصُولُ الْبَاذِنَجَانِ وَقَصَبِ السُّكَّرِ

قَوْلُهُ وَالتَّمَارُ

أَيُّ وَلَا تَدْخُلُ الثَّمَرَةُ الْقَائِمَةُ وَقْتَ الْوَقْفِ سَوَاءً كَانَتْ مِمَّا تُؤْكَلُ أَوْ لَا كَالْوَرْدِ وَالرَّيَاحِينِ وَلَوْ قَالَ وَقَفْتُهَا بِحَقِّقِهَا وَجَمِيعَ مَا فِيهَا وَمِنْهَا قَالَ هَلَالٌ لَا تَدْخُلُ فِي الْوَقْفِ أَيْضًا وَلَكِنْ فِي الْإِسْتِحْسَانِ يَلْزَمُ التَّصَدُّقُ بِهَا عَلَى وَجْهِ التَّذَرُّ لَأَنَّهُ لَمَّا قَالَ صَدَقَةً مَفْهُومُهُ بِجَمِيعِ مَا فِيهَا وَمِنْهَا فَقَدْ تَكَلَّمَ بِمَا يُوجِبُ التَّصَدُّقَ .

كَمَالُ رَحْمَةِ اللَّهِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَمْلِكُ الْوَقْفَ وَلَا يَقْسِمُ وَإِنْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ) لَأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ فِي الْعَيْنِ وَإِنَّمَا حَقُّهُمْ فِي الْعَلَّةِ وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْوَقْفِ أَنْ يَبْقَى عَلَى حُكْمِ مَلِكِ اللَّهِ تَعَالَى وَالتَّصَدُّقُ بِالْعَلَّةِ وَالتَّمْلِكُ وَالْقِسْمَةُ بَيْنَ مُسْتَحَقِّي الْوَقْفِ يُنَافِيَانِ ذَلِكَ فَلَا يَجُوزُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَبْدَأُ مِنْ غَلَّتِهِ بِعِمَارَتِهِ بَلَا شَرْطٍ) لِأَنَّ قَصْدَ الْوَاقِفِ صَرْفُ الْعَلَّةِ دَائِمًا وَلَا يَبْقَى دَائِمًا إِلَّا بِالْعِمَارَةِ فَيُثْبِتُ اقْتِضَاءً مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ دَارًا فَعِمَارَتُهُ عَلَى مَنْ لَهُ السُّكْنَى) أَيُّ لَوْ وَقَفَ دَارًا عَلَى سُكْنَى شَخْصٍ بَعَيْنِهِ فَإِنَّ الْعِمَارَةَ عَلَيْهِ لَأَنَّهُ هُوَ الْمُتَنَفِّعُ بِهَا وَالْعُرْمُ بِالْعُنْمِ فَصَارَ كَنَفَقَةِ الْعَبْدِ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ فَإِنَّمَا عَلَى الْمُوصَى لَهُ بِالْمَنْفَعَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ أَبِي أَوْ عَجَزَ عَمَّرَ الْحَاكِمُ بِأَجْرَتِهَا) لِأَنَّ فِيهِ إِنْقَاءَ الْوَقْفِ عَلَى مَا قَصَدَهُ الْوَاقِفُ فَإِذَا عَمَّرَهَا رَدَّهَا إِلَى مَنْ لَهُ السُّكْنَى رِعَايَةً لِحَقِّهِ وَلَا يُجْبَرُ الْمُتَنَفِّعُ عَلَى الْعِمَارَةِ لِأَنَّ فِيهِ إِثْلَافَ مَالِهِ فَصَارَ نَظِيرَ صَاحِبِ الْبَذْرِ فِي الْمَزَارَعَةِ وَلَا يَكُونُ امْتِنَاعُهُ رِضًا مِنْهُ بِبُطْلَانِ حَقِّهِ لِاحْتِمَالِ أَنْ الْامْتِنَاعَ لِعَدَمِ الرِّضَا بِصَرْفِ مَالِهِ إِلَى الْعِمَارَةِ فَلَا يُحْمَلُ عَلَى الرِّضَا بِبُطْلَانِ حَقِّهِ بِالشُّكِّ وَلَا تَصِحُّ إِجَارَةُ مَنْ لَهُ السُّكْنَى لَأَنَّهُ غَيْرُ نَظِيرٍ وَلَا مَالِكٍ لَكِنَّ الْحَاكِمَ يُؤْجَرُهَا لَهُ أَوْ لغيرِهِ فَيَعْمَرُهَا بِأَجْرَتِهَا قَدَرُ مَا تَبْقَى عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي وَقَفَهَا الْوَاقِفُ وَلَا يَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا بِرِضَا مَنْ لَهُ السُّكْنَى لِأَنَّمَا بِصِفَتِهَا صَارَتْ مُسْتَحَقَّةً لَهُ فَتَرُدُّ إِلَى مَا كَانَتْ وَإِنْ كَانَتْ وَقَفًا عَلَى الْفُقَرَاءِ فَكَذَلِكَ فِي رِوَايَةٍ حَتَّى لَا تَزِيدَ عَلَى مَا كَانَتْ وَفِي رِوَايَةٍ يَجُوزُ وَالْأُولَى أَصَحُّ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَصْرِفُ نَقْضُهُ إِلَى عِمَارَتِهِ إِنْ احتَاجَ وَإِلَّا حَفَظَهُ لِلاحتِياجِ) أَيُّ إِلَى الاحتِياجِ لَأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْعِمَارَةِ وَإِلَّا فَلَا يَبْقَى فَلَا يَحْصُلُ صَرْفُ الْعَلَّةِ إِلَى الْمَصْرِفِ عَلَى التَّأْيِيدِ فَيَبْطُلُ غَرَضُ الْوَاقِفِ فَيَصْرِفُ لِلْحَالِ إِنْ احتَاجَ إِلَيْهِ وَإِلَّا يُمْسِكُهُ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَيْهِ كَيْ لَا يَتَعَذَّرَ عَلَيْهِ أَوْ أَنْ الْحَاجَةَ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَقْسِمُهُ بَيْنَ مُسْتَحَقِّي الْوَقْفِ) أَيُّ لَا يَقْسِمُ النَّقْضَ بَيْنَهُمْ لِأَنَّهُمْ لَيْسَ لَهُمْ حَقٌّ فِي الْعَيْنِ وَلَا فِي جُزْءٍ مِنْهُ وَإِنَّمَا حَقُّهُمْ فِي الْمَنَافِعِ فَلَا يَصْرِفُ إِلَيْهِمْ غَيْرَ حَقِّهِمْ وَإِنْ تَعَذَّرَ إِعَادَةُ عَيْنِهِ بَيْعَ وَصْرِفَ ثَمَنُهُ إِلَى الْعِمَارَةِ لِأَنَّ الْبَدَلَ يَقُومُ مَقَامَ الْمُبْدَلِ فَيَصْرِفُ مَصْرِفَ الْبَدَلِ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَلَوْ أَبِي أَوْ عَجَزَ

أَيُّ بَأَنْ كَانَ فَقِيرًا

قَوْلُهُ عَمَّرَ الْحَاكِمُ

قَالَ اللَّائِقَانِي وَذَلِكَ لَأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَعْمَرْهَا يَبْطُلُ الْحَقَّانُ حَقُّ الْوَاقِفِ وَهُوَ التَّصَدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ وَحَقٌّ مَنْ لَهُ السُّكْنَى إِذَا عُمِّرَتْ يَبْقَى الْحَقَّانُ جَمِيعًا غَايَةً مَا فِي الْبَابِ أَنَّ فِي الْعِمَارَةِ تَأْخِيرَ حَقِّ مَنْ لَهُ السُّكْنَى وَتَأْخِيرُ الْحَقِّ أَوْلَى مِنْ إِبْطَالِهِ .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَمَالُ وَلَوْ لَمْ يَرْضَ الْمُوقُوفُ عَلَيْهِ السُّكْنَى بِالْعِمَارَةِ وَلَمْ يَجِدِ الْقَاضِي مَنْ يَسْتَأْجِرُهَا لَمْ أَرِ حُكْمَ هَذِهِ فِي الْمُنْقُولِ مِنَ الْمَذْهَبِ وَالْحَالُ فِيهَا يُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَصِيرَ نَقْضُهَا عَلَى الْأَرْضِ كَوْمًا تَسْقِيهِ الرِّيحُ وَخَطَرٌ لِي أَنَّهُ يُخَيِّرُهُ الْقَاضِي بَيْنَ أَنْ يَعْمُرَهَا فَيَسْتَوْفِي مَنَفَعَتَهَا وَيَبَيِّنَ أَنْ يَرُدَّهَا إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ .

قَوْلُهُ فَصَارَ نَظِيرَ صَاحِبِ الْبَذْرِ فِي الْمَزَارَعَةِ

أَيُّ كَمَا إِذَا عَقَدَ عَقْدَ الْمَزَارَعَةِ وَبَيَّنَّا مَنْ عَلَيْهِ الْبَذْرُ ثُمَّ امْتَنَعَ مَنْ عَلَيْهِ الْبَذْرُ مِنَ الْعَمَلِ لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ لِئَلَّا يُلْزَمَ الضَّرَرُ وَهُوَ إِثْلَافُ مَالِهِ أَتَقَانِي

قَوْلُهُ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَلَامُ التَّنَاعَ لِعَدَمِ الرِّضَا بِصَرْفِ مَالِهِ إِلَى الْعِمَارَةِ الْخ

أَوْ لِاحْتِمَالِ عَدَمِ قُدْرَتِهِ عَلَى الْعِمَارَةِ أَوْ لِرَجَائِهِ إِصْلَاحَ الْقَاضِي وَعِمَارَتَهُ ثُمَّ رَدَّهَا إِلَيْهِ

قَوْلُهُ وَلَا تَصِحُّ إِجَارَةُ مَنْ لَهُ السُّكْنَى لِأَنَّهُ غَيْرُ نَاطِلٍ

قَالَ الْكَمَالُ وَإِنَّمَا قَالَ آجَرَهَا الْحَاكِمُ لِأَنَّهُ لَا تَصِحُّ إِجَارَةُ مَنْ لَهُ السُّكْنَى وَعَلَّلَهُ بِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ وَفِي تَقْرِيرِهِ طَرِيقَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِكٍ لِلْمَنْفَعَةِ بَلْ أُبِيحَ لَهُ الْإِثْفَاعُ وَهَذَا ضَعِيفٌ فَإِنَّ لِلْمُوقُوفِ عَلَيْهِ السُّكْنَى أَنْ يُعِيرَ الدَّارَ وَالْإِعَارَةُ تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ بَلَا عَوْضٍ وَالْمَسْأَلَةُ فِي وَقْفِ

الْخَصَّافِ وَالْآخَرُ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِكٍ لِلْعَيْنِ وَالْإِعَارَةُ تَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ لِأَنَّهَا بَيْعُ الْمَنَافِعِ وَالْمَنَافِعُ مَعْدُومَةٌ فَلَا يَتَحَقَّقُ مِلْكُهَا لِيَمْلِكَهَا فَأُقِيمَتِ الْعَيْنُ مَقَامَ الْمَنْفَعَةِ لِيَرَدَ عَلَيْهَا الْعَقْدُ فَلَا بُدَّ مِنْ كَوْنِهَا مَمْلُوكَةً وَهُوَ مُشْكِلٌ لِأَنَّهُ يَفْتَضِي أَنْ لَا تَصِحَّ إِجَارَةُ الْمُسْتَأْجِرِ فِيمَا لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ وَأَنْ لَا يَصِحَّ مِنَ الْمُوقُوفِ عَلَيْهِ السُّكْنَى الْإِعَارَةُ لَكِنَّهُ يَصِحُّ كَمَا ذَكَرْنَا فَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ لِأَنَّهُ تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ بَلَا بَدَلٍ فَلَمْ يَمْلِكْ تَمْلِكُهَا بِبَدَلٍ وَهُوَ الْإِعَارَةُ وَإِلَّا لَمَلِكَا أَكْثَرَ مِمَّا مَلِكَ بِخِلَافِ الْإِعَارَةِ .

قَوْلُهُ وَفِي رَوَايَةٍ يَجُوزُ الْأَوَّلُ أَصَحُّ

أَيُّ عَدَمُ جَوَازِ الرِّيَادَةِ فِي الْبِنَاءِ أَصَحُّ مِمَّا قَالَ الْبَعْضُ مِنْ جَوَازِهَا إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْفُقَرَاءِ لَا عَلَى رَجُلٍ بَعِيْنِهِ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَيَصْرَفُ نَقْضُهُ

النُّقْضُ بِضَمِّ التَّوْنِ اسْمٌ لِلْبِنَاءِ الْمُنْقُوضِ كَذَا فِي دِيْوَانِ الْأَدَبِ .

أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ وَإِلَّا يُمَسِّكُهُ حَتَّى يَحْتَاجَ

قَالَ الْكَمَالُ وَأَنْتَ تَعْلَمُ أَنَّ بِالْإِنْهَادِ تَحَقُّقُ الْحَاجَةِ إِلَى عِمَارَةِ ذَلِكَ الْقَدْرِ فَلَا مَعْنَى لِلشَّرْطِ فِي قَوْلِهِ إِنْ احْتَاجَ إِلَيْهِ وَإِنْ اسْتَعْنَى عَنْهُ أُمْسِكُهُ حَتَّى يَحْتَاجَ وَإِنَّمَا الْمَعْنَى أَنَّهُ إِنْ كَانَ التَّهْيُؤُ لِلْعِمَارَةِ ثَابِتًا فِي الْحَالِ صَرَفَهُ إِلَيْهَا وَإِلَّا حَفَظَهُ حَتَّى يَتَهَيَّأَ ذَلِكَ وَتَحَقُّقُ الْحَاجَةِ فَإِنَّ الْمُنْهَدِمَ قَدْ يَكُونُ قَلِيلًا جِدًّا لَا يَحِلُّ بِالِاتِّفَاعِ بِالْوَقْفِ وَلَا يَقْرُبُهُ مِنْ ذَلِكَ فَيَكُونُ وُجُودُهُ كَعَدَمِهِ فَتَوَخَّرَ حَتَّى تُحْسِنَ أَوْ تَجِبَ الْعِمَارَةُ وَإِنْ تَعَدَّرَتْ إِعَادَتُهُ بِأَنْ خَرَجَ عَنِ الصَّلَاحِيَّةِ فَذَلِكَ لِضَعْفِهِ وَنَحْوِهِ بَاعَهُ وَصَرَفَ ثَمَنَهُ فِي ذَلِكَ .

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَلَا يَقْسِمُهُ بَيْنَ

مُسْتَحَقِّي الْوَقْفِ (

بَلَفَظَ الْجَمْعَ وَقَدْ سَقَطَ التَّوْنُ لِلِإِضَافَةِ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ لِأَنَّهُمْ لَيْسَ لَهُمْ حَقٌّ فِي الْعَيْنِ

أَيُّ الْمَوْقُوفَةِ لِأَنَّهَا حَقُّ اللَّهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ جَعَلَ الْوَاقِفُ غَلَّةَ الْوَقْفِ لِنَفْسِهِ أَوْ جَعَلَ الْوَلَايَةَ إِلَيْهِ صَحَّ) أَمَّا الْأَوَّلُ وَهُوَ مَا إِذَا جَعَلَ غَلَّةَ الْوَقْفِ لِنَفْسِهِ فَالْمَذْكُورُ هُنَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ لِأَبِي يُوسُفَ مَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { كَانَ يَأْكُلُ مِنْ وَقْفِهِ } وَلَا يَحِلُّ ذَلِكَ إِلَّا بِالشَّرْطِ فَذَلِكَ عَلَى جَوَازِهِ وَلَئِنْ الْوَقْفَ إِزَالَةَ الْمَلِكِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ أَصْلِهِمَا فَإِذَا شَرَطَ الْبَعْضُ أَوْ الْكُلُّ لِنَفْسِهِ فَقَدْ شَرَطَ مَا صَارَ لِلَّهِ تَعَالَى لِنَفْسِهِ وَهُوَ جَائِزٌ لَا أَنْ يَجْعَلَ مَلِكٌ نَفْسَهُ لِنَفْسِهِ فَصَارَ نَظِيرَ مَا إِذَا بَنَى خَاتًا أَوْ سَقَايَةً أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً وَشَرَطَ أَنْ يَنْزِلَ أَوْ يَشْرَبَ مِنْهَا أَوْ يُدْفَنَ فِيهَا وَلَئِنْ مَقْصُودُهُ الْقُرْبَةُ وَفِي الصَّرْفِ إِلَى نَفْسِهِ ذَلِكَ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { نَفَقَةُ الْمَرْءِ عَلَى نَفْسِهِ صَدَقَةٌ } وَجْهٌ قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَنَّ التَّقَرُّبَ بِإِزَالَةِ الْمَلِكِ وَاشْتِرَاطِ الْغَلَّةِ أَوْ بَعْضِهَا لِنَفْسِهِ يَمْنَعُ ذَلِكَ فَكَانَ بَاطِلًا كَالصَّدَقَةِ الْمُنْفَكَّةِ وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ لَيْسَ فِي هَذَا عَنْ مُحَمَّدٍ رَوَايَةٌ ظَاهِرَةٌ إِلَّا شَيْءٌ ذَكَرَهُ فِي الْوَقْفِ فَقَالَ إِذَا وَقَفَ عَلَى أُمَهَاتِ أَوْلَادِهِ جَازَ فَقَالَ هَذَا الْوَقْفُ عَلَى أُمَهَاتِ أَوْلَادِهِ بِمَنْزِلَةِ الْوَقْفِ عَلَى نَفْسِهِ لِأَنَّ مَا يَكُونُ لَأُمِّ الْوَلَدِ حَالِ حَيَاةِ الْمَوْلَى يَكُونُ لِلْمَوْلَى وَقِيلَ إِنَّهُ فِي الصَّحِيحِ عَلَى الْخِلَافِ ذَكَرَهُ فِي الْهَدَايَةِ وَهُوَ ظَاهِرٌ .

وَقِيلَ يَجُوزُ لَهُنَّ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُنَّ يُعْتَقَنَ بِمَوْتِهِ فَيَصِيرْنَ أَجَنَبَاتٍ فَيَصِيرُ اشْتِرَاؤُهُ لَهُنَّ كَاشْتِرَاؤِهِ لِلْأَجَنَبِيِّ ثُمَّ فِي حَالِ حَيَاتِهِ يَجُوزُ أَيْضًا تَبَعًا لِمَا بَعْدَ مَمَاتِهِ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافُ لَوْ شَرَطَ الْوَاقِفُ أَنْ يَسْتَبْدِلَ بِهِ أَرْضًا أُخْرَى إِذَا شَاءَ وَتَكُونُ وَقْفًا مَكَانَهُ أَوْ شَرَطَ الْوَاقِفُ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّ التَّقَرُّبَ بِإِزَالَةِ الْمَلِكِ وَاشْتِرَاطِ مَا ذَكَرَ يُمْنَعُ مِنْهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لَهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا شَرَطَ أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ لَهُ أَوْ يَتَصَدَّقَ بِهِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ أَصْلًا وَكَذَا إِذَا شَرَطَ الْخِيَارَ وَهُوَ مَجْهُولٌ فِي رَوَايَةٍ وَفِي رَوَايَةٍ يَجُوزُ الْوَقْفُ وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ فَصْلُ اشْتِرَاطِ الْوَلَايَةِ لِنَفْسِهِ فَجَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ شَرْطَ الْوَاقِفِ مُعْتَبَرٌ فَيَرَاوِي كَالْمُتَّصِغِ غَيْرَ أَنَّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يُسَلِّمُهُ ثُمَّ تَكُونُ لَهُ الْوَلَايَةُ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ شَرْطٌ عِنْدَهُ وَإِنْ لَمْ يَشْرُطْهَا لِأَحَدٍ فَالْوَلَايَةُ لَهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا تَكُونُ لَهُ الْوَلَايَةُ لِأَنَّهُ لَمَّا تَرَكَ الشَّرْطَ فِي ابْتِدَاءِ الْوَقْفِ خَرَجَ الْأَمْرُ مِنْ يَدِهِ فَصَارَ أَجَنَبًا عَنْهُ وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمُتَوَلَّى إِنَّمَا يَسْتَفِيدُ

الْوَلَايَةِ مِنْ جِهَتِهِ بِشَرْطِهِ فَيَسْتَحِيلُ أَنْ لَا تَكُونَ لَهُ الْوَلَايَةُ وَغَيْرُهُ يَسْتَفِيدُهَا مِنْهُ وَلِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِ فَيَكُونُ أَوَّلَى بِوَلَايَتِهِ كَمَنْ بَنَى مَسْجِدًا يَكُونُ أَوَّلَى بِعِمَارَتِهِ وَنَصَبَ الْقِيَمَ فِيهِ وَكَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا كَانَ الْوَلَاءُ لَهُ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِ وَذَكَرَ هِلَالٌ فِي وَقْفِهِ فَقَالَ قَالَ أَقْوَامٌ إِنَّ شَرْطَ الْوَأَقِفِ الْوَلَايَةَ لِنَفْسِهِ كَانَتْ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ لَا تَكُونُ لَهُ وَلَايَةٌ يَعْنِي بَعْضَ الْمَشَايخِ قَالُوا ذَلِكَ .
قَالَ مَشَايخُنَا الْأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلَ مُحَمَّدٍ وَقَدْ بَيَّنَّا وَلَا يُقَالُ كَيْفَ يَكُونُ هَذَا قَوْلَ مُحَمَّدٍ وَالتَّسْلِيمُ شَرْطٌ عِنْدَهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا لَنَا نَقُولُ هَذَا لَا يُنَافِي التَّسْلِيمَ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ ثُمَّ يَأْخُذُهُ مِنْهُ وَذَكَرَ فِي النَّهَايَةِ أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَسْقُطَ التَّسْلِيمُ عِنْدَهُ إِذَا شَرْطَ الْوَلَايَةَ لِنَفْسِهِ لِأَنَّ شَرْطَهُ يُرَاعَى

الشرح

قوله في المتن وإن جعل الواقف غلة الوقف لنفسه إلخ

قَالَ فِي الْأَجْنَاسِ قَالَ فِي كِتَابِ الْحَجِّ لِعِيسَى بْنِ أَبَانَ إِذَا وَقَفَ عَلَى نَفْسِهِ لَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ بْنِ الْحَسَنِ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَجُوزُ وَنَقَلَ فِي الْأَجْنَاسِ أَيْضًا عَنْ وَقْفِ هِلَالِ بْنِ يَحْيَى الْبَصْرِيِّ لَوْ قَالَ أَرْضِي صَدَقَةً مَوْقُوفَةً عَلَى نَفْسِي كَانَ الْوَقْفُ بَاطِلًا وَكَذَا لَوْ قَالَ صَدَقَةً مَوْقُوفَةً عَلَى أَنْ غَلَّتْهَا إِلَى مَا عَشْتُ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ وَكَذَا لَوْ قَالَ صَدَقَةً مَوْقُوفَةً عَلَيَّ وَعَلَى وَلَدِي وَلَدِي وَنَسَلِي الْوَقْفُ بَاطِلٌ وَقَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ فِي فِتَاوَاهُ وَمَشَايِخُ بَلَّخَ أَخَذُوا بِقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَالصَّدْرُ الشَّهِيدُ كَانَ يُفْتِي بِهِ أَيْضًا تَرْغِييًا لِلنَّاسِ فِي الْوَقْفِ .

أثقاني

قوله وعند محمد لا يجوز

فِي الْهِدَايَةِ وَلَا يَجُوزُ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ لاشتراطه التسليم إلى الموقوف قال الكمال ثم قيل إن الاختلاف بينهما بناءً على الاختلاف في اشتراط القبض أي قبض الموقوف فلما شرطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه لأنه حينئذ لا ينقطع حقه فيه وما شرط القبض إلا لينقطع حقه ولما لم يشترطه أبو يوسف لم يمنعه وقيل مسألة مبتدأة غير مبنية وهذا أوجه قوله وجه قول محمد إلخ قال الكمال وجه قول محمد أن الوقف تبرع على وجه التملك للغلة أو السكنى فاشتراط البعض أو الكل لنفسه يطله لأن التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة بأن تصدق على فقير بمال وسلم على أن يكون بعضه لي لم يجز لعدم الفائدة إذ لم يكن مملوكًا على هذا التقدير إلا ما وراء ذلك القدر فكذا في الصدقة الموقوفة وكشروط بعض بقعة المسجد لنفسه بيتًا

قوله ذكره في الهداية

وَهُوَ مُخَالَفٌ لِرَوَايَةِ الْمَسُوطِ وَالتَّمَمَةِ وَالدَّخِيرَةِ وَفَتَاوَى قَاضِي خَانَ فَإِنَّ فِي تِلْكَ الرُّوَايَاتِ جَعَلَ جَوَازَ الْوَقْفِ عَلَيْهِنَّ بِالْإِتِّفَاقِ

قوله وأما الثاني إلخ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَأَمَّا الْفَصْلُ الثَّانِي وَهُوَ شَرْطُ الْوَلَايَةِ لِنَفْسِهِ فَقَدْ نَصَّ الْقُدُورِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ عَلَى جَوَازِهِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ قَالَ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ وَهُوَ قَوْلُ هِلَالٍ أَيْضًا وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ وَنَقَلَ الشَّاطِطِيُّ فِي الْأَجْنَاسِ عَنْ وَقْفِ هِلَالٍ إِذَا جَعَلَ أَرْضَهُ صَدَقَةً مَوْقُوفَةً لِلَّهِ أَبَدًا وَلَمْ يَشْتَرِطْ

الْوَلَايَةَ لِنَفْسِهِ وَلَا لغيرِهِ فَالْوَلَايَةُ لِلْوَقْفِ اشْتَرَطَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ ثُمَّ قَالَ التَّاطِفِيُّ قَالَ مُحَمَّدٌ فِي السَّيْرِ الْكَبِيرِ لَا وَلَايَةَ لِلْوَقْفِ إِلَّا أَنْ يَشْرُطَهُ لِنَفْسِهِ إِلَى هُنَا لَفْظُ كِتَابِ التَّاطِفِيِّ وَجْهٌ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَى الْقِيَمِ شَرْطُ صِحَّةِ الْوَقْفِ فَبَعْدَ التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ لَا يَبْقَى لَهُ وَلَايَةٌ إِلَّا بِالشَّرْطِ السَّابِقِ .

قَوْلُهُ لِأَنَّ شَرْطَهُ يَرَاعَى

وَمِنْ ضَرُورَتِهِ سُقُوطُ التَّسْلِيمِ كَمَا
قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَنْزِعُ لَوْ خَائِنًا كَالْوَصِيِّ وَإِنْ شَرَطَ أَنْ لَا يَنْزِعَ) مَعْنَاهُ أَنَّ الْوَقْفَ لَوْ شَرَطَ الْوَلَايَةَ لِنَفْسِهِ وَكَانَ هُوَ غَيْرَ مَأْمُونٍ عَلَى الْوَقْفِ فَلِلْقَاضِي أَنْ يَنْزِعَهَا مِنْهُ وَلَوْ شَرَطَ الْوَقْفُ أَنْ لَيْسَ لِلْقَاضِي وَلَا لِلسُّلْطَانِ نَزْعُهُ لِأَنَّهُ شَرَطَ مُخَالَفَ لِحُكْمِ الشَّرْعِ فَيَبْطُلُ وَنَظِيرُ هَذَا الْوَصِيِّ إِذَا كَانَ غَيْرَ مَأْمُونٍ يَنْزِعُ مِنْهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ
قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ بَنَى مَسْجِدًا لَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ عَنْهُ حَتَّى يَفْرُزَهُ عَنْ مِلْكِهِ بِطَرِيقِهِ وَيَأْذَنَ بِالصَّلَاةِ فِيهِ وَإِذَا صَلَّى فِيهِ وَاحِدٌ زَالَ مِلْكُهُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ أَمَّا الْإِفْرَازُ فَلِأَنَّهُ لَا يَخْلُصُ لِلَّهِ إِلَّا بِهِ لِأَنَّهُ مَا دَامَ حَقُّ الْعَبْدِ مُتَعَلِّقًا بِهِ لَمْ يَتَحَرَّرْ لِلَّهِ وَأَمَّا الصَّلَاةُ فِيهِ فَلِأَنَّهُ يُشْتَرِطُ التَّسْلِيمَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ فَإِذَا تَعَدَّرَ يُقَامُ تَحَقُّقُ الْمَقْصُودِ مَقَامَهُ أَوْ يُشْتَرِطُ فِيهِ تَسْلِيمُ نَوْعِهِ وَذَلِكَ فِي الْمَسْجِدِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ وَلَا يُشْتَرِطُ فِيهِ قَضَاءُ الْقَاضِي وَلَا التَّعْلِيْقُ بِالْمَوْتِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ بِهِ بِخِلَافِ الْوَقْفِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْوَقْفِ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِالْعَلَّةِ وَيَحْبِسَ الْأَصْلَ وَلَفْظُهُ يُنبِئُ عَنْ ذَلِكَ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَعْدُومِ لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي الْوَصِيَّةِ فَيَجِبُ تَعْلِيْقُهُ بِالْمَوْتِ لِيَكُونَ وَصِيَّةً بِهِ أَوْ حَكَمَ الْحَاكِمِ فِي مَوْضِعِ الْجَاهِدِ وَلِذَا سَقَطَ التَّسْلِيمُ إِلَى الْقِيَمِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَا يَجُوزُ فِي الْمَشَاعِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِمَا بَيَّنَّا فَصَارَ الْمَسْجِدُ مُخَالَفًا لِلْوَقْفِ عِنْدَ الْكُلِّ ثُمَّ يَكْتَفِي بِصَلَاةِ الْوَاحِدِ فِي رَوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّ فِعْلَ الْجَنَسِ كُلُّهُ مُتَعَدَّرٌ فَيَشْتَرِطُ أَذْنَاهُ وَعَنْهُمَا أَنَّهُ يُشْتَرِطُ الصَّلَاةَ بِجَمَاعَةٍ جَهْرًا بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ حَتَّى لَوْ كَانَ سِرًّا بَأَنْ كَانَ بِلَا أَذَانٍ وَلَا إِقَامَةٍ لَا يَصِيرُ مَسْجِدًا وَلَوْ جَعَلَ لَهُ إِمَامًا وَمُؤَدِّنًا وَهُوَ رَجُلٌ وَاحِدٌ فَصَلَّى فِيهِ بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ صَارَ مَسْجِدًا اتِّفَاقًا لِأَنَّ آدَاءَ الصَّلَاةِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ كَالْجَمَاعَةِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُؤَدِّنَ لَوْ صَلَّى فِي الْمَسْجِدِ عَلَى هَذِهِ الْهَيْئَةِ لَيْسَ لِمَنْ يَجِيءُ بَعْدَهُ أَنْ يُصَلِّيَ بِالْجَمَاعَةِ فِي ذَلِكَ الْمَسْجِدِ وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ هِيَ الصَّحِيحَةُ لِأَنَّ الْمَسَاجِدَ تُبْنَى لِإِقَامَةِ الصَّلَوَاتِ فِيهَا بِالْجَمَاعَةِ فَلَا يَصِيرُ مَسْجِدًا قَبْلَ حُصُولِ هَذَا الْمَقْصُودِ وَلَوْ سَلَّمَ الْمَسْجِدَ إِلَى مُتَوَلٍّ نَصَبَهُ لَيَقُومَ بِمَصَالِحِهِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ قَدْ يَكُونُ لَهُ خَادِمٌ يَكْنُسُ وَيُعْلِقُ الْبَابَ وَنَحْوَهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَزُولُ مِلْكُهُ بِقَوْلِهِ جَعَلْتَهُ مَسْجِدًا لِأَنَّ التَّسْلِيمَ عَنْدهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ لِمِلْكِ الْعَبْدِ فَيَصِيرُ خَالِصًا لِلَّهِ بِسُقُوطِ حَقِّ الْعَبْدِ وَصَارَ كَالْإِعْتِاقِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ وَإِذَا صَارَ مَسْجِدًا عَلَى اخْتِلَافِهِمْ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ وَحَرَمَ بَيْعُهُ فَلَا يَوْرَثُ وَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهِ لِأَنَّهُ صَارَ لِلَّهِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ ﴾ وَلَا رُجُوعَ فِيمَا صَارَ لِلَّهِ تَعَالَى كَالصَّدَقَةِ

الشرح

(فَضْلٌ) لَمَّا اخْتَصَّ الْمَسْجِدُ بِأَحْكَامٍ تُخَالِفُ أَحْكَامَ مُطْلَقِ الْوَقْفِ عِنْدَ الثَّلَاثَةِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يُشْتَرِطُ فِي زَوَالِ الْمِلْكِ عَنِ الْمَسْجِدِ حُكْمُ الْحَاكِمِ وَلَا الْإِبْصَاءُ بِهِ وَلَا يَجُوزُ مَشَاعًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَلَا يُشْتَرِطُ التَّسْلِيمُ إِلَى الْمُتَوَلِّيِّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ أَفْرَدَهُ بِفَصْلٍ عَلَى حِدَةٍ وَآخَرَهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ جَعَلَ مَسْجِدًا تَحْتَهُ سِرْدَابٌ أَوْ فَوْقَهُ بَيْتٌ وَجَعَلَ بَابُهُ إِلَى الطَّرِيقِ وَعَزَلَهُ أَوْ اتَّخَذَ وَسَطَ دَارِهِ مَسْجِدًا وَأَذِنَ لِلنَّاسِ بِالْدُخُولِ فَلَهُ بَيْعُهُ وَيُورَثُ عَنْهُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَخْلُصْ لِلَّهِ بَقَاءُ حَقِّ الْعَبْدِ فِيهِ وَالْمَسْجِدُ لَا يَكُونُ إِلَّا خَالِصًا لِلَّهِ لِمَا تَلَوْنَا وَمَعَ بَقَاءِ حَقِّ الْعَبْدِ فِي أَسْفَلِهِ أَوْ فِي أَعْلَاهُ أَوْ فِي جَوَانِبِهِ مُحِيطًا بِهِ لَا يَتَحَقَّقُ الْخُلُوصُ كُلُّهُ أَمَّا إِذَا كَانَ السُّفْلُ مَسْجِدًا فَلِأَنَّ لَصَاحِبَ الْعُلُوِّ حَقًّا فِي السُّفْلِ حَتَّى لَا يَكُونَ لَصَاحِبِ السُّفْلِ أَنْ يُحْدِثَ فِيهِ شَيْئًا مِنْ غَيْرِ رِضَا صَاحِبِ الْعُلُوِّ وَأَمَّا إِذَا جَعَلَ الْعُلُوُّ مَسْجِدًا فَلِأَنَّ أَرْضَ الْعُلُوِّ مِلْكٌ لَصَاحِبِ السُّفْلِ وَلَيْسَ لَهُ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ شَيْءٌ مِنْ غَيْرِ رِضَا صَاحِبِ السُّفْلِ كَالْبِنَاءِ وَغَيْرِهِ بِخِلَافِ مَسْجِدِ بَيْتِ الْمَقْدِسِ فَإِنَّ السِّرْدَابَ فِيهِ لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لِأَحَدٍ بَلْ هُوَ لِمَصَالِحِ الْمَسْجِدِ حَتَّى لَوْ كَانَ غَيْرُهُ مِثْلَهُ نَقُولُ بَأَنَّهُ صَارَ مَسْجِدًا وَأَمَّا إِذَا اتَّخَذَ وَسَطَ دَارِهِ مَسْجِدًا فَلِأَنَّ مِلْكَهُ مُحِيطٌ بِجَوَانِبِهِ فَكَانَ لَهُ حَقُّ الْمَنْعِ مِنَ الدُّخُولِ وَالْمَسْجِدُ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ لَا يَكُونَ لِأَحَدٍ فِيهِ حَقُّ الْمَنْعِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ مَنَعَ مَسَاجِدَ اللَّهِ أَنْ يُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ } وَلِأَنَّهُ لَمْ يَفْرُزْهُ حِينَ أَبْقَى الطَّرِيقَ لِنَفْسِهِ فَلَمْ يَخْلُصْ لِلَّهِ حَتَّى لَوْ عَزَلَ بَابَهُ إِلَى الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ صَارَ مَسْجِدًا وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ أَحْزَرَ أَنْ يَكُونَ الْأَسْفَلُ مَسْجِدًا وَالْأَعْلَى مِلْكًا لِأَنَّ الْأَسْفَلَ أَصْلٌ وَهُوَ يَتَأَبَّدُ وَلَمْ يَجْزِ عَكْسُهُ . وَعَنْ مُحَمَّدٍ عَكْسَهُ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ مُعْظَمٌ وَلَا تُعْظِمُ إِذَا كَانَ فَوْقَهُ مُسْتَعْلٍ أَوْ مَسْكَنٌ بِخِلَافِ الْعَكْسِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَحْزَرَ الْوُجْهَيْنِ حِينَ قَدِمَ بَعْدَادَ وَرَأَى ضَيْقَ الْأَمَاكِنِ

وَرَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ مِثْلَهُ حِينَ قَدِمَ الرَّيَّ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَوْ اتَّخَذَ وَسَطَ دَارِهِ مَسْجِدًا صَارَ مَسْجِدًا وَإِنْ لَمْ يَعَزِلْ بَابَهُ إِلَى الطَّرِيقِ لِأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِكَوْنِهِ مَسْجِدًا وَلَا مَسْجِدًا إِلَّا بِطَرِيقٍ دَخَلَ فِيهِ الطَّرِيقُ ضُرُورَةً كَمَا يَدْخُلُ فِي الْإِحَارَةِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ بِاعْتِبَارٍ أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الِاتِّفَاعُ إِلَّا بِالطَّرِيقِ وَالِاتِّفَاعُ هُوَ الْمَقْصُودُ مِنْهَا وَلَوْ اتَّخَذَ أَرْضَهُ مَسْجِدًا لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهِ وَلَا بَيْعُهُ وَكَذَا لَا يُورَثُ عَنْهُ لِتَحَرُّرِهِ لِلَّهِ تَعَالَى بِخِلَافِ الْوَقْفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَيْثُ يَرْجِعُ فِيهِ مَا لَمْ يَحْكُمْ بِهِ الْحَاكِمُ وَالْفَرْقُ مَا بَيْنَهُ وَلَوْ خَرِبَ مَا حَوْلَ الْمَسْجِدِ وَاسْتُغْنِيَ عَنْهُ يَبْقَى مَسْجِدًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ لِمِلْكِهِ فَلَا يَعُودُ إِلَى مِلْكِهِ كَالِإِعْتِقَاقِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ اسْتُغْنِيَ عَنْهُ أَهْلُهُ فِي زَمَنِ الْفِتْرَةِ وَلَمْ يَعُدْ إِلَى وَرَثَةِ الْبَانِي وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَعُودُ إِلَى مِلْكِهِ أَوْ إِلَى وَرَثَتِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ لِأَنَّهُ عَيْنُهُ لِحِجَّةٍ وَقَدْ انْقَطَعَتْ كَالْكَفَنِ إِذَا خَرَجَ يَرْجِعُ إِلَى مَالِكِهِ وَعَلَى هَذَا حَصِيرُ الْمَسْجِدِ وَحَشِيشُهُ إِذَا اسْتُغْنِيَ عَنْهُمَا يَرْجِعُ إِلَى مَالِكِهِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَنْتَقِلُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الرِّبَاطُ وَالْبَيْتُ إِذَا لَمْ يُنْتَفَعِ بِهِمَا

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَمَنْ جَعَلَ مَسْجِدًا تَحْتَهُ سِرْدَابٌ أَوْ فَوْقَهُ بَيْتٌ وَجَعَلَ بَابَ الْمَسْجِدِ إِلَى الطَّرِيقِ وَعَزَلَهُ فَلَهُ بَيْعُهُ وَإِنْ مَاتَ يُورَثُ عَنْهُ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَهَذَا ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ وَهُوَ مِنْ خَوَاصِّ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ .

قَوْلُهُ وَالْمَسْجِدُ لَا يَكُونُ إِلَّا خَالِصًا لِلَّهِ تَعَالَى الْخ

وَلِأَنَّ اتِّخَاذَ الْمَسْجِدِ عُرِفَ بِالشَّرِيعَةِ وَفِي الشَّرِيعَةِ لَمْ يَكُنِ الْمَسْجِدُ إِلَّا وَمَا فَوْقَهُ وَتَحْتَهُ لِلَّهِ أَلَا تَرَى إِلَى مَسْجِدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الَّذِي بَنَاهُ بِالْمَدِينَةِ وَإِلَى الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ الَّذِي بَنَاهُ إِبْرَاهِيمُ صَلَوَاتُ اللَّهِ وَسَلَامُهُ عَلَيْهِ بِمَكَّةَ وَإِلَى مَسْجِدِ بَيْتِ الْمَقْدِسِ الَّذِي بَنَاهُ دَاوُدُ النَّبِيُّ صَلَوَاتُ اللَّهِ وَسَلَامُهُ عَلَيْهِ بِالرُّحَامِ وَالْمَرْمَرِ وَجَعَلَ عَلَيْهِ قَبَّةً مِنْ يَاقُوتٍ أَحْمَرَ وَجَعَلَ فَوْقَ ذَلِكَ جَوْهَرًا يُضِيءُ فَرَاسِخٌ تَعُودُ بِضَوْئِهَا النِّسَاءُ فِي ظُلْمَةِ اللَّيَالِي فَكُلُّ مَسْجِدٍ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ بَأَنْ لَا يَكُونَ خَالِصًا لِلَّهِ لَمْ يَجْزِ أَوْ رَدَّ أَبُو اللَّيْثِ هُنَا سُؤَالَ وَجَوَابًا فَقَالَ فَإِنْ قِيلَ أَلَيْسَ مَسْجِدُ بَيْتِ الْمَقْدِسِ تَحْتَهُ مُجْتَمِعُ الْمَاءِ وَالنَّاسِ يَنْتَفِعُونَ بِهِ قِيلَ إِذَا كَانَ تَحْتَهُ شَيْءٌ يَنْتَفِعُ بِهِ عَامَّةُ الْمُسْلِمِينَ يَجُوزُ لِأَنَّهُ إِذَا انْتَفَعَ

به عامة المسلمين صار ذلك لله تعالى أيضا .
 وأما الذي اتخذ بيتا لنفسه لم يكن خالصا لله تعالى فإن قيل لو جعل تحته حائوتا وجعله وقفا على المسجد قيل لا يستحب ذلك ولكنه
 لو جعل في الابتداء هكذا صار مسجدا وما تحته صار وقفا عليه ويجوز المسجد والوقف الذي تحته ولو أنه بنى المسجد أولا ثم أراد
 أن يجعل تحته حائوتا للمسجد فهو مردود باطل وينبغي
 أن يرد إلى حاله إلى هنا لفظ الفقيه والسرداب بكسر السين كذا في ديوان الأدب وهو بيت تحت الأرض للتبريد .

مُعَرَّبٌ .

أَتَقَانِي .

قوله وعن أبي يوسف أنه أجاز الوجهين

يعني فيما إذا كان تحته سرداب وفوقه بيت

قوله وروي عن محمد مثله حين قدم الري

قال الكمال وهذا تغليل صحيح لأنه تغليل بالضرورة وكتب على قوله مثله وهذه الروايات كلها خلاف ظاهر الرواية

قوله ولو خرب ما حول المسجد إلخ

قال أبو العباس الناطفي في الأجناس قال محمد في نوادر هشام إذا خرب المسجد حتى لا يصلى فيه فالذي بناه إن شاء أدخله داره وإن
 شاء باعه وكذلك الفرس إذا جعله حبيسا في سبيل الله فصار لا يستطاع أن يركب فإنه يباع ويصير ثمنها لصاحبها أو لورثته فإن لم
 يعرف للمسجد بان فخر ب وبنى أهل المسجد مسجدا آخر ثم أجمعوا على بيعه واستعاضوا في ثمن المسجد الآخر فلا بأس بذلك ثم
 نقل الناطفي عن كتاب الصلاة إملاء مسجد باد وعطلت الصلوات فيه لم يجز لأحد أن يهدمه ولا يتخذ منزلا ولا يبعه ذلك قال الناطفي
 هذا عندي قول أبي يوسف ثم قال الناطفي في السير الكبير إن خربت القرية التي فيها المسجد وجعلت مزارع وخرب المسجد ولا
 يصلى فيه أحد لا بأس بأن يأخذه صاحبه ويبيعه لمن يجعله مزرعة ويأخذ ثمنه فيأكله أو يجعله مزرعة إلى هنا لفظ رواية الأجناس .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله يبقى مسجدا عند أبي يوسف

وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وعن أحمد يباع
 نقضه ويصرف إلى مسجد آخر .

فَتَحْ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ بَنَى سِقَايَةً أَوْ خَانًا أَوْ رَبَاطًا أَوْ مَقْبَرَةً لَمْ يَزَلْ مَلِكُهُ عَنْهُ حَتَّى يَحْكُمَ بِهِ حَاكِمٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَزُولُ مَلِكُهُ بِالْقَوْلِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا اسْتَقَى النَّاسُ مِنَ السَّقَايَةِ وَسَكَنُوا الْخَانَ وَالرَّبَاطَ وَدَفَنُوا فِي الْمَقْبَرَةِ زَالَ الْمَلِكُ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بَنَى عَلَى أَصْلِهِ مِنْ اشْتِرَاطِ حُكْمِ الْحَاكِمِ أَوْ التَّسْلِيمِ أَوْ مُجَرَّدِ الْقَوْلِ عَلَى مَا بَيْنَنَا مِنْ قَبْلُ وَلَوْ سَلَّمَ إِلَى الْمُتَوَلَّى صَحَّ التَّسْلِيمُ عَلَى قَوْلٍ مَنْ يَرَى أَنَّهُ شَرْطٌ وَلَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ طَرِيقًا فَهُوَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ ثُمَّ لَا فَرْقَ فِي الْإِنْتِفَاعِ بِمِثْلِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ بَيْنَ الْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ حَتَّى جَازَ لِلْكُلِّ التَّزُولُ فِي الْخَانَ وَالرَّبَاطَ وَالشُّرْبَ مِنَ السَّقَايَةِ وَالْدَّفْنَ فِي الْمَقْبَرَةِ بِخِلَافِ الْعَلَّةِ حَيْثُ لَا تَحْجُزُ إِلَّا لِلْفُقَرَاءِ لِأَنَّ الْغَنِيَّ مُسْتَعْنٍ بِمَالِهِ عَنِ الصَّدَقَةِ وَلَا يَسْتَعْنِي عَمَّا ذَكَرْنَا عَادَةً وَهِيَ الْفَارِقَةُ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَسْتَصْحِبَ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ عَادَةً فَكَانَ مُحْتَاجًا إِلَيْهَا كَالْفَقِيرِ وَلَا حَاجَةَ إِلَى الْعَلَّةِ لِمُسْتَعْنَائِهِ عَنْهَا بِمَالِهِ وَعَلَى هَذَا الْوَقْفِ حَتَّى لَوْ وَقَفَ أَرْضًا لِيَصْرِفَ غَلَّتَهَا إِلَى الْحَاجِّ أَوْ إِلَى الْعُزَاةِ أَوْ طَلَبَةِ الْعِلْمِ لَا يُصْرِفُ إِلَى الْغَنِيِّ مِنْهُمْ ذَكَرَهُ فِي الْمُحِيطِ فِي بَابِ تَسْلِيمِ الْوَقْفِ وَعَلَى هَذَا لَوْ جَعَلَ دَارَهُ مَسْكَنًا لِبَنَاءِ السَّبِيلِ فِي أَيِّ بَلَدٍ كَانَ يَسْتَوِي فِيهِ الْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْفَرْقِ وَرَوَى فِي الْخَبَرِ عَنْ عُثْمَانَ أَنَّ { النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دَخَلَ الْمَدِينَةَ وَلَيْسَ بِهَا مَاءٌ يُسْتَعَذُّ بِغَيْرِ بئرٍ رُومَةٍ فَقَالَ مَنْ يَشْتَرِي بِئرَ رُومَةٍ فَيَجْعَلُ فِيهَا دَلْوَهُ مَعَ وَلَاءِ الْمُسْلِمِينَ بِخَيْرٍ لَهُ مِنْهَا فِي الْجَنَّةِ فَاشْتَرَيْتَهَا مِنْ صُلْبٍ مَالِي } رَوَاهُ النَّسَائِيُّ وَالتِّرْمِذِيُّ وَقَالَ حَدِيثٌ حَسَنٌ فَإِذَا جَازَ لِلْوَقْفِ أَنْ يَشْرَبَ مِنْهُ فَمَا ظَنُّكَ بِغَيْرِهِ مِنَ الْأَغْنِيَاءِ

الشرح

قوله من اشتراط حكم الحاكم أو التسليم إلخ

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا بُدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ وَلَكِنْ فِي كُلِّ بَابٍ يُعْتَبَرُ مَا يَلِيقُ بِهِ فَفِي الْخَانَ يَحْصُلُ التَّسْلِيمُ بِالسُّكْنَى وَفِي الرِّبَاطِ بِالتَّزُولِ وَفِي السَّقَايَةِ بِشُرْبِ النَّاسِ وَفِي الْمَقْبَرَةِ بِدَفْنِهِمْ وَيَكْتَفِي إِذَا وَجَدَ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مِنْ وَاحِدٍ لَتَعَذَّرَ اجْتِمَاعُ النَّاسِ .

أَنقَايَ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ جُعِلَ شَيْءٌ مِنَ الطَّرِيقِ مَسْجِدًا صَحَّ كَعَكْسِهِ) مَعْنَاهُ إِذَا بَنَى قَوْمٌ مَسْجِدًا وَاحْتَاجُوا إِلَى مَكَانٍ لِيَتَسَّعَ فَأَدْخَلُوا شَيْئًا مِنَ الطَّرِيقِ فِي الْمَسْجِدِ وَكَانَ ذَلِكَ لَا يَضُرُّ بِأَصْحَابِ الطَّرِيقِ جَازَ ذَلِكَ وَكَذَا إِذَا ضَاقَ الْمَسْجِدُ عَلَى النَّاسِ وَبِحَبْنِهِ أَرْضٌ لِرَجُلٍ تُوْخِدُ أَرْضُهُ بِالْقِيَمَةِ كُرْهَا لِمَا رَوَى عَنْ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ لَمَّا ضَاقَ الْمَسْجِدُ الْحَرَامُ أَخَذُوا أَرْضِينَ بِكُرْهِهِ مِنْ أَصْحَابِهَا بِالْقِيَمَةِ وَزَادُوا فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَقَوْلُهُ كَعَكْسِهِ أَيُّ كَمَا جَازَ عَكْسُهُ وَهُوَ مَا إِذَا جُعِلَ فِي الْمَسْجِدِ مَمَرٌ لَتَعَارَفِ أَهْلِ الْأَمْصَارِ فِي الْجَوَامِعِ وَجَازَ لِكُلِّ أَحَدٍ أَنْ يَمُرَّ فِيهِ حَتَّى الْكَافِرُ إِلَّا الْجُنُبَ وَالْحَائِضَ وَالنُّفْسَاءَ لِمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ وَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَدْخُلُوا فِيهِ الدُّوَابُّ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ

الشرح

قوله في المتن وإن جعل شيء من الطريق مسجدًا إلخ

قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي فِتَاوَاهُ مَسْجِدًا أَرَادَ أَهْلُهُ أَنْ يَجْعَلُوا الرَّحْبَةَ مَسْجِدًا أَوْ الْمَسْجِدَ رَحْبَةً أَوْ أَرَادُوا أَنْ يُحْدِثُوا لَهُ بَابًا أَوْ أَرَادُوا أَنْ يُحَوِّلُوا الْبَابَ عَنْ مَوْضِعِهِ فَلَهُمْ ذَلِكَ فَإِنْ اِخْتَلَفُوا يُنْظَرُ أَيُّهُمْ أَكْثَرُ وَأَفْضَلُ فَلَهُمْ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا تَعَارُضَ لِإِعْدَامِ التَّسَاوِيِ وَكَتَبَ مَا نَصُّهُ قَالَ

الْكَمَالُ وَفِي كِتَابِ الْكَرَاهِيَةِ مِنَ الْخُلَاصَةِ عَنْ الْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ عَنْ هُشَامٍ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ شَيْءٌ مِنَ الطَّرِيقِ مَسْجِدًا أَوْ يُجْعَلَ شَيْءٌ مِنَ الْمَسْجِدِ طَرِيقًا لِلْعَامَّةِ يَعْنِي إِذَا احْتَأَجُّوا إِلَى ذَلِكَ وَلِأَهْلِ الْمَسْجِدِ أَنْ يَجْعَلُوا الرَّحْبَةَ مَسْجِدًا وَكَذَا عَلَى الْقَلْبِ وَيُحَوَّلُوا الْبَابَ أَوْ يُحْدِثُوا لَهُ بَابًا وَلَوْ اخْتَلَفُوا يُنْظَرُ أَتَيْهِمْ أَكْثَرُ وَلَايَةٍ لَهُ ذَلِكَ وَلَهُمْ أَنْ يَهْدِمُوهُ لِيُحْدِثُوهُ وَلَيْسَ لِمَنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ ذَلِكَ وَكَذَا لَهُمْ أَنْ يَضَعُوا الْحَبَابَ وَيُعَلِّقُوا الْقَنَادِيلَ وَيَفْرِشُوا الْحُضَرَ كُلُّ ذَلِكَ مِنْ مَالِ أَنْفُسِهِمْ وَأَمَّا مِنْ مَالِ الْوَقْفِ فَلَا يَفْعَلُ غَيْرَ الْمُتَوَلَّى إِلَّا بِإِذْنِ الْقَاضِي الْكُلِّ مِنَ الْخُلَاصَةِ إِلَّا أَنْ قَوْلُهُ وَعَلَى الْقَلْبِ يَفْتَضِي جَعْلَ الْمَسْجِدِ رَحْبَةً وَفِيهِ نَظَرٌ وَقَدْ ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ فِي عَلَامَةِ الثَّوْنِ مِنْ كِتَابِ التَّجْنِيسِ قِيمَ الْمَسْجِدِ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَبْنِيَ حَوَانِيتَ فِي الْمَسْجِدِ أَوْ فَنَائِهِ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَفْعَلَ لِأَنَّهُ إِذَا جَعَلَ الْمَسْجِدَ مَسْكَنًا تَسْقُطُ حُرْمَةُ الْمَسْجِدِ وَأَمَّا الْفَنَاءُ فَلَأَنَّهُ تَبَعَ لِلْمَسْجِدِ مَا قَالَهُ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَرُع) طَرِيقٌ لِلْعَامَّةِ وَهِيَ وَاسِعَةٌ فَبَنَى فِيهِ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ مَسْجِدًا لِلْعَامَّةِ وَلَا يَضُرُّ ذَلِكَ بِالطَّرِيقِ قَالُوا لَا بَأْسَ بِهِ وَهَكَذَا رَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِأَنَّ الطَّرِيقَ لِلْمُسْلِمِينَ وَالْمَسْجِدَ لَهُمْ أَيْضًا وَإِنْ أَرَادَ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ أَنْ يَدْخُلُوا شَيْئًا مِنَ الطَّرِيقِ فِي دُورِهِمْ وَذَلِكَ لَا يَضُرُّ بِالطَّرِيقِ لَا يَكُونُ لَهُمْ ذَلِكَ وَلِأَهْلِ الْمَحَلَّةِ تَحْوِيلُ بَابِ الْمَسْجِدِ مِنْ مَوْضِعٍ إِلَى مَوْضِعٍ قَوْمٌ بَنَوْا مَسْجِدًا وَاحْتَأَجُّوا إِلَى مَكَانٍ لِيَتَسَعَ الْمَسْجِدُ فَأَخَذُوا مِنَ الطَّرِيقِ فَأَدْخَلُوهُ فِي الْمَسْجِدِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ يَضُرُّ بِأَصْحَابِ الطَّرِيقِ لَا يَجُوزُ وَإِلَّا فَلَا بَأْسَ بِهِ وَلَوْ ضَاقَ الْمَسْجِدُ عَلَى النَّاسِ وَبِحَنْبِهِ أَرْضٌ لِرَجُلٍ تُوُخِدُ أَرْضُهُ بِالْقِيَمَةِ كُرْهًا وَلَوْ كَانَ بِحَنْبِ الْمَسْجِدِ أَرْضٌ وَقَفَ عَلَى الْمَسْجِدِ فَأَرَادُوا أَنْ يُزِيدُوا شَيْئًا فِي الْمَسْجِدِ مِنَ الْأَرْضِ جَازَ ذَلِكَ بِأَمْرِ الْقَاضِي قَوْلُهُ وَهُوَ مَا إِذَا جَعَلَ فِي الْمَسْجِدِ مَمَرٌ) يُوْهِمُ التَّخْصِصَ بِهَذِهِ الصُّورَةِ وَعِبَارَةُ الْمُصَنِّفِ شَامِلَةٌ لَهَا وَلِغَيْرِهَا وَانْظُرْ إِلَى الْحَاشِيَةِ الَّتِي كَتَبْتُهَا عِنْدَ قَوْلِهِ كَعَكْسِهِ .

كتاب البيوع

وَهُوَ مِنَ الْأَصْدَادِ يُقَالُ : بَاعَ كَذَا إِذَا أَخْرَجَهُ عَنْ مِلْكِهِ أَوْ أَدْخَلَهُ فِيهِ ، وَفِي الْخَبَرِ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ { لَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى حِطْبَةِ أَخِيهِ وَلَا يَبِيعُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ } أَيُّ لَا يَشْتَرِ عَلَى شِرَاءِ أَخِيهِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْهِيَ عَنْهُ هُوَ الشِّرَاءُ لَا الْبَيْعُ .

وَقَالَ الْفَرَزْدَقُ إِنَّ الشَّبَابَ لَرَابِحٌ مِنْ بَاعِهِ وَالشَّيْبُ لَيْسَ لِبَائِعِيهِ تَجَارٌ وَيَقَعُ فِي الْغَالِبِ عَلَى إِخْرَاجِ الْمَبِيعِ عَنِ الْمَلِكِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (هُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ بِالْتَّرَاضِي) وَهَذَا فِي الشَّرْعِ ، وَفِي اللَّغَةِ هُوَ مُطْلَقُ الْمُبَادَلَةِ مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدِ بِالْتَّرَاضِي ، وَكَوْنُهُ مُقَيَّدًا بِهِ ثَبَتَ شَرْعًا لِقَوْلِهِ تَعَالَى { إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ } وَهُوَ جَائِزٌ ثَبَتَ جَوَازُهُ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَإِجْمَاعِ الْأُمَّةِ ، أَمَّا الْكِتَابُ فَمَا تَلَوْنَا وَقَوْلُهُ تَعَالَى { وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا } ، وَأَمَّا السُّنَّةُ فَمَا رَوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { بَاعَ قَدَحًا وَحِلْسًا وَكَانُوا يَتَبَايَعُونَ فَأَقْرَهُهُمْ عَلَيْهِ } ، وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ فَإِنَّ الْأُمَّةَ أَجْمَعَتْ عَلَى جَوَازِهِ وَأَنَّهُ أَحَدُ أَسْبَابِ الْمَلِكِ ، قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَلْزَمُ بِالْإِجَابِ وَقَبُولِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَلْزَمُ بِهِ بَلْ لَهُمَا خِيَارُ الْمَجْلِسِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ { الْمُتَبَايَعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا } إِذْ هُمَا مُتَبَايَعَانِ بَعْدَ الْبَيْعِ وَقَبْلَهُ مُتَسَاوِمَانِ ، وَلَنَا أَنَّ الْعَقْدَ تَمَّ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَدَخَلَ الْمَبِيعُ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَالْفَسْخُ بَعْدَهُ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْتَّرَاضِي لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِالْآخِرِ بِإِبْطَالِ حَقِّهِ كَسَائِرِ الْعُقُودِ . وَمَا رَوَاهُ مُحْمُولٌ عَلَى خِيَارِ الْقَبُولِ فَإِنَّهُ إِذَا أُوجِبَ أَحَدُهُمَا فَلِكُلِّ مِنْهُمَا الْخِيَارُ مَا دَامَا فِي الْمَجْلِسِ وَلَمْ يَأْخُذَا فِي عَمَلٍ آخَرَ وَفِي لَفْظِهِ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ فَإِنَّهُمَا

مُتَبَايَعَانِ حَالَةَ الْبَيْعِ حَقِيقَةً ، وَمَا بَعْدَهُ أَوْ قَبْلَهُ مَجَازًا كَسَائِرِ أَسْمَاءِ الْفَاعِلِينَ مِثْلَ الْمُتَجَادِيَيْنِ وَالْمُتَضَارِبِينَ فَيَكُونُ التَّفَرُّقُ عَلَى هَذَا بِالْأَقْوَالِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى { وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ } لِأَنَّهُ إِذَا طَلَّقَهَا عَلَى مَا تَحْصُلُ الْفُرْقَةُ يَقْبُولُهَا هَذَا تَأْوِيلُ مُحَمَّدٍ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : هُوَ التَّفَرُّقُ بِالْأَبْدَانِ بَعْدَ الْإِجَابِ قَبْلَ الْقَبُولِ وَقَالَ عِيسَى هَذَا أَوَّلَى لِمَا عَهَدْنَا فِي الشَّرْعِ أَنَّ الْفُرْقَةَ مُوجِبَةٌ لِلْفَسَادِ كَمَا فِي الصَّرْفِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَمَا ذَكَرُوهُ يُوجِبُ التَّمَامَ وَلَا نَظِيرَ لَهُ فِي الشَّرْعِ فَكَانَ مَا ذَكَرْنَا أَوَّلَى لِكَوْنِهِ مُرَادًا ، وَمَا رَوَى عَنْ ابْنِ عُمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ كَانَ يَبِيعُ وَيُفَارِقُهُ خُطُوبَاتٍ حَشَوِيَّةَ التَّرَادُّ تَأْوِيلٌ مِنْهُ ، وَتَأْوِيلُ الصَّحَابِيِّ عِنْدَنَا لَا يَكُونُ حُجَّةً أَوْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فَعَلَ ذَلِكَ لِقَطْعِ الْإِحْتِمَالِ حَتَّى لَا يَحْتَجَّ عَلَيْهِ الْآخِرُ بِذَلِكَ فَيَقْطَعُ الْإِحْتِمَالَ بَيِّقِينَ احْتِيَاطًا ؛ لِأَنَّ يَحْمِلُهُ مُخَالَفُهُ عَلَيْهِ لَا ؛ لِأَنَّ مَذْهَبَهُ كَذَلِكَ بِذِلِّيلٍ أَنَّهُ قَالَ مَا أَدْرَكَتِ الصَّفَقَةَ حَيًّا فَهُوَ مِنْ مَالِ الْمُبْتَاعِ أَيْ إِذَا هَلَكَ بَعْدَهَا ، وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ { مَنْ ابْتِاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ } مِنْ غَيْرِ قَيْدٍ بِهِ ، وَأَمَّا قَوْلُهُ : إِذْ هُمَا مُتَبَايَعَانِ بَعْدَ الْبَيْعِ فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْحَقِيقَةَ فِيهِ حَالَةُ الْبَيْعِ وَلَئِنْ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ سَمَّاهُمَا مُتَبَايَعَيْنِ لِقُرْبِهِمَا مِنَ الْبَيْعِ كَمَا سَمَّى الْعَصِيرَ حَمْرًا وَإِسْمَاعِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ ذَبِيحًا .

وَإِنَّمَا كَانَ لَهُ خِيَارُ الْقَبُولِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْخِيَارُ لَلَزِمَ الْبَيْعُ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِ الْآخِرِ وَلَدَخَلَ فِي مِلْكِهِ وَلَيْسَ ذَلِكَ فِي وَسْعِ الْمَوْجِبِ وَلِلْمَوْجِبِ أَنْ يَرْجِعَ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ

إِبْطَالٌ حَقٌّ الْغَيْرِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَضَى الْأَصِيلُ الدَّيْنَ لِلْكَفِيلِ قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَ الْكَفِيلُ أَوْ دَفَعَ الزَّكَاةَ إِلَى السَّاعِي قَبْلَ الْحَوْلِ حَيْثُ لَا يَكُونُ لَهُمَا أَنْ يَرْجِعَا فِيهِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْكَفِيلِ وَالْفَقِيرِ تَعَلَّقَ بِهِ عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَقْضِيَ الدَّيْنَ وَأَنْ يَتِمَّ الْحَوْلُ وَالنَّصَابُ تَامَ فَلَا يَمْلِكُ إِبْطَالُهُ وَيَنْعَقِدُ بِكُلِّ لَفْظٍ يُبْنَى عَنْ التَّحْقِيقِ كَبِعْتُ أَوْ اشْتَرَيْتُ أَوْ رَضِيتُ أَوْ أُعْطِيتُكَ أَوْ خُذْهُ بِكَذَا وَالْإِرْسَالُ وَالْكِتَابُ كَالْخَطَابِ حَتَّى يُعْتَبَرُ مَجْلِسُ أَذَائِهِمَا وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ بَعْضُ الْمَبِيعِ دُونَ الْبَعْضِ وَإِنْ فَصَلَ الثَّمَنَ إِلَّا إِذَا كَرَّرَ الْبَائِعُ لَفْظَةً بَعْتَ مَعَ ذِكْرِ الثَّمَنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَهُ ذَلِكَ إِنْ فَصَلَ الثَّمَنَ بَأَنَّ قَالَ بَعْتُكَ هَذَيْنِ كُلِّ وَاحِدٍ بِكَذَا أَوْ بَعْتُكَ هَذِهِ الْعَشْرَةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا بِكَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْبَيْعَ يَتَعَدَّدُ بِتَكَرُّرِ لَفْظَةِ بَعْتَ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا بِتَفْصِيلِ الثَّمَنِ ، وَكَذَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُفَرِّقَ فِي الْقَبْضِ عِنْدَ اتِّحَادِ الْعَقْدِ بِإِفَاءِ ثَمَنِ الْبَعْضِ أَوْ إِثْرَائِهِ أَوْ تَأْجِيلِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِتَعَاطٍ) أَيْ يَلْزَمُ بِالتَّعَاطِي أَيْضًا وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ خَسِيسًا أَوْ نَفِيسًا ، وَزَعَمَ الْكَرْخِيُّ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ بِهِ فِي شَيْءٍ خَسِيسٍ لِحَرَيَانِ الْعَادَةِ وَلَا يَنْعَقِدُ فِي التَّفْسِ لِعَدَمِهَا وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ جَوَازَ الْبَيْعِ بِاعْتِبَارِ الرِّضَا لَا بِصُورَةِ اللَّفْظِ وَقَدْ وَجَدَ التَّرَاضِي

مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَوَجَبَ أَنْ يَحُوزَ ثُمَّ اخْتَلَفُوا فِيمَا يَتَمُّ بِهِ بَيْعُ التَّعَاطِي قِيلَ يَتَمُّ بِالْإِذْنِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَأَشَارَ مُحَمَّدٌ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ .

الشرح

كِتَابُ الْبَيْعِ (وَفِي بَعْضِ نُسَخِ الْمَتَنِ الْبُيُوعُ وَمُنَاسِبَةُ الْبَيْعِ بِالْوَقْفِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِي كُلِّ مِنْهُمَا إِزَالَةَ الْمِلْكِ فَفِي الْوَقْفِ يَزُولُ الْمِلْكُ عَنِ الْوَقِيفِ بَعْدَ حُكْمِ الْحَاكِمِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَدْخُلَ فِي مِلْكِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ وَفِي الْبَيْعِ يَزُولُ الْمِلْكُ عَنِ الْبَائِعِ وَيَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي فَكَانَ الْوَقْفُ كَالْمُفْرَدِ وَالْبَيْعُ كَالْمُرَكَّبِ مِنْ أَنَّ الْوَقْفَ فِيهِ زَوَالٌ بِلَا دُخُولٍ وَالْبَيْعُ فِيهِ زَوَالٌ وَدُخُولٌ وَالْمُفْرَدُ سَابِقٌ عَلَى الْمُرَكَّبِ فَلِذَا أُخِرَ ذِكْرُ الْبَيْعِ عَنْهُ .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ ثُمَّ الْبَيْعُ مَصْدَرٌ فَقَدْ يُرَادُ بِهِ الْمَفْعُولُ فَيَجْمَعُ بِاعْتِبَارِهِ كَمَا يُجْمَعُ الْمَبِيعُ وَقَدْ يُرَادُ بِهِ الْمَعْنَى وَهُوَ الْأَصْلُ فَجَمَعُهُ بِاعْتِبَارِ أَنْوَاعِهِ ، فَإِنَّ الْبَيْعَ يَكُونُ سَلَمًا وَهُوَ يَبِيعُ الدَّيْنَ بِالْعَيْنِ وَقَلْبُهُ وَهُوَ الْبَيْعُ الْمَطْلُوقُ وَصَرَفًا وَهُوَ يَبِيعُ الثَّمَنَ بِالْثَّمَنِ وَمُقَايَضَةً يَبِيعُ الْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَيَخْيَارَ وَمَنْحَرًا وَمَوْجَلَّ الثَّمَنِ وَمُرَابَحَةً وَتَوَلِيَةً وَوَضِيعَةً وَغَيْرَ ذَلِكَ .

كَمَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ الْكَمَالُ : وَأَمَّا مَفْهُومُهُ لُغَةً وَشَرْعًا فَقَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ الْبَيْعُ لُغَةً مُبَادَلَةٌ الْمَالِ بِالْمَالِ ، وَكَذَا فِي الشَّرْعِ لَكِنْ زِيدَ فِيهِ قَيْدُ التَّرَاضِي وَالَّذِي يَظْهَرُ أَنَّ التَّرَاضِي لَا بُدَّ مِنْهُ لُغَةً أَيْضًا فَإِنَّهُ لَا يُفْهَمُ مِنْ بَاعِهِ وَبَاعَ زَيْدٌ عَبْدَهُ إِلَّا أَنَّهُ أُسْتُبْدِلَ بِهِ بِالتَّرَاضِي وَأَنَّ الْأَخَذَ غَضَبًا وَإِعْطَاءً شَيْءٍ آخَرَ مِنْ غَيْرِ تَرَاضٍ لَا يَقُولُ فِيهِ أَهْلُ اللُّغَةِ بَاعَهُ

قوله يُقَالُ بَاعَ كَذَا

وَيَنْعَدَى بِنَفْسِهِ وَبِالْحَرْفِ بَاعَ زَيْدٌ الثَّوبَ وَبَاعَهُ مِنْهُ قَالَ الْكَمَالُ وَقَدْ كَتَبْتُ عَلَى هَامِشِ الْمَجْمَعِ فِي بَابِ الْمُضَارَبَةِ حَاشِيَةً مِنَ الْمَصْبَاحِ نَافِعَةً هُنَا وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ وَرُكْنُهُ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ ؛

لِأَنَّهُمَا يَدُلَّانِ عَلَى الرِّضَا الَّذِي تَعَلَّقَ بِهِ الْحُكْمُ ، وَكَذَا مَا كَانَ فِي مَعْنَاهُمَا وَشَرْطُهُ أَهْلِيَّةُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ حَتَّى لَا يَنْعَقِدَ مِنْ غَيْرِ أَهْلٍ وَمَحَلُّهُ الْمَالُ وَلَا يُنْبِئُ عَنْهُ شَرْعًا وَحُكْمُهُ ثُبُوتُ الْمِلْكِ لِلْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ وَلِلْبَائِعِ فِي الثَّمَنِ إِذَا كَانَ بَأْتًا وَعِنْدَ الْإِجَارَةِ إِذَا كَانَ مَوْقُوفًا .

اخْتِيَارٌ

قوله في الثمن : بالتراضي

وَهَذَا التَّعْرِيفُ يَتَنَاوَلُ الْقَرْضَ أَيْضًا

قوله : وفي اللغته هو مطلق المبادلة

، وَكَذَا الشَّرَاءُ سَوَاءٌ كَانَتْ فِي مَالٍ أَوْ غَيْرِهِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ } ، وَقَالَ { أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُا الضَّلَالَةَ بِالْهَدَى وَالْعَذَابَ بِالْمَغْفِرَةِ } وَفِي الشَّرْعِ مُبَادَلَةُ الْمَالِ الْمُتَقَوِّمِ بِالْمَالِ الْمُتَقَوِّمِ تَمْلِيكًا وَتَمْلِكًا فَإِنْ وُجِدَ تَمْلِكُ الْمَالِ بِالْمَنَافِعِ فَهُوَ إِجَارَةٌ أَوْ نِكَاحٌ ، وَإِنْ وُجِدَ مَجَانًا فَهُوَ هِبَةٌ .

اخْتِيَارٌ وَفِي مُشْكَلَاتِ خَوَاهِرَ زَادَهُ قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ الْبَيْعُ فِي اللَّغَةِ عِبَارَةٌ عَنْ تَمْلِيكِ الْمَالِ بِالْمَالِ وَفِي الشَّرْعِ هَكَذَا أَيْضًا ، وَكَذَا الشِّرَاءُ وَالِاشْتِرَاءُ وَالِابْتِياعُ وَابْتِغَاءُ حَقِيقَةِ اللَّغَةِ تَقَعُ هَذِهِ الْأَلْفَاظُ عَلَى فِعْلِ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي عَلَى سَبِيلِ الْإِشْتِرَاكِ قَالَ تَعَالَى { وَشَرَوْهُ } أَيَّ بَاعُوهُ إِلَّا أَنَّ فِي الْعُرْفِ اخْتِصَّ لَفْظُ الْبَيْعِ بِالْبَائِعِ وَلَفْظُ الشِّرَاءِ وَالِاشْتِرَاءِ وَالِابْتِياعِ بِالْمُشْتَرِي وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ ، وَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي آخِرِ بَابِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ قَبَضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ بِأَمْرِ الْبَائِعِ وَكُلٌّ مِنْ عَوَضِيهِ مَالٌ مَلَكَ الْمَبِيعَ بِقِيمَتِهِ قَالَ الشَّارِحُ وَشَرَطُ أَنْ يَكُونَ فِي الْعَقْدِ عَوَضَانِ كُلُّ مِنْهُمَا مَالٌ لِيَتَحَقَّقَ رُكْنُ الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ لِيَخْرُجَ عَنْهُ الْبَيْعُ بِالْمَيْتَةِ وَنَحْوِهِ وَالْبَيْعُ مَعَ نَفْيِ الثَّمَنِ فِي رِوَايَةٍ

قَوْلُهُ : وَأَمَّا السُّنَّةُ فَمَا رُوِيَ

فِي السُّنَنِ مُسْنَدًا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ { يَا مَعْشَرَ الثَّجَارِ إِنَّ الْبَيْعَ يَحْضُرُهُ اللَّعْوُ وَالْحَلْفُ فَشَوْبُوهُ بِالصَّدَقَةِ } .

أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَيَلْزَمُ

أَيَّ يَنْتَعِدُ الْبَيْعُ انْعِقَادًا لَازِمًا .

عَيْنِي .

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ : بِإِيجَابِ

وَهُوَ فِي اللَّغَةِ الْإِثْبَاتُ وَفِي الْفَهْمِ مَا يُذَكَّرُ أَوَّلًا مِنْ كَلَامِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ خِيَارُ الْقَبُولِ لِلْآخِرِ انْتَهَى شَمْسِيٌّ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ بِإِيجَابِ قَالَ الْأَتَقَانِي وَالْإِيجَابُ عِبَارَةٌ عَمَّا صَدَرَ عَنْ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ أَوَّلًا سُمِّيَ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْإِيجَابَ نَقِيضُ السَّلْبِ وَهُوَ الْإِثْبَاتُ وَالْمُتَكَلَّمُ مِنْهُمَا أَوَّلًا يَقُولُهُ بَعَثَ أَوْ اشْتَرَيْتَ يُرِيدُ إِثْبَاتَ الْعَقْدِ بِشَرَطِ أَنْ يَضُمَّ إِلَيْهِ قَوْلُ الْآخِرِ أَوْ سُمِّيَ بِهِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ بَعَثَ وَاشْتَرَيْتَ فِعْلٌ وَالْفِعْلُ صَرْفُ الْمُمْكِنِ مِنَ الْإِمْكَانِ إِلَى الْوُجُودِ فَكَانَ قَوْلُهُ بَعَثَ أَوْ اشْتَرَيْتَ إِيجَابًا ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ التَّلَفُّظِ بِهِ كَانَ فِي حَيِّزِ الْإِمْكَانِ فَصَارَ بَعْدَ التَّلَفُّظِ وَاجِبَ الْوُجُودِ لِعَبْرِهِ ثُمَّ سُمِّيَ كَلَامُ الْآخِرِ قَبُولًا لِمَا أَوْجَبَهُ الْآخِرُ وَإِنْ كَانَ هُوَ إِيجَابًا فِي الْحَقِيقَةِ حَتَّى يَمْتَنَزَ السَّابِقُ مِنْ كَلَامِ الْعَاقِدِ مِنَ الْلاحِقِ وَكَتَبَ عَلَيْهِ أَيْضًا قَالَ الْكَمَالُ وَالْإِيجَابُ لُغَةُ الْإِثْبَاتِ لِأَيِّ شَيْءٍ كَانَ وَالْمُرَادُ هُنَا إِثْبَاتُ الْفِعْلِ الْخَاصِّ الدَّالِّ عَلَى الرِّضَا الْوَاقِعِ أَوَّلًا سَوَاءً وَقَعَ مِنَ الْبَائِعِ كَبِعْتُ أَوْ مِنَ الْمُشْتَرِي كَانَ يَتَدَيُّ الْمُشْتَرِي يَقُولُ : اشْتَرَيْتَ مِنْكَ هَذَا بِأَلْفٍ وَالْقَبُولُ الْفِعْلُ الثَّانِي وَإِلَّا فَكُلُّ مِنْهُمَا إِيجَابٌ أَيْ إِثْبَاتٌ فَسُمِّيَ الْإِثْبَاتُ الثَّانِي بِالْقَبُولِ تَمْيِيزًا لَهُ عَنِ الْإِثْبَاتِ

الْأَوَّلِ وَلِأَنَّهُ يَقَعُ قَبُولًا وَرِضًا بِفِعْلِ الْأَوَّلِ وَحَيْثُ لَمْ يَصِحَّ إِرَادَةُ اللَّفْظَيْنِ بِالْبَيْعِ بَلْ حُكْمُهُمَا وَهُوَ الْمِلْكُ فِي الْبَدَلَيْنِ وَجَبَ أَنْ يُرَادَ بِقَوْلِهِ يَنْتَعِدُ يَثْبُتُ أَيْ الْحُكْمُ فَإِنَّ النَّاعِقَادَ إِنَّمَا هُوَ لِلْفَظَيْنِ لَا لِلْمِلْكِ أَيْ انْضِمَامُ أَحَدِهِمَا إِلَى الْآخِرِ عَلَى وَجْهِ يَثْبُتُ أَثَرُهُ الشَّرْعِيُّ ، وَقَوْلُهُ فِي الْقَبُولِ : إِنَّهُ الْفِعْلُ الثَّانِي يُفِيدُ كَوْنَهُ أَعَمَّ وَهُوَ كَذَلِكَ فَإِنَّ مِنَ الْفُرُوعِ مَا لَوْ قَالَ كُلُّ هَذَا الطَّعَامِ بِدَرَاهِمٍ فَأَكَلَهُ ثُمَّ الْبَيْعُ وَأَكَلَهُ حَلَالٌ

وَالرُّكُوبُ وَاللُّبْسُ بَعْدَ قَوْلِ الْبَائِعِ ارْكَبْهَا بِمِائَةِ وَالْبَسْهُ بِكَذَا رَضًا بِالْبَيْعِ ، وَكَذَا إِذَا قَالَ بَعْتُكَهٗ بِأَلْفٍ فَقَبْضُهُ وَلَمْ يَقُلْ شَيْئًا كَانَ قَبْضُهُ قَبُولًا بِخِلَافِ بَيْعِ التَّعَاطِي فَإِنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِجَابٌ قَبْضٍ بَعْدَ مَعْرِفَةِ الثَّمَنِ فَقَطُّ وَسَيَأْتِي مِثْلُهُ فِي جَعْلِهِ مَسْأَلَةَ الْقَبْضِ بَعْدَ قَوْلِهِ بَعْتُكَهٗ بِأَلْفٍ مِنْ صَوْرِ التَّعَاطِي كَمَا فَعَلَهُ بَعْضُهُمْ نَظَرٌ وَفِي فَتَاوَى قَاضِي خَانَ قَالَ اشْتَرَيْتَ مِنْكَ هَذَا بِكَذَا فَتَصَدَّقْ بِهِ عَلَى هَؤُلَاءِ فَفَعَلَ الْبَائِعُ قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا حَازَ وَكَذَلِكَ اشْتَرَيْتَ مِنْكَ هَذَا الثَّوْبَ بِكَذَا فَاقْطَعْهُ لِي قَمِيصًا فَقَطَعَهُ قَبْلَ التَّفَرُّقِ انْتَهَى مَا قَالَهُ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ .

قوله في المتن : وقبول

أَيُّ وَهُوَ مَا يُذَكَّرُ آخِرًا مِنْ كَلَامِ الْمُتَعَادِلَيْنِ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ مِنْ قَبْضِ الْمَبِيعِ .

شُمْنِي .

قوله : لِيَأْتَهُ إِذَا طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ تَحْصُلُ الْفُرْقَةُ بِقَبُولِهَا

أَيُّ وَإِنْ لَمْ يَتَفَرَّقَا بِالْأَبْدَانِ انْتَهَى .

قوله : وَمَا ذَكَرُوهُ يُوجِبُ التَّمَامَ

أَيُّ مِنْ أَنَّ الْمُرَادَ التَّفَرُّقُ بِالْأَقْوَالِ

قوله : وَيَنْعَقِدُ بِكُلِّ لَفْظٍ يُنبِئُ عَنِ التَّحْقِيقِ الْخ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ الْبَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ إِذَا كَانَا بِلَفْظِ الْمَاضِي قَالَ الْأَثَقَانِيُّ ثُمَّ أَعْلَمَ أَنَّ اشْتِرَاطَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ بَأَنَّ يَكُونَا بِلَفْظِ الْمَاضِي إِذَا لَمْ يُوْجَدْ نَبْءُ الْحَالِ مِنْ لَفْظِ الْمُسْتَقْبَلِ فَإِذَا وَجِدَتْ تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْمُسْتَقْبَلِ أَيْضًا ، أَلَا تَرَى إِلَى مَا قَالَ فِي شَرْحِ الطُّحَاوِيِّ ثُمَّ عَقْدُ الْبَيْعِ تَارَةً يَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ وَتَارَةً يَنْعَقِدُ بثَلَاثَةِ أَلْفَافٍ ، فَأَمَّا الَّذِي يَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ نَحْوُ أَنْ يَكُونَ لَفْظُ الْمُتَعَادِلَيْنِ عَلَى الْمَاضِي أَوْ عَلَى الْإِجَابِ فِي الْحَالِ أَمَّا الْمَاضِي فَنَحْوُ أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ : بَعْتُ مِنْكَ هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَقَالَ الْآخَرُ : أَخَذْتُ أَوْ قَبِلْتُ ثُمَّ الْبَيْعُ وَلَوْ بَدَأَ الْمُشْتَرِي فَقَالَ اشْتَرَيْتَ مِنْكَ هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَقَالَ الْبَائِعُ بَعْتُ أَوْ قَالَ هُوَ لَكَ ثُمَّ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا بِلَفْظَيْنِ ، وَأَمَّا الْإِجَابُ فَنَحْوُ أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ أَيْعُ مِنْكَ هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ وَأَرَادَ بِهِ إِجَابَ الْبَيْعِ فِي الْحَالِ ، وَقَالَ الْمُشْتَرِي قَبِلْتُ أَوْ اشْتَرَيْتَ أَوْ يَقُولُ الْمُشْتَرِي أَشْتَرِي مِنْكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ وَأَرَادَ بِهِ الْإِجَابَ فَقَالَ الْبَائِعُ بَعْتُ ثُمَّ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا ، وَأَمَّا الَّذِي يَنْعَقِدُ بثَلَاثَةِ أَلْفَافٍ نَحْوُ أَنْ يَكُونَ لَفْظُ أَحَدِهِمَا بِلَفْظِ الْأَمْرِ نَحْوُ أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي اشْتَرِ مِنِّي هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَقَالَ الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتَ فَلَا يَتِمُّ الْبَيْعُ مَا لَمْ يَقُلْ الْبَائِعُ بَعْتُ أَوْ يَقُولَ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ بَعْ مِنِّي هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَقَالَ بَعْتُ فَلَا يَتِمُّ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا مَا لَمْ يَقُلْ الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتَ أَوْ يَقُولَ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتَ مِنِّي هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ عَلَى سَبِيلِ السُّؤَالِ فَقَالَ الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتَ فَلَا يَتِمُّ الْبَيْعُ مَا لَمْ يَقُلْ الْبَائِعُ بَعْتُ أَوْ يَقُولَ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ أَتَبِيعُ مِنِّي هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَقَالَ الْبَائِعُ بَعْتُ فَلَا يَتِمُّ الْبَيْعُ مَا لَمْ يَقُلْ الْمُشْتَرِي ثَانِيًا اشْتَرَيْتَ إِلَى هُنَا لَفْظُ رَوَايَةٍ شَرْحِ الطُّحَاوِيِّ .

قوله : أو خذه بكذا .

قَالَ الْكَمَالُ ، وَكَذَا لَفْظُ خُذْهُ بِكَذَا يَنْعَقِدُ بِهِ إِذَا قِيلَ بِأَنْ قَالَ أَخَذْتَهُ وَنَحْوَهُ ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ مُسْتَقْبَلًا لَكِنَّ خُصُوصَ مَادَّتِهِ أَغْنَى الْأَمْرَ بِالْأَخْذِ يَسْتَدْعِي سَابِقَهُ الْبَيْعَ فَكَانَ كَالْمَاضِي إِلَّا أَنَّ اسْتِدْعَاءَ الْمَاضِي سَبَقَ الْبَيْعَ بِحَسَبِ الْوَضْعِ وَاسْتِدْعَاءَ خُذْهُ سَبَقَهُ بِطَرِيقِ الْاِفْتِضَاءِ فَهُوَ كَمَا إِذَا قَالَ بَعْتُكَ عَبْدِي هَذَا بِالْفِ قَالَ فَهُوَ حُرٌّ عَتَقَ وَيُثْبِتُ اشْتَرَيْتُ اِفْتِضَاءً ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ هُوَ حُرٌّ بَلَاءً فَإِنَّهُ لَا يُعْتَقُ كَمَالٌ .

قوله : حتى يُعْتَبَرَ مَجْلِسُ أَدَانِهِمَا

أَيُّ وَيَصِحُّ رُجُوعُهُ عَنْ ذَلِكَ بَعْدَمَا كَتَبَ وَبَعْدَمَا أُرْسِلَ قَبْلَ قَبُولِ الْآخِرِ سَوَاءً عَلِمَ الرَّسُولُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِخِلَافِ مَا إِذَا عُرِلَ الْوَكِيلُ بِغَيْرِ عِلْمِهِ فَإِنَّهُ لَا يَنْعَرِلُ .

غَايَةٌ .

قوله : يلزم بالتعاطي

أَيُّ وَهُوَ الْأَخْذُ وَالْإِعْطَاءُ

قوله : ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيساً أو نفيساً

قِيلَ النَّفِيسُ نَصَابُ السَّرْقَةِ فَصَاعِدًا وَالْخَسِيسُ مَا دُونُهُ .

فَتَحُّ .

قوله : وزعم الكرخي أنه ينعقد به في شيء خسيس

قَالَ الْكَمَالُ : وَأَرَادَ بِالْخَسِيسِ الْأَشْيَاءَ الْمُحَقَّرَةَ كَالْقَبْلِ وَالرَّغِيفِ وَالْبَيْضِ وَالْحَوْزِ اسْتِحْسَانًا لِلْعَادَةِ قَالَ أَبُو مُعَاذٍ رَأَيْتُ سُفْيَانَ الثَّوْرِيَّ حَاءَ إِلَى صَاحِبِ الرُّمَّانِ فَوَضَعَ عِنْدَهُ فَلَسَا وَأَخَذَ رُمَّانَةً وَلَمْ يَتَكَلَّمْ وَمَضَى .

فَتَحُّ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَأَيُّ قَامَ عَنِ الْمَجْلِسِ قَبْلَ الْقَبُولِ بَطَلُ الْإِيجَابِ) مَعْنَاهُ إِذَا أَوْجَبَ أَحَدُهُمَا الْبَيْعَ ثُمَّ قَامَ أَحَدُهُمَا الْمَوْجِبُ أَوْ الْآخَرُ قَبْلَ الْقَبُولِ بَطَلُ الْإِيجَابِ ؛ لِأَنَّ الْقِيَامَ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ وَالرُّجُوعِ فَيَبْطُلُ بِهِ كَسَائِرِ عُقُودِ الْمُبَادَلَةِ ، بِخِلَافِ الْخُلْعِ وَالْعَتَقِ عَلَى مَالٍ حَيْثُ لَا يَبْطُلُ بِقِيَامِ الزَّوْجِ وَالْمَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ يَمِينُ مِنْ جِهَتِهِمَا وَالْقَبُولُ شَرْطُ وَالْإِيمَانُ لَا تَبْطُلُ بِالْقِيَامِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ خِيَارُ الْقَبُولِ لَا يَمْتَدُّ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ بَلْ هُوَ عَلَى الْفَوْرِ وَلَنَا أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى التَّرْوِي وَالْفَكْرِ وَالتَّأَمُّلِ فَجَعَلَ سَاعَاتِ الْمَجْلِسِ كَسَاعَةِ وَاحِدَةٍ إِذْ هُوَ جَامِعٌ لِمُتَفَرِّقَاتٍ وَبِهِ يَنْدَفِعُ الْحَرَجُ وَفِيمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ حَرَجٌ بَيْنَ وَهُوَ مُنْتَفٍ بِالنَّصِّ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ

بِكُمْ الْعُسْرَ { وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ { يَسْرُوا وَلَا تُعْسَرُوا } .

الشرح

قوله : لَأَنَّ الْقِيَامَ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ

قَالَ الْكَمَالُ إِلَّا أَنَّ لِلْمَجْلِسِ أَثَرًا فِي جَمْعِ الْمُتَفَرِّقَاتِ وَبِالْقِيَامِ لَا يَبْقَى الْمَجْلِسُ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ لَأَنَّ الْقِيَامَ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَهُ أَنْ يَقْبَلَ مَا دَامَ الْمَجْلِسُ قَائِمًا فَإِنْ لَمْ يَقْبَلَ حَتَّى اخْتَلَفَ الْمَجْلِسُ لَا يَنْعَقِدُ وَاخْتِلَافُهُ بِمَا يَدُلُّ عَلَى الْإِعْرَاضِ مِنَ الْإِشْتِعَالِ بِعَمَلٍ آخَرَ وَنَحْوِهِ ، أَمَّا لَوْ قَامَ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَذْهَبْ فَظَاهِرُ الْهِدَايَةِ وَعَلَيْهِ مَشَى جَمْعُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْقَبُولُ بَعْدَ ذَلِكَ وَإِلَيْهِ ذَهَبَ قَاضِي خَانَ حَيْثُ قَالَ فَإِنْ قَامَ أَحَدُهُمَا بَطَلَ الْإِجَابُ ؛ لَأَنَّ الْقِيَامَ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ ، وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ إِذَا قَامَ الْبَائِعُ وَلَمْ يَذْهَبْ عَنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ ثُمَّ قَبِلَ الْمُشْتَرِي صَحَّ ، وَإِلَيْهِ أَشِيرَ فِي جَمْعِ التَّفَارِيقِ وَقَالَ (وَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِ وَوَصْفِ ثَمَنِ غَيْرِ مُشَارٍ) ؛ لَأَنَّ جَهَالَتَهُمَا تُفْضِي إِلَى النَّزَاعِ الْمَانِعِ مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ فَيَخْلُو الْعَقْدُ عَنْ الْفَائِدَةِ وَكُلِّ جَهَالَةٍ تُفْضِي إِلَيْهِ يَكُونُ مُفْسِدًا قَالَ (لَا مُشَارَ) أَيُّ لَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْقَدْرِ وَالْوَصْفِ فِي الْمُشَارِ إِلَيْهِ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ الْمَبِيعِ ؛ لَأَنَّ الْإِشَارَةَ أَبْلَغُ أَسْبَابِ التَّعْرِيفِ وَجَهَالَةٍ وَصِفِهِ وَقَدْرِهِ بَعْدَ ذَلِكَ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَلَا يُمْنَعُ الْجَوَازُ ؛ لَأَنَّ الْعَوَظَيْنِ حَاضِرَانِ بِخِلَافِ الرَّبُّوِيِّ إِذَا بَاعَ بِجِنْسِهِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ جُزْأً لِحْتِمَالِ الرَّبَا وَبِخِلَافِ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ مِنَ الْمُقَدَّرَاتِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعْرُوفَ الْقَدْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا يَجِيءُ بَيَانُهُ فِي مَوْضِعِهِ قَالَ (وَصَحَّ بِثَمَنِ حَالٍ وَبِأَجَلٍ مَعْلُومٍ) مَعْنَاهُ إِذَا بَاعَ بِخِلَافِ جِنْسِهِ وَلَمْ يَجْمَعْهُمَا قَدْرٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَأَحْلَلْ اللَّهُ الْبَيْعَ } مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ وَعَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ إِلَى أَجَلٍ وَرَهْنَهُ دِرْعَهُ } وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْأَجَلُ مَعْلُومًا ؛ لَأَنَّ الْجَهَالََةَ فِيهِ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ قَالَ (وَمُطْلَقُهُ عَلَى التَّقْدِيرِ الْغَالِبِ) أَيُّ مُطْلَقُ الثَّمَنِ يَقَعُ عَلَى غَالِبِ تَقْدِيرِ الْبَلَدِ وَمُرَادُهُ مِنَ الْإِطْلَاقِ هُنَا أَنْ يَكُونَ مُطْلَقًا عَنْ قَيْدِ الْبَلَدِ وَعَنْ قَيْدِ وَصْفِ الثَّمَنِ بَعْدَ أَنْ سُمِّيَ قَدْرُهُ بِأَنْ قَالَ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ مَثَلًا فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمُتَعَامَلِ بِهِ فِي بَلَدِهِ ؛ لَأَنَّ الْمَعْلُومَ بِالْعُرْفِ كَالْمَعْلُومِ بِالنَّصِّ لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ فِيهِ تَصَحُّيحٌ تَصْرِفُهُ قَالَ .

الشرح

قَوْلُهُ : تَكُونُ مُفْسِدَةً (الَّذِي يَخْطُ الشَّارِحُ وَيَكُونُ مُفْسِدًا وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ تَكُونُ مُفْسِدَةً مَا نَصَّهُ كَمَا فِي السَّلَمِ فَإِنَّ مَعْرِفَةَ قَدْرِ الْمُسْلَمِ فِيهِ شَرْطٌ لِحَوَازِ الْعَقْدِ وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْإِعْرَاضَ إِذَا كَانَتْ غَيْرَ مُشَارٍ إِلَيْهَا سَوَاءً كَانَ ثَمَنًا أَوْ ثَمَنًا يُشْتَرَطُ فِيهَا مَعْرِفَةُ الْمِقْدَارِ فِي الْمَبِيعِ وَمَعْرِفَةُ مِقْدَارِ الثَّمَنِ وَوَصْفُهُ .

عَيْنِي

قوله في الثمن : لا مُشَارَ

بِالرَّفْعِ كَمَا اقْتَضَاهُ صَنِيعُ الْعَيْنِيِّ فِي شَرْحِهِ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ لَا مُشَارَ مَا نَصَّهُ لَا يُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ قَدْرِ وَوَصْفِ مُشَارٍ فَحَذَفَ الْمُصَافَ وَأَقَامَ مُشَارًا مَقَامَهُ .

(وَإِنْ اخْتَلَفَتِ الثُّقُودُ فَسَدَ إِنْ لَمْ يُبَيَّنْ) وَهَذَا إِذَا كَانَ الْكُلُّ فِي الرِّوَاجِ سَوَاءً وَفِي الْمَالِيَّةِ مُخْتَلِفَةً ؛ لِأَنَّ مِثْلَ هَذِهِ الْجَهَالَةِ مُفْضِيَةٌ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَتَفْسُدُ إِلَى أَنْ تُرْفَعَ بِالْبَيِّنَانِ فَإِنْ كَانَتْ فِي الرِّوَاجِ مُخْتَلِفَةً يَنْصَرَفُ إِلَى غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَإِنْ كَانَتْ فِي الْمَالِيَّةِ سَوَاءً جَازَ الْبَيْعُ كَيْفَمَا كَانَ غَيْرَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَرْوَجَ انْصَرَفَ إِلَيْهِ لِمَا ذَكَرْنَا وَإِنْ كَانَتْ فِي الرِّوَاجِ سَوَاءً كَالْأَحَادِي وَالْثَنَائِي وَالثَّلَاثِي جَازَ ؛ لِأَنَّ الْمَالِيَّةَ كُلَّ وَاحِدٍ سَوَاءً غَيْرَ أَنَّ الْأَوَّلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُ دَرَاهِمٌ وَالثَّانِي كُلُّ اثْنَيْنِ مِنْهُ دَرَاهِمٌ وَالثَّلَاثُ كُلُّ ثَلَاثَةٍ مِنْهُ دَرَاهِمٌ وَنَظِيرُهُ الْكَامِلِيُّ وَالْعَادِلِيُّ وَالظَّاهِرِيُّ وَالْمَنْصُورِيُّ وَالنَّاصِرِيُّ الْيَوْمَ بِمِصْرَ فَإِذَا اشْتَرَى بِدَرَاهِمٍ مَعْلُومَةٍ فَأَعْطَى مِنْ أَيَّهَا شَاءَ جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُنَازَعَةَ فِيهَا وَلَا اخْتِلَافَ فِي الْمَالِيَّةِ .

الشرح

قوله : والنَّاصِرِيُّ

مَاتَ النَّاصِرِيُّ مُحَمَّدُ بْنُ قُلَاوُونَ سَنَةَ سَبْعِمِائَةٍ وَإِحْدَى وَأَرْبَعِينَ وَمَاتَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللَّهُ سَنَةَ سَبْعِمِائَةٍ وَثَلَاثَةَ وَأَرْبَعِينَ .

قَالَ (وَيَبَاعُ الطَّعَامُ كَيْلًا وَجَزَافًا) ؛ لِأَنَّهُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَصِيرُ مَعْلُومًا أَمَّا الْمِكَايَلَةُ فَظَاهِرٌ ، وَأَمَّا الْجَزَافُ فَلَمَّا بَيَّنَّا فِي الْمُشَارِ إِلَيْهِ وَمُرَادُهُ بِالْجَزَافِ إِذَا بَاعَهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ وَلَمْ يَكُنْ رَأْسُ مَالِ السَّلَمِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فِي الْمُشَارِ إِلَيْهِ وَجِنْسِهِ لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا كَانَ قَلِيلًا وَهُوَ مَا دُونَ نِصْفِ الصَّاعِ قَالَ (وَيَبْنَاءُ أَوْ حَجَرٍ بَعِيْنَهُ لَا يُعْرَفُ قَدْرُهُ) ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْجَهَالَةَ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَهِيَ الْمَانَعَةُ لَا مُجَرَّدًا لِيَهَالَةِ فَصَارَ كَالْمُجَازَفَةِ وَكَيْبَعِ شَيْءٍ لَا يُعْرَفُ وَصَفُهُ بِالْإِشَارَةِ وَلَا يُتَوَهَّمُ هَلَاكُهُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَهُ يَجِبُ فِي الْمَجْلِسِ بِخِلَافِ السَّلَمِ ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ فِيهِ مُتَأَخَّرٌ إِلَى حُلُولِ الْأَجَلِ فَيَحْتَمِلُ هَلَاكُهُ وَالْإِحْتِمَالُ فِيهِ مُلْحَقٌ بِالْحَقِيقَةِ وَهَذَا إِذَا كَانَ الْإِنَاءُ لَا يَنْكَبِسُ بِالتَّكْبِيسِ وَلَا يَنْقَبِضُ وَلَا يَنْبَسِطُ كَالْقَصْعَةِ وَالْخَزَفِ ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ يَنْكَبِسُ كَالزُّبَيْلِ وَالْقَفَّةِ فَلَا يَجُوزُ إِلَّا فِي قَرَبِ الْمَاءِ اسْتِحْسَانًا لِلتَّعَامِلِ فِيهِ رُويَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَكَذَا إِذَا كَانَ الْحَجَرُ يَتَفَتَّتُ وَكَذَا إِذَا بَاعَهُ بِوَزْنِ شَيْءٍ يَخِفُ إِذَا حَفَّ كَالْخِيَارِ وَالْبَطِيخِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ بِوَزْنِ حَجَرٍ وَلَا بِإِنَاءٍ لَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا جَزَافٌ وَشَرْطُ جَوَازِ الْجَزَافِ أَنْ يَكُونَ مُمَيِّزًا مُشَارًا إِلَيْهِ وَلَوْ كَالْهَبِ وَرَضِيَ الْمُشْتَرِي بِهِ جَازَ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُمَيِّزًا مُشَارًا إِلَيْهِ وَإِنْ بَاعَهُ بَعْدَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يُعِيدَ الْكَيْلَ جَازَ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَاهُ مُجَازَفَةً فَكَانَ الْمُسْتَحَقُّ هُوَ الْمُشَارُ إِلَيْهِ .

الشرح

قوله في المتن : وَيَبَاعُ الطَّعَامُ كَيْلًا

أَيَّ مِنْ جِهَةِ الْكَيْلِ .

عَيَّنِي

قوله : وأما الجراف فلما بئناه

أي من أنه بالإشارة ترتفع الجهالة .

قال (ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في صاع) وهذا عند أبي حنيفة وقال جاز في الكل ؛ لأن المبيع معلوم بالإشارة ؛ لأن المشرأ إليه لا يحتاج إلى معرفة مقداره لجواز البيع وجهالة الثمن بأيديهما رفعهما فيجوز ، كما لو باع عبدا من عبدتين على أن يأخذ أيهما شاء ، بخلاف ما إذا أحر داره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز إلا في شهر واحد ؛ لأن الشهر لا نهاية لها فلا يمكن إزالة الجهالة فيها فيصرف إلى الأقل ، كما إذا قال لفلان على كل درهم يلزمه درهم واحد ، بخلاف ما إذا قال كل امرأة أتزوجها طالق حيث ينصرف إلى الكل لعدم إفضائه إلى المنازعة ولأبي حنيفة أن الثمن مجهول وذلك مفسد غير أن الأقل معلوم فيصح فيه للتيقن به وما عداه مجهول فيفسد كما إذا باع الثوب برقمه ، بخلاف ما استشهدا به ؛ لأن الرافع للجهالة هنا وهو الكيل متأخر عن العقد وفي تلك مقارن ؛ لأن اختياره موجود حالة التبايع ، ثم إذا جاء في قفيز واحد عنده يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه ولو كاله في المجلس جاز بالإجماع لزوال المانع قبل تقرر الفساد وكذا إذا سمي جملة القفزان وله الخيار فيهما ؛ لأنه علم في ذلك الوقت فصار كما لو ظهر له بالإيجاب وكما لو اشترى ما لم يره فراه وإن افرقا قبل أن يعرف فسد فلا ينقلب صحيحا بعد المجلس ، بخلاف ما إذا شرط الخيار أربعة أيام حيث يعود صحيحا بإزالة المفسد بعد الافتراق ؛ لأن المفسد فيه لم يتمكن في صلب العقد بل باعتبار اليوم الرابع فيعود صحيحا

قبل مجيئه وهنا تمكن فيه فيتقيد بالمجلس .

الشرح

قوله : في المتن ومن باع صبرة

هي اسم لكم من الحب .

عيني .

قوله في المتن : كل صاع

بالنصب بدل من صبرة

قوله : لأن المبيع معلوم بالإشارة

أي إلى الجملة والثمن معلوم بالعد وبه قالت الثلاثة .

عيني

قوله : وله الخيار فيهما

أَمَّا قَبْلَ التَّسْمِيَةِ وَالْكَيْلِ فِيهِ صَاعٌ ، وَأَمَّا بَعْدَهُمَا فَبِالْكُلِّ عَيْنِي .
 قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ بَاعَ ثَلَّةٌ) أَيَّ جَمَاعَةٍ وَمُرَادُهُ مِنَ الْعَنْمِ (أَوْ ثَوْبًا كُلُّ شَاةٍ بِدَرَاهِمٍ أَوْ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدَرَاهِمٍ فَسَدَ فِي الْكُلِّ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ فِي الْكُلِّ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ رَفَعَ هَذِهِ الْجَهَالَةَ بِأَيْدِيهِمَا لَمَّا أَنَّ لَهَا نَهَايَةً ، وَلَهُ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْجَهَالَةِ إِلَّا أَنَّ الْوَاحِدَ مُتَيَقِّنٌ بِهِ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ غَيْرَ أَنَّ أَفْرَادَ الشِّيَاهِ مُتَّفَاوَةٌ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ وَاحِدٍ مِنْهَا فَيَفْسُدُ وَقَطْعُ ذِرَاعٍ مِنْ ثَوْبٍ يَكُونُ ضَرَرًا عَلَى الْبَاقِي فَلَا يَجُوزُ كَمَا لَوْ بَاعَ جَذَعًا مِنْ سَقْفٍ وَعَلَى هَذَا كُلُّ عَدَدِي مُتَّفَاوَةٌ قَالَ (وَلَوْ سَمِيَ الْكُلُّ صَحٌّ فِي الْكُلِّ) يَعْنِي لَوْ سَمِيَ جُمْلَتُهُ فِي الْعَقْدِ جَازٍ فِي الْكُلِّ فِي الْفَصْلَيْنِ فِي فَصْلِ الصُّبْرَةِ وَفِي فَصْلِ الشِّيَاهِ وَنَحْوِهِ لَزَوَالَ الْمَانِعِ وَكَذَا إِذَا سَمِيَ بَعْدَ الْعَقْدِ فِي الْمَجْلِسِ لَمَّا ذَكَرْنَا وَهُوَ يَتَأَتَّى عَلَى قَوْلِهِ وَعَلَى قَوْلِهِمَا لَا يَتَأَتَّى لِحَوَازِهِ بِدُونِهِ قَالَ (وَلَوْ نَقَصَ كَيْلٌ أُخِذَ بِحَصَّتِهِ أَوْ فُسِخَ وَإِنْ زَادَ فَلِلْبَائِعِ) يَعْنِي لَوْ بَاعَ صُبْرَةً وَسَمِيَ جُمْلَتَهَا بِأَنَّ قَالَ بِعْتُكَهَا عَلَى أَنَّهَا مِائَةٌ فَفِيهِ بِمِائَةِ دِرَاهِمٍ ثُمَّ وَجَدَهَا نَاقِصَةً أَخَذَ الْمَوْجُودَ بِحَصَّتِهِ إِلَى آخِرِهِ ؛ لِأَنَّهَا مِنَ الْمُقَدَّرَاتِ فَيَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِقَدَرِهَا وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ قِسْطُ كُلِّ قَفِيرٍ فَإِذَا تَعَلَّقَ بِقَدَرِهَا فَإِنْ وَجَدَهَا نَاقِصَةً فَلَهُ الْخِيَارُ إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِحَصَّتِهَا وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهَا لِتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ وَإِنْ وَجَدَهَا زَائِدَةً فَالزَّائِدُ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْبَيْعِ إِلَّا الْقَدَرُ الْمُسَمَّى فَبَقِيَ عَلَى مِلْكِهِ إِذَا الْقَدَرُ لَيْسَ بِوَصْفٍ قَالَ

(وَلَوْ نَقَصَ ذِرَاعٌ أَخَذَ بِكُلِّ الثَّمَنِ أَوْ تَرَكَ وَإِنْ زَادَ فَلِلْمُشْتَرِي وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ) مَعْنَاهُ إِذَا بَاعَ مَذْرُوعًا وَسَمِيَ جُمْلَةً الدُّرْعَانَ وَلَمْ يُسَمَّ لِكُلِّ ذِرَاعٍ ثَمَنًا ثُمَّ وَجَدَهُ نَاقِصًا أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ إِلَى آخِرٍ مَا ذَكَرَ ؛ لِأَنَّ الذِّرَاعَ وَصَفٌ لِلْمَذْرُوعِ فَلَا يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَى الْأَوْصَافِ فَيَكُونُ كُلُّ الثَّمَنِ مُقَابِلًا بِالْعَيْنِ كُلِّهَا بِخِلَافِ الْأَوَّلِ غَيْرَ أَنَّهُ إِنْ وَجَدَهُ نَاقِصًا يَثْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ لِفَوَاتِ وَصْفٍ مَرْغُوبٍ فِيهِ مَشْرُوطًا فِي الْعَقْدِ وَإِنْ وَجَدَهُ زَائِدًا فَهُوَ لَهُ بِذَلِكَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْوَصْفَ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ كَمَا إِذَا شَرَطَ مَعِيًا فَوْجَدَهُ سَلِيمًا وَبِالْعَكْسِ وَهُوَ مَا إِذَا شَرَطَ سَلِيمًا فَوْجَدَهُ مَعِيًا لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ وَصَفٌ أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الطُّولِ وَالْعَرْضِ وَيَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَبِيعَهُ بَعْدَ الْقَبْضِ قَبْلَ أَنْ يَذَرَعَهُ وَلَوْ كَانَ قَدَرًا لَمَّا جَازَ لِحْتِمَالِ أَنْ يَزِيدَ فَيَكُونُ لِلْبَائِعِ كَمَا فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ قَالَ (وَلَوْ قَالَ كُلُّ ذِرَاعٍ بِكَذَا وَنَقَصَ أَخَذَهُ بِحَصَّتِهِ أَوْ تَرَكَ وَإِنْ زَادَ أَخَذَ كُلَّهُ كُلُّ ذِرَاعٍ بِكَذَا أَوْ فَسَخَ) مَعْنَاهُ أَنَّهُ إِذَا قَالَ بِعْتُكَ عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدَرَاهِمٍ مِثْلًا فَوْجَدَهُ نَاقِصًا فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِحَصَّتِهِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ وَإِنْ وَجَدَهُ زَائِدًا أَخَذَهُ كُلَّهُ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدَرَاهِمٍ أَوْ فَسَخَ ؛ لِأَنَّ الذِّرَاعَ وَإِنْ كَانَ وَصْفًا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ أَصْلًا ؛ لِأَنَّهُ عَيْنٌ يُتَنَفَّعُ بِهِ بَانْفِرَادِهِ .

فَإِذَا سَمِيَ لِكُلِّ ذِرَاعٍ ثَمَنًا جُعِلَ أَصْلًا وَإِلَّا فَهُوَ وَصْفٌ فَإِذَا صَارَ أَصْلًا فَإِنْ وَجَدَهُ نَاقِصًا أَخَذَهُ بِحَصَّتِهِ وَبُيِّنَتْ لَهُ الْخِيَارُ لِتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ وَإِنْ وَجَدَهُ زَائِدًا فَهُوَ بِالْخِيَارِ أَيْضًا إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ كُلَّهُ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدَرَاهِمٍ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ حَصَلَ لَهُ الزِّيَادَةُ فِي الْمَبِيعِ تَلَزُمُهُ الزِّيَادَةُ فِي الثَّمَنِ فَكَانَ فِيهِ نَفْعٌ يَشُوبُهُ

ضَرَرٌ فَيُخَيَّرُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْقَدَرَ الْمُسَمَّى وَيَتَرَكَ الزَّائِدَ ؛ لِأَنَّ التَّبَعِيضَ يَضُرُّ الْبَائِعَ بِخِلَافِ الصُّبْرَةِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ بَعْضَ الْمَذْرُوعِ ابْتِدَاءً وَفِي الصُّبْرَةِ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَعْلُومٌ وَلَمَّا كَانَ الذِّرَاعُ يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ أَصْلًا أَعْتَبِرَ أَصْلًا فِي حَقِّ انْقِسَامِ الثَّمَنِ عَلَى الدُّرْعَانَ وَبَقِيَ وَصْفًا فِي حَقِّ غَيْرِهِ مِنَ الْأَحْكَامِ كَدُخُولِ الْفَاضِلِ فِي الْمَبِيعِ وَإِنْ سَمِيَ لِكُلِّ ذِرَاعٍ ثَمَنًا .

الشرح

قوله في المتن : ولو باع ثلثة

بفتح الراء المثلثة وتشديد اللام وهي القطيع من الغنم .

عيني .

قوله في المتن : ولو سمي الكل صح

أي بأن قال مائة شاة بمائة درهم أو مائة ذراع بمائة .

عيني

قوله : أخذ الموجود بحصته

أي لأن الثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المثلي مكيلاً أو مؤزواً .

كمال .

قوله : وإن لم يسم الخ

قال الأتقاني وأعلم أن المبيع إذا كان كيباً يتعلق العقد بما سمي من الكيل مثل إن قال بعث هذه الصبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم ولا يتفاوت الحكم بين أن يسمي لكل قفيز ثمننا بأن قال كل قفيز بكذا أو لم يسم فأوجد المسمى كما قدر فهو للمشتري بلا خيار

قوله : فإن وجدها ناقصة

أي عن المائة انتهى .

قوله : إن شاء أخذها بحصتها

أي من الثمن وطرح حصّة الثقصان ؛ لأن القفران لما كانت معقوداً عليها انقسم الثمن عليها قال في شرح الطحاوي وكذلك هذا الحكم في جميع الكليات وكذلك هذا الحكم في جميع الوزنيات التي ليس في تبعضها مضرّة انتهى اتقاني .

قوله : لتفرق الصفقة عليه

أي ؛ لأن العقد ورد على جملة معلومة فإذا نقصت يلزم تفرق الصفقة لا محالة .

قوله : إنا القدرُ المسمى

أي وهو مائة قفيز انتهى

قوله : فبقي على ملكه

أي الزائد على المائة انتهى .

قوله : إذ القدرُ ليس بوصفٍ

أي القدر الزائد ليس وصفاً بل هو الأصل انتهى .

قوله : ولا خيار للبائع

اعلم أن الذرعيَّات تختلفُ الجوابُ فيها بين أن يُسمى لكلِّ ذراعٍ ثَمناً بأن قال كلُّ ذراعٍ بكذا ويُنَّ أن لا يُسمى لم يكتب المحشي .

قوله : معناه إذا باع

أي ثوباً على أنه عشرة أذرعٍ بعشرة أو أرضاً على أنها مائة ذراعٍ بمائة انتهى غايةً .

قوله : كما إذا شرط معيباً فوجده سليماً

أي كما إذا باع عبداً على أنه أعمى فوجده المشتري بصيراً حيث لا خيار .

أثقاني .

قوله : أخذ بحصته أو ترك

أي لفوات الوصف المرغوب فيه .

عيني .

قوله : وإن وجده زائداً أخذه كله كل ذراع بدرهم أو فسح

وأصل هذا أن الذراع في المذروعات وصف ؛ لأنه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فإن لم يُفرد بثمان كان تابعاً محضاً فلا يُقابل بشيء من الثمن وذلك فيما إذا قال على أنها مائة بمائة ولم يزد على ذلك ، وإذا كان تابعاً محضاً في هذه الصورة والتواضع لا يُقابلها شيء من الثمن كأطراف الحيوان حتى أن من اشترى جارية فأعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن

أَوْ أُعْورَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي جَازَ لَهُ أَنْ يُرَاحَ عَلَى ثَمَنِهَا بَلَا بَيَانٍ فَعَلَيْهِ تَمَامُ الثَّمَنِ فِي صُورَةِ النِّقْصِ ، وَإِنَّمَا يَتَخَيَّرُ لِفَوَاتِ الْوَصْفِ الْمَشْرُوطِ الْمَرْغُوبِ فِيهِ كَمَا إِذَا اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ كَاتِبٌ فَوَجَدَهُ لَا يُحْسِنُ الْكِتَابَةَ وَلَوْ الزِّيَادَةُ فِي صُورَةِ الزِّيَادَةِ كَمَا إِذَا بَاعَهُ عَلَى أَنَّهُ بَعِيبٌ فَوَجَدَهُ سَلِيمًا هَذَا إِنْ لَمْ يُفْرَدَ بِالثَّمَنِ فَإِنْ أَفْرَدَ بِالثَّمَنِ وَهُوَ إِذَا قَالَ عَلَى أَنَّهَا مِائَةٌ مِائَةً كُلِّ ذِرَاعٍ بِدِرْهِمٍ صَارَ أَصْلًا وَارْتَفَعَ عَنِ التَّبَعَةِ فَتَزَلَّ كُلُّ ذِرَاعٍ بِمَنْزِلَةِ تَوْبٍ وَلَوْ بَاعَهُ هَذِهِ الرِّزْمَةُ مِنَ الثِّيَابِ عَلَى أَنَّهَا مِائَةٌ تَوْبٍ كُلُّ تَوْبٍ بِدِرْهِمٍ فَوَجَدَهَا نَاقِصَةً يُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الْأَتُوبَ الْمَوْجُودَةَ بِحَصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ وَيَبِينَ أَنْ يَفْسَخَ لِتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ .

فَكَذَا إِذَا وَجَدَ الذَّرْعَانَ نَاقِصَةً فِي هَذِهِ الصُّورَةِ وَهَذَا لِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَهَا بِكُلِّ الثَّمَنِ لَمْ يُمْكِنْ أَخْذُ كُلِّ ذِرَاعٍ بِدِرْهِمٍ وَلَوْ وَجَدَهَا زَائِدَةً لَمْ تُسَلِّمْ لَهُ الزِّيَادَةُ لِصَيُورَتِهِ أَصْلًا كَمَا لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ التَّوْبُ الْمُفْرَدُ فِيمَا إِذَا زَادَ عَدَدُ الثِّيَابِ عَلَى الْمَشْرُوطِ وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا فَرْقٌ فَإِنْ عَدَدَ الثِّيَابِ إِذَا زَادَ فَسَدَ الْبَيْعُ لِلزُّومِ جَهَالَةِ الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّ الْمُنَازَعَةَ تَجْرِي فِي تَعْيِينِ التَّوْبِ الَّذِي يُرَدُّ إِلَى الْبَائِعِ بِسَبَبِ أَنَّهُ أَصْلٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ لِيَفْسُدَ فَيُنْبِتَ لَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الزَّائِدَ بِحَصَّتِهِ وَيَبِينَ أَنْ يَفْسَخَ ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ صَحَّ لَهُ أَخْذُ الزَّائِدِ لَكُنْهُ بِضَرَرٍ يَلْحَقُهُ وَهُوَ زِيَادَةُ الثَّمَنِ وَلَمْ يَكُنْ يَلْتَزِمُ هَذِهِ الزِّيَادَةَ بَعْدَ الْبَيْعِ فَكَانَ لَهُ الْخِيَارُ وَإِذَا ظَهَرَ أَنَّهُمْ اعْتَبَرُوا الطُّولَ وَصَفًا تَارَةً وَأَصْلًا أُخْرَى وَلَمْ يَعْتَبِرُوا الْقَدْرَ فِي الْمَثَلِيَّاتِ إِلَّا أَصْلًا دَائِمًا مَعَ أَنَّ الطُّولَ وَالْعَرْضَ أَيْضًا يَرْجِعُ إِلَى الْقَدْرِ وَيُمْكِنْ أَنْ يُجْعَلَ الْقَدْرُ وَصَفًا أُحْتِجَ إِلَى الْفَرْقِ فَقِيلَ : لِأَنَّ الْمَثَلَ لَا يَنْقُصُ قِيَمَتُهُ بِنُقْصَانِ الْقَدْرِ فَإِنَّ الصُّبْرَةَ الْكَائِنَةَ مِائَةً قَفِيزٍ لَوْ صَارَتْ قَفِيزَيْنِ فِي الْعِلَّةِ لَمْ تَنْقُصْ قِيَمَةَ الْقَفِيزِ بِخِلَافِ التَّوْبِ وَالْأَرْضِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ التَّوْبَ الَّذِي عَادَتْهُ عَشْرَةٌ وَهُوَ قَدْرٌ مَا يَفْصِلُ قَبَاءً أَوْ فَرَجِيَّةً كَانَ بِثَمَنِ إِذَا قُسِمَ عَلَى أَجْزَائِهِ يُصِيبُ كُلُّ ذِرَاعٍ مِنْهُ مَقْدَارٌ وَلَوْ أَفْرَدَ الذَّرْعَ وَبِيعَ بِمُفْرَدِهِ لَمْ يُسَاوِ فِي الْأَسْوَاقِ ذَلِكَ الْمَقْدَارَ بِأَقْلٍ مِنْهُ بِكَثِيرٍ وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ الْغَرَضَ الَّذِي يُصْنَعُ بِالتَّوْبِ الْكَامِلِ فَعَلِمْنَا أَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنْهُ لَمْ يُعْتَبَرِ كَتَوْبٍ كَامِلٍ مُفْرَدٍ .

فَتَحَّ .

قَالَ (وَفَسَدَ بَيْعُ عَشْرَةِ أَذْرُعٍ مِنْ دَارٍ لَا أَسْهُمَ) أَيُّ لَا يَفْسُدُ بَيْعُ عَشْرَةِ أَسْهُمٍ مِنْ دَارٍ وَهَذَا مُشْكِلٌ فَإِنَّهُ لَوْ بَاعَ عَشْرَةَ أَسْهُمٍ مِنْ دَارٍ وَغَيْرِهَا وَلَمْ يَقُلْ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ وَنَحْوِهِ يَفْسُدُ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ لَا تُعْرَفُ نِسْبَتُهُ إِلَى جَمِيعِ الدَّارِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ عَشْرَةُ أَسْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ أَوْ مِنْ ثَلَاثِينَ مَثَلًا حَيْثُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ ، عَشْرٌ أَوْ ثَلَاثٌ وَلَعَلَّ الشَّيْخَ قَصَدَ هَذَا وَلَكِنْ إِحْكَافُهُ فِي الْإِخْتِصَارِ أَذَاهُ إِلَيْهِ ، وَقَوْلُهُ وَفَسَدَ بَيْعُ عَشْرَةِ أَذْرُعٍ مِنْ دَارٍ هُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ عَلَى قَوْلَيْهِمَا فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَا يَجُوزُ عِنْدَهُمَا لِلْجَهَالَةِ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ اشْتَرَى سَهْمًا مِنْهَا أَوْ عَشْرَةَ أَسْهُمٍ مِنْهَا وَلَمْ يَقُلْ مِنْ كَذَا سَهْمًا وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْجَهَالَةَ يُمَكِّنُ رَفْعَهَا بِالذَّرْعِ فَتُعْرَفُ فَلَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ اشْتَرَى سَهْمًا مِنْهَا أَوْ عَشْرَةَ أَسْهُمٍ إِذْ لَا يُمَكِّنُ رَفْعَ الْجَهَالَةِ فِيهِ وَلَوْ بَاعَ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ فَسَدَ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ إِذَا كَانَتْ الدَّارُ مِائَةَ ذِرَاعٍ لِأَنَّهُ عَشْرُهَا فَأَشْبَهَ عَشْرَةَ أَسْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ ، وَلَوْ أَنَّ الذَّرْعَ اسْمٌ لَالَةٍ يُدْرَعُ بِهَا وَاسْتَعِيرَ لِمَا يَحُلُّهُ الذَّرْعُ وَهُوَ مُعَيَّنٌ لَا مُشَاعَ ثُمَّ لَا يُعْلَمُ مَحَلُّهُ مِنْ أَيِّ الْجَوَانِبِ هُوَ عَلَى التَّعْيِينِ فَلَا يَجُوزُ كَمَا لَوْ بَاعَ أَحَدَ الْعَبْدَيْنِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ عَشْرَةَ أَسْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ ؛ لِأَنَّهُ شَائِعٌ فَلَا يُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ ، وَذَكَرَ الْخَصَافُ أَنَّ الْفَسَادَ عِنْدَهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ جُمْلَةَ الذَّرْعَانِ ، وَأَمَّا إِذَا عَلِمَ جُمْلَتَهَا فَيَجُوزُ عِنْدَهُ فَجَعَلَهَا نَظِيرَ بَيْعِ شَيْءٍ مِنَ الْقَطِيعِ كُلِّ شَاةٍ بِدِينَارٍ فَإِنَّهُ إِنْ عَلِمَ عَدَدَهَا جُمْلَةً يَجُوزُ عِنْدَهُ وَإِلَّا فَلَا .

وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ مُطْلَقًا لِمَا ذَكَرْنَا .

الشرح

قوله : وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ يَجُوزُ
أَيَّ عِنْدَهُمَا وَهُوَ الْأَصَحُّ انْتَهَى ابْنُ فَرِّشْتَا .

قوله : ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْجَهَالَةَ يُمَكِّنُ رَفْعُهَا بِالذَّرْعِ
أَيَّ بَأْنَ يُذَرَّعَ جَمِيعُ الدَّارِ فَيَعْرِفُ أَنَّ الْمَبِيعَ عَشْرُهَا أَوْ خُمُسُهَا انْتَهَى .

قوله : بِخِلَافِ مَا لَوْ اشْتَرَى سَهْمًا مِنْهَا أَوْ عَشْرَةَ
أَيَّ وَلَمْ يَقُلْ مِنْ كَذَا سَهْمًا انْتَهَى أَتَّقَانِي .

قوله : إِذَا لَا يُمَكِّنُ رَفْعُ الْجَهَالَةِ فِيهِ
أَيَّ فَكَانَتْ مُفْسِدَةً لِلْعَقْدِ .

أَتَّقَانِي .

قوله : وَلَوْ بَاعَ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ

قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ : وَمَنْ بَاعَ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنْ دَارٍ أَوْ حَمَّامٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ هُوَ جَائِزٌ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَإِنْ اشْتَرَى عَشْرَةَ أَسْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ حَازَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا وَمَبْنَى الْخِلَافِ عَلَى أَنَّ الْمُؤَدَّى مِنْ بَيْعِ عَشْرَةِ أَذْرُعٍ مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ مُعَيَّنٌ أَوْ شَائِعٌ فَعِنْدَهُمَا شَائِعٌ كَأَنَّهُ بَاعَ عَشْرَ مِائَةٍ وَبَيْعُ الشَّائِعِ جَائِزٌ اتَّفَقَا كَمَا فِي بَيْعِ عَشْرَةِ أَسْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ وَعِنْدَهُ مُؤَدَّاهُ قَدْرٌ مُعَيَّنٌ وَالْجَوَانِبُ مُخْتَلِفَةٌ الْحُدُودُ فَتَقَعُ الْمُنَازَعَةُ فِي تَعْيِينِ مَكَانِ الْعَشْرَةِ فَيَفْسُدُ الْبَيْعُ فَلَوْ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ مُؤَدَّى عَشْرَةِ أَذْرُعٍ مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنْ هَذِهِ الدَّارِ شَائِعٌ لَمْ يَخْتَلَفُوا ، وَلَوْ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ مُعَيَّنٌ لَمْ يَخْتَلَفُوا فَهُوَ نَظِيرُ اخْتِلَافِهِمْ فِي نِكَاحِ الصَّابِئَةِ مَبْنًى عَلَى أَنَّهُمْ يَعْبُدُونَ الْكُوكَبَ وَلَا كِتَابَ لَهُمْ أَوْ لَهُمْ كِتَابٌ فَلَوْ اتَّفَقُوا عَلَى الثَّانِي اتَّفَقُوا عَلَى جَوَازِهِ أَوْ عَلَى الْأَوَّلِ اتَّفَقُوا عَلَى عَدَمِ الْجَوَازِ فَالْشَّأْنُ فِي تَرْجِيحِ الْمَبْنِيِّ انْتَهَى .

قوله : إِذَا كَانَتْ الدَّارُ الْبَيْعُ

قَالَ الْأَتَّقَانِيُّ مَعْنَى قَوْلِهِ ، وَقَالَ هُوَ جَائِزٌ إِذَا كَانَتْ الدَّارُ كُلُّهَا مِائَةِ ذِرَاعٍ هَكَذَا ذَكَرَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ وَالْإِمَامُ الرَّاهِدُ الْعَتَابِيُّ فِي شَرْحِهِمَا وَيُفْهِمُ هَذَا الْقَيْدُ مِنْ تَعْلِيلِهِمَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْعَشْرَةَ إِنَّمَا تَكُونُ عَشْرَ الدَّارِ إِذَا كَانَ كُلُّهَا مِائَةً أَمَّا إِذَا كَانَ أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ فَلَا وَجْهَ قَوْلِهِمَا أَنَّ بَيْعَ عَشْرِ الدَّارِ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ وَالْعَشْرَةُ الْأَذْرُعُ مِنَ الْمِائَةِ عَشْرٌ فَجَازَ ، وَلِهَذَا يَجُوزُ بَيْعُ عَشْرَةِ أَسْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ مِنْهَا إجماعًا وَوَجْهَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ عَلَى قَدْرِ مِنَ الدَّارِ مُعَيَّنٍ لَا عَنْ شَائِعٍ وَذَلِكَ الْقَدْرُ مَجْهُولٌ فِي نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ مَوْضِعَهُ لَا يُعْلَمُ أَمِنْ جَانِبٍ شَرْقِيٍّ هُوَ أَوْ مِنْ جَانِبٍ غَرْبِيٍّ أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا فَيَصِيرُ هُوَ تَابِعًا فِي الْحَقِيقَةِ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ عَيْنًا مِنَ الدَّارِ وَتِلْكَ الْأَذْرُعُ مَجْهُولَةٌ فِي نَفْسِهَا فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمَجْهُولِ فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاعَ بَيْتًا مِنْ بُيُوتِ الدَّارِ وَلَمْ يُعَيِّنِ الْبَيْتَ أَوْ بَاعَ قِسْمًا مِنَ الْأَقْسَامِ مِنَ الدَّارِ الْمَقْسُومَةِ عَلَى ثَلَاثٍ وَهَذَا لِأَنَّ الْقِسْمَ لَيْسَ بِاسْمٍ لِلشَّائِعِ بَلْ هُوَ اسْمٌ لِحِزْبٍ مُقَدَّرٍ مُعَيَّنٍ لَكِنَّهُ لَمَّا كَانَ مَجْهُولًا فِي

نَفْسِهِ لِحَافَةِ مَوْضِعِهِ لَمْ يَجْزِ الْبَيْعُ بِخِلَافِ عَشْرِ الدَّارِ أَوْ بَيْعِ عَشْرَةِ أَسْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ مِنَ الدَّارِ ؛ لِأَنَّ الْعَشْرَ اسْمٌ آخَرُ لِشَائِعٍ مَعْلُومٍ فِي نَفْسِهِ وَكَذَلِكَ عَشْرَةُ أَسْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ فَإِنَّهَا عَشْرٌ أَيْضًا وَالسَّهْمُ لَا يُشْبِهُ الذَّرَاعَ ، أَلَا تَرَى أَنَّ ذِرَاعًا مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِثْلُ ذِرَاعٍ مِنْ عَشْرَةِ فَظَهَرَ الْفَرْقُ وَبَيَّنَّ مَا قُلْنَا أَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ عَلَى قَدَرٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الدَّارِ لَا عَلَى شَائِعٍ إِذَا الذَّرَاعُ فِي الْأَصْلِ اسْمٌ لِحَشِيَّةٍ يُذَرَعُ بِهَا الْمَسْسُوحُ وَلَيْسَتْ هِيَ بِمِرَادَةٍ مِنَ الْبَيْعِ بَلِ الْمِرَادُ مَا يَحِلُّهُ الذَّرَاعُ وَيُجَاوِرُهُ مَجَازًا بِإِطْلَاقِ اسْمِ الْحَالِ عَلَى الْمَحَلِّ وَمَا يَحِلُّهُ الذَّرَاعُ مُعَيَّنٌ لَا شَائِعٌ ؛ لِأَنَّ الشَّائِعَ لَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يُذَرَعَ فَلَمْ يَصِحَّ أَنْ يُسْتَعَارَ الذَّرَاعُ لِلشَّائِعِ ؛ لِأَنَّ الشَّائِعَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلذَّرَاعِ فَلَمَّا أُريدَ مِنَ الذَّرَاعِ مَا يَحِلُّهُ وَهُوَ مُعَيَّنٌ لَكِنَّهُ مَجْهُولُ الْوَضْعِ بَطَلَ الْعَقْدُ وَقَوْلُهُمَا اسْتِحْسَانٌ وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ قِيَاسٌ

قوله : فاشتبى عشرة أسهم من مائة سهم

وبه قالت الثلاثة .

قَالَ (وَإِنْ اشْتَرَى عَدْلًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَثْوَابٍ فَتَقَصَّ أَوْ زَادَ فَسَدَ) يَعْنِي إِذَا اشْتَرَاهُ بِعَشْرَةِ دَنَانِيرٍ مِثْلًا وَلَمْ يُبَيِّنْ ثَمَنَ كُلِّ ثَوْبٍ ثُمَّ إِذَا وَجَدَهُ نَاقِصًا أَوْ زَائِدًا فَسَدَ الْبَيْعُ لِحَافَةِ الْمُبِيعِ فِي الزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَرُدَّ الثَّوْبُ الزَّائِدَ فَيَتَنَازَعَانِ فِي الْمَرْدُودِ وَلِحَافَةِ الثَّمَنِ فِي فَصْلِ التَّقْصَانِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يُسْقِطَ حَصَّةَ ثَمَنِ الْمَعْدُومِ وَهُوَ مَجْهُولٌ فَيُؤَدِّي إِلَى التَّزَاوُعِ ، قَالَ (وَلَوْ بَيَّنَّ ثَمَنَ كُلِّ ثَوْبٍ وَتَقَصَّ صَحَّ بِقَدَرِهِ وَخَيْرٌ وَإِنْ زَادَ فَسَدَ) ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ زَائِدًا تَبَقِيَ الْجَهَالَةُ فِي الْمَرْدُودِ فَيُؤَدِّي إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَفِي فَصْلِ التَّقْصَانِ ثَمَنُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الثِّيَابِ مَعْلُومٌ فَالْمَوْجُودُ يَصِحُّ فِيهِ الْبَيْعُ وَيَبْطُلُ فِي الْمَعْدُومِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَفْسُدُ فِي فَصْلِ التَّقْصَانِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ جَمْعٌ بَيْنَ مَعْدُومٍ وَمَوْجُودٍ فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ فَصَارَ قَبُولُ الْعَقْدِ فِي الْمَعْدُومِ شَرْطًا لِقَبُولِهِ فِي الْمَوْجُودِ فَكَانَ فَاسِدًا كَمَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ وَبَيْنَ ثَمَنٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوْ بَاعَ ثَوْبَيْنِ عَلَى أَنَّهُمَا هَرَوِيَّانِ وَبَيَّنَّ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَإِذَا أَحَدُهُمَا مَرُوءِيٌّ فَإِنَّ الْعَقْدَ عِنْدَهُ فَاسِدٌ فِي الصُّورَتَيْنِ فَكَذَا هَذَا وَعِنْدَهُمَا جَائِزٌ فَكَذَا هَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْبَيْعَ يَتَعَدَّدُ بِتَفْصِيلِ الثَّمَنِ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ يَتَعَدَّدُ لَفْظَةُ الْبَيْعِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَجُوزُ فِي فَصْلِ التَّقْصَانِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ قَبُولَ الْعَقْدِ فِي الْمَعْدُومِ شَرْطًا لِقَبُولِهِ فِي الْمَوْجُودِ بَلْ قَصَدَ بَيْعَ الْمَوْجُودِ إِلَّا أَنَّهُ غَلَطَ فِي الْعَدَدِ ، بِخِلَافِ الْمُسْتَشْهَدِ بِهِ فَإِنَّهُ قَصَدَ الْإِيجَابَ فِيهِمَا فَجَعَلَ قَبُولَ الْعَقْدِ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَرْطًا لِقَبُولِهِ فِي الْآخَرِ وَهُوَ شَرْطٌ فَاسِدٌ يُحَقِّقُهُ أَنَّ الشَّيْئَيْنِ الْمَوْصُوفَيْنِ بِوَصْفٍ إِذَا دَخَلَ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ كَانَ قَبُولُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَرْطًا لِصِحَّةِ الْعَقْدِ فِي الْآخَرِ بِذَلِكَ الْوَصْفِ ، إِذْ لَيْسَ لِلْمُسْتَشْتَرِي أَنْ يَقْبَلَ الْعَقْدَ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ فَإِذَا انْعَدَمَ ذَلِكَ الْوَصْفُ فِي أَحَدِهِمَا كَانَ ذَلِكَ شَرْطًا فَاسِدًا فِي الْآخَرِ فَبِالنَّظَرِ إِلَى وُجُودِ ذَلِكَ الشَّيْءِ كَانَ شَرْطًا وَبِالنَّظَرِ إِلَى انْعِدَامِ ذَلِكَ الْوَصْفِ كَانَ فَاسِدًا ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا مَعْدُومًا بِذَاتِهِ وَوَصَفِهِ لَمْ يَكُنْ دَاخِلًا فِي الْعَقْدِ حَتَّى يَكُونَ قَبُولُهُ شَرْطًا لِصِحَّةِ الْعَقْدِ فِي الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْدُومٌ فَلَا يُتَصَوَّرُ فِيهِ الْقَبُولُ بَلْ هُوَ غَلَطٌ مُحْضٌ .

الشرح

قوله في الثمن : وإن اشترى عدلًا

صُورَتُهَا أَنْ يَقُولَ بَيْتُكَ مَا فِي هَذَا الْعَدْلِ عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَثْوَابٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ مِثْلًا وَلَمْ يَفْصِلْ لِكُلِّ ثَوْبٍ ثَمَنًا بَلْ قَابَلَ الْمَجْمُوعَ بِالْمَجْمُوعِ فَإِذَا هُوَ تِسْعَةٌ أَوْ أَحَدُ عَشَرَ فَسَدَ الْبَيْعُ .

فَتَحَّ .

قوله : لَأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ مَعْدُومٍ وَمَوْجُودٍ

أَيَّ وَلَمْ يَجْزُ فِي الْمَعْدُومِ فَتَعَدَّى إِلَى الْمَوْجُودِ .

أَتَقَانِي .

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ أَخَذَهُ بِعَشْرَةٍ فِي عَشْرَةٍ وَنِصْفٍ بِلَا خِيَارٍ وَتِسْعَةً فِي تِسْعَةٍ وَنِصْفٍ بِخِيَارٍ)
مَعْنَاهُ إِذَا اشْتَرَى ثَوْبًا وَاحِدًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ فَإِذَا هُوَ عَشْرَةٌ وَنِصْفٌ أَوْ تِسْعَةٌ وَنِصْفٌ يَأْخُذُهُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ بِعَشْرَةٍ
مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي يَأْخُذُهُ بِتِسْعَةٍ إِنْ شَاءَ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَأْخُذُهُ فِي الْأَوَّلِ بِأَحَدٍ عَشَرَ وَفِي
الثَّانِي يَأْخُذُهُ بِعَشْرَةٍ وَيُخَيِّرُ فِي الْوَجْهِينِ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَأْخُذُهُ فِي الْأَوَّلِ بِعَشْرَةٍ وَنِصْفٍ وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي بِعَشْرَةٍ لَا نِصْفًا وَيُخَيِّرُ
فِيهِمَا ؛ لَأَنَّهُ لَمَّا سَمِيَ لِكُلِّ ذِرَاعٍ ثَمَنًا عَلَى حِدَةٍ التَّحَقُّ بِالْقَدْرِ وَمِنْ ضَرُورَةِ مُقَابَلَةِ الذِّرَاعِ بِالدِّرْهَمِ مُقَابَلَةُ النِّصْفِ بِالنِّصْفِ كَالْمَكِيلِ ،
وَإِنَّمَا يُخَيِّرُ ؛ لَأَنَّهُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ أَزْدَادَ الثَّمَنِ بِزِيَادَةِ نِصْفِ ذِرَاعٍ وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي انْتَقَصَ الثَّوْبُ عَمَّا شَرِطَ فَيُخَيِّرُ كَيْ لَا يَتَضَرَّرَ
وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَمَّا قَابَلَ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ صَارَ كُلُّ ذِرَاعٍ كَتُوبٌ عَلَى حِدَةٍ بِيَعٍ عَلَى أَنَّهُ ذِرَاعٌ بِدِرْهَمٍ فَإِذَا وَجَدَهُ نَاقِصًا لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ
لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ وَصَفُ وَتَغْيِيرُ الْأَوْصَافِ لَا يُوجِبُ سُقُوطَ شَيْءٍ مِنَ الثَّمَنِ ، ثُمَّ يُخَيِّرُ فِيهِمَا ؛ لَأَنَّهُ أَزْدَادَ الثَّمَنِ عَلَيْهِ فِيمَا إِذَا وَجَدَهُ زَائِدًا
وَأَنْتَقَصَ الْمَبِيعُ فِي الْآخِرِ فَلَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ بِهِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الذِّرَاعَ فِيهِ وَصْفٌ فِي الْأَصْلِ ، وَإِنَّمَا أَخَذَ حُكْمَ الْمِقْدَارِ بِالشَّرْطِ
وَهُوَ مُقَيَّدٌ بِالذِّرَاعِ وَبِكَوْنِهِ مُقَابِلًا بِالدِّرَاهِمِ فَعِنْدَ عَدَمِهِمَا عَادَ الْحُكْمُ إِلَى الْأَصْلِ ، ثُمَّ لَا يُخَيِّرُ فِي فَصْلِ الزِّيَادَةِ ؛ لَأَنَّهُ مُخَالَفَةٌ إِلَى خَيْرٍ وَفِي
التَّقْصَانِ يُخَيِّرُ لِفَوَاتِ الْوَصْفِ الْمَرْغُوبِ فِيهِ قَبْلَ هَذَا الْاِخْتِلَافِ فِي ثِيَابٍ يَضُرُّهَا الْقَطْعُ أَوْ تَتَفَاوَتْ جَوَانِبُهَا كَالْعَمَائِمِ وَالْقُمَصَانِ وَالْأَقْبِيَةِ ،
وَأَمَّا الثِّيَابُ الَّتِي لَا تَتَفَاوَتْ جَوَانِبُهَا كَالْبَطَائِنِ وَنَحْوَهَا فَلَا تُسَلِّمُ لَهُ الزِّيَادَةُ ؛ لَأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِهِذِهِ الصِّفَةِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَعَلَى
هَذَا يَجُوزُ بَيْعُ ذِرَاعٍ مِنْهُ كَبَيْعِ قَفِيزٍ مِنْ صَبْرَةٍ إِذْ لَا يَصْرُهُ التَّبَعِيضُ .

الشرح

قوله : يَأْخُذُهُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ

أَيَّ وَسَلَّم لَهُ النِّصْفَ مَحَاجًا

قوله : وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي يَأْخُذُهُ بِعَشْرَةٍ

فَأَبُو يُوسُفَ جَعَلَ نِصْفَ ذِرَاعٍ بِمَنْزِلَةِ ذِرَاعٍ كَامِلٍ فَلِهَذَا يَأْخُذُهُ فِي الْأَوَّلِ بِأَحَدٍ عَشَرَ وَفِي الثَّانِي بِعَشْرَةٍ .

قوله : وقال محمد يأخذه في الأول بعشرة ونصف إلخ

قَالَ الْإِثْنَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَأْخُذُهُ فِي الْأَوَّلِ بَعَشْرَةَ وَنِصْفٍ وَفِي الثَّانِي بِتِسْعَةٍ وَنِصْفٍ وَلَهُ الْخِيَارُ فِي الْوَجْهَيْنِ أَيْضًا اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذِرَاعٍ لَوْ قُبِلَ بِدَرَاهِمٍ يَكُونُ كُلُّ نِصْفِ ذِرَاعٍ مُقَابِلًا بِنِصْفِ دَرَاهِمٍ لَا مَحَالَةَ وَهَذَا ظَاهِرٌ ثُمَّ إِذَا زَادَ الذِّرَاعُ الْكَامِلُ يَأْخُذُهُ بِأَحَدٍ عَشَرَ فَيَتَبَعِي أَنْ يَأْخُذَ بَعَشْرَةَ وَنِصْفٍ إِذَا زَادَ نِصْفُ ذِرَاعٍ لَكِنْ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ فِي الْوَجْهَيْنِ فِي الزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ نَفْعٌ يَشُوبُهُ ضَرَرٌ وَفِي التَّقْصَانِ لَتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ وَجْهٌ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ كُلَّ ذِرَاعٍ لَمَّا أُفْرِدَ بِذِكْرِ بَدَلٍ كَانَ كُلُّ ذِرَاعٍ كَتُوبٍ بِيَعٍ عَلَى أَنَّهُ ذِرَاعٌ فَإِذَا انْتَقَصَ الثُّوبُ مِنَ الذِّرَاعِ لَمْ يَنْتَقِصْ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ فَكَذَا هَذَا لَكِنْ الْخِيَارُ فِي الزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ نَفْعٌ يَشُوبُهُ مَضَرَّةٌ وَفِي التَّقْصَانِ لِفَوَاتِ الْوَصْفِ الْمَرْغُوبِ فِيهِ وَوَجْهٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الذِّرَاعَ يُعْتَبَرُ وَصْفًا فِي الْأَصْلِ ، وَإِنَّمَا نَأْخُذُ حُكْمَ الْأَصْلِ إِذَا وَجَدَ الشَّرْطَ ثُمَّ الشَّرْطُ وَجَدَ فِي الذِّرَاعِ لَا فِيمَا دُونَهَا فَكَانَ الْحُكْمُ فِيمَا دُونَ الذِّرَاعِ بَاقِيًا عَلَى الْأَصْلِ فَكَانَ وَصْفًا وَالْوَصْفُ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ لَكِنْ لَيْسَ لَهُ الْخِيَارُ فِي صُورَةِ الزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّ الْعَشْرَةَ وَالنِّصْفَ بِمَنْزِلَةِ الْعَشْرَةِ الْجَيِّدَةِ فَإِذَا اشْتَرَى شَيْئًا عَلَى أَنَّهُ مَعِيبٌ فَوَجَدَهُ سَلِيمًا

يَأْخُذُهُ بِلَا خِيَارٍ فَكَذَا هُنَا وَفِي صُورَةِ التَّقْصَانِ يَأْخُذُهُ بِتِسْعَةٍ إِنْ شَاءَ ؛ لِأَنَّ النِّصْفَ الرَّائِدَ عَلَى التَّسْعَةِ بِمَنْزِلَةِ الْوَصْفِ فَلَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ لَكِنْ لَهُ الْخِيَارُ لِفَوَاتِ الْوَصْفِ الْمَرْغُوبِ فِيهِ وَهُوَ النِّصْفُ النَّاقِصُ عَنِ الْعَشْرَةِ وَبِقَوْلِ مُحَمَّدٍ نَأْخُذُ قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ ثُمَّ مِنَ الشَّارِحِينَ مَنْ اخْتَارَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ وَفِي الذَّخِيرَةِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ أَصَحُّ وَذَكَرَ حَاصِلَ الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ لَهُ وَفِي قَوْلِهِ مُقَيَّدٌ بِكَوْنِهِ ذِرَاعًا إِشَارَةً إِلَى الْجَوَابِ عَنْ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَنْقَسِمُ أَجْزَاءُ الدَّرَاهِمِ عَلَى أَجْزَاءِ الذِّرَاعِ فَقَالَ هَذَا إِذَا كَانَ تَمَامُ الذِّرَاعِ مَوْجُودًا وَالْمَوْجُودُ هُنَا بَعْضُهُ وَبَعْضُهُ لَيْسَ كُلُّهُ فَكَانَ لِلْبَعْضِ مِنْهُ حُكْمُ الْوَصْفِ لِلانعدامِ الْمُقَابِلَةِ بِهِ

قوله : قيل هذا باختلاف إلخ

قَالَ الْإِثْنَانِيُّ قَالَ الزَّاهِدُ الْعَتَابِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَالَ مَشَايِخُنَا هَذَا فِي الثُّوبِ الَّذِي يَتَعَيَّبُ بِقَطْعِ بَعْضِهِ كَالْقَمِيصِ وَالسَّرَاوِيلِ وَالْعِمَامَةِ وَنَحْوِهَا فَأَمَّا إِذَا كَانَ كَرَبَاسًا لَا يَضُرُّهُ الْقَطْعُ فَاشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةٌ أَذْرُعٍ فَوَجَدَهُ إِحْدَى عَشْرَةَ لَا تُسَلِّمُ لَهُ الزِّيَادَةُ بَلْ تُرَدُّ عَلَى الْبَائِعِ كَمَا فِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ وَعَلَى هَذَا قَالُوا لَوْ بَاعَ ذِرَاعًا مِنْ هَذَا الْكَرَبَاسِ يَجُوزُ كَمَا لَوْ بَاعَ قَفِيرًا مِنْ صَبْرَةٍ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ وَالتَّمْيِيزَ لَا يَضُرُّ بِالْبَاقِي وَلَوْ بَاعَ ذِرَاعًا مِنْ هَذَا الْقَمِيصِ أَوْ مِنْ هَذِهِ الْعِمَامَةِ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ يَضُرُّ فَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ جَذْعًا فِي السَّقْفِ أَوْ حَلِيَّةً فِي السَّيْفِ لَا يَجُوزُ لَمَّا قُلْنَا كَذَا هُنَا إِلَّا إِذَا قَطَعَهُ وَسَلَّمَهُ وَقَبْلَ الْمُشْتَرِي فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ بِطَرِيقِ الْإِبْتِدَاءِ إِلَى هُنَا لَفْظُ كِتَابِ الْعَتَابِيِّ

قوله : فإنا نسلم له

(الزِّيَادَةُ)

أَيُّ لَا يَطِيبُ لِلْمُشْتَرِي مَا زَادَ عَلَى الْمَشْرُوطِ .

هَذَانِي .

(فَصْلٌ) قَالَ (يَدْخُلُ الْبِنَاءُ وَالْمَفَاتِيحُ فِي بَيْعِ الدَّارِ وَالشَّجَرِ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ بِلَا ذِكْرِ) ؛ لِأَنَّ اسْمَ الدَّارِ لِلْعَرِصَةِ فِي الْأَصْلِ وَفِي الْعُرْفِ يَتَنَاولُ الْبِنَاءَ تَبَعًا لِكَوْنِهِ مُتَّصِلًا بِهَا اتِّصَالُ قَرَارٍ ، وَكَذَا الشَّجَرُ مُتَّصِلٌ بِالْأَرْضِ لِلْقَرَارِ فَيَدْخُلُ فِي بَيْعِهَا تَبَعًا لَهَا وَاخْتَلَفُوا فِي شَجَرٍ غَيْرِ مُثْمَرٍ

وَفِي شَجَرٍ صَغِيرٍ قِيلَ لَا يَدْخُلَانِ ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْمُثْمِرَةِ تُقْلَعُ لِلْحَطَبِ وَالْخَشَبِ لِيَبْنِيَ عَلَيْهَا وَالصَّغِيرَةُ تُنْقَلُ مِنْ مَكَانِهَا فَصَارَا كَالزَّرْعِ وَقِيلَ يَدْخُلَانِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ نَهَائِيَّتَهُمَا لَيْسَ لَهَا حَدٌّ مَعْلُومٌ يَخْلَافُ الزَّرْعَ ، وَالْمَرَادُ بِالْمَفَاتِيحِ إِذَا كَانَ غَلْقُهَا مُتَّصِلًا بِالْدَّارِ مُرَكَّبَةً فِيهَا مِثْلُ الْكَيْلُونِ وَالضَّبَّةِ ؛ لِأَنَّهَا تَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ حَيْثُ تَبَعًا لَهَا فَيَدْخُلُ الْمَفَاتِيحُ تَبَعًا لِلْإِغْرَاقِ إِذْ لَا يُتَنَفَّعُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِدُونِ الْآخَرِ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْغَلْقُ مُرَكَّبًا فِيهَا كَالْقِفْلِ لَا يَدْخُلُ الْغَلْقُ لِعَدَمِ الْإِتِّصَالِ وَلَا الْمِفْتَاحُ ؛ لِأَنَّهُ فِي الْقِيَاسِ لَا يَدْخُلُ أَصْلًا إِلَّا أَنَا اسْتَحْسَنَّا ذَلِكَ فِيمَا إِذَا دَخَلَ الْغَلْقُ تَبَعًا لَهُ فَإِذَا لَمْ يَدْخُلْ بَقِيَ عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ .

ثُمَّ الْأَصْلُ فِي جِنْسِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ أَنَّ الشَّيْءَ إِذَا كَانَ مُتَّصِلًا بِالْبَيْعِ اتَّصَلَ قَرَارُ دَخَلٍ فِي الْبَيْعِ تَبَعًا وَإِلَّا فَلَا ، إِذَا جَرَى الْعُرْفُ بِالْدُّخُولِ فِيهِ كَالْمِفْتَاحِ وَالسَّلْمِ الْمُتَّصِلِ بِالْبِنَاءِ يَدْخُلُ وَلَوْ كَانَ مِنْ خَشَبٍ وَغَيْرِ الْمُتَّصِلِ لَا يَدْخُلُ وَالسَّرِيرُ كَالسَّلْمِ هَكَذَا ذَكَرَهُ فِي الْكَافِي وَهَذَا فِي عُرْفِهِمْ وَفِي عُرْفِ أَهْلِ مِصْرَ يَنْبَغِي أَنْ يَدْخُلَ السَّلْمُ وَإِنْ كَانَ مُنْفَصِلًا وَالظُّلَّةُ لَا تَدْخُلُ فِي بَيْعِ الدَّارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا تَدْخُلُ إِذَا كَانَ مِفْتَاحُهَا مِنْ دَاخِلِ وَتِيَابُ الْعُلَامِ وَالْجَارِيَةِ تَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ لِلْعُرْفِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِيَابًا مُرْتَفِعَةً تُلْبَسُ لِلْعَرْضِ فَلَا تَدْخُلُ إِلَّا بِالشَّرْطِ لِعَدَمِ الْعُرْفِ إِذْ الْعُرْفُ فِي تِيَابِ الْبِذَلَةِ وَالْمِهْنَةِ ، ثُمَّ الْبَائِعُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَعْطَى الَّذِي عَلَيْهِ وَإِنْ شَاءَ أَعْطَى غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّ الدَّاحِلَ بِحُكْمِ الْعُرْفِ كَسَوَةِ مِثْلُهَا لَا يَعْنِيهَا ، وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ حَتَّى لَوْ اسْتَحَقَّ ثَوْبٌ مِنْهَا لَا يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ بِشَيْءٍ ، وَكَذَا إِذَا وَجَدَ بِهَا عَيْبًا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا وَلَوْ وَجَدَ بِالْجَارِيَةِ عَيْبًا كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا بِدُونِ تِلْكَ التِّيَابِ وَحِطَامِ الْبُعِيرِ وَالْحَبْلِ الْمَشْدُودِ فِي عُنُقِ الْحِمَارِ وَالْعِدَارِ وَالْبِرْدَعَةِ وَالْإِكَافِ يَدْخُلُ لِلْعُرْفِ بِخِلَافِ سَرَجِ الدَّابَّةِ وَلِحَامِهَا وَالْحَبْلِ الْمَشْدُودِ عَلَى قَرْنِ الْبَقَرِ وَالْحَمَلِ حَيْثُ لَا يَدْخُلُ إِلَّا بِالشَّرْطِ لِعَدَمِ الْعُرْفِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْعُرْفُ بِخِلَافِهِ وَفَصِيلُ النَّاقَةِ وَفُلُو الرَّمَكَةِ وَحَشَشُ الثَّانِ وَالْعُجُولُ وَالْحَمَلُ إِنْ ذُهِبَ بِهِ مَعَ الثَّامِّ إِلَى مَوْضِعِ الْبَيْعِ دَخَلَ فِيهِ لِلْعُرْفِ وَإِلَّا فَلَا .

الشرح

(فصل) لَمَّا ذَكَرَ قَبْلَ هَذَا مَا يَنْعَقِدُ بِهِ الْبَيْعُ وَمَا لَا يَنْعَقِدُ مَعَ لَوْ أَحَقَّهْمَا شَرَعَ يُبَيِّنُ فِي هَذَا الْفَصْلِ مَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ وَمَا لَا يَدْخُلُ وَاسْتَبْعَ مَا يَخْرُجُ بِالِاسْتِثْنَاءِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مُلَخَّصًا مِنَ الْأَثْقَانِي وَالْكَمَالِ .

قوله : وفي العرف يتناول البناء

قَالَ الْأَثْقَانِي وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ اسْمَ الدَّارِ فِي الْعُرْفِ يَتَنَاوَلُ الْبِنَاءَ وَالْعَرْصَةَ حَمِيْعًا فَيَدْخُلُ الْبِنَاءُ كَالْعَرْصَةِ وَالْمُطْلَقُ مِنَ الْأَلْفَازِ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمُتَفَاهِمِ فِي الْعُرْفِ وَلَا يُفْهَمُ فِي الْعُرْفِ مِنْ بَيْعِ الدَّارِ بَيْعُ عَرْصَتِهَا لَا بِنَاؤُهَا بَلْ يَبْعُهُمَا حَمِيْعًا قَالَ الْكَمَالُ وَاسْتَدَلَّ الْمُصَنِّفُ عَلَى دُخُولِ الْبِنَاءِ بِأَنَّ اسْمَ الدَّارِ يَتَنَاوَلُ الْعَرْصَةَ وَالْبِنَاءَ وَبِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا اتَّصَالَ قَرَارٍ وَاسْتَشْكَلَ الْأَوَّلُ بِمَسْأَلَةٍ مَا لَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارُ فَدَخَلَهَا بَعْدَ مَا انْهَدَمَتْ يَحْتَفِظُ فَلَوْ كَانَ مِنْ مُسَمًّى لَفُظَ الدَّارِ لَمْ يَحْتَفِظْ وَهَذَا لَوْ أَبْطَلَ التَّعْلِيلَ الْأَوَّلَ لَا يَضُرُّ بِالْمَقْصُودِ مِنَ الْحُكْمِ لَثُبُوتِ الْعِلَّةِ الْآخَرَى ثُمَّ أُجِيبَ بِأَنَّ الْبِنَاءَ وَصِفَ فِيهَا وَهُوَ لَعُوٌّ فِي الْمُعَيَّنَةِ فَكَانَتْ حَلْفَ عَلَى نَفْيِ الدُّخُولِ فِي هَذَا الْمَكَانِ وَتَحْقِيقُهُ أَنَّهُ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الَّتِي تُسَمَّى الْآنَ دَارًا فَلَا يَتَقَيَّدُ الدُّخُولُ الْمَحْلُوفُ عَلَيْهِ بِكُونِهَا دَارًا وَقَدْ دَخَلَ الْبَيْتُ الْكَائِنَةُ فِي الدَّارِ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهَا بَكْرَةٌ تَدْخُلُ وَلَا يَدْخُلُ الدَّلْوُ وَالْحَبْلُ الْمُعْلَقَانِ عَلَيْهَا إِلَّا إِنْ كَانَ قَالَ بِمَرَفِقَتِهَا وَيَدْخُلُ الْبُسْتَانُ الَّذِي فِي الدَّارِ صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا وَإِنْ كَانَ خَارِجَ الدَّارِ لَا يَدْخُلُ وَإِنْ كَانَ لَهُ بَابٌ فِي الدَّارِ قَالَهُ أَبُو سُلَيْمَانَ ، وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ : إِنْ كَانَ أَصْغَرُ مِنَ الدَّارِ وَمِفْتَاحُهَا فِيهَا يَدْخُلُ وَإِنْ كَانَ

أَكْبَرَ أَوْ مِثْلَهَا لَا يَدْخُلُ وَقِيلَ إِنَّ صَغَرَ دَخَلَ وَإِلَّا لَا وَقِيلَ يَحْكُمُ النَّمْنُ

قَوْلُهُ : وَاخْتَلَفُوا فِي شَجَرٍ غَيْرِ مُثْمَرٍ

قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَمْ يَفْصِلْ مُحَمَّدٌ بَيْنَ الشَّجَرَةِ الْمُثْمِرَةِ وَغَيْرِ الْمُثْمِرَةِ وَلَا بَيْنَ الصَّغِيرَةِ وَالْكَبِيرَةِ فَكَانَ الْحَقُّ دُخُولَ الْكُلِّ ثُمَّ قَالَ نَعَمْ الشَّجَرَةُ الْيَابِسَةُ لَا تَدْخُلُ ؛ لِأَنَّهَا عَلَى شَرَفِ الْقَطْعِ فَهِيَ كَحَطَبٍ مَوْضُوعٍ فِيهَا قَوْلُهُ : فَيَدْخُلُ الْمَفَاتِيحُ تَبَعًا لِلِإِغْلَاقِ (وَالِإِغْلَاقُ جَمْعُ غَلَقَ بِالتَّحْرِيكِ وَهُوَ مَا يُغْلَقُ وَيُفْتَحُ بِالْمِفْتَاحِ .

أَثَقَانِي .

قَوْلُهُ : كَالْمِفْتَاحِ وَالسَّلْمِ الْمُتَّصِلِ

قَالَ الْكَمَالُ فِي الْمُحِيطِ الْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ مَا كَانَ فِي الدَّارِ مِنَ الْبِنَاءِ أَوْ مُتَّصِلًا بِالْبِنَاءِ تَبَعَ لَهَا فَيَدْخُلُ فِي بَيْعِهَا كَالسَّلْمِ الْمُتَّصِلِ وَالسَّرَرِ وَالدرَجِ الْمُتَّصِلَةِ وَالْحَجَرِ الْأَسْفَلِ مِنَ الرَّحَى وَيَدْخُلُ الْحَجَرُ الْأَعْلَى عِنْدَنَا اسْتِحْسَانًا وَالْمَرَادُ بِالْحَجَرِ الرَّحَى الْمَبْنِيَّةُ فِي الدَّارِ وَهَذَا مُتَعَارَفٌ أَمَّا فِي دِيَارِ مِصْرَ فَلَا تَدْخُلُ رَحَى الْيَدِ ؛ لِأَنَّهَا بِحَجَرَيْهَا تُنْقَلُ وَتُحَوَّلُ وَلَا تُبْنَى فَهِيَ كَالْبَابِ الْمَوْضُوعِ وَالْبَابِ الْمَوْضُوعِ لَا يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الدَّارِ بِالتَّفَاقُ نَعَمْ لَوْ ادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا لِنَفْسِهِ بَأَنَّ قَالَ هَذَا مِلْكِي وَضَعْتُهُ فَإِنْ كَانَتْ الدَّارُ فِي يَدِ الْبَائِعِ وَادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي لِنَفْسِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي وَفِي الْمُنتَقَى اشْتَرَى حَائِطًا يَدْخُلُ مَا تَحْتَهُ مِنَ الْأَرْضِ ، وَكَذَا ذَكَرَ فِي التَّحْفَةِ مِنْ غَيْرِ ذَكَرَ خِلَافٍ وَفِي الْمُحِيطِ جَعَلَهُ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ وَقَوْلَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَدْخُلُ ، وَأَمَّا أَسَاسُهُ فَقِيلَ الظَّاهِرُ مِنْ مَذْهَبِهِ أَنَّهُ يَدْخُلُ وَلِأَنَّهُ جُزْءُ الْحَائِطِ حَقِيقَةً وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْحِمَامِ الْقُدُورُ دُونَ قَصَاعِهِ ، وَأَمَّا قَدَرُ الْقَصَارِينَ وَالصَّبَاغِينَ وَأَحَاجِينَ الْعَسَالِينَ وَخَوَابِي الزَّيَّاتِينَ وَحَبَابِهِمْ وَدَنَانِهِمْ وَجَذَعُ الْقَصَارِ الَّذِي يَدُقُّ عَلَيْهِ الْمُثَبَّتِ ، كُلُّ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ فَلَا يَدْخُلُ وَإِنْ قَالَ بِحَقُوقِهَا قُلْتُ يَنْبَغِي أَنْ تَدْخُلَ كَمَا إِذَا قَالَ بِمَرَاغِقِهَا ، وَأَمَّا الطَّرِيقُ وَنَحْوُهُ فَسَيَّاتِي فِي بَابِ الْحُقُوقِ

قَوْلُهُ : وَإِنْ شَاءَ أُعْطِيَ غَيْرُهُ

أَيُّ مِنْ ثِيَابٍ مِثْلَهَا

قَوْلُهُ : حَتَّى لَوْ أُسْتَحَقَّ ثَوْبٌ مِنْهَا لَا يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ بِشَيْءٍ

هَذَا إِذَا أُسْتَحِقَّتْ قَبْلَ الْقَبْضِ أَمَّا إِذَا أُسْتَحِقَّتْ بَعْدَ الْقَبْضِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ .

عِمَادِيَّةٌ فِي خَمْسَةِ وَعِشْرِينَ .

قوله : وكذا إذا وجد بها عيبا

أي بالثياب

قوله : ليس له أن يردها

أي ولا يرجع على البائع بشيء .

فتح .

قوله : له أن يردها بدون تلك الثياب

قال الكمال ولو هلك الثياب عند المشتري أو تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن ؛ لأنه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر في الكافي من رجل له أرض وفيها نخل لغيره فباعهما رب الأرض بإذن الآخر بألف وقيمة كل منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائيهما فيه فلو هلك النخل قبل القبض بأفة سماوية خير المشتري بين الترك وأخذ الأرض بكل الثمن ؛ لأن النخل دخل تبعاً فلا يقابله شيء من الثمن ثم الثمن كله لصاحب الأرض لانتقاض البيع في حق النخل والثمن كله بمقابلة الأصل وهو له دون التبع اشترى داراً فوجد في بعض جذوعها مالا إن قال البائع هو لي فهو له فيرد عليه ؛ لأنها وصلت إلى المشتري منه وإن قال ليس لي كان كاللقطة ولو قال صاحب علو وسفل لآخر بعث منك علو هذا بكذا جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حق الفرار عليه

قوله : والإكاف يدخل للعرف

قال الكمال ولم يذكر في شيء من الكتب إذا باع فرساً وعليه سرج قيل لا يدخل إلا بالتخصيص ويحكم الثمن ولو باع حمرا قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل لا يدخل الإكاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما إذا كان موكفاً أو غير موكف في فتاوى قاضي خان وهو الظاهر فالإكاف فيه كالسرج في الفرس ، وقال غيره يدخل الإكاف والبردعة تحت البيع وإن كان غير موكف وقت البيع وإذا دخل بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية

قوله : وقلو

القلو المهر والجمع أفلاء كعدو وأعداء .

مغرب .

قال (ولا يدخل الزرع في بيع الأرض بلا تسمية ولا الثمر في بيع الشجر إلا بالشرط) لأنهما متصلان بهما للفصل فصار كالمتماع الموضوع فيهما وقال عليه السلام { من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع } رواه أبو داود وغيره ولا يلزم عليه الحمل حيث يدخل في البيع تبعاً وإن كان للفصل ؛ لأنه جزء الجارية فيكون تبعاً لها ولأنه لا يقدر على فصله إلا الله تعالى فلا يعتبر

مُنْفَصِلًا فِي تَأْوِيلِ الْحَالِ مَعَ وُجُودِ الْجُزْئِيَّةِ فِي الْحَالِ قَالَ (وَيُقَالُ لِلْبَائِعِ : اقْطَعْهَا وَسَلِّمْ الْمَبِيعَ) لِأَنَّ مِلْكَ الْمُشْتَرِي مَشْغُولٌ بِمِلْكَ الْبَائِعِ فَكَانَ عَلَيْهِ تَفْرِيعُهُ وَتَسْلِيمُهُ كَمَا إِذَا كَانَ فِيهِ مَتَاعٌ مَوْضُوعٌ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يُتْرَكُ حَتَّى يَظْهَرَ صِلَاخُ الثَّمَرِ وَيُسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ التَّسْلِيمُ الْمُعْتَادُ وَفِي الْعَادَةِ لَا يُقْطَعُ كَذَلِكَ فَصَارَ كَمَا إِذَا انْقَضَتْ مَدَّةُ الْإِجَارَةِ وَفِي الْأَرْضِ زَرْعٌ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا بَيْنَنَا وَفِي الْإِجَارَةِ التَّسْلِيمُ وَاجِبٌ أَيْضًا حَتَّى يُتْرَكَ بِأَجَرٍ وَتَسْلِيمُ الْعَوَضِ كَتَسْلِيمِ الْمُعَوَّضِ ، وَإِنَّمَا لَا يُقْلَعُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ لِلِانْتِفَاعِ وَذَلِكَ بِالتَّرِكِ دُونَ الْقَلْعِ بِخِلَافِ الشِّرَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لِمِلْكَ الرَّقِيعَةِ فَلَا يُرَاعَى فِيهِ إِمْكَانُ الْإِنْتِفَاعِ .

أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى أَرْضًا لَا يَكُونُ لَهُ الطَّرِيقُ إِلَّا بِالشَّرْطِ وَفِي الْإِجَارَةِ يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ لِلثَّمَرِ أَوْ الزَّرْعِ قِيَمَةٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا قِيَمَةٌ فِي الصَّحِيحِ وَتَكُونُ فِي الْحَالَيْنِ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُمَا مُنْفَرِدًا يَجُوزُ فِي الْحَالَيْنِ وَفِي الْأَصَحِّ فَكَذَا لَا يَدْخُلَانِ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ وَالشَّجَرِ تَبَعًا ، وَأَمَّا إِذَا بَدَرَ فِي

الْأَرْضِ وَلَمْ يَنْبُتْ حَتَّى بَاعَ الْأَرْضَ فَلَا يَدْخُلُ ؛ لِأَنَّهُ مُودَعٌ فِيهَا فَصَارَ كَالْمَتَاعِ الْمَوْضُوعِ فِيهَا وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ بِذِكْرِ الْحُقُوقِ وَالْمَرَافِقِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْهَا وَلَوْ قَالَ بِعْتُكُمَا بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ لَهَا أَوْ فِيهَا أَوْ مِنْهَا أَوْ مِنْ حُقُوقِهَا أَوْ مِنْ مَرَافِقِهَا لَا يَدْخُلَانِ لِمَا ذَكَرْنَا وَإِنْ لَمْ يَقُلْ مِنْ حُقُوقِهَا أَوْ مِنْ مَرَافِقِهَا دَخَلَا فِيهِ ؛ لِأَنَّهُمَا مِنَ الَّذِي لَهُ فِيهَا أَوْ مِنْهَا لِلتَّصَالِ فِي الْحَالِ بِخِلَافِ الثَّمَرِ الْمَحْذُودِ أَوْ الزَّرْعِ الْمَحْصُودِ حَيْثُ لَا يَدْخُلُ إِلَّا بِالتَّنْصِيبِ عَلَيْهِ لِلِانْقِصَالِ فِي الْحَالِ وَوَرَقُ الثَّوْتِ وَالْأَسْ وَالزَّعْفَرَانِ وَالْوَرْدُ بِمَنْزِلَةِ الثَّمَارِ فِي كُلِّ مَا ذَكَرْنَا مِنْ الْأَحْكَامِ ، وَأَشْجَارُهَا بِمَنْزِلَةِ النَّخْلِ وَعَكْسُ الثَّمَارِ فِي الْحُكْمِ الشَّرْبِ وَالطَّرِيقُ فَكُلُّ مَوْضِعٍ يَدْخُلُ فِيهِ الثَّمَارُ وَالزَّرْعُ لَا يَدْخُلُ فِيهِ الطَّرِيقُ وَالشَّرْبُ وَكُلُّ مَوْضِعٍ لَا يَدْخُلَانِ فِيهِ يَدْخُلُ فِيهِ الشَّرْبُ وَالطَّرِيقُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْبَ وَالطَّرِيقَ لَيْسَا مِنْهَا وَلَا فِيهَا لَكِنَهُمَا مِنْ حُقُوقِهَا وَالثَّمَرُ وَالزَّرْعُ مَوْجُودَانِ فِيهَا وَهُمَا مِنْهَا وَلَيْسَا مِنْ حُقُوقِهَا فَتَعَاكَسَا .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ : (وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ) قَالَ فِي كِتَابِ الْهَبَةِ مِنَ الْقِنْيَةِ الزَّرْعُ يَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ وَالْإِقْرَارِ وَالْفَيْءِ بَعِيرٌ ذَكَرَ وَلَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ وَالْقِسْمَةِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْإِجَارَةِ وَالنِّكَاحِ وَالْوَقْفِ وَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَفِي الْقَضَاءِ بِالْمِلْكِ الْمُطْلَقِ نَقْلًا عَنْ رُكْنِ الدِّينِ الصَّبَّاحِيِّ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَنْقَانِيُّ قَالَ فِي خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى وَالْقُطْنُ كَالزَّرْعِ لَا يَدْخُلُ ، وَأَمَّا أَصْلُ الْقُطْنِ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فِيهِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ أَمَّا الْكُرَاثُ إِذَا كَانَ ظَاهِرًا فَلَا يَدْخُلُ وَمَا كَانَ مُغَيَّبًا فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَدْخُلُ

قَوْلُهُ : وَلَا الثَّمَرُ فِي بَيْعِ الشَّجَرِ إِلَّا بِالشَّرْطِ

قَالَ الْكِمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَوْ كَانَ عَلَى الشَّجَرِ ثَمَارٌ فَشَرَطَهُ الْمُشْتَرِي لَهُ فَأَكَلَهُ الْبَائِعُ سَقَطَتْ حَصَّتُهَا مِنَ الثَّمَنِ ثُمَّ يَبْتِئُ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي فِي الصَّحِيحِ لِتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ اشْتَرَى شَاةً بَعِشْرَةً فَوَلَدَتْ وَلَدًا يُسَاوِي حِمْسَةً فَأَكَلَهُ الْبَائِعُ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَلَزَمَ الشَّاةُ وَلَا خِيَارَ لَهُ وَالْفَرْقُ غَيْرُ خَافٍ

قَوْلُهُ : ؛ لِأَنَّهُمَا مُتَصِلَانِ بِهِمَا لِلْفَصْلِ

أَيُّ لِفَصْلِ الْأَدَمِيِّ إِيَّاهُ لِانْتِفَاعِهِ بِهِ فَانْدَفَعَ مَا أُوْرِدَ عَلَيْهِ مِنْ بَيْعِ الْجَارِيَةِ الْحَامِلِ وَنَحْوِ الْبَقَرِ الْحَامِلِ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ حَمْلُهَا فِي الْبَيْعِ مَعَ أَنَّهُ مُتَصِلٌ لِلْفَصْلِ بَأَنَّ ذَلِكَ فَضْلُ اللَّهِ تَعَالَى وَهَذَا الْمَعْنَى مُتَبَادِرٌ فَتَرَكَ التَّقْيِيدَ بِهِ وَأَيْضًا الْأُمُّ وَمَا فِي بَطْنِهَا مُجَانِسٌ مُتَصِلٌ فَيَدْخُلُ بِاعْتِبَارِ الْجُزْئِيَّةِ بِخِلَافِ الزَّرْعِ لَيْسَ مُجَانِسًا لِلْأَرْضِ فَلَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ الْجُزْئِيَّةِ لِيَدْخُلَ بِذِكْرِ الْأَصْلِ .

فَتَحَّ .

قوله : لَأَنَّهُ جُزْءُ الْجَارِيَةِ

أَيُّ حُكْمًا

وَحَقِيقَةً أَمَّا حُكْمًا فَإِنَّهُ يُعْتَقُ بِعِنَقِ الْأُمِّ ، وَأَمَّا حَقِيقَةً فَإِنَّهُ يَتَعَدَّى بِغِذَاءِ الْأُمِّ وَيَنْتَقِلُ بِانْتِقَالِهَا .

أَثَقَانِي .

قوله : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ لِلثَّمَرِ الْخ

يَتَّصِلُ بِقَوْلِهِ وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ فِي يَبِيعِ الْأَرْضِ وَلَا تَسْمِيَةِ وَلَا الثَّمَرِ فِي يَبِيعِ الشَّجَرِ إِلَّا بِالشَّرْطِ .

أُنْظِرْ إِلَى الْحَاشِيَةِ الَّتِي عِنْدَ قَوْلِهِ وَعَكْسُ الثَّمَرِ فِي الْحُكْمِ وَكُتِبَ عَلَى قَوْلِهِ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِنْخَ مَا نَصُّهُ ، وَقَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ قَالَ بَعْضُ مَشَائِخِنَا إِنَّمَا يَجُوزُ بَعْدَ الطَّلُوعِ إِذَا كَانَ الثَّمَرُ بِحَالٍ يُنْتَفَعُ بِهِ بِوَجْهِهِ مِنَ الْوُجُوهِ وَإِذَا كَانَ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ بِوَجْهِهِ مِنَ الْوُجُوهِ فَلَا يَجُوزُ إِلَّا أَنَّ هَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ فِي بَابِ الْعُشْرِ لَوْ بَاعَ الثَّمَرُ فِي أَوَّلِ مَا تَطْلُعُ وَتَرَكَهَا بِإِذْنِ الْبَائِعِ حَتَّى أَدْرَكَ فَالْعُشْرُ عَلَى الْمُشْتَرِي فَلَوْ لَمْ يَكُنِ الشَّرَاءُ جَائِزًا حِينَ طَلَعَ لَمَا وَجَبَ عُشْرُهُ عَلَى الْمُشْتَرِي إِلَى هُنَا لَفْظُ رِوَايَةِ شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ .

أَثَقَانِي

قوله : فَمَا يَدْخُلُ

أَيُّ إِنَّمَا لَا يَدْخُلُ قَبْلَ النَّبَاتِ وَبَعْدَ التَّقْوُمِ أَمَّا إِذَا نَبَتَ وَلَمْ يَصِرْ مُتَقَوِّمًا يَدْخُلُ قِيلَ ، وَكَذَا الْبَذَرُ الْعَفَنُ .

مُجْتَنَبِي .

قوله : ؛ لِأَنَّهُ مُودَعٌ فِيهَا

أَيُّ وَهَذَا بِاتِّفَاقِ الْمَشَائِخِ .

أَثَقَانِي .

قوله : المَجْدُودُ

تَجُوزُ رِوَايَتُهُ بِدَالَيْنِ مُهْمَلَتَيْنِ أَوْ مُعْجَمَتَيْنِ وَكِلَاهُمَا بِمَعْنَى وَهُوَ الْمَقْطُوعُ وَالْأَوَّلُ هُوَ الْأَوَّلَى مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ لِتَنَاسُبِ بَيْنِهِ وَبَيْنَ الْمَحْصُودِ .

أَتَقَانِي

قوله : وَعَكْسُ الثَّمَارِ فِي الْحُكْمِ الشَّرْبِ وَالطَّرِيقِ

قَالَ الْوَلَوُ الْحِجِّي فِي فِتَاوَيْهِ رَجُلٌ اشْتَرَى أَرْضًا أَوْ دَارًا لَا يَدْخُلُ الشَّرْبُ وَالطَّرِيقُ إِلَّا بِذِكْرِ الْحُقُوقِ ؛ لِأَنَّهُمَا مِنَ الْحُقُوقِ فَلَا يَدْخُلَانِ إِلَّا بِذِكْرِ الْحُقُوقِ ، وَكَذَا فِي الْإِقْرَارِ وَالْوَصِيَّةِ وَالصَّلْحِ وَغَيْرِهِ وَيَدْخُلَانِ فِي الْإِجَارَةِ وَالْقِسْمَةِ وَالرَّهْنِ وَالصَّدَقَةِ الْمَوْقُوفَةِ ، وَقَالَ فِي خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى وَإِذَا لَمْ يَدْخُلْ فِي الْبَيْعِ قَالَ فِي الْمُشْتَرَى لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّ وَيَقُولَ طَنَنْتُ أَنْ لِي مِفْتَاحًا إِلَى الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ وَفِيهِمَا رَجُلٌ بَاعَ دَارًا وَكَانَ لَهَا طَرِيقٌ قَدْ سَدَّهُ صَاحِبُهَا قَبْلَ ذَلِكَ وَجَعَلَ لَهَا طَرِيقًا غَيْرَ ذَلِكَ ثُمَّ بَاعَهَا بِحُقُوقِهَا لَا يَكُونُ لَهُ الطَّرِيقُ الْأَوَّلُ وَلَهُ الطَّرِيقُ الثَّانِي .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ .

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ ثَمَرَةً بَدَأَ صَلَاحُهَا أَوْ لَا صَحَّ) لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ مُتَنَفِّعٌ بِهِ فِي الْحَالِ أَوْ فِي الْمَالِ وَقِيلَ لَا يَجُوزُ قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ مُتَنَفِّعًا بِهِ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ يَبِيعُ الزَّرْعَ قَبْلَ أَنْ تَتَنَاوَلَ الْمَسَافِرُ وَالْمَنَاجِلُ وَالْأَصْحُ الْجَوَازُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَنَفِّعٌ بِهِ فِي الْمَالِ فَصَارَ كَالْأَطْفَالِ وَالْحَحْشِ قَالَ (وَيَقْطَعُهَا الْمُشْتَرِي) تَقْرِيعًا لِمَلِكِ الْبَائِعِ هَذَا إِذَا اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا أَوْ بِشَرْطِ الْقَطْعِ قَالَ (وَإِنْ شَرَطَ تَرْكَهَا عَلَى التَّخْلِ فَسَدَ) أَيِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَهُوَ شَعْلُ مَلِكِ الْغَيْرِ أَوْ نَقُولُ إِنَّهُ صَفَقَةٌ فِي صَفَقَةٍ ؛ لِأَنَّهُ إِجَارَةٌ فِي بَيْعٍ إِنْ كَانَ لِلْمَنْفَعَةِ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ إِعَارَةٌ فِي بَيْعٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ وَقَدْ { نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ صَفَقَةٍ فِي صَفَقَةٍ } ، وَكَذَا يَبِيعُ الزَّرْعَ بِشَرْطِ التَّرْكِ لِمَا بَيْنَنَا ، وَكَذَا إِذَا تَنَاهَى عَظَمُهَا عَنْدَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَفْسُدُ اسْتِحْسَنُهُ لِلْعَادَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَتَنَاهَ عَظَمُهَا ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فِيهِ الْجُزْءَ الْمَعْدُومَ وَهُوَ مَا يَزَادُ لِمَعْنَى فِي الْأَرْضِ وَالشَّجَرِ وَلَوْ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا وَتَرَكَهَا بِإِذْنِ الْبَائِعِ طَابَ لَهُ الْفَضْلُ وَإِنْ تَرَكَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ تَصَدَّقَ بِمَا زَادَ فِي ذَاتِهِ لِحُصُولِهِ بِجَهَةِ مَحْظُورَةٍ .

وَإِنْ تَرَكَهَا بَعْدَ مَا تَنَاهَى عَظَمُهَا لَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا تَغْيِيرُ أَحْوَالٍ فَإِنَّ الشَّمْسَ تُنْضِجُهُ وَيَأْخُذُ اللَّوْنُ مِنَ الْقَمَرِ وَالطَّعْمُ مِنَ الْكَوَاكِبِ بِتَقْدِيرِ اللَّهِ تَعَالَى وَإِنْ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا ثُمَّ اسْتَأْجَرَ التَّخْلَ إِلَى وَقْتِ الْإِدْرَاكِ فَتَرَكَهَا طَابَ لَهُ الْفَضْلُ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ بَاطِلَةٌ لِعَدَمِ التَّعَارُفِ وَالْحَاجَةِ فَبَقِيَ الْإِذْنُ مُعْتَبَرًا بِمُجَرَّدِهِ

، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى الزَّرْعَ وَاسْتَأْجَرَ الْأَرْضَ إِلَى أَنْ يُدْرِكَ وَتَرَكَهُ حَيْثُ لَا يَطِيبُ لَهُ الْفَضْلُ وَهُوَ مَا زَادَ عَلَى الثَّمَنِ وَعَلَى مَا غَرِمَ مِنْ أَجْرِ الْمَثَلِ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ فَاسِدَةٌ لِلْجَهَالَةِ فَأَوْرَثَتْ خَبْنًا وَلَوْ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا فَأَثْمَرَتْ ثَمَرًا آخَرَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَسَدَ الْبَيْعُ لِعَجْزِهِ عَنِ التَّسْلِيمِ وَلَوْ أَثْمَرَ بَعْدَ الْقَبْضِ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ لِلِاخْتِلَاطِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِي مِقْدَارِهِ ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ ، وَكَذَا فِي الْبَادِنِ وَالْبَطِيخِ ، وَالْمُخْلَصُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْأَصُولَ لِتَحْصُلِ الزِّيَادَةِ فِي مِلْكِهِ ثُمَّ يَبِيعُ الْأَصُولَ بَعْدَ قَضَاءِ حَاجَتِهِ مِنَ الْبَائِعِ إِنْ شَاءَ وَقِيلَ : الْمُخْلَصُ فِيهِ أَنْ يَشْتَرِيَ الثَّمَارَ الْمَوْجُودَةَ وَالْمَعْدُومَةَ فَإِنَّهُ جَائِزٌ عِنْدَ بَعْضِهِمْ إِذَا كَانَ الْمَوْجُودُ أَكْثَرَ فَحَاصِلُهُ أَنَّ لَهُدِهِ الْمَسْأَلَةَ ثَلَاثَ صُورٍ : أَحَدُهَا - إِذَا خَرَجَ الثَّمَرُ كُلُّهُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالتَّفَاقُقِ وَحُكْمُهُ مَا مَضَى .

ثَانِيهَا - أَنْ لَا يَخْرُجَ شَيْءٌ مِنْهُ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ اتِّفَاقًا ثَالِثُهَا أَنْ يَخْرُجَ بَعْضُهَا دُونَ الْبَعْضِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ وَقِيلَ : يَجُوزُ

إِذَا كَانَ الْخَارِجُ أَكْثَرَ وَيُجْعَلُ الْمَعْدُومُ تَبَعًا لِلْمَوْجُودِ اسْتِحْسَانًا لِتَعَامُلِ النَّاسِ وَالضَّرُورَةِ وَكَانَ شَمْسُ الْأَثَمَةِ الْحُلُونِي وَأَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الْفَضْلِ الْبُخَارِيُّ يُفْتِيَانِ بِهِ ، وَقَالَ شَمْسُ الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيُّ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْمَصِيرَ إِلَى مِثْلِ هَذِهِ الطَّرِيقَةِ عِنْدَ تَحَقُّقِ الضَّرُورَةِ وَلَا ضَرُورَةَ هُنَا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَبِيعَ الْأُصُولَ عَلَى مَا يَبْتَغَى أَوْ يَشْتَرِيَ الْمَوْجُودَ بِبَعْضِ الثَّمَنِ وَيُؤَخَّرَ الْعَقْدُ فِي الْبَاقِي إِلَى وَقْتِ وُجُودِهِ أَوْ يَشْتَرِيَ الْمَوْجُودَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَيُبِيعَ لَهُ الْإِنْتِفَاعَ بِمَا يَحْدُثُ مِنْهُ فَيَحْصُلُ مَقْصُودُهُمَا بِهَذَا الطَّرِيقِ فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى تَجْوِيزِ الْعَقْدِ فِي الْمَعْدُومِ مُضَادِّمَا لِلنَّصِّ وَهُوَ مَا رَوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ } .

قَالَ (وَلَوْ اسْتَنْتَى مِنْهَا أَرْطَالًا مَعْلُومَةً صَحَّ كَيْبَعُ بُرٍّ فِي سُنْبِلِهِ وَبَاقِلِي فِي قَشِرِهِ) أَيُّ لَوْ اسْتَنْتَى مِنَ الثَّمَارِ الْمَبِيعَةِ الْمَحْذُودَةِ أَوْ غَيْرِ الْمَحْذُودَةِ جَازَ الْبَيْعُ كَمَا يَجُوزُ بَيْعُ الْبُرِّ فِي سُنْبِلِهِ وَالْبَاقِلَا فِي قَشِرِهِ أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الْمَبِيعَ صَارَ مَعْلُومًا بِالْإِشَارَةِ وَالْمُسْتَنْتَى مَعْلُومًا بِالْعِبَارَةِ فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِجَوَازِهِ وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْبَاقِي بَعْدَ الْاسْتِثْنَاءِ مَجْهُولٌ وَرُبَّمَا لَا يَبْقَى بَعْدَهُ شَيْءٌ فَيَخْلُو عَنْ الْفَائِدَةِ أَوْ يَكُونُ رُجُوعًا عَنْ الْعَقْدِ قَبْلَ الْقَبُولِ فَيَصِحُّ رُجُوعُهُ عَلَى مَا يَبْتَغَى ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَنْتَى نَحْلًا مُعِينًا ؛ لِأَنَّ الْبَاقِي مَعْلُومٌ بِالْمُشَاهَدَةِ قُلْنَا هَذِهِ الْجَهَالَةُ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ مَعْلُومًا بِالْإِشَارَةِ وَجَهَالَةُ قَدْرِهِ لَا تَمْنَعُ جَوَازَ الْبَيْعِ فِي الْمُشَارِ إِلَيْهِ عَلَى مَا يَبْتَغَى مِنْ قَبْلِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ بَيْعَهُ مُجَازَفَةٌ جَائِزَةٌ وَإِنْ كَانَ مَجْهُولَ الْقَدْرِ وَهَذَا هُوَ بَعِينُهُ ؛ لِأَنَّهُ جَزَأَتْ فِيمَا بَقِيَ بَعْدَ الثَّنْيَا وَلَأَنَّ كُلَّ مَا جَازَ إِيرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ بَانْفِرَادِهِ جَازَ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ الْعَقْدِ وَمَا لَا فَلَا وَبَيْعُ أَرْطَالٍ مَعْلُومَةٍ مِنَ الثَّمَارِ جَائِزٌ فَكَذَا اسْتِثْنَاؤُهَا ، وَنَظِيرُهُ بَيْعُ شَاةٍ مُعِينَةٍ مِنَ الْقَطِيعِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ فَكَذَا اسْتِثْنَاؤُهَا وَلَوْ كَانَتْ مَجْهُولَةً بِأَنْ بَاعَ شَاةً مِنْهَا بِغَيْرِ عَيْنِهَا لَا يَجُوزُ فَكَذَا اسْتِثْنَاؤُهَا وَعَلَى هَذَا أَطْرَافُ الْحَيَوَانِ وَأَوْصَافُ الْمَبِيعِ وَقَوْلُهُ وَرُبَّمَا لَا يَبْقَى بَعْدَهُ شَيْءٌ إِلَى آخِرِهِ قُلْنَا الْاسْتِثْنَاءُ تَصَرَّفُ لَفْظِي فَيُعْتَبَرُ فِيهِ صِحَّةُ

الْكَلَامِ فَإِذَا صَحَّ تَمَّ الْكَلَامُ وَصَارَ مُفِيدًا وَلَا يَكُونُ رُجُوعًا وَلَوْ خَرَجَ الْكُلُّ بِذَلِكَ الطَّرِيقِ ؛ لِأَنَّهُ يُتَوَهَّمُ الْبَقَاءُ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ نِسَائِي طَوَلِقُ إِلَّا فَلَانَةً وَفُلَانَةً أَوْ قَالَ عَبِيدِي أَحْرَارُ إِلَّا فَلَانًا وَفُلَانًا وَفُلَانًا حَتَّى لَوْ أَخْرَجَ الْكُلُّ بِهَذَا الطَّرِيقِ صَحَّ وَلَا يَكُونُ رُجُوعًا ، وَإِنَّمَا يَكُونُ رُجُوعًا إِذَا كَانَ بَلْفُظُهُ بِأَنْ قَالَ عَبِيدِي أَحْرَارُ إِلَّا عَبِيدِي أَوْ نِسَائِي طَوَلِقُ إِلَّا نِسَائِي حَيْثُ لَا يَصِحُّ هَذَا الْكَلَامُ وَيَلْغُوا وَيَقْعُ الطَّلَاقُ وَالْعِتَاقُ عَلَى الْجَمِيعِ فَكَذَا هُنَا لَا يَكُونُ رُجُوعًا إِلَّا إِذَا قَالَ بَعَثْتُ هَذِهِ الثَّمَارَ إِلَّا هَذِهِ الثَّمَارَ ، وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا بَاعَ بُرًّا فِي سُنْبِلِهِ لَخَّ فَلَانَهُ مَا لَ مُتَقَوِّمٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ فِي قَشِرِهِ كَالشَّعِيرِ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَسْتُورٌ غَائِبٌ عَنِ الْبَصَرِ وَلَا يَعْلَمُ وَجُودَهُ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ كَبِيرِ الْبُطِيخِ وَحَبِّ الْقُطْنِ وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ وَالزَّيْتِ فِي الزَّيْتُونِ قَبْلَ الْاسْتِخْرَاجِ ، قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْعَالَبَ فِي السُّنْبِلَةِ الْحِنْطَةُ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ هَذِهِ حِنْطَةٌ وَهِيَ فِي سُنْبِلِهَا وَلَا يُقَالُ هَذَا حَبٌّ وَلَا هَذَا لَبَنٌ وَلَا زَيْتٌ وَلَا قُطْنٌ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْفُسْتُقُ وَالْبُنْدُقُ وَالْجُوزُ وَالْحَمَصُ الْأَخْضَرُ وَسَائِرُ الْحُبُوبِ الْمُغْلَفَةِ ، وَمَا رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَأَحْمَدُ وَغَيْرُهُمَا أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { نَهَى عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى يَزْهُوَ وَعَنْ بَيْعِ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَ وَيَأْمَنَ الْعَاهَةُ } الْمُرَادُ بِهَا السَّلَمُ يَعْنِي لَا يَجُوزُ الْإِسْلَامُ فِيهِ حَتَّى يُوَجَدَ بَيْنَ النَّاسِ .

أَلَا تَرَى إِلَى مَا رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَالْبُخَارِيُّ بِإِسْنَادِهِ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ { إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ فِيمَ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ { فَيَكُونُ حُجَّةً لَنَا فِي

فِي

اشْتِرَاطِ وَجُودِ الْمُسْلِمِ فِيهِ مِنْ حِينِ الْعَقْدِ إِلَى حِينِ الْمَحَلِّ وَلَوْ أُجْرِيَ عَلَى إِبْلَاقِهِ كَانَ حُجَّةً لَنَا أَيْضًا فِي هَذَا الْمَوْضِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي جَوَازَ بَيْعِهِ بَعْدَ مَا أَبْيَضَ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ قَيْدٍ بِالْفَرْكِ وَلَوْ كَانَ كَمَا قَالَ لَقَالَ حَتَّى يُفْرَكَ .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الثَّنِ : وَمَنْ بَاعَ ثَمَرَةً بَدَا صَلَاحُهَا (أَيُّ وَبُدُوْهُ صَلَاحَهَا عِنْدَنَا أَنْ تَأْمَنَ الْعَاهَةُ وَالْفَسَادُ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ هُوَ ظُهُورُ النُّضْجِ وَبُدُوْهُ الْحَلَاوَةِ وَالْخِلَافُ إِنَّمَا هُوَ فِي بَيْعِهَا قَبْلَ بُدُوِ الصَّلَاحِ عَلَى الْخِلَافِ فِي مَعْنَاهُ لَا يُشْتَرَطُ الْقَطْعُ .

فَتَحَّ .

قوله في المتن : في الحال

لَفْظَةُ فِي الْحَالِ لَيْسَتْ فِي حَظِّ الشَّارِحِ .

قوله : وَلَوْ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا

هَذَا إِذَا لَمْ يَتَنَاهَ عِظْمُهَا بِذِلَالَةِ قَوْلِهِ بَعْدَ ذَلِكَ وَإِنْ تَرَكَهَا بَعْدَمَا تَنَاهَى عِظْمُهَا .

أَثَقَانِي

قوله : لِحُصُولِهِ بِجَهَةِ مَحْظُورَةٍ

أَيُّ مِنْ أَصْلٍ مَمْلُوكٍ لِعَيْتِهِ

قوله : وَإِنْ تَرَكَهَا بَعْدَمَا تَنَاهَى عِظْمُهَا لَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ

أَيُّ سَوَاءٍ كَانَ التَّرْكُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْصُلِ الزَّادِيَادُ فِي عَيْنِ الْمَبِيعِ لَا كَيْلًا وَلَا وَزْنًا ، وَإِنَّمَا تَغَيَّرَ حَالُ الْمَبِيعِ مِنْ حَيْثُ النُّضْجُ أَثَقَانِي .

قوله : فَإِنَّ الشَّمْسَ

الَّذِي يَخْطُ الشَّارِحَ بِأَنَّ الشَّمْسَ .

قوله : ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ فَاسِدَةً لِلْجَهَالَةِ الْخُ

وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْإِذْنِ الثَّابِتِ فِي ضَمَنِ الْإِجَارَةِ الْبَاطِلَةِ وَبَيْنَهُ فِي ضَمَنِ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ أَنَّ الْإِذْنَ فِي الْإِجَارَةِ الْبَاطِلَةِ صَارَ أَصْلًا مَقْصُودًا بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ الْبَاطِلَ لَا وُجُودَ لَهُ وَالْمَعْدُومُ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مُتَضَمَّنًا وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْإِجَارَةُ الْفَاسِدَةُ ؛ لِأَنَّ الْفَاسِدَ فَائِتُ الْوُصْفِ دُونَ الْأَصْلِ فَلَمْ يَكُنْ مَعْدُومًا وَبِأَصْلِهِ فَصَحَّ أَنْ يَكُونَ مُتَضَمَّنًا فَإِذَا فَسَدَ الْمُتَضَمَّنُ فَسَدَ الْمُتَضَمَّنُ .

أَثَقَانِي .

قوله : ، وكذا في البانجان والبطيخ

قَالَ الْأَثْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَأَمَّا مَا يُوجَدُ مِنَ الزَّرْعِ بَعْضُهُ بَعْدَ وَجُودِ بَعْضِ كَالْبَانْدُجَانِ وَالْبَطِيخِ وَالْكُرَّاثِ وَنَحْوِهَا قَالَ أَصْحَابُنَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَمْ يَظْهَرْ

قوله : والمخلص

أَيُّ مِنْ فَسَادِ الْبَيْعِ .

أَثْقَانِي

قوله : أن يشتري النصول

أَيُّ وَيَسْتَأْجِرُ الْأَرْضَ وَيُقَدِّمُ الشِّرَاءَ عَلَى الْإِجَارَةِ فَإِنْ قَدَّمَ الْإِجَارَةَ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ تَكُونُ مَشْغُولَةً بِمِلْكِ الْآجِرِ فُصُولُ

قوله : جاز البيع

قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَّا أَنْ عَدَمَ الْحَوَازِ أَقْبَسُ بِمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي مَسْأَلَةِ بَيْعِ صَبْرَةِ طَعَامٍ كُلِّ قَفِيرٍ بِدِرْهَمٍ فَإِنَّهُ أَفْسَدَ الْبَيْعَ بِجَهَالَةِ قَدْرِ الْمَبِيعِ وَقَتَ الْعَقْدِ وَهُوَ لَازِمٌ فِي اسْتِثْنَاءِ أَرْطَالٍ مَعْلُومَةٍ مِمَّا عَلَى الْأَشْجَارِ وَإِنْ لَمْ يُفَضَّ إِلَى الْمُنَازَعَةِ ، فَالْحَاصِلُ أَنَّ كُلَّ جَهَالَةٍ مُفْضِيَةٍ إِلَى الْمُنَازَعَةِ مُبْطِلَةٌ فَلَيْسَ يَلْزَمُ أَنْ مَا لَمْ يُفَضَّ إِلَيْهَا يَصِحُّ مَعَهَا بَلْ لَا بُدَّ مِنْ عَدَمِ الْمُفْضِيَةِ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فِي الصَّحَّةِ مِنْ كَوْنِ الْمَبِيعِ عَلَى حُدُودِ الشَّرْعِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُتَبَايِعِينَ قَدْ يَتَرَاضِيَانِ عَلَى شَرْطٍ لَا يَفْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَعَلَى الْبَيْعِ بِأَجَلٍ مَجْهُولٍ كَقُدُومِ الْحَاجِّ وَنَحْوِهِ وَلَا يُعْتَبَرُ ذَلِكَ مُصَحِّحًا ، وَأَمَّا مَا قِيلَ فِي تَوْجِيهِ الْمَنْعِ بَعْدَ الْمَبِيعِ لَا يَبْلُغُ إِلَّا تِلْكَ الْأَرْطَالِ فَبَعِيدٌ إِذْ الْمُسَاهَدَةُ تُفِيدُ كَوْنَ تِلْكَ الْأَرْطَالِ تَسْتَعْرِقُ الْكُلَّ أَوَّلًا فَلَا يَرْضَى الْمُشْتَرِي حِينَئِذٍ بِذَلِكَ الْإِسْتِثْنَاءِ كَلَامُ الْكَمَالِ رَحِمَهُ اللَّهُ .

قوله : وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز

أَيُّ وَهُوَ قَوْلُ الطَّحَاوِيِّ .

هِدَايَةُ قَوْلُهُ : وَهُوَ قَوْلُ الطَّحَاوِيِّ أَيُّ ، وَكَذَا الشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ .

فَتَحَّ وَكَتَبَ أَيْضًا عَلَى قَوْلِهِ وَرَوَى الْحَسَنُ إلَخَ مَا نَصَّهُ وَمَشَى عَلَيْهِ صَاحِبُ الْمَجْمَعِ وَالتَّقَايَةُ أَيْضًا .

قوله : فكذا استثنائها

أَيُّ بِخِلَافِ اسْتِثْنَاءِ الْحَمْلِ وَأَطْرَافِ الْحَيَوَانِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ فَكَذَا اسْتِثْنَاؤُهُ .

أَتَقَانِي قَوْلُهُ : وَأَطْرَافُ الْحَيَوَانِ أَيُّ كَمَا إِذَا بَاعَ هَذِهِ الشَّاةَ إِلَّا أَلَيْتَهَا أَوْ هَذَا الْعَبْدَ إِلَّا يَدُهُ .
فَتَحَّ .

قَوْلُهُ : وَفَلَانَةُ
لَفْظُ فَلَانَةٍ لَيْسَ فِي حِطِّ الشَّارِحِ

قَوْلُهُ : بِلَفْظِهِ
كَذَا بِحِطِّ الشَّارِحِ .

قَوْلُهُ : فَيَجُوزُ بَيْعُهُ فِي قَشْرِهِ كَالشَّعِيرِ
أَيُّ وَأَجْرُهُ الدَّوْسِ وَالتَّذْرِيعِ عَلَى الْبَائِعِ هُوَ الْمُخْتَارُ .
خُلَاصَةٌ .

قَوْلُهُ : وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يَجُوزُ
قَالَ الْأَتَقَانِيُّ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْبَاقِلِيِّ فِي الْقَشْرِ الْأَوَّلِ ، وَكَذَا لَا يَجُوزُ عَنْدَهُ بَيْعُ الْجَوْزِ وَاللَّوْزِ وَالْفُسْتَقِ فِي الْقَشْرِ الْأَعْلَى ،
وَقَالَ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ وَبَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا لَا يَجُوزُ وَكَذَلِكَ الْأُرْزُ وَالسَّمْسِمُ فِي كُمِّهِ وَيَجُوزُ بَيْعُ الشَّعِيرِ وَالذَّرَّةِ فِي سُنْبُلِهِ بِالتَّفَاقِ

قَوْلُهُ : وَلَا زَيْتَ وَلَا قُطْنَ
قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَأُورِدَ الْمُطَالَبَةُ بِالْفَرْقِ بَيْنَ مَا إِذَا بَاعَ حَبَّ قُطْنٍ فِي قُطْنٍ بَعَيْنِهِ أَوْ نَوَى تَمْرٍ فِي تَمْرٍ بَعَيْنِهِ أَيُّ بَاعَ مَا فِي هَذَا
الْقُطْنِ مِنَ الْحَبِّ أَوْ مَا فِي هَذَا التَّمْرِ مِنَ النَّوَى فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ مَعَ أَنَّهُ أَيْضًا فِي غِلَافِهِ أَشَارَ أَبُو يُوسُفَ إِلَى الْفَرْقِ بِأَنَّ النَّوَى هُنَاكَ مُعْتَبَرٌ عَدَمًا
هَالِكًا فِي الْعُرْفِ فَإِنَّهُ يُقَالُ هَذَا تَمْرٌ وَقُطْنٌ وَلَا يُقَالُ هَذَا نَوَى فِي تَمْرٍ وَلَا حَبٌّ فِي قُطْنِهِ وَيُقَالُ هَذِهِ حِنْطَةٌ فِي سُنْبُلِهَا وَهَذَا لَوْزٌ وَفُسْتَقٌ وَلَا
يُقَالُ هَذِهِ قُشُورٌ فِيهَا لَوْزٌ وَلَا يَذْهَبُ إِلَيْهِ وَهُمْ

قَوْلُهُ : وَسَائِرُ الْحُبُوبِ الْمُغْلَقَةِ
وَأَعْلَمُ أَنَّ الْوَجْهَ يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْخِيَارِ لِلْمُسْتَشْتَرِي بَعْدَ الْإِسْتِخْرَاجِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرَهُ .

كَمَالٌ .

قَالَ (وَأَجْرَةُ الْكَئِيلِ عَلَى الْبَائِعِ) مُرَادُهُ فِيمَا إِذَا بَاعَ مَكَايِلَةً ، وَكَذَا أَجْرَةُ وَزْنِ الْمَبِيعِ وَذَرْعِهِ وَعَدَّهُ عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ الْكَئِيلَ وَالْوَزْنَ وَالذَّرْعَ وَالْعَدَّ فِيمَا يَبِيعُ مَكَايِلَةً أَوْ مُوَازَنَةً أَوْ مُدَارَعَةً أَوْ مُعَادَةً مِنْ تَمَامِ التَّسْلِيمِ وَتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ عَلَى الْبَائِعِ فَكَذَا تَمَامُهُ قَالَ (وَأَجْرَةُ نَقْدِ الثَّمَنِ وَوَزْنِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَزْنَ مِنْ تَمَامِ التَّسْلِيمِ وَتَسْلِيمِ الثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي فَكَذَا مَا يَكُونُ مِنْ تَمَامِهِ ، وَكَذَا يَجِبُ عَلَيْهِ تَسْلِيمُ الْحَبِّ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْبَائِعِ تَعَلُّقُ بِهِ فَيَكُونُ أَجْرُهُ مَنْ يُمَيِّزُ ذَلِكَ عَلَيْهِ إِذْ هُوَ الْمُحْتَاجُ إِلَيْهِ وَهَذِهِ رِوَايَةُ ابْنِ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ رُسْتَمٍ عَنْ أَجْرَةِ نَقْدِ الثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ النَّقْدَ يَكُونُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ وَالْوَزْنَ لِيُعْرَفَ الْمَعِيبُ مِنْ غَيْرِهِ فَكَانَ هُوَ الْمُحْتَاجُ إِلَيْهِ فَتَكُونُ أَجْرَتُهُ عَلَيْهِ وَبِالْأَوَّلِ كَانَ يُفْتَى الصَّدْرُ الشَّهِيدُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَرُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ أَجْرَةَ النَّقْدِ عَلَى رَبِّ الدَّيْنِ بَعْدَ الْقَبْضِ وَقَبْلَهُ عَلَى الْمَدِينِ ؛ لِأَنَّ عَلَى الْمَدِينِ إِيْفَاءَ حَقِّهِ فَتَكُونُ أَجْرَةُ التَّمْيِيزِ عَلَيْهِ وَبَعْدَ الْقَبْضِ دَخَلَ فِي ضَمَانِ رَبِّ الدَّيْنِ وَيَدْعِي أَنَّهُ خِلَافُ حَقِّهِ فَيَكُونُ تَمْيِيزُ حَقِّهِ عَلَيْهِ .

الشرح

قوله في المتن : وأجرة الكيل على البائع

قَالَ الْأَنْقَايُ ، وَقَالَ فِي الْخُلَاصَةِ أَيْضًا وَفِي بَابِ الْعَيْنِ لَوْ اشْتَرَى حِنْطَةً مَكَايِلَةً فَالْكَيْلُ عَلَى الْبَائِعِ وَصَبَّهَا فِي وَعَاءٍ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ أَيْضًا هُوَ الْمُخْتَارُ ثُمَّ قَالَ فِيهَا وَفِي الْمُنتَقَى إِخْرَاجُ الطَّعَامِ مِنَ السُّفْنِ عَلَى الْمُشْتَرِي ثُمَّ قَالَ فِي الْخُلَاصَةِ أَيْضًا وَلَوْ اشْتَرَى حِنْطَةً فِي سُبُلِهَا فَعَلَى الْبَائِعِ تَحْصِيلُهَا بِالدُّوَسِ وَالتَّذَرِيَةِ وَدَفْعُهَا إِلَى الْمُشْتَرِي ثُمَّ قَالَ هُوَ الْمُخْتَارُ ثُمَّ قَالَ فِيهَا وَفِي بَابِ السِّينِ رَجُلٌ اشْتَرَى عَنَّا جُزْأً فَقَطَعَهُ عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَكَذَا كُلُّ شَيْءٍ بَاعَهُ كَالثَّوْمِ وَالْجَزَرِ وَالْبَصْلِ إِذَا خَلَى بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي ، وَكَذَا قَطَعَ الثَّمَرِ عَلَى الْمُشْتَرِي .

قَالَ (وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِثَمَنِ سَلَمَهُ أَوَّلًا) أَيُّ سَلَمَ الثَّمَنِ أَوَّلًا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَقْتَضِي الْمُسَاوَاةَ وَحَقُّ الْمُشْتَرِي قَدْ تَعَيَّنَ فِي الْمَبِيعِ فَيَسَلِّمُ هُوَ الثَّمَنَ أَوَّلًا لِيَتَعَيَّنَ حَقُّ الْبَائِعِ فِيهِ كَمَا تَعَيَّنَ حَقُّهُ فِي الْمَبِيعِ إِذَا الثَّمَنُ لَا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِالْقَبْضِ وَصُورَةُ هَذَا أَنْ يُقَالَ لِلْبَائِعِ أَحْضِرِ الْمَبِيعَ لِيَعْلَمَ أَنَّهُ قَائِمٌ فَإِذَا أَحْضَرَ قِيلَ لِلْمُشْتَرِي سَلَمَ الثَّمَنَ أَوَّلًا لِمَا ذَكَرْنَا ، وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ غَائِبًا فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ حَتَّى يَحْضُرَ الْبَائِعُ الْمَبِيعَ عَلَى مِثَالِ الرَّاهِنِ مَعَ الْمُرْتَهِنِ قَالَ (وَإِلَّا مَعًا) أَيُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ سِلْعَةً بِثَمَنِ سَلَمًا مَعًا لَاسْتَوَاهُمَا فِي التَّعَيَّنِ أَوْ فِي عَدَمِ التَّعَيَّنِ وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا بِثَمَنِ أَوْ سِلْعَةٍ بِسِلْعَةٍ فَالْأَوَّلُ كِلَاهُمَا غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ وَالثَّانِي مُتَعَيَّنٌ

الشرح

قوله في المتن : ومن باع سلعة بتمن إلخ (قَالَ الْأَنْقَايُ رَحِمَهُ اللَّهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مُوجَلًا إِذْ لَيْسَ لِلْبَائِعِ حَقُّ حَبْسِ الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّهُ بِالتَّأْجِيلِ أَسْقَطَ حَقَّهُ فِي الْحَبْسِ ، وَكَذَا إِذَا كَانَ بَعْضُ الثَّمَنِ حَالًا وَبَعْضُهُ مُوجَلًا فَلَهُ حَقُّ حَبْسِ الْمَبِيعِ إِلَى اسْتِيفَاءِ الْحَالِ ، وَلَوْ سَلَّمَ الْمُشْتَرِي جَمِيعَ الثَّمَنِ إِلَّا دَرَاهِمًا فَلَهُ حَقُّ حَبْسِ جَمِيعِ الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْحَبْسِ لَا يَتَجَزَّأُ قَالَ فِي التُّحْفَةِ وَلَوْ دَفَعَ الْمُشْتَرِي إِلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ رَهْنًا أَوْ تَكْفِيلًا بِهِ كَفِيلٌ لَا يَسْقُطُ حَقُّ الْحَبْسِ ؛ لِأَنَّ هَذَا وَثِيقَةٌ بِالثَّمَنِ فَلَا يَسْقُطُ حَقُّهُ عَنْ حَبْسِ الْمَبِيعِ لَاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ وَلَوْ أَحَالَ الْبَائِعُ رَجُلًا عَلَى الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ وَقِيلَ سَقَطَ حَقُّ الْحَبْسِ ، وَكَذَا إِذَا أَحَالَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ عَلَى رَجُلٍ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ، وَقَالَ فِي رِوَايَةٍ إِذَا أَحَالَ رَجُلًا عَلَى الْمُشْتَرِي سَقَطَ حَقُّ الْحَبْسِ وَإِذَا أَحَالَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ عَلَى رَجُلٍ لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ الْحَبْسِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ وَاعْلَمْ

أَنَّ لِلْبَائِعِ حَقَّ حَبْسِ الْمَبِيعِ إِلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ ؛ لِأَنَّ قَضِيَّةَ الْعَقْدِ الْمُسَاوَاةِ بَيْنَ الْعَاقِدَيْنِ وَكُتِبَ أَيْضًا مَا نَصَّهُ فَإِنْ جَاءَ الْمُشْتَرِي بِبَعْضِ الثَّمَنِ هَلْ يُجْبَرُ الْبَائِعُ عَلَى قَبُولِهِ أَمْ لَا يُجْبَرُ قَدْ ذَكَرَ الْحُكْمَ فِيهِ فِي حَاشِيَةِ كُتُبِهَا مِنَ الْأَثْقَانِي نَقَلًا عَنْ الزِّيَادَاتِ عِنْدَ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ فِي بَابِ الْعِنَقِ عَلَى جَعْلٍ وَعِنَقٍ بِالتَّخْلِيَةِ فَرَاغَهَا .

بَابُ خِيَارِ الشَّرْطِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (صَحَّ لِلْمُتَبَايِعِينَ أَوْ لِأَحَدِهِمَا ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ أَوْ أَقَلُّ) أَيَّ جَازَ خِيَارُ الشَّرْطِ لَهُمَا جُمْلَةً أَوْ لِأَحَدِهِمَا ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ فَمَا دُونَهُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ لِحَبَّانَ بْنِ مُنْقِذِ الْأَنْصَارِيِّ وَكَانَ يُعْبَنُ فِي الْبِيَاعَاتِ { إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا حِلَّابَةَ وَلِي الْخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ } قَالَ (وَلَوْ أَكْثَرَ لَا) أَيَّ لَوْ شَرَطَا أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ لَا يَجُوزُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَبِهِ قَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ ، وَقَالَا : يَجُوزُ إِذَا سَمِيَ مُدَّةً مَعْلُومَةً ؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ أَجَازَ الْخِيَارَ إِلَى شَهْرَيْنِ وَلِأَنَّ الْخِيَارَ شَرَعَ لِلتَّرْوِي لِدَفْعِ الْعَبْنِ وَقَدْ تَمَسَّ الْحَاجَةُ إِلَى الْأَكْثَرِ فَشَابَهُ التَّاجِيلُ فِي الثَّمَنِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ شَرْطَ الْخِيَارِ مُخَالَفٌ لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ وَهُوَ الزُّرُومُ ، وَإِنَّمَا جَوَزْنَاهُ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ بِمَا رَوَيْنَاهُ مِنَ النَّصِّ فَيَقْتَضِرُ عَلَى مَوْرِدِ النَّصِّ فَتَنْتَفِي الزِّيَادَةُ بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ الْأَجَلِ ؛ لِأَنَّهُ لِلْقُدْرَةِ عَلَى التَّحْصِيلِ وَذَلِكَ بِتَطَاوُلِ الْمُدَّةِ وَحَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ لَيْسَ بِنَصٍّ فِيهِ فَرُوِيَ أَنَّهُ أَجَازَ الْخِيَارَ إِلَى شَهْرٍ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ خِيَارَ الرُّوْيَةِ أَوْ الْعَبْنِ فَإِذَا انْتَفَتِ الزِّيَادَةُ فَسَدَ الْعَقْدُ بِهَا قَالَ (فَإِذَا أَجَازَ فِي الثَّلَاثِ صَحَّ خِلَافًا لِرُفْرَ) هُوَ يَقُولُ : إِنَّ الْعَقْدَ انْعَقَدَ فَاسِدًا فَلَا يَعُودُ صَحِيحًا كَالنِّكَاحِ بِغَيْرِ شُهُودٍ وَلَهُ أَنَّ الْمُفْسِدَ قَدْ زَالَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ فَيَنْقَلِبُ صَحِيحًا كَمَا فِي الْبَيْعِ بِالرَّقْمِ وَأَعْلَمَهُ فِي الْمَجْلِسِ وَهَذَا عِنْدَ مَشَايِخِ أَهْلِ الْعِرَاقِ مِنْ أَصْحَابِنَا فَإِنَّ عِنْدَهُمْ يَنْعَقِدُ فَاسِدًا وَيَرْتَفِعُ الْفَسَادُ بِحَذْفِ الشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ الْمُفْسِدَ اتَّصَلَ الْيَوْمَ الرَّابِعَ بِهَذِهِ الْمُدَّةِ ، فَإِذَا حَذَفَهُ قَبْلَ الْيَوْمِ الرَّابِعِ فَقَدْ مَعَ اتَّصَلَ الْمُفْسِدُ بِالْعَقْدِ فَصَارَ كَأَنَّ الْخِيَارَ لَمْ يَكُنْ مَشْرُوطًا فِي الْيَوْمِ الرَّابِعِ ، وَأَمَّا عِنْدَ مَشَايِخِ خُرَاسَانَ فَعِنْدَهُمُ الْعَقْدُ مَوْقُوفٌ عَلَى إِسْقَاطِ الشَّرْطِ فَيَمْضِي جُزْءٌ مِنَ الْيَوْمِ الرَّابِعِ فَسَدَ الْعَقْدُ فَلَا يَنْقَلِبُ صَحِيحًا بِخِلَافِ فَسَادِ النِّكَاحِ لِعَدَمِ الْإِشْهَادِ ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ فِيهِ لِعَدَمِ شَرْطِ الْجَوَازِ فَلَا يُمَكِّنُ إِزَالَتَهُ وَهَذَا الْوَجْهُ أَوْجَهُ .

الشرح

باب خيار الشرط

قوله في المتن : صحَّ للمتبايعين

أَيَّ وَعَلَى قَوْلِ سُفْيَانَ وَابْنِ شُبْرُمَةَ إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي جَازَ وَإِلَّا فَلَا كَذَا فِي التُّحْفَةِ .

أَثْقَانِي .

قوله في المتن أيضا ثلاثة أيام

بِالنَّصْبِ عَلَى أَنَّهُ ظَرَفُ أَيِّ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَيَجُوزُ رَفْعُهُ عَلَى أَنَّهُ خَبَرٌ مُبْتَدَأٌ مَحذُوفٌ أَيُّ هُوَ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ .

وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَدَّرَ مُدَّتُهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ

قوله : لقوله عليه الصلوة والسلام لحبان

وَحَبَّانٌ هُوَ بَفَتْحِ الْحَاءِ الْمُهْمَلَةِ وَالْبَاءِ الْمَنْقُوطَةِ بِنُقْطَةٍ تَحْتَانِيَّةٍ شَهِدَ أَحَدًا .

أَتَّقَانِي .

قوله : وكان يغيب

أَيُّ يُخْدَعُ يُقَالُ غَبَّهُ فِي الْبَيْعِ غَبْنًا وَهُوَ مِنْ بَابِ ضَرْبٍ وَغَبِنَ رَأْيُهُ غَبْنًا ضَعْفَ وَهُوَ مِنْ بَابِ عَلِمَ وَيُقَالُ إِنَّهُ مَغْبُونٌ فِي الْبَيْعِ وَغَبِينَ فِي الْعَقْلِ وَالذِّينِ .

غَايَةٌ

قوله : لا خلافة

الْخِلَافَةُ الْخَدِيعَةُ كَذَا فِي الْجُمُهرَةِ .

غَايَةٌ

قوله : ولي الخيار ثلاثة أيام

ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّ شَرْطَ الْخِيَارِ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا بِالْإِجْمَاعِ بِهَذَا الْحَدِيثِ .

غَايَةٌ .

قوله : وقال يجوز إذا سمى مدة معلومة

أَيُّ وَلَوْ شَرَطَ الْخِيَارَ أَبَدًا لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ .

غَايَةٌ وَكَتَبَ مَا نَصُّهُ وَفِي شَرْحِ الْمَجْمَعِ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ أَيُّ أَبَا يُوسُفَ يُوَفِّقُ الْإِمَامَ كَيَّ .

قوله : ولأن الخيار شرع للتروى
يَعْنِي إِلَى النَّظَرِ وَالتَّفَكُّرِ .

غَايَةً

قوله : فشأبه التَّاجِيلَ فِي التَّمَنِّ
وَالْجَامِعُ أَنَّهَا مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بِالْعَقْدِ لِمَسَاسِ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا غَايَةً .

قوله : لِيَأْتِيَ لِلْفِدْرَةِ عَلَى التَّحْصِيلِ

أَيُّ بِالْكَسْبِ أَوْ تَدْخُلُ غَلَائُهُ وَهِيَ لَا تَتَحَقَّقُ غَالِبًا وَظَاهِرًا فِي أَدْنَى مُدَّةٍ ، وَلِهَذَا جَازَتْ الزِّيَادَةُ عَلَى
الثَّلَاثِ بِخِلَافِ شَرْطِ الْخِيَارِ فَإِنَّهُ لِلِإِبْلَاءِ الْعُدْرِ وَالنَّظَرِ فِي أَنَّ الْبَيْعَ رَابِعٌ أَوْ خَاسِرٌ وَمُدَّةُ الثَّلَاثِ تَامَّةٌ فِي هَذَا الْمَعْنَى فَلَا حَاجَةَ إِلَى الزِّيَادَةِ .

غَايَةً

قوله فِي الْمَتْنِ : فَإِذَا أَجَازَ فِي الثَّلَاثِ

أَيُّ بَعْدَمَا كَانَ شَرْطٌ أَكْثَرَ مِنْهَا .

عَيْنِي وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ فَإِذَا أَجَازَ فِي الثَّلَاثِ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَثْقَانِيُّ ثُمَّ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ إِذَا بَطَلَ خِيَارُهُ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ قَبْلَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ
أَوْ بَعْدَهَا فَإِنْ كَانَ بَعْدَهَا فَلَا يَنْقَلِبُ الْعَقْدُ جَائِزًا خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ فَإِنَّ عِنْدَهُمَا إِذَا شَرَطَ الْخِيَارَ مُؤَبَّدًا ثُمَّ أَسْقَطَ الْخِيَارَ بَعْدَ
الثَّلَاثِ جَازَ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ إِلَى هَذِهِ الْمُدَّةِ جَائِزٌ عِنْدَهُمَا وَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ إِلَى هَذِهِ الْمُدَّةِ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ وَإِنْ
كَانَ إِبْطَالُ الْخِيَارِ قَبْلَ الثَّلَاثَةِ أَوْ سَقَطَ الْخِيَارُ بِمَوْتِهِ أَوْ بِمَوْتِ الْعَبْدِ أَوْ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي أَوْ حَدَثَ فِي الْمَبِيعِ مَا يُوجِبُ لُزُومَ الْعَقْدِ كَانَ
الْعَقْدُ جَائِزًا عِنْدَنَا .

غَايَةً

قوله : خِلَافًا لِزُفَرٍ

أَيُّ وَالشَّافِعِيِّ .

أَثْقَانِي .

قوله : وَلَهُ أَنْ الْمَقْسِدِ الْخُ

أَيُّ لِأَبِي حَنِيفَةَ

قوله : قد زال قبل تقررہ

أي لزومه وتبؤنه ؛ لأن تبؤنه بمضي ثلاثة أيام كي .

قوله : كما في البيع بالرقم

أي فإنه فاسد والرقم الكتابة ورقم التاجر الثوب من هذا وهو إعلام ثمنه بنوع علامة عليه بأن ثمنه كذا درهمًا .

غاية وكتب على قوله كما في البيع بالرقم ما نصه وكما لو باع حذعا في سفف ثم نزع فسلمه

قوله : وهذا عند مشايخ أهل العراق

قال الأتقاني وقد نص الكرخي في مختصره أن
البيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله فإن أجاز من له الخيار جاز وعلى ذلك أهل العراق

قوله : فلا يتقلب صحيحا

أي وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام وغيرهما من علماء ما وراء النهر .

غاية وكتب على قوله فلا يتقلب صحيحا ما نصه وبالإسقاط يتعقد صحيحا كي .

قوله : وهذا الوجه أوجه

أي الوجه الثاني الذي ذهب إليه مشايخ خراسان وهو قوله ؛ لأن المفسد إلخ .

قال (ولو باع على أنه إن لم ينفذ الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح وإلى أربعة لا) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد يجوز إلى أربعة أيام وأكثر ، وقال زفر : لا يجوز هذا الشرط أصلا وهو القياس ؛ لأنه شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بشرط عدم التقد ولو شرط فيه الصحيحة منها فسد فهذا أولى ، وجه الاستحسان أنه في معنى شرط الخيار بل هو عينه ؛ لأنه يتخير في الأيام الثلاثة بين الفسخ والإمضاء غير أن ترك التقد جعل أمانة الفسخ والتقيد أمانة الإمضاء وهذا الشرط محتاج إليه لدفع المضاطة كما أن شرط الخيار محتاج إليه لدفع العبن غير أنه هنا بمضي المدة مع عدم التقد يفسخ العقد وفي تلك يتم وذلك لا يوجب اختلاف الحكم إذ في كل واحد منهما فسخ على تقدير وإجازة على تقدير والاختلاف فيما يقع به الفسخ والإجازة لا في نفس الفسخ عند إرادة الفسخ ولا في نفس الإجازة عند إرادة الإجازة فلا يعد اختلافًا ثم أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله مرًا على أصلهما في الزيادة على الثلاثة في الملحق به وهو شرط الخيار على ما بينا وأبو يوسف مع أبي حنيفة في هذا ومع محمد في شرط الخيار أخذ بالنص في هذا وبالأثر في ذلك قال (فإن

تَقَدَّ فِي الثَّلَاثِ صَحَّ (يَعْنِي فِيْمَا إِذَا شَرَطَا أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ، وَإِنَّمَا صَحَّ لِزَوَالِ الْمُفْسِدِ وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ ثُمَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى وَجْهِهِ إِمَّا أَنْ لَا يُبَيِّنَا الْوَقْتَ أَوْ بَيِّنَا وَقْتًا مَجْهُولًا بِأَنْ يَقُولَ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُدْهُ أَيَّامًا أَوْ بَيِّنَا وَقْتًا مَعْلُومًا وَهُوَ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَهُوَ فِي هَذِهِ الصُّورِ كُلِّهَا فَاسِدٌ إِلَّا أَنْ يَنْقُدَ فِي الثَّلَاثِ لِمَا قُلْنَا أَوْ بَيِّنَا وَقْتًا مَعْلُومًا وَهُوَ الثَّلَاثَةُ أَيَّامٍ أَوْ دُونَهُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لِمَا بَيَّنَّا قَالِ

الشرح

قوله في الممن ولو باع على أنه لم ينقذ الثمن الخ

هذه من مسائل الجامع الصغير وقد ذكر صاحب الهداية قول أبي يوسف مع أبي حنيفة كما ترى وكذلك ذكر الصِّدْرُ الشَّهِيدُ أيضًا في شرح الجامع الصغير ولم يذكر محمد خلاف أبي يوسف في أصل الجامع الصغير وهذا الذي ذكره قول أبي يوسف الأول وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف أنه رجع عن هذا القول ، وقال يجوز البيع كما هو قول محمد كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ، ولهذا المعنى قال صاحب المنظومة واضطرب الأوسط فيه فاعقل .

غاية .

قوله : وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله

صرح في المجمع بأن الأصح أن أبا يوسف مع أبي حنيفة

قوله : وقال زفر : لا يجوز هذا الشرط أصلاً

من قوله هذا الشرط أصلاً إلى قوله في الممن ولو اشترياً على أنهما بالخيار مفقود من خط الشارح

قوله : ينفسخ العقد

قال الأتقاني ثم انفساخ العقد عند عدم التقيد في الثلاثة مذکور في شرح الطحاوي وبه صرح صاحب الإيضاح وإليه ذهب صاحب المختلف ، وقال في الفتاوى الصغرى ولو مضى الثلاثة ولم ينعقد الثمن فسد البيع إلا أنه لا يفسخ حتى لو اعتقه المشتري بعد ذلك إن كان العبد في يده نفذ وإن كان في يد البائع لا ، وقال في شرح الطحاوي ولو كان هذا البيع بهذا الشرط للبائع كما إذا اشترى شيئاً على أن البائع إن رد الثمن على المشتري إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهو على الاختلاف يعني أن البيع جائز بهذا الشرط عندنا خلافاً لزفر قال وهو بمنزلة شرط الخيار للبائع وفائدته ما ذكره في الفتاوى الصغرى بقوله إن اعتق البائع صح وإن اعتق المشتري لا ولو قال إن لم ينقذه الثمن إلى أربعة أيام فلا بيع بيننا فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة إلا أن ينقذه الثمن في ثلاثة أيام وفي قول محمد البيع جائز كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وقول أبي يوسف أولاً كقول أبي حنيفة .

وقوله : آخر كقول محمد وقد مر ، ثم أبو حنيفة مر على أصله في شرط الخيار حيث لا يجوز عنده أكثر من ثلاثة أيام فكذا ما هو في معناه إلا إذا تقد الثمن في الثلاث فكان البيع جائزاً لانقطاع المفسد ومحمد مر على أصله أيضاً ؛ لأن عنده يجوز شرط الخيار أكثر من

ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِذَا كَانَتْ الْمُدَّةُ مَعْلُومَةً فَكَذَا مَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ ، وَكَذَا أَبُو يُوسُفَ مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ أَيْضًا عَلَى قَوْلِهِ الْمَرْجُوعُ إِلَيْهِ وَلَكِنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ شَرْطِ الْخِيَارِ عَلَى قَوْلِهِ الْأَوَّلِ حَيْثُ جَوَزَ الزِّيَادَةَ عَلَى الثَّلَاثَةِ فِي شَرْطِ الْخِيَارِ وَلَمْ يُجَوِّزْ هُنَا ؛ لِأَنَّهُ اتَّبَعَ أَثَرِ ابْنِ عُمَرَ فِي شَرْطِ الْخِيَارِ إِذْ هُوَ أَحْجَازَ فِيهِ الزِّيَادَةَ عَلَى الثَّلَاثَةِ وَرَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ أَحْجَازَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ قَبْلَ هَذَا فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَتَجَاوَزْ أَبُو يُوسُفَ حَدَّ السَّنَةِ وَالْأَثَرِ وَأَخَذَ بِهِمَا وَفِيمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ أُخِذَ بِالْقِيَاسِ ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ أَنْ لَا يَصِحَّ هَذَا الْبَيْعُ أَصْلًا كَمَا قَالَ زُفَرٌ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ شَرْطٌ فِيهِ إِقَالَةٌ فَاسِدَةٌ وَهِيَ إِقَالَةٌ مُعَلَّقَةٌ بِالشَّرْطِ وَالْبَيْعُ بِشَرْطِ الْإِقَالَةِ الصَّحِيحَةِ بَاطِلٌ فَشَرْطُ الْإِقَالَةِ الْفَاسِدَةِ أَوْلَى .

أَتَقَانِي

وَكُتِبَ عَلَى يَنْفَسَخِ الْعَقْدُ مَا نَصَّهُ قَالَ الْقَاضِي الْإِمَامُ ظَهِيرُ الدِّينِ هَهُنَا مَسْأَلَةٌ لَا بُدَّ مِنْ حِفْظِهَا وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ يَفْسُدُ الْعَقْدُ وَلَا يَنْفَسَخُ حَتَّى لَوْ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي وَهُوَ فِي يَدِهِ نَقَذَ عِثْقَهُ وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ لَا يَنْقُذُ حَبَارِيَّةً .

قَوْلُهُ : وَمَعَ مُحَمَّدٍ فِي شَرْطِ الْخِيَارِ أَخَذَ بِالنَّصِّ

أَيَّ بَدَلَالَةِ النَّصِّ وَهُوَ { قَوْلُهُ : عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلْأَنْصَارِيِّ إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ وَلِي الْخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ } ا ق وَكُتِبَ عَلَى قَوْلِهِ بِالنَّصِّ نُسْخَةٌ بِالْقِيَاسِ .

(وَخِيَارُ الْبَائِعِ يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِهِ) لِأَنَّ تَمَامَ الْبَيْعِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالتَّرَاضِي وَلَا يَنْتَمِ الرِّضَا مَعَ الْخِيَارِ ، وَلِهَذَا يَنْقُذُ عِثْقُ الْبَائِعِ وَيَمْلِكُ التَّصَرُّفُ فِيهِ دُونَ الْمُشْتَرِي وَإِنْ قَبِضَهُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ قَالَ (وَبَقْبُضِ الْمُشْتَرِي يَهْلِكُ بِالْقِيَمَةِ) يَعْنِي إِذَا قَبِضَهُ الْمُشْتَرِي وَهَلَكَ فِي يَدِهِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فَإِنَّ الْمُشْتَرِي يَضْمَنُ قِيَمَتَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ يَنْفَسَخُ بِالْهَلَاكِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَوْفُوفًا وَلَا تَفَاذُ بِدُونِ الْمَحَلِّ وَكَانَ مَقْبُوضًا فِي يَدِهِ عَلَى سَوَاءِ الشَّرَاءِ وَفِيهِ الْقِيَمَةُ وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِ الْبَائِعِ انْفَسَخَ الْبَيْعُ وَلَا شَيْءَ لِلْبَائِعِ عَلَى الْمُشْتَرِي كَمَا فِي الْبَيْعِ الصَّحِيحِ الْمَطْلُوقِ وَلَوْ تَعَيَّبَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَلِلْبَائِعِ أَنْ يَلْزِمَ الْبَيْعَ إِنْ شَاءَ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ وَضَمَّنَهُ الثَّفَافَانَ ؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ لَا يَمْنَعُ الْفَسْخَ وَإِذَا انْفَسَخَ الْعَقْدُ كَانَ مَضْمُونًا عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْقَبْضِ بِحَمِيصِ أَجْزَائِهِ كَالْمَعْصُوبِ وَلَوْ تَعَيَّبَ فِي يَدِ الْبَائِعِ فَهُوَ عَلَى خِيَارِهِ ؛ لِأَنَّ مَا انْتَقَصَ بغيرِ فِعْلِهِ لَا يَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ وَلَكِنَّ الْمُشْتَرِي يَتَخَيَّرُ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِحَمِيصِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْمَطْلُوقِ وَإِذَا كَانَ الْعَيْبُ بِفِعْلِ الْبَائِعِ يُنْتَفَضُ الْبَيْعُ فِيهِ بِقَدَرِهِ ؛ لِأَنَّ مَا يَحْدُثُ بِفِعْلِهِ يَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ وَتَسْقُطُ حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ .

قَالَ (وَخِيَارُ الْمُشْتَرِي لَا يَمْنَعُ وَلَا يَمْلِكُهُ) أَيَّ لَا يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ وَلَا يَمْلِكُهُ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ لَازِمٌ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ شَرْعٌ نَظَرًا لِمَنْ لَهُ الْخِيَارُ فَيَعْمَلُ فِي حَقِّهِ دُونَ الْآخَرِ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَمْلِكُهُ الْمُشْتَرِي كَيْ لَا يَجْتَمِعَ الْبَدَلُ وَالْمُبْدَلُ فِي مِلْكِ شَخْصٍ وَاحِدٍ وَهُوَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَا :

يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ خَرَجَ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ وَلَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي لَكَانَ زَائِلًا لَا إِلَى مَالِكٍ وَلَا عَهْدَ لَنَا بِهِ فِي الشَّرْعِ وَلَهُ أَنْ الثَّمَنَ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ يَعْمَلُ فِي حَقِّ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ ، وَلَوْ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ لَدَخَلَ بِلَا عَوْضٍ وَاجْتَمَعَ فِي مِلْكِ شَخْصٍ وَاحِدٍ الْعَوْضُ وَالْمَوْضُوعُ وَلَا عَهْدَ لَنَا بِهِ فِي الشَّرْعِ وَلِأَنَّ الْخِيَارَ شَرْعٌ نَظَرًا لَهُ لِنَنْظُرَ فِيهِ هَلْ هُوَ مُوَافِقٌ أَمْ لَا ؟ فَلَوْ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ يَقُوتُ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا اشْتَرَى قَرِيْبَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَقُ عَلَيْهِ فِعْوَودُ عَلَى مَوْضُوعِهِ بِالتَّقْضِ وَحَاجَ أَنْ يُوجَدَ خُرُوجُ مِلْكِهِ بِلَا دُخُولٍ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ كَعَبِيدِ الْكَعْبَةِ يَخْرُجُونَ عَنْ مِلْكِ مُلَّاكِهِمْ وَلَا يَدْخُلُونَ فِي مِلْكِ أَحَدٍ عِنْدَ الشَّرَاءِ لِلْكَعْبَةِ ، وَكَذَا التَّرِكَةُ الْمُسْتَعْرِفَةُ بِالْذِّينِ تَخْرُجُ عَنْ مِلْكِ الْمَيِّتِ وَلَا تَدْخُلُ فِي

مِلْكِ الْوَرْتَةِ وَلَا يُقَالُ عَلَى هَذَا تَكُونُ سَائِبَةً وَهِيَ مِنْهِيَ عَنْهَا ؛ لَأَنَّا نَقُولُ : الْحَالُ مَوْقُوفٌ إِنْ أُجِيزَ الْبَيْعُ يَسْتَدُ إِلَى وَقْتِ الْعَقْدِ فَيَتَبَيَّنُ أَنَّهُ مِلْكُهُ مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ الزَّوَائِدُ وَإِنْ فَسَخَ بَانَ أَنَّهُ غَيْرُ زَائِلٍ عَنْ مِلْكِهِ فَكَيْفَ يَكُونُ مِنَ السَّائِبَةِ مَعَ وُجُودِ سَبَبِ الْإِثْقَالِ وَمَعَ تَوَقُّعِ حُكْمِهِ .

قَالَ (وَبَقْبُضِهِ يَهْلِكُ بِالثَّمَنِ كَتَعْيِيهِ) أَيِ بِسَبَبِ قَبْضِهِ يَضْمَنُ ثَمَنُهُ إِذَا هَلَكَ كَمَا يَضْمَنُ إِذَا تَعَيَّبَ وَالْمُرَادُ بِالْعَيْبِ عَيْبٌ لَا يَرْتَفِعُ كَقَطْعِ الْيَدِ فَإِنْ كَانَ يَرْتَفِعُ كَالْمَرَضِ فَهُوَ عَلَى خِيَارِهِ فَإِنْ ارْتَفَعَ فِي الْمُدَّةِ لَا يَلْزِمُهُ وَإِلَّا لَزِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ بِدُخُولِ الْعَيْبِ فِيهِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي يَمْتَنِعُ الرَّدُّ عَلَى الْبَائِعِ لِعَجْزِهِ عَنِ الرَّدِّ كَمَا قَبْضُهُ وَالْهَلَاكُ لَا يُعْرَى عَنْ مُقَدِّمَةِ عَيْبٍ فِيهِلِكَ بَعْدَ مَا انْتَبَرَمَ الْعَقْدُ فَيَلْزِمُهُ الثَّمَنُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ بِدُخُولِ الْعَيْبِ فِيهِ لَا يَمْتَنِعُ الرَّدُّ إِذْ لَا يَعْجِزُ عَنِ التَّصَرُّفِ بِحُكْمِ الْخِيَارِ فَلَا يَسْقُطُ خِيَارُهُ وَإِنْ أَشْرَفَ عَلَى الْهَلَاكِ فَلَوْ لَزِمَ الْبَيْعُ فِيهِ إِنَّمَا يَلْزَمُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ فَكَانَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ بِالْقِيمَةِ ضَرُورَةً .

الشرح

قوله في الثمن : وخيار البائع يمتنع الخ

قَالَ فِي الدَّرَايَةِ وَفِي الْمُجْتَبَى فِي الْمُحِيطِ يَخْرُجُ الثَّمَنُ عَنْ مِلْكِ الْمُشْتَرِي فِي هَذِهِ الصُّورَةِ إِجْمَاعًا إِلَّا أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْبَائِعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا

قوله : إذا قبضه المشتري

أَيِ وَكَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ

قوله : وفيه القيمة

أَيِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِثْلًا وَإِنْ كَانَ مِثْلًا يَضْمَنُ قِيمَتَهُ كَي

قوله : كما في البيع الصحيح

إِنَّمَا ذَكَرَ الصَّحِيحَ مَعَ أَنَّ الْحُكْمَ فِي الْفَاسِدِ كَذَلِكَ حَمَلًا لِحَالِ الْمُسْلِمِينَ عَلَى الصَّلَاحِ

قوله : يخرج عن ملك الميت

فِيهِ نَظَرٌ بَلْ هِيَ مُبْقَاةٌ عَلَى مِلْكِ الْمَيِّتِ لِحَاجَتِهِ كَذَا ذَكَرَ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ

قوله : ولهذا كان له الزوائد

أَيِ إِذَا الْحُكْمُ عِنْدَ تَمَامِ السَّبَبِ يَثْبُتُ مِنْ أَوَّلِ السَّبَبِ وَكُتِبَ عَلَى قَوْلِهِ الزَّوَائِدُ مَا نَصُّهُ الْحَاصِلَةُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، وَأَمَّا الْكَسْبُ فَيَتَصَدَّقُ بِهِ وَيُنْظَرُ فِي آخِرِ غَضَبٍ فَتَأْوَى الْوَلَوَالِجِي .

(فَرَعٌ) الْوَلَدُ وَالْعَقَرُ وَالشَّمْرَةُ وَالْبَيْنُ يَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْإِجْمَاعِ وَغَيْرُ الْمُتَوَلَّدَةِ كَالْكَسْبِ وَالْعَلَّةُ لَا يُمْنَعُ بِالْإِجْمَاعِ فَإِنْ أَجَازَ الْبَيْعُ فَالْعَلَّةُ وَالْكَسْبُ لِلْمُسْتَشْتَرِي وَإِنْ فُسِّخَ فَكَذَلِكَ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِلْبَائِعِ عِمَادِي .

قوله في المتن : وبقبضه

أي قبض المشتري فيما إذا كان الخيار له .

قَالَ (فَلَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ بِالْخِيَارِ بَقِيَ النِّكَاحُ) ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا ؛ لِأَنَّ خِيَارَ الْمُشْتَرِي يَمْنَعُ مِنْ دُخُولِ الْمُبِيعِ فِي مِلْكِهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا قَالَ (فَإِنْ وَطَّئَهَا فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهَا) ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ بِحُكْمِ النِّكَاحِ لَا بِحُكْمِ مِلْكِ الْيَمِينِ إِذَا لَا يَمْلِكُهَا بِهَذَا الشَّرَاءِ إِلَّا إِذَا نَقَضَهَا الْوَطْءُ ؛ لِأَنَّهَا تَتَعَيَّبُ بِهِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ بَعْدَ مَا تَعَيَّبَتْ عِنْدَهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ انْفَسَخَ بِمِلْكِهِ إِيَّاهَا فَيَكُونُ الْوَطْءُ بِحُكْمِ مِلْكِ الْيَمِينِ فَيَمْتَنِعُ الرَّدُّ كَمَا إِذَا اشْتَرَى غَيْرَ زَوْجَتِهِ فَوَطَّئَهَا وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تَظْهَرُ فِيهَا ثَمَرَةُ الْخِلَافِ بَيْنَهُمْ وَلَهَا نَظَائِرُ مِنْهَا عِنْتُ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَى عَلَى الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ قَرِيبًا لَهُ وَمِنْهَا عَتَقُهُ إِذَا كَانَ قَدْ حَلَفَ بَعْتَقَهُ بِأَنْ قَالَ إِنْ مَلَكَتْ عَبْدًا فَهُوَ حُرٌّ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِنْ اشْتَرَيْتَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالْمُنْشِئِ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ فِي حَقِّ تَصْحِيحِ الْجَزَاءِ لَا غَيْرَ حَتَّى لَا يُجْزِئَهُ عَنِ الْكَفَّارَةِ إِذَا نَوَاهُ بِخِلَافِ شَرَاءِ الْقَرِيبِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ .

وَمِنْهَا أَنَّ الْأُمَّةَ الْمُشْتَرَاةَ لَوْ حَاضَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْقَبْضِ لَا يُجْزِئُ بِهِ عَنِ الْاسْتِبْرَاءِ لِعَدَمِ الْمِلْكِ وَعِنْدَهُمَا يُجْزِئُ بِهِ لَوْجُودِهِ وَلَوْ رَجَعَتْ إِلَى الْبَائِعِ بِالْفُسْخِ بِحُكْمِ الْخِيَارِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْاسْتِبْرَاءُ لِعَدَمِ دُخُولِهَا فِي مِلْكِ غَيْرِهِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ إِذَا رَجَعَتْ إِلَيْهِ بَعْدَ الْقَبْضِ ، وَإِنْ رَجَعَتْ إِلَى مِلْكِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْاسْتِبْرَاءُ اسْتِحْسَانًا كَمَا لَوْ كَانَ الْبَيْعُ بَأْتًا ثُمَّ تَفَاسَخَا بِإِقَالَةٍ أَوْ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْاسْتِبْرَاءُ بَعْدَ الْقَبْضِ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا وَقَبْلَ الْقَبْضِ يَجِبُ قِيَاسًا وَفِي

الاسْتِحْسَانِ لَا يَجِبُ إِجْمَاعًا وَمِنْهَا مَا إِذَا اشْتَرَى مَتَكُوْحَتَهُ وَقَدْ وَلَدَتْ مِنْهُ أَوْ حُبْلَى مِنْهُ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدَ لَهُ خِلَافًا لَهُمَا وَثَمَرَةُ الْخِلَافِ تَظْهَرُ أَيْضًا فِيمَا إِذَا وَلَدَتْ مِنْهُ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، وَإِنْ قَبَضَهَا الْمُشْتَرِي فَوَلَدَتْ فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ لَزِمَ الْبَيْعُ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَعَيَّبُ بِالْوِلَادَةِ وَلَا يَمْلِكُ رَدَّهَا بَعْدَ التَّعَيُّبِ فِي يَدِهِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ الْقَبْضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ نَظِيرُ مَا إِذَا اشْتَرَى حُبْلَى مِنْ غَيْرِهِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَقَبَضَهَا فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ يَبْطُلُ خِيَارُهُ وَيَلْزَمُ الْبَيْعُ لِمَا ذَكَرْنَا وَمِنْهَا مَا إِذَا قَبَضَ الْمُشْتَرِي الْمُبِيعَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ ثُمَّ أَوْدَعَهُ عِنْدَهُ فَهَلَكَ فِي يَدِهِ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّ قَبْضَهُ يَرْتَفِعُ بِالرَّدِّ لِعَدَمِ الْمِلْكِ فَهَلَاكُهُ بَعْدَ ذَلِكَ فِي يَدِ الْبَائِعِ إِنْ كَانَ فِي الْمَدَّةِ فَهُوَ هَلَكَ قَبْلَ الْقَبْضِ وَقَبْلَ الْمِلْكِ .

وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّهَا فَهُوَ هَلَكَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَيَكُونُ مِنْ مَالِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْبَاتِّ وَعِنْدَهُمَا مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي لِصِحَّةِ الْإِبْدَاعِ بِاعْتِبَارِ قِيَامِ الْمِلْكِ لَهُ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ خِيَارُ الرُّوْيَةِ أَوْ الْعَيْبِ وَالْفَرْقُ لَهُ أَنَّهَا لَا يَمْتَنَعَانِ وَفَوْعَ مِلْكِ الْمُشْتَرِي فَيَكُونُ الْإِبْدَاعُ صَحِيحًا بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ وَمِنْهَا مَا لَوْ كَانَ الْمُشْتَرَى بِالْخِيَارِ عَبْدًا مَأْذُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ فَأُتِرَاهُ الْبَائِعُ عَنِ الثَّمَنِ فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ بَقِيَ خِيَارُهُ عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَمْلِكْهُ كَانَ الرَّدُّ امْتِنَاعًا عَنِ التَّمْلُكِ وَالْمَأْذُونُ لَهُ يَمْلِكُ الرَّدَّ ، وَإِنْ كَانَ التَّمْلُكُ بِغَيْرِ عَوْضٍ كَمَا إِذَا وَهَبَ لَهُ فَإِنْ لَهُ أَنْ يَمْتَنَعَ عَنِ الْقَبُولِ وَعِنْدَهُمَا يَبْطُلُ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا مَلَكَهُ كَانَ الرَّدُّ مِنْهُ تَمْلِكًا بِلَا عَوْضٍ وَهُوَ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ بِخِلَافِ

الْحُرِّ فَصَارَ كَمَا لَوْ كَانَ لَهُ خِيَارُ رُؤْيَةٍ أَوْ عَيْبٍ فِي الْبَيْعِ الْبَاتِ فَأَبْرَأَهُ الْبَائِعُ عَنِ الثَّمَنِ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ رَدُّهُ عَلَيْهِ بَعْدَ الْقَبْضِ بِالْإِجْمَاعِ وَجَوَابُهُ أَنَّهُمَا لَا يَمْنَعَانِ الْوُقُوعَ فِي الْمِلْكِ عَلَى مَا بَيَّنَّا ، وَذَكَرَ فِي الْمُحِيطِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْإِبْرَاءُ عَنِ الثَّمَنِ إِلَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّ خِيَارَ الْمُشْتَرِي يَمْنَعُ خُرُوجَ الثَّمَنِ عَنْ مِلْكِهِ وَهُوَ الْقِيَاسُ وَوَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ إِبْرَاءٌ بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِهِ فَيَصِحُّ وَمِنْهَا مَا لَوْ اشْتَرَى ذِمِّيٌّ مِنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثُمَّ أَسْلَمَ الْمُشْتَرِي فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ بَطَلَ الْخِيَارُ عِنْدَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا فَلَا يَمْلِكُ تَمْلِيكُهَا بِالرَّدِّ وَهُوَ مُسْلِمٌ وَعِنْدَهُ يَبْطُلُ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا بِإِسْقَاطِ الْخِيَارِ وَهُوَ مُسْلِمٌ وَلَوْ أَسْلَمَ الْبَائِعُ وَالْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي بَقِيَ عَلَى خِيَارِهِ بِالْإِجْمَاعِ .

وَلَوْ رَدَّهَا الْمُشْتَرِي عَادَتْ إِلَى مِلْكِ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مِنْ جَانِبِ الْبَائِعِ بَاتٌ فَإِنْ أَحَازَهُ صَارَ لَهُ ، وَإِنْ فَسَخَ صَارَ الْخَمْرُ لِلْبَائِعِ وَالْمُسْلِمُ مِنْ أَهْلِ أَنْ يَتَمَلَّكَ الْخَمْرَ حُكْمًا كَمَا فِي الْإِرْثِ وَلَوْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَأَسْلَمَ هُوَ بَطَلَ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ الْمَسِيحَ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ وَالْمُسْلِمُ لَا يَقْدِرُ أَنْ يَمْلِكَ الْخَمْرَ وَلَوْ أَسْلَمَ الْمُشْتَرِي لَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ وَالْبَائِعُ عَلَى خِيَارِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مِنْ جِهَةِ الْمُشْتَرِي بَاتٌ فَإِنْ أَحَازَ الْعَقْدَ صَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ مِنْ أَهْلِ أَنْ يَمْلِكَ الْخَمْرَ حُكْمًا ، وَإِنْ فَسَخَهُ كَانَ لِلْبَائِعِ وَهَذَا كُلُّهُ فِيمَا إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْقَبْضِ وَالْخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا ، وَإِنْ أَسْلَمَ قَبْلَ الْقَبْضِ بَطَلَ الْبَيْعُ فِي الصُّورِ كُلِّهَا سِوَاءَ كَانَ الْبَيْعُ بَأْتًا أَوْ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِأَحَدِهِمَا أَوْ لِهَئِمَا ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ شَبَّهَ بِالْعَقْدِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يُفِيدُ مِلْكَ التَّصَرُّفِ فَلَا يَمْلِكُهُ بَعْدَ الْإِسْلَامِ ، وَإِنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا بَعْدَ الْقَبْضِ وَكَانَ الْبَيْعُ بَأْتًا لَا يَبْطُلُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَمَّ بِالْقَبْضِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ عَلَى مَا مَرَّ وَمِنْهَا مُسْلِمٌ اشْتَرَى مِنْ مُسْلِمٍ عَصِيرًا بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَتَخَمَّرَ الْعَصِيرُ فِي الْمُدَّةِ فَسَدَ الْبَيْعُ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا تَمَّ وَمِنْهَا حَلَالٌ اشْتَرَى صَيْدًا بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَقَبِضَهُ ثُمَّ أَحْرَمَ وَالصَّيْدُ فِي يَدِهِ يُتَقَضُّ الْبَيْعُ وَيَرُدُّهُ إِلَى الْبَائِعِ عِنْدَهُ ، وَقَالَ : يَلْزَمُ الْمُشْتَرِي وَلَوْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ يُتَقَضُّ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ، وَإِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي فَأَحْرَمَ الْبَائِعُ فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّهُ ، وَمِنْهَا مَا لَوْ اشْتَرَى دَارًا هُوَ سَاكِنُهَا بِإِجَارَةٍ أَوْ عَارِيَّةٍ فَاسْتَدَامَ السُّكْنَى بَعْدَ الشَّرَاءِ لَا يَكُونُ اخْتِيَارًا عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا اخْتِيَارٌ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُ الْعَيْنِ فَكَانَ سُكْنَاهُ بِحُكْمِ مِلْكِ الْعَيْنِ ، وَقَالَ السَّرْحَسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ ابْتِدَاءُ السُّكْنَى اخْتِيَارٌ ؛ لِأَنَّ الدَّارَ لَا تُمْتَحَنُ بِالسُّكْنَى بِخِلَافِ الْإِسْتِمْرَارِ قَالَ .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ : إِذَا كَانَ قَرِيبًا (أَي قَرَابَةٌ مَحْرَمَةٌ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ لَا يُعْتَقُ حَتَّى تَنْقَضِيَ الْمُدَّةُ وَلَمْ يُفْسَخْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ .

فَتْحُ

قَوْلُهُ : وَمِنْهَا عِتْقُهُ

أَي عِنْدَهُمَا خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ بِسَبَبِ الْخِيَارِ فَلَمْ يُوجَدْ الشَّرْطُ وَعِنْدَهُمَا وَجِدَ فَعَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ

قَوْلُهُ : بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِنَّ اشْتَرَيْتَهُ

أَي حَيْثُ يُعْتَقُ اتِّفَاقًا

قوله : فيما إذا ولدت منه قبل القبض في يد البائع

أي فعندهما نصير أم ولد له خلافاً للإمام .

قوله : ولو ردّها المشتري عادت

لَا يَظْهَرُ لِقَوْلِهِ وَإِنْ رَدَّهَا الْمُشْتَرِي فَائِدَةٌ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ بَعْدُ وَإِنْ فُسِّخَ الْخُ يُعْنِي عَنْهُ (فَإِنْ أَحْزَرَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ فِي غَيْبَةِ صَاحِبِهِ صَحَّ ، وَإِنْ فُسِّخَ لَا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ أَيْضًا مَعَ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ كَانَ بِمُسَاعَدَتِهِ فَصَارَ مُسَلِّطًا لَهُ عَلَى الْفَسْخِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِهِ كَالْفَسْخِ بِالْفِعْلِ مِثْلُ إِعْتَاقٍ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ أَوْ بَيْعِهِ أَوْ وَطْؤِهِ أَوْ تَقْيِيلِهِ بِشَهْوَةٍ وَكَالْإِجَارَةِ فَإِنَّ عِلْمَ الْآخِرِ لَا يُشْتَرَطُ فِيهَا فَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ رِضَاهُ فَصَارَ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ مِنْ غَيْرِ عِلْمِ الْمُوَكَّلِ ، وَلَهُمَا أَنَّهُ بِالْفَسْخِ يَلْزَمُ صَاحِبَهُ الضَّرَرُ إِذْ لَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الْعَمَلِ بِمُوجِبِ الْفَسْخِ مِنْ غَيْرِ عِلْمٍ كَالْامْتِنَاعِ مِنَ التَّصَرُّفِ وَالْوَطْءِ وَالِاسْتِخْدَامِ بَلْ يُقَدَّمُ عَلَى هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ اعْتِمَادًا عَلَى مَا سَبَقَ مِنَ الْبَيْعِ فَتَلْزُمُهُ الْعَرَامَةُ ، وَكَذَا لَا يُطْلَبُ لِسِلْعَتِهِ مُشْتَرِيًا لِمَا قُلْنَا فَلَا بُدَّ مِنْ عِلْمِهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ كَعَزْلِ الْوَكِيلِ وَحَجْرِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ عَنِ التَّصَرُّفِ وَفِرَاقِ الشَّرِيكِ وَنَهْيِ الْمُضَارِبِ عَنِ التَّصَرُّفِ بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِيهَا عَلَى صَاحِبِهِ إِذْ هُوَ مُوَافِقٌ لَهُ فِيهَا وَبِخِلَافِ الْفَسْخِ بِالْفِعْلِ ؛ لِأَنَّهُ حُكْمِيٌّ وَلَا يُشْتَرَطُ الْعِلْمُ فِي الْحُكْمِيِّ كَعَزْلِ الْوَكِيلِ وَالْمُضَارِبِ وَالشَّرِيكِ وَحَجْرِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي التَّجَارَةِ حُكْمًا كَارْتِدَادِهِ وَلِحَاقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا وَكَجُنُونِهِ مُطْبِقًا .

وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ مُسَلِّطٌ عَلَى الْفَسْخِ مِنْ جِهَةِ صَاحِبِهِ وَكَيْفَ يُسَلِّطُهُ عَلَيْهِ وَهُوَ بِنَفْسِهِ لَا يَمْلِكُ الْفَسْخَ ، وَإِنَّمَا يُفْسَخُ لِكَوْنِ الْعَقْدِ غَيْرِ لَازِمٍ فِي حَقِّهِ لَا بِتَسْلِيْطٍ مِنْهُ فَيُشْتَرَطُ عِلْمُهُ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ حَيْثُ يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ مِنْ غَيْرِ عِلْمِ الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّهُ مُسَلِّطٌ مِنْ جِهَتِهِ ، وَكَذَا الْمُضَارِبُ وَلَوْ فُسِّخَ حَالُ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ وَبَلَّغَهُ فِي الْمُدَّةِ صَحَّ وَلَوْ مَضَتْ الْمُدَّةُ قَبْلَ الْعِلْمِ بِهِ تَمَّ الْعَقْدُ وَلَزِمَ وَالْحِيلَةُ فِيهِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ وَكَيْلًا حَتَّى إِذَا بَدَأَ لَهُ الْفَسْخُ رَدَّهُ عَلَيْهِ ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ إِنَّهُ لَوْ رُفِعَ الْأَمْرُ إِلَى الْحَاكِمِ وَأَعْلَمَهُ بِذَلِكَ وَنَصَبَ مَنْ يُخَاصِمُ عَنْهُ صَحَّ الرَّدُّ عَلَيْهِ وَذَكَرَ الْكَرْحِيُّ أَنَّ خِيَارَ الرُّوَيْتَةِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ وَفِي خِيَارِ الْعَيْبِ لَا يَصِحُّ فُسْخُهُ بِغَيْرِ عِلْمِهِ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالْقَضَاءِ .

قَالَ (وَتَمَّ الْعَقْدُ بِمَوْتِهِ وَبِمُضِيِّ الْمُدَّةِ وَالِإِعْتَاقِ وَتَوَابِعِهِ وَالْأَخْذُ بِشَفْعَةٍ) يَعْنِي تَمَّ الْعَقْدُ بِوَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الْجُمْلَةِ ، أَمَّا الْأَوَّلُ وَهُوَ مَوْتُ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ فَلِأَنَّ الْخِيَارَ بِمَوْتِهِ يَطْلُ وَلَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَرِثَةِ عِنْدَنَا ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُوْرَثُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَازِمٌ ثَابِتٌ لَهُ فِي الْبَيْعِ فَيَجْرِي فِيهِ الْوَارِثُ كَخِيَارِ الْعَيْبِ وَالتَّعْيِينِ وَلَنَا أَنَّ الْخِيَارَ صِفَةٌ لِلْمَيِّتِ فَلَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ كَسَائِرِ أَوْصَافِهِ ، وَإِنَّمَا قُلْنَا : إِنَّهُ صِفَةٌ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ هُوَ إِلَّا مَشِئَةً وَإِرَادَةً فَصَارَ كَخِيَارِ الْمَجْلِسِ عَنْدهُ بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْرَثَ اسْتَحَقَّ الْمَبِيعَ سَلِيمًا فَكَذَا الْوَارِثُ ؛ لِأَنَّهُ وَرَثَ خِيَارُهُ وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ بِالْعَيْبِ فَاتَ الْجُزْءُ السَّلِيمُ فَلِلْمَوْرَثِ أَنْ يُطَالِبَ بِذَلِكَ الْجُزْءِ فَيَقُومُ الْوَارِثُ مَقَامَهُ فِيهِ ، وَلِهَذَا يَثْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ فِيمَا تَعَيَّبَ فِي يَدِ الْبَائِعِ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْرَثِ ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ لِلْمَوْرَثِ وَخِيَارُ التَّعْيِينِ يَثْبُتُ لِلْوَارِثِ ابْتِدَاءً لِاخْتِلَاطِ مَلِكِهِ بِمَلِكِ الْغَيْرِ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ يُوْرَثُ فَإِذَا بَطَلَ الْخِيَارُ لَزِمَ الْبَيْعُ وَتَمَّ .

وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا مَضَتْ مُدَّةُ الْخِيَارِ فَلِأَنَّهُ بِمُضِيِّهَا يَطْلُ خِيَارُهُ إِذَا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْخِيَارُ إِلَّا فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ كَالْمُخَيَّرَةِ فِي وَقْتٍ مُقَدَّرٍ لَمْ يَبْقَ لَهَا الْخِيَارُ بَعْدَ مُضِيِّهِ وَمِنْ ضَرُورَةِ بَطْلَانِ الْخِيَارِ تَمَامُ الْعَقْدِ وَلِزُومِهِ لِرُزَالِ الْمَانِعِ ، وَأَمَّا الثَّالِثُ وَهُوَ الْإِعْتَاقُ وَتَوَابِعُهُ فَلِأَنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ دَلِيلُ الْاسْتِقْيَاءِ ؛ لِأَنَّهَا تَعْتَمِدُ الْمَلِكَ وَالْمُرَادُ بِتَوَابِعِ الْعَقْقِ التَّدْبِيرُ وَالْكِتَابَةُ وَكَذَلِكَ كُلُّ تَصَرُّفٍ لَا يَحِلُّ إِلَّا فِي الْمَلِكِ كَالْوَطْءِ وَالتَّقْيِيلِ وَاللَّمْسِ بِشَهْوَةٍ يَتَمُّ بِهِ الْبَيْعُ ، وَكَذَا كُلُّ تَصَرُّفٍ لَا يَنْفُذُ إِلَّا فِي

الْمَلِكِ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي وَوُجِدَ مِنْهُ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ ، وَإِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَفَعَلَ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ فِي الْمُدَّةِ انْفُسَخَ الْبَيْعُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ دَلِيلُ الْاسْتِيقَاءِ وَلَوْ كَانَ الْفِعْلُ يَحِلُّ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ لَا يَتِمُّ بِهِ الْبَيْعُ كَالِاسْتِخْدَامِ وَالرُّكُوبِ وَنَحْوِ ذَلِكَ لِأَنَّهُ يُفَعَّلُ لِلْمُتَحَنِّ وَالتَّجَرِبَةِ فَلَا يَكُونُ دَلِيلُ الْاسْتِيقَاءِ ، وَأَمَّا الرَّابِعُ : وَهُوَ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ وَصُورُهُ أَنْ يَشْتَرِيَ دَارًا بِشَرْطِ الْخِيَارِ ثُمَّ تُبَاعُ دَارٌ أُخْرَى بِجَنْبِهَا فَيَأْخُذُهَا الْمُشْتَرِي بِشَرْطِ الْخِيَارِ بِالشُّفْعَةِ فَلَا يَأْخُذُ بِهَا لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْمَلِكِ فَكَانَ دَلِيلُ الْإِجَارَةِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ شَرِيعَةٌ نَظَرًا لِلْمَلِكِ لِدَفْعِ ضَرَرٍ يَلْزِمُهُمْ عَلَى الدَّوَامِ فَكَانَ الْأَخْذُ بِهَا دَلِيلُ الْاسْتِيقَاءِ فَيَنْصَحْنَ سُقُوطِ الْخِيَارِ سَابِقًا عَلَيْهِ فَيُثْبِتُ لَهُ الْمَلِكُ فِيهَا مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ فَيُظْهِرُ أَنَّ الْجَوَازَ كَانَ سَابِقًا وَلِأَنَّهُ أَحَقُّ النَّاسِ بِالتَّصَرُّفِ فِيهَا فَكَانَ أَوْلَى بِالشُّفْعَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْهَا كَالْمُكَاتِبِ وَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي التَّجَارَةِ وَهَذَا التَّقْدِيرُ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِأَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِمَا فَإِنَّ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ يَمْلِكُ الدَّارَ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى هَذَا التَّقْدِيرِ لِثُبُوتِ الْمَلِكِ ، وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِسُقُوطِ الْخِيَارِ لَا غَيْرَ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ خِيَارَهُ يَسْقُطُ بِهِ إِجْمَاعًا بِخِلَافِ خِيَارِ الرُّوْيَةِ حَيْثُ لَا يَسْقُطُ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ فِيمَا إِذَا بَاعَتْ دَارٌ بِجَنْبِهَا فَأَخَذَهَا بِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِالصَّرِيحِ فَكَذَا بِالِدَّلَالَةِ .

الشرح

قوله : فَصَارَ مُسَلِّطًا لَهُ عَلَى الْفَسْخِ (أَيِ الدَّلِيلِ عَلَى التَّسْلِيْطِ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ رِضَا صَاحِبِهِ فِي الْفَسْخِ .

أثَقَانِي

قوله : مِثْلُ إِعْتِاقٍ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ

يَعْنِي إِذَا صَدَرَ الْإِعْتِاقُ وَالْبَيْعُ وَالْوَطْءُ أَوْ التَّقْبِيلُ بِشَهْوَةٍ مِمَّنْ لَهُ الْخِيَارُ يَعْنِي الْبَائِعَ فَإِنَّ ذَلِكَ يَكُونُ فَسْخًا أَمَّا لَوْ صَدَرَتْ هَذِهِ الْمَذْكُورَاتُ مِنَ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لَهُ فَإِنَّهَا حِينَئِذٍ تَكُونُ إِجَارَةً كَ .

قوله : فَصَارَ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ

فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ مِنْ غَيْرِ عِلْمِ الْمُوَكَّلِ .

قوله : وَلَهُمَا أَنَّهُ بِالْفَسْخِ يَلْزَمُ صَاحِبَهُ

يَعْنِي إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَفُسَخَ بِلَا عِلْمِ الْمُشْتَرِي فَتَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ اعْتِمَادًا عَلَى الْبَيْعِ السَّابِقِ وَعَلَى أَنَّ الْعَقْدَ تَمَّ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ فَتَلْزَمُهُ الْعَرَامَةُ قَالَ الْأَثَقَانِي وَإِذَا فُسَخَ الْبَائِعُ بِلَا عِلْمِ الْمُشْتَرِي يَتَصَرَّفُ الْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ اعْتِمَادًا عَلَى الْبَيْعِ السَّابِقِ فَيَعْرِضُ قِيَمَتَهُ إِذَا هَلَكَ وَرَبَّمَا تَكُونُ الْقِيَمَةُ أَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ وَفِيهِ الضَّرَرُ وَالْعَرُورُ

قوله : وكذا لا يطلب إلخ

أي ، وكذا يلزم الضرر على البائع فيما إذا كان الخيار للمشتري وفسخ بلا علم البائع

قوله : تم العقد ولزم

أي لأن تمام المدة دالة لزوم البيع .

أثقاني .

قوله : لا يصح فسخه بغير علمه بالإجماع

وفي جامع المحبوب لو كان قبل القبض يصح الفسخ بغيبة الآخر ابن فرشنا

قوله : أما الأول وهو موت من له الخيار

أي سواء كان بائعا أو مشتريا

قوله : وقال الشافعي يورث عنه

والمراد بنفي التوريث عندنا أن العقد لا يفسخ بفسخ الوارث كما كان يفسخ بفسخ المورث حال حياته .

أثقاني .

قوله : كخيار العيب والتعيبين

أي كما إذا اشترى أحد الثوبين على أن المشتري بالخيار في أحدهما يأخذ أيهما شاء بثمن معلوم ويرد الآخر .

غاية .

قوله : لانه ليس هو إلا مشيئة وإرادة

بصيهما بدل من خبر ليس أي ليس الخيار شيئا إلا مشيئة وإرادة .

غاية وكتب على قوله وإرادة ما نصه أي إرادته الفسخ أو الإجازة وإرادته قد انقطعت بموته كسائر تصرفاته والحاصل أن الإرث إنما يكون في شيء يتصور انتقاله لا فيما لا يتصور انتقاله والخيار لا يتصور انتقاله ، وإنما قلنا : إن الإرث فيما

يُتَصَوَّرُ انْتِقَالُهُ ؛ لِأَنَّ سَائِرَ تَصَرُّفَاتِ الْمُورِثِ مِنَ الْقُدْرَةِ وَالْعِلْمِ وَنَحْوِ ذَلِكَ لَا تُورَثُ ، وَكَذَا مَنْكُوحَتُهُ لَا تُورَثُ .

قَوْلُهُ : يَبْطُلُ خِيَارُهُ

أَيُّ خِيَارٍ مِنْ لَهُ الْخِيَارُ مِنْ بَائِعٍ أَوْ مُشْتَرَاهٍ .

قَوْلُهُ : فَلَا يَكُونُ دَلِيلَ الْإِسْتِثْقَاءِ

وَهَذَا إِنَّمَا يَتَأَيَّ بِالنِّسْبَةِ إِلَى جَانِبِ الْمُشْتَرِي أَمَّا فِي جَانِبِ الْبَائِعِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْإِمْتِحَانِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ اسْتِثْقَاؤُهُ دَلِيلَ الْإِسْتِثْقَاءِ

قَوْلُهُ : كَالْمَكَاتِبِ وَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي التَّجَارَةِ

أَيُّ فَإِنَّهُمَا يَسْتَحِقُّانِ الشُّفْعَةَ وَأَنْ يَمْلِكَا رَقَبَةَ الدَّارِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَالْمُشْتَرِي هُنَا لَمْ يَصِرْ أَحَقَّ بِالتَّصَرُّفِ فِيهَا .

فَتَحُّ وَكُتِبَ عَلَى قَوْلِهِ الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ مَا نَصَّهُ أَيُّ الْمُسْتَعْرِقُ بِالذَّيْنِ .

فَتَحُّ

قَوْلُهُ : وَهَذَا التَّقْدِيرُ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِأَبِي حَنِيفَةَ

أَيُّ لِأَنَّهُ الْقَائِلُ بِأَنَّ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ لَا يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي فَلَا يَشْفَعُ بِهَا وَقَدْ قَالَ يَشْفَعُ بِهَا فَاحْتَاجَ إِلَى جَعْلِهِ فِعْلًا يُفِيدُ الرِّضَا بِالْبَيْعِ فَيَنْتَزِمُ الْبَيْعُ فَيَنْتَبِئُ الْمَلِكُ مِنْ وَقْتِ عَقْدِ الْخِيَارِ فَيَكُونُ سَابِقًا عَلَى شِرَاءِ مَا فِيهِ الشُّفْعَةُ .

فَتَحُّ

قَوْلُهُ : وَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِمَا

قَالَ الْكَمَالُ ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِمَا فَلَا حَاجَةَ ؛ لِأَنَّهُمَا قَائِلَانِ بِأَنَّ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ مَلَكَهَا فَيَجِبُ لَهُ الشُّفْعَةُ بِهَا وَالْوَجْهُ أَنََّّهُمَا أَيْضًا يَحْتَاجَانِ إِلَى زِيَادَةِ ضَمِيمَةٍ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ وَإِنْ كَانَ ثَابِتًا عَنْدهُمَا فَلَهُ رَفْعُهُ فَهُوَ مُزْلَزَلٌ وَالشُّفْعَةُ لِدَفْعِ الضَّرَرِ الْمُسْتَمِرِّ فَحِينَ شَفَعَ دَلٌّ عَلَى قَصْدِهِ اسْتِثْقَاءُ الْمَلِكِ فَيَسْقُطُ خِيَارُهُ فَلَا يُفْسَخُ بَعْدَ ذَلِكَ .

كَمَالٌ

قَوْلُهُ : حَيْثُ لَا يَسْقُطُ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ

أَيُّ حَتَّى إِذَا رَأَاهَا كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا بَعْدَمَا شَفَعَ بِهَا وَسَيَأْتِي أَنَّهُ لَوْ أَسْقَطَ خِيَارَ الرُّوْيَةِ صَرِيحًا لَا يَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ مُعَلَّقٌ بِالرُّوْيَةِ فَقَبْلَهَا هُوَ عَدَمٌ فَحَقِيقَةُ قَوْلِنَا ثَبَتَ لَهُ خِيَارُ الرُّوْيَةِ أَنَّهُ إِذَا رَأَاهَا ثَبَتَ لَهُ خِيَارُ الرُّوْيَةِ ، وَكَذَا لَا يَبْطُلُ خِيَارُ الْعَيْبِ بِالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ .

كَمَالٌ .

قَالَ (وَلَوْ شَرَطَ الْمُشْتَرِي الْخِيَارَ لِغَيْرِهِ صَحَّ وَإِثْمُهُمَا أَجَازٌ أَوْ نَقَضَ صَحَّ) أَيُّ أَجَازَ الْمُشْتَرِي أَوْ مِنْ شَرَطَ لَهُ الْخِيَارُ أَوْ نَقَضَهُ جَازٌ ، وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ اشْتِرَاؤُ الْخِيَارِ لِغَيْرِ الْعَاقِدِ وَهُوَ الْقِيَاسُ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ مِنْ مُوَاجِبِ الْعَقْدِ وَمِنْ أَحْكَامِهِ فَلَا يَجُوزُ اشْتِرَاؤُهُ لِغَيْرِ الْعَاقِدِ كَاشْتِرَاؤِ الثَّمَنِ عَلَى غَيْرِهِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ اشْتِرَاؤَ مَا لَا يَنْتَضِيهِ الْعَقْدُ مُفْسِدٌ وَفِيهِ ذَلِكَ فَيَفْسُدُ وَلَنَا أَنَّ اشْتِرَاؤَ الْخِيَارِ لِغَيْرِ الْعَاقِدِ اشْتِرَاؤُ لِلْعَاقِدِ ؛ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ لِإِتْبَاتِ الْخِيَارِ لِغَيْرِ الْعَاقِدِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ وَيُمْكِنُ إِثْبَاتُهُ بِطَرِيقِ النَّيَابَةِ عَنِ الْعَاقِدِ فَيَجْعَلُ كَأَنَّهُ شَرَطَ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ وَجَعَلَ الْأَجْنَبِيَّ نَائِبًا عَنْ نَفْسِهِ اقْتِضَاءً تَصَحُّيحًا لِتَصَرُّفِهِ وَزُفَرٌ لَا يَقُولُ بِالْاِقْتِضَاءِ وَلَا بِالاسْتِحْسَانِ فَإِذَا كَانَ نَائِبًا عَنْهُ يَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ فَأَيُّهُمَا أَجَازَ أَوْ نَقَضَ صَحَّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَلِكٌ التَّصَرُّفِ أَصَالَةً أَوْ نِيَابَةً قَالَ (فَإِنْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا وَنَقَضَ الْآخَرُ فَلَا سَبْقَ أَحَقُّ) لَوْجُودِهِ فِي زَمَانٍ لَا يُزَاحِمُهُ فِيهِ أَحَدٌ وَتَصَرُّفُ الْآخَرِ بَعْدَهُ يَلْغُو ؛ لِأَنَّ السَّابِقَ إِنْ كَانَ فَسْخًا فَلَا مَفْسُوخَ لَا تَلَحُّقُهُ الْإِجَازَةُ ، وَإِنْ كَانَ إِجَازَةً فَقَدْ انْتَبَرَمَ الْعَقْدُ وَبَعْدَ انْتِبَاهِهِ لَا يَنْفَرِدُ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بِفَسْخِهِ قَالَ (وَإِنْ كَانَا مَعًا فَلَا فُسْخَ) أَيُّ لَوْ فُسِخَ أَحَدُهُمَا وَأَجَازَ الْآخَرُ وَخَرَجَ الْكَلَامَانِ مِنْهُمَا مَعًا كَانَ الْفُسْخُ أَوَّلَى مِنَ الْإِجَازَةِ مِنْ أَيْهِمَا كَانَ وَهُوَ رَوَايَةُ كِتَابِ الْمَأْذُونِ مِنَ الْمَبْسُوطِ .

وَفِي رَوَايَةِ كِتَابِ الْبُيُوعِ مِنْهُ تَصَرُّفُ الْمَالِكِ أَوَّلَى فَسْخًا كَانَ أَوْ إِجَازَةً ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَقْوَى إِذِ النَّائِبُ يَسْتَفِيدُ الْوِلَايَةَ مِنْهُ فَلَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مُعَارِضًا

لِلْأَصْلِ وَلِأَنَّهُ لَمَّا أَقْدَمَ عَلَى التَّصَرُّفِ كَانَ عَزْلًا لَهُ مِنْهُ بِالْفِعْلِ حُكْمًا وَهُوَ يَمْلِكُ ذَلِكَ صَرِيحًا بِالْقَوْلِ فَكَذَا دَلَالَةً بِالْفِعْلِ وَهَذَا لِأَنَّ تَصَرُّفَ النَّائِبِ إِذَا جَازَ لِلْحَاجَةِ وَلَا حَاجَةَ عِنْدَ مُبَاشَرَةِ الْمُتَصَرِّفِ بِنَفْسِهِ فَيَلْغُو ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَهُ أَنْ يُطْلَقَ امْرَأَتُهُ أَلْبَتَّةَ فَطَلَّقَهَا الْوَكِيلُ وَالْمُوَكَّلُ حَيْثُ يَفْعَلُ عَلَيْهَا طَلَاقَ أَحَدِهِمَا غَيْرَ مُعَيَّنٍ وَلَا يُقَدِّمُ تَصَرُّفُ الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِي بَابِ الطَّلَاقِ سَفِيرٌ وَمُعَبَّرٌ فَكَانَ الْمَوْجُودُ مِنَ الْوَكِيلِ مَنَسُوبًا إِلَيْهِ ، وَلِهَذَا يَحْتَجُّ فِي يَمِينِهِ أَنْ لَا يُطْلَقَ فَكَانَ الصَّادِرُ عَنِ الْوَكِيلِ صَادِرًا عَنِ الْمُوَكَّلِ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ وَجْهَ الْأَوَّلِ وَهُوَ الْأَصَحُّ أَنَّ الْمُعَارَضَةَ مِنْ جِهَةِ الْمُتَصَرِّفِ مُتَحَقِّقَةٌ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالِكٌ لِلتَّصَرُّفِ وَتَعَدَّرَ الْعَمَلُ بِهِمَا لِلِاسْتِحَالَةِ فَوَجَبَ التَّرْجِيحُ بِحَالِ التَّصَرُّفِ وَالْفُسْخُ أَقْوَى ؛ لِأَنَّهُ يَرُدُّ عَلَى الْمَجَازِ دُونَ الْعَكْسِ فَكَانَ أَوَّلَى بِالِاعْتِبَارِ كَنِكَاحِ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ إِذَا وَجِدَا مَعًا يَنْفَدُ نِكَاحُ الْحُرَّةِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى لَوُرُودِهِ عَلَى نِكَاحِ الْأَمَةِ دُونَ الْعَكْسِ وَلَا يُقَالُ الْمَجَازُ يَلْحَقُهُ الْفُسْخُ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ الْخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا وَفُسِخَ بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ ثُمَّ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى الْبَائِعِ عَادَ الْحَالُ عَلَى مَا كَانَ حَتَّى يَجِبَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي وَالْقِيَمَةُ إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ .

كَمَا إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ قَبْلَ الْفُسْخِ لَأَنَّا نَقُولُ : هَذَا لَا يَلْزَمُنَا ؛ لِأَنَّ كَلَامَنَا فِي إِجَازَةِ تَرُدُّ عَلَى الْمَفْسُوخِ وَلَا إِجَازَةُ هُنَا فَلَا يَرُدُّ عَلَيْنَا وَقِيلَ مَا ذَكَرَ فِي الْمَأْذُونِ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقَدِّمُ تَصَرُّفَ الْمَالِكِ بَلْ يَسْتَوِيَانِ

عِنْدَهُ وَمَا ذَكَرَهُ فِي الْبُيُوعِ قَوْلُ مُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّهُ يُقَدِّمُ تَصَرُّفَ الْمَالِكِ عَلَى تَصَرُّفِ النَّائِبِ عِنْدَهُ وَاسْتَخْرَجَ ذَلِكَ مِمَّا إِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ مِنْ شَخْصٍ وَبَاعَ الْمُوَكَّلُ مِنْ غَيْرِهِ فَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَمْلِكُهُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْمَالِكِ تَقْدِيمًا لِتَصَرُّفِ الْمَالِكِ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَسْتَوِيَانِ فَيَكُونُ بَيْنَ الْمُشْتَرِيَيْنِ نَصْفَيْنِ لَاسْتَوَاءِ التَّصَرُّفِ فِي عَدَمِ تَقْدِيمِ الْمُتَصَرِّفِ بِالْمَلِكِ عِنْدَهُ وَيُثْبِتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ لِتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِمَا .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ : بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَهُ (أَنْ يُطْلَقَ امْرَأَتُهُ أَلْبَتَّةَ أَرَادَ بِهِ الثَّلَاثَ

قوله : ولا يُقال المفسوخ

الذي في النسخ ولا يقال المجاز يلحقه الفسخ فليتمل

قوله : ويثبت لكل واحد منهما الخيار

أي إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن وإن شاء ترك ونقص البيع .

قال (ولو باع عبدين على أنه بالخيار في أحدهما إن فصل وعين صح وإلا لا) أي صح إن فصل ثمن كل واحد منهما وعين الذي فيه الخيار ؛ لأن الذي فيه الخيار كالحراج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد غيره فما لم يكن ذلك الداخل معلوماً وثمنه معلوماً لا يجوز إذ جهالة المبيع والثمن مفسدة للعقد ولكن يكونا معلومين إلا بالتفصيل والتعيين ، وهذه المسألة على أربعة أوجه : أحدها - أن يفصل الثمن ويبين الذي فيه الخيار .

والثاني - أن لا يبين واحداً منهما .

والثالث - أن يبين الثمن دون الآخر .

والرابع - بالعكس والعقد فاسد في الكل إما لجهالة الثمن أو لجهالة المبيع أو لجهالتهما إلا في الأولى لانتفاء الجهالة عنهما فإن قيل لا يخلو إما أن تجعل المشتري داخلاً في العقد أو لا فإن جعلته داخلاً فيه وجب أن يجوز ، وإن لم يبين ولم يفصل إذ ليس بيان كل جزء من أجزاء المبيع ولا بيان ثمنه شرطاً لجواز البيع ، وإن كان جعلته غير داخلاً فيه وجب أن لا يجوز ، وإن يبين وفصل ؛ لأنك جعلت قبول العقد في غير المبيع شرطاً لصحة العقد في المبيع وهو فاسد كما لو جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة فإنه لا يجوز ، وإن بينهما قلنا هو داخلاً صيغة غير داخلة حكماً فإذا كان داخلاً من وجهه دون وجهه يُنظر فإن كان معلوماً اعتبرناه داخلاً فيجوز وإلا فغير داخلة فلا يجوز بخلاف بيع المدبر مع القن حيث يجوز عند بعضهم ، وإن لم يبين الثمن ؛ لأنهما داخلان صيغة وحكماً إذ لم يوجد في أحدهما ما يمنع من ذلك ، ولهذا لو حكم الحاكم بجواز بيعهما صح وفيما نحن فيه الخيار يمنع انعقاده في حق الحكم أصلاً وعند بعضهم لا يجوز حتى يبين الثمن فعلى هذا لا فرق بينهما .

ولو اشترى كلباً أو زنبياً أو عبداً واحداً على أنه بالخيار في نصفه جاز فصل الثمن أو لم يفصل ؛ لأن النصف من الشيء الواحد لا يتفاوت ولا فرق بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري .

الشرح

قوله في المتن : وعين صح الخ

بأن يقول بعثك كل واحد من هذين بخمسمائة على أني بالخيار في هذا لانتفاء المفسد لجهالة أحد الأمرين .

فتح

قوله : كَالخارج عَنْ العقد

أَيَّ إِلَى وَقْتِ سُقُوطِ الْخِيَارِ فَيَنْعَقِدُ حِينَئِذٍ

قوله : إِذَا الْعَقْدُ مَعَ الْخِيَارِ لَا يَنْعَقِدُ

إِلْحَ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَمَّا الْوَجْهُ الْأَوَّلُ فَإِنَّمَا فَسَدَ لِجَهَالَةِ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ جَمِيعًا وَهَذَا لِأَنَّ الْبَيْعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَا يَنْعَقِدُ فِي حَقِّ الْحُكْمِ بَلْ هُوَ مَوْقُوفٌ فِي حَقِّ الْحُكْمِ إِلَى وَقْتِ سُقُوطِ الْخِيَارِ فَيَنْعَقِدُ حِينَئِذٍ لِمَا أَنَّ الْخِيَارَ دَاخِلٌ فِي الْحُكْمِ دُونَ السَّبَبِ فَيَمْنَعُ الْحُكْمُ بَعْدَ السَّبَبِ .

وَقَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ : لِأَنَّ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ لَا يَنْعَقِدُ الْبَيْعُ فِيهِ فِي حَقِّ الْحُكْمِ فَكَانَ كَأَنَّهُ خَارِجٌ عَنِ الْبَيْعِ وَالْبَيْعُ إِنَّمَا هُوَ فِي الْآخِرِ وَهُوَ مَجْهُولٌ لِجَهَالَةِ مَنْ فِيهِ الْخِيَارُ ثُمَّ ثَمَنُ الْمَبِيعِ مَجْهُولٌ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ لَا يَنْقَسِمُ فِي مِثْلِهِ عَلَى الْمَبِيعِ بِالْأَجْزَاءِ .

قوله : وَالثَّالِثُ أَنَّ يُبَيِّنُ الثَّمَنَ دُونَ الْآخِرِ

أَيَّ كَانَ يَقُولُ الْبَائِعُ بِعُتْكَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذَيْنِ بِخَمْسِمِائَةٍ عَلَى أَنِّي بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ دُونَ الْآخِرِ مَا نَصَّهُ أَيَّ لَمْ يُبَيِّنِ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ

قوله : وَالرَّابِعُ بِالْعَكْسِ

أَيَّ وَهُوَ أَنْ يُعَيِّنَ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ وَلَا يُفَصِّلُ الثَّمَنَ

قوله : إِمَّا لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ

أَيَّ لِمَا أَنَّ مَنْ فِيهِ الْخِيَارُ لَيْسَ بِدَاخِلٍ فِي الْحُكْمِ فَيَقْبَلُ الْآخِرُ مُفْرَدًا وَثَمَنُهُ مَجْهُولٌ .

أَثَقَانِيٌّ ، وَقَالَ الْكَمَالُ : لِأَنَّ الْمَبِيعَ وَإِنْ كَانَ مَعْلُومًا يَتَعَيَّنُ مَنْ فِيهِ الْخِيَارُ إِلَّا أَنْ ثَمَنُهُ مَجْهُولٌ لِمَا قُلْنَا إِنَّ الثَّمَنَ لَا يَنْقَسِمُ عَلَيْهِمَا بِالسَّوِيَّةِ .

قوله : أَوْ لِجَهَالَةِ الْمَبِيعِ

وَهَذَا لِمَا قُلْنَا إِنَّ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ لَيْسَ بِدَاخِلٍ فِي حُكْمِ الْعَقْدِ فَيَقْبَلُ الْآخِرُ مُفْرَدًا وَهُوَ مَجْهُولٌ .

أَثَقَانِيٌّ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ أَوْ لِجَهَالَةِ الْمَبِيعِ مَا نَصَّهُ بِسَبَبِ جَهَالَةِ مَنْ فِيهِ الْخِيَارُ فَتَحُ

قوله : لانتفاء الجهالة عنهما

أي بأن يقول بعثك هذين بألف على أنني بالخيار في هذا .

قوله : لانتك جعلت قبول العقد في غير المبيع

أي وغير المبيع هو الذي فيه الخيار

قوله : قلنا الخ

قد أحاب صاحب الهداية رحمه الله عن السؤال المذكور بعد أن أشار إلى السؤال بقوله وقبول العبد في الذي فيه الخيار إن كان شرطاً لانتفاء العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه أي من فيه الخيار محلاً للبيع ، فهو كما لو جمع بين قن ومدير وباعهما بألف حيث ينفذ البيع في القن بحصته وإن كان قبول العقد في المدير شرطاً فيه وذلك لدخول المدير في البيع لمحلته له في الجملة ، ولهذا لو قضى القاضي بحواز يبيعه حاز وكان القبول شرطاً صحيحاً فكذا فيما نحن فيه بخلاف ما يشبه به من الجمع بين الحر والعبد ؛ لأن الحر ليس بمال أصلاً فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد .

قوله : هو داخل

أي الذي فيه الخيار

قوله : صيغة

أي في العقد .

قال (وصح خيار التعيين فيما دون الأربعة) وهو أن يبيع أحد العبدتين أو التوأمين على أن يأخذ أيهما شاء أو يبيع أحد الثلاثة على أن يأخذ أيها شاء ولا يجوز ذلك في الأربعة وهذا استحسن ، وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز هذا أصلاً وهو القياس لجهالة المبيع وجه الاستحسن أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع العبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة ؛ لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق برأيه أو اختيار من يشتريه لأجله ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالشراء كي لا يبقى أمانة في يده فكان في معنى خيار الشرط وهذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لتعين من له الخيار فلا يمنع الجواز غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاثة لوجود الحيد والردىء والوسط فيها فلا حاجة إلى الأربعة وثبوت الرخصة للحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا يثبت بأحدهما ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير قال شمس الأئمة هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار اتفاقاً لا شرطاً .

قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامُ هُوَ الصَّحِيحُ فَعَلَى قَوْلِ هَذَا الْقَائِلِ إِذَا لَمْ يُشْتَرَطْ خِيَارُ الشَّرْطِ يَلْزَمُ الْعَقْدُ فِي أَحَدِهِمَا حَتَّى لَا يُرَدَّ إِلَّا أَحَدُهُمَا وَعَلَى قَوْلِ الْكَرْخِيِّ لَهُ أَنْ يُرَدَّ هُمَا ؛ لِأَنَّ هَذَا الْخِيَارَ عِنْدَهُ بِمَنْزِلَةِ خِيَارِ الشَّرْطِ ، وَقَالَ قَاضِي خَانَ وَضَعَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ هَهُنَا يَعْنِي فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فِيمَا إِذَا بَيْنَ مُدَّةِ الْخِيَارِ فَقَالَ يَأْخُذُ أَيهُمَا شَاءَ بَعْشَرَةَ دَرَاهِمٍ وَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَوَضَعَهُ كَذَا فِي الْمَأْذُونِ وَوَضَعَهَا فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ وَغَيْرِهِ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أَيهُمَا شَاءَ وَلَمْ يَذْكُرْ الزِّيَادَةَ وَإِذَا لَمْ يَذْكُرْ خِيَارُ الشَّرْطِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَوْقِيتِ خِيَارِ التَّعْيِينِ بِالثَّلَاثِ فَمَا دُونَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَبِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَتَتْهَا كَانَتْ عِنْدَهُمَا عَلَى قَوْلِ أَكْثَرِ الْمَشَايِخِ ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ يُأْتِي جَوَازَ هَذَا الْعَقْدِ ، وَإِنَّمَا جَازَ اسْتِحْسَانًا بِطَرِيقِ الْإِلْحَاقِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَلَا يَجُوزُ بَدُونُهُ فَإِنْ شَرَطَ ذَلِكَ ثَبَتَ لَهُ خِيَارُ الشَّرْطِ مَعَ خِيَارِ التَّعْيِينِ فَإِذَا رَدَّ هُمَا بِخِيَارِ الشَّرْطِ فِي الْمُدَّةِ أَوْ رَدَّ أَحَدَهُمَا بِخِيَارِ التَّعْيِينِ كَانَ لَهُ ذَلِكَ وَإِذَا مَضَتْ الْمُدَّةُ بَطَلَ خِيَارُ الشَّرْطِ فَلَا يَمْلِكُ رَدَّهُمَا جَمِيعًا وَيَبْقَى لَهُ خِيَارُ التَّعْيِينِ فَيُرَدُّ أَحَدُهُمَا ، وَإِنْ مَاتَ الْمُشْتَرِي فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ يَبْطُلُ خِيَارُ الشَّرْطِ وَيَبْقَى خِيَارُ التَّعْيِينِ لِلْوَارِثِ فَلَا يَكُونُ لَهُ إِلَّا رَدُّ أَحَدِهِمَا قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ عَفَا اللَّهُ عَنْهُ إِذَا لَمْ يَذْكُرْ خِيَارُ الشَّرْطِ فَلَا مَعْنَى لِتَوْقِيتِ خِيَارِ التَّعْيِينِ بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ فَإِنَّ التَّوْقِيتَ فِيهِ يُفِيدُ لُزُومَ الْعَقْدِ عِنْدَ مُضِيِّ الْوَقْتِ فِي خِيَارِ التَّعْيِينِ لَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَازِمٌ فِي أَحَدِهِمَا قَبْلَ مُضِيِّ الْوَقْتِ وَلَا يُمَكِّنُ تَعْيِينُهُ بِمُضِيِّ الْوَقْتِ بَدُونِ تَعْيِينِهِ فَلَا فَائِدَةَ لِشَرْطِ ذَلِكَ .

وَالَّذِي يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّ التَّوْقِيتَ لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ ، وَلَوْ شَرَطَ خِيَارُ التَّعْيِينِ لِلْبَائِعِ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فِيهِ فَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِحْسَانًا قَالُوا وَإِلَيْهِ أَشَارَ فِي الزِّيَادَاتِ وَوَجْهُهُ أَنَّهُ خِيَارٌ يَجُوزُ اشْتِرَاؤُهُ لِلْمُشْتَرِي فَكَذَا لَهُ قِيَاسًا عَلَيْهِ وَذَكَرَ فِي الْمُجَرَّدِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ جَوَازٌ لِلْمُشْتَرِي لِلْحَاجَةِ مُخَالَفًا لِلْقِيَاسِ وَلَا حَاجَةَ إِلَيْهِ لِلْبَائِعِ ثُمَّ إِذَا كَانَ خِيَارُ التَّعْيِينِ لِلْمُشْتَرِي وَقَبْضُهُمَا فَهَلَاكُ أَحَدُهُمَا أَوْ تَعَيَّبَ لَرَمَهُ الْبَيْعُ فِيهِ بِثَمَنِهِ لَامْتِنَاعِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَتَعَيَّنَ الْآخَرُ لِلْأَمَانَةِ ؛ لِأَنَّ الدَّاحِلَ تَحْتَ الْعَقْدِ أَحَدُهُمَا وَالَّذِي لَمْ يَدْخُلْ تَحْتَ الْعَقْدِ قَبْضُهُ بِإِذْنِ مَالِكِهِ لَا عَلَى سَوَمِ الشَّرَاءِ وَلَا بِطَرِيقِ الْوَيْفَاقَةِ فَكَانَ أَمَانَةً فِي يَدِهِ وَتَعَيَّنَ الْبَاقِي لِلْأَمَانَةِ لَمَّا ذَكَرْنَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا طَلَّقَ إِحْدَى أُمْرَأَتَيْهِ أَوْ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ فَهَلَاكُ أَحَدُهُمَا حَيْثُ تَعَيَّنَ الْبَاقِي لِلْعَتَاقِ وَالطَّلَاقِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ أَشْرَفَ عَلَى الْهَلَاكِ لَمْ يَخْرُجْ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَحَلًّا لِلطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ فَلَا يَعْجِزُ عَنْ الْإِيقَاعِ عَلَيْهِ قَبْلَ الْهَلَاكِ وَبَعْدَ الْهَلَاكِ لَمْ يَبْقَ الْهَلَاكُ مَحَلًّا لِلِإِيقَاعِ فَتَعَيَّنَ الْبَاقِي لَهُ لِبَقَاءِ الْمَحَلِّيَّةِ وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ حِينَ أَشْرَفَ عَلَى الْهَلَاكِ عَجَزَ عَنْ رَدِّهِ وَهُوَ قَابِلٌ لِلْبَيْعِ وَلَمْ تَبْطُلْ مَحَلِّيَّتُهُ فَتَعَيَّنَ لَهُ وَهَذَا الْفَرْقُ يَرْجِعُ إِلَى أَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي بَقَاءِ الْمَحَلِّيَّةِ قَبْلَ الْمَوْتِ غَيْرَ أَنَّهُ فِي الْبَيْعِ حِينَ أَشْرَفَ عَلَى الْهَلَاكِ عَجَزَ عَنْ رَدِّهِ فَتَعَيَّنَ هُوَ لِلْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ قَابِلٌ لَهُ .

وَفِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ كَذَلِكَ لَا يَخْرُجُ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَحَلًّا لِلِإِيقَاعِ قَبْلَ الْمَوْتِ غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَعْجِزُ عَنْهُ فَبَقِيَ مُخَيَّرًا إِلَى الْهَلَاكِ إِذَا هَلَكَ خَرَجَ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَحَلًّا لَهُ فَلَوْ وَقَعَ عَلَيْهِ لَوْفَعُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَهُمَا لَا يَقَعَانِ بَعْدَهُ فَتَعَيَّنَ الْبَاقِي ضَرُورَةً هَذَا إِذَا هَلَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ ، وَإِنْ هَلَكََا مَعًا يَلْزَمُهُ نَصْفُ ثَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِشُبُوحِ الْبَيْعِ وَالْأَمَانَةِ فِيهِمَا لِعَدَمِ الْأُولَوِيَّةِ بِجَعْلِ أَحَدِهِمَا مَبِيعًا أَوْ أَمَانَةً وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ مُتَّفَقًا أَوْ مُخْتَلَفًا ، وَكَذَا لَوْ هَلَكََا عَلَى التَّعَاقُبِ وَلَا يَدْرِي الْأَوَّلَ مِنْهُمَا يَجِبُ ثَمَنُ نَصْفِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَمَّا قُلْنَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَعَيَّبَا وَلَمْ يَهْلِكَا حَيْثُ يَبْقَى خِيَارُهُ عَلَى حَالِهِ وَلَهُ أَنْ يُرَدَّ أَحَدُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا مَحَلٌّ لِابْتِدَاءِ الْبَيْعِ فَكَذَا لِلتَّعْيِينِ بِخِلَافِ الْهَلَاكِ وَلَكِنْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرَدَّ هُمَا ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ يَمْنَعُ الرَّدَّ بِخِيَارِ الشَّرْطِ .

الشرح

قوله في المتن : وصَحَّ خِيَارُ التَّعْيِينِ إلخ

وَحِيَارُ الْعَيْبِ وَالتَّعْيِينِ يُورَثُ بِالتَّافِقِ .

أَثَقَانِيُّ فِي خِيَارِ الرُّوْيَةِ قَوْلُهُ : يُورَثُ يُنْظَرُ كَلَامُ الشَّارِحِ الزَّيْلَعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ عِنْدَ قَوْلِهِ وَتَمَّ الْعَقْدُ بِمَوْتِهِ فَإِنْ فِيهِ مَا يُخَالِفُ قَوْلَهُ يُورَثُ فَتَنْبَهُ وَاللَّهُ الْمُؤَفِّقُ

قوله : وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ

نُسْخَةً وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِيَ

قوله : أَوْ يَبِيعَ أَحَدُ الثَّلَاثَةِ

نُسْخَةً أَوْ يَشْتَرِيَ .

قوله : عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أَيُّهَا شَاءَ

أَيَّ وَبَيَّنَ نَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا عَلَى حِدَةٍ وَتَمَنَ الْكُلِّ مُتَّفِقٌ أَوْ مُخْتَلِفٌ كَيَّ

قوله : وَالْحَاجَةُ إِلَى هَذَا النَّوعِ مِنَ الْبَيْعِ مُتَحَقِّقَةٌ

أَيَّ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَى زَوْجٍ خُفٍّ وَنَحْوِ ذَلِكَ وَلَا يَتَيَسَّرُ لَهُ أَنْ يَخْرُجَ إِلَى السُّوقِ بِنَفْسِهِ بِأَنْ يَكُونَ مِنَ الرُّؤَسَاءِ أَوْ مِنَ الدَّهَّاقِينَ أَوْ مِنَ النِّسَاءِ فِي الْبُيُوتِ فَيَحْمِلُ إِلَيْهِ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الشِّرَاءِ مِنَ الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ الْحَيِّدِ وَالْوَسْطِ وَالرَّدِيِّ حَتَّى يَخْتَارَ مَا يُؤَافِقُهُ

قوله : وَهَذِهِ الْجَهَالَةُ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ

أَيَّ لِأَنَّ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ وَهُوَ الْمُشْتَرِي فُوضَ إِلَيْهِ الْأَمْرُ يَأْخُذُ أَيَّ ذَلِكَ شَاءَ .

أَثَقَانِيُّ .

قوله : فَلَا حَاجَةَ إِلَى النَّارِبَعَةِ

أَيَّ وَإِنْ أُنْعِمَتِ الْمُنَازَعَةُ فِيهِ بِنَعْيَيْنِ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ .

أَثَقَانِيُّ .

قوله : وَكَوْنُ الْجَهَالَةِ
بِالْحَرِّ عَطْفًا عَلَى قَوْلِهِ لِلْحَاجَةِ

قوله : قَالَ شَمْسُ النَّائِمَةِ
أَيَّ فِي جَامِعِهِ كَي .

قوله : هُوَ الصَّحِيحُ
أَيَّ وَهُوَ قَوْلُ الْكَرْخِيِّ كَي .
(قَالَ قَوْلُهُ : لَ فَخَرُّ الْإِسْلَامِ) أَيَّ فِي جَامِعِهِ كَي .

قوله : هُوَ الصَّحِيحُ
أَيَّ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ شُجَاعٍ كَي .

قوله : وَبِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ
أَيَّتْهَا كَانَتْ عِنْدَهُمَا)
أَيَّ بَعْدَ أَنْ كَانَتْ مَعْلُومَةً فَإِنْ قِيلَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ فِي الرَّائِدِ عَلَى الثَّلَاثِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ بِالْقِيَاسِ فِي خِيَارِ النَّقْدِ حَتَّى لَمْ يَجُوزَ الزِّيَادَةُ عَلَى الثَّلَاثِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ هَهُنَا قُلْنَا قَوْلُهُ فِي خِيَارِ النَّقْدِ إِنْ لَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ تَعْلِيْقٌ فَلَا يُلْحَقُ بِخِيَارِ الشَّرْطِ فَلَا يَكُونُ الْأَثَرُ وَارِدًا فِي حَقِّهِ ، وَأَمَّا خِيَارُ التَّعْيِينِ مِنْ جِنْسِ خِيَارِ الشَّرْطِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِيهِمَا حَرْفُ التَّعْلِيْقِ فَكَانَ الْأَثَرُ وَارِدًا فِي حَقِّهِمَا مَعْنَى ، كَذَا قِيلَ .

دِرَايَةُ

قوله : وَلَوْ شَرَطَ خِيَارُ التَّعْيِينِ لِلْبَّائِعِ
أَيَّ بِأَنْ قَالَ بَعْتُكَ هَذَيْنِ الثَّوْبَيْنِ عَلَى أَنِّي بِالْخِيَارِ أَغْنِي الْبَيْعَ فِي أَحَدِهِمَا لَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي يُبُوعِ الْأَصْلِ وَلَا فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ كَي

قوله : لِأَنَّهُ جُوزَ لِلْمُشْتَرِي لِلْحَاجَةِ
أَيَّ إِلَى اخْتِيَارِ الْأَرْفَقِ وَالْأَوْفَقِ

قوله : ولا حاجة إليه للبائع

أي ؛ لأن المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانبه إلى ما يقتضيه القياس كي .

قوله : فهلك أحدهما أو تعيب

قال في شرح الطحاوي ولو هلك أحدهما قبل القبض فلا يطل البيع والمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بثمنه وإن شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع .

أثقاني .

قوله : وتعين الآخر للأمانة

فإن قلت كيف يكون الآخر أمانة حتى إذا هلك لا يعزم لأجله شيئاً ولا يكون هو أدنى من المقبوض على سؤم الشراء قلت إنما كان ذلك أمانة ؛ لأنه اشترى أحدهما لا غير ، وإنما قبض الآخر ليرده على البائع إذا تعين أحدهما لا ليملكه ولا على سؤم الشراء ، وقد تعين أحدهما هنا فبقي الآخر أمانة ؛ لأنه قبضه بإذن البائع لا على جهة البيع فلم يلزمه شيء بسببه .

أثقاني وكتب على قوله وتعين الآخر للأمانة ما نصه حتى إذا هلك بعد هلاك الأول لا يلزمه شيء

قوله : وإن هلكا معاً إلخ

أي ولو كان خيار التعيين في ثلاثة أثواب وقبضها المشتري والخيار له فهلكت معاً يلزمه ثلث كل واحد منها لما ذكر ك .

قوله : وكذا لو هلكا على التعاقب إلخ

وإن هلك أحدهما قبل الآخر ولكنهما اختلفا فيه فلا تظهر فائدة الخلاف إذا كان الثمن متفقاً ، وإنما تظهر إذا كان الثمن مختلفاً بأن يكون ثمن أحدهما عشرة وثمن الآخر عشرين فقال البائع هلك الذي ثمنه عشرون أولاً ، وقال المشتري هلك الذي ثمنه عشرة أولاً كان أبو يوسف يقول يتحالفان فأيهما نكل قضى عليه بما ادعاه صاحبه وإن حلفا جميعاً يجعل كأنهما هلكا معاً ولزمه نصف ثمن كل واحد منهما ثم رجع ، وقال القول قول المشتري مع يمينه وهو قول محمد ؛ لأن الثمن صار ديناً على المشتري هذا إذا لم يكن لهما بينة فلو أقام أحدهما البينة قبلت فإن أقاما جميعاً فبينة البائع أولى ؛ لأنها ثبتت الفضل .

أثقاني .

قوله : بخلاف الهالك

أي فإنه ليس بمحلٍ لبنداء البيع فلا يكون محلاً لتعيينه .

قال (ولو اشترياً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لا يرده الآخر) يعني لو اشترى اثنان بشرط الخيار لهما ليس لأحدهما أن يرده نصيبه إذا أجاز الآخر وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما ؛ لأنه شرع لدفع العيب وكل واحد منهما محتاج إلى دفعه عن نفسه فلو بطل هذا بإبطال الآخر خياره لم يحصل مقصوده ويلحقه به ضرر وله أن المشروط خيارهما لا خيار كل واحد منهما على انفراده فلا ينفرد أحدهما بالرد ولأن حق الرد ثبت لهما على وجه لا يتضرر به البائع وفي رد أحدهما نصيبه إضراراً بالبائع إذ المبيع خرج عن ملكه غير متعيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما لردّه معيباً بها إذ هي عيب في الأعيان لكونه لا يتمكن من الانتفاع به إلا بطريق المهابة وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا برده أحدهما لتصوّر اجتماعهما على الرد وقوله يلحقه به ضرر قلنا هذا الضرر يلحقه من جهة نفسه لعجزه عن إيجاد شرط الرد وهو مساعدة صاحبه إياه على الرد والبائع يتضرر بتصرف الرد فكانت رعاية جانب البائع أولى ولا يقال البائع رضي بالتبعض بالبيع لهما ؛ لانا نقول رضي بالتبعض في ملكهما لا في ملك نفسه فلا يدل على الرضا به في ملكه ، ألا ترى أن المشتري لو زوج الأمة المشتراة ثم وجد بها عيباً ليس له أن يردها على البائع لحدوث العيب عنده وهو التزويج ، وإن حصل بتسليطه ورضاه لهما قلنا فإن قيل هذا العيب حدث عند البائع قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض لا يمنع الرد قلنا : هذا عيب حدث بفعل المشتري وهو يمنع الرد ، وإن حدث في يد البائع .

الشرح

قوله : وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب

أي قبل القبض وبعده يعني إذا اشترى شيئاً ليس لأحدهما أن يرده بخيار الرؤية أو بخيار العيب بدون صاحبه ، وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع رجلان اشترى شيئاً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما له ذلك ورؤي عن أبي حنيفة رواية أخرى قال يؤمر الآخر برده إلى هنا لفظ الفقيه وقول الشافعي كقولهما .

أثقتني قوله : ورؤي عن أبي حنيفة رواية أخرى قال لأثقتني ووجه الرواية الأخرى أن الذي امتنع من الرد أراد إبطال حق الآخر في الفسخ فليس له ذلك وهذا ؛ لأن المقصود الكلي من إثبات الخيار أن يكون لمن له الخيار ولأية الرد لا الإجازة ؛ لأن الخيار لو كان للإجازة ما كان يحتاج إلى الخيار ؛ لأن العقد كان يتم بالسبب السابق بلا خيار فإذا كان الرد هو المقصود وقد شرط لهما جميعاً يؤمر صاحب الرد لئلا يلزم إبطال حق الرد .

قَالَ (وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَّازٌ أَوْ كَاتِبٌ وَكَانَ بِخِلَافِهِ أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ أَوْ تَرَكَهُ) ؛ لِأَنَّ هَذَا وَصْفٌ مَرْغُوبٌ فِيهِ فَيَسْتَحَقُّ بِالشَّرْطِ فِي الْعَقْدِ ثُمَّ فَوَاقَتْهُ يَوْجِبُ التَّخْيِيرَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِهِ دُونَهُ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ بَاعَ شَاءَ عَلَى أَنَّهَا حَامِلٌ أَوْ تَحْلُبُ كَذَا ، وَكَذَا أَرَطَالًا حَيْثُ يَفْسُدُ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ قَبِيلِ الْوَصْفِ ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ قَبِيلِ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ إِذْ لَا يُعْرَفُ ذَلِكَ حَقِيقَةً ؛ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ لَبَنٌ أَوْ حَمْلٌ أَوْ اتِّفَاحٌ حَتَّى لَوْ شَرَطَ أَنَّهَا حُلُوبٌ أَوْ لَبُونٌ لَا يَفْسُدُ ؛ لِأَنَّهُ وَصْفٌ وَلَوْ قَالَ يَخْبِزُ كَذَا صَاعًا أَوْ يَكْتُبُ كَذَا قَدْرًا يَفْسُدُ لَمَّا ذَكَرْنَا وَشَرْطُهُ أَنْ يَقْدَرَ عَلَى الْكِتَابَةِ وَالْخَبْرِ قَدْرٌ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْكَاتِبِ وَالْخَبَّازِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يُحْسِنُ ذَلِكَ قَدْرٌ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ الْاسْمُ فَلَهُ الْخِيَارُ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ لَمَّا قُلْنَا ، وَإِنْ قَالَ الْبَائِعُ عِنْدَ الرَّدِّ كَانَ يُحْسِنُ ذَلِكَ لَكِنَّهُ نَسِيَ عِنْدَكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْخَبْرِ وَالْكِتَابَةِ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ وَلَوْ اتَّبَاعَهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَشْتَرِطَ الْكِتَابَةَ وَالْخَبَرَ وَكَانَ يُحْسِنُ ذَلِكَ فَنَسِيَهُ فِي يَدِ الْبَائِعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ رَدَّهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ تَسْلِيمَهُ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي وَرَدَ عَلَيْهَا الْعَقْدُ فَإِذَا نَسِيَهُ فَقَدْ تَغَيَّرَ الْمَبِيعُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَيَرُدُّهُ وَعَلَى هَذَا لَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً عَلَى أَنَّهَا طَبَّاحَةٌ أَوْ نَحْوُهُ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَحْكَامِ ثُمَّ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ يَبْتَدَأُ لَهُ الْخِيَارُ فِيهِ إِذَا اخْتَارَ الْأَخْذَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابَلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ لِكُونِهَا تَابِعَةً فِي الْعَقْدِ إِذْ الْجِنْسُ مُتَّحِدٌ لِهَذَا لَا يَفْسُدُ بِهِ الْعَقْدُ وَلَوْ اخْتَلَفَ يَفْسُدُ عَلَى مَا يَجِيءُ بَيَانُهُ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الثَّمَنِ : أَوْ كَاتِبٌ (أَيِ حِرْفَتِهِ ذَلِكَ .

فَتَحْ .

قَوْلُهُ فِي الثَّمَنِ أَخَذَهُ بِالثَّمَنِ أَوْ تَرَكَهُ

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو نَصْرٍ : وَالْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ مَنْ شَرَطَ صِفَةً فَوَجَدَ الْمَبِيعَ بِخِلَافِهَا وَتِلْكَ الصِّفَةُ مِمَّا يَتَفَاوَتُ فِيهَا الْأَغْرَاضُ تَفَاوُتًا كَثِيرًا فَإِنْ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَ حِمَارًا عَلَى أَنَّهُ أَتَانُ فَإِذَا هُوَ ذَكَرَ أَوْ شَاءَ عَلَى أَنَّهَا نَعَجَةٌ فَإِذَا هِيَ فَحُلٌّ وَمَسَائِلُ الْكِتَابِ مِنْ هَذَا الْجِنْسِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ وَجَدَ الْمَبِيعَ عَلَى خِلَافِ الصِّفَةِ الَّتِي شَرَطَهَا وَلَهُ فِي الصِّفَةِ غَرَضٌ فَإِذَا فَاتَهُ ثَبَتَ لَهُ الْخِيَارُ كَمَا لَوْ وَجَدَ بِالْمَبِيعِ عَيْبًا ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتِ الصِّفَةُ تَتَفَاوَتُ فِيهَا الْأَغْرَاضُ تَفَاوُتًا كَثِيرًا فَالْعَقْدُ فَاسِدٌ وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَبِيعَهُ دَارًا عَلَى أَنْ بَنَاءَهَا آجَرٌ فَإِذَا هُوَ لَبَنٌ أَوْ بَاعَهُ شَخْصًا عَلَى أَنَّهُ جَارِيَةٌ فَإِذَا هُوَ عَبْدٌ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ اخْتِلَافٌ كَثِيرٌ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْاخْتِلَافِ فِي الْجِنْسِ ، وَأَمَّا إِذَا شَرَطَ صِفَةً فَوَجَدَهَا زَائِدَةً فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَ ثَوْبًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ فَوَجَدَهُ أَحَدَ عَشَرَ ذِرَاعًا وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً عَلَى أَنَّهَا ثِيْبٌ فَإِذَا هِيَ بِكَرٍّ فَتَكُونُ الصِّفَةُ الزَّائِدَةُ لِلْمُشْتَرِي وَلَا خِيَارَ كَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ مَعِيبٌ فَوَجَدَهُ صَحِيحًا وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَمَالُ وَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ كَمَا شَرَطَ وَامْتَنَعَ الرَّدُّ بِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ وَرَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ بِأَنْ يَقَوْمَ الْعَبْدُ كَاتِبًا وَغَيْرَ كَاتِبٍ فَيَرْجِعُ بِالتَّفَاوُتِ وَكَتَبَ أَيْضًا مَا نَصَّهُ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَفْسُدِ الْعَقْدُ بِهَذَا الشَّرْطِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مُقْتَضِيَّاتِ الْعَقْدِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْوَصْفَ الَّذِي شَرَطَهُ لَوْ كَانَ مَوْجُودًا فِي الْمَبِيعِ لَدَخَلَ فِي الْعَقْدِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ وَمَا هَذَا سَبِيلُهُ كَانَ مِنْ مُقْتَضِيَّاتِ الْعَقْدِ كَمَا إِذَا اشْتَرَى عَلَى أَنْ يَتِمَّلَكَ الْمَبِيعُ أَوْ عَلَى أَنْ يُسَلِّمَهُ الْبَائِعُ إِلَى الْمُشْتَرِي .

قوله : بخلاف ما لو باع شاة

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : بِخِلَافِ مَا لَوْ اشْتَرَى نَاقَةً عَلَى أَنَّهَا حَامِلٌ حَيْثُ يَكُونُ الْبَيْعُ فَاسِدًا عَلَى رِوَايَةِ كِتَابِ الْبُيُوعِ ؛ لِأَنَّ الْحَمَلَ لَا يُعْرَفُ حَقِيقَةً ؛ لِأَنَّ انْتِفَاحَ الْبَطْنِ وَتَحَرُّكَ مَا فِيهِ قَدْ يَكُونُ لِدَاءٍ فَكَانَ غَرَرًا فَأَوْجَبَ فَسَادَ الْبَيْعِ وَمَا نَحْنُ فِيهِ يُمْكِنُ الْوُقُوفُ عَلَيْهِ لِلْحَالِ فَلَمْ يَكُنْ غَرَرًا وَلِأَنَّ مَا نَحْنُ فِيهِ صِفَةٌ مُحْضَةٌ لَا يَتَصَوَّرُ انْقِلَابُهَا أَصْلًا وَهُنَالِكَ الْمَقْصُودُ الْوَلَدُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ وَهُوَ مَجْهُولٌ وَاشْتَرَا طُ مَالٍ مَجْهُولٍ مَعَ الْمَبِيعِ مُفْسِدٌ لِلْبَيْعِ وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ ذَلِكَ الْبَيْعَ أَيْضًا جَائِزٌ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْفَرْقِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الْجَوَابِ كَذَا قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْمُعِينِ النَّسَفِيُّ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ ثُمَّ قَالَ وَلَا رِوَايَةَ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّ اشْتِرَا طَ الْحَبْلِ فِي الْجَوَارِي هَلْ يُوجِبُ فَسَادَ الْعَقْدِ أَمْ لَا اخْتَلَفَ مَشَايِخُنَا فِيهِ مِنْهُمْ مَنْ قَالَ يُوجِبُ قِيَاسًا عَلَى الثَّاقَةِ لِلْمَعْنِيِّينَ الْمَذْكُورِينَ ثَمَّةَ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ لَا يُوجِبُ ؛ لِأَنَّ الْحَبْلَ فِي الْجَوَارِي عَيْبٌ فَكَانَ ذِكْرُهُ لِلْبَرَاءَةِ عَنْ هَذَا الْعَيْبِ بِخِلَافِ الْحَبْلِ فِي الْبَهَائِمِ فَإِنَّهُ زِيَادَةٌ وَهِيَ مَجْهُولَةٌ وَفِي وُجُودِهَا غَرَرٌ فَلَا يَجُوزُ وَمِنْهُمْ مَنْ فَصَّلَ ، وَقَالَ إِنَّ اشْتَرَا طَهَا لِيَتَّخِذَهَا ظِئْرًا فَشَرَطَ أَنَّهَا حَامِلٌ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ يَطْلُبُ زِيَادَةً وَهِيَ مَجْهُولَةٌ وَفِي وُجُودِهَا خَطَرٌ فَصَارَتْ كَالثَّاقَةِ وَإِنْ كَانَ لَا يُرِيدُ اتَّخَاذَهَا ظِئْرًا كَانَ جَائِزًا لِمَا مَرَّ أَنَّهُ اشْتَرَطَ الْبَرَاءَةَ عَنْ هَذَا الْعَيْبِ

قوله : حتى لو شرط أنها

حُلُوبٌ أَوْ لَبُونٌ لَا يَفْسُدُ (

أَيُّ كَمَا إِذَا شَرَطَ فِي الْفَرَسِ أَنَّهَا هِمْلَاجٌ وَفِي الْكَلْبِ أَنَّهُ صَائِدٌ حَيْثُ يَصِحُّ وَمِنْهُ شَرَطُ كَوْنِهِ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى وَشَرَطُ كَوْنِ الثَّمَنِ مَكْفُولًا بِهِ

فَتَحُّ .

قوله : فله الخيار إن شاء أخذه وإن شاء رده

أَيُّ وَلَوْ مَاتَ هَذَا الْمُشْتَرِي انْتَقَلَ الْخِيَارُ إِلَى وَرَثَتِهِ إِجْمَاعًا ؛ لِأَنَّهُ فِي ضِمَنِ تَمَلُّكِ الْعَيْنِ .

فَتَحُّ .

قوله : لكنّه نسي عندك

أَيُّ وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُ أَنَّهُ يَنْسَى فِي مِثْلِهَا .

فَتَحُّ قَوْلُهُ : فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ (وَالْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ الْقَوْلَ لِمَنْ يُمَسِّكُ بِالْأَصْلِ وَأَنَّ الْعَدَمَ فِي الصِّفَاتِ الْعَارِضَةِ أَصْلٌ وَالْوُجُودُ فِي الصِّفَاتِ الْأَصْلِيَّةِ أَصْلٌ .

فَتَحُّ .

قوله : لَكِنَّهَا تَابِعَةٌ

أَيُّ تَدْخُلُ فِي الْعَقْدِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ وَفِي جَعَلِ الْوَصْفِ مُقَابِلًا بِشَيْءٍ مِنَ الثَّمَنِ يَلْزَمُ جَعْلُهُ أَصْلًا فَلَا يَجُوزُ .

باب خيار الرؤية

قَالَ (شِرَاءٌ مَا لَمْ يَرَهُ جَائِزٌ وَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ إِذَا رَأَاهُ وَإِنْ رَضِيَ قَبْلَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مَجْهُولٌ إِذْ لَمْ يُعْرَفْ مِنْهُ إِلَّا الْأِسْمُ فَصَارَ كَمَا لَمْ يُشْرَ إِلَيْهِ وَلَا إِلَى مَكَانِهِ أَوْ هُوَ مَعْدُومٌ لَمَّا ذَكَرْنَا { وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ } أَيُّ مَا لَيْسَ بِحَاضِرٍ عِنْدَ الْمُتَبَايِعِينَ مَرْتَبًا لِلْمُشْتَرِي وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { مَنْ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَاهُ } وَلِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِيهِ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِذْ لَمْ يُوَافَقْهُ رَدُّهُ فَصَارَ كَجَهَالََةِ الْوَصْفِ فِي الْمُشَاهَدَةِ الْمُعَايِنِ وَالْمُرَادُ بِالتَّهَيُّ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ مَا لَيْسَ فِي مِلْكِهِ بِدَلِيلٍ قِصَّةِ الْحَدِيثِ فَإِنَّ { حَكِيمَ بْنِ حِزَامٍ قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ الرَّجُلَ يَطْلُبُ مِنِّي سِلْعَةً لَيْسَتْ عِنْدِي فَأَبِيعُهَا مِنْهُ ثُمَّ أَدْخَلَ السُّوقَ فَأَسْتَجِيدُهَا فَأَشْتَرِيهَا فَأَسْلَمُهَا إِلَيْهِ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ } وَأَجْمَعْنَا عَلَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ عَيْنًا حَاضِرَةً غَيْرَ مَمْلُوكَةٍ لَهُ لَا يَجُوزُ ، وَإِنْ مَلَكَهَا فِيمَا بَعْدُ وَلَوْ كَانَ كَمَا زَعَمَ لِحَازَ ، وَلَوْ بَاعَ عَيْنًا غَائِبَةً وَكَانَ الْمُشْتَرِي رَأَاهَا قَبْلَ ذَلِكَ جَازَ فَبَطَلَ زَعْمُهُ طَرْدًا وَعَكْسًا وَقَوْلُهُ ، وَإِنْ رَضِيَ قَبْلَهُ يَتَّصِلُ بِمَا قَبْلَهُ أَيُّ لَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَاهُ ، وَإِنْ كَانَ رَضِيَ قَبْلَ أَنْ يَرَاهُ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ مُعْلَقٌ بِالرُّؤْيَا عَلَى مَا رَوَيْنَا فَلَا يَثْبُتُ قَبْلَهُ وَلِأَنَّ الرِّضَا بِالشَّيْءِ قَبْلَ الْعِلْمِ بِأَوْصَافِهِ لَا يَتَحَقَّقُ فَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُهُ رَضِيتُ قَبْلَ الرُّؤْيَا بِخِلَافِ فَسْخِهِ حَيْثُ يُعْتَبَرُ قَبْلَ الرُّؤْيَا لِكُونِهِ عَقْدًا غَيْرَ لَازِمٍ فَيَنْفَسَخُ بِذَلِكَ لَا بِمُوجِبِ الْخِيَارِ .

الشرح

باب خيار الرؤية

لَمَّا شَرَعَ بِذِكْرِ أَنْوَاعِ الْخِيَارِ قَدَّمَ مَا كَانَ تَأْثِيرُهُ أَكْثَرَ فِي الْعَقْدِ عَلَى غَيْرِهِ عَلَى التَّوَالِي وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمَوَانِعَ خَمْسَةٌ : مَانِعٌ يَمْنَعُ انْعِقَادَ الْعِلَّةِ كَالْبَيْعِ الْمُضَافِ إِلَى حُرٍّ .
وَمَانِعٌ يَمْنَعُ تَمَامَ الْعِلَّةِ كَالْبَيْعِ الْمُضَافِ إِلَى مَالٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ حَتَّى لَا يَتِمَّ الْانْعِقَادُ فِي حَقِّ الْمَالِكِ .
وَمَانِعٌ يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الْحُكْمِ كَخِيَارِ الشَّرْطِ .
وَمَانِعٌ يَمْنَعُ لُزُومَ الْحُكْمِ كَخِيَارِ الْعَيْبِ .
وَمَانِعٌ يَمْنَعُ تَمَامَ الْحُكْمِ كَخِيَارِ الرُّؤْيَا حَتَّى لَا تَتِمَّ الصَّفَقَةُ بِالْقَبْضِ .

أَتَقَانِي قَدَمَ هَذَا الْبَابِ عَلَى خِيَارِ الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ تَمَامَ الْحُكْمِ وَذَاكَ يَمْنَعُ لُزُومَ الْحُكْمِ وَاللُّزُومُ بَعْدَ التَّمَامِ وَالْإِضَافَةُ مِنْ قِبَلِ إِضَافَةِ الشَّيْءِ إِلَى شَرْطِهِ ؛ لِأَنَّ الرُّوْيَةَ شَرْطُ ثُبُوتِ الْخِيَارِ وَعَدَمُ الرُّوْيَةِ هُوَ السَّبَبُ لثُبُوتِ الْخِيَارِ عِنْدَ الرُّوْيَةِ .

وَأَعْلَمُ أَنَّ خِيَارَ الرُّوْيَةِ يَثْبُتُ فِي أَرْبَعَةِ مَوَاضِعَ لَيْسَ غَيْرَ شِرَاءِ الْأَعْيَانِ وَالْإِجَارَةِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَعْوَى مَالٍ عَلَى عَيْنٍ وَالْقِسْمَةِ وَعَرَفَ مِنْ هَذَا أَنَّهُ لَا يَكُونُ فِي الدُّيُونِ فَلَا يَكُونُ فِي الْمُسْلَمِ فِيهِ وَلَا فِي الْأَثْمَانِ الْخَالِصَةِ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ إِنَاءً مِنْ أَحَدِ التَّقْدِينِ فَإِنَّ فِيهِ الْخِيَارَ وَلَوْ تَبَايَعَا مُقَابِضَةً ثَبَتَ الْخِيَارُ لِكُلِّ مِنْهُمَا وَمَحَلُّهُ كُلُّ مَا كَانَ فِي عَقْدٍ يَنْفَسَخُ بِالْفَسْخِ لَا مَا لَا يَنْفَسَخُ كَالْمَهْرِ وَبَدَلَ الصُّلْحِ عَنْ الْقِصَاصِ وَبَدَلَ الْخُلْعِ وَإِنْ كَانَتْ أَعْيَانًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُغِيدُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ لَمَّا لَمْ يُوجِبِ الْإِنْفِسَاحُ بَقِيَ الْعَقْدُ قَائِمًا وَفِيَّامُهُ يُوجِبُ الْمُطَالَبَةَ بِالْعَيْنِ لَا بِمَا يُقَابِلُهَا مِنَ الْقِيَمَةِ فَلَوْ كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ أَبَدًا وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يُطَالِبَ الْمُشْتَرِيَ بِالثَّمَنِ مَا لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُ الرُّوْيَةِ مِنْهُ وَلَا يَتَوَقَّفُ الْفَسْخُ عَلَى قِضَاءِ وَلَا رِضَا بَلْ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهِ رَدَدْتُ يَنْفَسَخُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ لَكِنْ يُشْتَرَطُ عِلْمُ الْبَائِعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ كَمَا هُوَ خِلَافُهُمْ فِي الْفَسْخِ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ .

فَتْحٌ .

قَوْلُهُ فِي الثَّمَنِ : شِرَاءُ مَا لَمْ يَرَهُ جَائِزٌ

أَيُّ وَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَاهُ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ سَوَاءَ رَأَاهُ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي وَصِفَتْ لَهُ أَوْ عَلَى خِلَافِهَا مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَ جَرَابًا فِيهِ أَثَوَابٌ هَرَوِيَّةٌ أَوْ زَيْتًا فِي زَقٍّ أَوْ حِنْطَةً فِي غَرَارَةٍ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَرِ شَيْئًا وَمِنْهُ أَنْ يَقُولَ بَعْتُكَ ذَرَّةً فِي كُمِّي صَفْتَهَا كَذَا أَوْ ثَوْبًا فِي كُمِّي صَفْتَهُ كَذَا أَوْ هَذِهِ الْحَارِيَّةُ وَهِيَ حَاضِرَةٌ مُتَنَقِّبَةٌ وَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَى شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ وَفِي الْمَبْسُوطِ الْإِشَارَةُ إِلَيْهِ أَوْ إِلَى مَكَانِهِ شَرْطُ الْحَوَازِ حَتَّى لَوْ لَمْ يُشِيرْ إِلَيْهِ وَلَا إِلَى مَكَانِهِ لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ لَكِنَّهُ إِطْلَاقُ الْكِتَابِ يَقْتَضِي حَوَازَ الْبَيْعِ سَوَاءَ سَمِيَ جَنْسَ الْمَبِيعِ أَوْ لَا وَسَوَاءَ أَشَارَ إِلَى مَكَانِهِ أَوْ إِلَيْهِ وَهُوَ حَاضِرٌ مَسْتَوْرٌ أَوْ لَا مِثْلُ أَنْ يَقُولَ بَعْتُ مِنْكَ مَا فِي كُمِّي بَلْ عَامَّةُ الْمَشَايِخِ إِطْلَاقُ الْجَوَابِ يَدُلُّ عَلَى الْجَوَازِ عِنْدَهُ وَطَائِفَةٌ قَالُوا : لَا يَجُوزُ لِحَبَالَةِ الْمَبِيعِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْإِطْلَاقِ مَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ وَغَيْرُهُ كَصَاحِبِ الْأَسْرَارِ وَالذَّخِيرَةِ لِبُعْدِ الْقَوْلِ بِجَوَازِ بَيْعِ مَا لَمْ يَعْلَمْ جِنْسُهُ أَصْلًا كَأَنْ يَقُولَ بَعْتُكَ شَيْئًا بَعَشْرَةَ .

كَمَالٌ .

قَوْلُهُ : وَلَنَا قَوْلُهُ : عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { مَنْ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ } الْخ

وَلَا بُدَّ مِنْ كَوْنِ الْمُرَادِ فِي الْحَدِيثِ بِالرُّوْيَةِ الْعِلْمُ بِالْمَقْصُودِ فَهُوَ مِنْ عُمُومِ الْمَجَازِ عَبْرَ الرُّوْيَةِ عَنْ الْعِلْمِ بِالْمَقْصُودِ فَصَارَتْ حَقِيقَةُ الرُّوْيَةِ مِنْ أَفْرَادِ الْمَعْنَى الْمَجَازِيِّ وَهَذَا لَوْجُودِ مَسَائِلِ اتِّفَاقِيَّةٍ لَا يُكْتَفَى بِالرُّوْيَةِ فِيهَا مِثْلُ مَا إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ مِمَّا لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِالشَّمِّ كَمِسْكَ اشْتَرَاهُ وَهُوَ يَرَاهُ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ لَهُ عِنْدَ شَمِّهِ فَلَهُ الْفَسْخُ عِنْدَ شَمِّهِ بَعْدَ رُؤْيَتِهِ ، وَكَذَا لَوْ رَأَى شَيْئًا ثُمَّ اشْتَرَاهُ فَوَجَدَهُ مُتَغَيِّرًا ؛ لِأَنَّ تِلْكَ الرُّوْيَةَ غَيْرُ مُعَرِّفَةٍ لِلْمَقْصُودِ الْآنَ ، وَكَذَا شِرَاءُ الْأَعْمَى يُثْبِتُ لَهُ الْخِيَارَ عِنْدَ الْوَصْفِ لَهُ فَأَقِيمَ فِيهِ الْوَصْفُ مَقَامَ الرُّوْيَةِ .

فَتَحَّ .

قوله : فصَارَ كَجَهَالَةِ الْوَصْفِ فِي الْمَشَاهِدِ

يَعْنِي فِيْمَا لَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا مُشَارًا إِلَيْهِ لَا يَعْلَمُ عَدَدَ ذُرْعَانِهِ يُرِيدُ تَشْبِيْهُهُ بِذَلِكَ فِي مُجَرَّدِ ثُبُوتِ الْحَوَازِ لَا بِقَيْدِ ثُبُوتِ الْخِيَارِ ؛ لِأَنَّهُ لَا خِيَارَ فِي الْمُشْتَبَّهِ بِهِ أَغْنَى الثَّوْبَ وَهُوَ بِنَاءٌ عَلَى لُزُومِ ذِكْرِ الْجِنْسِ فِي هَذَا الْبَيْعِ فَيَقْتَضِي الْغَائِبُ مُجَرَّدَ عِلْمِ الْوَصْفِ .

فَتَحَّ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ فِي الْمَشَاهِدِ مَا نَصَّهُ أَيُّ الْمُشَارِ إِلَيْهِ .

هَدَايَةٌ

قوله : لِأَنَّ الْخِيَارَ مُعْلَقٌ بِالرُّؤْيَةِ عَلَى مَا رَوَيْنَا

أَيُّ وَالْمُعْلَقُ بِالشَّرْطِ عَدَمٌ قَبْلَ وَجُودِهِ وَالْإِسْقَاطُ لَا يَتَحَقَّقُ قَبْلَ الثَّبُوتِ .

فَتَحَّ .

قَالَ (وَلَا خِيَارَ لِمَنْ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَوَّلًا يَقُولُ لَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَتِمُّ بِرِضَا الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَإِذَا انْتَفَى رِضَا أَحَدِهِمَا لِعَدَمِ الرُّؤْيَةِ فَكَذَا رِضَا الْآخَرِ إِذْ لَا يَثْبُتُ بِهِ الْمِلْكُ وَلَا يَزُولُ بِهِ إِلَّا بِالرِّضَا وَهُوَ بِالْعِلْمِ بِأَوْصَافِ الْمَبِيعِ وَذَلِكَ بِالرُّؤْيَةِ وَلِأَنَّهُ خِيَارٌ يَثْبُتُ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَوَجِبَ أَنْ يَثْبُتَ لِلْآخَرِ اعْتِبَارًا بِخِيَارِ الشَّرْطِ وَخِيَارِ الْعَيْبِ ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَمْ يَرَهُ أَصْلًا قَوْلًا وَاحِدًا وَلَكِنَّا لِلْمَرْجُوعِ إِلَيْهِ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بَاعَ أَرْضًا بِالْبَصْرَةِ مِنْ عُبَيْدِ اللَّهِ فَقِيلَ لَطَلْحَةَ : إِنَّكَ قَدْ غُبَيْتَ فَقَالَ لِي الْخِيَارُ ؛ لِأَنِّي بَعْتُ مَا لَمْ أَرَهُ فَحَكَمَا بَيْنَهُمَا جُبَيْرُ بْنُ مُطْعِمٍ فَقَضَى بِالْخِيَارِ لَطَلْحَةَ وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ فَكَانَ إِجْمَاعًا وَلِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ مُعْلَقٌ بِرُّؤْيَةِ الْمُشْتَرِي فِيْمَا رَوَيْنَا فَلَا يَثْبُتُ دُونَهُ وَلِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ إِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْمُشْتَرِي بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ يَطْنُهُ خَيْرًا مِمَّا رَأَى فَيَرُدُّهُ لِفَوَاتِ الْوَصْفِ الْمَرْغُوبِ فِيهِ وَلَوْ رَدَّهُ الْبَائِعُ لَرَدَّهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ أَزِيدُ مِمَّا ظَنَّهُ وَالْخِيَارُ لَا يَثْبُتُ بِمِثْلِهِ كَمَا لَوْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ مَعِيبٌ فَإِذَا هُوَ سَلِيمٌ لَا يَثْبُتُ لِلْبَائِعِ فِيهِ الْخِيَارُ .

الشرح

قوله في المتن : وَلَا خِيَارَ لِمَنْ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ

أَيُّ بَأْنَ وَرِثَ عَيْنًا مِنَ الْأَعْيَانِ فِي بَلَدَةٍ أُخْرَى فَبَاعَهَا قَبْلَ أَنْ يَرَاهَا .

فَتَحَّ .

قوله : اعتباراً بخيار الشرط وخيار العيب

أي فإنه يثبت للبائع حتى حاز أن يرد الثمن بالزيادة .

فتح قوله : حتى حاز أن يرد الثمن بالزيادة أي كما أن للبائع أن يرد المبيع بالعيب إلا أن البيع لا يفسخ برد الثمن لعدم الأصالة في العقد ويفسخ برد المبيع للأصالة ولا يقال خيار الرؤية ثبت بالحديث معلقاً بالشراء فلا يثبت البيع ؛ لأننا نقول الحكم في الأصل معقول المعنى والمعنى هو الجهالة بصفات المعقود فيثبت في الفرع مثل حكم الأصل .

غاية

قوله : ولنا للمرجوع إليه

أي للقول الذي رجع إليه أبو حنيفة .

قوله : باع

الظاهر اشترى .

غاية .

قال (ويطلب بما يطل به خيار الشرط) أي يطل خيار الرؤية بما يطل به خيار الشرط من التصريح والدلالة ومراؤه بعد الرؤية ، وأما قبلها فلا يسقط ، وإن صرح به إلا في ضمن بعض التصرفات لتعذر الفسخ على ما تبين ، وقال بعضهم إذا رآه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره ولزم البيع ، وإن لم يوجد منه الإجارة صريحاً ولا دالة ؛ لأن سبب ثبوت هذا الخيار جهالة أو صاف المبيع بدليل أنه لو رآه قبل العقد لا يكون له الخيار والجهالة تزول بالرؤية والخيار يسقط بزوال سببه كخيار العيب يسقط بزوال العيب وكان ينبغي أن لا يملك فسخه بعد الرؤية متصلاً بها لزوال سببه إلا أنه ملك الفسخ لدفع الضرر عن نفسه للضرورة وهذه الضرورة تزول بقدر ما يتمكن من الفسخ والصحيح أنه مطلق غير مقيد بالزمان فيكون له الفسخ في جميع عمره ما لم يسقط بالقول أو بفعل يدل على الرضا به نص عليه ابن رستم ، وكذا ذكره محمد في الأصل ؛ لأن النص ورد بآيات الخيار مطلقاً والعبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى مع أن جهالة الوصف ليست بعلة لثبوت هذا الخيار مطلقاً بدليل أنه لم يثبت له الخيار قبل الرؤية لتعلقه بالرؤية فكذا لا يتوقف لإطلاقه عن الوقت والتقييد به يكون زيادة وهو فسخ فيمتد إلى أن يوجد منه ما يسقطه وهو التصريح به أو التغييب أو تصرف لا يمكن رفعه

كالإعتاق والتدبير أو يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق والرهن والإجارة لوجود الرضا منه صريحاً أو

دلالة ، وكذا لو كانت هذه التصرفات قبل الرؤية يسقط بها الخيار لتعذر الفسخ ، وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبية من غير تسليم لا يطل قبل الرؤية ؛ لأنه لا يموت صريح الرضا ويطل بعد الرؤية لوجود دالة الرضا بعد العلم ، وكذا إذا قبضه بعد الرؤية بطل خياره ؛ لأنه يدل على الرضا وأنه مؤكد بحكم العقد فشابه البيع ولو كان البيع بشرط الخيار للمشتري فهو كالمطلق حيث يسقط به الخيار قبل الرؤية لأنه بات مطلق من جانبه ولو اشترى أرضاً فأذن الآخر أن يزرعها قبل الرؤية فزرعها بطل ؛ لأن فعله بأمره كفعله .

قوله : وأما قبلها

الذي بخط الشارح ، وأما قبله

قوله : لتعلقه بالرؤية

قال الأثقاني رحمه الله وتُفَلَّ في خلاصة الفتاوى عن شرح الطحاوي أن الردَّ بخيار الرؤية فسُخِّ قبل القبض وبَعْدَهُ وَلَا حَاجَةَ إِلَى قَضَاءِ الْقَاضِي وَلَا إِلَى رِضَا الْبَائِعِ وَلَكِنَّهُ يُشْتَرَطُ حَضْرَةُ الْبَائِعِ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ

قوله : لا يمكن دفعه كالباعتق

أي العبد الذي اشتراه ولم يره .

فتح .

قوله : أو يوجب كالبائع المطلق

أي ولو بشرط الخيار للمشتري لخلوص الحق فيه للمشتري وقوله : كالبائع المطلق إنما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع ؛ لأنه به لا يخرج المبيع عن ملكه فتح .

قوله : والجارّة

أي والهة مع التسليم .

فتح .

قوله : لتعذر الفسخ

أي لأن هذه الحقوق تمنع الفسخ وتلزم البيع فلما لم تعذر الفسخ وبطل الخيار وكتب ما نصه وإن تعذر الفسخ شرعاً بطل الخيار ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله : صلى الله عليه وسلم له الخيار إذا رآه مقيداً بما إذا لم يوجب موجب شرعي عدمه إذا رآه وحاصله تقدير مخصص بالعقل .

كَمَالٌ

قَوْلُهُ : وَالْمُسَاوَمَةُ

يُقَالُ سَامَ الْبَائِعُ السَّلْعَةَ عَرْضَهَا وَذَكَرَ تَمَنُّهَا قَوْلُهُ : لَا يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّوْيَةِ (أَيِ لِأَنَّ خِيَارَهُ لَا يَبْطُلُ بِصَرِيحِ الرِّضَا قَبْلَ الرُّوْيَةِ بِأَنَّ قَالَ قَبْلَ أَنْ يَرَى أَبْطَلَتْ خِيَارِي فَلَأَنَّ لَا يَبْطُلُ بِدَلَالَةِ الرِّضَا أَوَّلَى .

غَايَةٌ .

قَوْلُهُ : وَيَبْطُلُهُ بَعْدَ الرُّوْيَةِ

أَيِ ؛ لِأَنَّ الرِّضَا بَعْدَ الرُّوْيَةِ يُسْقِطُ الْخِيَارَ صَرِيحًا كَانَ الرِّضَا أَوْ دَلَالَةً .

غَايَةٌ .

قَالَ (وَكَفَتْ رُؤْيُهُ وَجْهَ الصُّبْرَةِ وَالرَّقِيقِ وَالذَّابَّةِ وَكَفَلَهَا وَظَاهِرِ الثُّوبِ مَطْوِيًّا وَدَاخِلِ الدَّارِ) ؛ لِأَنَّ رُؤْيَهُ مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى الْمَقْصُودِ يَكْفِي لَتَعَسَّرَ رُؤْيَةُ الْجَمِيعِ وَرُؤْيُهُ هَذِهِ الْمَوَاضِعِ مِنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ يَقَعُ بِهَا الْعِلْمُ بِالْمَقْصُودِ فَلَا مَعْنَى لِاشْتِرَاطِ رُؤْيَةٍ غَيْرِهَا وَلَوْ دَخَلَ فِي الْمَبِيعِ أَشْيَاءُ فَإِنْ كَانَ لَا تَتَفَاوَتْ أَحَادُهُ كَالْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ وَعَلَامَتُهُ أَنْ يَعْضُضَ بِالنَّمُودَجِ يُكْتَفَى بِرُؤْيَةِ بَعْضِهِ لِحَرَيَانِ الْعَادَةِ بِالْاِكْتِفَاءِ بِالْبَعْضِ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ وَلَوْ قُوعَ الْعِلْمُ بِهِ بِالْبَاقِي إِلَّا إِذَا كَانَ الْبَاقِي أَرَادَ فَيَكُونُ لَهُ الْخِيَارُ فِيهِ وَفِيمَا رَأَى كَيْ لَا يَلْزَمَ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ ؛ لِأَنَّهَا مَعَ الْخِيَارِ لَا تَنْتَفِئُ ، وَإِنْ كَانَ أَحَادُهُ تَتَفَاوَتْ وَهُوَ الَّذِي لَا يَبْغَى بِالنَّمُودَجِ كَالثِّيَابِ وَالذُّوَابِ وَالْعَبِيدِ فَلَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَفْرَادِهِ ؛ لِأَنَّهُ بِرُؤْيَةِ بَعْضِهَا لَا يَقَعُ الْعِلْمُ بِالْبَاقِي لِلتَّفَاوُتِ وَالْجُزْ وَالْبَيْضُ مِنْ هَذَا الْقِسْمِ فِيمَا ذَكَرَهُ الْكَرْحِيُّ لَتَفَاوُتِ أَحَادِهِ فَلَا يُسْتَدَلُّ بِرُؤْيَةِ بَعْضِهِ عَلَى غَيْرِهِ مِنْ جِنْسِهِ .

وَقَالَ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِثْلَ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ لِكُونِهَا مُتَقَارِبَةً فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا فَتَقُولُ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الصُّبْرَةِ كَافٍ ؛ لِأَنَّهُ يُعْرَفُ بِهِ وَصْفُ الْبَاقِي لِمَا ذَكَرْنَا ، وَكَذَا النَّظَرُ إِلَى ظَاهِرِ الثُّوبِ مَطْوِيًّا مِمَّا يُعْلَمُ بِهِ الْبَقِيَّةُ إِلَّا إِذَا كَانَ فِي طَيْهِ مَا يَكُونُ مَقْصُودًا كَمَوْضِعِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّ قِيَمَتَهُ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهِ ، وَقَالَ زُفَرٌ : لَا يُكْتَفَى بِرُؤْيَةِ ظَاهِرِ الثُّوبِ وَلَا بُدَّ مِنْ نَشْرِ كُلِّهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ فَلَا يُعْرَفُ كُلُّهُ بِرُؤْيَةِ بَعْضِهِ ، فَلَنَّا قَلَّمَا تَتَفَاوَتْ جَوَانِبُ ثُوبٍ وَاحِدٍ فَيُمْكِنُ الِاسْتِدْلَالُ بِالْبَعْضِ

عَلَى الْبَعْضِ مِنْهُ وَالْوَجْهُ هُوَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْآدَمِيِّ ، وَلِهَذَا تَتَفَاوَتْ قِيَمُ الرَّقِيقِ بِتَفَاوُتِهِ وَسَائِرُ الْجَسَدِ تَتَّبَعُ لَهُ وَالْكَفْلُ مِنَ الدُّوَابِّ فَلَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَيْنِهَا وَشَرْطُ بَعْضُهُمْ مَعَ ذَلِكَ رُؤْيَةُ الْقَوَائِمِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ رُؤْيَةُ الْوَجْهِ كَافِيَةٌ كَالْآدَمِيِّ وَفِي شَاةِ اللَّحْمِ لَا بُدَّ مِنَ الْجَسَدِ ؛ لِأَنَّهُ بِهِ يَظْهَرُ السَّمَنُ وَالْهَزَالُ وَيُعْرَفُ بِهِ كَثَرَةُ اللَّحْمِ وَقَلَّتُهُ وَفِي شَاةِ الْفَنِيَّةِ لَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ ضَرْعِهَا وَفِيمَا يُطْعَمُ لَا بُدَّ مِنَ الذُّوقِ وَفِيمَا يُشَمُّ لَا بُدَّ مِنَ الشَّمِّ وَفِي دُفُوفِ الْعَازِي لَا بُدَّ مِنْ سَمَاعِ صَوْتِهَا ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِالشَّيْءِ يَقَعُ بِاسْتِعْمَالِ آلَةٍ إِدْرَاكِهِ فَلَا يَسْقِطُ خِيَارُهُ حَتَّى يَدْرِكَهُ وَجَعَلَ فِي الْمُحْتَضَرِ رُؤْيَةَ خَارِجِ الدَّارِ كَرُؤْيَتِهَا كُلِّهَا ؛ لِأَنَّهُ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى الْبَاقِي وَفِي عَامَّةِ الرُّوَايَاتِ إِذَا رَأَى صَحْنَ الدَّارِ سَقَطَ خِيَارُهُ لِمَا ذَكَرْنَا فِي خَارِجِهَا .

وَقَالَ زُفَرٌ : لَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ دَاخِلِ الْبُيُوتِ وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ بُيُوتَهَا الشَّتَوِيَّةَ وَالصَّيْفِيَّةَ وَالْعُلُويَّةَ وَالسُّفْلِيَّةَ وَمَرَافِقَهَا وَمَطَابِحَهَا وَسُطُوحَهَا تَخْتَلِفُ فَلَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ ذَلِكَ كُلِّهِ فِي الْأَظْهَرِ ؛ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهَا مَقْصُودٌ فَالنَّظَرُ إِلَى الْخَارِجِ أَوْ إِلَى الصَّحْنِ لَا يُوقِعُ الْعِلْمَ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ وَمَا

ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ مَبْنِيٍّ عَلَى عَادَةِ أَهْلِ الْكُوفَةِ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ فَإِنَّ دُورَهُمْ كَانَتْ عَلَى تَقْطِيعِ وَاحِدٍ وَلَمْ تَخْتَلِفْ إِلَّا فِي الصَّغَرِ وَالْكِبَرِ وَفِي كَوْنِهَا جَدِيدَةً أَوْ عَتِيقَةً وَذَلِكَ يَظْهَرُ بِرُؤْيَا بَعْضِهَا فَانْكَفَوْا بِهِ لِذَلِكَ ، وَأَمَّا الْيَوْمَ بِخِلَافِهِ فَلَا يُكْتَفَى بِهِ وَرُؤْيَا أَشْجَارِ الْبُسْتَانِ يُكْتَفَى بِهَا لَوْ قُوعَ الْعِلْمِ بِهَا وَلَوْ رَأَى دُهْنًا فِي قَارُورَةٍ مِنْ خَارِجِهَا لَا يَنْطَلِ خِيَارُهُ فِي الْمَرْوِيِّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَنْطَلِ قَالَ (وَنَظَرَ وَكَيْلَهُ بِالْقَبْضِ كَنْظَرَهُ لَا نَظَرَ رَسُولِهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَا لَا يَكُونُ كَنْظَرُهُ حَتَّى لَا يَسْقُطَ خِيَارُ الْمُوَكَّلِ بِقَبْضِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُوَكَّلُ بِالْقَبْضِ دُونَ إِسْقَاطِ الْخِيَارِ فَلَا يَمْلِكُ مَا لَمْ يَتَوَكَّلْ بِهِ وَصَارَ كَخِيَارِ الْعَيْبِ وَالشَّرْطِ فَإِنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِسْقَاطِهِمَا .

فَكَذَا هَذَا وَأَقْرَبُ مِنْهُ أَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِسْقَاطِهِ قَصْدًا بَأَن قَبْضَهُ مَسْتَوْرًا فَاسْقَطَ الْخِيَارَ بَعْدَهُ أَوْ كَانَ رَأَاهُ مِنْ قَبْلِ فَإِنَّ خِيَارَ الْمُوَكَّلِ لَا يَسْقُطُ بِهِ فَكَذَا ضَمِنًا بِالْقَبْضِ لِمَا ذَكَرْنَا وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ وَكَلَهُ بِالْقَبْضِ وَأَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِيهِ وَالْقَبْضُ عَلَى نَوْعَيْنِ قَبْضٌ تَامٌ وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ وَهُوَ يَرَاهُ وَنَاقِصٌ وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ مَسْتَوْرًا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَبِضَهُ مَسْتَوْرًا فَخِيَارُهُ بَاقٍ عَلَى حَالِهِ حَتَّى يَرَاهُ وَلَا تَنُتِمُ الصَّفَقَةُ مَعَ بَقَاءِ الْخِيَارِ فَكَانَ نَاقِصًا وَالْمُوَكَّلُ يَمْلِكُهُ بِنَوْعِهِ فَكَذَا الْوَكِيلُ لِإِطْلَاقِ التَّوَكُّلِ وَإِذَا قَبِضَهُ مَسْتَوْرًا انْتَهَتْ الْوَكَالَةُ بِالْقَبْضِ النَّاقِصِ فَلَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ قَصْدًا بَعْدَ ذَلِكَ لِكَوْنِهِ أَجَنَّبًا بَعْدَ انْتِهَاءِ الْوَكَالَةِ وَهَذَا لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْقَبْضَ وَالْقَبْضُ يَتَضَمَّنُ السَّقُوطَ لِكَوْنِهِ كَامِلًا ضَرُورَةً فَإِذَا انْفَصَلَ السَّقُوطُ عَنِ الْقَبْضِ بَأَن كَانَ بَعْدَهُ قَصْدًا أَوْ قَبْلَهُ بِالرُّؤْيَا لَا يَمْلِكُهُ إِذْ لَمْ يُوَكَّلْهُ إِلَّا بِالْقَبْضِ وَهَذَا بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفَقَةِ فَلَا يَتَنَوَّعُ الْقَبْضُ مَعَهُ وَبِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِقَبْضِ الْمُوَكَّلِ فَلَا يَتَصَوَّرُ فِيهِ الْقَبْضُ التَّامُّ فَكَذَا بِقَبْضِ الْوَكِيلِ وَبِخِلَافِ الرَّسُولِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا ، وَإِنَّمَا إِلَيْهِ تَبْلِغُ الرِّسَالَةُ ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الْقَبْضَ وَالتَّسْلِيمَ إِذَا كَانَ رَسُولًا فِي الشِّرَاءِ أَوْ الْبَيْعِ وَالْفَرْقُ بَيْنَ التَّوَكُّلِ وَالْإِرْسَالِ أَنْ يَقُولَ فِي التَّوَكُّلِ كُنْ وَكَيْلِي فِي الْقَبْضِ وَفِي الْإِرْسَالِ كُنْ رَسُولِي فِيهِ أَوْ أَمْرُكَ بِقَبْضِهِ ، وَبِقَوْلِهِ وَنَظَرَ وَكَيْلَهُ بِالْقَبْضِ أُحْثِرَ عَنِ الْوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ فَإِنَّ نَظَرَهُ بِالْإِجْمَاعِ كَنْظَرَ الْمُوَكَّلِ فَقَبْضُهُ بِالْقَبْضِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْاِخْتِلَافِ وَلَمْ يَقْبِضْ الرَّسُولُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ نَظَرَهُ لَا يَكُونُ كَنْظَرَ الْمُرْسَلِ مُطْلَقًا سِوَاهُ كَانَ الرَّسُولُ بِالْقَبْضِ أَوْ بِالشِّرَاءِ .

الشرح

قوله في المتن وكفت رؤوية وجه الصبرة والرقيق الخ

قَالَ الْكَمَالُ وَالْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ رُؤْيَا أَجْزَاءِ الْمَبِيعِ غَيْرُ مَشْرُوطٍ فِي انْتِفَاءِ ثُبُوتِ خِيَارِ الرُّؤْيَا لِتَعَذُّرِهِ عَادَةً وَشَرْعًا وَإِلَّا لَحَازَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى عَوْرَةِ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ الَّتِي يُرِيدُ أَنْ يَشْتَرِيَهُمَا وَلَزِمَ فِي بَيْعِ الصُّبْرَةِ النَّظَرُ إِلَى كُلِّ حَبَّةٍ حَبَّةٍ مِنْهَا وَلَا قَائِلَ بِذَلِكَ فَيُكْتَفَى بِرُؤْيَا مَا هُوَ الْمَقْصُودُ فَإِذَا رَأَاهُ جَعَلَ غَيْرَ الْمُرْتَبِيِّ تَبَعًا لِلْمُرْتَبِيِّ فَإِذَا سَقَطَ الْخِيَارُ فِي الْأَصْلِ سَقَطَ فِي التَّبَعِ إِذَا عُرِفَ أَنَّ يَبْنِي عَلَيْهِ أَنَّ مَنْ نَظَرَ إِلَى وَجْهِ الْحَارِيَةِ وَالْعَبْدِ ثُمَّ اشْتَرَى الْبَاقِي فَلَا خِيَارَ لَهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّه بِخِيَارِ الرُّؤْيَا ، بِخِلَافِ مَا لَوْ رَأَى بَطْنَهُمَا وَظَهْرَهُمَا وَسَائِرَ أَعْضَائِهِمَا إِلَّا الْوَجْهَ فَإِنَّ لَهُ الْخِيَارَ إِذَا رَأَى وَجْهَهُمَا ؛ لِأَنَّ سَائِرَ الْأَعْضَاءِ فِي الْعَبِيدِ وَالْأَمَاءِ تَبَعٌ لِلْوَجْهِ وَلِذَا تَنَفَّاهُ الْقِيمَةُ إِذَا فُرِضَ تَفَاوُتُ الْوَجْهِ مَعَ تَسَاوِيِ سَائِرِ الْأَعْضَاءِ وَفِي الدَّوَابِّ يُعْتَبَرُ رُؤْيَا الْوَجْهِ وَالْكَفَلِ ؛ لِأَنَّهُمَا الْمَقْصُودَانِ فَيَسْقُطُ بِرُؤْيَاهُمَا وَلَا يَسْقُطُ بِرُؤْيَا غَيْرِهِمَا مِنْهَا قَالَ الْأَنْقَايُ إِذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ : لَا يَخْلُو إِذَا كَانَ الْوَكِيلُ الْمُعَقَّدُ عَلَيْهِ شَيْئًا وَاحِدًا أَوْ أَشْيَاءَ فَإِنَّ كَانَ شَيْئًا وَاحِدًا فَلَا يَخْلُو إِذَا كَانَ لَا تَفَاوُتَ أَحَادَهُ كَالْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ وَالْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ فَإِذَا رَأَى الْبَعْضَ وَرَضِيَ بِهِ يَكُونُ ذَلِكَ رِضًا بِالْبَعْضِ الَّذِي لَمْ يَرَهُ إِذَا كَانَ مِثْلَ مَا رَأَى فَعَلَى هَذَا يَكُونُ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الصُّبْرَةِ مُسْقَطًا لِلْخِيَارِ إِذَا كَانَ الْبَاقِي مِثْلَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ رُؤْيَا الْبَعْضِ تُعْرِفُ حَالَ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّ الْحِنْطَةَ وَالشَّعِيرَ تُعْرِفُ بِالنَّمُودِجِ وَلَكِنَّ هَذَا فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَكِيلُ فِي وَعَاءٍ وَاحِدٍ أَمَّا إِذَا كَانَ

فِي وَعَاءَيْنِ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ قَالَ مَشَايِخُ الْعِرَاقِ رُؤْيَا أَحَدِهِمَا كَرُؤْيَا الْكُلِّ ، وَقَالَ مَشَايِخُ بَلْخُ لَا تَكُونُ رُؤْيَا أَحَدِهِمَا كَرُؤْيَا الْكُلِّ ؛ لِأَنَّهُمَا شَيْئَانِ مَتَى كَانَا فِي وَعَاءَيْنِ وَالْأَصَحُّ هُوَ الْأَوَّلُ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ كَذَا فِي التُّخَفَةِ ؛ لِأَنَّ تَعْرِيفَ الْبَاقِي فِيمَا إِذَا كَانَ الْكُلُّ فِي وَعَاءٍ وَاحِدٍ بِاعْتِبَارِ الْمُمَاتِلَةِ لَا بِاعْتِبَارِ اتِّحَادِ الْوَعَاءِ وَإِنْ كَانَ يَتَفَاوَتُ أَحَادُهُ كَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ نَحْوِ الثِّيَابِ فِي صُنْدُوقٍ وَالْبَطَاطِيخِ فِي شَرِيحَةٍ وَنَحْوِ الرُّمَّانَاتِ وَالسَّفَرَجَلَاتِ فِي قُفَّةٍ فَإِنَّ رُؤْيَا الْبَعْضِ لَا تُعْتَبَرُ رُؤْيَا فِي الْبَاقِي وَيَكُونُ عَلَى خِيَارِهِ مَا لَمْ يَرَ الْكُلُّ ؛ لِأَنَّ رُؤْيَا الْبَعْضِ لَا تَعْرِفُ الْبَاقِي لِلتَّفَاوُتِ أَمَّا إِذَا كَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ شَيْئًا وَاحِدًا كَالْعَبْدِ وَالْحَارِيَةِ فَرَأَى الْوَجْهَ دُونَ سَائِرِ الْأَعْضَاءِ يَسْقُطُ خِيَارُهُ

قَوْلُهُ : وَعَلَامَتُهُ

أَيُّ عِلَامَةِ الشَّيْءِ الَّذِي لَا تَتَفَاوَتُ أَحَادُهُ أَنْ يُعْرَضَ عَلَى الْبَيْعِ بِالنَّمُودَجِ كَمَا هُوَ الْعَادَةُ بَيْنَ النَّاسِ حَيْثُ يَحْمِلُ السَّمْسَارُ شَيْئًا قَلِيلًا مِنَ الْمَكِيلِ أَوْ الْمَوْزُونِ إِلَى الْمُشْتَرِي حَتَّى يَرَاهُ فَإِنْ أَعْجَبَهُ اشْتَرَاهُ وَالنَّمُودَجُ بِفَتْحِ التَّوْنِ بِمَعْنَى النَّمُودَجِ بَضْمُ الْهَمْزَةِ مُغْرَبٌ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ : إِنْ إِذَا كَانَ الْبَاقِي أَرْدَا

أَيُّ مِمَّا رَأَى فَحِينَئِذٍ يَكُونُ لَهُ الْخِيَارُ يَعْنِي خِيَارَ الْعَيْبِ لَا خِيَارَ الرُّؤْيَا ذَكَرَهُ فِي الْيَنَابِيعِ وَفِي الْكَافِي إِذَا كَانَ أَرْدَا لَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا رَضِيَ بِالصَّفَةِ الَّتِي رَأَاهَا لَا بِغَيْرِهَا وَهَذَا التَّغْلِيلُ يُفِيدُ أَنَّهُ خِيَارُ الرُّؤْيَا وَهُوَ مُقْتَضَى سَوْقِ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ وَالتَّحْقِيقُ أَنَّهُ فِي بَعْضِ الصُّوَرِ خِيَارُ عَيْبٍ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ اخْتِلَافُ الْبَاقِي يُوصِلُهُ إِلَى حَدِّ الْعَيْبِ وَخِيَارُ رُؤْيَا إِذَا كَانَ الْاِخْتِلَافُ لَا يُوصِلُهُ إِلَى اسْمِ الْمَعِيبِ بَلْ الدُّوْنِ وَقَدْ يَجْتَمِعَانِ فِيمَا إِذَا اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ فَلَمْ يَقْبِضْهُ حَتَّى ذَكَرَ لَهُ الْبَائِعُ بِهِ عَيْبًا ثُمَّ أَرَاهُ الْمَبِيعَ فِي الْحَالِ .

كَمَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

قَوْلُهُ : لِأَنَّهُمَا مَعَ الْخِيَارِ لَا تَتِمُّ

أَيُّ خِيَارِ الرُّؤْيَا ، وَلِهَذَا تَمَكَّنَ مِنَ الْفَسْخِ دُونَ قَضَاءٍ وَلَا رِضَاءٍ .

شَرْحُ مَنَارٍ .

قَوْلُهُ : لِكُونِهَا مُتَقَارِبَةً

أَيُّ وَبِهِ صَرَخَ فِي الْمُحِيطِ وَفِي الْمُجَرَّدِ هُوَ الْأَصَحُّ .

فَتَحُّ

قوله : وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مطوياً مما يعلم به البقية

أي فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه وتقصان بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه اللهم إلا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين .

فتح

قوله : إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً كموضع العلم

ثم قيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره ؛ لأنه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر .

فتح

قوله : فلا بد من رؤيتهما

أستفيد من قوله في المتن والدابة وكفلها أي وكفت رؤية وجه الدابة وكفلها وكتب على قوله فلا بد من رؤيتهما ما نصه فلو رأى أحد الأمرين فله خيار الرؤية .

أثقاني .

قوله : وشرط بعضهم

قال الأقطع وقد قالوا إن قال أهل الصنعة والمعرفة بالدواب أنه يحتاج إلى النظر إلى القوائم كان شرطاً في سقوط الخيار أيضاً

قوله : لا بد من الجس

أي اللمس باليد

قوله : ويعرف به كثرة اللحم وقلته

أي فإن رأى ذلك من بعيد ولم يحسه فله الخيار وذلك ؛ لأن السمن لا يظهر من الصوف فلا بد من الجس .

أثقاني .

قوله : وفي شاة القنية

أي الشاة التي تؤخذ للدّر والنسل لا للتجارة .

أُنقاني .

قوله : وجعل في المختصر رؤية داخل الدار

نسخة خارج وهو الثابت في خط الشارح وهو مخالف لما قدمه أول هذه المقالة من عبارة المتن وكتب على قوله خارج ما نصه هكذا هو في كثير من نسخ هذا الشرح ويؤيده قوله في السطر الثاني لما ذكرنا في خارجها لكنه مخالف لما ذكره في المتن من قوله ودخل الدار ، وكذا هو في عامة نسخ المتن وكتب أيضا ما نصه قال في التحفة قال مشايخنا تأويل ما ذكر في كتاب القسم أنه إذا رأى الدار من خارج يبطل خياره إذا لم يكن داخل الدار أبنية فأما إذا كان فيها أبنية لا يسقط الخيار ما لم ير داخلها ؛ لأن الداخل هو المقصود

قوله : يسقط خياره

أي وإن لم يشاهد يوتها

قوله : فلما بد من رؤية ذلك كله في النظهر

أي والأشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق .

فتح

قوله : وذلك يظهر برؤية بعضها

وعبارة الشيخ أكمل الدين في شرح الهداية وهذا يصير معلوما بالنظر إلى جذرائها من خارج الدار

قوله : ورؤية أشجار البستان يكتفى بها

قال الكمال رحمه الله ، وأما ما ذكر في الأشجار من الاكتفاء برؤية رؤوس الأشجار ورؤية خارجها فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية ، وقال المقصود من البستان بطنه فلا يكتفى برؤية ظاهره وفي جامع قاضي خان لا يكتفى برؤية الخارج ورؤوس الأشجار

قوله : ولو رأى دهنًا في قارورة من خارجها لا يبطل خياره

أي ؛ لأن لون الدهن مما يتغير بلون القارورة .

أَتَقَانِي وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ وَلَوْ رَأَى دُهْنًا إِلَّا مَا نَصَّهُ قَالَ فِي التُّحْفَةِ لَوْ نَظَرَ فِي الْمِرَّةِ فَرَأَى الْمَبِيعَ قَالُوا لَا يَسْقُطُ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَا رَأَى عَيْنَهُ ، وَإِنَّمَا رَأَى مِثَالَهُ وَعَلَى هَذَا قَالُوا مَنْ نَظَرَ فِي الْمِرَّةِ فَرَأَى فَرْجَ أُمِّ امْرَأَتِهِ عَنْ شَهْوَةٍ لَا تَثْبُتُ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ وَلَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَتِهِ الْمُطَلَّقةَ طَلَاقًا رَجَعِيًّا عَنْ شَهْوَةٍ فِي الْمِرَّةِ لَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا لِمَا قُلْنَا ثُمَّ قَالَ فِي التُّحْفَةِ وَلَوْ اشْتَرَى سَمَكًا فِي الْمَاءِ يُمَكِّنُ أَخْذَهُ مِنْ غَيْرِ اصْطِيَادٍ فَرَأَهُ فِي الْمَاءِ قَالَ بَعْضُهُمْ يَسْقُطُ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ رَأَى عَيْنَ الْمَبِيعِ ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ لَا يَسْقُطُ وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَرَى فِي الْمَاءِ كَمَا هُوَ بَلْ يَرَى أَكْبَرَ مِمَّا هُوَ فَهَذِهِ الرُّوْيَةُ لَا تُعَرَفُ حَالُ حَقِيقَتِهِ .

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ مُعَيَّنًا فِي الْأَرْضِ كَالْحَزَرِ وَالْبَصْلِ وَالثُّومِ وَالْفُجْلِ وَنَحْوِ ذَلِكَ لَمْ يُذَكَّرْ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ قَالَ صَاحِبُ التُّحْفَةِ وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ إِذَا كَانَ شَيْئًا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ بَعْدَ الْقَلْعِ كَالثُّومِ وَالْبَصْلِ وَالْحَزَرِ فَإِنَّهُ إِذَا قَلَعَ الْمُشْتَرِي بِإِذْنِ الْبَائِعِ أَوْ قَلَعَ الْبَائِعُ بِرِضَا الْمُشْتَرِي يَسْقُطُ خِيَارُهُ فِي الْبَاقِي ؛ لِأَنَّ رُؤْيَةَ الْبَعْضِ كَرُؤْيَةِ الْكُلِّ وَإِنْ قَلَعَ الْمُشْتَرِي بِغَيْرِ إِذْنِ الْبَائِعِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّ سِوَاءَ رِضَا بِالْمَقْلُوعِ أَوْ لَمْ يَرْضَ إِذَا كَانَ الْمَقْلُوعُ شَيْئًا لَهُ قِيَمَةٌ عِنْدَ النَّاسِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَعِيًّا ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَنْمُو وَبِالْقَلْعِ لَا يَنْمُو وَبِحُدُوثِ الْعَيْبِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بِغَيْرِ صُنْعِهِ يَمْنَعُ الرَّدَّ فَمَعَ صُنْعُهُ أَوَّلَى وَإِنْ كَانَ شَيْئًا يُبَاعُ عَدَدًا كَالْفُجْلِ وَالسَّلْقِ وَنَحْوِهِمَا فَرُؤْيَةُ الْبَعْضِ لَا تَكُونُ كَرُؤْيَةِ الْكُلِّ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنَ الْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ وَإِذَا لَمْ يَكُنْ الْمَقْلُوعُ شَيْئًا لَهُ قِيَمَةٌ عِنْدَ النَّاسِ لَا يَسْقُطُ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ بِهِ الْعَيْبُ ثُمَّ قَالَ فِي التُّحْفَةِ .

وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ هَذَا التَّفْصِيلِ ، وَقَالَ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا مُعَيَّنًا فِي الْأَرْضِ مِثْلَ الْحَزَرِ وَالْبَصْلِ وَالثُّومِ وَبَصْلِ الزَّعْفَرَانِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ فَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَى جَمِيعَهُ وَلَا يَكُونُ رُؤْيُهُ بَعْضَهُ مُبْطِلًا لَخِيَارِهِ وَإِنْ رَضِيَ بِذَلِكَ الْبَعْضِ فَخِيَارُهُ بَاقٍ إِلَى أَنْ يَرَى جَمِيعَهُ فَيَرْضَى أَوْ يَرُدَّ ، وَقَالَ فِي الْإِبْصَاحِ قَالَ أَبُو يُوسُفَ إِذَا اخْتَلَفَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي فِي الْقَلْعِ فَقَالَ الْمُشْتَرِي أَخَافُ أَنْ قَلَعْتَهُ لَا يَصْلُحُ وَلَا أَقْدِرُ عَلَى الرَّدِّ ، وَقَالَ الْبَائِعُ أَخَافُ أَنْ قَلَعْتَهُ لَا تَرْضَى بِهِ قَالَ مَنْ تَطَوَّعَ بِالْقَلْعِ جَازَ وَإِنْ تَشَاحَا عَلَى ذَلِكَ فَسَخَّ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْإِجْبَارَ لِمَا فِيهِ مِنْ الْإِضْرَارِ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ فِي الْمَرْوِيِّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ

أَيَّ حَتَّى يَصْبَهُ فِي كَفِّهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِ الدُّهْنَ حَقِيقَةً لَوْجُودِ الْحَائِلِ .

فَتَحَّ .

قَوْلُهُ : وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَبْطُلُ

أَيَّ ؛ لِأَنَّ الزُّجَاجَ لَا يُخْفِي صُورَةَ الدُّهَنِ وَرَوَى هِشَامٌ أَنَّ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مُوَافِقٌ لِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ .

فَتَحَّ .

قوله في المتن : ونظر وكيله بالقبض كنظره

أي إذا قبضه الوكيل ناظرًا إليه مكشوفًا

قوله : وصار خيار العيب والشرط

أي بأن اشترى معيًّا لم ير عيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل ، وكذا إذا وكله في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط .

فتح .

قوله :

بأن قبضه (

أي الوكيل .

قوله : مستورًا

أي ثم رآه .

فتح .

قوله : والقبض على نوعين قبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه

، وإما كان هذا قبضًا تامًا ؛ لأن خيار الرؤية يطل بهذا القبض وبقي خيار الرؤية يمنع تمام العقد فلما بطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تامًا .

كمال .

قوله : فلا يملك إسقاطه إلخ

وقبض بمسألتي لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما إحداهما أن الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورًا ثم رآه بعد القبض فأبطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يطل 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 يتأى 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 ؛ لأنه لم يثبت ضمنا للقبض الصحيح بل ثبت بعد انتهاء

فَتَحَّ .

قَوْلُهُ : وَهَذَا بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ

أَيَّ بِخِلَافِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ فَإِنَّهُ يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفَقَةِ .

قَالَ (وَصَحَّ عَقْدُ الْأَعْمَى وَيَسْقُطُ خِيَارُهُ إِذَا اشْتَرَى بِجَسِّ الْمَبِيعِ وَشَمَهُ وَذَوَّقَهُ وَفِي الْعَقَارِ بِوَصْفِهِ) أَمَّا صَحَّةُ عَقْدِهِ فَلِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ مُحْتَاجٌ فَصَارَ كَالْبَصِيرِ ، وَأَمَّا سَقُوطُ خِيَارِهِ بِمَا ذَكَرَهُ فَلِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ تُفِيدُ الْعِلْمَ لِمَنْ اسْتَعْمَلَهَا عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي الْبَصِيرِ وَقَوْلُهُ يَسْقُطُ خِيَارُهُ بِجَسِّ الْمَبِيعِ إلَخَ مُحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا وَجِدَ الْجَسَّ مِنْهُ قَبْلَ الشَّرَاءِ ، وَأَمَّا إِذَا اشْتَرَى قَبْلَ أَنْ يَجَسَّ لَا يَسْقُطُ خِيَارُهُ بِهِ بَلْ يَثْبُتُ بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ لِمَا رَوَيْنَا وَيَمْتَدُّ إِلَى أَنْ يُوجَدَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ فِي الصَّحِيحِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَكَتَفَى بِالْوَصْفِ فِي الْعَقَارِ ؛ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ لَهُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ إِلَّا بِهِ وَالْوَصْفُ قَدْ يَقُومُ مَقَامَ الرُّؤْيَةِ فِي حَقِّ الْبَصِيرِ كَمَا فِي السَّلَامِ حَتَّى لَا يَكُونَ لَهُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ فِيهِ بَعْدَ مَا وَصِفَ لَهُ فَكَذَا فِي حَقِّهِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ اشْتَرَطَ مَعَ ذَلِكَ أَنْ يُوقِفَ فِي مَكَانٍ لَوْ كَانَ بَصِيرًا لَرَأَاهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ التَّشْبِيهَ يَقُومُ مَقَامَ الْحَقِيقَةِ عِنْدَ الْعَجَزِ كَنَحْرِيكِ الشَّقَتَيْنِ أُقِيمَ مَقَامَ الْقِرَاءَةِ فِي حَقِّ الْأَخْرَسِ فِي الصَّلَاةِ وَإِجْرَاءِ الْمُوسَى عَلَى رَأْسِ الْمُحْرَمِ بِالْحَجِّ أَوْ الْعُمْرَةِ عِنْدَ التَّحَلُّلِ ، وَقَالَ الْحَسَنُ يُوكَّلُ وَكِيلًا بِقَبْضِهِ لَهُ وَهُوَ يَرَاهُ وَهُوَ أَشْبَهُ يَقُولُ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ رُؤْيَةَ الْوَكِيلِ بِهِ كَرُؤْيَةِ الْمُوَكَّلِ عِنْدَهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا ، وَقَالَ بَعْضُ مَشَايِخِ بَلْخٍ يُشْتَرَطُ مَسُّ الْحَيْطَانِ وَالْأَشْجَارِ مَعَ الْوَصْفِ ، وَإِنْ أَبْصَرَ بَعْدَ الْوَصْفِ وَبَعْدَ مَا وَجَدَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ قَدْ تَمَّ بِهِ وَانْبَرَمَ فَلَا يُتَقَضُّ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَّا بِرِضَاهُمَا وَلِأَنَّ خِيَارَهُ قَدْ سَقَطَ بِهِ فَلَا يَعُودُ ، وَلَوْ اشْتَرَى الْبَصِيرُ ثُمَّ عَمِيَ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ انْتَقَلَ إِلَى الْوَصْفِ لَوْجُودِ الْعَجَزِ قَبْلَ الْعِلْمِ بِهِ .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ : وَسَقَطَ

كَذَا بِخَطِّ الشَّارِحِ

قَوْلُهُ : فَصَارَ كَالْبَصِيرِ

قَالَ الْأَنْتَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : وَالْحَاصِلُ أَنَّ مَا يُمَكِّنُ جَسَّهُ وَذَوَّقَهُ وَشَمَهُ يُكْتَفَى بِذَلِكَ لِسَقُوطِ خِيَارِهِ فِي أَشْهُرِ الرُّوَايَاتِ وَلَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ الْوَصْفِ لَهُ وَيَكُونُ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ نَظَرِ الْبَصِيرِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَقْصَى مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى مَعْرِفَةِ الشَّيْءِ وَفِي رِوَايَةِ هِشَامٍ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ الْوَصْفُ مَعَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ الْكَامِلَ فِي حَقِّهِ يَثْبُتُ بِهِذَا فَأَمَّا فِيمَا لَا يُمَكِّنُ جَسَّهُ كَالثَّمَرِ عَلَى رُءُوسِ الشَّجَرِ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ الْوَصْفُ لَا غَيْرُ ، فِي أَشْهُرِ الرُّوَايَاتِ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ

قوله : فكذا في حقه

أَيُّ فَإِذَا رَضِيَ الْأَعْمَى بِالْوَصْفِ كَانَ بِمَنْزِلَةِ النَّظَرِ مِنَ الْبَصِيرِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ اشْتَرَطَ مَعَ ذَلِكَ أَنْ يُوقَفَ فِي مَكَانٍ الْخِ فِي جَامِعِ الْعَتَابِيِّ هُوَ أَنْ يُوقَفَ فِي مَكَانٍ لَوْ كَانَ بَصِيرًا لَرَأَاهُ ثُمَّ يَذْكُرُ لَهُ صِفَتَهُ وَلَا يَخْفَى أَنْ يُقَافَهُ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي صِحَّةِ الْوَصْفِ وَسُقُوطِ الْخِيَارِ بِهِ فَلَذَا لَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْمَبْسُوطِ وَاكْتَفَى بِذِكْرِ الْوَصْفِ ؛ لِأَنَّ الْوَصْفَ قَدْ أُقِيمَ مَقَامَ الرُّؤْيَةِ كَمَا فِي السَّلَامِ وَمِمَّنْ أَنْكَرَهُ الْكَرْخِيُّ ، وَقَالَ وَقُوفُهُ فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ وَغَيْرِهِ سَوَاءٌ فِي أَنَّهُ لَا يَسْتَفِيدُ بِهِ عِلْمًا .

فَتَحُّ .

قوله : وإجراء موسى على رأس المحرم

أَيُّ الَّذِي لَا شَعْرَ عَلَيْهِ .

فَتَحُّ وَكُتِبَ عَلَى قَوْلِهِ وَإِجْرَاءُ الْمَوْسَى الْخِ مَا نَصَّهُ وَلَا يَخْفَى ضَعْفُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَجْزَ لَا يَحَقِّقُ إِلَّا بِتَحْقُقِ الْعَجْزِ عَنِ الْوَصْفِ فَإِنَّ الْقَائِمَ مَقَامَ الشَّيْءِ بِمَنْزِلَتِهِ وَقَدْ ثَبَتَ شَرْعًا اعْتِبَارُهُ بِمَنْزِلَتِهِ فِي السَّلَامِ وَوُجُوبُ إِجْرَاءِ الْمَوْسَى مُخْتَلَفٌ فِيهِ ، وَكَذَا التَّحْرِيكُ غَيْرُ لَازِمٍ لِلْأَمِيِّ .

فَتَحُّ .

قوله : ولو اشتري البصير ثم عمي قبل الرؤية انتقل إلى الوصف

أَيُّ كَأَنَّهُ كَانَ أَعْمَى عِنْدَ الْعَقْدِ .

أَثَقَانِي .

قَالَ (وَمَنْ رَأَى أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ فَاشْتَرَاهُمَا ثُمَّ رَأَى الْآخَرَ لَهُ رَدُّهُمَا) ؛ لِأَنَّ رُؤْيَا أَحَدِهِمَا لَا تُغْنِي عَنْ رُؤْيَا الْآخَرِ لِلتَّفَاوُتِ فَبَقِيَ خِيَارُهُ فِيمَا لَمْ يَرَهُ فَيَجُوزُ رَدُّهُمَا لِمَا رَوَيْنَا وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَحْدَهُ { لِتَهْيِيهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ } فَيَرُدُّهُمَا جَمِيعًا ضَرُورَةً وَلَا يُقَالُ خِيَارُهُ ثَبَتَ بِالنَّصِّ فِيمَا لَمْ يَرَهُ وَفِي مَنَعِ الْفَسْخِ فِيهِ وَحْدَهُ إِنْطَالُ لَهُ فَكَانَ بَاطِلًا ؛ لِأَنَّا نَقُولُ : نَحْنُ لَا نَمْنَعُ خِيَارَ الْفَسْخِ فِيهِ ، وَإِنَّمَا نَقُولُ إِذَا اخْتَارَ الْفَسْخَ فُسِخَ فِيهِ وَفِي الْآخَرِ اخْتِرَازًا عَنْ التَّفْرِيقِ فَكَانَ فِيهِ عَمَلًا بِمُوجِبِهِ وَفِيهِ جَمْعٌ بَيْنَ الْحَدِيثَيْنِ ؛ لِأَنَّ الَّذِي لَمْ يَرَهُ يَرُدُّهُ بِالْحَدِيثِ الْأَوَّلِ وَالَّذِي رَأَاهُ بِالثَّانِي لِمَا أَنَّ الصَّفَقَةَ لَا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ وَهَذَا يَتِمَّكُنُ مِنَ الرَّدِّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضَاءٍ وَلَا يَكُونُ فُسْخًا لِخَلَلٍ فِي الرِّضَا بِالْعَقْدِ وَهُوَ الصَّفَقَةُ كَمَا لَا تَتِمُّ بِالْإِيجَابِ وَحْدَهُ لِعَدَمِ رِضَا الْآخَرِ بِالصَّفَقَةِ ، وَكَذَا لَا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الْعَيْبِ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ غَيْرُ تَامٍّ قَبْلَ الْقَبْضِ إِذْ لَا يُفِيدُ مِلْكَ التَّصَرُّفِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُفَرِّقَ فِي الْقَبْضِ كَمَا لَا يُفَرِّقُ فِي الْقَبُولِ وَبَعْدَ الْقَبْضِ لَا يَمْنَعُ تَمَامُ الصَّفَقَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا قَدْ رَضِيََا بِالْعَقْدِ عَلَى تَقْدِيرِ السَّلَامَةِ وَهِيَ ثَابِتَةٌ ظَاهِرًا فَلَزِمَ وَتَمَّ ، وَلِهَذَا أَفَادَ الْعَقْدُ فِيهِ مِلْكَ الرِّقَبَةِ وَالتَّصَرُّفَ وَلَوْ كَانَ فِي رِضَاهُمَا خَلَلٌ لَمَّا أَفَادَ يُحَقِّقُهُ أَنَّ خِيَارَ الْعَيْبِ ثَبَتَ لِفَوَاتِ بَعْضِ أَوْصَافِ الْمَبِيعِ وَفَوَاتِ بَعْضِ الْمَبِيعِ نَفْسِهِ لَا يَمْنَعُ تَمَامُ الصَّفَقَةِ بَعْدَ الْقَبْضِ حَتَّى يَمْلِكَ التَّصَرُّفَ فِيهِ فَهَذَا أَوْلَى فَالتَّفْرِيقُ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يَضُرُّ ؛ لِأَنَّهُ تَفْرِيقٌ فِي الْفَسْخِ إِذْ لَمْ يَبْقَ بَعْدَ تَمَامِهِ

إِلَّا الْفَسْخُ ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ أَحَدُهُمَا الْفَسْخُ بِهِ بَعْدَ الْقَبْضِ بَلْ يَنْفَسِخُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي أَوْ بِالتَّرَاضِي وَلَوْ كَانَ يَمْنَعُ التَّمَامَ لَمَلَكَهُ كَمَا فِي خِيَارِ الشَّرْطِ وَخِيَارِ الرُّوْيَةِ وَصَارَ نَظِيرُ الْقَبُولِ فِي الْإِنْفِرَادِ بِهِ كَمَا صَارَ نَظِيرُهُ فِيهِ أَيْ نَظِيرُ الْقَبُولِ فِي الْإِنْفِرَادِ بِهِ فِيهِ .

الشرح

قوله : وليس له أن يرده وحده

أَيَّ كَيْ لَا يَكُونُ تَفْرِيقًا لِلصَّفَقَةِ عَلَى الْبَائِعِ قَبْلَ التَّمَامِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ لَا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الرُّوْيَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ كَخِيَارِ الشَّرْطِ بِدَلِيلِ أَنْ لَهُ أَنْ يَفْسَخَهُ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضَاءٍ وَيَكُونُ فُسْخًا مِنْ الْأَصْلِ لِعَدَمِ تَحَقُّقِ الرِّضَا قَبْلَهُ لِعَدَمِ الْعِلْمِ بِصِفَاتِ الْمَبِيعِ وَلِذَا لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَضَاءِ وَالرِّضَا فَإِنْ قِيلَ مَا الْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَا إِذَا أُسْتُحِقَّ أَحَدُهُمَا لَا يُرَدُّ الْبَاقِي وَهَذَا فِي خِيَارِ الشَّرْطِ يُرَدُّ الْآخَرُ إِذَا رُدَّ بَعْدَ الْقَبْضِ ؟ أَجِيبُ بِأَنْ رَدَّ أَحَدُهُمَا فِي خِيَارِ الرُّوْيَةِ وَالشَّرْطِ يُوجِبُ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ لِمَا عَلِمَ أَنَّ الصَّفَقَةَ لَا تَتِمُّ مَعَهُمَا وَفِي الْإِسْتِحْقَاقِ لَوْ رُدَّ كَانَ بَعْدَ التَّمَامِ ؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ تَتِمُّ فِيمَا كَانَ مِلْكُ الْبَائِعِ ظَاهِرًا فَلَمْ يَثْبُتْ فِي الْبَاقِي عَيْبُ الشَّرَكَةِ حَتَّى لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ عَبْدًا وَاحِدًا فَاسْتُحِقَّ بَعْضُهُ كَانَ لَهُ أَنْ يُرَدَّ الْبَاقِي أَيْضًا كَمَا فِي خِيَارِ الرُّوْيَةِ وَالشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ الشَّرَكَةَ فِي الْأَعْيَانِ الْمُجْتَمِعَةِ عَيْبٌ وَالْمُشْتَرِي لَمْ يَرْضَ بِهَذَا الْعَيْبِ فِي فَصْلِ الْإِسْتِحْقَاقِ .

فتح

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ : ثُمَّ إِذَا أَرَادَ أَنْ يُرَدَّ مَا لَمْ يَرَهُ إِذَا رَأَاهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرَدَّهُ وَحْدَهُ بَلْ يُرَدُّهُمَا جَمِيعًا إِنْ شَاءَ لَوْلَا يَلْزَمُ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ وَهَذَا لِأَنَّ خِيَارِ الرُّوْيَةِ وَالشَّرْطِ يَمْنَعَانِ تَمَامَ الصَّفَقَةِ سَوَاءً كَانَ الْمَبِيعُ مَقْبُوضًا أَوْ غَيْرَ مَقْبُوضٍ ، وَلِهَذَا يُرَدُّ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ بِلَا قَضَاءٍ وَلَا رِضَا بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ فَإِنَّهُ إِذَا اشْتَرَى تَوَيَّنَ بِشَيْءٍ وَاحِدٍ فَوَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا بَعْدَ الْقَبْضِ لَهُ أَنْ يُرَدَّ

الْمَعِيبَ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّ خِيَارِ الْعَيْبِ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفَقَةِ بَلْ تَتِمُّ الصَّفَقَةُ بِالْقَبْضِ فَلَا يَلْزَمُ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ بَرَدَّ أَحَدِهِمَا فَلَوْ وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا قَبْلَ الْقَبْضِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرَدَّهُ وَحْدَهُ لَوْلَا يَلْزَمُ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَتِمَّ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْمَعْنَى فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ لُزُومُ الضَّرَرِ عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا لَا يُمْكِنُهُ تَرْوِيحُ أَحَدِهِمَا بِدُونِ الْآخَرِ بِجُودَةِ أَحَدِهِمَا وَرَدَّاءَةِ الْآخَرِ وَفِي مَنَعِ الْمُشْتَرِي عَنْ الرَّدِّ أَيْضًا ضَرَرٌ إِلَّا أَنْ قَبْلَ الْقَبْضِ ضَرَرُ الْبَيْعِ أَكْثَرُ ؛ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُ ضَرَرٌ مَالِيٌّ وَضَرَرُ الْمُشْتَرِي لَيْسَ بِمَالِيٍّ بَلْ هُوَ بَطْلَانُ مُجَرَّدِ قَوْلِهِ مَتَى أَلْزَمْنَاهُ رَدَّ كِلَيْهِمَا وَبَعْدَ الْقَبْضِ ضَرَرُ الْمُشْتَرِي أَكْثَرُ ؛ لِأَنَّهُ بَرَدَّ الْكُلِّ يَطْلُ حَقُّهُ عَنِ الْيَدِ وَالرَّقْبَةِ .

وَضَرَرُ الْبَيْعِ مَوْهُومٌ فَرُبَّمَا يُمْكِنُهُ بَيْعُ الْمَعِيبِ بِشَيْءٍ جَيِّدٍ فَيُدْفَعُ أَعْلَى الضَّرَرَيْنِ بِأَذْنَاهُمَا ثُمَّ بَعْدَ الْقَبْضِ إِذَا وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا لَا يَكُونُ لَهُ رَدُّهُمَا إِلَّا بِرِضَا الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الرَّدِّ وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ وَفِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ مَنْ ضَرَبَ وَاحِدًا إِذَا قُبِضَ فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا لَيْسَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَأْخُذَهُ جَمِيعًا أَوْ يُرَدَّهُ جَمِيعًا ، كَذَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمَالِيَّةَ ثَابِتَةً لِلْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ بِاعْتِبَارِ الْجَمِيعِ فَإِنَّهُ لَا قِيَمَةَ لِلْحَبَّةِ وَأَمْثَالِهَا فَصَارَ الْكُلُّ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ حُكْمًا فِي حَقِّ الرَّدِّ ، وَلِهَذَا جَعَلَ رُؤْيَةَ الْبَعْضِ رُؤْيَةَ الْبَاقِي كَمَا فِي الثُّوبِ الْوَاحِدِ فَفِي مَسْأَلَةِ الْإِسْتِحْقَاقِ قَالَ فِي الشَّامِلِ فِي قِسْمِ الْمَبْسُوطِ اسْتُحِقَّ أَحَدُ الْمُخْتَلِفَيْنِ بَعْدَ الْقَبْضِ لَا خِيَارَ لَهُ فِي الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ أَحَدِهِمَا لَا يُوجِبُ نُقْصَانًا فِي الْآخَرِ لَا

حَقِيقَةً وَلَا عَتَبَارًا وَلَوْ كَانَ وَاحِدًا فَاسْتَحَقَّ بَعْضُهُ لَهُ الْخِيَارُ لَوْجُودِ التَّقْصَانِ فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ إِلَّا بِالتَّهَادِيهِ وَإِنْ كَانَ قَبْضُ أَحَدَهُمَا وَلَمْ يَقْبِضِ الْآخَرُ ثُمَّ اسْتَحَقَّ أَحَدَهُمَا لَهُ الْخِيَارُ لَتَفَرَّقَ الصَّفَقَةُ قَبْلَ التَّمَامِ وَلَوْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْمَكِيلِ بَعْدَ الْقَبْضِ لَا يُخَيَّرُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْكَاءَ لَيْسَ بَعِيبٌ فِيهِ وَلَوْ اسْتَحَقَّ قَبْلَ الْقَبْضِ يُخَيَّرُ لَتَفَرَّقَ الصَّفَقَةُ قَبْلَ التَّمَامِ كَذَا فِي الشَّامِلِ .

قَوْلُهُ : وَالَّذِي رَأَاهُ بِالتَّانِي

أَيُّ بِالْحَدِيثِ الثَّانِي وَهُوَ { نَهْيُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ }

قَوْلُهُ : وَلِهَذَا أَقَادَ الْعَقْدَ

هَذَا لَا يَصْلُحُ دَلِيلًا ؛ لِأَنَّهُ مَعَ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ مَعَ أَنَّهُ لَمْ تَمَّ الصَّفَقَةُ

قَوْلُهُ : كَمَا صَارَا نَظِيرَيْهِ فِيهِ

أَيُّ تَطْيِيرِي الْقَبُولِ فِي الْإِنْفَادِ بِهِ مِنْ حَظِّ الشَّارِحِ .
 قَالَ (وَلَا يُورَثُ كَحِيارِ الشَّرْطِ) أَيُّ لَا يُورَثُ حِيارُ الرُّوْيَةِ كَمَا لَا يُورَثُ حِيارُ الشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ الحِيارَ تَبَتَّ بِالنَّصِّ لِلْعاقِدِ وَالْوارِثُ لَيْسَ
 بِعاقِدٍ فَلَا يُثَبِّتُ لَهُ وَلِأَنَّ الحِيارَ وَصَفَتْ لَهُ فَلَا يُجْرِي فِيهِ الْإِراثُ عَلَيَّ ما بَيْنَما قالَ (وَمَنْ اشْتَرَى ما رَأى خَيْرٌ إِنْ تَغَيَّرَ وَإِلَّا لَا) أَيُّ إِنْ لَمْ يَتَغَيَّرْ
 لَا يُخَيَّرُ ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِالْمَبِيعِ حَصَلَ بِالرُّوْيَةِ الْأَوَّلَى وَقَدْ رَضِيَ بِهِ ما دَامَ عَلَيَّ تِلْكَ الصَّفَةِ إِلَّا إِذا لَمْ يَعْلَمْ عِنْدَ الْعَقْدِ أَنَّهُ كانَ رَأاهُ مِنْ قَبْلُ
 فَحِينَئِذٍ يُثَبِّتُ لَهُ الحِيارَ لِعَدَمِ رِضاَهُ ؛ لِأَنَّ الرِّضاَ بِدُونِ الْعِلْمِ بِأَوْصافِهِ لَا يَتَصَوَّرُ ، وَإِنَّمَا يُخَيَّرُ إِذا وَجَدَهُ مُتَغَيِّرًا ؛ لِأَنَّ تِلْكَ الرُّوْيَةَ لَمْ تَقَعْ
 مُعْلَمَةً لَهُ بِأَوْصافِ الْمَبِيعِ فَصارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَرَهُ .

الشرح

قَوْلُهُ : إِنْ لَمْ يَتَغَيَّرْ لَّا يَخِيرُ

أَيُّ ؛ لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ فِي شِرَاءِ مَا لَمْ يَرَهُ إِنَّمَا ثَبَتَ لِلْحَهِلِّ بِصِفَاتِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَإِذَا كَانَ الْمَبِيعُ عَلَى مَا رَأَاهُ مِنَ الصِّفَةِ يُحَقِّقُ الْعِلْمَ بِصِفَاتِهِ بِالرُّؤْيَةِ السَّابِقَةِ فَانْتَفَى الْمَوْجِبُ لِلْخِيَارِ بِالرُّؤْيَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ فَلَمْ يَبْقَ لَهُ الْخِيَارُ أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ : إِلَّا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ عِنْدَ الْعَقْدِ أَنَّهُ كَانَ رَأَهُ مِنْ قَبْلُ

أَيُّ كَأَنَّ رَأَى جَارِيَةً ثُمَّ اشْتَرَى جَارِيَةً مُتَّقِبَةً لَا يَعْلَمُ أَنَّهَا الَّتِي كَانَ رَأَاهَا ثُمَّ ظَهَرَتْ إِيَّاهَا فَإِنَّ لَهُ الْخِيَارَ لِعَدَمِ مَا يُوجِبُ الْحُكْمَ عَلَيْهِ بِالرِّضَا أَوْ رَأَى ثَوْبًا فَلَفَّ فِي ثَوْبٍ وَبِيعَ فَاشْتَرَاهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ ذَلِكَ .

كَمَالٌ رَحْمَةُ اللَّهِ .

قَالَ (وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي التَّغْيِيرِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ يَشْهَدُ لَهُ إِذْ الْأَصْلُ بَقَاءُ مَا كَانَ عَلَى مَا كَانَ ، وَكَذَا سَبَبُ الزُّرْمِ قَدْ ظَهَرَ فَلَا يَصْدُقُ فِي دَعْوَاهُ التَّغْيِيرُ إِلَّا بَيِّنَةً إِلَّا إِذَا بَعْدَتْ الْمُدَّةُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْجَارِيَةَ الشَّابَّةَ تَكُونُ عَجُوزًا بِطُولِ الْمُدَّةِ قَالَ (وَلِلْمُشْتَرِي لَوْ فِي الرُّوْيَةِ) أَيُّ لَوْ اِخْتَلَفَا فِي الرُّوْيَةِ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهَا أَمْرٌ حَادِثٌ وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُهُ فَيَكُونُ الْقَوْلُ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ .

الشرح

قوله : إِنْ إِذَا بَعْدَتْ الْمُدَّةُ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ فَنَقُولُ إِنْ كَانَ لَا يَتَفَاوَتْ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ غَالِبًا فَالْقَوْلُ لِلْبَائِعِ وَإِنْ كَانَ التَّفَاوُتُ غَالِبًا فَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي كَمَا قَالَ شَمْسُ الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيُّ وَذَكَرَ فِي الْكَافِي إِذَا نَظَرَ إِلَى مَمْلُوكٍ أَوْ دَابَّةٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ بِشَهْرٍ لَمْ يَكُنْ فِيهِ خِيَارٌ فَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِي تَغَيَّرَ عَنْ حَالِهِ الَّذِي رَأَيْتَهُ عَلَيْهِ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ وَعَلَى الْبَائِعِ الْيَمِينُ وَلَمْ يَصْدَقْ الْمُشْتَرِي فِي قَلِيلِ الْمُدَّةِ وَاعْتَبِرَ الشَّهْرُ قَلِيلًا فِي حَقِّ الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَغَيَّرُ فِي مُدَّةِ الشَّهْرِ غَالِبًا وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ إِلَّا إِذَا بَعْدَتْ الْمُدَّةُ مَا نَصَّهُ بِحَيْثُ يَعْلَمُ أَنَّهُ تَغَيَّرَ .

قوله : فَيَكُونُ الْقَوْلُ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ

أَيُّ وَكَذَا لَوْ أَرَادَ أَنْ يَرُدَّهُ فَقَالَ الْبَائِعُ لَيْسَ هَذَا الَّذِي بَعْتَهُ ، وَقَالَ الْمُشْتَرِي بَلْ هُوَ هُوَ فَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي سَوَاءٌ كَانَ فِي بَيْعِ بَاتٍ أَوْ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ أَوْ الرُّوْيَةِ وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ الْغَالِبُ فِي الْبَيَاعَاتِ كَوْنُ الْمُشْتَرِي يَرَى الْمَيْعَ فِدَعَوَى الْبَائِعِ رُوْيَةَ الْمُشْتَرِي تَمَسُّكُ بِالظَّاهِرِ ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ هُوَ الظَّاهِرُ وَالْمَذْهَبُ أَنَّ الْقَوْلَ لِمَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ لَا لِمَنْ يَتَمَسَّكُ بِالْأَصْلِ إِلَّا إِذَا لَمْ يُعَارِضْهُ ظَاهِرٌ فَالْوَجْهُ أَنَّ يَكُونُ الْقَوْلُ لِلْبَائِعِ فِي الرُّوْيَةِ .

فَتْحُ .

قَالَ (وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا وَبَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا أَوْ وَهَبَ رَدَّهُ بَعِيْبٌ لَا بِخِيَارِ رُوْيَةٍ أَوْ شَرْطٍ) ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ قَدْ تَعَدَّرَ فِيمَا أَخْرَجَهُ عَنْ مِلْكِهِ وَلَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَرُدَّ الْبَاقِي بِخِيَارِ الرُّوْيَةِ وَالشَّرْطِ سَوَاءٌ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ لِمَا فِيهِ مِنْ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ ؛ لِأَنَّهُمَا يَمْنَعَانِ تَمَامَ الصَّفَقَةِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا وَفِي خِيَارِ الْعَيْبِ يَمْلِكُ التَّفْرِيقُ بَعْدَ الْقَبْضِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَفِيهِ وَضَعُ الْمَسْأَلَةِ فَلَوْ عَادَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ هُوَ فَسَخَّ فَهُوَ عَلَى خِيَارِ الرُّوْيَةِ لِارْتِفَاعِ الْمَانِعِ مِنَ الرَّدِّ وَهُوَ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ كَذَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأَثَمَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَعُودُ ؛ لِأَنَّ السَّاقِطَ لَا يَعُودُ فَصَارَ كَخِيَارِ الشَّرْطِ وَعَلَيْهِ اعْتِمَادُ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَهَبَ عَبْدَهُ الْمَدِينِ مِمَّنْ لَهُ الدِّينُ أَوْ عَبْدَهُ الْجَانِي مِنْ رَبِّ الْجَنَايَةِ حَتَّى سَقَطَ الدِّينُ وَالْجَنَايَةُ ثُمَّ رَجَعَ فِي الْهَبَةِ حَيْثُ يَعُودَانِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ وَالْعُدْرُ لَأَبِي يُوسُفَ أَنَّ حَقَّ خِيَارِ الرُّوْيَةِ أَضْعَفُ مِنْهُمَا ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الشرح

قوله : أو وهب رده

أي الباقي بعد البيع والهبة

قوله : ؛ لئلهما يمنعان تمام الصفقة

أي وإن كان بعد القبض لعدم تكامل الرضا فلو جاز رد الباقي يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وهو باطل كتفريق الصفقة في خيار القبول حيث لا يجوز له أن يقول اشتريت بعضه دون بعض فلما لم يجز التفريق في خيار القبول لم يجز في خيار الرؤية أيضاً ؛ لأن كل واحد منهما لا يجب بمقابله عرض مالي حتى إذا بطل بطل لا إلى بدل ، وأما في خيار العيب فله أن يرد ثوباً دون ثوب ؛ لأنه لا يلزم تفريق الصفقة بعد التمام ؛ لأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة وهي تتم معه ؛ لأنه وقع على السليم والظاهر والسلامة فوجد الرضا من كل واحد منهما فتمام الصفقة لتمام الرضا والتفريق بعد تمام الصفقة جائز ، ثم للمشتري أن يرد المعيب إن شاء لغرر من البائع وإن شاء رضي به .

أثقاني .

قوله : فلو عاد إليه بسبب هو فسخ

قال الأثقاني ومعنى قوله عاد إليه بسبب هو فسخ أي عاد الذي اشتراه ولم يره ثم باعه أو وهبه وسلمه بسبب هو فسخ بأن رد عليه بقضاء في البيع وقضاء أو غير قضاء في الهبة ، وكذا إذا رد عليه في البيع بخيار شرط أو رؤية وكتب على قوله هو فسخ ما نصه أي محض كالدرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة .

فتح .

قوله : كذا ذكره شمس الأئمة

قال الأثقاني وشمس الأئمة هو أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي صاحب التصانيف الكثيرة في الأصول والفروع توفي سنة ثمان وثمانين وأربعمائة سنة توفي أبو بكر خواهر زاده والإمام القدوري هو أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي توفي سنة ثمان وعشرين وأربعمائة وفي هذه السنة توفي أبو علي بن سينا الحكيم والقدوري تلميذ الشيخ أبي عبد الله الحرجاني وهو تلميذ أبي بكر الرازي وهو تلميذ الكرخي .

قوله : وعليه اعتمد القدوري

أي وصححه قاضي خان .

فَتَحَّ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ وَحَقِيقَةُ الْمَلْحَظِ مُخْتَلَفٌ فَشَمَسُ الْأَثَمَةِ لَحَظَ الْبَيْعِ وَالْهَبَةِ مَانِعًا زَالَ فَيَعْمَلُ الْمُقْتَضِي وَهُوَ خِيَارُ الرُّوْيَةِ عَمَلُهُ وَلَحَظَ عَلَى هَذِهِ الرُّوْيَةِ مُسْقِطًا وَإِذَا سَقَطَ لَا يَعُودُ بِلَا سَبَبٍ وَهَذَا أَوْجَهُ ؛ لِأَنَّ نَفْسَ هَذَا التَّصَرُّفِ يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا وَيَبْطُلُ الْخِيَارُ قَبْلَ الرُّوْيَةِ وَبَعْدَهَا .

فَتَحَّ .

باب خيار العيب

وَهُوَ مَا يَخْلُو عَنْهُ أَصْلُ الْفِطْرَةِ السَّلِيمَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (مَنْ وَجَدَ بِالْمَبِيعِ عَيْبًا أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ أَوْ رَدَّهُ) ؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ مِنَ الْعَيْبِ فَكَانَتْ السَّلَامَةُ كَالْمَشْرُوطَةِ فِي الْعَقْدِ صَرِيحًا لِكُونِهَا مَطْلُوبَةً عَادَةً فَعِنْدَ فَوَاتِهَا يَتَخَيَّرُ كَيْ لَا يَتَضَرَّرَ بِالْإِزَامِ مَا لَا يَرْضَى بِهِ كَمَا إِذَا فَاتَ الْوَصْفُ الْمَرْغُوبُ فِيهِ الْمَشْرُوطُ فِي الْعَقْدِ كَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَازٌ أَوْ نَحْوُهُ فَوَجَدَهُ بِخِلَافِ ذَلِكَ وَلِكُونَ السَّلَامَةَ كَالْمَشْرُوطَةِ فِي الْعَقْدِ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ الْمَعِيبَ حَتَّى يُبَيِّنَ عَيْبَهُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ { لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ يَبِيعُ وَفِيهِ عَيْبٌ إِلَّا يَبَيِّنَهُ لَهُ } رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ وَأَحْمَدُ بِمَعْنَاهُ { وَمَرَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِرَجُلٍ يَبِيعُ طَعَامًا فَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهِ فَإِذَا هُوَ مَبْلُولٌ فَقَالَ مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا } رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَغَيْرُهُ { وَكَتَبَ عَلَيْهِ السَّلَامُ كِتَابًا بَعْدَ مَا بَاعَ فَقَالَ فِيهِ هَذَا مَا اشْتَرَى الْعَدَاءُ بْنُ خَالِدٍ بْنُ هُوْدَةَ مِنْ مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اشْتَرَى مِنْهُ عَبْدًا أَوْ أَمَةً لَا دَاءَ وَلَا غَائِلَةَ وَلَا خَبْثَةَ بَيْنَ الْمُسْلِمِ لِلْمُسْلِمِ } رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ وَالتِّرْمِذِيُّ إِذَا اخْتَارَ الْأَخَذَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَلَا يَنْقُصُ مِنَ الثَّمَنِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابَلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ بِالْعَقْدِ لِكُونِهَا تَبَعًا فَلَا تَكُونُ أَصْلًا وَلَا مُزَاحِمًا لَهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَارَتْ مَقْصُودَةً بِالْإِثْلَافِ بِأَنْ حَدَثَ الْعَيْبُ بِفِعْلِ الْبَائِعِ بَعْدَ الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ حَيْثُ يَسْقُطُ مِنَ الثَّمَنِ بِحِصَّتِهِ إِذَا اخْتَارَ الْأَخَذَ ؛ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ يَكُونُ لَهَا حِصَّةٌ بِالْإِثْلَافِ قَصْدًا وَالْمَرَادُ بِهِ عَيْبٌ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ وَقَبْضُهُ الْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِ أَنْ يَعْلَمَ بِهِ وَلَمْ يُوْجَدْ مِنَ الْمُشْتَرِي مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا بِهِ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ .

الشَّرْحُ

باب خيار العيب

قَوْلُهُ : لِأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ مِنَ الْعَيْبِ

أَيَّ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي عُرْفِ التُّجَّارِ وَالْمَعْرُوفِ بِالْعُرْفِ كَالْمَشْرُوطِ بِالشَّرْطِ صَرِيحًا .

أَتَقَانِي

قوله : اشترى منه عبداً أو أمة

شك من الراوي .

قوله : لا داء ولا غائلة ولا خبثة

الداء ما كان في الجسد والخلة والخبثة ما كان في الخلق والعائلة هو سكوت البائع عما يعلم في المبيع من مكروه .

والعداء بالعين والدال المهملتين هو ابن خالد بن هوذة بن خالد كان إسلامه بعد الفتح ، وقال الترمذي هذا الحديث حسن غريب كذا بخط الشارح وكتب على قوله ولا خبثة ما نصه قال ابن الأثير أراد بالخبثة الحرام كما عبر عن الحلال بالطيب والخبثة نوع من أنواع الخبيث أراد به أنه عبد رقيق لا أنه من قوم لا يحل سبيهم كمن أعطي عهداً أو أماناً أو من هو حر في الأصل .

فقوله : نوع من أنواع الخبيث يقتضي أن يكون بكسر الخاء وسكون الباء وهذا هو المحفوظ في الحديث وقد ضبطه المصنف بالقلم بضم الخاء وسكون الباء وفيه نظر .

قوله : بيع المسلم للمسلم

بصَبَّ بَيْعَ وَرَفَعَهُ ، النَّصَبُ عَلَى الْمَصْدَرِ أَيُّ بَاعَهُ بَيْعَ الْمُسْلِمِ وَالرَّفْعُ عَلَى أَنَّهُ خَبَرٌ مُبْتَدَأٌ مَحْذُوفٌ أَيُّ هَذَا بَيْعُ الْمُسْلِمِ وَهُوَ مُضَافٌ إِلَى الْفَاعِلِ وَالْمَفْعُولِ مَنْصُوبٌ وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُسْلِمَ إِذَا بَاعَ غَيْرَ الْمُسْلِمِ حَازَ أَنْ يُعَامِلَهُ بِمَا يَتَضَمَّنُ خِيَانَةً أَوْ غَبْنًا ، وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ الْمُبَالَغَةِ فَإِنَّ الْمُسْلِمَ إِذَا بَاعَ الْمُسْلِمَ يَرَى لَهُ مِنَ النَّصَحِ أَكْثَرَ مِمَّا يَرَى لِغَيْرِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ هـ .

قوله : فإذا اختار الأخذ أخذه بجميع الثمن ولا ينقص النخ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ ثُمَّ لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي إِمْسَاكُ الْمَعِيبِ وَأَخَذُ نَقْصَانِ الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَلْزَمُ الضَّرَرُ عَلَى الْبَائِعِ فَلَا يَجُوزُ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَمْ يَرْضَ أَنْ يُخْرِجَ الْمَبِيعَ عَنْ مِلْكِهِ إِلَّا بِالثَّمَنِ الْمَذْكُورِ فَعَلَى تَقْدِيرِ أَخْذِ النُّقْصَانِ يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ أَقَلَّ مِمَّا رَضِيَ بِهِ وَالْمُشْتَرِي وَإِنْ كَانَ يَتَضَرَّرُ بِالْعَيْبِ أَيْضًا يُمَكِّنُ تَدَارُكُ ذَلِكَ بَرْدَ الْمَبِيعِ فَلَا ضَرُورَةَ فِي أَخْذِ النُّقْصَانِ (فَرَعَ) لَوْ صَلَحَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ عَنْ حَقِّ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ عَلَى مَالٍ يَجُوزُ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ وَفِي وَجْهِ لَا يَجُوزُ وَالِاتِّفَاقُ عَلَى عَدَمِهِ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ وَالرُّوْيَةِ قَالَهُ الْكَمَالُ

قوله : حيث يسقط من الثمن بحصته

أَيُّ وَكَمَا إِذَا حَدَّثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي عَيْبٌ آخَرُ حَيْثُ يَكُونُ لَهُ الرُّجُوعُ بِنَقْصَانِ الْعَيْبِ عَلَى الْبَائِعِ

قوله : وقبضه المشتري من غير أن يعلم به

أي عند البيع ولا عند القبض أما إذا رأى ذلك عند أحد هذين الحالتين يسقط خياره لرضاه بالعيب دلاله .

أقناني .

قال (وما أوجب نقصان الثمن عند التجار عيب) ؛ لأن التضرر بنقصان المايه وذلك بانقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله قال (كالباق والبول في الفرائش والسرقة ؛ لأنها توجب نقصان القيمة عندهم) ثم إذا وجد شيء من هذه الأشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا ، وإن كان مميزا يكون عيبا ويؤول بالبلوغ فإن عاوده بعد البلوغ يكون عيبا حادثا غير الأول لزوال الأول بالبلوغ فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما فإن البول قبل البلوغ لضعف في المثانة وبعده لداء في الباطن والباقي قبل البلوغ لحب اللعب والسرقة قبل البلوغ لقله المبالاة وهما بعده لحب في الباطن حتى لو وجد شيء منها عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشتري بعد البلوغ ليس له أن يرده لزوال الأول بالبلوغ ولو وجد عند البائع قبل البلوغ ووجد عند المشتري أيضا بعد البلوغ يرده به ما لم يبلغ لاتحاد السبب ، وكذا إذا وجد عند البائع بعد البلوغ وعند المشتري أيضا بعد البلوغ يرده لما ذكرنا والسرقة لا تختلف بين أن تكون من المولى أو من غيره إلا إذا سرق من المولى شيئا للأكل فإنه لا يكون عيبا فإن التفصير جاء من قبل المولى حيث أحوجه إليه . وإن سرق طعاما من المولى لبيعته يكون عيبا ؛ لأنه يأتيه في حفظ ماله ولو سرق الشيء اليسير نحو الفلس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب البيت يكون عيبا ، وإن لم يأخذ وفي الباقي إذا خرج من البلد يكون عيبا بالاتفاق إن أبق من المولى أو من رجل كان عنده بإجارة أو عارية أو ودعة ، بخلاف ما إذا أبق من العاصب إلى المولى أو إلى غيره إن لم يعرف منزله أو لم يقو على الرجوع إليه ، وإن لم يخرج منه اختلفوا فيه والأشبه أن يقال إن كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا ، وإن كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه أهلها ويوتئها لا يكون عيبا قال (والجنون) لما ذكرنا وهو فساد في الباطن ؛ لأن العقل معدنه القلب وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجد عند البائع في صغيره وعاوده عند المشتري بعد الكبر يرده ؛ لأنه عيب ذلك الأول وقيل : لا تشتط المعاودة عند المشتري بل إذا ثبت أنه كان به جنون عند البائع يرده ، وإن لم يعاوده في يد المشتري ؛ لأنه قلما يزول والصحيح أنه لا يرده حتى يعاوده عنده ؛ لأن الله تعالى قادر على إزالته فلا بد من المعاودة ومقداره أن يكون أكثر من يوم وليلة وما دونه لا يكون عيبا ، وقال بعضهم المطبق عيب وما دونه لا يكون عيبا .

الشرح

قوله في المتن : وما أوجب نقصان الثمن إلخ

أراد بهذا بيان معرفة العيوب ؛ لأنه لما قال من وجد بالمبيع عيبا إلخ وقعت الحاجة إلى معرفة العيوب فبين العيب بهذا

قوله : ثم إذا وجد شيء من هذه الأشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا

أي لأنه لا يعرف الامتناع من هذه الأشياء

قوله : فَإِنَّ الْبَوْلَ قَبْلَ الْبُلُوغِ لضعف في المثانة

وَالضَّعْفُ قَبْلَ الْبُلُوغِ شَامِلٌ فِي الْأَعْضَاءِ كُلِّهَا ثُمَّ عِنْدَ الْبُلُوغِ تَكْمُلُ أَعْضَاؤُهُ وَيَشْتَدُّ فَكَذَا هَذَا فَإِذَا بَلَغَ وَمَعَ هَذَا بَالٌ دَلٌّ عَلَى أَنَّهُ كَانَ لِمَعْنَى آخَرَ سِوَى ذَلِكَ الضَّعْفِ الْأَصْلِيِّ وَهُوَ ثُبُوتُ ضَعْفٍ فِي الْمَثَانَةِ بِسَبَبِ آخَرَ فَحِينَئِذٍ يَكُونُ عَيْنًا لَازِمًا .

أَتَقَانِي .

قوله : لِاتِّحَادِ السَّبَبِ

وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ إِذَا اتَّفَقَ الْحَالَانِ عُلِمَ أَنَّ السَّبَبَ وَاحِدٌ فَيَكُونُ هَذَا الْعَيْبُ ثَابِتًا عِنْدَ الْبَائِعِ فَأَمَّا إِذَا اخْتَلَفَ فَلَا يُعْرَفُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْزُرُ أَنْ يَزُولَ الَّذِي كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ ثُمَّ حَدَثَ التَّوَعُّ الْآخَرُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَلَا يَكُونُ لَهُ حَقُّ الرَّدِّ كَالْعَبْدِ إِذَا حُمَّ عِنْدَ الْبَائِعِ ثُمَّ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَإِنْ كَانَ هَذَا الثَّانِي غَيْرَ ذَلِكَ التَّوَعُّ لَا يَثْبُتُ حَقُّ الرَّدِّ وَإِنْ كَانَ مِنْ نَوْعِهِ يَثْبُتُ حَقُّ الرَّدِّ .

أَتَقَانِي نَقْلًا عَنِ التُّخْفَةِ مَعَ بَعْضِ تَعْيِيرٍ

قوله في المتن : وَالْجُنُونُ

وَحُكِّيَ عَنِ الشَّيْخِ أَبِي بَكْرٍ الْإِسْكَافِيِّ الْبَلْخِيِّ أَنَّ الْجُنُونَ أَيْضًا بِمَنْزِلَةِ الْبَوْلِ فِي الْفِرَاشِ وَالْإِبَاقِ وَالسَّرِقَةِ فَلَا يُمَكِّنُ الْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّ بِالْجُنُونِ إِذَا جُنَّ عَنْهُ فِي حَالَةِ الْكِبَرِ إِذَا كَانَ الْجُنُونُ عِنْدَ الْبَائِعِ فِي حَالَةِ الصَّغَرِ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ حَقُّ الرَّدِّ إِذَا كَانَ الْجُنُونُ عِنْدَ الْبَائِعِ فِي حَالَةِ الْكِبَرِ أَيْضًا وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ سَبَبَهُ فِي الصَّغَرِ الضَّعْفُ الشَّامِلُ عَلَى الْأَعْضَاءِ وَهُوَ يَزُولُ بِالْكِبَرِ كَمَا فِي ضَعْفِ الْمَثَانَةِ وَفِي حَالَةِ الْكِبَرِ لِفَسَادِ اخْتِصَّ بِهِ مَحَلُّ الْعَقْلِ وَالصَّحِيحُ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ عَامَّةُ الْمَشَايِخِ ؛ لِأَنَّ ضَعْفَ الدِّمَاغِ لَا يُوجِبُ الْجُنُونَ بَلْ يُوجِدُ فِيهِ مِنَ الْعَقْلِ بِقَدَرِهِ ، وَلِهَذَا يَطْهَرُ آثَارُ الْعَقْلِ فِي الصَّغَرِ ثُمَّ يَزْدَادُ ذَلِكَ بَزِيَادَةِ قُوَّتِهِ فَكَانَ الْجُنُونُ ثَابِتًا لِفَسَادِ فِيهِ .

أَتَقَانِي .

قوله : وَعَاوَدَهُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْكِبَرِ يَرُدُّهُ

أَيَّ بِخِلَافِ الْإِبَاقِ وَنَظَائِرُهُ فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ حَقُّ الْمَعَاوَدَةِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي بَلْ إِذَا أَثْبَتَ أَنَّهُ كَانَ بِهِ جُنُونٌ عِنْدَ الْبَائِعِ يَرُدُّهُ

قوله : ؛ لِأَنَّهُ غَبَنَ ذَلِكَ الْاَوَّلُ

أَيَّ ؛ لِأَنَّ الْجُنُونَ لَا يَكُونُ إِلَّا لِفَسَادِ فِي مَحَلِّ الْعَقْلِ وَهُوَ الدِّمَاغُ فَفِي أَيِّ وَقْتٍ ظَهَرَ فَهُوَ بِذَلِكَ السَّبَبِ .

أَتَقَانِي .

قَالَ (وَالْبَحْرُ وَالْدَفْرُ وَالزَّنا وَوَلَدُهُ فِي الْحَارِيَةِ) يَعْنِي هَذِهِ الْأَرْبَعَةُ تَكُونُ عَيِّبًا فِي الْحَارِيَةِ دُونَ الْعُلَامِ ؛ لِأَنَّهُ يُخِلُّ بِالْمَقْصُودِ مِنْهَا وَهُوَ الْإِفْتِرَاشُ وَطَلَبُ الْوَلَدِ لَا فِي الْعُلَامِ ؛ لِأَنَّ الْمَطْلُوبَ مِنْهُ الِاسْتِخْدَامُ وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ لَا تُخِلُّ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَخْدِمُهُ مِنْ بَعْدُ وَكَوْنُهُ أَذْفَرُ أَوْ أَبْخَرُ أَوْ زَانِيًا أَوْ وَلَدَ زَنًا لَا يَمْنَعُهُ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَاحِشًا بِحَيْثُ يَمْنَعُ الْقُرْبَ مِنَ الْمَوْلَى أَوْ يَكُونُ الزَّنا عَادَةً لَهُ ؛ لِأَنَّ الْفَاحِشَ مِنَ الْبَحْرِ وَالْدَفْرِ يَكُونُ مِنْ دَاءٍ وَهُوَ عَيْبٌ وَاتِّبَاعُ النِّسَاءِ يَشْغُلُهُ عَنِ الْخِدْمَةِ وَذَلِكَ بِأَنْ يَتَكَرَّرَ مِنْهُ الزَّنا أَكْثَرَ مِنْ مَرَّتَيْنِ وَالْعُيُوبُ كُلُّهَا لَا بَدَّ لَهَا مِنَ الْمُعَاوَدَةِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي حَتَّى يَرُدَّ إِلَّا الزَّنا فِي الْحَارِيَةِ فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِي الْأَمْثَالِ لَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِالْعَةِ وَقَدْ كَانَتْ زَنْتَ عِنْدَ الْبَائِعِ فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّهَا ، وَإِنْ لَمْ تَزِنْ عِنْدَهُ لِلْحَوَقِ الْعَارِ بِالْأَوْلَادِ وَفِي نَوَادِرِ بَشَرٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَجُلٌ اشْتَرَى جَارِيَةً فَأَبْقَتْ عِنْدَهُ ثُمَّ وَجَدَهَا وَاسْتَحَقَّهَا مُسْتَحَقٌّ بَيِّنَةٌ فَعَيْبُ الْإِبَاقِ لَزَامَ لَهَا أَبَدًا وَهَذَا نَصٌّ عَلَى أَنَّ الْإِبَاقَ أَيْضًا لَا يَشْتَرِطُ مُعَاوَدَتُهُ فَعَلَى هَذَا يَرْجِعُ الْمُسْتَحَقُّ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يُعَاوِدْهَا عِنْدَهُ ، وَكَذَا مَنْ اشْتَرَى مِنْهُ يَرُدُّهَا عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ مُعَاوَدَةٍ عِنْدَهُ وَالْأَوَّلُ هُوَ الظَّاهِرُ وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَهُ .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ الزَّنا فِي الْعُلَامِ عَيْبٌ كَالسَّرْقَةِ قُلْنَا لَا تَنْقُصُ قِيمَتُهُ بِالزَّنا وَلَا يُعَدُّ عَيِّبًا عَادَةً إِلَّا إِذَا كَثُرَ مِنْهُ بِخِلَافِ السَّرْقَةِ فَإِنَّ الْمَوْلَى يَشْتُرُ عَلَيْهِ حِفْظَ مَالِهِ عَنْهُ ، وَكَذَا حَدُّهُ أَعْظَمُ وَهُوَ قَطْعُ الْيَدِ مِنْ حَدِّ الزَّنا وَهُوَ الْجَلْدُ قَالَ (وَالْكَفْرُ) يَعْنِي فِي الْعُلَامِ وَالْحَارِيَةِ هُوَ عَيْبٌ ؛ لِأَنَّ طَبَعَ الْمُسْلِمِ يَنْفَرُ عَنْ صُحْبَتِهِ لِلْعُدَاوَةِ الدِّينِيَّةِ وَلَا يَجُوزُ إِعْتَاقُهُ عَنْ كَفَّارَةِ الْقَتْلِ فَتَخْتَلُ الرِّغْبَةُ فِيهِ وَلَوْ اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ كَافِرٌ فَوَجَدَهُ مُسْلِمًا لَا يَرُدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ زَالَ الْعَيْبُ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يَرُدُّهُ لِقَوَاتِ الْوَصْفِ الْمَرْغُوبِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ اسْتِعْبَادَ الْكَافِرِ وَإِذْلَالَهُ مَطْلُوبُ الْمُسْلِمِ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْتَاهُ قَالَ (وَعَدَمُ الْحَيْضِ وَالِاسْتِحَاضَةِ) ؛ لِأَنَّ ارْتِفَاعَهُ وَاسْتِمْرَارَ الدَّمِ أَمَارَةٌ الدَّاءِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْحَيْضَ مُرَكَّبٌ فِي بَنَاتِ آدَمَ فَإِذَا لَمْ تَحْضَ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَدَاءٌ فِيهَا وَذَلِكَ الدَّاءُ هُوَ الْعَيْبُ ، وَكَذَا الِاسْتِحَاضَةُ لَدَاءٌ فِيهَا وَلَا يُسْمَعُ دَعْوَاهُ بِأَنَّهُ ارْتَفَعَ إِلَّا إِذَا ذَكَرَ سَبَبَهُ وَهُوَ الدَّاءُ أَوْ الْحَبْلُ فَمَا لَمْ يَذْكُرْ أَحَدَهُمَا لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ وَيُعْتَبَرُ فِي الِارْتِفَاعِ أَقْصَى غَايَةِ الْبُلُوغِ وَهُوَ سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُعْرَفُ ذَلِكَ بِقَوْلِ الْأَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِفُهُ غَيْرُهَا وَيُسْتَحْلَفُ الْبَائِعُ مَعَ ذَلِكَ إِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ فَتَرُدُّ بِكُؤُولِهِ ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ فَكَذَلِكَ فِي الصَّحِيحِ .

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَرُدُّ بِلَا يَمِينِ الْبَائِعِ لِضَعْفِ الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ حَتَّى يَمْلِكَ الْمُشْتَرِي الرَّدَّ بِلَا قَضَاءٍ وَلَا رِضًا وَصَحَّ الْفَسْخُ لِلْعَقْدِ الضَّعِيفِ بِحُجَّةٍ ضَعِيفَةٍ ، قَالُوا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْأَمَةِ فِيهِ ذِكْرُهُ فِي الْكَافِي وَلَوْ ادَّعَى انْقِطَاعَهُ فِي مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ وَفِي الْمَدِيدَةِ تُسْمَعُ وَأَقْلَاهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَأَرْبَعَةٌ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرٍ أَنَّهَا سِتَّتَانِ وَحُمْلَةٌ الْأَمْرِ فِيهِ أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى انْقِطَاعَهُ وَأَحْسَنَ دَعْوَاهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا سَأَلَ الْقَاضِي الْبَائِعَ فَإِنْ أَقَرَّ بِمَا

ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي رَدَّهَا عَلَى الْبَائِعِ ، وَإِنْ أَنْكَرَ قِيَامَ الْعَيْبِ لِلْحَالِ وَهُوَ النِّاقِطُ لَا يَحْلِفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا يَجِيءُ بَيِّنًا ، وَإِنْ أَقَرَّ بِقِيَامِهِ فِي الْحَالِ وَأَنْكَرَ أَنَّهُ كَانَ عِنْدَهُ يَحْلِفُ فَإِنْ حَلَفَ بَرِيءٌ ، وَإِنْ نَكَلَ رُدَّ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَقَامَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ عَلَى أَنَّ النِّاقِطَ كَانَ لِلْبَائِعِ قَالَ فِي الْكَافِي لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَعْرِفُونَ انْقِطَاعَهُ فَتَقِينُ الْقَاضِي بِكَذِبِهِمْ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا شَهِدَا أَنَّهَا مُسْتَحَاضَةٌ ؛ لِأَنَّ الِاسْتِحَاضَةَ دُرُورُ الدَّمِ فَيَطْلُعُ عَلَيْهِ وَذَكَرَ فِي النَّهَائَةِ مَعْرِيًّا إِلَى فِتَاوَى الْفَضْلِ أَنَّ الْمَرْجِعَ فِي الْحَبْلِ إِلَى قَوْلِ النِّسَاءِ وَفِي الدَّاءِ إِلَى قَوْلِ الْأَطْبَاءِ وَاشْتَرِطَ لِبُثُوتِ الْعَيْبِ فِيهَا قَوْلَ عَدْلَيْنِ مِنْهُمْ ، وَقَالَ ، بِخِلَافِ مَا لَمْ يَطْلُعْ عَلَيْهِ الرَّجَالُ حَيْثُ يُثْبِتُ بِقَوْلِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ ثُمَّ ذَكَرَ بَعْدَهُ مِثْلَ مَا ذَكَرَ فِي الْكَافِي وَعَزَّاهُ إِلَى الْفَوَائِدِ الظَّاهِرِيَّةِ ثُمَّ إِذَا ثَبَتَ الْعَيْبُ بِقَوْلِ الْمَرْأَةِ يَحْلِفُ الْبَائِعُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي لَا يَرُدُّ بِعَيْبٍ حَادِثٍ عِنْدَهُ ، وَإِنَّمَا يَرُدُّهُ بِعَيْبٍ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ فَلَا بَدَّ مِنَ الْيَمِينِ .

الشرح

قوله في المتن : والبخر والدفر

البخر رائحة متغيرة من الفم وكل رائحة ساطعة فهي بخر مأخوذ من بخار القدر أو بخار الدخان وهذا البخور الذي يتبخر به من ذلك كذا في الجمهرة والدفر تن ریح الابط قال في الجمهرة الدفر التن رجل أدفر وامرأة دفرأ ويقال للمرأة يا دفار معدول وقد شمت دفر الشيء ودفره يسكون الفاء وفتحها ، وأما الدفر بالدال المعجمة فهو حدة من طيب أو تن وربما حص به الطيب فليل مسك أدفر كذا في الجمهرة .

أثقاني قال الكمال قيل : الرواية هنا والسماح بالدال غير المعجمة

قوله : دون الغلام

فإن قيل لو وحده سارقاً كان له أن يرده والمعنى في ذلك أنه لا يؤتمن على الخزانة والأموال فإذا كان زانياً لم لا يكون عيباً ؛ لأنه لا يؤتمن على الجوارى والخدم قيل إذا كن مستورات يمكنهن حفظ أنفسهن وإذا شغل المولى بالعمل ربما لا يتفرغ لذلك الأمر فلذلك المعنى لا يكون عيباً قاله الأثقاني نقلاً عن الفقيه أبي الليث (فرغ) النكاح عيب في الرجل والمرأة جميعاً وعلل محمد في الأصل بقوله ؛ لأن فرج الجارية عليه حرام إذا كان له زوج ولأن العبد يلزم بنفقة المرأة قال في الفتاوى الصغرى وعدة الجارية عن طلاق رجعي عيب وعن البائن لا إذا اشترى جارية قد ولدت عند البائع لا من البائع أو عند آخر ولم يعلم المشتري بذلك وقت العقد هل له أن يرده فيه روايتان على رواية كتاب البيوع لا يرده إذا لم يكن بسبب الولادة نقصان ظاهر وعلى رواية المضاربة يرده ؛ لأن على تلك الرواية الولادة عيب لازم ؛ لأن التكسر الذي يحصل بسبب الولادة لا يزول أبداً وعليه الفتوى نفس الولادة عيب في بني آدم وفي البهائم لا .

أثقاني .

(فرغ) والعسر عيب وهو الذي يعمل بشماله ولا يعمل بيمينه قاله الأثقاني نقلاً عن الأجناس

قوله في المتن : والكفر

قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة فيمن اشترى عبداً فإذا هو يهودي أو نصراني أو مجوسي أو اشترى أمة فوجدها كذلك قال كل هذا عيب يرده منه وهذا ؛ لأن المسلم قلما يرغب في صحبة الكافر وينفر عنه فكان الكفر سبباً لنقصان الثمن لفتور الرغبة فكان عيباً ولأنه لا يجوز صرف الكافر إلى كفارة القتل بالإجماع ولا يجوز صرفه إلى كفارة اليمين عند بعض الناس فاحتلفت الرغبة .

أثقاني .

قوله : يرُدُّه لفوات الوصف المرغوب فيه

أَيُّ لَأَنَّ الْأَوَّلَى بِالْمُسْلِمِ أَنْ يَسْتَعِيدَ الْكَافِرَ وَكَانَ السَّلَفُ الصَّالِحُ يَسْتَعِيدُونَ الْعُلُوجَ ، وَالْجَوَابُ أَنَّ هَذَا أَمْرٌ رَاجِعٌ إِلَى الدِّيَانَةِ وَلَا عِبْرَةَ بِهِ فِي الْمَعَامَلَاتِ .

أَتَقَانِي .

قوله : ويعرف ذلك بقول الأمة

قَالَ الْإِمَامُ الْعَتَابِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَغَيْرُهُ إِنَّمَا يُعْرِفُ ذَلِكَ عِنْدَ الْمُنَازَعَةِ بِقَوْلِ الْأَمَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ غَيْرَهَا وَيَحْلِفُ الْمَوْلَى مَعَ ذَلِكَ بِاللَّهِ لَقَدْ سَلَّمَهَا بِحُكْمِ الْبَيْعِ وَمَا بِهَا هَذَا الْعَيْبُ وَإِنْ نَكَلَ تُرَدُّ بِنُكُولِهِ هَذَا إِذَا كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ يُحْلِفُهُ بِاللَّهِ مَا بِهَا هَذَا الْعَيْبُ الَّذِي يَدَّعِيهِ الْمُشْتَرِي فِي الْحَالِ وَهَذَا عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ فِي مَسْأَلَةِ الْبَكَارَةِ إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً عَلَى أَنَّهَا بَكْرٌ فَقَالَ الْمُشْتَرِي : لَيْسَتْ بِبَكْرٍ ، وَقَالَ الْبَائِعُ : هِيَ بَكْرٌ فِي الْحَالِ فَإِنَّ الْقَاضِيَ يُرِيهَا النِّسَاءَ فَإِنْ قُلْنَ هِيَ بَكْرٌ لَزِمَ الْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِ يَمِينِ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُنَّ تَأْيِيدٌ وَمُؤَيِّدٌ وَهُوَ أَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْبَكَارَةُ ، وَإِنْ قُلْنَا : هِيَ تَيْبٌ ثَبَتَ حَقُّ الْفَسْخِ لِلْمُشْتَرِي بِشَهَادَتِهِنَّ ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُنَّ ضَعِيفَةٌ وَحَقُّ الْفَسْخِ حَقٌّ قَوِيٌّ وَبَشَهَادَتِهِنَّ يَثْبُتُ لِلْمُشْتَرِي حَقُّ الْخُصُومَةِ فِي تَوْجِيهِ الْيَمِينِ عَلَى الْبَائِعِ فَيَحْلِفُ الْبَائِعُ بِاللَّهِ لَقَدْ سَلَّمَهَا بِحُكْمِ الْبَيْعِ وَهِيَ بَكْرٌ إِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ بِاللَّهِ أَنَّهَا بَكْرٌ وَرَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا تُرَدُّ عَلَى الْبَائِعِ بِشَهَادَتِهِنَّ مِنْ غَيْرِ يَمِينِ الْبَائِعِ فَكَذَلِكَ هُنَّ تُرَدُّ مِنْ غَيْرِ يَمِينِ الْبَائِعِ ، وَقَالَ فِي الْفَتَاوَى الصُّغْرَى إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَجَدَهَا لَا تَحِيضُ لَا تُسْمَعُ مِنْهُ الْخُصُومَةُ مَا لَمْ يَدَّعِ ارْتِفَاعَ الْحَيْضِ بِسَبَبِ الدَّاءِ أَوْ الْحَبْلِ فَإِنْ ادَّعَى بِسَبَبِ الْحَمْلِ يُرِيهَا النِّسَاءَ فَإِنْ قُلْنَ هِيَ حَبْلَى يُحْلِفُ الْبَائِعُ أَنَّ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ وَإِنْ قُلْنَ لَيْسَتْ بِحَبْلَى لَا يَمِينُ عَلَى الْبَائِعِ وَإِنْ ادَّعَى الْمُشْتَرِي ارْتِفَاعَ الْحَيْضِ بِسَبَبِ الدَّاءِ لَمْ يَكُنْ بِمَحْشِيٍّ

قوله : قالوا في ظاهر الرواية لا يقبل قول الأمة فيه

فِي الْهِدَايَةِ وَيُعْرِفُ ذَلِكَ بِقَوْلِ الْأَمَّةِ فَتُرَدُّ إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ نُكُولُ الْبَائِعِ

قوله : وفي المديدة تسمع

وَأَقْلَاهَا ثَلَاثَةٌ أَشْهُرٌ قَالَ الْأَتَقَانِيُّ قَالَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ وَالْمُسْتَحَاضَةُ وَالَّتِي يَرْتَفِعُ حَيْضُهَا زَمَانًا فَهَذَا كُلُّهُ عَيْبٌ وَفَسَّرَ فِي التُّحْفَةِ أَدْنَى ذَلِكَ الزَّمَانِ بِشَهْرَيْنِ قَوْلُهُ : وَأَحْسَنَ دَعْوَاهُ (أَيُّ بَأْنٍ ذَكَرَ سَبَبَهُ وَهُوَ الدَّاءُ أَوْ الْحَبْلُ) .

قَالَ (وَالسُّعَالُ الْقَدِيمُ) ؛ لِأَنَّ دَوَامَهُ يَدُلُّ عَلَى الدَّاءِ وَتُنْتَقَصُ بِسَبَبِهِ فِيمَتُهُ قَالَ (وَالذِّينُ) لِأَنَّ مَالِيَّتَهُ يَكُونُ مَشْغُولًا بِهِ وَيُقَدَّمُ الْغُرْمَاءُ عَلَى الْمَوْلَى قَالَ (وَالشُّعْرُ وَالْمَاءُ فِي الْعَيْنِ) ؛ لِأَنَّهُمَا يُضْعِفَانِ الْبَصَرَ وَيُورِثَانِ الْعَمَى قَالَ (فَلَوْ حَدَّثَ آخَرُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي رَجَعَ بِنُقْصَانِهِ أَوْ رُدُّ بِرِضَا بَائِعِهِ) أَيُّ لَوْ حَدَّثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي عَيْبٌ وَأُطْلِعَ عَلَى عَيْبٍ كَانَ فِيهِ عِنْدَ الْبَائِعِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِالنُّقْصَانِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ إِلَّا بِرِضَا الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ بِالرَّدِّ إِضْرَارًا بِالْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ سَالِمًا عَنِ الْعَيْبِ الثَّانِي وَلَا بُدَّ مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُمَا فَتَعَيَّنَ الرُّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ بِأَخْذِهِ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالتَّزَامِ الضَّرَرِ فَيُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي حِينَئِذٍ إِنْ شَاءَ رَدُّهُ ، وَإِنْ شَاءَ رَضِيَ بِهِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ لِنُقْصَانٍ بَعْدَمَا رَضِيَ الْبَائِعُ بِهِ لِزَوَالِ الْمَوْجِبِ لِذَلِكَ وَهُوَ امْتِنَاعُهُ مِنْ أَخْذِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا خَاطَ الثُّوبَ فَمِصًّا ثُمَّ أُطْلِعَ عَلَى عَيْبٍ حَيْثُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ

بِالنَّقْصَانِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ التَّوْبَ ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الرَّدِّ هُنَاكَ لِحَقِّ الشَّرْعِ كَيْ لَا يُلْزَمَ الرَّبَا فَلَا يَقْدِرُ عَلَى إِسْقَاطِهِ وَهَذَا امْتِنَاعٌ لِحَقِّ الْبَائِعِ فَيَسْقُطُ بِإِسْقَاطِهِ .

وَلَا يُقَالُ إِنَّ الْاَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ فَكَيْفَ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالنَّقْصَانِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ إِذَا صَارَتْ مَقْصُودَةٌ يُقَابِلُهَا وَتَصِيرُ مَقْصُودَةٌ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ إِمَّا بِالْإِلْتِلافِ حَقِيقَةً كَمَا إِذَا قَطَعَ الْبَائِعُ يَدَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ مِنَ الثَّمَنِ بِقَدَرِهِ وَهُوَ النَّصْفُ ، وَأَمَّا بِالْمَنْعِ حُكْمًا كَمَا إِذَا امْتِنَعَ الرَّدُّ لِحَقِّهِ أَوْ لِحَقِّ الشَّرْعِ بِأَنْ نَقْصَ أَوْ زَادَ ؛ لِأَنَّ الْجُزْءَ الْفَائِتَ صَارَ حَقًّا لِلْمُشْتَرِي بِالْعَقْدِ وَوَجِبَ عَلَيْهِ تَسْلِيمُهُ فَإِذَا عَجَزَ صَارَ مَانِعًا لِذَلِكَ الْجُزْءِ حُكْمًا فَيَرُدُّ عَلَيْهِ الْمَبِيعُ إِنْ أَمَكْنَ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالنَّقْصَانِ لِانْدِفَاعِ الضَّرَرِ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ رَجَعُ عَلَيْهِ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ فَصَارَ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ لِكَوْنِهِ مَقْصُودًا بِالْمَنْعِ حُكْمًا فَاعْتَبِرَ الْحُكْمُ لِلضَّرُورَةِ عِنْدَ تَعَذُّرِ دَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُ بَعِيْرَهُ وَطَرِيقُ مَعْرِفَتِهِ أَنْ يَقُومَ وَبِهِ هَذَا الْعَيْبُ ثُمَّ يَقُومُ وَهُوَ سَالِمٌ فَإِذَا عُرِفَ التَّفَاوُتُ بَيْنَ الْقِيَمَتَيْنِ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ حَتَّى إِذَا كَانَ عُشْرُ الْقِيَمَةِ مَثَلًا رَجَعُ عَلَيْهِ بِعُشْرِ الثَّمَنِ ، وَإِنْ كَانَ ثُلَاثًا فَثُلَاثُهُ ، وَقَالَ مَالِكٌ يَرُدُّ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ وَيَرُدُّ مَعَهُ نَقْصَانِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّ رَدَّ الْبَدَلِ عِنْدَ تَعَذُّرِ رَدِّ الْمُبْدَلِ كَرَدِّهِ فَصَارَ رَادًّا لِكُلِّ الْمَبِيعِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِكُلِّ الثَّمَنِ ، وَلَنَا أَنَّ حَقَّ الرَّدِّ ثَبَتَ لِلْمُشْتَرِي لِیَنْدَفِعَ بِهِ الضَّرَرُ عَنْ نَفْسِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ الْبَائِعُ وَبَعْدَمَا تَعَيَّبَ عِنْدَهُ لَوْ رَدَّ لَتَضَرَّرَ بِهِ الْبَائِعُ ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ سَلِيمًا عَنْ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عَنْهُ وَيَعُودُ إِلَيْهِ مَعِيًّا بِهِ فَلَا يُلْزَمُهُ وَضَرَرُ الْمُشْتَرِي أَمَكْنَ دَفْعُهُ بِالرُّجُوعِ عَلَيْهِ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ فَلَا يُصَارُ إِلَيْهِ أَصْلًا .

ثُمَّ لَوْ رَضِيَ الْبَائِعُ بِأَخْذِ الْمَبِيعِ بَعِيْرِهِ فَقَدْ التَزَمَ بِالضَّرَرِ بِاخْتِيَارِهِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْمُشْتَرِي كَمَا لَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي بِشَيْءٍ عَلَى الْبَائِعِ إِذَا رَضِيَ بِأَخْذِ الْمَعِيبِ وَلَا يُقَالُ مُرَاعَاةُ حَقِّ الْمُشْتَرِي أَوَّلَى عِنْدَ تَعَارُضِ الْحَقَّيْنِ لِمَا أَنَّ الْبَائِعَ دَلَسَ عَلَيْهِ وَصَارَ مَعْرُورًا مِنْ جِهَتِهِ فَيَرْجَحُ مُرَاعَاةُ حَقِّهِ لِدَلَالَتِهِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ ذَلِكَ مَعْصِيَّةٌ مِنْهُ وَالْمَعْصِيَّةُ لَا تُبَاقِي عِصْمَةَ مَالِ الْعَاصِي ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ غَضِبَ تَوْبًا فَخَاطَهُ أَوْ صَبَّغَهُ لَا تَسْقُطُ عِصْمَةُ صُنْعِهِ .

الشرح

قوله : مشغولة به

الذي بخط الشارح مشغولاً به

قوله : إنا أن يرضى البائع بأخذه

أَيُّ بِالْعَيْبِ الْحَادِثِ فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّا إِنَّمَا قُلْنَا بِتَعَذُّرِ الرَّدِّ لِحَقِّ الْبَائِعِ فَلَمَّا رَضِيَ أَسْقَطَ حَقَّهُ ، بخلاف ما إذا كَانَ الْمَبِيعُ عَصِيْرًا فَتَحَمَّرَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ فِي الْعَصِيرِ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ حَيْثُ لَا يَكُونُ لِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَ الْخَمْرَ وَيَرُدَّ الثَّمَنَ وَإِنْ وَجَدَ مِنْهُ الرِّضَا بِالْأَخْذِ ؛ لِأَنَّ الْاِمْتِنَاعَ ثَمَّةٌ لِحَقِّ الشَّرْعِ لِمَا فِيهِ مِنْ تَمْلِيكِ الْخَمْرِ وَتَمْلِكُهَا فَلَا يَقَعُ بِتَرَاضِي الْمُتَعَاقِدَيْنِ كَمَا لَوْ تَرَاضَيَا عَلَى بَيْعِ الْخَمْرِ وَلَكِنْ يَأْخُذُ الْمُشْتَرِي نَقْصَانَ الْعَصِيرِ .

أَتَقَانِي .

قوله : فلما يُصارُ إليه أصلاً

هَكَذَا هُوَ بِخَطِّ الشَّارِحِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَوَجْهُهُ أَنْ يُقَالَ فَلَمَّا يُصَارُ إِلَيْهِ أَيْ إِلَى الرَّدِّ بِعَيْبٍ قَدِمَ مَعَ حُدُوثِ عَيْبٍ آخَرَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَفِي عِبَارَةِ الْكَافِي وَغَيْرِهِ فَيُصَارُ إِلَيْهِ بِدُونِ قَوْلِهِ أَصْلًا وَهِيَ ظَاهِرَةٌ الْمُرَادُ أَيْ فَيُصَارُ إِلَى الرَّجُوعِ عَلَيْهِ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ اهـ
 قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا رَجَعَ بِالْعَيْبِ) ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ عَيْبٌ حَادِثٌ وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّهُ يَمْنَعُ الرَّدَّ وَيُوجِبُ الرَّجُوعَ بِالنَّقْصَانِ بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى بَعِيرًا وَنَحْوَهُ فَوَجَدَ مَعَهُ فَاسِدًا حَيْثُ لَا يَرْجِعُ بِالنَّقْصَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَالْفَرْقُ لَهُ أَنَّ التَّحَرُّ إِفْسَادٌ لِلْمَالِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بِهِ غُرْضَةٌ لِلتَّنِيبِ وَالْفَسَادِ ، وَلِهَذَا لَا يُقَطَّعُ السَّارِقُ بِسَرَقَتِهِ فَاحْتَلَّ قِيَامُ مَالِيَّتِهِ بِفِعْلِهِ فَصَارَ كَالْإِلْفِ كَمَا إِذَا كَانَ عَبْدًا أَوْ طَعَامًا فَقَتَلَهُ أَوْ أَكَلَهُ قَالَ (وَإِنْ قَبِلَ الْبَائِعُ كَذَلِكَ لَهُ ذَلِكَ) لِأَنَّ الْامْتِنَاعَ لِحَقِّهِ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْامْتِنَاعُ لَزِيَادَةٍ فِيهِ حَيْثُ لَا يَكُونُ لَهُ أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّ الْامْتِنَاعَ لِحَقِّ الشَّرْعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا قَالَ (وَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ) لِأَنَّهُ صَارَ حَابِسًا لَهُ بِالْبَيْعِ إِذَا الرَّدُّ غَيْرُ مُمْتَنِعٍ بِالْقَطْعِ بِرِضَا الْبَائِعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا فَكَانَ مُفَوَّتًا لِلرَّدِّ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَاطَهُ ثُمَّ بَاعَهُ حَيْثُ لَا يَبْطُلُ الرَّجُوعُ بِالنَّقْصَانِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ حَابِسًا لَهُ بِالْبَيْعِ لِامْتِنَاعِ الرَّدِّ قَبْلَهُ بِالْخِيَاطَةِ مِنْ غَيْرِ عِلْمٍ بِالْعَيْبِ وَيَنْعُهُ بَعْدَ امْتِنَاعِ الرَّدِّ لَا تَأْتِيهِ لَهُ .

قَالَ (فَلَوْ قَطَعَهُ أَوْ خَاطَهُ أَوْ صَبَعَهُ أَوْ لَتَّ السَّوِيقَ بِسَمْنٍ فَاطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ رَجَعَ بِنَقْصَانِهِ كَمَا لَوْ بَاعَهُ بَعْدَ رُؤْيَا الْعَيْبِ) يَعْنِي لَوْ بَاعَهُ فِي هَذِهِ الصُّورِ ، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ بِالنَّقْصَانِ لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ إِذَا الْفَسْخُ فِي الْأَصْلِ بِدُونِ الزِّيَادَةِ لَا يُمَكِّنُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَنْفَكُ عَنْهُ وَمَعَ الزِّيَادَةِ أَيْضًا لَا يُمَكِّنُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَرِدْ عَلَيْهَا فَكَذَا الْفَسْخُ إِذَا هُوَ لَا يَرُدُّ إِلَّا عَلَى عَيْنٍ مَا وَرَدَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ وَإِلَّا لَمَّا كَانَ فَسْخًا وَلَوْ أَخَذَهُ لَكَانَ رَبًّا أَيْضًا عَلَى مَا بَيَّنَّا فَإِذَا امْتَنَعَ الرَّدُّ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ لَا تَأْتِيهِ لِلْبَيْعِ لِلْامْتِنَاعِ قَبْلَهَا فَلَا يَصِيرُ بِهِ حَابِسًا بِخِلَافِ الْقَطْعِ مِنْ غَيْرِ خِيَاطَةٍ عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا زَادَ الْمَبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً كَالسَّمْنِ وَالْجَمَالِ حَيْثُ لَا يَمْنَعُ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ وَيَصِيرُ بِالْبَيْعِ بَعْدَهَا حَابِسًا لَهُ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ فِي مَثَلِهَا تَبِعَ لِكُونِهَا وَصَفًا لَهُ فَلَا يَمْنَعُ الْفَسْخُ ، فَحَاصِلُهُ أَنَّ الزِّيَادَةَ نَوْعَانِ مُتَّصِلَةٌ وَمُنْفَصِلَةٌ ، فَالْمُتَّصِلَةُ ضَرْبَانِ مُتَوَلِّدَةٌ مِنَ الْأَصْلِ كَالْجَمَالِ وَغَيْرُ مُتَوَلِّدَةٍ مِنْهُ كَالصَّبْغِ وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُمَا وَالْمُنْفَصِلَةُ أَيْضًا نَوْعَانِ مُتَوَلِّدَةٌ مِنَ الْمَبِيعِ كَالْوَلَدِ وَالنَّمْرِ وَاللَّبَنِ وَنَحْوِ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يَمْنَعُ الرَّدَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى الْفَسْخِ فِيهَا مَقْصُودًا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَرِدْ عَلَيْهَا وَلَا تَبَعًا لِانْفِصَالِهَا وَلَا إِلَى الْفَسْخِ فِي الْأَصْلِ وَحْدَهُ بِدُونِ الزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرَّبِّ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا رَدَّ الْمَبِيعَ وَأَخَذَ الثَّمَنَ تَبَقَّى الزِّيَادَةُ فِي مِلْكِهِ بِلَا عَوْضٍ ، وَالنَّوْعُ الثَّانِي مِنْ هَذَا النَّوْعِ زِيَادَةٌ غَيْرُ مُتَوَلِّدَةٍ مِنَ الْأَصْلِ كَالْكَسْبِ فَإِنَّهُ لَا يَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ وَالْفَسْخِ .

فَإِذَا فُسِخَ يُسَلَّمُ لِلْمُشْتَرِي مَجَانًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَبِيعٍ بِحَالٍ مَا ؛ لِأَنَّهُ مُتَوَلِّدٌ مِنَ الْمَنَافِعِ وَالْمَنَافِعُ لَيْسَتْ بِجُزْءٍ لِلْعَيْنِ ، وَلِهَذَا لَا يَتَّبِعُ الْكَسْبُ الْكَاسِبَ فِي الْحُرِّيَّةِ وَالْكِتَابَةِ وَالتَّذْيِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ حَتَّى لَا تَكُونَ أَكْسَابُهُمْ مِثْلُهُمْ وَلَا يَلْزَمُ مِنْ حُصُولِهَا لِلْمُشْتَرِي مَجَانًا أَنْ يَكُونَ رَبًّا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِجُزْءٍ لِلْمَبِيعِ فَلَمْ يَمْلِكْهُ بِالثَّمَنِ ، وَإِنَّمَا مَلِكُهُ بِالضَّمَانِ وَبِمِثْلِهِ يَطِيبُ الرَّبْحُ لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { قَضَى أَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ } رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَابْنُ خَرِيفٍ وَغَيْرُهُمَا وَفِي رِوَايَةٍ أَنَّ { رَجُلًا ابْتَنَعَ غُلَامًا فَاسْتَعْلَهُ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَارَدَّهُ بِالْعَيْبِ فَقَالَ الْبَائِعُ غَلَّةُ عَبْدِي فَقَالَ أَلَيْسَ قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْغَلَّةُ بِالضَّمَانِ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُدَ وَابْنُ مَاجَةَ فَإِذَا تَبَيَّنَ هَذَا فَقُولُ : إِنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ يَكُونُ الْمَبِيعُ قَائِمًا فِيهِ عَلَى مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَيُمْكِنُهُ الرَّدُّ بِرِضَا الْبَائِعِ فَاخْرَاجُهُ عَنْ مِلْكِهِ يَمْنَعُ الرَّجُوعَ بِالنَّقْصَانِ لِكُونِهِ مُفَوَّتًا لَهُ وَكُلُّ مَوْضِعٍ يَكُونُ الْمَبِيعُ قَائِمًا فِيهِ وَلَا يُمَكِّنُهُ الرَّدُّ ، وَإِنْ رَضِيَ بِهِ الْبَائِعُ فَاخْرَاجُهُ عَنْ مِلْكِهِ لَا يَمْنَعُ الرَّجُوعَ بِنَقْصَانِ الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ مُفَوَّتًا بِالْإِخْرَاجِ بَلْ كَانَ مُمْتَنِعًا قَبْلَهُ .

وَلِهَذَا قُلْنَا : إِنَّ مَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ لِبَاسًا لَوْلَدِهِ الصَّغِيرِ وَخَاطَهُ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا لَا يَرْجِعُ بِنَقْصَانِ الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُمْلَكًا لَهُ بِالْقَطْعِ قَبْلَ الْخِيَاطَةِ فِي وَقْتِ لَا يَمْتَنِعُ الرَّدُّ وَلَوْ كَانَ الْوَلَدُ كَبِيرًا رَجَعَ بِالْعَيْبِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ مُلْكًا لَهُ إِلَّا بِقَبْضِهِ إِذَا لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ فَحَصَلَتْ الْخِيَاطَةُ مِنْ غَيْرِ عِلْمٍ بِالْعَيْبِ فِي مِلْكِ الْأَبِ فَامْتَنَعَ الرَّدُّ بِهِ ثُمَّ حَصَلَ التَّمْلِيكُ بَعْدَ ذَلِكَ بِالتَّسْلِيمِ فَلَا يَمْنَعُ الرَّجُوعَ بِالنَّقْصَانِ قَالَ (أَوْ مَاتَ الْعَبْدُ أَوْ أَعْتَقَهُ) أَيْ الْخِيَاطَةُ وَنَحْوُهَا لَا تَمْنَعُ الرَّجُوعَ بِنَقْصَانِ الْعَيْبِ كَمَا لَا يَمْنَعُ الْبَيْعُ بَعْدَ الزِّيَادَةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَكَمَا لَا يَمْنَعُ مَوْتَ الْعَبْدِ وَإِعْتَاقَهُ

أَمَّا الْمَوْتُ فَإِنَّمَا لَا يَمْنَعُ فَلَأَنَّ الْمَلِكَ يَنْتَهِي بِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِي مَحَلِّ الْحَيَاةِ ثَبَتَ بِاعْتِبَارِهَا فَيَنْتَهِي بِانْتِهَائِهَا وَامْتِنَاعُ رَدِّهِ عَلَى الْبَائِعِ حُكْمِي لَا بِفِعْلٍ مِنَ الْمُشْتَرِي فَلَا يَمْنَعُ الرَّجُوعَ بِالنَّقْصَانِ ،

وَأَمَّا الْإِعْتِاقُ فَالْمُرَادُ بِهِ إِعْتِاقٌ وَجَدَ مِنْهُ قَبْلَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِهِ فَلَا يَرْجِعُ بِالنَّقْصَانِ ؛ لِأَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى الْإِعْتِاقِ يَدُلُّ عَلَى رِضَاهُ بِهِ وَالْقِيَاسُ فِيهِ أَنَّ لَا يَرْجِعُ بِالنَّقْصَانِ ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الرَّدِّ بِفِعْلِهِ فَصَارَ كَالْقَتْلِ وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْإِعْتِاقَ إِنْهَاءً لِلْمَلِكِ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِي الْآدَمِيِّ يَثْبُتُ عَلَى مُنَافَاةِ الدَّلِيلِ إِلَى غَايَةِ الْعِنَقِ وَالشَّيْءُ يَنْتَهِي بِمُضِيِّ مُدَّتِهِ وَالْمُنْتَهَى مُتَقَرَّرٌ فِي نَفْسِهِ فَيَجْعَلُ كَانَ الْمَلِكُ فِيهِ بَاقٍ فَتَعَدَّرَ رَدُّهُ .

وَلِهَذَا ثَبَتَ الْوَلَاءُ لَهُ بِالْعِنَقِ وَهُوَ مِنْ آثَارِ الْمَلِكِ بِقَاوُذِهِ كِبَقَاءِ الْمَلِكِ وَالتَّذْيِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ كَالْإِعْتِاقِ لَتَعَدَّرَ الرَّدُّ فِيهِمَا بِالْأَمْرِ الْحُكْمِيِّ مَعَ بَقَاءِ الْمَلِكِ حَقِيقَةً وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَلَى مَا لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ حَبَسَ بِذَلِكَ وَهُوَ كَحَبْسِ الْمُبْدَلِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْهَاءً لِلْمَلِكِ ، وَإِنْ كَانَ يَعْوِضُ وَلِأَنَّ الْعَوِضَ وَالْمُعَوِضَ مِلْكُهُ فَكَانَ كَالْعِنَقِ بِلَا عَوِضٍ وَالْكِتَابَةُ مِثْلُ الْإِعْتِاقِ عَلَى مَا لِحُصُولِ الْعَوِضِ فِيهَا كَالْبَيْعِ ، وَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ يَنْبَغِي أَنْ يَرُدَّهُ بِالْعَيْبِ لِزَوَالِ الْمَانِعِ وَهَذَا كَمَا قُلْنَا إِذَا أَبَقَ الْعَبْدُ الْمَبِيعُ ثُمَّ أُطْلِعَ عَلَى عَيْبٍ لَا يَرْجِعُ بِالنَّقْصَانِ ؛ لِأَنَّ الرَّجُوعَ خَلْفَ عَنْ الرَّدِّ فَلَا يُصَارُ إِلَى الْخَلْفِ مَا دَامَ حَيًّا ؛ لِأَنَّ رُجُوعَهُ مَوْهُومٌ فَيَمْكُنُ رَدُّهُ فَإِذَا رَجَعَ رَدَّهُ لِزَوَالِ الْمَانِعِ وَلَوْ اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ ثُمَّ أُطْلِعَ عَلَى عَيْبٍ لَا يَرُدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ تَكَاتَبَ عَلَيْهِ فَلَا يَتِمَّكُنُ مِنْ إِخْرَاجِهِ عَنْ مِلْكِهِ وَلَا يَرْجِعُ بِالنَّقْصَانِ ؛ لِأَنَّهُ خَلْفَ عَنْ الرَّدِّ وَلَمْ يَقَعْ الْبَيْسُ

عَنْهُ بِخِلَافِ التَّذْيِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ وَلَوْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ يَرُدُّهُ مَوْلَاهُ وَيَتَوَلَّاهُ الْعَبْدُ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي اشْتَرَاهُ فَكَانَ حُقُوقُهُ إِلَيْهِ كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا ثُمَّ عَجَزَ وَأُطْلِعَ الْمَوْلَى عَلَى الْعَبْدِ عَيْبًا فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ وَيَتَوَلَّاهُ الْمُكَاتَبُ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْعَاقِدُ قَالَ (فَإِنْ أَعْتَقَهُ عَلَى مَا لَمْ يَرُدَّهُ أَوْ قَتَلَهُ أَوْ كَانَ طَعَامًا فَأَكَلَهُ أَوْ بَعْضُهُ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ) أَمَّا الْعِنَقُ عَلَى مَا لَمْ يَرُدَّهُ ، وَأَمَّا الْقَتْلُ فَلَأَنَّ الرَّدَّ امْتِنَاعٌ بِفِعْلِهِ وَهُوَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ .

وَإِنَّمَا سَقَطَ الضَّمَانُ عَنْهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ مَلِكُهُ فَصَارَ مُتَنَفِعًا بِهَذَا الْمَلِكِ مِنْ حَيْثُ دَفَعَ الضَّمَانَ عَنْ نَفْسِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ سَلَّمَ إِلَيْهِ الضَّمَانَ مَعْنَى ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَلِكًا لَهُ لَوْجَبَ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِالنَّقْصَانِ ؛ لِأَنَّ قَتْلَ الْمَوْلَى عَبْدَهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ دُنْيَوِيٌّ فَصَارَ كَالْمَوْتِ حَتْفٌ أَنْفُهُ فَيَكُونُ إِنْهَاءً لِلْمَلِكِ وَجَوَابُهُ مَا ذَكَرْنَا وَهَذَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَبَغَ الثَّوبَ أَوْ فَعَلَ فِيهِ نَحْوَهُ حَيْثُ يَرْجِعُ بِالنَّقْصَانِ مَعَ امْتِنَاعِ الرَّدِّ بِفِعْلِهِ ؛ لِأَنَّ هُنَاكَ امْتِنَاعَ الرَّدِّ بِسَبَبِ زِيَادَةِ الْمَبِيعِ لِحَقِّ الشَّرْعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَالْعَيْنُ قَائِمٌ عَلَى حَالِهِ وَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ عَنْهُ عَوِضٌ فَلَمْ يُوجَدْ مَا يَمْنَعُ الرَّجُوعَ فَصَارَ نَظِيرُ الْإِسْتِيلَادِ وَالتَّذْيِيرِ وَالْإِعْتِاقِ ، وَأَمَّا أَكْلُ الطَّعَامِ فَالْمَذْكُورُ هُنَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالْقِيَاسُ أَنَّ يَرْجِعُ بِالنَّقْصَانِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ فِي الْمَبِيعِ مَا يَقْصِدُ بِشِرَائِهِ وَيُعْتَادُ فِعْلُهُ فِيهِ فَاشْتَبَهَ الْإِعْتِاقَ وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الرَّدَّ قَدْ تَعَدَّرَ بِفِعْلٍ مَضْمُونٍ مِنْهُ ، وَإِنَّمَا سَقَطَ الضَّمَانُ عَنْهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ مَلِكُهُ فَصَارَ كَالْإِحْرَاقِ بِالنَّارِ وَقَتْلِ الْعَبْدِ وَكَوْنِهِ مَقْصُودًا لَا تَأْثِيرَ لَهُ فِيهِ .

أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَبِيعَ مَقْصُودٌ بِالشَّرَاءِ وَمَعَ ذَلِكَ يُمْنَعُ مِنْهُ وَالْأَصْلُ فِي جِنْسِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ أَنَّ الرَّدَّ مَتَى امْتِنَاعَ بِفِعْلٍ مَضْمُونٍ مِنَ الْمُشْتَرِي كَالْقَتْلِ وَالتَّمْلِيكِ مِنْ غَيْرِهِ امْتِنَاعَ الرَّجُوعِ بِالنَّقْصَانِ وَمَتَى امْتِنَاعَ لَا مِنْ جِهَتِهِ أَوْ مِنْ جِهَتِهِ بِفِعْلٍ غَيْرِ مَضْمُونٍ كَالْهَلَاكِ بِآفَةٍ سَمَآوِيَّةٍ أَوْ انْتَقَصَ أَوْ زَادَ زِيَادَةً مَانِعَةً مِنَ الرَّدِّ أَوْ الْإِعْتِاقِ أَوْ تَوَابِعِهِ كَالْتَّذْيِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ لَا يَمْنَعُ مِنَ الرَّجُوعِ بِالنَّقْصَانِ ، وَإِنْ أَكَلَ بَعْضَ الطَّعَامِ فَكَذَا الْجَوَابُ عَنْهُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الْبَاقِي وَلَا أَنْ يَرْجِعَ بِنَقْصَانِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَشَّىءٍ وَاحِدٍ فَلَا يَرُدُّ بَعْضُهُ دُونَ بَعْضٍ كَمَا إِذَا بَاعَ الْبَعْضَ وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ بِنَقْصَانِ الْعَيْبِ فِي الْكُلِّ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّ الطَّعَامَ كَالشَّيْءِ الْوَاحِدِ فَيَتَعَيَّبُ بِالتَّبْعِيضِ وَأَكْلُ الْكُلِّ لَا يَمْنَعُ الرَّجُوعَ فَالْبَعْضُ أَوْلَى وَعِنْدَهُمَا أَنَّهُ يَرُدُّ الْبَاقِي وَيَرْجِعُ بِنَقْصَانِ مَا أَكَلَ ؛ لِأَنَّ التَّبْعِيضَ لَا يَضُرُّهُ ، وَإِنْ بَاعَ بَعْضَهُ ثُمَّ أُطْلِعَ عَلَى عَيْبٍ لَا يَرْجِعُ بِالنَّقْصَانِ لَا فِي الْمُزَالِ عَنْ مِلْكِهِ وَلَا فِي الْبَاقِي ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الرَّدِّ بِفِعْلِهِ وَهُوَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ وَعِنْدَ زُفَرٍ يَرْجِعُ بِنَقْصَانِ الْبَاقِي .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ : حَيْثُ لَا يَكُونُ لَهُ أَخْذُهُ (قَالَ الْأَثْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ إِنَّهُمَا لَوْ تَرَاضَيَا عَلَى الرَّدِّ فَالْقَاضِي لَا يَقْضِي بِالرَّدِّ

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ : وَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي لَمْ يَرْجِعْ

أَيُّ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ أَوْ قَبْلَهُ .

غَايَةٌ .

قَوْلُهُ : حَيْثُ لَا يَبْطُلُ الرُّجُوعُ بِالنَّقْصَانِ

أَيُّ سِوَاءَ عِلْمٍ بِالْعَيْبِ يَوْمَ الْبَيْعِ أَوْ بَعْدَهُ .

أَثْقَانِيٌّ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ حَيْثُ لَا يَبْطُلُ بِالنَّقْصَانِ مَا نَصَّهُ ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الرَّدِّ لَيْسَ لِحَقِّ الْبَائِعِ بَلْ لِحَقِّ الشَّرْعِ لِحُصُولِ الزِّيَادَةِ فِيهِ بِالْخِيَاطَةِ فَكَانَ الرَّدُّ مُمْتَنِعًا قَبْلَ الْبَيْعِ بِالْخِيَاطَةِ لَا بِالْبَيْعِ .

أَثْقَانِيٌّ وَكَتَبَ أَيْضًا مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَثْقَانِيُّ وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيمَا لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ حَنْطَةً فَطَحَنَهَا أَوْ كَانَ لَحْمًا فَشَوَاهُ أَوْ كَانَ دَفِيقًا فَخَبَزَهُ ثُمَّ بَاعَهُ يَرْجِعُ بِالنَّقْصَانِ الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ لَيْسَ بِحَاسِبٍ لِلْمَبِيعِ بَلْ امْتَنَعَ الرَّدُّ قَبْلَ الْبَيْعِ لِحَقِّ الشَّرْعِ

قَوْلُهُ فِي هَذِهِ الصُّورِ

يَعْنِي لَوْ قَطَعَهُ وَخَلَطَهُ ثُمَّ بَاعَهُ بَعْدَ رُؤْيَةِ الْعَيْبِ أَوْ صَبَّغَهُ ثُمَّ بَاعَهُ بَعْدَ رُؤْيَةِ الْعَيْبِ أَوْ لَتَّ السَّوِيقَ بِسَمْنٍ ثُمَّ بَاعَهُ بَعْدَ رُؤْيَةِ الْعَيْبِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِالنَّقْصَانِ فِي هَذِهِ الصُّورِ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ فِي هَذِهِ الصُّورِ مَا نَصَّهُ أَيُّ بَعْدَ رُؤْيَةِ الْعَيْبِ

قَوْلُهُ : حَيْثُ لَا يُمْنَعُ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

أَيُّ إِذَا رَضِيَ مَنْ لَهُ الْحَقُّ فِي الزِّيَادَةِ فَإِذَا أَبَى الْمُشْتَرِي الرَّدَّ وَأَرَادَ الرُّجُوعَ بِالنَّقْصَانِ ، وَقَالَ الْبَائِعُ لَا أُعْطِيكَ نُقْصَانَ الْعَيْبِ وَلَكِنْ رَدِّ عَلَى الْمَبِيعِ حَتَّى أَرُدَّ عَلَيْكَ جَمِيعَ الثَّمَنِ قَالَ ح س لَيْسَ لِلْبَائِعِ ذَلِكَ ، وَقَالَ م لَهُ ذَلِكَ

قَوْلُهُ : فَحَاصِلُهُ أَنَّ الزِّيَادَةَ نَوْعَانِ مُتَّصِلَةٌ بِالنَّخْ

الزِّيَادَةُ

الْمُتَّصِلَةُ الْمُتَوَلِّدَةُ مِنَ الْأَصْلِ لَا تَمْنَعُ الْفَسْخَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلْأَصْلِ .
غَايَةٌ وَعِمَادِيَّةٌ .

قَوْلُهُ : وَلِهَذَا قُلْنَا

أَيُّ لِأَجْلِ مَا قُلْنَا وَهُوَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إِذَا كَانَ حَاسِبًا لِلْمَبِيعِ لَا يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ قُلْنَا إلخ

قَوْلُهُ : لِأَنَّ امْتِنَاعَ الرَّدِّ بِفِعْلِهِ فَصَارَ كَالْقَتْلِ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ ، وَأَمَّا الْإِعْتَاقُ بِمَا مَالٍ فَالْقِيَاسُ أَنَّ لَا يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ ذَكَرَهُ قَاضِي خَانَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ أَيْضًا كَذَا نُقِلَ
قَوْلُهُ فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ ؛ لِأَنَّهُ حَبَسُ الْمَبِيعِ بِفِعْلِهِ فَصَارَ كَالْإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ وَكَالْقَتْلِ .

قَوْلُهُ : لِأَنَّ ذَلِكَ الْمَلِكَ فِي الْآدَمِيِّ يَثْبُتُ عَلَى مُنَافَاةِ الدَّلِيلِ

أَيُّ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَمْ يُخْلَقْ لِلْمَلِكِ ، وَإِنَّمَا وَقَعَ الْمَلِكُ فِيهِ بِعَارِضِ الْكُفْرِ أَعْنِي أَنَّهُ وَقَعَ جَزَاءً لِلْكُفْرِ الْأَصْلِيِّ

قَوْلُهُ : فَيُجْعَلُ كَانَ الْمَلِكُ فِيهِ بَاقٍ

بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ قَاطِعٌ لِلْمَلِكِ الْبَاقِ إِلَى غَيْرِهِ لَا مِنْهُ لِلْمَلِكِ فِي الْعَبْدِ وَبِهَذَا مَلَكَهُ الْمُشْتَرِي

قَوْلُهُ : لِتَعَدُّ الرَّدِّ فِيهِمَا بِالْأَمْرِ الْحُكْمِيِّ

أَعْنِي الرَّدَّ امْتَنَعَ بِتَعَلُّمِ الشَّرْعِ لَا بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي

قَوْلُهُ : وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَرْجِعُ

؛ لِأَنَّهُ إِهْلَاءٌ لِلْمَلِكِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ

قَوْلُهُ : وَالْكِتَابَةُ مِثْلُ الْإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ

أَيُّ وَفِيهِ خِلَافُ أَبِي يُوسُفَ أَيْضًا

قَوْلُهُ : إِذَا أَبَقَ الْعَبْدُ الْمَبِيعُ

ثُمَّ أُطْلِعَ عَلَى عَيْبٍ لَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ رَوَاهُ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ أَبِي مَالِكٍ أَنَّهُ يَرْجِعُ لِلْحَالِ .

قوله : وجوابه ما ذكرنا

وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ قَتْلَ الْمَوْلَى لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ مِنْ أَحْكَامِ الدُّنْيَا ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَجِبُ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ لَوْ كَانَ خَطَأً .

أَثَقَانِي .

قوله : والقياس أن يرجع بالنقصان وهو قولهما

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَأَخَذَ الطَّحَاوِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ بِقَوْلِهِمَا ، وَكَذَا الْخَلَّافُ فِيمَا إِذَا اشْتَرَى ثَوْبًا فَلَبِسَهُ فَتَمَزَّقَ ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ عِنْدَ الْبَائِعِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ خِلَافًا لَهُمَا وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ لَوْ أَتْلَفَ الطَّعَامُ أَوْ الثَّوْبُ بِسَبَبٍ آخَرَ لَيْسَ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ كَذَا فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَجْهٌ قَوْلُهُمَا أَنَّ الْأَكْلَ تَصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ يُقْصَدُ الْمَبِيعُ لِأَجَلِهِ ، وَكَذَا اللَّبْسُ تَصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ يُقْصَدُ الْمَبِيعُ لِأَجَلِهِ فَلَا يُعَدُّ إِثْلَافًا ؛ لِأَنَّهُ اسْتِعْمَالُ الْعَيْنِ لِمَا طُلِبَ فِيهِ لِأَصْلِ التَّخْلِيْقِ فَيَقَعُ الْهَلَاكُ عَلَى مِلْكِهِ وَلَا يَكُونُ كَالزَّائِلِ فَلَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِالنُّقْصَانِ كَالِإِعْتَاقِ بِخِلَافِ الْقَتْلِ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا مَا نَصَّهُ قَالَ فِي خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى وَالْفَتَوَى عَلَى قَوْلِهِمَا .

أَثَقَانِي .

قوله : وإثما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه

فَصَارَ كَالْمُسْتَفِيدِ عَوَضًا .

أَثَقَانِي .

قوله : والتملك من غيره امتنع

أَيَّ وَلَمْ يَمْتَنِعِ الرَّدُّ قَبْلَ التَّمْلِكِ

قوله : أو زاد زيادة مانعة من الرد أو الاعتناق

مِثَالُ الْمَانِعِ مِنْ جِهَتِهِ بِفِعْلِ غَيْرِ مَضْمُونِ قَوْلِهِ : فَكَذَا الْجَوَابُ عِنْدَهُ (أَيَّ لَا يَرْجِعُ عِنْدَهُ كَمَا لَوْ أَكَلَهُ كُلُّهُ .

قوله : لأنه كشئ واحد فلا يرد بفضه

أَيَّ كَالْعَبْدِ الْوَاحِدِ تَعَدَّرَ الرَّدُّ فِي بَعْضِهِ بِمَعْنَى مِنْ قَبْلِهِ مُبْطِلُ الْحَقِّ فِي الْكُلِّ .

أَتَقَانِي وَعِنْدَ زُفَرٍ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْبَاقِي إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ الْبَاقِي بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ .

غَايَةٌ .

قَالَ (وَلَوْ اشْتَرَى بَيْضًا أَوْ قِثَاءً أَوْ جَوْزًا وَوَجَدَهُ فَاسِدًا يُنْتَفَعُ بِهِ رَجَعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ) ؛ لِأَنَّ الْكَسْرَ عَيْبٌ حَادِثٌ إِلَّا إِذَا رَضِيَ بِهِ الْبَائِعُ ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا كُسِرَ مِنْهُ مِقْدَارُ مَا لَا بُدَّ مِنْهُ لِلْعَلَمِ بِالْعَيْبِ يَرُدُّهُ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ سَلَطَهُ عَلَيْهِ فَكَأَنَّهُ فَعَلَهُ بِنَفْسِهِ قُلْنَا : رَضِيَ بِكَسْرِهِ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي لَا فِي مِلْكِ نَفْسِهِ فَيَجِبُ رِعَايَةُ حَقِّهِمَا بِالرُّجُوعِ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ عَلَى مَا يَبَيِّنُ مِنْ قَبْلِ فَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ وَلَوْ عَلِمَ بِصِفَتِهِ قَبْلَ الْكَسْرِ رَدَّهُ لِإِمْكَانِهِ قَالَ (وَإِلَّا بِكُلِّ الثَّمَنِ) أَيُّ إِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ رَجَعَ بِكُلِّ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فَكَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا قَالُوا هَذَا يَسْتَقِيمُ فِي الْبَيْضِ ؛ لِأَنَّهُ لَا قِيمَةَ لِقَشْرِهِ ، وَكَذَا فِي الْجَوْزِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِقَشْرِهِ قِيمَةٌ ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ لِقَشْرِهِ قِيمَةٌ بَأَن كَانَ فِي مَوْضِعٍ يُوقَدُ فِيهِ قَشْرُهُ كَمَا فِي مَوَاضِعِ الرَّجَاجِينَ فَقِيلَ يَرْجِعُ بِحِصَّةِ اللَّبِّ وَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِي الْقَشْرِ بِحِصَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ فَصَارَ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ وَقِيلَ يَرُدُّ الْقَشْرُ وَيَرْجِعُ بِكُلِّ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ مَالِيَةَ الْجَوْزِ بِاعْتِبَارِ اللَّبِّ دُونَ الْقَشْرِ .

فَإِذَا لَمْ يَنْتَفِعْ بِلَبِّهِ فَاتَ مَحَلُّ الْبَيْعِ فَكَانَ بَاطِلًا ، وَإِنْ كَانَ لِقَشْرِهِ قِيمَةٌ هَذَا إِذَا ذَاقَهُ فَتَرَكَهُ فَإِنْ تَنَاوَلَ مِنْهُ شَيْئًا بَعْدَ ذَاقِهِ فَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ بِهِ أَكْلًا لِلْبَعْضِ وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ عَلَى الْخِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَا فِي الطَّعَامِ هَذَا إِذَا كَسَرَهُ مِنْ غَيْرِ عِلْمٍ بِهِ وَلَوْ كَسَرَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِهِ لَا يَرُدُّهُ وَلَا يَرْجِعُ بِالثَّقَصَانِ ؛ لِأَنَّ كَسْرَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِهِ دَلِيلُ الرِّضَا وَقَالُوا هَذَا إِذَا وَجَدَهُ خَاوِيًا ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ قَلِيلٌ لُبِّ شَيْءٍ يَأْكُلُهُ بَعْضُ الْفُقَرَاءِ أَوْ يَصْلُحُ لِلْعَلْفِ فَهُوَ مِنْ قَبْلِ الْعَيْبِ وَحُكْمُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ وَقَالُوا فِي بَيْضِ النَّعَامَةِ إِذَا وَجَدَهُ فَاسِدًا بَعْدَ الْكَسْرِ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّ مَالِيَّتَهُ بِاعْتِبَارِ الْقَشْرِ بِخِلَافِ غَيْرِهِ مِمَّا ذَكَرْنَا ، وَإِنْ وَجَدَ الْبَعْضُ فَاسِدًا وَهُوَ قَلِيلٌ جَازَ الْبَيْعُ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو عَنْ الْقَلِيلِ مِنَ الْفَاسِدِ عَادَةً فَلَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ وَذَلِكَ مِثْلُ الْوَاحِدِ أَوْ الْإِثْنَيْنِ مِنْ كُلِّ مَائَةٍ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ الْبَائِعَ بِسَبَبِهِ ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ اخْتَلَفُوا فِيهِ فَقِيلَ بَاطِلٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ بِحِصَّةِ الصَّحِيحِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ فَصَّلَ ثَمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَنْقَسِمُ ثَمَنُهُ عَلَى أَجْزَائِهِ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ لَا عَلَى قِيمَتِهِ وَقَبْلَ الْعَقْدِ لَا يَجُوزُ عِنْدَ الْكُلِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَفْصَلْ الثَّمَنُ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لِمَا عُرِفَ مِنْ قَوَاعِدِهِمْ .

الشرح

قوله : إِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ

أَيُّ كَالْقَرْعِ الْمَرِّ وَالْبَيْضِ الْمَدْرِ .

فَتْحٌ .

قوله : وَقِيلَ يَرُدُّ الْقَشْرُ وَيَرْجِعُ بِكُلِّ الثَّمَنِ

هُوَ اخْتِيَارُ صَاحِبِ الْهِدَايَةِ

قوله : هذا إذا كسرَه من غير علم به

لَا يَظْهَرُ وَجْهُ هَذَا التَّفْصِيلِ بَعْدَمَا قُرِّرَ أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ وَالَّذِي يَظْهَرُ أَنَّ التَّفْصِيلَ فِيمَا إِذَا وَجَدَهُ مَعِيًّا يَنْتَفِعُ بِهِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَذْكَرَ هُنَاكَ قَارِئُ الْهِدَايَةِ .

قوله : ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو عَنْ الْقَلِيلِ مِنَ الْفَاسِدِ

أَيُّ فَصَارَ كَقَلِيلِ التُّرَابِ فِي الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ فَلَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ أَصْلًا وَفِي الْقِيَاسِ يَفْسُدُ وَهُوَ ظَاهِرٌ .

فَتَحُّ

قوله : فَقِيلَ بَاطِلٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

أَيُّ كَمَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ .

قَالَ (وَلَوْ بَاعَ الْمُسِيحُ فَرَدَّ عَلَيْهِ بَعِيْبٌ بِقَضَاءٍ يَرُدُّهُ عَلَى بَائِعِهِ وَلَوْ بِرِضَا لَّا) أَيُّ لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا ثُمَّ بَاعَهُ فَرَدَّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ إِنْ كَانَ رَدُّ عَلَيْهِ بِقَضَاءٍ ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ بِالْقَضَاءِ فَنَسَخَ فِي حَقِّ الْكُلِّ فَيَكُونُ كَأَنَّهُ لَمْ يَبِعْهُ ، وَإِنْ كَانَ الرَّدُّ بِالتَّرَاضِي مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ الْقَاضِي لَا يَرُدُّهُ عَلَى بَائِعِهِ وَقِيلَ فِي عَيْبٍ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ كَالْأَصْبَحِ الرَّائِدَةِ يَرُدُّهُ لِلتَّبَيُّنِ بِهِ عِنْدَ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَرُدُّ عَلَيْهِ فِي الْكُلِّ ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ بِالتَّرَاضِي يَبْعُ جَدِيدٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا إِذْ لَا وَلَايَةَ لَهُمَا عَلَى غَيْرِهِمَا بِخِلَافِ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ لَهُ وَلَايَةَ عَامَّةً فَيَنْفُذُ قَضَاؤُهُ عَلَى الْكُلِّ وَهَذَا إِذَا كَانَ الرَّدُّ بَعْدَ الْقَبْضِ ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ ، وَإِنْ كَانَ بِالتَّرَاضِي فِي غَيْرِ الْعَقَارِ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْمُسِيحِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ فَلَا يُمْكِنُ جَعْلُهُ بَيْعًا جَدِيدًا فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا فَجَعَلَ فَنَسَخًا فِي حَقِّ الْكُلِّ عَلَى مَا تُبَيِّنُهُ فِي الْإِقَالَةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَفِي الْعَقَارِ اخْتِلَافُ الْمَشَايِخِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ .

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَبْعُ جَدِيدٌ فِي حَقِّ الْبَائِعِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْعَقَارَ يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ عِنْدَهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ بَعْدَ مَا بَاعَهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ فَنَسَخَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ عِنْدَهُ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَبْعُ فِي حَقِّ الْكُلِّ عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ مَذْهَبِهِ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ قَضَاءُ الْقَاضِي بَيِّنَةً أَوْ بِإِفْرَارٍ أَوْ بِنُكُولٍ ؛ لِأَنَّ قَضَاءَهُ فَنَسَخَ فِي الْكُلِّ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا يَرُدُّ عَلَى بَائِعِهِ إِنْ رَدَّ عَلَيْهِ بَيِّنَةً ؛ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ قِيَامَ الْعَيْبِ بِهِ فَيَكُونُ إِفْرَارًا مِنْهُ عَلَى أَنَّهُ سَلِيمٌ قُلْنَا قَدْ

صَارَ مُكَذِّبًا شَرْعًا فَبَطَلَ إِفْرَارُهُ ، وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَرُدُّهُ عَلَى بَائِعِهِ إِذَا كَانَ الْقَضَاءُ بِإِفْرَارٍ أَوْ نُكُولٍ ؛ لِأَنَّ إِفْرَارَهُ لَا يُقْبَلُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ فَلَا يَكُونُ حُجَّةً عَلَى بَائِعِهِ فَلَا يَصِيرُ فَنَسَخًا فِي حَقِّهِ كَالْفَسْخِ بِالتَّرَاضِي وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ مُضْطَرَّ إِلَى الْقَضَاءِ مِنْ جِهَتِهِ فَانْتَقَلَ الْفَعْلُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْمُكْرِهِ مَنْسُوبٌ إِلَى الْمُكْرِهِ قُلْنَا لَا يَنْتَقِلُ فِعْلُ الْمُكْرِهِ إِلَى الْمُكْرِهِ إِلَّا فِيمَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ كَمَا فِي الْقَتْلِ فَإِنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَأْخُذَهُ وَيَضْرِبُهُ ، وَأَمَّا فِيمَا لَا يَصْلُحُ فَلَا يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ كَمَا فِي الْإِكْرَاهِ عَلَى الطَّلَاقِ وَالْعَنَاقِ ؛ لِأَنَّهُ يُوقِعُهُمَا بِكَلَامِهِ وَالْمُكْرَهُ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ آلَةً لَهُ فِيهِ إِذْ لَا يَقْدِرُ أَنْ يَتَكَلَّمَ بِلِسَانِ غَيْرِهِ وَالْقَاضِي لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ آلَةً لَهُ فَلَا يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ فَإِنْ قِيلَ لِمَا بَاشَرَ سَبَبَ الْفَسْخِ وَهُوَ النُّكُولُ أَوْ الْإِفْرَارُ بِالْعَيْبِ كَانَ رَاضِيًا بِحُكْمِ السَّبَبِ فَلَا يَلْزَمُ بَائِعُهُ قُلْنَا الْمَسْأَلَةُ مَفْرُوضَةٌ فِيمَا إِذَا أَقْرَّ بِالْعَيْبِ وَأَبَى الْقَبُولَ فَرَدَّهُ عَلَيْهِ الْقَاضِي جَبْرًا . وَالْفَسْخُ لَا يُثْبِتُ بِإِفْرَارِهِ وَلَا بِنُكُولِهِ بَلْ بِقَضَاءِ الْقَاضِي فَيَنْفُذُ قَضَاؤُهُ فِي حَقِّ الْكَافَةِ فَكَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا فَسَخَ الْعَقْدَ بَيْنَهُمَا عَادَ إِلَيْهِ قَدِيمُ مِلْكِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يُخْرِجْهُ عَنْ مِلْكِهِ وَهَذَا بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إِذَا رَدَّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ بِقَضَاءِ الْقَاضِي حَيْثُ يَكُونُ رَادًّا عَلَى

الْمُوكَّلِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ فِيهِ وَاحِدٌ وَقَدْ فُسِّخَ وَالْمَوْجُودُ هُنَا بَيْعَانِ فَيَفْسُخُ أَحَدُهُمَا لَا يَنْفَسُخُ الْآخَرُ فَإِذَا عَادَ قَدِمَ مِلْكُهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ لِظُهُورِ الْفَسْخِ فِي حَقِّ الْكَافَّةِ عَلَى مَا بَيْنَنَا وَلَا يُقَالُ لَوْ كَانَ الْقَضَاءُ فُسْخًا فِي حَقِّ الْكَافَّةِ لَبَطَلَ حَقُّ الشَّفِيعِ بِهِ فِي الشُّفْعَةِ وَلَكَانَ لِأَيِّ الْبَائِعِ أَنْ يَدَّعِيَ وَلَدَ الْمَبِيعَةِ الْمَوْلُودَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ الْفَسْخِ أَوْ بَعْدَهُ فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ جَارِيَةً حُبْلَى وَلَبَطَلَتْ الْحَوَالَةُ بِنَمْنِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي لَارْتِفَاعِ الْعَقْدِ مِنَ الْأَصْلِ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَبِعْ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ حُكْمُ الْفَسْخِ يَظْهَرُ فِيمَا يُسْتَقْبَلُ لَا فِيمَا مَضَى وَهَذِهِ الْأَحْكَامُ وَهِيَ ثُبُوتُ حَقِّ الشُّفْعَةِ وَسُقُوطُ دَعْوَى الْأَبِ وَبَرَاءَةُ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ كَانَتْ ثَابِتَةً قَبْلَ الْفَسْخِ بِالْبَيْعِ أَوْ بِالْحَوَالَةِ فَلَا تَسْقُطُ بِالْفَسْخِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْوَاهِبَ إِذَا رَجَعَ فِي الْهَبَةِ كَانَ فُسْخًا فِي حَقِّ مَا يُسْتَقْبَلُ مِنَ الْأَحْكَامِ لَا فِي حَقِّ مَا مَضَى حَتَّى لَا يَجِبَ عَلَى الْوَاهِبِ زَكَاةُ مَا مَضَى مِنَ السَّنِينَ ، وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ قَوْلُ الْقَائِلِ بِأَنَّ الرَّدَّ بِالْقَضَاءِ فُسْخٌ لِلْعَقْدِ وَجَعَلَ لَهُ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مُتَنَاقِضٌ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ إِذَا جُعِلَ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ جُعِلَ الْفَسْخُ أَيْضًا كَانَ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّ فُسْخَ الْعَقْدِ بَدُونِ الْعَقْدِ لَا يَكُونُ فَإِذَا انْعَدَمَ الْعَقْدُ مِنَ الْأَصْلِ انْعَدَمَ الْفَسْخُ مِنَ الْأَصْلِ فَإِذَا انْعَدَمَ الْفَسْخُ عَادَ الْعَقْدُ لَانْعِدَامِ مَا يُنَافِيهِ فَيَتِمَّ كُنْ فِي هَذِهِ الدَّعْوَى دَوْرٌ وَتَنَاقُضٌ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ وَلَكِنْ يُقَالُ يُجْعَلُ الْعَقْدُ كَانَ لَمْ يَكُنْ فِي حَقِّ الْمُسْتَقْبَلِ دُونَ الْمَاضِي .

الشرح

قوله : له أن يردده على بائعه

قَالَ الْكَمَالُ يَعْنِي لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ الْأَوَّلَ وَيَفْعَلَ مَا يُحِبُّ مَعَهُ إِلَى أَنْ يَرُدَّهُ عَلَيْهِ وَقِيْدَهُ فِي الْمَبْسُوطِ بِمَا إِذَا ادَّعَى الْمُشْتَرِي الثَّانِي الْعَيْبَ عِنْدَ الْبَائِعِ الْأَوَّلِ أَمَّا إِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْعَيْبَ كَانَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ لَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْجَمْعِ ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ فِي إِقْرَارِ الْأَصْلِ فَقَالَ لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ أَنْ يُخَاصِمَ مَعَ بَائِعِهِ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلَ لَمْ يَصِرْ مُكْذِبًا فِيمَا أَقَرَّ بِهِ وَلَمْ يُوْجَدْ هُنَا قَضَاءٌ عَلَى خِلَافٍ مَا أَقَرَّ بِهِ فَبَقِيَ إِقْرَارُهُ بِكَوْنِ الْجَارِيَةِ سَلِيمَةً فَلَا يَثْبُتُ لَهُ وَلَايَةُ الرَّدِّ .

فَتَحُ الْقَدِيرِ .

قوله : لا يردده على بائعه

أَيَّ وَإِنْ ثَبَتَ أَنَّ الْعَيْبَ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ الْأَوَّلِ .

وَلَوْلَا الْجِي

قوله : لأن الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما

أَيَّ وَالْبَائِعِ الْأَوَّلِ ثَلَاثُهُمَا كَانَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ اشْتَرَاهُ الثَّانِي وَلَوْ اشْتَرَاهُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ مِنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى الْأَوَّلِ فَلَا خُصُومَةَ فَكَذَا هَذَا ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ عَلَى الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ فِي الدَّارِ شُفْعَةٌ فَأَسْقَطَ الشَّفِيعُ حَقَّهُ فِيمَا بَاعَهُ ثُمَّ رَدَّ بِعَيْبٍ بِالتَّرَاضِي تَجَدَّدَ لِلشَّفِيعِ حَقُّ الشُّفْعَةِ كَأَنَّ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلَ اشْتَرَى ثَانِيًا مَا بَاعَ فَلَا يَجُوزُ لَهُ حَقُّ الْخُصُومَةِ فِي الرَّدِّ وَلَا فِي الرُّجُوعِ بِالتَّقْصَانِ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يَرُدُّ إِذَا قَبِلَهُ بِلَا قَضَاءٍ ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ عِنْدَهُ يَرْفَعُ الْعَقْدَ مِنْ أَصْلِهِ نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ فَلَمْ يَتَفَاوَتْ الرَّدُّ بِالرَّضَا وَالْقَضَاءِ .

فَتَحُّ

قَوْلُهُ : وَهَذَا إِذَا كَانَ الرَّدُّ

أَيُّ بِالْعَيْبِ مِنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي

قَوْلُهُ : بَعْدَ الْقَبْضِ

أَيُّ بَعْدَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي

الثَّانِي الْمَبْعُ .

قَوْلُهُ : وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ فَلَهُ

أَيُّ لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ .

قَوْلُهُ : وَإِنْ كَانَ بِالتَّرَاضِي

أَيُّ كَمَا لَوْ بَاعَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ لِلْمُشْتَرِي الثَّانِي بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَهُ أَوْ يَبْعَا فِيهِ خِيَارٌ رُؤْيَةً فَإِنَّهُ إِذَا فُسِّخَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي بِحُكْمِ الْخِيَارِ كَانَ لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ أَنْ يَرُدَّهُ مُطْلَقًا وَعَلِمْتُ أَنَّ الْفَسْخَ بِالْخِيَارَيْنِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَضَاءِ .

كَمَالٌ .

(فَرَعٌ) قَالَ الْأَنْقَانِيُّ ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا بَاعَ الْمَبْعُ ثُمَّ رُدَّ عَلَيْهِ بَعِيبٌ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الْقَبْضِ كَانَ لَهُ حَقُّ الرَّدِّ عَلَى بَائِعِهِ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا لَمْ يَبْعَ سِوَاءَ كَانَ بِقَضَاءٍ أَوْ بغيرِ قَضَاءٍ ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ قَبْلَ الْقَبْضِ فُسْخٌ مِنَ الْأَصْلِ فِي حَقِّ الْكُلِّ فَصَارَ ذَلِكَ الرَّدُّ بِمَنْزِلَةِ الرَّدِّ بِخِيَارِ الشَّرْطِ أَوْ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ ، أَمَّا إِذَا قَبِضَهُ الْمُشْتَرِي الثَّانِي ثُمَّ رُدَّ عَلَى الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ بَعِيبٌ فَعَلَى وَجْهَيْنِ فَإِنْ قَبِضَهُ بِقَضَاءٍ قَاضٍ فَلَهُ الرَّدُّ عَلَى بَائِعِهِ وَإِنْ قَبِضَهُ بِغيرِ قَضَاءٍ قَاضٍ فَلَيْسَ لَهُ الرَّدُّ وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَبِلَ بغيرِ قَضَاءٍ الْقَاضِي كَانَ ذَلِكَ رَدًّا بِاصْطِلَاحِهِمَا وَتَرَضِيهِمَا فَكَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ عَقْدٍ مُسْتَأْنَفٍ وَإِذَا قَبِضَهُ بِالْقَضَاءِ بِأَحَدِ الْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِالتُّكُولِ أَوْ بِالْإِقْرَارِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ عَلَى الْبَائِعِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ الثَّانِي انْفُسَخَ بِفُسْخِ الْقَاضِي فَصَارَ كَأَنَّ الْبَيْعَ الثَّانِي لَمْ يُوْجَدْ أَصْلًا وَلَكِنَّ الْبَيْعَ الْأَوَّلَ قَائِمٌ لَمْ يَنْفَسَخْ بِفُسْخِ الثَّانِي فَيَمْلِكُ الْخُصُومَةُ

قَوْلُهُ : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ قَضَاءُ الْقَاضِي بَيِّنَةً أَوْ بِإِقْرَارِ

وَمَعْنَى الْقَضَاءِ بِالْإِقْرَارِ أَنَّهُ أَنْكَرَ الْإِقْرَارَ فَأَثْبَتَ بِالْبَيِّنَةِ هِدَايَةً وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ

الْأَنْقَانِيُّ وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ إِذَا جَحَدَ الْعَيْبَ فَرُدَّ عَلَيْهِ بِالْبَيِّنَةِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ عَلَى الْأَوَّلِ كَذَا ذَكَرَ الْفَقِيهُ أَبُو الْيَثِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ

قوله : وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَّا يُرَدُّ عَلَى بَائِعِهِ

هَكَذَا ذَكَرَ فِي الْمَجْمَعِ أَنَّ هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَذَكَرَ شَارِحًا الْهِدَايَةَ الْأَكْمَلَ وَالْقَوَامُ الْأَتَقَانِي أَنَّ هَذَا قَوْلُ زُفَرٍ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

قوله : كَانَ رَاضِيًا بِحُكْمِ السَّبَبِ

أَيَّ فَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْقَضَاءِ وَالرَّضَا فِي وُجُوبِ كَوْنِهِ يَبْعًا فِي حَقِّ ثَالِثٍ .

فَتَحَّ .

قوله : وَهَذَا

أَيَّ الْمَذْكُورُ فِي أَوَّلِ الْمَقَالَةِ

قوله : حَيْثُ يَكُونُ رَدًّا عَلَى الْمُوَكَّلِ

هَذَا إِذَا كَانَ الْقَضَاءُ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِالنُّكُولِ وَإِنْ كَانَ الرَّدُّ بِقَضَاءٍ بِإِقْرَارِ الْوَكِيلِ وَكَانَ عَيِّيًا يَحْدُثُ مِثْلُهُ يَلْزَمُ الْوَكِيلَ لَكِنْ يَبْقَى لَهُ حَقُّ الْخُصُومَةِ مَعَ مُوَكَّلِهِ حَتَّى لَوْ أَقَامَ بَيِّنَةٌ أَنَّ الْعَيْبَ كَانَ عِنْدَ مُوَكَّلِهِ أَوْ عِنْدَ بَائِعِهِ كَانَ لَهُ الرَّدُّ عَلَى الْمُوَكَّلِ وَتَمَامُهُ فِي الْوَلَوَالِجِيِّ

قوله : حَتَّى لَا يَجِبَ عَلَى الْوَاهِبِ زَكَاةُ مَا مَضَى مِنَ السَّنِينَ

أَيَّ وَلَا يُجْعَلُ الْمُوهُوبُ عَائِدًا إِلَى قَدِيمِ مِلْكِ الْوَاهِبِ فِي حَقِّ زَكَاةٍ مَا مَضَى ، وَكَذَا الرَّجُلُ إِذَا وَهَبَ دَارَ الْآخِرِ وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ ثُمَّ بَيْعَتْ دَارَ بَحْنِيهَا ثُمَّ رَجَعَ الْوَاهِبُ فِيهَا لَمْ يَكُنْ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالشُّفْعَةِ وَلَوْ عَادَ الْمُوهُوبُ إِلَى قَدِيمِ مِلْكِ الْوَاهِبِ وَجُعِلَ كَأَنَّ الدَّارَ لَمْ تَزُلْ عَنْ مِلْكِ الْوَاهِبِ كَانَ لَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ وَإِذَا عُرِفَ هَذَا الْأَصْلُ خَرَجَتْ الْمَسَائِلُ الْمَذْكُورَةُ عَلَيْهِ ، أَمَّا الشُّفْعَةُ فَلِأَنَّ حَقَّ الشَّفْعِ كَانَ ثَابِتًا قَبْلَ الرَّدِّ وَحُكْمُ الرَّدِّ يَظْهَرُ فِيمَا يُسْتَقْبَلُ لَا فِيمَا مَضَى ، وَكَذَا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ ؛ لِأَنَّ الْأَبَّ إِنَّمَا تَصِحُّ دَعْوَاهُ بِاعْتِبَارِ وَلَايَةِ كَانَتْ لَهُ زَمَانَ الْعُلُوقِ وَهُوَ مَعْنَى سَابِقٍ عَلَى الرَّدِّ وَقَدْ بَطَلَ قَبْلَ الرَّدِّ فَلَا يَظْهَرُ حُكْمُ الرَّدِّ فِيهَا بَلْ يَبْقَى مَا كَانَ مِنْ عَدَمِ وَلَايَةِ هَذِهِ الدَّعْوَةِ ، وَكَذَا الْمَسْأَلَةُ الثَّلَاثَةُ ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ كَانَتْ ثَابِتَةً قَبْلَ الرَّدِّ فَلَا يَظْهَرُ حُكْمُ الرَّدِّ فِي إِبْطَالِهَا وَلِأَنَّ صِحَّتَهَا لَا تَسْتَدْعِي عِنْدَنَا دَبْنًا عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ .

فَتَحَّ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ قَبْضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعِ وَادَّعَى عَيِّيًا لَمْ يُجْبَرْ عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ وَلَكِنْ يُبْرَهُنُ أَوْ يَحْلِفُ بِإِنْعِهِ) أَيَّ لَمْ يُجْبَرْ الْمُشْتَرِي عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ بَعْدَ دَعْوَى الْعَيْبِ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ صَادِقًا فِيهِ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ دَفْعُ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أُجْبِرَ وَأُخِذَ مِنْهُ الثَّمَنُ فَرُبَّمَا يُثْبِتُ الْمُشْتَرِي الْعَيْبَ فَيَسْتَرِدُّ مِنَ الْبَائِعِ فَيَكُونُ اشْتِعَالًا بِمَا لَا يُفِيدُ وَفِيهِ نَقْضُ الْقَضَاءِ فَلَا يُصَارُ إِلَيْهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ حَالُهُ وَلِأَنَّ الْمُشْتَرِي مُنْكَرٌ وَجُوبَ دَفْعِ الثَّمَنِ عَلَيْهِ حَيْثُ أَتَى تَعَيَّنَ حَقُّهُ بِدَعْوَى الْعَيْبِ وَكَانَ وَجُوبُ دَفْعِ الثَّمَنِ أَوَّلًا لِيَتَعَيَّنَ حَقُّ الْبَائِعِ فِيهِ بِإِزَاءِ تَعَيَّنِ حَقِّ الْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ وَقَوْلُهُ وَلَكِنْ يُبْرَهُنُ أَيَّ يُقِيمُ الْبَيِّنَةَ لِإِبْطَالِ الْعَيْبِ وَكَيْفِيَّةُ إِثْبَاتِهِ أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ أَوْ لَا أَنَّ الْعَيْبَ الَّذِي يَدَّعِيهِ وَجَدَ بِالْمَبِيعِ عِنْدَهُ أَيَّ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُوجَدْ الْعَيْبُ عِنْدَهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِالْعَيْبِ ، وَإِنْ كَانَ بِهِ عِنْدَ الْبَائِعِ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ زَالَ فَإِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ وَجَدَ فِيهِ

عِنْدَهُ يَحْتَاجُ إِلَى إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى أَنَّ هَذَا الْعَيْبَ كَانَ بِهِ عِنْدَ الْبَائِعِ لِحْتِمَالِ أَنَّهُ حَدَّثَ عِنْدَهُ فَلَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ الرَّدَّ .
فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ كَانَ فِيهِ عِنْدَ الْبَائِعِ فُسِّخَ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا لِثُبُوتِهِ فِي الْحَالَيْنِ عِنْدَهُ وَعِنْدَ الْبَائِعِ ، وَصُورَةُ التَّحْلِيلِ أَنَّ يَحْلِفَ الْبَائِعُ أَنَّ هَذَا الْعَيْبَ لَمْ يَكُنْ فِيهِ عِنْدِي وَذَلِكَ بَعْدَ إِقَامَةِ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ وَجَدَ فِيهِ عِنْدَهُ أَيْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَا يَنْتَصِبُ خَصْمًا حَتَّى يُقِيمَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ عَلَى قِيَامِ الْعَيْبِ فِي الْحَالِ عَلَى مَا بَيْنَا وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُشْتَرِي بَيِّنَةٌ عَلَى وُجُودِ الْعَيْبِ عِنْدَهُ وَقِيَامِهِ فِي الْحَالِ هَلْ يُحْلِفُهُ الْمُشْتَرِي فَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يُحْلِفُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ بِهِ لَزِمَهُ فَإِذَا أَنْكَرَهُ يَحْلِفُ وَلِأَنَّ الدَّعْوَى مُعْتَبَرَةٌ حَتَّى يَتَرْتَّبَ عَلَيْهَا الْبَيِّنَةُ فَكَذَا التَّحْلِيلُ عِنْدَ الْعَجَزِ عَنْهَا فَإِذَا حَلَفَ بَرِيءٌ ، وَإِنْ نَكَلَ ثَبَتَ قِيَامُ الْعَيْبِ لِلْحَالِ ثُمَّ يَحْلِفُ ثَانِيًا عَلَى أَنَّ هَذَا الْعَيْبَ لَمْ يَكُنْ فِيهِ عِنْدَهُ فَإِنْ حَلَفَ بَرِيءٌ ، وَإِنْ نَكَلَ فَسُخِّ الْقَاضِي الْعَقْدَ بَيْنَهُمَا لِثُبُوتِ الْعَيْبِ فِي الْحَالَيْنِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فِي الْبَيِّنَةِ وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَقَالَ بَعْضُهُمْ يَحْلِفُ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ لَا يَحْلِفُ وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْحَلْفَ يَتَرْتَّبُ عَلَى دَعْوَى صَحِيحَةٍ وَلَا تَصِحُّ الدَّعْوَى إِلَّا مِنْ خَصْمٍ وَلَا يَصِيرُ خَصْمًا فِيهِ إِلَّا بَعْدَ قِيَامِ الْعَيْبِ عِنْدَهُ وَلَا يَلْزَمُ مَنْ تَرْتَّبَ الْبَيِّنَةُ تَرْتَّبُ الْيَمِينِ كَمَا فِي الْحُدُودِ وَالْأَشْيَاءِ السَّتَةِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لِلْإِلْزَامِ فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهَا تَقَدُّمُ الدَّعْوَى وَالْيَمِينِ لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ الدَّعْوَى الصَّحِيحَةِ وَذَلِكَ لِقِيَامِ الْعَيْبِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ التَّحْلِيلَ شَرْعٌ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ الْمُتَحَقِّقَةِ لَا لِإِنْشَائِهَا .

وَلَوْ حَلَفَ الْبَائِعُ هُنَا لَا تَنْقَطِعُ الْخُصُومَةُ بَيْنَهُمَا بَلْ تَنْشَأُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا نَكَلَ ثَبَتَ قِيَامُ الْعَيْبِ بِهِ فِي الْحَالِ ثُمَّ تَنْشَأُ خُصُومَةٌ أُخْرَى فَيَحْلِفُ ثَانِيًا عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ عَلَى مَا بَيْنَا وَيَرُدُّ عَلَى هَذَا مَسْأَلَةُ الشُّفْعَةِ وَهِيَ أَنَّ الشُّفْعَ إِذَا تَقَدَّمَ إِلَى الْقَاضِي يَطْلُبُ الشُّفْعَةَ فَإِنَّ الْقَاضِيَّ يَسْأَلُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ عَنِ الَّتِي يَشْفَعُ بِهَا فَإِنْ أَقَرَّ بِأَنَّهَا مِلْكُهُ صَارَ خَصْمًا فَيَسْأَلُهُ هَلْ أَتْبَاعَ أَمْ لَا فَإِنْ لَمْ يَقِرَّ وَلَمْ يَكُنْ لِلشُّفْعِ بَيِّنَةٌ أَنَّهَا مِلْكُهُ اسْتَحْلَفَ الْمُشْتَرِي مَا يَعْلَمُ أَنَّهَا مِلْكُهُ فَإِنْ

نَكَلَ ثَبَتَ أَنَّهَا مِلْكُهُ ثُمَّ تَنْشَأُ خُصُومَةٌ أُخْرَى فَإِنَّ الْقَاضِيَّ يَسْأَلُهُ هَلْ أَتْبَاعَ أَمْ لَا وَهَذَا تَحْلِيلٌ لِإِنْشَاءِ الْخُصُومَةِ ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ وَلَمْ يَحْكُ فِيهِ خِلَافًا قَالَ (وَإِنْ قَالَ شَهِودِي بِالشَّامِ دَفْعَ إِنْ حَلَفَ بَائِعُهُ) أَيْ إِذَا قَالَ الْمُشْتَرِي شَهِودِي بِالشَّامِ اسْتَحْلَفَ الْبَائِعُ فَإِنْ حَلَفَ دَفَعَ إِلَيْهِ الثَّمَنَ ؛ لِأَنَّ فِي الْإِنْتَظَارِ ضَرَرًا بِالْبَائِعِ وَلَيْسَ فِي دَفْعِ الثَّمَنِ إِلَيْهِ كَبِيرُ ضَرَرٍ عَلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ عَلَى حُجَّتِهِ مَتَى أَقَامَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ رَدَّ عَلَيْهِ الْمِيعَ وَأَخَذَ مِنْهُ الثَّمَنَ ، وَإِنْ نَكَلَ الْبَائِعُ لَزِمَ الْعَيْبُ ؛ لِأَنَّهُ حُجَّةٌ فِيهِ بِخِلَافِ الْحُدُودِ حَيْثُ لَا يَكُونُ التُّكُولُ حُجَّةً فِيهَا ، وَلِهَذَا لَمْ يَحْلِفْ فِيهَا وَكَيْفِيَّةُ التَّحْلِيلِ مَا بَيَّنَّاهُ .

الشرح

قوله : فلما يُصار إليه حتى يتبين حالة

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ فَلَا جُلْ هَذَا يُؤْمَرُ الْمُشْتَرِي بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ أَوْ يُسْتَحْلَفُ الْبَائِعُ حَتَّى يَظْهَرَ وَجْهُ الْحُكْمِ فَإِنْ اسْتَبَانَ وَجْهُ الْحُكْمِ بِأَنَّ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ أَوْ حَلَفَ الْبَائِعُ فَتُكَلَّ رَدَّ الْمِيعَ وَإِلَّا أُجْبِرَ الْمُشْتَرِي عَلَى نَقْدِ الثَّمَنِ

قوله : ليتعين حق البائع فيه

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ ؛ لِأَنَّ دَفْعَ الثَّمَنِ إِنَّمَا يَتَعَيَّنُ عَلَى الْمُشْتَرِي إِذَا تَعَيَّنَ الْمِيعُ

قوله : تَعَيَّنَ حَقُّ الْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ

أَيَّ وَلَمْ يَتَّعَيْنِ الْمَبِيعُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمُشْتَرِي فِي التَّسْلِيمِ لَا فِي الْمَبِيعِ .

أَتَقَانِي .

قوله : لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ حَدَّثَ عَنْهُ

أَيَّ إِنْ أَنْكَرَ الْبَائِعُ أَنَّ الْعَيْبَ كَانَ مَوْجُودًا عَنْدهُ

قوله : فَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يُحْلِفُهُ

أَيَّ عَلَى الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ عَلَى غَيْرِ فَعْلِهِ أَقْطَعُ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَتْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّ الْمُشْتَرِي لَا يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الرَّدِّ بِهَذِهِ الْعُيُوبِ مَا لَمْ يَثْبُتْ حُصُولُهَا عَنْدهُ فَبَعْدَ ذَلِكَ لَا يَخْلُو مِنْ أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ إِمَّا أَنْ يُقَرَّ الْبَائِعُ بِحُصُولِهَا عِنْدَ الْمُشْتَرِي أَوْ يُنْكَرَ فَإِنْ أَقَرَّ يَثْبُتُ حَقُّ الرَّدِّ لِلْمُشْتَرِي وَإِنْ أَنْكَرَ يُقَالُ لِلْمُشْتَرِي أَثْبِتْ أَوَّلًا أَنَّ هَذَا الْعَيْبَ حَصَلَ عِنْدَكَ فَإِنْ أَثْبَتَهُ بِالْبَيِّنَةِ فَقَدْ ثَبَتَ لَهُ حَقُّ الرَّدِّ لِكَوْنِ الْبَيِّنَةِ حُجَّةً وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُشْتَرِي بَيِّنَةٌ وَأَرَادَ تَحْلِيفَ الْبَائِعِ فَلَهُ تَحْلِيفُهُ عَلَى الْعِلْمِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّهُ تَحْلِيفٌ عَلَى فِعْلِ الْغَيْرِ فَيَحْلِفُ الْبَائِعُ بِاللَّهِ مَا تَعْلَمُ أَنَّ هَذَا الْعَيْبَ جُنَّ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَلَا أَبْقَى وَلَا سَرَقَ وَلَا بَالَ عَلَى فِرَاشٍ كَذَا ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ قَوْلُهُمَا وَلَمْ يَذْكُرْ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ

قوله : ثُمَّ يَحْلِفُ ثَانِيًا عَلَى أَنَّ هَذَا الْعَيْبَ إِلْحُ

فِيهِ تَرْكُ النَّظَرِ لِلْمُشْتَرِي بَلْ يَحْلِفُ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ بِهِ قَطُّ كَمَا ذَكَرَهُ الشَّارِحُ بَعْدَ ذَلِكَ فِي دَعْوَى الْإِبَاقِ هُنَا

قوله : وَلَا يَلْزَمُ مِنْ تَرْتِيبِ الْبَيِّنَةِ تَرْتِيبُ الْيَمِينِ

قَالَ الْأَتْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : وَيَحْلِفُ بِاللَّهِ لَقَدْ سَلَّمْتَهُ إِلَيْهِ بِحُكْمِ الْبَيْعِ وَمَا بِهِ هَذَا الْعَيْبُ

قوله : فَيَحْلِفُ ثَانِيًا عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَنْدهُ

أَيَّ إِنْ أَنْكَرَ قِيَامَ الْعَيْبِ قَبْلَ الْبَيْعِ

قوله فِي الثَّمَنِ وَإِنْ قَالَ شَهُودِي بِالشَّامِ

أَيَّ مَثَلًا فَاْمْهَلْنِي حَتَّى أُحْضِرَهُمْ أَوْ آتَيْكَ بِكِتَابٍ حُكْمِيٍّ مِنْ قَاضٍ بِالشَّامِ لَا يُسْمَعُ ذَلِكَ بَلْ يُسْتَحْلَفُ الْبَائِعُ وَيُقْضَى بِدَفْعِ الثَّمَنِ إِنْ حَلَفَ

فَتَحَّ .

قوله : استحلّف البائع

فيه إيهامٌ إذ لم يذكر على أي شيء يستحلّفه أعلى عدم علمه بقيام العيب عند المشتري أو على عدم قيامه عنده أو عليهما والظاهر أنه على الأول لكنه على قولهما كذا نقلته من خط شيخنا الشمس الغزي رحمه الله .

قوله : إن في الانتظار ضرراً بالبائع

أي ؛ لأنه خرج ملكه عنه ولم يصل عوضه إليه .

أثقاني .

قوله : وإن نكل البائع لزِم البيع

قال الأثقاني وإن نكل البائع عن اليمين لزمه حكم العيب ؛ لأن النكول حجة في المال ؛ لأنه بدل أو إقرار فيصحان جميعاً فيه .

قوله : لأنه حجة فيه

أي في ثبوت العيب .

قال رحمه الله (فإن ادعى إباحاً لم يحلف بآئعه حتى يبرهن المشتري أنه أبق عنده فإن برهن حلف بالله ما أبق عندك قط) أي إذا ادعى المشتري أن العبد الذي اشتراه أبق فأنكر البائع وأراد المشتري تحليفه لا يحلف البائع حتى يقيم المشتري بينة أنه أبق عند نفسه فإن أقام البينة حلف لما ذكرنا أن البائع لم يتنصب خصماً حتى يثبت المشتري أن العيب وجد فيه عند المشتري وهذا قول أبي حنيفة وعندهما يحلف وقد بيناه أنفاً وقوله ما أبق عندك قط فيه ترك النظر للمشتري والأحوط أن يحلف بالله ما أبق قط أو بالله ما يستحق عليك الرد من الوجه الذي ذكره أو بالله لقد سلمه وما به هذا العيب ؛ لأنه يحتمل أنه باعه وقد كان أبق عند غيره وبه يرد عليه وفيما ذكره دُهول عنه ولو كان الدعوى في إباق العبد الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال ؛ لأن الإباق في الصغير يزول بالبلوغ فلا يوجب الرد على ما بيناه من قبل ولا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ؛ لأنه قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو يوجب الرد ، وكذا لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب ؛ لأنه يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه في إحدى الحالتين وهي حالة التسليم . وإنما كان التحليف على البتات هنا ، وإن كان التحليف على فعل الغير على العلم ؛ لأن البائع يدعي تسليمه سليماً فيكون مدعياً للعلم به فيحلف على ما يدعي ، ألا ترى أن المودع لو قال إن المودع قبض الوديعة يحلف على البتات لدعائه العلم بذلك ، وإن كان القبض فعل غيره ، وكذا الوكيل لو ادعى أن الموكل قبض الثمن يحلف على البتات لما قلنا ، وإنما يحلف على العلم أن لو ادعى أنه لا علم له به وهذا في العيوب التي لا تظهر للقاضي ولا يعرف أهي حادثة عند المشتري أم لا ، وأما العيوب التي لا يحدث مثلها كالأصبع الزائدة أو الناقصة فإن القاضي يقضي بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البائع إلا إذا ادعى البائع رضا المشتري به وأثبت بطريقه ، فحاصله أن العيوب أنواع : أحدها - أن يكون ظاهراً للحاكم

فَحُكْمُهُ مَا ذَكَرْنَا .

وَالثَّانِي - مَا لَا يَعْرِفُهُ إِلَّا الْأَطِبَّاءُ كَوَجَعِ الْكَبِدِ وَالطَّحَالِ فَمَعْرِفَتُهُ إِذَا أَنْكَرَ الْبَائِعُ يَقُولُ الْأَطِبَّاءُ فَيُقْبَلُ فِي قِيَامِ الْعَيْبِ لِلْحَالِ وَتَوَجُّهُ الْخُصُومَةِ قَوْلٌ وَاحِدٌ مِنْهُمْ عَدْلٌ ثُمَّ لَا بُدَّ مِنْ عَدْلَيْنِ لِإِثْبَاتِهِ عِنْدَ الْبَائِعِ فَيَرُدُّ عَلَيْهِ إِذَا لَمْ يَدَّعِ الرِّضَا بِهِ .

وَالثَّلَاثُ - عَيْبٌ لَا يَعْرِفُهُ إِلَّا النِّسَاءُ كَالرَّتْقِ وَالْعَقْلِ فَيُقْبَلُ فِي قِيَامِهِ لِلْحَالِ قَوْلُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ ثَقَّةٌ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ لَا يُرَدُّ بِقَوْلِهَا بَلْ لَا بُدَّ مِنْ تَحْلِيلِ الْبَائِعِ ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ فَكَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُرَدُّ بِقَوْلِهَا مِنْ غَيْرِ يَمِينِ الْبَائِعِ .

وَالرَّابِعُ - عُيُوبٌ غَيْرُ ظَاهِرَةٍ لِلْقَاضِي وَلَا يَخْتَصُّ بِمَعْرِفَتِهَا الْأَطِبَّاءُ وَلَا النِّسَاءُ كَالِإِبَاقِ وَنَحْوِهِ فَحُكْمُهَا مَا ذَكَرْنَاهُ .

قَالَ (وَالْقَوْلُ فِي قَدْرِ الْمَقْبُوضِ لِلْقَابِضِ) لِأَنَّهُ هُوَ الْمُنْكَرُ حَتَّى إِذَا رَدَّ الْمُشْتَرِي عَيْبَ جَارِيَةٍ أَوْ عَبْدًا بَعْدَ الْقَبْضِ فَقَالَ الْبَائِعُ كُنْتَ بِعْتَنِيكَ مَعَهُ غَيْرُهُ ، وَقَالَ الْمُشْتَرِي بَعْتَنِيهِ وَحْدَهُ

فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ لِلْقَابِضِ أَمِينًا كَانَ أَوْ ضَمِينًا كَالْعَاصِبِ وَالْمُودِعِ وَلِأَنَّ الْبَائِعَ يَدَّعِي بَقَاءَ بَعْضِ الثَّمَنِ فِي ذِمَّتِهِ وَهُوَ حِصَّةُ الْآخِرِ وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ ، وَكَذَا لَوْ اتَّفَقَا عَلَى مِقْدَارِ الْمَبِيعِ وَاخْتَلَفَا فِي الْمَقْبُوضِ لِمَا بَيَّنَّا .

الشرح

قَوْلُهُ : وَعِنْدَهُمَا يَحْلِفُ

أَيَّ وَإِنْ لَمْ يُقِمِ الْمُشْتَرِي بَيِّنَةً

قَوْلُهُ : ؛ لِأَنَّهُ يُوْهَمُ تَعَلُّقُهُ بِالشَّرْطَيْنِ

أَيَّ فَيَكُونُ غَرَضُ الْبَائِعِ مِنْ هَذَا الْيَمِينِ عَدَمَ وُجُودِ الْعَيْبِ فِي الْحَالَيْنِ جَمِيعًا كَيَّ فَإِذَا وَجَدَ فِي حَالَةٍ كَانَ بَارًا ؛ لِأَنَّ الْمُعْلَقَ بِالشَّرْطَيْنِ إِنَّمَا يَنْزِلُ عِنْدَ وُجُودِهِمَا

قَوْلُهُ : وَإِنَّمَا كَانَ التَّحْلِيفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ هُنَا

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُشْتَرِي بَيِّنَةٌ عَلَى وُجُودِ الْعَيْبِ عِنْدَ الْبَائِعِ يَحْلِفُ الْبَائِعُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ وَهَذِهِ الْيَمِينُ تُسَمَّى يَمِينُ الرَّدِّ وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى لَوْ أَقَرَّ بِهِ لَزِمَهُ وَيَحْلِفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ ؛ لِأَنَّهُ تَحْلِيفٌ عَلَى فِعْلٍ نَفْسِهِ وَهُوَ تَسْلِيمُهُ صَحِيحًا فَإِنْ حَلَفَ بَرِيءٌ وَإِنْ نَكَلَ رُدَّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ .

قَوْلُهُ : وَاتَّبَعَهُ بِطَرِيقَةٍ

أَيَّ بَيِّنَةً يُقِيمُهَا أَوْ بُكُورِ الْمُشْتَرِي

قوله : والعقل

العقل شيءٌ مدوّرٌ يخرجُ بالفرجِ ولا يكونُ في الأُبكارِ ، وإنما يُصيبُ المرأةَ بعدما تلدُ .

مُعربٌ .

قوله : ولا يختصُّ بمعرفتها الطَّبَاءُ ولا النساءُ كالإباقِ

قال الأثقاني : وَضِعَ الْمَسْأَلَةُ فِي الْإِبَاقِ وَالْحُكْمُ فِي جَمِيعِ الْعُيُوبِ الَّتِي لَا تُشَاهَدُ عِنْدَ الْخُصُومَةِ كَذَلِكَ نَحْوُ السَّرِقَةِ وَالْبَوْلِ عَلَى الْفِرَاشِ وَالْجُنُونِ ، إِلَّا أَنَّ الْمُعَاوَذَةَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي شَرْطٌ فِي الْعُيُوبِ الثَّلَاثَةِ وَالْحَالَةِ وَاحِدَةً

قوله : كَالْعَاصِبِ وَالْمُودِعِ

أَيُّ لَأَنَّهُ أَعْرَفُ بِمَا قُصِدَ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَاصِبَ لَوْ أَنْكَرَ الزِّيَادَةَ فِي الْمَقْبُوضِ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، وَكَذَا الْمُودِعُ إِذَا أَنْكَرَ الزِّيَادَةَ .

أثقاني

قوله : وَلِإِنَّ الْبَائِعَ يَدْعِي بَقَاءَ بَعْضِ الثَّمَنِ فِي ذِمَّتِهِ الْخ

لَا يَظْهَرُ وَجْهُ هَذَا الدَّلِيلِ الثَّانِي إِذْ لَا يَصِحُّ
إِلَّا فِيمَا إِذَا كَانَ الْإِخْتِلَافُ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ أَمَّا إِذَا كَانَ بَعْدَهُ انْعَكَسَ الْأَمْرُ

قوله : ، وَكَذَا لَوْ اتَّفَقَا عَلَى مِقْدَارِ الْمَبِيعِ وَاخْتَلَفَا فِي الْمَقْبُوضِ

أَيُّ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُشْتَرِي أَيْضًا لِمَا قُلْنَا كَمَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدَيْنِ أَوْ حَارِيتَيْنِ وَاتَّفَقَا عَلَى مِقْدَارِ الْمَبِيعِ وَلَكِنْ اخْتَلَفَا فِي الْمَقْبُوضِ فَقَالَ الْمُشْتَرِي : قَبَضْتُ أَحَدَهُمَا لَا غَيْرَ ، وَقَالَ الْبَائِعُ قَبَضْتُهِمَا جَمِيعًا .

أثقاني .

قَالَ (وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ صَفْقَةً فَقَبَضَ أَحَدَهُمَا وَوَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا أَحَدَهُمَا أَوْ رَدَّهُمَا) يَعْنِي لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ السَّلِيمَ وَيَرُدَّ الْمَعِيبَ بَلْ يَأْخُذُهُمَا أَوْ يَرُدُّهُمَا ؛ لِأَنَّ فِي أَخْذِ أَحَدِهِمَا تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ ؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَتِمُّ بِقَبْضِهِمَا وَالتَّفْرِيقُ فِي الْقَبْضِ كَالْتَّفْرِيقِ فِي الْقَبُولِ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ لَهُ شَبَهٌ بِالْعَقْدِ لِكُونِهِ مُفِيدًا مِلْكَ التَّصَرُّفِ وَمُؤَكِّدًا لِمِلْكَ الرَّقَبَةِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا وَجَدَ الْعَيْبَ بِالْمَقْبُوضِ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَمَّتْ فِيهِ لِنَتَائِجِهَا فِي حَقِّهِ قُلْنَا تَمَامُ الصَّفْقَةِ تَعْلَقُ بِقَبْضِ الْمَبِيعِ وَهُوَ اسْمٌ لِكُلِّهِ فَلَا يَقْبَلُ التَّجْزِئَةَ فِي الْإِتِمَامِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ حَبْسَ الْمَبِيعِ لَمَّا تَعْلَقَ بِطُلَانِهِ بِقَبْضِ الثَّمَنِ لَا يَسْقُطُ إِلَّا بِقَبْضِ كُلِّهِ وَيَقْبَى بِبَقَاءِ جُزْئِهِ فَكَذَا تَمَامُ الصَّفْقَةِ لَمَّا تَعْلَقَ بِقَبْضِ الْمَبِيعِ لَا يَتِمُّ بِبَقَاءِ جُزْءٍ مِنْهُ إِذْ هِيَ لَا يَقْبَلُ التَّجْزِئَةَ فِي هَذَا الْمَعْنَى قَالَ (وَلَوْ قَبَضْتُهِمَا ثُمَّ وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا رَدَّ الْمَعِيبَ وَحْدَهُ) ، وَقَالَ زُفَرٌ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ وَيَتَضَرَّرُ الْبَائِعُ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ جَرَتْ بِضَمِّ الْحَيِّدِ إِلَى الرَّدِيِّ فَأَشْبَهَ مَا قَبْلَ الْقَبْضِ وَخِيَارَ الشَّرْطِ وَالرُّوْيَةِ ، وَلَكِنَّا أَنَّهُ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ بَعْدَ التَّمَامِ ؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَتِمُّ بِالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفْقَةِ فَيَكُونُ الْفَسْخُ بَعْدَهُ ابْتِدَاءً فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَلَا يَمْتَنِعُ التَّفْرِيقُ فَيَقْتَصِرُ عَلَى مَا وَجَدَ فِيهِ عِلَّةُ الرَّدِّ .

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أُسْتَحِقَّ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْقَبْضِ لَمْ يَتَخَيَّرْ فِي الْبَاقِي لِتَمَامِهِ بِالْقَبْضِ ، وَإِنْ أُسْتَحِقَّ قَبْلَهُ كَانَ لَهُ ذَلِكَ كَيْ لَا يَتَفَرَّقَ عَلَيْهِ الصَّفَقَةُ قَبْلَ

التَّمَامِ بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ وَالرُّوْيَةِ ؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ لَا تَتِمُّ مَعَهُمَا ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ لِعَدَمِ تَمَامِ الرِّضَا وَتَضَرُّرِ الْبَائِعِ مِنْ قَبْلِ تَدْلِيْسِهِ فَلَا يُعْتَبَرُ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي ، كَذَا ذَكَرَ خِلَافُ زُفَرٍ فِي الْمَبْسُوطِ وَغَيْرِهِ وَذَكَرَ فِي الْمُخْتَلَفِ أَنَّ لَهُ أَنْ يُفَرَّقَ قَبْلَ الْقَبْضِ إِذَا وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا الْعَيْبُ عِنْدَ زُفَرٍ كَمَا لَوْ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا بَعْدَ الْقَبْضِ فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ خَاصَّةً ، فَكَذَا قَبْلَهُ وَهَذَا مُشْكِلٌ وَفِيهِ تَفَاوُتٌ كَبِيرٌ فَإِنَّهُ إِذَا امْتَنَعَ التَّفْرِيقُ بَعْدَ الْقَبْضِ وَقَدْ تَمَّ الْعَقْدُ فِيهِ كَانَ قَبْلَهُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ لَمْ تَتِمَّ هَذَا إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُمَكِّنُ الْاِئْتِفَاعَ بِهِ عَلَى الْاِنْفِرَادِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يُنْتَفَعُ بِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ كَزَوْجِي الْخُفِّ وَمِصْرَاعِي الْبَابِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ أَحَدَهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ بِالْإِجْمَاعِ وَعَلَى هَذَا لَوْ اشْتَرَى زَوْجِي نَوْرٍ فَوَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا بَعْدَ الْقَبْضِ فَإِنْ كَانَ أَلْفٌ أَحَدَهُمَا الْآخَرُ بَحِثْ لَا يَعْمَلُ بِدُونِهِ لَا يَمْلِكُ رَدَّ الْمَعِيبِ وَحْدَهُ

الشَّرْحُ

قوله : فإنه

أَيُّ لَمْ يَقُلْ أَحَدٌ : إِنَّ الْإِمَامَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُجِيزُ رَدَّ أَحَدِهِمَا قَبْلَ الْقَبْضِ وَيَمْنَعُهُ بَعْدَ الْقَبْضِ ، وَإِنَّمَا اخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْهُ فِي الْمَبْسُوطِ أَنَّ زُفَرَ لَا يُجِيزُ رَدَّ أَحَدِهِمَا لَ قَبْلَ الْقَبْضِ وَلَا بَعْدَهُ وَعَلَيْهِ مَشَى فِي الْهَدَايَةِ وَهَذَا الشَّارِحُ أَيْضًا فِي أَوَّلِ كَلَامِهِ أَنَّهُ فِي مُخْتَلَفِ الرَّوَايَةِ أَنَّ زُفَرَ يُجِيزُ رَدَّ أَحَدِهِمَا قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ وَعَلَيْهِ مَشَى فِي الْمَنْظُومَةِ وَمَجْمَعِ الْبَحْرَيْنِ فَحِينَئِذٍ لَا إِشْكَالَ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ عَنْهُ رَوَايَتَانِ وَاللَّهُ الْمُوفقُ .

قوله : وإن كان لا ينتفع بأحدهما دون الآخر كزَوْجِي الْخُفِّ إلخ

تَقُولُ اشْتَرَيْتُ زَوْجِي حَمَامٍ وَأَنْتَ تَعْنِي ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى وَعِنْدِي زَوْجًا نَعَالٍ ، وَقَالَ تَعَالَى { مِنْ كُلِّ زَوْجَيْنِ اثْنَيْنِ } .

صِحَاحٌ .

قَالَ (وَلَوْ وَجَدَ بَعْضُ الْكَيْلِيِّ أَوْ الْوَزْنِيِّ عَيْبًا رَدَّهُ كُلُّهُ أَوْ أَحَدَهُ) يَعْنِي إِذَا كَانَ مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّ الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ حُكْمًا وَتَقْدِيرًا ، وَإِنْ كَانَ أَشْيَاءَ حَقِيقَةً ؛ لِأَنَّ الْمَالِيَّةَ وَالتَّقْوَمَ فِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ بِاعْتِبَارِ الْجَمْعِ وَالِانْتِصَامِ إِذِ الْحَبَّةُ الْوَاحِدَةُ لَيْسَتْ بِمُتَقَوِّمَةٍ حَتَّى لَا يَجُوزَ بَيْعُهَا إِذَا كَانَتْ الْمَالِيَّةُ بِاعْتِبَارِ الْجَمْعِ صَارَ الْكُلُّ فِي حَقِّ الْبَيْعِ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ ، وَلِهَذَا يُسَمَّى بِاسْمِ وَاحِدٍ وَهُوَ الْكُرُّ وَنَحْوُهُ ، وَكَذَا جَعَلَ رُؤْيَا بَعْضِهِ كَرُؤْيَا كُلِّهِ كَالثُّوبِ الْوَاحِدِ إِذَا كَانَ كَالشَيْءِ الْوَاحِدِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْبَعْضُ سِوَاءَ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ كَالثُّوبِ الْوَاحِدِ إِذَا وَجَدَ بَعْضُهُ عَيْبًا بِخِلَافِ الْعَبْدَيْنِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ فِي وَعَاءٍ وَاحِدٍ أَوْ وَعَاءَيْنِ وَقِيلَ إِذَا كَانَ فِي وَعَاءَيْنِ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ عَبْدَيْنِ حَتَّى يَرُدَّ الْوَعَاءُ الَّذِي وَجَدَ فِيهِ الْعَيْبُ وَحْدَهُ .

قَالَ (وَلَوْ أُسْتَحِقَّ بَعْضُهُ لَمْ يُخَيَّرْ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ وَلَوْ ثَوْبًا خَيْرٌ) يَعْنِي لَوْ أُسْتَحِقَّ بَعْضُ الْمَكِيلِ أَوْ الْمَوْزُونَ لَمْ يُخَيَّرْ فِي رَدِّ الْبَاقِي ، وَلَوْ أُسْتَحِقَّ بَعْضُ الثُّوبِ خَيْرٌ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ ؛ لِأَنَّ الشَّرْكَةَ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونَ لَا تُعَدُّ عَيْبًا ؛ لِأَنَّ التَّبَعِيضَ لَا يَضُرُّهُمَا وَالِاسْتِحْقَاقُ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفَقَةِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ حَقُّ الْعَاقِدِ وَتَمَامُهُ بِرِضَا الْعَاقِدِ لَا بِرِضَا الْمَالِكِ بِخِلَافِ الثُّوبِ حَيْثُ يَبْتَدَأُ لَهُ الْخِيَارُ فِيمَا إِذَا أُسْتَحِقَّ بَعْضُهُ ؛ لِأَنَّ

التَّشْقِيقَ فِيهِ عَيْبٌ وَقَدْ كَانَ وَقْتُ الْبَيْعِ فَيَرُدُّهُ وَهَذَا إِذَا كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ ، وَأَمَّا إِذَا اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْمَكِيلِ أَوْ الْمَوْزُونِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ لِتَفْرِيقِ

الصَّفَقَةِ عَلَى الْمُشْتَرِي قَبْلَ التَّمَامِ .

قَالَ (وَاللُّبْسُ وَالرُّكُوبُ وَالْمُدَاوَاةُ رِضًا بِالْعَيْبِ) ؛ لِأَنَّهُ دَلِيلُ اسْتِبْقَائِهِ وَإِمْسَاكِهِ ، وَكَذَا الْإِجَارَةُ وَالرَّهْنُ وَالْكِتَابَةُ وَالْعَرْضُ عَلَى الْبَيْعِ وَالسُّكْنَى بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ فَإِنَّ اللَّبْسَ وَنَحْوَهُ لَيْسَ دَلِيلُ اخْتِيَارِهِ الْمَلِكِ فِيهِ فَإِنَّ الْإِخْتِيَارَ هُنَاكَ شَرِيعٌ لِلِاخْتِيَارِ وَاللُّبْسُ وَالرُّكُوبُ مَرَّةً يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِلِاخْتِيَارِ فَلَوْ جُعِلَ اخْتِيَارًا لِلِإِجَارَةِ لَفَاتِ فَائِدَةُ خِيَارِ الشَّرْطِ ، وَأَمَّا خِيَارُ الْعَيْبِ فَلَمْ يُشْرَعْ لِلِاخْتِيَارِ ، وَإِنَّمَا شُرِعَ لِلرَّدِّ لِيَصِلَ إِلَى رَأْسِ مَالِهِ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ الْوُصُولِ إِلَى الْجُزْءِ الْفَائِتِ فَإِذَا تَصَرَّفَ فِيهِ تَصَرُّفًا لَا يَحِلُّ بِلَا مَلِكٍ جَعَلَ مُمَسِّكًا لَوْجُودِ دَلِيلِ الْإِمْسَاكِ وَالرِّضَا قَالَ (لَا الرُّكُوبُ لِلْسَّقْيِ أَوْ لِلرَّدِّ أَوْ لِشِرَاءِ الْعَلْفِ) أَيُّ لَا يَكُونُ الرُّكُوبُ لِسَقْيِهَا الْمَاءَ أَوْ لِرَدِّهَا عَلَى الْبَائِعِ أَوْ لِيَشْتَرِيَ لَهَا الْعَلْفَ رِضًا بِالْعَيْبِ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ وَقَدْ لَا تَنْقَادُ وَلَا تَنْسَاقُ فَلَا يَكُونُ الدَّلِيلُ الرِّضَا إِلَّا إِذَا رَكِبَهَا فِي حَاجَةٍ نَفْسِهِ وَقِيلَ تَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ بُدٌّ مِنَ الرُّكُوبِ بَأَن كَانَ الْعَلْفُ فِي عَدَلٍ وَاحِدٍ أَوْ لَا تَنْسَاقُ وَلَا تَنْقَادُ وَقِيلَ الرُّكُوبُ لِلرَّدِّ لَا يَكُونُ رِضًا كَيْفَمَا كَانَ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبُ الرَّدِّ وَلِغَيْرِهِ يَكُونُ رِضًا إِلَّا عَنْ ضَرُورَةٍ .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ : إِذَا الْحَبَّةُ الْوَاحِدَةُ لَيْسَتْ بِمُتَقَوِّمَةٍ حَتَّى لَا يَجُوزَ بَيْعُهَا

أَدْنَى الْقِيَمَةِ الَّتِي يُشْتَرَطُ لِحَوَازِ الْبَيْعِ فَلَسْ وَلَوْ كَانَتْ كِسْرَةً خُبْزٍ لَا يَجُوزُ .

قُنْيَةٌ

قَوْلُهُ فِي الثَّمَنِ : أَوْ لِشِرَاءِ الْعَلْفِ

الْأَلْفُ وَاللَّامُ بَدَلٌ عَنِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ أَيُّ لِشِرَاءِ عُلْفِهَا أَمَّا الرُّكُوبُ لِشِرَاءِ عُلْفِ غَيْرِهَا لَا يَكُونُ رِضًا قَالَ (وَلَوْ قُطِعَ الْمُقْبُوضُ بِسَبَبٍ عِنْدَ الْبَائِعِ رَدَّهُ وَاسْتَرَدَّ الثَّمَنَ) مَعْنَاهُ لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا قَدْ سَرَقَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهَا فَقُطِعَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَيَأْخُذَ الثَّمَنَ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ لِحُدُوثِ الْعَيْبِ عِنْدَهُ وَهُوَ الْقَطْعُ غَايَةُ الْأَمْرِ أَنَّهُ قُطِعَ بِسَبَبٍ كَانَ عِنْدَهُ لَكِنْ الْقَطْعُ غَيْرُ الْوُجُوبِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ عَيْبٍ حَادِثٍ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَتَعَذَّرَ الرَّدُّ وَتَعَيَّنَ الرَّجُوعُ بِالنَّقْصَانِ كَمَا لَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً حُبْلَى فَمَاتَتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بِالْوِلَادَةِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِالنَّقْصَانِ فَكَذَا هَذَا ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَوْجُودَ فِي يَدِ الْبَائِعِ سَبَبُ الْقَطْعِ وَأَنَّهُ لَا يُنَافِي الْمَالِيَّةَ فَيَنْفُذُ الْبَيْعُ فِيهِ لَكِنَّهُ مُتَعَيَّبٌ وَقَدْ حَدَثَ فِيهِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي عَيْبٌ فَيَرْجِعُ بِنَقْصَانِهِ وَهُوَ مَا بَيْنَ قِيَمَتِهِ سَارِقًا إِلَى غَيْرِ سَارِقٍ بِأَن يُقَوِّمَ سَارِقًا وَغَيْرِ سَارِقٍ فَيَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَهُمَا مِنَ الثَّمَنِ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا قُتِلَ بِسَبَبٍ كَأَنَّ وَجَدَ فِي يَدِ الْبَائِعِ مِنْ قَتْلِ نَفْسٍ أَوْ قَطْعِ طَرِيقٍ أَوْ رَدِّ ؛ لِأَنَّ وَجُوبَهُ لَا يُنَافِي الْمَالِيَّةَ ، وَلِهَذَا يَقَعُ الْبَيْعُ صَحِيحًا وَلَوْ مَاتَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بَتَقَرُّرِ الثَّمَنِ عَلَيْهِ وَلَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ نَفَذَ تَصَرُّفُهُ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ سَبَبَ الْوُجُوبِ وَجَدَ فِي يَدِ الْبَائِعِ وَالْوُجُوبُ يُفْضِي إِلَى الْوُجُودِ فَيَكُونُ الْوُجُودُ مُضَافًا إِلَى السَّبَبِ السَّابِقِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قُتِلَ الْمَعْصُوبُ بَعْدَ الرَّدِّ بِجَنَابَةِ وَجَدَتْ فِي يَدِ الْعَاصِبِ .

وَرَوَى ابْنُ الْمُنْذُورِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً حُبْلَى فَوَلَدَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَمَاتَتْ مِنَ الْوِلَادَةِ يَرْجِعُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَلَمْ يَحْكُ فِيهِ خِلَافًا فَلَنَا أَنْ نَمْنَعَ وَلَيْنَ سَلِمَ فَالسَّبَبُ الَّذِي كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ يُوجِبُ انْفِصَالَ

الْوَلَدِ لَا مَوْتَ الْإِمَامِ إِذْ الْعَالِبُ فِي الْوِلَاةِ السَّلَامَةِ ، وَلَوْ مَاتَ بِسَبَبِ الْقَطْعِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي يَرْجِعُ بِنَصْفِ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ مِنَ الْإِدْمِي نَصْفُهُ فَيَجِبُ عَلَيْهِ مَنْ بَدَلَهُ بِحِسَابِهِ ؛ لِأَنَّهَا هِيَ الْمُسْتَحَقَّةُ بِالسَّرِقَةِ وَالنَّفْسُ غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا تُحْسَمُ وَلَا تُقَطَّعُ فِي الْبَرْدِ الشَّدِيدِ وَلَا فِي الْحَرِّ الشَّدِيدِ تَوْقِيًا عَنِ الْهَلَاكِ فَقَبْضُ الْمُشْتَرِي لَا يَنْتَقِضُ فِي النَّصْفِ ، وَإِنْ سَرَى إِلَى النَّفْسِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُتِلَ عَبْدُهُ بِسَبَبِ يُوجِبُ الْقَتْلَ عِنْدَ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ النَّفْسَ صَارَتْ مُسْتَحَقَّةً فِي يَدِ الْبَائِعِ فَيَنْتَقِضُ بِهِ قَبْضُ الْمُشْتَرِي وَيَرْجِعُ بِالثَّمَنِ وَلَوْ اخْتَارَ الْمُشْتَرِي أَنْ يُمْسِكَ الْعَبْدَ رَجَعَ بِنَصْفِ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ بِسَبَبِ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ كَالِاسْتِحْقَاقِ فَلَا يَمْنَعُ الرَّجُوعَ بِالثَّمَنِ عِنْدَ اخْتِيَارِ الْأَخْذِ بِخِلَافِ الْعَيْبِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلَوْ مَاتَ بَعْدَ الْقَطْعِ حَتَّى أَنْفَعَهُ يَجِبُ أَنْ يَرْجَعَ بِنَصْفِ الثَّمَنِ عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ كَالِاسْتِحْقَاقِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلَوْ سَرَقَ عِنْدَ الْبَائِعِ ثُمَّ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَقَطَّعَ بِهِمَا يَرْجِعُ بِالثَّقَصَانِ عِنْدَهُمَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ وَعِنْدَهُ لَا يَرُدُّهُ بغيرِ رِضَا الْبَائِعِ لِلْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ وَلَكِنْ يَرْجِعُ بِرُبْعِ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ قُطِعَتْ بِهِمَا فَيَرْجِعُ بِقَدْرِ مَا فَاتَ بِسَبَبِ مَا كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ .

وَإِنْ رَضِيَ الْبَائِعُ بِأَخْذِهِ يَرْجِعُ بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الثَّمَنِ وَيَسْقُطُ الرَّبْعُ ؛ لِأَنَّهُ فَاتَ بِسَبَبِ كَانَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ وَلَوْ تَدَاوَلَتْهُ الْأَيْدِي فَقَطَّعَ عِنْدَ الْأَخِيرِ أَوْ قُتِلَ يَرْجِعُ الْبَاعَةُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ الْأَخِيرُ عَلَى بَائِعِهِ بِالثَّقَصَانِ ثُمَّ هُوَ لَا يَرْجِعُ عَلَى بَائِعِهِ وَأَصْلُ الْخِلَافِ أَنَّ

الْقَطْعَ أَوْ الْقَتْلَ بِسَبَبِ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ اسْتِحْقَاقًا عِنْدَهُ وَفِيهِ يَرْجِعُ الْبَاعَةُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ حَتَّى يَنْتَهِيَ إِلَى الْأَوَّلِ وَعِنْدَهُمَا عَيْبٌ فَيَرْجِعُ مَنْ لَمْ يَفُوتَ الرَّدُّ بِالْبَيْعِ وَهُوَ الْأَخِيرُ عَلَى بَائِعِهِ ثُمَّ هُوَ لَا يَرْجِعُ عَلَى بَائِعِهِ ؛ لِأَنَّهُ فُوتَ الرَّدُّ بِالْبَيْعِ قَبْلَ امْتِنَاعِ الرَّدِّ بِرِضَا وَتَمَرُّهُ الْخِلَافِ تَظْهَرُ فِي هَذَا وَفِيمَا إِذَا اشْتَرَاهُ وَهُوَ عَالِمٌ بِوُجُوبِ الْقَتْلِ أَوْ الْقَطْعِ فَإِنَّهُ لَا يَبْطُلُ حَقُّهُ عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِالِاسْتِحْقَاقِ لَا يَمْنَعُ الرَّجُوعَ وَعِنْدَهُمَا يَبْطُلُ حَقُّهُ ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِالْعَيْبِ رِضًا بِهِ وَفِيمَا إِذَا أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ قُتِلَ أَوْ قُطِعَتْ يَدُهُ بِهِ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ عِنْدَهُ بِشَيْءٍ لَعَدَمِ فَوَاتِ الْمَالِيَّةِ بِهِ وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ بِالثَّقَصَانِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ وَلَا يَقَالُ يَنْتَقِضُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ بِمَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا مَرِيضًا وَمَاتَ عِنْدَهُ وَبِمَا إِذَا قُطِعَ عِنْدَ الْبَائِعِ ثُمَّ بَاعَهُ وَمَاتَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي بِهِ وَبِمَا إِذَا زَوَى عِنْدَ الْبَائِعِ ثُمَّ بَاعَهُ وَجَلَدَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَمَاتَ بِهِ حَيْثُ لَا يَرْجِعُ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ إِلَّا بِالثَّقَصَانِ عِنْدَهُ مِثْلُ قَوْلِهِمَا ، وَإِنْ مَاتَ بِسَبَبِ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ ؛ لَأَنَّا نَقُولُ الْمَرِيضُ وَالْمَقْطُوعُ عِنْدَ الْبَائِعِ مَاتَا بِزِيَادَةِ الْإِلَامِ وَتَرَادُفِهَا عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَهِيَ لَمْ تُوجَدْ عِنْدَ الْبَائِعِ وَزَنَا الْعَبْدَ يُوجِبُ الْجَلْدَ وَالْقَتْلَ غَيْرُهُ فَلَا يُؤَاخِذُ الْبَائِعُ بِمَا لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ .

قَالَ (وَلَوْ بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ صَحَّ ، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ الْكُلُّ وَلَا يُرَدُّ بِعَيْبٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا أَنْ يُعَدَّ الْعُيُوبُ وَفِي جَوَازِ الْبَيْعِ بِهَذَا الشَّرْطِ لَهُ قَوْلَانِ وَعَدَمُ صِحَّةِ الْبَرَاءَةِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ عِنْدَهُ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْإِبْرَاءَ مِنَ الْحُقُوقِ الْمَجْهُولَةِ لَا يَصِحُّ عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّ فِي الْإِبْرَاءِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ حَتَّى يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيلُهُ بِالشَّرْطِ وَتَمْلِيكِ الْمَجْهُولِ لَا يَصِحُّ كَيْفِيَّةً وَنَحْنُ نَقُولُ : هَذِهِ الْجَهَالَةُ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَلَا تَمْنَعُ الصَّحَّةَ ، وَكَانَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى يَقُولُ : لَا تَصِحُّ الْبَرَاءَةُ مِنَ الْعَيْبِ مَعَ التَّسْمِيَةِ مَا لَمْ يَرَهُ الْمُشْتَرِي وَقَدْ جَرَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي مَجْلِسِ أَبِي جَعْفَرٍ الدَّوَانِقِيِّ مُنَازَعَةً فَقَالَ لَهُ أَبُو حَنِيفَةَ : أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ جَارِيَةً فِي مَوْضِعِ الْمَائِيٍّ مِنْهَا عَيْبٌ أَوْ غُلَامًا فِي ذَكَرِهِ عَيْبٌ أَكَانَ يَجِبُ عَلَى الْبَائِعِ أَنْ يُرِيَ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ الْمَوْضِعَ مِنْهَا أَوْ مِنْهُ وَلَمْ يَزَلْ يَعْمَلُ بِهِ هَكَذَا حَتَّى أَفْحَمَهُ وَضَحَكَ الْخَلِيفَةُ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَدْخُلُ فِيهِ الْعَيْبُ الْحَادِثُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ ؛ لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ تَتَنَاوَلُ الثَّابِتَ قُلْنَا الْغَرَضُ فِيهِ الْإِزَامُ الْعَقْدَ بِاسْتِقْطَاعِ حَقِّهِ عَنْ صِفَةِ السَّلَامَةِ وَذَلِكَ بِالْبَرَاءَةِ عَنِ الْمَوْجُودِ وَالْحَادِثِ وَهَذَا لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ قَبْلَ الْبَائِعِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ لَيْسَ لَكَ أَوْ لِيُثْبِتُهُ بَلْ هَذَا بَيَانٌ لِلتَّحَادِ الْعَقْدِ عَلَى وَجْهِهِ لَا يُوجِبُ اسْتِحْقَاقَ السَّلَامَةِ .

وَالْعَقْدُ قَابِلٌ لِذَلِكَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى مَعِيًّا وَهُوَ يَعْلَمُهُ وَهَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَهُ بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ يَحْدُثُ بِهِ بَعْدَ الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَصِحُّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ وَجُودِ سَبَبِهِ كَالِإِبْرَاءِ عَنْ كُلِّ حَقٍّ قَبْلَهُ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ الْحَقُّ الْقَائِمُ لَا غَيْرَ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَصِحُّ

؛ لِأَنَّ غَرَضَهُمْ إِيجَادُ الْعَقْدِ عَلَى وَجْهِ لَا يَسْتَحِقُّ فِيهِ سَلَامَةُ الْمَبِيعِ عَنِ الْعَيْبِ فَلَوْ شَرَطَ الْبَرَاءَةَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ بِهِ لَمْ يَنْصَرِفْ إِلَى الْحَادِثِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ حَصَّ الْمَوْجُودَ وَقَتَ الْعَقْدِ بِالْبَرَاءَةِ .

الشرح

قوله في المتن : واسترد الثمن

أي وإن شاء أمسكه ورجع ببقصان الثمن كما سيأتي في الشرح وكان ذكره هنا أولى

قوله : معناه لو اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم بها

هذا يستقيم على قولهما لما أنه عندهما يجري مجرى العيب فإذا كان عالما لا يرجع على البائع بشيء وقد قيل إنه في قول أبي حنيفة كذلك ؛ لأن كونه مباح الدم أو كونه مستحق القطع عيب لا محالة لكنه أجري مجرى الاستحقاق ولا منافاة بين الاستحقاق والعيب والعلم بالعيب وقت الشراء أو وقت القبض يمنع الرجوع ، وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير والصحيح أن العلم والجهل سواء ؛ لأنه من قبل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع

قوله : كما لو اشترى جارية حبلى

أي وقد دلس البائع الحمل .

غاية .

قوله : فيرجع ببقصانه

وهو ما بين قيمته سارقا إلى غير سارق هكذا في أصل محمد بن الحسن وصرح العتابي أنه يرجع ببقصان عيب السرقة لا ببقصان القطع وتعليقه مبسوط في الغاية .

قوله : بأن يقوم سارقا

أي واجب القطع وغير واجبه فيرجع بما بينهما فرشا ومصفى

قوله : فصار كما إذا قتل المعصوب بعد الرد بجناية الخ

فإن العاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد العاصب

قوله : ولئن سلم الخ

أَنَّهَا وَفَاقِيَّةٌ فِي الرُّجُوعِ بِالنَّقْصَانِ فَقَطْ قَوْلُهُ : فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ عِنْدَهُ بِشَيْءٍ لِعَدَمِ قَوَاتِ الْمَالِيَّةِ بِهِ (قَالَ فِي الذَّخِيرَةِ ؛ لِأَنَّ بِالْإِعْتَاقِ فَاتَ مِلْكُ الْمُشْتَرِي فَلَا يُتَصَوَّرُ انْتِقَاضُهُ بِالْقَتْلِ وَالْقَطْعِ .

باب البيع الفاسد

الْبَيْعُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ صَحِيحٌ وَهُوَ الْمَشْرُوعُ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ وَيُفِيدُ الْحُكْمَ بِنَفْسِهِ إِذَا خَلَا عَنِ الْمَوَانِعِ ، وَبَاطِلٌ وَهُوَ غَيْرُ مَشْرُوعٍ أَصْلًا وَفَاسِدٌ وَهُوَ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ دُونَ وَصْفِهِ وَهُوَ يُفِيدُ الْحُكْمَ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْقَبْضُ وَمَوْقُوفٌ وَهُوَ يُفِيدُ الْحُكْمَ عَلَى سَبِيلِ التَّوَقُّفِ وَامْتِنَعَتْ تَمَامُهُ لِأَجْلِ غَيْرِهِ وَهُوَ يَبِيعُ مِلْكَ الْغَيْرِ .

الشرح

باب البيع الفاسد

لَمَّا فَرَّغَ عَنْ بَيَانِ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ بِنَوْعِيهِ اللَّازِمِ وَغَيْرِ اللَّازِمِ شَرَعَ فِي بَيَانِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ ؛ لِأَنَّ الصَّحِيحَ هُوَ الْأَصْلُ لِكَوْنِهِ مَشْرُوعًا ذَاتًا وَصِفَةً قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ فِي مُحْتَصَرِهِ جُمْلَةً مَا يَفْسُدُ بِهِ الْبَيْعُ أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ مَجْهُولًا أَوْ ثَمَنُهُ أَوْ يَكُونَ مُحَرَّمًا أَوْ ثَمَنُهُ أَوْ يَكُونَ فِي الْمَبِيعِ حَقٌّ لِغَيْرِ بَائِعِهِ لَا يَجُوزُ لِلْبَائِعِ فَسْخُوحُهُ أَوْ أَنْ يَشْتَرِطَ فِيهِ شَرْطًا فِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدٍ مِنَ النَّاسِ لَا يُوجِبُهَا الْعَقْدُ أَوْ يَكُونَ الْمَبِيعُ مِمَّا تَعَدَّرَ تَسْلِيمُهُ أَوْ يَكُونَ فِي الْمَبِيعِ عَرَضٌ أَوْ فِي ثَمَنِهِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ وَكَذَلِكَ يَبِيعُ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ أَوْ يَبِيعُ مَا يَقْبِضُهُ الْبَائِعُ وَكَذَلِكَ أَنْ يَبِيعَ دَيْنًا فِي ذِمَّةِ غَيْرِ الْمُشْتَرِي أَوْ يَشْتَرِيَ بِهِ مِنْ غَيْرٍ مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ وَكَذَلِكَ صَفَقَتَانِ فِي صَفَقَةٍ وَشَرْطَانِ فِي بَيْعٍ وَكَذَلِكَ يَبِيعُ الْأَوْصَافَ وَالْأَتْبَاعَ مِنَ الْحَيَوَانِ وَمَا لَا يَتَّبِعُضُ مِنْ غَيْرِ الْحَيَوَانِ إِلَّا بِضَرَرٍ وَإِنْ تَبَعَّضُ مِنْ غَيْرِ الْحَيَوَانِ بِغَيْرِ ضَرَرٍ حَازَ بَيْعُهُ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ بَشَرًا ثُمَّ يَشْتَرِيهِ بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَهُ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الثَّمَنَ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالْمُرَادُ مِنَ الْجَهَالَةِ فِي الْمَبِيعِ أَوْ الثَّمَنِ جَهَالَةُ مُفْضِيَّةٍ إِلَى الْمُنَازَعَةِ الْمُفْضِيَّةِ إِلَى التَّسْلِيمِ وَالتَّسْلِيمِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَمْتَنِعِ التَّسْلِيمُ حَيْثُ يَصِحُّ الْعَقْدُ كَجَهَالَةِ كَيْلِ الصُّبْرَةِ وَعَدَدِ الثِّيَابِ الْمُعَيَّنَةِ ، وَأَمَّا كَوْنُ الْمَبِيعِ أَوْ ثَمَنِهِ مُحَرَّمًا فَهُوَ كَالْبَيْعِ بِالْخَمْرِ أَوْ الْخِنْزِيرِ أَوْ يَبِيعُهُمَا وَسَيَجِيءُ بَيَانُ ذَلِكَ ، وَأَمَّا كَوْنُ الْمَبِيعِ حَقًّا لِغَيْرِ الْبَائِعِ فَكَالْمَرْهُونِ وَالْمُسْتَأْجَرِ وَقَدْ اخْتَلَفَتْ الرُّوَايَاتُ فِي ذَلِكَ قَالَ فِي مَوْضِعٍ فَاسِدٌ ، وَقَالَ فِي

مَوْضِعٍ مَوْقُوفٍ فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ جَعَلَ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَيْنِ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ بَأَنَّ الْبَيْعَ مَوْقُوفٌ ، وَقَوْلُهُ فَاسِدٌ مَعْنَاهُ لَا حُكْمَ لَهُ فَكَانَ فَاسِدًا فِي حَقِّ الْحُكْمِ وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ كَذَا فِي الْإِبْضَاحِ تَفْسِيرُ اشْتِرَاطِ الْمَنْفَعَةِ لِأَحَدٍ مِنَ النَّاسِ لَا يُوجِبُهَا الْعَقْدُ كَاشْتِرَاطِ الْمَنْفَعَةِ لِلْبَائِعِ كَمَا إِذَا قَالَ : عَلَيَّ أَنْ أَهَبَ لَكَ وَأَفْرِضَ لَكَ وَكَاشْتَرِاطِهَا لِلْمُشْتَرِي نَحْوُ إِنْ قَالَ اشْتَرَيْتَ عَلَيَّ أَنْ تُقْرِضَنِي وَكَاشْتَرِاطِهَا لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَمَا إِذَا قَالَ : عَلَيَّ أَنْ تُعْتَقَهُ أَوْ تُدْبِرَهُ وَكَاشْتَرِاطِهَا لِلْإِنْسَانِ آخَرَ نَحْوُ إِنْ قَالَ أَنْ تُقْرِضَ فُلَانًا وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رُوِيَ أَنَّ { النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ } أَمَّا إِذَا كَانَ شَرْطًا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ لَا يَفْسُدُ بِهِ الْعَقْدُ كَاشْتِرَاطِ حَبْسِ الْمَبِيعِ وَمِنْ جُمْلَةِ مَا لَا يَقْدُرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ بَيْعُ الرَّهْنِ عَلَى إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ وَبَيْعُ الطَّيْرِ الَّذِي طَارَ مِنْ يَدِهِ وَكَذَلِكَ بَيْعُ الْآبِقِ وَكَذَلِكَ إِذَا تَمَكَّنَ الْغَرَرُ فِي الْمَبِيعِ أَوْ الثَّمَنِ كَبَيْعِ السَّمَكِ فِي الْمَاءِ فَإِنْ كَانَ أَخَذَهُ فَالْقَاهُ فِي الْمَاءِ فَهُوَ بَيْعُ الْغَرَرِ لِعَجْزِهِ عَنِ التَّسْلِيمِ وَإِنْ كَانَ لَمْ يَأْخُذْهُ فَهُوَ بَيْعٌ مَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ ، وَكَذَا بَيْعُ مَا لَيْسَ

عِنْدَ الْإِنْسَانِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ } ، وَكَذَا يَبِيعُ مَا لَمْ يَقْبِضْهُ الْبَائِعُ لَوُرُودِ النَّهْيِ عَنْ ذَلِكَ وَكَذَلِكَ يَبِيعُ الدَّيْنُ مِنْ غَيْرِ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنْ تَسْلِيمِ مَا فِي ذِمَّةِ الْغَيْرِ وَيَجُوزُ بَيْعُهُ مِمَّنْ عَلَيْهِ وَهُوَ كَبَيْعِ الْمَغْضُوبِ يَصِحُّ مِنَ الْغَاصِبِ وَلَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِهِ إِذَا كَانَ الْغَاصِبُ مُنْكَرًا وَلَا بَيِّنَةً عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ عَاجِزٌ عَنْ التَّسْلِيمِ وَكَذَلِكَ الصَّفَقَتَانِ فِي صَفَقَةِ نَحْوِ إِنْ قَالَ أُبَيْعُكَ هَذَا عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي

هَذَا ؛ لِأَنَّهُ { نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ صَفَقَتَيْنِ فِي صَفَقَةٍ وَعَنْ يَبِيعِينَ فِي بَيْعٍ } وَصُورُهُ أَنْ يَقُولَ : بَيْعُكَ هَذَا بِقَفِيزَيْنِ حِنْطَةً أَوْ بِقَفِيزَيْنِ شَعِيرًا وَهَذَا يَبِيعَانِ فِي بَيْعٍ وَاحِدٍ وَكَذَلِكَ { نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ } كَمَا إِذَا قَالَ إِنْ أُعْطِيتَنِي الثَّمَنَ حَالًا فَيَكُذًا وَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلًا فَيَكُذًا وَكَذَلِكَ يَبِيعُ الْوُصَافُ مِنَ الْحَيَوَانِ كَبَيْعِ الْأَلْيَةِ مِنَ الشَّاةِ الْحَيَّةِ ؛ لِأَنَّهَا حَرَامٌ قَبْلَ الذَّبْحِ وَإِحْبَابُ الذَّبْحِ عَلَى الْبَائِعِ ضَرَرٌ بِهِ ، وَكَذَا يَبِيعُ الْتَّابِعُ كَبَيْعِ نَتَاجِ الْفَرَسِ وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ لِلنَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الْحَبَلَةِ وَحَبْلِ الْحَبَلَةِ وَفِي اللَّبَنِ غَرَرٌ فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ انْتِفَاحٌ ، وَكَذَا يَبِيعُ مَا لَا يَتَبَعُضُّ مِنْ غَيْرِ الْحَيَوَانِ إِلَّا بِضَرَرٍ كَبَيْعِ ذِرَاعٍ مِنْ ثَوْبٍ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ مَنْفَعِي شَرْعًا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ جَازَ كَبَيْعُ قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ وَكَبَيْعُ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ وَشِرَاءُ مَا بَاعَ بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ فِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ وَسَيَجِيءُ بَيَانُهُ ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّ مُصَنَّفَ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَقَّبَ الْبَابَ بِالْفَاسِدِ وَإِنْ ابْتَدَأَ بِالْبَيْعِ الْبَاطِلِ بِقَوْلِهِ كَالْبَيْعِ بِالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ ؛ لِأَنَّ الْفَاسِدَ أَعْمٌ مِنَ الْبَاطِلِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ بَاطِلٍ فَاسِدٌ وَلَا يَنْعَكُسُ وَهَذَا لِأَنَّ الْبَاطِلَ مُضْمَلٌ الْأَصْلُ وَالْوُصْفُ جَمِيعًا وَالْفَاسِدُ مُضْمَلٌ الْوُصْفُ دُونَ الْأَصْلِ كَالْجَوْهَرِ إِذَا تَغَيَّرَ وَاصْفَرَّ يُقَالُ فَسَدَ وَإِذَا لَمْ يَبْقَ صَالِحًا لَشَيْءٍ يُقَالُ بَطُلَ قَالَهُ الْأَثْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ ثُمَّ وَجْهٌ تَقْدِيمِ الصَّحِيحِ عَلَى الْفَاسِدِ أَنَّهُ الْمَوْصَلُ إِلَى تَمَامِ الْمَقْصُودِ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ سَلَامَةَ الدَّيْنِ الَّتِي شَرَعَتْ لَهَا الْعُقُودُ لِيَنْدَفِعَ التَّعَالُبُ وَالْوُصُولُ إِلَى الْحَاجَةِ الدُّنْيَوِيَّةِ وَكُلُّ مِنْهُمَا بِالصَّحَّةِ ، وَأَمَّا الْفَاسِدُ فَعَقْدٌ مُخَالَفٌ لِلدَّيْنِ ثُمَّ إِنْ أَفَادَ الْمَلِكُ وَهُوَ مَقْصُودٌ فِي الْجُمْلَةِ لَكِنْ لَا يُفِيدُ تَمَامَهُ إِذَا لَمْ يَنْقَطِعْ بِهِ حَقُّ الْبَائِعِ مِنَ الْمَبِيعِ وَلَا الْمُشْتَرِي مِنَ الثَّمَنِ إِذْ لِكُلِّ مِنْهُمَا الْفَسْخُ بَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ ثُمَّ لَفْظُ الْفَاسِدِ فِي قَوْلِهِ بَابُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَفِي قَوْلِهِ إِذَا كَانَ الْعَوَاضَانِ أَوْ كِلَاهُمَا مُحَرَّمًا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ مُسْتَعْمَلٌ فِي الْأَعْمِ مِنَ الْفَاسِدِ وَالْبَاطِلِ فَالْشَّارِحُونَ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ الْفَاسِدَ أَعْمٌ مِنَ الْبَاطِلِ ؛ لِأَنَّ الْفَاسِدَ غَيْرَ الْمَشْرُوعِ بِوَصْفِهِ بَلْ بِأَصْلِهِ وَالْبَاطِلَ غَيْرَ الْمَشْرُوعِ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَا شَكَّ أَنَّهُ يَصْدُقُ عَلَى غَيْرِ الْمَشْرُوعِ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ بِوَصْفِهِ وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ يُقَالُ حَقِيقَةً عَلَى الْبَاطِلِ لَكِنَّ الَّذِي يَقْتَضِيهِ كَلَامُ الْفَقْهِ وَالْأُصُولُ أَنَّهُ يُبَيِّنُهُ فَإِنَّهُمْ قَالُوا إِنَّ حُكْمَ الْفَاسِدِ إِفَادَةُ الْمَلِكِ بِطَرِيقِهِ وَالْبَاطِلُ لَا يُفِيدُ أَصْلًا فَقَابَلُوهُ بِهِ وَأَعْطَوْهُ حُكْمًا يُبَيِّنُ حُكْمَهُ وَهُوَ دَلِيلُ تَبَايُنِهِمَا بِتَبَايُنِهِمَا وَأَيْضًا فَإِنَّهُ مَأْخُوذٌ فِي مَفْهُومِهِ أَوْ لَازِمٌ أَنَّهُ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ لَا وَصْفِهِ وَفِي الْبَاطِلِ غَيْرُ مَشْرُوعٍ بِأَصْلِهِ فَيَبِينُهُمَا تَبَايُنٌ فَإِنَّ الْمَشْرُوعَ بِأَصْلِهِ وَغَيْرَ الْمَشْرُوعِ مُتَبَايِنَانِ فَكَيْفَ يَتَصَادَقَانِ اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَفْظُ الْفَاسِدِ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْأَعْمِ وَالْأَخْصِ الْمَشْرُوعِ بِأَصْلِهِ لَا بِوَصْفِهِ فِي الْعُرْفِ لَكِنْ نَجْعَلُهُ مَجَازًا عُرْفِيًّا فِي الْأَعْمِ ؛ لِأَنَّهُ خَيْرٌ مِنَ الْإِشْرَاقِ وَهُوَ حَقِيقَةٌ فِيهِ بِاعْتِبَارِ الْمَعْنَى اللَّغَوِيَّةِ ، وَلِهَذَا وَجَّهَ بَعْضُهُمُ الْأَعْمِيَّةَ بِأَنَّهُ يُقَالُ لِلْحَمِّ إِذَا صَارَ بِحَيْثُ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ لِلدُّودِ وَالسُّوسِ بَطُلَ اللَّحْمِ وَإِذَا أَتَتْ وَهُوَ بِحَيْثُ يَنْتَفِعُ بِهِ فَسَدَ اللَّحْمُ فَاعْتَبِرْ مَعْنَى اللَّغَةِ وَلِذَا أَدْخَلَهُ بَعْضُهُمْ أَيْضًا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ لِشُمُولِهِ الْمَكْرُوهَ ؛ لِأَنَّهُ فَائِتٌ وَصَفِ الْكَمَالِ بِسَبَبِ وَصْفِ مُجَاوِرِهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَمْ يَجُزْ بَيْعُ الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَالْخَنِزِيرِ وَالْخَمْرِ وَالْحُرِّ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدْبِرِ وَالْمُكَاتَبِ) لِعَدَمِ رُكْنِ الْبَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ وَيَبِيعُ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ بَاطِلٌ لِمَا ذَكَرْنَا قَالَ (فَلَوْ هَلَكَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي لَمْ يَضْمَنْ) ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ فِي الْبَاطِلِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فَبَقِيَ الْقَبْضُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ وَقِيلَ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ أَدْنَى حَالًا مِنَ الْمَقْبُوضِ عَلَى سَوَاءِ الشَّرَاءِ وَقِيلَ الْأَوَّلُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالثَّانِي قَوْلُهُمَا وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ بَيْعَ مَا لَيْسَ بِمَالٍ عِنْدَ أَحَدٍ كَالْحُرِّ وَالدَّمِ وَالْمَيْتَةِ الَّتِي مَاتَتْ حَتْفَ أَنْفِهَا وَالْمُدْبِرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُكَاتَبِ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مَالًا عِنْدَ الْبَعْضِ كَالْخَمْرِ وَالْخَنِزِيرِ وَالْمَيْتَةِ الَّتِي لَمْ تَمُتْ حَتْفَ أَنْفِهَا مِثْلَ الْمَوْفُودَةِ فَإِنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مَالٌ عِنْدَ أَهْلِ الذِّمَّةِ فَإِنْ بَاعَتْ بِدَيْنٍ فِي الذِّمَّةِ فَهُوَ بَاطِلٌ

وَأِنْ بَاعَتْ بِعَيْنٍ فَهُوَ فَاسِدٌ فِي حَقِّ مَا يُقَابِلُهَا حَتَّى يَمْلِكَ وَيَضْمَنَ بِالْقَبْضِ ، بَاطِلٌ فِي حَقِّ نَفْسِهَا حَتَّى لَا تَضْمَنَ وَلَا تَمْلِكَ بِالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ لِمَا أَنَّ الشَّرْعَ أَمَرَ بِإِهَانَتِهَا وَفِي تَمْلِكِهَا بِالْعَقْدِ مَقْصُودًا إِعْزَازًا لَهَا فَكَانَ بَاطِلًا وَذَلِكَ بِأَنْ يَشْتَرِيَهَا بِدَيْنٍ فِي الذِّمَّةِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ .

وَأِنَّمَا هِيَ وَسَائِلُ وَالْمَقْصُودُ تَحْصِيلُهَا فَكَانَ بَاطِلًا إِهَانَةً لَهَا وَإِنْ لَمْ تُكُنْ مَقْصُودَةً بِأَنْ كَانَتْ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ كَانَ فَاسِدًا ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ تَحْصِيلُ مَا يُقَابِلُهَا وَفِيهِ إِعْزَازٌ لَهُ لَا لَهَا ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ تَبِعَ لِمَا ذَكَرْنَا وَالْأَصْلُ هُوَ الْمَبِيعُ ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ مُعَيَّنَةً وَبِعَتْ بِعَيْنٍ مُقَابِضَةً صَارَ فَاسِدًا فِي حَقِّ مَا يُقَابِلُهَا بَاطِلًا فِي حَقِّهَا وَجِلْدُ الْمَيْتَةِ كَالْخَمْرِ فِيمَا ذَكَرَهُ

صَاحِبُ الْمُحِيطِ ؛ لِأَنَّهُ مَرْغُوبٌ فِيهِ بَيْنَ النَّاسِ فَصَارَ مَالًا مِنْ وَجْهِ كَالْخَمْرِ وَنَحْوِهَا وَجَعَلَهُ الْبُزْدَوِيُّ كَالْمَيْتَةِ ؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْهَا وَجَعَلَ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ وَغَيْرُهُ يَبِيعُ أُمُّ الْوَلَدِ الْمُدَبِّرَ وَالْمُكَاتِبَ مِنَ الْبَاطِلِ ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْعَتَقِ قَدْ ثَبَتَ لِأُمِّ الْوَلَدِ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ { أَعْتَقَهَا وَلَكُودَهَا } وَسَبَبُ الْحُرِّيَةِ انْعَقَدَ فِي حَقِّ الْمُدَبِّرِ الْمُطْلَقِ فِي الْحَالِ لِطُلَانِ أَهْلِيَّةِ الْمُوَلَّى بَعْدَ مَوْتِهِ وَالْمُكَاتِبُ اسْتَحَقَّ بِدَا عَلَى نَفْسِهِ وَخَرَجَ مِنْ يَدِ الْمُوَلَّى وَلَوْ ثَبَتَ فِيهِ الْمِلْكُ لَبَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ وَلَوْ بَاعَ الْمُكَاتِبُ بِرِضَاهُ صَحَّ فِي الظَّاهِرِ وَتَنَفَّسَ الْكِتَابَةُ اقْتِضَاءً ؛ لِأَنَّهَا تَقْبَلُهُ بِخِلَافِ الْمُدَبِّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ ، وَقَالَ فِي الْإِبْضَاحِ : إِذَا كَانَ أَحَدُ الْبَدَلَيْنِ مُدَبِّرًا أَوْ مُكَاتِبًا أَوْ أُمُّ وَلَدٍ مُلْكٌ بِالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ قَائِمٌ بِالْمَحَلِّ .

وَأِنَّمَا لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ لِحَقِّهِ فِي نَفْسِهِ فَاعْتَبِرْ ذِكْرَهُ فِي حَقِّ مَا يُقَابِلُهُ فَانْعَقَدَ الْعَقْدُ وَهَذَا هُوَ الصَّوَابُ ؛ لِأَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ فِي الْعَقْدِ حَتَّى لَا يَبْطُلَ الْبَيْعُ فِيمَا ضُمَّ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَيَبِيعُ مَعَهُ وَلَوْ كَانَ كَالْحُرِّ لَبَطَلَ وَيُؤْوَلُ مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ عَلَى أَنَّهُ بَاطِلٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ لَا فِي حَقِّ مَا يُقَابِلُهُ وَلَوْ مَاتَ الْمُدَبِّرُ أَوْ أُمُّ الْوَلَدِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ عَلَيْهِ قِيمَتُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا مَقْبُوضَانِ بِجِهَةِ الْبَيْعِ وَهُمَا مَالٌ حَقِيقَةٌ ، وَلِهَذَا يُمْلِكُ مَا ضُمَّ إِلَيْهِمَا فِي الْبَيْعِ فَيَضْمَنَانِ بِهِ ضَرُورَةً كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ بِخِلَافِ الْمُكَاتِبِ ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ الْقَبْضُ وَهَذَا الضَّمَانُ يَجِبُ بِهِ ، وَلَهُ أَنَّ شُبْهَةَ الْبَيْعِ إِنَّمَا تُلْحَقُ بِحَقِيقَتِهِ فِي مَحَلِّ يَقْبَلُ الْحَقِيقَةَ وَهُمَا لَا يَقْبَلَانِ حَقِيقَةَ الْبَيْعِ فَصَارَا كَالْمُكَاتِبِ وَلَيْسَ دُخُولُهُمَا فِي الْبَيْعِ فِي حَقِّ أَنْفُسِهِمَا بَلْ لَبِثَتْ حُكْمُ الْبَيْعِ فِيمَا ضُمَّ إِلَيْهِمَا كَمَا لَ الْمُشْتَرِي لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَحْدَهُ وَيَدْخُلُ فِي حَقِّ مَا ضُمَّ إِلَيْهِ وَقِيلَ : لَا يَدْخُلُ وَيَفْسُدُ الْبَيْعُ وَبِهِ كَانَ يُفْتَى ظَهِيرُ الدِّينِ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ دُخُولَهُ فِيهِ فِي حَقِّ مَا ضُمَّ إِلَيْهِ حَتَّى يَنْقَسِمَ الثَّمَنُ عَلَيْهِمَا لَا غَيْرُ .

وَرَوَى الْمُعَلَّى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَةَ الْمُدَبِّرِ دُونَ أُمِّ الْوَلَدِ كَمَا فِي الْعَصْبِ وَالْفَرْقُ لَهُ عَلَى الظَّاهِرِ أَنَّ جِهَةَ الْبَيْعِ هِيَ الْمُعْتَبَرَةُ هُنَا فَإِذَا بَطَلَتْ لِعَدَمِ مَحَلِّ بَقِي الْقَبْضُ بِإِذْنِ مَالِكِهِ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ بِخِلَافِ الْعَصْبِ .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الثَّمَنِ لَمْ يَجْزُ بَيْعُ الْمَيْتَةِ الْخ

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ فَأَمَّا الْبَيْعُ بِالْمَيْتَةِ وَالذِّمِّ بَاطِلٌ وَكَذَلِكَ بَيْعُ الْحُرِّ وَذَلِكَ لِانْعِدَامِ حَقِيقَةِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهَا مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ عَلَى التَّرَاضِي وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ لَيْسَتْ بِمَالٍ عِنْدَ أَحَدٍ مِمَّنْ لَهُ دَيْنٌ سَمَاوِيٌّ فَيَبْطُلُ الْبَيْعُ وَلَا يُفِيدُ الْمِلْكَ بِخِلَافِ الْبَيْعِ بِالْخَمْرِ وَالْخَزِيرِ فَإِنَّهُ فَاسِدٌ لَا بَاطِلٌ وَيُفِيدُ الْمِلْكَ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْقَبْضُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً بِأَنْ يَقْبِضَهُ الْمُشْتَرِي عَقِبَ الْبَيْعِ وَلَا يَنْهَاهُ الْبَائِعُ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْخَمْرَ وَالْخَزِيرَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ عِنْدَ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَلَكِنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ التَّقَوُّمَ بِدَلِيلِ حُلِّ الْإِثْلَافِ بَلَا ضَمَانَ فَمَنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ صَلَحَ ثَمَنًا وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ لَمْ يَصْلُحْ ثَمَنًا فَكَانَ مَشْرُوعًا بِأَصْلِهِ غَيْرَ مَشْرُوعٍ بِوَصْفِهِ وَهُوَ الْفَاسِدُ لَمْ يَكُنْ بِالْمَحْشِيِّ .

قوله : حَتَّى يَمْلِكَ

أَيَّ فَلَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي بِهَا عَبْدًا فَعَتَقَهُ الْمُشْتَرِي نَفَذَ عَتَقُهُ قَوْلُهُ : بِأَنْ كَانَتْ دَيْنًا فِي الدِّمَّةِ (أَيَّ الْخَمْرِ إِذْ لَا يَصِحُّ إِلَّا فِيهَا ؛ لِأَنَّ غَيْرَهَا لَا يُثَبَّتُ فِي الدِّمَّةِ .

قوله : وَسَبَبُ الْحُرِّيَةِ الْعَقْدُ الْخ

كَأَنَّهُ جَوَابٌ عَلَى مَا يَرُدُّ عَلَى أَصْلَانَا مِنْ أَنَّ التَّعْلِيلَاتِ لَيْسَتْ بِأَسْبَابٍ فِي الْحَالِ فَقَالَ لَمَّا كَانَ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ زَمَانٌ بَطْلَانِ الْأَهْلِيَّةِ انْعَقَدَ التَّدْبِيرُ سَبَبًا فِي الْحَالِ .

قوله : وَخَرَجَ مِنْ يَدِ الْمَوْلَى

أَيَّ وَجَوَازُ الْبَيْعِ يَقِفُ عَلَى الْيَدِ بِدَلِيلِ الْآبِقِ وَالْمَعْصُوبِ .

قوله : صَحَّ فِي الظَّاهِرِ

احْتِرَازًا عَنْ رِوَايَةِ النَّوَادِرِ ق

قوله : لِأَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ فِي الْعَقْدِ

أَيَّ بِخِلَافِ الْحُرِّ فَإِنَّهُ لَا يَدْخُلُ أَصْلًا فَيَبْطُلُ الْبَيْعُ فِيهِ وَفِيمَا ضَمَّ إِلَيْهِ .

قوله : عَلَى أَنَّهُ

بَاطِلٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ (

أَيَّ حَتَّى لَا يُفِيدُ الْمَلِكَ بَعْدَ الْقَبْضِ كَمَا تُفِيدُ سَائِرُ الْبَيَاعَاتِ الْفَاسِدَةِ الْمَلِكَ بَعْدَ الْقَبْضِ .

أَتَّقَانِي .

قوله : وَقَالَ عَلَيْهِ قِيمَتُهُمَا

وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْهُ .

قَوْلُهُ : بَلْ لِيُثْبِتَ حُكْمَ الْبَيْعِ فِيمَا ضُمَّ إِلَيْهِمَا

يَعْنِي لَوْ اشْتَرَى إِنْسَانٌ مَالَ نَفْسِهِ لَا يَجُوزُ وَلَوْ ضَمَّهُ مَعَ عَبْدِ الْبَائِعِ صَفْقَةً وَاحِدَةً فَإِنَّ عَبْدَهُ يَدْخُلُ فِي شِرَائِهِ لِيُثْبِتَ الْمَلِكُ فِي حَقِّ عَبْدِ الْبَائِعِ وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ لِيُثْبِتَ حُكْمَ الْبَيْعِ فِيمَا ضُمَّ إِلَيْهِمَا كَمَا لِ الْمُشْتَرِي قَالَ (وَالسَّمَكُ قَبْلَ الصَّيْدِ) أَيَّ لَا يَجُوزُ بَيْعُ السَّمَكِ قَبْلَ الْإِصْطِيَادِ لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَمُسْلِمٌ وَأَبُو دَاوُدَ وَغَيْرُهُمْ وَعَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ { لَا تَشْتَرُوا السَّمَكَ فِي الْمَاءِ فَإِنَّهُ غَرَرٌ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَلِأَنَّهُ بَاعَ مَا لَمْ يَمْلِكْ فَلَا يَجُوزُ ثُمَّ هُوَ عَلَى وَجْهَيْنِ فَإِمَّا أَنْ يَبِيعَهُ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَهُ أَوْ بَعْدَهُ فَإِنْ بَاعَهُ قَبْلَ الْإِخْذِ لَا يَجُوزُ لِمَا بَيَّنَّا وَإِنْ أَخَذَهُ ثُمَّ أَلْقَاهُ فِي الْحَظِيرَةِ فَإِنْ كَانَتْ الْحَظِيرَةُ كَبِيرَةً بِحَيْثُ لَا يُمْكِنُ أَخْذُهُ إِلَّا بِحِيلَةٍ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَلَوْ سَلَّمَهُ بَعْدَ ذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ عَلَى الرَّاوِيَيْنِ اللَّتَيْنِ فِي بَيْعِ الْأَبَقِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ بَاطِلٌ أَوْ فَاسِدٌ وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً بِحَيْثُ يُمْكِنُ أَخْذُهُ بِغَيْرِ حِيلَةٍ جَازَ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ مِلْكَهُ وَهُوَ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ وَثُبُتَ لِلْمُشْتَرِي خِيَارُ الرُّوْيَةِ عِنْدَ التَّسْلِيمِ لَهُ وَلَا يُعْتَدُ بِرُؤْيَتِهِ وَهُوَ فِي الْمَاءِ ؛ لِأَنَّ السَّمَكَ يَتَفَاوَتُ فِي الْمَاءِ وَخَارِجِهِ ، وَكَذَا لَوْ دَخَلَ السَّمَكُ الْحَظِيرَةَ بِإِحْتِيَالِهِ بِأَنْ سَدَّ عَلَيْهِ فَوْهَةَ النَّهْرِ أَوْ سَدَّ مَوْضِعَ الدُّخُولِ حَتَّى لَا يُمْكِنَ الْخُرُوجُ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ لِأَنَّهُ لَمَّا أُحْتَسِبَ فِيهِ بِإِحْتِيَالِهِ صَارَ أَخْذًا لَهُ وَمِلْكُهُ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ أَلْقَاهُ فِيهِ وَقِيلَ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْقَدْرَ لَيْسَ بِإِحْرَازٍ لَهُ فَصَارَ كَطَيْرٍ دَخَلَ الْبَيْتَ فَأَغْلَقَ عَلَيْهِ الْبَابَ وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا لَمْ يَهَيِّئِ الْحَظِيرَةَ لِلْإِصْطِيَادِ فَإِنْ هَيَّأَهَا لَهُ مِلْكُهُ بِالْإِجْمَاعِ فَيَكُونُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ فَإِنْ اجْتَمَعَ السَّمَكُ فِي الْحَظِيرَةِ بِنَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ وَلَمْ يَسُدَّ عَلَيْهِ الْمَدْخَلَ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ سَوَاءً أَمْكَنَهُ الْإِخْذُ بِغَيْرِ حِيلَةٍ أَوْ لَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ .

الشرح

قَوْلُهُ : لَيْسَ بِإِحْرَازٍ لَهُ

سَيَأْتِي فِي الْمَقَالَةِ الْآتِيَةِ مَا يُخَالِفُهُ نَقْلًا عَنْ النَّهَائِيَةِ .

قَوْلُهُ : فَإِنْ اجْتَمَعَ السَّمَكُ فِي الْحَظِيرَةِ بِنَفْسِهِ الْخ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ أَمَّا إِذَا اجْتَمَعَتْ بِنَفْسِهَا مِنْ غَيْرِ احْتِيَالٍ لِأَخْذِهَا فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ لِعَدَمِ الْمَلِكِ وَإِنْ لَمْ يَسْتَطِيعَنَّ الْخُرُوجَ كَمَا إِذَا أَفْرَحَ الصَّيْدُ فِي أَرْضِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَتَّخِذَ لَهُ مَكَانًا فَإِذَا اتَّخَذَ لَهُ مَكَانًا كَانَ مِلْكًا لِصَاحِبِ الْأَرْضِ .

قَالَ (وَالطَّيْرُ فِي الْهَوَاءِ) ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لَهُ قَبْلَ الْإِخْذِ وَبَعْدَهُ غَيْرُ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ وَهَذَا إِذَا كَانَ يَطِيرُ وَلَا يَرْجِعُ وَإِنْ كَانَ لَهُ وَكْرٌ عِنْدَهُ يَطِيرُ مِنْهُ فِي الْهَوَاءِ ثُمَّ يَعُودُ إِلَيْهِ جَازَ بَيْعُهُ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَخْذُهُ مِنْ غَيْرِ حِيلَةٍ وَعَلَى هَذَا لَوْ بَاعَ صَيْدًا قَبْلَ أَخْذِهِ لَا يَجُوزُ وَبَعْدَهُ يَجُوزُ إِنْ كَانَ

فِي يَدِهِ أَوْ مَحْبُوسًا فِي مَكَانٍ يُمَكِّنُهُ أَخْذُهُ مِنْ غَيْرِ حِيلَةٍ وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ أَخْذُهُ إِلَّا بِحِيلَةٍ لَا يَجُوزُ لِعَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ وَلَوْ أَخْذَهُ وَسَلَّمَهُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِيهِ رَوَاتَانِ عَلَى نَحْوِ مَا ذُكِرَ فِي الْأَبَقِ وَلَوْ اجْتَمَعَ فِي أَرْضِهِ الصَّيْدُ فَبَاعَهُ مِنْ غَيْرِ أَخْذِهِ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ ، وَلِهَذَا لَوْ بَاضَ فِيهَا بَيْضًا أَوْ تَنَكَّسَ الصَّيْدُ أَوْ تَكَسَّرَ يَكُونُ لِمَنْ أَخْذَهُ لِعَدَمِ مِلْكِهِ إِيَّاهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَسَلَ فِيهِ النَّحْلُ حَيْثُ يَمْلِكُهُ لِأَنَّ الْعَسَلَ قَائِمٌ بِأَرْضِهِ عَلَى وَجْهِ الْفَرَارِ كَالْأَشْجَارِ ، وَلِهَذَا وَجَبَ فِي الْعَسَلِ الْعُشْرُ إِذَا كَانَ فِي أَرْضِ الْعُشْرِ كَالثَّمَارِ وَهَذَا إِذَا لَمْ يَهَيِّئْ أَرْضَهُ لِدَلِكِ فَإِنْ هَيَّأَهَا لَهُ بِأَنْ حَفَرَ فِيهَا بَرًّا لِلِاصْطِيَادِ أَوْ نَصَبَ شَبَكَةً فَدَخَلَ فِيهِ صَيْدٌ أَوْ تَعَقَّلَ بِهِ مَلَكُهُ ؛ لِأَنَّ التَّهَيُّنَةَ أَحَدُ أَسْبَابِ الْمَلِكِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ حَطَّ طَسْتًا لَيَقَعَ فِيهِ الْمَطَرُ فَوَقَعَ فِيهِ مَلَكُهُ بِالْوُقُوعِ فِيهِ ، وَكَذَا لَوْ بَسَطَ ذَيْلَهُ عِنْدَ النَّارِ لَيَقَعَ فِيهِ الشَّيْءُ الْمُنْثَوْرُ مَلَكُهُ بِالْوُقُوعِ فِيهِ وَفِي النَّهْيَةِ لَوْ دَخَلَ الصَّيْدُ دَارَهُ فَأَغْلَقَ عَلَيْهِ الْبَابَ كَانَ الصَّيْدُ لَهُ وَلَمْ يَحْكُ فِيهِ خِلَافًا عَلَى قِيَاسِ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكَافِي فِي الطَّيْرِ لَا يَكُونُ لَهُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَانِ وَإِلَّا فَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا .

قَالَ (وَالْحَمْلُ وَالنَّجَاجُ) فَالْحَمْلُ مَا كَانَ فِي الْبُطْنِ وَالنَّجَاجُ مَا يَحْمِلُهُ هَذَا الْحَمْلُ { لِنَهْيِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ حَبْلِ الْحَبْلَةِ } رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَأَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُدَ وَحَبْلُ الْحَبْلَةِ أَنْ تُنْتِجَ النَّاقَةُ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ تَحْبِلُ الَّتِي تَنْجَتِ رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ { وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ شِرَاءِ مَا فِي بَطْنِ الْأَنْعَامِ حَتَّى تَضَعَ وَعَنْ بَيْعِ مَا فِي ضَرْعِهَا إِلَّا بِكَيْلٍ وَعَنْ شِرَاءِ الْعَبْدِ وَهُوَ أَبَقٌ وَعَنْ شِرَاءِ الْمَغَانِمِ حَتَّى تُقَسِّمَ وَعَنْ شِرَاءِ الصَّدَقَاتِ حَتَّى تُقْبِضَ وَعَنْ ضَرْبَةِ الْقَانِصِ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَابْنُ مَاجَهَ وَالتِّرْمِذِيُّ وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرًا وَقَدْ { نَهَى عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ } عَلَى مَا بَيَّنَّا وَالْغَرَرُ مَا يَكُونُ مَجْهُولَ الْعَاقِبَةِ لَا يَدْرِي أَيْكُونُ أَمْ لَا وَالْحَبْلَةُ هُوَ الْحَبْلُ وَهُوَ مَصْدَرٌ سُمِّيَ بِهِ الْحَبْلُ كَمَا سُمِّيَ بِالْحَمْلِ وَهُوَ مَصْدَرٌ ، وَإِنَّمَا دَخَلَتْ عَلَيْهِ التَّاءُ لِلِإِشْعَارِ بِالْأُتُوْتَةِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ أَنْ يَبِيعَ مَا سَيَحْمِلُهُ الْحَبْلُ إِنْ كَانَ أَتْنَى وَكَانُوا فِي الْجَاهِلِيَّةِ يَتَّبِعُونَ ذَلِكَ فَتَنَاهُمْ عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ : (وَالْحَمْلُ وَالنَّجَاجُ) قَالَ الْأَثْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عِنْدَ قَوْلِهِ فِي الْهَدَايَةِ : وَلَا يَبِيعُ الْحَمْلَ وَالنَّجَاجَ ، وَإِنَّمَا بَطَلَ هَذَا النَّوْعُ مِنَ الْبَيْعِ لِمَعْنَى الْغَرَرِ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي هَلْ تُنْتِجُ تِلْكَ النَّاقَةُ أَمْ لَا تُنْتِجُ إِنْ بَعِيتَ فَرُبَّمَا هَلَكَتْ قَبْلَ أَنْ تُنْتِجَ وَتَلَدَ قَالَ (وَاللَّبْنُ فِي الضَّرْعِ) لِمَا رَوَيْنَا وَلِمَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { نَهَى أَنْ يُبَاعَ تَمْرٌ حَتَّى يُطْعَمَ وَصُوفٌ عَلَى ظَهْرٍ وَلَبَنٌ فِي ضَرْعٍ وَسَمْنٌ فِي لَبَنٍ } رَوَاهُ الدَّارَقُطْنِيُّ وَلِأَنَّهُ يَدْرُ سَاعَةً فَسَاعَةً فَيَحْتَطُّ الْمَبِيعُ بِغَيْرِ الْمَبِيعِ وَلِأَنَّهُمْ يَحْتَطُّونَ فِي كَيْفِيَّةِ الْحَلْبِ فَيُؤَدِّي إِلَى التَّرَاعِ وَلِأَنَّهُ يَحْتَطُّ أَنْ يَكُونَ انْتِفَاعًا مِنَ الرِّيحِ وَلَيْسَ فِيهِ لَبَنٌ .

الشرح

قَوْلُهُ : فَيَحْتَطُّ الْمَبِيعُ بِغَيْرِ الْمَبِيعِ

أَيُّ بَحِثُ لَا يَمْتَنَزُ عَنْهُ فَلَا يَجُوزُ ، وَكَذَا إِذَا بَاعَ دَفِيقًا فِي هَذِهِ الْحِنِطَةِ أَوْ زَيْتًا فِي هَذَا الزَّيْتُونِ أَوْ دُهْنًا فِي السَّمْسِمِ أَوْ عَصِيرًا فِي الْعَبِ أَوْ سَمْنًا فِي اللَّبَنِ وَنَحْوَ ذَلِكَ .

أَثْقَانِي .

قوله : فيؤدّي إلى النزاع

أي فلا يجوز البيع لأدائه إلى قلب الموضوع ؛ لأن وضع الأسباب لقطع المنازعات فإذا أفضى البيع إلى ذلك لزم ما قلنا .

أثقاني .

قال (واللؤلؤ في الصدف) لأن فيه غرراً وقد نهى عنه عليه السلام ، ألا ترى أنه مجهول لا يعلم وجوده فيه ولا قدره ولأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر وهو كسر الصدف وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعه ؛ لأن الصدف لا ينتفع به إلا بالكسر فلا يعد ضرراً قلنا هو مجهول ، بخلاف ما إذا باع ثراب الذهب والحبوب في غلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض أيضاً .

الشرح

قوله في المتن : واللؤلؤ في الصدف

أي ولو اشترى لؤلؤة في صدف قال أبو يوسف يجوز البيع وله الخيار إذا رأى ، وقال محمد لا يجوز وعليه الفتوى .

قاضي خان في فتاواه في البيع الفاسد .

قال (والصوف على ظهر الغنم لما روينا) ولأنه قبل الحز ليس بمال متقوم في نفسه ؛ لأنه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر أطرافه ولأنه يزيد من أسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا في اللبن بخلاف القوائم ؛ لأنها تزيد من أعلاها ويعرف ذلك بالخصاب وبخلاف القصيل ؛ لأنه يقلع والصوف يقطع فيتنازعان في موضعه وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعه ؛ لأنه مال متقوم منتفع به مقدور التسليم كسائر الأموال بخلاف أطراف الحيوان ؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا بعد الذبح فصار ماله اللحم فيها متعلقاً بفعل شرعي ولم يوجد قبله وكونه مقطوعاً لا تأثير له كما في الكراث وقوائم الخلف والحجة عليه ما روينا وما بيننا من المعنى والتعليل بمقابلة النص مردود ، وإنما أجز في الكراث وقوائم الخلف للتعامل إذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه .

الشرح

قوله : لأنه بمنزلة وصف الحيوان

أي لأنه تبع للحيوان فلما كان تبعاً لم يجز جعله مقصوداً بإرادة العقد عليه .

أثقاني

قوله بخلاف القوائم ؛ لأنها تزيد من أعلاها

أي وكل ما يزداد منها يزداد على ملك المشتري فلا يختلط المبيع بغيره .

أَتَقَانِي .

قوله : وَإِنَّمَا أُجِيزَ فِي الْكُرَاتِ

أَيَّ وَإِنْ كَانَ يَنْمُو مِنْ أَسْفَلِهِ .

أَتَقَانِي .

قَالَ (وَالْجَذْعُ فِي السَّقْفِ وَذِرَاعٍ مِنْ ثَوْبٍ) لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ التَّسْلِيمُ إِلَّا بِضَرَرٍ يَلْزِمُهُ سَوَاءُ ذَكَرَ مَوْضِعَ الْقَطْعِ أَوْ لَمْ يَذْكُرْ وَلَا يُقَالُ هُوَ بِنَفْسِهِ التَّزَامُ الضَّرَرِ ؛ لِأَنَّ التَّزَامَ بِدُونِ الْعَقْدِ غَيْرُ لَازِمٍ وَالْعَقْدُ لَمْ يُوجِبِ الضَّرَرَ فَيُمَكِّنُهُ الرُّجُوعُ فَيَتَحَقَّقُ التَّزَاغُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ بَعْضًا مَعْلُومًا مِنْ ثَقَرَةٍ فَضَّةٍ حَيْثُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ التَّبَعِيضَ لَا يَضُرُّهُ ، وَلَوْ قَلَعَ الْبَائِعُ الْجَذْعَ أَوْ قَطَعَ الثَّوْبَ وَسَلَّمَهُ عَادَ صَحِيحًا إِنْ كَانَ قَبْلَ فُسْخِ الْمُشْتَرِيِّ الْبَيْعِ لَزَوَالَ الْمَانِعِ مِنَ الْفَسَادِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَلَدَ الْحَيَّوَانَ وَذَبَحَهُ وَسَلَّمَهُ حَيْثُ لَا يَعُودُ صَحِيحًا ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ فِيهِ لِعَدَمِ الْمَالِيَةِ لَمَّا بَيَّنَّاهُ فِي أَطْرَافِ الْحَيَّوَانِ وَنَظِيرُهُ مَا لَوْ بَاعَ خَمْرًا ثُمَّ تَخَلَّلَتْ ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ بَزْرًا فِي بَطِيخٍ وَنَحْوَهُ حَيْثُ لَا يَجُوزُ وَإِنْ شَقَّهِ وَسَلَّمَهُ ، لِأَنَّ فُسَادَهُ لِحَتْمَالِ الْعَدَمِ فَلَا يَعُودُ صَحِيحًا بِخِلَافِ الْجُبُوبِ فِي أَغْلَافِهَا حَيْثُ يَجُوزُ بَيْعُهَا وَإِنْ كَانَتْ مَسْتُورَةً ؛ لِأَنَّ وُجُودَهَا مَعْلُومٌ ، وَلِهَذَا سُمِّيَ بِهِ فَيُقَالُ هَذَا بَاقِلِيٌّ وَهَذِهِ حَنْطَةٌ وَلَا يُقَالُ لِلْبَطِيخِ هَذَا بَزْرٌ وَهُوَ الْفَارِقُ وَهَذَا فِي ثَوْبٍ يَضُرُّهُ الْقَطْعُ كَالْمَهْيَأِ لِلْبَيْسِ وَإِنْ كَانَ لَا يَضُرُّهُ الْقَطْعُ حَازَ بَيْعُ ذِرَاعٍ مِنْهُ كَالْقَفِيرِ مِنَ الصَّبْرِ .

الشرح

قوله في المتن : والجذع في السقف

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مُتَعَيِّنًا لَا يَجُوزُ لِمَا ذَكَرْنَا وَلِلْجِهَالَةِ أَيْضًا قَالَ الْأَتَقَانِيُّ يَعْنِي هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا مِنْ عَدَمِ حَوَازِ بَيْعِ جَذْعٍ مِنْ سَقْفٍ فِيمَا إِذَا كَانَ الْجَذْعُ مُتَعَيِّنًا أَمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ الْجَذْعُ مُتَعَيِّنًا فَلَا يَجُوزُ الْبَيْعُ لِلْمَعْنِيَيْنِ أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرْنَا فِي الْجَذْعِ الْمُتَعَيِّنِ وَهُوَ أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمُهُ إِلَّا بِضَرَرٍ وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ لِمَا ذَكَرْنَا وَالْمَعْنَى الثَّانِي الْجِهَالَةُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ قَوْلُهُ وَلَا يُقَالُ هُوَ بِنَفْسِهِ التَّزَامُ الضَّرَرِ (قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَا يَلْزِمُ أَنَّهُ رَضِيَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَلْزِمُ أَنْ يَرْجَعَ عَنْ ذَلِكَ فَيَبْطُلُ الْبَيْعُ إِلَّا أَنْ يَقْطَعَهُ اتِّفَاقًا فَيَسْلُمُهُ قَبْلَ نَقْضِ الْبَيْعِ فَيَنْقَلِبُ الْبَيْعُ صَحِيحًا قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَلَوْ بَاعَ جَذْعًا مِنْ سَقْفٍ أَوْ آجُرًا مِنْ حَائِطٍ أَوْ ذِرَاعًا مِنْ كِرْبَاسٍ أَوْ مِنْ دِيَبَاجٍ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لِأَجْلِ الْمَضَرَّةِ .

أَتَقَانِي .

قوله : وَلَوْ قَلَعَ الْبَائِعُ الْجَذْعَ أَوْ قَطَعَ الثَّوْبَ وَسَلَّمَهُ عَادَ صَحِيحًا

أَيَّ وَيُجِبُّ الْمُشْتَرِي عَلَى الْاِخْتِذِ .

أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ : وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ بَزْرًا فِي بَطِيخٍ وَتَحْوِهِ

قَالَ فِي الْفَتَاوَى الْوَلَوَالِحِيَّةِ رَجُلٌ بَاعَ النَّوَاةَ فِي التَّمْرِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ نَزْعُهَا إِلَّا بِضَرَرٍ ، وَأَمَّا إِذَا بَاعَ حَبَّ هَذَا الْقُطْنِ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ هَكَذَا اخْتَارَ الْفَقِيهَةُ أَبُو اللَّيْثِ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي نَزْعِهِ .

أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ : وَإِنْ شَقَّه الْخُ

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا شَقَّ التَّمْرَ وَالْبَطِيخَ وَأَخْرَجَ النَّوَى وَالْبِزْرَ وَسَلَّمْ لَا يَعُودُ صَحِيحًا لِاحْتِمَالِ فِي وُجُودِهِمَا زَمَانُ الْبَيْعِ وَلَيْسَ الْجِذْعُ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مَوْجُودٌ مُحْسُوسٌ وَلَا احْتِمَالَ فِيهِ وَالْبِزْرُ يَفْتَحُ الْبَاءَ وَالْكَسْرُ فِيهِ لُغَةً بِزْرُ الْبَقْلِ وَغَيْرِهِ .

قَوْلُهُ فِي ثَوْبٍ يَضُرُّهُ الْقَطْعُ كَالْمُهَيَّأِ لِلْبُسِّ

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ : كَالسَّرَاوِيلِ وَالْقَمِيصِ وَالْعِمَامَةِ ، أَمَّا إِذَا كَانَ كَرَبَاسًا لَا تَتَفَاوَتُ جَوَانِبُهُ قَالُوا يَحُوزُ بَيْعُ ذَلِكَ كَذَا قَالَ الْإِمَامُ الْعَتَّابِيُّ .

قَالَ (وَضَرْبَةُ الْقَانِصِ) وَهُوَ مَا يَخْرُجُ مِنَ الصَّيْدِ بِضَرْبِ الشَّبَكَةِ أَوْ بِغَوْصِ الصَّائِدِ فِي الْمَاءِ لَمَّا رَوَيْنَا فِيهِ مُفَصَّلًا وَمُحْمَلًا وَهُوَ التَّهْيُ عَنْ الْغَرَرِ وَلِأَنَّهُ مَجْهُولُ الْقَدْرِ وَالصَّفَةِ فَلَا يَحُوزُ .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ : وَضَرْبَةُ الْقَانِصِ

بِالْقَافِ وَالتَّوْنِ وَهُوَ مَا يَخْرُجُ مِنَ الصَّيْدِ بِضَرْبِ الشَّبَكَةِ وَهُوَ مِنَ الْقَنْصِ يُقَالُ قَنَصَ يَقْنِصُ قَنْصًا إِذَا صَادَ وَرُويَ فِي تَهْذِيبِ الْأَزْهَرِيِّ عَنْ ضَرْبَةِ الْعَايِصِ بِالْعَيْنِ الْمُعْجَمَةِ وَالْيَاءِ آخِرِ الْحُرُوفِ بَعْدَ الْأَلِفِ وَهُوَ غَوْصُ الصَّائِدِ فِي الْمَاءِ أَوْ غَوْصُ الرَّجُلِ فِي الْبَحْرِ لِأَجْلِ اللُّؤْلُؤِ .

عَيْنِي وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ وَضَرْبَةُ الْقَانِصِ مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَمَالُ وَهُوَ بَاطِلٌ لِعَدَمِ مِلْكِ الْبَائِعِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَكَانَ غَرَرًا وَلِجَهَالَةِ مَا

قَوْلُهُ : وَهُوَ مَا يَخْرُجُ مِنَ الصَّيْدِ بِضَرْبِ الشَّبَكَةِ

أَيُّ وَهُوَ عَلَى هَذَا مِنَ الْقَنْصِ يُقَالُ قَنْصٌ يَقْنِصُ قَنْصًا إِذَا صَادَ ق .

قَوْلُهُ : وَمُجْمَلًا وَهُوَ النَّهْيُ عَنِ الْغَرَرِ

أَيُّ لَأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَحْصُلَ شَيْءٌ مِنَ الضَّرْبَةِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَحْصُلَ وَلِأَنَّهُ بَيْعٌ مَا لَيْسَ يَمْلِكُهُ الْإِنْسَانُ ؛ لِأَنَّهُ مَا كَانَ مَالِكًا وَقَتَ الْعَقْدِ لِمَا يَحْصُلُ مِنَ الضَّرْبَةِ وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ } وَهَذَا الْوَجْهُ مِمَّا سَمَحَ بِهِ خَاطِرُ الْأَثْقَانِيِّ كَذَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ .

قَوْلُهُ : وَلِأَنَّهُ مَجْهُولُ الْقَدْرِ

أَيُّ وَجْهَالَةُ الْمَبِيعِ تُفْسِدُ الْبَيْعَ .

أَثْقَانِيٌّ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ مَجْهُولُ الْقَدْرِ أَيُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي مَا الَّذِي يَحْصُلُ مِنَ الضَّرْبَةِ ق .

قَالَ (وَالْمَزَابَنَةُ) وَهُوَ بَيْعُ الثَّمَرِ عَلَى رَأْسِ النَّخْلِ بِثَمَرٍ مَجْدُودٍ مِثْلَ كَيْلِهِ خَرْصًا لِحَدِيثِ أَنَسٍ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { نَهَى عَنِ الْمُحَاقَلَةِ وَالْمُخَاضَرَةِ وَالْمُنَابَذَةِ وَالْمُلَامَسَةِ وَالْمَزَابَنَةِ } رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَالْمَزَابَنَةُ مَا ذَكَرْتَاهُ وَالْمُحَاقَلَةُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُبُلِهَا بِحِنْطَةٍ مِثْلَ كَيْلِهَا خَرْصًا وَالْمُخَاضَرَةُ بَيْعُ الثَّمَارِ قَبْلَ أَنْ تَنْتَهِيَ وَلِأَنَّهُ بَاعَ مَكِيلًا بِمَكِيلٍ مِنْ جَنْسِهِ فَلَا يَجُوزُ بِطَرِيقِ الْخَرْصِ كَمَا لَوْ كَانَا مَوْضِعَيْنِ عَلَى الْأَرْضِ ، وَكَذَا بَيْعُ الْعِنَبِ بِالْعِنَبِ خَرْصًا لَا يَجُوزُ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ لِمَا رَوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { نَهَى عَنِ بَيْعِ الْمَزَابَنَةِ بَيْعَ الثَّمَرِ بِالثَّمَرِ إِلَّا أَصْحَابَ الْعَرَايَا فَإِنَّهُ قَدْ أَذِنَ لَهُمْ } رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَالتِّرْمِذِيُّ وَزَادَ فِيهِ { وَعَنْ بَيْعِ الْعِنَبِ بِالزَّيْبِ وَعَنْ كُلِّ ثَمَرٍ بِخَرْصِهِ } وَلَنَا مَا رَوَيْنَا وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالثَّمَرُ بِالثَّمَرِ وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ } مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدَا يَبِيدُ فَمَنْ زَادَ أَوْ اسْتَرَادَ فَقَدْ أَرَبَى الْآخِذُ وَالْمُعْطِي فِيهِ سَوَاءٌ { رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَأَحْمَدُ وَأَمَثَالُهُ مِنَ النُّصُوصِ لَا تُحْصَى كُلُّهَا مَشْهُورَةٌ وَتَلَقَّنَهَا الْأُمَّةُ بِالْقَبُولِ فَلَا يَجُوزُ تَرْكُهَا وَهَذَا لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ وَاجِبَةً بِالنَّصِّ وَالتَّفَاضُلُ مُحَرَّمٌ بِهِ ، وَكَذَا التَّفَرُّقُ قَبْلَ قَبْضِ الْبَدَلَيْنِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُبَاعَ جُزْأً وَلَا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا مُتَأَخِّرًا كَمَا لَوْ كَانَ أَكْثَرُ مِنْ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ وَهَذَا لِأَنَّ احْتِمَالَ التَّفَاضُلِ ثَابِتٌ فَصَارَ كَمَا لَوْ تَفَاضَلَا بَيِّقَيْنِ أَوْ كَانَا مَوْضِعَيْنِ فِي الْأَرْضِ وَمَعْنَى الْعَرَايَا فِيمَا رَوَاهُ الْعَطَايَا وَتَفْسِيرُهُ أَنْ يَهَبَ الرَّجُلُ ثَمَرَهُ نَخْلَةً مِنْ بُسْتَانِهِ ثُمَّ يَشُقُّ عَلَى الْمُعْرِي دُخُولَ الْمُعْرِي لَهُ فِي بُسْتَانِهِ كُلِّ سَاعَةٍ وَلَا يَرْضَى أَنْ يُخْلِفَ الْوَعْدَ فَيَرْجِعُ فِيهِ فَيُعْطِيهِ قَدْرَهُ ثَمَرًا مَجْدُودًا بِالْخَرْصِ بِذَلِكَ وَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَنَا ؛ لِأَنَّ الْمَوْهُوبَ لَهُ لَمْ يَمْلِكِ الثَّمَرَةَ لِعَدَمِ الْقَبْضِ فَصَارَ بَائِعًا مَلِكُهُ بِمَلِكِهِ وَهُوَ جَائِزٌ لَا بِطَرِيقِ الْمُعَاوَضَةِ ، وَإِنَّمَا هُوَ هَبَةٌ مُبْتَدَأَةٌ وَسُمِّيَ ذَلِكَ بَيْعًا مَجَازًا ؛ لِأَنَّهُ فِي الصُّورَةِ عَوْضٌ عَمَّا أَعْطَاهُ أَوَّلًا فَكَأَنَّهُ أَنْفَقَ فِي الْوَاقِعَةِ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ أَوْ دُونَهُ فَظَنَّ الرَّاوي أَنَّ الرُّخْصَةَ مُقْتَصِرَةٌ عَلَيْهِ فَتَقَلَّ كَمَا وَقَعَ عِنْدَهُ وَسَكَتَ عَنِ السَّبَبِ كَذَا فَسَرَهُ أَهْلُ الْفِقْهِ وَالْحَدِيثِ فَكَانَ الْحَمْلُ عَلَيْهِ أَوْلَى كَيْ لَا يَكُونَ مُخَالَفًا لِلْمَشَاهِيرِ وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الرَّاويَ ظَنَّ أَنَّهُ بَيْعٌ .

قوله في المتن : والمزبنة

قال في الفائق المزبنة بيع الثمر في رؤوس النخل بالتمر ؛ لأنها تؤدي إلى النزاع والمدافعة من الزبن وهو الدفع .

قوله : وهو بيع الثمر على رأس النخل الخ

قال الأثقاني والأول بالشاء المنقوطة بالثلاث والثاني بالثنتين كذا وقع سماعنا مراراً بفرغانة وبخاري وذلك لأن ما على النخيل قد يكون رطباً وقد يكون تمرًا إذا حَفَّ فقلنا بالثلاث حتى يعمهما جميعاً والغالب من حال المجذوذ أن يكون تمرًا فقلنا بالثنتين ولو رويًا بالثلاث فيهما جميعاً أو بالثنتين فيهما جميعاً فالحكم كذلك ؛ لأن بيع المزبنة لا يجوز كيفما كان لشبهه الربا سواء كان الرطب بالرطب أو التمر بالتمر أو أحدهما بالآخر .

قوله : خرصاً

ضبطه الشارح بالقلم بكسر الخاء ، وقال في المصباح خرصت النخل خرصاً من باب قتل حذرت ثمره والاسم الخرص بالكسر .

قوله ، وقال الشافعي يجوز

أي وهو مذهب أحمد وإسحاق .

أثقاني .

قوله : إنا أصحاب العرايا

وهو أن يُباع بحرصها تمرًا فيما دون خمسة أوسق .

هداية قوله واجبة بالنص (الذي بخط الشارح واجب بالنص) .

قوله : فظن الراوي أن الرخصة مقصورة

الذي بخط الشارح مقتصره .

قال (والملازمة وإلقاء الحجر) وهذه من البيوع التي كانت في الجاهلية وهو أن يتساوم الرجلان فإذا لمسهما المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالأول بيع الملازمة والثاني بيع المنازعة والثالث إلقاء الحجر وقد نهى عليه السلام عنها بما روينا وعن أبي سعيد أنه عليه السلام { نهى عن الملازمة والمنازعة في البيع ، والملازمة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه والمنازعة أن ينبذ الرجل بثوبه وينبذ الآخر بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض } رواه البخاري ومسلم وأحمد ولأن فيه تعليقاً للتملك بالخطر فيكون قماراً فصار في المعنى كأنه قال للمشتري أي ثوب ألقى عليه الحجر فقد بعثكه وفي المغرب بيع الملازمة واللّمس أن يقول لصاحبه : إذا لمست ثوبك أو لمست ثوبي فقد وجب البيع وفي المنتقى عن أبي حنيفة هي أن يقول بعثك هذا المتاع بكذا فإذا لمستك فقد وجب البيع أو يقول المشتري كذلك والمنازعة أن يقول إذا نبذته إليك أو يقول المشتري إذا نبذته إلي فقد وجب البيع وإلقاء الحجر أن يقول المشتري أو البائع إذا ألقى الحجر وجب البيع وفي سنن أبي داود الملازمة أن يمسّه بيده ولا ينشره ولا يقلبه .

قال (وثوب من ثوبين) لجهالة المبيع هذا إذا لم يشترط فيه خيار الثعين وإن اشترط فيه بأن اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز وقد بينا أنه يجوز إلى ثلاثة وحكمه إذا قبضهما .

الشرح

قوله في المتن : وثوب من ثوبين

لجهالة المبيع أي وجهالة المبيع مانعة من صحة العقد إذا كانت تُفضي إلى المنازعة وهذه تُفضي إليها ؛ لأن البائع لا يدري ما يسلم والمشتري لا يدري ما يتسلم فتقع المنازعة بخلاف جهالة القيمة وجهالة الصبرة المبيعة فإنها لا تمنع من التسليم والتسلم ، ولو قال بعث أحد الثوبين على أن يأخذ المشتري أيهما شاء بعشرة فقبل جاز استحساناً والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وقد مضى بيان المسألة مستوفى في أواخر خيار الشرط .

أثقاني .

قوله : وإن اشترط فيه بأن اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز

أي لأنه إذا شرط الخيار ارتفعت الجهالة في الثاني بفعل أحد المتعاقدين فصار كبيع قفيز من صبرة وإذا لم يشترط الخيار ثبتت الجهالة وكثرت ، ألا ترى أنه ليس للمشتري اختيار أحد الثوبين إلّا وللبيع أن يعين الآخر فإذا شرط الخيار تعين المبيع بفعل أحدهما فقلت الجهالة فلم تؤثر .

أَقْطَعُ .

قَالَ (وَالْمَرَاعِي وَإِجَارَتُهَا) أَيَّ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمَرَاعِي وَلَا إِجَارَتُهَا وَالْمُرَادُ بِهِ الْكَلَاءُ دُونَ رَقَبَةِ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْأَرْضِ وَإِجَارَتَهَا جَائِزٌ إِذَا كَانَ مَالَكًا لَهَا ، وَإِنَّمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْكَلَاءِ وَإِجَارَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ إِذْ لَا يَمْلِكُهُ بِنَبَاتِهِ فِي أَرْضِهِ مَا لَمْ يُحْرِزْهُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ { الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثَةٍ : فِي الْمَاءِ وَالْكَلَاءِ وَالنَّارِ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُدَ وَرَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ وَزَادَ فِيهِ { وَثُمَّنُهُ حَرَامٌ } وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يُحْرِزْهُ ، وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ { لَا يُمْنَعُ الْمَاءُ وَالنَّارُ وَالْكَلَاءُ } رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ وَمَعْنَاهُ أَنَّ لَهُمْ الْإِتِّفَاعَ بِشُرْبِ الْمَاءِ وَسَقْيِ الدَّوَابِّ وَالِاسْتِقْيَاءِ مِنَ الْآبَارِ وَالْحِيَاضِ وَالْأَنْهَارِ الْمَمْلُوكَةِ وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ النَّاسَ مِنَ الدُّخُولِ فِي أَرْضِهِ وَإِذَا طَلَبَ أَحَدُ الْمَاءِ يَلْزِمُهُ أَحَدُ أَمْرَيْنِ إِمَّا أَنْ يُخْلِيَهُ يَدْخُلُ فَيَأْخُذُ الْمَاءَ بِنَفْسِهِ أَوْ يُخْرِجَ لَهُ هُوَ فَصَارَ نَظِيرَ مَا لَوْ وَقَعَ تَوْبُؤُ إِنْسَانٍ فِي دَارٍ غَيْرِهِ بِهَبُوبِ الرِّيحِ فِيهِ ، وَكَذَا لَهُمْ الْإِحْتِشَاشُ مِنَ الْأَرْضِ الْمَمْلُوكَةِ فَإِنْ مَنَعَهُمْ مِنَ الدُّخُولِ فِي أَرْضِهِ فَهُوَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْمَاءِ مِنَ الْحُكْمِ فَإِذَا كَانَ مُبَاحًا فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَلَا إِجَارَتُهُ وَإِنْ كَانَ فِي أَرْضِهِ لِعَدَمِ الْمِلْكِ فِيهِ وَلِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكَ الْعَيْنِ وَالِإِجَارَةُ لَا تَجُوزُ فِي اسْتِهْلَاكَ الْعَيْنِ الْمَمْلُوكَةِ فَغَيْرُ الْمَمْلُوكَةِ أَوْلَى وَأُجِيزَتْ فِي الظُّفْرِ وَالصَّبْغِ لِكُونِهَا آلَةً لِلْعَمَلِ بَيْعًا وَضِمْنًا وَكَمْ مِنْ شَيْءٍ يَجُوزُ ضِمْنًا وَإِنْ لَمْ يَحْزَ قَصْدًا ، وَالْحِيلَةُ فِيهِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْأَرْضَ لِإِقْفَافِ الدَّوَابِّ فِيهَا أَوْ لِمَنْفَعَةٍ أُخْرَى بِقَدْرِ مَا يُرِيدُ صَاحِبُهُ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ الْأَجْرَةِ فَيَحْصُلُ بِهِ غَرَضُهُمَا هَذَا إِذَا نَبَتَ

الْحَشِيشُ بِنَفْسِهِ وَإِنْ أَتَبَتُهُ صَاحِبُ الْأَرْضِ بِأَنْ سَقَاهَا أَوْ حَذَقَ حَوْلَهَا أَوْ هَيَّأَهَا لِلْإِنْبَاتِ مَلَكُهُ وَجَازَ بَيْعُهُ وَقِيلَ لَا يَمْلِكُهُ حَتَّى لَا يَجُوزَ بَيْعُهُ قَبْلَ الْإِحْرَارِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْكَةَ ثَابِتَةً بِالنَّصِّ فَلَا تَنْقُطُ بِدُونِ الْحَيَاةِ ذَكَرَهُ فِي النَّهْيَةِ وَيَدْخُلُ فِي الْكَلَاءِ جَمِيعُ أَنْوَاعِ مَا تَرَعَاهُ الْمَوَاشِي رَطْبًا كَانَ أَوْ يَابَسًا بِخِلَافِ الْأَشْجَارِ ؛ لِأَنَّ الْكَلَاءَ اسْمٌ لِمَا لَا سَاقَ لَهُ وَالْأَشْجَارُ لَهَا سَاقٌ فَلَا تَدْخُلُ فِيهِ حَتَّى جَازَ بَيْعُهَا إِذَا نَبَتَتْ فِي أَرْضِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُهَا بِالنَّبَاتِ فِيهَا وَالْكِمَاءَةُ كَالْكَلَاءِ وَلِذَا لَهُمْ أَنْ يَتَنَفَّعُوا بِضَوْءِ النَّارِ وَالِإِصْطِلَاءِ بِهَا وَالِإِيقَادِ مِنْ لَهَبِهَا بِدُونِ رِضَا صَاحِبِهَا وَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا مِنَ الْحَمْرِ شَيْئًا إِلَّا بِرِضَا صَاحِبِهِ .

الشرح

قوله : وَإِنَّمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْكَلَاءِ وَإِجَارَتُهُ

أَيَّ لِأَنَّهُ مُبَاحٌ يَشْتَرِكُ فِيهِ جَمِيعُ النَّاسِ فَلَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ لِأَحَدٍ قَبْلَ الْإِحْرَارِ .

أَتَقَانِي .

قوله : لَا تَجُوزُ فِي اسْتِهْلَاكَ الْعَيْنِ الْمَمْلُوكَةِ

أَيَّ بِأَنْ اسْتَأْجَرَ بَقْرَةً لِيَشْرَبَ لَبَنَهَا .

هِدَايَةُ قَوْلُهُ : وَقِيلَ : لَا يَمْلِكُهُ (قَائِلُهُ الْقُدُورِيُّ .

قوله فلا تنقطع بدون الحيابة

أَيَّ وَسَوْقِ الْمَاءِ إِلَى أَرْضِهِ لَيْسَ بِحِيَابَةٍ وَالْأَكْثَرُ عَلَى الْأَوَّلِ إِلَّا أَنَّ عَلَى هَذَا الْقَائِلِ أَنْ يَقُولَ : يَنْبَغِي أَنْ حَافِرَ الْبَيْتِ يَمْلِكُ بِنَاءَهَا وَيَكُونُ بِتَكْلُفِهِ الْحَفَرُ وَالطِّيَّ لِتَحْصِيلِ الْمَاءِ كَمَا يَمْلِكُ الْكَلَّا بِتَكْلُفِهِ سَوْقَ الْمَاءِ إِلَى الْأَرْضِ لِيَنْبَتَ فَلَهُ مَنَعُ الْمُسْتَقِيِّ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ

كَمَالٌ .

قَالَ (وَالتَّحْلِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ يَجُوزُ بَيْعُهُ إِذَا كَانَ مُحْرَرًا ؛ لِأَنَّهُ حَيَوَانٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ وَإِنْ كَانَ لَا يُؤْكَلُ كَالْحِمَارِ وَلَهُمَا أَنَّهُ مِنَ الْهَوَامِّ فَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ كَالزُّبُورِ وَهَوَامُّ الْأَرْضِ وَالانْتِفَاعُ بِمَا يَخْرُجُ مِنْهُ لَا بَعِيْنَهُ فَلَا يَكُونُ مُنْتَفَعًا بِهِ وَالشَّيْءُ إِنَّمَا يَصِيرُ مَالًا لِكَوْنِهِ مُنْتَفَعًا بِهِ حَتَّى لَوْ بَاعَهُ مَعَ الْكُوَارَةِ صَحَّ تَبَعًا لَهَا ذِكْرُهُ الْقُدُورِيُّ فِي شَرْحِهِ وَذَكَرَ الْكَرْحِيُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مَعَ الْعَسَلِ ، وَقَالَ الشَّيْءُ إِنَّمَا يَدْخُلُ فِي الْعَقْدِ تَبَعًا لغيرِهِ إِذَا كَانَ مِنْ حُقُوقِهِ كَالشُّرْبِ وَالطَّرِيقِ .

الشرح

قوله : وقال محمد والشافعي يجوز بيعه إذا كان محرراً

أَيَّ ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ فَيَجُوزُ لِلْحَاجَةِ وَبِهِ قَالَتِ الثَّلَاثَةُ وَبِهِ يُفْتَى ، وَقَالَ صَاحِبُ الْمَجْمَعِ يَجُوزُ بَيْعُ النَّحْلِ تَبَعًا لِلْكُوَارَاتِ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَجُوزُ مُطْلَقًا ، وَقَالَ الْكَرْحِيُّ فِي مُحْتَصَرِهِ : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ النَّحْلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَإِنْ كَانَ فِي كُوَارَاتِهَا عَسَلٌ فَاشْتَرَى الْكُوَارَاتِ بِمَا فِيهَا حَازَ .

عيني .

قوله : حتى لو باعه مع الكوارة صح

الْكُوَارَاتُ مَعْسَلُ النَّحْلِ إِذَا سَوِيَ مِنْ طِينٍ وَهِيَ بِضَمِّ الْكَافِ وَالتَّشْدِيدِ كَذَا رَأَيْتُ فِي أَسَاسِ الْبَلَاغَةِ بِتَصْحِيحِ الْمُطَرِّزِيِّ وَرُويَ بِالتَّخْفِيفِ أَيْضًا فِي التَّهْذِيبِ وَرُويَ أَيْضًا كُوَارٌ وَكُوَارَةٌ بِالْكَسْرِ وَالتَّخْفِيفِ فِيهِمَا .

أثقاني .

قوله : وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مَعَ الْعَسَلِ

، وَقَالَ الْكَرْخِيُّ أَيْضًا وَأَجْمَعُوا أَنَّ بَيْعَ هَوَامِّ الْأَرْضِ لَا يَجُوزُ الْحَيَّاتُ وَالْعَقَارِبُ وَالْوَزُغُ وَالْعُظَايَةُ وَالْقَنَافِذُ وَالْجُعَلُ وَالضَّبُّ وَهَوَامُّ الْأَرْضِ كُلُّهَا ، وَقَالُوا لَا يَجُوزُ بَيْعُ شَيْءٍ فِي الْبَحْرِ مِنَ الضَّفَادِعِ وَالسَّرَطَانِ وَالسَّلَاحِفِ وَغَيْرِ ذَلِكَ إِلَّا السَّمَكُ ، وَقَالَ فِي الْأَجْنَاسِ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ إِذَا كَانَ الدُّودُ مِنْ وَاحِدٍ وَوَرَقُ الثَّوْتِ مِنْهُ وَالْعَمَلُ مِنْ آخَرَ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْقَرْزُ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ لَا يَجُوزُ وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْعَمَلُ مِنْهُمَا وَهُوَ بَيْنَهُمَا نَصْفَانِ لَا يَجُوزُ ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ الْبَيْضُ مِنْهُمَا وَهُوَ بَيْنَهُمَا نَصْفَانِ ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْبَذْرُ بَيْنَهُمَا عَلَى الثَّلَثِ وَالثَّلَثَيْنِ لَا يَجُوزُ ، وَقَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ فِي فِتَاوَيْهِ امْرَأَةٌ أَعْطَتْ بَذْرَ الْقَرْزِ وَهُوَ بَذْرُ الْفِيلِقِ بِالنِّصْفِ امْرَأَةٌ فَقَامَتْ عَلَيْهِ حَتَّى أَدْرَكَ فَالْفِيلِقُ لَصَاحِبَةِ الْبَذْرِ ؛ لِأَنَّهُ حَدَثَ

مِنْ بَذْرِهَا وَلَهَا عَلَى صَاحِبَةِ الْبَذْرِ قِيمَةُ الْأَوْرَاقِ وَأُجْرَةُ مِثْلِهَا وَعَلَى هَذَا إِذَا دَفَعَ الْبَقْرَ إِلَى إِنْسَانٍ بِالْعَلْفِ لِيَكُونَ الْحَادِثُ بَيْنَهُمَا بِالنِّصْفِ فَالْحَادِثُ كُلُّهُ حَدِيثَةُ الْبَقْرِ وَلَهُ عَلَى صَاحِبِ الْبَقْرِ ثَمَنُ الْعَلْفِ وَأُجْرُ الْمِثْلِ ، وَكَذَا إِذَا دَفَعَ الدَّجَاجَةَ لِيَكُونَ الْبَيْضُ بِالنِّصْفِ .

أَقْتَنَانِي .

قَالَ (وَيُبَاعُ دُودُ الْقَرْزِ وَبَيْضُهُ) أَيُّ يَجُوزُ بَيْعُهُمَا وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُمَا وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي الدُّودِ وَمَعَ مُحَمَّدٍ فِي بَيْضِهِ وَقِيلَ فِيهِ أَيْضًا مَعَهُ لِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الدُّودَ مِنَ الْهَوَامِّ وَبَيْضُهُ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ فَأَشْبَهَ الْخَنَافِسَ وَالْوَزَغَاتِ وَبَيْضُهَا وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الدُّودَ يُنْتَفَعُ بِهِ ، وَكَذَا بَيْضُهُ فِي الْمَالِ فَصَارَ كَالْحَحْشِ وَالْمَهْرِ وَلِأَنَّ النَّاسَ قَدْ تَعَامَلُوهُ فَمَسَّتِ الضَّرُورَةُ إِلَيْهِ فَصَارَ كَالِاسْتِصْنَاعِ وَالْفِتْوَى عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ لِمَا ذَكَرْنَا .

الشرح

قوله وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي الدُّودِ

أَيُّ إِلَّا إِذَا ظَهَرَ فِيهِ الْقَرْزُ فَيَجِيزُهُ تَبَعًا لِلْقَرْزِ

قوله : وَقِيلَ فِيهِ أَيْضًا مَعَهُ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَقِيلَ أَبُو يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ كَمَا فِي دُودِهِ .

قوله : وَالْفِتْوَى عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ لِمَا ذَكَرْنَا

أَيُّ لِلتَّعَامُلِ .

قَالَ (وَالْأَبَقِ) أَيُّ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَهُوَ مَعْطُوفٌ عَلَى مَا قَبْلَ دُودِ الْقَرْزِ لِمَا رَوَيْنَا وَلِأَنَّهُ لَا يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ وَهُوَ شَرْطُ لِحَوَازِهِ بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمُرْسَلِ فِي حَاجَةِ ثُبُوتِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ وَقَدْ الْعَقْدُ حُكْمًا ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِهِ عَوْدُهُ إِلَى مَوْلَاهُ وَلَا كَذَلِكَ الْآبِقُ وَلَوْ بَاعَهُ مِمَّنْ

زَعَمَ أَنَّهُ عِنْدَهُ جَارٌ ؛ لِأَنَّ النَّهْيَ وَرَدَ فِي الْآبِقِ الْمُطْلَقِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ آبِقًا عِنْدَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَهَذَا لَيْسَ بِآبِقٍ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي إِذْ هُوَ فِي يَدِهِ فَلَا يَتَنَاولُهُ النَّصُّ الْمُطْلَقُ إِذْ هُوَ لَيْسَ بِعَاجِزٍ عَنْ تَسْلِيمِهِ وَهُوَ الْمَانِعُ ثُمَّ لَا يَصِيرُ قَابِضًا بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ إِنْ كَانَ أَشْهَدَ عِنْدَ الْآخِذِ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ لِيرُدَّهُ عَلَى صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ وَقَبْضُ الْأَمَانَةِ لَا يَنْبُو عَنْ قَبْضِ الْمَبِيعِ لِأَنَّ قَبْضَهُ مَضْمُونٌ عَلَى الْمُشْتَرِي .

أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُقْبُوضَ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ مَضْمُونٌ بِالْقِيَمَةِ وَلَكِنَّ وَجُوبَ الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ مَانِعٌ عَنْ وَجُوبِ الْقِيَمَةِ فَقَبْضُ الضَّمَانِ أَقْوَى مِنْ قَبْضِ الْأَمَانَةِ لِتَأَكُّدِ قَبْضِ الضَّمَانِ بِاللُّزُومِ وَالْمَلِكِ فَإِنَّ الْمُشْتَرِي لَوْ امْتَنَعَ عَنْ قَبْضِ الْمَبِيعِ أَجْبَرَ عَلَيْهِ وَالضَّمَانُ يُوجِبُ الْمَلِكَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ عَلَى مَا هُوَ الْأَصْلُ عِنْدَنَا بِخِلَافِ قَبْضِ الْأَمَانَةِ فَإِنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ وَلَا يُوجِبُ الْمَلِكَ فَكَانَ أَوْفَى فَلَا يَنْبُو عَنْ الْأَقْوَى وَلَوْ لَمْ يَشْهَدْ عِنْدَ الْآخِذِ يَصِيرُ قَابِضًا بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ فِيمَا إِذَا لَمْ يَأْخُذْهُ لِنَفْسِهِ بَلْ لِيرُدَّهُ عَلَى صَاحِبِهِ وَهَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْإِشْهَادَ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِكُونِهِ أَمَانَةً عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا شَرْطٌ وَقَدْ بَيَّنَّا فِي اللَّقْطَةِ وَلَوْ بَاعَهُ مِمَّنْ قَالَ هُوَ عِنْدَ فُلَانٍ لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّهُ آبِقٌ عِنْدَهُمَا وَهُوَ الْمُعْتَبَرُ إِذْ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ وَلَوْ بَاعَهُ ثُمَّ عَادَ قَبْلَ الْفَسْخِ لَمْ يَعُدْ صَاحِبًا لَوْفُوعِهِ بَاطِلًا لِعَدَمِ الْمَحَلِّيَّةِ كَبَيْعِ الطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ قَبْلَ التَّمْلُكِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ ثُمَّ آبَقَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ ثُمَّ عَادَ حَيْثُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ احْتِمَالَ عَوْدِهِ يَكْفِي لِبَقَاءِ الْعَقْدِ عَلَى مَا كَانَ دُونَ الْإِبْتِدَاءِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَعُودُ صَاحِبًا ؛ لِأَنَّ الْمَالِيَّةَ فِيهِ قَائِمَةٌ فَكَانَ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ فَيَنْعَقِدُ غَيْرَ أَنَّهُ عَاجِزٌ عَنْ تَسْلِيمِهِ فَيَفْسُدُ فَإِذَا أَبَ قَبْلَ الْفَسْخِ عَادَ صَاحِبًا لِزَوَالِ الْمَانِعِ فَيَجْبِرَانِ عَلَى التَّسْلِيمِ وَالتَّسْلِيمُ فَصَارَ كَمَا لَوْ آبَقَ بَعْدَ الْبَيْعِ وَكَبَيْعِ الْمَرْهُونِ ثُمَّ افْتَكَّهُ قَبْلَ الْخُصُومَةِ .

وَبِهِ أَخَذَ الْكَرْخِيُّ وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ وَبِالْأَوَّلِ كَانَ يُفْتَى أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الثَّلْجِيُّ وَجَمَاعَةٌ مِنْ مَشَائِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ وَلَوْ أَعْتَقَهُ نَفَذَ عَقْدَهُ لِعَدَمِ اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ فِيهِ وَلَوْ عَلِمَ حَيَاتُهُ فِي وَقْتِ الْعَتَقِ أَجْرَاهُ عَنِ الْكَفَّارَةِ وَلَوْ وَهَبَهُ مِنْ ابْنِهِ الصَّغِيرِ أَوْ لَبْتِيمٍ فِي حَجَرِهِ جَارٌ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ مَا بَقِيَ لَهُ مِنَ الْبَيْدِ يَكْفِي فِي الْهَبَةِ دُونَ الْبَيْعِ قَالَ (إِلَّا أَنْ يَبِيعَهُ مِمَّنْ يَزْعُمُ أَنَّهُ عِنْدَهُ) أَيُّ الْآبِقِ إِذَا بَاعَهُ مِمَّنْ يَدْعِي أَنَّهُ عِنْدَهُ جَارٌ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ .

الشرح

قوله في المتن : والآبق

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ وَصُورَتُهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي عَبْدٍ لِرَجُلٍ آبَقَ فَجَاءَ رَجُلٌ إِلَى مَوْلَاهُ فَقَالَ إِنَّ عَبْدَكَ قَدْ أَخَذْتَهُ وَهُوَ عِنْدِي فِي الْبَيْتِ فَبِيعْنِيهِ فَبَاعَهُ مِنْهُ قَالَ الْبَيْعُ جَائِزٌ وَإِنْ قَالَ أَخَذَهُ هَذَا الرَّجُلُ وَهُوَ عِنْدَهُ فَبِيعَهُ مِنِّي فَصَدَّقَهُ الرَّجُلُ بِمَا قَالَ فَبَاعَهُ الْمَوْلَى مِنْهُ فَبِيعَهُ بَاطِلٌ إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ الْجَامِعِ

قوله : بخلاف العبد المرسل في حاجته

قَالَ فِي الدَّرَايَةِ ، وَأَمَّا الْعَبْدُ الْمُرْسَلُ فِي حَاجَتِهِ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ كَذَا فِي الْمَحِيطِ

قوله : فلما يتناول النص المطلق

أَيُّ لَأَنَّ النَّصَّ الْمُطْلَقَ لَا يَتَنَاولُ الْمُقَيَّدَ وَلِأَنَّ النَّصَّ مَعْلُولٌ بِعِلَّةِ الْعَجْزِ عَنِ التَّسْلِيمِ فَإِذَا كَانَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي زَالِ الْمَعْنَى الْمَوْجِبُ لِلْفَسَادِ .

أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ : إِنْ كَانَ أَشْهَدَ عِنْدَ التَّأْخِذِ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ لِيَرُدَّهُ

أَيَّ حَتَّى إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ قَبْلَ تَجْدِيدِ الْقَبْضِ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَقَبْضُ الْأَمَانَةِ لِكَوْنِهِ أَدْنَى حَالًا لَا يُنُوبُ عَنْ قَبْضِ الْبَيْعِ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ : وَلَوْ لَمْ يَشْهَدْ عِنْدَ التَّأْخِذِ يَصِيرُ قَابِضًا بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ عِنْدَهُمَا

أَيَّ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ غَاصِبًا وَقَبْضُ الْعَصَبِ قَبْضُ ضَمَانٍ فَيُنُوبُ عَنْ قَبْضِ الْبَيْعِ وَهُوَ قَبْضُ ضَمَانٍ .

أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ : إِذَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ

أَيَّ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَا يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يُسَلِّمَ مَا لَيْسَ فِي يَدِهِ .

أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ : لَمْ يَعُدْ صَحِيحًا لَوْفَوْعِهِ بَاطِلًا

قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَوْ عَادَ مِنْ إِبَاقِهِ وَقَدْ بَاعَهُ مِمَّنْ لَيْسَ عِنْدَهُ هَلْ يَعُودُ الْبَيْعُ جَائِزًا إِذَا سَلَّمَهُ فَعَلَى ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ لَا يَعُودُ صَحِيحًا وَهُوَ مَرْوِيُّ عَنْ مُحَمَّدٍ

كَمَا إِذَا بَاعَ خَمْرًا فَتَخَلَّلَتْ قَبْلَ التَّسْلِيمِ أَوْ بَاعَ طَيْرًا فِي الْهَوَاءِ ثُمَّ أَخَذَهُ لَا يَعُودُ صَحِيحًا وَهَذَا يُفِيدُ أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ وَهُوَ مُخْتَارٌ مَشَايِخِ بَلْخِ وَالْتَلْجِي ؛ لِأَنَّ وُجُودَ الشَّرْطِ يَجِبُ كَوْنُهُ عِنْدَ الْعَقْدِ وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى عَنْ مُحَمَّدٍ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ يَجُوزُ لِقِيَامِ الْمَالِيَّةِ وَالْمَلِكِ فِي الْآبِقِ وَلَذَا صَحَّ عِنْفُهُ فَكَانَ كَبَيْعِ الْمَرْهُونِ إِذَا افْتُكَّهُ قَبْلَ الْخُصُومَةِ وَفَسَخَ الْقَاضِي لِلْبَيْعِ وَبِهِ أَخَذَ الْكَرْخِيُّ وَجَمَاعَةٌ مِنَ الْمَشَايِخِ حَتَّى إِذَا امْتَنَعَ الْبَائِعُ مِنْ تَسْلِيمِهِ أَوْ الْمُشْتَرِي مِنْ قَبُولِهِ أُجْبِرَ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ صِحَّةَ الْبَيْعِ كَانَتْ مَوْقُوفَةً عَلَى الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ وَقَدْ وَجَدَ قَبْلَ الْفَسْخِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَجَعَ بَعْدَ أَنْ فَسَخَ الْقَاضِي الْبَيْعَ أَوْ تَخَاصَمَا فَإِنَّهُ لَا يَعُودُ صَحِيحًا اتِّفَاقًا وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ الْبَيْعَ فَاسِدٌ فَالْحَقُّ أَنَّ اخْتِلَافَ الرَّوَايَةِ وَالْمَشَايِخِ فِيهِ بِنَاءً عَلَى الْاِخْتِلَافِ فِي أَنَّهُ بَاطِلٌ أَوْ فَاسِدٌ فَإِنَّكَ عَلِمْتَ أَنَّ ارْتِفَاعَ الْمُفْسِدِ فِي الْفَاسِدِ يَرُدُّهُ صَحِيحًا ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ قَائِمًا مَعَ الْفَسَادِ وَارْتِفَاعِ الْمُبْطِلِ لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَمْ يَكُنْ قَائِمًا بِصِفَةِ الْبُطْلَانِ بَلْ مَعْدُومًا فَوَجَّهَ الْبُطْلَانِ عَدَمَ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ وَوَجَّهَ الْفَسَادَ قِيَامَ الْمَالِيَّةِ وَالْمَلِكِ وَالْوَجْهَ عِنْدِي أَنَّ عَدَمَ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ مُفْسِدٌ لَا مُبْطِلٌ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ فِي فِتَاوِيهِ وَلَوْ بَاعَ الْآبِقُ ثُمَّ سَلَّمَهُ فِي الْمَجْلِسِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَكَانَ بَاطِلًا .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ .

قَالَ (وَلَبِنِ امْرَأَةٍ) يَعْنِي لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَمُرَادُهُ إِذَا كَانَ فِي وَعَاءٍ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْ حُرَّةٍ كَانَ أَوْ مِنْ أَمَةٍ وَيُضْمَنُ بِالْإِلْتِفَافِ ؛ لِأَنَّهُ مَشْرُوبٌ طَاهِرٌ كَسَائِرِ الْمَائِعَاتِ الطَّاهِرَةِ .

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ لَبَنِ الْأَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ إِيْرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهَا فَكَذَا عَلَى جُزْئِهَا وَلَهُمَا أَنَّهُ جُزْءُ الْآدَمِيِّ بِدَلِيلِ أَنَّهُ تَثَبُّتُ بِهِ حُرْمَةُ الْمَصَاهِرَةِ بِمَعْنَى الْبُعْضِيَّةِ وَهُوَ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ مُكْرَمٌ مَصُونٌ عَنْ الْإِثْدَالِ وَالْإِمْتِهَانِ بِالْبَيْعِ إِلَّا مَا حَلَّ فِيهِ الرِّقُّ وَهُوَ لَا يَحِلُّ اللَّبَنُ ؛ لِأَنَّهُ ضَعْفٌ حُكْمِيٌّ فْتَمَحَّضَ بِمَحَلِّ الْقُوَّةِ الَّتِي هِيَ ضِدُّهُ وَهُوَ الْحَيُّ ؛ لِأَنَّ الضَّدَّتَيْنِ يَتَعَاقَبَانِ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ وَلَا حَيَاةَ فِي اللَّبَنِ وَكَوْنُهُ مَشْرُوبًا ضَرْوَرِيٌّ لِأَجْلِ الْأَطْفَالِ حَتَّى لَوْ اسْتَعْنَى عَنْهُ لَا يَجُوزُ وَنَظِيرُهُ مِلْكُ النِّكَاحِ فَإِنَّهُ ضَرْوَرِيٌّ لِاقْتِضَاءِ الشَّهْوَةِ وَإِبْقَاءِ النَّسْلِ فَلَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْبُضْعَ مَهَانٌ مُبْتَدَلٌ وَلِأَنَّ لَبَنَ الْآدَمِيَّةِ فِي حُكْمِ الْمَنْفَعَةِ حَتَّى جَازَ اسْتِحْقَاقُهُ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ وَيَبْعُ مِثْلَهُ لَا يَجُوزُ بِخِلَافِ لَبَنِ الْبَقَرَةِ وَنَحْوِهَا حَيْثُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حُكْمُ الْمَنْفَعَةِ حَتَّى لَا يُسْتَحَقَّ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ وَهُوَ مُبْتَدَلٌ أَيْضًا .

الشرح

قوله في المتن : ولبن امرأة

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ سَمِعْتُ الْفَقِيهَ أَبَا جَعْفَرٍ يَقُولُ سَمِعْتُ الْفَقِيهَ أَبَا الْقَاسِمِ أَحْمَدَ بْنَ حَمٍ قَالَ : قَالَ نَصْرُ بْنُ يَحْيَى سَمِعْتُ الْحَسَنَ بْنَ سَيْهَوْبٍ يَقُولُ سَمِعْتُ مُحَمَّدَ بْنَ الْحَسَنِ يَقُولُ : جَوَازُ إِجَارَةِ الظَّنِّ دَلِيلٌ عَلَى فِسَادِ بَيْعِ لَبَنِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَتْ الْإِجَارَةُ ثَبَتَ أَنَّ سَبِيلَهُ سَبِيلُ الْمَنَافِعِ وَلَيْسَ سَبِيلُهُ الْأَمْوَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مَالًا لَمْ تَجْزُ إِجَارَتُهُ ، أَلَا تَرَى أَنَّ رَجُلًا لَوْ اسْتَأْجَرَ بَقْرَةً عَلَى أَنْ يَشْرَبَ لَبَنَهَا لَمْ تَجْزُ الْإِجَارَةُ فَلَمَّا جَازَ إِجَارَةُ الظَّنِّ ثَبَتَ أَنَّ لَبَنَهَا لَيْسَ بِمَالٍ وَذَكَرَ فِي إِجَارَةِ الْعُيُونِ لَوْ أَنَّ رَجُلًا اسْتَأْجَرَ شَاةً لَثُرِضَ حَدِيًّا أَوْ صَبِيًّا فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ لَيْسَ لَهُ قِيَمَةٌ .

أَتَقَانِي .

قوله : حتى لو استعنى عنه لا يجوز

أَيُّ شُرْبِهِ وَالِاتِّفَاعِ بِهِ يَحْرُمُ حَتَّى مَنَعَ بَعْضُهُمْ صَبَّهُ فِي الْعَيْنِ الرَّمِدَةِ وَبَعْضُهُمْ أَجَارَهُ إِذَا عُرِفَ دَوَاءً .

فَتَحَّ .

قَالَ (وَشَعْرُ الْخَنْزِيرِ وَيَنْتَفِعُ بِهِ لِلْخَرَزِ) أَيُّ لَا يَجُوزُ بَيْعُ شَعْرِهِ وَيَجُوزُ الْإِتِّفَاعُ بِهِ لِلْخَرَزِ ؛ لِأَنَّهُ نَجِسُ الْعَيْنِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِهَانَةً لَهُ كَالْخَمْرِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ جَوَازَ بَيْعِهِ يُشْعِرُ بِإِعْزَازِهِ فِي غَيْرِ الْآدَمِيِّ وَنَجَاسَتُهُ تُشْعِرُ بِهَوَانِ الْمَحَلِّ ، وَإِنَّمَا جَازَ الْإِتِّفَاعُ بِهِ لِلْأَسَاكِفَةِ ؛ لِأَنَّ خَرَزَ النَّعَالِ وَالْأَخْفَافِ لَا يَتَأَتَّى إِلَّا بِهِ فَكَانَ فِيهِ ضَرْوَرَةٌ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَكْرَهُ ؛ لِأَنَّ الْخَرَزَ يَتَأَتَّى بِغَيْرِهِ وَالْأَوَّلُ هُوَ الظَّاهِرُ ؛ لِأَنَّ الضَّرُورَةَ يُبِيحُ لَحْمَهُ فَالشَّعْرُ أَوْلَى ثُمَّ لَا حَاجَةَ إِلَى شِرَائِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُوجَدُ مُبَاحُ الْأَصْلِ ، وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ إِنَّ كَانَتْ الْأَسَاكِفَةُ لَا يَجِدُونَ شَعْرَ الْخَنْزِيرِ إِلَّا بِالشَّرَاءِ يَبْغِي أَنْ يَجُوزَ لَهُمُ الشَّرَاءُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَالَةُ الضَّرُورَةِ فَأَمَّا الْبَيْعُ فَيَكْرَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَيْهِ لِلْبَائِعِ وَلَا بَأْسَ لِلْأَسَاكِفَةِ أَنْ يُصَلُّوا مَعَ

شَعَرِ الْخَنْزِيرِ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ قَدَرِ الدَّرْهِمْ وَلَوْ وَقَعَ فِي الْمَاءِ الْقَلِيلِ أَفْسَدَهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ؛ لِأَنَّ الْإِطْلَاقَ لِلضَّرُورَةِ فَلَا يَظْهَرُ إِلَّا فِي حَالَةِ الْإِسْتِعْمَالِ وَفِي غَيْرِ تِلْكَ الْحَالَةِ بَقِيَ عَلَى الْأَصْلِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يُفْسِدُهُ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْإِثْتِفَاعِ دَلِيلُ طَهَارَتِهِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الشرح

قوله : لَأَنَّهُ تَجَسُّ الْعَيْنِ

أَيُّ فَلَا يَكُونُ مَالًا وَيَبِيعُ مَا لَيْسَ بِمَالٍ لَا يَجُوزُ وَعَلَى ذَلِكَ انْعَقَدَ الْجَمَاعُ .

أَثَقَانِي قَوْلُهُ : لِأَنَّ الضَّرُورَةَ تُبَيِّحُ لِحْمَهُ (قَالَ تَعَالَى { فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمِهِ }

قوله فالشعر أولى

أَيُّ عِنْدَ الضَّرُورَةِ ؛ لِأَنَّ الشَّعْرَ أَخَفُّ مِنْهُ بِدَلِيلِ أَنَّ شَعْرَ الْمَيْتَةِ طَاهِرٌ وَلَحْمُهَا لَا .

أَثَقَانِي

قوله : لَأَنَّهُ يُوجَدُ مُبَاحُ الْأَصْلِ

أَيُّ غَالِبًا .

أَثَقَانِي .

قوله : وَلَا بَأْسَ لِلْأَسَاكِفَةِ أَنْ يُصَلُّوا إِلَيْهِ

قَالَ الْكَمَالُ وَمَا ذَكَرَهُ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ مِنْ حَوَازِ صَلَاةِ الْخَرَّازِينَ مَعَ شَعْرِ الْخَنْزِيرِ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ قَدَرِ الدَّرْهِمْ يَنْبَغِي أَنْ يَخْرُجَ عَلَى الْقَوْلِ بِطَهَارَتِهِ فِي حَقِّهِمْ أَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ فَلَا وَهُوَ الْوَجْهُ فَإِنَّ الضَّرُورَةَ لَمْ تَدْعُهُمْ إِلَى أَنْ يَلْقَى بِهِمْ بِحَيْثُ لَا يَقْدِرُونَ عَلَى الْإِثْتِفَاعِ عَنْهُ وَيَتَجَمَّعُ فِي ثِيَابِهِمْ هَذَا الْمِقْدَارُ .

قوله : ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْإِثْتِفَاعِ دَلِيلُ طَهَارَتِهِ

أَيُّ وَالصَّحِيحُ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الضَّرُورَةِ لَا يَتَعَدَّاهَا وَهِيَ فِي الْخَرَزِ فَيَكُونُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ فَقَطْ .

كَمَالُ رَحْمَةِ اللَّهِ .

قَالَ (وَشَعْرُ الْإِنْسَانِ) يَعْنِي لَا يَجُوزُ بَيْعُ شَعْرِ الْإِنْسَانِ وَالِاتِّفَاعُ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْآدَمِيَّ مُكْرَّمٌ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جُزْؤُهُ مُهَانًا ، وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ { لَعَنَ اللَّهُ الْوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ } ، وَإِنَّمَا لَعَنَّا لِلِاتِّفَاعِ بِهِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِهَانَةِ الْمُكْرَّمِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ أَجَازَ الْإِتِّفَاعَ بِشَعْرِ الْآدَمِيِّ اسْتِدْلَالًا بِمَا رَوِيَ { أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ حِينَ حَلَقَ رَأْسَهُ قَسَمَ شَعْرَهُ بَيْنَ أَصْحَابِهِ فَكَانُوا يَتَبَرَّكُونَ بِهِ } وَلَوْ كَانَ نَجَسًا لَمَا فَعَلَ فَإِنَّهُ لَا يُتَبَرَّكُ بِالنَّجَسِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ { أبا طَيْبَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حِينَ شَرِبَ دَمَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى قَصْدِ التَّبَرُّكِ بِهِ نَهَاهُ أَنْ يَعُودَ إِلَى مِثْلِهِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ } قُلْنَا : حُرْمَةُ الْإِتِّفَاعِ بِهِ لِكِرَامَتِهِ لَا لِنَجَاسَتِهِ حَتَّى لَوْ وَقَعَ فِي الْمَاءِ الْقَلِيلِ لَا يُفْسِدُهُ فَبَطُلَ الْإِسْتِدْلَالُ بِهَا وَيُرَخَّصُ فِيهَا يَتَّخِذُ مِنَ الْوَبَرِ فَيَزَادُ عَلَى قُرُونِ النَّسَاءِ وَذَوَائِبِهِنَّ .

قَالَ (وَجِلْدُ الْمَيْتَةِ قَبْلَ الدَّبْحِ) يَعْنِي لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لِمَا رَوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { نَهَى عَنِ الْإِتِّفَاعِ بِجِلْدِ الْمَيْتَةِ وَعَصَبِهَا } فِيمَا رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَغَيْرُهُ وَلَئِنْ نَجَاسَتُهُ مِنَ الرُّطُوبَاتِ الْمُتَّصِلَةِ بِهِ بِأَصْلِ الْخَلْقَةِ فَصَارَ كُلُّحِمِ الْمَيْتَةِ بِخِلَافِ الثُّوبِ النَّجَسِ حَيْثُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّ نَجَاسَتَهُ لَيْسَتْ بِأَصْلِ الْخَلْقَةِ فَلَا يَمْنَعُ مِنْ حَوَازِ الْبَيْعِ قَالَ (وَبَعْدَهُ يُبَاعُ وَيَنْتَفَعُ بِهِ كَعَظْمِ الْمَيْتَةِ وَعَصَبِهَا وَصُوفِهَا وَقَرْنِهَا وَوَبَرِهَا) يَعْنِي بَعْدَ الدَّبَاغِ يَجُوزُ بَيْعُهُ كَمَا يَجُوزُ بَيْعُ عَظْمِ الْمَيْتَةِ إِلَى آخِرِهِ ؛ لِأَنَّهُ طَهَّرَ بِالدَّبَاغِ وَالْعَظْمُ وَنَحْوُهُ طَاهِرٌ بِأَصْلِ الْخَلْقَةِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي كِتَابِ الطَّهَارَةِ فَجَازَ بَيْعُهُ وَلُحُومُ السَّبَاعِ وَشُحُومُهَا وَجُلُودُهَا بَعْدَ الذِّكَاةِ كَجُلُودِ الْمَيْتَةِ بَعْدَ الدَّبَاغِ حَتَّى يَجُوزَ بَيْعُهَا وَالِاتِّفَاعُ بِهَا غَيْرُ الْأَكْلِ لِطَهَارَتِهَا بِالذِّكَاةِ إِلَّا جِلْدَ الْخَنَزِيرِ فَإِنَّهُ نَجَسٌ الْعَيْنُ فَلَا يَطْهَرُ بِالذِّكَاةِ وَيَجُوزُ بَيْعُ عَظْمِ الْفِيلِ وَالِاتِّفَاعُ بِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ وَهُوَ كَالْخَنَزِيرِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا كَالسَّبَاعِ .

الشرح

قوله لما روي { أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الاتِّفَاعِ بِجِلْدِ الْمَيْتَةِ وَعَصَبِهَا }

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي جِلْدِ الْمَيْتَةِ وَعِظَامِهَا إِذَا دُبِغَ وَعَصَبِهَا وَعَقِيهَا وَصُوفِهَا وَوَبَرِهَا وَقَرْنِهَا قَالَ : لَا بَأْسَ بِالِاتِّفَاعِ بِذَلِكَ كُلِّهِ وَيَبِيعُهُ إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ .

أَتَقَانِي .

قوله : وَلَئِنْ نَجَاسَتُهُ مِنَ الرُّطُوبَاتِ الْمُتَّصِلَةِ

فَإِنْ قِيلَ نَجَاسَتُهَا أَيْ جُلُودِ الْمَيْتَةِ لَيْسَ إِلَّا لِمَا يُجَاوِرُهَا مِنَ الرُّطُوبَاتِ النَّجَسَةِ فَهِيَ مُتَنَجِّسَةٌ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ بَيْعُهَا كَالثُّوبِ النَّجَسِ أَجِيبَ بِأَنَّ النَّجَسَ مِنْهَا بِاعْتِبَارِ أَصْلِ الْخَلْقَةِ فَمَا لَمْ يَزَايِلْهُ فَهِيَ كَعَيْنِ الْجِلْدِ فَعَلَى هَذَا يَكُونُ الْجِلْدُ نَجَسٌ الْعَيْنِ بِخِلَافِ الثُّوبِ وَالذَّهْنِ النَّجَسِ فَإِنَّ النَّجَاسَةَ فِيهِ عَارِضَةٌ فَلَا يَتَغَيَّرُ حُكْمُ الثُّوبِ بِهَا فِيهِ وَهَذَا السُّؤَالُ لَيْسَ فِي تَقْرِيرِ الْمُصَنِّفِ مَا يَرُدُّ عَلَيْهِ أَوَّلًا لِيَحْتَاجَ إِلَى الْجَوَابِ عَنْهُ فَإِنَّهُ مَا عَلَّلَ الْمَنَعَ إِلَّا بِعَدَمِ الْإِتِّفَاعِ بِهِ ، وَإِنَّمَا يَرُدُّ عَلَى مَنْ عَلَّلَ النَّجَاسَةَ وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُعَلَّلَ بِهَا بِطُلَانِ بَيْعٍ أَصْلًا فَإِنَّ بَطْلَانَ الْبَيْعِ دَائِرٌ مَعَ حُرْمَةِ الْإِتِّفَاعِ وَهِيَ عَدَمُ الْمَالِيَّةِ فَإِنَّ بَيْعَ السَّرْفِينِ جَائِزٌ وَهُوَ نَجَسٌ الْعَيْنِ لِلِاتِّفَاعِ بِهِ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَأَمَّا جَوَازُ بَيْعِهَا بَعْدَ الدَّبَاغَةِ لِحِلِّ الْإِتِّفَاعِ بِهَا شَرْعًا وَالْحُكْمُ بِطَهَارَتِهَا زِيَادَةٌ ثَبَتَتْ شَرْعًا عَلَى خِلَافِ قَوْلِ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ .

كَمَالٌ

قوله لطهارتها

أَيَّ لَطَهَارَتِهَا بِالذَّكَاءِ قَدَّمَ الشَّارِحُ فِي الْأَسَارِ أَنَّ الصَّحِيحَ أَنَّ اللَّحْمَ لَا يَطْهَرُ بِالذَّكَاءِ فَرَاغَهُ .

قَالَ (وَغُلُوُّ سَقَطَ) أَيَّ لَا يَجُوزُ بَيْعُ غُلُوٍّ بَعْدَمَا سَقَطَ ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ التَّعْلِي لَا غَيْرَ وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ وَمَحَلُّ الْبَيْعِ الْمَالُ وَهُوَ مَا يُمَكِّنُ إِحْرَازَهُ وَقَبْضُهُ وَالْهَوَاءُ لَا يُمَكِّنُ إِحْرَازَهُ وَقَبْضُهُ ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ بَيْعُهُ قَبْلَ الْإِنْهَادِ بِاعْتِبَارِ الْبِنَاءِ الْقَائِمِ وَلَمْ يَتَّقِ بِخِلَافِ الشَّرْبِ حَيْثُ يَصِحُّ بَيْعُهُ تَبَعًا بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ وَمَقْصُودًا فِي رِوَايَةٍ وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايخِ بَلْخ ؛ لِأَنَّهُ نَصِيبٌ مِنَ الْمَاءِ وَهُوَ مَالٌ ، وَلِهَذَا يَضْمَنُ بِالْإِثْلَافِ حَتَّى لَوْ سَقَى بِهِ رَجُلٌ أَرْضَهُ يَضْمَنُ قِيَمَتَهُ ، وَكَذَا لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ حَتَّى لَوْ ادَّعَى رَجُلٌ شِرَاءَ أَرْضٍ بِشَرِبِهَا بِأَلْفٍ فَشَهِدَ شَاهِدٌ بِذَلِكَ وَسَكَتَ الْآخَرُ عَنْ الشَّرْبِ بَطَلَتْ شَهَادَتُهُمَا لِاخْتِلَافِهِمَا فِي ثَمَنِ الْأَرْضِ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَحْزَرْ بَيْعُهُ فِي رِوَايَةٍ وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايخِ بُخَارَى لِلْجَهَالَةِ وَإِنْ سَقَطَ الْغُلُوُّ بَعْدَ الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ بَطَلَ الْبَيْعُ كَهَذَاكَ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ .

الشرح

قوله : لَأَنَّهُ لَهُ حَقُّ التَّعْلِي

وَقَدْ صَرَّحَ الْأَنْقَايُ وَالزَّيْلَعِيُّ عَلَى مَا سَيَأْتِي بِأَنَّ حَقَّ التَّعْلِي لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ فِي جَمِيعِ الرُّوَايَاتِ .

قوله : بخلاف الشرب

هَذَا جَوَابٌ عَنْ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ تَقْدِيرُهُ أَنَّ الشَّرْبَ حَقُّ الْأَرْضِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ بَيْعُهُ فَأَجَابَ بِهَذَا وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ ثُمَّ جَوَّازُ بَيْعِ الشَّرْبِ مَعَ الْأَرْضِ اتَّفَاقُ الرُّوَايَاتِ فِيمَا إِذَا كَانَ الشَّرْبُ شَرِبَ تِلْكَ الْأَرْضِ ، أَمَّا إِذَا بَاعَ الْأَرْضَ مَعَ شَرْبِ أَرْضٍ أُخْرَى اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ قَالَ فِي الْفَتَاوَى الصُّعْرَى وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ .

غَايَةُ قَالَ الْكَمَالُ : أَمَّا إِذَا بَاعَ أَرْضًا مَعَ شَرْبِ غَيْرِهَا فَفِي صِحَّتِهِ اخْتِلَافُ الْمَشَايخِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ مُفْرَدًا كَبَيْعِ الشَّرْبِ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ حَتَّى تَزْدَادَ ثَوْبَتُهُ قَوْلُهُ : وَمَقْصُودًا (أَيَّ بَيْعُهُ مُفْرَدًا عَنْ الْأَرْضِ .

قوله في رواية

أَيَّ فِي غَيْرِ ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ .

غَايَةُ .

قوله : وهو اختيار مشايخ بلخ

أي كأي بكر الإسكاف ومحمد بن سلمة ؛ لأن أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم إليه والقياس يُترك للتعامل كما جُوزَ السلم للضرورة والاستصناع للتعامل كمال قال الأتقاني مشايخ بلخ كأي بكر الإسكاف ومحمد بن سلمة يجوزون بيع الشراب يومًا أو يومين حتى تزداد نوبة المشتري ؛ لأن أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم إلى ذلك

قوله : حتى لو سقى به رجل أرضه يضمن قيمته

أي وكذا إذا استحق الشراب يطل حصته من الثمن .

غاية وكتب ما نصه قال الكمال ، وأما ضمانه بالإنفاق فهو بأن يسقي أرضه بشراب غيره فهو رواية البزدوي وعلى رواية شيخ الإسلام لا يضمن

وقيل يضمن إذا جمع الماء ثم أثلفه ولا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالإلزام به من رد المختلف فيه إلى المختلف فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف أنه قصر ضمانه بالإنفاق على ما إذا كان أشهد به لآخر ثم رجع بعد القضاء ، وقال لا وجه للضمن بالإنفاق إلا بهذه الصورة ؛ لأنه لو ضمن غيرها فيما بالسقي أو بمنع حق الشراب لا وجه للأول ؛ لأن الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا إلى الثاني ؛ لأن منع حق الغير ليس سببا للضمن بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد ، وأما أنه حظ من الماء وهو عين أو شيء يتعلق بالعين فأورد عليه أنه لو كان عينًا ينبغي أن لا يجوز بيعه إذا لم يكن فيه ماء وأجيب بأنه إنما جُوزَ للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير أنه حظ من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخ بخارى بيعه مفردًا قالوا وتعامل أهل بلدة واحدة ليس هو التعامل الذي يُترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير إجماعًا كالأستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشراب مفردًا على العموم منتفية بل إن تحقق فحاجة بعض الناس في بعض الأوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس .

قوله : باختلافهما في ثمن الأرض

أي لأن بعض الثمن يُقابل الشراب .

قوله : وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة

أي لا ؛ لأنه ليس بمال بخلاف بيعه مع الأرض لأنه سقط اعتبار الجهالة تبعًا للأرض قاله الأتقاني . ولا يجوز بيع المسيل وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته والمسألة تحتمل وجهين أحدهما بيع رقة الطريق والمسيل والثاني بيع حق المرور وحق تسيل الماء فإن كان المراد به الأول فالفرق بينهما أن رقة الطريق معلوم الطول والعرض فيجوز بيعه ، وأما رقة المسيل فمجهول ؛ لأن مقدار ما يشغله الماء من الأرض مختلف يختلف بقلّة الماء وكثرته حتى لو بين حدوده جاز ، وكذا لو باع رقة التهر من غير اعتبار المسيل أو باع جزءًا شائعًا منه جاز لأنه معلوم وإن كان المراد به الثاني ففي بيع حق المرور روايتان في رواية الزيادات لا يجوز وفي رواية ابن سماعه يجوز والفرق بينه وبين التسيل على رواية ابن سماعه أن حق المرور معلوم وهو الطريق على ما بينا أما التسيل

فَمُتَعَلِّقٌ بِمَجْهُولٍ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَةِ الْمَسِيلِ وَهُوَ مَجْهُولٌ عَلَى مَا بَيْنَنَا وَوَجْهِ الْفَرْقِ بَيْنَ حَقِّ التَّعَلُّي حَيْثُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِاتِّفَاقِ الرِّوَايَاتِ وَبَيْنَ حَقِّ الْمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ حَيْثُ يَجُوزُ بَيْعُهُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ سَمَاعَةَ أَنَّ حَقَّ الْمُرُورِ مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَةِ الْأَرْضِ وَرَقَبَةُ الْأَرْضِ مَالٌ وَهُوَ عَيْنٌ فَمَا تَعَلَّقَ بِهِ كَانَ لَهُ حُكْمُ الْمَالِ وَحَقُّ التَّعَلُّي مُتَعَلِّقٌ بِالْهَوَاءِ وَالْهَوَاءُ لَيْسَ بِعَيْنٍ مَالٍ وَلَا لَهُ حُكْمُ الْمَالِ فَلَا يَجُوزُ .

الشرح

قوله والثاني بيع حق المرور

أي الذي هو التطرق .

فتح

قوله : فإن كان المراد به الأول إلخ

قَالَ الْكَمَالُ فَإِنْ كَانَ الْمُرَادُ الْأَوَّلُ وَهُوَ بَيْعُ رَقَبَةِ الطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ أَيْ مَعَ اعْتِبَارِ حَقِّ التَّسْيِيلِ فَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا أَنَّ الطَّرِيقَ مَعْلُومٌ ؛ لِأَنَّ لَهُ طُولًا وَعَرْضًا مَعْلُومًا فَإِنْ بَيَّنَّهُ فَلَا إِشْكَالَ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَإِنْ لَمْ يُبَيَّنَّهُ جَازَ أَيْضًا وَهُوَ الْمُرَادُ بِالْمَسِيلَةِ هُنَا فَإِنَّهُ يَجْعَلُ مِقْدَارَ بَابِ الدَّارِ الْعُظْمَى وَطُولَهُ إِلَى السَّكَّةِ النَّافِذَةِ أَمَّا الْمَسِيلُ فَمَجْهُولٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي قَدْرَ مَا يَشْعَلُهُ الْمَاءُ وَمِنْ هُنَا عُرِفَ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْمَسِيلَةِ مَا إِذَا لَمْ يُبَيَّنْ مِقْدَارَ الطَّرِيقِ وَالتَّسْيِيلِ ، أَمَّا لَوْ بَيَّنَّ حَدًّا مَا يَسِيلُ فِيهِ الْمَاءُ أَوْ بَاعَ الْأَرْضَ الْمَسِيلَ مِنْ نَهْرٍ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ حَقِّ التَّسْيِيلِ فَهُوَ جَائِزٌ بَعْدَ أَنْ يُبَيَّنَّ حُدُودَهُ

قوله : فالفرق بينهما

أي حيث جاز بيع الطريق وهبته دون المسيل .

أثقاني .

قوله في رواية الزيادات لا يجوز

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ هَذِهِ الرِّوَايَةُ هِيَ الصَّحِيحَةُ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ مِنْ الْحُقُوقِ وَبَيْعُ الْحُقُوقِ بِالْإِنْفِرَادِ لَا يَجُوزُ .

غاية .

قوله : أما التَّسْيِيلُ

أَيُّ فَإِنْ كَانَ عَلَى السَّطْحِ فَهُوَ نَظِيرُ حَقِّ التَّعْلِي وَبَيْعُ حَقِّ التَّعْلِي لَا يَجُوزُ بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ وَإِنْ كَانَ عَلَى رَقَبَةِ الْأَرْضِ فَلَا يَجُوزُ أَيْضًا لِجَهَالَةِ قَدْرِ مَا يَشْعُلُهُ الْمَاءُ .

غَايَةٌ .

قَالَ (وَأَمَّا تَبَيَّنَ أَنَّهُ عَبْدٌ ، وَكَذَا عَكْسُهُ) أَيُّ لَوْ اشْتَرَى أَوْ بَاعَ شَخْصًا عَلَى أَنَّهُ أَمَةٌ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ عَبْدٌ أَوْ عَلَى أَنَّهُ عَبْدٌ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَمَةٌ لَمْ يَجْزُ الْبَيْعُ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ أَنَّهُ يَجُوزُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ ؛ لِأَنَّهُ اخْتِلَافُ الْوَصْفِ إِذَا الذَّكُورَةُ وَالْأُنثَوَةُ وَصَفُ فِي الْحَيَوَانِ وَهُوَ يُوجِبُ الْخِيَارَ لَا الْفَسَادَ كَمَا فِي الْبَهَائِمِ فَإِنَّهُ إِذَا اشْتَرَى كَبْشًا مِثْلًا فَإِذَا هُوَ نَعَجَةٌ أَوْ بِالْعَكْسِ لَا يَفْسُدُ الْبَيْعُ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ لِفَوَاتِ الْوَصْفِ الْمَرْغُوبِ فِيهِ كَمَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَازٌ أَوْ كَاتِبٌ فَإِذَا هُوَ بِخِلَافِ ذَلِكَ وَجَهَ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى مِنْ بَنِي آدَمَ جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ لِتَفَاحُشِ التَّفَاوُتِ فِي الْمَقَاصِدِ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْعَبْدِ الْاسْتِخْدَامَ خَارِجَ الدَّارِ وَمِنَ الْأَمَةِ الْاسْتِخْدَامَ دَاخِلَ الدَّارِ كَالطَّبَّخِ وَالْكَنَسِ وَالِاسْتِفْرَاشِ وَالِاسْتِيلَادِ فَصَارَتْ جِنْسًا آخَرَ غَيْرَ الذَّكُورَةِ وَمِنْ غَيْرِهِ جِنْسٌ وَاحِدٌ لِتَقَارُبِ الْمَقْصُودِ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ اللَّحْمُ وَالْحَمْلُ وَالرُّكُوبُ وَنَحْوُ ذَلِكَ فَالذَّكَرُ وَالْأُنثَى مِنَ الْحَيَوَانِ يَصْلُحَانِ لِذَلِكَ فَكَانَا جِنْسًا وَاحِدًا وَاخْتِلَافُ الْجِنْسِ يَكُونُ بِاخْتِلَافِ الْمَقَاصِدِ .

أَلَا تَرَى أَنَّ الْخَلَّ وَالِدَبْسَ جِنْسَانِ لِمَا قُلْنَا وَإِنْ اتَّحَدَا أَصْلُهُمَا ثُمَّ فِي مُخْتَلَفِي الْجِنْسِ يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِالْمُسَمَّى إِذَا اخْتَلَفَ فِيهِ الْمُسَمَّى وَالْمُشَارُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ أُبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ مِنَ الْإِشَارَةِ ؛ لِأَنَّ الْإِشَارَةَ لِلتَّعْرِيفِ الذَّاتِ فَإِنَّهُ إِذَا قَالَ هَذَا صَارَ الذَّاتُ مُعَيَّنًا وَلَا يُشَارِكُهُ فِيهِ غَيْرُهُ وَالتَّسْمِيَةُ لِلْإِعْلَامِ الْمَاهِيَةِ وَهُوَ أَمْرٌ زَائِدٌ عَلَى أَصْلِ الذَّاتِ فَكَانَ أُبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ وَيَحْتَاجُ فِي مَقَامِ التَّعْرِيفِ إِلَى مَا هُوَ أُبْلَغُ فِيهِ فَكَانَتْ الْإِشَارَةُ أَوْلَى بِالِاعْتِبَارِ فِي مُتَّحِدِي الْجِنْسِ ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى مَوْجُودٌ فِي الْمُشَارِ إِلَيْهِ ذَاتًا وَالْوَصْفُ يَتَّبِعُهُ فَأَمَّا الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا بِأَنْ تُجْعَلَ الْإِشَارَةُ لِلتَّعْرِيفِ وَالتَّسْمِيَةُ لِلتَّرْغِيبِ فَيَثْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ عِنْدَ فَوَاتِ الْوَصْفِ الْمَرْغُوبِ فِيهِ بِخِلَافِ مُخْتَلَفِي الْجِنْسِ ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى فِيهِ مِثْلُ الْمُشَارِ إِلَيْهِ وَلَيْسَ بِتَابِعٍ لَهُ فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْعَلَ أَحَدُهُمَا تَبَعًا لِلْآخَرِ فَيُعْتَبَرُ الْأَعْرَفُ عِنْدَ تَعَدُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَهَذَا هُوَ الْأَصْلُ فِي الْعُقُودِ كُلِّهَا كَالْإِجَارَةِ وَالنِّكَاحِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَالْخُلْعِ وَالْعَتَقِ عَلَى مَالٍ ثُمَّ إِذَا كَانَ الْمُعْتَبَرُ هُوَ الْمُسَمَّى عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ يَقَعُ الْبَيْعُ بَاطِلًا عِنْدَ بَعْضِ الْمَشَايِخِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْدُومٌ وَبَيْعُ الْمَعْدُومِ لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي السَّلَمِ ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ إِنَّهُ فَاسِدٌ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْكَرْخِيِّ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ الْمُسَمَّى وَأَشَارَ إِلَى غَيْرِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاعَ شَيْئًا بِشَرْطِ أَنْ يُسَلَّمَ غَيْرُهُ وَذَلِكَ فَاسِدٌ وَالْإِجَارَةُ مِثْلُ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ وَالنِّكَاحُ وَأَشْبَاهُهُ لَا يَفْسُدُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ وَلَكِنَّهُ يَنْظَرُ إِنْ كَانَ الْمُسَمَّى يُمَكِّنُ ضَبْطَهُ كَالثِّيَابِ وَالْحَيَوَانِ الْمَوْصُوفَةِ أَوْ الْمَكِيلِ أَوْ الْمَوْزُونِ يَجِبُ الْمُسَمَّى وَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ سَمَاهُ وَلَمْ يُشَرِّ إِلَى شَيْءٍ وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ ضَبْطَهُ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ كَأَنَّهُ لَمْ يُسَمَّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَثْبُتَ فِي الذِّمَّةِ .

الشرح

قوله : في المتن وأمة تبين أنه عبد ، وكذا عكسه

قَالَ الْكَمَالُ إِذَا اشْتَرَى هَذِهِ الْجَارِيَةَ بِالْفَلْظِ فَظَهَرَتْ غُلَامًا فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ لِعَدَمِ الْمَبِيعِ وَهَذِهِ وَأَمْثَالُهَا تَبَيَّنَتْ عَلَى الْأَصْلِ الَّذِي تَقَدَّمَ فِي الْمَهْرِ أَنَّهُ إِذَا اجْتَمَعَ تَسْمِيَةٌ وَإِشَارَةٌ إِلَى شَيْءٍ كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ هَذِهِ الْجَارِيَةِ حَيْثُ أَشَارَ إِلَى ذَاتٍ وَسَمَّاهَا جَارِيَةً .

قوله : والثائثة وصف في الحيوان

أي فلا يتبدل بها معنى الذات .

غاية قوله : فإن المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار (أي كالزراعة والتجارة والحراثة .

فتح .

قوله : ومن غيره

أي من غيره أي من غير بني آدم .

قوله : إذا اختلف فيه المسمى والمشار إليه

أي ويطل العقد لانعدام المسمى

قوله : لأن الإشارة لتعريف الذات

أي الحاضرة والتسمية تُعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تُحصى معروفة عند العقل بأشباهها لتلك الذات وغيرها كمال

قوله فكانت الإشارة

أي فإذا علم ذلك كانت الإشارة .

قوله : ثم إذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس إلخ

قال الأتقاني في الغاية قال بعضهم في شرحه في هذا الموضع اختلفوا في هذا البيع قال بعضهم باطل ، وقال بعضهم فاسد ثم قال وهو اختيار الكرخي ، وقال كذا ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان أقول هذا اختلاف عجيب وثقل عن الكرخي عجيب أمّا الأول فلأن محمداً رحمه الله قال في مسألة الجامع الصغير فلا بيع بينهما فيكون تنصيصاً على البطلان لأن مثل هذا التفي يدل على الباطل لا الفاسد فكيف يصح بعد

هذا قوله اختلفوا في أنه باطل أو فاسد ، وأمّا الثاني فلأن الكرخي صرح في مختصره بأن اختلاف الصفة إذا أوجب اختلافاً فاحشاً كان ذلك بمنزلة الاختلاف في الجنس ثم في اختلاف الجنس إذا باع فصاً على أنه ياقوت فكان زجاجاً أو باع هذا الثوب على أنه خز فإذا

هُوَ مَرَعَزِيٌّ قَالَ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ وَالْعَجَبُ مِنْ هَذَا التَّعْجِيبِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ فَلَا يَبِيعُ بَيْنَهُمَا يَحْتَمِلُ نَفْيَ الصَّحِيحِ وَيَحْتَمِلُ النَّفْيَ مُطْلَقًا وَقَوْلُ الْأَنْقَايِ
 إِنَّ هَذَا تَنْصِصٌ عَلَى الْبُطْلَانِ مَمْنُوعٌ وَتَعْلِيلُهُ مُصَادَرَةٌ فَجَعَلَ الْبَيْعَ فَاسِدًا لَهُ وَجَهٌ عَلَى تَقْدِيرِ الْإِحْتِمَالِ الْآخَرِ وَإِنْ كَانَ مَرْجُوحًا عَلَى وَجْهِ
 التَّسْلِيمِ ، وَأَمَّا تَصْرِيحُ الْكَرْخِيِّ بِأَنَّهُ مِثْلُ مُخْتَلَفِي الْجِنْسِ فَهُوَ مِثْلُهُ فِي الْإِخْتِلَافِ مِنْ حَيْثُ عَدَمُ الصَّحَّةِ لَا فِي أَنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَاطِلٌ
 وَيَكُونُ الْوُقُوفُ عَلَى كَلَامِ الْكَرْخِيِّ بِأَنَّهُ فَاسِدٌ قَرِينُهُ هَذَا الْحَمْلُ تَوْفِيقًا بَيْنَ كَلَامَيْهِ وَلَا يُظَنُّ بِصَاحِبِ النَّهْيَةِ نَقْلُ مَا لَا يُوْجَدُ فِي كَلَامِ
 الْكَرْخِيِّ غَايَتُهُ عَدَمُ وَقُوفِ الْأَنْقَايِ عَلَى ذَلِكَ ، هَذِهِ الْحَاشِيَةُ مِنْ فَوَائِدِ الشَّيْخِ مُحِبِّ الدِّينِ الْأَفْصَرَايِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ قَالَ بَعْضُهُمْ هُوَ
 صَاحِبُ النَّهْيَةِ .

قَالَ (وَشِرَاءُ مَا بَاعَ بِالْأَقْلِ قَبْلَ التَّقْدِ) وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ لَوْ بَاعَ شَيْئًا وَقَبَضَهُ الْمُشْتَرِي وَلَمْ يَقْبِضْ الْبَائِعُ الثَّمَنَ فَاشْتَرَاهُ بِأَقْلٍ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ لَا
 يَجُوزُ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ وَهُوَ الْقِيَاسُ لِأَنَّ الْمِلْكَ فِيهِ قَدْ تَمَّ بِالْقَبْضِ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ بِأَيِّ قَدَرٍ كَانَ مِنَ الثَّمَنِ كَمَا إِذَا بَاعَهُ مِنْ
 غَيْرِ الْبَائِعِ أَوْ مِنْهُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ بِأَكْثَرٍ أَوْ بِعَرَضٍ أَوْ بِأَقْلٍ بَعْدَ التَّقْدِ وَلَنَا مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ السَّبَّيْعِيِّ عَنْ أَمْرَأَةٍ أَنَّهَا دَخَلَتْ عَلَى
 عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فَدَخَلَتْ مَعَهَا ثُمَّ وَلَدَ زَيْدُ بْنُ أَرْقَمَ فَقَالَتْ يَا أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ إِنِّي بَعْتُ غُلَامًا مِنْ زَيْدٍ بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ نَسِيتُهُ وَإِنِّي ابْتَعْتُهُ
 مِنْهُ بِثَمَانِمِائَةٍ فَقَالَتْ لَهَا عَائِشَةُ بِثَمَانٍ شَرَيْتَ وَبِثَمَانٍ شَرَى إِنَّ جِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَدْ بَطَلَ إِلَّا أَنْ يَتُوبَ رَوَاهُ
 الدَّارِقُطْنِيُّ فَهَذَا الْوَعْدُ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ فَاسِدٌ وَهُوَ لَا يَذَرُكَ بِالرَّأْيِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّهَا قَالَتْهُ سَمَاعًا .

وَلَا يُقَالُ قَدْ رُوِيَ أَنَّهَا قَالَتْ إِنِّي بَعْتُهُ إِلَى الْعَطَاءِ فَلَعَلَّهَا أَتَكَرَّتْ عَلَيْهَا لِذَلِكَ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ كَانَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا تَرَى الْبَيْعَ إِلَى الْعَطَاءِ
 وَلِأَنَّ الثَّمَنَ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِ الْبَائِعِ قَبْلَ قَبْضِهِ فَإِذَا عَادَ إِلَيْهِ عَيْنٌ مَالِهِ بِالصَّفَةِ الَّتِي خَرَجَ مِنْ مِلْكِهِ وَصَارَ بَعْضُ الثَّمَنِ قِصَاصًا يَبِيعُ بَقِيَّ
 لَهُ عَلَيْهِ فَضْلٌ بَلَا عَوْضٍ فَكَانَ ذَلِكَ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ وَهُوَ حَرَامٌ بِالنَّصِّ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَاهُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ أَكْثَرَ ؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ فِيهِ
 حَصَلَ لِلْمُشْتَرِي بَعْدَمَا دَخَلَ الْمَبِيعُ فِي ضَمَانِهِ وَلَوْ اشْتَرَاهُ مِنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ لَهُ كَوَلَدِهِ وَوَالِدِهِ وَعَبْدُهُ وَمُكَاتِبُهُ فَهُوَ بِمِثْلِهِ
 شِرَاءُ الْبَائِعِ بِنَفْسِهِ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يَجُوزُ فِي غَيْرِ الْعَبْدِ وَالْمُكَاتِبِ ؛ لِأَنَّ الْأَمْلَاقَ مُتَبَايِنَةٌ بِخِلَافِ الْمَمْلُوكِ لِأَنَّ كَسْبَهُ لِسَيِّدِهِ وَلَهُ
 فِي كَسْبِ مُكَاتِبِهِ حَقُّ الْمِلْكِ فَكَانَ تَصَرُّفُهُ كَتَصَرُّفِهِ وَلَهُ أَنْ يَشْرَاهُ هَؤُلَاءِ كَشِرَاءِ الْبَائِعِ بِنَفْسِهِ لِاتِّصَالِ مَنَافِعِ الْمَالِ بَيْنَهُمْ وَهُوَ نَظِيرُ الْوَكِيلِ
 فِي الْبَيْعِ إِذَا عَقَدَ مَعَ هَؤُلَاءِ وَلَوْ اشْتَرَى مَا يَبِيعُ لَهُ بِأَنْ بَاعَ وَكَيْلُهُ لَمْ يَجْزِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَاعَ بِإِذْنِهِ صَارَ كَبَيْعِهِ بِنَفْسِهِ ثُمَّ اشْتَرَى بِالْأَقْلِ ،
 وَكَذَا لَوْ وَكَّلَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِهِ بِالْفِ دِرْهَمٍ فَبَاعَهُ ثُمَّ أَرَادَ الْوَكِيلُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْعَبْدَ بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ لِنَفْسِهِ أَوْ لغيرِهِ بِأَمْرِهِ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ لَمْ
 يَجْزِ ، أَمَّا شِرَاؤُهُ لِنَفْسِهِ فَلِأَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ بَائِعٌ لِنَفْسِهِ فِي حَقِّ الْحُقُوقِ فَكَانَ هَذَا شِرَاءَ الْبَائِعِ مِنْ وَجْهِهِ وَالثَّابِتُ مِنْ وَجْهِهِ كَالثَّابِتِ مِنْ كُلِّ
 وَجْهِ فِي بَابِ الْحُرْمَاتِ ، وَأَمَّا لغيرِهِ فَلِأَنَّ شِرَاءَ الْمَأْمُورِ وَقَعَ لَهُ مِنْ حَيْثُ الْحُقُوقُ فَكَانَ هَذَا شِرَاءَ مَا بَاعَ لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهِهِ .

وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى مِنْ وَارِثٍ مُشْتَرِيهِ بِأَقْلٍ مِمَّا اشْتَرَى بِهِ الْمَوْرَثُ لَمْ يَجْزِ لِقِيَامِ الْوَارِثِ مَقَامَ الْمَوْرَثِ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ اشْتَرَى وَارِثُ الْبَائِعِ
 بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ بِهِ مَوْرَثُهُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ كَالْفَصْلِ الْأَوَّلِ وَالْفَرْقُ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الْوَارِثَ يَقُومُ مَقَامَ الْمَوْرَثِ
 فِيمَا يَرِثُ لَا فِيمَا لَا يَرِثُ وَوَارِثُ الْبَائِعِ لَمْ يَقُمْ مَقَامَ الْبَائِعِ فِي هَذَا الشَّرَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكِ الشَّرَاءَ بِطَرِيقِ الْإِرْثِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَمْلِكُ الشَّرَاءَ
 لِنَفْسِهِ حَالَ حَيَاةِ مَوْرَثِهِ فَكَانَ كَالْأَجَنَبِيِّ فِي ذَلِكَ ، وَأَمَّا وَارِثُ الْمُشْتَرِي فَقَائِمٌ مَقَامَ الْمُشْتَرِي فِي هَذَا الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّ وَلَايَةَ
 الْبَيْعِ لَهُ مِنْ أَحْكَامِ مِلْكِ الْمَوْرَثِ فَإِنَّهُ مَا كَانَ يَمْلِكُ الْبَيْعَ حَالَ حَيَاةِ مَوْرَثِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ مَوْرَثُهُ وَلَمَّا قَامَ وَارِثُ الْمُشْتَرِي مَقَامَهُ فِي بَيْعِ هَذِهِ
 الْعَيْنِ بِحُكْمِ الْإِرْثِ صَارَ بَيْعُ الْوَارِثِ وَبَيْعُ الْمَوْرَثِ سَوَاءً وَكَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمُشْتَرِي لَا يَجُوزُ بَيْعُ وَارِثِهِ وَشَرَطْنَا أَنْ يَكُونَ الشَّرَاءُ مِنْ
 مُشْتَرِيهِ أَوْ مِنْ وَارِثِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي مِنْ رَجُلٍ أَوْ وَهَبَهُ لِرَجُلٍ أَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ الْبَائِعُ الْأَوَّلُ مِنْ ذَلِكَ الرَّجُلِ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ
 اخْتِلَافَ سَبَبِ الْمِلْكِ كَاخْتِلَافِ الْعَيْنِ أَصْلُهُ حَدِيثُ بَرِيرَةَ حَيْثُ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ { هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ } وَشَرَطْنَا أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ

عَلَى حَالِهِ لَمْ يُنْتَقَصْ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَعَيَّبَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَبَاعَهُ مِنَ الْبَائِعِ بِأَقْلَ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ جَارَ ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ رِبْحٌ مَا لَمْ يَضْمَنْ .
وَأَمَّا يَظْهَرُ الرَّبْحُ إِذَا صَارَ إِلَيْهِ الْمَبِيعُ كَمَا خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ فَإِذَا لَمْ يَعُدْ إِلَيْهِ كَمَا خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ جُعِلَ التَّقْصَانُ بِمُقَابَلَةِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَكَانَ مُشْتَرِيًا مَا بَاعَ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ مَعْنَى وَشَرَطْنَا أَنْ يَكُونَ التَّقْصَانُ مِنْ حَيْثُ الدَّاتُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَقَصَّتْ قِيمَتُهُ بِتَغْيِيرِ السَّعْرِ لَمْ يَجْزُ شِرَاؤُهُ بِأَقْلَ مِمَّا بَاعَ ؛ لِأَنَّ تَغْيِيرَ السَّعْرِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فِي حَقِّ الْأَحْكَامِ كَمَا فِي حَقِّ الْغَاصِبِ وَغَيْرِهِ فَعَادَ إِلَيْهِ الْمَبِيعُ كَمَا خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ فَيَظْهَرُ الرَّبْحُ وَشَرَطْنَا اتِّحَادَ الثَّمَنَيْنِ جِنْسًا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا اشْتَرَاهُ بِجِنْسٍ آخَرَ غَيْرِ جِنْسِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ الثَّمَنِ الثَّانِي أَقْلَ ؛ لِأَنَّ الرَّبْحَ لَا يَظْهَرُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ وَالدَّانِيَرُ جِنْسُ الدَّرَاهِمِ هُنَا حَتَّى لَوْ كَانَ الْعَقْدُ الْأَوَّلُ بِالدَّرَاهِمِ فَاشْتَرَاهُ بِالدَّانِيَرِ وَقِيمَتُهَا أَقْلَ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ لَمْ يَجْزُ اسْتِحْسَانًا وَجَارَ قِيَاسًا وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ ؛ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ حَتَّى لَا يَجْرِي رَبَا الْفَضْلِ بَيْنَهُمَا وَلَنَا أَنَّهُمَا جِنْسَانِ صُورَةٌ وَجِنْسٌ وَاحِدٌ مَعْنَى ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِهِمَا وَاحِدٌ وَهُوَ الثَّمَنِيَّةُ فَبِالنَّظَرِ إِلَى الْأَوَّلِ يَصِحُّ وَبِالنَّظَرِ إِلَى الثَّانِي لَا يَصِحُّ فَعَلَبْنَا الْمُحَرَّمَ عَلَى الْمُبِيعِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ { وَمَا اجْتَمَعَ الْحَلَالُ وَالْحَرَامُ إِلَّا وَقَدْ غَلَبَ الْحَرَامُ الْحَلَالُ } رَجُلَانِ بَاعَا عَبْدًا بَيْنَهُمَا بِأَلْفٍ فَقَالَ بَعْنَاكَ بِأَلْفٍ كُلُّ نِصْفٍ بِخَمْسِمِائَةٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ أَحَدُهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ قَبْلَ التَّقْدِ فَسَدَ فِي نِصْفِهِ ؛ لِأَنَّهُ شَرَاءُ مَا بَاعَ بِأَقْلَ مِمَّا بَاعَ قَبْلَ تَقْدِ الثَّمَنِ وَصَحَّ فِي نِصْبِ شَرِيكَهِ بِنِصْفِ خَمْسِمِائَةٍ ؛ لِأَنَّهُ مَا بَاعَ وَلَا يَبِيعُ لَهُ .

وَلَوْ قَالَ بَعْنَاكَ نِصْبُ فَلَانِ بِخَمْسِمِائَةٍ ثُمَّ قَالَ بَعْنَاكَ نِصْبُ فَلَانِ بِخَمْسِمِائَةٍ ثُمَّ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا كُلَّهُ بِخَمْسِمِائَةٍ فَسَدَ فِي نِصْبِهِ ؛ لِأَنَّ نِصْفَهُ وَهُوَ الرَّبْعُ بَاعَهُ بِنَفْسِهِ وَنِصْفَهُ وَهُوَ الرَّبْعُ يَبِيعُ لَهُ ، وَأَمَّا نِصْبُ صَاحِبِهِ فَيَفْسُدُ فِي نِصْفِهِ وَهُوَ الرَّبْعُ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَهُ لَهُ وَصَحَّ فِي الرَّبْعِ الْآخَرَ فَيَدْفَعُ ثَمَنَهُ ؛ لِأَنَّهُ مَا بَاعَ وَلَا يَبِيعُ لَهُ وَإِنْ اشْتَرَاهُ مَعًا فِي هَذِهِ الصُّورِ صَحَّ شَرَاءُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي ثَمَنِهِ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ اشْتَرَاهُ أَحَدُهُمَا صَحَّ شِرَاؤُهُ فِي الرَّبْعِ فَإِذَا اشْتَرَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفًا شَائِعًا صَحَّ شَرَاءُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نِصْفِ ذَلِكَ وَهُوَ الثَّمَنِ ضَرُورَةٌ وَلَوْ بَاعَاهُ بِأَلْفٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِخَمْسِمِائَةٍ صَحَّ شَرَاءُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي رَبْعِهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا اشْتَرَى نِصْفًا شَائِعًا نِصْفَهُ فِيمَا بَاعَ فَيَفْسُدُ وَنِصْفُهُ فِيمَا بَاعَ شَرِيكَهُ فَيَصِحُّ فِي نِصْفِهِ الَّذِي لَمْ يَبِيعْهُ لَهُ بَلْ بَاعَهُ لِنَفْسِهِ وَلَوْ بَاعَهُ مَعَ وَكَيْلِهِ بِأَلْفٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ الْمُوَكَّلُ بِخَمْسِمِائَةٍ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ أَحَدَ التَّصْفِيْنِ بَاعَهُ بِنَفْسِهِ وَالتَّصْفِ الْآخَرُ يَبِيعُ لَهُ وَلَوْ اشْتَرَاهُ الْوَكِيلُ فَسَدَ فِي التَّصْفِ الَّذِي بَاعَهُ هُوَ وَصَحَّ فِي التَّصْفِ الْآخَرَ ؛ لِأَنَّهُ مَا بَاعَ وَلَا يَبِيعُ لَهُ وَلَوْ بَاعَ الْوَكِيلُ كُلَّهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ أَحَدُهُمَا لَا يَصِحُّ أَمَّا الْوَكِيلُ فَلِأَنَّهُ بَاعَ ، وَأَمَّا الْمُوَكَّلُ فَلِأَنَّهُ يَبِيعُ لَهُ .

الشرح

قوله أبي إسحاق السبيعي

اسمُه عمرو بن عبد الله يروي عن زيد بن أرقم .

قوله : أم ولد زيد بن أرقم

قال الأتقاني زيد بن أرقم بن قيس بن نعيم بن مالك بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج الأنصاري من مشاهير الصحابة وفي كُتُبِهِ اخْتِلَافٌ ، قِيلَ أَبُو عَمْرٍو وَقِيلَ أَبُو عَامِرٍ وَقِيلَ أَبُو أَنَسَةَ وَقِيلَ أَبُو أَنَسٍ وَتُوفِّيَ بِالْكُوفَةِ سَنَةَ ثَمَانٍ وَسِتِّينَ وَهَذَا الَّذِي أَخَذَ الرَّايَةَ يَوْمَ مَوْتِهِ حِينَ أُسْتُشْهِدَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ كَذَا ذَكَرَهُ ابْنُ شَاهِينَ فِي كِتَابِهِ الْمُعْجَمِ .

قوله : ابتعته

أَيُّ بَعْتِهِ ، وَكَذَا هُوَ فِي الْهَدَايَةِ قَوْلُهُ فَقَالَتْ لَهَا عَائِشَةُ بِئْسَمَا مَا شَرَيْتَ وَبِئْسَمَا مَا شَرَى (مَا مَعْنَى ذِمِّ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَهُوَ حَائِزٌ لِجَمَاعَةٍ إِنَّمَا ذِمَّتُهُ لِكَوْنِهِ سَبَبًا لِلْبَيْعِ الْمَحْظُورِ كَالسَّفَرِ لِقَطْعِ الطَّرِيقِ مُحْظُورٌ وَإِنْ كَانَ السَّفَرُ فِي نَفْسِهِ مُبَاحًا .

أَثَقَانِي بِاخْتِصَارٍ .

قوله : وَلِإِنَّ الثَّمَنَ لَمْ يَدْخُلِ الْبَيْعَ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَلِأَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْهُ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ خَرَجَ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ بِالتَّسْلِيمِ وَالثَّمَنُ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ لِعَدَمِ الْقَبْضِ فَإِذَا اشْتَرَى بِالْأَقْلِ لَزِمَ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ لَا مَحَالَةَ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ لِمَا حَدَّثَ صَاحِبُ السُّنَنِ بِإِسْنَادِهِ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ وَلَا رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ } فَإِنْ قُلْتَ يُحْتَمَلُ أَنَّ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا إِنَّمَا أَغْلَظْتَ الْقَوْلَ هَكَذَا ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ كَانَ إِلَى الْعَطَاءِ وَهُوَ أَجَلٌ مَجْهُولٌ لَا لِأَنَّ فِيهِ رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ قُلْتَ كَانَ مِنْ مَذْهَبِ عَائِشَةَ جَوَازُ الْبَيْعِ إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ وَهُوَ مَذْهَبُ عَلِيٍّ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى وَجَمَاعَةٍ كَذَا قَالَ الْقَاضِي أَبُو زَيْدٍ فِي الْأَسْرَارِ .

قوله : لَا يَحِلُّ سَلْفٌ

صُورَةُ النَّهْيِ عَنْ بَيْعٍ وَسَلْفٍ أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ بِشَرْطِ مَنَفْعَةٍ الْقَرْضِ أَوْ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ وَصُورَةُ الشَّرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ أَنْ يَبِيعَ عَبْدُهُ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ إِلَى سَنَةٍ أَوْ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ إِلَى سَنَتَيْنِ وَلَمْ يُبَيِّنَا الْعَقْدَ عَلَى أَحَدِهِمَا كَذَا فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ .

قوله : وَلَوْ اشْتَرَاهُ مَنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ

قَالَ الْكَمَالُ وَلَوْ اشْتَرَى وَلَدُهُ أَوْ وَالِدُهُ أَوْ زَوْجَتُهُ فَكَذَلِكَ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ لِتَبَايُنِ الْأَمْلاكِ وَكَانَ كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ آخَرُ وَهُوَ يَقُولُ كُلُّ مَنْهُمْ بِمَنْزِلَةِ الْآخَرِ وَلِذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَحَدِهِمَا لِلْآخَرِ .

قوله : وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في غير العبد

قال الكرخي في مختصره ولا يجوز أن يشتري ذلك وكيل البائع ولا مضارب ولا شريك في تلك التجارة ولا مدبر للبائع ولا مكاتب ولا عبد للبائع مأذون له في التجارة في قولهم جميعاً فإن اشتراه والد للبائع أو ولد أو ولد علة أو سفل أو من لا تجوز شهادته للبائع ولا شهادته البائع له لم يجز عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد ذلك جائز وكذلك لا يجوز للمولى أن يشتري ما باعه مكاتبه ولا عبده المأذون ولا مضاربه بأقل من الثمن الذي باعه فإن وكل البائع من يشتريه بأقل من الثمن الأول فاشتراه فالشراء جائز عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف الشراء لازم للوكيل ولا يلزم الأمر ، وقال محمد للأمر بشراء فاسد إلى هنا لفظ الكرخي وجه قول محمد أنه أمره بما لو باشره بنفسه يكون

فاسداً وجه قول أبي يوسف العقد له زيادة فساد بدليل إبطال الجهاد فلم يجز التوكيل به ولأبي حنيفة أن الموكل في المعنى مشتري من الوكيل قاصداً كما إذا اشترى من غيره .

أثقاني رحمه الله

قوله : وكذا لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى الخ

قال في شرح الطحاوي إذا مات المشتري فاشتراه البائع من الوارث لا يجوز ؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث ، ألا ترى أنه لو وجد به عيباً كان له أن يخاصم البائع في الرد ولو لم يمت المشتري ولكن مات البائع فاشتراه وارثه من المشتري جاز الشراء إذا كان الوارث ممن تجوز شهادته للبائع في حال الحياة وقرابته من البائع لا تمنع بخلاف المشتري والفرق بينهما أن وارث المشتري قائم مقام المشتري في عين المبيع ؛ لأنهم ورثوه منه ، وأما وارث البائع يقوم مقام البائع في الثمن والثمن الذي يثبت في ذمته لم يكتب المحشي قوله : ثم اشتراه البائع الأول من ذلك الرجل يجوز (أي ولو عاد إلى ملك المشتري الأول بملك مستأنف جاز لباعه شراؤه منه بأقل ما كان باعه له أولاً .

مبتغى وكتب ما نصه قال الأثقاني ويجوز إذا اشتراه من غيره إلا من وارثه ؛ لأن بتبدل العاقد تبدل العين حكماً فأمّا وارثه فبمنزلة فإنه خلفه فصار شبهة والشبهة في باب الحرّات ملحقة بالحقيقة .

قوله : جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشتري

أي فلا يتحقق الربح .

أثقاني وكتب ما نصه سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه .

فتح .

قوله : لَأَنَّ تَغْيِيرَ السَّعْرِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ

أَيُّ لَأَنَّهُ فُتُورٌ فِي رَغَبَاتِ النَّاسِ فِيهِ وَلَيْسَ مِنْهُ فَوَاتٌ جُزْءٌ مِنَ الْعَيْنِ .

كَمَالٌ

قوله لَمْ يَجْزُ اسْتِحْسَانًا

قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَجْهَ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّهُمَا جِنْسٌ وَاحِدٌ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُمَا ثَمَنًا وَمِنْ حَيْثُ وَجَبَ ضَمُّ أَحَدِهِمَا إِلَى الْآخَرِ فِي الزَّكَاءِ فَيُطْلُ الْبَيْعُ احْتِياطًا وَالزَّمُّ أَنَّ اعْتِبَارَهُمَا جِنْسًا وَاحِدًا يُوجِبُ التَّفَاضُلَ بَيْنَهُمَا احْتِياطًا وَالْجَوَابُ أَنَّ مُقْتَضَى الْوَجْهِ ذَلِكَ وَلَكِنَّ فِي التَّفَاضُلِ عِنْدَ بَيْعِ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ إِجْمَاعٌ .

قوله : حَتَّى لَا يَجْرِيَ رَبَا الْقَضَلُ بَيْنَهُمَا

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ وَجْهَ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّهُمَا مِنْ حَيْثُ الثَّمَنِ كَالشَّيْءِ الْوَاحِدِ فَتُبْتُ شُبْهَةُ الرَّبْحِ .

قَالَ (وَصَحَّ فِيمَا ضُمَّ إِلَيْهِ) أَيُّ صَحَّ الْبَيْعُ فِيمَا ضُمَّ إِلَى الْمُشْتَرَى بِأَنْ اشْتَرَى مِثْلًا جَارِيَةً بِأَلْفٍ ثُمَّ بَاعَهَا وَأُخْرَى مَعَهَا بِأَلْفٍ مِنَ الْبَائِعِ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ جَارَ الْبَيْعِ فِي الَّذِي لَمْ يَشْتَرِهَا مِنَ الْبَائِعِ وَيَفْسُدُ فِي الْآخَرَى ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ يَجْعَلَ الثَّمَنُ بِمُقَابَلَةِ الَّذِي لَمْ يَشْتَرِهَا مِنْهُ فَيَكُونُ مُشْتَرِيًا لِلْآخَرَى بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ وَهُوَ فَاسِدٌ وَلَا يَشِيعُ الْفَسَادُ ؛ لِأَنَّهُ ضَعِيفٌ فِيهَا لِكَوْنِهِ مُحْتَجِدًا فِيهِ حَتَّى لَوْ قَضَى الْقَاضِي بِجَوَازِهِ صَحَّ أَوْ ؛ لِأَنَّهُ بِاعْتِبَارِ شُبْهَةِ الرِّبَا وَلِأَنَّهُ طَارِئٌ ؛ لِأَنَّهُ يَطْهَرُ بِانْقِسَامِ الثَّمَنِ أَوْ الْمُقَاصَّةِ فَلَا يَسْرِي إِلَى غَيْرِهَا .

الشرح

قوله فِي الثَّمَنِ : وَصَحَّ فِيمَا ضُمَّ إِلَيْهِ

وَهَذِهِ فَرْعُ الْمَسْأَلَةِ السَّابِقَةِ وَهِيَ أَنَّ شِرَاءَ مَا بَاعَ مِنَ الْمُشْتَرَى بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَهُ بِهِ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ لَا يَجُوزُ .

كَمَالٌ .

قوله : إِلَى الْمُشْتَرَى

بِفَتْحِ الرَّاءِ .

فَتَحَّ .

قَوْلُهُ : جَاَزَ الْبَيْعُ فِي الَّتِي لَمْ يَشْتَرَهَا

أَيَّ بَحِصَّتْهَا .

أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ : فَيَكُونُ مُشْتَرِيًا لِلْآخِرِ بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ وَهُوَ فَاسِدٌ

أَيَّ وَلَا إِشْكَالَ هُنَا عَلَى قَوْلِهِمَا ، وَإِنَّمَا الْإِشْكَالُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ مَذْهَبَهُ أَنَّ الْبَيْعَ إِذَا فَسَدَ بَعْضُهُ فَسَدَ كُلُّهُ إِذَا كَانَ الْفَسَادُ مُقَارِنًا وَحَلَّهُ أَنْ يُقَالَ أَنَّ الْفَسَادَ فِيمَا بِيَعَتْ أَوَّلًا ضَعِيفٌ ؛ لِأَنَّهُ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي فَسَادِهَا فَلَمْ يَسِرْ لِضَعْفِ الْفَسَادِ إِلَى صَاحِبَتِهَا كَمَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدَيْنِ أَحَدُهُمَا مُدَبَّرٌ حَيْثُ لَا يَفْسُدُ الْبَيْعُ بَلْ يَصِحُّ الْبَيْعُ فِي الْقَنْ بَحِصَّتْهُ مِنَ الثَّمَنِ فَكَذَا هُنَا يَصِحُّ الْبَيْعُ فِي الْمَضْمُونَةِ بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ .

أَتَقَانِي قَوْلُهُ أَوْ لِأَنَّهُ بَاعْتَبَارَ شُبْهَةِ الرِّبَا (أَيَّ سَلَامَةِ الْفَضْلِ لِلْبَائِعِ الْأَوَّلِ مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ وَلَا ضَمَانٍ يُقَابِلُهُ احتِطًا لِأَمْرِ الرِّبَا فَلَمْ يَسِرْ إِلَى الْمَضْمُونَةِ لِقُصُورِ سَبَبِ الْفَسَادِ .

أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ : وَلِأَنَّهُ

أَيَّ لَيْسَ بِمُقَارِنٍ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ بَلْ هُوَ الْخُ .

غَايَةً .

قَوْلُهُ : طَارِئُ

أَيَّ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَذْكُرَا فِي الْبَيْعِ مَا يُوجِبُ فَسَادَ الْبَيْعِ ، وَإِنَّمَا الْفَسَادُ بِاعْتِبَارِ شُبْهَةِ الرِّبَا وَهِيَ أَمْرٌ حَفِيٌّ ظَهَرَ ذَلِكَ بَعْدَ الْعَقْدِ إِمَّا بِانْقِسَامِ الثَّمَنِ عَلَى قِيمَتَيْهِمَا أَوْ بِالْمُقَاصَّةِ أَعْنِي مُقَاصَّةَ الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ الثَّانِي بِمِقْدَارِ ذَلِكَ مِنَ الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ فَيَقْتَضِي مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَضْلٌ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُقَابِلَهُ عَوَضٌ فَكَيْفَمَا كَانَ يَظْهَرُ الْفَضْلُ لِلْبَائِعِ الْأَوَّلِ فَيَكُونُ مُشْتَرِيًا مَا بَاعَ بِأَقْلٍ مِنْهُ وَالْفَسَادُ الطَّارِئُ لَا يَسْرِي كَمَنْ بَاعَ عَبْدَيْنِ صَفَقَةً وَاحِدَةً وَبَيْنَ ثَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُمَّ أَلْحَقَا الْأَجَلَ إِلَى وَقْتِ الْحَصَادِ فِي ثَمَنِ أَحَدِهِمَا فَسَدَ الْبَيْعُ فِيهِ وَلَا يَتَعَدَّى إِلَى الْآخِرِ فَكَذَا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ .

أَثَقَانِي .

قَالَ (وَزَيْتٌ عَلَى أَنْ يَزِنَهُ بِظَرْفِهِ وَيَطْرَحَ عَنْهُ مَكَانَ كُلِّ ظَرْفٍ خَمْسِينَ رَطْلًا وَصَحَّ لَوْ شَرَطَ أَنْ يَطْرَحَ بِوِزْنِ الظَّرْفِ) أَيَّ لَا يَجُوزُ بَيْعُ زَيْتٍ كُلِّ رَطْلٍ بِدِرْهَمٍ عَلَى أَنْ يَزِنَهُ بِظَرْفِهِ وَيَطْرَحَ عَنْ الزَّيْتِ الْمَوْزُونِ مَكَانَ كُلِّ ظَرْفٍ خَمْسِينَ رَطْلًا وَيَجُوزُ إِنْ شَرَطَ أَنْ يَطْرَحَ بِوِزْنِ الظَّرْفِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ الْأَوَّلَ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَالثَّانِي يَقْتَضِيهِ وَهَذَا لِأَنَّ مُقْتَضَى الْعَقْدِ أَنْ يَخْرُجَ عَنْهُ وَزْنُ الظَّرْفِ فَإِذَا طَرَحَ خَمْسِينَ مَثَلًا يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ مِنَ الظَّرْفِ أَوْ أَقَلَّ إِلَّا إِذَا عَرَفَ أَنْ وَزْنَهُ خَمْسُونَ رَطْلًا فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ .

الشرح

قوله في المتن : وزيت

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ هَذِهِ مِنْ خَوَاصِّ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَصُورُهُ فِيهِ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ هَذَا الزَّيْتِ وَهُوَ أَلْفُ رَطْلٍ عَلَى أَنْ يَزِنَهُ بِظَرْفِهِ فَيَطْرَحَ عَنْهُ مَكَانَ كُلِّ ظَرْفٍ خَمْسِينَ رَطْلًا قَالَ هَذَا فَاسِدٌ فَإِنْ قَالَ عَلَى أَنْ يَطْرَحَ عَنِّي وَزْنُ الظَّرْفِ فَهُوَ جَائِزٌ وَذَلِكَ أَنَّ الْمَبِيعَ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى مَجْهُولٌ وَجَهَالَتُهُ تُفْسِدُ الْبَيْعَ ؛ لِأَنَّ وَزْنَ الظَّرْفِ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَقَلَّ مِنْ خَمْسِينَ أَوْ أَكْثَرَ فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْهُ يَخْرُجُ بَعْضُ الزَّيْتِ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَبِيعًا وَذَلِكَ مَجْهُولٌ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْهُ يَلْزَمُ الْجَهَالَةُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْقَدْرَ الزَّائِدَ عَلَى الْخَمْسِينَ مِنَ الظَّرْفِ لَيْسَ بِمَبِيعٍ فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ كَانَ طَرَحُ الْخَمْسِينَ بِوِزْنِ كُلِّ ظَرْفٍ شَرَطًا لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ فَافْسَدَهُ بِخِلَافِ الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ حَيْثُ جَازَ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّ طَرَحَ الْقَدْرِ الْوِزْنِ شَرَطٌ يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّ الظَّرْفَ لَيْسَ بِمَبِيعٍ فَيَخْرُجُ بِوِزْنِهِ وَالشَّرْطُ لَا يَزِيدُ إِلَّا تَأْكِيدًا لِحُكْمِ الْعَقْدِ وَوَضْعُ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا بَاعَ كُلَّ رَطْلٍ مِنْهُ بِكَذَا قَالُوا .

قوله : ويطرح عنه

أَيَّ يَطْرَحُ الْبَائِعُ عَنْ الْمُشْتَرِي .

أَثَقَانِي .

قوله : يحتمل أن يكون أكثر من الظرف أو أقل

أَيَّ فَيَكُونُ الْمَبِيعُ مَجْهُولًا وَجَهَالَتُهُ تُفْسِدُ الْبَيْعَ .

قَالَ (وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الزَّقِّ فَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي) ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَكِرُّ ، بَيَانُهُ أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى سَمْنًا فِي زَقٍّ فَرَدَّ الْمُشْتَرِي الزَّقَّ وَهُوَ عَشْرَةُ أَرْطَالٍ فَقَالَ الْبَائِعُ الزَّقُّ غَيْرُ هَذَا وَهُوَ كَانَ خَمْسَةَ أَرْطَالٍ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ أُعْتَبِرَ اخْتِلَافًا فِي الزَّقِّ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْقَابِضِ ضَمِينًا كَانَ أَوْ أَمِينًا كَالْعَاصِبِ وَالْمُودِعِ

وَأِنْ أُعْتَبِرَ اخْتِلَافًا فِي السَّمَنِ فَهُوَ فِي الْحَقِيقَةِ اخْتِلَافٌ فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ يُنْكَرُ الزِّيَادَةُ وَلَا يَتَحَالَفَانِ وَإِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي الثَّمَنِ يَثْبُتُ تَبَعًا لِاِخْتِلَافِهِمَا فِي الظَّرْفِ وَالْاِخْتِلَافُ فِي الظَّرْفِ لَا يُوجِبُ التَّحَالَفَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَقْصُودٍ بِالْعَقْدِ وَلَا مَعْقُودٌ عَلَيْهِ أَصْلًا فَكَذَا فِيمَا يَثْبُتُ تَبَعًا لَهُ إِذَا تَبَعٌ لَا يُخَالِفُ الْأَصْلَ وَلِأَنَّ التَّحَالَفَ وَرَدَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي مُوجِبِ الْعَقْدِ قَصْدًا ضَرُورَةً أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْعِي عَقْدًا غَيْرَ الَّذِي يَدْعِيهِ صَاحِبُهُ وَالْاِخْتِلَافُ فِي الرِّقِّ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ .

الشرح

قوله في المتن : وإن اختلفا في الرق الخ

هذه من مسائل الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الرق كل رطل بدرهم فوزن له السمن والرق فبلغ مائة رطل وقبضه المشتري ثم جاء فقال وجدت السمن تسعين رطلا ، والرق هذا وزنه أرطال لم يكتب المحشي وكتب ما نصه ومسألة الاختلاف في الرق ذكرها الشارح في الدعوى فراجع الحاشية التي في خيار الرؤية عند قوله وللمشتري لو في الرؤية فإنها تليق بهذا المحل وهي نقلا عن الكمال .

قوله فقال البائع الرق غير هذا وهو كان خمسة أرطال

أي فالقول للمشتري مع يمينه .

قَالَ (وَلَوْ أَمَرَ ذِمِّيًا بِشِرَاءِ خَمْرٍ أَوْ بَيْعِهَا صَحَّ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَقَالَ لَا يَجُوزُ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ التَّوَكُّلُ بِبَيْعِ الْخَنْزِيرِ وَعَلَى هَذَا تَوَكُّلُ الْمُحْرَمِ الْحَلَالِ بِبَيْعِ صَبَدِهِ لَهُمَا أَنَّ الْوَكِيلَ يَسْتَفِيدُ الْوِلَايَةَ مِنَ الْمُوَكَّلِ وَلَا وِلَايَةَ لِلْمُوَكَّلِ فِي هَذَا التَّصَرُّفِ فَكَذَا وَكَيْلُهُ كَمُسْلِمٍ وَكُلُّ مَجُوسِيٍّ بَأَنٍ يَزُوجُهُ مَجُوسِيَّةً حَيْثُ لَا يَجُوزُ بِالْإِتِّفَاقِ وَلِأَنَّ مَا يَثْبُتُ لَهُ يَتَّقِلُ إِلَيْهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاشَرَهُ بِنَفْسِهِ وَلِأَنَّهُ بَيْنَ الْوَكِيلِ وَالْمُوَكَّلِ يَجْرِي حُكْمُ الْمُبَادَلَةِ حَتَّى يُجْعَلَ الْوَكِيلُ بِمَنْزِلَةِ الْبَائِعِ وَالْمُوَكَّلُ بِمَنْزِلَةِ الْمُشْتَرِي ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَحْبِسُ الْمُبِيعَ بِالثَّمَنِ وَيُرَدُّ الْمُوَكَّلُ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ وَيَجْرِي التَّحَالَفُ بَيْنَهُمَا عِنْدَ التَّجَاوُذِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْوَكِيلَ أَصْلًا لِنَفْسِ التَّصَرُّفِ وَالْمُوَكَّلُ لِحُكْمِ التَّصَرُّفِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَمْلِكُ الْخَمْرَ وَالْخَنْزِيرَ بِالْإِرْثِ بَأَنٍ كَانَا لِدَمِيٍّ فَأَسْلَمَ فَمَاتَ قَبْلَ أَنْ يُسَيِّبَ الْخَنْزِيرَ وَيُخَلَّلَ الْخَمْرَ بِرُثِهِ وَرَثَتُهُ الْمُسْلِمُونَ ، وَكَذَا إِذَا تَخَمَّرَ عَصِيرُهُ يَبْقَى عَلَى مَلِكِهِ بِخِلَافِ تَوَكُّلِ الْمُسْلِمِ الْمَجُوسِيِّ أَنْ يَزُوجَهُ الْمَجُوسِيَّةَ ؛ لِأَنَّهُ سَفِيرٌ وَمُعَبَّرٌ فِيهِ فَيَكُونُ مُضَافًا إِلَى الْمُوَكَّلِ ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَتَاهُ كَافِرٌ لِمُسْلِمٍ خَمْرًا ؛ لِأَنَّهُ سَفِيرٌ كَالْتَزْوِيجِ فَيَقَعُ الْمَلِكُ فِيهِ لِلْمُسْلِمِ ابْتِدَاءً وَحَقُّوقُهُ رَاجِعَةٌ إِلَيْهِ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِثَمَنِ الْخَمْرِ إِنْ بَاعَهَا الْوَكِيلُ لَهُ لَتَمَكَّنَ الْخَبَثَ فِيهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ { إِنْ الَّذِي حَرَّمَ بَيْعَهَا حَرَّمَ شِرَاءَهَا وَأَكْلَ ثَمَنِهَا } وَفِي التَّوَكُّلِ بِشِرَاءِ الْخَمْرِ يَمْلِكُهَا حُكْمًا فَيُخَلَّلُهَا ؛ لِأَنَّهُ مُنْعٌ عَنِ الْإِنْتِفَاعِ بِعَيْنِهَا وَلَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهَا عَلَى وَجْهِ يَتَوَصَّلُ بِهِ إِلَى الْإِنْتِفَاعِ بِهَا كَمَا إِذَا وَرَثَهَا أَوْ تَخَمَّرَ عَصِيرُهُ وَعَلَيْهِ ثَمَنُهُ يَدْفَعُهُ إِلَى الْوَكِيلِ لِإِنْتِقَالِ الْمَلِكِ إِلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ حُكْمًا فَيَلْزِمُهُ الْبَدَلُ وَإِنْ كَانَ خَنْزِيرًا يُسَيِّبُهُ وَقَوْلُهُمَا لَا وِلَايَةَ لِلْمُوَكَّلِ فِي هَذَا التَّصَرُّفِ فَكَذَا وَكَيْلُهُ مُنْقُوضٌ بِمَسَائِلِ مِنْهَا أَنَّ رَجُلًا لَوْ تَوَكَّلَ عَنْ غَيْرِهِ بِشِرَاءِ

عَبْدٌ بَعِيْنُهُ لَا يَمْلِكُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ فَلَوْ وَكَّلَ مَنْ يَشْتَرِيَهُ لَهُ فَاشْتَرَاهُ لَهُ مَلَكُهُ وَمِنْهَا إِذَا مَاتَ ذِمِّيٌّ وَخَلَفَ خَمْرًا يَأْمُرُ الْقَاضِي ذِمِّيًّا بِبَيْعِهَا وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ يَبْعُهَا هُوَ وَمِنْهَا لَوْ كَانَ مُسْلِمٌ وَصِيًّا لِدِمِّيٍّ وَلِلْمَيِّتِ خَمْرٌ يَأْمُرُ الْوَصِيُّ الْمُسْلِمُ ذِمِّيًّا بِبَيْعِهَا وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْهُ هُوَ ، وَأَمَّا نِكَاحُ الْمَجُوسِيَّةِ فَلَأَنَّ الْمُسْلِمَ لَا يَمْلِكُهُ ابْتِدَاءً وَلَا بَقَاءً فَلَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتُهُ لَهُ حُكْمًا لِتَصَرُّفِهِ ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْبَيْعِ الْمَلِكُ وَالْمُسْلِمُ أَهْلٌ لِمَلِكِيَّتِهِمَا وَالْمَقْصُودُ مِنَ النِّكَاحِ الْحِلُّ وَلَا يُفِيدُ الْحِلُّ فَيُلْغُو .

الشرح

قوله : وقال : لا يجوزُ

أَيُّ وَمَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ .

قوله : ولأبي حنيفة أن الوكيل أصل إلخ

ولأبي حنيفة أن الشراء والبيع وحدا من التصرائف وهو أهل لمباشرة ذلك غاية ما في الباب أن حكم التصرف وهو ملك الثمن أو المبيع يثبت للموكل حكماً لتصرف الوكيل لا قصداً ؛ لأن التوكيل بالشراء والبيع إلخ لم يكتب المحشي قوله : ثم يتصدق بثمن الخمر إن باعها الوكيل له إلخ (قال الكمال وقد روي عن أبي حنيفة أن هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس إلا كراهة التحريم فأبي فائدة في الصحة .

قوله منها أن رجلاً لو توكل عن غيره بشراء عبد إلخ

وفي البخارية المريض مريض الموت لو باعه بما يتعابن في مثله وعليه ديون مستعركة لا يجوز ومن وصيته يجوز ذلك بعد موته ، وكذا لا يبيع الأم غروض الولد وصيها يبيع الغروض التي هي من ميراثها .

درأية وقد قالوا لا يجوز بيع العبد الباقي ويجوز التوكيل ببيعه .

سراج وهاج وقوله ويجوز التوكيل ببيعه ولا يبيعه الوكيل إلا بشرط .

قال (وأمة على أن يعتق المشتري أو يدبر أو يكتب أو يستولد) أي لا يجوز بيع أمته على أن يفعل بها المشتري شيئاً من هذه الأشياء { لنهي عليه السلام عن بيع وشرط } والأصل فيه أن كل شرط لا يقتضيه العقد وهو غير ملزم له ولم يرد الشرع بجوازه ولم يحز التعامل فيه وفيه منفعة لأهل الاستحقاق مفسد لما روينا فإن شرط فيه ما يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري أو شرط فيه الملائم للعقد

كَالرَّهْنِ وَالْكَفَالَةِ جَازَ ؛ لِأَنَّهُمَا لِلتَّوَثُّقَةِ وَالتَّأَكُّدِ لِجَانِبِ اسْتِيفَاءِ وَالْمُطَالَبَةِ ؛ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الثَّمَنِ مُقْتَضِي الْعَقْدِ وَمُؤَكَّدُهُ مُلَائِمٌ لَهُ إِذَا كَانَ مَعْلُومًا أَنَّ كَانَ الرَّهْنُ وَالْكَفَالَةُ مُعَيَّنَيْنِ أَوْ شَرَطًا فِيهِ مَا وَرَدَ الشَّرْعُ بِجَوَازِهِ كَالْخِيَارِ وَالْأَجَلِ أَوْ شَرَطًا فِيهِ مَا جَرَى التَّعَامُلُ بَيْنَ النَّاسِ كَشِرَاءِ الثَّغْلِ عَلَى أَنْ يَحْذَوْهَا لِلْبَّائِعِ أَوْ يُشْرِكَهَا أَوْ شَرَطًا فِيهِ مَا لَا مَنَافِعَةَ فِيهِ لِأَهْلِ الْاسْتِحْقَاقِ وَأَهْلِ الْاسْتِحْقَاقِ هُوَ الْبَائِعُ وَالْمُسْتَشْتَرِي وَالْمَبِيعُ الْآدَمِيُّ وَالْأَجَنِيُّ لَا يَفْسِدُ الْبَيْعُ لَوُرُودِ الشَّرْعِ بِهِ أَوْ التَّعَامُلِ أَوْ لِكَوْنِهِ مُلَائِمًا .

وَمَا عَدَا ذَلِكَ مِنَ الشُّرُوطِ مُفْسِدٌ لِمَا فِيهِ مِنْ زِيَادَةِ عَرِيَّةٍ عَنِ الْعَوَضِ فَيَفْضِي إِلَى الرِّبَا وَلِأَنَّهُ يَقَعُ بِسَبَبِهِ الْمُنَازَعَةُ فَيَعْرِى الْعَقْدُ عَنْ مَقْصُودِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ شَرْعِ الْأَسْبَابِ فِي الْمُعَامَلَاتِ قَطْعُ النَّزَاعِ لِيَخْتَصَّ بِهِ الْمُبَاشِرُ لِلْسَّبَبِ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يَجُوزُ الْبَيْعُ بِشَرَطِ الْإِعْتِقَاقِ وَهُوَ رَوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْعَبْدِ نَسَمَةٌ مُتَعَارَفٌ فِي الْوَصَايَا وَتَفْسِيرُهُ مَا قُلْنَا وَلَنَا أَنَّهُ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ إِذْ هُوَ يَقْتَضِي الْإِطْلَاقَ وَأَيُّ تَصَرُّفٍ شَاءَ لَا

تَصَرُّفًا مُعَيَّنًا فَاسْتِثْنَاءُ مُنْهٍ فِيهِ مُفْسِدٌ لَهُ كَاشْتِرَاطِ التَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ وَالْكَتَابَةِ فِيهِ وَتَفْسِيرُ بَيْعِ النَّسَمَةِ أَنْ يَبِيعَهُ مِمَّنْ يَعْرِفُ أَنَّهُ يُعْتَقُهُ كَمَا إِذَا بَاعَهُ مِمَّنْ يَطْلُبُ رَقَبَةً لِلْإِعْتِقَاقِ عَنْ كَفَّارَةٍ أَوْ نَذْرٍ وَقِيلَ تَفْسِيرُهُ أَنْ يَعِدَهُ الْمُسْتَشْتَرِي قَبْلَ الشِّرَاءِ ثُمَّ يَشْتَرِيهِ مِنْ غَيْرِ شَرَطٍ فِي الْعَقْدِ .

وَلَوْ أَتَقَتَهُ الْمُسْتَشْتَرِي جَازَ الْبَيْعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَيَجِبُ عَلَيْهِ الثَّمَنُ ، وَقَالَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِيَمَةُ وَهُوَ الْقِيَاسُ ؛ لِأَنَّ شَرَطَ الْإِعْتِقَاقِ مُفْسِدٌ فَتَحْقِيقُهُ تَقْرِيرٌ لِلْفُسَادِ لَا رَفْعٌ لَهُ كَسَائِرِ الشُّرُوطِ الْمُفْسِدَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَتْلَفَهُ بَوَاحُ آخَرٍ وَجَهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ اشْتِرَاطَ الْإِعْتِقَاقِ مِنْ حَيْثُ ذَاتِهِ لَا يُلَائِمُ الْعَقْدَ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَلَكِنْ مِنْ حَيْثُ حُكْمِهِ يُلَائِمُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْهُ لِمَلِكِهِ وَالشَّيْءُ بِانْتِهَائِهِ يَتَقَرَّرُ فَلَوْجُودِ صُورَةِ الشَّرَطِ قُلْنَا يَفْسُدُ فَإِذَا تَحَقَّقَ الْعَنْقُ حَكْمًا بِجَوَازِهِ لِتَحَقُّقِ الْمُلَامَةِ وَهُوَ الْإِنْهَاءُ فَكَانَ الْحَالُ قَبْلَهُ مُوقُوفًا بِخِلَافِ الْاسْتِيلَادِ وَالتَّدْبِيرِ حَيْثُ لَا يَعُودُ صَاحِبًا بِهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا بِمَنْهِيَيْنِ لِلْمَلِكِ ، وَكَذَا إِذَا أَتْلَفَهُ بَوَاحُ آخَرٍ ، وَلَوْ بَاعَ جَارِيَةً بِشَرَطٍ أَنْ يَطَّأَهَا الْمُسْتَشْتَرِي أَوْ بِشَرَطٍ أَنْ لَا يَطَّأَهَا فَسَدَ الْبَيْعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يَقْتَضِيهِمَا ؛ لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ إِطْلَاقُ الْإِنْتِفَاعِ لَا الْحَجْرُ مِنْهُ وَلَا الْإِلْزَامُ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ صَحَّ فِي الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَقْتَضِيهِ وَفَسَدَ فِي الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْتَضِيهِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ صَحَّ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ الثَّانِي إِنْ لَمْ يَقْتَضِهِ الْعَقْدُ فَلَا يَرْجِعُ نَفْعُهُ إِلَى أَحَدٍ فَكَانَ هَذَا شَرَطًا لَا مُطَالَبَ لَهُ فَلَا يُؤَدِّي إِلَى النَّزَاعِ فَلَا يَفْسُدُ .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ كَاشْتِرَاطِ التَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ الْخ

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ إِذَا كَانَ فِي الشَّرَطِ مَنَافِعَةٌ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْخُصُومَةِ نَحْوُ أَنْ يَبِيعَ عَبْدًا أَوْ جَارِيَةً بِشَرَطٍ أَنْ لَا يَبِيعَهُ وَلَا يَهَبَهُ وَلَا يُخْرِجَهُ عَنْ مِلْكِهِ فَإِنْ هَذَا الشَّرَطُ فِيهِ مَنَافِعَةٌ لِلْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ تَدَاوُلَ الْأَيْدِي يَشْتَقُّ عَلَى الْعَبْدِ وَالْجَارِيَةِ وَكَذَلِكَ إِنْ اشْتَرَطَ التَّدْبِيرَ وَالِاسْتِيلَادَ أَوْ شَرَطَ الْعَنْقَ فَالْبَيْعُ لَا يَجُوزُ وَلَكِنَّ الْمُسْتَشْتَرِي لَوْ أَعْتَقَهُ لَزِمَهُ الثَّمَنُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ صَاحِبِيهِ تَجِبُ عَلَيْهِ الْقِيَمَةُ وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ لَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ قَبْلَ الْإِعْتِقَاقِ لَزِمَهُ الْقِيَمَةُ وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ أَوْ وَهَبَهُ لِرَجُلٍ وَجَبَتْ عَلَيْهِ الْقِيَمَةُ ثُمَّ وَجُوبُ الثَّمَنِ عَلَامَةُ الْجَوَازِ وَوُجُوبُ الْقِيَمَةِ عَلَامَةُ الْفُسَادِ وَالْحَاصِلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْعَقْدَ فِي الْإِبْتِدَاءِ يَنْعَقِدُ عَلَى الْفُسَادِ ثُمَّ يَنْقَلِبُ إِلَى الْجَوَازِ بِالْعَنْقِ وَعِنْدَهُمَا لَا يَنْقَلِبُ وَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْإِمَامِ الْإِسْبَاحِيِّ ، وَقَالَ فِي التُّخْفَةِ لَوْ أَعْتَقَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَنْفُذْ عَقْدُهُ وَإِنْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْقَبْضِ عَقَقَ فَانْقَلَبَ الْبَيْعُ جَائِزًا اسْتِحْسَانًا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لَا يَنْقَلِبُ الْعَقْدُ جَائِزًا إِذَا أَعْتَقَهُ حَتَّى تَجِبَ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَبْدِ وَرُويَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ مِثْلُ قَوْلِهِمَا كَذَا فِي التُّخْفَةِ .

قوله : ولو أعتقه المشتري جاز البيع

يَعْنِي لَوْ بَاعَ عَبْدًا بِشَرْطٍ أَنْ يُعْتِقَهُ الْمُشْتَرِي لَا يَجُوزُ فَلَوْ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي يَنْقَلِبُ الْبَيْعُ حَائِزًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

قَالَ (أَوْ إِلَّا حَمَلَهَا) أَيَّ لَا يَجُوزُ بَيْعُ أَمَةٍ إِلَّا حَمَلَهَا ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنْهُ وَالْحَمْلُ لَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ فَكَذَا اسْتِثْنَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَطْرَافِ فَكَانَ شَرْطًا فَاسِدًا وَفِيهِ مَنَفَعَةٌ لِلْبَائِعِ فَيَفْسُدُ الْبَيْعُ ثُمَّ اسْتِثْنَاءُ الْحَمْلِ فِي الْعُقُودِ عَلَى ثَلَاثِ مَرَاتِبٍ فِي وَجْهِ يَفْسُدُ الْعَقْدُ وَالِاسْتِثْنَاءُ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالْكَتَابَةِ وَالرَّهْنِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْعُقُودَ تُبْطِلُهَا الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ غَيْرَ أَنَّ الْمُفْسَدَ فِي الْكَتَابَةِ مَا يَتِمَّكُنُ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ مِنَ الشُّرُوطِ أَيَّ مَا يَقُومُ بِهِ الْعَقْدُ حَتَّى لَوْ كَاتَبَ بِشَرْطٍ أَنْ لَا يَخْرُجَ مِنَ الْبَلَدِ لَا يَفْسُدُ وَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ ؛ لِأَنَّ الْكَتَابَةَ تُشْبِهُ الْبَيْعَ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْعَبْدَ مَالٌ فِي حَقِّ الْمَوْلَى وَتُشْبِهُ النِّكَاحَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّ نَفْسِهِ فَعَلِمْنَا بِالشَّبَهَيْنِ فِي الْحَالَيْنِ وَفِي وَجْهِ الْعَقْدِ حَائِزٍ وَالِاسْتِثْنَاءُ بَاطِلٌ كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ فَلَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ وَيَبْطُلُ الْإِسْتِثْنَاءُ وَيَكُونُ الْحَمْلُ تَابِعًا لِلْمَالِ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ وَيَصِيرُ هُوَ حَيْثُ صَارَتْ هِيَ وَفِي وَجْهِ يَجُوزُ الْعَقْدُ وَالِاسْتِثْنَاءُ وَهُوَ الْوَصِيَّةُ حَتَّى لَوْ أَوْصَى بِجَارِيَةٍ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا حَمَلَهَا صَحَّ ، وَكَذَا لَوْ أَوْصَى بِحَمَلِهَا لِآخَرَ صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أَخْتُ الْمِيرَاثِ وَالْمِيرَاثُ يَجْرِي فِيهِ فَكَذَا الْوَصِيَّةُ بِخِلَافِ الْخِدْمَةِ وَفِي الْعِنَقِ يَتَّبِعُهَا الْحَمْلُ وَلَوْ أَعْتَقَ الْحَمْلَ وَحْدَهُ لَصَحَّ .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ : (أَوْ إِلَّا حَمَلَهَا) قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَالْأَصْلُ هُنَا مَا قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ إِذَا اسْتَشْنَى مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ مَا يَجُوزُ إِفْرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ جَازَ الْبَيْعُ فِي الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ وَإِذَا اسْتَشْنَى مَا لَا يَجُوزُ عَلَيْهِ الْعَقْدُ مُفْرَدًا بَطَلَ الْبَيْعُ فِي الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ بَيَانُهُ أَنَّهُ إِذَا قَالَ بَعْتُ مِنْكَ هَذِهِ الصُّبْرَةَ إِلَّا قَفِيرًا مِنْهَا بَدْرَهُمْ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ فِي جَمِيعِ الصُّبْرَةِ إِلَّا قَفِيرًا فَإِنَّهُ اسْتَشْنَى مَا يَجُوزُ إِفْرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَاعَ قَفِيرًا مِنَ الصُّبْرَةِ يَجُوزُ وَمِثْلُهُ لَوْ قَالَ بَعْتُ مِنْكَ هَذَا الْقَطِيعَ مِنَ الْعَنَمِ إِلَّا شَاةً مِنْهَا بَغِيرَ عَيْنِهَا بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَشْنَى مَا لَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَاعَ شَاةً مِنَ الْجُمْلَةِ بَغِيرَ عَيْنِهَا لَمْ يَجْزِ وَلَوْ قَالَ بَعْتُ مِنْكَ هَذَا الْقَطِيعَ إِلَّا هَذِهِ الشَّاةَ بَعَيْنِهَا بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَشْنَى مَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي جَمِيعِ الْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ وَالْعَدَدِيِّ غَيْرِ الْمُتَقَارِبِ وَلِذَا لَوْ بَاعَ حَيَوَانًا وَاسْتَشْنَى مَا فِي بَطْنِهَا لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَشْنَى مَا لَا يَجُوزُ إِفْرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ مَا فِي الْبَطْنِ لَا يَجُوزُ كَذَا فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجْزِ إِفْرَادُ الْعَقْدِ عَلَى مَا فِي الْبَطْنِ ؛ لِأَنَّهُ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْجَبَلِ } وَقَدْ مَرَّ

قوله : لئانه بمنزلة الأطراف

أَيَّ لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِالْمَالِ جُمْلَةً ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَتَعَدَّى بِغَضَائِهَا وَيَنْقَلِبُ بِانْقِلَابِهَا كَسَائِرِ الْأَطْرَافِ فَكَانَ تَبَعًا فِي الدُّخُولِ تَحْتَ الْعَقْدِ كَالْأَطْرَافِ .

أَثَقَانِي .

قوله : **وَالِاسْتِثْنَاءُ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ**

أَيُّ كَمَنْ أَحْرَرَ دَارَهُ عَلَى جَارِيَةٍ إِلَّا حَمَلَهَا .

قوله :

وَالْكَتَابَةُ (

أَيُّ كَاتَبَ عَبْدُهُ عَلَى جَارِيَةٍ إِلَّا حَمَلَهَا .

قوله : **وَالرَّهْنُ**

أَيُّ رَهَنَ جَارِيَتَهُ إِلَّا حَمَلَهَا

قوله : **مَا يَتِمَّكَنُ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ**

صُلْبُ الْعَقْدِ مَا كَانَ رَاجِعًا إِلَى الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ ؛ لِأَنَّ صُلْبَ الشَّيْءِ مَا يَقُومُ بِهِ ذَلِكَ الشَّيْءُ وَقِيَامُ الْبَيْعِ بِالْعَوَضَيْنِ .

قوله : **فَلَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ وَيَبْطُلُ الْإِسْتِثْنَاءُ**

أَيُّ لِأَنَّ هَذِهِ الْعُقُودَ لَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ .

هَدَايَةٌ .

قوله : **حَتَّى لَوْ أَوْصَى بِجَارِيَةٍ لِإِنْسَانٍ إِلَّا حَمَلَهَا صَحَّ**

أَيُّ وَكَانَ الْحَمْلُ مِيرَاثًا وَالْجَارِيَةُ وَصِيَّةً لِلْمُوصَى لَهُ .

قوله : **بِخِلَافِ الْخِدْمَةِ**

يَعْنِي إِذَا قَالَ أَوْصَيْتُ بِهِذِهِ الْجَارِيَةِ لِفُلَانٍ إِلَّا خِدْمَتَهَا لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الْخِدْمَةِ بَلْ يَبْطُلُ حَتَّى تَكُونَ الْجَارِيَةُ وَخِدْمَتُهَا جَمِيعًا لِلْمُوصَى لَهُ فَإِنْ قُلْتُ يَصِحُّ إِفْرَادُ الْخِدْمَةِ بِالْعَقْدِ بَأَنَّ أَوْصَى بِخِدْمَةِ هَذِهِ الْجَارِيَةِ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ فَيَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهَا أَيْضًا وَأُجِيبُ بِأَنَّ هَذَا عَكْسٌ لِلْقَاعِدَةِ لَا طَرْدَ لَهَا فَلَا يَلْزَمُنَا وَلَكِنْ سُلِّمَ فَالْوَصِيَّةُ غَيْرُ عَقْدٍ

أَلَا تَرَى أَنَّ الْقَبُولَ يَصِحُّ مِنَ الْمُوصَى لَهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي فَلَوْ كَانَتْ عَقْدًا لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يَصِحُّ إِلَّا بَيْنَ اثْنَيْنِ وَكَذَلِكَ يَدْخُلُ الْمُوصِي بِهِ فِي مِلْكٍ وَرَثَةِ الْمُوصَى لَهُ بِلَا قَبُولٍ إِذَا مَاتَ الْمُوصِي ثُمَّ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ غَايَةً وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ فِي الْهِدَايَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَنْتَى خِدْمَتَهَا ؛ لِأَنَّ الْمِيرَاثَ لَا يَجْرِي فِيهَا لِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ الْإِرْثُ فِي الْأَعْيَانِ .

قَالَ (أَوْ يَسْتَخْدِمُ الْبَائِعَ شَهْرًا أَوْ دَارًا عَلَى أَنْ يَسْكُنَ أَوْ يُقْرِضَ الْمُشْتَرِيَ دِرْهَمًا أَوْ يُهْدِي لَهُ أَوْ يُسَلِّمَهُ إِلَى كَذَا أَوْ ثَوْبًا عَلَى أَنْ يَقْطَعَهُ الْبَائِعُ وَيَخِيطَهُ قَمِيصًا) لِأَنَّ هَذِهِ الشُّرُوطَ لَا يَقْتَضِيهَا الْعَقْدُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِهِمَا فَيَفْسُدُ وَلِأَنَّهُ إِنْ كَانَ بَعْضُ الثَّمَنِ بِمُقَابَلَةِ الْعَمَلِ الْمَشْرُوطِ فَهُوَ إِجَارَةٌ مَشْرُوطَةٌ فِي بَيْعٍ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِمُقَابَلَتِهِ شَيْءٌ فَهُوَ إِعَارَةٌ مَشْرُوطَةٌ فِيهِ { وَنَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ صَفَقَةٍ فِي صَفَقَةٍ } وَلِأَنَّ الْأَجَلَ يَخْتَصُّ بِالذُّيُونِ ؛ لِأَنَّهُ شَرْعٌ لِلتَّرْفِيهِ حَتَّى يُتِمَّكَ مِنَ التَّحْصِيلِ بِهِ دُونَ الْأَعْيَانِ إِذْ هِيَ حَاصِلَةٌ مُتَعَيِّنَةٌ بِالْعَقْدِ فَلَا حَاجَةَ فِيهَا إِلَى التَّأْجِيلِ فَيَكُونُ اشْتِرَاؤُهُ مُفْسِدًا لَهُ .

الشرح

قوله : أَوْ يُقْرِضُ الْمُشْتَرِيَ دِرْهَمًا

قَالَ الْوَلَوَالِحِيُّ فِي فِتَاوِيهِ وَلَوْ قَالَ بَعَثَكَ هَذِهِ الدَّارَ بِالْفِ عَلَى أَنْ يُقْرِضَنِي فُلَانٌ الْأَجْنَبِيُّ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ فَقَبِلَ الْمُشْتَرِيَ ذَلِكَ الْبَيْعَ لَا يَفْسُدُ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْعَشْرَةَ الْأَجْنَبِيُّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَزِمَهُ إِنَّمَا تَلْزَمُهُ إِمَّا بِطَرِيقِ الضَّمَانِ عَلَى الْمُشْتَرِيَ أَوْ بِطَرِيقِ الزِّيَادَةِ فِي الثَّمَنِ لَا وَجْهَ إِلَى الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْعَشْرَةَ لَيْسَتْ فِي ذِمَّةِ الْمُشْتَرِيَ فَكَيْفَ يَتَحَمَّلُهَا الْكَفِيلُ وَلَا وَجْهَ إِلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقُلْ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ فَإِذَا لَمْ تَلْزَمْ الْأَجْنَبِيَّ لَا يَفْسُدُ الْبَيْعُ وَلَا خِيَارَ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ لَوْ ثَبَتَ إِنَّمَا يَثْبُتُ إِذَا لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ مَا شَرِطَ فِي الْبَيْعِ عَلَى الْمُشْتَرِيَ وَهُنَا قَدْ سَلَّمَ لَهُ مَا شَرِطَ فِي الْبَيْعِ عَلَى الْمُشْتَرِيَ .

غَايَةً .

قوله : أَوْ ثَوْبًا عَلَى أَنْ يَقْطَعَهُ

قَالَ الْكَمَالُ قَوْلُهُ وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا عَلَى أَنْ يَقْطَعَهُ الْبَائِعُ وَيَخِيطَهُ قَمِيصًا أَوْ قَبَاءً فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ بِإِجْمَاعِ الْأَئِمَّةِ الْأَرْبَعَةِ ؛ لِأَنَّهُ شَرِطَ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَلِأَنَّهُ يَصِيرُ صَفَقَتَيْنِ فِي صَفَقَةٍ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ امْتِنَاعِ الصَّفَقَتَيْنِ فِي صَفَقَةٍ إِلَّا أَنْ هَذَا عَلَى تَقْدِيرٍ وَاحِدٍ وَهُوَ كَوْنُ الْخِيَاطَةِ يُقَابَلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ فَهُوَ شَرِطُ إِجَارَةٍ فِي بَيْعٍ وَمَا تَقَدَّمَ كَانَ كَذَلِكَ عَلَى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ وَعَلَى تَقْدِيرِ عَدَمِ الْمُقَابَلَةِ يَكُونُ إِعَارَةً فِي بَيْعٍ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ ، وَقَالَ فِي الْفَتَاوَى الصُّغْرَى إِذَا قَالَ لِأَخَرٍ بَعِ عَبْدَكَ مِنْ فُلَانٍ عَلَى أَنْ الثَّمَنَ عَلَيَّ وَالْعَبْدَ لِفُلَانٍ حُكِي عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْكَرْخِيِّ أَنَّهُ يَجُوزُ لَكِنَّ هَذَا خِلَافُ ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ وَاسْتَبْعَدَهُ أَبُو بَكْرٍ الْجَصَّاصُ .

غَايَةً .

قوله : وَلَئِنَّهُ إِنْ كَانَ بَعْضُ

الثَّمَنِ بِمُقَابَلَةِ الْعَمَلِ الْمَشْرُوطِ)
أَيُّ وَهُوَ اسْتِخْدَامُ الْبَائِعِ الْمَبِيعِ وَسُكْنَاهُ فِيهَا

قوله : وَلَئِنْ التَّاجِلَ يَخْتَصُّ بِالذُّيُونِ

هَذَا تَعْلِيلٌ لِقَوْلِهِ أَوْ يُسَلِّمُ إِلَيَّ كَذَا يَعْنِي لَوْ بَاعَ عَيْنًا عَلَى أَنْ لَا يُسَلِّمَهُ إِلَّاهَا إِلَى رَأْسِ الشَّهْرِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ قَالَ الْأَثْقَانِيُّ وَاحْتَرَزَ بِالْعَيْنِ عَنْ الْمَبِيعِ إِذَا كَانَ دَيْنًا كَالْمُسْلَمِ فِيهِ فَإِنَّ الْأَجَلَ فِيهِ صَحِيحٌ

قوله : حَتَّى يَتِمَّكَنَ مِنَ التَّحْصِيلِ

أَيُّ بِخِلَافِ الْمَبِيعِ الْمُعَيَّنِ فَإِنَّهُ مُعَيَّنٌ حَاضِرٌ فَلَا فَائِدَةَ فِي الزَّامَةِ تَأْخِيرَ تَسْلِيمِهِ إِذْ فَائِدَتُهُ الْاسْتِحْصَالُ بِهِ وَهُوَ حَاصِلٌ فَيَكُونُ إِضْرَارًا بِالْبَائِعِ مِنْ غَيْرِ نَفْعٍ لِلْمُشْتَرِي .

كَمَالٌ .

قَالَ (وَصَحَّ بَيْعٌ نَعَلَ عَلَى أَنْ يَحْدُوهُ أَوْ يُشْرِكُهُ) وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ وَهُوَ الْقِيَاسُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ شَرْطًا لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَجْهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ النَّاسَ تَعَامَلُوهُ وَبِمَثَلِهِ يُتْرَكُ الْقِيَاسُ ، وَلِهَذَا أَجَزْنَا الْاسْتِصْنَاعَ وَاسْتِجَارَ الصَّبَاغِ وَالظَّنْزِرِ وَالْحَمَامِ وَإِنْ كَانَتْ إِجَارَةٌ عَلَى اسْتِهْلَاكِ الْأَعْيَانِ .

الشرحُ

قوله في المتن : وَصَحَّ بَيْعُ نَعْلِ الْخ

قَدْ مَشَى الْقُدُورِيُّ عَلَى أَنَّ الْبَيْعَ فَاسِدٌ قَالَ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ مَا ذَكَرَهُ يَعْنِي الْقُدُورِيُّ جَوَابُ الْقِيَاسِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَمَالُ الْمُرَادُ اشْتَرَى أَدِيمًا عَلَى أَنْ يَجْعَلَهُ الْبَائِعُ نَعْلًا لَهُ فَأُطْلِقَ عَلَيْهِ اسْمُ النَّعْلِ بِاعْتِبَارِ أَوَّلِهِ إِلَيْهِ وَيُمْكِنُ أَنْ يُرَادَ حَقِيقَتُهُ أَيْ نَعْلُ رَجُلٍ وَاحِدَةٍ عَلَى أَنْ يَحْدُوَهَا أَيْ يَجْعَلَ مَعَهَا مِثَالًا آخَرَ لِيَتِمَّ نَعْلًا لِلرَّجُلَيْنِ وَمِنْهُ حَدَوْتُ النَّعْلَ بِالنَّعْلِ أَيْ قَدَّرْتَهُ بِمِثَالٍ فَطَعَنَهُ وَيَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ أَوْ يُشْرِكُهُ فَجَعَلَهُ مُقَابِلًا لِقَوْلِهِ نَعْلًا وَلَا مَعْنَى لَأَنْ يَشْتَرِيَ أَدِيمًا عَلَى أَنْ يَجْعَلَ لَهُ شِرَاكًا فَلَا بُدَّ أَنْ يُرِيدَ حَقِيقَةَ النَّعْلِ .

قوله : وَلِهَذَا أَجَزْنَا الْاسْتِصْنَاعَ

أَيُّ مَعَ أَنَّهُ بَيْعُ الْمَعْدُومِ .

فَتْحٌ .

قَالَ (لَا الْبَيْعُ إِلَى النَّيْرُوزِ وَالْمَهْرَجَانِ وَصَوْمُ النَّصَارَى وَفِطْرُ الْيَهُودِ إِنْ لَمْ يَدْرِ الْمُتَعَاقدَانِ ذَلِكَ) يَعْنِي لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ إِلَى هَذِهِ الْأَحَالِ ؛ لِأَنَّهَا مَجْهُولَةٌ فَتُفْضَى إِلَى الْمَنَازَعَةِ ، وَقَالُوا : إِذَا بَاعَ إِلَى فِطْرِ النَّصَارَى بَعْدَ مَا شَرَعُوا فِي صَوْمِهِمْ جَازَ ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ صَوْمِهِمْ بِالْأَيَّامِ وَهِيَ مَعْلُومَةٌ .

الشرح

قوله في المتن : لا البيع إلى النيروز والمهرجان

قَالَ الْكَمَالُ هُوَ يَوْمٌ فِي طَرَفِ الرَّبِيعِ وَأَصْلُهُ نَوْرُوزٌ عُرِّبَ وَقَدْ تَكَلَّمَ بِهِ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ كُلُّ يَوْمٍ لَنَا نَوْرُوزٌ حِينَ كَانَ الْكُفَّارُ يَيْتَهَجُونَ بِهِ وَالْمَهْرَجَانِ يَوْمٌ فِي طَرَفِ الْخَرِيفِ مُعَرَّبٌ مَهْرٌ كَانَ وَقِيلَ هُمَا عِيدَانِ لِلْمَجُوسِ .

قوله : لا يجوز البيع إلى هذه الآجال ؛ لأنها مجهولة

أَيَّ عِنْدَهُمَا وَمَعْرِفَةُ غَيْرِهِمَا لَا تُعْتَبَرُ ؛ لِأَنَّ الْأَحْلَ حَقٌّ لَهُمَا فَإِذَا عَرَفَ ذَلِكَ جَازَ لِرِئْفَاعِ الْجَهَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ عِنْدَهُمَا .

غاية

قوله : وهي معلومة

أَيَّ وَهُوَ خَمْسَةٌ وَخَمْسُونَ يَوْمًا .

فتح

قَالَ (وَإِلَى قُدُومِ الْحَاجِّ وَالْحَصَادِ وَالْقِطَافِ وَالِدِّيَّاسِ) أَيَّ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ إِلَى هَذِهِ الْأَحَالِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَقَدَّمُ وَتَتَأَخَّرُ فَتَكُونُ مَجْهُولَةً وَهَذَا ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ أَفْعَالُ الْعِبَادِ فَتُنْتَبِطُ بِحَسَبِ مَا يَبْدُو لَهُمْ وَالْأَحَالُ شُرَعَتْ بِالْأَوْقَاتِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ النَّاسِ } وَكَذَا إِلَى الْجَزَائِرِ لِمَا ذَكَرْنَا وَهُوَ جَزُ الصُّوفِ ، وَكَذَا إِلَى الْجُذَادِ وَهُوَ بِالذَّالِ الْمُعْجَمَةِ عَامٌّ فِي قِطْعِ الثَّمَارِ وَبِالْمُهْمَلَةِ خَاصٌّ فِي التَّخْلِ وَالْحَصَادِ بِفَتْحِ الْحَاءِ وَكَسْرِهَا قِطْعُ الزَّرْعِ وَمِثْلُهُ الْقِطَافُ وَقُرِئَ بِهِمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى { وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ } وَالْقِطَافُ قِطْعُ الْعِنَبِ مِنَ الْكَرَمِ وَالِدِّيَّاسِ أَنْ يُوطِئَ الطَّعَامَ الدَّوَابُّ .

الشرح

قوله : لا يجوز البيع إلى هذه الآجال

أَيَّ لِجَهَالَةِ الْأَجَلِ وَعَلِمَ بِهَذَا التَّعْلِيلِ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْمُؤَجَّلِ هُنَا هُوَ الثَّمَنُ لَا الْمَبِيعُ ؛ لِأَنَّ مُجَرَّدَ تَأْجِيلِ الْمَبِيعِ مُفْسِدٌ وَلَوْ كَانَ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ فَلَا يُنَاسِبُ تَعْلِيلُ فُسَادِ تَأْجِيلِ الْمَبِيعِ لِجَهَالَةِ الْأَجَلِ قَالَهُ الْكَمَالُ ثُمَّ قَالَ وَاعْلَمْ أَنَّ كَوْنَ التَّأْجِيلِ فِي الثَّمَنِ يَصِحُّ إِذَا كَانَ الْأَجَلُ مَعْلُومًا هُوَ

فِي الثَّمَنِ الدِّينُ أَمَّا لَوْ كَانَ الثَّمَنُ عَيْنًا فَيَفْسُدُ الْبَيْعُ بِالْأَجَلِ لِلْمَعْنَى الَّتِي ذَكَرْتَاهُ مُفْسِدًا لِتَأْجِيلِ الْمَبِيعِ وَالْذِّيَاسُ وَأَصْلُهُ الدَّوَّاسُ بِالْوَاوِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ الدَّوَّاسِ قُلِبَتْ الْوَاوُ يَاءً لِلْكَسْرِ قَبْلَهَا .

كَمَالٌ .

قَالَ (وَلَوْ كَفَلَ إِلَى هَذِهِ الْأَوْقَاتِ صَحَّ) لِأَنَّ هَذِهِ جَهَالَةٌ يَسِيرَةٌ وَهِيَ مُحْتَمَلَةٌ فِي الْكَفَالَةِ لِكَوْنِهَا تَبَرُّعًا فَيَجْرِي التَّسَامُحُ فِيهَا بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ مُبَادَلَةٌ الْمَالِ بِالْمَالِ فَيَكُونُ مَبْنَاهُ عَلَى الْمُمَاكَسَةِ وَالْمُضَاقِقَةِ فَإِذَا كَانَتْ يَسِيرَةً أَمَكْنَ دَفْعُهَا بِأَقْصَاهَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ فَاحِشَةً كَالْكَفَالَةِ إِلَى هُبُوبِ الرِّيحِ ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ تُشَبِّهُ النَّذْرَ ابْتِدَاءً لِكَوْنِهَا تَزَامًا مَحْضًا مِنْ غَيْرِ أَنْ يُقَابِلَهُ شَيْءٌ وَفِي النَّذْرِ تُتَحَمَّلُ الْجَهَالَةُ وَإِنْ كَانَتْ فَاحِشَةً وَهِيَ مُعَاوَضَةٌ انْتِهَاءً بِاعْتِبَارِ الرُّجُوعِ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ وَلَا تُتَحَمَّلُ الْجَهَالَةُ فِي الْمُعَاوَضَاتِ وَإِنْ كَانَتْ يَسِيرَةً فَعَمَلْنَا بِالشَّبَّهِينِ فِي الْحَالَيْنِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْجَهَالَةَ فِي الْكَفَالَةِ تُتَحَمَّلُ فِي أَصْلِ الدِّينِ حَتَّى لَوْ تَكْفَلُ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَى فُلَانٍ صَحَّ فَبِالْوَصْفِ وَهُوَ الْأَجَلُ أَوَّلَى بِخِلَافِ الْبَيْعِ حَتَّى لَا يَصِحَّ بِثَمَنِ مَجْهُولٍ أَصْلًا فَكَذَا فِي وَصْفِهِ .

الشرح

قَوْلُهُ الْمُمَاكَسَةُ

الْمُمَاكَسَةُ اسْتِنْقَاصُ الثَّمَنِ .

فَتَحَّ

قَوْلُهُ : بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ فَاحِشَةً كَالْكَفَالَةِ إِلَى هُبُوبِ الرِّيحِ

قَالَ فَخَرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَوْ كَفَلَ إِلَى هَذِهِ الْأَوْقَاتِ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ عَقْدُ تَبَرُّعٍ وَمَبْنَى التَّبَرُّعِ عَلَى الْمُسَاهَلَةِ ، وَلِهَذَا صَحَّتْ الْكَفَالَةُ بِالْمَجْهُولِ بَأَنَّ قَالَ مَا ذَابَ لَكَ عَلَى فُلَانٍ فَعَلَى جَهَالَةِ الْأَجَلِ فِيهَا إِذَا كَانَتْ يَسِيرَةً مُسْتَدْرَكَةٌ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْأَجَلِ وَلَوْ كَانَتْ غَيْرَ مُسْتَدْرَكَةٍ كَالْكَفَالَةِ إِلَى هُبُوبِ الرِّيحِ أَوْ إِلَى أَنْ تُمَطِّرَ السَّمَاءُ صَحَّتْ الْكَفَالَةُ وَلَا يَصِحُّ الْأَجَلُ وَيَكُونُ حَالًا .

غَايَةٌ .

قَالَ (وَلَوْ أَسْقَطَ الْأَجَلَ قَبْلَ حُلُولِهِ صَحَّ) أَيُّ لَوْ بَاعَ إِلَى هَذِهِ الْأَجَالِ ثُمَّ أَسْقَطَ الْمُشْتَرِي الْأَجَلَ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَ النَّاسُ فِي الْحَصَادِ وَالذِّيَاسِ وَقَبْلَ قُدُومِ الْحَاجِّ حَازَ الْبَيْعُ ، وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ انْعَقَدَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ صَحِيحًا بِإِسْقَاطِ الْمُفْسِدِ كَمَا إِذَا أَسْقَطَ الدَّرْهَمَ الزَّائِدَ عَنْ بَيْعِ الدَّرْهَمِ بِالْأَرْهَمَيْنِ وَكَمَا إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً إِلَى عَشْرَةِ أَيَّامٍ ثُمَّ أَسْقَطَ الْأَجَلَ وَلَنَا أَنَّ الْمُفْسِدَ شَرْطُ خَارِجٍ عَنْ صُلْبِ الْعَقْدِ وَهُوَ يَسِيرٌ ، وَلِهَذَا اخْتَلَفَ الصَّحَابَةُ فِيهِ فَيَنْقَلِبُ صَحِيحًا عِنْدَ إِزَالَتِهِ أَوْ نَقُولُ انْعَقَدَ مَوْقُوفًا فَبِالْإِسْقَاطِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ جَائِزًا عَلَى مَا قَالَهُ مَشَايِخُنَا هُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ فَسَادَهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ يُفْضَى إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَقَبْلَ مَجِيئِهِ لَا مُنَازَعَةَ فَلَا يَفْسُدُ وَالْأَوَّلُ قَوْلُ مَشَايِخِ الْعِرَاقِ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ كُلُّ عَقْدٍ يَنْقَلِبُ صَحِيحًا بِإِزَالَةِ الْمُفْسِدِ يَنْعَقَدُ فَاسِدًا عِنْدَهُمْ وَمَوْقُوفًا عِنْدَ مَشَايِخِنَا بِخِلَافِ الدَّرْهَمِ الزَّائِدِ ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ فِيهِ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ فِي أَحَدِ الْعَوَظَيْنِ وَبِخِلَافِ الْأَجَلِ فِي النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ النِّكَاحِ وَهُوَ الْمُتَعَةُ وَالْعَقْدُ لَا يَنْقَلِبُ عَقْدًا آخَرَ ، وَقَوْلُهُ وَلَوْ أَسْقَطَ الْأَجَلَ قَبْلَ حُلُولِهِ أَيُّ لَوْ أَسْقَطَهُ مَنْ لَهُ الْحَقُّ فِيهِ وَهُوَ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ حَقُّهُ فَيَنْفَرِدُ بِإِسْقَاطِهِ وَلَا يَشْتَرِطُ فِيهِ التَّرَاضِي

وَقَوْلُ الْقُدُورِيِّ فِي مُخْتَصَرِهِ فَإِنْ تَرَاضَيَا بِإِسْقَاطِ الْحَاجِلِ وَقَعَ اتِّفَاقًا مَخْرُجُ الشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ رِضَا مَنْ لَهُ الْحَقُّ يَكْفِي وَلَوْ بَاعَ مُطْلَقًا ثُمَّ أَجَلَ الثَّمَنَ إِلَى هَذِهِ الْأَوْقَاتِ جَازَ ؛ لِأَنَّهُ تَأْجِيلُ الدَّيْنِ وَالْجَهَالَةُ فِي تَأْجِيلِ الدَّيْنِ مُحْتَمَلَةٌ لِخُلُوعِ الْعَقْدِ عَنِ الْمُفْسِدِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ فِي الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ مُقَارَنَةٌ لَهُ فَيَفْسُدُ .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ : لِأَنَّهُ فِي أَحَدِ الْعَوَظَيْنِ

وَرَوَى عَلَاءُ الدِّينِ الْعَالِمُ فِي طَرِيقَةِ الْخِلَافِ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْبُيُوعِ أَنَّ بَيْعَ الدَّرْهَمِ بِالدَّرْهَمَيْنِ وَالْقَفِيزِ بِالْقَفِيزَيْنِ فَاسِدٌ مُفِيدٌ لِلْمَلِكِ عِنْدَ اتِّصَالِ الْقَبْضِ بِهِ كَالْبَيْعِ بِثَمَنِ مَجْهُولٍ وَالبَيْعِ إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ .

غَايَةٌ .

قَوْلُهُ : وَلَوْ بَاعَ مُطْلَقًا ثُمَّ أَجَلَ الثَّمَنَ إِلَى هَذِهِ الْأَوْقَاتِ جَازَ

قَالَ الْكَمَالُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مُطْلَقًا أَيْ عَنْ ذِكْرِ الْأَجَلِ حَتَّى انْعَقَدَ صَحِيحًا ثُمَّ أَجَلَ الثَّمَنَ إِلَى هَذِهِ الْأَوْقَاتِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ التَّأْجِيلُ بَعْدَ الصَّحَّةِ كَالْكَفَالَةِ بِتَحْمِيلِ الْجَهَالَةِ الْيُسِيرَةِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ تَأْجِيلُ دَيْنٍ مِنَ الدُّيُونِ بِخِلَافِهِ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ وَقَبُولِ هَذِهِ الْأَجَالِ شَرْطٌ فَاسِدٌ .

قَالَ (وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ أَوْ بَيْنَ شَاةٍ ذَكِيَّةٍ وَمَيْتَةٍ بَطَلَ الْبَيْعُ فِيهِمَا وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ عَبْدٍ وَمُدَبِّرٍ أَوْ بَيْنَ عَبْدِهِ وَعَبْدٍ غَيْرِهِ أَوْ بَيْنَ مَلِكٍ وَوَقَفٍ صَحَّ فِي الْقَبْلِ وَعَبْدِهِ وَالْمَلِكِ) أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْمَذْكُورُ عَلَى إِطْلَاقِهِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا إِنْ بَيْنَ ثَمَنٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَازَ فِي الْعَبْدِ وَالذَّكِيَّةِ وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَيْنَ ثَمَنَهُمَا صَارَا صَفَتَيْنِ فَيَتَقَدَّرُ الْفَسَادُ بِقَدْرِ الْمُفْسِدِ بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُسَمَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ ثَمَنًا ؛ لِأَنَّهُ يَتَقَيَّ بَيْعًا بِالْحَصَّةِ ابْتِدَاءً وَهُوَ لَا يَجُوزُ وَلَهُ أَنَّ الصَّفَقَةَ مُتَّحِدَةٌ فَلَا يُمْكِنُ وَصْفُهَا بِالصَّحَّةِ وَالْفَسَادُ فَيَبْطُلُ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ وَالْمَيْتَةَ لَا يَدْخُلَانِ فِي الْعَقْدِ لِعَدَمِ شَرْطِهِ وَهُوَ الْمَالِيَّةُ فَيَكُونُ قَبُولُ الْعَقْدِ فِي الْحُرِّ وَالْمَيْتَةِ شَرْطًا لِحَوَازِ الْعَقْدِ فِي الْعَبْدِ وَالذَّكِيَّةِ فَيَبْطُلُ ، وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ قَوْلُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ ، وَقَالَ زُفَرٌ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَحَلَّ الْعَقْدِ الْمَجْمُوعُ وَلَا يَتَصَوَّرُ ذَلِكَ لِانْتِفَاءِ الْمَحَلِّيَّةِ فِي الْمُدَبِّرِ وَنَحْوِهِ كَأَمِّ الْوَلَدِ وَالْمَكَاتِبِ وَقَدْ جَعَلَ قَبُولُ الْعَقْدِ فِيهِ شَرْطًا لصَّحَّةِ الْعَقْدِ فِي الْمَالِ فَيَفْسُدُ كَالْفَصْلِ الْأَوَّلِ .

وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْفَصْلَيْنِ لِأَبِي حَنِيفَةَ مُطْلَقًا وَلَهُمَا إِذَا لَمْ يَفْصَلْ الثَّمَنُ أَنَّ الْمُدَبِّرَ وَنَحْوَهُ يَدْخُلُ تَحْتَ الْبَيْعِ ثُمَّ يُنْقَضُ فِي حَقِّهِ فَيَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَيْهِمَا حَالَةَ الْبَقَاءِ وَهُوَ غَيْرُ مُفْسِدٍ وَفِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ الْحُرُّ وَنَحْوُهُ لَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ أَصْلًا فَلَوْ جَازَ الْبَيْعُ فِيمَا ضَمَّ إِلَيْهِ لَكَانَ بَيْعًا بِالْحَصَّةِ ابْتِدَاءً فَلَا يَجُوزُ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ عِنْدَ الْعَقْدِ بِخِلَافِ النِّكَاحِ حَيْثُ يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُحَلَّلَةِ فِيمَا إِذَا ضَمَّ إِلَيْهَا الْمُحَرَّمَةُ فَعَقْدُ عَلَيْهِمَا جُمْلَةً ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ وَلَا بِجَهَالَةِ الْمَهْرِ فَيَكُونُ صَحِيحًا وَالِدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ الْمُدَبِّرَ وَأَمَّ الْوَلَدِ وَالْمَكَاتِبِ وَعَبْدَ الْغَيْرِ يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ أَنَّ الْقَاضِيَ لَوْ قَضَى بِحَوَازِ بَيْعِ الْمُدَبِّرِ وَأَمَّ الْوَلَدِ يَنْفَذُ وَفِي الْمَكَاتِبِ يَنْفَذُ بِرِضَا فِي الْأَصَحِّ وَفِي عَبْدٍ الْغَيْرِ بِإِجَارَةِ مَوْلَاهُ وَلَوْ أَنَّهُمْ مَالٌ وَلَمْ يَدْخُلُوا فِي الْعَقْدِ لَمَا نَفَذَ كَمَا فِي الْحُرِّ وَالْمَيْتَةِ ، وَإِنَّمَا يَخْرُجُونَ مِنَ الْعَقْدِ بَعْدَ الدُّخُولِ لِاسْتِحْقَاقِهِمْ أَنْفُسَهُمْ فِي الْمُدَبِّرِ وَأَمَّ

الْوَلَدِ وَالْمُكَاتِبِ وَفِي عَبْدٍ الْغَيْرِ لِأَجْلِ مَوْلَاهُ فَلَا يَكُونُ بَيْعًا بِالْحِصَّةِ ابْتِدَاءً بَلْ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ فَلَا يَفْسُدُ وَفِيمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ مَلِكٍ وَوَقْفٍ رَوَاتَانِ فِي رِوَايَةٍ يَفْسُدُ فِي الْمَلِكِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا يَنْعَقِدُ عَلَى الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُحَرَّرًا عَنِ الْمَلِكِ وَالتَّمْلِكُ فَصَارَ كَمَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ ذَكَرَهُ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ فِي نَوَازِلِهِ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الْمَلِكِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ مَالٌ ، وَلِهَذَا يُنْتَفَعُ بِهِ انْتِفَاعُ الْأَمْوَالِ غَيْرَ أَنَّهُ لَا يُبَاعُ لِأَجْلِ حَقٍّ تَعَلَّقَ بِهِ .

وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ فُسَادَ الْعَقْدِ فِيمَا ضُمَّ إِلَيْهِ كَالْمُدَبَّرِ وَنَحْوِهِ بِخِلَافِ الْمَسْجِدِ حَيْثُ يُبْطَلُ الْعَقْدُ فِيمَا ضُمَّ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ ، وَلِهَذَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ انْتِفَاعُ الْأَمْوَالِ فَصَارَ كَالْحُرِّ وَلَوْ بَاعَ قَرِيَةً وَلَمْ يَسْتَنْ الْمَسَاجِدَ وَالْمَقَابِرَ لَمْ يَصِحَّ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَقَالَ فِي الْمُحِيطِ قِيلَ يَصِحُّ فِي الْمَلِكِ وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَنْعَقِدُ عَلَى الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَضْمَنُ بِالْإِثْلَافِ وَهَذَا مُشْكِلٌ فَإِنَّ الْمَسْجِدَ كَالْحُرِّ عَلَى مَا بَيَّنَّا فَكَيْفَ يَجُوزُ الْبَيْعُ فِيمَا ضُمَّ إِلَيْهِ وَلَا سَبِيلَ لِهَذَا إِلَّا إِذَا جُعِلَ اسْتِثْنَاءً لِلْمَسَاجِدِ فَيَكُونُ كَأَنَّهُ بَاعَهُ غَيْرَ مَوَاضِعِ الْمَسَاجِدِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الشرح

قوله في المتن : ومن جمع بين حرٍّ وعبدٍ أو بين شاةٍ ذكِيَّةٍ ومَيْتَةٍ إلخ

قَالَ صَاحِبُ الْهَدَايَةِ وَمَتْرُوكُ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا كَالْمَيْتَةِ فَإِنْ قُلْتَ مَتْرُوكُ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا مُجْتَهِدٌ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يَحِلُّ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ كَالْمُدَبَّرِ قُلْتَ ذَلِكَ مِنْهُ لَمْ يُعْتَبَرِ اجْتِهَادًا لِكَوْنِهِ مُخَالَفًا لِنَصِّ كِتَابِ اللَّهِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى { وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ } فَكَانَ مَتْرُوكُ التَّسْمِيَةِ كَالْمَيْتَةِ .

أثَقَانِي

قوله وله أن الصَّفَقَةَ مُتَّحِدَةً

أَيُّ بَدَلِيلٍ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْقَبْضَ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ .

غَايَةُ .

قوله : وأما الثاني إلخ

يُرِيدُ بِالثَّانِي مَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ عَبْدٍ وَمُدَبَّرٍ لَا مَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ عَبْدِهِ وَعَبْدٍ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ لِرُفْرَفِهِ فِيهِ فَكَانَ عَلَى الشَّارِحِ أَنْ يُفَصِّلَ لَكِنَّهُ أَخَذَ عِبَارَةَ الْهَدَايَةِ وَفِيهَا مَا فِيهَا .

قوله : والدليل على أن المدبر وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع

اعلم أن بيع المدبر وأم الولد لا يجوز عندنا وقد مر بيانه في أول هذا الباب أما إذا قضى القاضي بجواز بيع المدبر نفذ قضاؤه ؛ لأن قضاء القاضي ينفذ إذا لم يكن ثمة نص أو إجماع بخلافه أما إذا قضى القاضي بجواز بيع أم الولد فهل ينفذ أم لا وهذه المسألة كانت مختلفاً فيها في الصدر الأول وكان عمر رضي الله عنه لا يجيز بيعها وكان علي يجيز بيعها ثم أجمع التابعون على عدم جواز البيع فيها فإذا قضى القاضي بعد ذلك بجواز بيعها هل يقع ذلك في موضع الإجماع أو في موضع الخلاف وذلك بناءً على أن الإجماع المتأخر هل يرفع

الخلاف السابق أم لا فعند البعض لا يرفع الخلاف السابق ولا يتعقد هذا الإجماع وعندنا يتعقد هذا الإجماع ويرفع الخلاف السابق وقد استدلل صاحب التقويم على هذا بقوله وقد روى محمد بن الحسن عنهم جميعاً أن القاضي إذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وقد اختلف فيها في الصدر الأول ؛ لأن الخلاف بعدهم أجمعوا على أنه لا يجوز ولو بقي قول الماضي معتبراً كأنه حي لنفذ قضاء القاضي بما اختلف فيه الفقهاء إلى هنا لفظ التقويم ، وقال في فصول الأسروشي وفي القضاء بجواز بيع أم الولد روايات وأظهرها أنه لا ينفذ وفي قضاء الجامع أنه يتوقف على إمضاء قاض آخر إن أمضى ذلك القاضي نفذ وإن أبطل بطل وهذا أوجه الأقاويل إلى هنا لفظ الفصول .

أثقاني

قوله وقد روى محمد بن الحسن عنهم

أي عن أبي حنيفة وأصحابه .

(فصل) .

(قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وكل من عوضه مال ملك المبيع بقيمته) معناه أنه إذا قبضه ملكه ولزمه قيمته إذا كان القبض بأمر البائع وفي العقد عوضان وكل واحد منهما مال ذكر في القبض ؛ لأنه قبله لا يفيد الملك وذكر البيع الفاسد احترازاً عن الباطل فإنه لا يفيد الملك وشرط أن يكون القبض بأمر البائع والمراد به إذنه ؛ لأنه بغير إذنه لا يفيد الملك على ما عرف ولا بد له من إذن صريح بعد الافتراق ، وقبله في المجلس يكتفي بالدلالة ؛ لأن البيع تسليط منه على القبض إذ مراده أن يتملك المشتري ولا يكون ذلك إلا بالقبض فكان ذلك تسليطاً منه عليه كما في الهبة بخلاف البيع الصحيح فإن الإيجاب فيه لا يكون تسليطاً منه على القبض ؛ لأن مقصوده وهو التمليك يحصل بدونه فلا حاجة إلى إثباته هذا إذا لم يقبض البائع الثمن أو قبضه وهو مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير وإن كان مما يملك به وقبضه كان إذناً منه بالقبض دلالة فلا يحتاج فيه إلى التصريح به وإن كان بعد المجلس وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ليخرج عنه البيع بالميته ونحوه والبيع مع نفى الثمن في رواية بخلاف البيع مع السكوت حيث يتعقد فاسداً وقوله ملك المبيع بقيمته يعني قيمته يوم القبض ؛ لأنه به دخل في ضمانه وعند محمد تعتبر قيمته يوم أئلفه ؛ لأنه به يتقرر عليه إذا كان المبيع من ذوات القيم وإن كان من ذوات الأثمان ملكه بمنزلة إذ هو الأعدل لكونه مثلاً له صورة ومعنى فلا يعدل عنه مع إمكانه كما في العصب وهذا على قول مشايخ بلخ ، وقال مشايخ العراق لا يملك العين ، وإنما يملك فيها التصرف خاصة بحكم تسليط البائع عليه استدلالاً بما قال محمد رحمه الله ، وإنما جاز بيعه ؛ لأن البائع سلطه على ذلك ، وقال أيضاً من اشترى داراً شراءً فاسداً فلا شفعة للشفيع فيها ، ولو ملكها المشتري

لَأَخَذَهَا الشَّفِيعُ .

وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً لَا يَحِلُّ لَهُ وَطُؤُهَا وَلَوْ وَطِئَهَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْعُقْرُ إِذَا رَفَعَ الْفَسَادَ وَرَدَّهَا إِلَى الْبَائِعِ وَلَوْ مَلَكَهَا لَحَلَ وَلَمْ يَجِبِ الْعُقْرُ لِمُصَادَفَتِهِ مَلَكَهَ كَالْأَمَةِ الْمُؤَهَّبَةِ يَحِلُّ لَهُ وَطُؤُهَا وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْعُقْرُ إِذَا رَجَعَ الْوَاهِبُ فِيهَا ، وَكَذَا لَوْ رَاحَ الْمُشْتَرِي فِيهَا لَا يَطِيبُ لَهُ الرَّبْحُ وَلَوْ مَلَكَهَا لَطَابَ ، وَكَذَا لَا يَحِلُّ لَهُ أَكْلُ طَعَامٍ اشْتَرَاهُ شِرَاءً فَاسِدًا وَلَوْ مَلَكَهُ لَحَلَ ، وَجَهُ الْقَوْلُ الْأَوَّلُ وَهُوَ الْأَصَحُّ أَنَّ الْأَبَّ أَوْ وَصِيَّهُ لَوْ بَاعَ عَبْدًا لِلصَّغِيرِ بَيْعًا فَاسِدًا فَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي نَفَذَ عَتَقَهُ وَكَانَ الْوَلَاءُ لَهُ وَلَوْ لَمْ يَمْلِكْهُ لَمَا نَفَذَ ؛ لِأَنَّ الْأَبَّ وَالْوَصِيَّ لَا يَمْلِكَانِ الْإِعْتَاقَ وَلَا التَّسْلِيطَ عَلَيْهِ ، وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى دَارًا شِرَاءً فَاسِدًا فَبَيْعَتْ بِجَنِبِهَا دَارًا أَخَذَهَا الْمُشْتَرِي بِالشُّفْعَةِ وَلَوْ لَمْ يَمْلِكْهَا لَمَا اسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ ، وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً وَرَدَّهَا عَلَى الْبَائِعِ يَجِبُ عَلَيْهِ الْاسْتِبْرَاءُ وَلَوْ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ لَمَا وَجَبَ ، وَإِنَّمَا لَمْ تَحُلْ لَهُ التَّصَرُّفَاتُ مِنَ الْوُطْءِ وَالْأَكْلِ وَلَمْ تَجِبِ الشُّفْعَةُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ الِاشْتِغَالَ بِالْوُطْءِ وَتَحْوِيهِ إِعْرَاضٌ عَنِ الرَّدِّ وَهُوَ وَاجِبٌ شَرْعًا وَفِي قَضَاءِ الْقَاضِي بِالشُّفْعَةِ تَأْكِيدُ الْفَسَادِ وَتَقْرِيرُهُ وَمَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ مِنَ التَّسْلِيطِ لَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا إِذْ الْمُشْتَرِي يَتَصَرَّفُ فِي الْمَبِيعِ بِتَسْلِيطِ الْبَائِعِ بِسَبَبِ تَمْلِيكِهِ إِيَّاهُ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَمْلِكُ بِالْفَاسِدِ الْعَيْنَ وَلَا التَّصَرُّفَ وَإِنْ قَبِضَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُحْظُورٌ لِكَوْنِهِ مِنْهَا عَنْهُ وَالتَّهْيُّ يَقْتَضِي التَّحْرِيمَ .

وَالْمِلْكُ نِعْمَةٌ لِكَوْنِهِ ذَرِيعَةً إِلَى قَضَاءِ الْمَارِبِ وَوَسِيلَةً إِلَى تَحْصِيلِ الْمَطْلَبِ فَلَا يُنَاطُ بِهِ إِذْ لَا يُلَائِمُهُ وَالْمَلَاءَمَةُ شَرْطُ بَيْنِ الْأَثَرِ وَالْمُؤَثَّرِ وَلِأَنَّ التَّهْيُّ نُسْخٌ لِلْمَشْرُوعِيَّةِ لِلتَّضَادِّ بَيْنَ كَوْنِهِ مَشْرُوعًا وَبَيْنَ كَوْنِهِ مِنْهَا عَنْهُ ؛ لِأَنَّ التَّهْيُّ يَقْتَضِي قُبْحَهُ وَالْمَشْرُوعِيَّةُ تَقْتَضِي حُسْنَهُ وَبَيْنَهُمَا تَنَافُ فَكَانَ بَاطِلًا ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يُقِيدُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبِهِ تَزَادُ الْحُرْمَةُ وَالْفَسَادُ فَاتَى يَثْبُتُ لَهُ الْمِلْكُ فِيهِ فَصَارَ كَالْمَيْتَةِ وَبَيْعَ الْخَمْرِ بِالْدَّرَاهِمِ وَلَنَا أَنَّ رُكْنَ الْبَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِإِعْقَادِهِ وَلَا خَفَاءَ فِي الْأَهْلِيَّةِ وَالْمَحَلِّيَّةِ وَرُكْنُهُ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ وَفِيهِ الْكَلَامُ وَالتَّهْيُّ عَنْ الْأَفْعَالِ الشَّرْعِيَّةِ يُقَرَّرُ الْمَشْرُوعِيَّةُ عِنْدَنَا بِخِلَافِ التَّهْيُّ عَنْ الْأَفْعَالِ الْحِسِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ التَّهْيُّ يَقْتَضِي التَّصَوُّرَ ، وَلِهَذَا لَا يُقَالُ لِلْأَعْمَى لَا تُبْصِرُ وَلَا لِلنَّاسِ لَا تَنْظُرُ لِعَدَمِ التَّصَوُّرِ مِنْهُ فَإِذَا كَانَ مِنْ شُرُوطِهِ التَّصَوُّرُ فَتَقْصُرُ الْأَفْعَالُ الشَّرْعِيَّةُ بِالشَّرْعِ فَإِذَا لَمْ تَكُنْ مَشْرُوعَةً لَمْ تَكُنْ مُتَّصِرَةً فَيُطْلُ التَّهْيُّ إِذْ حَقِيقَةُ التَّهْيُّ تُصَرَّفُ فِي الْمُكَلَّفِ بِالْمَنْعِ مَعَ قِيَامِ الْمَنْهِي عَنْهُ وَهُوَ الْمَحَلُّ عَلَى حَالِهِ فَاقْتَضَى وَجُودَهُ وَوُجُودُهُ بِالشَّرْعِ فَصَارَتْ مَشْرُوعَةً ضَرْبَةً صَحَّةَ التَّهْيُّ

وَالْأَفْعَالُ الْحِسِّيَّةُ مُتَّصِرَةٌ بِذَاتِهَا فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى جَعْلِهَا مَشْرُوعَةً وَهَذَا بِخِلَافِ النَّسْخِ فَإِنَّهُ تَصَرَّفَ فِي الْمَحَلِّ بِإِزَالَتِهِ مِنْ غَيْرِ تَعَرُّضٍ لِلْمُكَلَّفِ فَكَانَ فِي طَرَفِي تَقْيِضٍ فَلَا يُمَكِّنُ حَمْلَ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ وَتَحْقِيقُ هَذَا أَنَّ التَّهْيُّ عَنْ الْعُقُودِ الشَّرْعِيَّةِ لَا يُخْرِجُهَا مِنْ أَنْ تَكُونَ مَشْرُوعَةً .

وَإِنَّمَا يَحْرُمُ مُبَاشَرَتُهَا وَتَحْصِيلُ الْحُكْمِ بِذَلِكَ السَّبَبِ مَعَ بَقَائِهِ سَبَبًا لَهُ عِنْدَنَا كَمَا إِذَا كَانَ التَّهْيُّ لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ كَالْبَيْعِ عِنْدَ أَذَانِ الْجُمُعَةِ فَإِنَّهُ مَشْرُوعٌ عَلَى حَالِهِ مُفِيدٌ لِحُكْمِهِ غَيْرَ أَنَّهُ مُحْظُورٌ وَلَا يُقَالُ الْبَيْعُ عِنْدَ الْأَذَانِ مِنْهُيٌّ عَنْهُ لَغَيْرِهِ وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لِمَعْنَى فِي نَفْسِهِ فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ مَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ : التَّهْيُّ فِيهِمَا لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ لَكِنَّ ذَلِكَ الْغَيْرُ فِي الْمُسْتَشْتَهَدِ بِهِ مُنْفَصِلٌ عَنْهُ مُجَاوِرٌ لَهُ وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ مُتَّصِلٌ بِهِ وَصَفًا فَكَانَ التَّهْيُّ فِيهِمَا لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ لَا الشَّرْطُ لَجَازَ الْعَقْدُ غَايَةَ الْأَمْرِ أَنَّ الْوَصْفَ أَقْوَى اتِّصَالًا مِنَ الْمُجَاوَرَةِ وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ عَدَمَ الْمَشْرُوعِيَّةِ فَكَانَ مَشْرُوعًا بِذَاتِهِ غَيْرَ مَشْرُوعٍ بِوَصْفِهِ وَظَهَرَ أَثَرُ الْقُوَّةِ فِي انْعِقَادِهِ فَاسِدًا لَا يُفِيدُ الْمِلْكَ إِلَّا بِالْقَبْضِ وَهَذَا لِأَنَّهُ لَوْ أَوْجَبَ الْمِلْكَ قَبْلَهُ لَثَبَتْ بِلَا عَوْضٍ إِذْ الْمُسَمَّى لَا يَجِبُ لِلْفَسَادِ وَضَمَانُ الْقِيَمَةِ لَا يَجِبُ إِلَّا بِالْقَبْضِ وَلِأَنَّهُ وَاجِبُ الرَّفْعِ بَعْدَ الْقَبْضِ لِلْفَسَادِ الْمُتَّصِلِ بِهِ فَوُجُوبُ الْإِمْتِنَاعِ عَنِ الْمَطْلَبَةِ أَوَّلَى وَذَلِكَ لِعَدَمِ الْمِلْكِ وَلِأَنَّ ثُبُوتَ الْمِلْكِ بِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ يُؤَدِّي إِلَى تَقْرِيرِ الْفَسَادِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلًّا مِنْهُمَا يَجِبُ عَلَيْهِ تَسْلِيمُ مِلْكٍ غَيْرِهِ وَبِالْقَبْضِ يَتَقَرَّرُ الْعَقْدُ وَقَوْلُهُ بَيْنَهُمَا تَنَافُ فَلَنَا لَا تَنَافٍ إِذَا جُعِلَ مَشْرُوعًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ عَلَى مَا بَيْنَنَا وَالْمَيْتَةُ لَيْسَتْ بِمَالٍ فِي حَقِّ أَحَدٍ فَانْعَدَمَ الشَّرْطُ وَإِذَا بَاعَ الْخَمْرُ بِالْدَّرَاهِمِ فَقَدْ جَعَلَهَا مَثْمَنًا وَهِيَ لَا تَجِبُ بِالْعَقْدِ فَلَوْ انْعَقَدَ لَوَجَبَتْ قِيمَتُهَا لِتَعَذُّرِ تَسْلِيمِهَا وَالْقِيَمَةُ لَا تَصْلُحُ مَثْمَنًا ، وَإِنَّمَا تَكُونُ ثَمَنًا إِذَا لَا عَهْدَ لَنَا فِي الشَّرْعِ أَنْ تَكُونَ

الْقِيَمَةُ مَبِيعًا فِي صُورَةٍ مِنَ الْبَيَاعَاتِ .

الشَّرْحُ

(فَصْلٌ) .

لَمَّا ذَكَرَ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ ذَكَرَ حُكْمَهُ عَقِيبَهُ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الشَّيْءِ أَثَرُهُ وَأَثَرُ الشَّيْءِ يَتَّبِعُهُ وَجُودًا فَكَذَا تَبِعَهُ ذِكْرًا طَلَبًا لِلْمُنَاسَبَةِ .

غَايَةٌ .

قَوْلُهُ : وَكُلُّ مَنْ عَوْضِيهِ مَالٌ مِلْكُ الْمَبِيعِ إلخ

وَمَعْلُومٌ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ خِيَارُ شَرْطٍ ؛ لِأَنَّ مَا فِيهِ مِنَ الصَّحِيحِ لَا يُمْلِكُ بِالْقَبْضِ فَكَيْفَ بِالْفَاسِدِ وَلَا يَخْفَى أَنَّ لُزُومَ الْقِيَمَةِ عَيْنًا إِنَّمَا هُوَ بَعْدَ هَلَاكِ الْمَبِيعِ فِي يَدِهِ أَمَّا مَعَ قِيَامِهِ فِي يَدِهِ فَالْوَاجِبُ رَدُّهُ بَعِيْنِهِ .

كَمَالٌ .

قَوْلُهُ : لِأَنَّهُ قَبْلَهُ لَا يُفِيدُ الْمِلْكَ

أَيُّ بِالِاتِّفَاقِ .

غَايَةٌ .

قَوْلُهُ : وَالْمُرَادُ بِهِ إِذْنُهُ

ثُمَّ الْإِذْنُ قَدْ يَكُونُ صَرِيحًا وَقَدْ يَكُونُ دَلَالَةً فَالْأَوَّلُ كَمَا إِذَا قَبِضَهُ الْمُشْتَرِي بِإِذْنِ الْبَائِعِ صَرِيحًا بَأَنَّهُ يَأْمُرُهُ بِالْقَبْضِ سَوَاءً قَبِضَهُ بِحَضْرَتِهِ أَوْ غَيْبَتِهِ وَالثَّانِي كَمَا إِذَا قَبِضَ الْمُشْتَرِي عَقِيبَ الْبَيْعِ وَلَمْ يُوجَدْ النَّهْيُ مِنَ الْبَائِعِ فَيَمْلِكُهُ أَيْضًا كَمَا إِذَا وَجَدَ الْإِذْنَ صَرِيحًا اسْتِحْسَانًا .

أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ : وَالْبَيْعُ مَعَ نَقْيِ الثَّمَنِ

فِي رِوَايَةٍ قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ فِي فَتَاوِيهِ إِذَا بَاعَ بَغِيرَ ثَمَنِ فِيهِ رَوَاتَانِ فِي رِوَايَةٍ يَنْعَقِدُ وَفِي رِوَايَةٍ لَا يَنْعَقِدُ وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ إِذَا سَكَتَ عَنْ ذِكْرِ الثَّمَنِ يَنْعَقِدُ إِلَى هُنَا لَفْظُهُ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَقَالَ فِي الْإِبْطَاحِ لَوْ بَاعَهُ وَسَكَتَ عَنْ ذِكْرِ الثَّمَنِ فَالْبَيْعُ يَنْعَقِدُ وَيَثْبُتُ الْمِلْكُ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْقَبْضُ ؛ لِأَنَّ مُقْتَضَى الْبَيْعِ يَقْتَضِي الْمَعَاوَضَةَ بِالْقِيَمَةِ فَإِذَا سَكَتَ عَنِ الثَّمَنِ كَانَ عَوْضُهُ قِيَمَتَهُ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ بَعْتُ بِالْقِيَمَةِ وَهَكَذَا جَمِيعُ الْبَيَعَاتِ الْفَاسِدَةِ تَكُونُ مَضْمُونَةً بِالْقِيَمَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ بَعْتُ بَغِيرَ ثَمَنِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا نَفَى الثَّمَنَ لَمْ يُمَكِّنْ إِثْبَاتُ الْمَعَاوَضَةِ بِمُقْتَضَى الْبَيْعِ ؛

لأنه لا عبرة للمقتضى مع التصريح بخلافه وإذا لم تثبت المعاوضة لم يكن بيعاً ، وقال في التحفة لو قال بعث منك هذا العبد ولم يذكر الثمن انعقد البيع بالقيمة ولو قال بعث منك هذا العبد بقيمته فكذلك ، وقال صاحب الإيضاح لو قال : أبيعك بالكعبة أو بالريح لم يملك بالقبض ؛ لأنه لم يسم مالا .

أثقاني

قوله ملك المبيع بقيمته إلخ

ولو زادت قيمته في يده فأثقله ؛ لأنه إنما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالعصب .

كمال .

قوله : وإن كان من ذوات الأمثال ملكه بمثله إلخ

قال الكمال ومنها أي ذوات الأمثال العدديات المتقاربة ثم قال والقول في القيمة والمثل قول المشتري ؛ لأنه الضامن بالقول في القدر والبينة فيه بينة البائع .

قوله : كما في العصب

أي وإنما لم يلزم الثمن حتى لا يلزم تقرير البيع الفاسد .

أثقاني .

قوله : لا يحل له وطؤها

عزاه الأثقاني إلى شرح الطحاوي ثم قال وذكر شمس الأئمة الحلواني يكره الوطء ولا يحرم كذا في الفتاوى الصغرى فعلى هذا يحمل على عدم الطيب ما ذكره في شرح الطحاوي من عدم الحل .

قوله ولو ملكه لحل

قال الفقيه أبو الليث هذا ليس بصحيح بل المشتري يملك عين المبيع في قول علمائنا .

أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ : وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى دَارًا شِرَاءً فَاسِدًا

أَيَّ وَقَبَضَهَا .

أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ : وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً

أَيَّ وَقَبَضَهَا .

أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ : وَإِنَّمَا لَمْ تَحِلَّ لَهُ التَّصَرُّفَاتُ مِنَ الْوَطْءِ وَالْأَكْلِ

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ نَقْلًا عَنْ

الْفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجُزْ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَطَّأَهَا ؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ عَلَيْهِ رَدُّهَا كَيْ لَا يَكُونَ مُصِرًّا عَلَى الْمَعْصِيَةِ فَاشْتِغَالُهُ بِالْوَطْءِ إِعْرَاضٌ عَنِ الرَّدِّ فَلِهَذَا الْمَعْنَى لَمْ يَجُزْ وَطْؤُهَا لِأَعْدَمِ الْمِلْكِ ، وَإِنَّمَا لَمْ تَجِبْ فِيهَا الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْبَائِعِ لَمْ يَنْقَطِعْ عَنْهَا .

قَوْلُهُ : وَالنَّهْيُ يَقْتَضِي التَّحْرِيمَ وَالْمِلْكُ نِعْمَةٌ الْخ

قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ نِعْمَةُ الْمِلْكِ لَا تُنَالُ بِالْمَحْظُورِ قُلْنَا مَمْنُوعٌ بَلْ مَا وَضَعَهُ الشَّرْعُ سَبَبًا بِحُكْمٍ إِذَا نَهَى عَنْهُ عَلَى وَضْعٍ خَاصٍّ فَفَعَلَ مَعَ ذَلِكَ الْوَضْعِ رَأَيْنَا مِنَ الشَّرْعِ أَنَّهُ أَثْبَتَ حُكْمَهُ وَإِنَّمَا أَصْلُهُ الطَّلَاقُ وَضَعَهُ لِإِزَالَةِ الْعِصْمَةِ وَنَهَى عَنْهُ بِوَضْعٍ خَاصٍّ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ حَائِضًا ثُمَّ رَأَيْنَاهُ أَثْبَتَ حُكْمَ طَلَاكِ الْحَائِضِ فَأَزَالَ بِهِ الْعِصْمَةَ حَتَّى أَمَرَ ابْنَ عُمَرَ بِالْمَرَّاجَعَةِ دَفْعًا لِلْمَعْصِيَةِ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ وَأَثَمَ الْمُطْلَقُ فَصَارَ هَذَا أَصْلًا فِي كُلِّ سَبَبٍ شَرْعِيٍّ نَهَى عَنْ مُبَاشَرَتِهِ عَلَى الْوَجْهِ الْفُلَانِيِّ إِذَا بُوْشِرَ مَعَهُ يَثْبُتُ حُكْمُهُ وَيُقْضَى بِهِ

قَوْلُهُ : وَلِإِنَّ النَّهْيَ نَسْخٌ لِلْمَشْرُوعِيَّةِ

يَعْنِي يُفِيدُ انْتِفَاءَهَا مَعَ الْوَصْفِ فَنَقُولُ مَا نُرِيدُ بِانْتِفَاءِ مَشْرُوعِيَّةِ السَّبَبِ كَوْنَهُ لَمْ يُؤْذَنْ فِيهِ مَعَ ذَلِكَ الْوَصْفِ أَوْ كَوْنَهُ لَا يُفِيدُ حُكْمَهُ إِنْ أَرَدْتَ الْأَوَّلَ سَلَمْنَاهُ وَمَنْعْنَاهُ أَنَّهُ مَعَ ذَلِكَ لَا يُفِيدُ حُكْمَهُ مَعَ الْوَصْفِ الْمُقْتَضِي لِلنَّهْيِ كَمَا أَرَيْنَاكَ مِنَ الشَّرْعِ وَإِنْ أَرَدْتَ الثَّانِي فَهُوَ مَحَلُّ التَّرَاعٍ وَهُوَ حِينَئِذٍ مُصَادَرَةٌ حَيْثُ جَعَلْتَ مَحَلَّ التَّرَاعِ جُزْءَ الدَّلِيلِ لَا يَقَالُ فَلَا فَائِدَةٌ لِلنَّهْيِ حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّ فَائِدَتَهُ التَّحْرِيمَ وَالتَّائِيْمَ وَهُوَ مَوْضِعُ النَّهْيِ فَإِنَّهُ لِلتَّحْرِيمِ أَوْ لِكِرَاهَةِ التَّحْرِيمِ إِذَا كَانَ ظَنِّي الثَّبُوتِ وَهَذَا ،

بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنِ الثَّابِتُ رُكْنَ الْعَقْدِ بَأْنِ لَمْ يَكُنْ مَالًا بَأْنِ عَقَدَ عَلَى الْخَمْرِ أَوْ الْمَيْتَةِ لِعَدَمِ الرُّكْنِ فَلَمْ يُوجَدْ السَّبَبُ أَصْلًا فَلَا يُفِيدُ الْمَلِكُ فَوْضَعَنَا الْإِصْطِلَاحَ عَلَى الْفَاسِدِ وَالْبَاطِلِ بِاعْتِبَارِ اخْتِلَافِ حُكْمِهِمَا تَمَيِّزًا فَسَمَّيْنَا مَا لَا يُفِيدُ حُكْمَهُ بَاطِلًا وَمَا يُفِيدُهُ فَاسِدًا أَخَذًا مِنْ مُنَاسَبَةِ لُغَوِيَّةٍ تَقَدَّمَتْ أَوَّلَ بَابِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَلَا خَفَاءَ فِي حُسْنِ هَذَا التَّقْرِيرِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَكَفَايَتِهِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ وَالْمُرَادُ أَنَّ التَّنْهِيَ يَتَضَمَّنُ انْتِفَاءَ الْمَشْرُوعِيَّةِ ، وَلِهَذَا أَيْ كَوْنَهُ غَيْرَ مَشْرُوعٍ لَا يُفِيدُ الْمَلِكُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَلَوْ كَانَ مَشْرُوعًا لَنَبَتَ قَبْلَهُ كَمَا فِي الْبَيْعِ الصَّحِيحِ .

كَمَالٌ

قَوْلُهُ فَصَارَ كَالْمَيْتَةِ

أَيُّ الْبَيْعِ بِالْخَمْرِ وَالْخَنِزِيرِ كَالْبَيْعِ بِالْمَيْتَةِ أَوْ الدَّمِ أَوْ بَيْعِ الْخَمْرِ بِالذَّرَاهِمِ .

أَتَّقَانِي .

قَوْلُهُ : وَلَنَا أَنَّ رُكْنَ الْبَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ الْخ

وَلَنَا أَنَّ { عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ وَشَرَطَتْ الْوَلَاءَ لِمَوْلَاهَا وَفَبَضَّهَا فَأَعْتَقَتْهَا فَأَجَازَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَمْضَى الْبَيْعَ } فَلَوْ لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ لَمْ يُجْزَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِعْتَاقَهَا وَلِأَنَّ الْبَيْعَ بِالْخَمْرِ وَالْخَنِزِيرِ مُنْعَقِدٌ لَوْجُودِ الرُّكْنِ مِنَ الْأَهْلِ مُضَافًا إِلَى الْمَحِلِّ أَمَّا الرُّكْنُ فَقَدْ حَصَلَ لَوْجُودِ مَبَادِلَةِ الْمَالِ بِالْمَالِ ، وَأَمَّا الْأَهْلُ فَلِأَنَّ الْعَاقِدَ خُرَّ عَاقِلٌ بَالِغٌ ، وَأَمَّا الْمَحِلُّ فَلِأَنَّ الْمَبِيعَ وَالثَّمَنَ مَالٌ مِنْ وَجْهِ لِمِيلَانِ طِبَاعِ النَّاسِ إِلَى الْخَمْرِ وَالْخَنِزِيرِ غَيْرَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ لِإِهَانَةِ الشَّرْعِ فَلَمَّا كَانَ الثَّمَنُ مَالًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ لَمْ يَبْطُلِ الْبَيْعُ بَلْ فَسَدَ فَكَانَ أَصْلُ الْبَيْعِ مُنْعَقِدًا وَاشْتَرَطَ الْقَبْضَ لِإثْبَاتِ

الْمَلِكِ ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ وَجَدَ ضَعِيفًا فَصَارَ كَالْهَبَةِ ، وَإِنَّمَا التَّنْهِيَ وَرَدَ لَا لِمَعْنَى فِي عَيْنِ الْمَبِيعِ بَلْ لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ مُحَاوِرٍ لَمْ يَكْتَبِ الْمُحَشِّي

قَوْلُهُ : وَفِيهِ الْكَلَامُ

أَيُّ الْكَلَامِ مَفْرُوضٌ فِيمَا إِذَا كَانَ فِي الْعَقْدِ عَوْضَانِ هُمَا مَالَانِ .

كَمَالٌ .

قَوْلُهُ : وَالتَّنْهِيُّ عَنِ النِّاقِعَاتِ الشَّرْعِيَّةِ يُقَرَّرُ الْمَشْرُوعِيَّةَ عِنْدَنَا

قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ فَأَمَّا قَوْلُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَغَيْرِهِ مِنَ الْمَشَايِخِ التَّنْهِيُّ يُقَرَّرُ الْمَشْرُوعِيَّةَ لِإِقْتِضَاءِ التَّصَوُّرِ يُرِيدُونَ أَنَّ التَّنْهِيَ عَنِ الْأَمْرِ الشَّرْعِيِّ يُقَرَّرُ مَشْرُوعِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّ التَّنْهِيَ عَنِ الشَّيْءِ يَقْتَضِي تَصَوُّرَ الْمُنْهِيِّ عَنْهُ وَإِلَّا لَمْ يَكُنْ لِلتَّنْهِيِّ فَائِدَةٌ فَلَيْسَ بِذَاكَ ؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ يَقْتَضِي تَصَوُّرَ الْمُنْهِيِّ عَنْهُ وَإِلَّا لَمْ يَكُنْ لِلتَّنْهِيِّ فَائِدَةٌ فَلَيْسَ بِذَاكَ يَقْتَضِي تَصَوُّرَ الْمُنْهِيِّ عَنْهُ يَعْنِي إِمْكَانَ فِعْلِهِ مَعَ الْوَصْفِ الْمُثِيرِ لِلتَّنْهِيِّ لَا يُفِيدُ ؛ لِأَنَّهُ

إِذَا فَعَلَ هَذَا الْمُتَصَوِّرُ يَقَعُ غَيْرَ مَشْرُوعٍ وَإِنْ أَرَادُوا تَصَوُّرًا شَرْعِيًّا أَيْ مَأْذُونًا فِيهِ شَرْعًا فَمَمْنُوعٌ ، فَإِنْ قَالُوا نُرِيدُ تَصَوُّرَهُ مَشْرُوعًا بِأَصْلِهِ لَا مَعَ هَذَا الْوَصْفِ الَّذِي هُوَ مُثِيرُ النَّهْيِ قُلْنَا سَلَمْنَاهُ وَلَكِنَّ الثَّابِتَ فِي صُورَةِ النَّهْيِ هُوَ الْمَقْرُونُ بِالْوَصْفِ فَهُوَ غَيْرُ مَشْرُوعٍ مَعَهُ وَالْمَشْرُوعُ وَهُوَ أَصْلُهُ بِمَعْنَى الْبَيْعِ مُطْلَقًا عَنْ ذَلِكَ الْوَصْفِ غَيْرِ الثَّابِتِ هُنَا فَلَا فَائِدَةَ فِي هَذَا الْكَلَامِ أَصْلًا إِذْ نُسَلِمُ أَنَّهُ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ أَعْنِي مَا لَمْ يُقَرَّنْ بِالْوَصْفِ وَهُوَ مَفْقُودٌ فَلَا يُجْدِي شَيْئًا وَحِينَئِذٍ فَقَوْلُهُ فَنَفْسُ الْبَيْعِ مَشْرُوعٌ وَبِهِ تُنَالُ نِعْمَةُ الْمَلِكِ يُقَالُ عَلَيْهِ مَا نُرِيدُ بِنَفْسِ الْبَيْعِ الَّذِي لَيْسَ فِيهِ الْوَصْفُ الَّذِي هُوَ مُتَعَلِّقُ النَّهْيِ أَوْ مَا فِيهِ إِنْ قُلْتَ الَّذِي لَيْسَ فِيهِ سَلَمْنَا وَبِهِ تُنَالُ نِعْمَةُ الْمَلِكِ لَكِنَّ الثَّابِتَ الْبَيْعُ الَّذِي لَيْسَ كَذَلِكَ وَهُوَ مَا فِيهِ الْوَصْفُ الْمُثِيرُ لِلنَّهْيِ فَلَا تُنَالُ بِهِ نِعْمَةُ الْمَلِكِ فَيَحْتَاجُ إِلَى مَا قَرَّرْنَاهُ مِنْ مَنَعِ أَنْ السَّبَبَ إِذَا كَانَ مَعَ النَّهْيِ لَا يُفِيدُ الْمَلِكُ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرْنَا .

وَأَمَّا قَوْلُهُ إِنَّمَا الْمَحْظُورُ مَا يُجَاوِرُهُ كَمَا فِي الْبَيْعِ وَقْتَ النَّدَاءِ فَالْمُرَادُ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ وَبَيْنَ الْبَيْعِ وَقْتَ النَّدَاءِ فِي ثُبُوتِ الْمَلِكِ عِنْدَ عَدَمِ كَوْنِ النَّهْيِ لِعَيْنِ الْمُنْهَيِّ عَنْهُ ، كَمَا إِذَا كَانَ مَعَ عَدَمِ ثُبُوتِ الرُّكْنِ وَإِلَّا فَالنَّهْيُ لِلْمُجَاوِرِ يُفِيدُ الْكَرَاهَةَ لَا الْحَظَرَ وَالنَّهْيُ لِلْوَصْفِ اللَّازِمِ كَمَا نَحْنُ فِيهِ يُفِيدُ الْحَظَرَ ، إِلَّا أَنِّي أَقُولُ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ مَعَ ذَلِكَ إِنَّ الْخَمْرَ وَالْخَنِزِيرَ لَيْسَا بِمَالٍ فِي شَرِيعَتِنَا فَإِنَّ الشَّارِعَ أَهَانَهُمَا بِكُلِّ وَجْهِ حَتَّى لَعَنَ حَامِلَهَا وَمُعْتَصِرَهَا مَعَ أَنَّهَا مَفْقُودَةٌ حَالِ الْإِعْتِصَارِ بَلِ الْمَوْجُودُ حِينَئِذٍ ثَبَتُ أَنْ يَصِيرَ خَمْرًا وَبَائِعَهَا وَآكِلَ ثَمَنِهَا وَهِيَ مَالٌ فِي شَرْعِ أَهْلِ الْكِتَابِ عَلَى زَعْمِهِمْ وَحَيْثُ أُمِرْنَا أَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ فَقَدْ أُمِرْنَا بِاعْتِبَارِ بَيْعِهِمْ إِيَّاهَا وَبَيْعِهِمْ بِهَا فَإِذَا كَانَ أَحَدُ الْعُوضَيْنِ خَمْرًا أَوْ خَنِزِيرًا فِي بَيْعِ الْمُسْلِمِ فَهُوَ بَاطِلٌ لَا يُفِيدُ الْمَلِكُ فِي الْبَدَلِ الْآخِرِ وَإِنْ كَانَ ثَمَنًا وَإِنْ كَانَ فِي بَيْعِهِمْ فَصَحِيحٌ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

قَوْلُهُ وَظَهَرَ أَثَرُ الْقُوَّةِ

أَيُّ أَثَرِ قُوَّةِ الْإِتِّصَالِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلِكُلِّ مِنْهُمَا فَسْخُوه) يَعْنِي عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُوه ؛ لِأَنَّ رَفْعَ الْفَسَادِ وَاجِبٌ عَلَيْهِمَا وَاللَّامُ تَكُونُ بِمَعْنَى عَلَى قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا } أَيُّ فَعَلَيْهَا وَيَتِمَكَّنُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْفَسْخِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِعِلْمِ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ لَا يُفِيدُ الْمَلِكَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِسَبِيلٍ مِنْ فَسْخِهِ مِنْ غَيْرِ رِضَا الْآخِرِ لَكِنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِهِ لِأَنَّ فِيهِ الْإِزَامَ الْفَسْخُ لَهُ فَلَا يَلْزَمُهُ بَدُونُ عِلْمِهِ ، وَأَمَّا بَعْدَ الْقَبْضِ فَإِنْ كَانَ الْفَسَادُ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ بَأَن كَانَ رَاجِعًا إِلَى أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ كَالْبَيْعِ بِالْخَمْرِ أَوْ الْخَنِزِيرِ فَكَذَلِكَ يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالْفَسْخِ لِقُوَّةِ الْفَسَادِ وَإِنْ كَانَ الْفَسَادُ لَشَرْطٍ زَائِدٍ بَأَن بَاعَ إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ أَوْ غَيْرِهِ مِمَّا فِيهِ مَنَفَعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ يَكُونُ لِمَنْ لَهُ مَنَفَعَةُ الشَّرْطِ الْفَسْخُ دُونَ الْآخِرِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّ مَنَفَعَةَ الشَّرْطِ إِذَا كَانَتْ عَائِدَةً إِلَيْهِ كَانَ قَادِرًا عَلَى تَصْحِيحِهِ بِحَذْفِ الشَّرْطِ فَكَانَ فِي حَقِّهِ بِمَنْزِلَةِ الصَّحِيحِ لِقُدْرَتِهِ عَلَيْهِ فَلَوْ فَسَخَ الْآخِرُ لَأَبْطَلَ حَقَّهُ عَلَيْهِ وَعِنْدَهُمَا لِكُلِّ مِنْهُمَا فَسْخُوه ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ التَّقْضِ حَقًّا لِلشَّرْعِ فَاتَّفَقَى الزُّرُومُ عَنِ الْعَقْدِ وَمَنْ لَهُ التَّفَعُّلُ قَادِرٌ عَلَى تَصْحِيحِهِ بِالْحَذْفِ أَوْ الْكَلَامِ عَلَى مَا قَبْلَ التَّصْحِيحِ فَيَفْسُخُهُ بِعِلْمِ صَاحِبِهِ فِي الْكُلِّ .

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يُشْتَرَطُ عِلْمُهُ قَالَ (إِلَّا أَنْ يَبِيعَ الْمُشْتَرِي أَوْ يَهَبَ أَوْ يُحَرِّرَ أَوْ يَبْنِي) أَيُّ إِذَا تَصَرَّفَ فِيهِ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ لَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَفْسَخَ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي مَلِكُ الْمَبِيعِ بِالْقَبْضِ فَيَنْفَعُ فِيهِ تَصَرُّفَاتُهُ كُلُّهَا وَيَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ الْبَائِعِ فِي

الاسترداد سواء كان تصرفاً يقبل الفسخ أو لا يقبله إلا الإجارة والتكاح فإنهما لا يقطعان حق البائع في الاسترداد ؛ لأن الإجارة عقد ضعيف فيفسخ بالأعذار وفساد الشراء عذر فيفسخ والتكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع والتكاح على حاله وما عداهما من التصرفات يقطع حق الاسترداد ؛ لأنه تعلق به حق العبد والفسخ حق الشرع وما اجتمع حق الله وحق العبد إلا وقد غلب حق العبد لحاجته وغناء الله بخلاف حق الشفعة حيث ينتقض فيه تصرف المشتري ؛ لأنه حق العبد فكان أولى بالشفعة ولأنه بالتعلق قد هلك فيجب قيمته والبيع الثاني مشروع بأصله ووصفه والاول مشروع بأصله دون وصفه فكان الثاني أولى بالماعتبار ، وكذا الهبة مشروع بأصلها ووصفها فكانت أولى ولأن تصرف المشتري قد حصل بتسليط البائع فلا ينتقض بخلاف الشفعين حيث ينتقض تصرف المشتري لعدم التسليط منه والكتابة والرهن نظير البيع ؛ لأنهما لازمان إلا أنه إذا عجز المكاتب أو فك الرهن يعود حق الاسترداد لزوال المانع . وكذا لو رجع في الهبة عاد حق الاسترداد سواء كان بقضاء أو بغير قضاء ؛ لأنه يعود إليه قدم ملكه في الوجهين بالرد بالعيب يعود حق الاسترداد لما ذكرنا وهذا كله إذا عاد المبيع إلى ملك المشتري بما يكون فسحاً قبل قضاء القاضي بالقيمة على المشتري وإن كان بعده لا يعود حق الاسترداد ؛ لأنه قد تم لزوم القيمة بقضاء القاضي فلا ينتقض قضاؤه بعد ذلك كالعبد المعصوب إذا أبق ثم عاد بعد ما قضى على العاصب بالقيمة وتعلق حق الوارث به لا يمنع حق الاسترداد ؛ لأن ملك الوارث خلافه فكان في حكم عين ما كان للمورث ، ولهذا يرد بالعيب فيما إذا اشتراه المورث ويرد عليه بخلاف ملك الموصى له على ما عرف في موضعه وقوله أو بيني أي يقطع حق الاسترداد ببناء المشتري في العقار المشتري شراء فاسداً وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لا يقطع وعلى هذا الخلاف العرس لهما أن حق البائع في الاسترداد أقوى من حق الشفعين في الأخذ حتى يحتاج في الأخذ بالشفعة إلى القضاء وتبطل بالتأخير ولا ثورث بخلاف حق البائع ثم حق الشفعة مع ضعفه لا يبطل بالبناء والعرس فهذا أولى وله أن البناء والعرس حصل بتسليط البائع وهو مما يقصد به الدوام فيقطع حقه في الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفعين ؛ لأنه لم يوجد منه التسليط . ولهذا لا يسقط بيع المشتري وهبته فكذا بناؤه وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة ونص محمد رحمه الله أن للشفيع أن يأخذ العقار المشتري شراء فاسداً بالشفعة إذا بنى المشتري فيه عنده والبيع الفاسد لا يجب فيه الشفعة ما دام حق الاسترداد باقياً فلما وجبت فيه الشفعة عنده علم أن حق البائع في الاسترداد قد انقطع عنده وهذا ظاهر فإذا أخذه الشفعين يأخذه بالقيمة كما إذا باعه المشتري فإنه يأخذه بالقيمة إن اختار الأخذ بالبيع الأول ونقض الثاني وإن شاء أخذه بالبيع الثاني بثمنه ؛ لأنه بيع صحيح فأمكن إيجاب ثمنه فإذا أخذه هنا بالشفعة نقض البناء والعرس كما يفعل في البيع الصحيح ولا يقال إذا نقض المشتري البناء عاد حق الاسترداد لزوال المانع ؛ لأننا نقول ينقضه بعدما دخل في ملكه وملكه مانع من الاسترداد ثم الأصل فيه أن المشتري متى فعل بالمبيع فعلاً يقطع به حق المالك في الغصب يقطع به حق البائع في الاسترداد كما إذا كان حنطة فطحنها ولو صبغ الثوب روي عن محمد أن البائع بالخيار إن شاء أخذه وأعطى ما زاد فيه الصبغ وإن شاء ضمنه قيمته كما في الغصب .

الشرح

قوله لا يفيد الملك إلا بالقبض (صفة للنكرة قبله وهو فاسد .

قوله : لَأَنَّ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ لَا يُفِيدُ الْمَلِكَ قَبْلَ الْقَبْضِ

أَيُّ فَيَكُونُ الْفَسْخُ قَبْلَ الْقَبْضِ امْتِنَاعًا مِنَ الْحُكْمِ .

أَثَقَانِي .

قوله : بَأَنَّ كَانَ رَاجِعًا إِلَى أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ

إِذْ صَلَةُ الشَّيْءِ مَا يَقُومُ بِهِ ذَلِكَ الشَّيْءُ وَقِيَامُ الْبَيْعِ هُوَ بِالْعَوَضَيْنِ .

قوله : فَكَذَلِكَ يَنْقَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالْفَسْخِ

أَيُّ بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَنْفَسِخُ بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ وَيَعْبُرُ حَضْرَتَهُ نَظِيرُهُ يَبْعُ دِرْهَمٍ بِدِرْهَمَيْنِ وَيَبْعُ ثَوْبَ يَخْمَرٍ .

أَثَقَانِي .

قوله : وَإِنْ كَانَ الْفَسَادُ

أَيُّ غَيْرَ قَوِيٍّ بَأَنَّ كَانَ ذَلِكَ الْخُ .

أَثَقَانِي

قوله في المتن : إِنَّا أَنْ بَيْعِ الْمُشْتَرِي أَوْ يَهَبِ الْخُ

قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي مُحْتَصَرِهِ فَإِنْ بَاعَ الْمُقْبُوضَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا نَفَذَ وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ الْأَوَّلِ الْإِسْتِرْدَادُ قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ الطَّحَاوِيُّ فِي مُحْتَصَرِهِ فَإِنْ أَخْرَجَهُ بَيْعٌ أَوْ تَمْلِيكٌ مِنْهُ إِيَّاهُ غَيْرُهُ جَارَ مَا فَعَلَ مِنْ ذَلِكَ وَكَانَ عَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ قَبْضِهِ لِبَائِعِهِ وَجُمْلَةُ الْقَوْلِ فِيهِ مَا قَالَهُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ بِقَوْلِهِ وَلَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ الْمُشْتَرِي بَيْعٌ أَوْ صَدَقَةٌ أَوْ هِبَةٌ أَوْ أَخْرَجَهُ الْمُشْتَرِي مِنْ مِلْكِهِ بَوَاحٍ مِنَ الْوُجُوهِ صَحَّ تَصَرُّفُهُ إِذَا كَانَ تَصَرُّفُهُ بَعْدَ مَا قَبْضَهُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ إِبْطَالُهُ وَعَلَى الْمُشْتَرِي الْقِيمَةُ أَوْ الْمِثْلُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا وَيَطِيبُ ذَلِكَ الْمَلِكُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ مَلِكٌ بَعْدَ صَحِيحٍ بِخِلَافِ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ لَهُ وَلَا يَطِيبُ ؛ لِأَنَّهُ مَلِكُهُ بَعْدَ فَاسِدٍ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَأَخَذَ مَالَ حَرْبِيٍّ يَغْيِرُ طِيبَ نَفْسِهِ فَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ مَلِكُهُ وَلَكِنْ لَا يَطِيبُ لَهُ وَيَفْتَى بِالرَّدِّ وَلَا يُقْضَى بِهِ .

وَلَوْ بَاعَهُ صَحَّ يَبْعُهُ وَلَا يَطِيبُ أَيْضًا لِلْمُشْتَرِي كَمَا لَا يَطِيبُ لِلأَوَّلِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ أَوْ لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي أَوْ دَبَّرَهُ صَحَّ عَتَقُهُ وَتَذْيِيرُهُ وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَتْ جَارِيَةً وَاسْتَوْلَدَهَا صَارَتْ أُمٌّ وَلَدَ لَهُ وَيَعْرَمُ الْقِيمَةَ وَلَا يَعْرَمُ الْعَقْرُ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الْبُيُوعِ وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي كِتَابِ الشَّرْبِ وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى فِي كِتَابِ الشَّرْبِ عَلَيْهِ الْعَقْرُ وَلَوْ كَاتَبَ صَحَّتِ الْكِتَابَةُ وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ إِبْطَالُهُ وَلَكِنَّهُ إِذَا أَدَّى الْكِتَابَةَ عَتَقَ وَتَقَرَّرَ عَلَى الْمُشْتَرِي ضَمَانُ الْقِيمَةِ فَإِنْ عَجَزَ وَرَدَّ رَقِيقًا يَنْظُرُ إِنْ كَانَ الْعَجْزُ قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَ بِالْقِيمَةِ عَلَى الْمُشْتَرِي يَرُدُّ الْعَبْدَ

عَلَى الْبَائِعِ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مَا قَضَى عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ فَلَا سَبِيلَ لِلْبَائِعِ عَلَى الْعَبْدِ وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي رَهَنَ الْمَبِيعِ صَحَّ الرُّهْنُ وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ إِبْطَالُهُ وَإِنْ فَكَّهُ الْمُشْتَرِي قَبْلَ أَنْ يَقْضَى عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ فَإِنَّهُ يُرَدُّ عَلَى الْبَائِعِ وَإِنْ فَكَّهُ بَعْدَ مَا قَضَى عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ فَلَا سَبِيلَ لَهُ عَلَى الْبَائِعِ وَإِنْ أَجَرَهُ الْمُشْتَرِي صَحَّتِ الْإِجَارَةُ غَيْرَ أَنَّهُ لِلْبَائِعِ أَنْ يُبْطِلَ الْإِجَارَةَ وَيَسْتَرِدَّ الْمَبِيعَ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ مِمَّا تُفْسَخُ بِالْعُدْرِ وَفَسَادُ الْبَيْعِ صَارَ عُذْرًا فِي فُسْخِ الْإِجَارَةِ إِلَى هُنَا لَفْظُ شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ .

أَتَقَانِيُّ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَتَقَانِيُّ وَيَنْبَغِي لَكَ أَنْ تَعْلَمَ أَنَّ تَصَرُّفَ الْمُشْتَرِي وَإِنْ كَانَ نَافِذًا يُكْرَهُ وَبِهِ صَرَّحَ الْكَرْخِيُّ فِي مُحْتَصَرِهِ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْفُسْخَ مُسْتَحَقُّ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الْفَسَادِ وَاجِبٌ وَالتَّصَرُّفُ فِيهِ تَقْرِيرُ الْفَسَادِ .

قَوْلُهُ : وَالنِّكَاحُ لَا يَمْنَعُ فُسْخَ الْبَيْعِ فَيُفْسَخُ وَيُرَدُّ عَلَى

الْبَائِعِ (

قَالَ فِي التُّحْفَةِ وَلَوْ زَوَّجَهَا مِنْ إِنْسَانٍ بَعْدَ الْقَبْضِ فَإِنَّ النِّكَاحَ لَا يَمْنَعُ الْفُسْخَ وَالنِّكَاحُ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ زَوَّجَهَا وَهِيَ مَمْلُوكَةٌ لَهُ ثُمَّ قَالَ فِيهِ وَلَوْ أَوْصَى بِالْعَبْدِ الْمَبِيعِ بَيْعًا فَاسِدًا فَإِنَّهُ يُفْسَخُ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ مِمَّا يَحْتَمِلُ الرُّجُوعَ وَلَوْ مَاتَ الْمُوصِي قَبْلَ الْفُسْخِ يَسْقُطُ الْفُسْخُ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ انْتَقَلَ إِلَى الْمُوصَى لَهُ فَصَارَ كَالْبَيْعِ وَلَوْ مَاتَ الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا فَوَرِثَهُ الْبَائِعُ فَلِلْبَائِعِ حَقُّ الْفُسْخِ ، وَكَذَا لِلْوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ يَقُومُ مَقَامَ الْمُورِثِ فِي حَقِّ الْفُسْخِ ، وَلِهَذَا يُرَدُّ بِالْعَيْبِ بِخِلَافِ الْمُوصَى لَهُ .

غَايَةُ قَوْلُهُ : وَلَئِنْ تَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي قَدْ حَصَلَ بِتَسْلِيطِ الْبَائِعِ فَلَا يُتَقَضُّ (فَإِنْ قُلْتَ هَذَا الْمَعْنَى وَهُوَ التَّسْلِيطُ وَجَدَ قَبْلَ بَيْعِ الْمُشْتَرِي أَيْضًا وَمَعَ هَذَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاذِلِينَ فُسْخُهُ إِعْدَامًا لِلْفَسَادِ فَانْتَقَضَتِ الْعِلَّةُ إِذَا قُلْتَ مَعْنَاهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ وَقَدْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الثَّلَاثِ قَبْطَلِ السُّؤَالِ .

غَايَةُ .

قَوْلُهُ : لِأَنَّهُ يَعُودُ إِلَيْهِ قَدِيمُ مِلْكِهِ فِي الْوَجْهَيْنِ

أَيُّ وَعَلَيْهِ الِاسْتِبْرَاءُ ؛ لِأَنَّ بِالرُّجُوعِ وَالْقَبْضِ اسْتَحْدَثَ مِلْكُ الْوُطْءِ آخَرَ يُيَوِّعُ فَتَاوَى الْوُلُوجِيِّ .

قَوْلُهُ : وَبِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ

أَيُّ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ بِقَضَاءٍ ؛ لِأَنَّ بِهِ يَعُودُ قَدِيمُ الْمِلْكِ لَا بَعِيرَهُ

قوله : أو يبني

لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رَجُلٍ بَاعَ رَجُلًا دَارًا يَبْنِي فَاسِدًا فَقَبَضَهَا الْمُشْتَرِي فَبَنَى فِيهَا قَالَ لَيْسَ لِلْبَائِعِ أَخْذُهَا وَلَكِنَّهُ يَأْخُذُ قِيمَتَهَا ثُمَّ شَكَّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَقَالَ يَعْقُوبُ وَمُحَمَّدٌ يُنْقَضُ الْبِنَاءُ وَتُرْدُ الدَّارُ عَلَى صَاحِبِهَا إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ قَالَ
الْكَرْخِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ إِنْ كَانَ الْمَبِيعُ أَرْضًا فَبَنَى فِيهَا الْمُشْتَرِي فَهَذَا اسْتِهْلَاكٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ نَقْضُ الْبَيْعِ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : لِلْبَائِعِ نَقْضُ الْبَيْعِ .

قوله : أقوى من حق الشفيع

أَيُّ فِي الشَّرَاءِ الصَّحِيحِ .

أَثَقَانِي .

قوله : وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة

قَالُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ ، وَأَمَّا شَكُّ يَعْقُوبَ فِي الرَّوَايَةِ فَالْمُرَادُ أَنَّهُ سَمِعَ مِنْهُ أَمْ لَا حَتَّى قَالَ مَشَايخُنَا لَا خِلَافَ فِيهِ وَلَكِنْ ذُكِرَ الْخِلَافُ فِي كِتَابِ الشُّفْعَةِ وَغَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ شَكٍّ ، وَقَالَ شَمْسُ الْأُتَمَةِ السَّرْحَسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهَذِهِ هِيَ الْمَسْأَلَةُ السَّادِسَةُ الَّتِي حَرَّتِ الْمُحَاوَرَةُ فِيهَا بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ فَقَالَ أَبُو يُوسُفَ مَا رَوَيْتَ لَكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَأْخُذُ قِيمَتَهَا ، وَإِنَّمَا رَوَيْتَ لَكَ أَنَّ يُنْقَضُ الْبِنَاءُ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ بَلْ رَوَيْتَ لِي أَنَّهُ يَأْخُذُ قِيمَتَهَا .

غَايَةً .

قَالَ (وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ الْمَبِيعَ عَنِ الْبَائِعِ حَتَّى يَأْخُذَ الثَّمَنَ مِنْهُ) يَعْنِي إِذَا تَفَاسَخَا بَعْدَ قَبْضِ الْعَوِضَيْنِ كَانَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَ الْمَبِيعَ حَتَّى يَرُدَّ الْبَائِعَ الثَّمَنَ الَّذِي قَبَضَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مُقَابِلُ بِهِ فَيَصِيرُ مَحْبُوسًا بِهِ كَالرَّهْنِ وَأَقْرَبُ مِنْهُ الْمَبِيعُ وَإِنْ مَاتَ الْبَائِعُ فَالْمُشْتَرِي أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ ؛ لِأَنَّهُ يُقَدِّمُ عَلَيْهِ حَالِ حَيَاتِهِ فَكَذَا يُقَدِّمُ عَلَى تَجْهِيزِهِ بَعْدَ وَفَاتِهِ وَعَلَى هَذَا أَرْبَابُ الدُّيُونِ وَالْوَرَثَةُ وَعَلَى هَذَا لَوْ اسْتَأْجَرَ إِجَارَةً فَاسِدَةً وَتَقَدَّ الْأَجْرَةُ أَوْ ارْتَهَنَ رَهْنًا فَاسِدًا أَوْ أَقْرَضَ قَرْضًا فَاسِدًا وَأَخَذَ بِهِ رَهْنًا لَهُ أَنْ يَحْبِسَ مَا اسْتَأْجَرَ وَمَا ارْتَهَنَ حَتَّى يَقْبُضَ مَا تَقَدَّ اعْتِبَارًا بِالْعَقْدِ الْجَائِزِ إِذَا تَفَاسَخَا ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ فَتُوجِبُ التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الْبَدَلَيْنِ فَإِنْ مَاتَ الْمُؤَجَّرُ أَوْ الرَّاهِنُ أَوْ الْمُسْتَقْرَضُ فَهُوَ أَحَقُّ بِمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَقْبُوضِ مِنْ سَائِرِ الْغُرْمَاءِ وَلَوْ اشْتَرَى مِنْ مَدِينَةٍ عَبْدًا بِدَيْنٍ سَابِقٍ لَهُ عَلَيْهِ شِرَاءٌ فَاسِدًا وَقَبَضَ الْعَبْدَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ فَأَرَادَ الْبَائِعُ اسْتِرْدَادَ الْعَبْدِ بِحُكْمِ الْفَسَادِ لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَ الْعَبْدَ لِاسْتِيفَاءِ مَالِهِ عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ بِخِلَافِ الصَّحِيحِ ، وَكَذَا لَوْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ بِدَيْنٍ سَابِقٍ عَلَيْهَا وَقَبَضَ الْمُسْتَأْجِرُ الْعَبْدَ ثُمَّ فَسَخَ الْمُؤَجَّرُ الْإِجَارَةَ بِحُكْمِ الْفَسَادِ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ الْعَبْدَ قَبْلَ إِيفَاءِ الْأَجْرَةِ وَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ الْحَبْسُ بِالْأَجْرَةِ بِخِلَافِ الصَّحِيحِ ، وَكَذَا الرَّهْنُ الْفَاسِدُ لَوْ كَانَ بِدَيْنٍ سَابِقٍ عَلَيْهِ .

الشرح

قوله فيصيرُ محبوسًا به كالرهن

أَيُّ لَكِنَّهُ يُفَارِقُهُ مِنْ وَجْهِ آخَرَ وَهُوَ أَنَّ الرَّهْنَ مَضْمُونٌ بِقَدْرِ الدَّيْنِ لَا غَيْرُ وَهَذَا الْمَبِيعُ مَضْمُونٌ بِجَمِيعِ قِيَمَتِهِ كَمَا فِي الْعِصْمَةِ .
أَكْمَلُ .

قوله : وَإِنْ مَاتَ الْبَائِعُ فَالْمُشْتَرِي أَحَقُّ بِهِ

أَيُّ الَّذِي الْحَارِثَةُ فِي يَدِهِ .
غَايَةُ .

قوله : لِأَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيْهِ حَالُ حَيَاتِهِ

أَيُّ وَلَوْ مَاتَ الْمُشْتَرِي فَالْبَائِعُ أَحَقُّ بِمَالِيَةِ الْمَبِيعِ مِنْ غُرْمَاءِ الْمُشْتَرِي فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ يُصْرَفُ إِلَى الْغُرْمَاءِ .
خُلَاصَةٌ .

قوله : وَعَلَى هَذَا أَرْبَابُ الدُّيُونِ وَالْوَرِثَةُ

أَيُّ يُقَدَّمُ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ قَوْلُهُ : فَهُوَ أَحَقُّ بِمَا فِي يَدِهِ (أَيُّ الْمُشْتَرِي وَأَخَوَاهُ) .

قوله لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ الْعَبْدَ قَبْلَ إِبْقَاءِ النَّاجِرَةِ

أَيُّ الدَّيْنِ الَّذِي جَعَلَهُ أُجْرَةً

قوله بخلاف الصحيح

يَعْنِي لَوْ كَانَ الْبَيْعُ صَحِيحًا أَوْ الْإِجَارَةُ صَحِيحَةً ثُمَّ انْفَسَخَ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا بِوَجْهِ كَانَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَ الْمَبِيعَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الدَّيْنَ الَّذِي كَانَ لَهُ عَلَى الْبَائِعِ .

عَمَادِيٌّ .

قَالَ (وَطَابَ لِلْبَائِعِ مَا رِبَحَ لَا لِلْمُشْتَرِي) أَيُّ لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ بِمَا لَا يَتَعَيَّنُ كَالدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ وَرِبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَابَ لِلْبَائِعِ مَا رِبَحَ فِي الثَّمَنِ وَلَمْ يَطِبْ لِلْمُشْتَرِي مَا رِبَحَ فِي الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَتَعَلَّقُ بِمَا يَتَعَيَّنُ فَيَتِمَكَّنُ الْخَبَثُ فِيهِ وَلَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ الثَّانِي بِمَا لَا

يَتَعَيَّنُ بَلَّ يَجِبُ مِثْلُهُ فِي الذِّمَّةِ فَلَمْ يَتِمَّ كُنْ الْخَبَثُ فِيهِ فَلَا يَجِبُ التَّصَدِيقُ بِهِ هَذَا فِي الْخَبَثِ لِفَسَادِ الْمَلِكِ وَإِنْ كَانَ الْخَبَثُ لِعَدَمِ الْمَلِكِ كَالْمَعْصُوبِ وَالْأَمَانَاتِ إِذَا خَانَ فِيهَا الْمُؤْتَمَنُ فَإِنَّهُ يَشْمَلُ مَا يَتَعَيَّنُ وَمَا لَا يَتَعَيَّنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لِتَعَلُّقِ الْعَقْدِ بِمَلِكِ الْغَيْرِ فِيمَا يَتَعَيَّنُ حَقِيقَةً وَفِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ شُبْهَةً مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِمَلِكِ الْغَيْرِ سَلَامَةً الْمَبِيعِ وَتَقْرِيرُ الثَّمَنِ وَعِنْدَ فَسَادِ الْمَلِكِ تَنْقَلِبُ الْحَقِيقَةُ شُبْهَةً فَتُعْتَبَرُ وَالشُّبْهَةُ تَنْزِلُ إِلَى شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ فَلَا تُعْتَبَرُ قَضَاءً فَالْحَاصِلُ أَنَّ الْأَمْوَالَ نَوْعَانِ مَا يَتَعَيَّنُ بِالْعَقْدِ وَمَا لَا يَتَعَيَّنُ وَالْحُرْمَةُ نَوْعَانِ حُرْمَةُ لِعَدَمِ الْمَلِكِ وَحُرْمَةُ لِفَسَادِهِ وَقَدْ ذَكَرْنَا هُمَا فَتَأَمَّلْهُ وَهَلْ يَتَعَيَّنُ رَدُّ الْمَقْبُوضِ مِنَ الثَّمَنِ بَعِيْنِهِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ أَمْ لَا قِيلَ يَتَعَيَّنُ ؛ لِأَنَّهُ قَبْضٌ مَضْمُونٌ بِالْمِثْلِ فَصَارَ كَالْعَصَبِ وَقِيلَ لَا يَتَعَيَّنُ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالْقَبْضِ فَصَارَ كَمَا لَوْ مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الصَّحِيحِ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَهُوَ رِوَايَةُ أَبِي سُلَيْمَانَ وَالثَّانِي رِوَايَةُ أَبِي حَفْصٍ وَقِيلَ عَلَى هَذَا لَا يَطِيبُ لَهُ مَا رِبَحَ فِي الثَّمَنِ عِنْدَهُمَا كَمَا فِي الْمَعْصُوبِ .

الشرح

قوله في الثمن وطاب للبائع ما ربح الخ

قَالَ الْأَثْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ جَارِيَةً يَبِيعُهَا فَاسِدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَتَقَابُضًا وَرَبِحَ كُلُّ مِنْهُمَا فِيمَا قَبِضَ قَالَ يَتَصَدَّقُ الَّذِي قَبِضَ الْجَارِيَةَ بِالرَّبْحِ وَيَطِيبُ الرَّبْحُ لِلَّذِي قَبِضَ الدَّرَاهِمَ وَهُوَ لَفْظُ مُحَمَّدٍ وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الْمَالَ نَوْعَانِ نَوْعٌ لَا يَتَعَيَّنُ فِي الْعُقُودِ كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ وَنَوْعٌ يَتَعَيَّنُ كَغَيْرِ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ وَالْمُرَادُ مِنْ عَدَمِ التَّعَيُّنِ فِي حَقِّ الْإِسْتِحْقَاقِ أَمَّا فِي حَقِّ الْقَدْرِ وَالْجَنَسِ وَالْوَصْفِ فَيَعَيَّنَانِ وَالْخَبَثُ وَهُوَ عَدَمُ الطَّيِّبِ أَيْضًا نَوْعَانِ أَحَدُهُمَا بِاعْتِبَارِ عَدَمِ الْمَلِكِ كَمَا فِي الْمَعْصُوبِ الْوَدِيعَةِ يُوجِبُ حَقِيقَةَ الْخَبَثِ فِيمَا يَتَعَيَّنُ وَيُوجِبُ شُبْهَةَ الْخَبَثِ فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعَيُّنِ لَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِهِ بَلَّ يَتَعَلَّقُ بِمَا فِي الذِّمَّةِ ، وَإِنَّمَا هُوَ وَسِيلَةٌ مِنْ وَجْهِ فَيُوجِبُ شُبْهَةَ الْخَبَثِ وَالشُّبْهَةُ مُعْتَبَرَةٌ فَلَا جَرَمَ أَنَّ عَدَمَ الطَّيِّبِ لِعَدَمِ الْمَلِكِ فِي الْمَالَيْنِ جَمِيعًا أَعْنِي فِيمَا يَتَعَيَّنُ وَفِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ وَالْخَبَثُ لِفَسَادِ الْمَلِكِ يُورِثُ الشُّبْهَةَ فِيمَا يَتَعَيَّنُ ؛ لِأَنَّ الْخَبَثَ لِفَسَادِ الْمَلِكِ أَذْنَى مِنَ الْخَبَثِ لِعَدَمِ الْمَلِكِ وَيُورِثُ شُبْهَةَ الشُّبْهَةِ فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ وَشُبْهَةُ الشُّبْهَةِ لَيْسَتْ بِمُعْتَبَرَةٍ فَلِهَذَا يَتَصَدَّقُ الَّذِي أَخَذَ الْجَارِيَةَ بِالرَّبْحِ لَوْجُودِ شُبْهَةِ الْخَبَثِ وَلَمْ يَتَصَدَّقْ الَّذِي أَخَذَ الدَّرَاهِمَ بِالرَّبْحِ لِعَدَمِ الْخَبَثِ حَقِيقَةً وَشُبْهَةً ، وَإِنَّمَا هِيَ شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ فَلَا تُعْتَبَرُ .

قوله : لو اشترى شيئاً يتعين بالتعيين

كَالْجَارِيَةِ وَالْعَبْدِ وَالْفَرَسِ .

قوله :

كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ (

أَيُّ وَتَقَابُضًا فَبَاعَ الْمُشْتَرِي الْجَارِيَةَ وَاشْتَرَى الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ شَيْئًا .

قوله : وَلَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ الثَّانِي

أَيَّ فِي الشَّرَاءِ الثَّانِي .

قوله : وَإِنْ كَانَ الْخَبَثُ لِعَدَمِ الْمَلِكِ كَالْمَعْصُوبِ

أَيَّ بِأَنْ غَضِبَ شَيْئًا وَبَاعَهُ بَعْدَ ضَمَانِ قِيمَتِهِ فَرَبِحَ فِيهِ أَوْ غَضِبَ دَرَاهِمَ وَأَدَّى ضَمَانَهَا وَاشْتَرَى بِهَا شَيْئًا وَبَاعَهُ وَرَبِحَ فِيهِ أَك

قوله : لِيَتَعَلَّقَ الْعَقْدُ بِمَلِكٍ الْغَيْرِ فِيمَا يَتَعَيَّنُ حَقِيقَةُ

أَيَّ فَيَتِمَّ كُنْ فِيهِ حَقِيقَةُ الْخَبَثِ وَفِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ تَتِمَّ كُنْ شُبْهَةُ الْخَبَثِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ سَلَامَةُ الْمَبِيعِ بِأَنْ نَقَدَ مِنَ الدَّرَاهِمِ الْمَعْصُوبَةِ أَوْ تَقْدِيرُ الثَّمَنِ بِأَنْ أَشَارَ إِلَى الدَّرَاهِمِ الْمَعْصُوبَةِ وَنَقَدَ مِنْ غَيْرِهَا فَصَارَ مَلِكُ الْغَيْرِ وَسِيلَةً إِلَى الرَّبْحِ مِنْ وَجْهِ فَيَتِمَّ كُنْ فِيهِ شُبْهَةُ الْخَبَثِ أَمَّا الْخَبَثُ لِفَسَادِ الْمَلِكِ فَيَعْمَلُ فِيمَا يَتَعَيَّنُ لَا فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ ؛ لِأَنَّ فُسَادَ الْمَلِكِ دُونَ عَدَمِ الْمَلِكِ فَتَنْقَلِبُ حَقِيقَةُ الْخَبَثِ فِيمَا يَتَعَيَّنُ ثَمَّةَ شُبْهَةٍ هُنَا فَتُعْتَبَرُ وَشُبْهَةُ الْخَبَثِ فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ ثَمَّةَ يَنْقَلِبُ شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ هُنَا فَلَا تُعْتَبَرُ بِالْحَدِيثِ وَهُوَ مَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { نَهَى عَنْ الرِّبَا وَالرِّبَاةِ } أَيَّ الشُّبْهَةِ .

قوله : مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِمَلِكٍ الْغَيْرِ سَلَامَةُ الْمَبِيعِ وَتَقْدِيرُ الثَّمَنِ

أَيَّ بِأَنْ يُشِيرَ إِلَى الدَّرَاهِمِ الْمَعْصُوبَةِ وَيُنْقَدَ مِنْ غَيْرِهَا .

أَتَقَانِي .

قوله : وَالشُّبْهَةُ تَنْزِلُ إِلَى شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ فَلَا تُعْتَبَرُ

إِذْ لَوْ أُعْتَبِرَتْ شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ لَأُعْتَبِرَ مَا دُونَهَا فَيُؤَدِّي ذَلِكَ إِلَى سَدِّ بَابِ التَّجَارَةِ وَهُوَ مَفْتُوحٌ .

قوله : وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَهُوَ رَوَايَةُ أَبِي سُلَيْمَانَ

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَقَالَ

فَخَرَّ الدِّينَ قَاضِي خَانَ فِي شَرْحِهِ لِلْجَامِعِ الصَّغِيرِ فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ اسْتَهْلَكَ الثَّمَنَ يَرُدُّ مِثْلَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ بِالْبَيْعِ الْفَاسِدِ مَضْمُونٌ بِالْمِثْلِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ الَّذِي أَخَذَهُ الْبَائِعُ قَائِمًا فَهَلْ يَتَعَيَّنُ لِلرَّدِّ فِيهِ رَوَايَتَانِ فِي رَوَايَةِ كِتَابِ الصَّرْفِ يَتَعَيَّنُ وَإِلَيْهِ ذَهَبَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ وَالصَّدْرُ الشَّهِيدُ وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ فِي حُكْمِ التَّقْضِ وَالِاسْتِرْدَادِ كَالْغَضَبِ وَفِي رَوَايَةٍ لَا يَتَعَيَّنُ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْجَائِزِ قَالَ عَلَاءُ الدِّينِ الْعَالِمُ فِي طَرِيقَةِ الْخِلَافِ وَالْمُخْتَارُ عَدَمُ التَّعَيُّنِ يَعْنِي فِي الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ فَقَوْلُهُ وَالْمُخْتَارُ دَمُ التَّعَيُّنِ مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَهُ الرَّيْلِيُّ مِنَ التَّصْحِيحِ

قَوْلُهُ وَقِيلَ عَلَى هَذَا لَا يَطِيبُ لَهُ مَا رَبِحَ فِي الثَّمَنِ عِنْدَهُمَا

قَالَ الْعَتَابِيُّ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ قَالَ مُحَمَّدٌ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ كُلُّ مَالٍ يَأْخُذُهُ مِنْ صَاحِبِهِ بِطَبِيعَةٍ مِنْ نَفْسِهِ بِحُكْمٍ عَقْدٍ فَاسِدٍ وَرَبِحَ فِيهِ يَطِيبُ لَهُ الرَّبْحُ يُرِيدُ بِهِ الدَّرَاهِمَ وَالِدَنَانِيرَ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَتَّعِينُ لِلرَّدِّ بِحُكْمِ الْفَسَادِ فِي بَعْضِ الرُّوَايَاتِ مِثْلَهُ إِذَا اشْتَرَى أَلْفَ دِرْهَمٍ بِمِائَةِ دِينَارٍ إِلَى سَنَةٍ حَتَّى فَسَدَ الصَّرْفُ فَقَبِضَ الدَّرَاهِمَ وَرَبِحَ فِيهَا طَابَ لَهُ الرَّبْحُ وَلَوْ كَانَ أَلْفُ غَصْبًا لَمْ يَطِبْ لِانْعِدَامِ الْمَلِكِ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَطِيبُ ؛ لِأَنَّ عِنْدَهُ شَرَطَ الطَّيِّبِ الضَّمَانُ وَقَدْ وَجِدَ .

أُتْقَانِي .

قَالَ (وَلَوْ ادَّعَى عَلَى آخَرَ دَرَاهِمَ فَقَضَاهُ إِيَّاهَا ثُمَّ تَصَادَقَا أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِ طَابَ رَبْحُهُ) أَيِ رَبْحُهُ فِي الدَّرَاهِمِ ؛ لِأَنَّ الْخَبَثَ لِفَسَادِ الْمَلِكِ هُنَا ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ وَجَبَ بِتَصَادُقِهِمَا أَوَّلًا فَمَلَكَهُ ثُمَّ اسْتَحَقَّ بِالتَّصَادُقِ أَنَّهُ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ وَبَدَلَ الْمُسْتَحَقَّ مَمْلُوكًا ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ عَبْدًا بِجَارِيَةٍ فَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ اسْتَحَقَّتِ الْجَارِيَةُ لَا يَبْطُلُ الْعَنْقُ فِي الْعَبْدِ وَلَوْ أَنَّ مَمْلُوكًا لَبْطَلَ ؛ لِأَنَّهُ لَا عَنْقَ فِيْمَا لَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ ، وَكَذَا لَوْ حَلَفَ لَا يُفَارِقُ غَرِيمَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ مِنْهُ دَيْنَهُ فَبَاعَهُ عَبْدَ الْغَيْرِ بِالْدَّيْنِ فَقَبِضَهُ الْحَالِفُ وَفَارَقَهُ ثُمَّ اسْتَحَقَّ الْعَبْدُ مَوْلَاهُ وَلَمْ يَجْزُ الْبَيْعُ لَا يَحْنُثُ الْحَالِفُ ؛ لِأَنَّ الْمَدِينِ مَلِكٌ مَا فِي ذِمَّتِهِ بِالْبَيْعِ وَهُوَ بَدَلَ الْمُسْتَحَقَّ فَلَا يَحْنُثُ الْحَالِفُ بِالْإِسْتِحْقَاقِ إِذَا كَانَ مَمْلُوكًا وَهُوَ بِسَبَبِ خَبِيثٍ لِكُونِهِ مَمْلُوكًا بِمِلْكِ الْغَيْرِ لَا يَعْمَلُ فِيْمَا لَا يَتَّعِينُ وَيَعْمَلُ فِيْمَا يَتَّعِينُ عَلَى مَا بَيْنَا مِنْ قَبْلُ .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الثَّمَنِ وَلَوْ ادَّعَى عَلَى آخَرَ دَرَاهِمَ الْخ

صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَكَذَلِكَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِرَجُلٍ لِي عَلَيْكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَأَقْضِيهَا فَقَضَاهَا ثُمَّ تَصَادَقَا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ وَقَدْ تَصَرَّفَ فِيهَا وَرَبِحَ فَالرَّبْحُ يَطِيبُ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ يَثْبُتُ مِنْ حَيْثُ التَّسْمِيَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ ادَّعَاهُ فَقَضَاهُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَكَانَ الرَّبْحُ حَاصِلًا فِي مِلْكِهِ فَإِذَا تَصَادَقَا بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى عَدَمِ الدَّيْنِ كَانَتِ الدَّرَاهِمُ الْمَقْبُوضَةُ بِمَنْزِلَةِ بَدَلِ الْمُسْتَحَقَّ وَبَدَلَ الْمُسْتَحَقَّ مَمْلُوكًا مَلِكًا فَاسِدًا وَالْخَبَثُ لِفَسَادِ الْمَلِكِ لَا أَثَرَ لَهُ فِيْمَا لَا يَتَّعِينُ ؛ لِأَنَّهُ شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ فَلِهَذَا طَابَ لَهُ الرَّبْحُ وَلَمْ يَجِبِ التَّصَدُّقُ بِهِ .

غَايَةُ .

قَوْلُهُ : وَبَدَلَ الْمُسْتَحَقَّ

أَيِ وَالْمُسْتَحَقُّ هُوَ الدَّيْنُ وَابَدَلَ الدَّرَاهِمُ الْمَقْبُوضَةُ .

غَايَةُ .

قوله : مملوكا

أي ملكا فاسدا .

قَالَ (وَكَرِهَ النَّجْشُ وَالسَّوْمُ عَلَى سَوْمِ غَيْرِهِ) وَالنَّجْشُ يَفْتَحْتَيْنِ وَيُرْوَى بِالسُّكُونِ وَهُوَ أَنْ يَسْتَأْمَ السَّلْعَةَ بِأَزِيدٍ مِنْ ثَمَنِهَا وَهُوَ لَا يُرِيدُ شِرَاءَهَا بَلْ لِيَرَاهُ غَيْرُهُ فَيَقَعُ فِيهِ ، وَإِنَّمَا كَرِهَهَا لِمَا رَوَى عَنْ ابْنِ عُمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { نَهَى عَنِ النَّجْشِ } وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { نَهَى أَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ وَأَنْ يَتَنَاجَشُوا } رَوَاهُمَا أَحْمَدُ وَمُسْلِمٌ وَالْبُخَارِيُّ ، وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ { لَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ وَلَا يَسُومُ عَلَى سَوْمِ غَيْرِهِ } وَفِي لَفْظٍ { لَا يَبِيعُ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَمُسْلِمٌ وَالْبُخَارِيُّ وَالْمُرَادُ بِالْبَيْعِ الشِّرَاءُ وَرَوَى أَحْمَدُ عَنْ ابْنِ عُمرَ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ { لَا يَبِيعُ أَحَدُكُمْ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ حَتَّى يَتَنَاعَ أَوْ يَذَرَ } وَلِأَنَّ فِي ذَلِكَ إِجْحَاشًا وَإِضْرَارًا بِهِ فَيَكْرَهُ ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ النَّجْشُ فِيمَا إِذَا كَانَ الرَّاعِبُ فِي السَّلْعَةِ يَطْلُبُهَا بِثَمَنِ مِثْلِهَا ، وَأَمَّا إِذَا طَلَبَهَا بِدُونِ ثَمَنِهَا فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَزِيدَ إِلَى أَنْ تُبْلَغَ قِيمَتُهَا ، وَكَذَا السَّوْمُ إِنَّمَا يُكْرَهُ فِيمَا إِذَا جَنَحَ قَلْبُ الْبَائِعِ إِلَى الْبَيْعِ بِالثَّمَنِ الَّذِي سَمَّاهُ الْمُشْتَرِي ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَجَنَحْ قَلْبُهُ وَلَمْ يَرْضَهُ فَلَا بَأْسَ لِغَيْرِهِ أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِأَزِيدٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا بَيْعٌ مِنْ يَزِيدٍ وَقَدْ قَالَ أَنَسٌ { أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ بَاعَ قَدْحًا وَحِلْسًا فِيمَنْ يَزِيدُ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَالتِّرْمِذِيُّ وَلِأَنَّهُ يَبِيعُ الْفُقَرَاءَ وَالْحَاجَةَ مَاسَةً إِلَيْهِ ، وَكَذَا النَّهْيُ عَنِ الْخُطْبَةِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا بَعْدَ الْإِتِّفَاقِ وَالتَّرَاضِي .

الشرح

قوله في المتن : وكرهه النجش والسوم إلخ

قِيلَ لَمَّا كَانَ الْمَكْرُوهُ أَدْنَى دَرَجَةٍ مِنَ الْفَسَادِ وَلَكِنَّهُ شُعْبَةٌ مِنْ شُعَبِ الْفَسَادِ الْحَقُّهُ بِالْفَسَادِ وَآخِرُهُ عَنْهُ .

أَثَقَانِي وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَالْمَعْنَى فِي كَرَاهِيَةِ النَّجْشِ الْغُرُورُ وَالْخِدَاعُ .

قوله : وهو لا يريد شراءها بل ليراه غيره

قَالَ فِي شَرْحِ الصَّحِيحِ النَّجْشُ أَنْ يَزِيدَ الرَّجُلُ فِي ثَمَنِ السَّلْعَةِ وَهُوَ لَا يُرِيدُ شِرَاءَهَا وَلَكِنْ لِيَسْمَعَهُ غَيْرُهُ فَيَزِيدَ لِرِيَادَتِهِ .

أَثَقَانِي

قوله : وقال عليه الصلواة والسلام { لا يخطب الرجل } إلخ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ قَوْلُهُ لَا يَسْتَأْمُ { وَلَا يَخْطُبُ } نَهْيٌ أُرِيدَ بِهِ التَّهْيُّ لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي دَلَالَتِهِمَا عَلَى الْعَدَمِ وَلَمْ يُرِدْ حَقِيقَةَ التَّهْيُّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُوجَدُ حِسًّا فَحِينَئِذٍ يَلْزَمُ الْخَلْفُ فِي خَبَرِ الشَّارِعِ وَاخْتِيَارُ صِبْغَةِ التَّهْيُّ لِكَوْنِهِ أَتْلَعُ مِنَ التَّهْيِّ كَمَا أَنَّ إِخْبَارَ الشَّارِعِ أَتْلَعُ مِنَ الْأَمْرِ .

قوله : فلما بأس بأن يزيد إلى أن يبلغ قيمتها

أي وإن لم يكن له رغبة فيها .

غاية .

قوله : باع قدحا وحلسا

قال في الجمهرة المجلس كساء يطرح على ظهر البعير أو الحمار والجمع أحلاس وحلوس .

غاية .

وكتب ما نصه روى الترمذي من حديث أنس رضي الله عنه قال { أتى رجل من الأنصار يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أما في بيتك شيء قال بلى جلس نلبس بفضه ونبسط بفضه وقعب نشرب فيه الماء فقال اتنني بهما فأتاه بهما فأخذهما صلى الله عليه وسلم ، وقال من يشتري هذين قال رجل أنا أخذهما بدرهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من يزيد على درهم فأتاهما مرتين أو ثلاثا قال رجل أنا أخذتهما بدرهمين فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الرجل ، وقال اشتر باحدهما طعاما فائده إلى أهلك واشتر بالآخر قدوما فأتني به فأتني به فشدد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم غودا بيده ثم قال اذهب فاحطط وبع ولا أرينك خمسة عشر يوما ففعل ثم جاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وبيع بعضا طعاما فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من أن تجيء المسألة نكتة في وجهك يوم القيامة ، إن المسألة لا تحل إلا لذي فقر مدقع أو ذي غرم مفطع أو لذي دم موجع } .

تجريد الأصول للبارزي قوله قعب القعب القصعة .

قال (وتلقى الجلب) أي كره تلقى المحلوب وصورته أن واحدا من أهل مصر يتلقى الميرة فيشتري منهم ثم يبيعه بما شاء من الثمن ، وإثما كره لقول ابن مسعود رضي الله عنه { أنه عليه السلام نهى عن تلقي البيوع } رواه أحمد والبخاري ومسلم وعن أبي هريرة رضي الله عنه { أنه عليه السلام نهى أن يتلقى الجلب } الحديث رواه أحمد والبخاري ومسلم وغيرهم من أئمة الحديث هذا إذا كان يضرب بأهل البلد بأن كانوا في قحط وإن كان لا يضربهم فلما بأس به إذا لبس السعير على الواردين .

الشرح

قوله في المتن : وتلقي الجلب

بمعنى المجلوب .

أُتْقَانِي قَالَ الْإِمَامُ الْإِسْبِجَابِيُّ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ فِي بَيَانِ تَلْقَى الْجَلْبِ وَصُورَتُهُ أَنَّ وَاحِدًا مِنَ الْمِصْرِ أَخْبَرَ بِمَجِيءِ قَافِلَةٍ عَظِيمَةٍ وَأَهْلُ الْمِصْرِ فِي قَحْطٍ وَجَدْبٍ فَتَلَقَّى ذَلِكَ الْوَاحِدُ وَيَشْتَرِي مِنْهُمْ جَمِيعَ مَا يَمْتَارُونَ وَيَدْخُلُ الْمِصْرَ وَيَبِيعُهُ عَلَى مَا يُرِيدُ مِنَ الثَّمَنِ وَلَوْ تَرَكَهُمْ فَأَدْخَلُوا مِيرَتَهُمْ بِأَنْفُسِهِمْ وَبَاعُواهَا مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ بِتَفْرِقَةٍ تَوْسَعُ أَهْلُ الْمِصْرِ بِذَلِكَ فَإِذَا كَانَ الْأَمْرُ كَمَا وَصَفْنَا فَهُوَ مَكْرُوهٌ وَإِنْ كَانَ أَهْلُ الْمِصْرِ لَا يَتَضَرَّرُونَ بِذَلِكَ فَلَا يُكْرَهُ ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ صُورَتُهُ أَنْ يَلْتَقِيَهُ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ فَيَشْتَرِي مِنْهُمْ بَارِخَصَ مِنْ سِعْرِ الْمِصْرِ وَهُمْ لَا يَعْلَمُونَ سِعْرَ الْمِصْرِ فَالْشَّرَاءُ جَائِزٌ فِي الْحُكْمِ وَلَكِنَّهُ مَكْرُوهٌ ؛ لِأَنَّهُ غَرَرٌ سَوَاءٌ اسْتَضَرَّ بِهِ أَهْلُ الْمِصْرِ أَوْ لَمْ يَسْتَضِرُّوا بِهِ .

أُتْقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَبِيعُ الْحَاضِرُ لِلْبَادِي) لِمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { لَا تَلْقُوا الرُّكْبَانَ وَلَا يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ } فَقِيلَ لِبَابِنِ عَبَّاسٍ : مَا قَوْلُهُ : لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ ؟ قَالَ : لَا يَكُونُ لَهُ سِمَسَارًا رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ وَأَحْمَدُ وَغَيْرُهُمْ .

وَعَنْ جَابِرٍ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ { لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ دَعَا النَّاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ } رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَأَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُدَ وَغَيْرُهُمْ . ، وَقَالَ أَنَسُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ { نَهَيْنَا أَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ وَإِنْ كَانَ أَخَاهُ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ } رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَأَحْمَدُ وَمُسْلِمٌ ، وَقَالَ ابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا { نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ } رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَالتِّرْمِذِيُّ وَتَفْسِيرُهُ مَا ذَكَرْنَا عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَفِي الْهِدَايَةِ هَذَا إِذَا كَانَ أَهْلُ الْبَلَدِ فِي قَحْطٍ وَعَوَزٍ وَهُوَ يَبِيعُ مِنْ أَهْلِ الْبَلَدِ طَمَعًا فِي الثَّمَنِ الْعَالِي لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِهِمْ ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَلَا بَأْسَ بِهِ لِإِعْدَامِ الضَّرَرِ وَفِي شَرْحِ الْمُخْتَارِ هُوَ أَنْ يَجْلِبَ الْبَادِي السَّلْعَةَ فَيَأْخُذَهَا الْحَاضِرُ لِيَبِيعَهَا لَهُ بَعْدَ وَقْتٍ بِأَعْلَى مِنَ السَّعْرِ الْمَوْجُودِ وَقَتِ الْجَلْبِ .

الشرح

قوله : { وَلَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ }

الْحَاضِرُ الْمُقِيمُ فِي الْمَدْنِ وَالْقَرْىِ وَالْبَادِي الْمُقِيمُ بِالْبَادِيَةِ وَالْمَنْهِي عَنْهُ أَنْ يَأْتِيَ الْبَدْوِيَّ الْبَلَدَةَ وَمَعَهُ قُوَّةٌ يَنْغِي التَّسَارُعَ إِلَى بَيْعِهِ رَخِيصًا فَيَقُولُ لَهُ الْحَضَرِيُّ أَتُرْكُهُ عِنْدِي لِأَعَالِي فِي بَيْعِهِ فَهَذَا الصَّنِيعُ مُحَرَّمٌ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِالْغَيْرِ وَهَذَا إِذَا كَانَتْ السَّلْعَةُ مِمَّا تُعْمُ الْحَاجَةُ إِلَيْهَا كَالْقَوَاتِ فَإِنْ كَانَتْ لَا تُعْمُ أَوْ أَكْثَرُ الْقَوَاتِ وَاسْتَعْنَى عَنْهُ فِي التَّحْرِيمِ تَرَدَّدٌ .

ابْنُ الْأَثِيرِ رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله وتفسيره ما ذكرنا عن ابن عباس

قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ إِنَّ الرَّجُلَ إِذَا كَانَ لَهُ طَعَامٌ وَأَهْلُ الْمِصْرِ فِي قَحْطٍ وَهُوَ لَا يَبِيعُهُ مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ حَتَّى يَتَوَسَّعُوا وَلَكِنْ يَبِيعُهُ مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ بِثَمَنِ غَالٍ وَأَهْلُ الْمِصْرِ يَتَضَرَّرُونَ فَلَا يَحُوزُ وَإِنْ كَانُوا لَا يَتَضَرَّرُونَ فَلَا بَأْسَ بِبَيْعِهِ مِنْهُمْ ، وَإِلَى هَذِهِ الصُّورَةِ ذَهَبَ صَاحِبُ

الْهِدَايَةِ وَقِيلَ أَنْ يَتَوَكَّلَ الْمِصْرِيُّ مِنَ الْبُدْوِيِّ لِمُعَالَاةِ السَّعْرِ فَيَكْرَهُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ أَهْلُ الْمِصْرِ يَتَضَرَّرُونَ بِذَلِكَ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ فَيَأْخُذُهَا الْحَاضِرُ لِيَبْيَعَهَا لَهُ بَعْدَ وَقْتِ بَاغْلَى مِنَ السَّعْرِ الْمَوْجُودِ وَقْتُ الْجَلْبِ

أَيُّ وَهَذَا قَرِيبٌ مِنْ تَفْسِيرِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا .

قَالَ (وَالْبَيْعُ عِنْدَ أَذَانِ الْجُمُعَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَذَرُوا الْبَيْعَ } وَلِأَنَّ فِيهِ إِخْلَالًا بِالْوَجَابِ عَلَى بَعْضِ الْوُجُوهِ وَهُوَ السَّعْيُ بِأَنْ قَعَدَا لِلْبَيْعِ أَوْ وَقَفَا لَهُ وَذَكَرَ فِي النَّهَايَةِ أَنَّهُمَا إِذَا تَبَايَعَا وَهُمَا يَمْسِيَانِ فَلَا بَأْسَ بِهِ وَعَزَاهُ إِلَى أَصُولِ الْفَقْهِ لِأَبِي الْيُسْرِ وَهَذَا مُشْكَلٌ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَدْ نَهَى عَنْ الْبَيْعِ مُطْلَقًا فَمَنْ أَطْلَقَهُ فِي بَعْضِ الْوُجُوهِ يَكُونُ تَخْصِيصًا وَهُوَ نَسْخٌ فَلَا يَجُوزُ بِالرَّأْيِ وَالْأَذَانُ الْمَعْتَبَرُ فِي تَحْرِيمِ الْبَيْعِ هُوَ الْأَوَّلُ إِذَا وَقَعَ بَعْدَ الزَّوَالِ عَلَى الْمُخْتَارِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ قَالَ (لَا يَبِيعُ مَنْ يَزِيدُ) أَيُّ لَا يُكْرَهُ بَيْعُ مَنْ يَزِيدُ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَالْبَيْعُ عِنْدَ أَذَانِ الْجُمُعَةِ إلخ

نَهَى عَنْ الْبَيْعِ عِنْدَ الْأَذَانِ وَأَقْلُّ أَحْوَالِ النَّهْيِ الْكَرَاهَةُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَ صَغِيرٍ وَذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ) سَوَاءٌ كَانَ الْآخَرُ صَغِيرًا مِثْلَهُ أَوْ كَبِيرًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ { مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَالتِّرْمِذِيُّ وَعَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ { أَمَرَنِي النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ أُبِيعَ غُلَامَيْنِ أَخَوَيْنِ فَبِعْتَهُمَا وَفَرَّقْتُ بَيْنَهُمَا فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ فَقَالَ أَذَرَكُهُمَا فَارْتَجَعْتُهُمَا وَلَا تَبِعُهُمَا إِلَّا جَمِيعًا } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَفِي رَوَايَةٍ وَهَبَ لِي النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ غُلَامَيْنِ أَخَوَيْنِ فَبِعْتُ أَحَدَهُمَا فَقَالَ لِي مَا فَعَلَ غُلَامُكَ فَأَخْبَرْتُهُ فَقَالَ لِي رُدَّهُ رُدَّهُ { رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ وَابْنُ مَاجَهَ وَعَنْ أَبِي مُوسَى قَالَ { لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَالِدِ وَوَلَدِهِ وَبَيْنَ الْأَخِ وَأَخِيهِ } رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ وَالِدَارَقُطْنِي وَعَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ { أَنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَ جَارِيَةٍ وَوَلَدِهَا فَنَهَاهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ذَلِكَ وَرَدَّ الْبَيْعَ } رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَالِدَارَقُطْنِي وَلِأَنَّ الصَّغِيرَ يَسْتَأْنِسُ بِالصَّغِيرِ وَالْكَبِيرُ يَتَعَاهَدُهُ وَيُسْتَفِقُ عَلَيْهِ وَيَقُومُ بِحَوَائِجِهِ بِاعْتِبَارِ الشَّفَقَةِ النَّاشِئَةِ مِنْ قُرْبِ الْقَرَابَةِ وَفِي التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا إِحْشَاشُ الصَّغِيرِ وَتَرْكُ الْمَرْحَمَةِ عَلَيْهِ وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ { مَنْ لَمْ يَرْحَمْ صَغِيرَنَا وَلَمْ يُوقَرْ كَبِيرَنَا فَلَيْسَ مِنَّا } وَلَا بُدَّ مِنْ اجْتِمَاعِهِمَا فِي مِلْكِهِ حَتَّى لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا لَهُ وَالْآخَرُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ لَهُ أَنْ يَبِيعَ أَحَدَهُمَا لِأَنَّ الْمِلْكَ مُتَفَرِّقٌ فَلَا يَتَنَاوَلُهُ النَّهْيُ عَنْ التَّفْرِيقِ ثُمَّ الْمَنْعُ بِالْقَرَابَةِ الْمَحْرَمَةِ لِلنَّكَاحِ حَتَّى لَا يَدْخُلَ فِيهِ قَرِيبٌ غَيْرُ مَحْرَمٍ وَلَا مَحْرَمٌ غَيْرُ قَرِيبٍ وَلَوْ كَانَ

التَّفْرِيقُ بِحَقِّ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهِ لَا يُكْرَهُ كَدَفْعِ أَحَدِهِمَا بِالْجَنَائَةِ وَيَبِيعُهُ بِالذَّيْنِ وَرَدَّهُ بِالْعَيْبِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ عَنْ التَّفْرِيقِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الصَّغِيرِ فَلَا يُمَكِّنُ مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُ عَلَى وَجْهِ يُلْحَقُ الضَّرَرُ بغيرِهِ وَهُوَ الْمَوْلَى وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِالْإِزَامَةِ الْفِدَاءَ لَوْلِيِّ الْجَنَائَةِ وَالْإِزَامَةِ الْقِيَمَةَ لِلْغَرَمَاءِ وَالْإِزَامَةِ الْمَعِيبِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، وَكَذَا لَا بَأْسَ بِالتَّفْرِيقِ إِذَا تَعَدَّرَ إِخْرَاجُ أَحَدِهِمَا بِالتَّنْذِيرِ أَوْ الْإِسْتِيلَادِ أَوْ الْكِتَابَةِ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَهُ أَنْ يُعْتَقَ

أَحَدَهُمَا وَإِنْ كَانَ فِيهِ تَفْرِيقٌ لَّأَنَّهُ أَنْفَعُ لَهُ مِنْ إِبْقَائِهِ عَلَى الرَّقِّ وَلَئِنَّهُ لَيْسَ بِتَفْرِيقٍ مَعْنَى ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ يَقْدَرُ أَنْ يَدُورَ مَعَهُ حَيْثُ دَارَ ، وَكَذَا لَهُ أَنْ يَبِيعَ أَحَدَهُمَا مِمَّنْ حَلَفَ بَعْتَهُ إِنْ اشْتَرَاهُ أَوْ مَلَكَهُ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الْإِعْتَاقِ وَلَوْ كَانَ الْوَلَدُ مُسْلِمًا وَأُمُّهُ كَافِرَةً بِأَنْ أَسْلَمَ أَبُوهُ وَتَبِعَهُ فِيهِ وَمَوْلَاهُمَا كَافِرٌ يُؤْمَرُ بِبَيْعِ الْوَلَدِ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ إِبْقَائِهِ فِي ذُلِّ الْكَافِرِ وَفِي النَّهْيَةِ هَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ الْمَالِكُ مُسْلِمًا حُرًّا كَانَ أَوْ مُكَاتِبًا أَوْ مَأْذُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ كَافِرًا فَلَا يُكْرَهُ التَّفْرِيقُ ؛ لِأَنَّ مَا فِيهِ مِنَ الْكُفْرِ أَعْظَمُ وَالْكَفَارُ غَيْرُ مُخَاطَبِينَ بِالشَّرَائِعِ . وَلَوْ كَانَ لِلصَّغِيرِ قَرِيبَانِ مُسْتَوِيَانِ فِي الْقُرْبِ فَإِنْ اخْتَلَفَتْ جِهَةٌ قَرَابَتَهُمَا لَهُ لَا يُفَرَّقُ وَلَا يُبَاعُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا دُونَهُمَا وَذَلِكَ مِثْلُ الْأَبِ وَالْأُمِّ وَأُخْتِ الْأَبِ وَأُخْتِ الْأُمِّ أَوْ لِأَبَوَيْنِ بَأَنِّ ادَّعَاهُ رَجُلَانِ مَعًا أَوْ عَمُّهُ وَخَالَهُ ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَفَقَةً لَيْسَ لِلْآخَرِ وَلَهُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا اسْتِنَاسٌ خِلَافَ الْاسْتِنَاسِ بِالْآخَرِ وَإِنْ اتَّحَدَتْ جِهَةٌ قَرَابَتَهُمَا كَالْأَخَوَيْنِ أَوْ الْخَالَيْنِ

أَوْ الْعَمَّيْنِ الْأَبِ وَالْأُمِّ أَوْ الْأَبِ أَوْ الْأُمِّ يَكْتَفِي بِأَحَدِهِمَا مَعَهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الصَّغِيرِ مَرْعِيٌّ بِهِ فَيَبِيعُهُ أَوْ يَتْرُكُهُ مَعَ الْوَاحِدِ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَأْنِسُ بِهِ وَيَقُومُ بِحَوَائِجِهِ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَقْرَبَ مِنَ الْآخَرِ كَمَا لَوْ كَانَ مَعَ الْأُمِّ أَوْ الْجَدَّةِ عَمُّهُ أَوْ خَالَهُ أَوْ أَحَدُ الْإِخْوَةِ أَوْ الْأَخَوَاتِ أَوْ كَانَ مَعَ الْأُخْتِ الْأَبِ وَالْأُمِّ أَوْ الْأُخْتِ الْأَبِ أَوْ الْأُمِّ لَا يُعْتَدُ بِالْأَبْعَدِ ؛ لِأَنَّ شَفَقَتَهُ مَعَ شَفَقَةِ الْأَقْرَبِ كَالْمَعْدُومِ وَنَقَذَ الْبَيْعُ فِي الْكُلِّ ؛ لِأَنَّ النَّهْيَ لِعَيْنِهِ وَهُوَ مَا فِيهِ مِنْ إِحْشَاشِ الصَّغِيرِ أَوْ الْإِضْرَارِ بِأَهْلِ الْبَلَدِ أَوْ بِالْوَارِدِينَ إِذَا لَيْسَ السَّعْرُ عَلَيْهِمْ وَتَحَوُّ ذَلِكَ عَلَى مَا بَيَّنَّا فَلَا يُوجِبُ الْفَسَادَ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُفْسِدُ الْبَيْعَ فِي قَرَابَةِ الْوَلَدِ وَيَجُوزُ فِي غَيْرِهِ وَعَنْهُ أَنَّهُ يُفْسِدُ فِي الْجَمِيعِ لِمَا رَوَيْنَا { أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ رَدَّ الْبَيْعَ فِي الْوَلَدِ وَأَمَرَ بِالرَّدِّ فِي غَيْرِهِ } وَهُوَ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الْفَاسِدِ وَلَهُمَا أَنْ رُكْنَ الْبَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ فَيَنْقُذُ وَالنَّهْيُ لِمَعْنَى مُجَاوِرٍ لَهُ غَيْرُ مُتَّصِلٍ بِهِ فَلَا يُوجِبُ الْفَسَادَ كَالْبَيْعِ عِنْدَ الْأَذَانِ وَكَشْرَاءِ مَا اسْتَأْمَهُ غَيْرُهُ وَالْمَرْوِيُّ مُحْمُولٌ عَلَى الْإِقَالَةِ أَوْ عَلَى بَيْعِ الْآخَرِ مِمَّنْ بَاعَ مِنْهُ أَحَدَهُمَا .

قَالَ (بِخِلَافِ الْكَبِيرَيْنِ وَالزَّوْجَيْنِ) حَيْثُ يَجُوزُ تَفْرِيقُهُمَا ؛ لِأَنَّ النَّصَّ وَرَدَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فِي الْقَرَابَةِ الْمُحَرَّمَةِ لِلنِّكَاحِ إِذَا كَانَ صَغِيرًا فَلَا يُلْحَقُ بِهِ غَيْرُهُ ؛ لِأَنَّ الْكَبِيرَيْنِ أَوْ الزَّوْجَيْنِ وَإِنْ كَانَا صَغِيرَيْنِ لَيْسَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ وَذَكَرَ سَلَمَةُ بْنُ الْأَكْوَعِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ { أَنَّهُمْ أَصَابُوا مِنْ فِرَارَةِ سَيِّبَا وَفِيهِ امْرَأَةٌ وَمَعَهَا بَنَتُهَا فَتَفَلَّهُ أَبُو بَكْرٍ ابْنَتَهَا وَكَانَ عَلَيْهِمْ أَمِيرًا فَلَمَّا

قَدَمُوا الْمَدِينَةَ قَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَا سَلَمَةُ هَبْ لِي الْمَرْأَةَ فَذَكَرَ أَنَّهَا أَعْجَبَتْهُ وَلَمْ يَكْشِفْ لَهَا ثَوْبًا ثُمَّ قَالَ هِيَ لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَبَعَثَ بِهَا عَلَيْهِ السَّلَامُ إِلَى أَهْلِ مَكَّةَ وَفِي أَيْدِيهِمْ أَسَارَى مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَفَدَاهُمُ بِتِلْكَ الْمَرْأَةِ { وَالْحَدِيثُ فِيهِ طَوْلٌ رَوَاهُ أَحْمَدُ وَمُسْلِمٌ } وَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَ مَارِيَةٍ وَسِيرِينَ { وَكَانَتَا أَمَتَيْنِ أُحْتِنِ وَلَوْ كَانَ مَعَ امْرَأَةٍ مَسْبِيَّةٍ صَبِيٍّ ادَّعَتْ أَنَّهُ ابْنُهَا لَا يَنْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهَا تَحْمِلُ النَّسَبَ عَلَى الْغَيْرِ وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ؛ لِأَنَّ قَوْلَ الْوَاحِدِ مَقْبُولٌ فِي الدِّيَّانَاتِ لَا سِيَّمَا فِي مَوْضِعِ الْإِحْطِاطِ وَقَدْ وَجَدَ فِيهِ أَمَارَةَ الصَّدَقِ وَلَوْ بَاعَ الْأُمُّ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثُمَّ اشْتَرَى الْوَلَدَ يُكْرَهُ التَّنْفِيزُ ؛ لِأَنَّهُمَا اجْتَمَعَا فِي مِلْكِهِ فَيُعْتَبَرُ مُفَرَّقًا بِالتَّنْفِيزِ وَلَوْ كَانَ فِي مِلْكِهِ صَبِيٍّ وَاشْتَرَى أُمُّهُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا بِالْإِتِّفَاقِ ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَا تُنْفَضُّ لَمْ يَجْتَمِعَا فِي مِلْكِهِ فَلَمْ يَكُنْ مُفَرَّقًا ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّدُّ لَتَضَرَّرَ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ حَقُّهُ فَلَا يُمْنَعُ مِنْهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الشرح

قوله : لَا يَدْخُلُ فِيهِ قَرِيبٌ غَيْرُ مُحَرَّمٍ (أَيِ كَأَوْلَادِ الْأَعْمَامِ وَالْعَمَّاتِ وَالْأَخْوَالِ وَالْخَالَاتِ

قوله وَلَا مُحَرَّمٌ غَيْرُ قَرِيبٍ

أَيِ كَالْأَخِ وَالْأُخْتِ مِنَ الرِّضَاعِ وَامْرَأَةِ الْأَبِ .

قوله : والكفار غير مخاطبين بالشرائع

الصحيح أنهم مخاطبون بالمحرمات .

قوله : ونفذ البيع في الكل

أي في كل الصور المتقدمة من قوله وكره النجس إلى هنا

قوله : { وفرق عليه السلام بين مارية وسيرين أهدهما له الموقوفس ملك الإسكندرية ومصر وكانت مارية بيضاء جعدة جميلة فوطئها بالملك فولدت له إبراهيم فتوفي وهو ابن ثمانية عشر شهرا وهب أختها سيرين لحسان بن ثابت وهي أم ولد حسان بن ثابت ولم يكن بمصر أحسن ولا أحمل منهما وهما من أهل حفن من كورة أنصنا فلما رآهما صلى الله عليه وسلم أعجبتهما وكانت إحداهما تشبه الأخرى فقال اللهم اختر لبيك فاختار الله له مارية وذلك أنه قال لهما قولا نشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله فبدرت مارية فتشهدت قبل أختها ومكثت أختها ساعة ثم تشهدت ، وقال صلى الله عليه وسلم لو بقي إبراهيم ما تركت قبظيا إلا وضعت عنه الجزية { وقد انقطع أهلها وأقاربها إلا بيتا واحدا ، ماتت مارية سنة (15) وصلى عليها عمر ودفنت بالبيع من المصباح المضيء .

قوله : يكره التنفيذ

أي تنفيذ البيع في الأثم .

باب الإقالة

قيل الإقالة منسقة من القول والهزمة للسلب أي إزالة القول الأول وهو ما جرى بينهما من البيع كأشكى إذا أزال شكواه ولا يكاد يصح هذا ؛ لأنهم قالوا قلته البيع بالكسر فدل على أن عينه ياء ولو كان من القول لقل قلته بالضم وقد قالوا قاله البيع قيلا وهذا أدل من الأول وهي مشروعة مندوب إليها لقوله صلى الله عليه وسلم { من أقال نادما يبعته أقال الله عثرته يوم القيامة } قال رحمه الله (هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث) وهذا عند أبي حنيفة إلا أن لا يمكن جعلها فسخا بأن ولدت المبيعة بعد القبض أو هلك المبيع في غير المقايضة فتبطل الإقالة ويبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ إذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ لما ذكرنا في باب الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع على ما تبين فيبطل هذا إذا تقايلا بعد القبض وإن كانت قبل القبض فهي فسخ في حق الكل في غير العقار لتعذر جعلها بيعا ، وقال أبو يوسف هي بيع إلا أن لا يمكن جعلها بيعا بأن كانت قبل القبض في المنقول أو كانت بعد هلاك أحد العوضين في المقايضة فيجعل فسخا إلا أن لا يمكن جعلها بيعا ولا فسخا بأن كانت قبل القبض في المنقول بأكثر من الثمن الأول أو بأقل منه أو بجنس آخر أو بعد هلاك السلعة في غير المقايضة فتبطل ويبقى البيع الأول على حاله ؛ لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الأول وقد سمي خلافا .

وقال محمد

هِيَ فُسْخٌ إِلَّا إِذَا تَعَدَّرَ جَعَلَهَا فُسْخًا بَأْنِ تَقَايَلَا بِأَكْثَرِ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ بِخِلَافِ جَنْسِهِ أَوْ وَلَدَتْ الْمَبِيعَةَ بَعْدَ الْقَبْضِ فَيُجْعَلُ بَيْعًا جَدِيدًا إِلَّا أَنْ لَا يُمَكِّنَ جَعْلُهُ فُسْخًا وَلَا بَيْعًا بَأْنِ كَانَتْ قَبْلَ الْقَبْضِ بِأَكْثَرِ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ بِجَنْسٍ آخَرَ فَيَبْطُلُ وَيَبْقَى الْبَيْعُ الْأَوَّلُ عَلَى حَالِهِ ؛ لِأَنَّ الْفُسْخَ لَا يَكُونُ عَلَى خِلَافِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَالْبَيْعُ لَا يَجُوزُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبِأَقْلٍ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ يَكُونُ فُسْخًا عِنْدَهُ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ سَكُوتٌ عَنْ بَعْضِ الثَّمَنِ وَهُوَ لَوْ سَكَتَ عَنْ الْكُلِّ كَانَ فُسْخًا فَكَذَا إِذَا سَكَتَ عَنْ الْبَعْضِ لِمُحَمَّدٍ أَنَّ اللَّفْظَ مَوْضُوعٌ لِلْفُسْخِ وَالرَّفْعُ يُقَالُ اللَّهُمَّ أَقْلِنِي عَثْرَاتِي فَيَعْمَلُ بِمُقْتَضَاهُ وَإِذَا تَعَدَّرَ يُحْمَلُ عَلَى مُحْتَمَلِهِ وَهُوَ الْبَيْعُ ، وَلِهَذَا صَارَ بَيْعًا فِي حَقِّ ثَالِثٍ لِعَدَمِ وَلَايَتِهِمَا عَلَيْهِ وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا تَمْلِكُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ بَعُوضَ مَالِيٍّ بِالتَّرَاضِي وَهُوَ الْبَيْعُ وَالْعَبْرَةُ لِلْمَعَانِي دُونَ الْأَلْفَافِ الْمُجَرَّدَةِ كَالْكَفَالَةِ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ حَوَالَةَ وَبِالْعَكْسِ كَفَالَةً ، وَلِهَذَا يَبْطُلُ بِهَلَاكِ الْمَبِيعِ وَيُرَدُّ بِالْعَيْبِ وَيَتَجَدَّدُ بِهَا حَقُّ الشُّفْعَةِ لِلشُّفْعِ وَهَذِهِ أَحْكَامُ الْبَيْعِ إِلَّا إِذَا تَعَدَّرَ فَيُجْعَلُ فُسْخًا ؛ لِأَنَّهَا مَوْضُوعَةٌ لَهُ أَوْ تَحْتَمِلُهُ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا تُنْبِئُ عَنِ الْفُسْخِ وَالرَّفْعِ وَالْأَصْلُ فِي الْكَلَامِ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى حَقِيقَتِهِ وَلَا يَحْتَمِلُ ابْتِدَاءَ الْعَقْدِ أَصْلًا لِيُحْمَلَ عَلَيْهِ عِنْدَ التَّعَدُّرِ .

وَلِهَذَا لَوْ أَرَادَ بِهِ ابْتِدَاءَ الْعَقْدِ لَا يَصِحُّ وَلَوْ كَانَ مُحْتَمَلًا لَهُ لَصَحَّ ، وَإِنَّمَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ ضِدُّهُ وَاللَّفْظُ لَا يَحْتَمِلُ ضِدَّهُ فَصَارَ بَاطِلًا وَكَوْنُهُ بَيْعًا فِي حَقِّ الثَّالِثِ أَمْرٌ ضَرُورِيٌّ ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ مِثْلَ حُكْمِ الْبَيْعِ وَهُوَ الْمِلْكُ لَا مُقْتَضَى الصَّيْغَةِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا لِعَدَمِ وَلَايَتِهِمَا عَلَيْهِ .

الشرح

باب الإقالة

مُنَاسَبَةُ الْبَابِ بَابُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِي كُلِّ مِنْهُمَا يَرْجِعُ الْمَبِيعُ إِلَى الْبَائِعِ أَوْ نَقُولُ لَمَّا كَانَتْ الْإِقَالَةُ فُسْخًا لِلْبَيْعِ وَهُوَ يَقْتَضِي سَابِقَةَ الْبَيْعِ وَالْبَيْعُ الْفَاسِدُ بَيْعٌ نَاسَبٌ أَنْ يَذْكَرَ الْإِقَالَةُ عَقِيبَهُ قَالَهُ الْأَثَقَانِيُّ ، وَقَالَ الْكَمَالُ مُنَاسَبَتُهُ الْخَاصَّةُ بِالْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَالْمَكْرُوهِ أَنَّهُ إِذَا وَقَعَ الْبَيْعُ فَاسِدًا أَوْ مَكْرُوهًا وَجَبَ عَلَى كُلِّ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ الرَّجُوعُ إِلَى مَا كَانَ لَهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ صَوْنًا لَهُمَا عَنِ الْمَحْظُورِ وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ إِلَّا بِالْإِقَالَةِ إِلَى آخِرِ مَا ذُكِرَ فِي النِّهَايَةِ وَتَبِعَهُ غَيْرُهُ وَهُوَ مُصَرَّحٌ بِوُجُوبِ التَّفَاسُخِ فِي الْعُقُودِ الْمَكْرُوهَةِ السَّابِقَةِ وَهُوَ حَقٌّ لِأَنَّ رَفْعَ الْمَعْصِيَةِ وَاجِبٌ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَأَيْضًا الْإِقَالَةُ بَيَانٌ كَيْفَ يُرْفَعُ الْعَقْدُ وَهُوَ يَقْتَضِي سَابِقَةَ ثُبُوتِهِ وَأَبْوَابُ الْبَيَاعَاتِ السَّابِقَةِ كُلُّهَا مَعَ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَالْمَكْرُوهِ بَيَانٌ كَيْفَ يَثْبُتُ فَأَعْقَبَ الرَّفْعَ مُعْظَمَ أَبْوَابِ الْإِثْبَاتِ

قَوْلُهُ : وَلَوْ كَانَ مِنَ الْقَوْلِ لَقِيلَ قُلْتَهُ بِالضَّمِّ

وَلِأَنَّهُ ذَكَرَ الْإِقَالَةَ فِي الصَّحَاحِ مِنَ الْقَافِ مَعَ الْبَاءِ لَا مَعَ الْوَاوِ .

كَمَالٌ .

قوله : وقد قالوا قاله البيع قبلنا

أي وأقاله فسحّه .

فتح .

قوله : لقوله عليه الصلّاء والسلام { من أقال نادماً بيعته } إلخ

أخرجه أبو داود وابن ماجة عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم { من أقال مسلماً بيعته أقال الله عثرته } زاد ابن ماجة { يوم القيامة } ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم ، وقال على شرط الشيخين ، وأما لفظ نادماً فعند البيهقي .

فتح وكتب ما نصه ولأن

الإقالة رفع العقد والعقد من المتعاقدين وقد انعقد بتراضيهم فكان لهما رفعه دفعاً للحاجة .

أثقتني قوله دفعاً للحاجة أي التي لها شرع البيع وغيره .

فتح .

قوله : بأن ولدت المبيعة بعد القبض

قال الأثقتني بخلاف ما إذا ولدت قبل القبض حيث تكون الإقالة صحيحة عند أبي حنيفة وحاصله أن الجارية إذا ازدادت ثم تقايلاً فإن كان قبل القبض صحّت الإقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والأرث والعقر إلا أن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة وإن كانت الزيادة بعد القبض فإن كانت منفصلة فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة ؛ لأنه تعدّر تصحيحها فسخاً بسبب الزيادة ؛ لأن الزيادة المنفصلة مانعة فسخ العقد حقاً للشرع وأبو حنيفة لا يصحّ الإقالة إلا بطريق الفسخ وإن كانت الزيادة متصلة فالإقالة صحيحة عنده ؛ لأن الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ متى وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة بطلان حقه في الزيادة وقد وجد الرضا بما تقايلاً فأمكن تصحيحها فسخاً عنده كذا قال في الذخيرة وأعلم أن المبيعة إذا ولدت بعد القبض فالإقالة حينئذ باطلة عند الإمام كما ذكر ، وأما عندهما فصحيحة وتُجعل بيعاً جديداً ، أما عند أبي يوسف فظاهر ؛ لأن الإقالة عنده بيع ، وأما عند محمد فلأنه تعدّر جعلها هاهنا فسخاً فتجعل بيعاً جديداً فتنبّه .

قوله : إذ الزيادة المنفصلة المتولدة من البيع تمنع الفسخ إلخ

فإن قلت

إِذَا تَعَذَّرَ الْفَسْخُ يَنْبَغِي أَنْ يُحْمَلَ عَلَى الْبَيْعِ الْمُبْتَدَأِ مَجَازًا ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ ، وَلِهَذَا جُعِلَتِ الْإِقَالَةُ بَيْعًا فِي حَقِّ الثَّالِثِ قُلْتُ إِنَّمَا لَمْ يُحْمَلَ اللَّفْظُ عَلَى الْمَجَازِ لِتَعَذُّرِ لِمُضَادَّةِ بَيْنِ الْعَقْدِ وَرَفْعِهِ وَاللَّفْظُ لَا يَجُوزُ اسْتِعْمَالُهُ مَجَازًا لِضِدِّهِ وَفِي حَقِّ الثَّالِثِ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى الْبَيْعِ لَا بِاعْتِبَارِ اسْتِعْمَالِ اللَّفْظِ مَجَازًا بَلْ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى الْبَيْعِ وَهُوَ حُصُولُ الْمَلِكِ بِبَدَلٍ فَأُظْهِرْنَا هَذَا الْمَوْجِبَ فِي حَقِّ الثَّالِثِ لِعَدَمِ وَلَايَتِهِمَا عَلَى غَيْرِهِمَا .

أَثَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ .

قَوْلُهُ : هَذَا إِذَا تَقَايَلَا بَعْدَ الْقَبْضِ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَجُمْلَةُ الْقَوْلِ فِيهِ أَنَّ الْإِقَالَةَ فَسَخَ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فِي جَمِيعِ الْأَحْوَالِ مَنْقُولًا كَانَ الْمَبِيعُ أَوْ غَيْرَ مَنْقُولٍ مَقْبُوضًا أَوْ غَيْرَ مَقْبُوضٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْعٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا حَتَّى لَا تَصِحَّ الزِّيَادَةُ عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَلَا التَّقْصَانُ عَنْهُ وَلَا خِلَافُ الْجِنْسِ وَلَا الْأَجَلُ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ جَعْلُهَا فَسَخًا فَحِينَئِذٍ تَبْطُلُ الْإِقَالَةُ وَلَا تُجْعَلُ بَيْعًا كَمَا إِذَا وَلَدَتِ الْمَبِيعَةُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي قَالَ الْأَقْطَعُ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهَا بَيْعٌ بَعْدَ الْقَبْضِ وَفَسَخٌ قَبْلَهُ .

قَوْلُهُ : لِتَعَذُّرِ جَعْلِهَا بَيْعًا

أَيَّ إِذَا بَيْعَ الْمَنْقُولِ قَبْلَ الْقَبْضِ جَائِزٌ .

قَوْلُهُ : وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ هِيَ بَيْعٌ إِلَّا أَنْ لَا يُمَكَّنَ جَعْلُهَا بَيْعًا

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ إِلَّا أَنْ فِي الْمَنْقُولِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَوْ حَمَلَتْ عَلَى الْبَيْعِ كَانَ فَاسِدًا فَحَمَلَتْ عَلَى الْفَسْخِ حَمْلًا لِكُلِّ مِنْهُمَا عَلَى الصَّحَّةِ حَتَّى لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ دَارًا وَتَقَايَلَا قَبْلَ الْقَبْضِ يَكُونُ بَيْعًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْعَقَارِ قَبْلَ الْقَبْضِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَأَبِي حَنِيفَةَ قَوْلُهُ : أَوْ بَعْدَ هَلَاكِ السَّلْعَةِ فِي غَيْرِ الْمُقَايَضَةِ (أَيَّ كَمَا لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ عَرْضًا بِالْدَّرَاهِمِ فَهَلَكَ الْعَرْضُ .

أَثَقَانِي .

قَوْلُهُ : وَقَالَ مُحَمَّدٌ هِيَ فَسَخٌ

أَيَّ سَوَاءٌ كَانَ الْمَبِيعُ مَنْقُولًا أَوْ غَيْرَ مَنْقُولٍ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ بَاطِلٌ عِنْدَهُ فِي الْمَنْقُولِ وَغَيْرِهِ فَلَمَّا لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ حُمِلَ عَلَى الْفَسْخِ .

أَثَقَانِي وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ هِيَ فَسَخٌ مَا نَصَّهُ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بَيْعٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ كَمَا سَيَأْتِي قَرِيبًا .

قوله فكذا إذا سكت عن البعض

قال الأتقاني أمّا إذا كانت الإقالة بالتقصان عن الثمن الأول نُجعلُ فسخًا ؛ لأنه لو لم يذكر في الإقالة جميع الثمن صحّت الإقالة فكذا إذا لم يذكر البعض ، وكذا إذا وقعت الإقالة على تأجيل الثمن صحّت الإقالة وبطل الأجل .

قوله : يُقال اللهم أقلني عثراتي

أي أرفعها

قوله : وإذا تعدّر

أي حمّله على الحقيقة يُحمّل على البيع مجازًا ؛ لأنه مُحتملُهُ ، ولهذا كانت بيعًا في حقّ الثالث ، وإنّما يُحمّل على البيع صيانةً لكلام العاقل عن الإلغاء .

أتقاني .

قوله : ولأبي يوسف أنّها تمليك من الجانبين بعوض مالي الخ

قال الأتقاني ولكن لم يشترط تسمية الثمن ؛ لأنه معلوم كبيع التولية وأخذ الدار بالشفعة ، ولهذا جعل بيعًا في حقّ الثالث حيث وجبت الشفعة وبطلت الإقالة بعد هلاك المبيع ووجب الردّ بالعيب كما في البيع .

قوله : فيجعلُ فسخًا

أي في حقّ المتعاقدين ، وأمّا في حقّ الثالث فبيعٌ بالاتفاق .

قوله ولأبي حنيفة رحمه الله أنّها تنبئ عن الفساد

قال الأتقاني

وَجْهٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْإِقَالََةَ رُفْعُ الْعَقْدِ وَبَيِّنَ الْعَقْدِ وَرَفَعِهِ مُضَادَّةٌ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ وَاحِدًا فَكَانَتْ فَسْخًا .

قَوْلُهُ : وَكَوْنُهُ بَيْعًا فِي حَقِّ الثَّالِثِ أَمْرٌ ضَرُورِيٌّ الْخ

قَالَ الْأَثْقَانِيُّ وَجَعَلَهَا بَيْعًا جَدِيدًا فِي حَقِّ الثَّالِثِ لَا بِاعْتِبَارِ الصَّيْغَةِ بَلْ لِضَرُورَةِ وَقُوعِ الْحُكْمِ فَإِنَّ حُكْمَ الْإِقَالََةِ وَقُوعُ الْمَلِكِ بَدَلٍ وَهَذَا لِأَنَّ لَهُمَا وَلَايَةً عَلَى أَنْفُسِهِمَا لَا عَلَى غَيْرِهِمَا فَاعْتَبِرَ الْحُكْمُ فِي حَقِّ الثَّالِثِ لَا الصَّيْغَةَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَصَحُّ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَشَرَطُ الْأَكْثَرِ أَوْ الْأَقَلِّ بَلَا تَعْيِبٍ وَجِنْسٍ آخَرَ لَغَوٍ وَلَزِمَهُ الثَّمَنِ الْأَوَّلُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَتْ الْإِقَالََةُ عِنْدَهُ فَسْخًا وَالْفَسْخُ يُرَدُّ عَلَى غَيْرِ مَا يُرَدُّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ كَانَ اشْتِرَاطُ خِلَافِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ بَاطِلًا وَشَرَطُ لَعْدَمِ حَوَازِ اشْتِرَاطِ الْأَقَلِّ عَدَمُ التَّعْيِبِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، وَأَمَّا إِذَا تَعَيَّبَ عِنْدَهُ فَيَجُوزُ بِالْأَقَلِّ فَيُجْعَلُ الْحَطُّ بَيَازًا مَا فَاتَ بِالْعَيْبِ ، وَلِهَذَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ التَّقْصَانُ بِقَدْرِ حِصَّةِ مَا فَاتَ بِالْعَيْبِ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْقُصَ أَكْثَرُ مِنْهُ وَلَا تَجُوزُ الْإِقَالََةُ إِلَّا بِلَفْظَيْنِ يُعَبِّرُ بِأَحَدِهِمَا عَنِ الْمَاضِي وَالْآخِرِ عَنِ الْمُسْتَقْبَلِ كَالنِّكَاحِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يُشْتَرَطُ أَنْ يُعَبِّرَ بِهِمَا عَنِ الْمَاضِي وَلَوْ كَانَتْ الْإِقَالََةُ بِلَفْظِ الْمُفَاسَّخَةِ أَوْ الرَّدِّ أَوْ الْمُتَارِكَةِ لَا تَكُونُ فَسْخًا ثُمَّ فَائِدَةُ كَوْنِ الْإِقَالََةِ فَسْخًا فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ تَظْهَرُ فِي خَمْسِ مَسَائِلَ إِحْدَاهَا أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْبَائِعِ رَدُّ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَمَا سَمِيََا بِخِلَافِهِ يَكُونُ بَاطِلًا وَالثَّانِيَةُ أَنَّ الْإِقَالََةَ لَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ وَلَوْ كَانَتْ بَيْعًا فِي حَقِّهِمَا لَفَسَدَتْ ، وَالثَّلَاثَةُ إِذَا تَقَايَلَا وَلَمْ يَرُدِّ الْبَائِعُ الْمَبِيعَ حَتَّى بَاعَهُ مِنْهُ ثَانِيًا جَارَ وَلَوْ كَانَتْ بَيْعًا لَفَسَدَ لِكُونِهِ بَاعَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَلَوْ بَاعَهُ مِنْ غَيْرِ الْمُشْتَرِي لَمْ يَجَزْ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا وَالرَّابِعَةُ إِذَا وَهَبَ الْمَبِيعُ مِنَ الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْإِقَالََةِ قَبْلَ الْقَبْضِ جَارَتْ الْهَبَةُ وَلَوْ كَانَتْ بَيْعًا لَانْفَسَخَ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَنْفَسَخُ بِهَبَةِ الْمَبِيعِ لِلْبَائِعِ قَبْلَ الْقَبْضِ .

وَالْخَامِسَةُ لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا وَقَدْ بَاعَهُ مِنْهُ بِالْكَيْلِ أَوْ الْوِزْنِ ثُمَّ تَقَايَلَا وَاسْتَرَدَّ الْمَبِيعَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُعِيدَ الْكَيْلَ أَوْ الْوِزْنَ جَارَ قَبْضُهُ وَقَوْلُهُ بَيْعٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا تَظْهَرُ فَائِدَتُهُ فِي خَمْسِ مَسَائِلَ : إِحْدَاهَا لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ عَقَارًا فَسَلَّمَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ ثُمَّ تَقَايَلَا يُقْضَى لَهُ بِالشُّفْعَةِ لِكُونِهِ بَيْعًا جَدِيدًا فِي حَقِّهِ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ وَالثَّانِيَةُ إِذَا بَاعَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ مِنْ آخَرَ ثُمَّ تَقَايَلَا ثُمَّ أُطْلِعَ عَلَى عَيْبٍ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ فَأَرَادَ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى الْبَائِعِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ فِي حَقِّهِ فَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنَ الْمُشْتَرِي ، وَالثَّلَاثَةُ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا فَقَبْضَهُ وَلَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ حَتَّى بَاعَهُ مِنْ آخَرَ ثُمَّ تَقَايَلَا وَعَادَ إِلَى الْمُشْتَرِي فَاشْتَرَاهُ مِنْهُ قَبْلَ نَقْذِ ثَمَنِهِ بِالْأَقَلِّ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ جَارَ وَكَانَ فِي حَقِّ الْبَائِعِ كَالْمَمْلُوكِ بِشِرَاءِ جَدِيدٍ مِنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي ، وَالرَّابِعَةُ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ مَوْهُوبًا فَبَاعَهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ ثُمَّ تَقَايَلَا لَيْسَ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ فِي هَبَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْهُوبَ لَهُ فِي حَقِّ الْوَاهِبِ بِمَنْزِلَةِ الْمُشْتَرِي مِنَ الْمُشْتَرِي مِنْهُ ، وَالْخَامِسَةُ إِذَا اشْتَرَى بِعَرُوضِ التِّجَارَةِ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ بَعْدَمَا حَالَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَرَدَّهُ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَاسْتَرَدَّ الْعُرُوضُ فَهَلَكَتْ فِي يَدِهِ فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ عَنْهُ الرِّكَاءُ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ الثَّالِثِ وَهُوَ الْفَقِيرُ ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ إِقَالََةٌ وَقَوْلُهُ بَيْعٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ مُجَرَّى عَلَى إِطْلَاقِهِ وَقَوْلُهُ فَسْخٌ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ غَيْرُ مُجَرَّى عَلَى إِطْلَاقِهِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ فَسْخًا فِيمَا هُوَ مِنْ مُوجِبَاتِ الْعَقْدِ وَهُوَ مَا بَيَّنْتُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ مِنْ غَيْرِ شَرَطٍ .

وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ مُوجِبَاتِ الْعَقْدِ ، وَإِنَّمَا يَجِبُ بِشَرَطِ زَائِدٍ فَالْإِقَالََةُ فِيهِ تُعْتَبَرُ بَيْعًا جَدِيدًا فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ

أَيْضًا كَمَا إِذَا اشْتَرَى بِالذَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ عَيْنًا قَبْلَ حُلُولِ الْأَحْلِ ثُمَّ تَقَايَلَا يَعُودُ الدَّيْنُ حَالًا كَأَنَّهُ بَاعَهُ مِنْهُ وَكَذَا إِذَا تَقَايَلَا ثُمَّ ادَّعَى رَجُلٌ أَنَّ الْمُبِيعَ مَلِكُهُ وَشَهِدَ الْمُشْتَرِي بِذَلِكَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ كَأَنَّهُ هُوَ الَّذِي بَاعَهُ ثُمَّ شَهِدَ أَنَّهُ لَيْسَ بِهِ وَلَوْ كَانَتْ فَسَخًا لَقُبِلَتْ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُشْتَرِي لَوْ رَدَّ الْمُبِيعَ بِعَيْبٍ بِقَضَاءٍ وَادَّعَى الْمُبِيعَ رَجُلٌ وَشَهِدَ الْمُشْتَرِي بِذَلِكَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ بِالْفَسْخِ عَادَ مَلِكُهُ الْقَدِيمُ فَلَمْ يَكُنْ مُتَلَقِيًا مِنْ جِهَةِ الْمُشْتَرِي لِكُونِهِ فَسَخًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، وَكَذَا لَوْ بَاعَ عَبْدًا بِطَعَامٍ بَعِيرٍ عَيْنَهُ وَقَبَضَ ثُمَّ تَقَايَلَا لَا يَتَعَيَّنُ الطَّعَامُ الْمَقْبُوضُ لِلرَّدِّ كَأَنَّهُ بَاعَهُ مِنْ الْبَائِعِ بِطَعَامٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، وَكَذَا لَوْ قَبِضَ أَرْدًا مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ أَحْوَدَ مِنْهُ يَجِبُ رَدُّ مِثْلِ الْمَشْرُوطِ فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ كَأَنَّهُ بَاعَهُ مِنَ الْبَائِعِ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ ، وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ يَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ مِثْلِ الْمَقْبُوضِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ عَلَيْهِ مِثْلُ الْمَشْرُوطِ لِلزَّمَةِ زِيَادَةُ ضَرَرٍ بِسَبَبِ تَبَرُّعِهِ وَلَوْ كَانَ الْفَسْخُ بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ أَوْ شَرْطٍ أَوْ تَعَيَّبَ بِقَضَاءٍ يَجِبُ رَدُّ الْمَقْبُوضِ إِجْمَاعًا ؛ لِأَنَّهُ فَسَخٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ بِخِلَافِ الْإِقَالَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ .

الشرح

قوله في المتن : وشرط الناكث أو الناقل بلا تعيب وجنس

أَيُّ وَشَرْطُ جِنْسٍ (آخِرَ) خِلَافِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ (لَعُوْ) أَيُّ بَاطِلٌ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَفِي شَرْطِ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ وَالْجِنْسِ الْآخِرِ بَطْلُ الشَّرْطِ وَلَمْ تَبْطُلِ الْإِقَالَةُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ فِي مَعْنَى الرُّبَا وَالزِّيَادَةُ يُمَكِّنُ اثْبَاتَهَا فِي الْبَيْعِ فَيَتَحَقَّقُ الرُّبَا بِخِلَافِ الْإِقَالَةِ فَإِنَّهَا رَفَعُ مَا كَانَ وَرَفَعُ مَا كَانَ زَائِدًا عَلَى مَا كَانَ لَا يُتَصَوَّرُ فَلِهَذَا لَمْ يُؤْثَرْ الشَّرْطُ الْفَاسِدُ فِي الْإِقَالَةِ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي يَجْعَلُهَا بَيْعًا جَدِيدًا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ كَمَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ وَالْحَاصِلُ أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَصِحُّ شَرْطُ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ فَتَقَعُ الْإِقَالَةُ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ إِلَّا إِذَا حَدَّثَ بِالْمُبِيعِ عَيْبٌ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَيَصِحُّ شَرْطُ الْأَقْلَ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَتَجْعَلُ الزِّيَادَةُ بِلِزَاءِ الْحُزْءِ الْمُحْتَبَسِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ إِذَا شَرْطُ الزِّيَادَةِ يَكُونُ بَيْعًا أَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَظَاهِرٌ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ هُوَ الْأَصْلُ عِنْدَهُ ، وَأَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَإِنَّ الْفَسْخَ لَمَّا لَمْ يُمْكِنْ حُمِلَ عَلَى الْبَيْعِ لِإِمْكَانِهِ وَإِذَا شَرْطُ الْأَقْلَ يَكُونُ بَيْعًا أَيْضًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَمَّا قُلْنَا مِنَ الْأَصْلِ عِنْدَهُ وَيَكُونُ فَسَخًا عِنْدَ مُحَمَّدٍ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ سَكَتَ عَنِ الْإِقَالَةِ عَنْ جَمِيعِ الثَّمَنِ كَانَ فَسَخًا فَكَذَا إِذَا سَكَتَ عَنِ الْبَعْضِ وَعِنْدَ زُفَرٍ الْإِقَالَةُ فَسَخٌ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَغَيْرِهِمَا

(فَرَعٌ) لَوْ بَاعَ صَابُونًا رَطْبًا ثُمَّ تَقَايَلَا بَعْدَ مَا حَفَّ فَتَقَصَّ وَزَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَى الْمُشْتَرِي شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ كُلَّ الْمُبِيعِ بَاقٍ قَالَهُ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ وَلَوْ كَانَتْ الْإِقَالَةُ بَلْفَظِ الْمُفَاسَّخَةِ أَوْ الرَّدِّ أَوْ الْمَتَارَكَةِ لَا تَكُونُ (إِلَى هُنَا لَفْظُ الشَّارِحِ وَقَوْلُهُ بَيْعًا وَإِنْ أُمِكنَ جَعَلُهَا بَيْعًا بَلْ تَكُونُ لِنَحْوِ هَذَا الْمُلْحَقُ لَا بُدَّ مِنْهُ لِيَصِحَّ قَوْلُهُ فَسَخًا .

قوله : ولم يرد

لَعَلَّهُ يَسْتَرِدُّ وَوَجِدَ فِي بَعْضِ النُّسخِ كَذَلِكَ وَهُوَ ظَاهِرٌ وَفِي شَرْحِ الْأَثَقَانِيِّ وَغَيْرِهِ يَسْتَرِدُّ لَكِنَّ الَّذِي وَجِدَ بِخَطِّ الشَّارِحِ يَرُدُّ .

قَوْلُهُ حَتَّى بَاعَهُ مِنْهُ

أَيِّ مِنَ الْمُشْتَرِي .

قَوْلُهُ : لِأَنَّهُ بَيَعَ جَدِيدًا فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا

أَيِّ وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ غَيْرَ مَنْقُولٍ جَازَ بَيْعُهُ مِنْ غَيْرِ الْمُشْتَرِي أَيْضًا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ جَازَ قَبْضُهُ

أَيِّ وَلَوْ كَانَ يَبِيعًا لَمَّا جَازَ قَبْضُهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُعِيدَ الْكِيلَ وَالْوَزْنَ

قَوْلُهُ : تَظْهَرُ فَائِدَتُهُ فِي خَمْسِ مَسَائِلَ

سَاقَهَا الْقَوَامُ الْأَثَقَانِي وَبَيْعُهُ الْكَمَالَ أَرْبَعَةً فَأَسْقَطَا مِنَ الْمَسَائِلِ الَّتِي ذَكَرَهَا الشَّارِحُ الثَّانِيَةَ وَالْخَامِسَةَ وَزَادَا مَسْأَلَةَ مَا لَوْ كَانَ الْبَيْعُ صَرَفًا الَّتِي نَقَلْتُهَا فِيمَا يَأْتِي عِنْدَ قَوْلِهِ وَالرَّابِعَةَ إلخ .

قَوْلُهُ : لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ عَقَارًا فَسَلَّمَ الشَّقِيقُ الشَّقْعَةَ

أَيِّ فِي أَصْلِ الْبَيْعِ .

قَوْلُهُ : ثُمَّ تَقَابِلَا

أَيِّ فَعَادَ إِلَى مِلْكِ الْبَائِعِ .

قَوْلُهُ : جَازَ وَكَانَ فِي حَقِّ الْبَائِعِ كَالْمَمْلُوكِ بِشِرَاءٍ جَدِيدٍ إلخ

وَهَذِهِ حِيلَةٌ فِي جَوَازِ شِرَاءِ مَا بَاعَ بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ .

قَوْلُهُ : وَالرَّابِعَةُ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ مَوْهُوبًا إلخ

قَالَ الْأَثَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ وَثَمَرَةُ كَوْنِهَا يَبِيعًا فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا تَظْهَرُ فِي مَوَاضِعَ وَسَاقَهَا أَرْبَعَةٌ وَذَكَرَ مِنْهَا أَنَّ الْبَيْعَ لَوْ كَانَ صَرَفًا فَالْتِقَابُ فِي كِلَا الْجَانِبَيْنِ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ

الإقالة فيجعل في حق الشريعة كبيع جديد وتبعه الكمال رحمه الله في ذكرها أربعة منها مسألة الصرف المذكورة آنفا وإذا زيدت على ما ذكره الشارح تكون المسائل ستا فتنبه .

قال رحمه الله (وهلاك المبيع يمنع) أي يمنع صحة الإقالة ؛ لأن شرط صحة الإقالة قيام العقد ؛ لأنها رفع العقد والعقد يقوم به وهو محل له فلا يبقى بعد هلاكه بخلاف هلاك الثمن حيث لا يمنع من صحتها ؛ لأن الثمن ليس بمحل للعقد فلا يشترط قيامه وهذا ؛ لأنه ثبت له حكم الوجود في الذمة بالعقد فكان حكما للعقد وحكم الشيء يعقبه فلا يكون محلا له ؛ لأن المحل شرط والشرط يسبق فكان بينهما تناف ، ولهذا يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا بهلاك الثمن .

الشرح

قوله في الثمن قبل قوله وهلاك المبيع إلخ وهلاك الثمن لا يمنع الإقالة

هو من الثمن وقد أسقطه الشارح .

قال رحمه الله (وهلاك بعضه يقدره) أي هلاك بعض المبيع يمنع صحة الإقالة يقدره ؛ لأن الجزء معتبر بالكل فيتقدر يقدره ولو تقايضا عبداً بجارية فهلك أحدهما صحت الإقالة في الباقي منهما ؛ لأن كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قائماً ، بخلاف ما لو هلكا جميعاً حيث لا يجوز لعدم محله ، بخلاف ما لو هلك البدلان في الصرف حيث تجوز الإقالة بعد هلاكهما ؛ لأن المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة صاحبه وذلك لا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الإقالة ، ولهذا لو كانا قائمين وتقايلا لا يلزمهما رد المقبوض بعينه بل لهما أن يرداً مثل المقبوض من جنسه فعلم بذلك أنه لا تعلق له بالمقبوض ، ألا ترى أنهما لو تقايلا فيه فهلك البدلان لا تبطل الإقالة فكذا لو تقايلا بعد هلاكهما بخلاف بيع المقايضة لأن الإقالة تتعلق بأعيانها كالبائع فتبطل بهلاكهما قبل القبض كالبائع لتعين البدلين فيهما ، والله أعلم .

باب التولية

وهي أن يجعل غيره والياً فكأن المشتري يجعل المشتري منه والياً بما اشتراه ثم أنواع البياعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلته السلعة أنواع أربعة المساومة وهي التي لا يلتفت فيها إلى الثمن السابق والمراوحة والتولية والوضعية وهي البيع بأقص من الثمن الأول .

الشرح

باب التولية

لما فرغ عن بيان إيقاع البيوع اللازمة وغير اللازمة كالبائع لشرط الخيار وكانت هي بالنظر إلى جانب المبيع شرع في بيان أنواعها بالنظر إلى جانب الثمن كالمراوحة والتولية والربا والصرف وتقدم الأول على الثاني لأصالة المبيع دون الثمن .

غَايَةً وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْعَيْنِيُّ وَهِيَ مَصْدَرٌ وَلَّى غَيْرَهُ أَيْ جَعَلَهُ وَالْيَا وَفِي الشَّرْعِ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ قَالَ صَاحِبُ التُّحْفَةِ الْبَيْعُ فِي حَقِّ
الْبَدَلِ يَنْقَسِمُ خَمْسَةً أَقْسَامٍ بَيْعُ الْمُسَاوَمَةِ وَهُوَ الْبَيْعُ بِأَيِّ ثَمَنِ اتَّفَقَ وَهُوَ الْمُعْتَادُ وَبَيْعُ الْمُرَابَحَةِ وَهُوَ تَمْلِيكُ الْمَبِيعِ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَزِيَادَةً
رِبْحٍ وَالثَّلَاثُ بَيْعُ التَّوَلِيَةِ وَهُوَ تَمْلِيكُ الْمَبِيعِ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلَا نُقْصَانٍ وَالرَّابِعُ الْإِشْتِرَاكُ وَهُوَ بَيْعُ التَّوَلِيَةِ فِي بَعْضِ الْمَبِيعِ
مِنْ النِّصْفِ وَنَحْوِهِ وَالْخَامِسُ بَيْعُ الْوَضِيعَةِ وَهُوَ تَمْلِيكُ الْمَبِيعِ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ مَعَ نُقْصَانٍ مِنْهُ يَسِيرٌ .

أَتَقَانِي ۝

قوله : والمُرَابَحَةُ والتَّوَلِيَةُ

أَيُّ لَمْ يُفَسِّرْهُمَا اكْتِفَاءً بِمَا فِي الثَّمَنِ

قوله : والْوَضِيعَةُ

قَالَ فِي الْمُسْتَصْفَى وَلَمْ يَذْكُرِ الْقِسْمَ الثَّانِي فِي هَذَا الْكِتَابِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَقَعُ إِلَّا نَادِرًا ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ مِنَ الْمُبَايَعَاتِ الْإِشْتِرَاكُ وَقَوْلُهُ وَلَمْ
يَذْكُرِ الْقِسْمَ الثَّانِي الْمُرَادُ مِنْهُ بَيْعُ الْوَضِيعَةِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (هِيَ) أَيُّ التَّوَلِيَةِ (بَيْعٌ بِثَمَنِ سَابِقٍ وَالْمُرَابَحَةُ بِهِ وَبِزِيَادَةٍ) وَهَذَا أَحْسَنُ مِنْ قَوْلِ بَعْضِهِمْ هُمَا نَقْلُ مَا مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ
بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ مَعَ زِيَادَةِ رِبْحٍ أَوْ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةِ رِبْحٍ لِأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ أَنْ يُنْقَلَ مَا مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ حَتَّى لَوْ ضَاعَ الْمَعْصُوبُ عِنْدَ الْغَاصِبِ
وَضَمِنَ قِيمَتَهُ ثُمَّ وَحَدَهُ جَارَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابَحَةً وَتَوَلِيَةً عَلَى مَا ضَمِنَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ نَقْلُ مَا مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ وَالْعَقْدَانِ جَائِزَانِ شَرْعًا لِاجْتِمَاعِ
شَرَائِطِ الْبَيْعِ وَلِتَعَامُلِ النَّاسِ بِهِمَا إِلَى يَوْمِنَا هَذَا وَلِأَنَّ مَنْ لَا يَهْتَدِي إِلَى التَّجَارَةِ يَحْتَاجُ أَنْ يَعْتَمِدَ عَلَى فِعْلِ الذَّكِيِّ الْمُهْتَدِي فِيهَا وَتَطْيِبُ
نَفْسُهُ بِالزِّيَادَةِ عَلَى مَا اشْتَرَاهُ ، وَلِهَذَا كَانَ مَبْنَاهُمَا عَلَى الْأَمَانَةِ وَالِاخْتِرَازِ عَنِ الْخِيَانَةِ وَشُبْهَتِهَا وَمَسَّتْ الْحَاجَةَ إِلَى هَذَا التَّنَوُّعِ مِنَ الْبَيَاعَاتِ
فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِجَوَازِهِمَا { وَلَمَّا أَرَادَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْهَجْرَةَ اتَّبَعَ أَبُو بَكْرٍ بَعِيرَيْنِ فَقَالَ لَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَلَنِي أَحَدُهُمَا فَقَالَ لَهُ
هُوَ لَكَ بَعِيرٌ شَيْءٌ فَقَالَ أَمَّا بَعِيرٌ شَيْءٌ فَلَا { .

الشَّرْحُ

قوله : التَّوَلِيَةُ بَيْعٌ بِثَمَنِ سَابِقٍ

أَيُّ وَهُوَ الْبَيْعُ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلَا نُقْصَانٍ .

عَيْنِي ۝

قوله : وَهَذَا أَحْسَنُ مِنْ قَوْلِ بَعْضِهِمْ

مَنْهُمْ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ وَالْقُدُورِيِّ .

قوله : وَالْبَاحْتِرَازُ عَنِ الْخِيَانَةِ وَشُبْهَتِهَا

أَيَّ حَتَّى لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا مُوجَلًّا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابِحَةً إِلَّا إِذَا بَيَّنَّ التَّأْجِيلَ .

غَايَةٌ ؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ مَعْنَى يُزَادُ فِي الثَّمَنِ لِأَجَلِهِ فَكَانَ فِيهِ شُبْهَةُ الْإِعْتِيَاظِ عَنِ الْأَجَلِ فَلَوْ بَاعَهُ مُرَابِحَةً يَصِيرُ كَأَنَّهُ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ بِثَمَنِ فَبَاعَ أَحَدَهُمَا مُرَابِحَةً عَلَى جَمِيعِ الثَّمَنِ فَكَانَ فِيهِ شُبْهَةُ الْخِيَانَةِ .

قوله : وَلَمَّا أَرَادَ عَلَيْهِ السَّلَامُ الْهَجْرَةَ إلخ

أَخَذَهُ مِنَ الْهِدَايَةِ قَالَ الْكَمَالُ وَحَدِيثُ أَبِي بَكْرٍ الَّذِي ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ فِي الْبُخَارِيِّ عَنْ عَائِشَةَ وَفِيهِ أَنَّ { أَبَا بَكْرٍ قَالَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خُذْ بِأَبِي أُنْتِ وَأُمِّي إِخَذَى رَاحِلَتِي هَاتَيْنِ فَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالثَّمَنِ { أَخْرَجَهُ فِي بَدْءِ الْخَلْقِ وَفِي مُسْنَدِ أَحْمَدَ قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { أَخَذْتُهَا بِالثَّمَنِ { وَفِي الطَّبَقَاتِ لِأَبْنِ سَعْدٍ { وَكَانَ أَبُو بَكْرٍ قَدْ اشْتَرَاهُمَا بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ مِنْ نَعَمِ بَنِي قُشَيْرٍ فَأَخَذَ إِحْدَاهُمَا وَهِيَ الْقَصُوصُ { فَمَا رَوَاهُ الْمُصَنِّفُ يَصِحُّ بِالْمَعْنَى وَتَفْصِيلُهُ قَرِيبٌ مِمَّا ذَكَرَهُ ابْنُ إِسْحَاقَ فِي السِّيَرَةِ قَالَ فِيهَا { فَلَمَّا قَرَّبَ أَبُو بَكْرٍ الرَّاحِلَتَيْنِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَدَّمَ أَفْضَلَهُمَا ثُمَّ قَالَ لَهُ أَرْكَبْ فِذَاكَ أَبِي وَأُمِّي فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا أَرْكَبُ بَعِيرًا لَيْسَ لِي قَالَ فَهِيَ لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ لَا وَلَكِنْ مَا الثَّمَنُ الَّذِي ابْتَعْتَهَا بِهِ قَالَ كَذَا وَكَذَا ، قَالَ فَذْ أَخَذْتُهَا بِذَلِكَ قَالَ هِيَ

لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَرَكِبَا وَانْطَلَقَا { ذَكَرَ السُّهَيْلِيُّ عَنْ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنَّهُ { سُئِلَ لِمَ لَمْ يَقْبَلْهَا إِلَّا بِالثَّمَنِ وَقَدْ انْفَقَ عَلَيْهِ أَبُو بَكْرٍ أَضْعَافَ ذَلِكَ وَقَدْ دَفَعَ إِلَيْهِ حِينَ بَنَى بَعَائِشَةَ ثِنْتِي عَشْرَةَ أَوْفِيَةً حِينَ قَالَ لَهُ أَبُو بَكْرٍ أَلَا تَبْنِي بِأَهْلِكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَقَالَ لَوْ لَا الصَّدَاقُ فَدَفَعَ إِلَيْهِ ثِنْتِي عَشْرَةَ أَوْفِيَةً وَنَشَأَ { وَالنَّشْ هُنَا عِشْرُونَ دِرْهَمًا فَقَالَ إِنَّمَا فَعَلَ لِتَكُونَ الْهَجْرَةُ مِنْهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِنَفْسِهِ وَمَالِهِ رَغْبَةً مِنْهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي اسْتِكْمَالِ فَضْلِ الْهَجْرَةِ إِلَى اللَّهِ وَأَنْ تَكُونَ عَلَى أَتَمِّ أَحْوَالِهَا وَهُوَ جَوَابٌ حَسَنٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَشَرَطُهُمَا كَوْنُ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ مِثْلِيًّا) ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا لَمْ يُعْرَفْ قَدْرُهُ فَلَا تَتَحَقَّقُ التَّوَلِيَّةُ وَلَا الْمُرَابِحَةُ فَلَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا بَاعَهُ بِذَلِكَ الْبَدَلِ مِمَّنْ يَمْلِكُهُ أَوْ بِهِ وَبِزِيَادَةِ رِبْحٍ مَعْلُومٍ فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ لِانْتِفَاءِ الْجَهَالَةِ وَلَوْ بَاعَهُ بِهِ وَبِعُشْرَ قِيمَتِهِ أَوْ ثَمَنِهِ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَهُ بِذَلِكَ وَبِعُضِّ قِيمَةِ ذَلِكَ الْبَدَلِ وَهُوَ مَجْهُولٌ فَلَا يَجُوزُ وَلَوْ كَانَ الْبَدَلُ مِثْلِيًّا فَبَاعَهُ بِهِ وَبِعُشْرَهُ إِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي يَعْلَمُ جُمْلَةَ الثَّمَنِ صَحَّ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِهِ فَإِنْ عَلِمَ فِي الْمَجْلِسِ جَارَ وَلَهُ الْخِيَارُ وَإِلَّا فَسَدَ كَمَا لَوْ بَاعَ الثَّوبَ بِرَقْمِهِ وَمِنْ شَرَطِهِمَا أَنْ لَا يَكُونَ صَرَفًا حَتَّى لَوْ بَاعَ دَنَانِيرَ بِدَرَاهِمَ لَا تَجُوزُ فِيهِ الْمُرَابِحَةُ وَلَا التَّوَلِيَّةُ لِأَنَّهُمَا فِي الذِّمَّةِ فَلَا يَتَصَوَّرُ فِيهِ الْمُرَابِحَةُ وَالتَّوَلِيَّةُ وَالْمَقْبُوضُ غَيْرُ مَا وَجَبَ بِالْعَقْدِ .

قوله في المثنى وشرطهما كون الثمن الأول مثلياً

قَالَ الْأَثْنَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ وَجُمْلَةُ الْبَيَانِ فِيهِ مَا قَالَ صَاحِبُ التَّحْفَةِ إِذَا بَاعَ شَيْئًا مُرَابِحَةً عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ وَالْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ وَالْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ أَوْ يَكُونَ مِثْلَ الْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ مِثْلَ الْعَبِيدِ وَالنِّيبِ وَالذُّورِ وَالْبَطَاطِيخِ وَالرُّمَّانِ وَنَحْوِهَا ، أَمَّا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ مِثْلِيًا فَبَاعَهُ مُرَابِحَةً عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ بِزِيَادَةِ رِبْحٍ يَجُوزُ سَوَاءً كَانَ الرَّبْحُ مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ لَمْ يَكُنْ يَعْنِي أَنْ يَكُونَ شَيْئًا مَعْلُومًا نَحْوَ الدَّرَاهِمِ وَالثُّوبِ مُشَارًا إِلَيْهِ أَوْ دِينَارًا ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ الْأَوَّلَ مَعْلُومٌ وَالرَّبْحُ مَعْلُومٌ ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ لَا مِثْلَ لَهُ فَأَرَادَ أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابِحَةً عَلَيْهِ فَهَذَا عَلَى وَجْهَيْنِ إِمَّا أَنْ يَبِيعَهُ مِمَّنْ كَانَ الْعِوضُ فِي يَدِهِ وَمِلْكِهِ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ فَإِنْ بَاعَهُ مِمَّنْ لَيْسَ فِي مِلْكِهِ وَيَدِهِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابِحَةً بِذَلِكَ الْعِوضِ أَوْ بِقِيَمَتِهِ وَلَا وَجْهَ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْعِوضَ لَيْسَ فِي مِلْكِهِ مَنْ يَبِيعُهُ مِنْهُ وَلَا وَجْهَ أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابِحَةً بِقِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ تُعْرَفُ بِالْحَزَرِ وَالظَّنِّ فَتَمَكَّنُ فِيهِ شُبْهَةُ الْخِيَانَةِ .

وَأَمَّا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابِحَةً مِمَّنْ كَانَ الْعِوضُ فِي يَدِهِ فَهَذَا عَلَى وَجْهَيْنِ إِنْ قَالَ أَيْبَعُكَ مُرَابِحَةً بِالثَّمَنِ الَّذِي فِي يَدِكَ وَبِرِبْحٍ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ جَازَ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الرَّبْحَ عَلَى الثُّوبِ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ وَهِيَ مَعْلُومَةٌ وَإِنْ قَالَ أَيْبَعُكَ دَهْ يَزِدُهُ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ تَسْمِيَةَ دَهْ يَزِدُهُ أَوْ أَحَدَ عَشَرَ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الرَّبْحُ مِنْ جِنْسِ الرُّأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ أَحَدَ عَشَرَ إِلَّا وَأَنْ يَكُونَ الْحَادِي عَشَرَ مِنْ جِنْسِ الْعَشْرَةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاعَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَهُوَ الثُّوبُ وَبِجُزْءٍ مِنْ جِنْسِ الْأَوَّلِ وَالثُّوبُ لَا مِثْلَ لَهُ مِنْ جِنْسِهِ ثُمَّ فِي بَيْعِ الْمُرَابِحَةِ يُعْتَبَرُ رَأْسُ الْمَالِ وَهُوَ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ الَّذِي مَلَكَ الْمَبِيعَ بِهِ وَوَجَبَ بِالْعَقْدِ دُونُ مَا نَقَدَهُ بَدَلًا عَنِ الْأَوَّلِ بَيَانُهُ إِذَا اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ ثُمَّ أُعْطِيَ عَنْهَا دِينَارًا أَوْ ثَوْبًا بِقِيَمَتِهِ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ أَوْ أَقْلُ أَوْ أَكْثَرُ فَإِنَّ رَأْسَ الْمَالِ هُوَ الْعَشْرَةُ الْمُسَمَّاةُ فِي الْعَقْدِ دُونَ الدِّينَارِ وَالثُّوبِ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَجِبُ بِعَقْدٍ آخَرَ وَهُوَ الْإِسْتِبْدَالُ كَذَا فِي التَّحْفَةِ .

قوله فلا يجوز إلّا إذا باعه بذلك البدل ممن يملكه

صُورَتُهُ رَجُلٌ بَاعَ عَبْدًا بِثَوْبٍ وَمَلَكَ ذَلِكَ الثُّوبَ غَيْرَهُ بِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ وَذَلِكَ الْغَيْرُ الَّذِي فِي يَدِهِ الثُّوبُ يَشْتَرِي هَذَا الْعَبْدَ بِذَلِكَ الثُّوبِ وَبِرِبْحٍ دَرَاهِمٍ جَازَ .

غَايَةٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَهُ أَنْ يَضُمَّ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ أَحَرُ الْقَصَّارِ وَالصَّبْغِ وَالطَّرَازِ وَالْفَتْلِ وَحَمْلُ الطَّعَامِ وَسَوْقِ الْعَنْمِ) ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ جَرَى بِالْحَقِّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ بِرَأْسِ الْمَالِ وَهُوَ الْمُعْتَبَرُ ، وَلِهَذَا لَا يُعَدُّ ذَلِكَ خِيَانَةً إِذَا تَبَيَّنَ لَهُ وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنْ كُلُّ مَا يَزِيدُ فِي الْمَبِيعِ أَوْ فِي قِيَمَتِهِ يَلْحَقُ بِهِ فَهَذَا هُوَ الْأَصْلُ وَمَا ذَكَرْنَا بِهِذِهِ الصَّفَةِ ؛ لِأَنَّ الصَّبْغَ وَالْفَتْلَ وَالْقَصَّارَ وَالطَّرَازَ يَزِيدُ فِي الْعَيْنِ وَالْحَمْلُ وَالسَّوْقُ يَزِيدَانِ فِي الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ وَعَلَى هَذَا لَهُ أَنْ يُضِيفَ إِلَيْهِ أَجْرَةُ الْعَسَلِ وَالْخِيَاطَةِ وَنَفَقَةُ تَحْصِصِ الدَّارِ وَطَيِّ الْبُئْرِ وَكَرِّي الْأَنْهَارِ وَالْقَنَاةِ وَالْمُسْنَاةِ وَالْكِرَابِ وَكَسْحِ الْكُرُومِ وَسَقْيِهَا وَالزَّرْعِ وَغَرَسِ الْأَشْجَارِ فَإِنْ فَعَلَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ بِيَدِهِ لَا يَضُمُّهُ ، وَذَكَرَ فِي الْمُحِيطِ أَنَّهُ يَضُمُّ طَعَامَ الْمَبِيعِ وَكِسْوَتَهُ وَكَرَاءَهُ وَأَجْرَةَ السَّمْسَارِ إِنْ كَانَتْ مَشْرُوطَةً فِي الْعَقْدِ وَإِلَّا فَأَكْثَرُهُمْ عَلَى أَنَّهَا لَا تُضْمُّ وَلَا يَضُمُّ أَجْرَةُ الدَّلَالِ

بِالْإِجْمَاعِ ، وَكَذَا مَا هُوَ سَبَبُ لِبَقَائِهِ إِلَى وَقْتِ كَالطَّعَامِ وَفِي الْمَخْزَنِ يَضُمُّ ؛ لِأَنَّهُ يَزْدَادُ قِيَمَتُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَدْفَعُ عَنْهُ ضَرَرَ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ .

الشرح

قوله في المتن : والصَّبغ

قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ أَسْوَدَ كَانَ الصَّبْغُ أَوْ غَيْرُهُ .

قوله : وَحَمَلَ الطَّعَامِ

أَيُّ بَرًّا أَوْ بَحْرًا كَمَالٌ

قوله : لَأَنَّهَا تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ

قَالَ فِي الْإِيضَاحِ هَذَا الْمَعْنَى ظَاهِرٌ وَلَكِنْ لَا يَتِمَشَّى فِي بَعْضِ مَوَاضِعِ وَالْمَعْنَى الْمُعْتَمَدُ عَلَيْهِ عَادَةُ التُّجَّارِ حَتَّى يُعَمَّ الْمَوَاضِعَ كُلُّهَا .

كَمَالٌ رَحِمَهُ اللَّهُ .

قوله : فَإِنْ فَعَلَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ بِيَدِهِ لَا يَضُمُّهُ

أَيُّ وَكَذَلِكَ لَوْ تَطَوَّعَ مُتَطَوِّعٌ بِهَذِهِ الْأَعْمَالِ أَوْ بِإِعَارَةٍ .

كَمَالٌ .

قوله : وَذَكَرَ فِي الْمُحِيطِ أَنَّهُ يَضُمُّ طَعَامَ الْمَبِيعِ وَكِسْوَتَهُ الْخ

لَا نَفَقَةَ الْمُشْتَرِي عَلَى نَفْسِهِ فِي سَفَرِهِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَرْحِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ مُضَارِبًا أَنْفَقَ عَلَى الرَّقِيقِ فِي طَعَامِهِمْ وَكِسْوَتِهِمْ وَمَا لَا بُدَّ لَهُمْ مِنْهُ إِذَا كَانَ مَا أَنْفَقَ مِنْ ذَلِكَ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَانَ أَسْرَفَ لَمْ يَضُمَّ الْفَضْلَ وَضَمَّ مَا بَقِيَ وَلَا يَضُمُّ مَا أَنْفَقَ عَلَى نَفْسِهِ فِي سَفَرِهِ فِي كِسْوَتِهِ وَطَعَامِهِ وَمَرْكَبِهِ وَذَهْنِهِ وَغَسْلِ ثِيَابِهِ وَلَا يَضُمُّ أَيْضًا مَا أَنْفَقَ عَلَى مَرْضَى الرَّقِيقِ فِي أُجْرَةِ طَبِيبٍ أَوْ حَجَّامٍ أَوْ دَوَاءٍ وَيَضُمُّ مَا أَنْفَقَ عَلَى الْعَنَمِ فِي سِيَاقِهَا وَلَا يَضُمُّ أَجْرَ الرَّاعِي وَلَا جُعْلَ آبِقٍ وَلَا يَضُمُّ التَّاجِرُ أَيْضًا مَا أَنْفَقَ عَلَى نَفْسِهِ وَلَا يَضُمُّ مَا أَنْفَقَ فِي تَعْلِيمِ صِنَاعَةٍ وَلَا قُرْآنٍ وَلَا شِعْرِ وَلَا فِي تَعْلِيمِ غَيْرِ ذَلِكَ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْحِيِّ .

غَايَةٌ .

قوله : وأجره السمسار إن كانت مشروطة إلخ

قَالَ الْكَمَالُ وَتُضْمُ أُجْرَةُ السَّمْسَارِ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ وَفِي جَامِعِ الْبَرَامِكَةِ لَا تُضْمُ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ عَلَى الشَّرَاءِ لَا تَصِحُّ إِلَّا بَيَانِ الْمُدَّةِ وَجْهُ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ الْعُرْفُ فِيهِ وَقِيلَ : إِنْ كَانَتْ مَشْرُوطَةً فِي الْعَقْدِ تُضْمُ وَقِيلَ أُجْرَةُ الدَّلَالِ لَا تُضْمُ كُلُّ هَذَا مَا لَمْ تَجْرِ عَادَةُ التَّجَارِ وَلَا يُضْمُ ثَمَنُ الْجِلَالِ وَنَحْوَهَا فِي الدَّوَابِّ وَتُضْمُ الثِّيَابُ فِي الرَّقِيقِ وَطَعَامُهُمْ إِلَّا مَا كَانَ سَرَفًا وَزِيَادَةً وَيُضْمُ عِلْفُ الدَّوَابِّ إِلَّا أَنْ يَعُودَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مُتَوَلَّدٌ كَالْبَانِيَا وَصُوفِهَا وَسَمْنِهَا فَيَسْقُطُ قَدْرُ مَا نَالَ وَيُضْمُ مَا زَادَ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَجَرَ الدَّابَّةَ أَوْ الْعَبْدَ أَوْ الدَّارَ فَأَحَدُ أُجْرَتِهِ فَإِنَّهُ يُرَابِحُ مَعَ ضَمِّ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْعَلَّةَ لَيْسَتْ مُتَوَلَّدَةً مِنَ الْعَيْنِ ، وَكَذَا دَجَاجَةٌ أَصَابَ مِنْ بَيْضِهَا يَحْتَسِبُ مَا نَالَ وَمِمَّا أَنْفَقَ وَيُضْمُ الْبَاقِي مَا قَالَ الْكَمَالُ .
قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَقُولُ قَامَ عَلَيَّ بِكَذَا) وَلَا يَقُولُ اشْتَرَيْتَهُ بِكَذَا تَحَرُّزًا عَنِ الْكَذِبِ .

الشرح

قوله في المتن : ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا إلخ

وَهَذَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ مَتَاعًا ثُمَّ رَفَعَهُ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِهِ ثُمَّ بَاعَهُ مُرَابِحَةً عَلَى رَفَعِهِ فَهُوَ حَائِزٌ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْأَصْلِ حَيْثُ لَا يَقُولُ قَامَ عَلَيَّ بِكَذَا وَلَا اشْتَرَيْتَهُ بِكَذَا ؛ لِأَنَّهُ كَذِبٌ ، وَإِنَّمَا يَقُولُ رَفَعُهُ كَذَا وَكَذَا فَإِنَّا أَبِيعُهُ مُرَابِحَةً عَلَى ذَلِكَ قَالَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ أَصْلُهُ مِيرَاثًا أَوْ هِبَةً أَوْ صَدَقَةً أَوْ وَصِيَّةً فَقَوْمُهُ قِيمَتُهُ ثُمَّ بَاعَهُ مُرَابِحَةً عَلَى تِلْكَ الْقِيَمَةِ كَانَ ذَلِكَ حَائِزًا .

غاية .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يُضْمُ أُجْرَةُ الرَّاعِي وَالتَّعْلِيمِ وَكَرَاءَ بَيْتِ الْحِفْظِ) لِعَدَمِ الْعُرْفِ بِالْحَاقِقِ بِرَأْسِ الْمَالِ وَلِأَنَّ الرَّعْيَ حِفْظٌ وَهُوَ لَا يَزِيدُ فِي الْعَيْنِ وَلَا فِي الْقِيَمَةِ شَيْئًا وَتُبُوْتُ الزِّيَادَةِ فِي التَّعْلِيمِ لِمَعْنَى فِي نَفْسِهِ وَهُوَ ذِكَاؤُهُ وَذَهْنُهُ وَلَا يُضْمُ حَفَرُ الْبَيْتِ وَيُضْمُ أُجْرَةُ مَنْ يَذْبَحُ الْحَيَوَانَ وَيَسْلُخُهَا وَاتِّخَاذُ الْخَشَبِ أَبْوَابًا وَتَقْبُ اللَّوْلُؤِ وَلَوْ زَوْجَ الْعَبْدِ لَا يُضْمُ الْمَهْرُ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ وَلَا يَحْطُ مَهْرُ الْأَمَةِ لَزَوْجِهَا وَلَا يُضْمُ أُجْرَةُ الطَّبِيبِ وَالرَّائِضِ وَالْبَيْطَارِ وَالْحَجَّامَةِ وَجُعَلَ الْبَاقِي وَنَفَقَةُ نَفْسِهِ وَكَرَائِهِ وَأُجْرَةُ الْخَتَانِ وَالْفِدَاءِ فِي الْجَنَائَةِ ؛ لِأَنَّ التَّجَارَ لَا يَضْمُونَ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ وَلِأَنَّهَا لَا تَزِيدُ شَيْئًا فِي الْعَيْنِ وَلَا فِي الْقِيَمَةِ فَلَا يَجُوزُ إلْحَاقُهَا بِرَأْسِ الْمَالِ وَالَّذِي يُؤْخَذُ فِي الطَّرْقِ مِنَ الظُّلْمِ لَا يُضْمُ إِلَّا فِي مَوْضِعِ حَرَتِ الْعَادَةِ فِيهِ يَبْنِيهِمْ بِالضَّمِّ .

الشرح

قوله : وكذا بيت الحفظ

كَذَا يَحْطُ الشَّارِحُ وَالَّذِي فِي نَسْخِ الْمَتْنِ : وَكَرِي بَيْتِ الْحِفْظِ .

قوله : لمعنى في نفسه

أي في نفس المعلم .

قوله : وهو ذكاؤه وذهنه

أي فلم يكن ما أنفقته على المعلم موجباً للزيادة في المالية ولا يخفى ما فيه إذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم ولا شك أنه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم فهو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته إلى التعليم كما لا تمنع نسبته إلى الصبغ وإنما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وفي المبسوط أضاف نفى ضم المنفق في التعليل إلى أنه ليس فيه عرف قال ، وكذا في تعليم الغناء والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحقه برأس المال ، وكذا لا يلحق أجره الطبيب والرائض والبيطار وجعل الأبق ؛ لأنه نادر فلا يلحق بالسابق ؛ لأنه لا عرف في النادر .

كمال .

قال رحمه الله (فإن خان في مريحة أخذه بكل ثمنه أو رده وخط في التولية) وهذا عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف يحط فيهما ، وقال محمد يخير فيهما ؛ لأنهما باشراً عقداً باختيارهما يثنى معلوم فينقذ بالمسمى فيه كما لو باعه مساومة ، وكذا المريحة والتولية للترويح والترغيب فحرى الوصف فإذا فات الوصف المرغوب فيه يئخر كما في سائر الأوصاف وكما إذا وحده معيياً ولأبي يوسف أن الأصل فيه هو المريحة والتولية ، ولهذا ينعقد بقوله ولئنك بالثمن الأول أو بعثك مريحة على الثمن الأول إذا كان الثمن الأول والربح معلومين وذكر الثمن جار مجرى التفسير فلا بد من بناء العقد الثاني على الأول في حق الثمن وقدر الخيانة لم يكن ثابتاً في العقد الأول فلا يمكن إثباته في العقد الثاني فيحط ضرورة غير أنه في التولية يحط قدر الخيانة من الثمن لا غير وفي المريحة يحط ذلك القدر من رأس المال ويحط من الربح أيضاً بحسابه ؛ لأن الربح ينقسم عليهما فما أصاب الخيانة سقط معه وما أصاب غيره ثبت معه . ولأبي حنيفة في الفرق بينهما أن التولية بناء على العقد الأول من كل وجه فلا بد من تقديره بالثمن الأول ولا يثبت فيه ما لم يكن ثابتاً في العقد الأول والمريحة عقد مبتدأ باشراً باختيارهما وليس بمبني على الأول فينقذ بالثمن المسمى فيه ، ولهذا لا يحتاج في التولية إلى ذكر الثمن وفي المريحة لا بد من ذكر الثمن ليتبين قدر الربح فينقذ بما سمي

ولأنه لو لم يحط في التولية لم يبق تولية ؛ لأنه يزيد على الثمن الأول فيصير مريحة فيتغير به التصرف ولو لم يحط في المريحة ينفى على حاله إلا أن الربح أكثر مما ظنه المشتري فلم يتغير التصرف فيه فأمكن اعتبار التسمية فيه وثبت له الخيار لفوات الرضا ولو هلك المبيع قبل أن يرده أو حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع الثمن 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 للمشتري الجزء الفائت وعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابله من الثمن وعند محمد أن المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بما دفعه إليه من الثمن بناء على أصله في إقامة القيمة مقام المبيع في التحالف وعلى قول أبي يوسف يحط كيفما كان ، وكذا عند أبي حنيفة في التولية ؛ لأنه لو لم يكن له جاز الرد والأخذ به ، وإنما يلزمه الأخذ بالثمن الأول ولو وجد المولى بالمبيع عيباً ثم حدث به عنده عيب لا يرجع بنقصان العيب ؛ لأنه لو رجع يصير الثمن الثاني أنقص من الأول وقضية التولية أن يكون الثمن مثل الأول .

قوله في المتن : فإن خان الخ

ثم ظهور الخيانة إما بإقرار البائع أو بالبيئة أو بالتكول عن اليمين .

غاية وكتب على قوله فإن خان إلى آخره ما نصه صورة المسألة رجل اشترى بتسعة دراهم شيئاً وقبضه ثم قال لرجل اشترته بعشرة فوليتك بما اشتريته أو بآعه مربحة بربح زيادة درهم .

مشكلات

قوله : وقال أبو يوسف يحط فيهما

أي ولا خيار للمشتري .

غاية ، وكذا قال الشافعي وأحمد .

قوله : ولأبي يوسف أن الأصل فيه

أي في عقد البيع .

قوله : هو المراجعة والتولية

أي لا التسمية كما قال محمد .

قوله : أو يعثك مراجعة على الثمن الأول

أي وإن لم يسّم الثمن الأول .

قوله : وما أصاب غيره ثبت معه

أَيَّ كَمَا إِذَا اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشْرَةٍ عَلَى رِبْحٍ خَمْسَةٍ ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّ الْبَائِعَ اشْتَرَاهُ بِثَمَانِيَةٍ يَحْطُ قَدْرَ الْخِيَانَةِ مِنَ الْأَصْلِ وَهُوَ دِرْهَمَانٍ وَيَحْطُ مِنَ الرَّبْحِ دِرْهَمًا وَيَأْخُذُ الثَّوْبَ بِاثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا .

غَايَةُ وَكُتِبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَمَالُ لِمُحَمَّدٍ إِنَّ الْإِعْتِبَارَ فِيهِمَا لَيْسَ إِلَّا لِلتَّسْمِيَةِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ بِهِ يَصِيرُ مَعْلُومًا وَبِهِ يَتَعَقَدُ الْبَيْعُ وَالْإِخْبَارُ بِأَنَّ الثَّمَنَ الْأَوَّلَ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِعْقَادِ بِهِ إِنَّمَا هُوَ تَرْوِيجٌ وَتَرْغِيبٌ فَيَكُونُ وَصْفًا مَرْغُوبًا فِيهِ كَوَصْفِ الْكِتَابَةِ وَالْخِيَاطَةِ فَيَفُوتُهُ بِظُهُورِ أَنَّ الثَّمَنَ لَيْسَ ذَاكَ يَتَخَيَّرُ .

كَمَالُ قَوْلُهُ وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ قَبْلَ أَنْ يَرُدَّهُ (أَيُّ أَوْ أُسْتَهْلِكَ .

فَتْحُ

قوله أو حدث به ما يمنع الرد

أَيَّ عِنْدَ ظُهُورِ الْخِيَانَةِ فِي بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ .

غَايَةُ .

قوله : وعند العجز عن تسليمه

يَسْقُطُ مَا يَقَابِلُهُ (

أَيَّ يَسْقُطُ مَا قَابَلَ الْعَيْبَ مِنَ الثَّمَنِ عِنْدَ عَجْزِ الْمُشْتَرِي عَنِ الرَّدِّ بِهَلَاكِ الْمَبِيعِ أَوْ بِحُدُوثِ مَا يَمْنَعُ الْفَسْخَ .

غَايَةُ .

قوله : ويرجع على البائع بما دفعه إليه من الثمن

أَيَّ إِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَقَلَّ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْمُشْتَرِي ا ك .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَبَاعَهُ بِرِبْحٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ فَإِنْ بَاعَهُ بِرِبْحٍ طَرَحَ عَنْهُ كُلُّ رِبْحٍ قَبْلَهُ وَإِنْ أَحَاطَ بِثَمَنِهِ لَمْ يُرَابِحْ) يَعْنِي إِذَا بَاعَهُ بِرِبْحٍ ثَانِيًا بَعْدَمَا اشْتَرَاهُ ثَانِيًا طَرَحَ عَنْهُ كُلُّ رِبْحٍ كَانَ قَبْلَ ذَلِكَ إِذَا بَاعَهُ مُرَابَحَةً وَإِنْ اسْتَعْرَقَ الرَّبْحُ الثَّمَنُ لَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى الثَّمَنِ الْأَخِيرِ مِثْلَهُ إِذَا اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشْرِينَ ثُمَّ بَاعَهُ مُرَابَحَةً بِثَلَاثِينَ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِعَشْرِينَ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى عَشْرَةٍ وَيَقُولُ قَامَ عَلَيَّ بِعَشْرَةٌ وَلَوْ اشْتَرَاهُ بِعَشْرِينَ وَبَاعَهُ بِأَرْبَعِينَ مُرَابَحَةً ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِعَشْرِينَ لَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً أَصْلًا وَعِنْدَهُمَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى الْعَشْرِينَ فِي الْفَصْلَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْأَخِيرَ عَقْدٌ مُتَجَدِّدٌ مُنْقَطِعٌ الْأَحْكَامِ عَنِ الْأَوَّلِ فَيَجُوزُ بِنَاءُ الْمُرَابَحَةِ عَلَيْهِ كَمَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَلَاثُ بَأْنٍ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي مِنْ أَجَنِّيٍّ ثُمَّ بَاعَهُ الْأَجَنِّيُّ مِنَ الْبَائِعِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ الْأَوَّلُ مِنْهُ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى الثَّمَنِ الْأَخِيرِ وَلَهُ أَنْ شُبِّهَ حُصُولُ الرَّبْحِ الْأَوَّلِ بِالْعَقْدِ الثَّانِي تَابِتَةً ؛ لِأَنَّهُ يَتَأَكَّدُ بِهِ بَعْدَمَا كَانَ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ بِالظُّهُورِ عَلَى عَيْبٍ وَالشُّبْهَةُ كَالْحَقِيقَةِ فِي بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ احْتِيَاظًا ،

وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ الْمُرَابَحَةُ فِيمَا أَخَذَهُ بِالصُّلْحِ لِشُبْهَةِ الْحَطِيطَةِ فِيهِ ، وَكَذَا فِيمَا اشْتَرَاهُ مِنْ أَصُولِهِ أَوْ فُرُوعِهِ لِمَا لَهُ مِنَ التَّوَسُّعِ فِيمَا لَهُمْ الْحَقُّ بِمَلَكِهِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ اشْتَرَى عَشْرَةَ وَتَوْبًا بَعِثَرِينَ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ فَيَطْرَحُ عَشْرَةً ؛ لِأَنَّهُ بِالْعَقْدِ الثَّانِي تَأَكَّدَ وَأَمِنْ بَطْلَانِهِ وَلِلتَّأَكُّدِ حُكْمُ الْأَصُولِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ شُهُودَ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ إِذَا رَجَعُوا يَضْمَنُونَ نِصْفَ الْمَهْرِ لِتَأَكُّدِهِمْ مَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السُّقُوطِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ ؛ لِأَنَّ التَّأَكُّدَ حَصَلَ بِغَيْرِهِ وَيَصِيرُ فِي الْفَصْلِ الثَّانِي كَأَنَّهُ اشْتَرَى تَوْبًا وَعِشْرِينَ بَعِثَرِينَ دَرَهْمًا فَصَارَ الْعِشْرُونَ بِالْعِشْرِينَ وَلَمْ يَبْقَ فِي مُقَابَلَةِ الثَّوْبِ شَيْءٌ فَلَا يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً وَلَا يُقَالُ عَلَى هَذَا وَجَبَ أَنْ يَفْسُدَ الْبَيْعُ لِعَدَمِ مَا يُقَابَلُ الثَّوْبَ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ الرَّبْحُ الْأَوَّلُ لَمْ يَصِرْ مُقَابِلًا بِالثَّمَنِ فِي الْعَقْدِ الثَّانِي حَقِيقَةً ، وَإِنَّمَا أُعْطِيَ لَهُ حُكْمُ الْمُقَابَلَةِ احْتِرَازًا عَنِ الْخِيَانَةِ فِيمَا بُنِيَ عَلَى الْأَمَانَةِ وَهُوَ حَقُّ الْعَبْدِ وَلَا يَنْهَضُ ذَلِكَ لِإِفْسَادِ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ فِي بَابِ الْمُرَابَحَةِ لِحَقِّ الْعَبْدِ لَا لِحَقِّ الشَّرْعِ وَلَا يَلْزَمُ مَا إِذَا بَاعَ مُسَاوَمَةً وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا حَيْثُ يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَبِينُ عَلَى الْأَمَانَةِ .

الشرح

قوله : وَإِنْ اسْتَعْرِقَ الرَّبْحَ الثَّمَنُ لَا يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً
أَيُّ إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ .

كَمَالٌ .

قوله : وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ
أَيُّ وَهُوَ مَذْهَبُ أَحْمَدَ .

فَتَحٌ .

قوله : وَعِنْدَهُمَا يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً
أَيُّ وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ كَقَوْلِهِمَا كَذَا فِي الْأَسْرَارِ وَغَيْرِهِ وَأَخَذَ أَبُو الْإِثِّ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ بِقَوْلِهِمَا .

غَايَةٌ وَأَيْضًا هُوَ قَوْلُ مَالِكٍ .

عَيْنِي

قوله ثُمَّ اشْتَرَاهُ بَعِثَرِينَ
أَيُّ مِمَّنْ بَاعَهُ مِنْهُ بَعْدَ التَّقَابُضِ كَمَالٌ .

قوله : وَيَقُولُ قَامَ عَلَيَّ بَعَشْرَةٌ

أَيُّ وَلَا يَقُولُ اشْتَرَيْتَهُ لِنَا يَصِيرُ كَاذِبًا .

غَايَةٌ .

قوله : لِأَنَّ الْمَتَعَ فِي بَابِ الْمُرَابَحَةِ لِحَقِّ الْعَبْدِ

وَأَيْضًا الْخِيَانَةُ حَقُّ الشَّرْعِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ اشْتَرَى مَأْذُونٌ مَدْيُونٌ ثَوْبًا بِعَشْرَةٍ وَبَاعَ مِنْ سَيِّدِهِ بِخَمْسَةِ عَشَرَ يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً عَلَى عَشْرَةٍ ، وَكَذَا الْعَكْسُ) أَيُّ وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى الْمَوْلَى ثَوْبًا بِعَشْرَةٍ ثُمَّ بَاعَهُ مِنْ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي التَّجَارَةِ الْمُسْتَعْرِقِ بِالْدَيْنِ بِخَمْسَةِ عَشَرَ يَبِيعُهُ الْعَبْدُ مُرَابِحَةً عَلَى عَشْرَةٍ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ الَّذِي جَرَى بَيْنَهُمَا وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا لِإِفَادَتِهِ مِلْكَ الْعَيْنِ أَوْ التَّصَرُّفَ لَهُ شُبْهَةُ الْعَدَمِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ مَلَكُهُ وَمَا فِي يَدِهِ لَا يَخْلُو عَنْ حَقِّهِ فَاعْتَبَرَ عَدَمًا فِي حَقِّ الْمُرَابَحَةِ لِابْتِنَائِهَا عَلَى الْأَمَانَةِ فَبَقِيَ الْإِعْتِبَارُ لِلشَّرَاءِ الْأَوَّلِ فَصَارَ كَأَنَّ الْعَبْدَ اشْتَرَاهُ لِلْمَوْلَى بِعَشْرَةٍ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ وَكَأَنَّهُ يَبِيعُهُ لِلْمَوْلَى فِي الْفَصْلِ الثَّانِي فَيُعْتَبَرُ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ لَا غَيْرُ ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَ عَلَيْهِ دَائِرَ بَيْنَ الْمَوْلَى وَالْعَبْدِ فَلَمْ يَتِمَّ خُرُوجُهُ عَنْ مِلْكٍ مَنْ كَانَ لَهُ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْمُرَابَحَةَ يَبِيعُ أَمَانَةً لِقَبُولِ قَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ وَلَا يَمِينٍ فَتُسْتَفَى عَنْهُمَا كُلُّ تَهْمَةٍ وَشُبْهَةِ خِيَانَةٍ وَالْمُسَامَحَةُ بَيْنَهُمَا ظَاهِرَةٌ لِكُلِّ أَحَدٍ فَيَكُونُ مَا زَادَ عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ بَاقِيًا عَلَى مَلِكِهِ فَلَا يُعْتَبَرُ خَارِجًا هَذَا إِذَا لَمْ يَبَيِّنْ وَإِنْ بَيَّنَّ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْ عَبْدِهِ أَوْ مِنْ سَيِّدِهِ جَازَ لِرِزْوَالِ التَّهْمَةِ وَاشْتِرَاطُ الدَّيْنِ عَلَى الْعَبْدِ كَأَنَّهُ وَقَعَ اتِّفَاقًا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لَا يَجُوزُ مَعَ الدَّيْنِ أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابِحَةً فَمَعَ عَدَمِ الدَّيْنِ أَوَّلَى لَوْجُودِ مِلْكِ الْمَوْلَى فِيهِ بِالْإِجْمَاعِ وَذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ وَلَمْ يُعَيِّدْهُ بِدَيْنِ الْعَبْدِ وَالْمُكَاتَّبِ فِي هَذَا كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ لَوْجُودُ التَّهْمَةِ بَيْنَهُمَا .

الشَّرْحُ

قوله في المتن : وَلَوْ اشْتَرَى مَأْذُونٌ الْخ

قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ مِنْ أَبِيهِ أَوْ أُمِّهِ أَوْ مَكَاتِبِهِ أَوْ عَبْدِهِ أَوْ عَبْدٍ مِنْ مَوَالِيهِ أَوْ مَكَاتِبٍ مِنْ مَوَالِيهِ مَتَاعًا بِثَمَنِ قَدْ قَامَ عَلَى الْبَائِعِ بِأَقْلٍ مِنْ ذَلِكَ فَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابِحَةً إِلَّا بِالَّذِي قَامَ عَلَى الْبَائِعِ لِلتَّهْمَةِ هَذَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي الْأَصْلِ .

غَايَةُ قَوْلِهِ وَاشْتِرَاطُ الدَّيْنِ عَلَى الْعَبْدِ كَأَنَّهُ وَقَعَ اتِّفَاقًا (قَالَ الْأَنْقَانِيُّ وَقَدْ اخْتَلَفَتْ نُسُخُ شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فَقَدْ قَيَّدَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ دَيْنَ الْعَبْدِ بِالْمُسْتَعْرِقِ ، وَقَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ عَبْدٌ مَأْذُونٌ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُحِيطٌ بِرَقَبَتِهِ أَوْ غَيْرِ مُحِيطٍ وَقَاضِي خَانَ قَيَّدَ بِالْمُحِيطِ أَيْضًا وَالْعَتَّابِيُّ قَيَّدَ بِالْمَأْذُونِ فَحَسِبْتُ وَلَمْ يَذْكُرِ الدَّيْنُ أَصْلًا ، وَقَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ لَوْ اشْتَرَى مِنْ مَمَالِيكِهِ وَعَبْدَهُ الْمَأْذُونُ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ وَمَكَاتِبُهُ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً عَلَى أَقْلِ الضَّمَانَيْنِ إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ الْأَمْرَ عَلَى وَجْهِهِ ، وَلَكِنْ فَسَّرَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فَقَالَ فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ فَالشَّرَاءُ الثَّانِي بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ إِذَا كَانَ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ فَمَالُهُ لِمَوْلَاهُ .

فَإِذَا اشْتَرَى مِنْهُ الْمَوْلَى صَارَ كَأَنَّ الْمَوْلَى اشْتَرَى مَالَ نَفْسِهِ فَلَا يَكُونُ فِي هَذَا الشَّرَاءِ فَائِدَةٌ وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ عَلَيْهِ دَيْنٌ جَازَ شِرَاءَ الْمَوْلَى مِنْهُ

؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى بِهَذَا الشَّرَاءِ يَسْتَفِيدُ مِلْكَ الْيَدِ وَلَكِنْ لَا يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً إِلَّا بِعَشْرَةٍ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَمَالُهُ لِمَوْلَاهُ مِنْ وَجْهِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى يَقْدِرُ عَلَى تَحْصِيلِ مَالِهِ لِنَفْسِهِ لَوْ قَضَى دَيْنَ الْعَبْدِ فَإِذَا كَانَ هَكَذَا فَشَرَاءُ الْمَوْلَى مِنْهُ شَرَاءٌ مِنْ وَجْهِ وَلَيْسَ بِشَرَاءٍ مِنْ وَجْهِ وَبِيعَ الْمُرَابِحَةَ بَيْعُ الْأَمَانَةِ فَيُؤْخَذُ فِيهِ بِالْاِحْتِيَاظِ فَيَبِيعُهُ عَلَى أَقَلِّ الثَّمَنَيْنِ ، وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْعَقْدَ الْوَاقِعَ بَيْنَ الْمَوْلَى وَعَبْدِهِ الْمَادُونِ الْمُدْيُونِ وَالْمُكَاتَبِ جَائِزٌ لِإِفَادَةِ مِلْكِ الْيَدِ وَلَكِنْ لَهُ شُبْهَةُ الْعَدَمِ ؛ لِأَنَّ الْحَاصِلَ لِلْعَبْدِ لَا يَخْلُو عَنْ حَقِّ الْمَوْلَى ، وَلِهَذَا كَانَ لِلْمَوْلَى قَضَاءُ دَيْنِ الْعَبْدِ وَاسْتِخْلَاصُ أَكْسَابِهِ وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَبُ إِذَا عَجَزَ وَرَدَّ فِي الرَّقِّ تُسَلِّمُ أَكْسَابُهُ لِلْمَوْلَى فَكَانَ الْمِلْكُ لِلْعَبْدِ وَاقِعًا لِلْمَوْلَى فَإِذَا بَاعَ الْمَوْلَى مِنْ عَبْدِهِ يُجْعَلُ الْعَقْدُ كَالْعَدَمِ لِلشُّبْهَةِ وَيَكُونُ الْعَبْدُ فِي الْبَيْعِ الثَّانِي كَالْوَكِيلِ عَنْ مَوْلَاهُ فَلَوْ تَبَيَّنَتِ الْوَكَالَةُ حَقِيقَةً لَمْ يَبِعْهُ إِلَّا عَلَى عَشْرَةٍ فَلِذَا تَمَكَّنَتْ شُبْهَةُ الْوَكَالَةِ ؛ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ مُلْحَقَةً بِالْحَقِيقَةِ فِي بَيْعِ الْمُرَابِحَةِ وَإِذَا اشْتَرَى مِنْ مَوْلَاهُ يُجْعَلُ الْعَبْدُ كَالْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ عَنْ مَوْلَاهُ فَلَوْ كَانَتْ الْوَكَالَةُ ثَابِتَةً حَقِيقَةً لَمْ يَبِعِ الْمَوْلَى إِلَّا عَلَى عَشْرَةٍ فَكَذَا إِذَا تَمَكَّنَتْ شُبْهَةُ الْوَكَالَةِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ كَانَ مُضَارِبًا يَبِيعُ مُرَابِحَةً رَبَّ الْمَالِ بِاثْنَيْ عَشَرَ وَنِصْفٍ) أَيُّ لَوْ كَانَ مِنْ عَمِلَ هَذَا الْعَمَلَ مُضَارِبًا بِأَنَّ كَانَ مَعَهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ مُضَارِبَةً بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشْرَةٍ وَبَاعَهُ مِنْ رَبِّ الْمَالِ بِخَمْسَةِ عَشَرَ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً بِاثْنَيْ عَشَرَ وَنِصْفٍ ؛ لِأَنَّ نِصْفَ الرَّبِّحِ وَهُوَ دَرَاهِمَانِ وَنِصْفُ سُلْمٍ لِرَبِّ الْمَالِ وَلَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ فَيَحْطُ عَنْ الثَّمَنِ فَيَبْقَى اثْنَا عَشَرَ وَنِصْفُ خَارِجَةٍ عَنْ مِلْكِهِ عَشْرَةُ مِنْهَا دَفَعَهَا الْمُضَارِبُ إِلَى بَائِعِهِ وَدَرَاهِمَانِ وَنِصْفُ نَصِيبِ الْمُضَارِبِ مِنَ الَّذِي دَفَعَ إِلَيْهِ رَبُّ الْمَالِ بِحُكْمِ أَنَّهُ الثَّمَنُ فَتَمَّ مَا خَرَجَ مِنْهُ فِي تَحْصِيلِ هَذَا الثَّوْبِ اثْنَا عَشَرَ دَرَاهِمًا وَنِصْفُ فَيَبِيعُهُ مُرَابِحَةً عَلَيْهَا ، وَقَالَ زُفَرٌ لَا يَجُوزُ هَذَا الْبَيْعُ مِنْ رَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ مَالَهُ بِمَالِهِ فَلَنَا يَسْتَفِيدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِهَذَا الْعَقْدِ مِلْكَ الْيَدِ وَالتَّصَرُّفِ وَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَفِيدُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ فَكَانَ صَحِيحًا لِإِفَادَتِهِ وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ الْبَيْعِ إِفَادَةُ مِلْكِ الرَّقَبَةِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُكَاتَبَ تَجُوزُ تَصَرُّفَاتُهُ وَلَا يُفِيدُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ ، وَإِنَّمَا يُفِيدُ مِلْكَ الْيَدِ فَعَلِمَ بِذَلِكَ أَنَّ الْبَيْعَ يَتَّبِعُ الْفَائِدَةَ لَا الْمِلْكَ عَيْنًا وَقَدْ وَجَدْتَ الْفَائِدَةَ هُنَا أَمَّا فِي حَقِّ الْمُضَارِبِ فَظَاهِرٌ ، وَأَمَّا فِي حَقِّ رَبِّ الْمَالِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيمَا اشْتَرَاهُ مِنْهُ بِالشَّرَاءِ وَلَا يَمْلِكُهُ قَبْلَهُ وَإِنْ كَانَ مِلْكُهُ ؛ لِأَنَّ الْمُضَارِبَ تَعَلَّقَ لَهُ بِهِ حَقٌّ ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ رَبُّ الْمَالِ وَطَاءَ الْجَارِيَةِ الَّتِي اشْتَرَاهَا الْمُضَارِبُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِيهَا رِبْحٌ ، وَكَذَا لَا يَمْلِكُ نَهْيُهُ عَنْ بَيْعِ الْعُرُوضِ وَالْكَلَامِ فِيهِ لَكِنَّهُ مَعَ هَذَا فِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ ؛ لِأَنَّ الْمُضَارِبَ وَكَيْلٌ عَنْهُ فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ مِنْ وَجْهِ فَاعْتَبِرِ الْبَيْعَ الثَّانِي عَدَمًا فِي حَقِّ نِصْفِ الرَّبِّحِ .

الشرح

قوله في المتن : ولو كان مضارباً يبيع مرابحة رب المال إلخ

سَيَأْتِي فِي بَابِ الْمُضَارِبَةِ فِي كَلَامِ الشَّارِحِ مَا يُخَالِفُ هَذَا قُبِيلَ قَوْلِهِ مَعَهُ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى بِهِ عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلْفَانِ إِلَخْ وَالْمَذْهَبُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَتْنِ فَتَنَّبَهُ وَاللَّهُ الْمُؤَفَّقُ .

قوله فإنه يبيعه مربعة باثني عشر ونصف

قال في شرح الطحاوي ، وكذا لو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوي ألف درهم وخمسمائة وباعها من المضارب بألف وخمسمائة فإن المضارب يبيعها بألف ومائتين وخمسين إلا إذا بين الأمر على وجهه وهذا لما ذكرنا أن بيع المربعة بيع أمانة يجب صونها عن الخيانة وعن شبهتها ما أمكن وفي بيع هؤلاء بعضهم من بعض شبهة ونهمة إلى هنا لفظ شرح الطحاوي .

غاية .

قوله : قلنا يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف

أي وذلك ؛ لأن ولاية التصرف انقطعت عن رب المال بتسليم المال إلى المضارب ثم لما اشترى من المضارب استفاد ولاية التصرف .

غاية وكتب ما نصه قال الأتقاني اعلم أن المضارب من رب المال جائز عندنا ؛ لأنه يستفيد ولاية التصرف خلافا لرفر ؛ لأن شراء الإنسان من مال نفسه لا يجوز

قوله : لكن مع هذا فيه شبهة العدم

أي عدم الجواز لما قلنا من جهة رفر .

قوله : لأن المضارب وكيل عنه

أي ، ولهذا تبطل المضاربة بموت أحدهما .

قوله في البيع الأول من وجه

أي لأن ربة المال لرب المال ومن وجه للمضارب ، ولهذا إذا اشترى لا يجوز حجر رب المال على المضارب في البيع فلما كان كذلك يبيعه على أقل الثمنين للاحتياط وحصة المضارب من الربح ؛ لأن المضارب في ذلك بمنزلة الأجنبي .

أتقاني .

قوله : فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح

أي وهو درهمان ونصف ؛ لأن ذلك حق رب المال يسلم ذلك لرب المال فيحط عن الثمن ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب من الربح وهو درهمان ونصف فلذلك يبيعه مربعة على اثني عشر درهما ونصف .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيرايحُ بِلَا بَيَانٍ بِالتَّعْيِبِ وَوَطْءِ الثَّيْبِ) أَيِ إِذَا تَعَيَّبَ الْمَبِيعُ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ أَوْ وَطِئَ الثَّيْبَ بِيَعِهِ مُرَابِحَةً مِنْ غَيْرِ أَنْ يَبَيِّنَ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يُحْتَسِبْ عِنْدَهُ شَيْءٌ بِمُقَابَلَةِ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْفَائِتَ وَصَفَ وَهُوَ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ لِكَوْنِهِ تَبَعًا ، وَلِهَذَا لَوْ حَدَثَ بِالْمَبِيعِ عَيْبٌ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ غَيْرَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ أَخْذِهِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ أَوْ تَرْكِهِ ، وَكَذَا مَنَافِعُ الْبُضْعِ لَا يُقَابَلُهَا الثَّمَنُ إِذَا لَمْ يُنْقِصْهَا الْوُطْءُ وَمَعْنَى آدَاءِ الْأَمَانَةِ بِالصَّدَقِ وَهُوَ صَادِقٌ إِذَا بَقِيَ جَمِيعُ مَا يُقَابَلُهُ الثَّمَنُ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي التَّعْيِبِ أَنَّهُ لَا يَبِيعُ مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ كَمَا إِذَا حَصَلَ بِفَعْلِهِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَزُفَرٍ عَلَى اخْتِلَافٍ تَخْرِيجِهِمَا فَإِنَّ زُفَرَ يُوجِبُ الْبَيَانَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْمُشْتَرِيَّ لَوْ عَلِمَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ غَيْرَ مُعَيَّبٍ لَمْ يَرْضَ بِهِ بِذَلِكَ الثَّمَنِ بَعْدَمَا دَخَلَ الْعَيْبُ وَالشَّافِعِيُّ يُوجِبُ الْبَيَانَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْأَوْصَافَ لَهَا حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ عِنْدَهُ وَلَا فَرْقَ فِيهَا بَيْنَ أَنْ يَحْصُلَ بِفَعْلِهِ أَوْ بِآفَةِ سَمَاقِيَةٍ وَنَحْنُ نَقُولُ مَا يُقَابَلُهُ الثَّمَنُ كُلُّهُ قَائِمٌ فَلَا يُبَالِي بِذَهَابِ مَا لَا يُقَابَلُهُ الثَّمَنُ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَوَسَّخَ الثُّوبُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْبَيَانُ فَصَارَ نَظِيرَ مَا إِذَا نَقَصَ بِتَغْيِيرِ السَّعْرِ وَفِي نَوَادِرِ هِشَامٍ ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فَقَالَ هَذَا إِذَا نَقَصَهُ الْعَيْبُ شَيْئًا يَسِيرًا وَإِنْ نَقَصَهُ قَدْرٌ مَا لَا يَتَغَايَنُ النَّاسُ فِيهِ لَا يَجُوزُ بِيَعُهُ مُرَابِحَةً .

الشرح

قَوْلُهُ : إِذَا تَعَيَّبَ الْمَبِيعُ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ (أَيِ بَأْنِ اشْتَرَى جَارِيَةً فَاعْوَرَّتْ مَثَلًا

قَوْلُهُ : لَأَنَّهُ لَمْ يُحْتَسِبْ عِنْدَهُ شَيْءٌ بِمُقَابَلَةِ الثَّمَنِ

أَيِ لِأَنَّ الْمُسْتَوْفَى لَيْسَ بِمَالٍ فَلَمْ يُقَابَلَهُ الْبَدَلُ فَكَانَ كَالِاسْتِحْدَامِ .

غَايَةً .

قَوْلُهُ : وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَزُفَرٍ الْخ

وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ إِذَا اعْوَرَّتْ بِآفَةِ سَمَاقِيَةٍ لَا يَبِيعُهَا مُرَابِحَةً مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ ؛ لِأَنَّهُمَا قَدْ تَغَيَّرَتْ عَنْ حَالِهَا الَّتِي اشْتَرَاهَا قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ وَقَوْلُ زُفَرٍ أَحْوَدُ ثُمَّ قَالَ وَبِهِ نَأْخُذُ .

غَايَةُ الْبَيَانِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبَيَانٍ بِالتَّعْيِبِ وَوُطْءِ الْبِكْرِ) أَيِ بِيَعُهُ مُرَابِحَةً بِشَرْطِ أَنْ يَبَيِّنَ الْعَيْبَ إِذَا كَانَ حَادِثًا بِالتَّعْيِبِ مِنْهُ سَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ بِفَعْلِهِ أَوْ بِفِعْلِ غَيْرِهِ وَأَخَذَ أَرَشُهُ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالْإِثْلَافِ فَيُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ وَوُطْءُ الْبِكْرِ تَعْيِبٌ ؛ لِأَنَّ الْعُدْرَةَ جُزْءٌ مِنَ الْعَيْنِ فَإِذَا تَعَيَّبَ لَهَا فَيُقَابَلُهُ الثَّمَنُ وَإِنْ تَعَيَّبَ بِفِعْلِ الْمَبِيعِ فِي نَفْسِهِ كَمَا إِذَا فَقَّأَ عَيْنَ نَفْسِهِ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ تَعَيَّبَ بِآفَةِ سَمَاقِيَةٍ فَجَازَ أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابِحَةً مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ ؛ لِأَنَّ فَعْلَهُ فِي نَفْسِهِ هَدَرٌ فَلَا يُعْتَبَرُ ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِمْ بِيَعُهُ مُرَابِحَةً مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ أَيِ مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ سَلِيمًا بِكَذَا مِنَ الثَّمَنِ ثُمَّ أَصَابَهُ الْعَيْبُ عِنْدَهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَأَمَّا بَيَانُ نَفْسِ الْعَيْبِ فَلَا بُدَّ مِنْهُ بِأَنْ يَبَيِّنَ الْعَيْبَ وَالثَّمَنَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَبَيِّنَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ سَلِيمًا ثُمَّ حَدَّثَ بِهِ الْعَيْبَ عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّ بَيَانَ مَا فِيهِ مِنَ الْعَيْبِ وَاجِبٌ شَرْعًا لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا } فَلَا يَجُوزُ إِخْفَاؤُهُ ثُمَّ

فِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابِحَةً إِلَّا بَيَانٌ فَلَمْ يُبَيِّنْ فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّهُ عَلَيْهِ إِذَا عَلِمَ خِيَانَتَهُ وَعَلَى هَذَا لَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَأَصَابَهُ قَرْضُ فَأَرِ أَوْ حَرَقَ نَارٍ يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ وَلَوْ تَكَسَّرَ بِنَشْرِهِ وَطَبَّهَ لَا يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً حَتَّى يُبَيِّنَ لِمَا بَيْنَنَا مِنَ الْمَعْنَى .

الشرح

قوله : سَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ بِفِعْلِهِ أَوْ بِفِعْلِ غَيْرِهِ وَأَخَذَ أَرْضَهُ

هَذَا وَقَعَ اتِّفَاقًا إِذْ يَجِبُ الْبَيَانُ وَإِنْ لَمْ يَأْخُذْ الْأَرْضَ ، وَلِهَذَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ مِنْ غَيْرِ قَيْدِ أَخْذِ الْأَرْضِ

قوله : لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالِاتِّفَاقِ

أَيُّ وَلِهَذَا لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ بَعْدَ الْعَقْدِ قَبْلَ الْقَبْضِ تَسْقُطُ حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ حَبَسَ جُزْءًا صَارَ مَقْصُودًا أَوْ حَبَسَ بَدَلَهُ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْبَاقِي مُرَابِحَةً عَلَى ذَلِكَ الثَّمَنِ .

أَتَقَانِي .

قوله : فَازَالَتْهَا تَعْيِيبُ لَهَا فَيُقَابِلُهُ الثَّمَنُ

أَيُّ وَكَذَا لَوْ حَبَسَ نَمَؤُهُ كَالثَّمَرَةِ وَالْوَلَدِ وَالصُّوفِ أَوْ هَلَكَ بِفِعْلِهِ أَوْ بِفِعْلِ الْأُجْنَبِيِّ وَإِنْ هَلَكَ بِأَقَةِ سَمَاوِيَّةٍ جَازَ بَيْعُهُ مُرَابِحَةً مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ .

زَاهِدِيٌّ وَذَكَرَ فِي شَرْحِ عُيُونِ الْمَسَائِلِ وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا اشْتَرَى جَارِيَةً وَلَهَا لَبَنٌ فَاجْرَهَا لِتُرْضِعَ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهَا مُرَابِحَةً ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ مَا وَرَدَ عَلَى الْعَيْنِ ، وَإِنَّمَا وَرَدَ عَلَى الْمَنَافِعِ فَلَمْ يَأْخُذْ الْعِوَضَ عَنْ عَيْنِ مَلَكِهَا بِالشَّرَاءِ ، وَإِنَّمَا أَخَذَ الْعِوَضَ عَنْ الْمَنَافِعِ الْحَادِثَةِ عَلَى مَلِكِهِ .

قوله قَرْضُ فَارٍ

الْقَرْضُ بِالْقَافِ وَالْفَاءِ مِنْ حَطِّ الشَّارِحِ

قوله يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ

أَيُّ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ تَابِعَةٌ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ .

غَايَةُ

قوله لا يبيعه مَرَابَحَةً حَتَّى يَبِينَ

أَيِّ لَأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالْإِثْلَافِ .

غَايَةً .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ اشْتَرَى بِأَلْفِ نَسِيئَةٍ وَبَاعَ بِرَبْحٍ مِائَةً وَلَمْ يَبِينْ خَيْرَ الْمُشْتَرِي) ؛ لَأَنَّهُ يُرَادُ عَلَى الثَّمَنِ لِأَجْلِ الْأَجَلِ فَكَانَ لَهُ شُبْهَةٌ بِالْمَبِيعِ وَالشُّبْهَةُ فِي هَذَا الْبَابِ مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ وَبَاعَ أَحَدَهُمَا مَرَابَحَةً عَلَى تَمَنُّهِمَا فَيُثْبِتُ لَهُ الْخِيَارُ عِنْدَ عِلْمِهِ بِمِثْلِ هَذِهِ الْخِيَانَةِ أَوْ نَقُولُ : إِنَّ الثَّمَنَ الْمُؤَجَّلَ أَنْقَضُ فِي الْمَالِيَّةِ مِنَ الْحَالِ ، وَلِهَذَا حَرَّمَ الشَّرْعُ النَّسَاءَ فِي الْأَمْوَالِ الرِّبَوِيَّةِ فَيَكُونُ مَا أَخَذَ مِنَ الْمُشْتَرِي أَزِيدَ فِي الْحُكْمِ فَيُثْبِتُ لَهُ الْخِيَارُ عِنْدَ عِلْمِهِ بِذَلِكَ ، وَكَذَا فِي التَّوَلِيَةِ إِذَا عَلِمَ أَنَّ الثَّمَنَ كَانَ مُؤَجَّلًا يُثْبِتُ لَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّ الْخِيَانَةَ فِي التَّوَلِيَةِ مِثْلُهَا فِي الْمَرَابَحَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا مُبْنِيَانِ عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ .

الشرح

قوله : وَلَمْ يَبِينْ خَيْرَ الْمُشْتَرِي

أَيِّ فَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ وَإِنْ شَاءَ قَبْلَ .

هَدَايَةً .

قوله : وَبَاعَ أَحَدَهُمَا مَرَابَحَةً عَلَى تَمَنُّهِمَا

أَيِّ وَذَلِكَ حَرَامٌ يَجِبُ الْإِحْتِرَازُ عَنْهُ فَكَذَا هَذَا أَتَقَانِي

قوله : فَيُثْبِتُ لَهُ الْخِيَارُ عِنْدَ عِلْمِهِ بِمِثْلِ هَذِهِ الْخِيَانَةِ

أَيِّ كَمَا فِي الْعَيْبِ .

هَدَايَةً .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ أَتَلَفَ فَعَلِمَ لَزِمَ بِأَلْفِ وَمِائَةٍ) أَيِّ إِذَا أَتَلَفَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّ الثَّمَنَ كَانَ مُؤَجَّلًا لَزِمَهُ أَلْفٌ وَمِائَةٌ ؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ فَلَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ ، وَإِنَّمَا فِيهِ تَرْفُهُ فَيَزِدَادُ الثَّمَنُ لِأَجَلِهِ فَيُثْبِتُ لَهُ الْخِيَارُ فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ قَائِمًا نَظَرًا لِهَذَا الْجَانِبِ ؛ لِأَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى الْمَرَابَحَةِ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ عَنْ مِثْلِ هَذِهِ الْخِيَانَةِ فَإِذَا هَلَكَ أَوْ اسْتَهْلَكَهُ الْمُشْتَرِي لَمْ يَنْقُ لَهُ الْخِيَارُ نَظَرًا لِجَانِبِ عَدَمِ الْمَالِيَّةِ فِي الْأَجَلِ حَقِيقَةً أَوْ نَقُولُ تَعَدُّ الرَّدُّ بِالْهَلَاكِ فَبَطَلَ خِيَارُهُ كَسَائِرِ الْخِيَارَاتِ مِنْ خِيَارِ الشَّرْطِ أَوْ الرُّوْيَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَكَذَا التَّوَلِيَةُ) أَيِّ التَّوَلِيَةُ مِثْلُ الْمَرَابَحَةِ فِيمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِيَارِ مَا دَامَ الْمَبِيعُ قَائِمًا وَبَعْدَ الْهَلَاكِ أَوْ الْاسْتِهْلَاكِ لَا خِيَارَ لَهُ بَلْ يَلْزِمُهُ جَمِيعُ الثَّمَنِ لِمَا ذَكَرْنَا وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرُدُّ قِيَمَةَ الْهَالِكِ وَيَسْتَرِدُّ كُلَّ الثَّمَنِ كَمَا قَالَ فِيمَا إِذَا اسْتَوْفَى عَشْرَةَ زُبُوفًا مَكَانَ عَشْرَةِ حِيَادٍ وَعَلِمَ بَعْدَ الْإِنْفَاقِ يَرُدُّ مِثْلَ الزُّبُوفِ وَيَرْجِعُ بِالْحِيَادِ ، وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ الْمُخْتَارُ لِلْفَتَاوَى أَنَّ يَوْمَ الْمَبِيعِ بِشَمَنِ حَالٍ وَبِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِفَضْلِ مَا بَيْنَهُمَا لِلتَّعَارُفِ وَهَذَا إِذَا كَانَ الْأَجَلُ مَشْرُوطًا فِي الْعَقْدِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَشْرُوطًا فِيهِ وَلَكِنَّهُ مَعْنَاهُ مُتَعَارَفٌ بَيْنَهُمْ أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ

فِي كُلِّ جُمُعَةٍ قَدَرٌ مَعْلُومٌ قِيلَ : لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُعْتَادَ كَالْمَشْرُوطِ وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً بِلَا بَيَانٍ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ حَالٌ ، وَإِنَّمَا سَامَحَهُ الْبَائِعُ وَاسْتَوْفَى مِنْهُ الثَّمَنَ مُنَحَّمًا وَقَدْ قَالُوا فِي الْمَعْبُونِ غَبْنًا فَاحِشًا لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ بِحُكْمِ الْغَبْنِ ، وَقَالَ أَبُو عَلِيٍّ النَّسَفِيُّ فِيهِ رَوَاتَانِ عَنْ أَصْحَابِنَا وَيُفْتَى بِرَوَايَةِ الرَّدِّ رَفَقًا بِالنَّاسِ وَكَانَ صَدْرُ الْإِسْلَامِ أَبُو الْيَسْرِ يُفْتَى بِأَنَّ الْبَائِعَ إِنْ قَالَ لِلْمُشْتَرِي : قِيمَةُ مَتَاعِي كَذَا أَوْ قَالَ مَتَاعِي يُسَاوِي كَذَا فَاشْتَرَى بِنَاءً عَلَى ذَلِكَ وَظَهَرَ بِخِلَافِهِ لَهُ الرَّدُّ بِحُكْمِ أَنَّهُ غَرَهُ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ لَهُ الرَّدُّ ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ لَا يَرُدُّ بِهِ كَيْفَمَا كَانَ وَالصَّحِيحُ أَنْ يُفْتَى بِالرَّدِّ إِنْ غَرَهُ وَإِلَّا فَلَا .

الشرح

قَوْلُهُ فَإِذَا هَلَكَ أَوْ اسْتَهْلَكَهُ الْمُشْتَرِي

أَيُّ بَوَاحٍ بِأَنْ بَاعَهُ أَوْ بَوَاحٍ آخَرَ .

غَايَةٌ .

قَوْلُهُ : لَمْ يَبْقَ لَهُ الْخِيَارُ

أَيُّ وَلَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ .

أَتَقَانِي قَوْلُهُ : نَظَرًا لِجَانِبِ عَدَمِ الْمَالِيَّةِ فِي الْأَجَلِ حَقِيقَةً (قَالَ الْأَتَقَانِيُّ وَالْأَجَلُ لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ حَقِيقَةً وَلَكِنْ فِيهِ شُبْهَةُ الْمُقَابَلَةِ فَبِاعْتِبَارِ شُبْهَةِ الْخِيَارَةِ كَانَ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ إِنْ كَانَ الْمَبِيعُ قَائِمًا فَأَمَّا أَنْ يَسْقُطَ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ بَعْدَ الْهَلَاكِ بِمُقَابَلَةِ الْأَجَلِ فَلَا .

قَوْلُهُ : بَلْ يَلْزِمُهُ جَمِيعُ الثَّمَنِ

أَيُّ حَالًا كَمَا فِي الْمُرَابِحَةِ .

أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ : وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرُدُّ قِيمَةَ الْهَالِكِ وَيَسْتَرُدُّ كُلَّ الثَّمَنِ الْخ

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ : لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّ قِيمَتَهُ وَيَسْتَرُدَّ الثَّمَنَ ؛ لِأَنَّ الْقِيمَةَ قَامَتْ مَقَامَهُ وَهَذَا عَلَى أَصْلِهِ مُسْتَقِيمٌ كَمَا فِي التَّحَالُفِ وَالتَّرَادُّ أَنَّ الْقِيمَةَ قَامَتْ مَقَامَهُ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا . وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي النَّوَادِرِ أَنَّهُ قَالَ يَرُدُّ قِيمَةَ الْعَيْنِ وَيَسْتَرُدُّ الثَّمَنَ وَهُوَ نَظِيرُ مَا قَالَ فِيمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى آخَرٍ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ جِيَادٍ فَاسْتَوْفَى زُبُوفًا وَلَمْ يَعْلَمْ حَتَّى أَتَفَقَهَا يَرُدُّ زُبُوفًا مِثْلَهَا وَيَأْخُذُ الْجِيَادَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ وَلَّى رَجُلًا شَيْئًا بِمَا قَامَ عَلَيْهِ وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي بِكَمْ قَامَ عَلَيْهِ فَسَدَ الْبَيْعُ) لِحَهَالَةِ الثَّمَنِ جَهَالَةً تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ ، قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ عَلِمَ فِي الْمَجْلِسِ خَيْرٌ) ؛ لِأَنَّ جَهَالَةَ الثَّمَنِ فَسَادٌ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ إِلَّا أَنَّهُ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ غَيْرُ مُتَقَرَّرٍ ؛ لِأَنَّ سَاعَاتِ الْمَجْلِسِ كَسَاعَةِ وَاحِدَةٍ دَفْعًا لِلْعُسْرِ وَتَحْقِيقًا لِلْيُسْرِ فَصَارَ التَّأْخِيرُ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ عَفْوًا كَتَأْخِيرِ الْقَبُولِ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ يَرْتَبِطُ بِالْإِجَابِ وَإِنْ تَخَلَّلَتْ بَيْنَهُمَا سَاعَاتٌ فَكَذَا الْعِلْمُ الْحَاصِلُ فِي آخِرِ الْمَجْلِسِ كَالْعِلْمِ الْحَاصِلِ فِي أَوَّلِهِ فَيَصِحُّ عَلَى تَقْدِيرِ الْإِبْتِدَاءِ ، وَأَمَّا بَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ فَيُصْلَحُ لَا إِبْتِدَاءً لَتَقَرُّرِ الْفَسَادِ بِالْإِفْتِرَاقِ وَهَذَا فَسَادٌ لَا يَحْتَمِلُ الْإِصْلَاحَ وَتَظْيِيرُهُ بَيْعُ الشَّيْءِ بِرَقْمِهِ فَإِنَّ الْبَيْعَ فِيهِ فَاسِدٌ فَإِنْ أَعْلَمَهُ الْبَائِعُ فِي الْمَجْلِسِ صَحَّ وَإِلَّا فَلَا ، وَإِنَّمَا يُخَيَّرُ لِحُلُلٍ فِي رِضَاهُ ؛ لِأَنَّ الرِّضَا بِالشَّيْءِ لَا يَتِمُّ قَبْلَ الْعِلْمِ بِهِ .

الشرح

قوله في الثمن ومن ولي

أي باع له بالتولية

قوله بما قام عليه إلخ

المُرَادُ بِمَا قَامَ عَلَيْهِ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ مَعَ مَا لَحِقَهُ مِنَ الْمُؤَنِ نَحْوَ الصَّبْغِ وَالْفَتْلِ .

أثَقَانِي .

قوله في الثمن ولو علم في المجلس خير إلخ

إِنْ شَاءَ أَحَدٌ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ

قوله : وتظيره بيع الشيء برقمه

أَيُّ بَعْلَامَةٍ أَعْلَمَهَا الْبَائِعُ عَلَى الثُّوبِ أَنْ ثَمَنُهُ كَذَا فَإِنَّهُ مَعْلُومٌ عِنْدَ الْبَائِعِ وَمَجْهُولٌ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَكَانَ الْبَيْعُ فَاسِدًا لِحَهَالَةِ الثَّمَنِ .

أثَقَانِي .

قوله : وإنما يخير لخلل في رضاه إلخ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ : وَإِنَّمَا وَجَبَ الْخِيَارُ لِحُلُلٍ فِي الرِّضَا ؛ لِأَنَّ الرِّضَا لَا يَتَحَقَّقُ قَبْلَ الْمَعْرِفَةِ بِمِقْدَارِ الثَّمَنِ كَمَا لَا يَتَحَقَّقُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ لِلْجَهْلِ بِالصَّوَابِ وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ فِي خِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ فَكَانَ مُلْحَقًا بِهِ

(فَصْلٌ) .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (صَحَّ بَيْعُ الْعَقَارِ قَبْلَ قَبْضِهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَا يَجُوزُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إِذَا اشْتَرَيْتَ شَيْئًا فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَلِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ كَالْمَنْقُولِ ، وَلِهَذَا لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَلَهُمَا أَنَّهُ لَا يَتَوَهَّمُ انْفِسَاخُ الْعَقْدِ فِيهِ بِالْهَلَاكِ وَهُوَ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ فَصَارَ كَالْمَهْرِ وَبَدَلَ الْخُلْعِ وَالْعَتَقِ وَبَدَلَ الصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ هَلَاكَ الْعَقَارِ نَادِرٌ وَلَا يُمَكِّنُ تَعْيِيهِ لِيَصِيرَ هَالِكًا حُكْمًا حَتَّى لَوْ تَصَوَّرَ هَلَاكُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ قَالُوا : لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَذَلِكَ بِأَنَّهُ كَانَ عَلَى شَطِّ النَّهْرِ وَنَحْوِهِ وَمَا رَوَاهُ مَعْلُولٌ بَعَرَّ انْفِسَاخُ الْعَقْدِ بِالْهَلَاكِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَذَلِكَ لَا يَتَصَوَّرُ فِيهِ إِلَّا نَادِرًا وَالنَّادِرُ لَا حُكْمَ لَهُ فَصَارَ كَاخْتِمَالِ غَرَرِ الْانْفِسَاخِ بِالِاسْتِحْقَاقِ بَعْدَ الْقَبْضِ فِيهِ وَفِي الْمَنْقُولِ وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ مَعْلُولٌ بِهِ أَنَّ التَّصَرُّفَ فِي الثَّمَنِ قَبْلَ الْقَبْضِ جَائِزٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا غَرَرَ فِيهِ وَكَذَلِكَ التَّصَرُّفُ فِي الْمَهْرِ وَنَحْوِهِ جَائِزٌ قَبْلَ الْقَبْضِ لِمَا أَمِنَ مِنْهُ وَالْفَقْهُ فِيهِ أَنَّ الْمُطْلَقَ لِلتَّصَرُّفِ وَهُوَ الْمِلْكُ قَدْ وَجَدَ لَكِنَّ الْاِحْتِرَازَ عَنِ الْغَرَرِ وَاجِبٌ مَا أَمَكَّنَ وَذَلِكَ فِيمَا يَتَصَوَّرُ فِيهِ الْغَرَرُ وَالْإِجَارَةُ قَبْلَ الْقَبْضِ قِيلَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ فَلَنَا أَنْ نَمْنَعَ وَقِيلَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَلَا خِلَافٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ وَالْفَرْقُ لَهُمَا أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ الْمَنَافِعَ وَهَلَاكُهَا غَيْرُ نَادِرٍ لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الْمَنْقُولِ .

الشَّرْحُ

(فَصْلٌ) .

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ مَسَائِلُ هَذَا الْفَصْلِ لَمَّا كَانَ الْبَيْعُ فِيهَا مُقَيَّدًا بِوَصْفٍ زَائِدٍ أَشْبَهَتْ الْمُرَابَحَةَ وَالتَّوَلِيَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهِمَا قِيْدًا زَائِدًا عَلَى أَصْلِ الْبَيْعِ وَلَكِنَّهَا لَيْسَتْ بِمُرَابَحَةٍ وَلَا تَوَلِيَةٍ فَجِيءَ بِالْفَصْلِ لِهَذَا .

قَوْلُهُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَهُوَ الْاسْتِحْسَانُ وَالْقِيَاسُ أَنَّ لَا يَجُوزُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَزُفَرٍ وَ الشَّافِعِيِّ كَذَا قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَصَحَّةُ الْقَبْضِ بِأَحَدِ الْأُمْرَيْنِ إِمَّا بِالتَّخْلِيَةِ كَمَا فِي الْمَنْقُولِ وَغَيْرِهِ أَوْ بِحَقِيقَةِ الْقَبْضِ كَمَا فِي الْمَنْقُولِ وَجَهٌ قَوْلُ مُحَمَّدٍ عُمُومُ النَّهْيِ وَهُوَ مَا رَوَى أَنَّهُ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَمَّا لَمْ يَقْبِضْ } وَهُوَ بِعُمُومِهِ يَشْمَلُ الْمَنْقُولَ وَالْعَقَارَ جَمِيعًا وَلِأَنَّ بَيْعَ الْمَنْقُولِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ فَكَذَا غَيْرُ الْمَنْقُولِ ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الْقَبْضِ مَوْجُودٌ فِيهِمَا جَمِيعًا وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْبَيْعِ الرِّبْحُ وَرَبْحٌ مَا لَمْ يَضْمَنْ مِنْهُ شَرْعًا وَالنَّهْيُ يَقْتَضِي الْفَسَادَ فَيَكُونُ الْبَيْعُ فَاسِدًا قَبْلَ الْقَبْضِ كَمَا فِي الْمَنْقُولِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ إِجَارَتُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ

قَوْلُهُ وَلَهُمَا أَنَّهُ لَا يَتَوَهَّمُ انْفِسَاخُ الْعَقْدِ فِيهِ

وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ مَا لَا يَنْفَسَخُ الْعَقْدُ فِيهِ بِالْهَلَاكِ فَالتَّصَرُّفُ فِيهِ جَائِزٌ قَبْلَ الْقَبْضِ كَالْمَهْرِ وَبَدَلَ الْخُلْعِ وَالْعَتَقِ وَبَدَلَ الصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَعَلَّلَ الْكَرْخِي فِي مُحْتَصَرِهِ بِقَوْلِهِ ؛ لِأَنَّ هَلَاكَهُ لَا يَنْقُضُ الْعَقْدَ وَيَكُونُ عَلَى الَّذِي بَدَّلَهُ قِيمَتُهُ قَوْلُهُ وَبَدَلَ الصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ (أَيْ فَإِنَّ التَّصَرُّفَ فِيهَا جَائِزٌ قَبْلَ الْقَبْضِ) .

قوله : وَهَذَا ؛ لِأَنَّ هَلَاكَ الْعَقَارِ نَادِرٌ إِلَّا

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَلَنَا أَنَّ رُكْنَ الْبَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ فَجَازَ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجْزُ بَيْعُ الْمُنْقُولِ قَبْلَهُ لِتَوَهُّمِ انْفِسَاخِ الْعَقْدِ بِهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يُوْجَدُ فِي الْعَقَارِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرُدُّ عَلَيْهِ الْهَلَاكُ إِلَّا نَادِرًا بِعَلَبَةِ الْمَاءِ وَالرَّمْلِ أَوْ تَخْرِيبِ الْفَارِ وَالنَّادِرُ لَا يُعْتَدُّ بِهِ .

قوله : بَأَنَّ كَانَ عَلَى شَطِّ النَّهْرِ وَتَحْوَهُ

أَيُّ بَأَنَّ كَانَ عَلَى طَرَفِ الْمَعَارَةِ الْغَالِبِ عَلَيْهَا الرَّمْلُ .

أَثَقَانِيُّ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ عُلوًّا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ لِتَصَوُّرِ هَلَاكِهِ .

مُحِيطٌ .

قوله : وَمَا رَوَاهُ مَعْلُولٌ إِلَّا

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَالْجَوَابُ عَنْ الْحَدِيثِ فَقَوْلُ الْمُرَادِ مِنْهُ بَيْعُ الْمُنْقُولِ وَمَا يُمَكِّنُ قَبْضَهُ بِالْبَرَا جِم ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْقَبْضُ فِي الْحَقِيقَةِ يَدُلُّ عَلَيْهِ مَا رَوِيَ أَنَّهُ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى أَنْ تُبَاعَ السَّلْعُ حَيْثُ تُبَاعُ حَتَّى تَحْوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهَا } ؛ لِأَنَّ الْحَوْزَ إِلَى الرَّحْلِ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الْمُنْقُولِ وَلِأَنَّهُ عَامٌّ مَخْصُوصٌ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَجُوزُ الْإِعْتَاقُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْوَصِيَّةُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَيَحْتَصُّ بِالْمُنْقُولِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُرَادُ إِجْمَاعًا وَفِي غَيْرِهِ خِلَافٌ وَلِأَنَّ الْقِيَاسَ أَنْ يَجُوزَ بَيْعُ الْمُنْقُولِ قَبْلَ الْقَبْضِ أَيْضًا لِلدَّلَائِلِ حَوَازِ الْبَيْعِ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ إِلَّا أَنَّهُ تَرَكَ الْقِيَاسَ بِالْحَدِيثِ فَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَعَلَّلَ الْحَدِيثَ بِغَرَرِ انْفِسَاخِ الْعَقْدِ بِهَلَاكِ الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّ الْعَامَّ إِذَا لَمْ يُمَكِّنْ إِجْرَاؤُهُ عَلَى الْعُمُومِ حُمِلَ عَلَى أَخْصِ الْخُصُوصِ ثُمَّ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ : فَإِنْ قُلْتَ فِي الْعَقَارِ أَيْضًا يُتَوَهُّمُ انْفِسَاخُ الْعَقْدِ بَأَنَّ يَرُدُّ بِالْعَيْبِ قُلْتَ لَا يَسْتَقِيمُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ حِينَ حَازَ الْبَيْعُ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ بَصِيرُ الْمَبِيعِ مُلْكًا

لِلْمُشْتَرِي الثَّانِي فَبَعْدَ ذَلِكَ لَا يَقْدِرُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ عَلَى رَدِّهِ بِالْعَيْبِ فَرَأَى تَوَهُّمَ انْفِسَاخِ الْعَقْدِ فَإِنْ قُلْتَ غَرَرُ انْفِسَاخِ الْعَقْدِ مَوْجُودٌ بَعْدَ الْقَبْضِ أَيْضًا بِظُهُورِ الْإِسْتِحْقَاقِ فَكَيْفَ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ قُلْتَ : لِأَنَّ الْحَدِيثَ مَعْلُولٌ بِغَرَرِ انْفِسَاخِ الْعَقْدِ فِيمَا قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ أَخْصُ الْخُصُوصِ لِمَا قُلْنَا عَلَى أَنَّا نَقُولُ يَلْزَمُ حِينَئِذٍ أَنْ يَكُونَ بَابُ الْبَيْعِ مَسْدُودًا وَهُوَ مَفْتُوحٌ بِدَلِيلِ حَوَازِ الْبَيْعِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَا يَبِيعُ الْمُنْقُولُ) أَيُّ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمُنْقُولِ قَبْلَ الْقَبْضِ لِمَا رَوَيْنَا وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إِذَا ابْتِغَتْ طَعَامًا فَلَا تَبِيعْهُ حَتَّى تَسْتَوْفِيَهُ } رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَأَحْمَدُ وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرُ انْفِسَاخِ الْعَقْدِ عَلَى اعْتِبَارِ الْهَلَاكِ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا هَلَكَ الْمَبِيعُ قَبْلَ الْقَبْضِ يَنْفَسَخُ الْعَقْدُ فَيَتَبَيَّنُّ أَنَّهُ بَاعَ مَا لَا يَمْلِكُ وَالْغَرَرُ حَرَامٌ لِمَا رَوَيْنَا وَفِي الْمُحِيطِ لَوْ بَاعَ غَيْرَ الْمُنْقُولِ قَبْلَ الْقَبْضِ إِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ نَقَدَ الثَّمَنَ فَالْبَيْعُ الثَّانِي نَافِذٌ ؛ لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى التَّسْلِيمِ إِذْ لَيْسَ لِلْبَائِعِ مَنَعُ الْمَبِيعِ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ فَالْبَيْعُ الثَّانِي مَوْقُوفٌ وَهُوَ الْأَصْلُ كَبَيْعِ الْمَرْهُونِ وَلَوْ كَاتَبَ الْعَبْدَ الْمَبِيعَ قَبْلَ الْقَبْضِ تَوَقَّفَتْ كِتَابَتُهُ وَكَانَ لِلْبَائِعِ حِسُّهُ بِالثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ مُحْتَمَلَةً لِلْفَسْخِ فَلَمْ تُنْفَذْ فِي حَقِّ الْبَائِعِ نَظَرًا لَهُ

وَأِنْ نَقَدَ الثَّمَنَ نَفَذَتِ الْكِتَابَةُ لِزَوَالِ الْمَانِعِ وَلَوْ وَهَبَ الْمَبِيعُ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ تَصَدَّقَ بِهِ أَوْ أَقْرَضَهُ أَوْ رَهَنَهُ مِنْ غَيْرِ الْبَائِعِ لَمْ يَجْزُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكِ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَيَجُوزُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ لَا تَجُوزُ إِلَّا بَعْدَ الْقَبْضِ وَغَيْرُ الْبَائِعِ يَصْلُحُ نَائِبًا عَنِ الْمُشْتَرِي فِي الْقَبْضِ فَيَصِيرُ قَبْضُ الْمَأْمُورِ قَبْضًا لَهُ أَوَّلًا بِحُكْمِ النَّيَابَةِ ثُمَّ يَصِيرُ قَابِضًا لِنَفْسِهِ بِالتَّمْلِيكِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ يُفِيدُ الْمِلْكَ قَبْلَ الْقَبْضِ وَتَمْلِيكَ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ فَاسِدٌ وَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ ؛ لِأَنَّهَا بَيْعُ الْمَنْفَعَةِ فَلَا تَجُوزُ كَبَيْعِ الْعَيْنِ لِتَمَكُّنِ غَرَرِ الْإِنْفِسَاخِ فِيهَا بِهَلَاكِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْأُجْرَةِ الْعَيْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَبِيعِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَيْنَ لَوْ هَلَكَتْ انْتَقَضَتِ الْإِجَارَةُ وَيَجُوزُ تَرْوِيحُ الْأَمَةِ الْمَبِيعَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ تَمَكُّنَ الْغَرَرِ فِيهِ لَا يَمْنَعُ جَوَازَهُ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ الْآبِقَةَ جَازَ وَإِنْ تَمَكَّنَ الْغَرَرُ فِيهِ فَإِنَّهَا لَا يُدْرَى أَحْيَا هِيَ أَمْ مَيِّتَةٌ وَلَوْ وَهَبَ الْمَبِيعُ مِنْ الْبَائِعِ قَبْلَ قَبْضِهِ فَقَبْلَهُ الْبَائِعُ انْتَقَضَ الْبَيْعُ وَلَوْ بَاعَهُ مِنْهُ لَمْ يَصِحَّ هَذَا الْبَيْعُ وَلَمْ يُنْتَقِضْ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ وَالْفَرْقُ أَنَّ الْهَبَةَ مَجَازٌ عَنِ الْإِقَالَةِ يُقَالُ هَبَ لِي ذَنْبِي وَأَقْلَبِي عَثْرَتِي بِخِلَافِ الْبَيْعِ .

الشرح

قوله في المتن : لا بيع المنقول

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَئِنْ فِي الْمَنْقُولِ غَرَرٌ انْفِسَاخُ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ عَلَى اعْتِبَارِ هَلَاكِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَيَتَبَيَّنُ حِينَئِذٍ أَنَّهُ بَاعَ مِلْكَ الْغَيْرِ بغيرِ إِذْنِهِ وَذَلِكَ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ وَقَدْ رُوِيَ فِي السُّنَنِ مُسْنَدًا إِلَى الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ { النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ } وَالْغُرُورُ مَا طَوِيَ عَنْكَ عِلْمُهُ وَجُمْلَةُ الْقَوْلِ فِيهِ مَا قَالَ صَاحِبُ الْإِيضَاحِ أَنَّ كُلَّ عَوْضٍ مُلْكٌ بَعْدَ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ فِيهِ بِهَلَاكِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَجْزِ التَّصَرُّفُ فِيهِ كَالْمَبِيعِ وَالْأُجْرَةُ إِذَا كَانَتْ عَيْنًا وَبَدَلُ الصُّلْحِ إِذَا كَانَ مُعِينًا وَمَا لَا يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِهَلَاكِهِ فَالتَّصَرُّفُ فِيهِ جَائِزٌ قَبْلَ الْقَبْضِ كَالْمَهْرِ وَبَدَلِ الْخُلْعِ وَالْعَنْقِ عَلَى مَالٍ وَبَدَلِ الصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَعَلَلِ الْكَرْحِيِّ فِي مُخْتَصَرِهِ بِقَوْلِهِ ؛ لِأَنَّ هَلَاكَهُ لَا يَنْقُضُ الْعَقْدَ وَيَكُونُ عَلَى الَّذِي بَدَلَهُ قِيمَتُهُ .

قوله : ولأن فيه غرر انفساخ العقد

أَيُّ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ وَفَسْرُهُ بَعْضُ الشَّارِحِينَ بِقَوْلِهِ أَيُّ الْعَقْدِ الثَّانِي وَكَأَنَّهُ سَهْوُ الْقَلَمِ أَوْ غَلْطٌ فِي الْأَصْلِ .

غاية .

قوله : وفسره بعض الشارحين

أَرَادَ بِهِ صَاحِبُ النَّهَايَةِ .

قوله : وفي المحيط لو باع غير المنقول الخ

قَالَ شَيْخُنَا صَلَاحُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي حَوَاشِي ابْنِ فَرِشْتَا بَعْدَ أَنْ سَأَلَ مَا نَقَلَهُ الرَّزِيلِيُّ عَنِ الْمُحِيطِ مَا نَصُّهُ الظَّاهِرُ أَنَّ لَفْظَةَ غَيْرٍ فِي قَوْلِهِ لَوْ بَاعَ غَيْرَ الْمَنْقُولِ زَائِدَةٌ لِأَنَّ صَاحِبَ الْمُحِيطِ قَالَ وَيَجُوزُ بَيْعُ الْعَقَارِ قَبْلَ الْقَبْضِ إِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ نَقَدَ الثَّمَنَ فَالْبَيْعُ الثَّانِي نَافِذٌ إِنْ بَاعَ الْغَيْرُ وَهَذَا إِنَّمَا يَتَأْتِي فِي الْمَنْقُولِ إِذَا بَيْعَ الْعَقَارِ جَائِزٌ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ عَلَى نَقْدِ الثَّمَنِ لَكِنْ لَمَّا ذَكَرَهُ عَقِيبَ تَفْرِيعِ الْعَقَارِ تَوَهَّم الشَّارِحُ أَنَّ ذَلِكَ فِي غَيْرِ الْمَنْقُولِ وَلَيْسَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

قوله : ولو وهب المبيع قبل القبض الخ

قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَلَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ قَبْلَ الْقَبْضِ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ الْقَبْضِ صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أَخْتُ الْمِيرَاثِ وَلَوْ مَاتَ قَبْلَ الْقَبْضِ يَكُونُ مَوْرُوثًا لِلْوَرَثَةِ فَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ .

أَتَقَانِي .

قوله : ولو وهب المبيع من البائع الخ

وَلَوْ رَهَنَهُ مِنَ الْبَائِعِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَا يَصْلُحُ نَائِبًا عَنْهُ فِي الْقَبْضِ .

مُحِيطٌ .

قوله : بخلاف البيع

أَيُّ فَإِنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْمَجَازَ عَنِ الْإِقَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ ضِدُّهَا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ اشْتَرَى مَكِيلًا كَيْلًا حَرَمَ بَيْعُهُ وَأَكَلَهُ حَتَّى يَكِيلَهُ وَمِثْلُهُ الْمَوْزُونُ وَالْمَعْدُودُ) أَيُّ لَوْ اشْتَرَى الْمَكِيلَ بِشَرْطِ الْكَيْلِ أَوْ الْمَوْزُونِ بِشَرْطِ الْوِزْنِ أَوْ الْمَعْدُودَ بِشَرْطِ الْعَدِّ لَمْ يَجْزُ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ قَبْلَ الْكَيْلِ وَالْوِزْنِ وَالْعَدِّ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ لِقَوْلِ جَابِرٍ { أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ صَاعُ الْبَائِعِ وَصَاعُ الْمُشْتَرِي } رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ وَالْدَّارِقُطْنِيُّ وَعَنْ عُثْمَانَ أَنَّهُ قَالَ { كُنْتُ أَتْبَاعُ التَّمْرِ مِنْ بَطْنٍ مِنَ الْيَهُودِ يُقَالُ لَهُمْ بَنُو قَيْنَقَاعَ وَأَبِيعُهُ بِرَبْحٍ فَبَلَغَ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ : يَا عُثْمَانُ إِذَا ابْتَعْتَ فَاكْتُلْ وَإِذَا بَعْتَ فَكُلْ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَلِأَنَّ الْكَيْلَ وَالْوِزْنَ وَالْعَدَّ مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ فَأَصْلُ الْقَبْضِ شَرْطٌ لِحَوَازِ التَّصَرُّفِ فِيهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا فَكَذَا تَمَامُهُ وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَزِيدَ عَلَى الْمَشْرُوطِ وَذَلِكَ لِلْبَائِعِ فِي الْمُقَدَّرَاتِ وَالتَّصَرُّفِ فِي مَالِ الْغَيْرِ حَرَامٌ فَيَجِبُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ مُجَازَفَةً ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَهُ إِذَا وَجَدَهُ أَكْثَرَ مِنْ كَيْلِ الْبَائِعِ بَأَن كَانَ كَالَهُ قَبْلَ الْبَيْعِ .

وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الثَّوْبَ مُدَارَعَةً وَلَمْ يُسَمِّ لِكُلِّ ذِرَاعٍ ثَمَنًا ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَهُ إِذَا الدَّرْعُ وَصَفَتْ فِيهِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَيَّنَّ لِكُلِّ ذِرَاعٍ ثَمَنًا ؛ لِأَنَّهُ بِذَلِكَ التَّحَقُّقِ بِالْقَدْرِ فِي حَقِّ الزِّيَادَةِ الثَّمَنِ عَلَى مَا بَيَّنَّا فَصَارَ الْمَبِيعُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ هُوَ الثَّوْبُ الْمُقَدَّرُ وَذَلِكَ يَظْهَرُ بِالذَّرْعِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ

الْقَدْرَ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ فِي الْمَقْدَرَاتِ حَتَّى يَجِبَ عَلَيْهِ رُدُّ الزِّيَادَةِ فِيمَا لَا يَضُرُّهُ التَّيَعِيزُ وَتَلَزُمُهُ الزِّيَادَةُ مِنَ الثَّمَنِ فِيمَا يَضُرُّهُ وَيَنْقُصُ مِنْ ثَمَنِهِ عِنْدَ انْتِفَاضِهِ

هَذَا إِذَا كَانَ الْمَوْزُونُ غَيْرَ الدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ ، وَأَمَّا الدَّرَاهِمُ وَالْدَّنَانِيرُ فَيَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِمَا بَعْدَ الْقَبْضِ قَبْلَ الْوَزْنِ ؛ لِأَنَّ الْوَزْنَ فِيهِمَا أَخَذُ مَعْنَى تَعْيِينِ الْمُسْتَحَقِّ بِالْعَقْدِ وَفِي غَيْرِهِمْ لَمْ يَأْخُذْهُ كَذَا فِي الْإِبْضَاحِ وَفِي الْمُحِيطِ لَوْ كَانَ الْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ ثَمَنًا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ ؛ لِأَنَّ الْكَيْلَ وَالْوَزْنَ مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ وَيَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي الثَّمَنِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَلَأَنَّ يَجُوزُ قَبْلَ تَمَامِهِ أَوْلَى فَصَارَ كَالْمَهْرِ الْمَكِيلِ فَإِذَا كَانَ كَيْلُ الْمَبِيعِ شَرْطًا لِحَوَازِ التَّصَرُّفِ لَا يُعْتَبَرُ كَيْلُ الْبَائِعِ قَبْلَ الْبَيْعِ وَإِنْ كَانَ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِكَيْلِ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَهُوَ الشَّرْطُ وَلَا كَيْلُهُ بَعْدَ الْبَيْعِ مَعَ غَيْبَةِ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْكَيْلَ مِنْ تَمَامِ التَّسْلِيمِ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ بِهِ يَصِيرُ مَعْلُومًا وَلَا تَسْلِيمَ إِلَّا بِحَضْرَتِهِ وَلَوْ كَالَهُ الْبَائِعُ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْبَيْعِ قِيلَ لَا يُكْتَفَى بِهِ لِظَاهِرِ الْحَدِيثِ فَإِنَّهُ اشْتَرَطَ فِيهِ صَاعَتَيْنِ .

وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ صَارَ مَعْلُومًا بِكَيْلٍ وَاحِدٍ وَتَحَقَّقَ مَعْنَى التَّسْلِيمِ وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا اجْتَمَعَتِ الصَّفَقَتَانِ عَلَى مَا بُيِّنَ فِي بَابِ السَّلَمِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَجَعَلَ فِي الْمُخْتَصَرِ الْمَعْدُودَ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَاخْتَارَهُ الْكَرْخِيُّ وَعَنْهُ أَنَّهُ كَالْمَذْرُوعِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَقْدَرٍ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا كَالْمَذْرُوعِ وَجَهُ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمَعْدُودَ الْمُتَقَارِبَ يُسَاوِي الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونِ فِيمَا تَعَلَّقَ بِهِ الْفَسَادُ وَهُوَ جِهَالَةُ الْمَبِيعِ لِاحْتِمَالِ الزِّيَادَةِ فَإِنْ مَنْ اشْتَرَى حَوْزًا عَلَى أَنَّهُ أَلْفٌ فَوَجَدَهُ أَكْثَرَ يَرُدُّ الزَّائِدَ

وَإِنْ وَجَدَهُ أَنْقَصَ سَقَطَ عَنْهُ الثَّمَنُ بِخِلَافِ الرِّبَا ؛ لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمُمَاتِلَةِ بِدَلِيلٍ يُوجِبُهَا وَهَذَا أَظْهَرُ وَلَوْ اشْتَرَى الْمَكِيلَ أَوْ الْمَوْزُونِ شِرَاءً فَاسِدًا فَقَبَضَهُ ثُمَّ بَاعَهُ بِغَيْرِ كَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ فَالْبَيْعُ الثَّانِي جَائِزٌ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ يَثْبِتُ بِالْقَبْضِ فَصَارَ الْمَمْلُوكُ قَدْرَ الْمَقْبُوضِ لَا قَدْرَ الْمَذْكُورِ فِيهِ فَصَارَ نَظِيرٌ مَنْ اسْتَفْرَضَ طَعَامًا بِكَيْلٍ ثُمَّ بَاعَهُ مُكَائِلَةً لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ الْكَيْلِ كَذَا فِي الْإِبْضَاحِ وَهَذَا الْإِسْتِشْهَادُ يَسْتَقِيمُ عَلَى قَوْلٍ مَنْ شَرَطَ الْكَيْلَ مَرَّتَيْنِ فِي الْمَبِيعِ .

الشرح

قوله في المتن : ولو اشترى مكيلا الخ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ قَالَ إِذَا اشْتَرَيْتَ شَيْئًا مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ أَوْ يُعَدُّ فَاشْتَرَيْتَ مَا يُكَالُ كَيْلًا أَوْ مَا يُوزَنُ وَزْنًا أَوْ مَا يُعَدُّ عَدًّا فَلَا تَبِعُهُ حَتَّى تَكِيلَهُ أَوْ تَزَنَهُ أَوْ تُعَدَّهُ فَإِنْ بَعْتَهُ قَبْلَ أَنْ تَفْعَلَ وَقَدْ قَبَضْتَهُ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ فِي الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ وَإِنْ اشْتَرَيْتَ مُذَارَعَةً وَقَبَضْتَهُ ثُمَّ بَعْتَهُ قَبْلَ أَنْ تَذَرَعَهُ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ هَذَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي أَصْلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ ذَكَرَ أَوَّلًا أَنَّهُ لَا يَبِيعُ الْعَدَدِيَّ إِذَا اشْتَرَاهُ عَدًّا حَتَّى يَعُدَّهُ وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ لَوْ بَاعَهُ قَبْلَ الْعَدِّ مَا حُكِمَ بِهِ ، وَقَالَ أَبُو الْوَيْثِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ ذَكَرَ أَبُو يُوسُفَ فِي الْأُمَالِي فَقَالَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَجُوزُ وَأَبُو حَنِيفَةَ جَعَلَ ذَكَرَ الْعَدَدَ بِمَنْزِلَةِ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ وَأَبُو يُوسُفَ جَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ الذَّرْعِ وَهَكَذَا ذَكَرَ الْخِلَافَ بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ فِي مُخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ ثُمَّ ذَكَرَ الْفَقِيهَ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي يُوسُفَ وَهَكَذَا ذَكَرَ عَامَّةُ مَشَايِخِنَا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَإِلَيْهِ ذَهَبَ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ وَلَكِنْ ذَكَرَ الْإِمَامُ الْإِسْبِيحَانِيُّ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ .

ثُمَّ عَلِمَ أَنَّ الْأُمُورَ ثَلَاثَةٌ أَفْسَامُ مُقَدَّرَاتٍ كَالْكَيْلِيِّ وَالْوَزْنِيِّ وَعَدَدِيَّاتٍ وَمَذْرُوعَاتٍ فِيهِ الْقِسْمُ الْأَوَّلُ إِنْ كَانَ اشْتَرَاهُ مُجَازَفَةً وَقَبَضَهُ جَازَ

تَصَرُّفُهُ قَبْلَ الْكَيلِ وَالْوَزْنِ ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ مَبِيعٌ فَيَكُونُ بَائِعًا مِلْكَ نَفْسِهِ فَجَازَ وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ مُجَازَفَةً وَإِنْ اشْتَرَاهُ بِشَرْطِ الْكَيلِ وَالْوَزْنِ بِأَنْ قَالَ اشْتَرَيْتَ عَلَى أَنَّهَا عَشْرَةٌ أَقْفَرَةٌ

أَوْ عَلَى أَنَّهُ كَذَا مَتَى لَمْ يَجْزُ تَصَرُّفُهُ حَتَّى يُعِيدَ الْكَيلَ وَالْوَزْنَ وَذَلِكَ لِمَا رَوَى عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ صَاعَانِ صَاعُ الْبَائِعِ وَصَاعُ الْمُشْتَرِي { فَلَمَّا ثَبَتَ بِهَذَا الْحَدِيثِ حُكْمُ الْكَيلِ ثَبَتَ حُكْمُ الْوَزْنِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُمَا يَجْرِيَانِ مَجْرًى وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُمَا شَطْرُ عِلَّةِ الرَّبَا وَالْفَقْهُ فِيهِ أَنَّ النَّهْيَ عَنِ الْبَيْعِ يَدُلُّ عَلَى فُسَادِهِ إِذَا كَانَ لِمَعْنَى فِي الْمَبِيعِ وَهُوَ جَهَالَتُهُ بَيَانُ ذَلِكَ أَنَّ الْبَيْعَ تَنَاولَ مَا يَحْوِيهِ الْكَيلُ وَالْوَزْنُ وَهُوَ مَجْهُولٌ لِاحْتِمَالِ الزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ فَإِنْ زَادَ رَدُّ الزِّيَادَةِ وَإِنْ نَقَصَ رَجَعَ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ فَإِذَا كَانَ يَكُونُ فِيهِ احْتِمَالُ خَلْطِ الْمَبِيعِ بِغَيْرِ الْبَيْعِ وَالتَّحَرُّزُ عَنْ مِثْلِهِ وَاجِبٌ فَلَمْ يَجْزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بَعْدَ الْقَبْضِ قَبْلَ الْكَيلِ وَالْوَزْنِ وَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ قَبْلَ الْبَيْعِ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي أَوْ غَيْبَتِهِ لَا يُعْتَبَرُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ صَاعُ الْبَائِعِ وَلَا صَاعُ الْمُشْتَرِي وَالشَّرْطُ أَنْ يُوجَدَ الصَّاعَانِ مِنْهُمَا بِالْحَدِيثِ .

وَإِنْ كَانَهُ أَوْ وَزَنَهُ بَعْدَ الْعَقْدِ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي مَرَّةً فِيهِ اخْتِلَافُ الْمَشَايِخِ قَالَ عَامَّتُهُمْ كَفَاهُ ذَلِكَ حَتَّى يَحِلَّ لِلْمُشْتَرِي التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ الْكَيلِ وَالْوَزْنِ ثَانِيًا ، وَعِنْدَ الْبَعْضِ لَا بُدَّ مِنَ الْكَيلِ وَالْوَزْنِ مَرَّتَيْنِ احْتِجَاجًا بِالْحَدِيثِ وَالصَّحِيحِ قَوْلُ الْعَامَّةِ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ مِنَ الْكَيلِ أَوْ الْوَزْنِ إِعْلَامُ الْمَبِيعِ وَإِفْرَازُهُ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِالْوَاحِدِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْإِعَادَةِ قَالُوا الْحَدِيثُ وَرَدَّ فِيهِمَا إِذَا وَجَدَ عَقْدَانِ بِشَرْطِ الْكَيلِ بِأَنْ يَشْتَرِيَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ مِنْ رَجُلٍ كُرًّا مِثْلَ كُرِّ السَّلَمِ وَأَمَرَ رَبَّ السَّلَمِ بِقَبْضِهِ اقْتِضَاءً عَنِ السَّلَمِ ، فَإِنْ ثَمَّةٌ يُشْتَرَطُ صَاعَانِ صَاعٌ لِلْمُسْلِمِ وَصَاعٌ لِرَبِّ السَّلَمِ بَعْدَ ذَلِكَ فَيَكِيلُهُ لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ أَوَّلًا ثُمَّ يَكِيلُهُ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ هَاهُنَا وَجَدَ عَقْدَانِ بِشَرْطِ الْكَيلِ فَيَشْتَرِطُ لِكُلِّ عَقْدٍ كَيْلٌ عَلَى حِدَةٍ فَلَمَّا إِذَا كَانَهُ الْبَائِعُ بَعْدَ الْعَقْدِ بِغَيْبَةِ الْمُشْتَرِي فَلَا يُعْتَبَرُ ذَلِكَ عَلَى قَوْلِ ذَلِكَ الْبَعْضِ بَلَا شَكٍّ ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ عَامَّةِ الْمَشَايِخِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَكْتَفِي بِذَلِكَ حَتَّى يُوجَدَ كَيْلٌ آخَرَ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْكَيلَ مِنْ حُمْلَةِ التَّسْلِيمِ ؛ لِأَنَّ بِهِ يَمْتَنَزُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِهِ وَالتَّسْلِيمُ مِنَ الْعَائِبِ لَا يَتَحَقَّقُ إِذَا لَمْ يَفْعَلْ حَتَّى بَاعَهُ بَعْدَمَا قَبِضَهُ فَسَدَ لَجَهَالَةِ الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَزِيدَ فَيَخْتَلِطُ الْمَبِيعُ بِغَيْرِهِ وَاسْتَدَلُّوا بِمَا ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ فِي بَيْعِ قَفِيزٍ مِنْ صَبْرَةٍ إِذَا كَالَ الْبَائِعُ مِنْهُ قَفِيزًا بِغَيْرِ حَضْرَةِ الْمُشْتَرِي فَهَلْكَ أَنَّ الْبَيْعَ قَائِمٌ يَتَعَيَّنُ فِيهِمَا بَقِيٌّ وَلَا يُقْطَعُ بِهِ الْإِفْرَازُ وَمَسْأَلَتُنَا وَتِلْكَ الْمَسْأَلَةُ عَلَى السَّوَاءِ قَالَ قَاضِي خَانَ وَإِنْ اشْتَرَى مُكَائِلَةً وَبَاعَ مُجَازَفَةً قَبْلَ الْكَيلِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لَا يَجُوزُ وَذَكَرَ ابْنُ رُسْتَمٍ فِي نَوَادِرِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ

قَوْلُهُ : وَفِي الْمَحِيطِ لَوْ كَانَ الْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ ثَمَنًا (أَيِ بَأْنِ بَاعَ شَيْئًا بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ فِي الذِّمَّةِ ، وَأَمَّا إِذَا كَانَا مُشَارًا إِلَيْهِمَا فَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِمَا قَبْلَ الْقَبْضِ .

قَوْلُهُ : وَالحَدِيثُ مَحْمُولٌ إلَى الْخ

قَالَ فِي الْمُسْتَصْنَى وَمَحْمَلُ الْحَدِيثِ اجْتِمَاعُ الصَّفَقَتَيْنِ بِشَرْطِ الْكَيلِ وَصُورَتُهُ رَجُلٌ أَسْلَمَ فِي كُرٍّ فَلَمَّا حَلَّ الْأَجَلَ اشْتَرَى الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ مِنْ رَجُلٍ كُرًّا وَأَمَرَ رَبَّ السَّلَمِ أَنْ يَقْبِضَهُ قَضَاءً لَمْ يَكُنْ قَضَاءً وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ لَهُ ثُمَّ يَقْبِضَهُ لِنَفْسِهِ فَكَتَالَهُ ثُمَّ اكْتَالَ لِنَفْسِهِ جَازَ كَذَا فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالْمَبْسُوطِ

)

فَرَعُ) اسْتَفْرَضَ ثُمَّ قَضَاهُ فَقَبِضَ الْمُفْرَضُ مِنْ غَيْرِ كَيْلٍ حَلَّ لَهُ التَّصَرُّفُ بِلَا كَيْلٍ بِخِلَافِ الْبَيْعِ .

مُنْيَةٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَا الْمَذْرُوعُ) أَيُّ لَا يَحْرُمُ التَّصَرُّفُ فِي الْمَبِيعِ الْمَذْرُوعِ بَعْدَ الْقَبْضِ قَبْلَ الذَّرْعِ وَإِنْ اشْتَرَاهُ بِشَرْطِ الذَّرْعِ ؛ لِأَنَّ الذَّرْعَ وَصَفٌ لَهُ وَلَيْسَ بِقَدَرٍ فَيَكُونُ كُلُّهُ لِلْمُشْتَرِي بِلَا زِيَادَةٍ ثَمَنٍ وَلَا نُقْصَانٍ إِنْ وَجَدَهُ زَائِدًا أَوْ نَاقِصًا هَذَا إِذَا لَمْ يُسَمَّ لِكُلِّ ذِرَاعٍ ثَمَنًا وَإِنْ سَمِيَ فَلَا يَحِلُّ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ حَتَّى يَذَرَ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الثَّمَنِ : لَا الْمَذْرُوعُ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَأَمَّا الْمَذْرُوعَاتُ كَالثُّوبِ وَالْعَقَارِ وَنَحْوِ ذَلِكَ فَإِنْ اشْتَرَى مُجَازِفَةً أَوْ بِشَرْطِ الذَّرْعِ بِأَنْ اشْتَرَى عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَذْرَعٍ مَثَلًا فَقَبْضُهُ يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ الذَّرْعِ ؛ لِأَنَّ احْتِمَالَ خَلْطِ الْمَبِيعِ بغيرِهِ لَيْسَ بِثَابِتٍ ؛ لِأَنَّ الذَّرْعَ صِفَةٌ يُمْلِكُ بِمِلْكِ الْأَصْلِ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَصَحَّ التَّصَرُّفُ فِي الثَّمَنِ قَبْلَ قَبْضِهِ) ؛ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ لِلتَّصَرُّفِ الْمِلْكُ وَقَدْ ثَبَتَ لَهُ فِيهِ الْمِلْكُ وَالنَّهْيُ وَرَدَ فِي الْمَبِيعِ لِاحْتِمَالِ غَرَرِ الْإِنْفِسَاحِ وَلَا يُتَصَوَّرُ ذَلِكَ فِي الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ فِي الذِّمَّةِ وَلَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وَلِأَنَّ الثَّمَنَ مَا وَجَبَ فِي الذِّمَّةِ وَالْقَبْضُ لَا يَرُدُّ عَلَيْهِ حَقِيقَةً ، وَإِنَّمَا يَقْبِضُ غَيْرُهُ مِثْلُهُ عَيْنًا فَيَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ فَيَلْتَقِيَانِ قِصَاصًا وَهَذَا تَصَرُّفٌ فِيهِ وَلَا يُتَصَوَّرُ خِلَافُ ذَلِكَ وَلَا فَرْقٌ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمُقْبِوضُ مِنْ جَنْسِهِ أَوْ مِنْ خِلَافِ جَنْسِهِ إِذْ الْكُلُّ مُعَاوَضَةٌ وَقَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ { كُنَّا نَبِيعُ الْإِبِلَ بِالْبَقِيعِ فَتَأْخُذُ مَكَانَ الدَّرَاهِمِ الدَّنَانِيرَ وَمَكَانَ الدَّنَانِيرِ الدَّرَاهِمُ فَكَانَ يُجَوِّزُهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ } بِخِلَافِ السَّلَمِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذَ خِلَافَ جَنْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ دَيْنًا جَعَلَهُ الشَّرْعُ كَالْمَبِيعِ الْمُعَيَّنِ فِي حَقِّ التَّصَرُّفِ ، وَكَذَا بَدَلُ الصَّرْفِ لِمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ وَالْمُرَادُ بِالتَّصَرُّفِ فِي الثَّمَنِ تَمْلِكُهُ مِمَّنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِعَوَضٍ أَوْ بِغَيْرِ عَوَضٍ حَتَّى لَا يَجُوزَ أَنْ يَمْلِكَهُ مِنْ غَيْرٍ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الثَّمَنِ : وَصَحَّ التَّصَرُّفُ فِي الثَّمَنِ إِخْ

اعْلَمْ أَنَّ التَّصَرُّفَ فِي الْأَثْمَانِ وَسَائِرِ الدُّيُونِ مِنَ الْمَهْرِ وَالْأَجْرَةِ وَضَمَانِ الْمُتَلَفَاتِ وَنَحْوِهَا سِوَى الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ جَائِزٌ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ مُطْلَقٌ وَكَانَ الْقِيَاسُ أَيْضًا ذَلِكَ فِي الْمَبِيعِ الْمُتَقُولِ إِلَّا أَنَّهُ تَرَكَ ذَلِكَ لِلْحَدِيثِ وَهُوَ مَعْلُومٌ بِغَرَرِ انْفِسَاحِ الْعَقْدِ وَلَمْ يُوْجَدْ هَذَا الْمَعْنَى فِي الْأَثْمَانِ وَالدُّيُونِ قَالَهُ الْأَثَقَانِيُّ ثُمَّ قَالَ ، وَأَمَّا الْمِيرَاثُ فَالتَّصَرُّفُ فِيهِ جَائِزٌ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ يَخْلُفُ الْمَوْرُوثَ فِي الْمِلْكِ ، وَكَذَا الْمُوصَى لَهُ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أَخَذَتْ الْمِيرَاثَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالزَّيَادَةُ فِيهِ وَالْحَطُّ مِنْهُ وَالزَّيَادَةُ فِي الْمَبِيعِ وَيَتَعَلَّقُ الْاسْتِحْقَاقُ بِكُلِّهِ) أَيِ يَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ وَيَجُوزُ لِلْبَائِعِ أَنْ يَحْطُ مِنَ الثَّمَنِ وَأَنْ يَزِيدَ فِي الْمَبِيعِ وَيَلْتَحِقَ بِأَصْلِ الْعَقْدِ وَيَتَعَلَّقُ الْاسْتِحْقَاقُ بِجَمِيعِ ذَلِكَ حَتَّى لَا يَكُونَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يُطَالِبَ بِالْمَبِيعِ حَتَّى يَدْفَعَ الزَّيَادَةَ وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الزَّيَادَةَ وَيَمْلِكُ الْمُشْتَرِي الْمُطَالَبَةَ بِتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ كُلِّهِ بِتَسْلِيمِ مَا بَقِيَ مِنَ الْحَطِّ ، وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ لَا يَصِحَّانِ عَلَى اعْتِبَارِ اللَّاتِحَاقِ بَلْ عَلَى اعْتِبَارِ ابْتِدَاءِ الصَّلَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَصْحِيحُ الزَّيَادَةِ ثَمَّنًا إِذْ بِهِ يَصِيرُ مِلْكُهُ عَوْضَ مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُ الْمَبِيعِ ، وَكَذَا الْحَطُّ ؛ لِأَنَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ صَارَ مُقَابِلًا بِجَمِيعِ الْمَبِيعِ فَلَا يُمَكِّنُ إِخْرَاجَهُ فَصَارَ بَرًّا مُبْتَدَأً ، أَلَا تَرَى أَنَّ الزَّيَادَةَ فِي الْمَهْرِ لَا تُلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ حَتَّى لَا يَنْتَصِفَ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلِهَذَا حَطُّ الْكُلِّ لَا يُلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ بَلْ هُوَ بَرٌّ مُبْتَدَأٌ فَكَذَا الْبَعْضُ اعْتِبَارًا لِلْحِزِّ بِالْكُلِّ وَلَنَا أَنَّهُمَا بِالْحَطِّ وَالزَّيَادَةِ يُغَيِّرَانِ الْعَقْدَ مِنْ وَصْفٍ مَشْرُوعٍ إِلَى وَصْفٍ مَشْرُوعٍ وَهُوَ كَوْنُهُ حَاسِرًا أَوْ رَابِحًا أَوْ عَدَلًا وَلَهُمَا وَلَايَةٌ ذَلِكَ .

أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُمَا أَنْ يَجْعَلَاهُ لَازِمًا بِاسْقَاطِ الْخِيَارِ أَوْ غَيْرِ لَازِمٍ بِاشْتِرَاطِهِ بَعْدَ أَنْ وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى خِلَافِهِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ لَهُمَا وَلَايَةَ الرَّفْعِ بِالْكُلِّيَّةِ بِالتَّقَابِلِ فَأُولَى أَنْ يَكُونَ لَهُمَا وَلَايَةُ التَّغْيِيرِ ؛ لِأَنَّهُ دُونُهُ لِكُونِهِ وَصْفًا لَهُ فَإِذَا صَحَّ التَّحَقُّقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ وَلَزِمَ كُلُّوْمُهُ ؛ لِأَنَّ وَصْفَ الشَّيْءِ يَقُومُ بِهِ لَا بِنَفْسِهِ دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى { وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاوَيْتُمْ }

بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ { أَيِ فِي فَرِيضَةٍ بَعْدَ الْفَرِيضَةِ وَهَذَا نَصٌّ عَلَى أَنَّ حُكْمَ الزَّيَادَةِ الْمَفْرُوضَةِ بَعْدَ الْعَقْدِ كَحُكْمِ الْمَفْرُوضِ فِي الْعَقْدِ إِلَّا مَا قَامَ الدَّلِيلُ عَلَيْهِ وَقَدْ قَامَ الدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَنْتَصِفُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ إِلَّا مَا كَانَ مُسَمًّى عِنْدَ الْعَقْدِ ، وَلِهَذَا لَوْ لَمْ يُسَمَّ فِي الْعَقْدِ شَيْئًا ثُمَّ اتَّفَقَا عَلَى تَسْمِيَةِ لَا يَنْتَصِفُ بِهِ وَإِنْ كَانَ وَاجِبًا وَعَلَى اعْتِبَارِ اللَّاتِحَاقِ لَا تَكُونُ الزَّيَادَةُ عَوْضًا عَنْ مِلْكِهِ وَلَا الْمَحْطُوطُ ثَمَّنًا غَيْرَ خَارِجٍ عَنْ الْعَقْدِ بِخِلَافِ حَطِّ الْكُلِّ ؛ لِأَنَّهُ تَبْدِيلٌ لِأَصْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْقَلِبُ هَبَةً أَوْ بَيْعًا بَلَا ثَمَنٍ فَيَفْسُدُ وَقَدْ كَانَ مِنْ قَصْدِهِمَا التَّجَارَةُ بِعَقْدٍ مَشْرُوعٍ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَالِاتِّحَاقُ فِيهِ يُؤَدِّي إِلَى تَبْدِيلِهِ فَلَا يُلْتَحِقُ بِهِ ثُمَّ فَائِدَةُ اللَّاتِحَاقِ تَظْهَرُ فِي التَّوَلِّيَةِ وَالْمُرَابَحَةِ حَتَّى يَجُوزَ عَلَى الْكُلِّ فِي الزَّيَادَةِ وَيُبَاشِرُ عَلَى الْبَاقِي فِي الْحَطِّ وَيَظْهَرُ أَيْضًا فِي الشُّفْعَةِ حَتَّى يَأْخُذَ بِمَا بَقِيَ بَعْدَ الْحَطِّ ، وَإِنَّمَا لَا يُلْزَمُهُ الزَّيَادَةُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِطْلَالَ حَقِّهِ الثَّابِتِ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَهُمَا لَا يَمْلِكَانِهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُسْتَفْضَى جَمِيعُ تَصَرُّفَاتِ الْمُشْتَرِي حَتَّى الْفَسْخُ وَيَظْهَرُ أَيْضًا فِيمَا إِذَا اسْتَحَقَّ الْمَبِيعُ حَتَّى يَرْجِعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِالزَّيَادَةِ .

وَلَوْ أَحَازَ الْمُسْتَحَقُّ الْبَيْعَ كَانَ لَهُ أَنْ يُطَالِبَ بِالزَّيَادَةِ وَيَظْهَرُ أَيْضًا فِي حَقِّ الْفَسَادِ فِي الصَّرْفِ حَتَّى لَوْ بَاعَ الدَّرَاهِمَ بِالْأَرَاهِمِ مُتَسَاوِيَةً ثُمَّ زَادَ أَحَدُهُمَا أَوْ حَطَّ وَرَدَّ الْمَحْطُوطُ وَقَبْلَ الْآخِرِ وَقَبْضُ الْمَرِيدِ فِي الزَّيَادَةِ أَوْ الْمَرْدُودُ فِي الْحَطِّ فَسَدَ الْعَقْدُ كَأَنَّهُمَا عَقْدَاهُ كَذَلِكَ مِنْ الْإِبْتِدَاءِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ لَا تَجُوزُ الزَّيَادَةُ وَلَا تَصِيرُ هَبَةً مُبْتَدَأَةً وَكَذَلِكَ الْحَطُّ لَا يَصِحُّ وَلَا يَصِيرُ هَبَةً مُبْتَدَأَةً حَتَّى يَجِبَ عَلَيْهِ أَنْ يَرُدَّ الْمَحْطُوطَ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي الزَّيَادَةِ مِثْلَ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَفِي الْحَطِّ يَكُونُ هَبَةً مُبْتَدَأَةً وَيَظْهَرُ أَيْضًا فِيمَا إِذَا زَادَ عَلَى الْمَبِيعِ حَتَّى يَصِيرَ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ لِلْحَالِ حَتَّى لَوْ هَلَكَتِ الزَّيَادَةُ قَبْلَ الْقَبْضِ تَسْقُطُ حِصَّتُهَا مِنَ الثَّمَنِ بِخِلَافِ الزَّيَادَةِ الْمُتَوَلَّدَةِ مِنَ الْمَبِيعِ حَيْثُ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ بِهَلَاكِهَا قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْفَرْقُ أَنَّ الزَّيَادَةَ الْمَشْرُوطَةَ صَارَتْ تَبَعًا لِلْأَصْلِ فِي حَقِّ الثَّبُوتِ ضَرُورَةَ الصَّحَّةِ فَإِذَا صَحَّتْ زَالَتْ الضَّرُورَةُ فَزَالَتْ التَّبَعِيَّةُ وَبَقِيََتِ الْأَصَالَةُ فِي حَقِّ اللَّاتِحَاقِ بِأَصْلِ الْعَقْدِ كَأَنَّهُمَا كَانَتْ مَوْجُودَةً وَقَتَ الْعَقْدِ فَأَمَكَّنَ تَقْدِيرُ وَرُودِ الْعَقْدِ عَلَيْهَا فَصَارَ كَأَنَّ الْعَقْدَ وَرَدَّ عَلَى الْأَصْلِ وَعَلَى الزَّيَادَةِ جَمِيعًا .

وَأَمَّا الزَّيَادَةُ الْمُتَوَلَّدَةُ فَمَعْدُومَةٌ وَقَتَ الْعَقْدِ فَلَا يُمَكِّنُ إِحْقَاقَهَا بِأَصْلِ الْعَقْدِ فَصَارَتْ مَمْلُوكَةً بِمِلْكِ الْأَصْلِ لَا بِالْعَقْدِ فَإِذَا قَبِضَهَا صَارَتْ أَصْلًا بِالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ شَبَّهَا بِالْعَقْدِ فَيَصِيرُ لَهَا حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ حَتَّى لَوْ وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا رَدَّهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ يَقْسِمُ الثَّمَنَ عَلَى قِيَمَةِ الْأَصْلِ يَوْمَ الْعَقْدِ وَعَلَى قِيَمَةِ الزَّيَادَةِ يَوْمَ الْقَبْضِ وَيَظْهَرُ أَيْضًا فِيمَا إِذَا زَوَّجَ أُمَّتُهُ ثُمَّ أَعْتَقَهَا ثُمَّ زَادَ الزَّوْجُ عَلَى مَهْرِهَا بَعْدَ الْعَقْدِ تَكُونُ الزَّيَادَةُ

لِلْمَوْلَى ثُمَّ الزِّيَادَةُ لَا تَصِحُّ بَعْدَ هَلَاكِ الْمَبِيعِ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ لَمْ يَنْقَ عَلَى حَالٍ يَصِحُّ الْإِعْتِيَاظُ عَنْهُ وَالشَّيْءُ يَثْبُتُ ثُمَّ يَسْتَنْدُ بِخِلَافِ الْحَطِّ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ مَحْضٍ فَلَا يُشْتَرَطُ لِصِحَّتِهِ قِيَامُ الْعَقْدِ ، وَقَالَ فِي الْمُحِيطِ وَفِي رِوَايَةِ التَّوَادِرِ وَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ بَعْدَ الْهَلَاكِ بِمَنْزِلَةِ الْحَطِّ

؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ حَالٌ ثُبُوتُهَا لَمْ يَقَابِلْهَا عَوْضٌ ، وَإِنَّمَا يُقَابَلُهَا بَعْدَ التَّحَاقُّفِ بِأَصْلِ الْعَقْدِ فَيَعْتَبَرُ قِيَامُ الْمَبِيعِ حَالَةَ الْإِتِّحَاقِ لَا حَالَةَ الثُّبُوتِ وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الْمُتَقَى لَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً وَقَبَضَهَا فَمَاتَتْ فَرَادَةُ الْبَائِعِ جَارِيَةً أُخْرَى جَازَ لِأَنَّ هَذِهِ الزِّيَادَةُ تَثْبُتُ مُقَابَلَةً بِالثَّمَنِ وَالثَّمَنُ قَائِمٌ وَلَوْ زَادَ الْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ فِي جَانِبِهِ تَثْبُتُ مُقَابَلَةً بِالْمَبِيعِ وَالْمَبِيعُ هَالِكٌ وَهَلَاكَ الْمَبِيعِ يَمْنَعُ الزِّيَادَةَ فِي الثَّمَنِ وَالْهَلَاكُ الْحُكْمِيُّ مُلْحَقٌ بِالْهَلَاكِ الْحَقِيقِيِّ وَذَلِكَ بِأَنَّ بَاَعَ الْمَبِيعِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ ثُمَّ زَادَ فِي الثَّمَنِ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَبَدَّلُ سَبَبُ الْمِلْكِ ارْتِفَاعَ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ وَصَارَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ هَالِكًا حُكْمًا .

وَلَوْ أَعْتَقَ الْمَبِيعَ أَوْ كَاتَبَهُ أَوْ دَبَّرَهُ أَوْ اسْتَوْلَدَ الْأَمَةَ أَوْ تَخَمَّرَ الْعَصِيرُ أَوْ أَخْرَجَهُ عَنْ مِلْكِهِ ثُمَّ زَادَ عَلَيْهِ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ فِي الزِّيَادَةِ عَلَى مَهْرِ الْمَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا ، وَإِنَّمَا يُلْحَقُ الْحَطُّ بِأَصْلِ الْعَقْدِ إِذَا لَمْ يَكُنْ الْمَحْطُوطُ تَبَعًا وَوَصْفًا أَمَّا إِذَا كَانَ تَبَعًا فَلَا يُلْحَقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ حَتَّى لَوْ اشْتَرَى دَارًا بِأَلْفِ جِيَادٍ فَتَقَدَّرَ زَيْفُهَا أَوْ تَبَهَّرَجَتْ وَرَضِيَ الْبَائِعُ بِذَلِكَ فَإِنَّ الشَّفِيعَ لَا يَأْخُذُهُ إِلَّا بِالْجِيَادِ ، وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى دَارًا بِعَبْدٍ فَأَعَوَّرَ وَرَضِيَ بِهِ الْبَائِعُ فَإِنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الدَّارَ بِقِيَمَةِ الْعَبْدِ صَحِيحًا وَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ حَقِيقَةٌ ، وَإِنَّمَا جُعِلَ مَوْجُودًا فِي الذِّمَّةِ لِحَاجَةِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَالزِّيَادَةُ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ لَا تَدْفَعُ حَاجَتَهُ بَلْ تَزِيدُ فِي حَاجَتِهِ فَلَا يَجُوزُ ، وَكَذَا لَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الْمَنْكُوحَةِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ مَا وَرَدَ بِتَمْلُكِ الزِّيَادَةِ الْمُتَوَلَّدَةِ مِنَ الْمَمْلُوكَةِ بِالتَّكَاحِ تَبَعًا لِلْمَنْكُوحَةِ .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الثَّمَنِ وَالزِّيَادَةُ فِيهِ وَالْحَطُّ مِنْهُ وَالزِّيَادَةُ فِي الْمَبِيعِ (ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ الزِّيَادَةَ فِي الثَّمَنِ وَالْحَطُّ مِنْهُ وَالزِّيَادَةُ فِي الْمَبِيعِ وَسَكَتَ عَنِ الْحَطِّ مِنْهُ وَلَمْ أَرْ مَنْ تَعَرَّضَ لَهُ مِنَ الشَّارِحِينَ لَكِنْ قَالَ فِي الْمُحِيطِ اشْتَرَى قَفِيزَ حَنْطَةٍ بِعَيْنِهِ فَحَطَّ عَنِ الْبَائِعِ رُبْعَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنٌ وَإِسْقَاطُ الْعَيْنِ لَا يَصِحُّ وَلَوْ اشْتَرَى قَفِيزًا مِنْ صُبْرَةٍ ثُمَّ حَطَّ عَنْهُ رُبْعَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ جَازَ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ وَإِسْقَاطُ الدَّيْنِ يَصِحُّ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ وَيُشْتَرَطُ الْقَبُولُ فِي مَجْلِسِ الزِّيَادَةِ وَلَوْ لَمْ يَقْبَلْ حَتَّى افْتَرَقَا بَطَلَتْ ، وَكَذَا الزِّيَادَةُ فِي الْمَهْرِ .

طرسوسي

قوله بتسليم ما بقي منه

أي الثمن بعد .

أثفاني .

قوله : وتظهر أيضا فيما إذا استحق المبيع حتى يرجع المشتري

أي وكذا إذا استحق يرجع على البائع بما بقي بعد الحط .

مُسْتَصْفَى قَوْلُهُ ثُمَّ الزَّيَادَةُ لَا تَصِحُّ إِلَّا (وَالنَّصْرَانِيَّانِ إِذَا تَبَايَعَا حَمْرًا ثُمَّ أَسْلَمَا لَمْ تَجُزِ الزَّيَادَةُ فِي الثَّمَنِ لِأَنَّهُ كَالِهَالِكِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ .
أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ : يَثْبُتُ ثُمَّ يَسْتَدُّ

أَيَّ وَلَمْ تَثْبُتِ الزَّيَادَةُ لِعَدَمِ مَا يُقَابِلُهَا .

قَوْلُهُ : وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ فِي الزَّيَادَةِ عَلَى مَهْرِ الْمَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا

أَيَّ وَكَذَا بَعْدَ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ وَبَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ .

أَنْفَعُ الْوَسَائِلِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَأْجِيلُ كُلِّ دَيْنٍ غَيْرِ الْقَرْضِ) أَيَّ يَجُوزُ تَأْجِيلُ كُلِّ دَيْنٍ غَيْرِ الْقَرْضِ ؛ لِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ حَقُّهُ فَلَهُ أَنْ يُؤَخِّرَهُ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَمْلِكُ إِسْقَاطَهَا بِالْإِبْرَاءِ فَأَوْكَى أَنْ يَمْلِكَ إِسْقَاطَهَا مُؤَقَّتًا بِالتَّأْجِيلِ وَلَوْ أَجَلُهُ إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ يُنْظَرُ فَإِنْ كَانَتْ الْجَهَالَةُ فَاحِشَةً كَهُبُوبِ الرِّيحِ لَا يَصِحُّ وَإِنْ كَانَتْ يَسِيرَةً كَالْتَّأْجِيلِ إِلَى الْحَصَادِ حَازَ كَمَا فِي الْكِفَالَةِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ وَفِي دَيْنِ الْقَرْضِ لَا يَجُوزُ التَّأْجِيلُ خِلَافًا لِمَالِكٍ هُوَ يَقُولُ أَنَّهُ حَقُّهُ فَيَجُوزُ تَأْخِيرُ الْمُطَالَبَةِ فِيهِ كَمَا فِي سَائِرِ الدِّيُونِ وَلَنَا أَنَّ الْقَرْضَ إِعَارَةٌ وَصِلَةٌ ابْتِدَاءً ، وَلِهَذَا يَصِحُّ بِلَفْظِ الْإِعَارَةِ وَلَا يَمْلِكُهُ مَنْ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ كَالصَّبِيِّ وَالْوَلِيِّ وَالْمُكَاتَبِ وَالْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ وَمُعَاوَضَةُ انْتِهَاءٍ حَتَّى يَلْزِمَهُ رَدُّ مِثْلِهِ فَعَلَى اعْتِبَارِ الْإِبْتِدَاءِ لَا يَلْزَمُ التَّأْجِيلُ فِيهِ كَالْإِعَارَةِ فَإِنَّ الْمُعِيرَ إِذَا وَقَّتَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ قَبْلَ الْوَقْتِ وَعَلَى اعْتِبَارِ الْإِنْتِهَاءِ لَا يَجُوزُ التَّأْجِيلُ ؛ لِأَنَّ الْجِنْسَ بِانْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النِّسَاءَ لَا سِيَّمَا إِذَا كَمُلَتِ الْعِلَّةُ وَحُرِّمَ التَّفَاضُلُ بِهَا وَلِأَنَّ الْأَجَلَ لَوْ لَزِمَ فِيهَا لَصَارَ التَّبَرُّعُ مُلْزَمًا عَلَى الْمُتَبَرِّعِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ } ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِأَنْ يُقْرَضَ فُلَانٌ مِنْ مَالِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ إِلَى سَنَةٍ حَيْثُ يَجُوزُ مِنَ الثَّلَاثِ وَيَلْزَمُ وَلَا يُطَالَبُ حَتَّى تَمُضِيَ الْمُدَّةُ ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِالتَّبَرُّعِ وَالْوَصِيَّةُ يُتَسَامَحُ فِيهَا مَا لَا يُتَسَامَحُ فِي غَيْرِهَا نَظَرًا لِلْمَوْصِي ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا تَجُوزُ بِالْخِدْمَةِ وَالسُّكْنَى وَتَلْزَمُ .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ : وَتَأْجِيلُ كُلِّ دَيْنٍ غَيْرِ الْقَرْضِ

قَالَ فِي الْمُسْتَصْفَى فَإِنْ تَأْجِيلُهُ لَا يَصِحُّ حَتَّى يَثْبُتَ لَهُ وَلِأَيِّ الْمُطَالَبَةِ فِي الْحَالِ إِذَا أَجَلُهُ عِنْدَ الْإِقْرَاضِ مُدَّةٌ مَعْلُومَةٌ أَوْ بَعْدَهُ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الطَّحَاوِيُّ فِي مُحْتَصَرِهِ فِي بَابِ الْمُضَارَبَةِ وَمَنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مِنْ غَيْرِ قَرْضٍ فَأَخَّرَهُ إِلَى أَجَلٍ لَزِمَهُ التَّأْخِيرُ فَصَارَ كَأَنَّهُ فِي أَصْلِهِ مُؤَجَّلًا وَإِنْ كَانَ مِنْ قَرْضٍ لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ حَالًا وَكَتَبَ أَيْضًا مَا نَصَّهُ قَالَ فِي شَرْحِ الْأَقْطَعِ قَالَ زُفَرٌ لَا يَلْتَحِقُ الْأَجَلُ بِالْعَقْدِ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ حَالٌ فَلَا يَتَأَجَّلُ كَالْقَرْضِ .

أَتَقَانِي .

قوله : فَإِنْ كَانَتْ الْجَهَالَةُ فَاحِشَةً كَهُبُوبِ الرِّيحِ

أَيَّ وَمَجِيءِ الْحَاجِّ وَقُدُومِ رَجُلٍ مِنْ سَفَرِهِ .

أَتَقَانِي .

قوله : جَازَ كَمَا فِي الْكَفَالَةِ

أَيَّ بِخِلَافِ الْبَيْعِ إِلَى الْحَصَادِ وَالْدِّيَاسِ وَالْجُدَادِ فَإِنَّهُ يُفْسِدُ الْبَيْعَ لِإِفْضَائِهِ إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَقَدْ بَيَّنَّا ذَلِكَ فِي آخِرِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ .

أَتَقَانِي .

قوله : فَإِنَّ الْمُعِيرَ إِذَا وَقَّتْ

أَيَّ إِلَى سَنَةٍ .

مُسْتَصْفَى .

قوله : لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ

أَيَّ مِنْ سَاعَتِهِ مُسْتَصْفَى وَكَتَبَ مَا نَصُّهُ وَالْحِيلَةُ فِي صِحَّةِ تَأْجِيلِ الْقَرْضِ أَنْ يُحِيلَ الْمُسْتَقْرِضُ الْمُقْرِضَ عَلَى آخِرِ بَدَنِهِ وَيُؤَجِّلُ الْمُقْرِضُ ذَلِكَ الرَّجُلَ مُدَّةً مَعْلُومَةً فَإِنَّهُ يَصِحُّ .

فُصُولُ الْعِمَادِيَّةِ وَذَكَرَ هَذَا الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي بَابِ الْكَفَالَةِ مِنْ هَذَا الشَّرْحِ أَنَّهُ إِذَا تَكَفَّلَ بِالْمَالِ الْحَالِّ مُؤَجَّلًا إِلَى شَهْرٍ يَتَأَجَّلُ عَلَى الْأَصْلِ أَيْضًا وَمِثْلُهُ فِي الْكَافِي وَلَكِنَّ الشَّارِحَ لَمْ يَذْكُرْهُ حِيلَةً فِي تَأْجِيلِ الْقَرْضِ ، وَكَذَا فِي الْكَافِي

قوله : وَعَلَى اعْتِبَارِ الْإِنْتِهَاءِ

لَا يَحْزُرُ إلخ)

قَالَ فِي الْمُسْتَصْنَى وَعَلَى عَتَبَارِ الْإِنْتِهَاءِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بَيْعُ الدَّرَاهِمِ بِالْأَرْطَمِ نَسِيئَةً وَالتَّاجِيلُ إِنَّمَا يَكُونُ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ فَلِهَذَا لَا يَصِحُّ أَوْ يُقَالُ إِنَّ بَدَلَ الْقَرْضِ فِي الْحُكْمِ كَأَنَّهُ عَيْنُ الْمُقْبُوضِ إِذْ لَوْ لَمْ يُجْعَلْ كَذَلِكَ كَانَ مُبَادَلَةَ الشَّيْءِ بِجِنْسِهِ نَسِيئَةً وَأَنَّهُ حَرَامٌ وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَكُونُ عَارِيَّةً ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً وَالتَّوَقُّفُ فِي الْعَوَارِي غَيْرُ لَازِمٍ فَكَذَا الْأَجَلُ فِي الْقَرْضِ ، وَلَوْ صَحَّحْنَا عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ يَصِيرُ لَازِمًا لَأَخْرَجْنَاهُ مِنْ أَنْ يَكُونَ عَارِيَّةً وَمِنْ أَنْ يَكُونَ بَدَلَ الْقَرْضِ فِي حُكْمٍ عَيْنِهِ فَيَكُونُ مُبَادَلَةَ الشَّيْءِ بِجِنْسِهِ نَسِيئَةً وَأَنَّهُ حَرَامٌ وَهَذَا الْوَجْهُ أَوْجَهُ .

ا هـ

بَابُ الرَّبَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (هُوَ فَضْلُ مَالٍ بِلَا عَوَضٍ فِي مُعَاوَضَةِ مَالٍ بِمَالٍ) هَذَا فِي الشَّرْعِ وَفِي اللَّغَةِ هُوَ مُطْلَقُ الزِّيَادَةِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبًّا } إِلَى قَوْلِهِ { فَلَا يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ } وَسَمِّيَ الْمَكَانُ الْمُرْتَفِعُ رُبُوعًا لِزِيَادَتِهِ عَلَى سَائِرِ الْأَمَاكِنِ ارْتِفَاعًا وَالرَّبَا مُحَرَّمٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَإِجْمَاعِ الْأُمَّةِ أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى { وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا } وَأَمَّا السُّنَّةُ فَمَا رَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { لَعَنَ أَكْلَ الرَّبَا وَمُؤْكَلَهُ وَشَاهِدِيهِ وَكَاتِبِيهِ } رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَأَحْمَدُ وَالتِّرْمِذِيُّ وَصَحَّحَهُ وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ فَمَنْ زَادَ أَوْ اسْتَزَادَ فَقَدْ أَرَبَى الْآخِذُ وَالْمُعْطَى فِيهِ سَوَاءٌ } رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَأَحْمَدُ وَعَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ حَنْظَلَةَ غَسِيلِ الْمَلَائِكَةِ أَنَّهُ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { : دَرَاهِمُ رَبًّا يَأْكُلُهُ الرَّجُلُ وَهُوَ يَعْلَمُ أَشَدُّ مِنْ سِتِّ تَلَايِينَ زَنِيَّةٍ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى تَحْرِيمِهِ حَتَّى يُكْفَرَ جَا حِدَهُ .

الشرح

بَابُ الرَّبَا الرَّبَا اسْمٌ مِنْ رَبَا الشَّيْءُ يَرْبُو إِذَا زَادَ وَالْمَصْدَرُ رَبًّا .

عَيْنِي ذَكَرَ الرَّبَا وَهُوَ مِنْهُي عَنْهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا } بَعْدَ مَا ذَكَرَ أَبْوَابَ الْبَيْعِ وَهُوَ مَأْمُورٌ بِهِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ } ؛ لِأَنَّ التَّهْيِ يَقْفُو الْأَمْرَ ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ طَلَبُ الْإِيجَادِ وَالتَّهْيِ طَلَبُ الْإِعْدَامِ وَإِعْدَامُ الشَّيْءِ يَفْتَضِي سَابِقَةً وَجُودَهُ لَا مُحَالَه .

أَثَقَانِي وَكَتَبَ مَا نَصُّهُ : اعْلَمْ أَنَّ الرَّبَا نَوْعَانِ : رَبَا الْفَضْلِ وَرَبَا النَّسَاءِ فَالْأَوَّلُ فَضْلٌ مَالٍ عَلَى الْمُقَدَّرِ الشَّرْعِيِّ وَهُوَ الْكَيْلُ وَالْوَزْنُ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ وَالثَّانِي فَضْلُ الْحُلُولِ عَلَى الْأَجَلِ وَفَضْلُ الْعَيْنِ عَلَى الدِّينِ فِي الْمَكِيلَيْنِ وَالْمُوزُونَيْنِ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ أَوْ فِي الْجِنْسِ غَيْرِ الْمَكِيلَيْنِ وَالْمُوزُونَيْنِ أَثَقَانِي وَكَتَبَ أَيْضًا عَلَى قَوْلِهِ بَابُ الرَّبَا مَا نَصُّهُ هُوَ مِنَ الْبُيُوعِ الْمَنْهِيَّةِ قَطْعًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا } بِسَبَبِ زِيَادَةِ فِيهِ فَمُنَاسِبَتُهُ بِالْمُرَابَحَةِ أَنَّ فِي كُلِّ مِنْهُمَا زِيَادَةً إِلَّا أَنَّ تِلْكَ حَلَالٌ وَهَذِهِ مَنْهِيَّةٌ وَالْحِلُّ هُوَ الْأَصْلُ فِي الْأَشْيَاءِ فَقَدَّمَ مَا يَتَعَلَّقُ بِتِلْكَ الزِّيَادَةِ عَلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِهَذِهِ الزِّيَادَةِ وَالرَّبَا بِكَسْرِ الرَّاءِ وَفَتْحِهَا خَطَأً فَتَحَّ

قوله وَسَمِيَ الْمَكَانُ الْمُرْتَفِعُ رُبُوعًا

قَالَ فِي الْمِصْبَاحِ وَالرُّبُوعُ الْمَكَانُ الْمُرْتَفِعُ بِضَمِّ الرَّاءِ فِي الْأَكْثَرِ وَالْفَتْحُ لُغَةٌ بَنِي تَمِيمٍ وَالْكَسْرُ لُغَةٌ .

قوله { والشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ وَالتَّمَرُ بالتَّمَرِ }

وَتَخْصِيصُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ السَّتَّةِ بِالذِّكْرِ ؛ لِأَنَّ عَامَّةَ الْمُعَامَلَاتِ الْكَائِنَةِ يَوْمُنَا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ كَانَ فِيهَا .

كَمَالٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعَلَيْتُهُ الْقَدْرُ وَالْجِنْسُ) يَعْنِي بِالْقَدْرِ الْكِيلَ فِي الْمَكِيلِ وَالْوَزْنَ فِي الْمَوْزُونِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ الْعِلَّةُ الطَّعْمُ بِانْفِرَادِهِ فِي الْمَطْعُومَاتِ وَالثَّمَنَِّةُ بِانْفِرَادِهَا فِي الْأَثْمَانِ وَالْجِنْسُ شَرْطٌ عِنْدَهُ لِحَدِيثِ مَعْمَرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ : كُنْتُ أَسْمَعُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ { الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ وَكَانَ طَعَامُنَا يَوْمُنَا الشَّعِيرُ } رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَأَحْمَدُ وَجْهَ الْإِسْتِدْلَالِ بِهِ أَنَّ الطَّعَامَ مُشْتَقٌّ مِنَ الطَّعْمِ فَذِكْرُهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ عِلَّةٌ إِذْ تَرْتَّبُ الْحُكْمُ عَلَى الْإِسْمِ الْمُسْتَقَّ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ مَا أَخَذَ الْإِسْتِثْقَا عِلَّةٌ لَهُ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى { وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا } وَكَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى { الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ } فَعِلَّةُ الْقَطْعِ وَالْجَلْدِ .

السَّرِقَةُ وَالزَّانَا وَلِأَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِيمَا رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ { لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ } الْحَدِيثُ يَدُلُّ عَلَى تَضْيِيقِ تَحْصِيلِهِ ؛ لِأَنَّ الْإِبْتِدَاءَ بِالنَّهْيِ مُشْعِرٌ بِأَنَّ حُرْمَةَ الْبَيْعِ أَصْلٌ فِيهِ وَالْجَوَازُ مُعَارِضٌ وَهُوَ التَّقَابُضُ وَالْمُسَاوَاةُ مُخْلَصٌ إِذْ لَوْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ { لَا تَبِيعُوا } لَمَا جَازَ بَيْعُهُ وَتَعْلِيقُ جَوَازِهِ بِشَرْطَيْنِ يَدُلُّ عَلَى عِزَّتِهِ وَخَطَرِهِ كَيْلُكَ الْبُضْعِ ضَيْقٌ تَحْصِيلُهُ بِاشْتِرَاطِ الشُّهُودِ وَالْمَهْرِ لِعِزَّتِهِ وَخَطَرِهِ فَيَعْلَلُ بِلَعَلَّةٍ تُنَاسِبُ الْعِزَّةَ وَهِيَ الطَّعْمُ فِي الْمَطْعُومَاتِ لِبَقَاءِ الْأَنْفُسِ بِهِ وَالثَّمَنَِّةُ فِي الْأَثْمَانِ لِبَقَاءِ الْأَمْوَالِ الَّتِي هِيَ مَنَاطُ مَصَالِحِهَا بِهَا وَلَا أَثَرٌ لِلْجِنْسِيَّةِ وَالْقَدْرِ فِي زِيَادَةِ الْعِزَّةِ وَالْخَطَرِ لَوْجُودِهِمَا فِي خَطَرٍ وَحَقِيرٍ ، لَكِنَّ الْحُكْمَ لَا يَنْبَغُ إِلَّا عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ فَجَعَلْنَاهُ شَرْطًا وَالْحُكْمَ يَدُورُ مَعَ الشَّرْطِ كَالرَّجْمِ مَعَ الْإِحْصَانِ وَالْفَرْقُ بَيْنَ الشَّرْطِ وَالْعِلَّةِ أَنَّ الْعِلَّةَ مُؤَثَّرَةٌ فِي الْحُكْمِ دُونَ الشَّرْطِ فَإِنَّهُ يُضَافُ وَجُودُهُ إِلَى الْعِلَّةِ عِنْدَ وَجُودِ الشَّرْطِ لَا إِلَى الشَّرْطِ وَقَالَ مَالِكٌ : الْعِلَّةُ الْاِقْتِيَاتُ وَالْإِدْخَارُ ؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خَصَّ بِالذِّكْرِ فِيمَا رَوَيْنَا كُلَّ مُقَاتَاتٍ وَمُدْخَرٍ وَلِأَنَّ الْعِزَّةَ وَالْخَطَرَ بِهِ أَكْمَلُ فَكَانَ أَنْسَبَ وَأَوْلَى بِالْإِعْتِبَارِ وَلَنَا مَا رَوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ وَأَنَسٍ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ { مَا وَزَنَ مِثْلُ بِمِثْلٍ إِذَا كَانَ نَوْعًا وَاحِدًا وَمَا كِيلَ فَمِثْلُ ذَلِكَ فَإِذَا اخْتَلَفَ النَّوْعَانِ فَلَا بَأْسَ بِهِ } رَوَاهُ الدَّرَقُطْنِيُّ .

وَجْهَ التَّمَسُّكِ بِهِ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ رَتَّبَ الْحُكْمَ عَلَى الْجِنْسِ وَالْقَدْرِ وَهَذَا نَصٌّ عَلَى أَنَّهُمَا عِلَّةُ الْحُكْمِ لِمَا عَرَفَ أَنَّ تَرْتُّبَ الْحُكْمِ عَلَى الْإِسْمِ الْمُسْتَقَّ يُبْنَى عَنْ عَلَيْهِ مَا أَخَذَ الْإِسْتِثْقَا لِذَلِكَ الْحُكْمُ فَيَكُونُ تَقْدِيرُهُ الْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ مِثْلًا بِمِثْلٍ بِسَبَبِ الْكِيلِ أَوْ الْوَزْنِ مَعَ الْجِنْسِ وَالَّذِي يَدُلُّ عَلَيْهِ حَدِيثُ أَبِي سَعِيدٍ وَأَبِي هُرَيْرَةَ فِيمَا رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ { أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اسْتَعْمَلَ رَجُلًا عَلَى خَيْرٍ فَجَاءَهُمْ بِتَمَرٍ حَنِيبٍ فَقَالَ : أَكُلْ تَمَرٌ خَيْرٌ هَكَذَا فَقَالَ : إِنَّا نَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعَيْنِ وَالصَّاعَيْنِ بِالثَّلَاثَةِ فَقَالَ لَا تَفْعَلْ بَعْ الْجَمْعَ بِالذَّرَاهِمِ ، ثُمَّ اتَّبَعَ بِالذَّرَاهِمِ حَنِيبًا وَقَالَ فِي الْمِيزَانِ مِثْلُ ذَلِكَ { أَيُّ فِي الْمَوْزُونِ إِذْ نَفَسَ الْمِيزَانُ لَيْسَ مِنْ أَمْوَالِ الرَّبِّ وَهُوَ أَقْوَى حُجَّةً فِي عَلَيْهِ الْقَدْرِ وَهُوَ بَعْمُومِهِ يَتَنَاوَلُ الْمَوْزُونُ كُلَّهُ الثَّمَنَ وَالْمَطْعُومَ وَغَيْرَهُمَا فَيَكُونُ حُجَّةً عَلَيْهِمَا فِي مَنَعِهِمَا ذَلِكَ وَكَذَا فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ عَلَيْهِ

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ { : لَا تَبِيعُوا الدَّرَاهِمَ بِالذَّرَاهِمِينَ وَلَا الصَّاعَ بِالصَّاعِينَ } الْمُرَادُ مَا يَحِلُّ الصَّاعَ إِذْ لَا يَجْرِي الرَّبَا فِي نَفْسِ الصَّاعِ وَهُوَ عَامٌّ فِيمَا يَحِلُّهُ فَيَتَنَاوَلُ الْمَطْعُومَ وَغَيْرَهُ فَيَكُونُ حُجَّةً عَلَيْهِمَا وَلَا يُقَالُ : إِنَّهُ مَجَازٌ فَلَا عُمُومَ لَهُ لِكُونِهِ ضَرْوَرِيًّا ؛ لِأَنَّا نَقُولُ لَهُ عُمُومٌ كَالْحَقِيقَةِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْحَقِيقَةَ إِنَّمَا تَعُمُّ لِأَمْرِ زَائِدٍ عَلَيْهَا لَا لِكُونِهَا حَقِيقَةً وَالْمَجَازُ يُشَارِكُهَا فِي هَذَا الْمَعْنَى فَيَعُمُّ وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ التَّمَاثُلَ إِذْ الْبَيْعُ يُبْنَى عَنْ التَّقَابُلِ وَذَلِكَ بِالتَّمَاثُلِ وَاعْتَبَرَهُ الشَّارِعُ فَأَوْجَبَهُ صِيَانَةَ الْأَمْوَالِهِمْ عَنِ التَّوَيِّ وَتَتِمِيمًا لِلْفَائِدَةِ بِالتَّسْلِيمِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَيَكُونُ الزَّائِدُ عَلَيْهِ قَدْرًا تَاوِيًا عَلَى صَاحِبِهِ بِلَا عَوْضٍ وَكَذَا الْحَالُ خَيْرٌ مِنَ الْمُؤَجَّلِ فَتَفُوتُ بِهِ التَّسْوِيَةُ وَفَائِدَةُ الْمُبَايَعَةِ لِفَوَاتِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي الْمُؤَجَّلِ وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { مِثْلًا بِمِثْلٍ } فَعِنْدَ فَوَاتِهِ تَلَزَمَ الْحُرْمَةُ وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَالْفَضْلُ رَبًّا فَيَعْلَلُ بِلَعَلَّةٍ تُؤَثِّرُ فِي إِبْجَابِ التَّمَاثُلِ فَيَتَعَيَّنُ الْقَدْرُ وَالْجِنْسُ لِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمَا يُوجِبَانِهِ إِذْ التَّمَاثُلُ بَيْنَ شَيْئَيْنِ يَكُونُ بِإِعْتِبَارِ الصُّورَةِ وَالْمَعْنَى ؛ لِأَنَّ

كُلُّ مُحَدَّثٍ مَوْجُودٌ بِاعْتِبَارِهِمَا فَالْمَعْيَارُ يُسَوِّي الذَّاتَ وَالْجِنْسِيَّةَ تُسَوِّي الْمَعْنَى لِاسْتَوَائِهِمَا فِي الْمَقْصِدِ أَلَا تَرَى أَنَّ كَيْلًا مِنْ بُرٍّ يُسَاوِي كَيْلًا مِنْ أُرْزٍ أَوْ شَعِيرٍ فِي الصُّورَةِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِهِ لِعَدَمِ مَا قُلْنَا وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالتَّفَاوُتِ فِي الْوَصْفِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ تَفَاوُتًا فِي الْعَادَةِ وَلِأَنَّهُ قَلَّمَا يُوْجَدُ فِيهِ غَيْرُ مُتَّفَاوِتٍ فَاشْتِرَاطُ التَّسَاوِي فِيهِ يُؤَدِّي إِلَى سَدِّ بَابِ الْبَيَاعَاتِ وَهُوَ مَفْتُوحٌ وَالطَّعْمُ وَالْاِقْتِيَاتُ وَالشَّمْنِيَّةُ وَالْادِّخَارُ مِنْ أَعْظَمِ وَجُوهِ الْمَنَافِعِ وَالْحَاجَةُ إِلَيْهَا مِنْ أَشَدِّ الْحَاجَاتِ وَأَهْمُهَا فَسُنَّةُ اللَّهِ تَعَالَى فِي مِثْلِهِ التَّوَسُّعُ وَالْإِطْلَاقُ دُونَ التَّضْيِيقِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَيْتَةَ أَبَاحَهَا عِنْدَ الْمَخْمَصَةِ لِلْحَاجَةِ وَكَذَا أَجَازَ الْإِنْتِفَاعَ بِالْغَنِيمَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ لِمَطْلَبَةِ الْحَاجَةِ عَادَةً بِخِلَافِ سَائِرِ الْأَمْوَالِ الْمُشْتَرَكَةِ وَلَمَّا كَانَتْ حَاجَةُ الْحَيَوَانِ إِلَى الْهَوَاءِ وَالْمَاءِ وَالتُّرَابِ وَالنَّفْسِ أَشَدَّ جَعَلَهُ اللَّهُ أَوْسَعَ مِنْ غَيْرِهَا وَكُلُّ مَا اشْتَدَّتْ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ كَانَتْ التَّوَسُّعُ فِيهِ أَكْثَرَ فَتَعْلِيلُهُ بِمَا يُوجِبُ التَّوَسُّعَ عَلَى التَّضْيِيقِ مِنْ فَسَادِ الْوَضْعِ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى فَسَادِ الْوَضْعِ أَنْ يَفْسُدَ وَضْعُ ذَلِكَ الْحُكْمِ عَلَى ذَلِكَ الدَّلِيلِ لِكَوْنِهِ يَفْتَضِي خِلَافَ ذَلِكَ الْحُكْمِ فَيُضَادُّهُ .

وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّ حُرْمَةَ الْبَيْعِ أَصْلٌ بَلِ الْأَصْلُ هُوَ الْحِلُّ وَالْحُرْمَةُ إِذَا ثَبَتَتْ لِئَمَا ثَبُتَ بِالْدَّلِيلِ الْمَوْجِبِ لَهَا وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْأَمْوَالَ خُلِقَتْ لِلْإِنْدَالِ فَيَكُونُ بَابُ تَحْصِيلِهَا مَفْتُوحًا فَيَجُوزُ مَا لَمْ يَقُمْ الدَّلِيلُ عَلَى مَنَعِهِ بِخِلَافِ النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ يُرَدُّ عَلَى الْبِضْعِ وَهُوَ مُحَرَّمٌ فَيَنَاسِبُ التَّضْيِيقُ إِعْزَازًا لَهُ لِشَرَفِ الْآدَمِيِّ فَعَلِمَ بِذَلِكَ أَنَّ قَوْلَهُ الْمُسَاوَاةَ مُخْلَصٌ بِاطِلٍ وَلَئِنْ كَانَ مُخْلَصًا فَهَلْ مُخْلَصٌ فِي حَالَةِ التَّسَاوِي وَعِلَّةُ الْحُرْمَةِ فِي حَالَةِ التَّفَاضُلِ وَالشَّيْءُ الْوَاحِدُ يَتَضَمَّنُ حُكْمَيْنِ مُتَضَادَّيْنِ فِي مَحَلِّينِ مُخْتَلِفَيْنِ كَالنِّكَاحِ يُثْبِتُ الْحِلَّ فِي الْمُنْكَوْحَةِ وَالْحُرْمَةَ فِي أُمِّهَا فَكَذَا الْقَدَرُ وَالْجِنْسُ يُوجِبَانِ الْحُرْمَةَ عِنْدَ التَّفَاضُلِ وَالْحِلَّ عِنْدَ التَّسَاوِي وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِنَا هُمَا عِلَّةُ الرَّبِّ وَالْقَاطِعُ لِلشَّعْبِ أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شَرَطَ التَّمَاثُلَ بِقَوْلِهِ { مِثْلًا بِمِثْلٍ }

وَالْتَّمَاثُلُ يَكُونُ بِالْوِزْنِ أَوْ الْكَيْلِ لَا غَيْرَ فَعَلِمَ بِذَلِكَ أَنَّ مَا لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ لَا يَكُونُ مِنَ الْأَمْوَالِ الرَّبَوِيَّةِ وَأَنَّ الْأَمْوَالَ الرَّبَوِيَّةَ هِيَ الَّتِي تَكُونُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وَمَا لَا يَكُونُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ لَيْسَتْ مِنَ الْأَمْوَالِ الرَّبَوِيَّةِ إِذَا الْحُكْمُ لَا يَثْبُتُ بِدُونِ مَحَلِّهِ وَلِهَذَا قَالُوا : لَا يَحْرِي الرَّبَا فِيمَا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْمَعْيَارِ كَالْحَفَنَةِ مِنَ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَكَالذَّرَّةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ لِعَدَمِ مَا قُلْنَا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَحَرَّمَ الْفَضْلُ وَالنِّسَاءُ بِهِمَا) أَيِ بِالْجِنْسِ وَالْقَدَرِ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُمَا عِلَّةُ الرَّبَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالنِّسَاءُ فَقَطْ بِأَحَدِهِمَا) أَيِ حَرَّمَ النَّسَاءُ وَحَلَّ التَّفَاضُلُ بِوُجُودِ أَحَدِهِمَا إِمَّا الْقَدَرُ دُونَ الْجِنْسِ كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ أَوْ الْجِنْسُ دُونَ الْقَدَرِ كَالْهَرَوِيِّ وَالْهَرَوِيِّ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مِثْلًا بِمِثْلٍ سَوَاءٌ بِسَوَاءٍ فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ } رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَأَحْمَدٌ وَغَيْرُهُمَا مِنْ أَئِمَّةِ الْحَدِيثِ وَلِأَنَّ اجْتِمَاعَهُمَا حَقِيقَةُ الْعِلَّةِ فَيَكُونُ لِأَحَدِهِمَا شُبْهَةُ الْعِلَّةِ فَيَحْرُمُ بِحَقِيقَةِ الْعِلَّةِ حَقِيقَةُ الْفَضْلِ وَهُوَ الْقَدَرُ ؛ لِأَنَّهُ تَفَاضُلٌ حَقِيقَةٌ وَيَحْرُمُ بِشُبْهَةِ الْعِلَّةِ شُبْهَةُ الْفَضْلِ وَهُوَ النَّسَاءُ ؛ لِأَنَّهُ يُشَبِّهُ الْفَضْلَ فَلَيْسَ بِتَفَاضُلٍ حَقِيقَةٍ إِعْمَالًا لِلدَّلِيلِ بِقَدَرِهِ وَلَا يُقَالُ أَحَدُهُمَا جُزْءُ الْعِلَّةِ وَبِهِ لَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ وَلَا شَيْءٌ مِنْهُ فَكَيْفَ يَثْبُتُ بِأَحَدِهِمَا حُرْمَةُ النَّسَاءِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ : أَحَدُهُمَا عِلَّةٌ تَامَّةٌ لِهَذَا الْحُكْمِ وَهُوَ حُرْمَةُ النَّسَاءِ وَإِنْ كَانَ بَعْضُ الْعِلَّةِ فِي حَقِّ رَبَا الْفَضْلِ حَقِيقَةً فَلَا يَلْزَمُ الْمَحْظُورُ وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَجْمَعَهُمَا الْوِزْنُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَإِنْ لَمْ يَجْمَعْهُمَا جَازَ النَّسَاءُ أَيْضًا كَالْتَقْدِينِ مَعَ الْقَطْنِ وَنَحْوِهِ ؛ لِأَنَّ صِفَةَ وَزْنِهِمَا مُخْتَلِفٌ إِذَا التَّقْدَانِ يُوزَنَانِ بِالصَّنَجَاتِ وَلَا يَتَعَيَّنَانِ بِالتَّعْيِينِ وَيَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِمَا قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ قَبْلَ الْوِزْنِ بِخِلَافِ غَيْرِهِمَا مِنَ الْمَوْزُونَاتِ فَكَانَا مُخْتَلِفَيْنِ صُورَةً وَمَعْنَى وَحُكْمًا فَلَا يَحْرُمُ النَّسَاءُ وَالَّذِي يَذْكُرُ عَلَيْهِ أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ { مَنْ أَسْلَمَ فَلَيْسَ لَهُ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوِزْنٍ مَعْلُومٍ } الْحَدِيثُ أَجَازَ السَّلَامَ بِالْوِزْنِ مُطْلَقًا مَعَ أَنَّ الدَّرَاهِمَ هُوَ الْغَالِبُ فِي رَأْسِ الْمَالِ وَلَوْ لَمْ يَجْزَ لَكَانَ رَدًّا لَهُ بِالرَّأْيِ وَهُوَ لَا يَجُوزُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَحَلَّا بَعْدَهُمَا) أَيِ حَلَّ التَّفَاضُلِ وَالنِّسَاءَ بَعْدَ الْجِنْسِ وَالْقَدَرِ لِعَدَمِ الْعِلَّةِ الْمَوْجِبَةِ لِلْحُرْمَةِ إِذَا الْأَصْلُ الْجَوَازُ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَالْحُرْمَةُ تُعَارِضُ فَيَجُوزُ مَا لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ دَلِيلُ الْحُرْمَةِ أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَبَاحَ الْبَيْعِ بِقَوْلِهِ { وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ } فَيَجْرِي عَلَى إِطْلَاقِهِ فِيمَا لَمْ يُوْجَدْ فِيهِ دَلِيلُ الْحُرْمَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ .

قوله في المتن وعلة

قال في الهداية فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه : ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل قال الكمال وقد يقال بدل الكيل والوزن القدر وهو أشمل وأخصر ، لكنه يشمل ما ليس بصحيح إذ يشمل الذرع والعد وليس من أحوال الربا وكتب ما نصه ، ثم أعلم أن الخبر المروي عن أبي سعيد وعبادة معلول أم لا قال القائسون بأجمعهم : إنه معلول ، لكنهم اختلفوا في العلة فقال أصحابنا : العلة القدر مع الجنس وعدوا هذا الحكم إلى كل مكيل أو موزون فويل بجنسه حتى أثبتوا هذا الحكم في الجص والنورة ونحوهما لوجود الكيل وأثبتوه في الحديد والنحاس والرصاص ونحو ذلك لوجود الوزن .

أثقتني رحمه الله وكتب أيضا ما نصه وقال داود بن علي ومن تابعه من أصحاب الظواهر : إن الخبر غير معلول ولا يجري الربا إلا في هذه الأشياء الستة المذكورة في الخبر .

أثقتني قال الكمال : قوله والحكم يعني حرمة الربا أو وجوب التسوية معلول بإجماع القائسين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فإن عندهم حكم الربا مقتصر على الأشياء الستة المنصوصة المتقدمة ذكرها أما الظاهرية فلأنهم ينفون القياس وأما عثمان البتي فلأنه يشترط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر هنا ولأنه يطل العدد ولا يجوز كما في قوله { خمس من الفواسق } .

قوله وعند الشافعي العلة الطعم بانفراده إلخ

قال الأثقتني

رحمه الله : ثم فائدة الخلاف في الفضل على ما قال في الثحفة تظهر في موضعين : أحدهما في بيع مطعوم بجنس غير مقدّر كبيع الحفنة بالحفنتين والسفرجلة بالسفرجلتين ونحوهما يجوز عندنا لعدم القدر ولا يجوز عنده لوجود العلة وهي الطعم والثاني في بيع مقدّر غير مطعوم كبيع قفيز جص بقفيزي جص أو من حديد بمنوي حديد لا يجوز عندنا في الجص لوجود علة ربا الفضل وهي الكيل والجنس وعنده يجوز لعدم العلة وهي الطعم وفي الحديد لا يجوز عندنا لوجود الجنس والوزن وعنده يجوز لعدم الثمنية والطعم وأجمعوا أنه إذا باع قفيز أرز بقفيزي أرز لا يجوز لوجود الكيل والجنس عندنا ولوجود الطعم والجنس عنده وكذا أجمعوا أنه إذا باع من زعفران بمنوي زعفران أو من سكر بمنوي سكر لا يجوز لوجود الوزن والجنس عندنا ولوجود الجنس والطعم عنده .

قوله والجنس شرط عنده

أَي لِعَمَلِ الْعِلَّةِ عَمَلَهَا ؛ لِأَنَّ الطَّعْمَ وَالثَّمَنِيَّةَ لَا تَعْمَلُ إِلَّا عِنْدَ وُجُودِ الْجِنْسِيَّةِ .

قوله أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ (لَفْظُ الْخُدْرِيِّ لَيْسَ فِي خَطِّ الشَّارِحِ .

قوله استعمل رجلاً

يُقَالُ لَهُ سَوَادُ بَنٍ غَزِيَّةٌ .

قوله فقال : { لا تفعل بع الجمع }

قَالَ فِي الْمُعْرَبِ وَالْجَمْعُ الدَّقْلُ ؛ لِأَنَّهُ يُجْمَعُ وَيُخْلَطُ مِنْ تَمَرٍ حَمْسِينَ نَخْلَةً وَقِيلَ كُلُّ لَوْنٍ مِنَ النَّخْلِ لَا يُعْرَفُ اسْمُهُ فَهُوَ جَمْعٌ ، ثُمَّ غَلَبَ عَلَى التَّمْرِ الرَّدِيُّ وَمِنْهُ الْحَدِيثُ { بَعِ الْجَمْعَ بِالْدَّرَاهِمِ ، ثُمَّ ابْتَغِ بِالْدَّرَاهِمِ حَنِيئًا } وَالْحَنِيئُ مِنْ أَحْوَدِ التَّمْرِ وَقَالَ فِي الْمُعْرَبِ أَيْضًا : الدَّقْلُ مِنْ أَرْدَا التَّمْرِ .

(قوله

قَالَ : { لَا تَبِيعُوا الدَّرْهَمَ بِالْدَّرْهَمَيْنِ }) أَيُّ وَلَا الدِّيَارَ بِالْدِّيَارَيْنِ غَايَةً

قوله المراد ما يحل الصاع

أَيُّ وَيَجَاوِرُهُ مَحَازًا .

أَتَقَانِي

قوله إذ لا يجري الربا في نفس الصاع

أَيُّ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْمِكْيَالِ بِمِكْيَالَيْنِ يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ .

أَتَقَانِي

قوله فيتناول المطعوم وغيره

وَالدَّلِيلُ عَلَى فُسَادِ عِلَّتِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ مُتَفَاضِلًا مَعَ وُجُودِ الطَّعْمِ وَيَجُوزُ عَنْدهُمْ بَيْعُ الرُّطَبِ عَلَى رَأْسِ النَّخْلِ بِالتَّمْرِ عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ وَإِنْ كَانَ مَطْعُومًا مُتَفَاضِلًا .

غَايَةً

قوله وهذا ؛ لأن الحقيقة إنما تعم لأمر زائد

وذلك إما الألف واللام أو لفظ الجمع أو الجنس من خط الشارح

قوله ولأن المقصود

أي المقصود من قوله عليه الصلاة والسلام { الحنطة بالحنطة } إيجاب التماثل لا إيجاب البيع .

قوله صيانة لأموالهم عن التوى

؛ لأن أحد البديلين إذا كان أنقص من الآخر يكون الزائد خاليا عن العوض وفيه تلف الزائد فاشتراط المماثلة حتى تُصان أموال الناس وإليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله { والفضل ربا } أي الفضل على المتماثل ربا أي إن الذي تطوق به القرآن بقوله { وحرّم الربا } المراد به هذا الفضل .

أثقاني

قوله والطعم والفتيات

هذا جواب عن متمسك الشافعي .

قوله ولا نسلم أن حرمة البيع أصل الخ (قال الأثقاني رحمه الله عند قوله وإذا عُدِم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه حل التفاضل والنساء ؛ لأن الأصل في البيع الحل { وأحل الله البيع } وإنما الحرمة بعارض علة الربا وهي القدر والجنس فإذا انعدمت علة الحرمة كان حلالا بالحل الأصلي .

قوله كالحقنة من الحنطة الخ

والخمس حفات ليست حفات إذا لم تبلغ نصف الصاع .

قوله في المتن فحرم الفضل الخ

قال الكمال رحمه الله : وسائر الموزونات خلاف التقدير لا يجوز أن يسلم في الموزونات وإن اختلفت أجناسها كإسلام حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك إلا إذا خرج من أن يكون وزنيا بالصنعة إلا في الذهب والفضة فلو أسلم سيفًا فيما يوزن جاز إلا في الحديد ؛ لأن السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع إناء من غير التقدير بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان أو حديدا وإن كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجري فيها ربا الفضل وإن كانت لا تُباع وزنا ؛ لأن صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا تتغير بالصنعة فلا يخرج عن الوزن بالعادة وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ إسلام الحنطة

وَالشَّعِيرِ فِي الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لِاخْتِلَافِ طَرِيقَةِ الْوَزْنِ .

أَجِيبَ بَأَنَّ امْتِنَاعَهُ لَامْتِنَاعِ كَوْنِ التَّقْدِ مُسْلِمًا فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ مَبِيعٌ وَهُمَا مُتَعَيَّنَانِ لِلثَّمَنَِّةِ وَهَلْ يَجُوزُ بَيْعًا قِيلَ إِنْ كَانَ بِلَفْظِ الْبَيْعِ يَجُوزُ بَيْعًا بِنَمْنٍ مُؤَجَّلٍ وَإِنْ كَانَ بِلَفْظِ السَّلَمِ فَقَدْ قِيلَ : لَا يَجُوزُ قَالَ الطَّحَاوِيُّ يَنْبَغِي أَنْ يَنْعَقِدَ بَيْعًا بِنَمْنٍ مُؤَجَّلٍ

قَوْلُهُ وَالنِّسَاءُ

بِالْمَدِّ لَيْسَ غَيْرُ كَمَالٍ

قَوْلُهُ كَالْهَرَوِيِّ بِالْهَرَوِيِّ

قَالَ الْكَمَالُ : وَكَذَا إِذَا بَاعَ عَبْدًا بِعَبْدٍ إِلَى أَجَلٍ لَوْجُودِ الْجَنَسِيَّةِ وَلَوْ

بَاعَ الْعَبْدُ بِعَبْدَيْنِ أَوْ الْهَرَوِيُّ بِالْهَرَوِيِّينِ حَاضِرًا جَازَ وَكُتِبَ مَا نَصَّهُ قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ : إِنَّهُ إِذَا بَاعَ ثَوْبًا هَرَوِيًّا بِثَوْبٍ هَرَوِيٍّ أَوْ مَرُوبًا بِمَرُوبٍ نَسِيئَةً لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا وَيَجُوزُ عِنْدَهُ وَكَذَا لَوْ بَاعَ حَيَوَانًا بِحَيَوَانٍ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ وَأَجْمَعُوا أَنَّ التَّفَاضُلَ يَحِلُّ وَكَذَلِكَ إِسْلَامُ الْمَكِيلَاتِ فِي الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ فِي الْمَوْزُونَاتِ نَحْوُ الْحَدِيدِ وَالرِّصَاصِ وَمَا أَشَبَّهُ ذَلِكَ يَجُوزُ عِنْدَهُ وَيَرُدُّ عَلَيْهِ الْمَطْعُومُ فِي الْمَطْعُومِ نَسِيئَةً لَا يَجُوزُ كَالْحَنِطَةِ فِي الشَّعِيرِ وَجَوَابُهُ أَنَّ التَّفَاضُلَ فِي بَيْعِ الطَّعَامِ شَرْطٌ عِنْدِي وَلَمْ يُوجَدْ التَّفَاضُلُ فَفَسَدَ الْعَقْدُ بِهَذَا لَا لِكَوْنِهِ نِسَاءً قَالَ صَاحِبُ الْإِيضَاحِ : وَهَذَا خَرَقٌ لِاجْتِمَاعِ الصَّحَابَةِ فَإِنَّهُمْ اتَّفَقُوا عَلَى حُرْمَةِ النِّسَاءِ وَجَهٌ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ فِي أَنَّ الْجَنَسَ بَانْفِرَادِهِ لَا يُحَرِّمُ النِّسَاءَ مَا رَوَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ { أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَهَزَ حَيْشًا فَأَمَرَنِي أَنْ أَشْتَرِيَ بَعِيرًا بِبَعِيرَيْنِ إِلَى أَجَلٍ } وَلَئِنْ حَقِيقَةُ الْفَضْلِ لَا تَحْرُمُ بِالْإِجْمَاعِ وَعَلَى هَذَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَاحِدِ بِالْاِثْنَيْنِ كَالْهَرَوِيِّ بِالْهَرَوِيِّينِ وَالْمَرُوبِيِّ بِالْمَرُوبِيِّينَ فَلَأَنَّ لَا تَحْرُمُ شُبُهَةُ الْفَضْلِ وَهِيَ فَضْلُ الْحُلُولِ عَلَى النَّسِيئَةِ أَوَّلَى وَأُخْرَى .

وَلَمَّا رَوَى أَبُو دَاوُدَ فِي السُّنَنِ وَقَالَ : حَدَّثَنَا مُوسَى بْنُ إِسْمَاعِيلَ قَالَ : حَدَّثَنَا حَمَّادٌ عَنْ قَتَادَةَ عَنْ الْحَسَنِ عَنْ سَمُرَةَ عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسِيئَةً } وَلِأَنَّ الْجَنَسَ أَحَدٌ وَصَفَى عِلَّةَ الرَّبَا فَيُعْتَبَرُ فِي تَحْرِيمِ النِّسَاءِ كَالْوَصْفِ الْآخَرِ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحَنِطَةِ بِالشَّعِيرِ نَسِيئَةً بِاتِّفَاقٍ وَلِأَنَّ الْحُكْمَ يَثْبُتُ بِقَدْرِ ثُبُوتِ الْعِلَّةِ فَإِذَا وَجِدَتْ عِلَّةٌ حَقِيقَةً بِوُجُودِ وَصَفَى الْعِلَّةِ ثَبُتَتْ حُرْمَةُ الرَّبَا حَقِيقَةً وَإِذَا وَجِدَتْ شُبُهَةً الْعِلَّةِ بِوُجُودِ أَحَدٍ وَصَفَى الْعِلَّةِ ثَبُتَتْ شُبُهَةُ الرَّبَا وَالْاِخْتِرَازُ عَنْ شُبُهَةِ الرَّبَا وَاجِبٌ كَالْاِخْتِرَازِ عَنْ حَقِيقَةِ الرَّبَا ؛ لِأَنَّ الشُّبُهَةَ فِي بَابِ الْحُرْمَاتِ مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ بِحَقِيقَةٍ أَنَّ أَحَدًا وَصَفَى عِلَّةَ الرَّبَا مِنَ الْقَدْرِ وَالْجَنَسِ إِذَا وَجِدَ ذَلِكَ مَالِ الرَّبَا مِنْ وَجْهِ لِحُصُولِ التَّسَاوِي بَيْنَهُمَا مِنْ وَجْهِ إِمَّا ذَاتًا بِالْكَيْلِ أَوْ مَعْنَى بِالْجَنَسِ وَالْفَضْلُ مِنَ حَيْثُ الْحُلُولُ فَضْلٌ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى فَيُثْبِتُ بِهِ الرَّبَا مِنْ وَجْهِ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ يَثْبُتُ بِقَدْرِ الْعِلَّةِ فَيَحْتَرِزُ عَنْهُ . وَالْجَوَابُ عَنْ الْحَدِيثِ قِيلَ : إِنَّهُ كَانَ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَقَدْ أَخَذَهُ عَبْدُ اللَّهِ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ وَلَا رَبَا بَيْنَهُمَا عِنْدَنَا وَقِيلَ : إِنَّهُ كَانَ قَبْلَ تَحْرِيمِ الرَّبَا .

أُتْقَانِي

قَوْلُهُ وَلِأَنَّ اجْتِمَاعَهُمَا حَقِيقَةٌ

أَيُّ الْقَدْرِ وَالْجَنَسِ .

قوله فيحرم بحقيقة العلة

وذلك بوجود وصفي العلة

قوله ويحرم بشبهة العلة

وهي أحد وصفي العلة .

قوله فلا يلزم المحذور

أي وهو توزيع أجزاء الحكم على أجزاء العلة

قوله إذ التقدان يوزنان بالصنجات

أي والمثاقيل والزعفران وأمثاله بالأمناء والقبان وهذا اختلاف الوزن بينهما صورة التقود لا تتعين بالتعين والزعفران ونحوه يتعين بالتعين وهذا اختلاف بينهما معنى والتصرف في التقود قبل القبض جائز بخلاف الزعفران ونحوه ولهذا إذا اشترى دنانير أو دراهم موزونة وقبض كان له أن يبيعه موازنة بدون إعادة الوزن وفي الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن إذا اشترى موازنة وهذا اختلاف بينهما حكماً .

أثغاني

قوله فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكماً

هذا على طريق اللف والنشر فقوله صورة يرجع إلى أن القطن يوزن بالأمناء والتقدنين بالصنجات وقوله ومعنى يرجع إلى قوله يتعين بالتعين وقوله وحكماً يرجع إلى قوله ويجوز التصرف فيهما قبل الوزن .

قوله في المتن وحلاً بعدمهما

كما إذا اختلف النوعان مما لا يكال ولا يوزن حيث يجوز التفاضل بأن يباع اثنان بواحد كالثوب الهروي بالمروبي والجوز الأبيض والحيوان بالثياب ويجوز نسيئة أيضاً .

غاية .

قال رحمه الله (وصح بيع المكيل كالبئر والشعير والتمر والملح والموزون كالتقدين وما ينسب إلى الرطل بجنسه متساوياً لا متفاضلاً) أما بيع المكيل والموزون غير المنسوب إلى الرطل فقد ذكرناه وبيننا أحكامه وأما ما ينسب إلى الرطل منه فالمراد به كل شيء وقع عليه كيل .

الرطل فإنه يعتبر موزوناً ؛ لأنه مقدر بطريق الوزن وذلك مثل الأدهان فإنه موزون غير أنه لما لم يستمسك إلا في وعاء يشق عليهم وزنه بالأمناء والصنجات في كل وقت بالوعاء فقدّر الوعاء بالرطل والأمناء فاكثفي به دفعاً للخرج فبقي موزوناً على حاله ، ثم قال في

الْهَدَايَةُ : وَإِذَا كَانَ مَوْزُونًا فَلَوْ بَاعَ بِمِكْيَالٍ لَا يُعْرَفُ وَزْنُهُ بِمِكْيَالٍ مِثْلَهُ لَا يَجُوزُ لِتَوَهُمِ الْفَضْلِ فِي الْوَزْنِ بِمَنْزِلَةِ الْمُجَازَفَةِ مَعْنَاهُ أَنَّهُ إِذَا بَاعَ مَا يُبَاعُ بِالْأَوَاقِي بِكَيْلٍ غَيْرِ أَوَاقٍ سَوَاءٍ بِسَوَاءٍ لَمْ يَجْزَ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ الْمَوْزُونُ بِجِنْسِهِ بِكَيْلٍ لَمْ يُقَدَّرْ بِالْأَوَاقِي فَيَكُونُ مُجَازَفَةً فَيُطْلُ لِحَوَازِ التَّفَاضُلِ بِالْوَزْنِ وَهَذَا مُشْكِلٌ ؛ لِأَنَّ الشَّيْئَيْنِ إِذَا اسْتَوَيَا فِي كَيْلٍ وَجَبَ أَنْ يَسْتَوِيَا فِي كَيْلٍ آخَرَ أَيْضًا وَلَا تَأْثِيرَ لِكَوْنِ الْمَكِيلِ مَعْلُومًا أَوْ مَحْهُولًا فِي ذَلِكَ إِذْ لَا يَخْتَلِفُ ثَقْلُهُ فِيهِمَا وَفِي النَّهْيَةِ قَالَ الْإِسْبِجَابِيُّ : فَائِدَةُ هَذَا أَنَّهُ لَوْ بَاعَ مَا يُنْسَبُ إِلَى الرَّطْلِ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا فِي الْكَيْلِ مُتَسَاوِيًا فِي الْوَزْنِ يَجُوزُ وَهَذَا حَسَنٌ وَهُوَ قِيَاسُ الْمَوْزُونَاتِ فَإِنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ إِلَّا الْوَزْنُ غَيْرَ أَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بِالْأَوَاقِي أَيْضًا إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَ كَيْلٍ وَكَيْلٍ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَلَا يَنْدَفِعُ هَذَا الْإِشْكَالُ إِلَّا إِذَا مَنَعَ الْحَوَازُ فِي الْكُلِّ .

الشرح

قوله وصح بيع المكيل كالتبر والشعير الخ

اعْلَمْ أَنَّ مَا كَانَ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا يُغَيَّرُ أَبَدًا عَنْ ذَلِكَ بَلْ يُعْتَبَرُ مَا كَانَ مَكِيلًا فِي عَهْدِهِ مَكِيلًا وَيُسْتَرْطُ فِيهِ التَّسَاوِيُ بِالْكَيْلِ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى التَّسَاوِيِ فِي الْوَزْنِ دُونَ الْكَيْلِ حَتَّى لَوْ تَسَاوَى الْحِنْطَةُ بِالْحِنْطَةِ وَزْنًا لَا كَيْلًا لَمْ يَجْزَ وَكَذَلِكَ الشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ وَمَا كَانَ مَوْزُونًا فِي عَهْدِهِ يُعْتَبَرُ مَوْزُونًا أَبَدًا وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى التَّسَاوِيِ فِي الْكَيْلِ دُونَ الْوَزْنِ حَتَّى لَوْ تَسَاوَى الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ كَيْلًا لَا وَزْنًا لَمْ يَجْزَ وَكَذَلِكَ الْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ طَاعَةَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَاجِبَةٌ عَلَيْنَا وَلِأَنَّ النَّصَّ أَقْوَى مِنَ الْعُرْفِ لِكَوْنِهِ ثَابِتًا بِالنَّصِّ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { مَا رَأَى الْمُؤْمِنُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ } قَالَ الْقُدُورِيُّ وَمَا لَمْ يَنْصَ عَلَيْهِ فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى عَادَاتِ النَّاسِ وَهَذَا لِمَا رَوَيْنَا مِنَ الْحَدِيثِ وَرَوِي عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْعُرْفَ يُعْتَبَرُ عَلَى خِلَافِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ وَوَجْهُهُ أَنَّ النَّصَّ إِنَّمَا وَرَدَ بِالْكَيْلِ أَوْ الْوَزْنِ لِجَرَيَانِ الْعَادَةِ فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَذَلِكَ وَإِذَا تَبَدَّلَتِ الْعَادَةُ يُؤْخَذُ بِهَا وَتُتْرَكُ تِلْكَ الْعَادَةُ فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَتَّى لَوْ بَاعَ الْحِنْطَةَ مَعَ التَّسَاوِيِ فِي الْوَزْنِ دُونَ الْكَيْلِ لَمْ يَجْزَ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَ الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ مَعَ التَّسَاوِيِ فِي الْكَيْلِ دُونَ الْوَزْنِ لَمْ يَجْزَ عِنْدَهُمَا وَإِنْ كَانَ الْعُرْفُ يَجْرِي بِوَزْنِ الْحِنْطَةِ وَكَيْلِ الذَّهَبِ .

أَتَقَانِي قَوْلُهُ وَلِأَنَّ النَّصَّ أَقْوَى مِنَ الْعُرْفِ قَالَ الْكَمَالُ : لِأَنَّ الْعُرْفَ جَازٍ أَنْ يَكُونَ عَلَى بَاطِلٍ كَتَعَارُفِ أَهْلِ زَمَانِنَا فِي إِخْرَاجِ الشُّمُوعِ وَالسُّرُجِ إِلَى الْمَقَابِرِ لِيَالِي الْعِيدِ وَالنَّصُّ بَعْدَ ثُبُوتِهِ لَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَى بَاطِلٍ وَلِأَنَّ حُجِّيَّةَ الْعُرْفِ عَلَى الَّذِينَ تَعَارَفُوهُ وَالتَّزَمُّوهُ فَقَطْ وَالنَّصُّ حُجَّةٌ عَلَى الْكُلِّ فَهُوَ أَقْوَى وَلِأَنَّ الْعُرْفَ إِنَّمَا صَارَ حُجَّةً بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ } وَفِي الْمُحْتَبَى ثَبَتَ بِهَذَا أَنَّ مَا يَعْتَادُهُ أَهْلُ خَوَارِزْمَ مِنْ بَيْعِ الْحِنْطَةِ الرَّبِيعِيَّةِ بِالْحَرِيقِيَّةِ مَوْزُونًا مُتَسَاوِيًا لَا يَجُوزُ وَقَوْلُهُ وَلِأَنَّ حُجِّيَّةَ الْعُرْفِ الْخ فِيهِ تَأْمُلٌ يَجِبُ تَحْرِيرُهُ أَق

قوله وأما ما ينسب إلى الرطل الخ

قَالَ فِي الْهَدَايَةِ وَكُلُّ مَا يُنْسَبُ إِلَى الرَّطْلِ فَهُوَ وَزْنِيٌّ مَعْنَاهُ مَا يُبَاعُ بِالْأَوَاقِي ؛ لِأَنَّهَا قُدِّرَتْ بِطَرِيقِ الْوَزْنِ حَتَّى يَحْسَبَ مَا يُبَاعُ بِهَا وَزْنًا بِخِلَافِ سَائِرِ الْمَكَايِلِ .

قَوْلُهُ فَيَكُونُ مُجَازَفَةً فَيُطْلُ (أَيِ الْمُسَاوَاةِ فِي الْأَمْوَالِ الرَّبُوبِيَّةِ شَرْطُ حَوَازِ الْعَقْدِ فَإِذَا عُدِمَتِ الْمُسَاوَاةُ يُثْبِتُ الْعَقْدُ وَيُثْبِتُ الْمَلِكُ لِلْمُشْتَرِي

بِالْقَبْضِ .

كَافِي فِي الْإِكْرَاهِ .

قَوْلُهُ لَا يَجُوزُ بِالْأَوْاقِي

أَيُّ الْمُقَدَّرُ بِالْأَوْاقِي .

اق وَكُتِبَ عَلَى قَوْلِهِ بِالْأَوْاقِي أَيُّ بِالْكَيلِ الْأَوْاقِي .

قَوْلُهُ إِذَا لَمْ يَفْرُقْ بَيْنَ كَيْلٍ وَكَيْلٍ عَلَى مَا بَيَّنَّا

وَيُمْكِنُ الْجَوَابُ عَنْهُ بِأَنَّهُ إِنَّمَا جَازَ بِالْكَيلِ الْأَوْاقِي دَفْعًا لِلْحَرَجِ فَتَوَهُمُ الْفَضْلُ بِالْوَزْنِ لَا يُعْتَبَرُ بِخِلَافِ الْكَيْلِ الْمَجْهُولِ فَإِنَّهُ لَا ضَرُورَةَ فِيهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَجِدُّهُ كَرَدِيهِ) يَعْنِي جِدُّ مَالِ الرَّبَا وَرَدِيَّتُهُ سَوَاءٌ حَتَّى لَا يَجُوزَ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُتَّفَاضِلًا لِنَهْيِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ذَلِكَ فِيمَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ وَأَبِي هُرَيْرَةَ { حِينَ قَالَ لَهُ الرَّجُلُ : إِنَّا نَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعَيْنِ وَالصَّاعَيْنِ بِالثَّلَاثَةِ بِقَوْلِهِ لَا تَفْعَلْ بَعِ الْجَمْعَ بِالْدَّرَاهِمِ { الْحَدِيثَ وَلِأَنَّ تَفَاوُتَ الْوَصْفِ لَا يُعَدُّ تَفَاوُتًا عَادَةً وَلَوْ أُعْتَبِرَ لَأَنسَدَّ بَابُ الْبَيَاعَاتِ عَلَى مَا بَيَّنَّا .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ وَلَوْ أُعْتَبِرَ لَأَنسَدَّ بَابُ الْبَيَاعَاتِ

وَهُوَ مَفْتُوحٌ ؛ لِأَنَّ الْحِنْطَةَ لَا تَكُونُ مِثْلًا لِحِنْطَةٍ أُخْرَى مِنْ كُلِّ وَجْهِ .

أَثَقَانِي .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَيُعْتَبَرُ التَّعْيِينُ دُونَ التَّقَابُضِ فِي غَيْرِ الصَّرْفِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يُعْتَبَرُ التَّقَابُضُ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ فِي بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ كَالْتَقْدِ بِالتَّقْدِ لِمَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ فَإِنَّهُ شَرَطَ فِيهِ أَنْ يَكُونَ يَدًا بَيِّدَ وَلِحَدِيثِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { قَالَ : الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ وَالْوَرَقُ بِالْوَرَقِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ وَالثَّبَرُ بِالثَّبَرِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ وَالثَّمَرُ بِالثَّمَرِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ { رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ وَأَحْمَدُ وَمَعْنَاهُ أَنَّ هَذِهِ الْبَيَاعَاتِ لَا تَجُوزُ إِلَّا إِذَا قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ هَاءَ أَيْ خُذْ وَالْمُرَادُ بِهِ وَيَقُولُهُ { يَدًا بَيِّدَ { فِي الْحَدِيثِ الْأَوَّلِ الْقَبْضُ وَلِهَذَا يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ

كَانَ مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالْإِشَارَةِ كَالْمَصُوغِ مِنْهُمَا وَلِأَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { يَدًا بَيَدٍ } لَفْظٌ وَاحِدٌ لَا يَجُوزُ أَنْ يُرَادَ بِهِ الْقَبْضُ فِي حَقِّ التَّقْدِيرِ وَالتَّعْيِينِ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا حَقِيقَةٌ فِيهِمَا أَوْ حَقِيقَةٌ فِي أَحَدِهِمَا وَمَجَازٌ فِي الْآخَرِ وَأَيْتُهُمَا كَانَ فَلَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا لِمَا عُرِفَ أَنَّ الْمُشْتَرَكَ لَا عُمُومَ لَهُ وَأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ لَا يَجُوزُ وَلِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى تَعَاقُبِ الْقَبْضِ بِأَنْ يَقْبِضَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ فَأَشْبَهَ التَّاجِيلَ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ لِلْمَقْبُوضِ مَزِيَّةً عَلَى غَيْرِهِ فَيَقُوتُ بِهِ التَّسَاوِي وَهُوَ الشَّرْطُ وَلَنَا أَنَّهُ مَبِيعٌ مُتَعَيَّنٌ فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ كَالثَوْبِ وَنَحْوِهِ إِذَا بَاعَ بِجِنْسِهِ أَوْ بِخِلَافِ جِنْسِهِ لِحُصُولِ مَقْصُودِهِ وَهُوَ التَّمَكُّنُ مِنَ التَّصَرُّفِ بِخِلَافِ الصَّرْفِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِالْقَبْضِ فَيُشْتَرَطُ فِيهِ لِيَتَعَيَّنَ وَتَعَاقُبُ الْقَبْضِ لَا يُعَدُّ تَفَاوُتًا فِي الْمُتَعَيَّنِ بِخِلَافِ الْحَالِ وَالْمَوْجَلِ وَالْمُرَادُ بِمَا رَوَى التَّعْيِينُ غَيْرُ أَنْ مَا يَتَعَيَّنُ بِهِ مُحْتَكَفٌ فَالتَّقْدَانِ يَتَعَيَّنَانِ بِالْقَبْضِ وَغَيْرُهُمَا بِالتَّعْيِينِ فَلَا يَلْزَمُ الْجَمْعُ بَيْنَ مَعْنَيِ الْمُشْتَرَكِ وَلَا بَيْنَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ وَإِنَّمَا شَرَطَ الْقَبْضُ فِي الْمَصُوغِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ بِاعْتِبَارِ أَصْلِ خَلْقَتِهِ وَهُوَ الثَّمَنِيَّةُ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنِيَّةَ لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فَيُشْتَرَطُ قَبْضُهُ وَلَا يَسْقُطُ اشْتِرَاؤُ الْقَبْضِ بِالصَّنْعَةِ لِبَقَاءِ شُبْهَةِ عَدَمِ التَّعْيِينِ بِاعْتِبَارِ الْأَصْلِ إِذِ الشُّبْهَةُ فِي الْحُرُمَاتِ مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ .

الشرح

قوله { إِنْ هَاءَ وَهَاءَ }

عَلَى وَزْنِ هَاعَ بِمَعْنَى خُذْ مِنْهُ وَالْقَصْرُ خَطَأٌ .

أَتَقَانِي قَالَ الْكَمَالُ وَهَاءَ مَمْدُودٌ مِنْ هَا وَأَلِفٌ وَهَمْزَةٌ بِوَزْنِ هَاعَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْفَتْحِ وَمَعْنَاهُ خُذْ يَعْنِي هُوَ رَبًّا إِلَّا فِيمَا يَقُولُ كُلُّ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ خُذْ .

قوله بخلاف الصَّرْفِ

؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِالْقَبْضِ فَيُشْتَرَطُ فِيهِ لِيَتَعَيَّنَ قَالَ الْأَتَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَمَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { يَدًا بَيَدٍ } عَيْنًا بَعَيْنٍ بِدَلِيلِ مَا رَوَى الطَّحَاوِيُّ مُسْنَدًا إِلَى عِبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ { لَا تَبِعَ الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ وَلَا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ وَلَا الْبُرَّ بِالْبُرِّ وَلَا الشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ وَلَا التَّمْرَ بِالتَّمْرِ وَلَا الْمِلْحَ بِالْمِلْحِ إِلَّا سَوَاءٌ بِسَوَاءٍ عَيْنًا بَعَيْنٍ } فَعِلِمَ أَنَّ الْمُرَادَ مِنَ الْيَدِ بِالْيَدِ التَّعْيِينُ إِلَّا أَنَّ التَّعْيِينَ فِي الصَّرْفِ لَا يَتَحَقَّقُ قَبْلَ التَّقَابُضِ لِمَا مَرَّ أَنفًا فَلِهَذَا اشْتَرَطَ التَّقَابُضَ .

قوله وتعاقب القبض لا يعدُّ تفاوتًا في المتعَيَّنِ

هَذَا جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ الْخَصْمِ وَلِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَقْبِضْ فِي الْمَجْلِسِ يَتَعَاقَبُ فَأَجَابَ بِأَنَّ التَّجَارَ لَا يُفَاضِلُونَ فِي الْمَالِيَّةِ بَيْنَ الْمَقْبُوضِ فِي الْمَجْلِسِ وَغَيْرِ الْمَقْبُوضِ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ حَالًا بِخِلَافِ الْحَالِ وَالْمَوْجَلِ وَإِذَا لَمْ يَتِمَّ كُنْ فَضْلٌ خَالَ عَنِ الْمُعَامَلَةِ كَانَ الْعَقْدُ جَائِزًا كَمَا فِي بَيْعِ الْعَبِيدِ وَالذَّوَابِّ بِجِنْسِهِ وَبَغَيْرِ جِنْسِهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَصَحَّ بَيْعُ الْحَفْنَةِ بِالْحَفْنَتَيْنِ وَالتُّفَاحَةِ بِالتُّفَاحَتَيْنِ وَالْبَيْضَةِ بِالْبَيْضَتَيْنِ وَالْجَوْزَةِ بِالْجَوْزَتَيْنِ وَالتَّمْرَةِ بِالتَّمْرَتَيْنِ) ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ .

لَيْسَتْ بِمَكِيلٍ وَلَا مَوْزُونٍ فَلَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ الْمَعْيَارِ فَأَنْعَدِمَتْ الْعِلَّةُ بِانْعِدَامِ أَحَدِ شَطْرَيْهَا وَهُوَ الْقَدْرُ وَلِهَذَا يُضْمَنُ بِالْقِيَمَةِ عِنْدَ الْإِثْلَافِ عِنْدَنَا وَمَا دُونَ نِصْفِ صَاعٍ بِمَنْزِلَةِ الْحَفْنَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَقْدِيرَ فِيهِ فِي الشَّرْعِ بِمَا دُونُهُ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ هَذَا إِذَا بَاعَ مَا دُونَ نِصْفِ الصَّاعِ بِمَا دُونَ نِصْفِ الصَّاعِ وَإِنْ بَاعَ مَا دُونَ نِصْفِ الصَّاعِ بِنِصْفِ صَاعٍ أَوْ أَكْثَرَ لَمْ يَجْزُ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلِ لَوْجُودِ الْمَعْيَارِ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ فَتَحَقَّقَتِ الشُّبْهَةُ وَعَلَى هَذَا لَوْ بَاعَ مَا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْوِزْنِ كَالدَّرَّةِ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ بِمَا لَا يَدْخُلُ تَحْتَهُ جَارَ لِعَدَمِ التَّقْدِيرِ شَرْعًا إِذْ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْوِزْنِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يَجُوزُ جَمِيعُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْعِلَّةَ عِنْدَهُ الطَّعْمُ أَوْ الثَّمَنِيَّةُ وَقَدْ وَجِدَتْ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَصَحَّ بَيْعُ الْحَفْنَةِ

أَيُّ وَهِيَ مِلَّةُ الْكُفَّيْنِ .

مَصْبَاحٌ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحَفْنَةِ بِالْحَفْنَتَيْنِ لَوْجُودِ الطَّعْمِ وَعَدَمِ الْمُخْلَصِ وَهُوَ الْمُسَاوَاةُ أَتَقَانِي .
وَسَيَأْتِي فِي كَلَامِ الشَّارِحِ بِمَعْنَاهُ وَكُتِبَ عَلَى قَوْلِهِ وَالْحَفْنَةُ مَا نَصَّهُ قَالَ فِي الصَّحَاحِ الْحَفْنَةُ مِلَّةُ الْكُفَّيْنِ مِنْ طَعَامٍ أَوْ غَيْرِهِ وَمِنْهُ { إِنَّمَا نَحْنُ حَفْنَةٌ مِنْ حَفَنَاتِ اللَّهِ } أَيُّ يُشِيرُ بِالْإِضَافَةِ إِلَى مُلْكِهِ وَرَحْمَتِهِ وَحَفَنْتُ الشَّيْءَ إِذَا حَرَفْتُهُ بِكَلْمَا يَدِيكَ وَلَا يَكُونُ إِلَّا مِنَ الشَّيْءِ الْيَاسِسِ كَالدَّقِيقِ وَالرَّمْلِ وَنَحْوِهِ وَفِي النَّهْيَةِ لِابْنِ الْأَثِيرِ فِي حَدِيثِ أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ { إِنَّمَا نَحْنُ حَفْنَةٌ مِنْ حَفَنَاتِ اللَّهِ } أَرَادَ إِنَّا عَلَى كَثَرَتِنَا يَوْمَ الْقِيَامَةِ قَلِيلٌ عِنْدَ اللَّهِ كَالْحَفْنَةِ وَهِيَ مِلَّةُ الْكُفِّ وَقَالَ الْأَثَرَانِيُّ الْحَفْنَةُ مِلَّةُ الْكُفِّ .

قَوْلُهُ وَلِهَذَا يُضْمَنُ بِالْقِيَمَةِ الْخُ

هَذَا إِضْطَاحٌ لِقَوْلِهِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ الْخُ يَعْنِي أَنَّ الْحَفْنَةَ وَالْحَفْنَتَيْنِ وَالتُّفَاحَةَ وَالتُّفَاحَتَيْنِ لَوْ كَانَ دَاخِلًا تَحْتَ الْمَعْيَارِ كَانَ مَضْمُونًا بِالمِثْلِ عِنْدَ الْإِثْلَافِ كَمَا فِي سَائِرِ الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ ، وَلَكِنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْقِيَمَةِ فَدَلَّ أَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ تَحْتَ الْمَعْيَارِ وَهَذَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي الْعُدُودِ الْمُتَفَاوِتِ لَا فِي الْمُتَقَارِبِ إِلَّا تَرَى أَنَّ فَخْرَ الْإِسْلَامِ قَالَ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَا يَلْزَمُ أَنَّ الْجَوْزَةَ مِثْلُ الْجَوْزَةِ فِي ضَمَانِ الْعُدُودِ وَكَذَا سَائِرُ هَذِهِ الْجُمْلَةِ يَعْنِي أَنَّ التَّمْرَةَ مِثْلُ التَّمْرَةِ وَالْبَيْضَةَ مِثْلُ الْبَيْضَةِ وَلَمْ يُجْعَلْ كَذَلِكَ فِي حُكْمِ الرَّبَا ؛ لِأَنَّ الْجَوْزَةَ لَيْسَتْ مِثْلَ الْجَوْزَةِ لِعَدَمِ دَلِيلِ الْمُمَانِلَةِ لِلتَّفَاوُتِ إِلَّا أَنَّ النَّاسَ اصْطَلَحُوا عَلَى إِهْدَارِ التَّفَاوُتِ فَقَبِلَ ذَلِكَ فِي حَقِّهِمْ وَهُوَ ضَمَانُ الْعُدُودِ فَأَمَّا فِي حَقِّ وَجُوبِ التَّسْوِيَةِ وَحُرْمَةِ الْفَضْلِ فَلَا .

غَايَةُ الْبَيَانِ .

قَوْلُ الشَّارِحِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلِهَذَا يُضْمَنُ بِالْقِيَمَةِ عِنْدَ الْإِثْلَافِ عِنْدَنَا قَالِ الْكَمَالِ رَحِمَهُ اللَّهُ : وَمِنْ فُرُوعِ ضَمَانِ مَا دُونَ نِصْفِ صَاعٍ بِالْقِيَمَةِ أَنَّهُ لَوْ عَصَبَ حَفْنَةً فَعَفَنْتْ عِنْدَهُ ضَمِنَ قِيَمَتَهَا فَإِنْ أَبَى إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ عَيْنَهَا أَخَذَهَا وَلَا شَيْءَ لَهُ فِي مُقَابَلَةِ الْفَسَادِ الَّذِي حَصَلَ لَهَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَمَّا كَانَتْ عَلَّةُ الرِّبَا الطَّعْمَ حَرَّمَ الْحَفْنَةَ وَالتَّفَاحَةَ بَيْنَتَيْنِ وَقَالُوا : مَا دُونَ نِصْفِ صَاعٍ فِي حُكْمِ الْحَفْنَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَقْدِيرَ فِي الشَّرْعِ بِمَا دُونَهُ فَعُرِفَ أَنَّهُ لَوْ وَضِعَتْ مَكَايِلُ أَصْغَرُ مِنْ نِصْفِ الصَّاعِ لَا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ بِهَا وَهَذَا إِذَا لَمْ يَبْلُغْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْبَدَلَيْنِ نِصْفَ صَاعٍ فَإِنْ بَلَغَ أَحَدُهُمَا نِصْفَ صَاعٍ لَمْ يَجُزْ حَتَّى لَا يَجُوزَ بَيْنُ نِصْفِ صَاعٍ فَصَاعِدًا بِحَفْنَةٍ وَفِي جَمْعِ التَّفَارِيقِ قِيلَ لَا رِوَايَةَ فِي الْحَفْنَةِ بِالْقَفْزِ وَاللَّبِّ بِالْجَوَازِ وَالصَّحِيحُ ثُبُوتُ الرِّبَا وَلَا يَسْكُنُ الْخَاطِرُ إِلَى هَذَا بَلْ يَجِبُ بَعْدَ التَّعْلِيلِ بِالْقَصْدِ إِلَى صِبَاغَةِ أَمْوَالِ النَّاسِ تَحْرِيمُ التَّفَاحَةِ بِالتَّفَاحَتَيْنِ وَالْحَفْنَةِ بِالْحَفْنَتَيْنِ أَمَّا إِنْ كَانَتْ مَكَايِلُ أَصْغَرُ مِنْهَا كَمَا فِي دِيَارِنَا مِنْ وَضْعِ رُبْعِ الْقَدَحِ وَثَمْنِ الْقَدَحِ الْمِصْرِيِّ فَلَا شَكَّ وَكَوْنُ الشَّرْعِ لَمْ يَقْدِرْ بَعْضُ الْمُقَدَّرَاتِ الشَّرْعِيَّةِ فِي الْوَاجِبَاتِ الْمَالِيَّةِ كَالْكَفَّارَاتِ وَصَدَقَةِ الْفِطْرِ بِأَقَلِّ مِنْهُ لَا يَسْتَلْزِمُ إِهْدَارَ التَّفَاوُتِ الْمُتَبَقِّ بَلْ لَا يَحِلُّ بَعْدَ تَبَيُّنِ التَّفَاضُلِ مَعَ تَبَيُّنِ تَحْرِيمِ إِهْدَارِهِ وَلَقَدْ أَعْجَبُ غَايَةَ الْعَجَبِ مِنْ كَلَامِهِمْ هَذَا وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَقْدِيرَ فِيهِ فِي الشَّرْعِ بِمَا دُونَهُ وَجَاءَ التَّقْدِيرُ بِنِصْفِ صَاعٍ فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ قَالَ فِي الْفَتَاوَى الصُّغْرَى أَدْنَى مَا يَكُونُ مَالُ الرِّبَا مِنَ الْحِنِطَةِ نِصْفُ الْقَفْزِ وَالْمُرَادُ مِنَ الْقَفْزِ صَاعٌ .

غَايَةٌ .

(وَالْفَلَسُ بِالْفَلَسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا) أَيِ الْبَدَلَانِ بِأَعْيَانِهِمَا بَأَن كَانَ الْفَلَسُ مُعَيَّنًا وَالْفَلَسَانِ مُعَيَّنَيْنِ وَهَذَا عِنْدَهُمَا وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا يَجُوزُ لَأَنَّ الْفُلُوسَ الرَّائِجَةَ أَثْمَانُ وَالثَّمَنُ لَا يَتَّعَيْنُ بِالتَّعْيِينِ وَلِهَذَا إِذَا قَابَلَ الْفُلُوسَ بِخِلَافِ جَنْسِهَا لَا يَتَّعَيْنُ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يُعْطِيَ غَيْرَهَا وَلَا يَفْسُدُ الْبَيْعُ بِهَلَاكِهَا وَهَذَا ؛ لِأَنَّ تَمَنِّيَتَهَا تَثْبُتُ بِاصْطِلَاحِ الْكُلِّ فَلَا تَبْطُلُ بِاصْطِلَاحِهَا كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ فَإِذَا لَمْ يَتَّعَيْنِ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا أَوْ يَحْتَمِلُهُ بَأَن يَأْخُذَ بَائِعُ الْفَلَسِ الْفَلَسَيْنِ أَوَّلًا فَيَرُدُّ أَحَدَهُمَا قِضَاءً بِدَيْنِهِ وَيَأْخُذُ الْآخَرَ بِغَيْرِ عَوْضٍ أَوْ يَأْخُذَ بَائِعُ الْفَلَسَيْنِ الْفَلَسَ أَوَّلًا ، ثُمَّ يَضُمُّ إِلَيْهِ فَلَسًا آخَرَ فَيَرُدُّهُمَا عَلَيْهِ فَيَرْجِعُ إِلَيْهِ فَلَسُهُ مَعَ فَلَسٍ آخَرَ بِغَيْرِ عَوْضٍ يُقَابِلُهُ وَهُوَ رَبًّا فَصَارَ كَمَا لَوْ كَانَ بَغِيرَ أَعْيَانِهِمَا أَوْ أَحَدَهُمَا بَعَيْنِهِ وَالْآخَرَ بِغَيْرِ عَيْنِهِ وَلَهُمَا أَنَّ الْفُلُوسَ لَيْسَتْ بِأَثْمَانٍ خَلْقَةً وَإِنَّمَا كَانَ ثَمَنًا بِالِاصْطِلَاحِ وَقَدْ اصْطَلَحَا بِإِبْطَالِ الثَّمَنِ فَتَبْطُلُ وَإِنْ كَانَتْ ثَمَنًا عِنْدَ غَيْرِهِمَا مِنَ النَّاسِ لِقَاءَ اصْطِلَاحِهِمْ عَلَى تَمَنِّيَتِهَا وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لِلْغَيْرِ عَلَيْهِمَا فَلَا يَلْزِمُهُمَا اصْطِلَاحُهُمْ بِخِلَافِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ ؛ لِأَنَّ تَمَنِّيَتَهَا بِأَصْلِ الْخَلْقَةِ فَلَا تَبْطُلُ بِالِاصْطِلَاحِ فَإِذَا بَطَلَتِ الثَّمَنِيَّةُ تَتَّعَيْنُ بِالتَّعْيِينِ فَلَا يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا .

بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا بَغِيرَ أَعْيَانِهِمَا أَوْ أَحَدَهُمَا بِغَيْرِ عَيْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا عَلَى مَا بَيَّنَّا فَإِنْ قِيلَ : إِذَا بَطَلَتِ الثَّمَنِيَّةُ وَجَبَ أَنْ لَا يَجُوزَ بَيْعُ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلًا ؛ لِأَنَّ الثَّحَاسَ مَوْزُونٌ وَإِنَّمَا صَارَ مَعْدُودًا بِالِاصْطِلَاحِ عَلَى الثَّمَنِيَّةِ فَإِذَا بَطَلَتِ الثَّمَنِيَّةُ عَادَ إِلَى أَصْلِهِ مَوْزُونًا فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِجَنْسِهِ مُتَفَاضِلًا فَلَنَا لَا يَعُودُ مَوْزُونًا ؛ لِأَنَّ اصْطِلَاحَهُمَا عَلَى الْعَدِّ بَاقٍ وَلَا يَلْزِمُ مِنْ بَطْلَانِ الثَّمَنِيَّةِ بَطْلَانُ الْعَدِّ وَكَمْ مِنْ شَيْءٍ مَعْدُودٍ لَا يَكُونُ ثَمَنًا أَلَّا تَرَى أَنَّ الْأَوَانِي مِنَ الثَّحَاسِ أَوْ نَحْوِهِ غَيْرَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلًا إِذَا كَانَتْ فِي اصْطِلَاحِهِمْ مَعْدُودَةً وَهَذَا لِمَا عُرِفَ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي كَوْنِهِ مَوْزُونًا أَوْ مَكِيلًا فِي غَيْرِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ الْعُرْفُ بِخِلَافِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ كَالْأَشْيَاءِ السَّتَةِ ؛ لِأَنَّ الْعِلَّةَ الْمُسْتَنْبَطَةَ لَا تُعْتَبَرُ فِي مَحَلِّ التَّصَرُّفِ لِلسَّعْنَاءِ عَنْهَا بِالتَّصَرُّفِ وَلِهَذَا إِذَا كَانَتْ الْعِلَّةُ الْمُسْتَنْبَطَةُ قَاصِرَةً لَا تُعْتَبَرُ أَصْلًا بِخِلَافِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهَا فَإِذَا لَمْ يَبْطُلْ اصْطِلَاحُهُمَا عَلَى الْعَدِّ لَمْ يَحْزَ وَزْنِيًّا فَجَازَ مُتَفَاضِلًا وَلَا يُقَالُ إِذَا كَسَدَتْ الْفُلُوسُ بِإِتِّفَاقِ الْكُلِّ لَا تَكُونُ ثَمَنًا بِاصْطِلَاحِ الْمُتَعَاقِلَيْنِ حَتَّى لَا تَجْرِيَ فِيهَا أَحْكَامُ الْأَثْمَانِ فِي حَقِّهِمَا فَكَذَا إِذَا تَكُونُ غَرُوضًا أَيْضًا بِاصْطِلَاحِهِمَا ؛ لِأَنَّا نَقُولُ الْأَصْلُ فِيهَا أَنْ تَكُونَ غَرُوضًا فَاصْطِلَاحُهُمَا عَلَى الثَّمَنِيَّةِ بَعْدَ الْكِسَادِ مُخَالَفٌ لِلْأَصْلِ وَلِرَأْيِ الْجَمَاعَةِ فَلَا يَصِحُّ بِخِلَافِ اصْطِلَاحِهِمَا عَلَى جَعْلِهَا غَرُوضًا ؛ لِأَنَّهُ مُوَافِقٌ لِلْأَصْلِ فَيَصِحُّ وَإِنْ كَانَ فِيهِ خِلَافٌ رَأْيِ الْكُلِّ .

قوله في المتن والفلس بالفلسين بأعيانهما
قيل : الضمير يرجع إلى الفلسين ؛ لأنّ الفلس الواحد مبيع وهو متعين ضرورة .

قوله وقال محمد : لا يجوز
قال الكمال : وأصله أنّ الفلس لا يتعين بالتعيين ما دام رابحاً عند محمدٍ وعندهما يتعين حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد .

قوله بخلاف جنسها
كما إذا اشترى فاكهة بفلس أثقاني

قوله لا يتعين كالدرهم
فكذا إذا قوبل بجنسه .

أثقاني

قوله ولا يفسد البيع بهلاكها
هذا لا يلزم أبا حنيفة ؛ لأنّ البيع يفسد عنده وإنما يتمشى على مذهب أبي يوسف .

شيخنا

قوله فلا تبطل باصطلاحهما
؛ لأنه نسخ للإجماع بالاحاد فلا يجوز .

أثقاني

قوله فيرجع إليه فلسه مع فلس آخر بغير عوض يقابله
وهذا على تقدير أن يرضى بتسليم المبيع قبل قبض الثمن .

فتح

قوله ولهما أن الفلوس ليست بأثمان
والأصل في الفلس أن يكون مثنى ؛ لأنه نحاس .

أثفاني

قوله بخلاف الدراهم والدنانير

؛ لأن ثمنيتها بأصل الخلقة .

قال الأثفاني رحمه الله وأما بيع الفلس بالفلسين فهو على وجه إما إن كانا دينين أو عيني أو أحدهما ديناً فإن كان أحدهما ديناً لا يجوز ؛ لأن الجنس يحرم النساء وكذلك إذا كانا دينين لهذا المعنى ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الدين بالدين وإن كان كل منهما عيناً جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً وقال محمد والشافعي : لا يجوز قالوا هذا بناء على أن الفلوس هل تتعين بالتعيين أم لا فعندهما تتعين بالتعيين حتى لو هلك يتقضى العقد ولو أراد أن يعطي غيره لا يجوز وقال محمد : لا يتعين واستفيد منه أن صور بيع الفلس بالفلسين أربع : الأولى أن يبيع فلساً بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما الثانية أن يبيع فلساً بعينه بفلسين بغير أعيانهما الثالثة أن يبيع فلسين بأعيانهما بفلس بغير عينه الرابعة أن يبيع فلساً بعينه بفلسين بعينيهما وهذه الصورة فيها خلاف والصورة الثلاثة لا خلاف في عدم جوازها والله الموفق

قوله بخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما إلخ

قال الأثفاني : بخلاف ما إذا كانا غير متعينين حيث لا يجوز بيع الواحد بالاثنتين ؛ لأنه كالي بكالي وهو حرام لنهي النبي صلى الله عليه وسلم وكذا إذا كان أحدهما غير عين ؛ لأن الجنس يحرم النساء

قوله ؛ لأن اصطلاحهما على العدّ باق

إذ في نقضه في حق العدّ فساد العقد وهما قصداً صحة العقد لا فساده ولا صحة للعقد إلا بعد بطلان الثمنية فكان لهما نقضها فإذا عاد مثنى جاز بيع الواحد بالاثنتين ؛ لأن العددي إذا لم يكن ثمناً جاز بيعه كذلك كالثوب بالثوبين والجوزة بالجوزتين .

هداية وشرحها للأثفاني

قوله ؛ لأن العلة المستنبطة لا تعتبر في محل النص

؛ لأن القياس حجة ضرورية صير إليه عند تعدد العمل بالمنقول إلى شبهته في الفرع ولا حجة إليه في الأصل لوجود النص فيه كذا بخط الشارح .

قوله ولهذا إذا كانت العلة المستنبطة قاصرة

ومعنى

القاصرة أن لا تتعدى العلة إلى الفرع بأن لا توجد تلك العلة إلا في الأصل كتغليل الشافعي بالثمنية مثلاً من خط الشارح رحمه الله .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَاللَّحْمُ بِالْحَيَوَانِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالْحَيَوَانِ مِنْ جَنْسِهِ إِلَّا إِذَا كَانَ اللَّحْمُ الْمَفْرُزُ أَكْثَرَ مِمَّا فِي الْحَيَوَانِ لِيَكُونَ قَدْرُهُ مُقَابِلًا بِاللَّحْمِ وَالزَّائِدُ بِالسَّقَطِ لِنَهْيِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ رَوَاهُ فِي الْمُوطَأِ وَاللَّحْمُ جَنْسٌ وَاحِدٌ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ نَسِيئَةً فَكَذَا : مُتَفَاضِلًا كَالزَّيْتِ بِالزَّيْتُونِ وَلَهُمَا أَنَّهُ يَبْعُ الْمَعْدُودَ بِالْمَوْزُونِ فَيَجُوزُ مُتَفَاضِلًا لِاخْتِلَافِهِمَا جَنْسًا وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْحَيَوَانَ لَيْسَتْ فِيهِ مَالِيَةُ اللَّحْمِ إِذْ هِيَ مُعَلَّقَةٌ بِفِعْلِ شَرْعِيٍّ وَهُوَ الذِّكَاةُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَنْتَفَعُ بِهِ اتِّفَاعُ اللَّحْمِ فَصَارَ جَنْسًا آخَرَ غَيْرَ اللَّحْمِ وَلِهَذَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ، ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ } أَيَّ يَنْفَخُ الرُّوحَ فَإِذَا كَانَ جَنْسًا آخَرَ جَازَ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُتَفَاضِلًا بِخِلَافِ الزَّيْتِ مَعَ الزَّيْتُونِ ؛ لِأَنَّهُمَا جَنْسٌ وَاحِدٌ إِذْ الزَّيْتُ مَوْجُودٌ فِيهِ لِلْحَالِ وَإِنَّمَا هُوَ مُسْتَتَرٌ وَإِنَّمَا لَا يَجُوزُ .

يَبْعُ أَحَدَهُمَا بِالْآخَرِ نَسِيئَةً ؛ لِأَنَّ الْمُتَأَخَّرَ مِنْهُمَا لَا يُمَكِّنُ ضَبْطُهُ عَلَى مَا عُرِفَ فِي بَابِ السَّلَامِ لَا لِأَنَّهُمَا جَنْسٌ وَاحِدٌ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ إِذَا بَاعَ بَعِيرَهُ مِنْ خِلَافِ الْجَنْسِ أَيْضًا وَلَوْ كَانَ الْمَذْبُوحُ غَيْرَ مَسْلُوحٍ وَجَبَ أَنْ يَجُوزَ عِنْدَهُ أَيْضًا عَلَى وَجْهِ الِاعْتِبَارِ بِأَنْ يُجْعَلَ لَحْمُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِجِلْدِ الْآخَرِ كَمَا قَالُوا فِي شَاتَيْنِ مَذْبُوحَتَيْنِ غَيْرِ مَسْلُوحَتَيْنِ يَبْعَتُ إِحْدَاهُمَا بِالْآخَرَى .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالْحَيَوَانِ مِنْ جَنْسِهِ

بِأَنْ بَاعَ لَحْمَ الشَّاةِ بِالشَّاةِ أَمَا إِذَا كَانَ بِلَحْمٍ مِنْ خِلَافِ جَنْسِهِ جَازَ كَيْفَمَا كَانَ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ عَيْنًا بَعَيْنٍ عِنْدَنَا .

أَتَقَانِي وَقَوْلُهُ مِنْ خِلَافِ جَنْسِهِ بِأَنْ بَاعَ لَحْمَ الْبَقَرِ بِالشَّاةِ وَمَا أَشْبَهَهُ وَقَوْلُهُ جَازَ أَيَّ بِالِاتِّفَاقِ

قَوْلُهُ وَالزَّائِدُ بِالسَّقَطِ

قَالَ الْكَمَالُ وَالْمُرَادُ بِالسَّقَطِ مَا لَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ اسْمُ اللَّحْمِ كَالْكِرْشِ وَالْمِعْلَاقِ وَالْجِلْدِ وَالْأَكَارِ

قَوْلُهُ لِنَهْيِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ

فَعَلَى هَذَا يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ مُطْلَقًا .

قَوْلُهُ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ نَسِيئَةً

لَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ جَوَازِهِ نَسِيئَةً أَنْ لَا يَجُوزَ مُتَفَاضِلًا كَالْبُرِّ وَالشَّعِيرِ قَالَ فِي الْهِدَايَةِ : وَيَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ قَالَ الْكَمَالُ : سَوَاءٌ كَانَ اللَّحْمُ مِنْ جَنْسِ ذَلِكَ الْحَيَوَانِ أَوْ لَا مُسَاوِيًا لِمَا فِي الْحَيَوَانِ أَمْ لَا يُشْتَرَطُ التَّعْيِينُ أَمَّا بِالنَّسِيئَةِ فَلَا لِمَنْتِنَاعِ السَّلَامِ فِي الْحَيَوَانِ وَاللَّحْمِ .

قَوْلُهُ وَلَهُمَا أَنَّهُ بَيْعُ الْمَعْدُودِ الْخ

قَالَ الرَّازِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : وَلَنَا أَنَّهُ بَاعَ مَوْزُونًا بِغَيْرِ مَوْزُونٍ فَيَصِحُّ كَيْفَمَا كَانَ وَالتَّهْيُ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا نَسِيئَةً وَلِهَذَا قِيَدٌ بِهِ فِي رِوَايَةٍ .

قَوْلُهُ وَلِهَذَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ، ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ }

فَعُلِمَ أَنَّ الْحَيَّ مَعَ الْجَمَادِ جِنْسَانِ .

فَتَحُّ .

قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْمُتَأَخَّرَ مِنْهُمَا لَا يُمَكِّنُ ضَبْطُهُ (أَيِ سَوَاءٌ كَانَ اللَّحْمُ أَوْ الْحَيَّوَانُ .

قَوْلُهُ وَلَوْ كَانَ الْمَذْبُوحُ غَيْرَ مَسْلُوحٍ الْخ

قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَلَوْ كَانَتْ الشَّاةُ مَذْبُوحَةً غَيْرَ

مَسْلُوحَةٍ فَاشْتَرَاهَا بِلَحْمٍ الشَّاةِ فَالْجَوَابُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا كَمَا قَالَ مُحَمَّدٌ وَأَرَادَ بِالْمَذْبُوحَةِ غَيْرَ الْمَفْضُولَةِ مِنَ السَّقَطِ وَلَوْ اشْتَرَى شَاةً حَيَّةً بِشَاةٍ مَذْبُوحَةٍ يَجُوزُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا أَمَّا عَلَى قَوْلِهِمَا لَا يُشْكِلُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ اشْتَرَاهَا بِاللَّحْمِ يَجُوزُ كَيْفَمَا كَانَ فَكَذَلِكَ إِذَا اشْتَرَاهَا بِشَاةٍ مَذْبُوحَةٍ وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ فَإِنَّمَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَحْمٌ بِلَحْمٍ وَزِيَادَةُ اللَّحْمِ فِي أَحَدِهِمَا مَعَ سَقَطِهَا بِإِزَاءِ سَقَطِ الْآخَرَى فَلَا يُؤَدِّي إِلَى الرُّبَا فَيَجُوزُ .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْكَرْبَاسُ بِالْقُطْنِ) وَكَذَا بِالْعَزْلِ كَيْفَمَا كَانَ لِاخْتِلَافِهِمَا جِنْسًا ؛ لِأَنَّ الثُّوبَ لَا يُنْقَضُ فَيَعُودُ غَزْلًا أَوْ قُطْنًا وَكَذَا الْقُطْنُ وَالْعَزْلُ مَوْزُونَانِ وَالثُّوبُ لَيْسَ بِمَوْزُونٍ وَلَوْ بَاعَ الْقُطْنُ بِغَزْلِهِ قَالَ مُحَمَّدٌ : جَازَ كَيْفَمَا كَانَ لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْعَزْلَ لَا يُنْقَضُ فَيَعُودُ قُطْنًا وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : لَا يَجُوزُ إِلَّا مُتَسَاوِيًا ؛ لِأَنَّ غَزْلَ الْقُطْنِ قُطْنٌ ؛ لِأَنَّ الْقُطْنَ غَزْلُ دِقَاقٍ وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ أَظْهَرَ وَلَوْ بَاعَ الْمَحْلُوجُ بِغَيْرِ الْمَحْلُوجِ جَازَ إِذَا عَلِمَ أَنَّ الْخَالِصَ أَكْثَرُ مِمَّا فِي الْآخَرِ وَإِنْ كَانَ لَا يَدْرِي لَا يَجُوزُ وَلَوْ بَاعَ الْقُطْنُ غَيْرَ الْمَحْلُوجِ بِحَبِّ الْقُطْنِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْحَبُّ الْخَالِصُ أَكْثَرُ مِنَ الْحَبِّ الَّذِي فِي الْقُطْنِ حَتَّى يَكُونَ قَدْرُهُ مُتَقَابِلًا بِهِ وَالزَّائِدُ بِالْقُطْنِ وَكَذَا لَوْ بَاعَ شَاةً عَلَى ظَهْرِهَا صُوفٌ أَوْ فِي ضَرْعِهَا لَبَنٌ بِصُوفٍ أَوْ بِلَبَنٍ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الصُّوفُ أَوْ اللَّبَنُ أَكْثَرُ مِمَّا عَلَى الشَّاةِ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَعْنَى وَهُوَ نَظِيرُ بَيْعِ الزَّيْتِ بِالزَّيْتُونِ عَلَى مَا يَجِيءُ .

الشَّرْحُ

قوله ولو باع الفطن بغزله

قَالَ فِي الْهَدَايَةِ : وَاخْتَلَفُوا فِي الْقُطْنِ بِغَزْلِهِ وَالْكَرْبَاسُ بِالْقُطْنِ يَجُوزُ كَيْفَمَا كَانَ بِالْإِجْمَاعِ قَالَ الْأَنْقَايُ : قَوْلُهُ وَاخْتَلَفُوا فِي الْقُطْنِ بِغَزْلِهِ أَيِ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِي بَيْعِ الْقُطْنِ بِغَزْلِ الْقُطْنِ مُتَسَاوِيًا وَزَنَا قَالَ بَعْضُهُمْ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ أَصْلَهُمَا وَاحِدٌ وَكِلَاهُمَا مَوْزُونٌ وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا يَجُوزُ وَإِلَيْهِ ذَهَبَ صَاحِبُ خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى ؛ لِأَنَّ الْقُطْنَ يَنْقُصُ إِذَا غُزِلَ فَصَارَ كَالْحِنْطَةِ مَعَ الدَّقِيقِ .

قوله ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز إذا علم أن الخالص أكثر مما في الآخر

لِيَكُونَ الزَّائِدُ مُقَابِلَ الْحَبِّ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (: وَالرُّطْبُ بِالرُّطْبِ أَوْ بِالْتَّمْرِ مُتَمَاتِلًا وَالْعَنْبُ بِالزَّيْبِ) يَعْنِي مُتَمَاتِلًا أَيْضًا أَمَّا الرُّطْبُ بِالتَّمْرِ فَالْمَذْكُورُ هُنَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ : لَا يَجُوزُ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حِينَ سُئِلَ عَنْهُ أَنْقُصْ إِذَا جَفَّ فَقِيلَ : نَعَمْ فَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا إِذَا فَافْسَدَ الْبَيْعَ وَأَشَارَ إِلَى الْعَلَّةِ وَهِيَ التَّقْصَانُ وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يُشْتَرَطُ لِحَوَازِ الْعَقْدِ الْمُتَمَاتِلَةِ فِي أَعْدَلِ الْأَحْوَالِ وَهُوَ مَا بَعْدَ الْجَفَافِ لَا فِي الْحَالِ فَصَارَ نَظِيرُ بَيْعِ الدَّقِيقِ بِالْحِنْطَةِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلتَّفَاوُتِ بَعْدَ الطَّحْنِ وَلَهُ قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ { التَّمْرُ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلِ { وَالرُّطْبُ تَمْرٌ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ بِالتَّمْرِ مُتَمَاتِلًا وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ تَمْرٌ مَا رَوَى { أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حِينَ أَهْدَى إِلَيْهِ رُطْبًا قَالَ أَوْكُلْ تَمْرَ خَيْرٍ هَكَذَا { وَرَوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { نَهَى عَنْ بَيْعِ الشَّمْرِ حَتَّى يُزْهِىَ فَقِيلَ : وَمَا يُزْهِىُ قَالَ : يَحْمَرُّ { وَهُوَ اسْمٌ لَهُ مِنْ أَوَّلِ مَا يَنْعَقِدُ إِلَى أَنْ يُدْرِكَ وَلَئِنَّهُ إِنْ كَانَ تَمْرًا جَازَ بَيْعُهُ بِهِ بِأَوَّلِ .

الْحَدِيثِ وَهُوَ قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { التَّمْرُ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلِ { وَإِنْ كَانَ غَيْرَ تَمْرٍ فَبَآخِرِهِ وَهُوَ قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { إِذَا اخْتَلَفَ النَّوعَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ { وَلِأَنَّهُمَا مُسْتَوِيَانِ فِي الْحَالِ وَإِنَّمَا يَتَفَاوَتَانِ فِي الْمَالِ لِدَهَابِ جُزْءٍ مِنْهُ وَهُوَ الرُّطْبُ بِخِلَافِ بَيْعِ الْحِنْطَةِ بِالذَّقِيقِ ؛ لِأَنَّهُمَا مُتَفَاوَتَانِ فِي الْحَالِ وَيُظْهَرُ ذَلِكَ بِالطَّحْنِ إِذَا طُحِنَ لَا يَزِيدُ فِيهِ شَيْئًا وَمَا رَوَاهُ لَمْ يَصِحْ ؛ لِأَنَّ مَدَارَهُ عَلَى زَيْدِ بْنِ عِيَّاشٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ عِنْدَ الثَّقَلَةِ وَلَكِنْ صَحَّ فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ

السَّائِلُ كَانَ وَصِيًّا فِي مَالِ يَتِيمٍ أَوْ وَلِيًّا لَصَغِيرٍ فَلَمْ يَرَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِهَذَا التَّصَرُّفِ نَظْرًا لَهُ إِذْ هُوَ مُقَيَّدٌ بِالنَّظَرِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ يُمْنَعُ مِنْ بَيْعِ الْجَيْدِ بِالرَّذِيءِ مِنْ مَالِ الرَّبِّ لِمَا ذَكَرْنَا وَبَيْعِ الْعَنْبِ بِالزَّيْبِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ وَالْوَجْهُ مَا بَيَّنَّاهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ بِالتَّفَاقِ كَالْحِنْطَةِ الْمُقْلِيَّةِ بِغَيْرِ الْمُقْلِيَّةِ وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ فِي هَذِهِ الرَّوَايَةِ أَنَّ النَّصَّ الْوَاردَ بِلَفْظِ التَّمْرِ هُنَاكَ يَتَنَاوَلُ الرُّطْبَ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَلَمْ يَوْجَدْ مِثْلُهُ هُنَا فَبَقِيَ مُحَرَّمًا حَتَّى يَعْتَدِلَ وَأَمَّا بَيْعُ الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ فَلَمَّا رَوَيْنَا ؛ لِأَنَّ اسْمَ التَّمْرِ يَتَنَاوَلُهُ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ مِثْلًا بِمِثْلِ كَذَلِكَ وَلَوْ بَاعَ الْبُسْرَ بِالتَّمْرِ لَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ تَمْرٌ عَلَى مَا بَيَّنَّا بِخِلَافِ الْكُفْرَى حَيْثُ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِمَا شَاءَ مِنَ التَّمْرِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَمْرٍ ؛ لِأَنَّ اسْمَ التَّمْرِ يُطْلَقُ عَلَيْهِ مِنْ أَوَّلِ مَا تَنْعَقِدُ صُورَتُهُ لَا قَبْلَهُ وَهُوَ عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ وَهُوَ أَوَّلُ مَا يَنْشَقُّ عَنْهُ النَّخْلُ سُمِّيَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتُرُ مَا فِي حَوْفِهِ وَلِتَفَاوُتِهِ فَاحِشًا لَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِيهِ وَلَوْ بَاعَ حِنْطَةً رُطْبَةً أَوْ مَبْلُولَةً رُطْبَةً أَوْ مَبْلُولَةً أَوْ يَابِسَةً جَازَ الْبَيْعُ وَكَذَا لَوْ بَاعَ تَمْرًا مُنْفَعًا أَوْ زَبِيًّا مُنْفَعًا بِتَمْرٍ مِنْهُ أَوْ بِزَبِيبٍ مِنْهُ أَوْ بِأَلْيَاسٍ مِنْهُمَا جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا يَجُوزُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَبَرُ الْمُسَاوَاةُ فِي أَعْدَلِ الْأَحْوَالِ وَهُوَ بَعْدَ الْيُبْسِ وَالْفَرْقُ لَهُ بَيْنَ بَيْعِ الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ وَبَيْنَ بَيْعِ .

الْمَبْلُولِ وَنَحْوِهِ بِمِثْلِهِ حَيْثُ أَجَازَ بَيْعُ الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ وَمَنْعَ غَيْرِهِ حَمِيْعُهُ أَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهَا يَظْهَرُ

مَعَ بَقَاءِ الْبَدَلَيْنِ عَلَى الْإِسْمِ الَّذِي عُقِدَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ وَفِي الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ مَعَ بَقَاءِ أَحَدِهِمَا عَلَى ذَلِكَ الْإِسْمِ فَيَكُونُ تَفَاوُتًا فِي عَيْنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ
وَفِي الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ يَكُونُ التَّفَاوُتُ بَعْدَ زَوَالِ ذَلِكَ الْإِسْمِ فَلَمْ يَكُنْ تَفَاوُتًا فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَأَبُو حَنِيفَةَ يَعْتَبِرُ الْمُسَاوَاةَ فِي الْحَالِ وَكَذَا أَبُو
يُوسُفَ لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { الْحِنْطَةُ بِالْحِنْطَةِ مِثْلًا بِمِثْلِ } الْحَدِيثُ وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ يَتَنَاوَلُ الْحِنْطَةَ وَالتَّمْرَ وَالشَّعِيرَ عَلَى أَيِّ
صِفَةٍ كَانَ إِلَّا أَنَّ أَبَا يُوسُفَ تَرَكَ هَذَا الْأَصْلَ فِي بَيْعِ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ حَتَّى مَنَعَهُ بِمَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ عِيَّاشٍ عَلَى مَا بَيْنَنَا مِنْ قَبْلُ .

الشرح

قوله والعنب بالزبيب إلخ

وَأَمَّا الرُّطْبُ بِالرُّطْبِ فَيَجُوزُ مِثْمَالًا كَثِيرًا وَكَذَا الْعَنْبُ بِالْعَنْبِ يَجُوزُ عِنْدَنَا وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ وَالْمُزَنِيُّ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ .

فتح

قوله فالمذكور هنا قول أبي حنيفة

وَقَدْ تَفَرَّدَ أَبُو حَنِيفَةَ بِالْقَوْلِ بِالْجَوَازِ فَتَحُ قَالَ عَلَاءُ الدِّينِ : الْعَالِمُ فِي طَرِيقَتِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : بَيْعُ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ مُتَسَاوِيًا كَثِيرًا يَجُوزُ وَقَالَ
الْبَاقُونَ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ : لَا يَجُوزُ وَأَجْمَعُوا أَنَّ بَيْعَ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ مُتَفَاضِلًا لَا يَجُوزُ .

أثقاني

قوله وقالوا : لا يجوز

وَالشَّافِعِيُّ وَمَالِكٌ وَأَحْمَدُ فَتَحُ

قوله وهو ما بعد الجفاف

وَلَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فِي بَيْعِ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ .

قوله والرطب تمر

فَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلِ كَثِيرًا بِكَثِيلٍ جَائِزٌ وَكَذَا الرُّطْبُ بِالتَّمْرِ إِلَّا أَنَّ الرُّطْبَ اخْتَصَّ بِاسْمِ خَاصٍّ كَالْبُرْنِيِّ .

أثقاني

قوله حين أهدي إليه رطب إلخ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ فِيهِ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّ الْهَدِيَّةَ كَانَتْ تَمْرًا أَلَّا تَرَى إِلَى مَا حَدَّثَ مَالِكٌ فِي الْمُوطَأِ عَنْ عَبْدِ الْمَجِيدِ بْنِ سُهَيْلٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ
عَوْفٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ { أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اسْتَعْمَلَ رَجُلًا عَلَى خَيْرٍ فَجَاءَ

بَتَمْرٍ حَنِيبٍ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : أَوْكُلْ تَمْرَ خَيْرٍ هَكَذَا ؟ فَقَالَ : لَا ، وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعَيْنِ وَالصَّاعَيْنِ بِالثَّلَاثَةِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : فَلَا تَفْعَلْ بِعِ الْجَمْعِ بِالذَّرَاهِمِ ، ثُمَّ اتَّبَعُ بِالذَّرَاهِمِ حَنِيبًا { قَالَ صَاحِبُ الْفَائِقِ : الْجَمْعُ صُنُوفٌ مِنَ التَّمْرِ تُجْمَعُ وَالْحَنِيبُ لَوْنٌ مِنْهُ جَيِّدٌ وَكَانُوا يَتَنَاعَوْنَ صَاعَيْنِ مِنَ الْجَمْعِ بِصَاعٍ مِنَ الْحَنِيبِ فَقَالَ ذَلِكَ تَنْبِيْهَا لَهُمْ عَلَى الرَّبَا

قَوْلُهُ { قَالَ : أَوْكُلْ تَمْرَ خَيْرٍ هَكَذَا }

فَسَمَّاهُ أَيِ الرُّطْبِ تَمْرًا .

فَتَحَّ

قَوْلُهُ وَرَوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ التَّمْرِ

فِيهِ نَظَرٌ إِذْ الثَّمَرَةُ أَعْمٌ مِنَ التَّمْرِ .

قَوْلُهُ وَلَئِنَّهُ إِنْ كَانَ تَمْرًا الْخ

هَذَا اللَّفْظُ يُحْكِي عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ دَخَلَ بَعْدَادَ وَكَانُوا أَشْدَاءَ عَلَيْهِ لِمُخَالَفَةِ الْخَبَرِ فَسَأَلُوهُ فَقَالَ الرُّطْبُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ تَمْرًا أَوْ لَمْ يَكُنْ فَإِنْ كَانَ تَمْرًا جَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { التَّمْرُ بِالتَّمْرِ } وَإِنْ لَمْ يَكُنْ جَازَ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { إِذَا اخْتَلَفَ التَّوْعَانِ فَيَبْعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ } فَأُورِدَ عَلَيْهِ الْحَدِيثُ فَقَالَ : هَذَا الْحَدِيثُ دَارَ عَلَى زَيْدِ بْنِ عِيَّاشٍ وَزَيْدُ بْنُ عِيَّاشٍ مِمَّنْ لَا يُقْبَلُ حَدِيثُهُ وَأَبْدَلَهُ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ ضَعِيفٌ عِنْدَ الثَّقَلَيْنِ .

قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ تَمْرٍ فَبَاحِرِهِ (وَهَذَا التَّرْدِيدُ حَسَنٌ فِي الْمُنَاطَرَةِ لِدَفْعِ شَعْبِ الْخَصْمِ ، لَكِنَّ الْحُجَّةَ لَا تَتِمُّ بِهِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ تَمْرًا قَسْمٌ آخَرَ مِنْ خَطِّ الشَّارِحِ

قَوْلُهُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ

أَيِ الْوَصِيِّ

قَوْلُهُ وَبَيْعُ الْعَنْبِ بِالزَّيْبِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَجُوزُ مَعَ التَّسَاوِي كَيْلًا وَعِنْدَهُمَا لَا يَجُوزُ .

كَمَالٌ قَالَ فِي الْهَدَايَةِ : وَكَذَلِكَ الْعَنْبُ بِالزَّيْبِ يَعْنِي عَلَى هَذَا الْخِلَافِ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ : يَعْنِي كَمَا يَجُوزُ بَيْعُ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ مُتَمَاتِلًا كَيْلًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَذَلِكَ يَجُوزُ بَيْعُ الْعَنْبِ بِالزَّيْبِ عِنْدَهُ إِذَا تَسَاوَا كَيْلًا وَعِنْدَهُمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْعَنْبِ بِالزَّيْبِ تَسَاوِيًا أَوْ تَفَاضُلًا كَمَا قَالَ فِي الرُّطْبِ وَقَدْ ذَكَرْنَا الرِّوَايَةَ قَبْلَ هَذَا عَلَى

هَذَا الْإِخْتِلَافُ عَنْ شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ .

قَوْلُهُ وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ

كَالْحِنْطَةِ الْمَقْلِيَّةِ بِغَيْرِ الْمَقْلِيَّةِ وَذَكَرَ أَبُو جَعْفَرٍ أَنَّهُ يَجُوزُ اتِّفَاقًا .

ابْنُ فَرِشْتَا

قَوْلُهُ وَأَمَّا بَيْعُ الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ

قَالَ الْكَمَالُ : وَأَمَّا الرُّطْبُ بِالرُّطْبِ فَيَجُوزُ عِنْدَنَا كَيْلًا مُتَمَاتِلًا قَالَ الْأَنْقَايُ نَقْلًا عَنِ التَّقْرِيبِ : وَأَمَّا الْعَبُّ بِالْعَبِّ فَيَجُوزُ فِي قَوْلِهِمْ كَمَا فِي الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ وَأَمَّا الْبُسْرُ بِالرُّطْبِ فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ مِثْلًا بِمِثْلٍ وَقَالَا : لَا يَجُوزُ

قَوْلُهُ فَلَمَّا رَوَيْنَا أَنَّ اسْمَ التَّمْرِ

الَّذِي يَخْطُ الشَّارِحُ ؛ لِأَنَّ اسْمَ التَّمْرِ .

قَوْلُهُ بِخِلَافِ الْكُفْرِيِّ

قَالَ الْأَنْقَايُ الْكُفْرِيُّ مَقْصُورٌ بِضَمِّ الْكَافِ وَفَتْحِ الْفَاءِ وَتَشْدِيدِ الرَّاءِ الْمُهْمَلَةِ وَعَاءُ الطَّلَعِ وَيُسَمَّى كَافُورًا وَكُفْرَى كَذَا قَالَهُ ابْنُ دُرَيْدٍ وَقِيلَ إِنَّمَا سُمِّيَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتُرُ مَا فِي حَوْفِهِ ذَكَرَ الْبَدْرُ بْنُ مَالِكٍ فِي شَرْحِ الْخُلَاصَةِ فِي الْكُفْرِيِّ وَجَهَيْنِ فَتَحَ الْفَاءِ وَضَمَّهَا وَبَعَهُ الْمُرَادِيُّ وَحَكَى الْبَصْرِيُّ تَثْلِيثَ الْفَاءِ .

قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَمْرٍ ؛ لِأَنَّ اسْمَ التَّمْرِ يُطْلَقُ عَلَيْهِ الْخ

قَالَ الْكَمَالُ : وَهَذَا الْاسْمُ أَعْنَى التَّمَرِ لَهُ مِنْ أَوَّلِ مَا يَنْعَقِدُ صُورَتُهُ لَا قَبْلَهُ وَبِهَذَا اسْتَدَلَّ بَعْضُهُمْ لِأَبِي حَنِيفَةَ مِنْ بَيْعِ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ فَوَرَدَ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ تَمْرًا فَأَكَلَ رُطْبًا لَا يَحْنُثُ فَكَانَ غَيْرُهُ فَاجَابَ بِالْمَنْعِ بَلْ يَحْنُثُ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ بَلْ الْمَسْأَلَةُ مَسْطُورَةٌ فِي الْكُتُبِ الْمَذْهَبِيَّةِ الْمَشْهُورَةِ بَأَنَّهُ لَا يَحْنُثُ وَكَذَا ادَّعَى أَنَّهُ يَحْنُثُ فِيمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ تَمْرًا فَأَكَلَ بُسْرًا وَلَمْ يَكُنْ بِهِ حَاجَةٌ إِلَى هَذَا إِذْ يَكْفِيهِ أَنَّ الْأَيْمَانَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْعُرْفِ وَكَلَامُنَا فِيهِ لُغَةٌ وَهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ مُطَالِبُونَ بِتَصْحِيحِ أَنَّ اسْمَ التَّمْرِ يَلْزِمُ الْخَارِجَ مِنْ حِينَ يَنْعَقِدُ إِلَى أَنْ يَطِيبَ ثُمَّ يَجِفُّ مِنَ اللَّعَةِ ، وَلَا يُنْكَرُ صِحَّةُ الْإِطْلَاقِ بِاعْتِبَارِ مَجَازِ الْأَوَّلِ مَا قَالَهُ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ

قَوْلُهُ مِنْ أَوَّلِ مَا تَتَعَقَّدُ صُورَتُهُ لَا قَبْلَهُ

وَلِهَذَا لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ تَمْرًا فَأَكَلَ رُطْبًا يَحْنُثُ فِي يَمِينِهِ مَعَ أَنَّ مَبْنَى الْأَيْمَانِ عَلَى الْعُرْفِ ذَكَرَهُ عَلَاءُ الدِّينِ الْعَالِمُ فِي طَرِيقَةِ الْخِلَافِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَكَلَ طَلْعًا لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ فَلَمْ يَحْنُثْ فِي يَمِينِهِ .
فَإِنْ قُلْتُ : لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ تَمْرًا فَأَكَلَ بُسْرًا لَا يَحْنُثُ فِي يَمِينِهِ فَعُلِمَ أَنَّ التَّمَرَ لَيْسَ بِاسْمٍ لِتَمَرِ النَّخْلِ مِنْ حِينَ مَا يَبْدُو صَلَاحُهَا إِلَى أَنْ يَنْتَهِيَ قُلْتُ : مَنَعَهُ عَلَاءُ الدِّينِ الْعَالِمُ فِي طَرِيقَةِ الْخِلَافِ وَقَالَ : بَلْ يَحْنُثُ عِنْدَنَا .

أَتَقَانِي قَالَ الْكَمَالُ : وَمَا ادَّعَاهُ بَعْضُ الْخِلَافِيِّينَ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ تَمْرًا فَأَكَلَ رُطْبًا أَنَّهُ يَحْنُثُ فَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ ؛ لِأَنَّ مَبْنَاهَا عَلَى الْعُرْفِ .

قَوْلُهُ وَكَذَا لَوْ بَاعَ تَمْرًا مُنْقَعًا

قَالُوا : إِنَّهُ يَفْتَحُ الْقَافَ مُخَفَّفًا مِنْ أَتَقَعَ الرَّبِيبَ فِي الْخَايَةِ إِذَا أَلْقَاهُ فِيهَا لِيَبْتَلَّ وَتَخْرُجَ مِنْهُ الْحَلَاوَةُ ، وَلَكِنَّ الْمَشْهُورَ بَيْنَ الْفُقَهَاءِ مُنْقَعٌ بِالتَّشْدِيدِ وَعَلَيْهِ بُنِيَ الْمَنْظُومَةُ فِي بَابِ مُحَمَّدٍ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ جَزَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ

أَيَّ إِذَا تَسَاوَيَا كَيْلًا .

غَايَةً

قَوْلُهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا يَجُوزُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ

قَالَ فِي خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى قَالَ شَمْسُ الْأَلَمَةِ الْحُلَوَانِيُّ : الرَّوَايَةُ مَحْفُوظَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ بَيْعَ الْحِنْطَةِ الْيَابِسَةِ بِالْمَبْلُولَةِ إِنَّمَا لَا يَجُوزُ إِذَا انْتَفَخَتْ أَمَّا إِذَا بُلَّتْ مِنْ سَاعَتِهَا يَجُوزُ بَيْعُهَا بِالْيَابِسَةِ .

)

قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَبَّرُ الْمُسَاوَاةَ فِي أَعْدَلِ الْأَحْوَالِ (وَهُوَ بَعْدَ الْيَبْسِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ فِي بَيْعِ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ لِحَدِيثِ سَعْدٍ .

أَتَقَانِي وَالْحَاصِلُ أَنَّ مُحَمَّدًا يَتَعَبَّرُ الْمُسَاوَاةَ فِي أَعْدَلِ الْأَحْوَالِ وَهُوَ حَالَةُ الْجَفَافِ إِلَّا أَنَّ فِي بَيْعِ الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ اعْتِبَارَ الْمُسَاوَاةِ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ ثَمَّةٌ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَمَا يَكُونُ الرُّطْبُ شَيْئًا آخَرَ وَهُوَ التَّمْرُ فَلَا يَكُونُ التَّفَاوُتُ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَالْحِنْطَةُ الْمَبْلُولَةُ أَوْ الرَّبِيبُ الْمُنْقَعُ أَوْ .

التَّمْرُ الْمُنْقَعُ بَعْدَ الْجَفَافِ لَا يَزُولُ عَنْهُ اسْمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَكَانَ التَّفَاوُتُ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ

قوله على الاسم الذي عقد عليه

أَرَادَ بِهِ بَقَاءَ اسْمِ الْحِنْطَةِ وَالزَّيْبِ وَالتَّمْرِ بَعْدَ الْجَفَافِ أَتَقَانِي .
قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَاللُّحُومُ الْمُخْتَلِفَةُ بَعْضُهَا يَبْعُضُ مُتَفَاضِلًا وَلَبَنُ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وَخَلُّ الدَّقْلِ بِخَلِّ الْعِنَبِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ جِنْسٌ وَاحِدٌ لِاتِّحَادِ الْاسْمِ وَالصُّورَةِ وَالْمَقْصُودِ وَلَنَا أَنَّ أَصُولَهَا أَجْنَاسٌ مُخْتَلِفَةٌ حَتَّى لَا يُضَمَّ بَعْضُهَا إِلَى بَعْضٍ فِي الزَّكَاةِ وَأَسْمَاؤُهَا أَيْضًا مُخْتَلِفَةٌ بِاعْتِبَارِ الْإِضَافَةِ كَدَفِيقِ الْبُرِّ وَالشَّعِيرِ وَالْمَقْصُودُ أَيْضًا مُخْتَلِفٌ فَبَعْضُ النَّاسِ يَرْغَبُ فِي بَعْضِهَا دُونَ بَعْضٍ وَقَدْ يَضُرُّهُ الْبَعْضُ وَيَنْفَعُهُ غَيْرُهُ وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْإِتِّحَادِ فِي الْمَعْنَى الْخَاصِّ دُونَ الْعَامِّ وَلَوْ أُعْتَبِرَ الْعَامُّ لَمَّا جَازَ بَيْعُ شَيْءٍ بِشَيْءٍ أَصْلًا بِخِلَافِ لَحْمِ الْجَامُوسِ وَالْبَقَرِ أَوْ لَبْنِهِمَا أَوْ لَحْمِ الْمَعَزِ وَالضَّئَانِ أَوْ لَبْنِهِمَا أَوْ لَحْمِ الْعَرَّابِ وَالْبَحَاتِيِّ حَيْثُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُتَفَاضِلًا ؛ لِأَنَّهُمَا جِنْسٌ وَاحِدٌ حَتَّى يُضَمَّ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ فِي تَكْمِيلِ النَّصَابِ فِي الزَّكَاةِ فَكَذَا أَجْرَاؤُهُمَا مَا لَمْ يَخْتَلَفِ الْمَقْصُودُ كَشَعْرِ الْمَعَزِ وَصُوفِ الضَّئَانِ أَوْ لَمْ يَتَبَدَّلْ بِالصَّنْعَةِ ؛ لِأَنَّ التَّبَدُّلَ تَخْتَلِفُ الْمَقَاصِدُ وَلِهَذَا جَازَ بَيْعُ الْخُبْزِ بِالْحِنْطَةِ مُتَفَاضِلًا وَكَذَا بَيْعُ الزَّيْتِ الْمَطْبُوخِ بِغَيْرِ الْمَطْبُوخِ أَوْ الدَّهْنِ الْمُرَبِّي بِالْبَنْفَسَجِ بِغَيْرِ الْمُرَبِّي مِنْهُ مُتَفَاضِلًا وَإِنَّمَا جَازَ بَيْعُ لَحْمِ الطَّيْرِ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلًا وَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ وَلَمْ يَتَبَدَّلْ بِالصَّنْعَةِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مَوْزُونٍ عَادَةً فَلَمْ يَكُنْ مُقَدَّرًا فَلَمْ تُوجَدْ الْعِلَّةُ فَحَاصِلُهُ أَنَّ الْإِخْتِلَافَ بِإِخْتِلَافِ الْأَصْلِ أَوْ الْمَقْصُودِ أَوْ يَتَبَدَّلُ .
الصَّنْعَةِ .

الشرح

قوله في المتن واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضل

وَلَا يَجُوزُ نَسِيئَةٌ ؛ لِأَنَّ الْوِزْنَ جَمَعَهُمَا .

أَتَقَانِي نَقْلًا عَنْ شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ .

قوله ولبن البقر والغنم

أَيُّ بَعْضُهَا يَبْعُضُ مُتَفَاضِلًا نَقْلًا لَا نَسِيئَةً

قوله وخل الدقل

بِفَتْحَتَيْنِ وَإِنَّمَا خَصَّ خَلَّ الدَّقْلِ وَهُوَ نَوْعٌ مِنْ أَرْدَا التَّمْرِ إِجْرَاءً لِلْكَلَامِ مَجْرَى الْعَادَةِ ؛ لِأَنَّهُمْ اعْتَادُوا اتِّخَاذَ الْخَلِّ مِنَ الدَّقْلِ وَإِلَّا فَالْحُكْمُ فِي كُلِّ تَمْرٍ كَذَلِكَ غَايَةٌ

قوله بخل العنب

كَيفَ كَانَ وَلَا يَجُوزُ نَسِيئَةٌ ؛ لِأَنَّ الْوِزْنَ جَمَعَهُمَا .

قوله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز

قال في الهداية وعن الشافعي قال الأثقاني قال في وجيزهم وفي لحوم الحيوانات قولان أصحهما أنها مختلفة لتفاوت المعنى وإن اتحد الاسم .

قوله لاتحاد الاسم والصورة والمقصود

وهو التعدي والتقوي .

أثقاني

قوله وأسماؤها أيضا مختلفة باعتبار الإضافة

كقولك لحم البقر ولحم الضأن ولحم الإبل ولحم الدجاج .

قوله ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضأن

فشعر المعز وصوف الضأن جنسان بخلاف لحمهما ولبنهما

قوله وإنما جعل الشعر والصوف جنسين

وإن كان أصلهما وهو المعز والضأن جنسا واحدا لاختلاف المقاصد ألا ترى أن أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر ولهذا يتخذ من الصوف اللفافة واللبد ونحو ذلك ومن الشعر المسح والحبل العليظ ونحو ذلك قال الأثقاني وأما صوف الشاة مع شعر المعز جنسان مختلفان ؛ لأن منافعهما مختلفة ولو باع بعضها ببعض متفاضلا يجوز ولا يجوز نسيئة ؛ لأن الوزن يجمعهما

قوله ؛ لأنه بالتبديل تختلف المقاصد

قال الكمال ومن الاختلاف في الصفة ما قدمنا من جواز بيع إناي صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر وكذلك قممته بقمميتين وإبرة بإبرتين وخوذة بخوذتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من أحد التقدين فيمتنع التفاضل وإن اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والافتصار على العد والصورة .

قوله أو الدهن المربي بالنفسج بغير المربي منه متفاضلا

قَالَ الْكَمَالُ : وَأَعْلَمُ أَنَّ الْمُجَانَسَةَ تَكُونُ بِاعْتِبَارِ مَا فِي الضَّمَنِ فَيَمْنَعُ النَّسِيبَةَ كَمَا فِي الْمُجَانَسَةِ الْعَيْنِيَّةِ وَذَلِكَ كَالزَّيْتِ مَعَ الزَّيْتُونِ وَالشَّيْرَجِ مَعَ السَّمْسِمِ وَتَكُونُ بِاعْتِبَارِ مَا أُضِيفَتْ إِلَيْهِ فَيَحْتَلِفُ الْجِنْسُ مَعَ اتِّحَادِ الْأَصْلِ حَتَّى يَجُوزَ التَّفَاضُلُ بَيْنَهُمَا كَدُهْنِ الْبَنْفَسَجِ مَعَ دُهْنِ الْوَرْدِ أَصْلُهُمَا وَاحِدٌ وَهُوَ الزَّيْتُ أَوْ الشَّيْرَجُ فَصَارَ جِنْسَيْنِ بِاخْتِلَافِ مَا أُضِيفَ إِلَيْهِ مِنَ الْوَرْدِ وَالْبَنْفَسَجِ نَظَرًا إِلَى اخْتِلَافِ الْمَقْصُودِ وَالْعَرْضِ وَلَمْ يُبَالِ بِاتِّحَادِ الْأَصْلِ وَعَلَى هَذَا دُهْنُ الزَّهْرِ فِي دِيَارِنَا وَدُهْنُ الْبَانِ أَصْلُهُمَا اللَّوْزُ يُطَبَّقُ بِالزَّهْرِ وَالْخِلَافُ مُدَّةٌ ، ثُمَّ يُعْصَرُ اللَّوْزُ فَيَخْرُجُ مِنْهُ دُهْنٌ مُخْتَلِفُ الرَّائِحَةِ فَيَجُوزُ بَيْعُ أَحَدِ الدَّهْنَيْنِ بِالْآخَرِ مُتَفَاضِلًا وَعَلَى هَذَا قَالُوا : لَوْ ضَمَّ إِلَى الْأَصْلِ مَا طَبَّحَهُ دُونَ الْآخَرِ جَارَ مُتَفَاضِلًا حَتَّى أَجَازُوا بَيْعَ فَقِيزِ سَمْسِمٍ مُطَبَّبٍ بِقَفِيزَيْنِ غَيْرِ مُطَبَّبٍ وَعَلَى هَذَا يَجُوزُ بَيْعُ رَطْلٍ لَوْزٍ مُطَبَّبٍ بِرَطْلِيٍّ لَوْزٍ غَيْرِ مُطَبَّبٍ وَكَذَا يَجُوزُ بَيْعُ دُهْنٍ مُطَبَّبٍ بِزَهْرِ النَّارِنْجِ بِرَطْلِيٍّ دُهْنِ اللَّوْزِ الْخَالِصِ وَكَذَا رَطْلُ زَيْتٍ مُطَبَّبٍ بِرَطْلَيْنِ مِنْ زَيْتٍ لَمْ يُطَبَّبِ فَجَعَلُوا الرَّائِحَةَ فِيهَا بِإِزَاءِ الزِّيَادَةِ عَلَى الرُّطْلِ .

قوله وإِنَّمَا جَازَ بَيْعُ لَحْمِ الطَّيْرِ بَعْضُهُ بِبَعْضِ الْخ

قَالَ الْكَمَالُ : وَإِنَّمَا جَازَ بَيْعُ لَحْمِ الْجِنْسِ الْوَاحِدِ مِنَ الطُّيُورِ كَالسَّمَانِ مَثَلًا وَالْعَصَافِيرِ مُتَفَاضِلًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِ الرِّبَا إِذْ لَا يوزَنُ لَحْمُ الطَّيْرِ وَلَا يَكَالُ وَيَنْبَغِي أَنْ يُسْتَنْتَى مِنْ لُحُومِ الطَّيْرِ الدَّجَاجِ وَالْإِوَرِّ ؛ لِأَنَّهُ يُوزَنُ عَادَةً فِي دِيَارِ مِصْرَ بِعَظْمِهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَشَحْمُ الْبُطْنِ بِالْأَلْيَةِ أَوْ بِاللَّحْمِ) يَعْنِي يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلًا وَإِنْ كَانَتْ كُلُّهَا مِنَ الضَّأْنِ ؛ لِأَنَّهَا أَجْنَسٌ مُخْتَلِفَةٌ لِاخْتِلَافِ الْأَسْمَاءِ وَالصُّوَرِ وَالْمَقَاصِدِ .

الشرح

قوله فِي الْمَتْنِ وَشَحْمُ الْبُطْنِ بِالْأَلْيَةِ أَوْ بِاللَّحْمِ (قَالَ الْأَثَقَانِيُّ نَقْلًا عَنْ شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَلَوْ بَاعَ لُحُومَ الشَّاةِ بِشُحُومِهَا أَوْ بِأَلْيَتِهَا أَوْ لَحْمِهَا بِصُوفِهَا يَجُوزُ ذَلِكَ كَيْفَمَا كَانَ وَلَا يَجُوزُ نَسِيبَةً ؛ لِأَنَّ الْوَزْنَ يَجْمَعُهُمَا قَالَ الْكَمَالُ : وَأَمَّا الرُّعُوسُ وَالْأَكَارِعُ وَالْجُلُودُ فَيَجُوزُ يَدًا بِيَدٍ كَيْفَمَا كَانَ لَا نَسِيبَةً ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُضَيِّطْ بِالْوَصْفِ حَتَّى أَنْ السَّلَامَ فِيهِ لَا يَجُوزُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْخَبْزُ بِالْبُرِّ أَوْ الدَّقِيقِ مُتَفَاضِلًا) وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِهِ أَصْلًا ؛ لِأَنَّ بَيْنَهُمَا شُبُهَةٌ الْمُجَانَسَةِ فِي الْحَالِ وَلَا يُعْرَفُ التَّسَاوِي بَيْنَهُمَا فَصَارَ كَبَيْعِ الْمَقْلِيَّةِ بِغَيْرِ الْمَقْلِيَّةِ أَوْ الدَّقِيقِ بِالْحِنْطَةِ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْخَبْزَ بِالصَّنْعَةِ صَارَ جِنْسًا آخَرَ حَتَّى خَرَجَ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَكِيلًا وَالْبُرُّ وَالدَّقِيقُ مَكِيلٌ فَلَمْ يَجْمَعْهُمَا الْقَدَرُ وَلَا الْجِنْسُ حَتَّى جَازَ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ نَسِيبَةً إِذَا كَانَتْ الْحِنْطَةُ هِيَ الْمَتَأَخَّرَةُ لِإِمْكَانِ ضَبْطِهَا وَإِنْ كَانَ الْخَبْزُ هُوَ الْمَتَأَخَّرُ أَوْ السَّلَامُ فِيهِ فَلَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ بِالطَّحْنِ وَالْعَجْنِ وَالنُّضْجِ وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَقَدْ ذَكَرَ فِي النَّهَائَةِ مَعْرَبًا إِلَى الْمَبْسُوطِ أَنَّهُ لَا يَحْفَظُ عَنْهُمَا خِلَافَ ذَلِكَ وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ يَقُولُ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُمَا وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ

يَجُوزُ عَلَى قِيَاسِ السَّلَمِ بِاللَّحْمِ وَبِهِ يُفْتَى لِلتَّعَامُلِ وَفِي الْكَافِي أَنَّ ابْنَ رُسْتَمَ ذَكَرَ فِي نَوَادِرِهِ أَنَّ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لَا يَصِحُّ السَّلَمُ فِي الْخُبْزِ وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَصِحُّ وَزَنَّا وَلَا يَجُوزُ اسْتِقْرَاضُهُ وَزَنَّا وَلَا عَدَدًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِمَا ذَكَرْنَا فِي السَّلَمِ بَلْ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ بَابَ السَّلَمِ أَوْسَعُ حَتَّى جَازَ السَّلَمُ فِي الثِّيَابِ دُونَ الْقُرْصِ وَهُوَ الْقِيَاسُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ : يَجُوزُ بِالْوَزْنِ وَالْعَدَدِ جَمِيعًا لِلتَّعَامُلِ وَبِهِ يُتْرَكُ الْقِيَاسُ كَالِاسْتِصْنَاعِ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : يَجُوزُ بِالْوَزْنِ دُونَ الْعَدَدِ ؛ لِأَنَّ أَحَادَهُ تَتَفَاوَتْ بِالْعَدِّ دُونَ الْوَزْنِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى .

الشرح

قوله في المثن والخبز بالبر أو الدقيق متفاضلا

أَيَّ نَقْدًا لَا نَسِيئَةً إِلَّا إِذَا كَانَتْ الْحِنْطَةُ أَوْ الدَّقِيقُ نَسِيئَةً فَإِنَّهُ يَجُوزُ حِينَئِذٍ .

قوله حتى خرج من أن يكون مكيلا

أَيَّ وَصَارَ وَزَنِيًّا أَوْ عَدَدِيًّا .

غَايَةُ قَوْلِهِ وَزَنِيًّا أَيَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَقَوْلُهُ أَوْ عَدَدِيًّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ .

قوله وإن كان الخبز هو المتأخر

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَإِنْ كَانَ الْخُبْزُ نَسِيئَةً يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى

قوله ولا يجوز استقراضه وزنا ولا عددا

قَالَ فِي الْإِحْتِيَارِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ : يَجُوزُ بِهِمَا وَهُوَ الْمُخْتَارُ لِتَعَامُلِ النَّاسِ بِهِ وَحَاجَتِهِمْ إِلَيْهِ وَقَالَ ابْنُ فَرِشْتَا : وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى قَالَ الْأَنْقَرَانِيُّ : وَرُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجُوزُ وَزَنَّا وَعَدَدًا وَقَالَ : ثَلَاثٌ مِنَ الدَّنَاءَةِ اسْتِقْرَاضُ الْخُبْزِ وَزَنَّا وَالْجُلُوسُ فِي دُكَّانِ الْحَجَّامِ وَالنَّظَرُ فِي مِرَاتِهِ .

ثُمَّ قَالَ الْأَنْقَرَانِيُّ بَعْدَ أَوْرَاقٍ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَجُوزُ عَدَدًا وَوَزَنًا كَذَا ذَكَرَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَالْمُخْتَلَفِ وَالْحَصْرِ وَخُلَاصَةِ الْفَتَاوَى وَذَكَرَ الْوَلَوَالِجِيُّ وَصَاحِبُ الْفَتَاوَى الصُّغْرَى أَنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ عَدَدًا وَلَمْ يَذْكُرِ الْوَزْنَ وَإِنْ كَانَ لَا يَجُوزُ السَّلَمُ عِنْدَهُ لَا وَزَنًا وَلَا عَدَدًا قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ وَكَانَ مُحَمَّدًا تَرَكَ الْقِيَاسَ فِي جَوَازِ اسْتِقْرَاضِهِ عَدَدًا لِتَعَارُفِ النَّاسِ كَمَا تَرَكَ الْقِيَاسَ بِالْعُرْفِ فِي جَوَازِ الْإِسْتِصْنَاعِ .

قوله وقال أبو يوسف : يجوز بالوزن دون العد ؛ لأن أحاده تتفاوت

قال الكمال ومحمد : يقول قد أهدر الجيران تفاوته وعنهم يكون افتراضه غالباً والقياس يترك بالتعامل وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن .

قال رحمه الله (لا يبيع البر بالدقيق أو بالسويق) يعني لا يجوز بيع الحنطة بأحدهما لا متفاضلاً ولا متساوياً ؛ لأنه جنسه من وجه وإن اختص باسم آخر فيحرم لشبهة الربا ؛ لأن أحدهما بر والآخر أجزاؤه أو أحدهما دقيق والآخر أجزاؤه وهذا ؛ لأنه بالطحن لم يوجد إلا تفريق الأجزاء والمجتمع بالتفريق لا يصير جنساً آخر فبقيت شبهة المجانسة وثبتت الشبهة تكفي لثبوت حرمة الربا كما في ذهن السمس مع السمس غير أن المعيار فيهما الكيل وهو غير مسوٍ لهما ألا ترى أن البر إذا طحن يزيد عليه وتلك الزيادة كانت موجودة في الحال وظهرت بالطحن بخلاف بيع ذهن السمس بالسمس حيث يجوز ؛ لأن المعيار فيهما الوزن وهو مسوٍ لهما فأمكن التساوي بينهما ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً ولا يجوز متفاضلاً للاتحاد الاسم والصورة والمعنى وبه تثبت المجانسة من كل وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في البر بالبر وقال أبو بكر محمد بن الفضل : إنما يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا مكبوسين وإن كانا غير مكبوسين أو أحدهما لا يجوز وإن باع الدقيق بالدقيق موازنة ففيه روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلاً ولا متساوياً عند أبي حنيفة وقال : لا يجوز كيفما كان ؛ لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمقصود ألا ترى أن أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر وهو آية الاختلاف غير أنه لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر نسيئة ؛ لأن القدر يجمعهما ولأبي حنيفة أنهما جنس واحد من وجه ؛

لأنهما من أجزاء الحنطة ولهذا لا يجوز أن يباعا بالحنطة للاتحاد الجنس وعدم المسوي وكذا لا يجوز بيع أصل أحدهما بأصل الآخر وهو المقلية بغير المقلية لما ذكرنا وكذا الجزء لا يجوز بيع أحدهما بالآخر إذ الجزء لا يخالف الكل وبفوات بعض المقاصد لا يخرج من أن يكون جنساً له كأصل أحدهما مع أصل الآخر أو معهما على ما بينا وكالبر العلك مع المسوس حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر إلا متساوياً ومجرد اختلاف الاسم لا يدل على اختلاف الجنس .

ألا ترى أن بعض الإنسان يختص باسم كالشباب والشيوخ والطفل ونحوه مع اتحاد الجنس وبيع المقلية بالسويق بالسويق متساوياً جائز للاتحاد الجنس ، قال رحمه الله (والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم) أي لا يجوز البيع حتى يكون الدهن الخالص أكثر مما في الآخر ليكون قدره بمثله والزائد بالتجير للاتحاد الجنس بينهما معنى باعتبار ما في ضمنهما وإن اختلفا صورة فيثبت بذلك شبهة المجانسة والربا يثبت بالشبهة فلو لم يكن الدهن الخالص أكثر من الذي في الآخر كان التجير بلا عوض يقابله فيحرم ولو لم يعلم أن الخالص أكثر لا يجوز خلافاً لفرع هو يقول : إن الأصل هو الجواز والفساد طارئ عند وجود الفضل الخالي عن العوض فلا يفسد ما لم يعلم ذلك قلنا : المتوهم في الربا كالمحقق ألا ترى إلى ما يروى عن جابر أنه صلى الله عليه وسلم { نهى عن بيع الصبرة من التمر لم يعلم

كيلها بالكيل المسمى من التمر } رواه مسلم والنسائي وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه { نهى عن الربا والرنية وهي شبهة الربا } وقال ابن مسعود : كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان السلف رضي الله عنهم ولا يقال : إن السمس مكيل والدهن موزون فكيف يحرم التفاضل بينهما ؛ لأننا نقول : المقصود منه دهنه وهو موزون والحرمة باعتبارها فإن قيل على هذا ينبغي أن يجوز بيع السمس بالسمس متفاضلاً كيلاً على وجه الاعتبار بأن يصرف كل جنس إلى خلاف جنسه قلنا ذلك يتأني في المنفصل خلقة

دُونَ الْمُتَّصِلِ وَكَذَا .

يَبْعُ الْجَوْزُ بَدْنَهُ وَاللِّينَ بِسَمْنِهِ وَالتَّمْرَ بَنَوَاهُ وَكُلُّ شَيْءٍ لِنَقْلِهِ قِيمَةٌ إِذَا بَاعَ بِالْخَالِصِ مِنْهُ لَا يَجُوزُ حَتَّى يَكُونَ الْخَالِصُ أَكْثَرَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِنَقْلِهِ قِيمَةٌ كَثُرَ ابُّ الذَّهَبِ إِذَا بَاعَ بِالذَّهَبِ أَوْ ثُرَابُ الْفِضَّةِ إِذَا بَاعَ بِالْفِضَّةِ لَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الذَّهَبُ أَوْ الْفِضَّةُ أَكْثَرَ مِمَّا فِي الثَّرَابِ ؛ لِأَنَّ الثَّرَابَ لَا قِيمَةَ لَهُ فَلَا يُجْعَلُ بِإِزَائِهِ شَيْءٌ حَتَّى لَوْ جُعِلَ فَسَدَ لِرَبِّ الْفَضْلِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيُسْتَقْرَضُ الْخُبْزُ وَزَنًا لَا عَدَدًا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يُسْتَقْرَضُ بِهِمَا وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يُسْتَقْرَضُ بِهِمَا وَقَدْ بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ .

الشرح

قوله في المتن لا يبيع البر بالدقيق

أي لا يجوز بيع الحنطة بدقيق الحنطة ولا بسويقها .

أثقاني وقوله ولا بسويقها أما بسويق الشعير فيجوز فتح

قوله والآخر أجزاؤه

عبارة الكافي وفي الآخر أجزاؤه

قوله غير أن المعيار فيهما الكيل وهو غير مسوؤ لهما

قال الكمال فلا تتحقق المساواة : بينهما كيلا بل هو محتمل فصار يبيع أحدهما بالآخر كيلا كييع الجزاف لذلك الاحتمال وحرمة الربا إنما كانت منتهية بالعلم بالمساواة إلا فيما لا اعتبار به مثل أن يتفق كبس في كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء في الحنطة الأخرى فإذا لم يتحقق العلم بها صارت مؤبدة بالضرورة فلا يجوز وإن كان كيلا بكيل مساو ، ثم قال الكمال : وقولنا المعيار في الحنطة والدقيق الكيل لا يراد به إلا فيما إذا يبيع بجنسه أما بالدرهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدرهم وكذا الدقيق وغير ذلك .

قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا

قال في خلاصة الفتاوى سواء كان أحدهما أخشن أو أدق وكذا يبيع النخالة بالنخالة وقال في شرح أبي نصر : يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا على صفة واحدة من التعمية .

غاية قال الأثقاني وحملته هذه المسائل على ما قال في شرح الطحاوي على ثلاثة أوجه في وجه يجوز البيع إذا تساويا في الكيل وفي وجه لا يجوز البيع تساويا في الكيل أو تفاضلا وفي وجه اختلفوا فيه أما الوجه الذي يجوز فيه البيع إذا تساويا في الكيل وهو أنهما إذا تباعا حنطة بحنطة

وهما عتيقتان أو حديثتان أو إحداهما عتيقة والأخرى حديثة وكذلك إذا .

تباعا حنطة مقلية بمقلية أو دقيق حنطة بدقيق حنطة أو سويق حنطة بسويق حنطة وتساويا في الكيل فإنه يجوز وكذلك حكم الشعير

بِالشَّعِيرِ عَلَى هَذَا وَكَذَلِكَ إِذَا تَبَايَعَا تَمْرًا يَتَمَرُ كِلَاهُمَا عَتِيقٌ أَوْ كِلَاهُمَا حَدِيثٌ أَوْ أَحَدُهُمَا حَدِيثٌ وَالْآخَرُ عَتِيقٌ وَتَسَاوَيَا فِي الْكِيلِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ وَكَذَلِكَ إِذَا تَبَايَعَا عِنَبًا بَعْنَبٍ أَوْ زَبِيًّا بِزَبِيبٍ وَكَذَلِكَ حُكْمُ مَا أَشَبَّهَ ذَلِكَ مِنَ الْمَكِيلَاتِ إِذَا بَاعَ بِجِنْسِهِ وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي لَا يَجُوزُ تَسَاوِيًا فِي الْكِيلِ أَوْ تَفَاضُلًا فَهُوَ أَنَّهُمَا إِذَا تَبَايَعَا حِنْطَةً مَقْلِيَّةً بغيرِ مَقْلِيَّةٍ أَوْ بَاعَ الْحِنْطَةَ بِالْدَّقِيقِ أَوْ الْحِنْطَةَ بِسَوِيقِ الْحِنْطَةِ أَوْ تَمْرًا مَطْبُوحًا بِتَمْرٍ غَيْرِ مَطْبُوحٍ أَوْ حِنْطَةً مَطْبُوحَةً بِحِنْطَةٍ غَيْرِ مَطْبُوحَةٍ فَلَا يَجُوزُ تَسَاوِيًا أَوْ تَفَاضُلًا وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي اخْتَلَفُوا فِيهِ فَهُوَ أَنَّهُمَا إِذَا تَبَايَعَا تَمْرًا بِرُطَبٍ أَوْ رُطْبًا بِبُسْرٍ أَوْ عِنَبًا بِزَبِيبٍ فَتَسَاوَيَا فِي الْكِيلِ يَجُوزُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَجُوزُ تَسَاوِيًا أَوْ تَفَاضُلًا وَيَبْعُ الْكُفْرِيُّ بِالْبُسْرِ أَوْ الرُّطْبِ أَوْ التَّمْرِ يَجُوزُ كَيْفَمَا كَانَ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ الْكُفْرِيَّ عَدَدِيٌّ مَعَ حَذْفِ

قَوْلُهُ إِنَّمَا يَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالْدَّقِيقِ إِذَا كَانَا مَكْبُوسَيْنِ

قَالَ الْكَمَالُ : وَهُوَ حَسَنٌ

قَوْلُهُ : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالسَّوِيقِ

وَالْمُرَادُ مِنْهُ دَقِيقُ الْحِنْطَةِ بِسَوِيقِهَا .

أَنْفَانِيٌّ وَأَمَّا دَقِيقُ الْحِنْطَةِ بِسَوِيقِ الشَّعِيرِ وَعَكْسُهُ فَلَا شَكَّ فِي جَوَازِهِ .

كَمَالٌ

قَوْلُهُ وَقَالَا : يَجُوزُ كَيْفَمَا كَانَ ؛ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ

أَيُّ دَقِيقُ الْحِنْطَةِ وَسَوِيقُهَا .

فَتْحٌ

قَوْلُهُ مُخْتَلِفَانِ

أَيُّ وَإِنْ رَجَعَا

إِلَى أَصْلٍ وَاحِدٍ .

فَتْحٌ

قَوْلُهُ لِاخْتِلَافِ الْإِسْمِ

أَيُّ الْهَيْئَةِ .

غَايَةٌ

قوله وكذا لا يجوز بيع أصل أحدهما بأصل الآخر وهو المقلية
أي فإن المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تُطحن فيتخذ منها خبز .

فتح

قوله وكالبر العلك مع المسوس

قال الأثقاني والحنطة العلكة الجيدة قال ابن دريد طعام علك متين المصنعة والحنطة المسوسة أي المدودة يقال سوس الطعام إذا دود من السوس وهو الدود وقال الكمال العلكة أي الجيدة السالمة من السوس ومسوسة بكسر الواو كأنها هي سوست أي أدخلت السوس فيها .

قوله وبيع المقلية بالمقلية

قال الكمال فأما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاحتلفوا قيل : يجوز إذا تساويا كيلا ذكره في الذخيرة وقيل : لا وعليه عول في المبسوط ووجهه أن التار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والأول أولى قال الأثقاني : يقال حنطة مقلية من قلى يقلي ومقلوة من قلا يقلو فهما إذن لغتان ذكرهما أهل اللغة كصاحب المجمل وغيره فعلى هذا عُدَّ من طعن على أصحابنا في استعمالهم بالياء مخطئاً قال رحمه الله (ولا ربا بين المولى وعبيده) ؛ لأنه وما في يده ملكه فلا يتحقق الربا هذا إذا لم يكن عليه دين مستغرق برقبته وما في يده وإن كان عليه دين لا يجوز ؛ لأن ما في يده ليس بملك للمولى عند أبي حنيفة فصار كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة وفي المحيط في كتاب الصرف لا ربا بينهما وإن كان عليه دين ؛ لأن له أن يأخذ كسب عبده المدين يعوض يعدله استخلاصا بغير شراء فجعل أخذا بهذا الطريق إلا أنه إذا أخذ منه درهمين بدرهم يرُدُّ الدرهم الزائد على العبد ؛ لأنه أخذه بغير عوض لا للربا حتى لو أخذ منه درهمين بدرهم لا يجب على العبد الرُدُّ على المولى بخلاف المكاتب ؛ لأن حق المولى لا يظهر في حق كسب المكاتب والمتفاوضان لا ربا بينهما ؛ لأن الكل ما لهما وكذا شريكا العنان إذا تباعا من مال الشركة وإن كان من غيره لم يجز .

الشرح

قوله وإن كان عليه دين لا يجوز (أي لا يجوز البيع متفاضلا فيما فيه الربا إذا كان على العبدين .

أثقاني

قوله وعندهما

وإن كان المولى يملك ما في يده ولكن تعلق إلخ .

قَوْلُهُ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَخَذَ

أَيُّ السَّيِّدُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبَيْنَ الْحَرْبِيِّ وَالْمُسْلِمِ ثَمَّةٌ) أَيُّ لَا رَبًّا بَيْنَهُمَا فِي دَارِ الْحَرْبِ وَكَذَلِكَ إِذَا تَبَايَعَا بَيْعًا فَاسِدًا فِي دَارِ الْحَرْبِ فَهُوَ جَائِزٌ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ التَّزَمَ بِالْأَمَانِ أَنْ لَا يَتَمَلَّكَ أَمْوَالُهُمْ إِلَّا بِالْعَقْدِ وَهَذَا الْعَقْدُ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يُفِيدُ الْمَلِكَ الْحَلَالَ فَصَارَ كَمَا إِذَا وَقَعَ مَعَ الْمُسْتَأْمِنِ مِنْهُمْ فِي دَارِنَا وَلَهُمَا { قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا رَبًّا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْحَرْبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ } وَلِأَنَّ مَا لَهُمْ مُبَاحٌ وَبِعَقْدِ الْأَمَانِ لَمْ يَصِرْ مَعْصُومًا إِلَّا أَنَّهُ التَّزَمَ أَنْ لَا يَعْدِرَهُمْ وَلَا يَتَعَرَّضَ لِمَا فِي أَيْدِيهِمْ بِدُونِ رِضَاهُمْ فَإِذَا أَخَذَهُ بِرِضَاهُمْ فَقَدْ أَخَذَ مَالًا مُبَاحًا بَلَا عَدْرٍ فَيَمْلِكُهُ بِحُكْمِ الْإِبَاحَةِ السَّابِقَةِ إِذْ تَأْثِيرُ الْأَمَانِ فِي تَحْصِيلِ التَّرَاضِي دُونَ التَّمَلُّكِ فَكَانَ الْمَلِكُ فِي حَقِّ الْحَرْبِيِّ زَائِلًا بِالتَّجَارَةِ كَمَا رَضِيَ بِهِ وَفِي حَقِّ الْمُسْلِمِ ثَابِتًا لِاسْتِيلَائِهِ عَلَى مَالِ مُبَاحٍ بِخِلَافِ الْمُسْتَأْمِنِ مِنْهُمْ فِي دَارِنَا ؛ لِأَنَّ مَالَهُ صَارَ مَحْظُورًا بِعَقْدِ الْأَمَانِ وَلَوْ أَسْلَمَ الْحَرْبِيُّ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَلَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا فَكَذَلِكَ الْحُكْمُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ غَيْرَ مَعْصُومٍ عِنْدَهُ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ .

الشرح

قَوْلُهُ وَكَذَلِكَ إِذَا تَبَايَعَا بَيْعًا فَاسِدًا

الْمُسْلِمُ الَّذِي دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ إِذَا بَاعَ دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ أَوْ بَاعَ خَمْرًا أَوْ خَنزِيرًا أَوْ مَيْتَةً أَوْ قَامَرَهُمْ وَأَخَذَ الْمَالَ يَحِلُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ .

غَايَةُ

قَوْلُهُ وَلِأَنَّ مَالَهُمْ مُبَاحٌ

أَيُّ أَهْلِ الْحَرْبِ .

بَابُ الْحُقُوقِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (الْعُلُوُّ لَا يَدْخُلُ بِشِرَاءِ بَيْتٍ بِكُلِّ حَقٍّ وَبِشِرَاءِ مَنْزِلٍ إِلَّا بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَوْ بِمَرَافِقِهِ أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهِ أَوْ مِنْهُ وَدَخَلَ بِشِرَاءِ دَارٍ كَالْكَنْفِ) أَيُّ لَا يَدْخُلُ الْعُلُوُّ بِشِرَاءِ بَيْتٍ وَإِنْ قَالَ بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ مَا لَمْ يَنْصُ عَلَيْهِ وَبِشِرَاءِ مَنْزِلٍ لَا يَدْخُلُ إِلَّا أَنْ يَقُولَ بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَوْ بِمَرَافِقِهِ أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهِ أَوْ مِنْهُ وَبِشِرَاءِ الدَّارِ يَدْخُلُ الْعُلُوُّ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ كَمَا يَدْخُلُ الْكَنْفُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَ اسْمٌ لِمُسَقَفٍ وَاحِدٍ يَصْلُحُ لِلْبَيْتَوَةِ وَالْعُلُوُّ مِثْلُهُ وَالشَّيْءُ لَا يَكُونُ تَبَعًا لِمِثْلِهِ وَلَا يَكُونُ مِنْ حُقُوقِهِ فَلَا يَدْخُلُ بِدُونِ التَّنْصِيسِ .

عَلَيْهِ وَالِدَارُ اسْمٌ لِمَا أُدِيرَ عَلَيْهِ الْحُدُودُ مِنَ الْحَائِطِ وَيَشْتَمِلُ عَلَى بُيُوتٍ وَمَنَازِلَ وَصَحْنٍ غَيْرِ مُسَقَفٍ وَالْعُلُوُّ مِنْ أَجْزَائِهِ وَتَوَابِعِهِ فَيَدْخُلُ فِيهِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ وَالْمَنْزِلُ بَيْنَ الدَّارِ وَالْبَيْتِ ؛ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا يَشْتَمِلُ عَلَى بُيُوتٍ وَصَحْنٍ مُسَقَفٍ وَمَطْبُخٍ يَسْكُنُهُ الرَّجُلُ بِأَهْلِهِ مَعَ ضَرْبِ قُصُورٍ فِيهِ فَإِنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِصْطَبُلٌ فَكَانَ لَهُ شَبَهٌ بِهِمَا فَلِشَبْهِهِ بِالِدَّارِ يَدْخُلُ تَبَعًا عِنْدَ ذِكْرِ التَّوَابِعِ وَلِشَبْهِهِ بِالْبَيْتِ لَا يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ تَوْفِيرًا عَلَى الشَّبْهِينِ حَظَّهُمَا وَذِكْرٍ فِي الْكَافِي أَنَّ هَذَا الْجَوَابَ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ بِنَاءً عَلَى عُرْفِ أَهْلِ الْكُوفَةِ وَفِي عُرْفِنَا يَدْخُلُ الْعُلُوُّ فِي الْكُلِّ سَوَاءً

بَاعَ بِاسْمِ الْبَيْتِ أَوْ الْمَنْزِلِ أَوْ الدَّارِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْزِلٍ يُسَمَّى خَاتَةً سَوَاءٌ كَانَ كَبِيرًا أَوْ صَغِيرًا فَكَأَنَّهُ يَقُولُ : يَتَنَاوَلُ الْعُلُوَّ وَالسُّفْلَ وَالْأَحْكَامُ فِي مِثْلِ هَذَا تُبْنَى عَلَى الْعُرْفِ فَيُعْتَبَرُ فِي كُلِّ إِقْلِيمٍ وَفِي كُلِّ عَصْرِ عُرْفُ أَهْلِهِ وَإِنَّمَا يَدْخُلُ الْكَنِيفُ ؛ لِأَنَّ الدَّارَ اسْمٌ لِمَا أُدِيرَ عَلَيْهِ الْحَائِطُ وَالْكَنِيفُ مِنْهُ فَيَدْخُلُ بِذِكْرِ الدَّارِ مِنْ غَيْرِ إِفْرَادِهِ بِالذِّكْرِ كَالْعُلُوِّ وَلَوْ كَانَ خَارِجَ الدَّارِ مَبْنِيًّا عَلَى الظِّلَّةِ يَدْخُلُ ؛ لِأَنَّهُ يُعَدُّ مِنَ الدَّارِ عَادَةً وَيَدْخُلُ بِنَرِّ الْمَاءِ وَالْأَشْجَارِ فِي صَحْنِهَا وَالْبُسْتَانِ فِيهَا لِمَا ذَكَرْنَا وَإِنْ كَانَ الْبُسْتَانُ خَارِجَ الدَّارِ إِنْ كَانَ أَكْبَرَ مِنْهَا أَوْ مِثْلَهَا لَا يَدْخُلُ إِلَّا بِشَرْطٍ ؛ لِأَنَّهُ خَارِجٌ عَنْ حُدُودِهَا وَإِنْ كَانَ أَصْغَرَ مِنْهَا يَدْخُلُ ؛ لِأَنَّهُ يُعَدُّ مِنَ الدَّارِ عُرْفًا فَصَارَ تَبَعًا لَهَا .

الشرح

باب الحقوق

أَيُّ حُقُوقِ الْمَبِيعِ قَالَ الْكَمَالُ : مَحَلُّ هَذَا الْبَابِ عَقِيبَ كِتَابِ الْبُيُوعِ قَبْلَ الْخِيَارِ قَالَ الْأَثْقَانِيُّ : وَلَكِنَّ الْمُصَنِّفَ لَمَّا اتَّبَعَ وَضَعَ الْجَامِعِ الصَّغِيرَ الْمُرْتَّبَ وَفِيهِ وَقَعَ الْوَضْعُ هَكَذَا بَعْدَ ذِكْرِ مَسَائِلِ الْبُيُوعِ وَضَعَ هَكَذَا أَيْضًا .

قوله في المثنى العلو لا يدخل ببراء بيت بكل حق البخ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَمَنْ اشْتَرَى مَنْزِلًا فَوْقَهُ مَنْزِلٌ فَلَيْسَ لَهُ الْأَعْلَى إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِكُلِّ حَقٍّ لَهُ أَوْ بِمَرَافِقِهِ أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهِ أَوْ مِنْهُ وَمَنْ اشْتَرَى بَيْتًا فَوْقَهُ بَيْتٌ بِكُلِّ حَقٍّ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْأَعْلَى وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا بِحُدُودِهَا فَلَهُ الْعُلُوُّ وَالْكَنِيفُ قَالَ الْأَثْقَانِيُّ قَالَ شَمْسُ الْأَثَمَةِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ : الْمَنْزِلُ فَوْقَ الْبَيْتِ وَدُونَ الدَّارِ وَالْبَيْتُ اسْمٌ لِمُسَقَفٍ وَاحِدٍ لَهُ دَهْلِيْزٌ وَالدَّارُ اسْمٌ لِمَا يَشْتَمِلُ عَلَى الصَّحْنِ وَالْبُيُوتِ وَالصُّفَّةِ وَالْمَطْبَخِ وَالْإِصْطَبَلِ وَالْمَنْزِلُ اسْمٌ لِمَا يَشْتَمِلُ عَلَى بُيُوتٍ وَمَطْبَخٍ وَمَوْضِعِ قَضَاءِ الْحَاجَةِ وَلَكِنْ لَا يَكُونُ فِيهِ صَحْنٌ إِلَى هُنَا لَفْظُ شَمْسِ الْأَثَمَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالْجَوَابُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْعُلُوَّ لَا يَدْخُلُ فِي شِرَاءِ الْبَيْتِ وَإِنْ ذَكَرَ الْحُقُوقَ إِلَّا إِذَا ذَكَرَ اسْمَ الْعُلُوِّ صَرِيحًا ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَ اسْمٌ لِخَاصٍّ لِمُسَقَفٍ وَاحِدٍ يُبَاتُ فِيهِ وَالْعُلُوُّ فِي ذَلِكَ مِثْلُ السُّفْلِ وَالشَّيْءُ يَسْتَتِيعُ دُونَهُ لَا مِثْلَهُ أَوْ فَوْقَهُ وَالْعُلُوُّ يَدْخُلُ فِي شِرَاءِ الْمَنْزِلِ إِذَا ذَكَرَ الْحُقُوقَ أَوْ الْمَرَافِقَ أَوْ كُلَّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ أَوْ اسْمَهُ الْخَاصَّ وَإِلَّا فَلَا وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمَنْزِلَ اسْمٌ لْبَيْتَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ يَنْزِلُ فِيهَا لَيْلًا وَنَهَارًا وَالْعُلُوُّ فِي التَّنْزِيلِ كَالسُّفْلِ إِلَّا أَنَّهُ دُونُهُ فِي احْتِمَالِ السُّكْنَى فَكَانَ أَصْلًا مِنْ وَجْهِ تَابِعًا مِنْ وَجْهِ فَإِنْ ذَكَرَهُ أَوْ ذَكَرَ اسْمَ التَّبَعِ دَخَلَ وَإِلَّا فَلَا وَعُلُوُّ الدَّارِ يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ نَصٍّ بِاسْمِهِ الْخَاصِّ وَمِنْ غَيْرِ ذِكْرِ الْحُقُوقِ ؛ لِأَنَّ الْعُلُوَّ مِنْ جُمْلَةِ مَا أُدِيرَ الْحَوَائِطُ .

قوله إنا البخ

أَيُّ إِلَّا يَأْخُذُ عِبَارَاتٍ ثَلَاثٌ .

قوله وإن قال إلخ

هذه إحدى العبارات الثلاث .

قوله ؛ لأن البيت اسم لمُسَقَفٍ واحدٍ يصلح للبيتوتة

فمنهم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيد له دهليزا .

كمال

قوله والشئء لا يكون تبعاً لمثله

قال الكمال : أو ما هو دونه وأورد المستعير له أن يعبر ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكاتب عبده .
وأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستبعا بل لما ملك المستعير المنفعة كان له أن يملك ما ملك والمكاتب يعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك ؛ لأن كتابة عبده من اكتسابه .

قوله والمنزل بين الدار والبيت

منزلة بين المنزلتين وهي الدورة الصغيرة فيها بيتان أو ثلاثة وهو يشمل على مرافق السكنى ، ولكنه قاصر ليس فيه منزل الدواب ولا ما يجري مجرى ذلك .

أثقاني

قوله وفي عرفنا يدخل العلو

أي في الفصول كلها ؛ لأن في عرفنا الدار والمنزل والبيت كله واحد .

أثقاني

قوله وإنما يدخل الكنيف إلخ

قال في الهداية وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف ؛ لأنه من توابعه قال الكمال : الكنيف هو المستراح .

قوله ويدخل بئر الماء والاشجار في صحنها والبستان فيها لما ذكرنا

قال قاضي خان : ولو اشترى داراً فيها بستان دخل البستان في البئع صغيراً كان البستان أو

كَبِيرًا وَإِنْ كَانَ الْبُسْتَانُ خَارِجًا مِنَ الدَّارِ لَا يَدْخُلُ الْبُسْتَانُ فِي الْبَيْعِ وَإِنْ كَانَ لَهُ بَابٌ فِي الدَّارِ كَذَا قَالَ أَبُو سُلَيْمَانَ وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ :
 إِنْ كَانَ الْبُسْتَانُ أَصْغَرَ مِنَ الدَّارِ وَمِفْتَاحُهَا إِلَى الدَّارِ يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الدَّارِ وَإِنْ كَانَ الْبُسْتَانُ أَكْبَرَ مِنَ الدَّارِ لَا يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الدَّارِ وَالْمَسْأَلَةُ
 مَرَّتْ فِي بَابِ الْيَمِينِ فِي الْخُرُوجِ وَالْدُخُولِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَا الظُّلَّةُ إِلَّا بِكُلِّ حَقٍّ) أَيُّ لَا تَدْخُلُ الظُّلَّةُ فِي بَيْعِ الدَّارِ إِذَا قَالَ بِكُلِّ حَقٍّ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا ذَكَرْنَا وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ
 وَعِنْدَهُمَا تَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ شَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَا إِذَا كَانَ مِفْتَاحُهَا فِي الدَّارِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ تَوَابِعِ الدَّارِ كَالْعُلُوِّ وَالْكُنُفِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا خَارِجَةٌ
 عَنْ الْحُدُودِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى هَوَاءِ الطَّرِيقِ فَصَارَتْ كَالطَّرِيقِ وَلِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلدَّارِ مِنْ حَيْثُ إِنْ قَرَّارَ أَحَدٍ طَرَفِهَا عَلَيْهَا وَلَيْسَتْ بِتَابِعَةٍ لَهَا مِنْ حَيْثُ
 إِنْ قَرَّارَ طَرَفِهَا الْآخَرَ عَلَى شَيْءٍ آخَرَ فَصَارَتْ تَابِعَةً مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَتَدْخُلُ أَنْ ذَكَرَ الْحَقُوقَ وَنَحْوَهُ وَإِلَّا فَلَا عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ لَا الظُّلَّةُ إِلَّا

وَالظُّلَّةُ هِيَ السَّابِطُ الَّذِي أَحَدُ طَرَفَيْهِ عَلَى الدَّارِ وَالطَّرْفُ الْآخَرُ عَلَى دَارٍ أُخْرَى أَوْ عَلَى الْأُسْطُوَانَاتِ فِي السَّكَّةِ وَمِفْتَاحُهَا فِي الدَّارِ الْمَبِيعَةِ

أَثَقَانِي وَكَمَالَ

قَوْلُهُ إِذَا كَانَ مِفْتَاحُهَا فِي الدَّارِ

قَالَ قَاضِي خَانَ : وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِفْتَاحُهَا فِي الدَّارِ لَا تَدْخُلُ الظُّلَّةُ فِي بَيْعِ الدَّارِ فِي قَوْلِهِمْ إِلَّا بِذِكْرِ الظُّلَّةِ .

قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ تَوَابِعِ الدَّارِ كَالْعُلُوِّ وَالْكُنُفِ

وَلِهَذَا لَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ الدَّارَ فَدَخَلَهَا يَحْنُثُ .

مُحِيطٌ

قَوْلُهُ مِنْ حَيْثُ إِنْ قَرَّارَ طَرَفِهَا الْآخَرَ عَلَى شَيْءٍ آخَرَ

إِمَّا جِدَارَ الْجَارِ أَوْ أُسْطُوَانَاتٍ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَدْخُلُ الطَّرِيقُ وَالْمَسِيلُ وَالشَّرْبُ إِلَّا بِنَحْوِ كُلِّ حَقٍّ بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ) أَيُّ لَا تَدْخُلُ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ أَوْ
 الْمَسْكَنِ إِلَّا بِذِكْرِ كُلِّ حَقٍّ أَوْ نَحْوِهِ .

بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ حَيْثُ تَدْخُلُ فِيهَا مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ تَابِعَةٌ مِنْ وَجْهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تُقْصَدُ لِلِانْتِفَاعِ بِالْمَبِيعِ دُونَ عَيْنِهَا أَصْلُ
 مِنْ وَجْهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يُتَصَوَّرُ وَجُودُهَا بِدُونِ الْمَبِيعِ فَكَانَتْ تَابِعَةً لِلْمَبِيعِ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَلَا تَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ إِلَّا بِذِكْرِ الْحَقُوقِ وَالْمَرَافِقِ
 وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَشْتَرِي لِلْبَيْعِ فَلَا يَلْزَمُ الشِّرَاءُ لِلِانْتِفَاعِ بِهِ وَقَدْ يَشْتَرِي الطَّرِيقَ بَعْدَمَا اشْتَرَى الْمَبِيعَ بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهَا تُعْقَدُ لِلِانْتِفَاعِ لَا

غَيْرَ وَلِهَذَا لَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ فِيمَا لَا يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ وَلَوْ بَطَلَ الْإِنْتِفَاعُ بَعْدَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ تَبْطُلُ الْإِجَارَةُ وَكَذَا لَوْ اسْتَنْتَى هَذِهِ الْأَشْيَاءَ عَنْ عَقْدِ الْإِجَارَةِ تَبْطُلُ إِذْ لَا يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعُ بِالْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ إِلَّا بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ فَوَجَبَ دُخُولُهَا فِيهَا تَصَحِيحًا لَهَا أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ اسْتَأْجَرَ الطَّرِيقَ مِنْ صَاحِبِ الْعَيْنِ لَا يَجُوزُ فَتَعَيَّنَ الدُّخُولُ فِيهَا وَلَا يَدْخُلُ مَسِيلُ مَاءِ الْمِيْزَابِ إِذَا كَانَ فِي مَلِكٍ خَاصٍّ وَلَا مَسْقَطُ الثَّلَجِ فِيهِ وَقَدَرُ الْحَمَّامِ يَدْخُلُ ؛ لِأَنَّهُ مُرَكَّبٌ بِالْبِنَاءِ وَلَوْ اشْتَرَى رَحَى يَدْخُلُ الْحَجَرُ الْأَسْفَلُ ؛ لِأَنَّهُ مُرَكَّبٌ بِالْبِنَاءِ وَكَذَا الْأَعْلَى اسْتِحْسَانًا وَالْأَلَاتُ الْمُلَصَّقَةُ بِالْبَيْتِ ؛ لِأَنَّ الرَّحَا اسْمٌ لِبَيْتٍ فِيهِ حَجَرٌ دَوَّارٌ وَالْحَجَرُ الْأَعْلَى هُوَ الدَّوَّارُ .

الشرح

قوله في المتن ولا يدخل الطريق والمسيل

قال العيني : وهو موضع جري الماء من المطر وغيره والشرب بكسر الشين وهو النصيب من الماء .

قوله إنا بنحو كل حق البخ

أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه .

قوله إنا بذكر كل حق أو نحوه

قال الكمال فإن المقصود في الأصل منه ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عينا بل إما لذلك أو ليتجر فيها أو يأخذ بعضها فلم يتعين فائدة البيع فلا يلزم ولهذا جاز بيع الجحش كما ولد وإن لم ينتفع به في الحال وكذا الأرض السبخة ولا يصح إجارة ذلك وفي الكافي ولهذا لو استأجر علواً واستثنى الطريق فسدت الإجارة بخلاف ما لو اشترى علواً واستثنى الطريق يصح قال في الجامع الصغير محمداً عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يشتري البيت في الدار أو المنزل في الدار أو المسكن في الدار قال : لا يكون له الطريق إلا أن يقول بكل حق هو له أو مرافقه أو يقول بكل قليل وكثير هو فيه أو منه فيكون له الطريق إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذلك ؛ لأن الطريق خارج عن المحدود إلا أنه من التوايع فلا حرم لم يدخل من غير ذكر وكذلك الشرب والمسيل وهذا بخلاف إجارة البيت أو المنزل أو المسكن أو الأرض حيث يدخل الطريق والمسيل والشرب من غير ذكر ؛ لأن المقصود من الإجارة هو الانتفاع ولا انتفاع بدون أن تدخل هذه الأشياء والبيع ليس كذلك ؛ لأن المقصود منه تملك الرقبة لا الانتفاع بعينها والانتفاع من ثمراته ولهذا يجوز بيع الجحش الصغير الذي لا ينتفع به في الحال ويجوز بيع الأرض السبخة لعدم الانتفاع قال الإمام فخر الدين قاضي خان : وإذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق ؛ لأنه ليس من هذه الدار ، ولكنه من حقوق هذه الدار فلا يدخل إلا بذكر الحقوق وإن قال البائع : ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له أن يرد بالعيب وكذلك لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة فإن كانت للبائع يورم برفعها وإن كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذلك لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار أخرى أو مسيل ماء فإن كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة ؛ لأنه باعها من غير استثناء

وَإِنْ كَانَتْ لِعَیْرِ الْبَائِعِ كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ وَمَنْ اشْتَرَى بَيْتًا فِي دَارٍ أَوْ مَنْزِلًا فِيهَا أَوْ مَسْكَنًا فِيهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ الطَّرِيقُ فِي هَذِهِ الدَّارِ إِلَى ذَلِكَ الْمُشْتَرِي إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِكُلِّ حَقٍّ أَوْ بِمَرَافِقِهِ أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ وَكَذَلِكَ الشَّرْبُ وَالْمَسِيلُ ؛ لِأَنَّهُ خَارِجُ الْحُدُودِ لَا أَنَّهُ مِنَ التَّوَابِعِ فَيَدْخُلُ بِذِكْرِ التَّوَابِعِ وَفِي الْمُحِيطِ الْمُرَادُ الطَّرِيقُ الْخَاصُّ فِي مِلْكٍ إِنْسَانٍ فَأَمَّا طَرِيقُهَا إِلَى سَكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ وَإِلَى الطَّرِيقِ الْعَامِّ فَيَدْخُلُ وَكَذَا مَا كَانَ لَهُ مِنْ حَقٍّ تَسْيِيلِ الْمَاءِ أَوْ إِقَاءِ الثَّلَجِ فِي مِلْكٍ إِنْسَانٍ خَاصَّةً وَقَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ : وَإِذَا كَانَ طَرِيقُ الدَّارِ الْمَسْبُوعَةِ أَوْ مَسِيلُ مَائِهَا فِي دَارٍ أُخْرَى لَا يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ الْحُقُوقِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ هَذِهِ الدَّارِ فَلَا يَدْخُلُ إِلَّا بِذِكْرِ الْحُقُوقِ إِلَّا أَنْ تُعْلِلَهُ بِقَوْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ هَذِهِ الدَّارِ يَقْتَضِي أَنَّ الطَّرِيقَ الَّذِي فِي هَذِهِ الدَّارِ يَدْخُلُ وَهُوَ غَيْرُ مَا فِي الْكِتَابِ فَالْحَقُّ أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا لَا يَدْخُلُ ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ فِي هَذِهِ الدَّارِ فَلَمْ يَشْتَرِ حَمِيعَ هَذِهِ الدَّارِ إِنَّمَا اشْتَرَى شَيْئًا مُعَيَّنًا مِنْهَا فَلَا يَدْخُلُ مِلْكُ الْبَائِعِ أَوْ مِلْكُ الْأُجْنَبِيِّ إِلَّا بِذِكْرِهِ .

قَوْلُهُ بِخِلَافِ الْبِجَارَةِ حَيْثُ تَدْخُلُ فِيهَا

أَيُّ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ إِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا أَوْ أَرْضًا .

عَيْنِي

قَوْلُهُ فِيمَا لَا يُمَكِّنُ الِاتِّفَاعَ بِهِ

كَالْمَهْرِ وَالْأَرْضِ السَّبْحَةِ .

قَوْلُهُ وَلَوْ اشْتَرَى رَحَى

وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَى بَيْتَ الرَّحَى بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهِ قَاضِي خَانَ .
بَابُ الِاسْتِحْقَاقِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (الْبَيِّنَةُ حُجَّةٌ مُتَعَدِّيةٌ لَا الْإِقْرَارُ) ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لَا تَصِيرُ حُجَّةً إِلَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي وَلِلْقَاضِي وَلَايَةٌ عَامَّةٌ فَيَنْفُذُ قَضَاؤُهُ فِي حَقِّ الْكَافَّةِ وَالْإِقْرَارُ حُجَّةٌ بِنَفْسِهِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَضَاءِ وَلِلْمَقْرَرِ وَلَايَةٌ عَلَى نَفْسِهِ دُونَ غَيْرِهِ فَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالتَّنَاقُضُ يَمْنَعُ دَعْوَى الْمَلِكِ لَا الْحُرِّيَّةَ وَالنَّسَبَ وَالطَّلَاقَ) ؛ لِأَنَّ الْقَاضِي .
لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَحْكُمَ بِالْكَلَامِ الْمُتَنَاقِضِ إِذَا أَحَدُهُمَا لَيْسَ بِأَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ فَسَقَطَا غَيْرَ أَنَّ الْحُرِّيَّةَ وَالطَّلَاقَ وَالنَّسَبَ مَبْنَاهُ عَلَى الْخَفَاءِ فَيَعْدُرُ فِي التَّنَاقُضِ ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ يَنْبَنِي عَلَى الْعُلُوقِ وَالطَّلَاقُ وَالْحُرِّيَّةُ يَنْفَرِدُ بِهِمَا الزَّوْجُ وَالْمَوْلَى فَيَخْفَى عَلَيْهِمْ .

الشرح

باب الاستحقاق

هُوَ طَلَبُ الْحَقِّ قَالَ الْأُتْقَانِيُّ ذَكَرَ هَذَا الْبَابُ عَقِيبَ بَابِ الْحُقُوقِ لِظُهُورِ التَّنَاسُبِ بَيْنَهُمَا لَفْظًا وَمَعْنَى قَالَ الْكَمَالُ : حَقُّ هَذَا الْبَابِ أَنْ يُذَكَرَ بَعْدَ تَمَامِ أَبْوَابِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ ظُهُورُ عَدَمِ الصَّحَّةِ بَعْدَ التَّمَامِ ظَاهِرًا وَلَكِنْ كَمَا نَاسَبَ الْحُقُوقَ لَفْظًا وَمَعْنَى ذَكَرَ عَقِيبَهُ .

قوله في المتن البيّنة حجة متعدية إلخ

قال العيني : وهذا أصل لفروع كثيرة منها ما أشار إليه بقوله مبيعة إلخ ومنها أنه إذا اشترى عبداً ، ثم ظهر له مستحق بالبيّنة فإنه يرجع على البائع بالثمن ؛ لأنه يثبت بها الملك من الأصل فيتعدى إلى الكل ولو أقر به المشتري لرجل أنه مستحق له لا يرجع بالثمن على البائع ؛ لأن إقراره قاصر عليه فيثبت به الملك في المقر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة بإثباته فلا يظهر الاستحقاق في حقه بالرجوع بالثمن على البائع

قوله في المتن والتناقض يمنع دعوى الملك

قال العيني : وهذا أيضاً أصل لفروع كثيرة وموضعها في كتاب الدعوى ومن صور ذلك ما ذكره في الفتاوى الظهيرية رجل ادعى على رجل مقداراً معلوماً بأنه دين له عليه وأنكر المدعى عليه ذلك ، ثم ادعى أن ذلك المقدار عنده من جهة الشراكة فإنه لا تسمع دعواه ؛ لأنه متناقض في كلامه .

ولو كان الأمر بالعكس تسمع لإمكان التوفيق ؛ لأن مال الشراكة يجوز أن يكون ديناً بالجحود والدين لا يجوز أن يصير مال الشراكة ومنها ما ذكره فيها أيضاً رجل ادعى على آخر أنه أخوه وادعى عليه التفقة فقال المدعى عليه : ليس هو بأخي ، ثم مات المدعي وخلف أموالاً كثيرة فجاء المدعى عليه فطلب ميراثه وقال : هو أخي لا يقبل منه ذلك ولا يقضى له بالميراث ؛ لأنه متناقض ولو كان مكان دعوى الأخوة دعوى البتوة أو الأبوة والمسألة بحالها يقبل ذلك منه ويقضى له بالميراث ومنها ما ذكره فيها ادعى عينا في يدي إنسان أنها لفلان وكلني بالخصومة فيها ، ثم ادعى أنها له وأقام البيّنة على ذلك يصير متناقضاً فلا تقبل بينته ولو ادعى أنها له ، ثم ادعى بعد ذلك أنه لفلان وكله بالخصومة فيه وأقام البيّنة على ذلك قبلت بينته ولا يصير متناقضاً .

قوله في المتن والتناقض يمنع إلخ

إنما يعنى التناقض في دعوى الإعتاق والتدبير من قبل العتيق أما لو كان من قبل المولى بأن باع عبده ، ثم ادعى أنه كان أعتقه أو دبره قبل البيع فلا يعنى ؛ لأن الإنسان لا يخفى عليه فعله ويأتي في باب دعوى النسب .
يحیی .

قوله لا الحرية والنسب

أي لا يمنع التناقض دعوى الحرية قال العيني : كالمكاتب إذا أقام بيّنة على أن مولاه أعتقه قبل الكتابة فإنه تقبل بينته فالتناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق ؛ لأنه أمر يجري فيه الخفاء ؛ لأنه أمر يتفرد به المولى فربما لا يعلم العبد إعتاقه ، ثم يعلم بعد ذلك ولا يمنع

أَيْضًا دَعَوَى الطَّلَاقِ كَالْمَرْأَةِ إِذَا اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا ، ثُمَّ أَقَامَتْ بَيْنَهُ أَنَّهُ كَانَ طَلَقَهَا ثَلَاثًا قَبْلَ الْخُلْعِ فَإِنَّهُ تُقْبَلُ بَيْنَتُهَا وَلَهَا أَنْ تَسْتَرِدَّ بَدَلَ الْخُلْعِ وَإِنْ كَانَتْ مُتَنَاقِضَةً لِمُسْتَقْلَالِ

الزَّوْجِ بِإِقَاعِ الثَّلَاثِ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ لَهَا عِلْمٌ بِذَلِكَ وَقَاسَ عَلَى هَذَا فِي الْفَتَاوَى الظَّهِيرِيَّةُ مَسْأَلَةً وَهِيَ أَنَّ رَجُلًا اشْتَرَى دَارًا لِابْنِهِ الصَّغِيرِ مِنْ نَفْسِهِ وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ شُھُودًا فَكَبِرَ الْبَابُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِمَا صَنَعَ الْأَبُ ، ثُمَّ أَنَّ الْأَبَ بَاعَ الدَّارَ مِنْ رَجُلٍ وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ ، ثُمَّ أَنَّ الْبَابَ اسْتَأْجَرَ الدَّارَ مِنَ الْمُشْتَرِي ، ثُمَّ عِلِمَ بِمَا صَنَعَ الْأَبُ فَادَّعَى الدَّارَ عَلَى الْمُشْتَرِي .

قَالَ : إِنْ أَبِي اشْتَرَى هَذِهِ الدَّارَ لِي مِنْ نَفْسِهِ فِي صَغَرِي وَهِيَ مِلْكِي وَأَقَامَ بَيْنَهُ عَلَى ذَلِكَ فَقَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي دَفْعِ دَعْوَى الْمُدَّعِي إِنَّكَ مُتَنَاقِضٌ فِي هَذِهِ الدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ اسْتِحْكَارَكَ الدَّارَ مِنِّي اعْتِرَافٌ مِنْكَ أَنَّ الدَّارَ لَيْسَتْ لَكَ فَدَعَوَاكَ الدَّارَ بَعْدَ ذَلِكَ يَكُونُ مِنْكَ تَنَاقُضًا قَالَ : الصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا لَا يَصْلُحُ دَفْعًا لِدَعْوَى الْمُدَّعِي وَإِنْ كَانَ هَذَا تَنَاقُضًا ؛ لِأَنَّ هَذَا التَّنَاقُضَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الدَّعْوَى لِمَا فِيهِ مِنَ الْخَفَاءِ فَإِنَّ الْأَبَ يَسْتَقْبِلُ بِالشَّرَاءِ لِلصَّغِيرِ وَمِنْ الصَّغِيرِ لِنَفْسِهِ وَالْبَابُ لَا عِلْمَ لَهُ بِذَلِكَ ، ثُمَّ قَالَ : أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرْنَاهُ وَلَا يَمْنَعُ دَعْوَى النَّسَبِ كَالرَّجُلِ بَاعَ عَبْدًا وَلَدَ عِنْدَهُ وَبَاعَهُ الْمُشْتَرِي مِنْ آخَرَ ، ثُمَّ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ الْأَوَّلُ أَنَّهُ ابْنُهُ تُسْمَعُ دَعْوَاهُ وَيَبْطُلُ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ وَالثَّانِي وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ يَنْبِي عَلَى الْعُلُوقِ فَيُخْفَى عَلَيْهِ فَيُعْذَرُ فِي التَّنَاقُضِ مَا قَالَهُ الْعَيْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (مَبِيعَةٌ وَلَدَتْ فَاسْتَحَقَّتْ بَيْنَهُمَا وَلَدَهَا وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا لِرَجُلٍ لَا) وَالْفَرْقُ أَنَّ الْبَيْنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ مُبَيَّنَةٌ كَاسْمِهَا فَيُثَبَّتُ بِهَا الْمَلِكُ مِنَ الْأَصْلِ وَلِهَذَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِالْثَمَنِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ الْمَبِيعِ بِالْبَيْنَةِ ، وَالْإِقْرَارُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ يَثْبُتُ بِهِ الْمَلِكُ فِي الْمَقَرِّ بِهِ ضَرُورَةً صِحَّةَ الْخَبَرِ وَقَدْ انْدَفَعَتِ الضَّرُورَةُ بِإثْبَاتِهِ بَعْدَ الْإِنْفِصَالِ فَلَا يَظْهَرُ اسْتِحْقَاقُ فِي حَقِّهِ وَلِهَذَا لَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي بِالْثَمَنِ عَلَى الْبَائِعِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ الْمَبِيعِ بِالْإِقْرَارِ ؛ وَلِأَنَّ الْمَالِكَ يَقْدِرُ عَلَى إِثْنَاءِ الْمَلِكِ لِلْحَالِ فَيُحْمَلُ إِقْرَارُهُ بِهِ عَلَى ذَلِكَ بِخِلَافِ الشُّهُودِ فَإِنَّهُمْ لَا يَقْدِرُونَ عَلَى إِثْبَاتِ الْمَلِكِ بِشَهَادَتِهِمْ بِهِ لِلْمُسْتَحَقِّ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَالِكًا لَهُ قَبْلَ ذَلِكَ فَيَكُونُ إِظْهَارًا لِمَلِكِهِ مِنَ الْأَصْلِ فَيَسْتَحِقُّهُ بِزَوَائِدِهِ ، ثُمَّ قِيلَ : يَدْخُلُ الْوَلَدُ فِي الْقَضَاءِ بِالْأُمِّ ؛ لِأَنَّهُ تَبِعَ لَهَا فَيُكْتَفَى بِهِ وَقِيلَ : يُشْتَرَطُ الْقَضَاءُ لَهُ بِالْوَلَدِ وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ : إِذَا قَضَى الْقَاضِي بِالْأَصْلِ وَلَمْ يَعْرِفْ بِالزَّوَائِدِ لَمْ تَدْخُلِ الزَّوَائِدُ تَحْتَ الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْفَصِلٌ وَقَتَ الْقَضَاءِ وَذَكَرَ فِي النَّهَائِيَةِ أَنَّ الْوَلَدَ إِنَّمَا لَا يَتَّبِعُهَا فِي الْإِقْرَارِ إِذَا لَمْ يَدَّعِهِ الْمَقَرُّ لَهُ أَمَّا إِذَا ادَّعَاهُ كَانَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَهُ .

الشرح

قوله في المثن مبيعة ولدت فاستحققت

هذا هو الثابت في نسخ المثن وفي خط الشارح مبيعة استحققت وقوله ولدت أي في يد المشتري لا منه .

قوله وإن أقر بها لرجل لا

فلو أقام المشتري بينة بعد ذلك على إقرار البائع بأن العبد للمستحق يريد بذلك الرجوع بالثمن هل تقبل بينته ينظر في كلام الشارح عند قوله ولو باع عبد غيره بغير أمره نقلًا عن الزيادات فليراجع .

قوله والفرق أن البينة حجة مطلقة

أي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقتضي عليه فتح

قوله مبينة

أي لما كان ثابتاً في نفس الأمر قبل الشهادة به .

فتح .

قوله فيثبت بها الملك من الأصل

قال الكمال : فالولد كان متصلاً في الزمان الذي ينسحب عليه إظهاراً لبينة الملك فيكون له أما الإقرار فحجة قاصرة على المقر حتى لا يتعدى إلى غيره ؛ لأنه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالإقرار وإنما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل بإثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والإقرار إنما هو بها فقط فلا يتعدى إليه وهذا التوجيه يفتضي أنه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكر الثمرتاشي أنه إنما لم يكن للمقر له إذا لم يدعه فلو ادعاه كان له ؛ لأن الظاهر أنه له ما قاله الكمال رحمه الله

قوله ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن

وترجع الباعة بعضهم على بعض فيما إذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ، ثم ظهر الاستحقاق يقضي بالبينة ؛ لأنه يثبت قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم أنه ملكه ؛ لأن الكل صاروا مقضياً عليهم بالقضاء على المشتري الأخير كما لو ادعت على الأخير أنها حرة الأصل حيث يرجعون فتح

قوله فلا يظهر الاستحقاق في حقه

أي في حق الولد

قوله ، ثم قيل

أي في صورة الاستحقاق قال الكمال : وإذا قلنا إن الولد للمستحق بالبينة فقضى القاضي بالثمن هل يدخل في القضاء فيصير هو مقضياً به .

قوله لم تدخل الزوائد تحت الحكم

وكذا لو كان الولد في يد رجل آخر غائب فalcضاء بالثمن لا يكون قضاء بالولد .

أَتَقَانِي قَالَ الْكَمَالُ وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ الرُّوَائِدُ فِي يَدِ غَائِبٍ لَمْ تَدْخُلْ فَحَيْثُ لَمْ يَدْخُلِ الْقَضَاءُ عَلَى الْغَائِبِ فِي ضِمَنِ الْقَضَاءِ عَلَى الْحَاضِرِ وَهُوَ أَمْرٌ جَائِزٌ عُرِفَ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ الْقَضَاءُ بِالْوَلَدِ بِخُصُوصِهِ
 قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ قَالَ عَبْدٌ لِمُشْتَرِي : اشْتَرَيْتَنِي فَأَنَا عَبْدٌ فَاشْتَرَاهُ فَإِذَا هُوَ حُرٌّ فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا غَيْبَةً مَعْرُوفَةً فَلَا شَيْءَ عَلَى الْعَبْدِ وَإِلَّا رَجَعَ الْمُشْتَرِي .

عَلَى الْعَبْدِ وَالْعَبْدُ عَلَى الْبَائِعِ بِخِلَافِ الرَّهْنِ) يَعْنِي إِذَا قَالَ : ارْتَهَنْتَنِي فَإِنِّي عَبْدٌ فَارْتَهَنَهُ فَإِذَا هُوَ حُرٌّ حَيْثُ لَا يَرْجِعُ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الْعَبْدِ بِحَالٍ سَوَاءً كَانَ الرَّاهِنُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ الثَّمَنِ بِالْمُعَاوَضَةِ أَوْ الْكَفَالَةِ وَلَمْ يُوَحِّدْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا فَصَارَ كَمَسْأَلَةِ الرَّهْنِ وَكَذَا إِذَا قَالَ : اشْتَرَيْتَنِي أَوْ قَالَ : أَنَا عَبْدٌ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ مَا يُوجِبُ الضَّمَانَ لَا يَخْتَلِفُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا كَالرَّهْنِ يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ لَمْ يُوَحِّدْ مِنْهُ إِلَّا الْإِخْبَارُ كَاذِبًا وَالْأَمْرُ بِالشِّرَاءِ وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ كَمَا إِذَا كَانَ ذَلِكَ مِنَ الْأَجَنِيِّ وَلِهَذَا قُلْنَا فِيمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ : اسْلُكْ هَذَا الطَّرِيقَ فَإِنَّهُ آمِنٌ أَوْ قَالَ لَهُ : كُلْ هَذَا الطَّعَامَ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمَسْمُومٍ فَكَانَ بِخِلَافِ ذَلِكَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانٌ مَا عَطَبَ بِسَبَبِ ذَلِكَ لَمَّا قُلْنَا وَجْهَ الظَّاهِرِ أَنَّ الْمُقَرَّ بِالْعُبُودِيَّةِ ضَمِنَ سَلَامَةَ نَفْسِهِ أَوْ سَلَامَةَ الثَّمَنِ لِلْمُشْتَرِي عِنْدَ تَعَدُّرِ اسْتِيفَائِهِ مِنَ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَقْدَمَ عَلَى الشِّرَاءِ مُعْتَمِدًا عَلَى كَلَامِهِ فَصَارَ بِذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْغُرُورِ مِنْ جِهَتِهِ وَالْغُرُورُ فِي الْمُعَاوَضَةِ يُجْعَلُ سَبَبًا لِلضَّمَانِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ ؛ لِأَنَّ الْمُعَاوَضَاتِ تَقْتَضِي سَلَامَةَ الْعَوْضِ .
 فَإِذَا ظَهَرَتْ حُرِّيَّةُ الْأَصْلِ وَأَهْلِيَّةُ الضَّمَانِ وَتَعَدَّرَ الْإِسْتِيفَاءُ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ يُؤْخَذُ هُوَ بِذَلِكَ كَالْمَوْلَى إِذَا قَالَ لِأَهْلِ السُّوقِ : هَذَا عَبْدِي وَقَدْ أَذْنْتُ لَهُ فِي

التَّجَارَةِ فَبَاعُوهُ فَلَحَقَهُ دُيُونٌ ، ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ حُرٌّ أَوْ اسْتَحَقَّ رَجَعُوا عَلَيْهِ بِقِيمَتِهِ بِحُكْمِ الْغُرُورِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْغُرَمَاءِ فَجَعَلَ الْمَوْلَى كَأَنَّهُ ضَمِنَ لَهُمْ سَلَامَةَ الْمَالِيَّةِ مِنْهُ وَالْبَيْعُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ فَأَمَكَّنَ أَنْ يُجْعَلَ الْأَمْرُ بِهِ ضَمَانًا لِلْسَّلَامَةِ بِخِلَافِ الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُعَاوَضَةٍ بَلْ هُوَ حَبْسٌ مِنْ غَيْرِ عَوْضٍ يُقَابَلُهُ وَيَصِيرُ بِعَاقِبَتِهِ اسْتِيفَاءٌ لِعَيْنِ حَقِّهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُجْعَلَ مُبَادَلَةً أَلَّا تَرَى أَنَّ الرَّهْنَ يَجُوزُ فِي مَوْضِعٍ لَا تَجُوزُ فِيهِ الْمُبَادَلَةُ كَتَمَنِ الصَّرْفِ وَرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ وَالْمُسْلَمِ فِيهِ فَلَا يُمَكَّنُ أَنْ يُجْعَلَ الْأَمْرُ بِهِ ضَمَانًا لِلْسَّلَامَةِ إِذْ هُوَ فِي ضِمَنِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ وَبِخِلَافِ الْمُسْتَشْهَدِ بِهِ مِنَ الْأَمْرِ بِالْأَكْلِ وَالسُّلُوكِ أَوْ كَانَ الْأَمْرُ بِذَلِكَ مِنَ الْأَجَنِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَقْدِ مُعَاوَضَةٍ وَأَمْرُ الْأَجَنِيِّ لَا يُعْبَأُ بِهِ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَيْهِ وَبِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ : اشْتَرَيْتَنِي أَوْ قَالَ : أَنَا عَبْدٌ وَلَمْ يَزِدْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ يُشْتَرَى تَخْلِيصًا كَالْأَسِيرِ وَقَدْ لَا يَجُوزُ شِرَاءُ الْعَبْدِ كَالْمُكَاتَبِ فَلَمْ يُوَحِّدْ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الضَّمَانِ ، ثُمَّ إِذَا ضَمِنَ الْمُقَرَّ بِالْعُبُودِيَّةِ يَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنًا عَلَيْهِ وَهُوَ مُضْطَرٌّ فِيهِ فَلَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا كَمُعِيرِ الرَّهْنِ إِذَا قَضَى الدَّيْنَ لِتَخْلِيصِ الرَّهْنِ فَإِنْ قِيلَ لَا تُتَصَوَّرُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَإِنَّ الدَّعْوَى شَرْطٌ عِنْدَهُ لِقَبُولِ الشَّهَادَةِ بِالْحُرِّيَّةِ لَكُونَ الْعِنَقُ حَقَّ الْعَبْدِ وَالتَّنَاقُضُ فِيهِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الدَّعْوَى فَكَيْفَ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ عَلَى الْحُرِّيَّةِ بَعْدَ إِقْرَارِهِ بِالرَّقِّ .

قُلْنَا قَدْ أَحَابَ عَنْهُ بَعْضُ مَشَائِخِنَا بَأْنَ الْوَضْعِ فِي حُرِّيَّةِ الْأَصْلِ وَالْأَصْلُ فِيهَا لَيْسَتْ بِشَرْطٍ عِنْدَهُ لِتَضَمُّنِهَا تَحْرِيمَ الْفَرَجِ ؛ لِأَنَّ الشُّهُودَ يَجِبُ عَلَيْهِمْ تَعْيِينُ أُمِّهِ فِي حُرِّيَّةِ الْأَصْلِ فَتَحْرُمُ عَلَى الْمَوْلَى وَحُرْمَةُ الْفَرَجِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَفِي حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى الدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ كَمَا فِي عِنَقِ الْأَمَةِ فَلَا يَكُونُ التَّنَاقُضُ مَانِعًا حَتَّى لَوْ حَلَّتْ حُرِّيَّةُ الْأَصْلِ عَنْ تَحْرِيمِ الْفَرَجِ كَوَلَدِ الْمَعْرُورِ تَكُونُ الدَّعْوَى فِيهِ شَرْطًا وَالتَّنَاقُضُ مَانِعٌ مِنْ صِحَّتِهَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَدْعُمُ الدَّعْوَى وَعَامَّتُهُمْ عَلَى أَنَّ دَعْوَى الْعَبْدِ شَرْطٌ عِنْدَهُ فِي الْحُرِّيَّةِ الْأَصْلِيَّةِ وَالطَّارِئَةِ ؛ لِأَنَّهَا حَقُّ الْعَبْدِ وَهُوَ الصَّحِيحُ ، لَكِنَّ التَّنَاقُضَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الدَّعْوَى وَقَبُولَ الشَّهَادَةِ فِيهِمَا لِخِفَاءِ الْحَالِ عَلَيْهِ فَيَعْفَى التَّنَاقُضُ فِيهِ أَمَّا الْحُرِّيَّةُ الْأَصْلِيَّةُ فَلَأَنَّ الصَّغِيرَ قَدْ يُجْلَبُ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ وَلَا يَعْلَمُ بِحُرِّيَّةِ أَبِيهِ أَوْ بِحُرِّيَّةِ أَحَدِهِمَا بِإِسْلَامِهِمَا أَوْ إِسْلَامِ أَحَدِهِمَا فِيهَا وَيَعْتَقِدُ أَنَّهُ رَقِيقٌ فَيَقْرُ بِالرَّقِّ ، ثُمَّ يَبَيِّنُ لَهُ الْحَالُ بَعْدَ ذَلِكَ فَيَدْعِي الْحُرِّيَّةَ فَيَعْدُرُ فِي التَّنَاقُضِ وَأَمَّا فِي الْعِنَقِ .

الطَّارِئِ فَلَأَنَّ الْمَوْلَى يَسْتَبِدُّ بِهِ وَيُخْفِي عَلَى الْعَبْدِ فَيَعْدُرُ فِي التَّنَاقُضِ كَالْمُخْتَلَعَةِ تُقِيمُ الْبَيِّنَةُ أَنَّ زَوْجَهَا طَلَقَهَا ثَلَاثًا قَبْلَ : الْخُلْعِ وَكَالْمُكَاتَبِ إِذَا أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّ مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ قَبْلَ الْكِتَابَةِ .

قوله في المتن وإن قال عبدٌ لمشتتر
أي لرجلٍ يطلبُ شراءَ عبدٍ .

قوله فإنا عبدٌ
أي لفلانٍ .

قوله فاشترأه
أي بناءً على كلامه

قوله فإذا هو حرٌّ
أي بيّنةً أقامها كمالٌ وقوله فإذا هو حرٌّ قال الأثفاني : غيرُ منونٍ ؛ لأنها إذا المفاجأةُ معناه أنَّ العبدَ وجدَ حرّاً الأصلُ بيّنةٌ أُقيمتُ عليه

قوله أو غائباً غيبةً معروفةً
يعني يُدرى أين هو .

قوله فلا شيءٌ على العبدِ
أي لوجودٍ من عليه الحقُّ وهو البائعُ .

قوله وإلا رجَعَ
أي وإن لم يدرِ البائعُ أين هو .

عيني

قوله والعبد على البائع

وإنما لا يرجع على العبد إذا كان المولى حاضراً للتمكّن من الرجوع على القابض .

قوله وعن أبي يوسف

أي في غير ظاهر الرواية

قوله ؛ لأن ضمان الثمن بالمعاوضة

أي بالمبايعة .

قوله أو قال : أنا عبد ولم يرد على ذلك

فإنه لا يرجع بالثمن على العبد كذا ذكره الإمام الثمرتاشي في الجامع الصغير فالرجوع مفيد بقيدين قوله اشتريني وقوله إني عبد .

قوله لا يختلف بين أن يكون حاضراً

أي المضمون بما عليه

قوله أنه لم يوجد منه

أي من العبد

قوله كما إذا كان ذلك من الأجنبي

بأن قال الأجنبي : اشتريه فإنه عبد فظهر حرّاً لا يلزم الأجنبي شيء .

قوله ولهذا قلنا

أي لأجل أن الإخبار كاذباً لا يوجب الضمان

قوله رجعوا عليه بقيمته

أي بقيمة العبد فتح

قوله بخلاف الرهن ؛ لأنه ليس بمعاوضة

أي فلم يقتض سلامة

الْعَوَضِ .

أَتَقَانِي قَالَ الْكَمَالُ : بِخِلَافِ الرِّهْنِ فَإِنَّهُ لَيْسَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ بَلْ عَقْدٌ وَثِيقَةٌ لِاسْتِيفَاءِ عَيْنِ حَقِّهِ حَتَّى جَازَ الرِّهْنُ بِبَدْلِ الصَّرْفِ وَالْمُسْلَمُ فِيهِ فَلَوْ هَلَكَ يَقَعُ اسْتِيفَاءٌ لِلذَّيْنِ وَلَوْ كَانَ مُعَاوَضَةً كَانَ اسْتِبْدَالًا بِالْمُسْلَمِ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ وَهُوَ حَرَامٌ وَإِذَا لَمْ يَكُنْ عَقْدٌ مُعَاوَضَةً لَا بِجَعْلِ الْأَمْرِ بِهِ ضَمَانًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ تَقْدِيرًا فِي عَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ وَلِهَذَا قَالُوا : لَوْ قَالَ رَجُلٌ لَأَخْرَ وَقَدْ سَأَلَهُ عَنْ أَمْنِ هَذَا الطَّرِيقِ فَقَالَ : أُسَلِّكُهُ فَإِنَّهُ آمِنٌ فَسَلِّكُهُ فَهَبَ مَالَهُ لَا يَضْمَنُ وَكَذَا لَوْ قَالَ لَهُ : كُلْ هَذَا الطَّعَامَ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمُسْمُومٍ فَأَكَلَهُ فَمَاتَ غَيْرَ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ عِنْدَ اللَّهِ عَذَابًا لَا يُطَاقُ

قَوْلُهُ عَلَى الْبَائِعِ

هُوَ الصَّوَابُ وَفِي خَطِّ الشَّارِحِ عَلَى الْأَمْرِ

قَوْلُهُ فَلَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا إِنْ خُ

قَالَ الْكَمَالُ بِخِلَافِ مَنْ أَدَّى عَنْ آخَرَ دَيْنًا أَوْ حَقًّا عَلَيْهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ وَلَيْسَ مُضْطَرًّا فِيهِ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِهِ .

قَوْلُهُ وَالتَّنَاقُضُ فِيهِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الدَّعْوَى

وَقَوْلُهُ أَنَا حُرٌّ بَعْدَ قَوْلِهِ أَنَا عَبْدٌ تَنَاقُضٌ لَا مَحَالَةَ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ بَأَنَّ الْوَضْعَ

أَيَّ وَضْعَ الْمَسْأَلَةِ .

قَوْلُهُ وَالِدَّعْوَى فِيهَا لَيْسَتْ بِشَرْطٍ عِنْدَهُ

أَيَّ كَقَوْلِهِمَا فِي دَعْوَى الْحُرِّيَّةِ مُطْلَقًا .

كَمَالٌ

قَوْلُهُ لِتَضْمَنِهَا

أَيَّ الدَّعْوَى

قَوْلُهُ كَالْمُخْتَلَعَةِ تُقِيمُ الْبَيِّنَةَ أَنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا قَبْلَ الْخُلْعِ (يُقْبَلُ ذَلِكَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ يَنْفَرِدُ بِالطَّلَاقِ فَرُبَّمَا لَا تَعْلَمُ الْمَرْأَةُ بِذَلِكَ ، ثُمَّ تَعْلَمُ .

غَايَةُ وَقَوْلُهُ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا إِنَّمَا قِيدَ بِالثَّلَاثِ لِأَنَّ فِيمَا دُونَ الثَّلَاثِ يُمَكِّنُ أَنْ يُقِيمَ الزَّوْجَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ قَدْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ الَّذِي أَثْبَتَهُ الْمَرْأَةُ بَيِّنَتِهَا قَبْلَ يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ وَأَمَّا فِي الثَّلَاثِ فَلَا يُمَكِّنُ

قَوْلُهُ وَكَالْمُكَاتِبِ إِذَا أَقَامَ بَيِّنَةً أَنْ مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ قَبْلَ الْكِتَابَةِ

أَيُّ تُقْبَلُ مَعَ أَنَّ اتِّفَاقَهُمَا عَلَى سُؤَالِ الْخُلْعِ وَالْكِتَابَةِ إِفْرَارٌ بَقِيَامِ الْعِصْمَةِ وَالرَّقِّ وَلَمْ يَضُرَّهُمَا التَّنَاقُضُ لِلْخَفَاءِ فَتَرْجِعُ الْمَرْأَةُ وَالْمُكَاتِبُ بَدَلِ الْخُلْعِ وَمَالِ الْكِتَابَةِ وَذَكَرَ هُنَا مَسْأَلَةَ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ وَهِيَ أَصْلٌ فِي الِاسْتِحْقَاقِ وَهِيَ رَجُلٌ اشْتَرَى مِنْ آخَرَ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ قَمِيصًا وَخَاطَهُ وَجَاءَ مُسْتَحِقُّ قَالَ : هَذَا الْقَمِيصُ لِي وَأَثْبَتَهُ بِالْبَيِّنَةِ فَالْمُشْتَرِي لَا يَرْجِعُ بِالثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ مَا وَرَدَ عَلَى مِلْكِ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مِلْكُهُ فِي الْأَصْلِ انْقَطَعَ بِالْقَطْعِ وَالْخِيَاطَةِ كَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ وَخَاطَهُ يَتَقَلُّ مِلْكُ الْمَغْصُوبِ مِنْهُ الثَّوْبُ إِلَى الضَّمَانِ فَلَا أَصْلَ أَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ إِذَا وَرَدَ عَلَى مِلْكِ الْبَائِعِ الْكَائِنِ مِنَ الْأَصْلِ يَرْجِعُ عَلَيْهِ وَإِنْ وَرَدَ عَلَى الْمُشْتَرِي بَعْدَمَا صَارَ إِلَى حَالٍ لَوْ كَانَ غَصَبًا مَلَكُهُ بِهِ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَيَقَّنُ الْكَذِبِ وَلِهَذَا لَوْ اشْتَرَاهَا مِنْذُ شَهْرَيْنِ فَأَقَامَ رَجُلٌ بَيِّنَةً أَنَّهَا لَهُ مِنْذُ شَهْرَيْنِ يَقْضِي لَهُ بِهَا وَلَا يَرْجِعُ هُوَ عَلَى بَائِعِهِ وَعَرَفَ أَنَّ الْمَعْنَى أَنَّ يَسْتَحِقُّهُ بِاسْمِ الْقَمِيصِ .

وَلَوْ كَانَ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ لَهُ قَبْلَ هَذِهِ الصِّفَةِ رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ وَعَلَى هَذَا الْجَوَابِ إِذَا اشْتَرَى حِنْطَةً فَطَحَنَهَا ، ثُمَّ اسْتَحَقَّ الدَّقِيقُ وَلَوْ قَالَ : كَانَتْ قَبْلَ الطَّحْنِ لِي يَرْجِعُ وَكَذَا إِذَا اشْتَرَى لَحْمًا فَشَوَاهُ وَلَوْ اشْتَرَى شَاةً فَذَبَحَهَا وَسَلَخَهَا فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ آخَرَ أَنَّ الرَّأْسَ وَالْأَطْرَافَ وَاللَّحْمَ وَالْجِلْدَ لَهُ فَقَضَى بِهَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى بَائِعِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا اسْتِحْقَاقٌ عَيْنِ الشَّاةِ .

كَمَالَ قَالَ النَّاطِقِيُّ فِي كِتَابِ الْأَجْنَاسِ رَجُلٌ بَاعَ غُلَامًا وَهُوَ سَاكِتٌ ، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ الْبَيْعِ مَعَ عِلْمِهِ بِالْبَيْعِ أَنَا حُرٌّ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ وَهُوَ عَبْدٌ ذَكَرَهُ فِي إِفْرَارِ الْأَصْلِ وَقَدْ زَادَ فِي مُحْتَضَرِ الطَّحَاوِيِّ وَقِيلَ لَهُ بَعْدَ الْبَيْعِ : فَمُ مَعَ مَوْلَاكَ فَهَذَا إِفْرَارٌ مِنْهُ بِالرَّقِّ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْأَجْنَاسِ فِي الْبُيُوعِ أَتَفَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ رَجُلٌ اشْتَرَى جَارِيَةً وَبَاعَهَا مِنْ غَيْرِهِ فَتَدَاوَلَتْهَا الْأَيْدِي فَادَّعَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي الرَّابِعِ أَنَّهَا حُرَّةٌ فَردَّهَا الرَّابِعُ عَلَى الثَّلَاثِ بِقَوْلِهَا وَالثَّلَاثُ عَلَى الثَّانِي وَأَبَى الْبَائِعُ الْأَوَّلُ أَنْ يَقْبَلَهَا .

قَالُوا : إِنْ كَانَتْ الْجَارِيَةُ ادَّعَتْ الْعِنَقَ فَلَهُ أَنْ لَا يَقْبَلَ مِنَ الْجَارِيَةِ قَوْلُهَا وَإِنْ ادَّعَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ الْأَصْلُ وَقَدْ انْقَادَتْ لِلْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ بِأَنْ يَبْعَتْ وَسَلِّمَتْ لِلْمُشْتَرِي وَهِيَ سَاكِتَةٌ فَلِلْبَائِعِ أَيْضًا أَنْ لَا يَقْبَلَهَا ؛ لِأَنَّ اتِّفَاقَهَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ بِمَنْزِلَةِ الْإِفْرَارِ بِالرَّقِّ وَلَوْ أَفْرَتْ بِالرَّقِّ ، ثُمَّ ادَّعَتْ الْعِنَقَ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا إِلَّا بَيِّنَةً وَإِنْ أَنْكَرَتْ الْبَيْعَ وَالتَّسْلِيمَ لَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ لَا يَقْبَلَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ تُقَرَّرْ بِالرَّقِّ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي الْحُرِّيَةِ وَكَانَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ كَمَا تَبَيَّنَتْ الْحُرِّيَةُ بِالْبَيِّنَةِ وَقَالَ بَعْضُهُمْ : إِذَا ادَّعَتْ الْحُرِّيَةَ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا عَلَى الْبَائِعِ بِقَوْلِهَا لَكِنْ يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا احتِطًا حَتَّى يَحِلَّ لَهُ وَطُوبَاهَا إِمَّا بِمِلْكِ الْبَيْعِينَ إِنْ كَانَتْ أَمَةً أَوْ بِمِلْكِ النِّكَاحِ إِنْ كَانَتْ حُرَّةً وَكَذَا كُلُّ مَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا احتِطًا .

قَاضِي خَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ ادَّعَى حَقًّا فِي دَارٍ) أَيُّ مَجْهُولًا (فَصُلِّحْ عَلَى مَالِهِ فَاسْتَحَقَّ بَعْضُهَا لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ) لِأَنَّ دَعْوَاهُ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ فِيمَا بَقِيَ وَإِنْ قَلَّ فَمَا دَامَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَحَقَّ كُلُّهَا ؛ لِأَنَّا تَيَقَّنَّا أَنَّهُ أَخَذَ عَوْضَ مَا لَا يَمْلِكُ فَيَرُدُّ وَدَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الصُّلْحَ عَلَى مَعْلُومٍ عَنْ مَجْهُولٍ جَائِزٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْضَى إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَالْمَنْعُ بِاعْتِبَارِهِ فَإِذَا خَلَا عَنْهُ جَارَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْإِبْرَاءِ عَنْ كُلِّ عَيْبٍ وَذَكَرْنَا الْخِلَافَ فِيهِ وَدَلَّتْ أَيْضًا عَلَى أَنَّ صِحَّةَ الدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الصُّلْحِ ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْحَقِّ فِي الدَّارِ غَيْرُ

صَحِيحَةٌ لِحَهَالَةِ الْمُدَّعَى حَتَّى لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَى هَذِهِ الصُّورَةِ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ إِلَّا إِذَا ادَّعَى إِقْرَارَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِذَلِكَ فَحِينَئِذٍ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْمَجْهُولِ صَحِيحٌ بِخِلَافِ الْبَيِّنَةِ وَقَالَ بَعْضُ الْمَشَايخِ : لَا يَصِحُّ الصُّلْحُ إِلَّا فِي دَعْوَى الْإِقْرَارِ أَوْ دَعْوَى الْمُقَدَّرِ مِنَ الدَّارِ ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ أَوْ لِفَتْدَاءِ الْيَمِينِ وَالْمُعَاوَضَةُ لَا تَجُوزُ فِي الْمَجْهُولِ وَكَذَا الْيَمِينُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَتَوَجَّهُ إِلَّا بَعْدَ صِحَّةِ الدَّعْوَى قُلْنَا : قَدْ تَكُونُ لِدَفْعِ الشَّعْبِ وَالْخُصُومَةِ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِهِ وَهَذَا إِذَا لَمْ يُقَدَّرْ الْحَقُّ بِشَيْءٍ وَإِنْ قَدَّرَهُ بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ بِرُبْعٍ مَثَلًا أَوْ نِصْفٍ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ مَا دَامَ فِي يَدِهِ ذَلِكَ الْقَدْرُ وَإِنْ بَقِيَ أَقْلٌ مِنْهُ رَجَعَ عَلَيْهِ بِحِسَابِ مَا أُسْتَحَقَّ مِنْهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (: وَلَوْ ادَّعَى كُلُّهَا رَجَعَ عَلَيْهِ بِقِسْطِهِ) ؛ لِأَنَّ الصُّلْحَ عَلَى مِائَةٍ وَقَعَ عَنْ كُلِّ الدَّارِ فَإِذَا أُسْتَحَقَّ مِنْهَا شَيْءٌ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمُدَّعَى لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ الْقَدْرَ فَيُرَدُّ بِحِسَابِهِ مِنَ الْعَوَضِ .

الشرح

قوله واستحق بعضها

أي بعض الدار ع

قوله لا يرجع بشيء

أي لا يرجع المدعى عليه على المدعى .

قوله فما دام في يده

أي في يد المدعى عليه .

قوله على معلوم عن مجهول

هذا هو الصواب والذي بخط الشارح عن معلوم على مجهول

قوله حتى لو أقام البينة على هذه الصورة

أي فيما إذا ادعى حقًا مجهولًا في دار .

قوله في المتن ولو ادعى كلها رجع عليه

عليه ثابت في خط الشارح وليس بثابت في المتن .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ بَاعَ مَلِكٌ غَيْرَهُ فَلِلْمَالِكِ أَنْ يَفْسَخَهُ وَيُجِيرَهُ إِنْ بَقِيَ الْعَاقِدَانِ وَالْمَعْقُودُ عَلَيْهِ وَلَهُ وَبِهِ لَوْ عَرَضًا) أَيْ لِلْمَالِكِ أَنْ يُجِيرَ الْعَقْدَ بِشَرْطِ أَنْ يَبْقَى الْمُتَعَاقدَانِ وَالْمَعْقُودُ عَلَيْهِ وَالْمَعْقُودُ لَهُ وَهُوَ الْمَالِكُ بِحَالِهِمْ وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنْ كُلُّ تَصَرُّفٍ صَدَرَ مِنَ الْفُضُولِيِّ وَلَهُ مُجِيرٌ حَالٌ وَقُوْعُهُ انْعَقَدَ مَوْقُوفًا عَلَى الْإِجَارَةِ عِنْدَنَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مُجِيرٌ حَالَةَ الْعَقْدِ لَا يَتَوَقَّفُ وَيَفْعُ بَاطِلًا وَالشِّرَاءُ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْإِجَارَةِ إِذَا وَجَدَ نَفَاذًا عَلَى الْعَاقِدِ وَإِنْ لَمْ يَجِدْ نَفَاذًا يَتَوَقَّفُ كَشِرَاءِ الْعَبْدِ وَالصَّغِيرِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِمَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا تَنْعَقِدُ تَصَرُّفَاتُ الْفُضُولِيِّ أَصْلًا وَلَا تَجُوزُ بِإِجَارَةِ الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهَا وَقَعَتْ بَاطِلَةً لِحُلُولِهَا عَنْ وَلَايَةِ شَرْعِيَّةٍ إِذْ هِيَ بِالْمَلِكِ أَوْ بِتَوَكُّلِ الْمَالِكِ وَلَمْ يُوجَدْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا فَتَلْعَوُ ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةَ تَتَوَقَّفُ عَلَى الْوَلَايَةِ كَمَا تَتَوَقَّفُ عَلَى الْأَهْلِيَّةِ وَالْمَحَلِّيَّةِ وَلَنَا حَدِيثُ عُروَةَ بْنِ أَبِي الْجَعْدِ الْبَارِقِيِّ { أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَعْطَاهُ دِينَارًا لِيَشْتَرِيَ لَهُ بِهِ شَاةً فَاشْتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَيْنِ فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ فَجَاءَ بِدِينَارٍ وَشَاةً فَدَعَا لَهُ بِالْبُرْكََةِ فِي بَيْعِهِ فَكَانَ لَوْ اشْتَرَى الثَّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ } رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَأَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُدَ وَحَدِيثُ حَبِيبِ بْنِ أَبِي تَابِتٍ عَنْ حَكِيمِ بْنِ حَزَامٍ { أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَهُ لِيَشْتَرِيَ لَهُ أَضْحِيَّةً بِدِينَارٍ فَاشْتَرَى أَضْحِيَّةً فَأَرْبَحَ فِيهَا دِينَارًا فَاشْتَرَى أُخْرَى مَكَانَهَا فَجَاءَ بِالْأَضْحِيَّةِ وَالْدِينَارِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ : ضَحَّ بِالشَّاةِ وَتَصَدَّقْ بِالْدِينَارِ } رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ وَهَذَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَجَارَ بَيْعَهُ وَلَوْ كَانَ بَاطِلًا لَرَدَّهُ وَأَنْكَرَ عَلَيْهِ وَلِأَنَّ رُكْنَ التَّصَرُّفِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ وَلَا ضَرَرَ فِي انْعِقَادِهِ مَوْقُوفًا فَيَنْعَقِدُ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْأَهْلِيَّةَ بِالْعَقْلِ وَالتَّمْيِيزِ وَالْمَحَلِّيَّةَ بِكَوْنِ الْمَالِ مُتَقَوِّمًا وَقَدْ وَجَدَا وَلَيْسَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهُ مُخَيَّرٌ فَإِذَا رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِيهِ نَفَذَهُ وَإِلَّا فَمَسَخَهُ بَلْ لَهُ فِيهِ مَنَفَعَةٌ حَيْثُ يَسْقُطُ عَنْهُ مَوْتُهُ طَلَبُ الْمُشْتَرِي وَقَرَارُ الثَّمَنِ وَسُقُوطُ رُجُوعِ حُقُوقِ الْعَقْدِ إِلَيْهِ وَفِيهِ نَفْعٌ لِلْمُتَعَاقدَيْنِ لِمَوْنِ كَلَامِهِمَا عَنْ الْإِلْغَاءِ فَتُبْتُ الْقُدْرَةَ .

الشَّرْعِيَّةُ إِحْرَارًا لِهَذِهِ الْمَنَافِعِ عَلَى أَنَّ الْإِذْنَ ثَابِتٌ دَلَالَةً ؛ لِأَنَّ كُلَّ عَاقِلٍ يَرْضَى بِتَصَرُّفٍ يَحْصُلُ لَهُ بِهِ النَّفْعُ إِذْ لَا يُوجَدُ مِثْلُ هَذَا التَّصَرُّفِ النَّافِعِ فِي حَالِ غَيْبَتِهِ عَادَةً إِلَّا مِنْ صَدِيقٍ مُتَفَضِّلٍ نَصُوحَ يَرَى لِأَخِيهِ مِثْلَ مَا يَرَى لِنَفْسِهِ فَإِنْ قِيلَ : الْمَقْصُودُ بَوْضُوعِ الْأَسْبَابِ الشَّرْعِيَّةِ أَحْكَامُهَا لَا مُجَرَّدُ السَّبَبِ فَإِذَا لَمْ تُفْعَلْ الْحُكْمُ لَا تُعْتَبَرُ وَحُكْمُهَا وَهُوَ التَّمْلِيكُ لَا يَتَصَوَّرُ مِنْ غَيْرِ مَالِكٍ فَيَلْعَوُ فَلْنَا : لَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يُفِيدُ الْمَلِكُ بَلْ يُفِيدُ مَلِكًا مَوْقُوفًا ؛ لِأَنَّهُ اللَّائِقُ بِالسَّبَبِ الْمَوْقُوفِ كَمَا يُفِيدُ السَّبَبُ الْبَاتُ الْمَلِكُ الْبَاتُ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ اللَّائِقُ بِهِ وَلِهَذَا لَوْ أَعْتَقَ الْمُشْتَرِي ، ثُمَّ أَجَارَ الْمَالِكُ الْبَيْعَ نَفَذَ عَقْدَهُ وَلِأَنَّ السَّبَبَ إِنَّمَا يَلْعَوُ إِذَا خَلَا حُكْمُهُ عَنْهُ شَرْعًا وَأَمَّا إِذَا تَأَخَّرَ فَلَا ؛ لِأَنَّ الْعِلَّةَ قَدْ يَتَأَخَّرُ حُكْمُهَا لِعَارِضٍ كَالْبَيْعِ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ لِلْمُتَعَاقدَيْنِ أَوْ لِأَحَدِهِمَا وَكَالرَّاهِنَيْنِ إِذَا تَبَايَعَا رَهْنًا بَرَهْنًا بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُرْتَهِنَيْنِ انْعَقَدَ وَتَوَقَّفَ الْحُكْمُ لِحَقِّ الْمُرْتَهِنَيْنِ وَكَذَا الطَّلَاقُ الْمُضَافُ إِلَى شَهْرِ يَبْتُ

لِلْحَالِ وَيَتَأَخَّرُ حُكْمُهُ وَكَذَا شَهْرُ رَمَضَانَ سَبَبٌ لَوْجُوبِ الصَّوْمِ وَيَتَأَخَّرُ الْوُجُوبُ فِي حَقِّ الْمُسَافِرِ وَالْمَرِيضِ وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا إِعْتَاقُ الصَّبِيِّ وَطَلَاقُهُ وَهَبُهُ وَبَيْعُهُ بِالْعَيْنِ الْفَاحِشِ حَيْثُ لَا تَجُوزُ لَوْ أَجَارَهَا الْوَلِيُّ أَوْ هُوَ بِنَفْسِهِ بَعْدَ بُلُوغِهِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْعُقُودَ لَا مُجِيرَ لَهَا حَالٌ وَقُوْعُهَا لِمَحْضِهَا ضَرَرًا عَلَيْهِ .

أَلَا تَرَى أَنَّ الْوَلِيَّ لَا يَمْلِكُ إِثْنَاءَهَا فَبَطَلَتْ فَبَعْدَ ذَلِكَ لَا تَعُودُ صَحِيحَةً لَوْ بَاشَرَ الصَّبِيُّ عَقْدًا يَمْلِكُهُ عَلَيْهِ الْوَلِيُّ كَالنِّكَاحِ وَالْإِجَارَةِ وَالْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ غَبْنٍ تَوَقَّفَ حَتَّى لَوْ أَجَارَهُ الْوَلِيُّ أَوْ هُوَ بَعْدَ بُلُوغِهِ جَازَ فَإِنْ قِيلَ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ أَيْ مَا لَا يَمْلِكُهُ كَمَا نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَسْبُوعِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَعَنْ بَيْعِ الْآبِقِ ، ثُمَّ إِذَا بَاعَ الْمَسْبُوعَ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ الْآبِقُ لَا يَجُوزُ لِلنَّهْيِ الْوَارِدِ فِيهِ فَكَذَا هَذَا بَلْ أَوَّلَى ؛ لِأَنَّ الْآبِقَ وَالْمَسْبُوعَ مِلْكُهُ وَهُوَ مَعَ هَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ فَعِنْدَ عَدَمِ الْمَلِكِ أَوَّلَى فَلْنَا : كَلَامُنَا فِي انْعِقَادِ الْعَقْدِ وَبَيْعِ الْمَسْبُوعِ قَبْلَ الْقَبْضِ يَنْعَقِدُ عِنْدَنَا وَإِنْ كَانَ فَاسِدًا وَكَذَا الْآبِقُ فِي رِوَايَةٍ حَتَّى لَوْ سَلَّمَهُ بَعْدَ ذَلِكَ صَحَّ فَلَا يَلْزَمُنَا وَالْمُرَادُ بِمَا رَوَيْ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ أَنْ يَبِيعَ شَيْئًا لَا يَمْلِكُهُ ، ثُمَّ يَشْتَرِيهِ وَيُسَلِّمُهُ بِدَلِيلِ قِصَّةِ الْحَدِيثِ فَإِنَّ { حَكِيمَ بْنِ حَزَامٍ قَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ الرَّجُلُ لِيَأْتِيَنِي فَيَطْلُبُ مِنِّي سَلْعَةً لَيْسَتْ عِنْدِي فَأَبِيعُهَا مِنْهُ ، ثُمَّ أَذْخُلُ السُّوقَ فَاشْتَرِيَهَا فَأُسَلِّمَهَا إِلَيْهِ فَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا تَبِيعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ } رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَأَحْمَدُ وَإِنَّمَا شَرْطُ لِحَقِّهِ الْإِجَارَةُ بَقَاءُ

الْمُتَعَاذِينَ وَالْمَعْقُودَ لَهُ وَالْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَصَرَّفُ فِي الْعَقْدِ فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِهِ وَذَلِكَ بِقِيَامِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ وَلَا يُشْتَرَطُ بَقَاءُ الثَّمَنِ إِلَّا إِذَا كَانَ عَرْضًا ؛ لِأَنَّ الْعَرْضَ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فَصَارَ كَالْبَيْعِ فَيُشْتَرَطُ بَقَاؤُهُ وَإِذَا أَجَارَهُ الْمَالِكُ كَانَ الثَّمَنُ مَمْلُوكًا لَهُ أَمَانَةً فِي يَدِ الْفُضُولِيِّ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ حَتَّى لَا يَضْمَنُ بِالْهَلَاكِ فِي يَدِهِ سِوَاءَ هَلَكِ بَعْدَ الْإِجَارَةِ أَوْ قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ اللَّاحِقَةَ كَالْوَكَالَةَ السَّابِقَةَ .

وَلِلْفُضُولِيِّ أَنْ يَفْسَخَ قَبْلَ الْإِجَارَةِ دَفْعًا لِلْحُقُوقِ الضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ بِخِلَافِ الْفُضُولِيِّ فِي النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ مُعَبَّرٌ مَحْضٌ فَلَا تَرْجِعُ الْحُقُوقُ إِلَيْهِ وَكَذَا لَا يُشْتَرَطُ فِي النِّكَاحِ بَقَاءُ الْعَاقِدِ الْفُضُولِيِّ عِنْدَ الْإِجَارَةِ حَتَّى لَوْ أَجَارَهُ بَعْدَمَا هَلَكَ الْعَاقِدُ جَازَ وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّ الثَّمَنَ يَكُونُ لِلْمَالِكِ فِيمَا إِذَا كَانَ دَيْنًا وَإِنْ كَانَ عَرْضًا مُعَيَّنًا كَانَ الثَّمَنُ الْعَرْضَ لِلْفُضُولِيِّ مِلْكًا لَهُ وَإِجَارَةُ الْمَالِكِ إِجَارَةٌ تُقَدُّ لَا إِجَارَةٌ عَقْدٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ الْعَرْضُ مُتَعَيَّنًا كَانَ شِرَاءً مِنْ وَجْهِ الشِّرَاءِ لَا يَتَوَقَّفُ بَلْ يَنْفُذُ عَلَى الْمُبَاشَرِ إِنْ وَجَدَ نَفَادًا فَيَكُونُ مَالِكًا لَهُ وَبِإِجَارَةِ الْمَالِكِ لَا يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ بَلْ تَأْثِيرُ إِجَارَتِهِ فِي التَّقْدِ لَا فِي الْعَقْدِ ، ثُمَّ يَجِبُ عَلَى الْفُضُولِيِّ مِثْلُ الْمَبِيعِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًا وَإِلَّا فَقِيمَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا صَارَ الْبَدَلُ لَهُ صَارَ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ بِمَالِ الْغَيْرِ مُسْتَقَرِّضًا لَهُ فِي ضَمَنِ الشِّرَاءِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّهُ كَمَا لَوْ قَضَى دَيْنُهُ بِمَالِ الْغَيْرِ وَاسْتَقْرَاضُ غَيْرِ الْمِثْلِيِّ جَائِزٌ ضَمِنًا وَإِنْ لَمْ يَجْزُ قَصْدًا أَلَّا تَرَى أَنَّ الرَّجُلَ لَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى عَبْدٍ الْغَيْرِ صَحَّ وَتَجِبَ قِيمَتُهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ عَلَى الْعَبْدِ مَشْرُوعٌ فَيَنْفُذُ وَمِنْ ضَرُورَتِهِ يَصِيرُ قَرْضًا فَكَذَا هُنَا وَاعْتِبَارُ جَانِبِ الشِّرَاءِ أَوَّلَى مِنْ اعْتِبَارِ جَانِبِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ يُوَافِقُ الْأَصْلَ لِنَفَادِ تَصَرُّفِ الْعَاقِلِ عَلَيْهِ وَاعْتِبَارُ جَانِبِ الْبَيْعِ يَقْتَضِي التَّوَقُّفَ عَلَى غَيْرِهِ وَهُوَ خِلَافُ الْأَصْلِ وَلَا يُقَالُ لَوْ كَانَ شِرَاءً لَمَّا مَلَكَهُ .

الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ : إِبْطَالُ الْوَكَالَةِ بِالْبَيْعِ يَتَنَاوَلُ الْبَيْعَ بِالْعَيْنِ وَالْدَّيْنَ فَيَجْرِي عَلَى إِطْلَاقِهِ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ التُّهْمَةِ وَلَوْ مَاتَ الْمَالِكُ لَا يَنْفُذُ بِإِجَارَةِ الْوَارِثِ فِي الْفَصْلَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَارَةِ الْمَوْرَثِ لِنَفْسِهِ فَلَا يَنْتَقِلُ إِلَى غَيْرِهِ بِخِلَافِ الْوَصِيِّ أَوْ الْأَبِ إِذَا تَوَقَّفَ عَلَى إِجَارَتِهِمَا فِي مَالِ الصَّغِيرِ ، ثُمَّ بَلَغَ الصَّغِيرُ فَإِنَّهُ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَوَقَّفْ عَلَى إِجَارَتِهِمَا لِنَفْسِهِ وَإِنَّمَا يَتَوَقَّفُ لَهُ فَيَنْتَقِلُ إِلَيْهِ وَبِخِلَافِ مَا إِذَا تَزَوَّجَتْ أُمَةٌ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهَا وَكَانَ قَدْ وَطَّعَهَا ، ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلَى حَيْثُ تَنْتَقِلُ الْإِجَارَةُ إِلَى ابْنِهِ ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الْإِنْتِقَالِ إِلَى الْوَارِثِ كَانَ لِمَعْنَى وَهُوَ حُدُوثُ حُلِّ بَاتٍ عَلَى مَوْقُوفٍ فَأَبْطَلَهُ وَقَدْ عُدِمَ ذَلِكَ هُنَا بِوُطْءِ أَبِيهِ فَلَا يَنْطَلُ حَتَّى لَوْ قَدَّرَ فِي الشِّرَاءِ أَيْضًا مِثْلَ ذَلِكَ بِأَنِّ بَاعَهَا الْمَوْلَى مِمَّنْ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطُوعُهَا وَالنِّكَاحُ مَوْقُوفٌ كَانَ الْحُكْمُ كَذَلِكَ وَلَوْ أَجَارَ الْمَلِكُ فِي حَيَاتِهِ وَلَا يَعْلَمُ حَالَ الْمَبِيعِ جَازَ الْبَيْعُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ ، ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ : لَا يَصِحُّ حَتَّى يَعْلَمَ قِيَامَهُ عِنْدَ الْإِجَارَةِ لَوْ قُوعِ الشَّكِّ فِي شَرْطِ الْإِجَارَةِ فَلَا يَثْبُتُ مَعَ الشَّكِّ .

الشرح

قوله في الثمن ومن باع ملك الخ

فِي بَعْضِ نُسَخِ الثَّمَنِ هُنَا فَصْلٌ وَوَقَعَ ذَلِكَ لِلْعَيْنِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَتَرَجَّمَ لَهُ بِبَيْعِ الْفُضُولِيِّ قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ : مُنَاسَبَةٌ هَذَا الْفَصْلِ مَعَ الْاسْتِحْقَاقِ ظَاهِرَةٌ ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْاسْتِحْقَاقِ تَتَضَمَّنُ دَعْوَى الْفُضُولِيِّ عَلَى أَحْسَنِ الْوُجُوهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إِمَّا دَعْوَاهُ أَنْ بَائِعَكَ بَاعَ مِلْكِي بغيرِ إِذْنِي لِعَصْبِهِ أَوْ فَضُولِهِ وَأَحْسَنُ الْمَخَارِجِ الْمُتَمَسِّةِ فِيهِ فَضُولُهُ وَالْفُضُولُ جَمْعُ فَضْلٍ غَلَبَ فِي الْإِسْتِعَالِ بِمَا لَا يَعْنِيهِ وَمَا لَا وَلَايَةَ لَهُ فِيهِ فَقَوْلُ بَعْضِ الْجَهْلَةِ لِمَنْ يَأْمُرُ بِالْمَعْرُوفِ أَنْتَ فَضُولِي يُخْشَى عَلَيْهِ الْكُفْرُ قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ : مُنَاسَبَةٌ هَذَا الْفَصْلِ بِبَابِ الْاسْتِحْقَاقِ ظَاهِرَةٌ جِدًّا فَإِنَّ الثَّمَالَ فِي الصُّورَتَيْنِ جَمِيعًا فِي يَدِ صَاحِبِ الْيَدِ بَلَا إِذْنِ الْمَالِكِ ، ثُمَّ تَرَجَّمَهُ الْفَصْلُ بِبَيْعِ الْفُضُولِيِّ لِكُونِهِ أَكْثَرُ مِنْ تَرَجُّمِهِ بِبَابِ بَيْعِ عَبْدٍ الْغَيْرِ كَمَا وَقَعَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ الْمُرْتَبِ ، ثُمَّ الْفُضُولِيُّ بِضَمِّ الْفَاءِ وَفَتْحِ الْفَاءِ خَطَأً وَهِيَ نِسْبَةُ لِفُضُولٍ جَمْعُ الْفَضْلِ بِمَعْنَى الزِّيَادَةِ وَقَدْ غَلَبَ جَمْعُهُ عَلَى مَا لَا خَيْرَ فِيهِ حَتَّى قِيلَ : فَضُولٌ بِلَا فَضْلٍ وَسِنْ بِلَا سِنَا وَطُولٌ بِلَا طَوْلٍ وَعَرْضٌ بِلَا عَرْضٍ كَذَا فِي الْمَغْرِبِ وَيُسَمَّى

مَنْ يَسْتَعْلِلُ بِمَا لَا يَعْنِيهِ فُضُولِيًّا وَفِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ هُوَ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِي حَقِّ الْغَيْرِ بِلَا إِذْنٍ شَرْعِيٍّ كَالْأَجْنَبِيِّ يُزَوِّجُ أَوْ يَبِيعُ وَلَمْ يَرُدْ فِي النِّسْبَةِ إِلَى الْوَاحِدِ وَإِنْ كَانَ هُوَ الْقِيَاسُ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ بِالْغَلْبَةِ كَالْعَلَمِ لِهَذَا الْمَعْنَى فَصَارَ كَالْأَنْصَارِيِّ وَالْأَعْرَابِيِّ .

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ فَلِلْمَالِكِ أَنْ يَفْسَخَهُ وَيُجِيزَهُ
وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَحْمَدَ .

كَمَالُ

قَوْلُهُ بِشَرْطِ أَنْ يَبْقَى الْمُتَعَاقِدَانِ
وَهُمَا
الْبَائِعُ الْفُضُولِيُّ وَالْمُشْتَرِي مِنْهُ ع

قَوْلُهُ وَالْمَعْقُودُ لَهُ
أَيُّ وَالْمَعْقُودُ بِهِ لَوْ عَرَضًا مَتْنٌ وَالْمَعْقُودُ بِهِ هُوَ الثَّمَنُ

قَوْلُهُ وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنْ كُلَّ تَصَرُّفٍ صَدَرَ مِنَ الْفُضُولِيِّ وَلَهُ مُجِيزُ الْخ
قَالَ الْأَثْقَانِيُّ : أَعْلَمُ أَنَّ كُلَّ عَقْدٍ لَهُ مُجِيزٌ حَالٌ وَقُوعُهُ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَنَحْوِهِمَا يَنْعَقِدُ مِنَ الْفُضُولِيِّ وَيَتَوَقَّفُ نَفَاذُهُ عَلَى إِجَازَةِ الْمَالِكِ فَإِنْ أَحَازَهُ تَبَتُّ مُسْتَنَدًا إِلَى وَقْتِ الْعَقْدِ وَإِلَّا يَبْطُلُ التَّصَرُّفُ .

قَوْلُهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مُجِيزٌ حَالَةَ الْعَقْدِ
مَحَلُّ تَأْمُلٍ تَأْمُلُ تَدْرٍ .

قَوْلُهُ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا تَنْعَقِدُ تَصَرُّفَاتُ الْفُضُولِيِّ
قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَنْعَقِدُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصْدُرْ عَنْ وَلَايَةِ شَرْعِيَّةٍ ؛ لِأَنَّهُمَا بِالْمِلْكِ أَوْ بِإِذْنِ الْمَالِكِ وَقَدْ فُقِدَا وَلَا انْعِقَادَ إِلَّا بِالْقُدْرَةِ الشَّرْعِيَّةِ وَلَكِنَّا أَنَّهُ تَصَرَّفُ تَمْلِيكٍ وَقَدْ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِانْعِقَادِهِ إِذْ لَا ضَرَرَ فِيهِ لِلْمَالِكِ مَعَ تَخْيِيرِ قَالَ الْكَمَالُ : وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ تَصَرَّفُ تَمْلِيكٍ مِنْ إِضَافَةِ الْعَامِّ إِلَى الْخَاصِّ كَحَرَكََةِ الْإِعْرَابِ وَالْإِضَافَةِ فِي مِثْلِهِ بَيَانِيَّةٌ أَيْ تَصَرَّفُ هُوَ تَمْلِيكٌ وَحَرَكََةُ هِيَ إِعْرَابٌ وَلَا حَاجَةَ إِلَى هَذَا الْقَيْدِ هُنَا ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْفُضُولِيِّ تَتَوَقَّفُ عِنْدَنَا إِذَا صَدَرَتْ وَالمُتَصَرِّفُ مُجِيزٌ أَيْ مَنْ يَقْدِرُ عَلَى الْإِجَازَةِ سَوَاءً كَانَ تَمْلِيكًا كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالْهَبَةِ وَالتَّزْوِيجِ وَالتَّزْوِجِ أَوْ إِسْقَاطًا حَتَّى لَوْ طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَةً غَيْرَهُ أَوْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ فَأَجَارَ طَلَّقَتْ وَانْعَتَقَ وَكَذَا سَائِرُ

الْإِسْقَاطَاتِ لِلدُّيُونِ وَغَيْرِهَا فَكَانَ الْأَحْسَنُ أَنْ يَقُولَ : تَصَرُّفٌ شَرْعِيٌّ وَقَوْلُهُ وَلَا انْعِقَادَ إِلَّا بِالْقُدْرَةِ الشَّرْعِيَّةِ قَالَ الْكَمَالُ : وَقَوْلُكَ وَلَا انْعِقَادَ إِلَّا

بِالْقُدْرَةِ الشَّرْعِيَّةِ إِنْ أَرَدْتَ لَا انْعِقَادَ عَلَى وَجْهِ الْبَيَانِ سَلَمْنَاهُ وَلَا يَضُرُّ وَإِنْ أَرَدْتَ لَا انْعِقَادَ عَلَى وَجْهِ التَّوَقُّفِ إِلَى أَنْ يَرَى الْمَالِكُ مَصْلَحَتَهُ فِي الْإِجَازَةِ فَيَجِيزُ فَعَلَهُ أَوْ عَدَمَهَا فَيُطِيلُهُ مَمْنُوعٌ وَلَا دَلِيلَ عَلَيْهِ بَلْ الدَّلِيلُ دَلٌّ عَلَى ثُبُوتِهِ وَهُوَ تَحَقُّقُ الْحَاجَةِ وَالْمَصْلَحَةِ لِكُلِّ مَنْ الْعَاقِدِ وَالْمَالِكِ وَالْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ وَلَا مَانِعٍ شَرْعِيٍّ فَيَدْخُلُ ثُبُوتُهُ فِي الْعُمُومَاتِ

قَوْلُهُ فَقَالَ

أَيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { بَارَكَ اللَّهُ فِي صَفَقَتِكَ } .

كَمَالٌ

قَوْلُهُ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْأَهْلِيَّةَ بِالْعَقْلِ وَالتَّمْيِيزِ وَالْمَحَلِّيَّةَ بِالْخ

قَالَ الْأَثَنَائِيُّ : لِأَنَّ مَحَلَّ الْبَيْعِ بِكَوْنِهِ مَالًا مُتَقَوِّمًا لَا بِكَوْنِهِ مَمْلُوكًا لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُ الْوَصِيِّ وَالْوَكِيلِ مَعَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ فَعُلِمَ أَنَّ مَحَلَّ الْبَيْعِ هُوَ الْمَالُ الْمُتَقَوِّمُ لَا الْمَالُ الْمَمْلُوكُ وَقَدْ وَجِدَ وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ لَهُ مُجِيزٌ حَالٌ وَقُوعِهِ فَوَجَبَ أَنْ يَصِحَّ كَمَا لَوْ أَوْصَى بِجَمِيعِ مَالِهِ أَوْ أَوْصَى لِوَارِثِهِ ، ثُمَّ أَجَازَتْ الْوَرِثَةُ بَعْدَ مَوْتِهِ .

قَوْلُهُ وَقَرَّارُ التَّمَن

أَيَّ وَتَفَاقُ سِلْعَتِهِ وَرَاحَتُهُ فِيهَا وَوُضُوعُهُ إِلَى الْبَدَلِ الْمَطْلُوبِ لَهُ الْمَحْبُوبِ وَالْمُشْتَرِي وَوُضُوعُهُ إِلَى حَاجَةِ نَفْسِهِ وَدَفْعُهَا بِالْمَبِيعِ وَارْتِفَاعُ أَلَمِ فَقْدِهَا إِذَا كَانَ مُهِمًّا لَهُ .

كَمَالٌ

قَوْلُهُ وَسُقُوطُ

ثَابِتٌ فِي خَطِّ الشَّارِحِ وَيَنْبَغِي إِسْقَاطُهُ .

كَمَالٌ

قَوْلُهُ وَفِيهِ نَقَعٌ لِلْمُتَعَاقِدَيْنِ

الْعَاقِدُ بِصَوْنِ كَلَامِهِ عَنِ الْإِلْعَاءِ وَالْإِهْدَارِ بَلْ وَحُصُولِ الثَّوَابِ لَهُ إِذَا نَوَى الْخَيْرَ لِلَّهِ تَعَالَى مِنْ الْإِعَانَةِ عَلَى حُصُولِ الرِّفْقِ لِأَخِيهِ الْمُسْلِمِ كَمَالٌ .

قَوْلُهُ قُلْنَا لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يُفِيدُ الْمِلْكَ (إِلْخ) قَالَ الْكَمَالُ : قُلْنَا : لَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ تَرْثِيهِ فِي

الْحَالِ عَدَمُهُ مُطْلَقًا بَلْ هُوَ مَرْجُوٌّ فَلَا يَلْزَمُ عَدَمُهُ وَكَوْنُ مُتَعَلِّقٍ الْعَقْدِ مَرْجُوًّا كَافٍ فِي صِحَّةِ التَّصَرُّفِ وَعَنْ هَذَا صَحَّ تَعْلِيلُ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ بِالشَّرْطِ وَإِلَّا فَلَا وَقُوعٌ فِي الْحَالِ وَلَا يُقْطَعُ بِوُقُوعِهِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُلْغَى لَكِنْ لَمَّا كَانَ بِحَيْثُ يُرْجَى صَحُّ وَانْعَقَدَ سَبَبًا فِي الْحَالِ مُضَافًا أَوْ عِنْدَ الشَّرْطِ كَقَوْلِنَا هَذَا .

قوله ؛ لَأَنَّ السَّبَبَ إِنَّمَا يَلْتَمِزُ الْخ

إِذَا أُحْزِرَ بَيْعُ الْفُضُولِيِّ يَسْتَحِقُّ الْمُشْتَرِي الزَّوَائِدَ الْمُنفَصِلَةَ وَالْمُتَّصِلَةَ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَدَّى الْغَاصِبُ الضَّمَانَ حَيْثُ يَمْلِكُ الْمُتَّصِلَةَ لَا الْمُنفَصِلَةَ .

كَمَالٌ

قوله وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا إِبْتِاقُ الصَّبِيِّ وَطَلَاغُهُ الْخ

قَالَ الْكَمَالُ : وَعَدَمُ تَوَقُّفِ طَلَاقِ الصَّبِيِّ وَلَوْ بِمَالٍ لِحَقِّ الشَّرْعِ فَإِنَّهُ أَنْزَلَهُ كَالْمَجْنُونِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ وَإِنْ كَانَ أَهْلًا إِذْ صَحَّ تَوَكُّلُهُ بِذَلِكَ عَنْ غَيْرِهِ وَطَلَاقِ الْمَرْأَةِ ضَرَرٌ ظَاهِرٌ فَإِنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ شَرْعٌ لِلتَّرَاحُمِ وَالتَّعَاوُنِ وَانْتِظَامِ الْمَصَالِحِ فَلِذَا لَمْ يَتَوَقَّفْ ذَلِكَ مِنْهُ لَا عَلَى إِجَازَةٍ وَلِيَّهِ وَلَا عَلَى إِجَازَتِهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى أَوْ تَزَوَّجَ أَوْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ فَإِنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ تَتَوَقَّفُ مِنْهُ عَلَى إِجَازَةٍ وَلِيَّهِ وَإِجَازَتِهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ

(فَرُعٌ) قَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ : إِذَا بَاعَ مَتَاعٌ إِنْسَانٌ بَيْنَ يَدَيْهِ وَهُوَ يَنْظُرُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ سُكُوتَهُ يَحْتَمِلُ الرِّضَا وَيَحْتَمِلُ السُّخْطَ وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : سُكُوتُهُ يَكُونُ إِجَازَةً قَالَهُ الزَّيْلَعِيُّ فِي مَسَائِلِ آخِرِ الْكِتَابِ عِنْدَ قَوْلِهِ بَاعَ عَقَارًا الْخ (فَرُعٌ) رَجُلٌ بَاعَ جَارِيَةً بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى وَزَوَّجَهَا رَجُلًا آخَرَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى وَأَعْتَقَهَا فُضُولِيٌّ فَأَجْبَرَ الْمَوْلَى قَالَ : أَجَزَتْ جَمِيعُ ذَلِكَ قَالَ الشَّيْخُ الْمَوْلَى أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الْفَضْلِ رَحِمَهُ اللَّهُ : نَفَذَ الْعِتْقُ وَيَبْطُلُ مَا سِوَاهُ ذَكَرَهُ قَاضِي خَانَ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ .

قوله وَإِنَّمَا شَرْطُ لَصِحَّةِ الْإِجَازَةِ بَقَاءُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَالْمَعْقُودِ لَهُ الْخ

قَالَ الْكَمَالُ وَفِي الْإِبْضَاحِ عَقْدُ الْفُضُولِيِّ فِي حَقِّ وَصْفِ الْجَوَازِ مَوْقُوفٌ عَلَى الْإِجَازَةِ فَأَخَذَتْ الْإِجَازَةُ حُكْمَ الْإِثْنَاءِ وَلَا بُدَّ فِي الْإِثْنَاءِ مِنْ قِيَامِ الْأَرْبَعَةِ وَبِالتَّفْصِيلِ شَرْطُ بَقَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَمْ يَنْتَقِلْ فِيهِ وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ بَعْدَ الْإِجَازَةِ وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَنْتَقِلَ بَعْدَ الْهَلَاكِ وَالْمُشْتَرِي لِيَلْزِمَهُ الثَّمَنُ وَبَعْدَ الْمَوْتِ لَا يَلْزِمُهُ مَا لَمْ يَكُنْ لَزِمَهُ حَالِ أَهْلِيَّتِهِ وَالْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ تَلَزَّمُ حُقُوقُ الْعَقْدِ بِالْإِجَازَةِ وَلَا تَلْزَمُ إِلَّا حَيًّا وَالْمَالِكُ ؛ لِأَنَّ الْإِجَازَةَ تَكُونُ مِنْهُ لَا مِنْ وَارِثِهِ

قوله وَلَا يُشْتَرَطُ بَقَاءُ الثَّمَنِ إِلَّا إِذَا كَانَ عَرَضًا

فَحِينَئِذٍ يُشْتَرَطُ بَقَاءُ خَمْسَةِ الْأَرْبَعَةِ السَّابِقَةِ وَالْخَامِسُ قِيَامُ الْعَرَضِ .

قوله ؛ لأنَّ الإجازة الناحقة كالوكالة السابقة

أَيُّ مَنْ حَيْثُ إِنَّهُ صَارَ بِهَا تَصَرُّفُهُ نَافِذًا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ مِنَ الْفُضُولِيِّ إِذَا أَحَارَ الْمَالِكُ لَا يَنْفُذُ بَلْ يَبْطُلُ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ وَهَذَا بِسَبَبِ أَنَّ الْمَلِكَ الْبَاتَّ إِذَا طَرَأَ عَلَى الْمَوْقُوفِ وَهُوَ مَلِكُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْفُضُولِيِّ يَبْطُلُ الْمَوْقُوفُ وَلِهَذَا لَوْ تَزَوَّجَتْ أُمَةٌ وَطَيْهَا مَوْلَاهَا بَعِيرٌ إِذْنَهُ فَمَاتَ قَبْلَ الْإِجَازَةِ تَوَقَّفَ النِّكَاحُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَارِثِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَطْرَأْ مَلِكٌ بَاتٌ لِلْوَارِثِ فِي الْبُضْعِ فَيَبْطُلُ وَهَذَا يُوجِبُ تَقْيِيدَ الْوَارِثِ بِكَوْنِهِ مِنَ الْوَلَدِ بِخِلَافِ نَحْوِ ابْنِ الْعَمِّ .

كَمَالٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى .

قوله وَلِلْفُضُولِيِّ أَنْ يَفْسَخَ (قَالَ الْكَمَالُ وَلِلْفُضُولِيِّ أَيُّ فِي

الْبَيْعِ أَنْ يَفْسَخَ إِجَازَةَ الْمَالِكِ حَتَّى لَوْ أَحَارَهُ لَا يَنْفُذُ لَزَوَالِ الْعَقْدِ الْمَوْقُوفِ وَإِنَّمَا كَانَ لَهُ ذَلِكَ لِيَدْفَعَ الْحُقُوقَ عَنْ نَفْسِهِ فَإِنَّهُ بَعْدَ الْإِجَازَةِ يَصِيرُ كَالْوَكِيلِ فَتَرْجِعُ حُقُوقُ الْعَقْدِ إِلَيْهِ فَيَطَالِبُ بِالتَّسْلِيمِ وَيُخَاصِمُ فِي الْعَيْبِ وَفِي ذَلِكَ ضَرَرٌ بِهِ فَلَهُ دَفْعُهُ عَنْ نَفْسِهِ قَبْلَ ثَبُوتِهِ عَلَيْهِ وَقَوْلُهُ وَلِلْفُضُولِيِّ أَنْ يَفْسَخَ الْخُ وَكَذَا لِلْمُشْتَرِي مِنْهُ أَنْ يَفْسَخَ قَبْلَ الْإِجَازَةِ .

مَبْسُوطٌ بِمَعْنَاهُ .

قوله بخلاف الفضولي في النكاح

قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِخِلَافِ الْفُضُولِيِّ فِي النِّكَاحِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ بِالْقَوْلِ وَلَا بِالْفِعْلِ ؛ لِأَنَّهُ مُعَبَّرٌ مُحَضَّرٌ أَيُّ كَنَافِلِ عِبَارَةٍ فَبِالْإِجَازَةِ تَنْتَقِلُ الْعِبَارَةُ إِلَى الْمَالِكِ فَتَصِيرُ الْحُقُوقُ مُنَوِّطَةً بِهِ لَا بِالْفُضُولِيِّ فَلَا يُلْزَمُهُ بِالْإِجَازَةِ ضَرَرُ تَعَلُّقِ الْحُقُوقِ وَقَدْ ثَبَتَ لِلْمَالِكِ وَالْوَلِيِّ حَقٌّ أَنْ يُجِيزَ وَكَذَا بِالْفِعْلِ كَأَنْ زَوَّجَ امْرَأَةً بِرِضَاهَا مِنْ غَائِبٍ قَبْلَ أَنْ يُجِيزَ زَوْجَهُ أُخْتَهَا تَوَقَّفَ الْعَقْدُ الثَّانِي أَيْضًا بِخِلَافِ مَا لَوْ وَكَّلَهُ بَعْدَ عَقْدِهِ فُضُولًا أَنْ يَزُوجَهُ امْرَأَةً فَزَوْجُهُ أُخْتَهَا فَإِنَّ الْعَقْدَ الْأَوَّلَ يَبْطُلُ لَطُرُوءِ الْبَاتِّ عَلَى الْمَوْقُوفِ وَقَالَ الْأَثَفَانِيُّ وَفِي بَابِ النِّكَاحِ : لَوْ أَنَّ فُضُولِيًّا خَطَبَ امْرَأَةً لِرَجُلٍ بَعِيرٌ أَمْرَهُ فَزَوَّجَتْ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا مِنْ ذَلِكَ الرَّجُلِ فَإِنَّ النِّكَاحَ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَتِهِ فَإِنْ فُسِّخَ هَذَا الْفُضُولِيُّ النِّكَاحُ قَبْلَ الْإِجَازَةِ فَفُسِّخَ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ لَا تَنْصَرِفُ إِلَيْهِ وَهُوَ فِيهِ مُعَبَّرٌ فَإِذَا عَبَّرَ فَقَدْ انْتَهَى فَصَارَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ وَلَوْ فُسِّخَتْ الْمَرْأَةُ النِّكَاحُ قَبْلَ الْإِجَازَةِ انْفُسَخَ .

قوله وإجازة المالك الخ

أَيُّ الْإِجَازَةِ مِنَ الْمَالِكِ فِيمَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ عَرَضًا إِجَازَةً نَقْدَ أَيُّ إِجَازَةً أَنْ يَنْقُدَ الْفُضُولِيُّ ثَمَنَ الْعَرَضِ مِنْ مَالِ الْمَالِكِ لَا إِجَازَةً عَقْدَ مَوْقُوفٍ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَازِمٌ عَلَى الْفُضُولِيِّ نَافِذٌ عَلَيْهِ لِكَوْنِهِ شَرَاءً فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِجَازَةِ الْعَقْدِ قَالَهُ الْأَثَفَانِيُّ وَقَالَ الْكَمَالُ : فَإِنْ كَانَ أَيُّ الثَّمَنِ عَيْنًا بَأَنْ بَاعَ الْفُضُولِيُّ مَلِكٌ غَيْرَهُ بِعَرَضٍ مُعَيَّنٍ يَبِيعُ مُقَابَضَةً اشْتَرَطَ قِيَامَ الْأَرْبَعَةِ الْمَذْكُورَةِ وَخَامِسٌ وَهُوَ ذَلِكَ الثَّمَنُ الْعَرَضُ وَإِذَا أَحَارَ مَالِكُ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنُ عَرَضٌ فَالْفُضُولِيُّ يَكُونُ يَبِيعُ مَالٍ الْغَيْرِ مُشْتَرِيًا لِلْعَرَضِ مِنْ وَجْهِ الشَّرَاءِ لَا يَتَوَقَّفُ إِلَّا إِذَا وَجَدَ نَافِذًا فَيَنْفُذُ عَلَى الْفُضُولِيِّ فَيَصِيرُ مَالِكًا لِلْعَرَضِ وَالَّذِي تُفِيدُهُ الْإِجَازَةُ أَنَّهُ أَحَارَ

لِلْفُضُولِيِّ أَنْ يَنْقُدَ ثَمَنَ مَا اشْتَرَاهُ مِنْ ذَلِكَ الْعَرَضِ مِنْ مَالِهِ كَأَنَّهُ قَالَ : اشْتَرِ هَذَا الْعَرَضَ لِنَفْسِكَ وَأَنْقُدْ ثَمَنَهُ مِنْ مَالِي هَذَا قَرْضًا عَلَيْكَ فَإِنْ كَانَ مِثْلًا فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ .

وَأِنْ كَانَ قِيمِيًّا كَتُوبٍ أَوْ جَارِيَةٍ يَصِيرُ مُسْتَقْرَضًا لِلْجَارِيَةِ أَوْ الثَّوْبِ وَالْقَرْضُ وَإِنْ لَمْ يَجْزُ فِي الْقِيمِيَّاتِ ، لَكِنَّ ذَلِكَ إِذَا كَانَ قَصْدًا وَهَذَا إِنَّمَا يَنْبُتُ ضِمْنًا مُقْتَضًى لِصِحَّةِ الشِّرَاءِ فَتَرَاوَى فِيهِ شَرَائِطُ صِحَّةِ الْمُقْتَضَى وَهُوَ الشِّرَاءُ لَا غَيْرَ كَالْكَفِيلِ بِالْمُسْلِمِ فِيهِ إِذَا آدَاهُ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ يَصِيرُ مُقْرَضًا حَتَّى رَجَعَ بِقِيمَتِهِ إِنْ كَانَ ثَوْبًا ؛ لِأَنَّ الثَّوْبَ مِثْلِيٌّ فِي بَابِ السَّلَمِ فَكَذَا فِيمَا جُعِلَ تَبَعًا لَهُ فَكَذَا هَهُنَا إِذَا لَمْ يَصِحَّ لِشِرَاءِ الْعَبْدِ إِلَّا بِقَرْضِ الْجَارِيَةِ وَالشِّرَاءُ مَشْرُوعٌ فَمَا فِي ضَمْنِهِ يَكُونُ مَشْرُوعًا هَذَا وَإِنَّمَا يَنْفُذُ الشِّرَاءُ عَلَى الْمُشْتَرِي إِذَا لَمْ يُضِفْهُ إِلَى آخَرَ وَوَجَدَ الشِّرَاءُ التَّفَادُ عَلَيْهِ وَلَمْ يُسَبِّقْ بِتَوَكُّلٍ لِلْمُشْتَرِي مِنْ آخَرَ فَأَمَّا إِنْ كَانَ كَذَلِكَ فَالشِّرَاءُ يَتَوَقَّفُ وَفِي الْوَكَالَةِ يَنْفُذُ عَلَى الْمُوَكَّلِ فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَلَوْ اشْتَرَى رَجُلٌ لِرَجُلٍ شَيْئًا بِغَيْرِ أَمْرِهِ كَانَ مَا اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ أَجَازَهُ الَّذِي اشْتَرَاهُ لَهُ أَوْ لَمْ يَجْزِهِ أَمَّا إِذَا أَضَافَهُ إِلَى آخَرَ بِأَنْ قَالَ لِلْبَائِعِ : بَعْ عَبْدَكَ مِنْ فُلَانٍ بِكَذَا فَقَالَ : بَعْتُ وَقَبِلَ الْمُشْتَرِي هَذَا الْبَيْعَ لِفُلَانٍ فَإِنَّهُ يَتَوَقَّفُ

قَوْلُهُ وَاعْتِبَارُ جَانِبِ الشِّرَاءِ أَوَّلَى مِنْ اعْتِبَارِ جَانِبِ الْبَيْعِ الْخ

قَالَ الْأَنْقَانِيُّ وَالْجَوَابُ عَنْ قِيَاسِهِمْ عَلَى الشِّرَاءِ فَتَقُولُ فِيهِ تَفْصِيلٌ ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا فَإِنْ قَالَ الْفُضُولِيُّ : بَعْ هَذَا الْعَيْنَ لِفُلَانٍ فَقَالَ الْمَالِكُ : بَعْتُ وَقَالَ الْفُضُولِيُّ : اشْتَرَيْتَ لِأَجَلِهِ أَوْ قَالَ الْمَالِكُ ابْتِدَاءً : بَعْتُ هَذَا الْعَيْنَ لِفُلَانٍ وَقَالَ الْفُضُولِيُّ : قَبِلْتُ لِأَجَلِهِ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ فَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ أَمَّا إِذَا قَالَ اشْتَرَيْتَ مِنْكَ هَذَا الْعَيْنَ لِأَجَلٍ فُلَانٍ فَقَالَ الْمَالِكُ : بَعْتُ أَوْ قَالَ الْمَالِكُ : بَعْتُ مِنْكَ هَذَا الْعَيْنَ لِأَجَلٍ فُلَانٍ فَقَالَ : اشْتَرَيْتَ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَةِ فُلَانٍ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ نَفَادًا عَلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ أُضِيفَ إِلَيْهِ ظَاهِرًا وَلَا حَاجَةَ بِنَا إِلَى إِيقَافِهِ عَلَى رِضَا الْغَيْرِ وَقَوْلُهُ لِأَجَلٍ فُلَانٍ مُحْتَمِلٌ لِأَجَلٍ رِضَاهُ وَشَفَاعَتِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى غَيْرِهِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِدْ نَفَادًا عَلَى غَيْرِ الْمَالِكِ وَلَمْ يَنْفُذْ فِي حَقِّ الْبَائِعِ فَاحْتِيجَ إِلَى إِيقَافِهِ عَلَى رِضَا الْغَيْرِ قَالَ الْكَمَالُ : وَأَمَّا الْقِيَاسُ عَلَى الْفُضُولِيِّ فِي شِرَاءِ الْفُضُولِيِّ تَفْصِيلٌ ذَكَرَهُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَطَرِيقَةُ الْخِلَافِ وَهُوَ أَنَّ الْفُضُولِيَّ لَوْ قَالَ : بَعْ هَذَا الْعَيْنَ لِفُلَانٍ إِلَى آخَرَ مَا ذَكَرَهُ الْأَنْقَانِيُّ وَقَوْلُهُ وَاعْتِبَارُ جَانِبِ الشِّرَاءِ أَوَّلَى مِنْ اعْتِبَارِ جَانِبِ الْبَيْعِ الْخ جَوَابٌ .

عَنْ سَوْالٍ بِأَنْ يُقَالَ لَمْ جُعِلَ شِرَاءٌ وَلَمْ يُجْعَلْ بَيْعًا مَعَ أَنَّ بَيْعَ الْمُقَابَضَةِ شِرَاءٌ مِنْ وَجْهِ فَاجَابَ الْخ

قَوْلُهُ لَا يَنْفُذُ بِإِجَازَةِ الْوَارِثِ فِي الْفَصْلَيْنِ

أَيِّ فِيمَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ عَرَضًا أَوْ دَيْنًا .

غَايَةٌ

قَوْلُهُ ، ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلَى حَيْثُ تَنَقَّلَ الْإِجَازَةُ إِلَى ابْنِهِ

أَيِّ فَإِنْ أَجَازَ صَحَّ وَإِلَّا فَلَا فَهَذِهِ فُضُولِيَّةٌ وَتَوَقَّفَ عَمَلُهَا عَلَى إِجَازَةِ الْوَارِثِ

قوله بأن باعها المولى

أي الأمة التي تزوجت بغير إذن .

قوله كان الحكم كذلك

أي تنقل الإجازة إلى المشتري .

قال رحمه الله (وصح عتق مشتري من غاصب بإجازة يبيعه لا يبيعه) معناه لو غصب رجل عبداً وباعه فأعتقه المشتري فأجاز المالك البيع جاز عتقه ولو لم يعتقه المشتري ولكن باعه لم يجز يبيعه وهذا عندهما وقال محمد : لا يجوز عتقه أيضاً وهو القياس ؛ لأنه لم يملكه وقد قال : عليه الصلاة والسلام { لا عتق فيما لا يملك ابن آدم } وهذا ؛ لأن عقد الفضولي موقوف على ما بيننا والموقوف لا يفيد الملك إذ لا نفاذ فيه وعند الإجازة إن ثبت الملك بطريق الاستناد فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرطاً للإعتاق ؛ لأن المصحح للإعتاق ملك كامل لما روينا وهذا ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم ذكر فيه الملك مطلقاً والمطلق ينصرف إلى الكامل ولهذا لو أعتقه الغاصب ، ثم أدى الضمان لا يصح العتق مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري حتى ينفذ بيع الغاصب إذا أدى الضمان ولا ينفذ بيع المشتري إذا أجاز المالك البيع 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 الثاني مع أن البيع أسرع نفاذاً من العتق حتى صح بيع المكاتب والمأذون له دون عتقهما وكذا لو باع الغاصب المعصوب ، ثم أدى الضمان نفذ يبيعه ولو أعتقه ، ثم أدى الضمان لا ينفذ عتقه لما ذكرنا وكذا لو باعه الغاصب فأعتقه المشتري منه ، ثم أدى الغاصب الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه لما بينا ولهما أن الملك ثبت موقوفاً بتصرف مطلق مفيد للملك بالوضع ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتباً عليه وينفذ بنفاذه وصار كإعتاق المشتري من الرهن فإنه يتوقف وينفذ بإجازة المُرتهن المبيع وكإعتاق المشتري من الوارث والتركة مستغرقة بالدين فأجازت الغرماء البيع أو إعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالدين فقصى الدين أو أبرأ الغرماء .

منه فإنه ينفذ عتقه وهذا ؛ لأن العتق من حقوق الملك والشيء إذا توقف بحقوقه وإذا نفذ نفذ بحقوقه بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه ؛ لأن الغصب لم يوضع لإفادته للملك لكونه عدواناً محضاً وإنما يملك ضرورة أداء الضمان لئلا يجتمع البدلان في ملك رجل واحد فلم يكن الغصب مثبِتاً للملك في الحال ولا سبباً له ليتوقف هو ويتوقف العتق بتوقيفه حكماً له بل هو سبب له ضرورة عند أداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما إذا كان في البيع خياراً للبائع ؛ لأنه ليس بمطلق والكلام فيه وشرط الخيار يمنع من انعقاده في حق الحكم أصلاً فكان الملك فيه غير موجود لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق محله وهو الملك وهنا البيع مطلق والأصل في الأسباب المطلقة أن تعمل في حق الحكم بلا تراخ والتراخي إنما ثبت هنا ضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والإعتاق فوجب القول بإظهار السبب في حقه ونعني بتوقف الملك أنه موجود في حق الأحكام التي لا يتضرر المالك بها والمشتري من الغاصب إذا أعتق ، ثم ملك

المعصوب بأداء الضمان لا ينفذ إعتاقه عند البعض ؛ لأن ملك المشتري ثبت بناءً على ملك الغاصب وملك الغاصب لا يكفي لصحة الاعتاق فكذا ما ثبت بناءً عليه .

والأصح أنه ينفذ ؛ لأن ملك المشتري ثبت مطلقاً بسبب مطلق وهو الشراء فاحتمل العتق عند الإجازة بخلاف الغاصب ؛ لأنه ملكه بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق لما مر فكان الملك فيه ناقصاً والناقص لا يكفي للإعتاق ويكفي لجواز البيع ألا ترى أن ملك

الْمُكَاتَبِ يَكْفِي لِحَوَازِ الْبَيْعِ دُونَ الْعِتْقِ وَإِنَّمَا يَبْتَاعُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَاصِبِ عِنْدَ إِجَازَةِ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ الْبَيْعَ الْأَوَّلَ ؛ لِأَنَّهُ بِالْإِجَازَةِ ثَبَتَ لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ وَهُوَ الْبَائِعُ الثَّانِي مِلْكٌ بَاتٌ فَإِذَا طَرَأَ عَلَى مِلْكٍ مَوْقُوفٍ لغيرِهِ أَنْبَطَهُ لِمَسْتَحَالَةِ اجْتِمَاعِ الْمِلْكِ الْبَاتِ وَالْمِلْكِ الْمَوْقُوفِ فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ وَلَا يُقَالُ لَوْ كَانَ هَذَا مَانِعًا لَمَا ثَبَتَ الْمِلْكُ الْمَوْقُوفُ لِلْمُشْتَرِي مِنَ الْفُضُولِيِّ لَوْجُودِ الْمِلْكِ الْبَاتِ فِيهِ لِمَالِكِهِ بَلْ كَانَ هَذَا أَوْلَى بِالْمَمْتَنَاعِ ؛ لِأَنَّ الْبَاتَ فِيهِ مَوْجُودٌ عِنْدَ ثُبُوتِ الْمَوْقُوفِ فَإِذَا كَانَ يَرْفَعُهُ بَعْدَ ثُبُوتِهِ فَأَوْلَى أَنْ يَمْنَعَهُ مِنَ الثُّبُوتِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ أَسْهَلُ مِنَ الرَّفْعِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ الْمَنْعَ وَالرَّفْعَ إِنَّمَا يَكُونَانِ عِنْدَ التَّعَارُضِ وَلَا تَعَارُضَ ، ثُمَّ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ الْمَوْقُوفَ لَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الْمَالِكِ وَإِنَّمَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْمُتَعَادِلَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ قَائِمٌ بِهِمَا إِذَا أَحَارَ الْمَالِكُ بَيْعَ الْفُضُولِيِّ فَالْمِلْكُ الْبَاتُ يَثْبُتُ لِلْفُضُولِيِّ وَالْمِلْكُ الْمَوْقُوفُ ظَاهِرٌ فِي حَقِّهِ ؛ لِأَنَّ الْفُضُولِيَّ عَاقِدٌ فَوْقَ التَّعَارُضِ فَيَرْفَعُ الْبَاتُ الْمَوْقُوفَ .

وَلَا يُقَالُ : إِنَّ الْعَاصِبَ إِذَا أَدَّى ضَمَانَ الْمَعْصُوبِ بَعْدَمَا

بَاعَهُ يَنْفَعُ بَيْعُهُ وَقَدْ طَرَأَ عَلَى الْمِلْكِ الْمَوْقُوفِ الْمِلْكُ الْبَاتُ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ : مِلْكُ الْعَاصِبِ ثَابِتٌ ضَرُورَةً إِذْ لَيْسَ الْعَصَبُ بِسَبَبٍ مَوْضُوعٍ لِلْمِلْكِ فَلَا يُجْعَلُ ثَابِتًا فِي مَحَلٍّ لَيْسَ فِيهِ ضَرُورَةٌ فَلَا يَظْهَرُ فِي إِبْطَالِ التَّوَقُّفِ وَحَاصِلِ الْخِلَافِ رَاجِعٌ إِلَى أَنَّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ بَيْعَ الْفُضُولِيِّ وَلَا يَنْعَقِدُ فِي حَقِّ الْحُكْمِ لَانْعِدَامِ الْوِلَايَةِ فَكَانَ الْإِعْتِاقُ حَاصِلًا فِي مِلْكِ الْغَيْرِ وَعِنْدَهُمَا يَنْعَقِدُ فِي حَقِّ الْحُكْمِ وَيُوجِبُ الْمِلْكَ عَلَى سَبِيلِ التَّوَقُّفِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْبَيْعِ الْمُنْعَقِدِ تَعْجِيلُ الْحُكْمِ .

وَالْتَّرَاحِي إِلَى وَقْتِ الْإِجَازَةِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ وَالضَّرَرُ فِي التَّفَادِي لَا فِي ثُبُوتِ الْمِلْكِ عَلَى وَجْهِ لَا يَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي التَّصَرُّفَاتِ الضَّارَّةِ .

الشرح

قوله جاز عتقه

قَالَ الْكَمَالُ كَذَا ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَمْ يَذْكُرْ خِلَافًا ، لَكِنَّهُمْ أَثْبَتُوا خِلَافَهُ مَعَ زُفَرٍ فِي بُطْلَانِ الْعِتْقِ وَهَذِهِ مِنَ الْمَسَائِلِ الَّتِي جَرَتْ الْمُحَاوَرَةُ فِيهَا بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ حِينَ عَرَضَ عَلَيْهِ هَذَا الْكِتَابَ فَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : مَا رَوَيْتَ لَكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْعِتْقَ جَائِزٌ وَإِنَّمَا رَوَيْتَ أَنَّ الْعِتْقَ بَاطِلٌ وَقَالَ مُحَمَّدٌ : بَلْ رَوَيْتَ لِي أَنَّ الْعِتْقَ جَائِزٌ وَإِثْبَاتُ مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي صِحَّةِ الْعِتْقِ بِهَذَا لَا يَجُوزُ لَتَكْذِيبِ الْأَصْلِ الْفَرَعِ صَرِيحًا وَأَقْلُ مَا هُنَا أَنْ يَكُونَ فِي الْمَسْأَلَةِ هُنَا رَوَايَتَانِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ قَالَ أَبُو سُلَيْمَانَ : إِنَّ هَذِهِ رَوَايَةُ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَنَحْنُ سَمِعْنَا مِنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِتْقُهُ وَسَيَجِيءُ وَقَوْلُهُ جَازَ عِتْقُهُ أَيَّ اسْتِحْسَانًا .

هَدَايَةُ

قوله والمطلق ينصرف إلى الكامل

وَأَسْتَوْضَحَ عَلَى ذَلِكَ بِفُرُوعٍ أَرْبَعَةٍ .

قَوْلُهُ حَتَّى يَنْقُذَ بَيْعُ الْغَاصِبِ إِذَا أَدَّى الضَّمَانَ

هَذَا إِذَا أَدَّى قِيَمَتَهُ يَوْمَ الْعَصَبِ أَمَّا إِذَا ضَمِنَ قِيَمَتَهُ يَوْمَ الْبَيْعِ لَا يَنْقُذُ بَيْعَهُ .

عِمَادِيَّةٌ فِي آخِرِ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ

قَوْلُهُ إِنَّ الْبَيْعَ أَسْرَعَ نَقَازًا مِنَ الْعِتْقِ

أَيُّ فَإِذَا لَمْ يَنْقُذْ بَيْعُهُ لَمْ يَنْقُذْ عِتْقُهُ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلِيِّ

قَوْلُهُ وَكَذَا لَوْ بَاعَ

اسْتِضَاحٌ ثَانٍ لِكَوْنِ الْبَيْعِ أَسْرَعَ نَقَازًا .

قَوْلُهُ لَا يَنْقُذُ عِتْقُهُ لِمَا ذَكَرْنَا

أَيُّ أَنَّ الْبَيْعَ أَسْرَعَ نَقَازًا

قَوْلُهُ وَكَذَا لَوْ بَاعَهُ الْغَاصِبُ الْخ

قَالَ الْكَمَالُ وَكَذَا لَا يَصِحُّ عِتْقُ الْمُشْتَرِيِّ مِنَ الْغَاصِبِ إِذَا أَدَّى الْغَاصِبُ الضَّمَانَ وَلَا الطَّلَاقُ فِي النِّكَاحِ الْمَوْقُوفِ حَتَّى لَوْ أُجِيزَ لَا يَقَعُ عَلَى الْمَرْأَةِ وَكُلُّهُ مِنَ الطَّلَاقِ وَالْعِتْقِ فِي الْحَاجَةِ إِلَى الْمَلِكِ عَلَى السَّوَاءِ وَلِذَا إِذَا جَعَلَ فُضُولِيٌّ أَمْرَ امْرَأَةٍ يَدِيهَا فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا ، ثُمَّ أَجَازَ الزَّوْجُ لَا تَطْلُقُ بَلْ يَثْبُتُ التَّفْوِيزُ فَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا الْآنَ طَلَّقَتْ وَإِلَّا لَا .

قَوْلُهُ وَبَطَلَ عِتْقُهُ

أَيُّ بَطَلَ عِتْقُ الْمُشْتَرِيِّ مِنَ الْغَاصِبِ إِذَا أَدَّى الْغَاصِبُ الضَّمَانَ وَهَذَا قَوْلُ الْبَعْضِ وَالْأَصَحُّ أَنَّ عِتْقَهُ نَافِذٌ كَمَا سَيَحِيءُ بَعْدَ اسْطِرْ .

قَوْلُهُ بِتَصَرُّفٍ مُطْلَقٍ

قَالَ الْكَمَالُ : وَمُطْلَقٌ بَفَتْحِ اللَّامِ وَاحْتِرَازَ بِهِ عَنِ الْبَيْعِ بِشَرَطِ الْخِيَارِ فَخَرَجَ جَوَابُ قَوْلِهِ لَا يَصِحُّ عِتْقُ الْمُشْتَرِيِّ وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِتَصَرُّفٍ مُطْلَقٍ إِذِ الْخِيَارُ بِمَنْعِ ثُبُوتِهِ فِي حَقِّ الْحُكْمِ بَأْتًا وَمَوْفُوفًا وَقَدْ يُقْرَأُ بِكَسْرِ اللَّامِ وَالْفَتْحِ أَفْصَحُ .

قَوْلُهُ وَيَنْفُذُ بِإِجَارَةِ الْمُرْتَهِنِ الْبَيْعَ
وَالْجَامِعُ أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا إِعْتَاقٌ فِي بَيْعٍ مَوْقُوفٍ .

فَتَحَّ وَقَوْلُهُ الْمُرْتَهِنُ هُوَ الصَّوَابُ ، وَلَكِنَّ الَّذِي بَخَطَ الشَّارِحَ الْمُشْتَرِي .

قَوْلُهُ بِخِلَافِ إِعْتَاقِ الْعَاصِبِ بِنَفْسِهِ
جَوَابٌ عَنْ الْأَوَّلِ .

قَوْلُهُ وَيَخْلُفُ مَا إِذَا كَانَ فِي الْبَيْعِ الْخُ
جَوَابٌ عَنْ الثَّانِي .

قَوْلُهُ وَالْمُشْتَرِي مِنَ الْعَاصِبِ الْخُ
جَوَابٌ عَنْ الرَّابِعِ .

قَوْلُهُ ، ثُمَّ مَلَكَ
أَيُّ الْعَاصِبِ .

قَوْلُهُ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَنْفُذُ

كَذَا ذَكَرَهُ هَذَا الرَّأْيُ ابْنُ يَحْيَى الْبَصْرِيُّ فِي وَقْفِهِ وَهُوَ مِنْ أَصْحَابِ أَبِي يُوسُفَ فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِيمَنْ غَصَبَ أَرْضًا فَبَاعَهَا فَوْقَهَا الْمُشْتَرِي ،
ثُمَّ أَدَّى الْعَاصِبُ ضَمَانَهَا حَتَّى مَلَكَهَا قَالَ : يَنْفُذُ وَقْفُهُ عَلَى طَرِيقَةِ الْإِسْتِحْسَانِ فَالْعِتْقُ أَوْلَى .

كَمَالٌ رَحِمَهُ اللَّهُ

قَوْلُهُ وَإِنَّمَا يَبْطُلُ بَيْعُ الْمُشْتَرِي

جَوَابٌ عَنْ الثَّالِثِ وَقَوْلُهُ وَإِنَّمَا يَبْطُلُ بَيْعُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَاصِبِ الْخُ وَكَذَا لَوْ وَهَبَهُ مَوْلَاهُ لِلْعَاصِبِ أَوْ

تَصَدَّقَ بِهِ عَلَيْهِ أَوْ مَاتَ فَوَرِثَهُ فَهَذَا كُلُّهُ يُطِيلُ الْمَلِكُ الْمَوْقُوفَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ اجْتِمَاعُ الْبَاتِ مَعَ الْمَوْقُوفِ فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ عَلَى وَجْهِ يَطْرَأُ فِيهِ الْبَاتُ وَإِلَّا فَقَدْ كَانَ فِيهِ مَلِكٌ بَاتٌ وَعَرَضَ مَعَهُ الْمَلِكُ الْمَوْقُوفُ كَمَالٍ .

قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ بِالْإِجَازَةِ ثَبَتَ لِلْمُشْتَرِي

قَالَ الْأَنْقَايُ رَحِمَهُ اللَّهُ : وَفَرَّقَ الزَّاهِدُ الْعَنَابِيُّ بَيْنَ إِعْتَاقِ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَاصِبِ حَيْثُ يَنْفُذُ بِالْإِجَازَةِ وَبَيْنَ الْبَيْعِ الثَّانِي حَيْثُ لَا يَنْفُذُ بِالْإِجَازَةِ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ وَقَالَ : إِنَّ بِالْعِنُقِ يَنْتَهِي الْمَلِكُ وَالْمُنْتَهَى مُتَقَرَّرٌ حُكْمًا وَمَا كَانَ مُقَرَّرًا لِلشَّيْءِ كَانَ مِنْ حُقُوقِهِ فَيَتَوَقَّفُ بِتَوَقُّفِهِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُقَرَّرٍ لِلْمَلِكِ ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَةُ الْمَلِكِ لَا إِنْهَاءُ الْمَلِكِ فَلَمْ يَكُنْ مِنْ حُقُوقِهِ وَلَا يَتَوَقَّفُ بِتَوَقُّفِهِ وَحَقِيقَةُ الْفَقْهِ فِي ذَلِكَ أَنَّ زَوَالَ الْمَلِكِ ضِدُّ الْمَلِكِ وَالشَّيْءُ لَا يَتَوَقَّفُ بِتَوَقُّفِ ضِدِّهِ أَمَّا الْعِنُقُ فَمُقَرَّرٌ لِلْمَلِكِ وَمُقَرَّرُ الشَّيْءِ جَازٍ أَنْ يَتَوَقَّفَ بِتَوَقُّفِهِ وَالِدَّلِيلُ عَلَى الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْمُشْتَرِي لَوْ أَعْتَقَ ، ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ وَلَوْ بَاعَ ، ثُمَّ أَطْلَعَ عَلَى عَيْبٍ لَا يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ .

قَوْلُهُ وَالْمَلِكُ الْمَوْقُوفُ فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ

وَفِي صُورَةِ إِعْتَاقِ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَاصِبِ لَمْ يَطْرَأُ الْمَلِكُ الْبَاتُ عَلَى الْمَلِكِ الْمَوْقُوفِ فَنَفَذَ إِعْتَاقُ الْمُشْتَرِي وَكَانَ الْوَلَاءُ لَهُ .

أَنْقَايُ

قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْبَاتَ فِيهِ مَوْجُودُ الْخ

هَذِهِ مُعَالَطَةٌ بَيَّانُهَا فِي الْعِنَابَةِ .

قَوْلُهُ ، ثُمَّ

أَيُّ فِي الْمُعَالَطَةِ الْمَذْكُورَةِ .

قَوْلُهُ فَإِذَا أَجَازَ الْمَالِكُ بَيْعَ الْفَضُولِيِّ

أَيُّ بَيْعِ الْعَاصِبِ لِلْفَضُولِيِّ .

قَوْلُهُ فَالْمَلِكُ الْبَاتُ يَنْبُتُ لِلْفَضُولِيِّ

وَهُوَ

المُشْتَرِي مِنَ الْعَاصِبِ إِذْ هُوَ فُضُولِيٌّ أَيْضًا لِبَيْعِهِ مِلْكَ غَيْرِهِ وَقَوْلُهُ فَالْمِلْكُ الْبَاتُ الَّذِي يَخْطُهُ فَالْمِلْكُ الثَّابِتُ .

قَوْلُهُ لَا يَنْعَقِدُ فِي حَقِّ الْحُكْمِ

أَيُّ وَهُوَ الْمِلْكُ فَتَحُ

قَوْلُهُ وَعِنْدَهُمَا يَنْعَقِدُ فِي حَقِّ الْحُكْمِ الْخ

قَالَ الْكَمَالُ : وَبَعْدَ الْمَقْدَمَةِ الْقَائِلَةِ فِي كَلَامِ مُحَمَّدٍ الْمُصَحِّحِ لِلِإِعْتِقَادِ الْمِلْكُ الْكَامِلُ لَمْ يُصَرِّحْ فِيهَا بِدَفْعٍ وَيُمْكِنُ أَنْ يُسْتَخْرَجَ مِنَ الدَّلِيلِ الْمَذْكُورِ مَنْعُ أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى مِلْكٍ كَامِلٍ وَقَدْ ثَبُوتِهِ بَلْ وَقَدْ نَفَّاذَهُ وَهُوَ كَذَلِكَ قَوْلُهُ لِدَفْعِ الضَّرَرِ (أَيُّ عَنِ الْمَالِكِ .

فَتَحُ

قَوْلُهُ وَالضَّرَرُ فِي النَّفَاقِ

أَيُّ لَا فِي تَوْقُفِهِ فَتَحُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ قُطِعَتْ يَدُهُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَأُجِيزَ فَأَرَشُهُ لِمُشْتَرِيهِ) أَيُّ لَوْ قُطِعَتْ يَدُ عَبْدٍ بَاعَهُ الْفُضُولِيُّ ، ثُمَّ أَجَازَ مَالِكُهُ الْبَيْعَ يَكُونُ أَرْضُ الْيَدِ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ ثَبَتَ لَهُ مِنْ وَقْتِ الشَّرَاءِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْقَطْعَ وَرَدَّ عَلَى مَلِكِهِ وَعَلَى هَذَا كُلُّ مَا يَحْدُثُ مِنَ الْمَبِيعِ مِنَ كَسْبٍ أَوْ وَلَدٍ أَوْ غَيْرِ قَبْلَ الْإِجَازَةِ فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي لِمَا ذَكَرْنَا وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مُحَمَّدٍ وَالْعُدْرُ لَهُ أَنَّ الْمِلْكَ مِنْ وَجْهِ يَكْفِي لِمُسْتَحَقِّ الزَّوَائِدِ كَالْمُكَاتَّبِ إِذَا قُطِعَتْ يَدُهُ فَأَخَذَ الْأَرْضَ ، ثُمَّ رُدَّ فِي الرَّقِّ يَكُونُ الْأَرْضُ لِلْمَوْلَى وَكَذَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُ الْمَبِيعِ وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَأَجَازَ الْبَيْعَ يَكُونُ الْأَرْضُ لِلْمُشْتَرِي لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ اسْتِنَادِ مَلِكِهِ بِخِلَافِ الْإِعْتِقَادِ لِإِفْتِقَارِهِ إِلَى الْمِلْكِ الْكَامِلِ وَمَعَ الْخِيَارِ لِلْبَائِعِ لَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي وَبِخِلَافِ مَا إِذَا غَصَبَ عَبْدًا فَقُطِعَتْ يَدُهُ عِنْدَهُ ، ثُمَّ ضَمَّنَ قِيمَتَهُ حَيْثُ لَا يَكُونُ الْأَرْضُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْغَصَبَ لَيْسَ بِسَبَبٍ مَوْضُوعٍ لِلْمِلْكِ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ لَهُ ضَرُورَةً عَلَى مَا بَيَّنَّا فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ اسْتِحْقَاقِ الزَّوَائِدِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَصَدَّقَ بِمَا زَادَ عَلَى نِصْفِ الثَّمَنِ) ؛ لِأَنَّ فِيهِ شُبْهَةٌ عَدَمِ الْمِلْكِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَوْجُودٍ حَقِيقَةً وَقَدْ الْقَطْعَ وَإِنَّمَا ثَبَتَ بِطَرِيقِ الْاسْتِنَادِ فَكَانَ ثَابِتًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ وَلِأَنَّهُ إِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ فَيَكُونُ رِبْحٌ مَا لَمْ يَضْمَنْ وَيَطِيبُ لَهُ قَدْرُ نِصْفِ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ أَرْضَ الْيَدِ قَامَ مَقَامَ نِصْفِ الثَّمَنِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ أَرْضَ الْيَدِ الْوَاحِدَةَ فِي الْحَرِّ نِصْفُ الدِّيَةِ وَفِي الْعَبْدِ نِصْفُ الْقِيَمَةِ وَالَّذِي دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ مَا هُوَ كَاتِنٌ بِمُقَابَلَةِ الثَّمَنِ فَمَا زَادَ عَلَى نِصْفِ الثَّمَنِ يَكُونُ رِبْحٌ مَا لَمْ يَضْمَنْ أَوْ فِيهِ شُبْهَةٌ عَدَمِ الْمِلْكِ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لَا يَثْبُتُ لَهُ يَوْمَ قَطْعِ الْيَدِ حَقِيقَةً .

الشرح

قوله في المتن ولو قطعت يده عند المشتري فاجيز الخ

علم أن قطع اليد لا يمنع الإجازة لقيام المعقود عليه بخلاف ما إذا مات العبد أو قُتل بطلت الإجازة .

قوله وإنما يثبت الملك له ضرورة

أي في المتصل أتعاني

قوله ؛ لأن فيه شبهة عدم الملك الخ

قال الأتقاني رحمه الله فيه نظر ؛ لأنه إذا كان لشبهة عدم اعتبار ينبغي أن يتصدق بجميع الأرض لا بالفضل وحده قال فخر الدين قاضي حان فإن كان المشتري أعتق العبد فقطعت يده ، ثم أجاز المولى بيع العاصب كان الأرض للعبد .

قال رحمه الله (ولو باع عبد غيره بغير أمره) فبرهن المشتري على إقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد البيع لم يقبل لبطان دعواه بالتناقص إذ إقدامهما على العقد وهما عاقلان اعترافاً منهما بصحته ونفاذه ؛ لأن الظاهر من حال العاقل المسلم مباشرة العقد الصحيح التاخذ والبيئة لا تنبني إلا على دعوى صحيحة فإذا بطلت الدعوى لا تقبل وهذا يشكل بما ذكر في الزيادات أن المبيع إذا ادعاه رجل فصده المشتري في دعواه فأخذه المستحق بإقراره ، ثم أقام المشتري البيئة على إقرار البائع بأن العبد للمستحق يريد بذلك أن يثبت له حق الرجوع بالثمن قبل بيئته وفرقوا بينهما .

بأن العبد في يد المشتري في المسألة الأولى وفي مسألة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع في مسألة الكتاب ورجع في مسألة الزيادات وقيل : اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع ما ذكر هنا فيما إذا أقام البيئة على أن البائع أقر قبل البيع بأن المبيع للمستحق وإقدامه على الشراء ينفي ذلك فيكون متناقضاً فلا تقبل بيئته وموضوع ما ذكر في الزيادات فيما إذا أقام البيئة على أن البائع أقر بعد البيع أنه للمستحق فلا يصير متناقضاً فتقبل بيئته قوله (ولو أقر البائع بذلك) في مسألة الكتاب (عند القاضي) بأن رب العبد لم يأمره بالبيع (بطل البيع إن طلب المشتري ذلك) ؛ لأن التناقص لا يمنع صحة الإقرار لعدم

الثمة فلمشتري أن يساعده فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض في حقهما لا في حق رب العبد إن كدبهما وادعى أنه كان أمره فإذا لم ينفسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما ؛ لأنه وكيله وليس له أن يطالب المشتري ؛ لأنه بريء بالتصادق وعند أبي يوسف له أن يطالبه .

فإذا أدى رجوع به على البائع وهذا بناء على أن إبراء الوكيل المشتري عن الثمن صحيح عندهما ويضمن للموكل وعنده لا يصح ولو كان بالعكس بأن أنكر المالك التوكيل وتصادق أنه وكله فإن أقام الوكيل البيئة لزمه وإلا استخلف المالك فإن حلف لم يلزمه وإن نكل لزمه ؛ لأن النكول كالإقرار ولو غاب المالك بعد الإنكار وطلب البائع الفسخ فسح القاضي البيعة بينهما ؛ لأنه ثبت عند القاضي أن البيع كان موقوفاً فإن طلب المشتري تأخير الفسخ ليحلف المالك أنه لم يأمره لم يؤخر ؛ لأن سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تأخيرها لأجل اليمين فلو حضر المالك وحلف أخذ العبد وإن نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضراً وغاب المشتري 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

كَالْعَاصِبِ إِذَا بَاعَ الْمَعْصُوبَ ، ثُمَّ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمانِ وَلَوْ مَاتَ الْمَالِكُ قَبْلَ حُضُورِهِ فَوَرِثَهُ الْبَائِعُ وَأَقَامَ بَيْنَهُ عَلَى إِقْرَارِ الْمَالِكِ بِأَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ لَمْ تُقْبَلْ لِمَا بَيْنَا مِنَ التَّنَاقُضِ وَلَوْ أَقَامَهَا عَلَى إِقْرَارِ مُشْتَرِيهِ بِذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ تُقْبَلُ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَامَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ حَالَ حَيَاةِ الْمَالِكِ فَإِنَّهَا لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ .

فِي حَالَ حَيَاتِهِ أَصْلٌ فِيهِ فَيَمْتَنِعُ بِالتَّنَاقُضِ وَبَعْدَ مَوْتِهِ نَائِبٌ عَنِ الْمَيِّتِ وَالْمَيِّتُ لَوْ ادَّعَى بِنَفْسِهِ حَالَ حَيَاتِهِ لَا يَكُونُ مُنَاقِضًا فَكَذَا نَائِبُهُ وَلَوْ وَرِثَهُ الْبَائِعُ وَغَيْرُهُ فَإِنْ ادَّعَى غَيْرُهُ جُحُودَ الْمَالِكِ تُسْمَعُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْبِقْ مِنْهُ مَا يُجْعَلُ مُنَاقِضًا بِخِلَافِ شَرِيكِهِ الْبَائِعِ حَيْثُ يَكُونُ مُنَاقِضًا وَلَمْ يُشْتَرِيهِ أَنْ يُحْلَفَ بِاللَّهِ مَا يَعْلَمُ أَنَّ الْمَوْلَى أَمْرَهُ بِنَيْعِهِ فَإِنْ نَكَلَ ثَبَتَ الْأَمْرُ وَإِنْ حَلَفَ أَخَذَ نَصْفَ الْعَبْدِ وَرَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِنَصْفِ الثَّمَنِ وَخِيَرِ فِي النِّصْفِ الْآخَرَ لِتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ وَهَذَا إِذَا أَقَرَّ الْمُشْتَرِي بِأَنَّ الْعَبْدَ مَلَكَ الْأَمْرَ وَلَوْ أَنْكَرَ لَعَا قَوْلُ الْأَمْرِ حَتَّى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى مِلْكِهِ وَلَعَا تَوْكِيلُ بَائِعِهِ فِي خُصُومَتِهِ كَيْ لَا يَصِيرَ الْبَائِعُ سَاعِيًا فِي نَقْضِ مَا أَوْجَبَهُ .

الشرح

قوله في المتن ولو باع عبد غيره بغير أمره

قَالَ الْكَمَالُ : وَإِنْ وَقَعَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فَلَيْسَ مِنْ صُورَةِ الْمَسْأَلَةِ بَاعَ عَبْدٌ غَيْرَهُ مِنْ رَجُلٍ فَأَقَامَ ذَلِكَ الْمُشْتَرِي بَيْنَهُ عَلَى إِقْرَارِ الْبَائِعِ أَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ مَالِكُهُ بِنَيْعِهِ أَوْ أَقَامَ عَلَى رَبِّ الْعَبْدِ ذَلِكَ وَأَرَادَ بِذَلِكَ رَدَّ الْعَبْدِ فَإِنَّ هَذِهِ الْبَيِّنَةَ لَا تُقْبَلُ لِلتَّنَاقُضِ عَلَى الدَّعْوَى إِذِ الْإِقْدَامُ عَلَى الشَّرَاءِ دَلِيلٌ دَعَاؤُهُ صِحَّتُهُ وَأَنَّهُ يَمْلِكُ بَيْعَهُ وَدَعَاؤُهُ إِفْرَارُهُ بَعْدَ الْأَمْرِ تَنَاقُضُهُ إِذْ هُوَ دَلِيلٌ أَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ وَلَمْ يَمْلِكِ الْبَائِعُ الْبَيْعَ وَقَبُولُ الْبَيِّنَةِ يَنْبَنِي عَلَى صِحَّةِ الدَّعْوَى فَحَيْثُ لَمْ تَصِحَّ لَمْ تُقْبَلْ وَلَوْ لَمْ تُكُنْ بَيِّنَةً بَلْ ادَّعَى الْبَائِعُ بَعْدَ الْبَيْعِ أَنَّ صَاحِبَهُ لَمْ يَأْمُرْهُ بِنَيْعِهِ وَقَالَ الْمُشْتَرِي : أَمْرُكَ أَوْ ادَّعَى عَدَمَ الْأَمْرِ فَادَّعَى الْبَائِعُ الْأَمْرَ فَالْقَوْلُ لِمَنْ يَدَّعِي الْأَمْرَ ؛ لِأَنَّ الْآخَرَ مُنَاقِضٌ إِذْ إِقْدَامُهُ عَلَى الْبَيْعِ أَوْ الشَّرَاءِ دَلِيلٌ اعْتِرَافُهُ بِالصَّحَّةِ وَقَدْ نَاقَضَ بَدْعَاؤُهُ عَدَمَ الْأَمْرِ بِخِلَافِ الْآخَرِ وَلِذَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ ؛ لِأَنَّ الْإِسْتِحْلَافَ يَتَرْتَّبُ عَلَى الدَّعْوَى الصَّحِيحَةِ لَا الْبَاطِلَةِ ذَكَرَهُ فِي شَرْحِ الزِّيَادَاتِ .

قوله فبرهن المشتري

أَيَّ أَقَامَ بَيْنَهُ ع

قوله أو رب العبد

أَيَّ أَوْ بَرَهَنَ الْمُشْتَرِي عَلَى إِقْرَارِ رَبِّ الْعَبْدِ أَنَّهُ لَمْ يَأْمُرَ الْبَائِعَ بِالْبَيْعِ

قوله وهذا يشكل بما ذكر في الزيادات الخ

صُورَةُ مَسْأَلَةِ الزِّيَادَاتِ اشْتَرَى جَارِيَةً وَقَضَّهَا وَتَقَدَّ الثَّمَنُ ، ثُمَّ ادَّعَاهَا مُسْتَحِقٌّ كَانَ الْمُشْتَرِي خَصْمًا ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِيهَا لِنَفْسِهِ فَإِنْ أَقَرَّ بِهَا لِلْمُدَّعِي أَمَرَ بِتَسْلِيمِهَا وَلَا يَرْجِعُ بِالثَّمَنِ عَلَى بَائِعِهِ ؛ لِأَنَّ إِفْرَارَهُ بِهَا لَهُ لَا يَكُونُ حُجَّةً عَلَى الْبَائِعِ وَكَذَا

لَوْ جَحَدَ دَعْوَاهُ فَخُلِفَ فَتَكَلَّ فَقَضَى عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ ؛ لِأَنَّ نُكُولَهُ لَيْسَ حُجَّةً عَلَى غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَإِقْرَارِهِ .

فَتَحَّ

قَوْلُهُ وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمَا الْخ

قَالَ الْأَتْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : أَيَّ فَرْقٍ الْمَشَايخُ بَيْنَ رَوَايَتِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالزِّيَادَاتِ فَقَالُوا : إِنَّ الْعَبْدَ فِي مَسْأَلَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَلَمْ تُسَمَّعِ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْإِقْرَارِ مِنَ الْبَائِعِ أَوْ مِنْ رَبِّ الْعَبْدِ أَنَّ الْبَيْعَ كَانَ بِغَيْرِ أَمْرٍ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ وَشَرْطُ الرُّجُوعِ عَدَمُ سَلَامَةِ الْعَيْنِ لِلْمُشْتَرِي وَالْعَيْنُ سَالِمَةٌ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا فِي يَدِهِ وَفِي مَسْأَلَةِ الزِّيَادَاتِ الْعَبْدُ فِي يَدِ الْمُسْتَحَقِّ فَوُجِدَ شَرْطُ الرُّجُوعِ فَقَبِلْتُ الْبَيِّنَةَ وَلَنَا فِي هَذَا الْفَرْقِ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّ وَضْعَ الْمَسْأَلَةِ فِي الزِّيَادَاتِ أَيْضًا فِي أَنَّ الْعَبْدَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَلَعِنَ سَلَمْنَا أَنَّ الْعَبْدَ فِي يَدِ الْمُسْتَحَقِّ فَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْبَيِّنَةَ تُقْبَلُ حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّ التَّنَاقُضَ فِي الدَّعْوَى مَوْجُودٌ لَا مُحَالَةَ كَمَا بَيَّنَّا وَمَبْنَى الْبَيِّنَةِ عَلَى صِحَّةِ الدَّعْوَى فَلَمْ تَصِحَّ فَلَا تَصِحُّ الْبَيِّنَةُ وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ : إِنَّ الْمُشْتَرِي أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِ الْبَائِعِ أَوْ رَبِّ الْعَبْدِ قَبْلَ الْبَيْعِ فِي مَسْأَلَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فَلِهَذَا لَمْ تُقْبَلِ الْبَيِّنَةُ لِلتَّنَاقُضِ وَفِي مَسْأَلَةِ الزِّيَادَاتِ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْإِقْرَارِ بَعْدَ الْبَيْعِ فَلَمْ يَلْزَمْ التَّنَاقُضُ وَهَذَا مُحْمَلٌ صَحِيحٌ وَلِهَذَا لَمْ يَقْبَلِ الْبَيِّنَةَ فِي الزِّيَادَاتِ أَيْضًا فِي آخِرِ الْكِتَابِ فِي الْبَابِ الَّذِي يَبْقَى بَعْدَهُ بَابٌ إِلَى تِمَامِ الْكِتَابِ عَلَى تَرْتِيبِ مُحَمَّدٍ حَيْثُ قَالَ : رَجُلٌ بَاعَ شَيْئًا لِرَجُلٍ مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ قَالَ الْبَائِعُ : إِنَّ صَاحِبَهُ لَمْ يَأْمُرْنِي بِهِ وَقَالَ الْمُشْتَرِي : بَلْ أَمَرَ بِهِ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الَّذِي يَدْعِي الْأَمْرَ ؛

لِأَنَّ الْمُعَاقَدَةَ بَيْنَهُمَا دَلِيلٌ عَلَى نَفَادِهِ وَصِحَّتِهِ فَإِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا خِلَافَ ذَلِكَ بَطُلَ لِلتَّنَاقُضِ وَلِأَنَّهُ سَعَى فِي نَقْضِ مَا أَوْجَبَهُ فَبَطُلَ فَإِنْ أَرَادَ الْمُدَّعِي مِنْهُمَا الْفَسْخَ بَأَن يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِ صَاحِبِهِ أَنَّ صَاحِبَ الْمَالِ لَمْ يَأْمُرْ بِالْبَيْعِ أَوْ أَرَادَ يَمِينِ صَاحِبِهِ عَلَى ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى بَطُلَتْ لِمَا قُلْنَا فَبَطُلَ مَا يَبْتَنِي عَلَى ذَلِكَ وَقَوْلُ الشَّارِحِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمَا الْخَ هَذَا الْفَرْقُ ذَكَرَهُ فِي الْهِدَايَةِ وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ قَالَ الْكَمَالُ وَهَذَا هُوَ فَرْقُ الْمُصَنِّفِ وَهُوَ مَنْظُورٌ فِيهِ بَأَن وَضَعَ مَسْأَلَةَ الزِّيَادَاتِ أَيْضًا فِي أَنَّ الْجَارِيَةَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي كَمَا أَسْمَعُكَ وَالْأَوَّلَى مَا ذَكَرَ فِي الْفَوَائِدِ الظَّاهِرَةِ عَنْ بَعْضِ الْمَشَايخِ أَنَّ مَسْأَلَةَ الْجَامِعِ مُحْمُولَةٌ عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرِي أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِ الْبَائِعِ قَبْلَ الْبَيْعِ أَمَّا إِذَا أَقَامَهَا عَلَى إِقْرَارِهِ بَعْدَ الْبَيْعِ أَنَّ رَبَّ الْعَبْدِ لَمْ يَأْمُرْهُ بِالْبَيْعِ فَتَقَبَّلَ ؛ لِأَنَّ إِقْدَامَ الْمُشْتَرِي عَلَى الشَّرَاءِ يُنَاقِضُ دَعْوَاهُ إِقْرَارَ الْبَائِعِ بَعْدَ الْأَمْرِ قَبْلَ الْبَيْعِ وَلَا يُنَاقِضُ دَعْوَاهُ إِقْرَارَهُ بَعْدَمِ الْأَمْرِ بَعْدَ الْبَيْعِ قَالَ : وَمَسْأَلَةُ الزِّيَادَاتِ مُحْمُولَةٌ عَلَى هَذَا أَيْضًا فَتَقَعُ الْعُنْيَةُ عَنِ التَّفْرِقَةِ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ

وَقِيلَ : مَسْأَلَةُ الْجَامِعِ مُحْمُولَةٌ عَلَى إِقْرَارِ الْبَائِعِ أَوْ رَبِّ الْعَبْدِ قَبْلَ الْبَيْعِ فَلَمْ تُقْبَلِ لِلتَّنَاقُضِ وَالزِّيَادَاتِ عَلَى الْإِقْرَارِ بَعْدَ الْبَيْعِ فَلَمْ يَلْزَمْ التَّنَاقُضُ فَقَبِلْتُ وَمِمَّا يَنَاسِبُ الْمَسْأَلَةَ بَاعَ عَبْدٌ غَيْرَهُ بِلَا أَمْرِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ مِنْ مَوْلَاهُ ، ثُمَّ أَقَامَ الْبَائِعُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَى الْعَبْدَ مِنْ مَوْلَاهُ بَعْدَ بَيْعِهِ أَوْ وَرَثَتِهِ بَعْدَ الْبَيْعِ قَالَ مُحَمَّدٌ : تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ وَيَبْطُلُ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ

قَوْلُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى

أَيَّ وَهِيَ الْمَذْكُورَةُ فِي الْمَتْنِ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ .

قوله في المتن ولو أقر البائع

قال الكمال : بخلاف ما لو أقر البائع عند القاضي بذلك حيث يحكم بالبطلان والرد إن طلب المشتري ذلك ؛ لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار ولهذا صح إقراره بالشيء بعد إنكاره إياه إلا أن الإقرار حجة قاصرة يعني إنما ينفذ في حق المقر خاصة فإذا وافقه المشتري نفذ عليهما فلذا شرط طلب المشتري حتى يكون نقضاً باتفاقهما لا بمجرد إقرار البائع والمراد من فسخ القاضي أنه يمضي إقرارهما أما أن الفسخ يتوقف على القضاء فلا .

قوله لا يمنع صحة الإقرار لعدم التهمة إلخ

فإن من أنكر شيئاً ، ثم أقر به صح إقراره بخلاف الدعوى

قوله فلمشتري أن يساعده

أي يوافق فيه .

قوله فيتحقق

أي بطلان البيع ع .

قوله فينتقض في حقهما لا في حق رب العبد إن كذبهما

قال الكمال : وفروغها أن صاحب العبد لو حضر وصدفهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر وإن كذبهما وقال : كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا أن إقدامهما إقراراً منهما بالأمر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويعزم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لا له ويطلب عن المشتري الثمن للأمر في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يبقى في ذمة المشتري للأمر ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناءً على أن الوكيل بالبيع يملك إبراء المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ويملك الإقالة بغير رضا الأمر وعلى قول أبي يوسف لا يملك .

قوله ؛ لأنه برئ بالتصادق

فيه إشكال حيث اعتبر فيه الإقرار على الغير (فروغ) ذكره الشارح رحمه الله في كتاب الدعوى فضولي باع عبد الغير من رجل فضولي آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين فليراجع عند قوله دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها .

قوله ولغا توكيل بائعه (أي توكيل الأمر فهو من إضافة المصدر إلى مفعوله أي توكيل رب العبد بائعه أي لغا أن يوكل رب العبد بائعه .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ بَاعَ دَارَ غَيْرِهِ فَأَدْخَلَهَا الْمُشْتَرِي فِي بَنَائِهِ لَمْ يَضْمَنْ الْبَائِعُ) وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ إِذَا بَاعَ دَارَ غَيْرِهِ بَعِيرَ إِذْنِهِ ، ثُمَّ اعْتَرَفَ الْبَائِعُ بِالْغَضَبِ وَأَنْكَرَ الْمُشْتَرِي لَمْ يَضْمَنْ الْبَائِعُ الدَّارَ ؛ لِأَنَّ إِفْرَارَ الْبَائِعِ لَا يُصَدِّقُ عَلَى الْمُشْتَرِي وَلَا بُدَّ مِنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ حَتَّى يَأْخُذَهَا فَإِذَا لَمْ يُقِمِ الْمُسْتَحَقُّ وَهُوَ صَاحِبُ الدَّارِ الْبَيِّنَةَ كَانَ التَّلَفُ مُضَافًا إِلَى عَجْرِهِ عَنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لَا إِلَى عَقْدِ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ الْغَاصِبَ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ فَعَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ يُعْلَمُ أَنَّ قَوْلَهُ فَأَدْخَلَهَا الْمُشْتَرِي فِي بَنَائِهِ وَقَعَ اتِّفَاقًا إِذْ لَا تَأْثِيرَ لِلْإِدْخَالِ فِي الْبِنَاءِ فِي ذَلِكَ .

الشرح

قوله في المتن ومن باع دار غيره

أي عرصه غيره بغير أمره .

فتح

قوله لم يضمن البائع الدار

أي عند أبي حنيفة لمن أقر بالغصب منه وهو قول أبي يوسف آخرًا وكان يقول : أوَّلًا يَضْمَنُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَهِيَ مَسْأَلَةُ غَضَبِ الْعَقَارِ هَلْ يَتَحَقَّقُ أَوْ لَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ نَعَمْ فَيَضْمَنُ كَمَا لَقَوْلُهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ نَعَمْ تَفْسِيرُهُ إِذَا غَضِبَ دَارًا فَانْهَدَمَتْ أَوْ أَرْضًا فَانْتَقَضَتْ وَسَيَجِيءُ بَيَانُ الْخِلَافِ فِي غَضَبِ الْعَقَارِ فِي الْغُصْبِ .

أثقاني .

باب السلم

وَهُوَ بِمَعْنَى السَّلَفِ لُغَةً فَإِنَّهُ أَخَذَ عَاجِلٍ بِأَجَلٍ وَسُمِّيَ هَذَا الْعَقْدُ بِهِ لِكَوْنِهِ مُعَجَّلًا عَلَى وَقْتِهِ فَإِنَّ الْبَيْعَ بَعْدَ وُجُودِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي مِلْكِ الْعَاقِدِ وَالسَّلَامُ يَكُونُ عَادَةً بِمَا لَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِي مِلْكِهِ فَيَكُونُ الْعَقْدُ مُعَجَّلًا وَيَنْعَقِدُ بِلَفْظِ السَّلَامِ وَلَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ فِي رِوَايَةِ الْمُجَرَّدِ ؛ لِأَنَّهُ وَرَدَ بِلَفْظِ السَّلَامِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَلَا يَجُوزُ بَعْدُ فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ يَنْعَقِدُ وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ أَلَّا تَرَى إِلَى مَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَامِ } وَهُوَ مَشْرُوعٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَإِجْمَاعِ الْأُمَّةِ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : أَشْهَدُ أَنَّ اللَّهَ أَحَلَّ السَّلَامَ الْمُؤَجَّلَ وَأَنْزَلَ فِيهِ أَطْوَلَ آيَةٍ وَتَلَا قَوْلَهُ تَعَالَى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ } وَقَدْ رَوَيْنَا أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَامِ } وَالْقِيَاسُ يَأْبَى جَوَازَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ مَبِيعٌ وَهُوَ مَعْدُومٌ وَيَبِيعُ مَوْجُودٌ غَيْرِ مَمْلُوكٍ أَوْ مَمْلُوكٍ غَيْرِ مَقْدُورٍ التَّسْلِيمِ لَا يَجُوزُ فَبِيعِ الْمَعْدُومِ أَوْلَى أَنَّ لَا يَجُوزُ وَلَكِنْ تَرَكْنَاهُ بِمَا ذَكَرْنَا .

باب السلم

لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ أَنْوَاعِ الْبُيُوعِ الَّتِي لَا يُشْتَرَطُ فِيهَا الْقَبْضُ لَا فِي الْعَوَضَيْنِ وَلَا فِي أَحَدِهِمَا شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ وَهُوَ السَّلْمُ وَالصَّرْفُ ؛ لِأَنَّ السَّلْمَ يُشْتَرَطُ فِيهِ قَبْضُ أَحَدِ الْعَوَضَيْنِ فِي الْمَجْلَسِ وَقَدْ تَمَّ السَّلْمُ عَلَى الصَّرْفِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ فِي السَّلْمِ قَبْضُ أَحَدِ الْعَوَضَيْنِ فِي الْمَجْلَسِ وَفِي الصَّرْفِ قَبْضُهُمَا وَالتَّرْقِيَّ يَكُونُ أَبَدًا مِنَ الْأَدْنَى إِلَى الْأَعْلَى قَالَ صَاحِبُ التُّحْفَةِ : الْبَيْعُ أَرْبَعَةُ أَنْوَاعٍ : أَحَدُهَا بَيْعُ الْعَيْنِ بِالْعَيْنِ كَبَيْعِ السَّلْعِ بِأَنْوَاعِهَا نَحْوُ بَيْعِ الثَّوبِ بِالثَّوبِ وَغَيْرِهِ وَيُسَمَّى هَذَا بَيْعَ الْمُقَابَضَةِ وَالثَّانِي بَيْعُ الْعَيْنِ بِالذِّينِ نَحْوُ بَيْعِ السَّلْعِ بِالْأَثْمَانِ الْمُطْلَقَةِ وَيَبْعُهَا بِالْفُلُوسِ الرَّائِجَةِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ الْمُتَقَارِبِ دَيْنًا وَالثَّالِثُ بَيْعُ الذِّينِ بِالذِّينِ وَهُوَ بَيْعُ الثَّمَنِ الْمُطْلَقِ بِالْثَمَنِ الْمُطْلَقِ وَهُوَ الدَّرَاهِمُ وَالذَّنَانِيرُ وَإِنَّهُ يُسَمَّى عَقْدَ الصَّرْفِ يُعْرَفُ فِي كِتَابِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَالرَّابِعُ بَيْعُ الذِّينِ بِالْعَيْنِ وَهُوَ السَّلْمُ فَإِنَّ السَّلْمَ فِيهِ مَبِيعٌ وَهُوَ دَيْنٌ وَرَأْسُ الْمَالِ قَدْ يَكُونُ عَيْنًا وَقَدْ يَكُونُ دَيْنًا ، وَلَكِنْ قَبْضُهُ شَرْطٌ قَبْلَ افْتِرَاقِ الْعَاقِدَيْنِ بِأَنْفُسِهِمَا فَيَصِيرُ عَيْنًا .

أَتَقَانِي قَالَ الْكَمَالُ : وَخَصَّ بِاسْمِ السَّلْمِ لِيَتَحَقَّقَ إِيْجَابُ التَّسْلِيمِ شَرْعًا فِيمَا صَدَقَ عَلَيْهِ أَغْنَى تَسْلِيمَ رَأْسِ الْمَالِ وَكَانَ عَلَى هَذَا تَسْمِيَةُ الصَّرْفِ بِالسَّلْمِ أَلْيَقُ لَكِنْ لَمَّا كَانَ وَجُودُ السَّلْمِ فِي زَمَنِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هُوَ الظَّاهِرُ الْعَامُّ فِي النَّاسِ سَبَقَ الْإِسْمُ لَهُ وَقَالَ صَاحِبُ التُّحْفَةِ فِي السَّلْمِ هُوَ عَقْدٌ يُثَبِّتُ الْمِلْكَ فِي الثَّمَنِ عَاجِلًا وَفِي الثَّمَنِ أَجَلًا يُسَمَّى سَلَمًا وَإِسْلَامًا وَسَلَفًا وَإِسْلَافًا لَمَّا فِيهِ مِنْ تَسْلِيمِ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْحَالِ وَفِي عُرْفِ الشَّرْعِ عِبَارَةٌ عَنْ هَذَا أَيْضًا مَعَ زِيَادَةِ شَرَائِطِ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهَا لَمْ يَعْرِفْهَا أَهْلُ اللُّغَةِ فَعَنَ هَذَا عَرَفَتْ فَسَادَ مَا قِيلَ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ أَنَّ السَّلْمَ أَخَذَ عَاجِلًا بِأَجَلٍ ؛ لِأَنَّ السَّلْعَةَ إِذَا بِيَعْتَ بِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ يُوجَدُ هَذَا الْمَعْنَى وَلَيْسَ بِسَلْمٍ وَلَوْ قِيلَ : بَيْعٌ أَجَلٍ بِعَاجِلٍ لَمْ يَرِدْ الْإِعْتِرَاضُ وَرُكْنُ السَّلْمِ الْإِيْجَابُ وَالْقَبُولُ بَأَنَّ قَالَ رَجُلٌ لِآخَرَ : أَسَلَمْتُ إِلَيْكَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ فِي كَرٍّ حِنْطَةٍ أَوْ قَالَ : أَسَلَفْتُ وَقَالَ الْآخَرُ : قَبِلْتُ وَيُسَمَّى صَاحِبُ الدَّرَاهِمِ رَبَّ السَّلْمِ وَالْمُسْلِمُ أَيْضًا وَيُسَمَّى الْآخَرُ الْمُسْلَمُ إِلَيْهِ .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله { إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى }

وَالْمَعْنَى إِذَا تَعَامَلْتُمْ بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ فَاكْتُبُوهُ وَفَائِدَةُ قَوْلِهِ مُسَمًّى لِيُعْلَمَ أَنَّ مِنْ حَقِّ الْأَجَلِ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا أَتَقَانِي .
قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (مَا أَمْكَنَ ضَبْطُ صِفَتِهِ وَمَعْرِفَةُ قَدْرِهِ صَحَّ السَّلْمُ فِيهِ) ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفْضَى إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { : مَنْ أَسْلَمَ فِي تَمَرٍ فَلَيْسَ لَهُ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ } رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَابْنُ خَالٍ وَالصَّبْطُ يَكُونُ بِمَعْرِفَةِ قَدْرِهِ وَقَدْ شَرَطَهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَا لَا فَلَ) أَيُّ مَا لَا يُضَبِّطُ صِفَتُهُ وَلَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ لَا يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ وَهُوَ لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِالْوَصْفِ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ ضَبْطُهُ بِهِ يَكُونُ مَجْهُولًا جِهَالًا تَقْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَلَا يَجُوزُ كَسَائِرِ الدِّيُونِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (فَيَصِحُّ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ الثَّمَنِ) لَمَّا رَوَيْنَا وَلَمَّا بَيَّنَّا مِنَ الْمَعْنَى وَاحْتَرَزَ بِقَوْلِهِ الثَّمَنِ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَثْمَانٌ وَلَيْسَا بِثَمَنِ حَتَّى لَوْ أَسْلَمَ فِيهِمَا لَا يَصِحُّ سَلَمًا ؛ لِأَنَّ السَّلْمَ تَعْجِيلُ الثَّمَنِ وَتَأْجِيلُ الْمَبِيعِ وَلَوْ جَازَ فِيهِ لَانْعَكَسَ فَإِذَا لَمْ يَقَعْ سَلَمًا يَكُونُ بَاطِلًا عِنْدَ عِيْسَى بْنِ أَبَانَ وَقَالَ الْأَعْمَشُ : يَكُونُ بَيْعًا بِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بِحَسَبِ الْإِمْكَانِ وَالْعِبَرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعَانِي وَقَوْلُ عِيْسَى أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْمُعَقُودَ عَلَيْهِ فِي السَّلْمِ الْمُسْلَمُ فِيهِ وَإِنَّمَا يَصِحُّ الْعَقْدُ فِي مَحَلٍّ أَوْجَبَا الْعَقْدَ فِيهِ وَذَلِكَ غَيْرُ مُمَكِّنٍ وَلَا وَجْهٌ إِلَى تَصْحِيحِهِ فِي مَحَلٍّ آخَرَ ؛

لأنَّهُمَا يُوجِبَا الْعَقْدَ فِيهِ وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا أَسْلَمَ فِيهِمَا غَيْرَ الْأَثْمَانِ وَأَمَّا إِذَا أَسْلَمَ الْأَثْمَانُ فِيهِمَا كَالدَّرَاهِمِ فِي الدَّنَانِيرِ أَوْ بِالْعَكْسِ فَلَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ لِمَا عُرِفَ أَنَّ الْقَدَرَ بِانْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ التَّسَاءَلَ وَلَوْ أَسْلَمَ فِي الْمَكِيلِ وَزَنَّا كَمَا إِذَا أَسْلَمَ فِي الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ بِالْمِيزَانِ رَوَى الطَّحَاوِيُّ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْكَيْلَ وَالْوَزْنَ إِنَّمَا يُشْتَرِطُ لِيَصِيرَ مَعْلُومَ الْقَدْرِ لَا لِنَفْيِ الرَّبَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقَابَلُ بِجَنْسِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُؤَدَّى عَيْنُ الْوَاجِبِ حُكْمًا فِي بَابِ السَّلَمِ فَيَكُونُ بَدَلًا عَنْ رَأْسِ الْمَالِ وَلَا رَبَا بَيْنَهُمَا وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ دَيْنٌ فِي الذِّمَّةِ وَالْمُؤَدَّى عَيْنٌ وَالْعَيْنُ غَيْرُ الدِّينِ حَقِيقَةً فَيَكُونُ الْمُؤَدَّى بَدَلًا عَنْ الْوَاجِبِ فِي الذِّمَّةِ حَقِيقَةً وَإِنْ كَانَ عَيْنُهُ حُكْمًا فَيَكُونُ مُشْتَرِيًا الْحِنْطَةَ بِالْحِنْطَةِ فَلَا يَجُوزُ إِلَّا كَيْلًا وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ لَوْ أَسْلَمَ فِي الْمَوْزُونِ كَيْلًا .

الشرح

قوله لا يجوز السلم فيه ؛ لأنه
أي المسلم فيه .

قوله في المثن المثمن
المثمن صفة لقوله والموزون فقط .

قوله حتى لو أسلم فيهما لا يصح سلماً
أي بالاتفاق ؛ لأن المسلم فيه لا بد أن يكون مضمناً والتقود أثمان فلا تكون مسلماً فيها .

كمال

قوله وقال الأعمش البخ
واعلم أن ما قاله أبو بكر الأعمش اختاره الكمال في الفتح قال : وهو عندي أدخل في الفقه وعليه فليُنظر ثمة .

قوله وإنما يصح العقد في محل أوجب
أي أوجب المتعاقدان العقد .

قَوْلُهُ وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا أَسْلَمَ فِيهِمَا

أَيَّ فِي الدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ .

قَوْلُهُ رَوَى الطَّحَاوِيُّ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ يَجُوزُ

وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى لِعَامِلِ النَّاسِ .

قَاضِي خَانَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (: وَالْعَدَدِيُّ الْمُتَقَارِبُ كَالْجَوْزِ وَالْبَيْضُ) ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ مَضْبُوطٌ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ فَأَشْبَهَ الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ وَيَسْتَوِي فِيهِ الْكَبِيرُ وَالصَّغِيرُ لِاصْطِلَاحِ النَّاسِ عَلَى إِهْذَارِ التَّفَاوُتِ وَلِهَذَا تَسْتَوِي قِيمَتُهُمَا فَصَارَا بِذَلِكَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ بِخِلَافِ الْبُطَيْخِ وَالرُّمَّانِ ؛ لِأَنَّ أَحَادَهُمَا مُتَّفَاوِتَةٌ وَلِهَذَا تَخْتَلِفُ فِي الْقِيَمَةِ وَبِهَا يُعْرَفُ التَّفَاوُتُ وَالتَّسَاوِي وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي بَيْضِ النَّعَامَةِ لِتَفَاوُتِ أَحَادِهِ فِي الْمَالِيَّةِ وَيَجُوزُ السَّلَمُ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ كَيْلًا أَيْضًا وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ : لَا يَصِحُّ كَيْلًا ؛ لِأَنَّهُ عَدَدِيٌّ لَيْسَ بِمَكِيلٍ فَلَا يَصِحُّ إِذْ الْمُعْتَبَرُ فِيمَا لَا نَصَّ فِيهِ الْعَادَةُ وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ عَدَدًا أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى التَّرَاعِ فِي التَّسْلِيمِ وَالتَّسْلِيمِ بِسَبَبِ التَّفَاوُتِ وَإِنْ كَانَ يَسِيرًا فَصَارَ كَالسَّفَرِ حَلٍ وَالْقَنَاءِ وَلَنَا أَنَّ الْمَقْدَارَ يُعْرَفُ بِالْكَيْلِ تَارَةً وَبِالْعَدِّ أُخْرَى فَتَنْقَطِعُ الْمُنَازَعَةُ بَيْنَهُمَا بِذِكْرِ أَحَدِهِمَا أَيهِمَا كَانَ إِذَا كَانَ يُعْرَفُ قَدْرُهُ بِهِمَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْفَلْسُ) ؛ لِأَنَّهُ عَدَدِيٌّ يُمَكِّنُ ضَبْطَهُ فَيَصِحُّ السَّلَمُ فِيهِ وَقِيلَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ : لَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ ثَمَنٌ مَا دَامَ يَرُوجُ وَالْمُسْلَمُ فِيهِ مَبِيعٌ فَلَا يَصِحُّ فِيهِ كَالْتَقْدِينِ وَإِذَا كَسَدَ صَارَ قِطْعَةً نُحَاسٍ فَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ عَدَدًا وَلَنَا مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ يُمَكِّنُ ضَبْطَهُ بِهِ فَيَصِحُّ كَسَائِرُ الْمَعْدُودَاتِ وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى أَنَّ اصْطِلَاحَ النَّاسِ عَلَى الثَّمَنِ لَا يُطْلُ بِاصْطِلَاحِهِمَا عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يُطْلُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي بَيْعِ الْفَلَسِ بِالْفَلَسِيِّنِ وَذَكَرْنَا الْفَرْقَ هُنَاكَ بَيْنَ الْفُلُوسِ وَالتَّقْدِينِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (: وَالْبَلْبُ وَالْأَجْرُ إِنْ سُمِّيَ ثَمَنًا مَعْلُومًا) ؛ لِأَنَّ أَحَادَهُمَا لَا تَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا يُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ بَعْدَ ذِكْرِ آلَاةِ .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الثَّمَنِ وَالْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبُ كَالْجَوْزِ الْخ

قَالَ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِقَاضِي خَانَ أَمَّا السَّلَمُ فِي الْبَاذِنَجَانِ عَدَدًا لَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ وَذَكَرَ الشَّمْسُ السَّرَخْسِيُّ أَنَّهُ يَجُوزُ وَالْحَقُّ بِالْجَوْزِ وَالْبَيْضِ هَذَا لَفْظُهُ أَتَّقَانِي

قَوْلُهُ لِاصْطِلَاحِ النَّاسِ عَلَى إِهْذَارِ التَّفَاوُتِ

أَيَّ فَلَا تَرَى جَوْزَةً بِفَلْسٍ وَجَوْزَةً بِفَلَسَيْنِ بِخِلَافِ الْبُطَيْخِ فَإِنَّكَ تَرَى بُطَيْخَةً بِدِرْهَمٍ وَأُخْرَى بِفَلَسٍ .

قوله بخلاف البطيخ والرمان

قَالَ الْأَنْقَايُ : وَأَمَّا الْعَدَدِيُّ الْمُتَفَاوِتُ وَتَفْسِيرُهُ مَا نُقِلَ عَنْ ابْنِ يُوسُفَ مَا اخْتَلَفَتْ آحَادُهُ فِي الْقِيَمَةِ وَاتَّفَقَتْ أَجْنَاسُهُ فَلَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِيهِ وَذَلِكَ كَالدَّرِّ وَالْجَوَاهِرِ وَاللَّائِي وَالْأُدْمِ وَالْجُلُودِ وَالْخَشَبِ وَالرُّعُوسِ وَالْأَكَارِعِ وَالرُّمَانِ وَالْبَطِيخِ وَالسَّفَرَجَلِ وَنَحْوَهَا إِلَّا إِذَا بَيَّنَّ مِنْ جِنْسِ الْجُلُودِ وَالْأُدْمِ وَالْخَشَبِ وَالْجُدُوعِ شَيْئًا مَعْلُومًا وَطَوَّلًا مَعْلُومًا وَعِلَظًا مَعْلُومًا وَأَتَى بِجَمِيعِ شَرَائِطِ السَّلَامِ وَالتَّحَقَّقَ بِالْمُتَقَارِبِ يَجُوزُ قَالَ فِي الظَّهِيرَةِ : وَلَا يَجُوزُ فِيمَا لَا مِثْلَ لَهُ كَالْحَيَوَانِ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ إِلَّا فِي الثِّيَابِ خَاصَّةً .

قوله وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في بيض النعامة

قَالَ الْأَنْقَايُ : ثُمَّ عِنْدَنَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِي بَيْضِ النِّعَامِ أَيْضًا فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ مُضْبُوطٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالدَّرْعِيُّ كَالثَّوْبِ إِنْ بَيَّنَّ الذَّرَاعَ وَالصِّفَةَ وَالصَّنْعَةَ) ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَعْلُومًا بِذِكْرِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ فَلَا يُؤَدِّي إِلَى النَّزَاعِ وَإِنْ كَانَ ثَوْبٌ حَرِيرٍ يُبَاعُ بِالْوَزْنِ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ وَزْنِهِ مَعَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَعْلُومًا بِهِ .

الشرح

قوله في المثن والدَّرْعِيُّ كَالثَّوْبِ إلخ

قَالَ الْأَنْقَايُ : وَأَمَّا الدَّرْعِيُّ فَيَجُوزُ السَّلَامُ فِيهِ كَالثِّيَابِ وَالْبُسْطِ وَالْبَوَارِي وَنَحْوَهَا إِذَا بَيَّنَّ الطُّولَ وَالْعَرْضَ وَالصِّفَةَ وَالنَّوْعَ قَالَ فِي الْإِيضَاحِ : وَالْقِيَاسُ أَنَّ لَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِي الثِّيَابِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ مُسْتَهْلِكُهَا الْمِثْلَ وَإِنَّمَا حَوَازَتُهُ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّ الثِّيَابَ مَصْنُوعُ الْعَبْدِ وَالْعَبْدُ يَصْنَعُ بِأَلَةٍ فَإِذَا اتَّحَدَ الصَّانِعُ وَالْأَلَةُ يَتَّحَدُ الْمَصْنُوعُ فَلَا يَبْقَى بَعْدَ ذَلِكَ إِلَّا قَلِيلٌ تَفَاوُتٍ وَقَدْ يُتَحَمَّلُ قَلِيلُ التَّفَاوُتِ فِي الْمَعَامَلَاتِ وَلَا يُحْتَمَلُ فِي الاسْتِهْلَاكَاتِ أَلَّا تَرَى أَنَّ الْأَبَّ لَوْ بَاعَ بَعِثَ يَسِيرٍ كَانَ مُتَحَمِّلًا وَلَوْ اسْتَهْلَكَ شَيْئًا يَسِيرًا وَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ .

قوله في المثن إن بين الذراع

أَيَّ بَعْدَ ذِكْرِ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ

قوله والصقة

أَيَّ بِأَنَّهُ قُطْنٌ أَوْ كَتَانٌ أَوْ مُرَكَّبٌ مِنْهُمَا وَهُوَ الَّذِي يُسَمَّى مُلْحَمًا .

قوله والصنعة

أي بآنه عمل الشام أو الروم أو نحوهما .

قوله وإن كان ثوب حرير يباع بالوزن

قال في الإيضاح : ويحتاج إلى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباغ إذا كان يبقى التفاوت بعد ذكر الطول والعرض ؛ لأنها تختلف باختلاف الوزن فإن الديباغ كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته والحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته فلا بد من بيانه .

قوله لا بد من بيان وزنه

قال ظهير الدين إسحاق الولوالجي في فتاويه ولو عيّن الدرعان ولم يعيّن الوزن هل يجوز السلم في الحرير ؟ اختلف المشايخ فيه منهم من قال : ليس بشرط ومنهم من قال : يشترط وإليه مال الشيخ الإمام شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي وهو الصحيح بخلاف سائر الثياب فإنه لا يشترط فيها الوزن مع الدرع ؛ لأن الحرير يختلف باختلاف الوزن كما يختلف الطول والعرض ولا كذلك الكرياس أثقاني .

قال رحمه الله (لا في الحيوان) وقال الشافعي رحمه الله : يجوز السلم فيه إذا بين الجنس والسن والنوع والصفة لما روي أنه عليه السلام { استقرض بكرًا وردّ رباعيًا } ولأن بعد بيان ما ذكرنا من الأوصاف الجهالة ثقل فلا تفضي إلى المنازعة كما في الثياب ولنا ما روي أنه عليه السلام { نهى عن السلم في الحيوان } ولأنه تتفاوت أحاده تفاوتًا فاحشًا بحيث لا يمكن ضبطه ألا ترى أن العبد ينسويان في الجنس والسن وتتفاوت قيمتهما لاختلاف المعاني الباطنة كالكياسة وحسن الخلق والسير والفصاحة والأمانة والشدة قال قائلهم ألا رب فرد يعدل ألف زائدًا وألف تراهم لا يساؤون واحدًا وكذا سائر الحيوان يختلف اختلافًا يؤدي إلى اختلاف المالية فلا يجوز السلم فيه كما في الخلقات والجواهر بخلاف الثياب ؛ لأنه مصنوع العباد والعبد إنما يصنع بالة فإن اتحدت الآلة والصانع يتحد المصنوع والتفاوت اليسير بعده لا يضر وما روي أنه عليه السلام استقرض بكرًا وردّ رباعيًا فالمراد به أنه عليه السلام استعجل في الصدقة ، ثم لم تجب الزكاة على صاحبها فردّها رباعيًا أو استقرض لبيت المال ؛ لأنه يجوز أن يثبت حق مجهول على بيت المال كما يجب له حق مجهول .

وما روي أنه عليه السلام اشترى بغيرا بغيرين إلى أجل كان قبل نزول آية الربا ؛ لأن الجنس بانفراده يحرم النساء أو كان ذلك في دار الحرب إذ لا يجري الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب على ما بينا من قبل ويدخل فيه جميع

أنواع الحيوانات حتى العصافير ؛ لأن النص لم يفصل قال رحمه الله (وأطرافه) يعني لا يجوز السلم في أطراف الحيوان كالرأس والأكارع للتفاوت الفاحش وعدم الضابط ، ثم قيل : هذا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز كما في اللحم وقيل : لا يجوز بالتفريق والفرق لهما بينه وبين اللحم أن المسلم فيه هو اللحم دون العظم والعظم في الرؤوس وفي الأكارع أكثر من اللحم أو مساو له فلا يمكن أن يجعل تبعًا للحم بقي معتبرًا ولا يدرى قدره فيصير قدر المسلم فيه وهو اللحم مجهولًا وأما العظم الذي في اللحم فقليل فأمكن جعله تبعًا للحم لقلته كما في عظم الآلية ولو أسلم فيه وزنا اختلفوا فيه قال رحمه الله (والجلود عددًا) أي لا يجوز السلم فيه وكذا في الورق لا يجوز للتفاوت الفاحش فيهما إلا أن يبين فيهما ضربًا معلومًا وطولًا وعرضًا وصفة معلومة من الجودة والرداءة فيحنثد يجوز

السَّلْمُ فِيهِمَا لِلِمَكَانِ ضَبْطِهِمَا وَكَذَا إِذَا كَانَا يُبَاعَانِ وَزَنَّا يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِمَا بِالْوَزْنِ .

الشرح

قوله في المثنى لا في الحيوان

قال الأثقاني : اعلم أن السَّلْمَ باطلٌ في الحيوانِ عندنا وقالت الثلاثة : يجوزُ .

عيني

قوله فإذا اتحدت النالة والصانع يتحد المصنوع

أي وليس الحيوان كذلك ؛ لأن ما يحدث فيه يحدث بإحداث الله من غير صنع العباد بلاء آله ولا مثال فظهر الفرق .

أثقاني

قوله وما روي أنه عليه الصلاة والسلام اشترى بغيراً ببعيرين إلخ

فإن قلت : قد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم في الدية بمائة من الإبل وفي الجنين بعرة عبد أو أمة فنبت أن الحيوان يثبت في الدمة قلت : قد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم أيضاً أن يبيع الحيوان بالحيوان لا يجوز نسيئة فعلم أن الحيوان لا يثبت في الدمة فلما ورد أصلان متعارضان وفقنا بينهما فقلنا : إن ما كان بدلاً عن مال لا يثبت الحيوان فيه دينا في الدمة كالسلم قياساً على بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وما لا يكون بدلاً عن مال يثبت الحيوان فيه دينا في الدمة كالتزويج أو الخلع على عبد وسط أو أمة وسط قياساً على إبل الدية وعرة الجنين .

أثقاني .

قال رحمه الله (: والخطب حُزماً والرطوبة جُزاً) ؛ لأنه مجهول لا يُعرف طوله وغلظه حتى لو عُرف ذلك بأن بين الحبل الذي يُشدُّ به الخطب والرطوبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي إلى النزاع جاز .

الشرح

قوله في المثنى والخطب حُزماً والرطوبة جُزاً إلخ

ونقل في الخلاصة عن شرح الشافعي فقال : ولا بأس بالسلم في القَتِّ وزناً .

أثقاني .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْجَوْهَرُ وَالْخَزَرُ) ؛ لِأَنَّ أَحَادَهَا مُتَّفَاوِتَةٌ تَفَاوُتًا فَاحِشًا وَفِي صِغَارِ اللَّوْلُوِّ النَّبِيُّ تَبَاعُ وَزَنَّا يَجُوزُ السَّلَامُ فِيهَا بِالْوَزْنِ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يُبَاعُ بِالْوَزْنِ فَأَمَكَنَّ مَعْرِفَةَ قَدْرِهِ بِهِ .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَالْجَوْهَرُ وَالْخَزَرُ الْخ

وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ مَعْدُودٍ تَتَّفَاوَتْ أَحَادُهُ فِي الْمَالِيَّةِ لَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِيهِ كَالْبَطِيخِ وَالرُّمَّانِ وَالْجَوَاهِرِ وَاللَّائِي بِهَذِهِ الْمَثَابَةِ ؛ لِأَنَّكَ تَرَى بَيْنَ لَوْلُوتَيْنِ تَفَاوُتًا فَاحِشًا فِي الْمَالِيَّةِ وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا اتَّفَاقٌ فِي الْعَدَدِ وَالْوَزْنِ .

أَثَقَانِي .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْمُنْقَطِعُ) أَيُّ لَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِي الشَّيْءِ الْمُنْقَطِعِ ؛ لِأَنَّ شَرْطَ جَوَازِهِ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا مِنْ حِينِ الْعَقْدِ إِلَى حِينِ الْمَحِلِّ حَتَّى لَوْ كَانَ مُنْقَطِعًا عِنْدَ الْعَقْدِ مَوْجُودًا عِنْدَ الْمَحِلِّ أَوْ بِالْعَكْسِ أَوْ مُنْقَطِعًا فِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ وَحْدُ الْإِنْقِطَاعِ أَنْ لَا يُوْجَدَ فِي الْأَسْوَاقِ وَإِنْ كَانَ فِي الْبُيُوتِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : يَجُوزُ فِي الْمُنْقَطِعِ إِذَا كَانَ مَوْجُودًا عِنْدَ الْمَحِلِّ لَوْجُودِ الْقُدْرَةِ عِنْدَ وُجُوبِهِ وَلَا مَعْنَى لِاشْتِرَاطِهِ قَبْلَ ذَلِكَ وَلَنَا مَا رَوَى عَنْ أَنَسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى تَرْهُوَ قَالُوا : وَمَا تَرْهُوَ ؟ قَالَ : تَحْمَرُّ وَقَالَ : إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَ فِيمَ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ } رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَالْبُخَارِيُّ وَعَنْ ابْنِ عُمرَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا نَهَى الْبَائِعَ وَالْمُبْتَاعَ } رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَالْبُخَارِيُّ وَجَمَاعَةٌ أُخَرُ وَفِي لَفْظٍ { حَتَّى تَبْيَضَ وَتَأْمَنَ مِنَ الْعَاهَةِ } وَهَذَا نَصٌّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي الْمُنْقَطِعِ فِي الْحَالِ إِذْ الْحَدِيثُ وَرَدَّ فِي السَّلَامِ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الثَّمَارِ بِشَرْطِ الْقَطْعِ جَائِزٌ لَا يَمْنَعُ أَحَدٌ بَيْعَ مَالٍ مُعَيَّنٍ مُتَتَفِعٍ بِهِ فِي الْحَالِ أَوْ فِي الْمَالِ وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { فِيمَ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ } وَهُوَ رَأْسُ مَالِ السَّلَامِ يَدُلُّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ احْتِمَالَ بَطْلَانِ الْبَيْعِ بِهَلَاكِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يُؤَثِّرُ فِي الْمَنْعِ مِنَ الْبَيْعِ وَلِأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ حَالٌ وَجُوبُهُ شَرْطٌ لِحَوَازِهِ . وَفِي كُلِّ وَقْتٍ بَعْدَ الْعَقْدِ يُحْتَمَلُ وَجُوبُهُ بِمَوْتِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الدَّيُونَ تَحِلُّ بِمَوْتِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ فَيَشْتَرِطُ دَوَامُ وَجُودِهِ لَتَدْوَمَ الْقُدْرَةُ عَلَى

التَّسْلِيمِ ؛ لِأَنَّ جَوَازَهُ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَيَجِبُ الْإِحْتِرَازُ فِيهِ عَنْ كُلِّ خَطَرٍ يُمَكِّنُ وَقُوعَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُحْتَمَلَ فِي بَابِ السَّلَامِ كَالْوَقْعِ وَلِأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ بِالتَّحْصِيلِ فِي الْمُدَّةِ وَلَا بُدَّ مِنْ اسْتِمْرَارِ الْوُجُودِ فِيهَا لِيَتِمَّكَنَ مِنَ التَّحْصِيلِ وَلَوْ انْقَطَعَ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ بَعْدَ الْمَحِلِّ قَبْلَ أَنْ يُوفَّى الْمُسْلِمُ فِيهِ قَرَبُ السَّلَامِ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ فَسَخَّ الْعَقْدُ وَأَخَذَ رَأْسَ مَالِهِ وَإِنْ شَاءَ انْتَظَرَ وَجُودَهُ وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ : يَبْطُلُ الْعَقْدُ وَيَسْتَرِدُّ رَأْسَ مَالِهِ لِلْعَجْزِ عَنْ تَسْلِيمِهِ كَمَا إِذَا هَلَكَ الْمَبِيعُ قَبْلَ الْقَبْضِ قُلْنَا : إِنَّ السَّلَامَ قَدْ صَحَّ وَتَعَذَّرَ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بِعَارِضٍ عَلَى شَرَفِ الرِّوَالِ فَيُخَيَّرُ فِيهِ كَمَا إِذَا أَبَقَ الْعَبْدُ الْمَبِيعُ قَبْلَ الْقَبْضِ بِخِلَافِ هَلَاكِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ فَاتَ لَا إِلَى خُلْفٍ وَبِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى بِالْفُلُوسِ شَيْئًا وَكَسَدَتْ حَيْثُ يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَفُوتُ أَصْلًا وَلَا يُرْجَى زَوَالُهُ وَلَوْ رَجَا لَا يُعْلَمُ مَتَى تَرُوجُ بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّ لِإِدْرَاكِ الثَّمَرِ وَالْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ أَوْ أَنَّ مَعْلُومًا فَيَتَخَيَّرُ .

قوله إلى حين المحل

والمحل بكسر الحاء مصدر قولك حل الدين .

غاية .

قال رحمه الله (والسّمك الطري) أي لا يجوز السلم في السمك الطري ؛ لأنه ينقطع عن أيدي الناس في الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان في بلد لا ينقطع فيه السمك أو أسلم فيه في حينه جاز وزنا لا عدداً وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في الكبار التي تنقطع كالسلم في اللحم لاختلاف الناس في نزع عظمها واختلاف رغباتهم في مواضعها قال رحمه الله (وصح وزنا لو مالحاً) أي إن كان السمك مالحاً جاز السلم فيه وزناً لا عدداً ؛ لأن المالح منه وهو القديد لا ينقطع عن أيدي الناس وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه وذكر في النهاية معزياً إلى الإيضاح أن الصحيح في الصغار منه يجوز وزناً وكلياً وفي الكبار روايتان .

الشرح

قوله في المتن والسّمك الخ

وفي شرح الطحاوي السلم في السمك لا يخلو إما أن يكون طرياً أو مالحاً ولا يخلو إما أن يسلم فيه عدداً أو وزناً فإن أسلم فيه عدداً طرياً كان أو مالحاً لا يجوز ؛ لأنه متفاوت وإن أسلم فيه وزناً فإنه ينظر إن كان مملوحاً يجوز وإن كان طرياً إن كان العقد في حينه والأجل في حينه ولا ينقطع فيما بين ذلك فإنه يجوز وإلا فلا .

عيني .

قال رحمه الله : (واللحم) أي لا يجوز السلم في اللحم وهذا عند أبي حنيفة وقال : يجوز إن بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره كشاة خصى ثني سمين من الجنب أو الفخذ مائة رطل ؛ لأنه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل عند الإثلاف ويصح استقراضه وزناً وهو لا يصح إلا في ذوات الأمثال ويجري فيه ربا الفضل بعلّة الوزن فصار كالألية وشحم البطن بخلاف لحم الطيور فإنه لا يقدر على وصف موضع منه وتضمنه غير مقصود .

وهو العظم لا يمنع الجواز كضمن التمر والمشمش والخوخ النوى وكضمن الألية العظم ولأبي حنيفة أن اللحم يختلف باختلاف صفته من سمين وهزال ويختلف باختلاف فصول السنة فما يعد سميماً في الشتاء يعد مهزولاً في الصيف ولأنه يتضمن عظاماً غير معلومة وتجري فيه المماكسة فالمشتري يأمره بالتزاع والبائع يدسه فيه وهذا النوع من الجهالة والمنازعة لا ترتفع ببيان الموضع وذكر الوزن فصار كالسلم في الحيوان بخلاف النوى في الثمار أو العظم في الألية فإنه معلوم ولهذا لا تجري فيه المماكسة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الأول وهو الأصح ؛ لأن الحكم إذا علل بعلتين لا ينتفي الحكم بانتفاء إحداهما لما عرفت في موضعه والتضمن بالمثل ممنوع فإنه من ذوات القيم في رواية يوسع الجامع وكذا لا يجوز استقراضه ولئن سلم فيهما فهو معين عند الإثلاف والاستقراض فيمكن ضبطه بالمشاهدة بخلاف الموصوف في الذمة وقيل : لا خلاف بينهم فجواب أبي حنيفة

فِيمَا إِذَا أَطْلَقَ السَّلَامُ فِي اللَّحْمِ وَهُمَا لَا يُجَوِّزَانِهِ فِيهِ وَجَوَّابُهُمَا فِيمَا إِذَا بَيَّنَّ مَوْضِعًا مِنْهُ مَعْلُومًا وَهُوَ يُجَوِّزُهُ فِيهِ وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْخِلَافَ فِيهِ ثَابِتٌ .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ وَقَالَا : يَجُوزُ

قَالَ الْأَثْقَانِيُّ : فَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِي اللَّحْمِ إِذَا بَيَّنَّ الْجَنْسَ بِأَنْ قَالَ : لَحْمُ شَاةٍ وَالسِّنَّ بِأَنْ قَالَ : ثَنِيٌّ وَالتَّوَعُّعَ بِأَنْ قَالَ : ذَكَرٌ وَالصَّفَّةَ بِأَنْ قَالَ : سَمِينٌ وَالْمَوْضِعَ بِأَنْ قَالَ : مِنْ الْجَنْبِ وَالْقَدْرَ بِأَنْ قَالَ : عَشْرَةُ أَمْثَاءٍ .

قَوْلُهُ وَلِهَذَا يُضْمَنُ بِالْمِثْلِ عِنْدَ الْإِتْلَافِ

يَعْنِي أَنَّ غَاصِبَ اللَّحْمِ إِذَا أَثْلَفَهُ يَضْمَنُ الْمِثْلَ وَزَنًّا .

قَوْلُهُ بِخِلَافِ لَحْمِ الطُّيُورِ

أَيُّ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِيهِ .

أَثْقَانِيٌّ

قَوْلُهُ فَإِنَّهُ لَا يَقْدَرُ عَلَى وَصْفِ مَوْضِعٍ مِنْهُ

أَيُّ لِقَلَّةِ لَحْمِهِ .

غَايَةٌ

قَوْلُهُ وَتَضَمُّنُهُ غَيْرُ مَقْصُودٍ

أَيُّ تَضَمُّنِ اللَّحْمِ شَيْئًا غَيْرُ مَقْصُودٍ وَهُوَ جَوَابٌ عَنْ شَيْءٍ يَرِدُ وَهُوَ قَوْلُهُ وَلَئِنَّهُ يَتَضَمَّنُ عِظَامًا قَالَ الْأَثْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَجَهَانٌ : أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِقَلَّةِ الْعَظْمِ وَكَثْرَتِهِ فَتَثْبُتُ الْجَهَالَةُ وَهِيَ تُؤَدِّي إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَلَا يَصِحُّ السَّلَامُ مَعَ الْجَهَالَةِ لِإِفْضَائِهِ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَعَلَى هَذَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِي مَنْزُوعِ الْعَظْمِ قَالَ صَاحِبُ الْمُخْتَلَفِ : وَهِيَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَالثَّانِي أَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ السَّمَنِ وَالْهَزَالِ لِقَلَّةِ الْكَلْبِ وَكَثْرَتِهِ عَلَى اخْتِلَافِ الْأَوْقَاتِ فَيُفْضَى إِلَى الْجَهَالَةِ الْمُفْضِيَةِ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَلَا يَصِحُّ السَّلَامُ وَعَلَى هَذَا لَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِي مَنْزُوعِ الْعَظْمِ قَالَ صَاحِبُ الْمُخْتَلَفِ : وَهُوَ رِوَايَةُ ابْنِ شُجَاعٍ عَنْهُ وَهَذَا الْوَجْهُ هُوَ الْأَصَحُّ

قَوْلُهُ وَالتَّضْمِينُ بِالْمِثْلِ مَمْنُوعٌ (إِلَخ) قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَقَوْلُهُمَا إِنَّ الْعَاصِبَ يَضْمَنُ الْمِثْلَ قُلْنَا : ذَاكَ مَمْنُوعٌ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بَلْ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ يَضْمَنُ الْقِيَمَةَ أَلَا تَرَى مَا قَالَ فِي

الْجَامِعِ الْكَبِيرِ فِي بَابِ الْإِسْتِحْقَاقِ فِي الْبَيْعِ : وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا غَضِبَ مِنْ رَجُلٍ لَحَمًا فَشَوَاهُ ، ثُمَّ جَاءَ إِنْسَانٌ وَاسْتَحَقَّ ذَلِكَ لَا يَسْقُطُ ضَمَانُ الْغَضَبِ وَكَانَ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ أَنْ يُضْمِنَهُ قِيَمَةَ اللَّحْمِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْمُعِينِ النَّسْفِيُّ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ : قَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ كَانَ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ أَنْ يُضْمِنَهُ قِيَمَةَ اللَّحْمِ نَصٌّ عَلَى أَنَّ اللَّحْمَ مَضْمُونٌ بِالْقِيَمَةِ دُونَ الْمِثْلِ وَلَا تُوجَدُ الرَّوَايَةُ أَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ وَلَيْسَ بِمِثْلٍ إِلَّا فِي هَذَا الْمَوْضِعِ يَعْنِي فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ وَلِهَذَا قَالَ صَاحِبُ الْفَتَاوَى الصُّغَرَى : تَضْمِينُ اللَّحْمِ بِالْمِثْلِ قَوْلُهُمَا ، ثُمَّ قَالَ وَرَأَيْتُ وَسَطَ غَضَبِ الْمُتَقَيِّ رَوَى أَبُو يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا اسْتَهْلَكَ لَحْمًا قَالَ : عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ

قَوْلُهُ وَكَذَا لَا يَجُوزُ اسْتِقْرَاضُهُ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ : وَنَمْنَعُ الْاسْتِقْرَاضَ وَزَنَّا فَنَقُولُ ذَلِكَ مَذْهَبُهُمَا وَلَكِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ اللَّحْمَ مَضْمُونٌ بِالْمِثْلِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي التَّيَمَّةِ عَنْ اخْتِيَارِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ عَلَاءِ الدِّينِ الْإِسْبِجَانِيِّ أَنَّ اللَّحْمَ مَضْمُونٌ بِالْمِثْلِ وَإِنَّمَا يَضْمَنُ بِالْقِيَمَةِ إِذَا انْقَطَعَ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ فَنَقُولُ ذَلِكَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْمِثْلَ أَعْدَلُ مِنَ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي ضَمَانِ الْعُدْوَانِ الْمِثْلَ وَالْمُمَازَلَةَ فِي مِثْلِ الشَّيْءِ صُورَةٌ وَمَعْنَى فَيَكُونُ أَعْدَلُ مِنَ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهَا مِثْلٌ مَعْنَى لَا صُورَةٌ وَلَيْسَ اسْتِقْرَاضُ اللَّحْمِ كَالسَّلَامِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ السَّلَامَ لَا يَكُونُ إِلَّا مُؤَجَّلًا فَعِنْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ لَا يُعْلَمُ اللَّحْمُ عَلَى أَيِّ حَالٍ يَكُونُ مِنَ السَّمَنِ وَالْهَزَالِ بِخِلَافِ الْاسْتِقْرَاضِ فَإِنَّ الْقَبْضَ فِيهِ حَالٌ مُعَايَنٌ فَلَا تَقَعُ الْمُنَازَعَةُ فِيهِ بِخِلَافِ السَّلَامِ فَظَهَرَ الْفَرْقُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمِكْيَالٌ أَوْ ذِرَاعٌ لَمْ يَدْرِ قَدْرَهُ) أَيُّ لَا يَجُوزُ السَّلَامُ بِذِرَاعٍ مُعَيَّنٍ أَوْ بِمِكْيَالٍ مُعَيَّنٍ لَا يُعْرَفُ قَدْرُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَضِيعَ فَيُؤَدِّي إِلَى التَّرَافُعِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ بِهِ حَالًا حَيْثُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ فِيهِ يَجِبُ فِي الْحَالِ فَلَا يُتَوَهَّمُ فَوْتُهُ وَفِي السَّلَامِ يَتَأَخَّرُ التَّسْلِيمُ فَيَخَافُ فَوْتُهُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي أَوَّلِ الْبَيُوعِ وَفِي الْهَدَايَةِ وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمِكْيَالُ مِمَّا لَا يَنْقِصُ وَلَا يَنْبَسِطُ كَالْقَصَاعِ مَثَلًا وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَنْكَبِسُ بِالْكَبْسِ كَالرُّبِيلِ وَالْجِرَابِ لَا يَجُوزُ لِلْمُنَازَعَةِ إِلَّا فِي قَرَبِ الْمَاءِ لِلتَّعَامُلِ فِيهِ كَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهَذَا لَا يَسْتَقِيمُ فِي السَّلَامِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ لَا يُعْرَفُ قَدْرُهُ فَلَا يَجُوزُ السَّلَامُ بِهِ كَيْفَمَا كَانَ لِمَا ذَكَرْنَا وَإِنْ كَانَ يُعْرَفُ قَدْرُهُ فَالْتَّقْدِيرُ بِهِ لِبَيَانِ الْقَدْرِ لَا لِتَعْيِينِهِ فَكَيْفَ يَتَأْتَى فِيهِ الْفَرْقُ بَيْنَ الْمُنْكَبَسِ وَغَيْرِ الْمُنْكَبَسِ أَوْ التَّجْوِيزِ فِي قَرَبِ الْمَاءِ وَإِنَّمَا يَسْتَقِيمُ هَذَا التَّفْصِيلُ فِي الْبَيْعِ إِذَا كَانَ يَجِبُ تَسْلِيمُهُ فِي الْحَالِ حَيْثُ يَجُوزُ بِإِنَاءٍ لَا يُعْرَفُ قَدْرُهُ وَيُشْتَرَطُ فِي ذَلِكَ الْإِنَاءُ أَنْ لَا يَنْكَبِسُ وَلَا يَنْبَسِطُ وَيُقِيدُ فِيهِ اسْتِثْنَاءُ قَرَبِ الْمَاءِ أَيْضًا .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ بِخِلَافِ الْبَيْعِ بِهِ حَالًا حَيْثُ يَجُوزُ

أَيُّ فَإِنَّهُ إِذَا قَالَ : بَعْتُ مِنْكَ مِنْ هَذِهِ الصُّبْرَةِ بِمِلِّ هَذَا الْإِنَاءِ بِدِرْهِمٍ وَلَا يَدْرِي كَمْ يَسَعُ الْإِنَاءُ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ : لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَبْعُ بِمُجَازَفَةٍ وَلَا مِكْيَالَةٍ وَيَبْعُ الْحِنْطَةَ إِنَّمَا يَجُوزُ عَلَى إِحْدَاهُمَا .

أَثَقَانِي .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبُرِّ قَرِيَّةٍ وَتَمَرُ نَخْلَةٍ بَعَيْنِهِ) أَيُّ لَا يَجُوزُ السَّلَامُ فِيهِمَا لِاحْتِمَالِ أَنْ يَعْتَرِيَهُمَا آفَةٌ فَلَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهَا وَإِلَيْهِ أَشَارَ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِقَوْلِهِ { إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ فِيمَ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ } وَلَوْ كَانَتْ النَّسَبَةُ لِبَيَانِ التَّنَوُّعِ بِأَنْ كَانَ لَهُ نَظِيرٌ فَلَا بَأْسَ بِهِ وَكَذَا إِذَا نَسَبَهُ إِلَى إِقْلِيمٍ لَا يُتَوَهَّمُ انْقِطَاعُهُ كَالشَّامِ وَالْعِرَاقِ .

الشرح

قوله في المتن بعينه

كَذَا بِخَطِّ الشَّارِحِ وَالَّذِي فِي نُسْخِ الْمَتْنِ مُعَيَّنَةٌ .

قوله ولو كانت النسبة لبيان النوع

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ : وَلَوْ كَانَتْ النَّسَبَةُ إِلَى قَرِيَّةٍ لِبَيَانِ الصِّفَةِ لَا بَأْسَ بِهِ عَلَى مَا قَالُوا كَالخَشْرَمَانِي يُخَارَى وَالْبَسَاحِي بِفَرَاغَةِ قَوْلِهِ لِبَيَانِ الصِّفَةِ يَعْنِي لِبَيَانِ الْجُودَةِ قَوْلُهُ لَا بَأْسَ بِهِ عَلَى مَا قَالُوا أَيُّ عَلَى مَا قَالَ الْمَشَائِخُ .
كَالْخَشْرَمَانِي يُخَارَى وَهُوَ نَوْعٌ مِنَ الْحِنْطَةِ مُسَمًّى بِذَلِكَ ثَمَّةً وَالْبَسَاحِي بِفَرَاغَةٍ وَهُوَ أَيْضًا نَوْعٌ مِنَ الْحِنْطَةِ عِنْدَهُمْ وَكَذَا إِذَا ذَكَرَ النَّسَبَةَ فِي الثُّوبِ لِبَيَانِ الصِّفَةِ كَمَا إِذَا قَالَ زَنْدَنِيحِي يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الثُّوبَ الزَنْدَنِيحِيَّ مَا يُنْسَجُ عَلَى صِفَةٍ مَعْلُومَةٍ سِوَاءِ نُسْجٍ فِي تِلْكَ الْقَرِيَّةِ أَوْ غَيْرِهَا قَالَ فِي خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى لَوْ كَانَ ذَكَرَ النَّسَبَةَ لِبَيَانِ الصِّفَةِ لَا لَتَعْيِينَ الْمَكَانِ كَالْخَشْرَمَانِي يُخَارَى فَإِنَّهُ يَذْكُرُ لِبَيَانِ الْجُودَةِ فَلَا يَفْسُدُ السَّلَامُ وَإِنْ تَوَهَّمُ انْقِطَاعُ حِنْطَةٍ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَشَرَطُهُ بَيَانُ الْجِنْسِ وَالتَّنَوُّعِ وَالصِّفَةِ وَالْقَدْرِ وَالْأَجَلِ) كَقَوْلِهِ حِنْطَةٌ سَقِيَّةٌ جَيِّدَةٌ عَشْرَةُ أَكْرَارٍ إِلَى شَهْرٍ ؛ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ تَنْتَفِي بِذِكْرِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : الْأَجَلُ لَيْسَ بِشَرَطٍ لِحَوَازِهِ لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَامِ } مُطْلَقًا وَاشْتَرَطَهُ الْأَجَلَ فِيهِ زِيَادَةً عَلَى النَّصِّ وَلِأَنَّهُ يُبْعُ مَا فِي الذِّمَّةِ فَيَصِحُّ حَالًا كَالْمُعِينِ وَالْمَعْنَى فِيهِ أَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِمَالٍ فَيَكُونُ فِيهِ الْأَجَلُ جَائِزًا تَرْفِيهًا لَا شَرَطًا كَغَيْرِهِ مِنْ أَنْوَاعِ الْبُيُوعِ وَالْإِجَارَاتِ وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْعَاقِلَ لَا يَلْتَزِمُ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ فَكَانَ قَادِرًا عَلَى تَسْلِيمِهِ ظَاهِرًا وَذَلِكَ يَكْفِي لِحَوَازِ الْعَقْدِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ قَادِرًا عَلَى التَّسْلِيمِ كَانَ قَادِرًا بِمَا يَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ بِوَاسِطَةِ التَّحْصِيلِ بِهِ وَلِهَذَا أَوْجَبْنَا تَسْلِيمَ رَأْسِ الْمَالِ عَلَى رَبِّ السَّلَامِ أَوَّلًا قَبْلَ قَبْضِهِ الْمُسْلَمَ فِيهِ بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ عَلَى أَصْلِهِ فَإِنَّهُ يَخْرُجُ مِنْ يَدِ مَوْلَاهُ غَيْرَ مَالِكٍ لَشَيْءٍ فَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْأَدَاءِ فِي الْحَالِ فَيُشْتَرَطُ فِيهَا التَّأَجُّلُ لِيَتِمَّكَنَ مِنَ التَّحْصِيلِ وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسَلِّمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ } فَشَرَطُ فِيهِ إِعْلَامُ الْأَجَلِ كَمَا شَرَطُ إِعْلَامُ الْقَدْرِ فَكَانَ لَازِمًا كَالْقَدْرِ .
وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْمَشْرُوعَ بِصِفَةٍ لَا يُوجَدُ بِدُونِ تِلْكَ الصِّفَةِ كَالصَّلَاةِ شَرَعَتْ بِوُضُوءٍ فَلَا تُوجَدُ بِدُونِهِ وَالرَّهْنُ شَرَعٌ مَقْبُوضًا فَلَا يُوجَدُ بِدُونِهِ وَهُوَ نَظِيرٌ مَنْ قَالَ : مَنْ دَخَلَ دَارِي فَلْيَدْخُلْ غَاضَّ الْبَصَرِ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَدْخُلَهَا إِلَّا وَهُوَ كَذَلِكَ وَكَمَنْ قَالَ : مَنْ أَرَادَ أَنْ يُصَلِّيَ فَلْيَتَوَضَّأْ وَمَا رَوَاهُ

حكاية حال فلا عموم لها لاحتمال أن يكون المرخص هو المؤجل ولأن القدرة على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد فما به ثبتت القدرة وهو الأجل الذي فيه يتمكن من تحصيله يكون شرطاً ضرورة وهذا ؛ لأن الواجب في الأصل هو تعيين المعقود عليه ليكون قادراً على تسليمه بأبلغ الجهات حتى إذا كان لا يقدر على تسليمه مع تعيينه كالأبق ونحوه لا يجوز بيعه فاعلم بذلك أن البيع من غير تعيين المبيع أو عند عدم القدرة على التسليم حرام وإنما أجز في السلم من غير تعيين المبيع رخصة لأجل المفاليس لما رويناهما والرخصة اسم لما أضيف مع قيام الدليل المحرم والحرمه لعذر تيسيراً على العباد .

والعذر هنا هو العجز عن التسليم لعسرته والعجز بسبب عدمه لا يرتفع إلا بالتملك والإمهال إلى زمان التحصيل أو الحصاد فأسقط التعيين لحاجة المفاليس وعوض الأجل لتقوم القدرة على التحصيل مقام القدرة على التسليم حقيقة بخلاف الكتابة ؛ لأن البذل فيها معقود به لا معقود عليه والشرط أن يقدر على تسليم المعقود عليه ؛ لأنه كالثمن حتى جاز استبداله قبل القبض والتعيين فلا يجب تعيينه حتى يُقام الأجل مقام التعيين ولا يدخله رخصة ؛ لأن عدمه أصل وليس بعارض للعذر ولأن الكتابة عقد إرفاق فيصير عليه المولى ظاهراً ولا يضيّق عليه بالمطالبة بالبذل إذ لو أراد التضييق عليه لما كاتبه أصلاً إذ العبد وكسبه له وأما السلم فعقد تجارة وهو مبني على المماكسة والمضايقة فالظاهر أنه

يطالبه به عقب العقد وهو عاجز عن تسليمه فيؤخر بالتأجيل لتمكن من التحصيل ولا يكون له عليه سبيل وإلا لزم أن يكون العوضان فيه يجب تسليمهما في المجلس كغيره من البياعات ولا يمكنه من التحصيل بالمطالبة والحبس وهذا ينافي معنى الرخصة لأجل الفقر والمسكنة وما كان شرعيته إلا نفعا لهم فأنقلب ضرراً عليهم ولا يقال : لو كان مشروعاً لدفع حاجة المفاليس لما جاز لعير المفلس ؛ لأننا نقول : الشيء في السلم لا يباع عادة إلا بأقل ولا يقدم على مثله إلا المحتاج .

فدلنا إقدامه على هذا البيع على أنه محتاج فأقيم ذلك مقام الحاجة لتعذر الوقوف عليها كما أقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام الخروج لتعذر الوقوف عليهما وشرط أن يكون الأجل معلوماً لما رويناهما ؛ لأنه إذا لم يكن معلوماً يفضي إلى المنازعة قال رحمه الله (وأقله شهر) أي أقل الأجل شهر روي ذلك عن محمد ؛ لأن ما دونه عاجل والشهر وما فوقه أجل ألا ترى أن المدين إذا حلف ليَقْضِيَنَّ دينه عاجلاً فقصاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فإذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الأجل وقيل : ثلاثة أيام رواه الطحاوي عن أصحابنا اعتباراً بشرط الخيار وقيل : أكثر من نصف يوم ؛ لأن المعجل ما كان مقبوضاً في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما عادة أكثر من نصف يوم وعن الكرخي أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في التأجيل في مثله فإن أحل فيه قدر ما يؤجل الناس في مثله جاز وإلا فلا والأول أصح وبه يفتى .

الشرح

قوله فيكون فيه الأجل جائزاً إلخ (قال في الهداية ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً قال الكمال وهو قول مالك وأحمد وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحال بأن يقول مثلاً : أسلمت هذه العشرة في كُر حنطة صفتها كذا وكذا إلى آخر الشروط وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر لإطلاق النص وهو قوله ورخص في السلم والظاهر أنهم لا يستدلون ؛ لأنهم أهل حديث وهذا لا يثبت إلا من كلام الفقهاء وإنما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الأجل فوجب نفيه .

قوله وما رواه حكاية حال

وَالْجَوَابُ عَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَخَّصَ فِي السَّلَامِ فَقُولُ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ السَّلَامِ بِطَرِيقِ الرُّخْصَةِ وَالضَّرُورَةِ وَنَحْنُ نَقُولُ بِهِ وَلَكِنْ لَا ضَرُورَةَ فِي سَلَامِ الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ قَادِرًا اتَّفَقَتِ الضَّرُورَةُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَادِرًا اتَّفَقِيَ الْعَرَضُ وَالْمَقْصُودُ .

أَثَقَانِي

قوله رواه الطحاوي عن أصحابنا اعتبارا بشرط الخيار

أَيُّ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ التَّقْدِيرَ ثَمَّةً بِالثَّلَاثِ بَيَانُ أَقْصَى الْمُدَّةِ فَأَمَّا أَذْنَاهُ فَعَبْرٌ مُقَدَّرٌ .

فَتَحُّ وَغَايَةُ

قوله وعن الكرخي أنه ينظر إلى مقدار المسلم الخ

قَالَ الْكَمَالُ وَقَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ : الصَّحِيحُ مَا رُوِيَ عَنِ الْكَرْخِيِّ أَنَّهُ مِقْدَارُ مَا يُمَكِّنُ تَحْصِيلَ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَهُوَ جَدِيرٌ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَاطِبَ مُحَقِّقٍ فِيهِ وَكَذَا مَا عَنِ الْكَرْخِيِّ مِنْ رِوَايَةٍ أُخْرَى أَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَى مِقْدَارِ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَإِلَى عُرْفِ النَّاسِ فِي تَأْجِيلِ مِثْلِهِ كُلِّ هَذَا تَنْفَتِحُ فِيهِ الْمُنَازَعَاتُ بِخِلَافِ الْمِقْدَارِ الْمُعَيَّنِ مِنَ الزَّمَانِ .

قوله والاول اصح

أَيُّ تَقْدِيرُ الْأَجَلِ بِشَهْرٍ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَدَّرُ رَأْسَ الْمَالِ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ) أَيُّ شَرْطُهُ بَيَانُ قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ إِذَا كَانَ الْعَقْدُ يَتَعَلَّقُ عَلَى مِقْدَارِهِ مِثْلُ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا : لَا يَحْتَاجُ إِلَى بَيَانِ قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ إِذَا كَانَ مُعَيَّنًا ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَعْلُومًا بِالْإِشَارَةِ فَلَا يُشْتَرَطُ إِعْلَامُ قَدْرِهِ كَمَا فِي الثَّمَنِ وَالْأَجَرَةِ وَالْمَذْرُوعَاتِ وَالْمَعْنَى فِيهِ أَنَّ مَعْرِفَةَ الْعَوْضِ إِنَّمَا تُشْتَرَطُ احْتِرَازًا عَنِ الْمُنَازَعَةِ وَجَهَالَةِ قَدْرِهِ بَعْدَ التَّعْيِينِ بِالْإِشَارَةِ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ كَجَهَالَةِ الْقِيَمَةِ فَلَا يُشْتَرَطُ مَعْرِفَتُهُ كَمَا لَا يُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْقِيَمَةِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ جَهَالَةَ قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ قَدْ تُفْضِي إِلَى جَهَالَةِ الْمُسْلِمِ فِيهِ بِأَنْ يُنْفَقَ بَعْضُهُ ، ثُمَّ يَجِدُ بِالْبَاقِي عَيْنًا فَيَرُدُّهُ وَلَا يَتَّفِقُ لَهُ الْإِسْتِبْدَالُ فِي مَجْلِسِ الرَّدِّ فَيَنْفَسِخُ الْعَقْدُ فِي الْمَرْدُودِ وَيَبْقَى فِي غَيْرِهِ وَلَا يَدْرِي قَدْرَهُ لِيَبْقَى الْعَقْدُ بِحِسَابِهِ فَيُفْضِي إِلَى جَهَالَةِ الْمُسْلِمِ فِيهِ فَيَجِبُ التَّحَرُّزُ عَنْ مِثْلِهِ وَإِنْ كَانَ مَوْهُومًا أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَا يَحْزُرُ بِكَيْلٍ مُعَيَّنٍ أَوْ بوزنٍ مُعَيَّنٍ لَمْ يَعْرِفْ مِقْدَارَهُ لِتَوَهُّمِ هَلَاكِهِ وَلِأَنَّهُ رَبَّمَا يَعْجِزُ عَنْ تَسْلِيمِ الْمُسْلِمِ فِيهِ فَيَحْتَاجُ إِلَى فَسْخِ الْعَقْدِ بَعْدَمَا أَنْفَقَ رَأْسَ الْمَالِ فَيَفْسَخَانِهِ وَلَا يَدْرِي كَمْ يَرُدُّ فَيُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ أَوْ إِلَى الرَّبَا فَيَجِبُ التَّحَرُّزُ عَنْ كُلِّ مَوْهُومٍ لِشَرْعِهِ مَعَ الْمُنَافِي إِذْ هُوَ يَبِيعُ الْمَعْدُومَ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ { : إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَ فِيمَ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ { بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ رَأْسُ الْمَالِ ثَوْبًا ؛ لِأَنَّ الدَّرْعَ وَصَفٌ فِيهِ فَلَا يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَيْهِ وَلَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلِ فَجَهَالَتِهِ لَا تُؤَدِّي إِلَى جَهَالَةِ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَمِنْ فُرُوعِهِ إِذَا أَسْلَمَ فِي جَنْسَيْنِ وَلَمْ يُبَيِّنْ رَأْسَ مَالٍ أَحَدِهِمَا بِأَنْ أَسْلَمَ مِائَةَ دِرْهَمٍ فِي كُرٍّ حِنْطَةٍ وَكُرٍّ شَعِيرٍ وَلَمْ يُبَيِّنْ حِصَّةً وَاحِدَةً مِنْهُمَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْقَسِمُ عَلَيْهِمَا بِاعْتِبَارِ الْقِيَمَةِ وَهِيَ تُعْرَفُ بِالْحَزَرِ فَلَا يَكُونُ مَعْلُومًا أَوْ أَسْلَمَ جَنْسَيْنِ وَلَمْ يُبَيِّنْ قَدْرَ أَحَدِهِمَا بِأَنْ أَسْلَمَ دَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ فِي مِقْدَارٍ مَعْلُومٍ مِنَ الْبُرِّ فَيُبَيِّنُ قَدْرَ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُبَيِّنِ الْآخَرَ ؛ لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ لَا يَكُونُ مَعْلُومًا بِمَعْرِفَةِ بَعْضِهِ إِذْ لَا يَعْلَمُ بِهِ مَا يَخْصُهُ مِنَ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَالْمُرَادُ بِالْمَعْدُودِ هُنَا مَا لَا تَتَفَاوَتُ أَحَادُهُ ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ

بَقْدَرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْمُقَدَّرَاتِ .

الشرحُ

قَوْلُهُ إِذَا كَانَ الْعَقْدُ يَتَعَلَّقُ عَلَى مِقْدَارِهِ (احْتَرَزَ عَنِ الْمَذْرُوعِ

قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ مَوْهُومًا

أَيَّ وَالْمَوْهُومُ فِي عَقْدِ السَّلَمِ كَالْمُتَحَقِّقِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْجَوَازِ بِكَوْنِهِ يَبِيعُ مَعْدُومٍ وَإِنَّمَا جُوزَ إِذَا وَقَعَ الْأَمْنُ عَنِ الْغَرَرِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ
وَإِذَا بَقِيَ نَوْعٌ غَرَرَ بِقِيَّ الْأَمْرِ عَلَى مَا كَانَ وَهُوَ عَدَمُ الْجَوَازِ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ فَيَجِبُ التَّحَرُّزُ عَنْ كُلِّ مَوْهُومٍ لَشَرْعِهِ

أَيَّ لَشَرْعِ السَّلَمِ

قَوْلُهُ مَعَ

أَيَّ الدَّلِيلِ .

قَوْلُهُ فَلَا يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَيْهِ

أَيَّ ثَمَنِ الثُّوبِ الْمُسَلَّمِ فِيهِ

قَوْلُهُ وَلَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِهِ

أَيَّ عَلَى مِقْدَارِهِ

قَوْلُهُ وَمِنْ فُرُوعِهِ

أَيَّ وَمِنْ فُرُوعِ الْإِخْتِلَافِ فِي مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ رَأْسِ الْمَالِ .

أَتَقَانِي .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَكَانُ الْإِيفَاءِ فِيمَا لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَّةٌ مِنَ الْأَشْيَاءِ) أَيَّ شَرْطُ جَوَازِهِ بَيَانُ مَكَانِ إِيْفَاءِ الْمُسَلَّمِ فِيهِ إِذَا كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَّةٌ
وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ : لَيْسَ بِشَرْطٍ وَيُوفِيهِ فِي مَوْضِعِ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ مُوجِبُ الْعَقْدِ فَيَتَعَيَّنُّ لَهُ مَوْضِعٌ وَجُودُهُ كَمَا فِي
الْبَيْعِ وَلِهَذَا وَجِبَ تَسْلِيمُ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ فَكَذَا الْبَدَلُ الْآخَرُ إِذَا الْعَقْدُ يُوجِبُ الْمُسَاوَاةَ ؛ لِأَنَّهُ السَّبَبُ الْمَوْجِبُ لِلْأَحْكَامِ
الْمُتَعَلِّقَةِ بِهِ وَالتَّسْلِيمُ مِنْ جُمْلَتِهَا فَيَتَعَيَّنُّ لَهُ مَوْضِعٌ وَجُودُهُ دَلَالَةٌ مَا لَمْ يُعَيَّنْ لَهُ مَكَانًا آخَرَ بِالنَّصِّ فَيَتَعَيَّنُّ لَهُ ذَلِكَ الْمَكَانُ ؛ لِأَنَّهُ يَفُوقُ الدَّلَالَهَ
بِخِلَافِ الْبَيْعِ حَيْثُ يَنْطَلُ بِاشْتِرَاطِ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ مَلَكَ الْمَبِيعِ بِالْعَقْدِ فَاشْتِرَاطُ النَّقْلِ عَلَى الْبَائِعِ شَرْطٌ
فَاسِدٌ إِذَا الْعَقْدُ لَا يَقْتَضِيهِ أَوْ يَكُونُ إِجَارَةً فِي بَيْعٍ فَيَكُونُ مُفْسِدًا لِلنَّهْيِ الْمَعْرُوفِ عَنْ صَفَقَةٍ فِي صَفَقَةٍ .

وَرَبُّ السَّلَمِ لَا يَمْلِكُ الْمُسْلِمَ فِيهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَاشْتِرَاطُهُ لَا يَكُونُ اشْتِرَاطَ الْعَمَلِ فِي مِلْكِهِ بَلْ فِي مِلْكِ الْبَائِعِ وَذَلِكَ غَيْرُ مُفْسِدٍ وَلِأَنَّهُ لَا يُزَاحِمُهُ مَكَانٌ آخَرُ فَيَتَعَيَّنُ ضَرُورَةُ كَأَوَّلِ أَوْقَاتِ الْإِمْكَانِ فِي الْأَوَامِرِ الْمُطْلَقَةِ وَصَارَ كَالْقَرْضِ وَالْغَضَبِ وَالْإِثْلَافِ وَالْأَبْيِ حَنِيفَةً أَنْ تَعَيَّنَ مَكَانَ الْعَقْدِ إِمَّا بِالتَّعْيِينِ صَرِيحًا أَوْ ضَرُورَةً وَجُوبِ التَّسْلِيمِ عَلَيْهِ فِي الْحَالِ وَلَمْ يُوَجَدْ إِذَ السَّلَمُ لَا يَجُوزُ إِلَّا مُوَحَّدًا فَيَكُونُ التَّسْلِيمُ مُتَأَخِّرًا ضَرُورَةً بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالْإِثْلَافِ وَالْقَرْضِ وَالْغَضَبِ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبُ التَّسْلِيمِ فِي الْحَالِ فَتَعَيَّنَ مَوْضِعُ وَجُودِ السَّبَبِ ضَرُورَةً وَلِأَنَّهُ لَوْ تَعَيَّنَ مَكَانُ الْعَقْدِ لَمَّا جَازَ تَغْيِيرُهُ بِالشَّرْطِ

كَمَكَانِ الْمَبِيعِ فِي بَيْعِ الْعَيْنِ وَلَتَعَيَّنَ مَكَانُ الْعَقْدِ فِيمَا إِذَا عَقَدَا فِي لُجَّةِ الْبَحْرِ وَفَسَادُهُ لَا يَخْفَى فَإِذَا لَمْ يَتَّعَيَّنْ وَلَمْ يُعَيَّنْ مَكَانًا آخَرَ بَقِيَ مَجْهُولًا جِهَالَةً فَاحْشَةُ فَيُؤَدِّي إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَيَفْسُدُ كَاخْتِلَافِ الصِّفَةِ ؛ لِأَنَّ قِيَمَةَ مَالِهِ حَمْلٌ وَمُؤَنَةٌ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ كَمَا تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الصِّفَةِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْحَطَبَ فِي الْمَدْنِ أَعْلَى مِنْهُ فِي الْقَرْيِ وَلِهَذَا قِيلَ : إِنَّ الْاخْتِلَافَ فِي بَيَانِ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ يُوجِبُ التَّحَالَفَ عِنْدَهُ كَالاخْتِلَافِ فِي الصِّفَةِ .

وَقِيلَ عَلَى عَكْسِهِ ؛ لِأَنَّ تَعْيِينَ الْمَكَانِ قَضِيَّةُ الْعَقْدِ عِنْدَهُمَا حَتَّى لَا يُحْتَاجَ فِيهِ إِلَى ذِكْرِهِ فَكَانَ اخْتِلَافًا فِي مُوجِبِ الْعَقْدِ فَيَتَحَالَفَانِ كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي الْبَدَلِ وَعِنْدَهُ قَضِيَّةُ الشَّرْطِ حَتَّى أُحْتِجَ فِيهِ إِلَى ذِكْرِهِ فَصَارَ كَالاخْتِلَافِ فِي شَرْطِ الْخِيَارِ وَالْأَجَلِ وَعَلَى هَذَا الْاخْتِلَافِ الثَّمَنُ وَالْأَجْرَةُ وَالْقِسْمَةُ إِذَا كَانَ لَهَا حَمْلٌ وَمُؤَنَةٌ وَهِيَ دَيْنٌ فِي الذِّمَّةِ مُوَحَّدَةٌ بِأَنَّ اشْتَرَى شَيْئًا أَوْ اسْتَأْجَرَهُ بِحَنْطَةٍ فِي الذِّمَّةِ مَوْصُوفَةً أَوْ اقْتَسَمَا شَيْئًا وَجَعَلَا لِأَحَدِهِمَا مَكِيلًا مَوْصُوفًا فِي الذِّمَّةِ إِلَى أَجَلٍ فَعِنْدَهُ يُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ فِي الصَّحِيحِ حَتَّى يَفْسُدَ إِذَا لَمْ يُبَيَّنْ وَعِنْدَهُمَا لَا يُشْتَرَطُ فَيَسْلَمُ فِي مَكَانِ الْبَيْعِ وَمَكَانِ تَسْلِيمِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ وَفِي مَوْضِعِ الْقِسْمَةِ ، ثُمَّ إِذَا عَيَّنَ مَصْرًا جَازَ ؛ لِأَنَّهُ مَعَ تَبَايُنِ أَطْرَافِهِ كَقَفْعَةٍ وَاحِدَةٍ فِي حَقِّ هَذَا الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّ قِيَمَتَهُ لَا تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمَحَلَّةِ مِنْ مَصْرٍ وَاحِدٍ وَلِهَذَا لَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لَيَعْمَلَ عَلَيْهَا بِالمِصْرِ فَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ عَلَيْهَا فِي أَيِّ مَكَانٍ كَانَ وَكَذَا لَوْ دَفَعَ مَالَهُ إِلَى رَجُلٍ مُضَارَبَةٍ لَيَعْمَلَ فِي الْمِصْرِ فَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ فِي أَيِّ مَكَانٍ شَاءَ وَقِيلَ : هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنِ الْمِصْرُ عَظِيمًا فَإِنْ كَانَ عَظِيمًا يَبْلُغُ بَيْنَ نَوَاحِيهِ فَرَسَخًا لَا يَجُوزُ مَا لَمْ يُبَيَّنَّا نَاحِيَةً مِنْهُ ؛ لِأَنَّ جِهَالَتَهُ مُفْضِيَةً إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يُؤْفِقَهُ فِي مَنْزِلِهِ جَازَ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ الْمَنْزِلَ مَجْهُولٌ وَقَدْ يَتَبَدَّلُ فَلَا يَعْلَمُ ، وَجَهُ اسْتِحْسَانٍ أَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الْمَنْزِلُ حَالِ حُلُولِ الْأَجَلِ عَادَةً وَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ فِي مَنْزِلِهِ إِلَيْهِ وَلَوْ شَرَطَ الْحَمْلَ إِلَى مَنْزِلِهِ قِيلَ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَا الْإِيْفَاءَ فِيهِ وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَإِنَّمَا يَقْتَضِي الْإِيْفَاءَ وَهُوَ يَتَصَوَّرُ بِدُونِ الْحَمْلِ فَيَكُونُ اشْتِرَاؤُهُ مُفْسِدًا وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يُؤْفِقَهُ فِي مَوْضِعٍ ، ثُمَّ يَحْمِلُهُ إِلَى مَنْزِلِهِ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُهُ بِالْإِيْفَاءِ ، ثُمَّ اشْتَرَا الْحَمْلَ يَكُونُ إِحَارَةً فِي بَيْعٍ فَلَا يَجُوزُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَا لَا حَمْلَ لَهُ يُؤْفِقُهُ حَيْثُ شَاءَ) وَهَذَا عَلَى إِطْلَاقِهِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ سَوَاءً بَيَّنَّا مَكَانَ الْإِيْفَاءِ أَوْ لَمْ يُبَيَّنَّا ؛ لِأَنَّ مَالِيَّتَهُ لَا تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ فَلَا يُفِيدُ تَعْيِينُهُ فَيُلْعَوُ وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يُبَيَّنْ فِيهِ مَكَانَ الْإِيْفَاءِ يَتَعَيَّنُ مَوْضِعُ الْعَقْدِ عِنْدَهُ وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ الْإِثْرَامِ وَهُوَ رَوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالْبُيُوعِ ، وَإِنْ بَيَّنَّ يَتَعَيَّنُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُفِيدُ أَمِنْ خَطَرِ الطَّرِيقِ فَيَتَعَيَّنُ فَحَاصِلُهُ أَنَّ فِيمَا لَا حَمْلَ لَهُ وَلَا مُؤَنَةً كَالْمِسْكِ وَالزَّعْفَرَانِ وَمَا أَشَبَّهُهُمَا لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى تَعْيِينِ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ رَوَايَاتُهُمْ فِيهِ فِي التَّخْرِيجِ فِي أَيِّ مَكَانٍ يَجِبُ تَسْلِيمُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا .

الشرح

قوله فاشترط النقل على البائع شرط فاسد

قَالَ الْكَمَالُ : وَفِي بَيْعِ الْعَيْنِ لَوْ شَرَطَ عَلَى الْبَائِعِ فِي الْمَصْرِ أَنْ يُوفِيَهُ إِلَى مَنْزِلِهِ وَالْعَقْدُ فِي الْمَصْرِ حَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ اسْتِحْسَانًا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ جَوَانِبِ الْمَصْرِ مَسَافَةٌ بَعِيدَةٌ فَإِنْ كَانَ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ .

قوله كأول أوقات الإمكان في الأوامر المطلقة

يَعْنِي أَنَّ الْجُزْءَ الْأَوَّلَ مِنَ الْوَقْتِ يَتَعَيَّنُ لِنَفْسِ الْوُجُوبِ وَإِنْ لَمْ يَتَعَيَّنْ لَوُجُوبِ الْأَدَاءِ لِعَدَمِ مُزَاحِمَةِ جُزْءٍ آخَرَ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ الْمُطْلَقَةِ مَا نَصَّهُ هَذَا إِنْمَا يَتِمَّشَى عَلَى قَوْلِ الْكَرْخِيِّ .

قوله كالإختلاف في الصفة

أَيُّ فِي الْحَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ فِي أَحَدٍ بَدَلِي السَّلَمِ .

قوله وقيل على عكسه

يَعْنِي لَا يَتَحَالَفَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بَلْ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَعِنْدَهُمَا يَتَحَالَفَانِ هَكَذَا ذَكَرَ الْخِلَافَ الْقُدُورِيُّ وَصَاحِبُ الْإِيضَاحِ وَصَاحِبُ الْكِفَايَةِ .

أَتَّقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ .

قَوْلُهُ فَصَارَ كَالِاخْتِلَافِ فِي شَرْطِ الْخِيَارِ وَالْأَجَلِ (أَيُّ فَلَا يَتَحَالَفَانِ وَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ .

قوله ؛ لَأَنَّ جَهَالَتَهُ مُقْضِيَةً إِلَى الْمَنَازَعَةِ

ذَكَرَهُ فِي الْمُحِيطِ .

فَتَحَّ

قوله ؛ لَأَنَّ مَالِيَّتَهُ لَا تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ

قَالَ الْكَمَالُ : إِذَا الْمَالِيَّةُ لَا تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ فِيمَا لَا حَمْلَ لَهُ وَلَا مُؤَنَّةَ بَلْ بَعِزَّةُ الْوُجُودِ وَقِلَّتِهِ وَكَثْرَةُ رَغَبَاتِ النَّاسِ وَقِلَّتِهَا بِخِلَافِ مَالِهِ مُؤَنَّةٌ .

فَتَحْ

قَوْلُهُ وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِهِمَا

قَالَ الْكَمَالُ : وَلَوْ عَيَّنَ مَكَانًا قِيلَ : لَا يَتَعَيَّنُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ وَالشَّرْطُ الَّذِي لَا يُفِيدُ لَا يَجُوزُ وَقِيلَ : يَتَعَيَّنُ ؛ لِأَنَّهُ يُفِيدُ سُقُوطَ خَطَرِ الطَّرِيقِ وَهُوَ الْأَصَحُّ ذَكَرَهُ فِي التَّخْفَةِ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ أَيْ ؛ لِأَنَّ مَالِيَّتَهُ لَا تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ .

قَوْلُهُ وَهُوَ رَوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالْبُيُوعِ

أَيِّ مِنْ أَصْلِ الْمَبْسُوطِ .

فَتَحْ

قَوْلُهُ كَالْمِسْكِ وَالزَّعْفَرَانِ

أَيِّ وَالْكَافُورِ وَصَعَارِ الثُّلُوثِ يَعْنِي الْقَلِيلَ مِنْهُ وَإِلَّا فَقَدْ يُسَلِّمُ فِي أَمْنَاءٍ مِنَ الزَّعْفَرَانِ كَثِيرَةٍ تَبْلُغُ أَحْمَالًا .

كَمَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَفَبَضُّ رَأْسِ الْمَالِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ) أَيِّ شَرْطُ جَوَازِ السَّلَامِ فَبَضُّ رَأْسِ الْمَالِ قَبْلَ أَنْ يَفْتَرَقَا وَالْمُرَادُ شَرْطُ بَقَائِهِ عَلَى الصَّحَّةِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْعَقِدُ صَحِيحًا ، ثُمَّ يُبْطَلُ بِالْإِفْتِرَاقِ لَا عَنْ قَبْضٍ وَإِنَّمَا شَرْطُ قَبْضِهِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ ؛ لِأَنَّ السَّلَامَ يُنْبِئُ عَنْ أَخْذِ عَاجِلٍ بِأَجَلٍ وَذَلِكَ بِالْقَبْضِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ لِيَكُونَ حُكْمُهُ عَلَى وَفْقِ مَا يَقْتَضِيهِ اسْمُهُ كَمَا فِي الْحَوَالَةِ وَالْكَفَالَةِ وَالصَّرْفِ وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ مِمَّا يَتَعَيَّنُ أَوْ لَا لِمَا ذَكَرْنَا وَلِأَنَّهُ فِيْمَا لَا يَتَعَيَّنُ يَلْزَمُ الْإِفْتِرَاقُ عَنْ دَيْنٍ بَدِينٍ وَهُوَ مِنْهُيٌّ عَنْهُ وَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَسْلِيمِهِ إِلَيْهِ لِيَتَصَرَّفَ فِيهِ فَيَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَلِهَذَا قُلْنَا : لَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ تَمَامَ الْقَبْضِ إِذَا الْقَبْضُ لَا يَتِمُّ إِلَّا إِذَا كَانَ مَبْنِيًّا عَلَى الْمِلْكِ وَخِيَارُ الشَّرْطِ يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْمِلْكِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ انْعِقَادَ الْعَقْدِ فِي حَقِّ الْحُكْمِ فَيَمْنَعُ تَمَامَ الْقَبْضِ ، وَالْإِفْتِرَاقُ فِيهِ قَبْلَ تَمَامِهِ مُبْطِلٌ لِلْعَقْدِ ، وَكَذَا لَا يَثْبُتُ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ خِيَارُ الرُّوْيَةِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُفِيدٍ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ فِي الذِّمَّةِ فَكَلَّمَا رَدَّ عَلَيْهِ بِخِيَارِ الرُّوْيَةِ أَعْطَاهُ غَيْرَهُ لِكَوْنِهِ لَا يَتَعَيَّنُ فَلَا يُفِيدُ بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ فِي رَأْسِ الْمَالِ وَخِيَارِ الرُّوْيَةِ فِيهِ حَيْثُ يَثْبُتَانِ فِيهِ إِذَا كَانَ مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ ؛ لِأَنَّهُمَا يُفِيدَانِ الْفَسْخَ بِالرَّدِّ وَلِأَنَّ خِيَارَ الْعَيْبِ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفَقَةِ بِالْقَبْضِ وَبِخِلَافِ الْإِسْتِحْقَاقِ ؛ لِأَنَّ الْإِسْتِحْقَاقَ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الْقَبْضِ حَتَّى لَوْ أَجَازَ الْمَالِكُ الْعَقْدَ بَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ عَنْ قَبْضِ جَازٍ ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ فِيهِ مُطْلَقٌ وَامْتِنَاعُ الْحُكْمِ فِيهِ لَيْسَ بِمُقْتَضَى السَّبَبِ بَلْ لِحَقِّ

الْمَالِكِ فَإِذَا جَازَ التَّحَقُّقُ الْإِجَازَةُ بِحَالَةِ الْعَقْدِ بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ انْعِقَادَهُ فِي حَقِّ الْحُكْمِ وَهُوَ فَوْقَ الْإِفْتِرَاقِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَيَكُونُ مُبْطِلًا ، وَلَوْ أَسْقَطَ خِيَارَ الشَّرْطِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ جَازَ إِذَا كَانَ رَأْسُ الْمَالِ قَائِمًا عِنْدَ إِسْقَاطِ الْخِيَارِ وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّ الْإِثْمَامَ .
مُعْتَبَرٌ بِالْإِبْتِدَاءِ وَفِيهِ خِلَافٌ زَفَرٌ وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى قَاعِدَتِهِ أَنَّ الْعَقْدَ مَتَى وَقَعَ فَاسِدًا لَا يَعُودُ صَحِيحًا عِنْدَهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ وَجُمْلَةُ الشُّرُوطِ جَمْعُوهَا فِي قَوْلِهِمْ إِعْلَامُ رَأْسِ الْمَالِ وَتَعْجِيلُهُ وَإِعْلَامُ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَتَأْجِيلُهُ وَبَيَانُ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ وَالْقُدْرَةُ عَلَى تَحْصِيلِهِ وَيَدْخُلُ تَحْتَ قَوْلِهِ إِعْلَامُ رَأْسِ الْمَالِ إِعْلَامُ جِنْسِهِ وَتَوَعُّهِ وَصِفَتِهِ وَقُدْرِهِ وَكَذَا فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ وَالْمُرَادُ بِالْقُدْرَةِ عَلَى تَحْصِيلِهِ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا مِنْ حِينِ الْعَقْدِ

إِلَى حِينَ الْمَحَلِّ .

الشرح

قَوْلُهُ وَلِهَذَا قُلْنَا : لَا يَجُوزُ اشْتِرَاؤُ الْخِيَارِ فِيهِ
أَيُّ فِي رَأْسِ الْمَالِ .

قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُفِيدٍ

أَيُّ إِذْ فَائِدَةُ خِيَارِ الرُّوْيَةِ رَدُّ الْمَبِيعِ وَالْمُسْلِمُ فِيهِ دَيْنٌ فِي الذِّمَّةِ فَإِذَا رَدَّ الْمَقْبُوضَ عَادَ دَيْنًا كَمَا كَانَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرُدَّ عَيْنَ مَا تَنَاولَهُ الْعَقْدُ فَلَا يَنْفَسُخُ الْعَقْدُ بِرَدِّهِ بَلْ يَعُودُ حَقُّهُ فِي مِثْلِهِ .

فَتَحْ

قَوْلُهُ وَبِخِلَافِ الْإِسْتِحْقَاقِ

يَعْنِي إِذَا ظَهَرَ رَأْسُ الْمَالِ مُسْتَحَقًّا لِلْغَيْرِ .

(وَقَوْلُهُ وَلَوْ أَسْقَطَ خِيَارَ الشَّرْطِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ جَازَ إِذَا كَانَ رَأْسُ الْمَالِ قَائِمًا) قَالَ الْكَمَالُ : وَإِنَّمَا قِيدَ بِقَوْلِهِ وَرَأْسُ الْمَالِ قَائِمٌ ؛ لِأَنَّهُمَا لَوْ أَسْقَطَاهُ بَعْدَ إِنْفَاقِهِ أَوْ اسْتِهْلَاكِهِ لَا يَعُودُ صَحِيحًا اتِّفَاقًا ؛ لِأَنَّهُ بِالْإِهْلَاكِ صَارَ دَيْنًا فِي ذِمَّةِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ فَلَوْ صَحَّ كَانَ بِرَأْسِ مَالٍ هُوَ دَيْنٌ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ كَمَا لَا يَجُوزُ فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ وَلِأَنَّهُ الْآنَ فِي مَعْنَى الْإِبْتِدَاءِ لِلْعَقْدِ إِذْ قَبْلَ الْإِسْقَاطِ لَمْ يَكُنْ لِلْعَقْدِ وَجُودٌ شَرْعًا قَوْلُهُ وَفِيهِ خِلَافٌ زُفَرُ) وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَمَالِكٍ كَقَوْلِ زُفَرٍ .

فَتَحْ

قَوْلُهُ وَجُمْلَةُ الشُّرُوطِ جَمْعُوهَا الْخُ

تَبِعَ فِيهِ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ الْكَمَالُ فَإِعْلَامُ رَأْسِ الْمَالِ يَشْتَمِلُ عَلَى بَيَانِ جَنْسِهِ وَصِفَتِهِ وَنَوْعِهِ وَقَدَرِهِ وَتَعْجِيلِهِ يَتِمُّ بِهِ خَمْسَةٌ وَإِعْلَامُ الْمُسْلِمِ فِيهِ يَشْتَمِلُ عَلَى مِثْلِهَا خَلَا التَّعْجِيلُ وَتَأْجِيلُهُ وَبَيَانُ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ تَتِمُّ أَحَدَ عَشَرَ وَأَمَّا الْقُدْرَةُ عَلَى تَحْصِيلِهِ فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْمُرَادَ مِنْهُ عَدَمُ الْإِنْقِطَاعِ فَإِنَّ الْقُدْرَةَ بِالْفِعْلِ فِي الْحَالِ لَيْسَتْ شَرْطًا عِنْدَنَا وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ لَوْ اتَّفَقَ عَجْزُهُ عِنْدَ الْحُلُولِ وَإِفْلَاسُهُ لَا يُبْطِلُ السَّلَمَ وَقَدْ بَقِيَ مَا قَدَّمَناه مِنْ كَوْنِ الْمُسْلِمِ فِيهِ مِمَّا يَتَعَيَّنُ

بِالتَّعَيَّنِ فَلَا يَجُوزُ فِي التَّقْوَدِ وَأَنْ لَا يَكُونَ حَيَوَانًا وَاتِّقَادُ رَأْسِ الْمَالِ إِذَا كَانَ نَقْدًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لِهَمَّا وَأَنْ لَا يَشْمَلَ الْبَدَلَيْنِ إِحْدَى عِلَّتِي الرِّبَا وَعَدَمُ الْخِيَارِ فَظَهَرَ أَنَّ قَوْلَهُ وَجُمْلَةُ الشُّرُوطِ لَمْ يَتِمَّ ، ثُمَّ فَرَعَ عَلَى اشْتِرَاؤِ الْقَبْضِ فِي السَّلَمِ أَنَّهُ لَوْ أَسْلَمَ مَائَتَيْنِ فِي كُرٍّ حَنِطَةٍ .

قوله وصفته

أَيُّ وَمِنْ صِفَتِهِ أَنْ يَذْكُرَ مِنَ النَّقْدِ الْفُلَانِيَّ إِذَا كَانَ فِي الْبَلَدِ نَقْدًا مُخْتَلِفَةً مَالِيَةً مُتَسَاوِيَةً فِي الرُّوَاكِ فَإِنْ لَمْ تَخْتَلِفْ وَتَسَاوَتْ رَوَاجًا يُعْطِيهِ مِنْ أَهْلِهَا وَلَوْ تَفَاوَتْ رَوَاجًا انْصَرَفَ إِلَى غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ كَمَا فِي الْبَيْعِ .

كَمَالُ رَحْمَةِ اللَّهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ أَسْلَمَ مَاتَتِي دِرْهَمٍ فِي كُرٍّ بَرٍّ مِائَةً دَيْنًا عَلَيْهِ وَمِائَةً نَقْدًا فَالَسَّلَمُ فِي الدَّيْنِ بَاطِلٌ) أَيُّ فِي حِصَّةِ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ بَدَيْنٍ وَصَحَّ فِي حِصَّةِ النَّقْدِ لَوْجُودِ قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ بِقَدَرِهِ وَلَا يَشِيعُ الْفَسَادُ ؛ لِأَنَّهُ طَارِئٌ إِذْ السَّلَمُ وَقَعَ صَحِيحًا فِي الْكُلِّ وَلِهَذَا لَوْ نَقَدَ مَاتَتَيْنِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ صَحَّ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنِ لَا يَتَعَيَّنُ فِي الْعَقْدِ ، لَكِنَّهُ يَبْطُلُ بِالْإِفْتِرَاقِ قَبْلَ نَقْدِ الْمِائَةِ الْأُخْرَى فَلَا يَشِيعُ الْبُطْلَانُ الطَّارِئُ كَمَا إِذَا بَاعَ عَبْدَيْنِ فَهَلَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْقَبْضِ بَطَلَ الْعَقْدُ فِيهِ دُونَ الْآخَرِ لَمَّا قُلْنَا بِخِلَافِ مَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ فَبَاعَهُمَا حَيْثُ يَبْطُلُ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ الْبُطْلَانُ فِيهِ مُقَارَنٌ فَيَكُونُ فِي الْعَبْدِ يَبْعًا بِالْحِصَّةِ ابْتِدَاءً فَلَا يَجُوزُ لِحِجَالَةٍ ثَمَنِهِ وَلَأَنَّ الْعَقْدَ الْوَاحِدَ لَا يُمَكِّنُ وَصْفُهُ بِالصَّحَّةِ وَالْبُطْلَانِ وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يُضَيَّفَ إِلَيْهِمَا كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ أَوْ يُضَيَّفَ إِلَى مَاتَتَيْنِ مُطْلَقًا ، ثُمَّ يَجْعَلُ الْمِائَةَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ قِصَاصًا بِمَا فِي ذِمَّتِهِ مِنَ الدَّيْنِ فِي الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْنَى يَجْمَعُهُمَا وَهُوَ كَوْنُ الْفَسَادِ طَارِئًا إِذْ الدَّيْنُ لَا يَتَعَيَّنُ بِإِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَيْهِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ عَيْنًا بَدَيْنِ ، ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لَا دَيْنَ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ وَلَوْ تَعَيَّنَ لَبَطَلَ بِخِلَافِ مَا لَوْ تَبَايَعَا عَيْنًا بَدَيْنِ وَهُمَا يَعْلَمَانِ أَنْ لَا دَيْنَ حَيْثُ يَبْطُلُ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ بِلَا ثَمَنٍ .

وَلَا يُقَالُ : لَوْ قَالَ أَسْلَمْتُ إِلَيْكَ هَذِهِ الْمِائَةَ وَالْمِائَةَ الَّتِي لِي عَلَى فُلَانٍ يَبْطُلُ الْعَقْدُ فِي الْكُلِّ وَإِنْ نَقَدَ الْكُلَّ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ اشْتِرَاؤُ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ عَلَى غَيْرِ الْعَاقِدِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ وَفَسَادُهُ مُقَارَنٌ فَيَتَعَدَّى بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَلَوْ كَانَ الْعَيْنُ وَالِدَيْنِ مُخْتَلَفِي الْجِنْسِ بَأَنَّ كَانَ لَهُ عَلَى آخَرٍ مِائَةُ دِرْهَمٍ فَأَسْلَمَهَا إِلَيْهِ وَعَشْرَةُ دَنَانِيرَ عَيْنٍ فِي أَكْرَارٍ مَعْلُومَةٍ لَا يَجُوزُ فِي الْكُلِّ أَمَّا حِصَّةُ الدَّيْنِ فَلَمَّا ذَكَرْنَا وَأَمَّا حِصَّةُ الْعَيْنِ فَلِحِجَالَةٍ مَا يَخْصُهُ مِنَ الْمُسْلَمِ فِيهِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ فِي حِصَّةِ الْعَيْنِ وَهِيَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى إِغْلَامِ قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ وَقَدْ بَيَّنَّا وَعَنْ زُفَرٍ أَنَّ السَّلَمَ فِي الْكُلِّ بَاطِلٌ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَطَلَ فِي حِصَّةِ الدَّيْنِ وَجَبَ أَنْ يَبْطُلَ فِي حِصَّةِ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْقَبُولَ فِيهِ شَرْطًا لِصِحَّتِهِ فِي الْآخَرِ فَيَفْسُدُ فِي الْكُلِّ وَجَوَابُهُ مَا بَيَّنَّا أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ صَحِيحًا لِعَدَمِ تَعَيُّنِ الدَّيْنِ ، ثُمَّ فَسَادُهُ فِي الْبَعْضِ لَا يَتَعَدَّى عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَإِمَامُنَا فِيهِ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَصِحُّ التَّصَرُّفُ فِي رَأْسِ الْمَالِ وَالْمُسْلَمِ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِشَرِكَةٍ أَوْ تَوَلِيَّةٍ) ؛ لِأَنَّ الْمُسْلَمَ فِيهِ مَبْعٌ بِدَلِيلٍ مَا رَوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ وَالتَّصَرُّفِ فِي الْمَبِيعِ الْمُنْقُولِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ وَرَأْسُ الْمَالِ مُسْتَحَقُّ الْقَبْضِ فِي الْمَجْلِسِ وَالتَّصَرُّفُ فِيهِ يَفُوتُ الْقَبْضَ الْمُسْتَحَقَّ فَلَا يَجُوزُ أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ { لَا تَأْخُذْ إِلَّا سَلَمَكَ أَوْ رَأْسَ مَالِكَ } فَهَذَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فِيهِمَا قَطْعًا حَيْثُ لَمْ يَجُوزْ أَخَذَ غَيْرَهُمَا بَدَلًا عَنْهُمَا فِي التَّوَلِيَّةِ تَمْلِيكُهُ بَعُوضٍ وَفِي الشَّرِكَةِ تَمْلِيكُ بَعْضِهِ بَعُوضٍ .

فَلَا يَجُوزُ وَلِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ لَهُ شَبَهُ بِالْمَبِيعِ حَتَّى لَا يَجُوزَ تَقْوِيَةُ الْقَبْضِ فِيهِ بِالتَّمْلِيكِ أَوْ بِالْإِبْرَاءِ كَالْمَبِيعِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ .

الشرح

قوله في المتن ولا يصح التصرف في رأس المال إلخ

وتجوز الحوالة والكفالة بالمسلم فيه ؛ لأنه دين مضمون كسائر الديون وقبضه من المسلم إليه بعينه ليس بشرط شرح تكملة قال في المحيط : وتصح الحوالة والكفالة والارتهان برأس المال ثم إن وجد قبض رأس المال أو هلك الرهن في مجلس المتعاقدين جاز وإلا بطل وكتب على قوله ولا يصح التصرف إلخ ما نصه وإنما لم يجز التصرف في رأس المال قبل القبض ؛ لأن قبضه قبل الافتراق بالأبدان إن شرط لصحة عقد السلم حقاً لله تعالى لئلا يلزم الكالي بالكالي فإذا جاز التصرف بالبيع والهبة ونحو ذلك يفوت الشرط فيفسد العقد وهذا معنى قوله لما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد .

أثقاني

قوله والمسلم فيه قبل القبض

أي وإنما قيد بقوله قبل القبض احترازاً عما بعد القبض ولهذا قال في شرح الطحاوي ولا بأس أن يبيع رب السلم سلمه بعد قبضه إياه مرابحة على رأس المال وأن يبيعه تولية وأن يبيع مواضعة وأن يشرك فيه غيره كما لو اشترى عيناً ؛ لأن المقبوض بعقد السلم يجعل في الحكم كعين ما ورد عليه العقد فصار كما لو اشترى عيناً برأس المال .

قال رحمه الله (فإن تقايلاً السلم لم يشتر) رب المال (من المسلم إليه برأس المال شيئاً) يعني قبل قبضه بحكم الإقالة لقوله عليه السلام { لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك } أي إلا سلمك حال قيام العقد أو رأس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال ولأن رأس المال أخذ شبهاً بالمبيع ؛ لأن الإقالة بيع في حق غيرهما ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه فتعين أن يجعل رأس المال مبيعاً وإن كان ديناً في الذمة ؛ لأن كونه ديناً لا ينافي أن يكون مبيعاً كالمسلم فيه قبل القبض فصار رأس المال بعد الإقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها فيأخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره ولأن الإقالة لما صارت بيعاً جديداً من وجهه كان حكم رأس المال فيها كحكمه في البيع الأول وهو السلم تنزيلاً للخلف منزلة الأصل فيحرم استبداله بعد الإقالة كما كان يحرم قبلها إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس بعدها كما كان يجب قبلها ؛ لأن الإقالة ليست ببيع من كل وجه ولهذا جاز إيراؤه عنه وإن كان لا يجوز قبلها وقال زفر والشافعي رحمهما الله : يجوز بيعه بعد الإقالة وهو القياس ؛ لأنه لما بطل السلم بقي رأس المال ديناً في ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ووجه الاستحسان ما بيناه .

الشرح

قوله في المتن فإن تقايلاً إلخ (هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كثر حنطة فتقايلاً السلم فأراد رب السلم أن يشترى برأس المال شيئاً قبل أن يقبضه قال : ليس له ذلك ولا يجوز شراؤه ، اعلم أولاً أن الإقالة في السلم كله أو بعضه تجوز إذا كان الباقي منه جزءاً معلوماً كالنصف ونحوه وبه صرح الطحاوي في مختصره .

أثقاني

قَوْلُهُ أَوْ رَأْسَ مَالِكَ حَالَ انْتِفَاسِهِ

فَاسْتَنْبَطَ مِنْهُ أَنَّهُ أُعْتَبِرَ كَالْمَبِيعِ فَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ وَهَذَا أَيْ كَوْنُهُ أَخَذَ شَبَهًا بِالْمَبِيعِ بِسَبَبِ أَنَّ الْإِقَالََةَ يَبِيعُ حَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ غَيْرِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَالشَّرْعُ ثَالِثٌ وَعَرِفَ أَنَّ صِحَّتَهَا تَتَوَقَّفُ عَلَى قِيَامِ الْمَبِيعِ إِلَى الْقَبْضِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ هَلَكَ الْخ.

قَوْلُهُ وَلِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ أَخَذَ شَبَهًا بِالْمَبِيعِ

أَيْ لَمَّا كَانَ هُوَ الْمَقْصُودُ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ لِسُقُوطِهِ

أَيْ بِالْإِقَالََةِ .

أَثَقَانِي .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ اشْتَرَى الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ كُرًّا وَأَمَرَ رَبَّ السَّلَمِ بِقَبْضِهِ قَضَاءً لَمْ يَصِحَّ وَصَحَّ لَوْ قَرْضًا أَوْ أَمَرَهُ بِقَبْضِهِ لَهُ ، ثُمَّ لِنَفْسِهِ فَفَعَلَ) مَعْنَاهُ أَنَّ يَكِيلَهُ لِنَفْسِهِ بَعْدَ الْقَبْضِ ثَانِيًا ؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ هُنَا صَفَتَانِ صَفَقَةٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي مِنْهُ وَصَفَقَةٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَبَيْنَ رَبِّ السَّلَمِ كِلَاهُمَا بِشَرْطِ الْكَيْلِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْكَيْلِ مَرَّتَيْنِ قَضَاءً لِلصَّفَقَتَيْنِ وَلَمْ يُوجَدْ فِي الْأَوَّلَى وَهُوَ مَا إِذَا أَمَرَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ رَبَّ السَّلَمِ بِقَبْضِهِ مِنَ الْبَائِعِ قَضَاءً بِحَقِّهِ فَلَمْ يَصِحَّ وَوُجِدَ فِي الثَّانِيَةِ وَهُوَ مَا إِذَا أَمَرَهُ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ بِقَبْضِهِ لَهُ بِأَنْ يَكِيلَهُ ، ثُمَّ يَقْبِضُهُ بِالْكَيْلِ ثَانِيًا فَلِهَذَا حَازَ وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ صَاعَانِ صَاعُ الْبَائِعِ وَصَاعُ الْمُشْتَرِي } وَمَحْمَلُهُ عَلَى مَا إِذَا اجْتَمَعَتِ الصَّفَقَتَانِ فِيهِ وَأَمَّا فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ فَيُكْتَفَى بِالْكَيْلِ فِيهِ مَرَّةً فِي الصَّحِيحِ .

فَإِنْ قِيلَ : يَبِيعُ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ مَعَ رَبِّ السَّلَمِ سَابِقٌ عَلَى شِرَاءِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ مِنْ بَائِعِهِ فَلَمْ يَكُنْ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ بَائِعًا لِرَبِّ السَّلَمِ بَعْدَ الشِّرَاءِ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ التَّهَيُّ قُلْنَا : السَّلَمُ وَإِنْ كَانَ سَابِقًا فَقَبْضُ الْمُسْلِمِ فِيهِ لَاحِقٌ وَالْمَقْبُوضُ بَدَلٌ عَنِ الْمُسْلِمِ فِيهِ حَقِيقَةٌ وَإِنْ كَانَ عَيْنُهُ حُكْمًا اخْتِرَازًا عَنِ الْاسْتِبْدَالِ فَكَانَ بَيْعًا حَقِيقَةً وَلِأَنَّ اسْتِبْدَالَ الْمُسْلِمِ فِيهِ بِجِنْسِهِ جَائِزٌ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَضَاهُ أَجُودَ مِمَّا شَرْطَاهُ حَازَ وَلَوْ حُرِّمَ الْاسْتِبْدَالُ بِجِنْسِهِ لَمَّا حَازَ فَكَانَ اسْتِبْدَالًا حَقِيقَةً وَحُكْمًا فَثَبَتَ أَنَّهُ يَبِيعُ حَدِيدٌ بَعْدَ الشِّرَاءِ فَوَجَبَ الْكَيْلُ ثَانِيًا لِأَجْلِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْكُرُّ قَرْضًا فَاشْتَرَى الْمُسْتَقْرِضُ كُرًّا

فَأَمَرَ الْمُقْرِضَ بِقَبْضِهِ قَضَاءً لِحَقِّهِ يَجُوزُ وَإِنْ لَمْ يُعَدَّ الْكَيْلُ ؛ لِأَنَّ الْقَرْضَ إِعَارَةً حَتَّى يَنْعَقِدَ بِلَفْظِ الْإِعَارَةِ فَكَانَ الْمَقْبُوضُ عَيْنَ حَقِّهِ تَقْدِيرًا فَلَمْ يَكُنْ اسْتِبْدَالًا وَلَوْ كَانَ اسْتِبْدَالًا لِلزِّمِّ مُبَادَلَةً الْجِنْسِ بِجِنْسِهِ نَسِيئَةً فَلَمْ تَنْتَحَقِ الصَّفَقَتَانِ فَيُكْتَفَى بِكَيْلٍ وَاحِدٍ لِلْمُشْتَرِي فَيَقْبِضُهُ لَهُ ، ثُمَّ لِنَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ إِعَادَةِ كَيْلٍ .

الشرح

قوله في المتن ولو اشترى المسلم إليه كرا وأمر رب السلم إلخ

قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ : وَمَنْ أَسْلَمَ فِي كُرٍّ وَهُوَ سِتُونَ قَفِيرًا أَوْ أَرْبَعُونَ عَلَى خِلَافٍ فِيهِ وَالْقَفِيرُ ثَمَانِي مَكَائِكَ وَالْمَكُوكُ صَاعٌ وَنِصْفٌ فَلَمَّا حَلَّ الْأَحْلُ اشْتَرَى الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ مِنْ رَجُلٍ كُرًّا وَأَمَرَ رَبَّ السَّلْمِ أَنْ يَقْبِضَهُ قَضَاءً عَنِ الْمُسْلِمِ فِيهِ فَاقْتَضَاهُ رَبُّ السَّلْمِ بِأَنْ أَكْتَالَهُ مَرَّةً وَحَارَزه إِلَيْهِ لَمْ يَكُنْ مُقْتَضِيًا حَقَّهُ حَتَّى لَوْ هَلَكَ بَعْدَ ذَلِكَ يَهْلِكُ مِنْ مَالِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَيُطَالِبُهُ رَبُّ السَّلْمِ بِحَقِّهِ ، وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ لَهُ أَيْ لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ ، ثُمَّ يَقْبِضَهُ لِنَفْسِهِ فَأَكْتَالَهُ أَيْ لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ ، ثُمَّ أَكْتَالَهُ مَرَّةً أُخْرَى لِنَفْسِهِ صَارَ مُقْتَضِيًا مُسْتَوْفِيًا حَقَّهُ وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَتْ صَفَتَانِ لِشَرْطِ الْكَيْلِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْكَيْلِ مَرَّتَيْنِ لِنَهْيِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ صَاعَانِ صَاعُ الْبَائِعِ وَصَاعُ الْمُشْتَرِي وَهَذَا هُوَ مَحْمَلُ الْحَدِيثِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الْفَصْلِ الَّذِي يَلِي بَابَ الْمُرَابَحَةِ حَيْثُ قَالَ الْمُصَنِّفُ : وَمَحْمَلُ الْحَدِيثِ اجْتِمَاعُ الصَّفَتَيْنِ وَالْفَقْهُ فِيهِ أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ مَا سُمِّيَ فِيهِ وَهُوَ الْكُرُّ وَهُوَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِالْكَيْلِ فَكَانَ الْكَيْلُ مُعِينًا لِلْمُسْتَحَقِّ بِالْعَقْدِ وَهَذَانِ عَقْدَانِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَوْفِيرِ مُقْتَضَى كُلِّ عَقْدٍ عَلَيْهِ .

أَلَا تَرَى أَنَّ الثَّانِي لَوْ كَالَهُ فَرَادَ لَمْ تَطِبْ لَهُ الزِّيَادَةُ وَوَجَبَ رُدُّهَا حَتَّى لَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي كَالَهُ لِنَفْسِهِ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي الثَّانِي فَقَبِضَهُ الثَّانِي لَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَكِيلَهُ إِقَامَةً لِحَقِّ الْعَقْدِ الثَّانِي ، وَالصَّفَقَتَانِ شِرَاءَ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ مِنْ بَائِعِهِ الْكُرُّ وَالصَّفَقَةُ التَّقْدِيرِيَّةُ الَّتِي أُعْتَبِرَتْ بَيْنَ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَرَبِّ السَّلْمِ

عِنْدَ قَبْضِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ يَصِيرُ بَائِعًا مِنْ رَبِّ السَّلْمِ مَا اشْتَرَاهُ ؛ لِأَنَّ الْمَأْخُوذَ لَيْسَ عَيْنَ حَقِّهِ فَإِنَّهُ دَيْنٌ وَهَذَا عَيْنٌ قَاصِصَةٌ بِهِ وَقَدْ أَخَذُوا فِي صِحَّةِ الْأَمْرِ أَنْ يَقْبِضَهُ لَهُ ، ثُمَّ يَقْبِضَهُ لِنَفْسِهِ وَعِنْدِي لَيْسَ هَذَا بِشَرْطٍ بَلْ الشَّرْطُ أَنْ يَكِيلَهُ مَرَّتَيْنِ حَتَّى لَوْ قَالَ لَهُ : اقْبِضْ الْكُرَّ الَّذِي اشْتَرَيْتَهُ مِنْ فُلَانٍ عَنْ حَقِّكَ فَذَهَبَ فَأَكْتَالَهُ ، ثُمَّ أَعَادَ كَيْلَهُ صَارَ قَابِضًا ؛ لِأَنَّ الْفَرْضَ أَنَّهُ لَا يَصِيرُ قَابِضًا لِنَفْسِهِ بِالْكَيْلِ الْأَوَّلِ بَلْ بِالْكَيْلِ الثَّانِي فَلَمَّا قَالَ لَهُ : اقْبِضْهُ عَنْ حَقِّكَ وَالْمُخَاطَبُ يَعْلَمُ أَنَّ طَرِيقَ صَيُورِهِ قَابِضًا لِنَفْسِهِ أَنْ يَكِيلَهُ مَرَّةً لِلْقَبْضِ عَنِ الْأَمْرِ وَثَانِيًا لِيَصِيرَ هُوَ قَابِضًا لِنَفْسِهِ فَقَبِلَ ذَلِكَ صَارَ قَابِضًا حَقَّهُ كَأَنَّهُ قَالَ لَهُ : اذْهَبْ فافْعَلْ مَا تَصِيرُ بِهِ قَابِضًا وَلَفْظُ الْجَامِعِ يُفِيدُ مَا قُلْنَا فَإِنَّهُ لَمْ يَزِدْ عَلَى قَوْلِهِ فَأَكْتَالَهُ ، ثُمَّ أَكْتَالَهُ لِنَفْسِهِ جَازٍ وَكُتِبَ عَلَى قَوْلِهِ وَلَوْ اشْتَرَى الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ الْخَ مَا نَصَهُ هَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ الْعَقْدَ إِذَا وَقَعَ مَكَايِلَةً أَوْ مُوَازَنَةً لَمْ يَجْزِ لِلْمُسْتَرِي أَنْ يَتَصَرَّفَ حَتَّى يُعِيدَ الْكَيْلَ أَوْ الْوَزْنَ ثَانِيًا أَتَقَانِي

قوله ومحملة

أَي مَحْمَلُ الْحَدِيثِ

قَوْلُهُ فَلَمْ يَكُنْ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ بَائِعًا لِرَبِّ السَّلْمِ بَعْدَ الشِّرَاءِ (أَيْ فَلَمْ تَجْتَمِعِ الصَّفَقَتَانِ .

فَتَحُّ

قوله فقَبْضُ الْمُسْلِمِ فِيهِ لِحَقِّ

أَي لَشِرَائِهِ مِنْ بَائِعِهِ وَإِنَّهُ أَيْ قَبْضُ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ غَيْرَ الدَّيْنِ حَقِيقَةً وَاعْتِبَارُهُ عَيْنُهُ فِي حَقِّ حُكْمٍ خَاصٍّ وَهُوَ صِحَّةُ قَبْضِهِ عَنِ الْمُسْلِمِ فِيهِ كَمَا لَا يَلْزَمُ الِاسْتِدْالُ بِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ لَا يَسْتَلْزِمُ اعْتِبَارُهُ إِيَّاهُ مُطْلَقًا فَأَخَذَ الْعَيْنَ عَنْهُ فِي حُكْمِ عَقْدٍ جَدِيدٍ فَيَتَحَقَّقُ بَيْعُ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ بَعْدَ شِرَائِهِ مِنْ بَائِعِهِ وَالذَّلِيلُ عَلَى هَذَا الِاعْتِبَارِ مَا قَالَ فِي الزِّيَادَاتِ لَوْ أَسْلَمَ مَائَةٌ فِي كُرٍّ ، ثُمَّ اشْتَرَى الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ مِنْ رَبِّ السَّلْمِ كُرَّ حِطَّةً بِمَائَتِي دِرْهَمٍ إِلَى سَنَةِ فَقَبِضَهُ فَلَمَّا حَلَّ السَّلْمُ أَعْطَاهُ ذَلِكَ الْكُرَّ لَمْ يَجْزِ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَا بَاعَ بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ يُرِيدُ أَنَّ رَبَّ السَّلْمِ اشْتَرَى مَا بَاعَهُ وَهُوَ الْكُرُّ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَهُ وَإِنَّمَا يَلْزَمُ ذَلِكَ إِذَا جُعِلَ عِنْدَ الْعَقْدِ كَأَنَّهُمَا جَدَدًا عَقْدًا وَمِثْلُ هَذَا فِيمَا لَوْ أَسْلَمَ فِي مَوْزُونٍ مُعَيَّنٍ وَاشْتَرَى الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ مَوْزُونًا كَذَلِكَ الْخَ لَا يَجُوزُ قَبْضُ رَبِّ السَّلْمِ

بِخِلَافِ مَا لَوْ اشْتَرَى الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ حِنْطَةً مُجَازَفَةً أَوْ مَلَكَهَا بِإِثْرٍ أَوْ هَبَةً أَوْ وَصِيَّةً وَأَوْفَاهُ رَبُّ السَّلَامِ فَكَالَهُ مَرَّةً وَتَجَوَّزَ بِهِ يُكْتَفَى بِكَيْلٍ وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ إِلَّا عَقْدًا بِشَرْطِ الْكَيْلِ وَهُوَ السَّلَامُ وَلَوْ اشْتَرَى الْمَعْدُودَ عَدًّا أَوْ أَسْلَمَ فِي مَعْدُودٍ فَعَلَى الرَّوَائِثَيْنِ فِي وُجُوبِ إِعَادَةِ الْعَدِّ فِي بَيْعِ الْمَعْدُودِ بَعْدَ شِرَائِهِ عَدًّا .

كَمَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

قَوْلُهُ فَأَمَرَ الْمُقْرَضُ بِقَبْضِهِ قَضَاءً بِحَقِّهِ

أَيُّ وَلَمْ يَقُلْ : أَقْبِضْهُ لِي ، ثُمَّ أَقْبِضْهُ لِنَفْسِكَ فَقَبْضُهُ بِأَنْ أَكْتَالَهُ مَرَّةً جَازَ .

كَمَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

قَوْلُهُ فَكَانَ الْمَقْبُوضُ عَيْنَ حَقِّهِ

أَيُّ فَلَمْ تَجْتَمِعْ صَفَتَانِ فَلَمْ يَجِبِ الْكَيْلَانِ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْعَيْتَابَ فِي الْقَرْضِ لَوْ لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا لَزِمَ تَمَلُّكُ الشَّيْءِ بِجِنْسِهِ نَسِيئَةً أَوْ تَفَرُّقَ بِلَا قَبْضٍ فِيهِ وَهُوَ رِبًا وَلِهَذَا لَا يَلْزَمُ التَّاجِيلُ فِي الْقَرْضِ ؛ لِأَنَّهُ يَبْعُ بِجِنْسِهِ نَسِيئَةً وَكَذَا لَوْ كَانَ الدَّيْنُ الْأَوَّلُ سَلَمًا فَلَمَّا حُلَّ اقْتَرَضَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ مِنْ رَجُلٍ كُرًّا وَأَمَرَ رَبُّ السَّلَامِ بِقَبْضِهِ مِنَ الْمُقْرَضِ فَفَعَلَ جَازَ لِمَا ذَكَرْنَا وَهَذَا ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْقَرْضِ عَقْدٌ مُسَاهَلَةٌ لَا يُوجِبُ الْكَيْلَ بِخِلَافِ الْبَيْعِ مُكْيَالَةً أَوْ مُوَازَنَةً وَلِهَذَا لَوْ اسْتَقْرَضَ مِنْ آخَرَ حِنْطَةً عَلَى أَنَّهَا عَشْرَةٌ أَفْزَرَهُ جَازَ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهَا قَبْلَ الْكَيْلِ .

كَمَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ أَمَرَهُ رَبُّ السَّلَامِ أَنْ يَكِيلَهُ فِي ظَرْفِهِ فَفَعَلَ وَهُوَ غَائِبٌ لَمْ يَكُنْ قَضَاءً بِخِلَافِ الْمَبِيعِ) يَعْنِي لَوْ دَفَعَ رَبُّ السَّلَامِ إِلَى الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ ظَرْفًا مِثْلَ الْغَرَائِرِ وَأَمَرَ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ أَنْ يَكِيلَ الطَّعَامَ الْمُسْلَمَ فِيهِ وَيَجْعَلَهُ فِي الظَّرْفِ فَفَعَلَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ وَرَبُّ السَّلَامِ غَائِبٌ لَمْ يَكُنْ قَبْضًا وَلَوْ كَانَ مَكَانَ السَّلَامِ مُشْتَرِيًّا بِأَنْ اشْتَرَى بُرًّا مُعَيَّنًا وَدَفَعَ الْمُشْتَرِي إِلَى الْبَائِعِ ظَرْفًا وَأَمَرَهُ أَنْ يَكِيلَهُ وَيَجْعَلَهُ فِي الظَّرْفِ فَفَعَلَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي غَائِبٌ صَحَّ وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ بِخِلَافِ الْمَبِيعِ وَالْفَرْقُ أَنَّ رَبَّ السَّلَامِ حَقَّهُ فِي الذِّمَّةِ وَلَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِالْقَبْضِ فَلَمْ يُصَادَفْ أَمْرُهُ مَلَكُهُ فَلَا يَصِحُّ فَيَكُونُ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ مُسْتَعِيرًا لِلظَّرْفِ فَجَعَلَ فِيهِ مَلِكًا نَفْسِهِ كَالدَّائِنِ إِذَا دَفَعَ كَيْسًا إِلَى الْمَدِينِ وَأَمَرَهُ أَنْ يَزِنَ دَيْنَهُ وَيَجْعَلَهُ فِيهِ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ فَالْمُشْتَرِي يَمْلِكُ الطَّعَامَ بِنَفْسِ الشَّرَاءِ فَيَصِحُّ أَمْرُهُ لِمُصَادَفَتِهِ مَلَكُهُ فَيَكُونُ قَابِضًا بِجَعْلِهِ فِي الظَّرْفِ وَيَكُونُ الْبَائِعُ وَكَيْلًا فِي إِمْسَاكِهِ الظَّرْفِ فَيَكُونُ الظَّرْفُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي حُكْمًا فَكَانَ الْوَاقِعُ فِيهِ وَاقِعًا فِي يَدِهِ حُكْمًا وَلِهَذَا اكْتَفَى بِذَلِكَ الْكَيْلِ فِي الصَّحِيحِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَمَرَهُ بِالطَّحْنِ أَوْ بِالْفَاهَةِ فِي الْبَحْرِ فَفَعَلَ يَكُونُ عَلَى الْأَمْرِ .

فِي الشَّرَاءِ وَيَتَقَرَّرُ الثَّمَنُ عَلَيْهِ وَفِي السَّلَامِ عَلَى الْمَأْمُورِ لِمَا قُلْنَا فَإِنْ قِيلَ : الْبَائِعُ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ وَكَيْلًا لِلْمُشْتَرِي فِي الْقَبْضِ حَتَّى لَوْ وَكَّلَهُ بِالْقَبْضِ نَصًّا لَا يَصِحُّ تَوْكِيلُهُ وَلَا يَكُونُ قَابِضًا لَهُ فَكَيْفَ يُصَوِّرُ أَنْ يَكُونَ وَكَيْلًا لَهُ هُنَا قُلْنَا : لَمَّا صَحَّ أَمْرُهُ لِكُونِهِ مَالِكًا لَهُ صَارَ وَكَيْلًا لَهُ ضَرُورَةً وَكَمٍّ مِنْ شَيْءٍ يَثْبُتُ ضَمْنًا وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ قَصْدًا وَلَوْ

كَانَ رَبُّ السَّلَامِ حَاضِرًا وَكَالَهُ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ بِحَضْرَتِهِ وَحَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الطَّعَامِ يَصِيرُ قَابِضًا ؛ لِأَنَّ التَّخْلِيَةَ تَسْلِيمًا وَلَوْ أَمَرَهُ فِي الشَّرَاءِ أَنْ يَكِيلَهُ وَيَجْعَلَهُ فِي ظَرْفِ الْبَائِعِ فَفَعَلَ لَمْ يَصِرْ قَابِضًا ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي صَارَ مُسْتَعِيرًا لِلظَّرْفِ مِنَ الْبَائِعِ وَلَمْ يَقْبِضْهُ فَلَا تَصِحُّ الْعَارِيَّةُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَتِمُّ بِدُونِ الْقَبْضِ فَلَا يَكُونُ الْوَاقِعُ فِيهِ وَاقِعًا فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَصَارَ كَمَا لَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَجْعَلَهُ فِي نَاحِيَةٍ مِنْ بَيْتِ الْبَائِعِ وَلَوْ اجْتَمَعَ الدَّيْنُ وَالْعَيْنُ

وَكَانَ الظَّرْفُ لِلْمُشْتَرِي وَأَمْرُهُ أَنْ يَجْعَلَهُمَا فِيهِ فَإِنْ بَدَأَ بِالْعَيْنِ صَارَ قَابِضًا لِلْكُلِّ أَمَّا الْعَيْنُ فَلِصِحَّةِ الْأَمْرِ بِهِ وَأَمَّا الدَّيْنُ فَلِأَنَّهُ خَلَطَهُ بِمَالِهِ فَمَلَكَهُ بِالتَّصَالِ بِهِ كَمَنْ دَفَعَ لَصَائِغِ فِضَّةٍ لِيَصْنَعَهَا خَاتَمًا وَأَمْرُهُ أَنْ يَزِيدَ عَلَيْهِ مِنْ عِنْدِهِ فِضَّةً قَرْضًا .

وَكَمَنْ اسْتَقْرَضَ مِنْ رَجُلٍ حِنْطَةً وَأَمْرُهُ أَنْ يَزْرَعَهُ فِي أَرْضِهِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ فَإِنَّهُ يَصِيرُ قَابِضًا لَهُ بِالتَّصَالِ بِمِلْكِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ وَالْخَلْطُ بِإِذْنِهِ بِخِلَافِ الصَّبَاغِ إِذَا صَبَغَ الثَّوْبَ حَيْثُ لَا يَصِيرُ صَاحِبُهُ قَابِضًا بِالتَّصَالِ الصَّبْغِ بِنُوبِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِيهِ الْفِعْلُ وَهُوَ الصَّبْغُ لَا الْعَيْنُ وَالْفِعْلُ لَا يُجَاوِزُ الْفَاعِلَ ؛ لِأَنَّهُ عَرَضٌ لَا يَقْبَلُ الْإِنْتِقَالَ وَلَمْ يَتَّصِلْ بِالثَّوْبِ فَلِهَذَا لَمْ يَصِرْ قَابِضًا ، وَإِنْ بَدَأَ بِالْدَّيْنِ لَمْ يَصِرْ قَابِضًا لَهُمَا أَمَّا الدَّيْنُ فَلَمَّا ذَكَرْنَا وَأَمَّا الْعَيْنُ فَلِأَنَّهُ لَمَّا خَلَطَهُ بِمِلْكِهِ فَقَدْ اسْتَهْلَكَهُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَيَنْتَقِضُ الْبَيْعُ وَهَذَا الْخَلْطُ لَمْ يَرْضَ بِهِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ الْبِدَايَةَ بِالْعَيْنِ فَلَمْ يَتَيَقَّنْ رِضَاهُ بِهِ حَتَّى يَكُونَ شَرِيكًا لَهُ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَصِيرُ قَابِضًا لَهُمَا جَمِيعًا كَمَا إِذَا بَدَأَ بِالْعَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ الدَّيْنُ أَوَّلًا لَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ وَلَمْ يَصِرْ الْبَائِعُ قَابِضًا لَهُ قُلْنَا : وَلَمَّا كَانَ الْعَيْنُ بَعْدَهُ وَخَلَطَهُ فِيهِ صَارَ قَابِضًا لِلْعَيْنِ لَمَّا ذَكَرْنَا وَلِلدَّيْنِ أَيْضًا ضَرُورَةُ اتِّصَالِهِ بِمِلْكِهِ فَصَارَ كَمَا لَوْ بَدَأَ بِالْعَيْنِ وَقَالَ مُحَمَّدٌ : يَصِيرُ قَابِضًا لِلْعَيْنِ دُونَ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَدَأَ بِالْدَّيْنِ لَمْ يَمْلِكْهُ الْمُشْتَرِي بَلْ هُوَ بَاقٍ عَلَى مِلْكِ الْبَائِعِ وَصَارَ مُسْتَعِيرًا لظَرْفِهِ وَلَمَّا كَانَ الْعَيْنُ بَعْدَهُ وَخَلَطَهُ بِهِ صَارَ خَالِطًا لِمِلْكِ الْمُشْتَرِي بِمِلْكِ نَفْسِهِ وَمُسْتَهْلِكًا لَهُ بِإِذْنِهِ فَيَشْتَرِكَانِ فِيهِ وَلَمْ يَبْرَأْ عَنِ الدَّيْنِ لِعَدَمِ الْقَضَاءِ بِخِلَافِ مَا إِذَا بَدَأَ بِالْعَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُسْلِمًا لِلْمُشْتَرِي بِوَضْعِهِ فِي ظَرْفِهِ ، ثُمَّ يَمْلِكُ الدَّيْنُ بِاتِّصَالِهِ بِمِلْكِهِ بَعْدَهُ وَهَكَذَا ذَكَرَهُ قَاضِي خَانَ وَذَكَرَ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ أَنَّ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ عِنْدَهُمَا إِنْ شَاءَ نَقَضَ الْبَيْعَ وَإِنْ شَاءَ شَارَكَهُ فِي الْمَخْلُوطِ ؛ لِأَنَّ الْخَلْطَ لَيْسَ بِاسْتِهْلَاكِ عِنْدَهُمَا .

الشرح

قوله لم يكن قضاء

هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي غَرَائِرِ رَبِّ السَّلَمِ طَعَامٌ بَلَا تَرُدُّ فَإِنْ كَانَ قِيلَ لَا يَصِيرُ قَابِضًا لَمَّا قَرَرْنَا أَنَّ أَمْرَهُ بِخَلْطِ طَعَامِ السَّلَمِ بِطَعَامِ

قوله ولو كان

أَيَّ وَلَوْ كَانَتْ الْحِنْطَةُ مُشْتَرَاةً وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا .

قوله بأن اشتري برأ معينا

أَيَّ عَلَى أَنَّهُ كَرُّ مَثَلًا .

قوله والفرق أن رب السلم حقه في الدمة

يَعْنِي أَنَّ رَبَّ السَّلَمِ حَقُّهُ فِي الدَّيْنِ لَا فِي الْعَيْنِ وَجَعَلَ الدَّيْنِ وَهُوَ وَصَفٌ ثَابِتٌ فِي الدِّمَّةِ فِي غَرَائِرِ رَبِّ السَّلَمِ مُحَالٌ وَحَقُّهُ فِي الْعَيْنِ لِأَنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِالْقَبْضِ وَلَمْ يُوْجَدْ مِنَ الْإِنْتِقَالِ

قَوْلُهُ فَلَمْ يُصَادِفْ أَمْرُهُ مَلَكَهُ
أَيُّ ؛ لِأَنَّهُ تَنَاوَلَ عَيْنًا مَمْلُوكَةً لِلْبَائِعِ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ فُجِعَلَ فِيهِ مَلِكٌ نَفْسِهِ
حَتَّى إِذَا هَلَكَ الْكُرُّ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَبَقِيَ الدَّيْنُ فِي ذِمَّتِهِ كَمَا كَانَ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ
أَيُّ لَا يَكُونُ قَابِضًا لِدَيْنِهِ بِوَضْعِهِ الدَّرَاهِمَ فِي كَيْسِهِ .

قَوْلُهُ فَيَكُونُ
أَيُّ كَيْلُهُ فِي غَرَائِرِهِ كَكَيْلِ الْمُشْتَرِي بِنَفْسِهِ .

قَوْلُهُ وَلِهَذَا اكْتَفَى الْخ
أَيُّ وَلِصِحَّةِ الْأَمْرِ اكْتَفَى بِذَلِكَ إِذَا كَالَهُ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي فَهُوَ اسْتِيفَاضٌ عَلَى صِحَّةِ الْأَمْرِ لِمُصَادَقَتِهِ الْمَلِكِ .

قَوْلُهُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ الْخ
قَالَ الْأَثَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَوْ أَمَرَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ بِالطَّحْنِ كَانَ الدَّقِيقُ لِلْمُشْتَرِي لِصِحَّةِ الْأَمْرِ ؛ لِأَنَّهُ تَنَاوَلَ مَلِكًا نَفْسِهِ وَفِي السَّلَمِ كَانَ الدَّقِيقُ لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ لَعَدَمِ صِحَّةِ الْأَمْرِ فَإِنْ أَخَذَ رَبُّ السَّلَمِ الدَّقِيقَ كَانَ حَرَامًا لِكَوْنِهِ بَدَلًا عَنْ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَالِاسْتِيفَالُ فِي السَّلَمِ حَرَامٌ وَلَوْ أَمَرَ الْمُشْتَرِي أَنْ يُلْقِيَهُ فِي الْبَحْرِ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي وَفِي السَّلَمِ مِنْ مَالِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ قَوْلُهُ لِكَوْنِهِ بَدَلًا عَنْ الْمُسْلِمِ فِيهِ أَيُّ قَبْلَ قَبْضِهِ فَتَحَّ .
قَوْلُهُ يَصِيرُ قَابِضًا) أَيُّ سَوَاءٌ كَانَتْ الْغَرَائِرُ لَهُ أَوْ لِلْبَائِعِ أَوْ كَانَتْ مُسْتَأْجَرَةً .

أَثَقَانِي وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ يَصِيرُ قَابِضًا مَا نَصَّهُ بِالِاتِّفَاقِ فَتَحَّ

قوله ولو اجتمع الدين والعين إلخ

بأن أسلم في كُرْ فَلَمَّا حَلَّ الْأَحْلُ اشْتَرَى رَبُّ السَّلَمِ مِنَ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ كُرًّا آخَرَ مُعِينًا وَدَفَعَ إِلَيْهِ ظَرْفًا لِيَكِيلَهُمَا فِيهِ .

قوله فإن بدأ

أي المسلم إليه .

قوله صار

أي المشتري .

كمال

قوله أما العين فلصحة الأمر به

أي ؛ لأنه لاقى ملكه فتح

قوله وأما الدين إلخ

قال الأتقاني : وأما الدين فلأنه اتصل بملك المشتري والعين في يده حكمًا فصار الدين أيضًا في يده لالتصّاله بها فصار قابضًا للكل .

قوله ليصنعها خاتماً

ليس هذا في خط الشّارح

قوله وأمره أن يزيد عليه من عنده قبضه

أي ففعل الصّانع ذلك في غيبته جاز وصار الأمر بالخلط قابضاً له .

قوله وإن بدأ

أي المسلم إليه بكيل الدين

قوله لم يصِر قابضاً لهما

أي ربُّ السِّلَم .

قوله فلما ذكرنا

أي من عَدَمِ صِحَّةِ الأمرِ .

قوله فلأنه

أي ربُّ السِّلَم .

قوله لما خلطه بمكة فقد استهلكه إلخ

قال الأتقاني : وإن بدأ بالدين ، ثُمَّ بِالْعَيْنِ لَمْ يَصِرْ قَابِضًا أَمَّا الدَّيْنُ فَلَعَدَمِ صِحَّةِ الأمرِ وَأَمَّا الْعَيْنُ فَلِأَنَّهُ خَلَطَ حِنْطَةَ الْمُشْتَرِي ي بِحِنْطَةِ نَفْسِهِ بَحِثْ لَا يَمْتَّازُ فَصَارَ مُسْتَهْلَكًا وَالْبَائِعُ إِذَا اسْتَهْلَكَ الْمَبِيعَ قَبْلَ الْقَبْضِ يَنْتَقِضُ الْبَيْعُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَمَّا عِنْدَ صَاحِبِيهِ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ شَارَكَهُ فِي الْمَخْلُوطِ بِقَدْرِ حِنْطَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْخَلْطَ لَيْسَ بِاسْتِهْلَاكِ عِنْدَهُمَا وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ فَيَنْتَقِضُ الْبَيْعُ

قوله فينتقض البيع

أَي لِهَلَاكِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يُقَالُ : هَذَا الْخَلْطُ لَيْسَ بِتَعَدٍّ لِيَكُونَ بِهِ مُسْتَهْلَكًا ؛ لِأَنَّهُ بِأَمْرِهِ أَحَابَ الْمُصَنَّفُ بِمَنْعِ إِذْنِهِ فِيهِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ لِحَوَازِ كَوْنِ مُرَادِهِ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ يَصِحُّ وَهُوَ أَنْ يَبْدَأَ بِالْعَيْنِ .

كَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله وهذا إلخ

جَوَابُ سُؤَالٍ .

قوله وَلَمْ يَصِرَ الْبَائِعُ

كَذَا بِخَطِّ الشَّارِحِ وَصَوَابُهُ الْمَشْتَرِي .

قوله وَهَكَذَا ذَكَرَهُ قَاضِي خَانٍ

أَيِّ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ أَسْلَمَ أُمَّةٌ فِي كُرٍّ وَقُبِضَتْ الْأُمَّةُ فَتَقَايَلًا فَمَاتَتْ أَوْ مَاتَتْ قَبْلَ الْإِقَالَةِ بَقِيَ وَصَحَّ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا) يَعْنِي مَاتَتْ الْأُمَّةُ بَعْدَ الْإِقَالَةِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهَا رَبُّ السَّلَمِ بِحُكْمِ الْإِقَالَةِ أَوْ مَاتَتْ قَبْلَ الْإِقَالَةِ ، ثُمَّ تَقَايَلًا بَعْدَ مَوْتِهَا بَقِيَتْ الْإِقَالَةُ عَلَى حَالِهَا وَلَمْ تَبْطُلْ بِمَوْتِهَا فِي الْأُولَى وَصَحَّتْ الْإِقَالَةُ بَعْدَ مَوْتِهَا فِي الثَّانِيَةِ وَيَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ قِيمَةُ الْحَارِيَةِ فِيهِمَا يَوْمَ قَبْضِهَا ؛ لِأَنَّ شَرْطَ صِحَّةِ الْإِقَالَةِ بَقَاءُ الْعَقْدِ وَهُوَ يَبْقَى بِبَقَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَالْمَعْقُودُ عَلَيْهِ فِي السَّلَمِ هُوَ الْمُسْلِمُ فِيهِ وَهُوَ بَاقٍ فِي ذِمَّةِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ بَعْدَ هَلَاكِ الْحَارِيَةِ فَصَحَّتْ الْإِقَالَةُ ابْتِدَاءً وَكَذَا يَبْقَى بَعْدَ الْهَلَاكِ ؛ لِأَنَّ الْبَقَاءَ أَسْهَلُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ فَإِذَا انْفَسَخَ الْعَقْدُ يَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ الْحَارِيَةِ وَقَدْ عَجَزَ بِمَوْنِهَا فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا لِقِيَامِهَا مَقَامَهَا كَمَا لَوْ تَقَايَصَا عَبْدًا بِحَارِيَةٍ ، ثُمَّ تَقَايَلًا بَعْدَ هَلَاكِ أَحَدِهِمَا فَإِنَّهُ يَصِحُّ لِبَقَاءِ أَحَدِهِمَا وَيَجِبُ رَدُّ الْبَاقِي مِنْهُمَا وَيَجِبُ عَلَى الْآخَرِ قِيمَةُ الْهَالِكِ لَمَّا قُلْنَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعَكُسُهَا شِرَاؤُهَا بِأَلْفٍ) أَيَّ عَكُسُ مَسْأَلَةِ السَّلَمِ شِرَاءَ الْحَارِيَةِ بِأَلْفٍ فَإِنَّ الْحُكْمَ فِيهَا لَوْ مَاتَتْ الْحَارِيَةُ بَعْدَ الْإِقَالَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ بَطَلَتْ الْإِقَالَةُ وَلَوْ تَقَايَلًا بَعْدَ هَلَاكِهَا ابْتِدَاءً لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِيهَا هِيَ الْحَارِيَةُ فَلَا تَصِحُّ الْإِقَالَةُ بَعْدَ هَلَاكِهَا ابْتِدَاءً وَلَا تَبْقَى لِإِنْعَادِ الْمَحَلِّ فَكَانَتْ عَكْسَ الْأُولَى بِخِلَافِ بَيْعِ الْمُقَايَصَةِ حَيْثُ تَصِحُّ الْإِقَالَةُ ابْتِدَاءً بَعْدَ هَلَاكِ أَحَدِهِمَا وَلَا تَبْطُلُ بِهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَوَظِينَ فِيهِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ لِكُونِهِ مَبِيعًا مِنْ وَجْهِ فَيَبْقَى الْعَقْدُ بِبَقَاءِ أَحَدِهِمَا فَحَاصِلُهُ أَنَّ هَذَا الْجِنْسَ مُنْقَسِمٌ إِلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ : أَحَدُهَا الْإِقَالَةُ فِي السَّلَمِ وَالثَّانِي الْإِقَالَةُ فِي بَيْعِ الْمُقَايَصَةِ وَالثَّلَاثُ الْإِقَالَةُ فِي بَيْعِ الْعَيْنِ بِالْثَمَنِ وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَ الثَّلَاثَةِ وَالرَّابِعُ الْإِقَالَةُ فِي الصَّرْفِ وَحُكْمُهُ أَنَّهَا إِذَا تَقَايَلًا فِيهِ بَعْدَ هَلَاكِ أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ أَوْ كِلَاهُمَا أَوْ هَلَاكِ الْبَدَلَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْإِقَالَةِ قَبْلَ التَّرَادِّ صَحَّتْ الْإِقَالَةُ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي الصَّرْفِ مَا وَجَبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي ذِمَّةِ الْآخَرِ وَذَلِكَ غَيْرُ مُعَيَّنٍ فَلَا يَتَصَوَّرُ هَلَاكُهُ وَالْمَقْبُوضُ غَيْرُهُ فَلَا يَمْنَعُ هَلَاكُهُ صِحَّةَ الْإِقَالَةِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ يَرُدُّ عَلَى مَا يَرُدُّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ فَلَا يَرُدُّ عَلَى الْمَقْبُوضِ وَلِهَذَا لَوْ كَانَ الْمَقْبُوضُ قَائِمًا كَانَ لَهُمَا أَنْ يَرُدَّاهُ غَيْرَهُ بَعْدَ التَّقَايُلِ .

الشرح

قوله فِي الثَّمَنِ أَوْ مَاتَتْ قَبْلَ الْإِقَالَةِ بَقِيَ

أَيَّ عَقْدُ الْإِقَالَةِ .

قَوْلُهُ وَهُوَ يَبْقَى بِبَقَاءِ الْمَغْفُودِ عَلَيْهِ

وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ مَبِيعٌ مَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَامِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَعَلَ الْمُسْلِمَ فِيهِ مَبِيعًا .

أَتَقَانِي .

قَوْلُهُ وَلَا تَبْقَى (أَيْ بَعْدَ هَلَاكِهَا .

قَوْلُهُ بِخِلَافِ بَيْعِ الْمُقَابَضَةِ حَيْثُ تَصَحُّ الْخ

قَالَ الْأَتْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ ، ثُمَّ فِيمَا صَحَّتْ الْإِقَالَةُ إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْقِيَمَةِ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَطْلُوبِ وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الطَّالِبِ وَهُوَ رَبُّ السَّلَامِ أَلَا تَرَى إِلَى مَا نَصَّ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ بِقَوْلِهِ إِذَا تَنَارَكَ السَّلَامُ وَرَأْسُ الْمَالِ تَوَبُّ فَهَلْكَ الثَّوْبُ عِنْدَ الْمَطْلُوبِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الطَّالِبُ فَعَلَى الْمَطْلُوبِ قِيَمَتُهُ وَالْقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ الْمَطْلُوبِ وَعَلَى الطَّالِبِ الْبَيِّنَةُ عَلَى مَا يَدَّعِي مِنْ فَضْلِ الْقِيَمَةِ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْأَصْلِ وَذَكَرَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ فِيهِ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَطْلُوبِ مَعَ يَمِينِهِ إِلَّا أَنْ يَقُومَ لِلطَّالِبِ بَيِّنَةٌ عَلَى مَا يَدَّعِي .

قَوْلُهُ أَوْ كِلَاهُمَا

كَذَا بِخَطِّ الشَّارِحِ وَالظَّاهِرُ كِلَيْهِمَا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْقَوْلُ لِمُدَّعِي الرَّدَاءَةِ وَالتَّاجِيلِ لَا لِنَافِي الْوَصْفِ وَالْأَحْلَ) يَعْنِي إِذَا اخْتَلَفَا فِي اشْتِرَاطِ الْوَصْفِ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ بِأَنْ قَالَ أَحَدُهُمَا شَرْطُنَا رَدِيًا وَقَالَ الْآخَرُ : لَمْ تَشْتَرِطْ شَيْئًا أَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا : شَرْطُنَا الْأَحْلَ وَقَالَ الْآخَرُ : لَمْ تَشْتَرِطْ شَيْئًا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ يَدَّعِي اشْتِرَاطَ الْوَصْفِ وَالْأَحْلَ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي الصَّحَّةَ إِذْ السَّلَامُ لَا يَجُوزُ إِلَّا مُوجَّهًا مَوْصُوفًا فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ ؛ لِأَنَّ الْفَاسِدَ حَرَامًا وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ الْمُسْلِمِ أَنْ يَجْتَنِبَ الْحَرَامَ وَيُتَّسِرَ الْمُبَاحَ ، ثُمَّ الْأَصْلُ فِي جِنْسِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ أَنَّهُمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الصَّحَّةِ فَإِنْ خَرَجَ كَلَامُ أَحَدِهِمَا مَخْرَجَ التَّعْنَتِ كَانَ بَاطِلًا وَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ يَدَّعِي الصَّحَّةَ وَإِنْ خَرَجَ مَخْرَجَ الْخُصُومَةِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ اتَّفَقَا عَلَى عَقْدٍ وَاحِدٍ وَعِنْدَهُمَا الْقَوْلُ لِلْمُنْكَرِ ، ثُمَّ تَفَاصِيلُ الْمَسْأَلَةِ أَنْ نَقُولَ : لَوْ أَسْلَمَ دَرَاهِمَ إِلَى رَجُلٍ فِي كُرٍّ حِنْطَةً فَقَالَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ : شَرْطُنَا رَدِيًا وَقَالَ رَبُّ السَّلَامِ : لَمْ تَشْتَرِطْ شَيْئًا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ رَبَّ السَّلَامِ مُتَعَنِّتٌ فِي إِنكَارِهِ الصَّحَّةَ إِذْ الظَّاهِرُ أَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ مَعَ رَدَائِهِ يَزِيدُ عَلَى رَأْسِ الْمَالِ وَكَلَامُ الْمُتَعَنِّتِ مَرْدُودٌ وَفِي عَكْسِهِ بِأَنْ ادَّعَى رَبُّ السَّلَامِ شَرْطَ الرَّدِيءِ وَأَنْكَرَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ الشَّرْطَ أَصْلًا كَانَ الْقَوْلُ لِرَبِّ السَّلَامِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي الصَّحَّةَ وَعِنْدَهُمَا الْقَوْلُ لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ . وَلَوْ قَالَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ : لَمْ يَكُنْ لَهُ أَجَلٌ وَقَالَ رَبُّ السَّلَامِ : كَانَ لَهُ أَجَلٌ كَانَ الْقَوْلُ لِرَبِّ السَّلَامِ عِنْدَهُمْ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ مُتَعَنِّتٌ فِي إِنكَارِهِ مَا يَنْفَعُهُ وَهُوَ الْأَحْلَ وَهُوَ حَقٌّ لَهُ فَكَانَ بَاطِلًا فَإِنْ

قِيلَ : الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ لَيْسَ بِمُتَعَنِّتٍ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي فَسَادَ الْعَقْدِ وَفِيهِ نَفْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُلْزَمُهُ الْمُسْلِمُ فِيهِ بِسَبَبِ فَسَادِ الْعَقْدِ بَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ رَأْسِ الْمَالِ وَهُوَ أَقْلُ مِنَ الْمُسْلِمِ فِيهِ عَادَةٌ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ لَهُ لِإِنْكَارِهِ قُلْنَا : الْفَسَادُ بِسَبَبِ عَدَمِ الْأَحْلِ مُخْتَلَفٌ فِيهِ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ فَلَمْ يَتَيَقَّنْ بِالْفَسَادِ فَلَا يُعْتَبَرُ النَّفْعُ فِي سُقُوطِ الْمُسْلِمِ فِيهِ عَنْهُ بِخِلَافِ عَدَمِ الْوَصْفِ عِنْدَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ فِيهِ قَطْعِيٌّ فَيُعْتَبَرُ إِثْكَارُ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ

لَيْسَ بِمُتَعَنِّتٍ ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَفْعُهُ يَسْقُوطُ الْمُسْلِمِ فِيهِ عَنْهُ وَرَدَّ رَأْسُ الْمَالِ بِخِلَافِ إِنْكَارِ رَبِّ الْمُسْلِمِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَنِّتٌ حَيْثُ يُنْكَرُ وَجُوبَ حَقِّهِ وَهُوَ الْمُسْلِمُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يَزِيدُ عَلَى رَأْسِ الْمَالِ عَادَةً وَإِذَا جُعِلَ الْقَوْلُ لِرَبِّ السَّلَمِ يَرْجِعُ فِي مِقْدَارِ الْأَجَلِ إِلَيْهِ أَيْضًا وَفِي عَكْسِهِ بَأْنِ ادَّعَى الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ الْأَجَلَ وَأَنْكَرَهُ رَبُّ السَّلَمِ فَالْقَوْلُ لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا الْقَوْلُ لِرَبِّ السَّلَمِ ؛ لِأَنَّهُ يُنْكَرُ حَقًّا عَلَيْهِ وَهُوَ الْأَجَلُ فَكَانَ الْقَوْلُ لَهُ .

وَأِنْ أَنْكَرَ الصَّحَّةَ كَرَبُّ الْمَالِ يَقُولُ لِلْمُضَارِبِ : شَرَطْتُ لَكَ نِصْفَ الرَّبْحِ إِلَّا عَشْرَةَ دَرَاهِمَ وَقَالَ الْمُضَارِبُ : شَرَطْتُ لِي نِصْفَ الرَّبْحِ وَلَمْ تَزِدْ كَانَ الْقَوْلُ لِرَبِّ الْمَالِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ فَسَادُ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِاسْتِحْقَاقِ الرَّبْحِ عَلَيْهِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَذَا اتَّفَقَا عَلَى عَقْدِ السَّلَمِ وَاتَّفَقَهُمَا عَلَى الْعَقْدِ اتَّفَاقًا عَلَى شَرَائِطِهِ ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الشَّيْءِ تَبَعٌ لَهُ وَبُتُوهُ بِبُتُوتِ الْأَصْلِ فَإِنْكَارُهُ الْأَجَلَ بَعْدَ ذَلِكَ رُجُوعٌ مِنْهُ عَمَّا أَقَرَّ بِهِ فَلَا يُقْبَلُ كَالْمُتَنَاقِضِينَ إِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا النِّكَاحَ بِغَيْرِ شَهُودٍ وَالْآخَرُ بِشَهُودٍ كَانَ الْقَوْلُ لِمَنْ يَدَّعِي النِّكَاحَ بِالشَّهُودِ بِخِلَافِ الْمُضَارِبَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَتَّفَقَا عَلَى عَقْدٍ وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتِمَكَّنُ مِنْ فُسْخِهِ بَعْدَ الْعَقْدِ فَيَرْتَفِعُ تَكُونُ إِجَارَةٌ وَلَكِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهَذَا اتَّفَقَا عَلَى عَقْدٍ وَاحِدٍ فَالْمُضَارِبَةُ غَيْرُ لَازِمَةٍ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتِمَكَّنُ مِنْ فُسْخِهِ بَعْدَ الْعَقْدِ فَيَرْتَفِعُ بِاخْتِلَافِهِمَا إِذَا ارْتَفَعَ بِالْإِنْكَارِ بَقِيَ مُجَرَّدُ دَعْوَى الْمُضَارِبِ فِي مَالِ رَبِّ الْمَالِ فَكَانَ الْقَوْلُ لِلْمُنْكَرِ وَهُوَ رَبُّ الْمَالِ وَبِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ الزَّوْجُ لَامْرَأَتِهِ : تَزَوَّجْتُكَ وَأَنْتِ صَغِيرَةٌ وَقَالَتْ هِيَ : تَزَوَّجْتَنِي وَأَنَا بِالْعَةِ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ فِيهِ فَسَادُ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُقَرَّرْ بِالْعَقْدِ بَلْ أَنْكَرَهُ حَيْثُ أَسْتَدَّهُ إِلَى حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلصَّحَّةِ لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ .

الشرح

قوله مَخْرَجُ التَّعَنُّتِ

قَالَ الْكَمَالُ : وَهُوَ أَنْ يُنْكَرَ مَا يَنْفَعُهُ وَكُتِبَ عَلَى قَوْلِهِ مَخْرَجُ التَّعَنُّتِ مَا نَصَّهُ لَا مَخْرَجَ الْخُصُومَةِ .

أُتْقَانِي

قوله وَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ يَدَّعِي الصَّحَّةَ

أَيُّ ؛ لِأَنَّ كَلَامَ الْمُتَعَنِّتِ مَرُودٌ فَإِذَا رُدَّ بَقِيَ كَلَامُ الْآخَرِ بَلَا مُعَارِضٍ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ .

أُتْقَانِي

قوله وَإِنْ خَرَجَ مَخْرَجَ الْخُصُومَةِ

قَالَ الْكَمَالُ : وَهُوَ أَنْ يُنْكَرَ مَا يَضُرُّهُ .

قوله فكذلك

يَعْنِي الْقَوْلَ لِمَدْعِي الصَّحَّةِ .

قوله كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ

أَيُّ بِالِاتِّفَاقِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ رَبَّ السَّلَمِ مُتَعَنِّتٌ ؛ لِأَنَّهُ بِإِنْكَارِ الصَّحَّةِ مُنْكَرٌ مَا يَنْفَعُهُ وَهُوَ الْمُسْلِمُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ يَرُبُّو عَلَى رَأْسِ الْمَالِ فِي الْعَادَةِ وَإِنْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ نَقْدًا وَالْمُسْلِمُ فِيهِ نَسِيئَةً ؛ لِأَنَّ الْعُقَلَاءَ قَاطِبَةً عَلَى إِعْطَاءِ هَذَا الْعَاجِلِ بِذَاكَ الْآجِلِ وَلَوْ أَنَّ يَرُبُّو عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ آجِلًا لَمْ تَطْبُو آرَأُوهُمْ عَلَيْهِ .

كَمَالٌ

قوله أَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ

لَيْسَ هَذَا فِي خَطِّ الشَّارِحِ

قوله وَكَلَامُ الْمُتَعَنِّتِ مَرْدُودٌ

أَيُّ فَيَقِي قَوْلُ الْآخِرِ بِلَا مُعَارِضٍ .

فَتَحٌ

قوله ؛ لِأَنَّهُ يَدْعِي الصَّحَّةَ

أَيُّ وَإِنْ كَانَ صَاحِبُهُ مُنْكَرًا وَكَلَامُهُ خُصُومَةً .

كَمَالٌ

قوله ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ

أَيُّ وَإِنْ أَنْكَرَ الصَّحَّةَ .

فَتَحٌ .

قوله قلنا : الفسادُ بسببِ عَدَمِ الْآجِلِ مُخْتَلَفٌ فِيهِ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ

أَيُّ فَإِنَّ عِنْدَ بَعْضِهِمُ السَّلَمَ بِدُونِ الْآجِلِ جَائِزٌ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ .

أَتَقَانِي ، ثُمَّ الْاِخْتِلَافُ فِي الْأَجَلِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ : أَحَدُهَا فِي أَصْلِ الْأَجَلِ فَفِيهِ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدَّعِي لِلْأَجَلِ مَعَ يَمِينِهِ طَالِبًا كَانَ أَوْ مَطْلُوبًا وَعِنْدَهُمَا الْقَوْلُ قَوْلُ الطَّالِبِ سَوَاءً

كَانَ مُدَّعِيًا لِلْأَجَلِ أَوْ مُنْكَرًا وَالثَّانِي فِي مِقْدَارِ الْأَجَلِ مِثْلُ أَنْ يَدَّعِي أَحَدُهُمَا أَنَّهُ شَهْرٌ وَقَالَ الْآخَرُ : إِنَّهُ شَهْرَانِ فَفِيهِ الْقَوْلُ قَوْلُ الطَّالِبِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُنْكَرُ الزِّيَادَةَ فَإِنْ قَامَتْ لِأَحَدِهِمَا الْبَيِّنَةُ يُقْضَى بِبَيِّنَتِهِ وَإِنْ قَامَتْ لَهُمَا يَقْضَى بِبَيِّنَةِ الْمَطْلُوبِ ؛ لِأَنَّهُا تُثَبِّتُ الزِّيَادَةَ وَالثَّلَاثُ فِي مُضِيِّ الْأَجَلِ قَالَ الطَّالِبُ : كَانَ الْأَجَلُ شَهْرًا وَقَدْ مَضَى وَقَالَ الْمَطْلُوبُ : كَانَ شَهْرًا وَلَمْ يَمْضِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَطْلُوبِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُنْكَرُ تَوَجُّهَ الْمُطَالَبَةِ فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ يُقْضَى بِبَيِّنَتِهِ وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ يُقْضَى بِبَيِّنَةِ الْمَطْلُوبِ ؛ لِأَنَّهُا تُثَبِّتُ زِيَادَةَ الْأَجَلِ .

أَتَقَانِي وَيُنْظَرُ فِي الدَّعْوَى عِنْدَ قَوْلِهِ وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْأَجَلِ فِي هَذَا الْمَجَرَّدِ قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ : وَالْاِخْتِلَافُ فِي مِقْدَارِ الْأَجَلِ لَا يُوجِبُ التَّحَالُفَ عِنْدَنَا خِلَافًا لِرُفْرٍ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَلَا فِي بَدَلِهِ بِخِلَافِ الْاِخْتِلَافِ فِي الصِّفَةِ يَعْنِي أَنَّهُ مَا هُوَ فَإِنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ ؛ لِأَنَّ الْوَصْفَ جَارٍ مَجْرَى الْأَصْلِ وَفِي الْخُلَاصَةِ إِذَا شَرِطَ فِي السَّلَمِ الثُّوبُ الْجَيِّدُ فَجَاءَ بَثُوبٍ وَادَّعَى أَنَّهُ جَيِّدٌ وَأَنْكَرَ الطَّالِبُ فَالْقَاضِي يُرِي اثْنَيْنِ مِنْ أَهْلِ تِلْكَ الصَّنْعَةِ وَهَذَا أَحْوَطُ وَالْوَاحِدُ يَكْفِي فَإِنْ قَالَا : جَيِّدٌ أَجْبَرَ عَلَى الْقَبُولِ

قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُنْكَرُ حَقًّا عَلَيْهِ

أَيِ ؛ لِأَنَّ رَبَّ السَّلَمِ يُنْكَرُ حَقًّا عَلَى نَفْسِهِ وَهُوَ الْأَجَلُ فَلَمْ يَكُنْ مُتَعَتِّيًا

قَوْلُهُ شَرِطْتُ لَكَ نِصْفَ الرَّبْحِ إِلَّا عَشْرَةَ دَرَاهِمَ

وَفِي الْهِدَايَةِ نِصْفَ الرَّبْحِ وَزِيَادَةُ عَشْرَةٍ وَقَالَ فِي النِّهَايَةِ هَذَا لَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى تَقْرِيرِهِ كَانَ الْقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ كَذَا بِخَطِّ الشَّارِحِ .

قَوْلُهُ وَثُبُوتُهُ

أَيِ

ثُبُوتُ الشَّيْءِ الْمَشْرُوطِ هُنَا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَصَحَّ السَّلَمُ وَالِاسْتِصْنَاعُ فِي نَحْوِ خُفٍّ وَطَسْتٍ وَقُمُومٍ) أَمَّا السَّلَمُ فَلِأَنَّهُ يُمَكِّنُ ضَبْطَ صِفَتِهِ وَمَعْرِفَةَ قَدْرِهِ فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِجَوَازِهِ إِذَا اجْتَمَعَتْ فِيهِ شَرَائِطُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ وَأَمَّا الْاِسْتِصْنَاعُ فَلِلْإِجْمَاعِ الثَّابِتِ بِالتَّعَامُلِ مِنْ لَدُنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا وَهُوَ مِنْ أَقْوَى الْحُجَجِ وَقَدْ اسْتَصْنَعَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَاتَمًا وَمَنْبَرًا وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { مَا رَأَى الْمُؤْمِنُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ } وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ الْمَعْدُومَ وَهُوَ مِنْهُيٌّ عَنْهُ وَلَكِنْ تُرِكَ الْعَمَلُ بِهِ بِمَا ذَكَرْنَا وَالْقِيَاسُ يُتْرَكُ بِمِثْلِهِ كَدْخُولِ الْحَمَّامِ وَالِاحْتِجَامِ بِأَجْرَةٍ وَطَلَبِ شَرْبَةِ مَاءٍ مِنَ السَّقَاءِ بِفُلَسٍ كُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ لِلتَّعَامُلِ وَإِنْ كَانَ الْقِيَاسُ يَأْبَاهُ لِلْجَهَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِفُ كَمْ قَدَرُ مَا يَقَعْدُ فِي الْحَمَّامِ وَكَمْ قَدَرُ مَا يَسْتَعْمِلُ أَوْ يَشْرَبُ مِنَ الْمَاءِ وَكَمْ قَدَرُ مَا يَخْرُجُ مِنَ الدَّمِ إِذْ لَا يُعْتَبَرُ الْقِيَاسُ بِمُقَابَلَةِ الْإِجْمَاعِ أَوْ النَّصِّ وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ { لَا تَجْتَمِعُ أُمَّتِي عَلَى الضَّلَالَةِ } وَلَا يُشْكِلُ هَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي

الْمُزَارَعَةِ فَإِنَّ التَّعَامُلَ فِيهِ مَوْجُودٌ وَمَعَ هَذَا لَمْ يَأْخُذْ بِهِ وَأَخَذَ بِالْقِيَاسِ ؛ لِأَنَّ الْخِلَافَ فِيهَا كَانَ مَوْجُودًا فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ وَلَمْ يَجْزِ التَّعَامُلُ فِيهَا مِنْ غَيْرِ تَكْثِيرٍ بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ ، ثُمَّ إِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا جَرَى فِيهِ تَعَامُلٌ وَمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ لَا يَجُوزُ الِاسْتِصْنَاءُ فِيهِ وَيَكُونُ سَلَمًا إِذَا اجْتَمَعَتْ فِيهِ شَرَايِطُهُ ، ثُمَّ فِي الصَّحِيحِ أَنَّ الِاسْتِصْنَاءَ يَجُوزُ بَيْنَا وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ : إِنَّهُ وَعْدٌ وَلَيْسَ بِبَيْعٍ وَإِنَّمَا يَنْعَقِدُ بَيْنَا إِذَا أَتَى بِهِ مَفْرُوعًا

بِالتَّعَامُلِ وَلِهَذَا يَثْبُتُ فِيهِ الْخِيَارُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَجْهٌ قَوْلُ الْجُمْهُورِ إِنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ سَمَّاهُ شِرَاءً وَذَكَرَ فِيهِ الْقِيَاسَ وَالِاسْتِحْسَانَ وَفَصَلَ بَيْنَ مَا فِيهِ تَعَامُلٌ وَمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ وَأَثَبَتْ فِيهِ خِيَارَ الرُّوْيَةِ وَلَوْ قَبَضَ الثَّمَنَ مَلَكَهُ وَالْمُوَاْعَدَةُ تَجُوزُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا فِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ وَمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ وَلَا يَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ الرُّوْيَةِ وَلَا يَمْلِكُ بِهِ الْبَدَلُ فِي الْحَالِ فَبَطَلَ مَا قَالَهُ وَالْمَعْدُومُ قَدْ يُعْتَبَرُ مَوْجُودًا حُكْمًا لِلْحَاجَةِ كَطَهَارَةِ الْمُسْتَحَاضَةِ وَعَكْسُهُ الْمَاءُ الْمُسْتَحَقُّ بِالْعَطَشِ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ الْحَاجَةُ هُنَا إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ لَا يَجِدُ خُفًا مَصْنُوعًا يُوَافِقُ رِجْلَهُ وَلَا خَاتَمًا يُوَافِقُ أُصْبُعَهُ وَقَدْ يَجُوزُ بَيْعُ الْمَعْدُومِ لِلْحَاجَةِ أَصْلُهُ بَيْعُ الْمَنَافِعِ وَالْمَعْقُودُ عَلَيْهِ هُوَ الْعَيْنُ دُونَ الْعَمَلِ عِنْدَ الْجُمْهُورِ وَقَالَ أَبُو سَعِيدٍ الْبَرْذَعِيُّ : الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ هُوَ الْعَمَلُ ؛ لِأَنَّ الِاسْتِصْنَاءَ اسْتِفْعَالٌ مِنَ الصَّنْعِ وَهُوَ الْعَمَلُ فَتُسَمِّيَةُ الْعَقْدِ بِهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ هُوَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ وَالْأَدَمُ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ الْأَلَةِ لِلْعَمَلِ وَلِهَذَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَعْلَمَهُ بَعْدَ الْعَقْدِ حَتَّى لَوْ جَاءَ بِهِ مَفْرُوعًا لَا مِنْ صَنْعَتِهِ أَوْ مِنْ صَنْعَتِهِ قَبْلَ الْعَقْدِ فَأَخَذَهُ جَازٍ وَكَذَا لَوْ عَمِلَ بَعْدَهُ وَبَاعَهُ الصَّانِعُ قَبْلَ أَنْ يَرَاهُ الْمُسْتَصْنَعُ جَازٍ وَلَوْ كَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ الْعَمَلُ لَمَا جَازَ هَذَا كُلُّهُ .

وَكَذَا مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ : إِذَا جَاءَ بِهِ مَفْرُوعًا فَلِلْمُسْتَصْنَعِ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ سَمَّاهُ شِرَاءً وَأَثَبَتْ فِيهِ خِيَارَ الرُّوْيَةِ وَهُوَ لَا يَثْبُتُ إِلَّا فِي الْعَيْنِ وَإِنَّمَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا ؛ لِأَنَّ الِاسْتِصْنَاءَ شَبَّهَ بِالْإِجَارَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهِ طَلَبَ الصَّنْعِ فَلَشَبَّهَ بِالْإِجَارَةِ قُلْنَا : يَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَلَشَبَّهَ بِالْبَيْعِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ أَجْرَيْنَا فِيهِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ أَحْكَامِ الْبَيْعِ وَقِيلَ : يَنْعَقِدُ إِجَارَةٌ ابْتِدَاءً وَبَيْنَا انْتِهَاءً قَبِيلَ التَّسْلِيمِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا بَلْ يُسْتَوْفَى مِنْ تَرَكِّهِ وَالْإِجَارَةُ لَا يَثْبُتُ فِيهَا مَا ذَكَرْنَا مِنْ أَحْكَامِ الْبَيْعِ فَجَمَعْنَا بَيْنَهُمَا عَلَى التَّعَاقُبِ لَتَعَدَّرَ جَمْعُهُمَا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ كَمَا قُلْنَا فِي الْهَبَةِ بِشَرْطِ الْعَوَضِ هَبَةٌ ابْتِدَاءً بَيْنَا انْتِهَاءً وَالْمَعْنَى فِيهِ أَنَّ الْمُسْتَصْنَعَ طَلَبَ مِنْهُ الْعَيْنَ وَالذِّينَ فَاعْتَبَرْنَاهُمَا جَمِيعًا تَوْفِيرًا عَلَى الْأَمْرَيْنِ حَظُّهُمَا فَإِنْ قِيلَ : إِذَا اعْتَبَرْتُمْ فِيهِ مَعْنَى الْإِجَارَةِ وَمَعْنَى الْبَيْعِ وَحَبَّ أَنْ يُجَبَّرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْمُضِيِّ وَلَا يُخَيَّرَ قُلْنَا : الْإِجَارَةُ تُفْسَخُ بِالْأَعْدَارِ وَهَذَا عُدْرٌ ؛ لِأَنَّ الصَّانِعَ يَلْزَمُهُ الضَّرَرُ يَقْطَعُ الصَّرَمَ فَبِاعْتِبَارِهِ كَانَ لِلصَّانِعِ فُسْخُهُ وَكَذَا الْبَيْعُ يَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ الرُّوْيَةِ فَبِاعْتِبَارِهِ يَكُونُ لِلْمُسْتَصْنَعِ الْفُسْخُ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ عَلَى قَوْلٍ مَنْ قَالَ بِالتَّخْيِيرِ وَلِأَنَّ الْحَوَازَ لِلضَّرُورَةِ فَيُظْهِرُ فِي حَقِّهِ وَلَا ضَرُورَةَ فِي حَقِّ الزُّومِ فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّهِ .

الشرح

قوله وأما الاستصناع فللإجماع

قال في الهداية : وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً قال الكمال : الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو صفار اصنع لي خفاً طوله كذا وسعته كذا أو دسناً أي برمة يسع كذا ووزنه كذا على هيئة كذا بكذا ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيئاً فيعقد الآخر معه جاز استحساناً تبعاً للعين والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي .

قوله وقال الحاكم الشهيد

أي والصَّافِرُ ومُحَمَّدُ بْنُ سَلَمَةَ وصاحبُ المُنْثُورِ .

فَتَحَّ

قوله ولهذا

أي كَانَ لِلصَّانِعِ أَنْ لَا يَعْمَلَ وَلَا يُجْبَرَ عَلَيْهِ بِخِلَافِ السَّلَامِ وَلِلْمُسْتَصْنِعِ أَنْ لَا يَقْبَلَ مَا يَأْتِي بِهِ وَيَرْجِعَ عَنْهُ .

فَتَحَّ قَالَ فِي الْفَتَاوَى الصُّغْرَى : إِذَا اسْتَصْنَعَ لَا يُجْبَرُ الصَّانِعُ عَلَى الْعَمَلِ وَلَا الْمُسْتَصْنِعُ عَلَى إِعْطَاءِ الْأَجْرِ وَإِنْ شَرَطَ التَّعْجِيلَ وَإِنْ قَبَضَ الصَّانِعُ الدَّرَاهِمَ مَلَكَهَا .

قوله وهو العمل وشبهها بالبيع من حيث إنَّ المقصود عينُ المستصنع فيه

هَذَا الْمُلْحَقُ لَيْسَ بِثَابِتٍ فِي خَطِّ الشَّارِحِ وَلَكِنْ لَا بُدَّ مِنْهُ
قَوْلُهُ (الصَّرْمُ) قَالَ فِي الْمِصْبَاحِ وَالصَّرْمُ بِالْفَتْحِ الْجُلْدُ وَهُوَ مُعَرَّبٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَهُ) أَيُّ لِلْمُسْتَصْنِعِ الْخِيَارُ إِذَا رَأَى الْمَصْنُوعَ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ بِخِلَافِ السَّلَامِ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي إِبْتَاتِ الْخِيَارِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ كُلَّمَا رَدَّهُ عَلَيْهِ أَعْطَاهُ غَيْرُهُ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مُتَعَيِّنٍ إِذِ الْمُسْلِمُ فِيهِ دَيْنٌ فِي الذِّمَّةِ فَيَبْقَى فِيهَا حَتَّى يَقْبِضَهُ وَهَذَا يُفِيدُ الْفَسْخَ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالْإِحْضَارِ وَلَا خِيَارَ لِلصَّانِعِ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ لَهُ الْخِيَارَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يُلْحَقُهُ الضَّرَرُ بِقَطْعِ الصَّرْمِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا خِيَارَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا أَمَّا الصَّانِعُ فَلَمَّا ذَكَرْنَا وَأَمَّا الْمُسْتَصْنِعُ فَلَمَّا فِي إِبْتَاتِ الْخِيَارِ لَهُ إِضْرَارًا بِالصَّانِعِ فَرُبَّمَا لَا يَرِغَبُ فِيهِ غَيْرُهُ وَالصَّحِيحُ أَنَّ لِلْمُسْتَصْنِعِ الْخِيَارَ دُونَ الصَّانِعِ ؛ لِأَنَّهُ الْمُشْتَرِي لِمَا لَمْ يَرَهُ وَالصَّانِعُ بَائِعٌ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلِلصَّانِعِ بَيْعُهُ قَبْلَ أَنْ يَرَاهُ) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِاخْتِيَارِ الْمُسْتَصْنِعِ وَقَبْلَ أَنْ يَرَاهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ لَعَدَمِ تَعَيُّنِهِ وَإِذَا رَأَهُ وَرَضِيَ بِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ ؛ لِأَنَّهُ بِالْإِحْضَارِ أَسْفَطَ خِيَارَهُ وَلَزِمَ مِنْ جَانِبِهِ إِذَا رَضِيَ بِهِ الْمُسْتَصْنِعُ ثَبَتَ اللُّزُومُ فِي حَقِّهِ أَيْضًا .

الشرح

قوله ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ

أَيُّ فَبَرَدَهُ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ وَيَعُودُ إِلَيْهِ رَأْسُ مَالِهِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَوْجَلُهُ سَلَمٌ) أَيُّ إِذَا أُجِّلَ الْمُسْتَصْنِعُ صَارَ سَلَمًا وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : إِنْ ضَرَبَ الْأَجَلَ فِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ فَهُوَ اسْتِصْنَاعٌ وَإِنْ ضَرَبَ فِيمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ فَهُوَ سَلَمٌ ؛ لِأَنَّ الْاسْتِصْنَاعَ فِيمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ كَالثِّيَابِ وَنَحْوِهِ لَا يَجُوزُ إِجْمَاعًا فَتَعَيَّنَ حَمْلُهُ عَلَى السَّلَامِ تَحْرِيًّا لِلْحَوَازِ وَأَمَّا فِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ كَالْخَلْفِ وَنَحْوِهِ فَيَحْتَمِلُ الْوَجْهَيْنِ لَكِنَّ لَفْظَ الْاسْتِصْنَاعِ حَقِيقَةٌ

فِيهِ فَكَانَ مُحَافَظَةً قَضِيَّتَهَا أَوْلَىٰ وَيُحْمَلُ الْأَجَلُ عَلَى الْإِسْتِعْجَالِ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَمِلٌ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَكَرُهُ لِلتَّعْجِيلِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِلِاسْتِمْهَالِ وَلَفْظُ الْإِسْتِصْنَاعِ مُحْكَمٌ فِيهِ فَيُحْمَلُ الْمُحْتَمِلُ عَلَيْهِ وَلِأَنَّ الْإِسْتِصْنَاعَ عَقْدٌ جَائِزٌ غَيْرُ لَازِمٍ بِذِكْرِ الْأَجَلِ لَا يَكُونُ لَازِمًا كَعَقْدِ الشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ وَلِأَنَّ الْأَجَلَ لِلتَّرْفِيهِ وَتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ فَلَا يَخْرُجُ بِهِ الْعَقْدُ مِنْ جَنْسٍ إِلَى جَنْسٍ آخَرَ وَلَوْ كَانَ الْإِسْتِصْنَاعُ بِذِكْرِ الْأَجَلِ يَصِيرُ سَلَمًا لَكَانَ السَّلَمُ بِدُونِ ذِكْرِ الْأَجَلِ اسْتِصْنَاعًا وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ بِذِكْرِ الْأَجَلِ سَلَمًا لَكَانَ فَاسِدًا ؛ لِأَنَّهُ .

شَرَطَ فِيهِ عَمَلُ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَإِنَّهُ مُفْسِدٌ لِلْسَّلَمِ كَاشْتِرَاطِ طَعَامٍ قَرِيَةٍ بِعَيْنِهَا وَنَحْوِهِ بِخِلَافِ مَا لَا تَعَامَلُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُحْمَلْ عَلَى السَّلَمِ لَفَسَدَ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ يَفْسُدُ إِذَا لَمْ يُضْرَبْ لَهُ أَجَلٌ فَحَمَلْنَاهُ عَلَيْهِ مَا أَمَكُنْ لِمَا ذَكَرْنَا وَلِأَنِّي حَنِيفَةٌ أَنَّهُ يَحْتَمِلُ السَّلَمُ فَكَانَ حَمْلُهُ عَلَيْهِ أَوْلَىٰ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ جَوَازَهُمَا عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ لِلْحَاجَةِ ، لَكِنَّ جَوَازَ السَّلَمِ ثَبَتَ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ الْمَشْهُورَةِ وَإِجْمَاعِ الْأُمَّةِ فِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ دُونَ مَا لَا تَعَامَلُ فِيهِ وَجَوَازُ الْإِسْتِصْنَاعِ ثَبَتَ لِلتَّعَامُلِ

النَّاسِ وَالسُّنَّةُ الْعَرَبِيَّةُ فِي بَعْضِ الْأَشْيَاءِ فَكَانَ حَمْلُهُ عَلَى السَّلَمِ أَوْلَىٰ فِيمَا احْتَمَلْنَاهُ لِكَوْنِهِ أَقْرَبَ إِلَى الْجَوَازِ وَلِهَذَا حُمِلَ عَلَيْهِ فِيمَا لَا تَعَامَلُ فِيهِ إِذَا ضُرِبَ لَهُ أَجَلٌ لِكَوْنِهِ أَتَى بِحُكْمِ السَّلَمِ وَصَرَّحَ بِهِ فَكَانَ هُوَ الْمَقْصُودُ وَالتَّرْجِيحُ بِالْمَقْصُودِ أَوْلَىٰ مِنَ التَّرْجِيحِ بِاعْتِبَارِ اللَّفْظِ أَلَّا تَرَى أَنَّ الْحَوَالََةَ بِشَرَطِ أَنْ لَا يَبْرَأَ الْأَصِيلُ كِفَالَةً وَالْكَفَالَةُ بِشَرَطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ حَوَالَةٌ وَكَذَا لَوْ بَاعَ الْمَنَافِعَ كَانَ إِجَارَةً وَلِأَنَّ ضَرْبَ الْأَجَلِ لِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ وَذَلِكَ بِاللُّزُومِ وَاللُّزُومُ فِي السَّلَمِ دُونَ الْإِسْتِصْنَاعِ وَذَكَرَ الصَّنِيعَةَ لِبَيَانِ الْوَصْفِ فِيهِ لَا لِلتَّعْيِينِ وَلِهَذَا لَوْ جَاءَ بِهِ وَهُوَ مِنْ عَمَلٍ غَيْرِهِ جَازَ وَيُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ فِيمَا لَا تَعَامَلُ فِيهِ وَلَا يَلْزَمُ مِنْ كَوْنِهِ سَلَمًا بِذِكْرِ الْأَجَلِ أَنْ يَكُونَ السَّلَمُ اسْتِصْنَاعًا بِحَذْفِهِ أَلَّا تَرَى أَنَّ النِّكَاحَ بِذِكْرِ الْأَجَلِ يَكُونُ مُتَعَةً وَلَا تَكُونُ الْمُتَعَةُ بِحَذْفِ الْأَجَلِ نِكَاحًا ، ثُمَّ الْمُرَادُ بِالْأَجَلِ مَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ أَجَلًا فِي السَّلَمِ وَقَدْ بَيَّنَّا قَدْرَهُ مِنْ قَبْلُ وَإِنْ لَمْ يَصْلُحْ فَهُوَ اسْتِصْنَاعٌ إِنْ جَرَى فِيهِ التَّعَامُلُ وَإِلَّا فَفَاسِدٌ وَهَذَا إِذَا ذُكِرَ الْأَجَلُ عَلَى سَبِيلِ الْإِسْتِمْهَالِ وَإِنْ ذَكَرَهُ عَلَى وَجْهِ الْإِسْتِعْجَالِ بَأَنَّ قَالَ عَلَى أَنْ تَفْرُغَ مِنْهُ غَدًا أَوْ بَعْدَ غَدٍ يَكُونُ اسْتِصْنَاعًا ؛ لِأَنَّهُ لِلْفَرَاغِ لَا لِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ وَقِيلَ : إِنْ ذَكَرَ أَذْنَىٰ مُدَّةً يَتِمَكَّنُ فِيهَا مِنَ الْعَمَلِ فَهُوَ اسْتِصْنَاعٌ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ سَلَمٌ وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ الْعَمَلِ فَلَا يُمَكِّنُ تَقْدِيرُهُ بِشَيْءٍ وَعَنِ الْهِنْدَوَانِيِّ إِنْ ذُكِرَ الْأَجَلُ إِنْ كَانَ مِنْ قَبْلِ الْمُسْتَصْنَعِ فَهُوَ لِلِاسْتِعْجَالِ فَلَا يَصِيرُ سَلَمًا وَإِنْ كَانَ مِنْ قَبْلِ الصَّانِعِ فَهُوَ لِلِاسْتِمْهَالِ فَيَكُونُ سَلَمًا وَفَائِدَةُ كَوْنِهِ سَلَمًا أَنْ يَشْتَرِطَ فِيهِ شَرَائِطُ السَّلَمِ مِنْ قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ وَعَدَمِ خِيَارِ الْفَسْخِ لَهُمَا إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا

الشرح

قَوْلُهُ إِذَا أَجَلَ الْمُسْتَصْنَعُ صَارَ سَلَمًا

حَتَّى لَا يَثْبُتَ فِيهِ الْخِيَارُ وَيُشْتَرِطَ قَبْضُ رَأْسِ الْمَالِ وَاسْتِقْصَاءُ الْوَصْفِ .

أُتْقَانِي

قَوْلُهُ فَهُوَ سَلَمٌ

أَيُّ بِلَا خِلَافٍ .

أُتْقَانِي .

قَوْلُهُ ثَبَتَ بِالْكِتَابِ (أَيُّ بَأَنَّهُ الْمُرَابَّةُ) .

باب المتفرقات

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (صَحَّ بَيْعُ الْكَلْبِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْكَلْبِ الْعَقُورِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ فَصَارَ كَالْهُوَامِ الْمُؤَذِيَةِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْكَلْبِ أَصْلًا لِنَهْيِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ بَيْعِ الْكَلْبِ وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إِنَّ مِنَ السُّحْتِ مَهْرَ الْبَغِيِّ وَثَمَنَ الْكَلْبِ } وَلِأَنَّهُ نَجِسُ الْعَيْنِ فَصَارَ كَالْخَنْزِيرِ وَلَنَا مَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ { أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَلْبِ إِلَّا كَلْبَ صَيْدٍ ، أَوْ مَاشِيَةٍ } وَعَنْ ابْنِ عُمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا { أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى فِي كَلْبٍ بِأَرْبَعِينَ دِرْهَمًا } وَلِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ آلَةٌ الْإِصْطِيَادِ فَيَصِحُّ بَيْعُهُ كَالْبَازِي أَلَّا تَرَى أَنَّ الشَّرْعَ أَبَاحَ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ حِرَاسَةً وَاصْطِيَادًا فَكَذَا يَبْعُ وَلِأَنَّهُ يَجُوزُ تَمْلِكُهُ بِغَيْرِ عَوْضٍ كَالْهَبَةِ ، وَالْوَصِيَّةِ فَكَذَا يَعْوِضُ بِخِلَافِ الْخَنْزِيرِ ؛ لِأَنَّهُ نَجِسُ الْعَيْنِ كَالْمَيْتَةِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ شَرْعًا ، وَالْكَلْبُ لَيْسَ بِنَجَسِ الْعَيْنِ وَبِخِلَافِ الْهُوَامِ الْمُؤَذِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ بِهَا وَمَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ مَحْمُولٌ عَلَى ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ حِينَ كَانَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يَأْمُرُ بِقَتْلِ الْكِلَابِ ؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ { أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَخَّصَ فِي ثَمَنِ كَلْبِ الصَّيْدِ } فَلَفِظُ الرُّخْصَةِ يَدُلُّ عَلَى الْإِسْتِبَاحَةِ وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ جَمِيعِ أَنْوَاعِ الْكِلَابِ الْمُعْلَمِ وَغَيْرِ الْمُعْلَمِ وَشَرَطَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ لِحَوَازِ بَيْعِ الْكَلْبِ أَنْ يَكُونَ مُعْلَمًا ، أَوْ قَابِلًا لِلتَّعْلِيمِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (، وَالْفَهْدُ ، وَالسَّبَاعُ ، وَالطُّيُورُ) ؛ لِأَنَّهُمَا حَيَوَانٌ يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِمَا شَرْعًا وَتَقَبُّلُ التَّعْلِيمِ عَادَةً فَجَازَ بَيْعُهُمَا ، وَالْحَقُّ أَنَّ كُلَّ مُنْتَفِعٍ بِهِ شَرْعًا فِي الْحَالِ ، أَوْ فِي الْمَالِ وَلَهُ قِيَمَةٌ نَحْوَ الْحَشْرِ ، وَالطُّفْلِ جَازَ بَيْعُهُ ، وَإِلَّا فَلَا وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ حَبَّةِ قَمْحٍ وَنُقْطَةِ مَاءٍ وَكَفٍّ مِنْ تُرَابٍ ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِمَا ؛ إِذْ لَا قِيَمَةَ لَهَا ، وَالْفِيلُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُنْتَفَعٌ بِهِ حَمَلًا وَرُكُوبًا وَفِي بَيْعِ الْفَرْدِ رَوَاتَانِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْهُ أَنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِجِلْدِهِ وَفِي رِوَايَةِ أَبِي يُوسُفَ عَنْهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لِلتَّلْهِي ، وَهُوَ مَحْظُورٌ ، وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ، وَالْهَرُّ يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُنْتَفَعٌ بِهِ وَكُلُّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ وَذِي مِخْلَبٍ مِنَ الطُّيُورِ يَجُوزُ بَيْعُهُ لِمَا ذَكَرْنَا إِلَّا الْخَنْزِيرَ فَإِنَّهُ نَجِسُ الْعَيْنِ ، فَلَا يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ فَكَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ .

الشرح

باب المتفرقات

قوله : وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْكَلْبِ أَصْلًا

أَيُّ سَوَاءٍ كَانَ لِلصَّيْدِ أَوْ لَمْ يَكُنْ وَأَمَّا اقْتِنَاؤُهُ لِلصَّيْدِ وَحِرَاسَةُ الْمَاشِيَةِ وَالنُّبُوتِ وَالزَّرْعِ فَيَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ لَكِنْ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَّخِذَهُ فِي دَارِهِ إِلَّا إِنْ خَافَ لُصُوصًا أَوْ أَعْدَاءَ لِلْحَدِيثِ الصَّحِيحِ { مَنْ أَقْتَنَى كَلْبًا إِلَّا كَلْبَ صَيْدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ نَقَصَ مِنْ أَجْرِهِ كُلُّ يَوْمٍ قِيرَاطٌ } كَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ الْأَتَقَانِيُّ وَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَبَاحَ الْإِنْتِفَاعَ بِكَلْبِ الصَّيْدِ وَالْمَاشِيَةِ وَالزَّرْعِ وَرَخَّصَ فِي ذَلِكَ فَعِلْمُ أَنَّ التَّهْيَ كَانَ قَبْلَ الْإِبَاحَةِ وَمَا يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ يَجُوزُ بَيْعُهُ وَالْكَلْبُ يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ مُعْلَمًا كَانَ أَوْ غَيْرَ مُعْلَمٍ إِمَّا اصْطِيَادًا أَوْ حِرَاسَةً ؛ لِأَنَّ كُلَّ كَلْبٍ يَحْفَظُ الْبَيْتَ وَيُخْبِرُ عَنِ الْجَائِي بِنُبَاحِهِ .

وَحَدَّثَ أَبُو بَكْرِ الرَّازِيُّ فِي شَرْحِهِ لِمُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَبْدِ الْبَاقِيِّ بْنِ قَانِعٍ إِلَى جَابِرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ { نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ وَالْهَرِّ إِلَّا الْكَلْبُ الْمُعْلَمُ } فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى جَوَازِ بَيْعِ الْكِلَابِ الَّتِي يُتَنَفَّعُ بِهَا مِنْ جِهَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا أَنَّهُ إِذَا جَازَ بَيْعُ الْكَلْبِ الْمُعْلَمِ جَازَ بَيْعُ غَيْرِهِ مِنَ الْكِلَابِ ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهُمَا وَالثَّانِيَةُ أَنَّ ذِكْرَهُ لِلْكَلْبِ الْمُعْلَمِ لِأَجْلِ مَا فِيهِ مِنَ النَّفْعِ وَكُلُّ مَا أُبِيحَ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ مِنْهَا فَهُوَ مِثْلُهُ وَيَدُلُّ لِذَلِكَ أَنَّ النَّهْيَ إِنَّمَا يَتَنَاوَلُ الْكِلَابَ الَّتِي لَا نَفْعَ فِيهَا وَإِنَّمَا يُبْتَعَى فِيهَا الْهَرَّاشُ وَالْقِمَارُ ، وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ فِي شَرْحِ الْأَثَارِ عَنْ يُونُسَ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو أَنَّهُ قَضَى فِي كُلِّ صَيْدٍ قَتَلَهُ رَجُلٌ بِأَرْبَعِينَ دِرْهَمًا وَقَضَى فِي كُلِّ كَلْبٍ مَاشِيَةٍ بِكَبْشٍ وَبَقِيَّةِ السَّبَاعِ يُثْبِتُ حُكْمَهَا بِالْقِيَاسِ عَلَى الْكَلْبِ وَالْجَامِعُ كَوْنُهَا جَارِحَةً يُتَنَفَّعُ بِهَا اصْطِادًا وَنَحْوَهُ أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله : البغي إلخ

وَالْبَغْيُ الزَّانِيَةُ قَالَ تَعَالَى { وَمَا كَانَتْ أُمْكٌ بَغِيًّا } غَايَةً

قوله والكلب ليس بنجس العين

إِذْ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَجْزِ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ أَصْلًا كَالْحَنْزِيرِ أَتَقَانِي

قوله : وبخلاف الهوام المؤذية

أَيُّ مِنَ الْحَيَّاتِ وَالْعُقَارِبِ وَالْوَزَغِ وَالْفَنَافِدِ وَالضُّبِّ وَهَوَامِّ الْأَرْضِ جَمِيعًا فَإِنَّهُ لَا يَحُوزُ بَيْعَهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ } وَلِعَدَمِ الْإِنْتِفَاعِ غَايَةً قَوْلُهُ : حِينَ كَانَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يَأْمُرُ بِقَتْلِ الْكِلَابِ (أَيُّ لَأَنَّهَا كَانَتْ تُؤْذِي الضِّيْفَانَ وَالْعُرَبَاءَ فَهَبُوا عَنْ اقْتِنَائِهَا فَشَقَّ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ فَأَمَرَ بِقَتْلِهَا وَنَهَى عَنْ بَيْعِهَا تَحْقِيقًا لِلزَّجْرِ عَنِ الْعَادَةِ الْمَأْلُوفَةِ ثُمَّ رَخَّصَ لَهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ

قوله : ولا فرق في ذلك بين جميع أنواع الكلاب المعلم وغير المعلم

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ قَالَ فِي الْإِبْضَاحِ بَيْعُ كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ وَذِي مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ جَائِزٌ مُعْلَمًا كَانَ أَوْ غَيْرَ مُعْلَمٍ فِي رَوَايَةِ الْأَصْلِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يَحُوزُ بَيْعُ الْكَلْبِ وَالنَّمْرِ وَالْأَسَدِ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْإِبْضَاحِ وَنَقَلَ التَّاطِفِيُّ فِي الْأَجْنَاسِ مِنْ مَسَائِلِ الْفَضْلِ بْنِ غَانِمٍ ثُمَّ قَالَ أَبُو يُوسُفَ أُجِيزُ بَيْعِ كَلْبِ الصَّيْدِ وَالْمَاشِيَةِ وَلَا أُجِيزُ بَيْعِ الْكَلْبِ الْعُقُورِ وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي نَوَادِرِ هِشَامٍ يَحُوزُ بَيْعُ الْكَلْبِ الْعُقُورِ وَفِي الْكَيْسَانِيَّاتِ قَالَ مُحَمَّدٌ وَمَنْ قَتَلَهُ ضَمِنَ قِيَمَتَهُ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْأَجْنَاسِ

قوله :

وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ (

صَحَّحَ فِي الْبِدَائِعِ عَدَمَ الْحَوَازِ قَالَ لِأَنَّهُ لَا يُشْتَرَى لِلِائْتِفَاعِ بِجِلْدِهِ بَلْ لِلتَّلَهِّيِّ وَهُوَ حَرَامٌ فَكَانَ بَيْعُ الْحَرَامِ لِلْحَرَامِ وَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (، وَالذِّمِّيُّ كَالْمُسْلِمِ فِي بَيْعِ غَيْرِ الْخَمْرِ ، وَالْخَنْزِيرِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَأَعْلَمَهُمْ أَنَّ لَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَلِأَنَّهُمْ مُكَلَّفُونَ فَيَحْتَاجُونَ إِلَى تَبْقِيَةِ أَنْفُسِهِمْ لِيَتَحَمَّلُوا أَعْبَاءَ التَّكَالِيفِ كَالْمُسْلِمِينَ فَيُشْرَعُ فِي حَقِّهِمُ الْأَسْبَابُ لِيَتِمَّ كُنُوزُهُمْ مِنْ تَحْمِلِهَا بِمُبَاشَرَةٍ الْأَسْبَابُ لِتَحْصِيلِ مَا تَبْقَى بِهِ الْأَنْفُسُ حَتَّى لَا يَبْقَى لَهُمْ عَذْرٌ فِي تَضْيِيعِ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى فَكُلُّ مَا جَازَ لِلْمُسْلِمِينَ مِنَ الْبَيَاعَاتِ كَالصَّرْفِ ، وَالسَّلَمِ وَغَيْرِهِمَا مِنْ أَنْوَاعِ التَّصَرُّفَاتِ جَازَ لَهُمْ وَمَا لَا يَجُوزُ مِنَ الرِّبَا وَغَيْرِهِ لَا يَجُوزُ لَهُمْ إِلَّا فِي الْخَمْرِ ، وَالْخَنْزِيرِ فَإِنَّ عَقْدَهُمَا فِيهِمَا كَعَقْدِ الْمُسْلِمِ عَلَى الْعَصِيرِ ، وَالشَّاةِ فَيَجُوزُ فِيهِمَا مَا جَازَ فِيهِمَا مِنْهُ مِنَ السَّلَمِ وَغَيْرِهِ وَلَا يَجُوزُ مَا لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُمَا أَمْوَالٌ نَفِيسَةٌ عِنْدَهُمْ فَيَلْحَقَانِ بِنَظِيرِهِمَا مِنْ أَمْوَالِنَا ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّا أَمَرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَعْتَقِدُونَ وَمَا يَذَلُّوا الْجَزِيَّةَ إِلَّا لِلذَّكَاءِ وَلِهَذَا قَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي الْخَمْرِ وَلَوْهُمْ يَبْعُهَا وَخَذُوا الْعُسْرَ مِنْ أَمَانِهَا ، وَالصَّحَابَةُ مُتَوَافِرُونَ وَلَمْ يُعْرِفْ لَهُ مُخَالَفٌ فَصَارَ إِجْمَاعًا .

الشرح

قوله : وما لا يجوز من الربا

أَيُّ فَلَا يَجُوزُ لَهُمْ بَيْعُ دِرْهَمٍ بِدِرْهَمَيْنِ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَلَا سَلَمٌ فِي حَيَوَانَ وَلَا نَسِيئَةٌ فِي صَرْفٍ ، وَكَذَا كُلُّ مَا يُكَالُ وَيُوزَنُ فَتَحُّ

قوله لا يجوز لهم إلا في الخمر الخ

وَذَلِكَ لِأَنَّهُمْ لَمَّا قَبِلُوا الْجَزِيَّةَ صَارُوا كَالْمُسْلِمِينَ فِيمَا لَهُمْ وَعَلَيْهِمْ إِلَّا الْخَمْرَ وَالْخَنْزِيرَ فَإِنَّهُمْ أَفْرُوا بِعَقْدِ الْأَمَانِ عَلَى أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مَالًا لَهُمْ فَلَوْ لَمْ يَجْزُ تَصَرُّفُهُمْ خَرَجَ ذَلِكَ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَالًا وَفِيهِ نَقْضُ الْأَمَانِ ، وَالرِّبَا مُسْتَثْنَى فِي عَهْدِهِمْ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ عَقْدُ الْأَمَانِ قَالَ تَعَالَى { وَأَخَذَهُمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ } وَرُويَ فِي الْإِيضَاحِ وَغَيْرِهِ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَتَبَ فِي عَهْدِهِمْ وَمَنْ أَرَبَى ، فَلَا عَهْدَ لَهُ

قوله : وخذوا العُسْرَ مِنْ أَمَانِهَا

حَدَّثَ أَبُو يُوسُفَ فِي كِتَابِ الْخَرَاجِ فِي فَصْلِ مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ الْجَزِيَّةُ عَنْ إِسْرَائِيلَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَبْدِ الْأَعْلَى قَالَ سَمِعْتُ سُؤَيْدَ بْنَ غَفَلَةَ يَقُولُ حَضَرَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَاجْتَمَعَ إِلَيْهِ عُمَّالُهُ فَقَالَ يَا هَؤُلَاءِ إِنَّهُ بَلَّغَنِي أَنَّكُمْ تَأْخُذُونَ فِي الْجَزِيَّةِ الْمَيْتَةَ وَالْخَنْزِيرَ وَالْخَمْرَ فَقَالَ بَلَالٌ أَجَلُ إِنَّهُمْ يَفْعَلُونَ ذَلِكَ فَقَالَ عُمَرُ : فَلَا تَفْعَلُوا ، وَلَكِنْ وَلَوْ أَرَبَابَهَا يَبْعُهَا وَخَذُوا الثَّمَنَ مِنْهُمْ إِلَى هُنَا لَفُظُ كِتَابِ الْخَرَاجِ وَقَالَ فِي الْأَصْلِ وَلَا يَجُوزُ فِيمَا بَيْنَ أَهْلِ الذِّمَّةِ الرِّبَا وَلَا بَيْعُ الْحَيَوَانَ بِالْحَيَوَانَ نَسِيئَةً وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيمَا بَيْنَهُمْ فِي الْحَيَوَانَ وَالْدَّرْهَمَ بِالْدَّرْهَمَيْنِ يَدًا بِيَدٍ وَلَا النَّسِيئَةُ وَلَا الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ إِذَا كَانَ صِنْفًا وَاحِدًا هُمْ فِي الْبُيُوعِ كُلِّهَا بِمَنْزِلَةِ الْإِسْلَامِ مَا خَلَا الْخَمْرَ وَالْخَنْزِيرَ وَلَا

أُجِيزُ فِيْمَا بَيْنَهُم بَيْعَ الْمَيْتَةِ وَالْدِّمِ وَأَمَّا الْخَمْرُ وَالْخَنَزِيرُ فَإِنِّي أُجِيزُ بَيْعَهُمَا بَيْنَ أَهْلِ الذِّمَّةِ لِأَنَّهُمَا أَمْوَالُ أَهْلِ الذِّمَّةِ أَسْتَحْسِنُ ذَلِكَ وَأَدْعُ الْقِيَاسَ فِيهِ مِنْ قَبْلِ الْآثَرِ الَّذِي جَاءَ فِي نَحْوِ ذَلِكَ عَنْ نَحْوِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْأَصْلِ أَتَّقَانِي .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ قَالَ بَعِ عَبْدَكَ مِنْ زَيْدٍ بِأَلْفٍ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ لَكَ مِائَةَ سَوَى الْأَلْفِ فَبَاعَ صَحَّ بِأَلْفٍ وَبَطَلَ الضَّمَانُ ، وَإِنْ زَادَ مِنَ الثَّمَنِ ، فَلِأَلْفٍ عَلَى زَيْدٍ ، وَالْمِائَةِ عَلَى الضَّامِنِ) يَعْنِي زَادَ هَذِهِ الْكَلِمَةَ بِأَنَّ قَالَ بَعِ عَبْدَكَ مِنْ زَيْدٍ بِأَلْفٍ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ لَكَ مِائَةَ مِنَ الثَّمَنِ سَوَى الْأَلْفِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ وَيَكُونُ الْأَلْفُ عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَالْمِائَةُ عَلَى الضَّامِنِ وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا تَصِحُّ الزِّيَادَةُ وَلَا تُلْزِمُهُ ، وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى شَيْئَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الزِّيَادَةَ تَصِحُّ وَتُلْحَقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُمَا لَا تَصِحُّ وَقَدْ بَيَّنَّا وَجْهَ الْمَذْهَبَيْنِ مِنْ قَبْلِ ، وَالثَّانِي أَنَّ أَصْلَ الثَّمَنِ لَمْ يُشْرَعْ بِغَيْرِ مَالٍ يُقَابَلُهُ حَتَّى لَا يَصِحَّ اشْتِرَاؤُهُ عَلَى غَيْرِ الْمُشْتَرِي ؛ إِذْ لَا يَسْتَفِيدُ بِإِزَاتِهِ مَالًا يُقَابَلُهُ وَفَصَّلُ الثَّمَنِ يَسْتَعْنِي عَنْ مَالٍ يُقَابَلُهُ حَقِيقَةً .

أَلَا تَرَى أَنَّ الزِّيَادَةَ تَجُوزُ مِنَ الْمُشْتَرِي ، وَإِنْ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ بِمُقَابَلَتِهَا شَيْءٌ فَكَذَا تَجُوزُ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ إِذَا لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ شَيْءٌ فَصَارَتْ نَظِيرَ بَدَلِ الْخُلْعِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ اشْتِرَاؤُهُ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ كَمَا يَجُوزُ اشْتِرَاؤُهُ عَلَى الْمَرْأَةِ ؛ إِذْ لَا يُسَلِّمُ لَهَا شَيْءٌ بِمُقَابَلَةِ الْبَدَلِ ؛ لِأَنَّ الْبُضْعَ لَا يَتَقَوَّمُ حَالَةَ الْخُرُوجِ فَاسْتَوِيَ فِيهِ فَكَذَا هُنَا لَكِنْ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الزِّيَادَةِ أَنْ تُوجَدَ الْمُقَابَلَةُ تَسْمِيَةً وَصُورَةً حَتَّى تَجِبَ حَسَبُ وَجُوبِ الثَّمَنِ بِوَاسِطَةِ الْمُقَابَلَةِ صُورَةً ، وَإِنْ لَمْ تُقَابَلْهُ حَقِيقَةً أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ شَيْئًا بِأَضْعَافِ قِيمَتِهِ يَجُوزُ ، وَإِنْ لَمْ يُقَابَلْ مَا زَادَ عَلَى قِيمَتِهِ مَالٌ حَقِيقَةً ، وَإِنَّمَا يُقَابَلُهُ صُورَةً وَتَسْمِيَةً فَإِذَا كَانَ مِنْ شَرْطِهَا الْمُقَابَلَةُ صُورَةً ، فَإِنْ قَالَ مِنَ الثَّمَنِ فَقَدْ وَجَدَ شَرْطَهَا فَتَصِحُّ ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ لَمْ يُوَجَدْ شَرْطُهَا ، فَلَا تَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ التَّزَامًا لِلْمَالِ لِابْتِدَاءٍ ، وَهُوَ رِشْوَةٌ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُهُ ، وَهُوَ حَرَامٌ ، فَلَا يَصِحُّ فَصَارَ الْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ مَا يَحْصُلُ فِيهِ لِلْأَصْلِ بِمُقَابَلَتِهِ شَيْءٌ مِنَ الْبَدَلِ لَا يَجُوزُ اشْتِرَاؤُ الْبَدَلِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ ، وَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ يَجُوزُ ؛ لِاسْتَوَائِهِمَا فِي عَدَمِ الْحُصُولِ .

فَإِذَا جَازَتْ الزِّيَادَةُ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ لَا يَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْمُشْتَرِي وَلَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ الْبَائِعِ وَفِي حَقِّ الشَّفِيعِ وَالْمُرَابِحَةِ حَتَّى إِذَا أَخَذَ الْبَائِعُ الْأَلْفَ مِنَ الْمُشْتَرِي لَا يَحِسُّ الْمِيعَ لِأَحْلِ الْمِائَةِ وَيُرَابِحُ عَلَى الْأَلْفِ ؛ لِأَنَّهُ قَامَ عَلَيْهِ بِهِ وَيَأْخُذُ الشَّفِيعَ بِالْأَلْفِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَمْ تُثَبِّتْ فِي حَقِّهِ ، وَإِنْ كَانَتْ مِنَ الْمُشْتَرِي لَعَدَمَ وَلَا يَتَّهِمُ عَلَيْهِ وَلَوْ تَقَايَلَا الْبَيْعَ فَلِلْأَجْنَبِيِّ أَنْ يَسْتَرِدَّ الزِّيَادَةَ ؛ لِأَنَّهَا مِنَ الثَّمَنِ وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَا يَسْتَرِدُّ ؛ لِأَنَّ الْإِقَالََةَ عِنْدَهُ بَيْعٌ جَدِيدٌ ، وَكَذَا لَوْ رَدَّهُ بَعِيبٍ بِغَيْرِ قَضَاءٍ ، وَإِنْ كَانَ بِقَضَاءٍ يَسْتَرِدُّ لِكَوْنِهِ فَسْخًا بِالْإِجْمَاعِ وَلَوْ ضَمِنَ الزِّيَادَةَ بِأَمْرِ الْمُشْتَرِي ظَهَرَتْ فِي حَقِّ الْكُلِّ حَتَّى يَرْجِعَ الضَّامِنُ بِهَا عَلَى الْمُشْتَرِي وَيُرَابِحُ عَلَيْهَا وَعَلَى الْأَلْفِ وَلَا يُطَالَبُ الْمُشْتَرِي بِالزِّيَادَةِ ، وَإِنْ كَانَ بِأَمْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا نَفَذَتْ مِنْ جِهَتِهِ صَارَ هُوَ وَكِيلًا فِيهَا فَتَرْجِعُ الْحَقُوقُ إِلَيْهِ ، أَوْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْتَزِمَهَا ، وَإِنَّمَا التَّزَمَهَا الْأَجْنَبِيُّ فَيُطَالَبُ بِهَا هُوَ وَحْدَهُ .

وَهَذَا كَالْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ يُطَالَبُ هُوَ فَقَطْ ، ثُمَّ هُوَ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُوَكَّلِ فَكَذَا هَذَا ، وَلَوْ رَدَّهُ بَعِيبٍ ، أَوْ تَقَايَلَا يَرُدُّ الزِّيَادَةَ عَلَى الضَّامِنِ فَقَطْ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهَا مِنْهُ دُونَ الْمُشْتَرِي وَذَكَرَ فِي الْكَافِي أَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُهَا بِأَلْفٍ وَمِائَةٍ فَجَعَلَهَا

ظَاهِرَةً فِي حَقِّهِ أَيْضًا وَلَا يُقَالُ هَذَا مُشْكِلاً فَإِنَّ الزِّيَادَةَ إِذَا كَانَتْ مِنَ الْمُشْتَرِي نَفْسِهِ لَمْ تَظْهَرْ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ حَتَّى كَانَ لَهُ أَخْذُهَا بِأَصْلِ الثَّمَنِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ فَكَيْفَ تَجِبُ عَلَيْهِ الزِّيَادَةُ بِزِيَادَةِ الْأَجْنَبِيِّ ، وَالْمُشْتَرِي لَمْ يَلْتَزِمَهَا عَلَى مَا بَيَّنَّا ؛ لِأَنَّا نَقُولُ هَذِهِ زِيَادَةٌ ذُكِرَتْ فِي الْعَقْدِ فَصَارَتْ مِنْ جُمْلَةِ الثَّمَنِ بِخِلَافِ الزِّيَادَةِ بَعْدَ الْعَقْدِ وَلَوْ لَمْ يَقُلْ سَوَى الْأَلْفِ بِأَنَّ قَالَ بَعُهُ بِأَلْفٍ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ لَكَ مِائَةَ مِنَ الثَّمَنِ يَصِيرُ كَقِيلَا بِمِائَةِ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي هُوَ الْأَلْفُ وَلَا تُثَبِّتُ الزِّيَادَةُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ جَعْلُهُ زِيَادَةً عَلَى الْأَلْفِ حَيْثُ لَمْ يَقُلْ سَوَى الْأَلْفِ وَيُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ مِنَ الثَّمَنِ الْوَاجِبِ عَلَى الْمُشْتَرِي فَجُعِلَ مِنْهُ .

ثُمَّ إِذَا أَدَّى رَجَعَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ بِأَمْرِهِ ، وَإِلَّا فَلَا وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ فَصَارَ فِي الْحَاصِلِ لِلْمَسْأَلَةِ ثَلَاثُ صُورٍ إِحْدَاهَا أَنْ يَقُولَ بَعُهُ بِأَلْفٍ

عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ لَكَ مِائَةً سِوَى الْأَلْفِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَالثَّانِيَةُ أَنْ يَتْرَكَ قَوْلُهُ سِوَى الْأَلْفِ ، وَالثَّلَاثَةُ أَنْ يَتْرَكَ قَوْلُهُ مِنَ الثَّمَنِ وَقَدْ ذَكَرْنَا الثَّلَاثَةَ وَحُكْمَهَا فَافْهَمْهُ ، وَهَذَا كُلُّهُ فِيمَا إِذَا كَانَتْ الزِّيَادَةُ فِي الْعَقْدِ وَأَمَّا إِذَا زَادَ الْأَجْنَبِيُّ بَعْدَ الْعَقْدِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْمُشْتَرِي ، أَوْ يُعْطَى الزِّيَادَةُ مِنْ عِنْدِهِ ، أَوْ يَضْمَنَهَا ، أَوْ يُضَيِّفَهَا إِلَى نَفْسِهِ ، وَإِنْ زَادَهُ بِأَمْرِ الْمُشْتَرِي جَازَ وَلَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ ، وَالْمَالُ لَا يَزِمُ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ سَفِيرٌ فِيهِ وَمُعَبَّرٌ ، فَلَا يَلْزَمُهُ إِلَّا بِالضَّمَانِ ، وَهُوَ نَظِيرُ الْخُلْعِ ، وَالصُّلْحِ ، وَإِنَّمَا صَارَ سَفِيرًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو عَنْ إِضَافَتِهِ إِلَى الْمُشْتَرِي بِأَنْ يَقُولَ زِدْتُكَ عَلَى ثَمَنِ الْعَيْنِ الَّتِي اشْتَرَاها مِنْكَ فُلَانٌ وَلَا يُمَكِّنُهُ إِضَافَتُهُ إِلَيْهِ كَالْخُلْعِ ، فَلَا يَكُونُ مُبَاشِرًا ، وَإِنْ كَانَ بِأَمْرِهِ ، بَلْ رَسُولًا .

الشرح

قوله وبطل الضمان

أَي ؛ لِأَنَّهُ رِشْوَةٌ عَلَى الْبَيْعِ لِعَدَمِ الْمُقَابَلَةِ بِالْمَبِيعِ

قوله والمائة على الضامن

أَي ؛ لِأَنَّهُ صَيَّرَ نَفْسَهُ ضَامِنًا حَيْثُ قَالَ مِنَ الثَّمَنِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ وَكُتِبَ عَلَى قَوْلِهِ وَالْمِائَةُ عَلَى الضَّامِنِ مَا نَصُّهُ هَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَطْلُبَ إِنْسَانٌ مِنْ آخَرَ شِرَاءَ عَبْدِهِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَهُوَ لَا يَبِيعُ إِلَّا بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ وَالْمُشْتَرِي لَا يَرْغَبُ فِيهِ إِلَّا بِأَلْفٍ فَيُجِئُ آخَرَ فَيَقُولُ لِصَاحِبِ الْعَبْدِ بَعْ عَبْدَكَ هَذَا مِنْ هَذَا الرَّجُلِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ لَكَ خَمْسِمِائَةٍ مِنَ الثَّمَنِ سِوَى الْأَلْفِ فَيَقُولُ صَاحِبُ الْعَبْدِ بَعْتُ كَذَا قَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ وَلَوْ لَمْ يُوْجَدْ إِبَاءٌ وَلَا مُسَاوَمَةٌ وَلَكِنْ إِيْجَابُ الْبَيْعِ بِأَلْفٍ حَصَلَ عَقِيبَ ضَمَانِ الرَّجُلِ كَانَ كَذَلِكَ اسْتِحْسَانًا وَيَكُونُ الْبَيْعُ بَعْدَهُ دَلَالَةً عَلَى الْقَبُولِ لِأَنَّهُ امْتِثَالَ لَذَلِكَ كَقَوْلِ الرَّجُلِ لِامْرَأَتِهِ طَلَّقِي نَفْسَكَ إِنْ شِئْتَ فَقَالَتْ قَدْ طَلَّقْتُ يُجْعَلُ قَبُولًا اسْتِحْسَانًا فَكَذَلِكَ هَذَا كَذَا قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ أَثَقَانِي

قوله : أحدهما أن الزيادة

أَي فِي الثَّمَنِ وَالْمُثْمَنِ غَايَةً

قوله : فإن قال من الثمن إلخ

وَأُورِدَ الْعَنَائِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ سُؤَالًا وَجَوَابًا فَقَالَ فَإِنْ قِيلَ : إِذَا قَالَ مِنَ الثَّمَنِ كَيْفَ يَكُونُ ثَمَنًا وَلَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِهِ شَيْءٌ مِنَ الْمَبِيعِ ، وَكَذَلِكَ هَذَا بَيْعٌ بِثَمَنِ عَلَى غَيْرِ الْمُشْتَرِي وَإِنَّهُ فَاسِدٌ قُلْنَا : لَهُ الثَّمَنُ مَتَى وَجِبَ مَقْصُودًا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ فِي مِلْكِهِ شَيْءٌ مِنَ الْمَبِيعِ وَهُنَا تُثَبَّتُ الزِّيَادَةُ تَبَعًا وَصَارَ كَالزِّيَادَةِ فِي الثَّمَنِ بَعْدَ الْبَيْعِ وَلَيْسَ هَذَا بِبَيْعٍ بِالثَّمَنِ عَلَى غَيْرِ الْمُشْتَرِي مَقْصُودًا بَلْ الْبَيْعُ مَقْصُودًا بِأَلْفٍ عَلَى الْمُشْتَرِي وَهَذِهِ زِيَادَةٌ ثَبَّتَتْ تَبَعًا عَلَى

غَيْرِ الْمُشْتَرِي وَهَذَا حَائِزٌ كَالزِّيَادَةِ فِي الثَّمَنِ بَعْدَ الْبَيْعِ

أَثَقَانِي فَإِنْ قِيلَ : لَوْ ثَبَّتَتْ الزِّيَادَةُ ثَمَنًا وَالْأَجْنَبِيُّ ضَامِنٌ بِهَا لَزِمَ جَوَازُ مُطَالَبَةِ الْمُشْتَرِي بِهَا كَالْكَفِيلِ قُلْنَا لَا يَلْزَمُ مِنْ صِحَّةِ الْكَفَالَةِ تَوْجُّهُ

الْمُطَالَبَةِ عَلَى الْأَصِيلِ أَلَا تَرَى مَنْ قَالَ لِرَبِّدٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفٌ وَأَنَا كَفِيلٌ بِهَا فَأَنْكَرَ فُلَانٌ طُولِبَ الْكَفِيلِ بِهَا دُونَ فُلَانٍ فَجَازَ هُنَا كَذَلِكَ وَكَذَلِكَ
لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ لَمْ يَلْتَزِمِهَا إِنَّمَا التَزَمَ هَذَا الْقَدْرَ مِنَ الثَّمَنِ لِأَجْنَبِيٍّ وَالْحُكْمُ لَا يَثْبُتُ بِلَا سَبَبٍ
كَمَالٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَوُطِّئَ زَوْجُ الْمُشْتَرَاةِ قَبْضٌ لَا عَقْدُهُ) يَعْنِي لَوْ اشْتَرَى أُمَةٌ وَزَوَّجَهَا الْمُشْتَرِيَّ قَبْلَ الْقَبْضِ صَحَّ النِّكَاحُ لَوْجُودِ الْمَلِكِ فِي
الرَّقَبَةِ عَلَى الْكَمَالِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ يَطْلُ بِالْعَرَرِ وَيُشْتَرَطُ فِيهِ الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ بِخِلَافِ النِّكَاحِ أَلَا تَرَى أَنَّ تَزْوِيجَ الْآبِقِ يَحْزُزُ دُونَ
بَيْعِهِ ، ثُمَّ إِذَا جَازَ النِّكَاحُ ، فَإِنْ وَطَّيَهَا كَانَ قَبْضًا لَهَا ؛ لِأَنَّ الْوُطْءَ مِنَ الزَّوْجِ حَصَلَ بِتَسْلِيْطِ الْمُشْتَرِي فَصَارَ مَنْسُوبًا إِلَيْهِ كَأَنَّهُ فَعَلَهُ بِنَفْسِهِ ،
وَإِنْ لَمْ يَطَّاهَا لَا يَكُونُ قَبْضًا لَهَا اسْتِحْسَانًا ، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ بِنَفْسِ التَّزْوِيجِ ؛ لِأَنَّهُ تَعْيِيبٌ حُكْمِيٌّ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ وَجَدَ الْمُشْتَرَاةُ مَزْوَجَةً
يَرُدُّهَا بِالْعَيْبِ فَصَارَ كَالْتَدْبِيرِ ، وَالْإِعْتِاقِ وَكَالْوُطْءِ وَجَهَ الاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ لَمْ يَتَّصِلْ بِهَا مِنَ الْمُشْتَرِي فَعَلٌ يُوجِبُ نُقْصَانًا فِي الذَّاتِ ، وَإِنَّمَا
هُوَ عَيْبٌ مِنْ طَرِيقِ الْحُكْمِ عَلَى مَعْنَى أَنَّ رَغَبَاتِ النَّاسِ تَقِلُّ فِيهَا فَيُنْتَقَصُ الثَّمَنُ لِأَجْلِهِ فَصَارَ كَنَقْصَانِ السَّعْرِ بِخِلَافِ الْوُطْءِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلٌ
حَسْبِيَّ اتَّصَلَ بِهَا فَأَوْجَبَ نُقْصَانًا فِي ذَاتِهَا ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ مُلْحَقٌ بِالْجُزْءِ وَلِهَذَا تُضْمَنُ بِالْإِثْلَافِ فَصَارَ كَمَا لَوْ أَثْلَفَ عَضْوًا مِنْهَا بِالْقَطْعِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ الْمُشْتَرِي بِدَيْنٍ عَلَى الْعَبْدِ الْمُشْتَرَى قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَكُونُ قَبْضًا ، وَإِنْ تَعَيَّبَ مِنْ جِهَتِهِ بِوُجُوبِ الدَّيْنِ عَلَيْهِ حُكْمًا ، وَهَذَا
مِثْلُهُ بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ ، وَالْإِعْتِاقِ ؛ لِأَنَّ الْمَالِيَّةَ قَدْ تَلَفَتْ بِهِ بَثُوتِ حَقِيقَةِ الْحُرِّيَّةِ ، أَوْ حَقِّهِ وَمِنْ ضَرُورَتِهِ يَصِيرُ قَابِضًا .

الشرح

قَوْلُهُ : لَوْجُودِ الْمَلِكِ فِي الرَّقَبَةِ عَلَى الْكَمَالِ (أَيِّ بِخِلَافِ مَا لَوْ مَلَكَهَا لَا عَلَى الْكَمَالِ كَمَا فِي مِلْكِ نِصْفِهَا لَا يَمْلِكُ التَّزْوِيجُ بِهِ
كَمَالٌ رَحِمَهُ اللَّهُ

قَوْلُهُ بِخِلَافِ الْبَيْعِ

أَيُّ لَوْرُودِ النَّهْيِ فِي ذَلِكَ وَالنِّكَاحُ لَيْسَ بِبَيْعٍ وَلَا فِي مَعْنَاهُ ، فَلَا يَثْبُتُ حُكْمُ الْبَيْعِ فِيهِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْبَيْعَ يَنْفَسِخُ بِهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بِخِلَافِ
النِّكَاحِ
أَتَقَانِي قَالَ الْكَمَالُ وَالنِّكَاحُ لَا يَنْفَسِخُ بِهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ أَعْنِي الْمَرْأَةَ قَبْلَ الْقَبْضِ

قَوْلُهُ كَأَنَّهُ فَعَلَهُ بِنَفْسِهِ الْخ

وَلَوْ وَطَّيَهَا الْمُشْتَرِي كَانَ قَابِضًا فَكَذَلِكَ الزَّوْجُ
كَمَالٌ

قَوْلُهُ وَإِنْ لَمْ يَطَّاهَا لَا يَكُونُ قَبْضًا الْخ

حَتَّى لَوْ هَلَكَتْ بَعْدَ التَّزْوِيجِ قَبْلَ الْقَبْضِ هَلَكَتْ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ
فَتَحُ

قَوْلُهُ وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ الْخ

وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ
فَتَحُ

قوله : بنفس التزويج

حَتَّى لَوْ هَلَكَتْ بَعْدَ ذَلِكَ هَلَكَتْ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي
فَتَحُ

قوله لَأَنَّهُ تَغْيِيبٌ

أَيُّ وَبِالتَّغْيِيبِ يَصِيرُ قَابِضًا
أَتَقَانِي

قوله فَصَارَ كُنْفَصَانِ السَّعْرِ

أَيُّ بِخِلَافِ الْفِعْلِ الْحِسِّيِّ كَانْفِقَاءٍ عَيْنَهَا مَثَلًا أَوْ قَطْعَ يَدِهَا فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ بِهِ قَابِضًا لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِسْتِيلَاءِ عَلَى الْمَحَلِّ وَاسْتِشْكَالِ عَلَى هَذَا
الِإِعْتِاقِ وَالتَّدْبِيرِ فَإِنَّهُ بُمَا يَصِيرُ قَابِضًا وَلَيْسَ بِإِسْتِيلَاءٍ عَلَى الْمَحَلِّ بِفِعْلِ حِسِّيٍّ وَالْجَوَابُ أَنَّا قُلْنَا ذَلِكَ فِيمَا يَكُونُ نَفْسُ الْفِعْلِ قَبْضًا فَالْمَعْنَى
أَنَّ الْفِعْلَ الَّذِي يَكُونُ قَبْضًا هُوَ الْفِعْلُ الْحِسِّيُّ الَّذِي يُحْصَلُ الْإِسْتِيلَاءُ .

وَالْعِنَقُ الْحَاصِلُ بِالْعِنَقِ ضَرْوَرِيٌّ لَيْسَ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ وَذَلِكَ أَنَّهُ إِنْهَاءٌ لِلْمَلِكِ وَمِنْ ضَرْوَرَةِ إِنْهَاءِ الْمَلِكِ كَوْنُهُ قَابِضًا وَالتَّدْبِيرُ مِنْ وَادِيهِ لَأَنَّهُ بِهِ
يُثْبِتُ حَقَّ الْحُرِّيَّةِ

لِلْمُدَبِّرِ وَيُثْبِتُ الْوَلَاءَ هَذَا وَإِذَا صَحَّ النِّكَاحُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَلَوْ انْتَقَضَ الْبَيْعُ بَطَلَ النِّكَاحُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ قَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ
وَالْمُخْتَارُ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْبَيْعَ مَتَى انْتَقَضَ قَبْلَ الْقَبْضِ انْتَقَضَ مِنَ الْأَصْلِ فَصَارَ كَأَنَّ لَمْ يَكُنْ وَصَارَ النِّكَاحُ بَاطِلًا وَقَيَّدَ الْقَاضِي الْإِمَامُ
أَبُو بَكْرٍ بَطْلَانِ النِّكَاحِ بِطُلَانِ الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ بِالْمَوْتِ حَتَّى لَوْ مَاتَتْ الْحَارِيَّةُ بَعْدَ النِّكَاحِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَبْطُلُ النِّكَاحُ وَإِنْ
بَطَلَ الْبَيْعُ كَمَا لَمْ يَحْمَهُ اللَّهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَعَابَ فَبَرَهَنَ الْبَائِعُ عَلَى بَيْعِهِ وَغَيْبَتْهُ مَعْرُوفَةً لَمْ يَبِعْ بِدَيْنِ الْبَائِعِ ، وَإِلَّا يَبِعْ بِدَيْنِهِ) أَيُّ إِذَا اشْتَرَى شَخْصٌ
عَبْدًا فَعَابَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ الْقَبْضِ وَأَقَامَ الْبَائِعُ الْبَيِّنَةَ أَنَّ هَذَا الْعَبْدَ كَانَ لَهُ وَبَاعَهُ مِنْ فُلَانٍ وَغَابَ قَبْلَ أَنْ يَفْقَدَ الثَّمَنَ وَطَلَبَ مِنَ الْقَاضِي أَنْ
يَبِيعَهُ بِدَيْنِهِ ، فَإِنْ غَابَ الْمُشْتَرِي غَيْبَةً مَعْرُوفَةً لَمْ يَبِعْهُ الْقَاضِي بِدَيْنِهِ ؛ لَأَنَّهُ يَتَوَصَّلُ إِلَى حَقِّهِ بِدُونِ بَيْعِهِ بِالذَّهَابِ إِلَيْهِ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى بَيْعِهِ ؛
لَأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ حَقِّ الْمُشْتَرِي فِي الْعَيْنِ ، وَإِنْ لَمْ يَدْرُ أَتَيْنَ هُوَ أَجَابَهُ الْقَاضِي فِي الْمَنْقُولِ إِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً ؛ لَأَنَّ الْبَيِّنَةَ هُنَا لَيْسَتْ لِلْقَضَاءِ عَلَى
غَائِبٍ ، وَإِنَّمَا هِيَ لِنَفْيِ التُّهْمَةِ وَانْكَشَافِ الْحَالِ ؛ لَأَنَّ الْقَاضِيَّ نُصِبَ نَظِيرًا لِكُلِّ مَنْ عَجَزَ عَنِ التَّنْظِيرِ وَنَظَرُهُمَا فِي بَيْعِهِ ؛ لَأَنَّ الْبَائِعَ يَصِلُ
بِهِ إِلَى حَقِّهِ وَيَبْرَأُ مِنْ ضَمَانِهِ ، وَالْمُشْتَرِي أَيْضًا تَبْرَأُ ذِمَّتُهُ مِنْ دَيْنِهِ وَمَنْ تَرَكَمْ نَفَقَتِهِ فَإِذَا انْكَشَفَ الْحَالُ عَمِلَ الْقَاضِي بِمُوجِبِ إِقْرَارِهِ ، فَلَا
يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى خَصْمٍ حَاضِرٍ ، وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ إِذَا كَانَتْ الْبَيِّنَةُ لِلْقَضَاءِ ، وَهَذَا ؛ لَأَنَّ الْعَبْدَ فِي يَدِهِ وَقَدْ أَقْرَبَ بِهِ لِلْغَائِبِ عَلَى وَجْهِ يَكُونُ
مَشْغُولًا بِحَقِّهِ فَيُظْهِرُ الْمَلِكُ لِلْغَائِبِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي أَقْرَبَ بِهِ وَلَا يَقْدِرُ الْبَائِعُ أَنْ يَصِلَ إِلَى حَقِّهِ فَيَبِيعَهُ الْقَاضِي إِحْيَاءً لِحَقِّهِ كَالرَّاهِنِ إِذَا مَاتَ
وَالْمُشْتَرِي إِذَا مَاتَ مُفْلِسًا قَبْلَ الْقَبْضِ بِخِلَافِ مَا إِذَا غَابَ الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْقَبْضِ حَيْثُ لَا يَحْبِسُهُ الْحَاكِمُ ؛ لَأَنَّ حَقَّهُ غَيْرُ مُتَعَلِّقٍ بِهِ وَلَا يُقَالُ
هَذَا بَيْعٌ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ فَكَيْفَ يُبَاعُ ؛ لَأَنَّا نَقُولُ مِنْ مَشَايِخِنَا مَنْ قَالَ إِنَّ الْقَاضِيَّ يُؤْكَلُ مَنْ يَقْبِضُهُ

ثُمَّ يَبِيعُهُ وَفِيهِ نَظَرٌ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ يَدِ الْبَائِعِ قَبْلَ إِبْغَاءِ الثَّمَنِ ، وَالْأَوْجَهُ أَنْ يُقَالُ إِنَّ الْبَيْعَ هُنَا لَيْسَ بِمَقْصُودٍ ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ إِحْيَاءُ حَقِّهِ
وَفِي ضَمْنِهِ يَصِحُّ بَيْعُهُ ؛ لَأَنَّ الشَّيْءَ قَدْ يَصِحُّ ضَمْنًا وَإِنْ لَمْ يَصِحَّ قَصْدًا ، ثُمَّ إِذَا بَاعَ وَأَوْفَى ثَمَنَهُ ، فَإِنْ فَضَّلَ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ يُمَسِّكُهُ
لِلْمُشْتَرِي الْعَائِبِ ؛ لَأَنَّهُ نَدْلٌ مَلِكِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَفِ بِالْدَيْنِ وَبَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ تَبِعَهُ الْبَائِعُ إِذَا ظَفَرَ بِهِ .

الشرح

قوله : في الممن ومن اشترى عبدا الخ

وَأَمَّا وَضْعُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْعَبْدِ لَا فِي الدَّارِ لِأَنَّ فِي الدَّارِ لَا يَتَعَرَّضُ الْقَاضِي لِدَلَالَةِ وَلَا يَبِيعُهُ فَإِنَّ الْقِيَاسَ أَنَّ لَا يَجُوزُ فِي الْعَبْدِ إِلَّا أَنَّهُ جُوزَ فِي الْعَبْدِ اسْتِحْسَانًا لَتَسْقُطَ النَّفَقَةُ عَنِ الْبَائِعِ وَلَا يُحْتَاجُ إِلَى التَّفَقُّعِ فِي الدَّارِ كَذَا ذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ وَقَالَ التُّمَرْتَاشِيُّ وَضْعُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْمَنْفُولِ لِأَنَّ الْقَاضِي لَا يَبِيعُ الْعَقَارَ عَلَى الْغَائِبِ

قوله لأن فيه إبطال حق المشتري في العين

أَيِ الْمَبِيعَةِ مِنْ غَيْرِ ضُرُورَةٍ

قوله : وإن لم يدر أين هو

تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَبِيَّةَ الْمَعْرُوفَةَ أَنَّ يَعْلَمَ أَيْنَ هُوَ فَتَحُ

قوله : ونظرهما

أَيِ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي

قوله : وهذا لأن العبد في يده وقد أقر به

قَالَ الْكَمَالُ وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ فِي تَعْلِيلِ بَيْعِ الْقَاضِي لِأَنَّ مِلْكَ الْمُشْتَرِي ظَهَرَ بِإِقْرَارِهِ يَعْنِي بِإِقْرَارِ الْبَائِعِ فَيُظْهِرُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي أَقَرَّ بِهِ وَهُوَ كَوْنُهُ مَشْغُولًا بِحَقِّهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْبَيْعَ مِنَ الْقَاضِي لَيْسَ بِهِذِهِ الْبَيِّنَةُ لِأَنَّهَا لَا تُقَامُ لِلْإثْبَاتِ الدَّيْنِ عَلَى الْغَائِبِ فَمَا هِيَ إِلَّا لِكَشْفِ الْحَالِ لِجَبِيئِهِ الْقَاضِي إِلَى الْبَيْعِ نَظَرًا لِلْغَائِبِ لَا لِثَبَاتِ الدَّيْنِ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يَقُمْهَا لَمْ يُجِبْهُ إِلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ لِأَنَّ حَقَّهُ غَيْرُ مُتَعَلِّقٍ بِهِ (أَيْ بَلْ هُوَ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي وَالْبَيِّنَةُ حِينَئِذٍ لِلْإثْبَاتِ الدَّيْنِ وَلَا يَثْبُتُ دَيْنٌ عَلَى غَائِبٍ ، فَلَا يَتِمَكَّنُ الْقَاضِي مِنَ الْبَيْعِ وَقَضَاءِ الدَّيْنِ وَهَذَا طَرِيقُ الْإِمَامِ السَّرْحَسِيِّ وَتَقْرِيرُ شَيْخِ الْإِسْلَامِ يُشْعِرُ بِخِلَافِهِ حَيْثُ قَالَ الْقِيَاسُ أَنَّ لَا تُقْبَلُ هَذِهِ الْبَيِّنَةُ لِأَنَّهَا لِلْإثْبَاتِ حَقٌّ عَلَى الْغَائِبِ وَلَيْسَ ثُمَّ خَصَّمُ حَاضِرٌ لَا قَصْدِيٌّ وَلَا حُكْمِيٌّ قَوْلُهُ كَمَنْ أَقَامَهَا عَلَى غَائِبٍ لَا يَعْرِفُ مَكَانَهُ لَا تُقْبَلُ وَإِنْ كَانَ لَا يَصِلُ إِلَى حَقِّهِ وَفِي الْاسْتِحْسَانِ تُقْبَلُ لِأَنَّ الْبَائِعَ عَجَزَ عَنِ الْوُصُولِ إِلَى الثَّمَنِ وَعَنِ الْإِنْتِفَاعِ بِالْمَبِيعِ وَاحْتِاجَ إِلَى أَنْ يُنْفَقَ عَلَيْهِ إِلَى أَنْ يَحْضُرَ الْمُشْتَرِي وَرُبَّمَا تَرَبُّو النَّفَقَةُ عَلَى الثَّمَنِ وَالْقَاضِي نَازِلٌ لِلْحَيَاءِ حُقُوقِ النَّاسِ فَكَانَ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْبَلَهَا لِدَفْعِ الْبَلِيَّةِ بِخِلَافِ مَا لَوْ أَقَامَهَا لِثَبَاتِ حَقِّهَا عَلَى الْغَائِبِ لِيَنْزِعَ شَيْئًا مِنْ يَدِهِ لَا يَقْبَلَهَا وَالْإِجْمَاعُ فِي مِثْلِهِ لِدَفْعِ الْبَلِيَّةِ عَنِ الْبَائِعِ وَلَيْسَ فِيهِ إِزَالَةُ يَدِ الْغَائِبِ عَمَّا فِي يَدِهِ لِأَنَّ الْبَائِعَ يَسْتَوْفِي حَقَّهُ مِمَّا فِي يَدِهِ كَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ غَابَ أَحَدُ الْمُشْتَرَيْنِ لِلْحَاضِرِ دَفْعُ كُلِّ الثَّمَنِ وَقَبْضُهُ وَحَبْسُهُ حَتَّى يَنْقُذَ شَرِيكُهُ) يَعْنِي إِذَا اشْتَرَى رَجُلَانِ شَيْئًا فَعَابَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْقَبْضِ يَكُونُ لِلْحَاضِرِ دَفْعُ كُلِّ الثَّمَنِ وَقَبْضُهُ كُلُّهُ ، ثُمَّ إِذَا حَضَرَ شَرِيكُهُ فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ عَنْهُ حَتَّى يَنْقُذَهُ ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي

حَنِيفَةً وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ إِذَا نَقَدَ الْحَاضِرُ الثَّمَنَ لَا يَأْخُذُ إِلَّا نَصِيْبَهُ بِطَرِيقِ الْمُهَيَاةِ وَكَانَ مُتَبَرِّعًا فِيمَا أَدَّى عَنْ صَاحِبِهِ فَصَارَ الْخِلَافُ فِي مَوَاضِعَ أَحَدَهَا فِي قَبْضِ جَمِيعِ الْمَبِيعِ عَلَى تَقْدِيرِ إِيفَاءِ الثَّمَنِ كُلِّهِ ، وَالثَّانِي فِي حَبْسِ نَصِيبِ الْعَائِبِ عَنْهُ إِذَا حَضَرَ ، وَالثَّلَاثُ فِي الرُّجُوعِ عَلَيْهِ بِمَا أَدَّى ، وَالرَّابِعُ فِي إِجْبَارِ الْبَائِعِ عَلَى قَبُولِ مَا آدَاهُ الْحَاضِرُ مِنْ نَصِيبِ الْعَائِبِ ، عِنْدَهُمَا يُجْبَرُ وَعِنْدَهُ لَا يُجْبَرُ ، وَالْخَامِسُ فِي إِجْبَارِ الْبَائِعِ عَلَى تَسْلِيمِ نَصِيبِ الْعَائِبِ مِنَ الْمَبِيعِ إِلَى الْحَاضِرِ عِنْدَ إِيفَاءِ الثَّمَنِ كُلِّهِ فَعِنْدَهُمَا يُجْبَرُ وَعِنْدَهُ لَا يُجْبَرُ لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْحَاضِرَ قَضَى دَيْنًا عَلَى الْعَائِبِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَكَانَ مُتَبَرِّعًا فِيهِ وَلَا جَبْرَ وَلَا رُجُوعَ فِي التَّبَرُّعَاتِ ، وَهُوَ أَجْنَبِيٌّ عَنْ نَصِيبِهِ ، فَلَا يَقْبِضُهُ وَلِهَذَا لَوْ كَانَ حَاضِرًا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا بِالْإِجْمَاعِ وَلَوْ كَانَ مُضْطَرًّا لَمَا اخْتَلَفَ بَيْنَ حَضَرَتِهِ وَغَيْبَتِهِ كَالْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ وَكَمُوعِ الرَّهْنِ وَصَاحِبِ الْعُلُوِّ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ وَبِنَاءِ السُّفْلِ وَلَهُمَا أَنَّ الْحَاضِرَ مُضْطَرٌّ إِلَى آدَاءِ كُلِّ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ لِلْبَائِعِ حَقَّ حَبْسِ كُلِّ الْمَبِيعِ إِلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ كُلَّ الثَّمَنِ ، فَلَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا مَعَ الْإِضْطِرَارِ إِلَى قَضَاءِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ لِيَصِلَ إِلَى الْإِنْتِفَاعِ بِنَصِيبِهِ فَصَارَ كَمُوعِ الرَّهْنِ وَصَاحِبِ الْعُلُوِّ ، وَالْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ إِذَا أَدَّى الثَّمَنَ مِنْ

مَالِهِ ، وَإِنَّمَا اخْتَلَفَ بَيْنَ حَضَرَتِهِ وَغَيْبَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَالْوَكِيلِ عَنْ صَاحِبِهِ مِنْ وَجْهِ مَنْ حَيْثُ إِنَّ مَلِكَ الْعَائِبِ يَثْبُتُ بِقَبُولِ الْحَاضِرِ ؛ لِأَنَّ مَنْ بَاعَ شَيْئًا مِنْ شَخْصَيْنِ لَا يَثْبُتُ الْمَلِكُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَّا بِقَبُولِ الْآخَرِ وَلَيْسَ بِوَكِيلٍ مِنْ وَجْهِ مَنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَطَالِبُ بِمَا يَخُصُّ صَاحِبَهُ مِنَ الثَّمَنِ فَأَشْبَهَ الْأَجْنَبِيَّ ، وَالْأَصْلُ أَنَّ الشَّيْءَ مَتَى تَرَدَّدَ بَيْنَ شَيْئَيْنِ تَوَفَّرَ عَلَيْهِ حَظُّهُمَا فَلِشَبْهِهِ بِالْأَجْنَبِيِّ يَكُونُ مُتَبَرِّعًا عِنْدَ حُضُورِهِ وَلِشَبْهِهِ بِالْوَكِيلِ يَكُونُ مُضْطَرًّا عِنْدَ غَيْبَتِهِ ، وَهَذَا ، أَوَّلَى مِنَ الْعَكْسِ ؛ لِأَنَّهُ فِي حَالَةِ الْحَضَرَةِ يُمَكِّنُهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ إِلَى الْحُكَامِ ، فَلَا يَكُونُ مُضْطَرًّا وَفِي حَالِ غَيْبَتِهِ لَا يُمَكِّنُهُ فَجَعَلَ مُضْطَرًّا فَيَرْجِعُ بِالثَّمَنِ وَيَحْبِسُ الْمَبِيعَ بِهِ كَالْوَكِيلِ بِخِلَافِ مَا أُسْتُشْهِدَ بِهِ مِنَ الْوَكِيلِ وَغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ مُحْضٌ وَلَيْسَ بِمُتَرَدِّدٍ بَيْنَ شَيْئَيْنِ ، فَلَا يَخْتَلِفُ حُكْمُهُ .

الشرح

قوله في الثمن حتى ينقد شريكه

قَالَ فِي الصَّحَاحِ نَقَدْتُهُ الدَّرَاهِمَ وَنَقَدْتُ لَهُ الدَّرَاهِمَ أَيُّ أَعْطَيْتُهُ فَانْتَقَدَهَا أَيُّ قَبَضْتُهَا وَنَقَدْتُ الدَّرَاهِمَ وَانْتَقَدْتُهَا إِذَا أَخْرَجْتُ مِنْهَا الزَّيْفَ وَعَلَى هَذَا فَتَقَدَّ بِالْمَعْنَى الْأَوَّلِ يَتَعَدَّى إِلَى مَفْعُولَيْنِ أَحَدُهُمَا بِنَفْسِهِ وَالثَّانِي تَارَةً بِنَفْسِهِ وَتَارَةً بِحَرْفِ الْجَرِّ فَيَكُونُ تَقْدِيرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ حَتَّى يَنْقُدَهُ شَرِيكُهُ الثَّمَنَ بِحَذْفِ الْمَفْعُولَيْنِ أَوْ يَنْقُدَ لَهُ شَرِيكُهُ الثَّمَنَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

قوله قبل القبض

أَيُّ قَبْلَ إعْطَاءِ الثَّمَنِ فَالْحَاضِرُ لَا يَمْلِكُ قَبْضَ نَصِيبِهِ إِلَّا بِنَقْدِ جَمِيعِ الثَّمَنِ بِالتَّفَاقُ لِأَنَّ لِلْبَائِعِ الْحَبْسَ بِكُلِّ الثَّمَنِ

قوله : وَهُوَ أَجْنَبِيٌّ عَنْ نَصِيْبِهِ

أَيُّ لَأَنَّهُ لَيْسَ بِوَكِيلٍ عَنْهُ

قوله : فَصَارَ كَمُعِيرِ الرَّهْنِ

أَيُّ إِذَا أَفْلَسَ الرَّاهِنُ وَهُوَ الْمُسْتَعِيرُ أَوْ غَابَ

قوله يُمَكِّنُهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ إِلَى الْحُكَّامِ

أَيُّ فِي أَنْ يَنْقُذَ حَصَّتَهُ لِيَقْبِضَ نَصِيْبَهُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ بَاعَ أُمَّةً بِأَلْفٍ مِثْقَالَ ذَهَبٍ وَفِضَّةٍ ، فَهُمَا نَصْفَانِ) ؛ لَأَنَّهُ أَضَافَ الْمِثْقَالَ إِلَيْهِمَا عَلَى السَّوَاءِ فَيَجِبُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةٍ مِثْقَالٍ لِعَدَمِ الْأُولَوِيَّةِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ بَعْتُكَ بِخَمْسُمِائَةٍ مِثْقَالَ ذَهَبٍ وَخَمْسُمِائَةٍ مِثْقَالَ فِضَّةٍ بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفٍ مِنَ الذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةِ حَيْثُ يَجِبُ مِنَ الذَّهَبِ مِثْقَالٌ وَمِنَ الْفِضَّةِ دِرَاهِمٌ ؛ لَأَنَّهُ أَضَافَ الْأَلْفَ إِلَيْهِمَا فَيَنْصَرِفُ إِلَى الْوِزْنِ الْمَعْهُودِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَعَلَى هَذَا لَوْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ كُرٌّ حِنْطَةٍ وَشَعِيرٌ وَسَمْسِمٌ يَجِبُ عَلَيْهِ مِنْ كُلِّ جَنْسٍ ثُلُثُ الْكُرِّ ، وَهَذَا قَاعِدَتُهُ فِي الْمَعَامَلَاتِ كُلِّهَا كَالْمَهْرِ ، وَالْوَصِيَّةِ ، الْوَدِيْعَةِ ، وَالْعَصْبِ ، وَالْإِجَارَةِ وَبَدَلِ الْخُلْعِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْمَوْزُونِ ، وَالْمَكِيلِ ، وَالْمَعْدُودِ ، وَالْمَذْرُوعِ .

الشرح

قوله : فِي الْمَتْنِ وَمَنْ بَاعَ أُمَّةً بِأَلْفٍ الْخ

قَالَ الْكَمَالُ وَيُشْتَرَطُ بَيَانُ الصِّفَةِ مِنَ الْجَوْدَةِ وَغَيْرِهَا

قوله فِي الْمَتْنِ فَهُمَا نَصْفَانِ

هَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَصُورُتْهَا فِيهِ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الرَّجُلِ يَقُولُ لِلرَّجُلِ أبيعُكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ بِأَلْفٍ مِثْقَالَ حَبِّ ذَهَبٍ وَفِضَّةٍ قَالَ هَذَا نَصْفَانِ خَمْسُمِائَةٍ مِثْقَالَ ذَهَبٍ وَخَمْسُمِائَةٍ مِثْقَالَ فِضَّةٍ وَقَوْلُهُ أبيعُكَ مُسَاوَمَةٌ لَا إِجَابَ قَالُوا وَإِنَّمَا وَجِبَ التَّنْصِيفُ وَلَمْ يَتَرَجَّحْ الذَّهَبُ لِاخْتِصَاصِهِ بِالْمَنَاقِيلِ وَلَمْ يَتَرَجَّحْ الْفِضَّةُ لَكَوْنِهَا غَالِبَةً فِي الْمُبَايَعَاتِ لِأَنَّهُمَا لَمَّا تَعَارَضَا وَلَمْ يُوْجَدْ الْمُرْجَحُ صِيرَ إِلَى قِضِيَّةٍ الْإِضَافَةِ وَالْبَيَانِ فَوَجِبَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نَصْفُهُ لِعَدَمِ أُولَوِيَّةِ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ بَعْتُكَ بِأَلْفٍ مِنَ الدَّرَاهِمِ . قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ قُضِيَ زَيْفٌ عَنْ حَبِّ وَتَلَفَ ، فَهُوَ قَضَاءٌ) يَعْنِي إِذَا كَانَ لَهُ عَلَى آخَرٍ دِرَاهِمٌ جَيَادٌ فَقَضَاهُ زَيْوُفًا ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ ، فَهَلَكَتْ ، أَوْ أَنْفَقَهَا ، ثُمَّ عَلِمَ بِالْعَيْبِ ، فَهُوَ قَضَاءٌ ، فَلَا يَكُونُ لَهُ غَيْرُ ذَلِكَ ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَرُدُّ مِثْلَ زَيْوْفِهِ وَيَرْجِعُ بِالْجَيَادِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ صَاحِبِ الدِّينِ مَرْعِيٌّ مِنْ حَيْثُ الْوَصْفُ كَمَا يُرَاعَى حَقُّهُ مِنْ حَيْثُ الْقَدْرُ إِلَّا أَنَّهُ يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ الرَّجُوعُ بِمُجَرَّدِ الْجَوْدَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا وَصَفٌ لَا قِيَامٌ لَهَا بِذَاتِهَا وَلَا قِيَمَةٌ لَهَا إِذَا قُوِلَتْ بِجَنْسِهَا فَتَعَيَّنَ رَدُّ مِثْلِ الْمَقْبُوضِ ، وَالرَّجُوعُ بِالْجَيَادِ وَلَهُمَا أَنَّ الْمَقْبُوضَ

مِنْ جِنْسٍ حَقَّهُ حَتَّى لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَامِ جَاَزَ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْ جِنْسٍ حَقَّهُ لَمَا جَاَزَ لِكَوْنِهِ اسْتِدْالًا ؛ إِذْ هُوَ حَرَامٌ فِي الصَّرْفِ ، وَالسَّلَامِ فَإِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ حَقَّهُ اسْتَوْفَاهُ فَلَمْ يَبْقَ لَهُ إِلَّا الْجَوْدَةُ ، وَهِيَ لَا قِيَمَةَ لَهَا عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ بِالْجِنْسِ وَلَا يُمَكِّنُ تَدَارُكُهَا بِإِيجَابِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ عَلَيْهِ بِالضَّمَانِ حَقًّا لَهُ مُمْتَنِعٌ وَلِأَنَّ الْجَوْدَةَ تَبِعَ ، فَلَا تَنْقُضُ الْقَبْضَ فِي الْأَصْلِ لِأَجْلِهِ كَيْ لَا يَنْعَكَسَ فَيَكُونُ الْأَصْلُ تَبَعًا ، وَالتَّبَعُ أَصْلًا بِخِلَافِ الرَّاهِنِ إِذَا أَثْلَفَ الرَّهْنُ ، أَوْ الْمَوْلَى إِذَا أَثْلَفَ مَلِكٌ عَبْدَهُ الْمَأْذُونُ الْمَدِينِ حَيْثُ يَجِبُ عَلَيْهِمَا الضَّمَانُ ، وَإِنْ كَانَ الْمَضْمُونُ مِلْكًا لَهُمَا ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ هُنَاكَ لِأَجْلِ حَقِّ الْغَيْرِ وَهُوَ الْمُرْتَهِنُ ، وَالْغَرْمَاءُ فَلَمْ يَكُنِ الْإِيجَابُ عَلَيْهِ لِحَقِّهِ .

الشرح

قَوْلُهُ أَوْ أَنْفَقَهَا ثُمَّ عَلِمَ بِالْعَيْبِ الْخ (هَاهُنَا خَمْسُ مَسَائِلَ إِحْدَاهَا هَذِهِ .
الثَّانِيَةُ كَفَلَ بِالْجِيَادِ وَتَقَدَّ الزُّيُوفَ رَجَعَ بِالْجِيَادِ الثَّلَاثَةَ اشْتَرَى بِالْجِيَادِ ، وَتَقَدَّ الزُّيُوفَ يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً عَلَى الْجِيَادِ ، الرَّابِعَةُ اشْتَرَى الدَّارَ بِالْجِيَادِ وَتَقَدَّ الزُّيُوفَ فَالْشُّفْعَةُ بِالْجِيَادِ الْخَامِسَةُ حَلَفَ لَا يَقْضِيَنَّ حَقَّهُ الْيَوْمَ وَعَلَيْهِ جِيَادٌ فَقَضَى زُيُوفًا بَرَّ
قُبْنِيَّةً فِي الشُّفْعَةِ قَوْلُهُ فَقَضَى زُيُوفًا بَرَّ قَالَ الْكَمَالُ وَفِي الْأَحْكَاسِ اشْتَرَى بِالْجِيَادِ وَتَقَدَّ الزُّيُوفَ ثُمَّ حَلَفَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا بِالْجِيَادِ قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ لَا يَحْنُثُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَحْنُثُ

قَوْلُهُ : وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَرُدُّ الْخ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَقَوْلُهُمَا هُوَ الْقِيَاسُ وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ هُوَ الْإِسْتِحْسَانُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ أَفْرَخَ طَيْرٌ ، أَوْ بَاضَ ، أَوْ تَكَسَّسَ ظَبْيٌ فِي أَرْضِ رَجُلٍ ، فَهُوَ لِمَنْ أَخَذَهُ) ؛ لِأَنَّهُ مُبَاحٌ سَبَقَتْ يَدُهُ إِلَيْهِ فَكَانَ ، أَوَّلَى بِهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ { الصَّيْدُ لِمَنْ أَخَذَهُ ، وَالْبَيْضُ صَيْدٌ } وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَى الْمُحْرِمِ الْجَزَاءُ بِكَسَرِهِ وَشَبِّهِه قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { لَيَبْلُوَنَّكُمْ اللَّهُ بِشَيْءٍ مِنَ الصَّيْدِ ثَلَاثَةَ أَيَدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ } أَيُّ الْبَيْضِ ، وَالْفَرَخِ ، وَهَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ أَرْضُهُ مُهَيَّأَةً لَذَلِكَ ، فَإِنْ كَانَتْ مُهَيَّأَةً لِلِاصْطِيَادِ ، فَهُوَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ لَا يُضَافُ إِلَى السَّبَبِ الصَّالِحِ إِلَّا بِالْقَصْدِ أَلَّا تَرَى أَنَّ مَنْ نَصَبَ شَبَكَةً لِلْجَفَافِ فَتَعَقَّلَ بِهَا صَيْدٌ ، أَوْ حَفَرَ بِئْرًا لِلْمَاءِ فَوَقَعَ فِيهِ صَيْدٌ لَا يَمْلِكُهُ وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْجَزَاءُ إِنْ كَانَ مُحْرِمًا ، وَإِنْ قَصَدَ بِهِ الْإِصْطِيَادَ مَلَكَهُ وَوَجَبَ عَلَيْهِ الْجَزَاءُ إِنْ كَانَ مُحْرِمًا وَعَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ لَوْ دَخَلَ صَيْدٌ دَارَهُ ، أَوْ وَقَعَ مَا نَثَرَ مِنَ الدَّرَاهِمِ فِي ثِيَابِهِ بِخِلَافِ مَعْسَلِ النَّحْلِ فِي أَرْضِهِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُهُ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ أَرْضُهُ مُعَدَّةً لَذَلِكَ ، لِأَنَّهُ مِنْ أَنْزَلِ الْأَرْضِ حَتَّى يَمْلِكُهُ تَبَعًا لَهَا كَالْأَشْجَارِ الثَّابِتَةِ ، وَالتُّرَابِ الْمُجْتَمِعِ فِيهَا لِجَرَيَانِ الْمَاءِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُعَدَّةً وَلِهَذَا يَجِبُ فِي الْعَسَلِ الْعُشْرُ إِذَا أُخِذَ مِنْ أَرْضِ الْعُشْرِ .

الشرح

قَوْلُهُ : فِي الْمَتْنِ أَوْ تَكَسَّسَ ظَبْيٌ فِي أَرْضِ رَجُلٍ

أَيُّ دَخَلَ كِنَاسَهُ وَالْكَنَاسُ بَيْتُ الظَّبْيِ وَفِي بَعْضِ النُّسخِ تَكَسَّرَ أَيُّ وَقَعَ فِيهَا فَتَكَسَّرَ وَيُحْتَرَزُ بِهِ عَمَّا لَوْ كَسَرَهُ رَجُلٌ فِيهَا فَإِنَّهُ لَذَلِكَ الرَّجُلُ لَا لِلْأَخِذِ وَلَا يَخْتَصُّ بِصَاحِبِ الْأَرْضِ
كَمَالٌ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَأَرَادَ بِقَوْلِهِ تَكَسَّسَ اسْتَتَرَ

وَقَالَ الْأَثْقَانِيُّ وَتَقَلَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ عَنِ الرَّقِيَّاتِ مَسَائِلَ نَحْوَ هَذَا قَالَ قَالَ مُحَمَّدٌ لَوْ أَنَّ رَجُلًا اتَّخَذَ حَظِيرَةً فِي أَرْضِهِ فَدَخَلَ الْمَاءُ وَاجْتَمَعَ فِيهِ السَّمَكُ فَقَدْ مَلَكَ السَّمَكُ وَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَهُ وَلَوْ اتَّخَذَ لِحَاجَةٍ أُخْرَى فَمَنْ أَخَذَ السَّمَكُ فَهُوَ لَهُ قَالَ ، وَكَذَلِكَ لَوْ حَفَرَ فِي أَرْضِهِ حَمِيرَةً فَوَقَعَ فِيهَا صَيْدٌ فَتَكَسَّرَ فَإِنْ أَخَذَ ذَلِكَ الْمَوْضِعَ لِلصَّيْدِ فَهُوَ لَهُ وَقَدْ مَلَكَهُ وَإِنْ لَمْ يَتَّخِذْ ذَلِكَ لِلصَّيْدِ فَهُوَ لِمَنْ أَخَذَهُ ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا وَضَعَ صُوفًا عَلَى ظَهْرِ بَيْتٍ فَجَاءَ الْمَطَرُ فَابْتَلَّ ثُمَّ إِنَّ رَجُلًا عَصَرَهُ وَأَخْرَجَ مِنْهُ الْمَاءَ هَلْ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ قَالَ : وَإِنْ كَانَ وَضَعَهُ لِأَجْلِ مَاءِ الْمَطَرِ فَلَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ مِنْهُ وَإِنْ كَانَ وَضَعَهُ لِغَيْرِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ وَذَكَرَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ أَيْضًا فِي كِتَابِ الْعُيُونِ فِي بَابِ الصَّيْدِ وَلَوْ أَنَّ صَيْدًا بَاضَ فِي أَرْضِ رَجُلٍ أَوْ تَكَسَّرَ فِيهَا فَجَاءَ رَجُلٌ لِيَأْخُذَهُ فَمَنْعَهُ صَاحِبُ الْأَرْضِ ، فَإِنْ كَانَ مَنْعَهُ إِيَّاهُ فِي مَوْضِعٍ يَقْدِرُ صَاحِبُ الْأَرْضِ عَلَى أَخْذِهِ قَرِيبًا مِنْهُ كَانَ الصَّيْدُ لِرَبِّ الْأَرْضِ فَمَنْعَهُ مِنْهُ كَأَنَّهُ أَخَذَهُ بِيَدِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِحَضْرَتِهِ لَا يَمْلِكُهُ وَلَوْ أَنَّ صَيْدًا دَخَلَ دَارَ رَجُلٍ فَأَغْلَقَ عَلَيْهِ الْبَابَ ، فَإِنْ يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِ بَعِيرٌ صَيْدٌ فَقَدْ مَلَكَهُ وَلَوْ أَنَّهُ أَغْلَقَ الْبَابَ وَلَمْ يَرِدْ بِهِ الصَّيْدُ وَلَمْ يَعْلَمْ فَلَا يَمْلِكُهُ فَإِذَا خَرَجَ مِنْهُ فَهُوَ لِمَنْ أَخَذَهُ

قوله : لو دخل صيد داره

قَالَ الْكَمَالُ ، وَكَذَا إِذَا دَخَلَ الصَّيْدُ دَارَهُ وَلَمْ يَعْلَمْهُ فَأَغْلَقَ بَابَهُ فَهُوَ لِمَنْ أَخَذَهُ وَإِنْ عَلِمَ بِهِ وَأَغْلَقَ الْبَابَ عَلَيْهِ أَوْ سَدَّ الْكُوَّةَ ، وَكَذَا إِذَا وَقَعَ فِي ثِيَابِ الثَّارِ مِنَ السُّكْرِ أَوْ الدَّرَاهِمِ فَهُوَ لِمَنْ أَخَذَهُ مَا لَمْ يَكْفِ ثَوْبُهُ عَلَى السَّاقِطِ فِيهِ

قوله أنزال

بِفَتْحِ الْهَمْزَةِ وَالْأَنْزَالُ جَمْعُ نَزْلٍ يُقَالُ طَعَامٌ كَثِيرُ النُّزْلِ وَالْمَنْزِلِ أَيْ الرَّيْعِ وَهُوَ الزِّيَادَةُ أَثْقَانِي .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (مَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدُ وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ النَّبِيْعُ ، وَالْقِسْمَةُ ، وَالْإِجَارَةُ ، وَالْإِجَارَةُ ، وَالرَّجْعَةُ ، وَالصُّلْحُ عَنْ مَالٍ ، وَالْإِبْرَاءُ عَنِ الدَّيْنِ وَعَزْلُ الْوَكِيلِ ، وَالِاعْتِكَافُ ، وَالْمُزَارَعَةُ ، وَالْمُعَامَلَةُ ، وَالْإِقْرَارُ ، وَالْوَقْفُ ، وَالتَّحْكِيمُ) ، وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ كُلَّ مَا كَانَ مُبَادَلَةً مَالٍ بِمَالٍ يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَ لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ } وَمَا كَانَ مُبَادَلَةً مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ ، أَوْ كَانَ مِنَ التَّبَرُّعَاتِ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ مِنَ بَابِ الرِّبَا ، وَهُوَ يَخْتَصُّ بِالْمُعَاوَضَةِ الْمَالِيَّةِ دُونَ غَيْرِهَا مِنَ الْمُعَاوَضَاتِ وَالتَّبَرُّعَاتِ ؛ لِأَنَّ الرِّبَا هُوَ الْفَضْلُ الْخَالِي عَنِ الْعَوَضِ وَحَقِيقَةُ الشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ هِيَ زِيَادَةُ مَا لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَلَا يُلَائِمُهُ فَيَكُونُ فِيهِ فَضْلٌ خَالَ عَنِ الْعَوَضِ ، وَهُوَ الرِّبَا بَعِيْنِهِ وَلَا يَتَصَوَّرُ ذَلِكَ فِي الْمُعَاوَضَاتِ غَيْرِ الْمَالِيَّةِ كَالْتَّكَاحِ وَالطَّلَاقِ عَلَى مَالٍ وَالْخُلْعِ وَنَحْوِ ذَلِكَ وَلَا فِي التَّبَرُّعَاتِ فَيَبْطُلُ الشَّرْطُ وَيَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ .

أَلَا تَرَى أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ { أَحْزَرَ الْعُمَرَى وَأَبْطَلَ الشَّرْطَ } وَأَصْلُ آخِرِ أَنَّ التَّعْلِيْقَ بِالشَّرْطِ الْمَحْضِ لَا يَجُوزُ فِي التَّمْلِيكَاتِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْقِمَارِ وَأَنَّهُ مِنْهِيٌّ عَنْهُ وَمَا هُوَ مِنْ بَابِ الْإِسْقَاطِ الْمَحْضِ الَّذِي يُحْلَفُ بِهِ يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ مُطْلَقًا وَذَلِكَ مِثْلُ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَمَا هُوَ مِنْ بَابِ الْإِطْلَاقَاتِ وَالْوَلَايَاتِ يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ الْمُلَائِمِ ، وَكَذَا التَّحْرِيطَاتُ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ { مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَبْعَةٌ } { وَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زَيْدَ بْنَ حَارِثَةَ فِي غَزْوَةٍ فَقَالَ إِنْ قُتِلَ زَيْدٌ فَجَعَفَرٌ ، وَإِنْ قُتِلَ جَعَفَرٌ فَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ } رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ فَإِذَا عَرَفْنَا هَذَا جِئْنَا إِلَى مَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ فَنَقُولُ الْبَيْعُ مُعَاوَضَةٌ مَالٍ بِمَالٍ فَيَفْسُدُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ لِمَا رَوَيْنَا وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ مُطْلَقًا إِنْ كَانَ الشَّرْطُ بِكَلِمَةٍ إِنْ بَانَ قَالَ بَعْتُ مِنْكَ إِنْ كَانَ كَذَا وَيَبْطُلُ الْبَيْعُ بِهِ سَوَاءً كَانَ الشَّرْطُ نَافِعًا ، أَوْ ضَارًّا إِلَّا فِي صُورَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ بَعْتُ مِنْكَ هَذَا إِنْ رَضِيَ فَلَانٌ بِهِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ إِذَا وَقَّتَهُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَا طَرَفَ الْخِيَارِ لِلْأَجَنِيِّ ، وَهُوَ

جَائِزٌ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ .

وَإِنْ كَانَ الشَّرْطُ بِكَلِمَةٍ عَلَى ، فَإِنْ كَانَ الشَّرْطُ مِمَّا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ ، أَوْ يُلَائِمُهُ ، أَوْ فِيهِ أَثَرٌ ، أَوْ جَرَى التَّعَامُلُ بِهِ كَمَا إِذَا شَرَطَ تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ ، أَوْ الثَّمَنِ ، أَوْ التَّاجِيلِ ، أَوْ الْخِيَارَ لَا يَفْسُدُ الْبَيْعُ وَيَجُوزُ الشَّرْطُ ، وَكَذَا إِذَا اشْتَرَى الثَّغْلَ عَلَى أَنْ يَحْدُوهَا الْبَائِعُ ، وَإِنْ كَانَ الشَّرْطُ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَلَا يُلَائِمُهُ وَلَا الْعَادَةُ جَرَتْ بِهِ فَإِنْ كَانَ فِي الشَّرْطِ مَنَفَعَةٌ لِأَهْلِ الْاِسْتِحْقَاقِ فَسَدَ الْبَيْعُ ، وَإِلَّا فَلَا وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ وَالْقِسْمَةُ وَالْإِحَارَةُ تَمْلِكُ أَمَّا الْإِحَارَةُ فَظَاهِرٌ ؛ لِأَنَّ فِيهَا تَمْلِكُ الْمَنَفَعَةَ ، وَالْأَجْرَةَ ، وَالْقِسْمَةَ فِيهَا مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ فَصَارَ كَالْبَيْعِ ، وَالرَّجْعَةُ اسْتِدَامَةُ الْمَلِكِ فَيَكُونُ مُعْتَبَرًا بِإِبْدَائِهِ ، فَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ كَمَا لَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُ ابْتِدَاءِ الْمَلِكِ بِهِ ، وَالصُّلْحُ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ مُعَاوَضَةً مَالٍ بِمَالٍ عَلَى مَا يُذَكِّرُ فِي الصُّلْحِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَيَكُونُ بَيْعًا ، وَالْإِبْرَاءُ عَنِ الدَّيْنِ تَمْلِكُ مِنْ وَجْهِ حَتَّى يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَعْنَى الْإِسْقَاطِ فَيَكُونُ مُعْتَبَرًا بِالتَّمْلِكِ ، فَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ وَعَزَلَ الْوَكِيلُ ، وَالِاغْتِكَافُ لَيْسَا مِمَّا يُحْلَفُ بِهِ ، فَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُمَا بِالشَّرْطِ .

وَالْمُعَامَلَةُ وَهِيَ الْمُسَاقَاةُ وَالْمُزَارَعَةُ إِحَارَةٌ ؛ لِأَنَّ مَنْ يُحْزِرُهُمَا لَمْ يُحْزِرْهُمَا إِلَّا عَلَى اعْتِبَارِ الْإِحَارَةِ فَيَكُونَانِ مُعَاوَضَةً مَالٍ بِمَالٍ فَيَفْسُدَانِ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُمَا بِالشَّرْطِ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَالْإِقْرَارُ وَالْوَقْفُ لَيْسَا مِمَّا يُحْلَفُ بِهِ ، فَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُمَا بِالشَّرْطِ ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ إِخْبَارٌ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الصَّدَقِ ، وَالْكَذِبِ ، فَإِنْ كَانَ كَذِبًا لَا يَكُونُ صِدْقًا بَقَوَاتِ الشَّرْطِ وَلَا بِالْعَكْسِ ، وَإِنَّمَا التَّعْلِيْقُ فِي الْإِيجَابَاتِ لِيَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لَيْسَ بِإِيقَاعٍ قَبْلَ وَجُودِ الشَّرْطِ بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِقَ الْإِقْرَارُ بِمَوْتِهِ أَوْ بِمَجِيءِ الْوَقْتِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ وَيُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ لِلِاخْتِرَازِ عَنْ الْجُحُودِ أَوْ دَعْوَى الْأَجَلِ فَيَلْزِمُهُ لِلْحَالِ عَلَى مَا بُيِّنْتُ فِي مَوْضِعِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَالتَّحْكِيمُ لَا يَصِحُّ مُعْلَقًا بِخَطَرٍ وَلَا مُضَافًا إِلَى زَمَانٍ بَأَنَّ قَالَ الْمُحَكِّمَانِ إِذَا أَهْلَ الشَّهْرِ ، أَوْ قَالَ الْعَبْدُ ، أَوْ كَافِرٌ إِذَا أَعْتَقْتُ ، أَوْ أَسْلَمْتُ فَاحْكُمْ بَيْنَنَا ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ بِشَرْطٍ ، وَإِضَافَتُهُ إِلَى الزَّمَانِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِلَّا تَفْوِضٌ وَتَوَلِيَةٌ فَصَارَ كَالْوَكَاةِ ، وَالْإِمَارَةِ ، وَالْقَضَاءِ وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ التَّحْكِيمَ تَوَلِيَةٌ صُورَةٌ وَصُلْحٌ مَعْنَى ؛ إِذْ لَا يُصَارُ إِلَيْهِ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ بَيْنَهُمَا فَبَاعْتِبَارِ أَنَّهُ صُلْحٌ لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ وَلَا إِضَافَتُهُ وَبَاعْتِبَارِ أَنَّهُ تَوَلِيَةٌ يَصِحُّ ، فَلَا يَصِحُّ بِالشَّكِّ ، وَالِاحْتِمَالِ .

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ : فِي الْمَتْنِ مَا يَنْطَلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ الْإِنْخُ (قَالَ الْعَيْنِيُّ أَرْبَعَةَ عَشَرَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ

قَوْلُهُ وَالْإِحَارَةُ وَالْإِجَارَةُ

كَذَا فِي الْمَتْنِ وَشَرَحَ عَلَيْهِ الْعَيْنِيُّ

وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ وَالْإِحَارَةُ مَا نَصَّهُ قَالَ الشَّيْخُ قَاسِمٌ فِي شَرْحِ النُّقَايَةِ وَفِي تَعْلِيْقِهَا أَيْ الْإِحَارَةُ بِالشَّرْطِ اخْتِلَافُ الْمَشَايِخِ أَيْضًا قَالَ صَاحِبُ الْمُحِيطِ إِذَا قَالَ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَقَدْ أَجَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ بِكَذَا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ فِيهِ تَعْلِيْقٌ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى وَهُوَ قَوْلُ أَبِي اللَّيْثِ وَأَبِي بَكْرٍ الْإِسْكَافِ وَقَالَ الصَّفَّارُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيْقُ التَّمْلِكِ بِعَوْضٍ وَهُوَ اخْتِيَارُ ظَهْرِ الدَّيْنِ قَالَ فِي فِتَاوَى قَاضِي خَانَ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْإِحَارَةِ رَجُلٌ قَالَ لِغَيْرِهِ أَجَرْتُكَ دَارِي هَذِهِ الشَّهْرِ كُلُّ شَهْرٍ بِكَذَا جَازَ فِي قَوْلِهِمْ وَلَوْ قَالَ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَقَدْ أَجَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ كُلُّ شَهْرٍ بِكَذَا قَالَ الْفَقِيهَ أَبُو اللَّيْثِ وَأَبُو بَكْرٍ الْإِسْكَافُ يَجُوزُ ذَلِكَ وَقَالَ الْفَقِيهَ الصَّفَّارُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيْقُ التَّمْلِكِ بِعَوْضٍ ، فَلَا يَصِحُّ كَمَا لَوْ عَلَّقَهَا بِشَرْطٍ آخَرَ وَالَّذِي يُؤَيِّدُ قَوْلَهُ مَا ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ رَجُلٌ حَلَفَ أَنْ لَا يَحْلِفَ ثُمَّ قَالَ لِامْرَأَتِهِ إِذَا جَاءَ غَدًا فَانْتِ طَالِقٌ كَانَ حَانًا فِي يَمِينِهِ وَهَذَا يُؤَيِّدُ قَوْلَهُ وَالَّذِي يُؤَيِّدُ قَوْلَ الْفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ مَا ذَكَرَ فِي الْمُتَنَقَّى رَجُلٌ لَهُ خِيَارُ الشَّرْطِ فِي الْبَيْعِ فَقَالَ أَبْطَلْتُ خِيَارِي غَدًا أَوْ

قَالَ أَبْطَلْتُ إِذَا جَاءَ غَدٌ كَانَ ذَلِكَ جَائِزًا قَالَ وَلَيْسَ هَذَا كَقَوْلِهِ إِنْ لَمْ أَفْعَلْ كَذَا فَقَدْ أَبْطَلْتُ حَيَارِي فَإِنْ هَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ هَذَا وَقْتُ
يَجِيءُ لَا مَحَالَةَ وَلَوْ آجَرَ دَارَهُ كُلَّ شَهْرٍ بِكَذَا ثُمَّ قَالَ إِذَا جَاءَ هَذَا الشَّهْرُ فَقَدْ أَبْطَلْتُ الْإِجَارَةَ قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو بَكْرٍ الْبَلْخِيُّ كَمَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُ
الْإِجَارَةِ لِمَجِيءِ الشَّهْرِ يَصِحُّ تَعْلِيْقُ فَسْخِهَا لِمَجِيءِ الشَّهْرِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْأَوْقَاتِ وَمَسْأَلَةُ الْمُتَقَيِّ تَعْلِيْقُ إِبْطَالِ الْخِيَارِ يُؤَيِّدُ قَوْلَهُ وَقَالَ شَمْسُ
الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ إِضَافَةُ الْفَسْخِ إِلَى الْغَدِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْأَوْقَاتِ صَحِيحٌ وَتَعْلِيْقُ الْفَسْخِ لِمَجِيءِ
الشَّهْرِ وَغَيْرِ ذَلِكَ لَا يَصِحُّ وَالْفَتَوَى عَلَى قَوْلِهِ
قُلْتُ وَحَاصِلُ مَا ذَكَرَهُ فِي شَرْحِ التُّقَايَةِ أَنَّ الْفَتَوَى عَلَى صِحَّةِ تَعْلِيْقِ الْإِجَارَةِ كَمَا إِذَا قَالَ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَقَدْ آجَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ بِكَذَا
وَاسْتَفِيدَ مِمَّا ذَكَرَهُ قَاضِي خَانَ أَنَّ الْفَتَوَى عَلَى أَنَّ إِضَافَةَ الْفَسْخِ إِلَى الْغَدِ وَغَيْرِهِ تَصِحُّ وَأَنَّ تَعْلِيْقَ الْفَسْخِ بِمَجِيءِ الشَّهْرِ وَغَيْرِهِ لَا يَصِحُّ

قَوْلُهُ وَعَزَلَ الْوَكِيلَ الْخ

وَأَمَّا تَعْلِيْقُ الْوَكَالَةِ بِالشَّرْطِ فَهَلْ يَجُوزُ يُنْظَرُ فِي الْكَتْرِ قُبَيْلَ كِتَابِ الْمُكَاتِبِ

قَوْلُهُ : فَيَقْسُدُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةَ

قَالَ الْعَيْنِيُّ فَإِذَا بَاعَ عَبْدًا وَشَرَطَ اسْتِخْدَامَهُ شَهْرًا أَوْ بَاعَ دَارًا عَلَى أَنْ يَسْكُنَهَا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ كَمَا مَرَّ

قَوْلُهُ : وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ الْخ

لِأَنَّ تَعْلِيْقَ التَّمْلِيكِ لَا يَصِحُّ

قَوْلُهُ أَوْ يُلَاقِيهِ

أَيُّ كَالرَّهْنِ وَالْكَفَالَةِ لِأَنَّهُمَا لِلْوَيْقَةِ وَالتَّأْكِيدِ لِحَاثِ الْإِسْتِيفَاءِ وَالْمُطَالَبَةِ ؛ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الثَّمَنِ مُقْتَضَى الْعَقْدِ وَمُؤَكَّدُهُ مُلَائِمٌ لَهُ إِذَا كَانَ
مَعْلُومًا بِأَنَّ كَانَ الرَّهْنُ وَالْكَفَالَةُ مُعَيَّنَتَيْنِ ذَكَرَهُ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي بَابِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ

قَوْلُهُ : لِأَهْلِ الْإِسْتِحْقَاقِ

وَأَهْلُ الْإِسْتِحْقَاقِ هُوَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي وَالْمَبِيعُ الْآدَمِيُّ وَالْأَجَنَبِيُّ
ذَكَرَهُ الشَّارِحُ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ

قَوْلُهُ وَالْقِسْمَةُ الْخ

قَالَ الْعَيْنِيُّ بِأَنَّ كَانَ لِلْمَيِّتِ دَيْنٌ عَلَى

النَّاسِ فَاقْتَسَمُوا التَّرِكَةَ مِنَ الدِّينِ وَالْعَيْنِ وَشَرَطُوا أَنْ يَكُونَ الدِّينُ لَأَحَدِهِمْ وَالْعَيْنُ لِلْبَاقِينَ فَهَذَا فَاسِدٌ وَصُورَةٌ تَعْلِيْقُهَا بِالشَّرْطِ بِأَنْ اقْتَسَمُوا الدَّارَ وَشَرَطُوا فِيهَا رِضًا فَلَانِ فَهَذَا فَاسِدٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ فِيهَا مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ فَصَارَ كَالْبَيْعِ فَيُطْلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ

قَوْلُهُ وَالْإِجَارَةُ

قَالَ الْعَيْنِيُّ بِأَنْ آجَرَ دَارًا بِشَرْطٍ أَنْ يُقْرِضَهُ الْمُسْتَأْجِرُ أَوْ يُهْدِيَ إِلَيْهِ أَوْ آجَرَهُ إِيَّاهَا إِنْ قَدِمَ زَيْدٌ وَقَوْلُهُ وَالْإِجَارَةُ بِالزَّيَّ بِأَنْ بَاعَ الْفُضُولِيُّ عَبْدَ فُلَانٍ فَقَالَ أَجَزْتَهُ بِشَرْطٍ أَنْ يُقْرِضَنِي أَوْ يُهْدِيَ إِلَيَّ أَوْ عَلَّقَ إِجَارَتَهُ بِشَرْطٍ بِأَنْ قَالَ أَجَزْتُ الْبَيْعَ إِنْ رَضِيَ فُلَانٌ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ بَيْعٌ مَعْنَى

قَوْلُهُ وَالرَّجْعَةُ

قَالَ الْعَيْنِيُّ بِأَنْ قَالَ لِمُطَلَّقَتِهِ الرَّجْعِيَّةَ رَاجِعْتُكَ عَلَى أَنْ تُقْرِضَنِي كَذَا أَوْ إِنْ قَدِمَ زَيْدٌ ؛ لِأَنَّهَا اسْتِدَامَةُ الْمَلِكِ فَيَكُونُ مُعْتَبَرًا بِابْتِدَائِهِ فَكَمَا لَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُ ابْتِدَائِهِ فَكَذَا لَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهَا أَيْضًا وَصُورَةٌ أُخْرَى لِفَسَادِ الرَّجْعَةِ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ بِأَنْ قَالَ رَاجِعْتُكَ إِنْ انْقَضَتْ عِدَّتُكَ فَإِنَّهَا تَفْسُدُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَصِحُّ إِلَّا فِي الْعِدَّةِ إجماعًا

قَوْلُهُ : وَالصُّلْحُ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ

قَالَ الْعَيْنِيُّ بِأَنْ قَالَ صَالِحْتُكَ عَلَى أَنْ تَسْكُنَنِي فِي الدَّارِ سَنَةً مَثَلًا أَوْ إِنْ قَدِمَ زَيْدٌ وَكُتِبَ عَلَى قَوْلِهِ وَالصُّلْحُ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ مَا نَصَّهُ كَقَوْلِهِ إِذَا جَاءَ غَدٌ فَقَدْ رَاجِعْتُكَ ، وَكَذَا لَا يَجُوزُ إِضَافَتُهَا بِأَنْ يَقُولَ رَاجِعْتُكَ غَدًا وَكُتِبَ مَا نَصَّهُ صُورَةٌ فَسَادِ الصُّلْحِ عَنْ مَالٍ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ بِأَنْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ مَالًا مَعْلُومًا وَأَقْرَأَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ أَنْكَرَ فَصَالِحَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِشَرْطٍ أَنْ يَقْبَلَ الْمُدَّعَى عَبْدَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْآبِقِ لِأَجْلِ مَا ادَّعَى فَقَبِلَ يَكُونُ الصُّلْحُ فَاسِدًا بِنَاءً عَلَى أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ فَاسِدٌ لِكَوْنِهِ مُخَالِفًا لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ إِذِ الصُّلْحُ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ بَيْعٌ فِي حَقِّ الْمُدَّعَى مُطْلَقًا وَالْقُدْرَةُ عَلَى تَسْلِيمِ الْمُبْدَلِ شَرْطٌ جَوَازُهُ وَلَا قُدْرَةٌ هُنَا فَيَكُونُ الصُّلْحُ فَاسِدًا وَتَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ بِأَنْ قَالَ صَالِحْتُكَ عَلَى كَذَا إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ وَقَبِلَ الْآخِرُ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى الْبَيْعِ

قَوْلُهُ وَالْإِبْرَاءُ عَنِ الدِّينِ

قَالَ الْعَيْنِيُّ بِأَنْ قَالَ أَبْرَأْتُكَ عَنْ دِينِي عَلَى أَنْ تَخْدُمَنِي شَهْرًا أَوْ إِنْ قَدِمَ فُلَانٌ وَقَالَ بَعْضُهُمْ صُورَةٌ فَسَادِ الْإِبْرَاءِ عَنِ الدِّينِ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ بِأَنْ قَالَ لِمَدْيُونِهِ أَبْرَأْتُكَ عَنْ دِينِي بِشَرْطٍ أَنْ لِي الْخِيَارَ فِي رَدِّ الْإِبْرَاءِ فِي أَيِّ وَقْتٍ شِئْتُ وَصُورَةٌ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ بِأَنْ قَالَ لِمَدْيُونِهِ أَوْ كَفِيلِهِ إِذَا أَذَيْتَ إِلَيَّ كَذَا أَوْ مَتَى أَذَيْتَ أَوْ إِنْ أَذَيْتَ إِلَيَّ خَمْسَمِائَةٍ فَأَنْتَ بَرِيءٌ عَنْ الْبَاقِي فَهُوَ بَاطِلٌ وَلَا يَبْرَأُ وَإِنْ أَذَى إِلَيْهِ خَمْسَمِائَةٍ سِوَا ذِكْرِ لَفْظِ الصُّلْحِ أَوْ لَمْ يَذْكُرْ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالتَّعْلِيْقِ فَيُطْلُ بِهِ

قَوْلُهُ : وَعَزْلُ الْوَكِيلِ

قَالَ الْعَيْنِيُّ بِأَنْ قَالَ لَوْكَيْلِهِ عَزْلْتُكَ عَلَى أَنْ تُهْدِيَ لِي شَيْئًا أَوْ إِنْ قَدِمَ فُلَانٌ فَالْوَكَالَةُ بَاقِيَةٌ لِفَسَادِ الْعَزْلِ

قَوْلُهُ وَالْإِعْتِكَافُ

قَالَ الْعَيْنِيُّ بِأَنَّ قَالَ عَلَيَّ أَنْ أَعْتَكِفَ إِنْ شَفَى اللَّهُ مَرِيضِي أَوْ إِنْ قَدِمَ فُلَانٌ
وَقَالَ بَعْضُهُمْ صُورَةُ فَسَادِ الْإِعْتِكَافِ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ بِأَنْ قَالَ مَنْ عَلَيْهِ إِعْتِكَافُ أَيَّامٍ نَوَيْتُ أَنْ أَعْتَكِفَ عَشْرَةَ أَيَّامٍ لِلَّهِ بِشَرْطٍ أَنْ لَا أَصُومَ أَوْ
بِشَرْطٍ أَنْ أُبَاشِرَ امْرَأَتِي فِي إِعْتِكَافِي أَوْ أَنْ أَخْرُجَ فِي أَيِّ وَقْتٍ أَشَاءُ لِحَاجَةٍ وَغَيْرِهَا يَكُونُ الْإِعْتِكَافُ فَاسِدًا لِأَنَّ هَذَا شَرْطٌ فَاسِدٌ وَتَعْلِيْقُهُ
بِالشَّرْطِ بِأَنْ قَالَ نَوَيْتُ أَنْ أَعْتَكِفَ عَشْرَةَ
أَيَّامٍ إِنْ شَاءَ اللَّهُ

قَوْلُهُ : وَالْمُعَامَلَةُ

قَالَ الْعَيْنِيُّ بِأَنَّ قَالَ سَاقَيْتُكَ شَجَرِي أَوْ كَرَمِي عَلَى أَنْ تُقْرِضَنِي كَذَا أَوْ إِنْ قَدِمَ فُلَانٌ
وَقِيلَ : صُورَةُ فَسَادِ الْمُعَامَلَةِ بِالشَّرْطِ بِأَنْ وَقَّتَا فِيهَا وَقْتًا يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا تَخْرُجُ الثَّمَرَةُ فِيهِ فَيَفْسُدُ لِفَوَاتِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ الشَّرِكَةُ فِي الْخَارِجِ

قَوْلُهُ : وَالْمُزَارَعَةُ

بِأَنَّ قَالَ زَارَعْتُكَ أَرْضِي عَلَى أَنْ تُقْرِضَنِي كَذَا أَوْ إِنْ قَدِمَ فُلَانٌ
وَقَالَ بَعْضُهُمْ صُورَةُ فَسَادِ الْمُزَارَعَةِ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ بِأَنْ عَقَدَا الْمُزَارَعَةَ وَشَرَطَا لِأَحَدِهِمَا قُفْرَانًا مُسَمَّاءَ أَوْ شَرَطَا أَنْ يَرْفَعَ صَاحِبُ الْبَذْرِ
بَذْرَهُ وَيَكُونَ الْبَاقِي بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ فَهِيَ بَاطِلَةٌ لِأَنَّهُ عَسَى أَنْ لَا تُخْرَجَ الْأَرْضُ إِلَّا هَذَا الْمَقْدَارَ

قَوْلُهُ : وَالْإِقْرَارُ

بِأَنَّ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ كَذَا إِنْ أَقْرِضَنِي كَذَا أَوْ إِنْ قَدِمَ فُلَانٌ
عَيْنِي

قَوْلُهُ : وَالْوَقْفُ

بِأَنَّ قَالَ أَوْقَفْتُ دَارِي إِنْ قَدِمَ فُلَانٌ أَوْ أَوْقَفْتُ دَارِي عَلَيْكَ إِنْ أَخْبَرْتَنِي بِقُدُومِ فُلَانٍ
ع

قَوْلُهُ وَالتَّحْكِيمُ

بِأَنَّ قَالَ حَكَمْنَا هَذَا إِنْ كَانَ كَافِرًا أَوْ مُحْدُوذًا فِي قَذْفٍ ، فَلَا يَصِحُّ التَّحْكِيمُ لِأَنَّهُمَا جَعَلَاهُ قَاضِيًا بِشَرْطِ عَدَمِ أَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ (فَرَعٌ)
يُحْفَظُ وَلَوْ قَالَ كُلَّمَا دَخَلَ نَحْمٌ وَلَمْ تُؤَدَّ فَالْمَالُ حَالٌ صَحٌّ وَالْمَالُ يَصِيرُ حَالًا فِي حِيلِ شَمْسِ الْأَثَمَةِ الْحُلُوانِيِّ كَذَا فِي الْخُلَاصَةِ فِي الْفَصْلِ
الْخَامِسِ مِنَ الْبُيُوعِ
قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَا لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ الْفَرْضُ ، وَالْهَبَةُ ، وَالصَّدَقَةُ ، وَالتَّكَاثُفُ ، وَالطَّلَاقُ ، وَالْخُلْعُ ، وَالْعَنْقُ ، وَالرَّهْنُ ، وَالْإِبْصَاءُ ،
وَالْوَصِيَّةُ ، وَالشَّرِكَةُ ، وَالْمُضَارَبَةُ ، وَالْقَضَاءُ ، وَالْإِمَارَةُ ، وَالْكَفَالَةُ ، وَالْحَوَالَةُ ، وَالْوَكَالَةُ ، وَالْإِقَالَةُ ، وَالْكِتَابَةُ ، وَإِذْنُ الْعَبْدِ فِي التَّجَارَةِ
وَدَعْوَةُ الْوَلَدِ ، وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ ، وَالْجِرَاحَةُ وَعَقْدُ الذِّمَّةِ وَتَعْلِيْقُ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، أَوْ بِخِيَارِ الرُّوْيَةِ وَعَزْلُ الْقَاضِي) هَذِهِ كُلُّهَا لَا تَبْطُلُ
بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ مِنَ بَابِ الرِّبَا وَأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْمُبَادَلَةِ الْمَالِيَّةِ ، وَهَذِهِ الْعُقُودُ لَيْسَتْ بِمُعَاوَضَةٍ مَالِيَّةٍ ، فَلَا
يُؤَثِّرُ فِيهَا الشَّرْطُ الْفَاسِدُ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { أَحَارَ الْعُمَرَى وَأَبْطَلَ شَرْطَ الْمُعَمَّرِ } ، وَكَذَا أَبْطَلَ شَرْطَ الْوَلَاءِ لِغَيْرِ الْمُعْتَقِ

بِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِعَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا { اِتَّبَاعِي فَاَعْتَقِي فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ } قَالَ لَهَا حِينَ أَرَادَ مَوَالِي بَرِيرَةَ أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُمْ بَعْدَ مَا أَعْتَقَهَا لَكِنِ الْكِتَابَةُ إِنَّمَا لَا تَفْسُدُ بِالشَّرْطِ الْمُفْسِدِ إِذَا كَانَ الشَّرْطُ غَيْرَ دَاحِلٍ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ بِأَنْ كَاتَبَهُ عَلَى أَنْ لَا يَخْرُجَ مِنَ الْبَلَدِ ، أَوْ عَلَى أَنْ لَا يُعَامِلَ فُلَانًا ، أَوْ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ فِي نَوْعٍ مِنَ التِّجَارَةِ فَإِنَّ الْكِتَابَةَ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ تَصِحُّ وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ مِنَ الْبَلَدِ وَيَعْمَلَ مَا شَاءَ مِنْ أَنْوَاعِ التِّجَارَةِ مَعَ أَيِّ شَخْصٍ شَاءَ .

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الشَّرْطُ دَاحِلًا فِي صُلْبِ الْعَقْدِ بِأَنْ كَانَ فِي نَفْسِ الْبَدَلِ كَالْكِتَابَةِ عَلَى خَمْرِ وَنَحْوِهَا فَإِنَّهَا تَفْسُدُ بِهِ ، وَإِنَّمَا كَانَتْ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تُشَبِّهُ الْبَيْعَ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْعَبْدَ مَالٌ فِي حَقِّ

الْمَوْلَى وَتُشَبِّهُ النِّكَاحَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّ نَفْسِهِ فَعَمَلُنَا بِالشَّبَهَيْنِ فَلِشَبَهِهَا بِالْبَيْعِ تَفْسُدُ إِذَا كَانَ الْمُفْسِدُ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ وَلِشَبَهِهَا بِالنِّكَاحِ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الزَّائِدِ وَمِنْ هَذَا الْقِسْمِ أَيُّ مِنَ الْقِسْمِ الَّذِي لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ الصُّلْحُ عَنْ جَنَابَةِ الْعَمْدِ ، الْوَدِيعَةُ ، وَالْعَارِيَّةُ إِذَا ضَمِنَهَا رَجُلٌ وَشَرَطَ فِيهَا حَوَالَةً ، أَوْ كِفَالَةً ذَكَرَهُ فِي النَّهْيَةِ فِي آخِرِ كِتَابِ الْهَبَةِ ، ثُمَّ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ هُنَا مَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ وَمَا لَا يَبْطُلُ بِهَا وَمَا لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ وَلَمْ يَذْكُرْ هُنَا مَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ وَلَا مَا يَجُوزُ إِضَافَتُهُ إِلَى الزَّمَانِ وَلَا مَا لَا يَجُوزُ إِضَافَتُهُ إِلَيْهِ وَنَحْنُ نَذْكُرُ ذَلِكَ بِتَوْفِيقِ اللَّهِ تَعَالَى تَكْمِلَةً لِمَا ذَكَرَهُ مِنَ الْأَقْسَامِ وَتَنْمِيمًا لِلْفَائِدَةِ فِي مَوْضِعِهِ ، وَإِنَّمَا تَرَكَهُ الشَّيْخُ هُنَا ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ بَعْضَهَا فِي آخِرِ كِتَابِ الْإِجَارَةِ فَتَقُولُ أَمَّا الْأَوَّلُ ، وَهُوَ مَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ ، فَهُوَ مُحْتَصٌ بِالْإِسْقَاطَاتِ الْمُحْضَةِ الَّتِي يُخْلَفُ بِهَا كَالطَّلَاقِ ، وَالْعَتَاقِ وَبِالْإِتِزَامَاتِ الَّتِي يُخْلَفُ بِهَا كَالْحَجِّ ، وَالصَّلَاةِ ، أَوْ التَّوَلِّيَاتِ كَالْقَضَاءِ ، وَالْإِمَارَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا .

وَأَمَّا الثَّانِي ، وَهُوَ مَا يَجُوزُ إِضَافَتُهُ إِلَى مَا يُسْتَقْبَلُ مِنَ الزَّمَانِ فَارَبْعَةٌ عَشْرٌ ، الْإِجَارَةُ وَفَسْخُهَا ، وَالْمُزَارَعَةُ ، وَالْمُعَامَلَةُ ، وَالْمُضَارَبَةُ ، وَالْوَكَالَةُ ، وَالْكِفَالَةُ ، وَالْوَصِيَّةُ ، وَالْإِيصَاءُ ، وَالْقَضَاءُ ، وَالْإِمَارَةُ ، وَالطَّلَاقُ ، وَالْوَفْقُ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَتَضَمَّنُ تَمْلِيكَ الْمَنَافِعِ ، وَهِيَ لَا يَتَصَوَّرُ وُجُودُهَا فِي الْحَالِ فَتَكُونُ مُضَافَةً ضَرْوَرَةً ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِ أَصْحَابِنَا الْإِجَارَةُ تَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً عَلَى حَسَبِ حَدُوثِهَا عَلَى مَا يَجِيءُ بَيَانُهُ فِي

مَوْضِعِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَفَسْخُ الْإِجَارَةِ مُعْتَبَرٌ بِالْإِجَارَةِ فَيَجُوزُ مُضَافًا .

أَلَا تَرَى أَنْ فَسْخَ الْبَيْعِ ، وَهُوَ الْإِقَالَةُ مُعْتَبَرٌ بِهِ حَتَّى لَا يَجُوزَ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ وَلَا إِضَافَتُهُ إِلَى الزَّمَانِ كَالْبَيْعِ ، وَالْمُزَارَعَةِ ، وَالْمُعَامَلَةِ إِجَارَةً أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ يُحْزِرُهُمَا لَا يُحْزِرُهُمَا إِلَّا بِطَرِيقِهِمَا وَيُرَاعِي فِيهَا شَرَائِطَهُمَا ، وَالْمُضَارَبَةُ ، وَالْوَكَالَةُ مِنْ بَابِ الْإِطْلَاقَاتِ وَمِنْ جُمْلَةِ الْإِسْقَاطَاتِ ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَ الْوَكِيلِ قَبْلَ التَّوَكُّلِ فِي مَالِ الْمُوَكَّلِ كَانَ مَوْقُوفًا حَقًّا لِلْمَالِكِ ، فَهُوَ بِالتَّوَكُّلِ أَسْفَطَ ذَلِكَ فَيَكُونُ إِسْقَاطًا فَيَقْبَلُ التَّعْلِيْقُ ، وَالْكِفَالَةُ مِنْ بَابِ الْإِتِزَامَاتِ فَتَجُوزُ إِضَافَتُهَا إِلَى الزَّمَانِ وَتَعْلِيْقُهَا بِالشَّرْطِ الْمُتْلَمِّ عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي الْكِفَالَةِ الْوَكَالَةِ حَيْثُ يَجُوزُ تَعْلِيْقُهَا بِالشَّرْطِ الْمُتَعَارَفِ مُطْلَقًا لِمَا ذَكَرْنَا ، وَالْإِيصَاءُ بِالْمَالِ ، أَوْ بِإِقَامَةِ شَخْصٍ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي التَّصَرُّفِ لَا يَكُونُ إِلَّا مُضَافًا ؛ لِأَنَّ حَقِيقَتَهَا تَمْلِيكَ بَعْدَ الْمَوْتِ ، أَوْ تَوَكُّيلُ بَعْدَ الْمَوْتِ فَيَجُوزُ تَعْلِيْقُهَا وَإِضَافَتُهَا أَمَّا الْإِيصَاءُ إِلَى شَخْصٍ فَلِأَنَّهُ تَوَكُّيلٌ وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّهُ يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ .

وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ بِالْمَالِ فَلِأَنَّ لَفْظَهَا يُنْبِئُ عَنِ التَّمْلِيكِ بَعْدَ الْمَوْتِ ؛ إِذْ لَا يَتَصَوَّرُ أَنْ تَكُونَ لِلْحَالِ إِلَّا مَجَازًا ، وَالْقَضَاءُ ، وَالْإِمَارَةُ تَوَلِّيَّةٌ وَتَقْوِيضٌ مُحْضٌ فَجَازَ إِضَافَتُهُ وَتَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ وَأَمَّا الثَّالِثُ ، وَهُوَ مَا لَا تَصِحُّ إِضَافَتُهُ إِلَى الزَّمَانِ فَتِسْعَةٌ الْبَيْعُ ، وَإِجَارَتُهُ وَفَسْخُهَا ، وَالْقِسْمَةُ ، وَالشَّرَكَةُ ، وَالْهَبَةُ ، وَالنِّكَاحُ ، وَالرَّجْعَةُ ، وَالصُّلْحُ عَنْ مَالٍ ، وَالْإِبْرَاءُ مِنَ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ تَمْلِكُاتٌ ، فَلَا يَجُوزُ إِضَافَتُهَا إِلَى الزَّمَانِ كَمَا لَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهَا بِالشَّرْطِ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الْقِمَارِ ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَمَا لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ إلخ (سَبْعَةٌ وَعِشْرُونَ شَيْئًا عَلَى مَا ذَكَرَهُ عَيْنِي

قَوْلُهُ : الْقَرْضُ

بِأَنْ قَالَ أَقْرَضْتُكَ هَذِهِ الْمِائَةَ بِشَرْطٍ أَنْ تَخْدُمَنِي شَهْرًا مَثَلًا عَيْنِي

قَوْلُهُ : وَالْهَبَةُ

بِأَنْ قَالَ وَهَبْتُكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ بِشَرْطٍ أَنْ يَكُونَ حَمْلُهَا لِي

قَوْلُهُ وَالصَّدَقَةُ

بِأَنْ قَالَ وَهَبْتُكَ هَذِهِ الْمِائَةَ عَلَى أَنْ تَخْدُمَنِي جُمُعَةً أَوْ تَصَدَّقْتَ عَلَيْكَ بِهَذِهِ الْجَارِيَةِ بِشَرْطٍ أَنْ يَكُونَ حَمْلُهَا لِي وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ وَالصَّدَقَةُ مَا نَصُّهُ لَيْسَ فِي خَطِّ الشَّارِحِ وَهُوَ ثَابِتٌ فِي الْمَتْنِ

قَوْلُهُ وَالنِّكَاحُ

بِأَنْ قَالَ تَزَوَّجْتُكَ عَلَى أَنْ لَا يَكُونَ لَكَ مَهْرٌ يَصِحُّ النِّكَاحُ وَيَفْسُدُ الشَّرْطُ وَيَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ أَوْ قَالَ رَجُلٌ لآخرَ زَوْجَتِكَ بِنْتِي عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي بِنْتِكَ بِشَرْطٍ أَنْ يَكُونَ بَضْعٌ كُلُّ مِنْهُمَا صَدَاقًا لِلْآخَرَى فَهَذَا شَرْطٌ فَاسِدٌ

قَوْلُهُ وَالطَّلَاقُ

بِأَنْ قَالَ طَلَّقْتُكَ عَلَى أَنْ لَا تَتَزَوَّجَ غَيْرِي

قَوْلُهُ وَالْخُلْعُ

بِأَنْ قَالَ خَالَعْتُكَ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْخِيَارُ لِي مُدَّةً سَمَاهَا بَطْلُ الشَّرْطِ وَوَقَعَ الطَّلَاقُ وَوَجَبَ الْمَالُ

قَوْلُهُ : وَالْعَتَقُ

بِأَنْ قَالَ أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْخِيَارُ لِي ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ أَوْ عَلَى أَنْ لَا وَلَاءَ لِي عَلَيْكَ

قَوْلُهُ : وَالرَّهْنُ

بِأَنْ قَالَ رَهَنْتُ عِنْدَكَ هَذَا الْعَبْدَ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنْ لَا يَكُونَ مَضْمُونًا عَلَيْكَ أَوْ عَلَى أَنْ لَا تَقْبِضَهُ وَقَبْلَ الْآخَرِ

قَوْلُهُ : وَالْإِبْصَاءُ

بِأَنْ قَالَ أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ عَلَى أَنْ تُزَوِّجَ ابْنَتِي أَوْ أَوْصَى إِلَى فُلَانٍ وَشَرْطَ أَنْ لَا يَخْرُجَ مِنَ الْوَصَايَةِ وَإِنْ خَانَ وَتَرَكَ حِفْظَ الْأَمَانَةِ فَالْإِبْصَاءُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ

قوله : والوصية

قَالَ الْعَيْنِيُّ بِأَنْ قَالَ أَوْصَيْتَ لَكَ بِثُلْثِ مَالِي إِنْ أَحَازَ فُلَانٌ
أَوْ بِأَنْ قَالَ أَوْصَيْتَ بِخِدْمَةٍ
عَبْدِي هَذَا لِفُلَانٍ عَلَى أَنْ لَا يُسَلَّمَ الْعَبْدُ إِلَى الْمُوصِي لَهُ وَمَاتَ الْمُوصِي وَالْعَبْدُ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ يُسَلِّمُ لِلْمُوصِي لَهُ بِالْخِدْمَةِ لِأَنَّ هَذَا شَرْطُ
فَاسِدٍ لِمُخَالَفَتِهِ لِمُقْتَضَى الْوَصِيَّةِ وَهِيَ لَا تَبْطُلُ بِهِ

قوله والشركة والمضاربة

بِأَنْ قَالَ شَارَكْتُكَ عَلَى أَنْ تُهْدِيَنِي كَذَا أَوْ ضَارَبْتُكَ فِي أَلْفٍ عَلَى التَّصْفِ فِي الرَّبْحِ إِنْ شَاءَ فُلَانٌ أَوْ إِنْ قَدِمَ فُلَانٌ قَالَهُ الْعَيْنِيُّ وَقِيلَ : صُورَةُ
إِدْخَالِ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ فِي الشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ بِأَنْ عَقَدَا الشَّرِكَةَ لِأَحَدِهِمَا أَلْفٌ وَلِلْآخَرِ أَلْفَانِ وَشَرَطَا الرَّبْحَ وَالْوَضِيعَةَ نِصْفَيْنِ فَالشَّرْطُ فَاسِدٌ
وَالشَّرِكَةُ صَحِيحَةٌ وَعَلَى هَذَا إِذَا شَرَطَا الْوَضِيعَةَ عَلَى الْمُضَارِبِ بَطُلَ الشَّرْطُ لَا الْمُضَارَبَةُ

قوله : والقضاء

بِأَنْ قَالَ الْخَلِيفَةُ وَلَيْتَكَ قَضَاءَ مَكَّةَ مَثَلًا عَلَى أَنْ لَا تُعْزَلَ أَبَدًا قَالَهُ الْعَيْنِيُّ وَقِيلَ : صُورَةُ إِدْخَالِ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ فِي الْقَضَاءِ بِأَنْ قَالَ الْقَاضِي
لصَاحِبِ الْحَقِّ أَقْضِي لَأَجْلِكَ عَلَى زَيْدٍ بِشَرْطٍ أَنْ تَحُطَّ مِنْ دَيْنِكَ كَذَا أَوْ تُؤَجَّلَ إِلَى وَقْتٍ كَذَا فَهَذَا الشَّرْطُ فَاسِدٌ

قوله والامارة

قَالَ الْعَيْنِيُّ بِأَنْ قَالَ الْخَلِيفَةُ وَلَيْتَكَ إِمَارَةَ الشَّامِ مَثَلًا عَلَى أَنْ تُرَكَّبَ فَهَذَا الشَّرْطُ بَاطِلٌ وَلَا تَبْطُلُ إِمْرَتُهُ بِهَذَا

قوله : والوكالة

بِأَنْ قَالَ كَفَلْتُ عَنْ غَرِيمِكَ إِنْ أَقْرَضْتَنِي كَذَا

قوله والحوالة

بِأَنْ قَالَ أَحَلُّتُكَ عَلَى فُلَانٍ بِشَرْطٍ أَنْ لَا تَرْجِعَ عِنْدَ النَّوَى

قوله : والوكالة

بِأَنْ قَالَ وَكَلْتُكَ إِنْ أَبْرَأْتَ ذِمَّتِي عَمَّا لَكَ عَلَيَّ
وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ وَالْوَكَاةُ مَا نَصَّهُ بِأَنْ قَالَ وَكَلْتُكَ بِشَرْطٍ أَنْ لَا أَعْزِلَكَ فَالْوَكَاةُ جَائِزَةٌ وَلَهُ عَزْلُهُ مَتَى شَاءَ

قوله : والباقة

بِأَنْ قَالَ أَفْلَنْتُكَ عَنْ هَذَا الْبَيْعِ إِنْ أَقْرَضْتَنِي كَذَا قَالَهُ الْعَيْنِيُّ وَقِيلَ :
: صُورَتُهُ بِأَنْ أَقَالَ الْبَائِعُ مَعَ الْمُشْتَرِي الْبَيْعَ بِشَرْطِ الزِّيَادَةِ عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَالْبَائِعُ صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ فَاسِدٌ

قوله وإذن العبد

بأن قال لعبد أذنت لك في التجارة بشرط أن تتوقت إلى سنة مثلا أو على أن تتجر في كذا فإن إذنه يكون عاما في التجارات والأوقات إلى أن يحجر المولى لأن هذا شرط فاسد بناء على أن الإسقاطات لا تتوقت

قوله : ودعوة الولد

بأن ادعى نسب أحد التوأمين بشرط أن لا يكون نسب الآخر منه أو ادعى نسب ولد بشرط أن لا يرث منه ثبت نسب كل واحد من التوأمين ويرث ويطل الشرط لأيهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر لما عرف وشرطه أن لا يرث شرط فاسد لمخالفته الشرع والنسب لا يفسد به كذا في بعض الشروح وقال العيني بأن قال لأمتي التي ولدت منه هذا الولد مني إن رضيت امرأتي

قوله : والصالح عن دم العمد

بأن صالح ولي المقتول عمدا القاتل على شيء بشرط أن يقرضه أو يهدي إليه شيئا فإن الصالح صحيح والشرط فاسد ويسقط الدم ؛ لأنه من الإسقاطات ، فلا يحتمل الشرط

قوله والجراحة

بأن شج رجلا موضحة خطأ فصالح بشرط أن يعطي الشاج زيادة عن أرش الموضحة أو كان عمدا فصالح على خمسمائة بشرط أن يقتص المشجوج بعد الشهر فالصالح جائز وشرط الزيادة في الأول والفصاص في الثاني بعد الشهر باطل لما يذكر في باب الجنائيات

قوله : وعقد الدمة

قال العيني بأن قال الإمام لحربي يطلب عقد الدمة ضربت عليك الجزية إن شاء فلان مثلا فإن عقد الدمة صحيح والشرط باطل ، وكذلك لو شرط في عقد الدمة أن لا يعطوا الجزية بطريق الإهانة أو أن لا يظهر الكسنيح

قوله : وتعليق الرد بالعيب

أي كقوله إن وجدت به عيبا أردت عليك إن شاء فلان عيني

قوله : أو بخيار الشرط

بأن قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع أو أسقطت خياري إن شاء فلان فإنه يصح الرد ويطل الشرط قاله العيني

قوله الروية

كذا بخط الشارح والثابت في المتون الشرط

قوله وعزل القاضي

بأن قال الخليفة عزلتك عن القضاء إن شاء فلان فإنه ينزل ويطل الشرط قاله العيني قوله : ويطل الشرط (أي لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على وجه الاستبداد وثبوت الاختصاص بخالفه فلذا بطل الشرط وصح العقد

قوله : فإنها تفسد به

أي على ما عرف في موضعه

قوله الصلح عن جنابة العمدة

الذي في خط الشارح العصب بدل قوله العمدة

قوله : ثم الشيخ رحمه الله ذكر هنا

أي ثلاثة أقسام

قوله : ولم يذكر هنا

أي ثلاثة أقسام أخرى

قوله : فهو مختص بالإسقاطات المحضة

قال قاضي خان آخر كتاب الوكالة رجل قال لغيره إذا تزوجت فلانة فطلقها ثم تزوج فلانة فطلقها الوكيل طلقها ؛ لأن الوكالة تحتمل التعليق والإضافة وهذا تعليق لا إضافة كما لا يخفى

قوله والكفالة

اعلم أنه لم يكن في خط الشارح الكفالة والوصية مع أنه لا يتم العدد إلا بذلك

قوله : على ما نبينه

الذي

بخط الشارح على ما بينا

قوله : إنا مجازاً

أي عن الوكالة

قوله : فتسعة

كذا بخط الشارح والظاهر أنه فعشرة كذا بخط شيخنا الغزي رحمه الله وإنما عدّها الشارح تسعة نظراً إلى أن البيع وإجازته كشيء واحد .

كتاب الصرف

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (هُوَ يَبِيعُ بَعْضُ الْأَثْمَانِ بَبَعْضٍ) كَالذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةِ إِذَا بَاعَ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ ، أَوْ بَحَسَبِهِ هَذَا فِي الشَّرْعِ ، وَفِي اللَّغَةِ لَهُ تَفْسِيرَانِ : أَحَدُهُمَا الْفَضْلُ قَالَهُ الْخَلِيلُ وَمِنْهُ سُمِّيَ التَّطَوُّعُ مِنَ الْعِبَادَاتِ صَرَفًا ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ عَلَى الْفَرَائِضِ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { مَنْ اتَّمَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ لَا يَقْبَلُ اللَّهُ مِنْهُ صَرَفًا وَلَا عَدْلًا } أَيُّ لَا نَفْلًا وَلَا فَرْضًا وَسُمِّيَ هَذَا الْبَيْعُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ بِعَيْنِهِ وَلَا يُطْلَبُ مِنْهُ إِلَّا الزِّيَادَةُ ، وَالثَّانِي النَّفْلُ ، وَالرَّدُّ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { ثُمَّ أَنْصَرَفُوا صَرَفَ اللَّهِ قُلُوبَهُمْ } وَسُمِّيَ بِهِ عَلَى هَذَا الْعَتَبَارِ لِلْحَاجَةِ إِلَى التَّقْلِيلِ فِي بَدَلِيهِ مِنْ يَدٍ إِلَى يَدٍ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَلَوْ تَجَانَسَا شَرْطُ التَّمَاثُلِ ، وَالتَّقَابُضُ ، وَإِنْ اخْتَلَفَا جُودَةً وَصِيَاغَةً ، وَإِلَّا شَرْطُ التَّقَابُضِ) يَعْنِي إِذَا بَاعَ جِنْسُ الْأَثْمَانِ بِجِنْسِهِ كَالذَّهَبِ بِالذَّهَبِ ، أَوْ الْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّسَاوِي ، وَالتَّقَابُضُ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ .

وَلَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِيهِ ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْجُودَةِ ، وَالصِّيَاغَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُونَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ بَانَ بَاعَ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ يُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ فِيهِ وَلَا يُشْتَرَطُ التَّسَاوِي لِحَدِيثِ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ { الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ } إِلَى أَنْ قَالَ { مِثْلًا بِمِثْلٍ سَوَاءٌ بِسَوَاءٍ يَدًا بِيَدٍ إِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ } رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَأَحْمَدُ وَغَيْرُهُمَا وَقَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلٌ بِمِثْلٍ ، وَالْوَرِقُ بِالْوَرِقِ مِثْلٌ بِمِثْلٍ إِلَى أَنْ قَالَ ، وَإِنْ اسْتَنْظَرْتَكَ إِلَى أَنْ يَدْخُلَ بَيْتُهُ ، فَلَا تُنْظَرُهُ وَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ قَبْضِ

أَحَدِهِمَا قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ كَيْ لَا يَكُونَ افْتِرَاقًا عَنْ دَيْنٍ بِدَيْنٍ وَلَا بُدَّ مِنْ قَبْضِ الْآخَرِ لِعَدَمِ الْأُولَوِيَّةِ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَةِ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ التَّقَدُّ خَيْرٌ مِنَ التَّسِيئَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا عَلَى عَرْضِ التَّوَي دُونَهُ .

وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَا مِمَّا يَتَّعِينَ بِالتَّعِينِ كَالْمَصُوغِ ، وَالتَّبَرِّ ، أَوْ لَا يَتَّعِينَ كَالْمَضْرُوبِ ، أَوْ يَتَّعِينَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا وَلِأَنَّهُ إِنْ كَانَ مِمَّا يَتَّعِينَ بِالتَّعِينِ فَفِيهِ شُبْهَةٌ عَدَمِ التَّعِينِ لِكُونِهِ مِنْ جِنْسِ الْأَثْمَانِ خَلْقَةً .

ثُمَّ اخْتَلَفُوا فِي الْقَبْضِ هَلْ هُوَ شَرْطُ صِحَّةِ الْعَقْدِ ، أَوْ شَرْطُ الْبَقَاءِ عَلَى الصَّحَّةِ فَقِيلَ : هُوَ شَرْطُ الصَّحَّةِ فَعَلَى هَذَا يَنْبَغِي أَنْ يُشْتَرَطَ الْقَبْضُ مَقْرُونًا بِالْعَقْدِ إِلَّا أَنْ حَالَهْمَا قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ جُعِلَتْ كَحَالَةِ الْعَقْدِ تَبْسِيرًا فَإِذَا وَجَدَ الْقَبْضُ فِيهِ يُجْعَلُ كَأَنَّهُ وَجَدَ حَالَةَ الْعَقْدِ فَيَصِحُّ وَقِيلَ : هُوَ شَرْطُ الْبَقَاءِ عَلَى الصَّحَّةِ ، فَلَا يُجْتَاحُ إِلَى هَذَا التَّقْدِيرِ ، وَالشَّرْطُ أَنْ يَقْبِضَا قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ بِالْأَبْدَانِ حَتَّى لَوْ تَامَا أَوْ أُغْنِيَا عَنْهُمَا فِي الْمَجْلِسِ ، ثُمَّ تَقَابَضَا قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ صَحَّ بِخِلَافِ خِيَارِ الْمُخَيَّرَةِ ؛ لِأَنَّهُ يُطْلَبُ بِالْإِعْرَاضِ ، أَوْ بِمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَلَوْ بَاعَ الذَّهَبُ بِالْفِضَّةِ مُجَازَفَةً صَحَّ إِنْ تَقَابَضَا فِي الْمَجْلِسِ) ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ هُوَ الْقَبْضُ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ دُونَ التَّسْوِيَةِ لِمَا رَوَيْنَا ، فَلَا يَضُرُّ الْجُزْأُ ، وَإِنْ افْتَرَقَا قَبْلَ قَبْضِهِمَا ، أَوْ قَبْلَ قَبْضِ أَحَدِهِمَا بَطَلَ لِفَوَاتِ الشَّرْطِ ، وَهُوَ الْقَبْضُ وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ فِيهِ شَرْطُ الْخِيَارِ ، وَالْأَجَلُ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ الْقَبْضِ مَا دَامَ الْخِيَارُ بَاقِيًا ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمَلِكِ ، وَالْخِيَارُ يَمْنَعُهُ ، وَبِالْأَجَلِ يَفُوتُ الْقَبْضُ الْمُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ شَرْعًا إِلَّا إِذَا أُسْقِطَ الْخِيَارُ ، أَوْ الْأَجَلُ فِي الْمَجْلِسِ فَيَعُودُ صَحِيحًا لِزَوَالِ الْمُفْسَدِ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ وَلَوْ بَاعَ الْفِضَّةُ ، أَوْ الذَّهَبَ بِجِنْسِهِ مُجَازَفَةً ، ثُمَّ عَلِمَا تَسَاوِيَهُمَا قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ صَحَّ وَبَعْدَهُ لَا يَصِحُّ .

وَقَالَ زُفَرٌ يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ التَّسَاوِيَّ حَقُّ الشَّرْعِ وَقَدْ وَجَدَ حَالَةَ الْعَقْدِ فَلَنَا التَّسْوِيَةُ شَرْطٌ وَاجِبٌ عَلَيْنَا فَيَجِبُ تَحْصِيلُهُ بِفِعْلِنَا أَمَا وَجُودُهُ فِي عِلْمِ اللَّهِ تَعَالَى لَا يَصْلُحُ شَرْطًا لِلْجَوَازِ ؛ لِأَنَّ الْأَحْكَامَ تُنْبِئُ عَلَى فِعْلِ الْعِبَادِ تَحْقِيقًا لِمَعْنَى الْإِثْلَاءِ .

الشرح

وَجْهَ الْمُنَاسِبَةِ مَرَّ فِي أَوَّلِ بَابِ السَّلَامِ
 غَايَةً قَالَ فِي الْمَصْبَاحِ صَرَفْتُ الْمَالَ أَنْفَقْتَهُ وَصَرَفْتُ الذَّهَبَ بِالْدَّرَاهِمِ بَعْتُهُ وَاسْمُ الْفَاعِلِ مِنْ هَذَا صَيَّرْتِي وَصَيَّرْتُ وَصَرَفْتُ لِلْمَبَالِغَةِ قَالَ
 ابْنُ فَارِسٍ الصَّرْفُ فَضْلُ الدَّرْهِمِ فِي الْجَوْدَةِ عَلَى الدَّرْهِمِ وَمِنْهُ اسْتِثْقَا الصَّيْرِفِيِّ
 وَقَالَ فِي الْمُعْرَبِ صَرَفَ الدَّرَاهِمَ بَاعَهَا بِدَرَاهِمٍ أَوْ بَدَنَانِيرٍ وَأَصْرَفَهَا اشْتَرَاهَا وَلِلدَّرْهِمِ عَلَى الدَّرْهِمِ صَرَفٌ فِي الْجَوْدَةِ وَالْقِيَمَةِ أَيُّ فَضْلٍ
 وَقِيلَ : لِمَنْ يَعْرِفُ هَذَا الْفَضْلَ وَيُمَيِّزُ هَذِهِ الْجَوْدَةَ صَرَفٌ وَصَيَّرْتُ وَصَيَّرْتِي وَأَصْلُهُ مِنَ الصَّرْفِ النَّقْلُ لِأَنَّ مَا فَضَّلَ صَرَفٌ عَلَى التَّقْصَانِ
 وَإِنَّمَا سُمِّيَ يَبْعُ الْأَثْمَانِ صَرَفًا إِذَا لَانَ الْغَالِبُ عَلَى عَاقِدِهِ طَلَبُ الْفَضْلِ وَالزِّيَادَةِ أَوْ لِاخْتِصَاصِ هَذَا الْعَقْدِ بِنَقْلِ كُلِّ الْبَدَلَيْنِ مِنْ يَدٍ إِلَى يَدٍ فِي
 مَجْلِسِ الْعَقْدِ

قَوْلُهُ : قَالَهُ الْخَلِيلُ

قَالَ الْخَلِيلُ فِي كِتَابِ الْعَيْنِ الصَّرْفُ فَضْلُ الدَّرْهِمِ عَلَى الدَّرْهِمِ فِي الْقِيَمَةِ

قَوْلُهُ وَمِنْهُ سُمِّيَ التَّطَوُّعُ الْإِخ

قَالَ الْأَنْقَايُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَأَمَّا قَوْلُهُ سُمِّيَتِ الْعِبَادَةُ النَّافِلَةُ صَرَفًا فَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ أُوْرِدَ الرَّمْخَشَرِيُّ فِي فَائِقِهِ فِي حَدِيثِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ
 وَسَلَّمَ فِي ذِكْرِ الْمَدِينَةِ { مَنْ أَحْدَثَ فِيهَا حَدَثًا أَوْ آوَى مُحَدِّثًا فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ لَا يُقْبَلُ مِنْهُ صَرَفٌ وَلَا عَدْلٌ } فَقَالَ الصَّرْفُ
 التَّوْبَةُ لِأَنَّهُ صَرَفٌ لِلنَّفْسِ إِلَى الْبِرِّ عَنِ الْفُجُورِ وَالْعَدْلُ الْقُرْبَةُ مِنَ الْمُعَادَلَةِ وَقَالَ صَاحِبُ الْجُمَهْرَةِ قَالَ بَعْضُ أَهْلِ اللُّغَةِ الصَّرْفُ الْفَرِيضَةُ
 وَالْعَدْلُ النَّافِلَةُ وَقَالَ قَوْمُ الصَّرْفِ الْوَزْنُ وَالْعَدْلُ الْكَيْلُ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْجُمَهْرَةِ
 مَا قَالَهُ الْأَنْقَايُ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ مَنْ أَحْدَثَ فِيهَا

حَدَثًا قَالَ الْكَمَالُ وَالْمُرَادُ مِنْ إِحْدَاثِ الْحَدَثِ فَعُلُ مَا يُوجِبُ الْحَدَّ
 وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ وَمِنْهُ سُمِّيَ التَّطَوُّعُ الْإِخ مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ بَعْدَ أَنْ أُوْرِدَ اعْتِرَاضَ الْأَنْقَايُ عَلَى صَاحِبِ الْهِدَايَةِ فِي تَفْسِيرِ
 الصَّرْفِ بِالنَّافِلَةِ وَالْجَوَابُ أَنَّ أَهْلَ اللُّغَةِ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ فَقَدْ ذَكَرَ فِي الْجُمَهْرَةِ عَنْ بَعْضِ أَهْلِ اللُّغَةِ الصَّرْفُ الْفَرِيضَةُ وَالْعَدْلُ النَّافِلَةُ وَفِي
 الْعَرَبِيِّينَ عَنْ بَعْضِهِمُ الصَّرْفُ النَّافِلَةُ وَالْعَدْلُ الْفَرِيضَةُ كَمَا ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ وَلَا اعْتِرَاضَ عَلَيْهِ مَعَ أَنَّهُ الْأَنْسَبُ

قَوْلُهُ : مَنْ انْتَمَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ

الَّذِي فِي خَطِّ الشَّارِحِ مَنْ انْتَمَى إِلَى غَيْرِ اللَّهِ

قَوْلُهُ : وَلَا عَدْلًا

الْمُرَادُ بِالْعَدْلِ الْفَرَضُ الَّذِي هُوَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ وَلَا شَكَّ فِي (قَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ بِعَيْنِهِ) أَيُّ لَا يُنْتَفَعُ بِعَيْنِ الذَّهَبِ وَالْوَرَقِ وَإِنَّمَا يُنْتَفَعُ
 بِغَيْرِهِمَا مِمَّا يُقَابِلُهُمَا مِنْ نَحْوِ الْخُبْزِ وَاللَّحْمِ وَالثَّوْبِ فِي دَفْعِ الْجُوعِ وَالْعَطَشِ وَدَفْعِ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ وَغَيْرِ ذَلِكَ
 أَنْقَايُ

قوله : وقال عمر رضي الله عنه الذهب بالذهب إلخ

رَوَى مُحَمَّدٌ فِي كِتَابِ الصَّرْفِ قَالَ حَدَّثَنَا عُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلُ مِثْلٍ وَالْوَرِقُ بِالْوَرِقِ مِثْلُ مِثْلٍ لَا تُفَضَّلُوا بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ لَا يَبَاعُ مِنْهَا غَائِبٌ بِنَاجِرٍ فَإِنِّي أَخَافُ الرَّمَاءَ وَإِنْ اسْتَنْطَرَكِ إِلَى أَنْ يَدْخُلَ بَيْتُهُ ، فَلَا تُنْظَرُهُ وَالرَّمَاءُ بِالْمَدِّ بِمَعْنَى الرَّبَا .
وَقَالَ الْقُدُورِيُّ فِي شَرْحِهِ لِمُخْتَصَرِ الْكَرْحِيِّ وَعَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ إِنْ وَتَبَ مِنْ سَطْحٍ فَتَبَ مَعَهُ أَتَقَانِي

قوله لعدم الأولوية

أَيُّ لَأَنَّ أَحَدَ الْعَوَظِينَ لَيْسَ بِأَوَّلَى مِنَ الْآخِرِ فِي الْقَبْضِ
لَأَنَّ خَلْقَةَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ لِلثَّمَنَِّةِ وَإِنْ كَانَا مِمَّا يَتَعَيَّنَانِ كَالْتَّبَرِ وَالْمَصُوغِ أَتَقَانِي

قوله خلقة

أَخْرَجَ مَا هُوَ تَمَنُّ بِالِاصْطِلَاحِ كَالْفُلُوسِ قَالَ الْبَزَازِيُّ وَلَوْ اشْتَرَى مِائَةَ فَلَسٍ بِدِرْهِمٍ يَكْفِي التَّقَابُضُ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ

قوله : حتى لو ناما إلخ

قَالَ فِي الْإِخْتِيَارِ وَلَوْ نَامَا جَالِسَيْنِ لَمْ يَكُنْ فُرْقَةٌ وَلَوْ نَامَا مُضْطَجِعَيْنِ كَانَ فُرْقَةٌ وَلَا يَجُوزُ خِيَارُ الشَّرْطِ لِأَنَّهُ يَنْفِي اسْتِحْقَاقَ الْقَبْضِ وَلَا الْأَجَلَ لِأَنَّهُ يَفُوتُ الْقَبْضَ الَّذِي هُوَ شَرْطُ الصَّحَّةِ فَإِنْ أَسْقَطَاهُمَا قَبْلَ التَّفَرُّقِ جَازَ خِلَافًا لِرُفْعِ قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلِتَعْلُقِ الصَّحَّةُ بَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ لَا يَبْطُلُ لَوْ نَامَا فِي الْمَجْلِسِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِمَا أَوْ طَالَ قُعُودُهُمَا وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ جَعَلَ الصَّرْفُ كَخِيَارِ الْمُخَيَّرَةِ يَبْطُلُ بِدَلِيلِ الْإِعْرَاضِ كَالْقِيَامِ مِنَ الْمَجْلِسِ حَتَّى لَوْ نَامَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَهُوَ فُرْقَةٌ وَلَوْ نَامَا جَالِسَيْنِ ، فَلَا ، وَعَنْهُ الْقُعُودُ الطَّوِيلُ فُرْقَةٌ دُونَ الْقَصِيرِ وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى آخِرِ أَلْفٍ دِرْهِمٍ وَلِلْآخِرِ عَلَيْهِ مِائَةُ دِينَارٍ فَأَرْسَلَ رَسُولًا يَقُولُ لَهُ بَعْنِكَ الدَّرَاهِمَ الَّتِي لِي عَلَيْكَ بِالدَّنَانِيرِ الَّتِي لَكَ عَلَيَّ فَقَالَ قَبِلْتُ كَانَ بَاطِلًا ، وَكَذَا لَوْ نَادَى أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ مِنْ وَرَاءِ جِدَارٍ أَوْ مِنْ بَعِيدٍ ؛ لِأَنَّهُمَا مُفْتَرِقَانِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ لَوْ قَالَ الْأَبُ اشْهَدُوا أَنِّي اشْتَرَيْتُ هَذَا الدِّينَارَ مِنْ ابْنِي الصَّغِيرِ بِعَشْرَةٍ وَقَامَ قَبْلَ نَقْدِهَا بَطُلَ هَذَا وَيَجُوزُ الرِّهْنُ بِبَدْلِ الصَّرْفِ وَالْحَوَالَةُ بِهِ كَمَا فِي رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ

فَتَحَّ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ حَتَّى لَوْ نَامَا مَا نَصُّهُ قَالَ فِي شَرْحِ الطُّحَاوِيِّ ثُمَّ وَجُودُ التَّقَابُضِ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الصَّرْفِ ، وَلَكِنْ وَجُودُ التَّقَابُضِ قَبْلَ

التَّفَرُّقِ بِالْأَبْدَانِ شَرْطٌ حَتَّى إِنْهُمَا لَوْ تَعَاقَدَا وَلَمْ يَتَقَابَضَا حَتَّى مَشِيَ مِيلًا أَوْ أَكْثَرَ فَلَمْ يُفَارِقْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ وَلَا غَابَ عَنْهُ ثُمَّ تَقَابَضَا وَافْتَرَقَا جَازَ الصَّرْفُ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي تَسْلِيمِ رَأْسِ الْمَالِ فِي بَابِ السَّلَمِ يَعْنِي أَنَّ قَبْضَ رَأْسِ الْمَالِ قَبْلَ التَّفَرُّقِ بِالْأَبْدَانِ شَرْطٌ وَقَالَ شَمْسُ الْأَثَمَةِ الْبُيْهَقِيُّ فِي كِفَايَتِهِ وَالْإِفْتِرَاقُ الْمُعْتَبَرُ الْإِفْتِرَاقُ بِالْأَبْدَانِ دُونَ الْمَكَانِ حَتَّى لَوْ قَامَا فَذَهَبَا مَعًا أَوْ نَامَا فِي الْمَجْلِسِ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِمَا أَوْ طَالَ قُعُودُهُمَا لَا يَبْطُلُ لِمَا مَرَّ أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالْدَّنَانِيرَ لَا يَتَعَيَّنَانِ أَتَقَانِي

قوله : بخلاف خيار المخررة

يَعْنِي أَنَّ الصَّرْفَ لَا يَبْطُلُ بِذَهَابِ الْعَاقِدَيْنِ مَعًا وَخِيَارُ الْمُخَيَّرَةِ يَبْطُلُ وَإِنْ مَسَّتْ مَعَ زَوْجِهَا لِأَنَّ اسْتِعَالَهَا بِالْمَسْنِي دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ عَمَّا جُعِلَ إِلَيْهَا فَيَبْطُلُ خِيَارُهَا إِنْ لَمْ تُفَارِقِ الزَّوْجَ أَتَقَانِي

قوله ثم علما تساويهما قبل الافتراق صح

قَالَ الْأَتْقَانِيُّ فَأَمَّا إِذَا وَزَنَّا فِي الْمَجْلِسِ فَوَجَدْنَا سَوَاءً فَكَانَ الْقِيَاسُ أَنَّ لَا يَجُوزُ لِلَّانَّ الْعَقْدَ وَقَعَ عَلَى فَسَادٍ ، فَلَا يَصِحُّ بَعْدَ ذَلِكَ وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ يَجُوزُ لِلَّانَّ سَاعَاتِ الْمَجْلِسِ جُعِلَتْ كَسَاعَةِ وَاحِدَةٍ دَفْعًا لِلْعُسْرِ وَتَحْقِيقًا لِلْيُسْرِ فَكَانَ الْعِلْمُ بِالْمُمَاتَلَةِ فِي الْمَجْلِسِ كَالْعِلْمِ بِهَا فِي حَالِ الْعَقْدِ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ صَحَّ مَا نَصَّهُ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ كَمَالٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي ثَمَنِ الصَّرْفِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَإِنْ بَاعَ دِينَارًا بِدَرَاهِمَ وَاشْتَرَى بِهَا ثَوْبًا فَسَدَ بَيْعُ الثَّوْبِ) ؛ لِأَنَّ فِي تَجْوِيزِهِ فَوَاتَ الْقَبْضُ الْمُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ وَلَا يُقَالُ يَتَّبِعِي أَنْ يَجُوزَ الْعَقْدُ فِي الثَّوْبِ كَمَا نُقِلَ عَنْ زُفَرٍ ؛ إِذِ الثَّقُودُ لَا تَتَّعِينَ فِي الْعُقُودِ وَالْفُسُوحُ دَيْنًا كَانَتْ أَوْ عَيْنًا أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَسْلَمَ دَيْنًا عَلَى الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ جَازَ السَّلَامُ حَتَّى إِذَا سَلَّمَ إِلَيْهِ رَبُّ السَّلَامِ قَدَرَ الدَّيْنُ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ تَمَّ السَّلَامُ وَلَوْ تَعَيَّنَ لِمَا صَحَّ لِكَوْنِهِ كَالثَّوْبِ بِكَالِيٍّ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ هُوَ كَذَلِكَ لَا يَتَّعِينَ لَكِنَّ الْمَانِعَ اشْتِرَاطُ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ عَلَى غَيْرِ الْعَاقِدِ ؛ لِأَنَّ تَعَيِّنَ الدَّيْنِ يَكُونُ اشْتِرَاطًا عَلَى مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِأَنْ يُؤْفِيَهُ وَهُوَ شَرْطٌ مُفْسِدٌ كَمَا إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا عَلَى أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ عَلَى غَيْرِهِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ عَلَى شَخْصٍ فَاشْتَرَى بِهِ شَيْئًا مِنْ غَيْرٍ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ لَا يَجُوزُ لِهَذَا الْمَعْنَى ، أَوْ نَقُولُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ بَدَلِي الصَّرْفِ مَبِيعٌ ، فَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَعَيِّنًا بِالتَّعَيِّنِ كَالْمَضْرُوبِ وَأَمَّا إِذَا كَانَ مِمَّا يَتَّعِينَ كَالْمَصُوغِ ، وَالتَّيْرِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ بَيْعَ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَهُوَ لَا يَجُوزُ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ .

الشرح

قوله : فسد بيع الثوب

أَيُّ وَثَمَنِ الصَّرْفِ عَلَى حَالِهِ يَقْبِضُهُ مِنْهُ وَيَتِمُّ الْعَقْدُ الْأَوَّلُ غَايَةً وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ فَسَدَ بَيْعُ الثَّوْبِ مَا نَصَّهُ وَلَا يَبْرَأُ بَائِعُهُ عَنْ بَدَلِ الصَّرْفِ

قوله : كما نقل عن زفر

أَيُّ وَلَا يَبْرَأُ بَائِعُهُ عَنْ الصَّرْفِ عِنْدَهُ أَيْضًا ذَخِيرَةٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ بَاعَ أَمَةً مَعَ طَوْقٍ قِيمَةُ كُلِّ أَلْفٍ بِالْفَيْنِ وَنَقَدَ مِنَ الثَّمَنِ أَلْفًا ، فَهُوَ ثَمَنُ الطَّوْقِ ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِالْفَيْنِ أَلْفٌ نَقْدٌ وَأَلْفٌ نَسِيئَةٌ ، فَالْأَلْفُ ثَمَنُ الطَّوْقِ) يَعْنِي لَوْ بَاعَ أَمَةً فِي عُنُقِهَا طَوْقٌ فَضَّةٌ وَزَنُّهُ أَلْفٌ مِثْقَالًا مَعَ الطَّوْقِ وَقِيمَتُهَا أَلْفٌ بِالْفَيْنِ مِثْقَالًا وَنَقَدَ مِنْهُ أَلْفًا كَانَ الْمُنْقُودُ ثَمَنَ الطَّوْقِ ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِالْفَيْنِ نَسِيئَةً وَبِأَلْفٍ حَالَةً كَانَ الْحَالُ ثَمَنَ الطَّوْقِ وَفِي عِبَارَةِ الشَّيْخِ تَسَامُحٌ فَإِنَّهُ قَالَ قِيمَةُ كُلِّ أَلْفٍ

أَيَّ قِيمَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْجَارِيَةِ ، وَالطُّوقِ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَلَا يُعْتَبَرُ فِي الطُّوقِ الْقِيمَةُ ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ الْقَدْرُ عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ بِجِنْسِهِ ، وَكَذَا لَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى بَيَانِ قِيمَةِ الْجَارِيَةِ ؛ لِأَنَّ قَدْرَ الطُّوقِ صَارَ مُقَابِلًا بِالطُّوقِ ، وَالْبَاقِي بِالْجَارِيَةِ قَلَّتْ قِيمَتُهَا أَوْ كَثُرَتْ تَحَرُّيًا لِلْجَوَازِ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي بَيَانِ قِيمَتِهَا وَلَا فِي بَيَانِ قِيمَةِ الطُّوقِ إِلَّا إِذَا قُدِّرَ أَنَّ الثَّمَنَ خِلَافَ جِنْسِ الطُّوقِ بِأَنَّ كَانَ فِضَّةً ، وَالثَّمَنُ ذَهَبٌ ، أَوْ بِالْعَكْسِ فَحِينَئِذٍ يُفِيدُ بَيَانُ قِيمَتِهِمَا ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ يَنْقَسِمُ عَلَيْهِمَا عَلَى قَدْرِ قِيمَتِهِمَا .

وَكَذَا الْمُرَادُ فِي قَوْلِهِ ، فَالْأَلْفُ ثَمَنُ الطُّوقِ أَيُّ الْأَلْفِ الْحَالُ ثَمَنُ الطُّوقِ ، وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حِصَّةَ الطُّوقِ يَجِبُ قَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ لِكُونِهِ بَدَلُ الصَّرْفِ ، وَالظَّاهِرُ مِنْهُمَا الْإِثْبَانُ بِالْوَجِبِ ؛ لِأَنَّ دَيْنَهُمَا وَعَقْلُهُمَا يَمْنَعُهُمَا مِنْ مُبَاشَرَةٍ مَا لَا يَحُوزُ شَرْعًا فَيَصْرِفُ الْمُتَأَخَّرُ إِلَى الْجَارِيَةِ ، وَالْمَقْبُوضُ وَالْحَالُ إِلَى الطُّوقِ لِإِحْسَانِ الظَّنِّ بِالْمُسْلِمِ وَلَوْ كَانَ كُلُّ الثَّمَنِ مُوَحَّدًا فَسَدَ الْبَيْعُ فِي الْجَمِيعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا يَفْسُدُ فِي الطُّوقِ دُونَ الْجَارِيَةِ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي حِصَّتِهَا

فَيَتَقَدَّرُ الْفَسَادُ بِقَدْرِ الْمُفْسِدِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْفَسَادَ مُقَارَنٌ فَيَتَعَدَّى إِلَى الْجَمِيعِ كَمَا لَوْ جُمِعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ فِي الْبَيْعِ بِخِلَافِ الْفَسَادِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى فَإِنَّهُ طَارِئٌ ، فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ كَمَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدَيْنِ فَهَلَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْقَبْضِ ، أَوْ اسْتَحَقَّ بَعْدَهُ قَالَ (وَإِنْ بَاعَ سَيْفًا حَلِيَّتُهُ خَمْسُونَ بِيَاةً وَتَقَدَّ خَمْسِينَ ، فَهُوَ حَصَّتْهَا ، وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ ، أَوْ قَالَ مِنْ ثَمَنِيهَا) يَعْنِي يَكُونُ الْمُنْقُودُ حِصَّةَ الْحَلِيَّةِ ، وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ أَنَّهُ حَصَّتْهَا ، أَوْ قَالَ خُذْ هَذَا مِنْ ثَمَنِيهَا .

أَمَّا إِذَا لَمْ يُبَيِّنْ فَلَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ أَمْرَهُمَا يُحْمَلُ عَلَى الصَّلَاحِ وَأَمَّا إِذَا قَالَ خُذْ هَذَا مِنْ ثَمَنِيهَا فَلَمَّا التَّشْبِيهُ قَدْ يُرَادُ بِهَا الْوَاحِدُ مِنْهُمَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { نَسِيًا خَوْتَهُمَا } ، وَالتَّاسِي أَحَدَهُمَا وَقَالَ تَعَالَى { يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللَّوْثُ وَالْمَرْحَانُ } ، وَالْمُرَادُ أَحَدُهُمَا وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إِذَا سَافَرْتُمَا فَادْنَا وَأَقِيمَا } ، وَالْمُرَادُ أَحَدَهُمَا فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ لظَاهِرِ حَالِهِمَا بِالْإِسْلَامِ وَلِهَذَا إِذَا قَالَ لِمُرَاتِيهِ إِذَا حَضِثْنَا حِيضَةً ، أَوْ وَلَدْتُمَا وَلَدًا فَأَتَيْنَا طَالِقَتَانِ فَوَلَدَتْ ، أَوْ حَاضَتْ إِحْدَاهُمَا طَلِقَتَا ؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ إِحْدَاهُمَا ؛ لِاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِهِمَا فِي وَلَدٍ وَاحِدٍ ، أَوْ حِيضَةٍ وَاحِدَةٍ بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِنْ حَضِثْنَا ، أَوْ وَلَدْتُمَا فَأَتَيْنَا طَالِقَتَانِ حَيْثُ يُعْتَبَرُ وَجُودُهُ مِنْهُمَا لِلْإِمْكَانِ وَعَلَى هَذَا لَوْ قَالَ خُذْ هَذَا نِصْفَهُ مِنْ ثَمَنِ الْحَلِيَّةِ وَنِصْفَهُ مِنْ ثَمَنِ السَّيْفِ لَا يَبْطُلُ أَيْضًا وَيُجْعَلُ الْمَقْبُوضُ مِنْ ثَمَنِ الْحَلِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَالَ بِأَنَّ الْكُلَّ ثَمَنُ السَّيْفِ يَكُونُ الْمَقْبُوضُ ثَمَنَ الْحَلِيَّةِ ؛ لِأَنَّ السَّيْفَ مَعَ الْحَلِيَّةِ شَيْءٌ وَاحِدٌ فَيُجْعَلُ الْمُنْقُودُ عَوَضًا مِنْهُ وَلَئِنْ مُرَادُهُ أَنْ يُسَلَّمَ لَهُ كُلُّ الثَّمَنِ وَلَا يُسَلَّمَ لَهُ إِلَّا بِهَذَا الطَّرِيقِ قَالَ .

(وَلَوْ افْتَرَقَا بَلَا قَبْضٍ صَحَّ فِي السَّيْفِ دُونَهَا إِنْ تَخَلَّصَ بِلَا ضَرَرٍ ، وَإِلَّا بَطَلَا) يَعْنِي بَطَلُ الْعَقْدِ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ حِصَّةَ الصَّرْفِ يَجِبُ قَبْضُهُ قَبْلَ الْفَتْرَاقِ ، وَإِذَا لَمْ يُقْبَضْ حَتَّى افْتَرَقَا بَطَلُ فِيهِ لِفَقْدِ شَرْطِهِ ، وَكَذَا فِي السَّيْفِ إِنْ كَانَ لَا يَتَخَلَّصُ إِلَّا بِضَرَرٍ لَتَعَدَّرَ تَسْلِيمُهُ بِدُونِ الضَّرَرِ فَصَارَ كَبَيْعٍ جَذَعٍ مِنْ سَقْفٍ ، وَإِنْ كَانَ يَتَخَلَّصُ بِدُونِهِ جَازَ لِلْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ فَصَارَ نَظِيرَ بَيْعِ الْجَارِيَةِ مَعَ الطُّوقِ وَذَكَرَ فِي النِّهَايَةِ مَعْرِيًّا إِلَى الْمَبْسُوطِ فَقَالَ لَوْ قَالَ خُذْ هَذِهِ الْخَمْسِينَ مِنْ ثَمَنِ السَّيْفِ خَاصَّةً وَقَالَ الْآخَرُ نَعَمْ ، أَوْ قَالَ لَا وَتَفَرَّقَا عَلَى ذَلِكَ انْتَقَضَ الْبَيْعُ فِي الْحَلِيَّةِ ؛ لِأَنَّ التَّرْجِيحَ بِالِاسْتِحْقَاقِ عِنْدَ الْمُسَاوَاةِ فِي الْعَقْدِ وَالْإِضَافَةِ وَلَا مُسَاوَاةَ بَعْدَ تَصْرِيحِ الدَّافِعِ فَيَكُونُ الْمُدْفُوعُ مِنْ ثَمَنِ السَّيْفِ خَاصَّةً ، وَالْقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَمَلِّكُ فَيَكُونُ أَعْرَفَ بِجِهَتِهِ قَالَ الرَّاجِي عَفْوُ رَبِّهِ يَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ كَالْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ مِنْ أَنَّهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْحَلِيَّةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَمِنْ أَنَّهُ عَلَى التَّفْصِيلِ الْمُتَقَدِّمِ يَعْنِي إِنْ كَانَتْ الْحَلِيَّةُ تَتَخَلَّصُ بِغَيْرِ ضَرَرٍ صَحَّ فِي السَّيْفِ خَاصَّةً ، وَإِلَّا فَيَبْطُلُ فِي الْكُلِّ لَمَّا بَيَّنَّا .

وَفِي الْمُحِيطِ لَوْ قَالَ هَذَا مِنْ ثَمَنِ النَّصْلِ خَاصَّةً يُنْظَرُ إِنْ لَمْ يَكُنِ التَّمْيِيزُ إِلَّا بِضَرَرٍ يَكُونُ الْمُنْقُودُ ثَمَنَ الصَّرْفِ وَيَصِحَّانِ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ صِحَّةَ الْبَيْعِ وَلَا صِحَّةَ لَهُ إِلَّا بِصَرْفِ الْمُنْقُودِ إِلَى الصَّرْفِ فَحَكَمْنَا بِجَوَازِهِ تَصَحُّيحًا لِلْبَيْعِ ، وَإِنْ أَمَكَّنَ تَمْيِيزُهَا بِغَيْرِ ضَرَرٍ بَطَلُ الصَّرْفِ ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِفَسَادِ الصَّرْفِ وَقَصَدَ جَوَازَ

الْبَيْعِ وَيَجُوزُ الْبَيْعُ بَدُونِ حَوَازِ الصَّرْفِ فَعَلَى هَذَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَتِ الْحِلْيَةُ تَنْخَلِّصُ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ تَوْفِيقًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا ذُكِرَ فِي الْمُحِيطِ هَذَا إِذَا عَلِمَ أَنَّ الْفِضَّةَ الَّتِي هِيَ الثَّمَنُ أَكْثَرُ مِمَّا فِي الطَّوْقِ وَالْحِلْيَةِ ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهَا مِثْلُهُ ، أَوْ أَقَلُّ مِنْهُ لَا يَجُوزُ لِلرَّبِّ ، وَإِنْ كَانَ مَحْمُولًا لَا يَجُوزُ وَقَالَ زُفَرٌ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْحَوَازُ ، وَالْمُفْسِدُ هُوَ الْفَضْلُ الْخَالِي عَنِ الْعَوَضِ فَمَا لَمْ يَعْلَمْ يَكُونُ الْعَقْدُ مَحْكُومًا بِحَوَازِهِ وَجْهَ الْأَوَّلِ أَنَّ الْعِلْمَ بِالسَّوَادَةِ عِنْدَ الْعَقْدِ شَرْطٌ لِصِحَّةِ الْبَيْعِ ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ أَقَلُّ مِنْهُ ، أَوْ مِثْلُهُ ، أَوْ أَكْثَرُ فَجِهَةُ الْفَسَادِ مِنْ وَجْهَيْنِ فَتَرَجَّحَتْ مِنْ وَجْهَيْنِ بِالْكَثَرَةِ ، وَالْحُرْمَةِ .

قَالَ (وَلَوْ بَاعَ إِنَاءً فِضَّةً وَقَبْضَ بَعْضٍ تَمَنَّى وَافْتَرَقَا صَحَّ فِيمَا قَبْضَ ، وَالْإِنَاءُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا) يَعْنِي إِذَا بَاعَهُ بِفِضَّةٍ ، أَوْ ذَهَبٍ ؛ لِأَنَّهُ صَرَفَ ، وَهُوَ يَبْطُلُ بِالِافْتِرَاقِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَيَتَقَدَّرُ الْفَسَادُ بِقَدَرِ مَا لَمْ يَقْبُضْ وَلَا يَشِيعُ ؛ لِأَنَّهُ طَارِئٌ وَلَا يَكُونُ هَذَا تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ التَّفْرِيقَ مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ بِاشْتِرَاطِ الْقَبْضِ لَا مِنْ جِهَةِ الْعَاقِدِ وَلَا يَثْبُتُ لِلْمُشْتَرِي خِيَارُ الْعَيْبِ أَيْضًا بِالشَّرَكَةِ ؛ لِأَنَّ الشَّرَكَةَ حَصَلَتْ مِنْ جِهَتِهِ ، وَهُوَ عَدَمُ التَّقَدُّ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ بِخِلَافِ مَا إِذَا هَلَكَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ حَيْثُ يَثْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ فِي أَخَذِ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُ الصَّنْعُ وَبِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْإِنَاءِ عَلَى مَا يَجِيءُ قَالَ (وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْإِنَاءِ أَخَذَ الْمُشْتَرِي مَا بَقِيَ بِقِسْطِهِ ، أَوْ رَدَّهُ) ؛ لِأَنَّ الشَّرَكَةَ فِي الْإِنَاءِ عَيْبٌ ؛ لِأَنَّ التَّشْتَقِصَ يَضُرُّهُ ، وَهَذَا الْعَيْبُ كَانَ مَوْجُودًا

عِنْدَ الْبَيْعِ مُقَارِنًا لَهُ بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ، وَهِيَ مَا إِذَا اشْتَرَى إِنَاءً فِضَّةً وَافْتَرَقَا وَقَدْ بَقِيَ عَلَيْهِ بَعْضُ الثَّمَنِ حَيْثُ لَا يُرَدُّ ؛ لِأَنَّ التَّفْرِيطَ جَاءَ مِنْ جِهَةِ الْمُشْتَرِي عَلَى مَا بَيَّنَّا .

قَالَ (وَلَوْ بَاعَ قِطْعَةً نُفْرَةً فَاسْتَحَقَّ بَعْضَهَا أَخَذَ مَا بَقِيَ بِقِسْطِهِ بِلَا خِيَارٍ) ؛ لِأَنَّ الشَّرَكَةَ فِيهَا لَيْسَتْ بِعَيْبٍ ؛ إِذِ التَّشْتَقِصُ لَا يَضُرُّهَا بِخِلَافِ الْإِنَاءِ لَكِنْ إِنْ اسْتَحَقَّ قَبْلَ الْقَبْضِ بَعْضُهُ يَثْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ لِتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ كَمَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدَيْنِ فَاسْتَحَقَّ أَحَدَهُمَا قَبْلَ الْقَبْضِ ، أَوْ هَلَكَ يَثْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ لِتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّمَامِ لَا مِنْ قَبْلِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَحَقَّ بَعْدَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ قَدْ تَمَّتْ بِالْقَبْضِ قَالَ (وَصَحَّ بَيْعُ دِرْهَمَيْنِ وَدِينَارٍ بِدِرْهَمٍ وَدِينَارَيْنِ وَكُرْبُرٍ وَشَعِيرٍ بَضْعَهِمَا) أَيُّ بَأْنٍ يَبِيعُهُمَا بِكُرْبُرٍ وَكُرْبُرٍ شَعِيرٍ ، وَإِنَّمَا جَازَ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ كُلَّ جِنْسٍ مُقَابِلًا بِخِلَافِ جِنْسِهِ وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَصِحُّ هَذَا الْعَقْدُ أَصْلًا ؛ لِأَنَّ مُقَابَلَةَ الْجُمْلَةِ بِالْجُمْلَةِ تَقْتَضِي الْإِنْفِسَامَ عَلَى الشُّيُوعِ لَا عَلَى التَّعْيِينِ فَفِي حِمْلِهِ عَلَى خِلَافِ الْجِنْسِ تَغْيِيرٌ لَهُ ، فَلَا يَجُوزُ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ تَصْحِيحُ التَّصَرُّفِ ؛ لِأَنَّ تَغْيِيرَ التَّصَرُّفِ لَا يَجُوزُ لِتَصْحِيحِ التَّصَرُّفِ فَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَى قَلْبًا بَعَشْرَةَ وَتَوْبًا بَعَشْرَةَ ، ثُمَّ بَاعَهُمَا مُرَابِحَةً بِخَمْسَةِ وَعِشْرِينَ لَا يَصِحُّ ، وَإِنْ أُمِكنَ تَصْحِيحُهُ بِصَرَفِ كُلِّ الرَّبْحِ إِلَى التَّوْبِ .

وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا بِأَلْفٍ ، ثُمَّ بَاعَهُ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ مِنَ الْبَائِعِ مَعَ عَبْدٍ آخَرَ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ لَا يَصِحُّ فِي الْمُشْتَرِي بِأَلْفٍ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَا بَاعَ بِأَقَلِّ مِمَّا بَاعَ ، وَإِنْ أُمِكنَ تَصْحِيحُهُ بِصَرَفِ الْأَلْفِ إِلَى الْمُشْتَرِي ، وَكَذَا

لَوْ جَمَعَ بَيْنَ عَبْدِهِ وَعَبْدٍ غَيْرِهِ وَقَالَ بَعْتُكَ أَحَدَهُمَا لَا يَصِحُّ لِلتَّنْكِيرِ ، وَإِنْ أُمِكنَ تَصْحِيحُهُ بِصَرَفِهِ إِلَى عَبْدِهِ ، وَكَذَا لَوْ بَاعَ دِرْهَمًا وَتَوْبًا بِدِرْهَمٍ وَتَوْبٍ ، ثُمَّ تَفَرَّقَا قَبْلَ الْقَبْضِ بَطُلَ الْعَقْدُ فِي الدَّرْهَمَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ صَرَفَ فِيهِمَا ، وَإِنْ أُمِكنَ تَصْحِيحُهُ بِصَرَفِ كُلِّ دِرْهَمٍ مِنْ جَانِبٍ إِلَى التَّوْبِ مِنَ الْجَانِبِ الْآخَرِ وَلَنَا أَنَّ فِي صَرَفِ الْجِنْسِ إِلَى خِلَافِهِ تَصْحِيحُ الْعَقْدِ ، وَإِلَى جِنْسِهِ فَسَادُهُ وَلَا مُعَارَضَةَ بَيْنَ الْفَاسِدِ ، وَالصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّ الصَّحِيحَ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ ، وَالْفَاسِدُ بِأَصْلِهِ دُونَ وَصْفِهِ وَلِأَنَّ الْعَقْدَ يَقْتَضِي مُطْلَقَ الْمُقَابَلَةِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَتَعَرَّضَ لِمُقَيَّدٍ لَا مُقَابَلَةَ الْكُلِّ بِالْكُلِّ بِطَرِيقِ الشُّيُوعِ وَلَا مُقَابَلَةَ الْفَرْدِ مِنْ جِنْسِهِ وَلَا مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ لِمَا عُرِفَ أَنَّ الْمُطْلَقَ غَيْرُ مُتَعَرِّضٍ لِلْمُقَيَّدِ ، وَلَكِنْ مَعَ هَذَا عِنْدَ الْوُجُودِ لَا يُوجَدُ إِلَّا مُقَيَّدًا لَتَعَدُّرِ وُجُودِ ذَاتِ بَدُونِ صِفَةٍ .

وَإِنْ كَانَ اللَّفْظُ غَيْرَ مُتَعَرِّضٍ لِلصَّفَقَةِ ، بَلْ لِلذَّاتِ فَقَطْ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ فَيَحْمَلُ عَلَى الْمُقَيَّدِ الْمُصَحَّحِ عِنْدَ تَعَدُّرِ الْعَمَلِ بِالِاطِّلاقِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْجِنْسُ بِخِلَافِ الْجِنْسِ صَحَّ وَلَوْ كَانَ مُنَافِيًا لَهُ لَمَا صَحَّ فَكَانَ حِمْلُهُ عَلَى الْمُقَيَّدِ الْمُصَحَّحِ ، أَوَّلَى مِنْ حِمْلِهِ عَلَى الْمُقَيَّدِ الْمُفْسِدِ ، وَهُوَ مُقَابَلَةُ الْكُلِّ بِالْكُلِّ شَائِعًا طَلَبًا لِلصَّحَّةِ أَلَّا تَرَى أَنَّ الْكَلَامَ أَصْلُهُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَعْمَلًا فِي حَقِيقَتِهِ ،

ثُمَّ إِذَا تَعَدَّرَتْ الْحَقِيقَةُ حِمْلَ عَلَى الْمَجَازِ الْمُمَكِّنِ إِذَا كَانَ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِالْحَمْلِ عَلَيْهِ وَلَيْنَ كَانَ تَغْيِيرٌ ، فَهُوَ تَغْيِيرٌ لِلْوَصْفِ لَا تَغْيِيرٌ لِأَصْلِ الْمُقَابَلَةِ ؛ إِذْ هِيَ مَوْجُودَةٌ ؛ لِأَنَّ أَصْلَ الْمُقَابَلَةِ فِيهِ إِفَادَةُ الْمَلِكِ فِي الْكُلِّ بِمُقَابَلَةِ الْكُلِّ وَذَلِكَ لَمْ يَتَغَيَّرْ ، وَالِدَلِيلُ عَلَى أَنَّهُ يُحْمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ التَّعَدُّرِ طَلَبًا لِلصَّحَّةِ أَنَّهُ لَوْ بَاعَ الْجِنْسَ بِالْجِنْسِ بِأَنْ بَاعَ دِينَارَيْنِ بِدِينَارَيْنِ مَثَلًا فَقَبِضَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِينَارًا ، ثُمَّ افْتَرَقَا صَحَّ الْبَيْعُ فِي الْمَقْبُوضِ كُلِّهِ .

وَلَوْ كَانَ كَمَا قَالَاهُ لَمَا صَحَّ إِلَّا فِي نَصْفِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَقْبُوضَيْنِ ؛ لِأَنَّ مُقَابَلَةَ الشَّيْءِ تَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ نَصْفُهُ مُقَابِلًا بِالْمَقْبُوضِ وَنَصْفُهُ بِغَيْرِ الْمَقْبُوضِ فَتَبْطُلُ حِصَّةُ غَيْرِ الْمَقْبُوضِ ، وَكَذَا لَوْ بَاعَ دَرَاهِمًا بِدَرَاهِمَيْنِ يَبْطُلُ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ يُقَابِلُ الدَّرَاهِمَ ، وَالدَّرَاهِمَ الْآخَرَ يَنْقَى فَضْلًا فَلِذَلِكَ لَمْ يَجْزُ فَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ نَصْفَ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ يَنْصَرِفُ إِلَى نَصِيبِهِ تَصْصِيحًا لِلْعَقْدِ ، وَكَذَا لَوْ بَاعَ عَبْدًا بِأَلْفِ دَرَاهِمٍ وَفِي الْبَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ فَإِنَّهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمُتَعَارَفِ لِمَا قُلْنَا بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْمُرَابَحَةِ فَإِنَّهُ يَصِيرُ تَوَلِيَّةً فِي الْقَلْبِ بِصَرَفِ كُلِّ الرَّبْحِ إِلَى الثُّوبِ ، وَالتَّوَلِيَّةُ نَضَادُ الْمُرَابَحَةِ فَكَانَ إِبْطَالًا لَهُ أَصْلًا وَفِي الثَّانِيَةِ طَرِيقُ التَّصْصِيحِ غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ ؛ لِأَنَّهُ كَمَا يُمَكِّنُ تَصْصِيحُهُ بِصَرَفِ الْأَلْفِ إِلَى الْعَبْدِ الْمُشْتَرَى يُمَكِّنُ تَصْصِيحُهُ أَيْضًا بِصَرَفِ الْأَلْفِ وَمِائَةٍ إِلَيْهِ ، أَوْ الْأَلْفِ وَمِائَتَيْنِ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الصُّوَرِ وَفِي هَذَا نَظَرٌ فَإِنَّ الطَّرِيقَ مُتَعَدِّدَةً فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ أَيْضًا فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَصْرَفَ الدِّينَارُ إِلَى الدِّينَارِ ، وَالدَّرَاهِمُ إِلَى الدَّرَاهِمِ ، وَالدِّينَارُ إِلَى الدَّرَاهِمِ كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَصْرَفَ الدَّرَاهِمَيْنِ إِلَى الدِّينَارَيْنِ ، وَالدَّرَاهِمُ إِلَى الدِّينَارِ وَجَوَابُهُ أَنَّهُ أَقْلُ تَغْيِيرًا فَكَانَ ، أَوَّلَى .

وَالثَّلَاثَةُ أَضِيفَ الْبَيْعُ إِلَى الْمُتَكْرِ ، فَلَا يَنْصَرِفُ إِلَى الْمُعَيَّنِ لِلتَّضَادِّ بَيْنَهُمَا ؛ إِذِ الْمُنْكَرُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْبَيْعِ وَفِي الرَّابِعَةِ يَفْعُ الْعَقْدُ صَحِيحًا سَوَاءً كَانَ الْجِنْسُ مُقَابِلًا بِالْجِنْسِ ، أَوْ بِخِلَافِهِ ، وَالْفَسَادُ بَعْدَ الصَّحَّةِ عَارِضٌ بِالْفِرَاقِ لَا عَنْ قَبْضٍ ؛ إِذِ الْقَبْضُ شَرْطُ الْبَقَاءِ عَلَى الصَّحَّةِ وَصَرَفُ الْجِنْسِ إِلَى خِلَافِهِ شَرْطٌ لِتَصْصِيحِ الْعَقْدِ ابْتِدَاءً ، وَهُوَ صَحِيحٌ بِذَوْنِهِ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الصَّرْفِ إِلَى الْجِنْسِ ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ بَعْدَهُ مَوْهُومٌ ؛ لِاحْتِمَالِ عَدَمِ التَّقَابُضِ وَفِي الْإِبْتِدَاءِ مُتَحَقِّقٌ ، فَلَا بُدَّ مِنَ الصَّرْفِ إِلَى الْجِنْسِ لِيَنْعَقِدَ صَحِيحًا ، ثُمَّ الْأَصْلُ فِي هَذَا الْبَابِ أَنَّ أَحَدَ الْبَدَلَيْنِ يَجِبُ قِسْمَتُهُ عَلَى الْبَدَلِ الْآخَرَ وَتَظْهَرُ فَائِدَتُهُ فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَالرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ وَجُوبِ الشُّفْعَةِ فِيمَا يَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الْعَقْدُ مِمَّا لَا رَبَا فِيهِ ، فَإِنْ كَانَ لَا تَفَاوُتَ أَحَادُهُ ، فَالْقِسْمَةُ عَلَى الْأَجْزَاءِ ، وَإِنْ كَانَ تَفَاوُتٌ ، فَالْقِسْمَةُ عَلَى الْقِيَمَةِ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا فِيهِ الرِّبَا تَجِبُ قِسْمَتُهُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَصِحُّ فِيهِ الْعَقْدُ لَا غَيْرُ .

قَالَ (وَاحِدَ عَشَرَ دَرَاهِمًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ وَدِينَارٍ) يَعْنِي يَجُوزُ فَتَكُونُ الْعَشْرَةُ بِمِثْلِهَا ، وَالدِّينَارُ بِالدَّرَاهِمِ تَصْصِيحًا لِلْعَقْدِ عَلَى مَا بَيَّنَّا قَالَ (وَدَرَاهِمٍ صَحِيحٍ وَدَرَاهِمَيْنِ غَلَّةٍ بِدَرَاهِمَيْنِ صَحِيحَيْنِ وَدَرَاهِمٍ غَلَّةٍ) يَعْنِي يَجُوزُ بَيْعُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا جِنْسٌ وَاحِدٌ فَيُغَيَّرُ التَّسَاوِي فِي الْقَدْرِ دُونَ الْوَصْفِ ، وَالْغَلَّةُ هِيَ الدَّرَاهِمُ الْمُقَطَّعَةُ وَقِيلَ : هُوَ مَا يَرُدُّهُ بَيْتُ الْمَالِ وَتَأْخُذُهُ التَّجَارُ وَلَا تَنَافِي ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ تُكُونَ هِيَ الْمُقَطَّعَةُ قَالَ (وَدِينَارٍ بِعَشْرَةِ عَلَيْهِ ، أَوْ بِعَشْرَةِ مُطْلَقَةً وَدَفَعَ الدِّينَارَ وَتَقَاصَا الْعَشْرَةُ بِالْعَشْرَةِ) أَيُّ يَجُوزُ ذَلِكَ وَمَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ لِرَجُلٍ عَلَى آخِرِ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ دَيْنٌ قِبَاعُهُ الَّذِي عَلَيْهِ الْعَشْرَةُ دِينَارًا بِالْعَشْرَةِ الَّتِي

عَلَيْهِ ، أَوْ بِعَشْرَةِ مُطْلَقَةً وَدَفَعَ الدِّينَارَ إِلَيْهِ ، ثُمَّ تَقَاصَا الْعَشْرَةُ بِالْعَشْرَةِ فَكِلَاهُمَا حَائِزٌ أَمَّا إِذَا قَابَلَ الدِّينَارَ بِالْعَشْرَةِ الَّتِي عَلَيْهِ ابْتِدَاءً فَلِأَنَّهُ جَعَلَ ثَمَنَهُ دَرَاهِمَ لَا يَجِبُ قَبْضُهَا وَلَا تَعْيِينُهَا بِالْقَبْضِ وَذَلِكَ حَائِزٌ إِجْمَاعًا ؛ لِأَنَّ تَعْيِينَ أَحَدِ الْعَوَظَيْنِ بِالْقَبْضِ فِي الصَّرْفِ لِلِاخْتِرَازِ عَنِ الدَّيْنِ بِالَّذِينَ وَتَعْيِينَ الْآخَرَ لِلِاخْتِرَازِ عَنِ الرِّبَا وَلَا رَبَا فِي دَيْنٍ يَسْقُطُ .

وَإِنَّمَا الرِّبَا فِي دَيْنٍ يَقَعُ الْخَطَرُ فِي عَاقِبَتِهِ بِأَنْ يُتَوَى عَلَيْهِ وَيَسْلَمَ الْمَقْبُوضُ عَنِ التَّوَى وَمَعْلُومٌ أَنَّ السَّلَامَ يَبْقَى أَزِيدُ مِنَ الَّذِي عَلَى خَطَرِ التَّوَى فَيَتَحَقَّقُ الْفَضْلُ أَلَّا تَرَى أَنَّهُمَا لَوْ تَصَارَفَا دَرَاهِمَ دَيْنٍ بِدَنَانِيرٍ دَيْنٍ يَصِحُّ لِفَوَاتِ الْخَطَرِ لَكُونِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَابِتًا قَبْلَ الْبَيْعِ وَيَسْقُطُ بِالْبَيْعِ وَأَمَّا إِذَا بَاعَهُ بِعَشْرَةِ مُطْلَقَةٍ ، ثُمَّ تَقَاصَا ، فَالْمَذْكُورُ هُنَا اسْتِحْسَانٌ ، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ ، وَهُوَ قَوْلُ زُهْرٍ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ اسْتِبْدَالًا بِبَدَلِ الصَّرْفِ ؛ لِأَنَّ الَّذِي وَجِبَ عَلَيْهِ بِالصَّرْفِ غَيْرُ الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ بِالصَّرْفِ دَيْنٌ يَجِبُ تَعْيِينُهُ بِالْقَبْضِ اخْتِرَازًا عَنِ الرِّبَا ، وَالَّذِينَ الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ لَا يَجِبُ قَبْضُهُ فَكَانَا غَيْرَيْنِ .

أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُقَاصَّةَ لَا تَنَفَّعُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ لِعَدَمِ الْمُجَانَسَةِ فَيَكُونُ التَّقَاصُّ بَعْدَ ذَلِكَ اسْتِبْدَالًا بِبَدَلِ الصَّرْفِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَا فِي ذِمَّتِهِ بَدَلًا مَا وَجَبَ لَهُ عَلَيْهِ مِنْ ثَمَنِ الدِّينَارِ ، فَلَا يَجُوزُ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ فِي رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ وَجْهَ الاسْتِحْسَانِ أَنَّهُمَا لَمَّا تَقَاصَا تَضَمَّنَ انْفِسَاخُ الْأَوَّلِ وَانْعِقَادُ صَرْفٍ آخَرَ غَيْرِ الْأَوَّلِ مُضَافًا إِلَى الْعَشْرَةِ الدِّينِيِّ ؛ إِذْ لَوْ لَا ذَلِكَ لَكَانَ اسْتِبْدَالًا بِبَدَلِ الصَّرْفِ فَتَبَتِ الْإِضَافَةُ اقْتِضَاءً كَمَا لَوْ تَبَايَعَا بِالْفِ بِلَفٍّ ثُمَّ جَدَّدَاهُ بِالْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ فَإِنَّ الْبَيْعَ الْأَوَّلَ يَنْفَسَخُ بِضُرُورَةٍ ثُبُوتِ الثَّانِي اقْتِضَاءً فَكَذَا هَذَا وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الدِّينِيُّ مَوْجُودًا قَبْلَ عَقْدِ الصَّرْفِ ، أَوْ حَصَلَ بَعْدَهُ وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ التَّقَاصُّ بِدَيْنٍ حَادِثٍ بَعْدَ الصَّرْفِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ تَقَاصًا بِدَيْنٍ سَيَجِبُ ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ التَّقَاصَّ هُوَ الَّذِي يَتَضَمَّنُ الْفَسْخَ لِلصَّرْفِ الْأَوَّلِ ، وَإِنْ شَاءَ صَرْفٍ آخَرَ فَيَكْتَفِي بِوُجُودِ الدِّينِ عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ عَقْدًا جَدِيدًا مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ مِنْ غَيْرِ اسْتِنَادٍ إِلَى مَا قَبْلَهُ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى سَبْقِ وَجُوبِهِ بِخِلَافِ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ جَعْلُهُ قِصَاصًا بِدَيْنٍ آخَرَ مُطْلَقًا مُتَقَدِّمًا كَانَ ، أَوْ مُتَأَخِّرًا ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ دَيْنٌ .

وَلَوْ صَحَّتْ الْمُقَاصَّةُ بِرَأْسِ الْمَالِ بِصِيرِ افْتِرَاقًا عَنْ دَيْنٍ بِدَيْنٍ ، وَهُوَ مِنْهِيٌّ عَنْهُ وَلِأَنَّ جَوَازَ السَّلَمِ مُخَالَفٌ لِلْقِيَاسِ رُحْصَةً وَهُوَ أَخَذَ عَاجِلٍ بِأَجَلٍ لِلضَّرُورَةِ فَإِذَا لَمْ يَقْتَصَّ شَيْئًا ، فَلَا ضَرُورَةَ ، فَلَا يَجُوزُ وَلِهَذَا لَا تَجُوزُ إِضَافَتُهُ إِلَى الدِّينِ ابْتِدَاءً بِأَنْ يُجْعَلَ الدِّينِيُّ الَّذِي عَلَى الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ رَأْسُ مَالِ السَّلَمِ بِخِلَافِ الصَّرْفِ قَالَ (وَغَالِبُ الْفِضَّةِ وَالذَّهَبِ بِفِضَّةٍ وَذَهَبٍ حَتَّى لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْخَالِصَةِ بِهَا وَلَا يَبْعُ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ إِلَّا مُتَسَاوِيًا وَزَنًا) وَلَا يَصِحُّ الاسْتِقْرَاضُ بِهَا إِلَّا وَزَنًا لِأَنَّهُمَا لَا يَخْلُوانِ عَنْ قَلِيلِ غِشٍّ ؛ إِذْ هُمَا لَا يُطْبَعَانِ عَادَةً بِدُونِهِ وَقَدْ يَكُونُ الْغِشُّ فِيهِمَا خَلْقَةً فَيَعْسُرُ التَّمْيِيزُ بَيْنَ الْمَخْلُوطِ وَالْخَلْقِيِّ فَيَلْحَقُ الْقَلِيلُ مِنَ الْغِشِّ بِالرَّذَاءَةِ ، وَالرَّذِيءُ وَالْجَيِّدُ مِنْهُمَا سَوَاءٌ عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ بِالْجِنْسِ فَيُجْعَلُ الْغِشُّ الَّذِي فِيهِمَا مَعْدُومًا حَتَّى لَا يَكُونَ لَهُ اعْتِبَارٌ أَصْلًا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْغِشُّ هُوَ الْغَالِبُ عَلَيْهِمَا حَيْثُ تُعْتَبَرُ الْفِضَّةُ ، وَالذَّهَبُ اللَّذَانِ فِيهِ عَلَى مَا يُذَكَّرُ مِنَ الْفَرْقِ مِنْ قَرِيبٍ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

قَالَ (وَغَالِبُ الْغِشِّ لَيْسَ فِي حُكْمِ الدَّرَاهِمِ ، وَالذَّنَانِيرِ) ؛ لِأَنَّ الْعِبْرَةَ لِلْغَالِبِ فِي الشَّرْعِ قَالَ (فَصَحَّ بَيْعُهَا بِجِنْسِهَا مُتَفَاضِلًا) أَيْ بِالْمَعْشُوشِ مِثْلَهَا عَدًا ، أَوْ وَزَنًا ؛ لِأَنَّ الْغِشَّ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُقَابِلُ الْفِضَّةِ ، أَوْ الذَّهَبِ الَّذِي فِي الْآخِرِ ، فَلَا يَضُرُّ التَّفَاضُلُ فِيهِمَا ؛ لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ وَيُشْتَرَطُ التَّفَاضُلُ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ ؛ لِأَنَّهُ صَرْفٌ فِي الْبَعْضِ لَوْجُودِ الْفِضَّةِ ، أَوْ الذَّهَبِ مِنَ الْحَابِسِينَ وَيُشْتَرَطُ فِي الْغِشِّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَيَّزُ إِلَّا بِضَرَرٍ بِخِلَافِ بَيْعِ دَرَاهِمٍ وَثَوْبٍ بِدَرَاهِمٍ وَثَوْبٍ حَيْثُ لَا يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ إِلَّا فِي الدَّرَاهِمِينَ ، وَكَذَا إِذَا بَاعَتْ بِالْفِضَّةِ الْخَالِصَةَ ، أَوْ الذَّهَبَ الْخَالِصَ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْخَالِصُ أَكْثَرَ مِنَ الْفِضَّةِ أَوْ الذَّهَبِ الَّذِي فِي الْمَعْشُوشِ حَتَّى يَكُونَ قَدْرُهُ بِمِثْلِهِ ، وَالزَّائِدُ بِالْغِشِّ عَلَى مِثَالِ بَيْعِ الزَّيْتُونِ بِالزَّيْتِ ، وَالْحَارِيَّةِ وَطَوَقِهَا بِالْفِضَّةِ فَاعْتَبِرَ الْفِضَّةُ ، أَوْ الذَّهَبُ الْمَغْلُوبُ بِالْغِشِّ هُنَا حَتَّى لَا يَجُوزَ بَيْعُهُ بِجِنْسِهِ إِلَّا عَلَى طَرِيقِ الْعَاتِبَارِ وَلَمْ يُعْتَبَرِ الْغِشُّ الْمَغْلُوبُ بِالْفِضَّةِ ، أَوْ الذَّهَبِ فَجُعِلَ كَأَنَّهُ كُلُّهُ فِضَّةٌ ، أَوْ ذَهَبٌ فَيَمْنَعُ بَيْعُهُ مُتَفَاضِلًا .

وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْفِضَّةَ الْمَغْلُوبَةَ ، أَوْ الذَّهَبَ الْمَغْلُوبَ مَوْجُودٌ حَقِيقَةً حَالًا مِنْ حَيْثُ اللَّوْنُ وَمَالًا بِالْإِذَابَةِ فَإِنَّ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ يَخْلُصَانِ مِنْهُ بِالْإِذَابَةِ فَكَانَا مَوْجُودَيْنِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا حَتَّى يُعْتَبَرُ مَا فِيهِ مِنَ الْفِضَّةِ ، وَالذَّهَبِ مِنَ النَّصَابِ فِي الرِّكَائَةِ أَيْضًا بِخِلَافِ الْغِشِّ الْمَغْلُوبِ بِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَرِقُ أَوْ يَهْلِكُ وَلَا لَوْنُ لَهُ فِي الْحَالِ أَيْضًا ، فَلَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُهُ

أَصْلًا حَتَّى لَوْ عُرِفَ أَنَّ الْفِضَّةَ أَوْ الذَّهَبَ الَّذِي فِي الْغِشِّ الْغَالِبِ يَحْتَرِقُ وَلَا يَخْرُجُ مِنْهُ شَيْءٌ كَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِ التُّحَاسِ الْخَالِصِ حَتَّى لَا يَكُونَ لِلْفِضَّةِ أَوْ الذَّهَبِ الَّذِي فِيهِ اعْتِبَارٌ أَصْلًا وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا إِنْ كَانَ مَوْزُونًا لِلرَّبَا وَمَشَايِخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ لَمْ يُغْتَوَا بِجَوَازِ التَّفَاضُلِ فِي الْعَطَارِفَةِ ، وَالْعِدَالِيِّ ، وَإِنْ كَانَ الْغَالِبُ فِيهَا الْغِشُّ ؛ لِأَنَّهَا أَعَزُّ الْأَمْوَالِ فِي دِيَارِهِمْ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ فَلَوْ أُبِيحَ التَّفَاضُلُ فِيهَا لَأُتْفَتِحَ بَابُ الرَّبَا .

قَالَ (، وَالتَّبَايُعُ ، وَالِاسْتِقْرَاضُ بِمَا يَرُوجُ عَدَدًا ، أَوْ وَزَنًا ، أَوْ بِهِمَا) ؛ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِيمَا لَا نَصَّ فِيهِ الْعَادَةُ ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّهَا لَمَّا كَانَ الْغَالِبُ فِيهَا الْغِشُّ صَارَتْ كَالْفُلُوسِ فَيُعْتَبَرُ فِيهَا عَادَاتُ النَّاسِ كَمَا يُعْتَبَرُ فِي الْفُلُوسِ الْعَادَةُ فِي الْمَعَامَلَةِ بِهَا حَتَّى إِذَا كَانَتْ تَرُوجُ بِالْوَزْنِ فَيَالُوزَنَ ، وَإِنْ كَانَتْ تَرُوجُ بِالْعَدَدِ تُعْتَبَرُ بِالْعَدَدِ ، وَإِنْ كَانَتْ تَرُوجُ بِهِمَا فَيَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَالَ (وَلَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعَيَّنِ لِكُونِهِ أَثْمَانًا) يُعْنِي مَا دَامَتْ

تَرْوُجُ ؛ لِأَنَّهَا بِالِاصْطِلَاحِ صَارَتْ أَثْمَانًا فَمَا دَامَ ذَلِكَ الْاصْطِلَاحُ مُوجُودًا لَا تَبْطُلُ الثَّمَنِيَّةُ لِقِيَامِ الْمُقْتَضِي قَالَ (وَيَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ إِنْ كَانَتْ لَا تَرْوُجُ) لِزَوَالِ الْمُقْتَضِي لِلثَّمَنِيَّةِ ، وَهُوَ الْاصْطِلَاحُ ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّهَا فِي الْأَصْلِ هِيَ سِلْعَةٌ ، وَإِنَّمَا صَارَتْ أَثْمَانًا بِالِاصْطِلَاحِ فَإِذَا تَرَكَوا الْمُعَامَلَةَ بِهَا رَجَعَتْ إِلَى أَصْلِهَا ، وَإِنْ كَانَ يَأْخُذُهَا الْبَعْضُ دُونَ الْبَعْضِ ، فَهِيَ مِثْلُ الدَّرَاهِمِ لَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِعَيْنِهَا بَلْ بِجِنْسِهَا إِنْ كَانَ الْبَائِعُ يَعْلَمُ بِحَالِهَا ، وَإِنْ كَانَ لَا يَعْلَمُ بِحَالِهَا وَبَاعَهُ بِهَا عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا دَرَاهِمٌ حَبَاثٌ تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِالْجِبَادِ لَوْجُودِ الرِّضَا بِهَا فِي الْأُولَى وَلِعَدَمِهَا فِي الثَّانِيَةِ .

قَالَ (وَالْمُتَسَاوِي كَغَالِبِ الْفِضَّةِ فِي التَّبَايعِ وَالِاسْتِفْرَاضِ وَفِي الصَّرْفِ كَغَالِبِ الْغَشِّ) يَعْنِي الَّذِي اسْتَوَى غِشُّهُ وَفِضَّتُهُ ، أَوْ غِشُّهُ وَذَهَبُهُ حُكْمُهُ فِي التَّبَايعِ وَالِاسْتِفْرَاضِ كَحُكْمِ الدَّرَاهِمِ الَّتِي غَلَبَ عَلَيْهَا الْفِضَّةُ حَتَّى لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ بِهَا وَلَا إِقْرَاضُهَا إِلَّا بِالْوِزْنِ بِمَنْزِلَةِ الدَّرَاهِمِ الرَّدِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْفِضَّةَ مُوجُودَةً فِيهَا حَقِيقَةٌ وَلَمْ تَصِرْ مَغْلُوبَةً فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا بِالْوِزْنِ شَرْعًا كَالْحِنْطَةِ فِي سُبُلِهَا إِلَّا أَنْ يُشِيرَ إِلَيْهَا فِي الْمُبَايَعَةِ فَيَكُونُ بَيَانًا لِقَدْرِهَا وَوَصَفَهَا كَمَا لَوْ أَشَارَ إِلَى الدَّرَاهِمِ الْحَبِيَّةِ وَلَا يَنْتَقِضُ الْعَقْدُ بِهَلَاكِهَا قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَيُعْطِيهِ مِثْلُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَمَنُّ فَلَمْ تَتَّعَيَّنْ وَفِي الصَّرْفِ حُكْمُهُ كَحُكْمِ فِضَّةٍ غَلَبَ عَلَيْهَا الْغَشُّ حَتَّى إِذَا بَاعَهَا بِجِنْسِهَا جَازَ عَلَى وَجْهِ الِاعْتِبَارِ وَلَوْ بَاعَهَا بِالْفِضَّةِ الْخَالِصَةِ لَا يَجُوزُ حَتَّى تَكُونَ الْخَالِصَةُ أَكْثَرَ مِمَّا فِيهِ مِنَ الْفِضَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا غَلَبَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ فَيَجِبُ اعْتِبَارُهُمَا فَصَارَ كَمَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ فِضَّةٍ وَقِطْعَةٍ نَحَاسٍ فَبَاعَهُمَا بِمِثْلِهِمَا ، أَوْ بِفِضَّةٍ فَقَطْ .

وَفِي فِتَاوَى قَاضِي خَانَ إِنْ كَانَ نَصَفُهَا صُفْرًا وَنَصَفُهَا فِضَّةً لَا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ فَظَاهِرُهُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ فِيمَا إِذَا بِيَعْتَ بِجِنْسِهَا ، وَهُوَ يُخَالِفُ مَا ذَكَرْنَا وَوَجْهُهُ أَنَّ فِضَّتَهَا لَمَّا لَمْ تَصِرْ مَغْلُوبَةً جُعِلَتْ كَأَنَّ كُلَّهَا فِضَّةٌ فِي حَقِّ الصَّرْفِ اخْتِطَاطًا قَالَ (وَلَوْ اشْتَرَى بِهِ ، أَوْ بَقُلُوسٍ نَافِقَةٍ شَيْئًا وَكَسَدَ بَطْلَ الْبَيْعِ) أَيُّ لَوْ اشْتَرَى بِالْدَّرَاهِمِ الَّتِي غَلَبَ عَلَيْهَا الْغَشُّ ، أَوْ بِالْقُلُوسِ وَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَافِقًا حَتَّى جَازَ الْبَيْعُ لِقِيَامِ الْاصْطِلَاحِ عَلَى الثَّمَنِيَّةِ وَلِعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَى الْإِشَارَةِ ؛ لِلتَّحَاقُّهِمَا بِالثَّمَنِ ،

ثُمَّ كَسَدَتْ بَطْلَ الْبَيْعِ ، وَكَذَا إِذَا انْقَطَعَتْ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ وَعَلَى هَذَا إِذَا بَاعَ شَيْئًا بِالْدَّرَاهِمِ ، ثُمَّ كَسَدَتْ ، أَوْ انْقَطَعَتْ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ بَطْلَ الْبَيْعِ وَيَجِبُ عَلَى الْمُشْتَرِي رَدُّ الْمَبِيعِ إِنْ كَانَ قَائِمًا ، وَإِلَّا فَمِثْلُهُ إِنْ كَانَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، وَإِلَّا فَقِيمَتُهُ ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لَا يَبْطُلُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ قَدْ صَحَّ لِبَقَاءِ الْاصْطِلَاحِ عَلَى الثَّمَنِيَّةِ عِنْدَ وُجُودِهِ وَإِنَّمَا تَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ بَعْدَهُ بِالْكَسَادِ وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ الْفَسَادَ ؛ لِاحْتِمَالِ الزَّوَالِ بِالرَّوَاكِ فَصَارَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا بِالرُّطْبِ ، ثُمَّ انْقَطَعَ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ .

وَإِذَا لَمْ يَبْطُلِ الْبَيْعُ عِنْدَهُمَا وَقَدْ تَعَذَّرَ تَسْلِيمُهُ يَجِبُ قِيمَتُهُ لَكِنْ يُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْبَيْعِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ صَارَ مَضْمُونًا بِهِ كَالْمَعْصُوبِ فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْعَصَبِ ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِهِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْكَسَادِ ، وَهُوَ آخِرُ مَا يَتَعَامَلُ النَّاسُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ يَوْمُ الْإِثْقَالِ إِلَى الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُسَسَّى كَانَ وَاجِبَ التَّسْلِيمِ إِلَى أَنْ يَنْقَطِعَ فَإِذَا انْقَطَعَ انْقَلَبَ إِلَى الْقِيَمَةِ لِلتَّعَذُّرِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَئِذٍ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ بِالِاصْطِلَاحِ فَتَبْطُلُ الثَّمَنِيَّةُ لِزَوَالِ الْمَوْجِبِ ، وَالْمُقْتَضِي لَهَا فَيَبْقَى الْبَيْعُ بِلَا تَمَنٍّ فَيَبْطُلُ ، وَلَا يُقَالُ إِنَّ الْعَقْدَ تَنَاوَلَ عَيْنَهَا ، وَالْعَيْنُ بَاقِيَةٌ بَعْدَ الْكَسَادِ ، وَهِيَ مَقْدُورَةُ التَّسْلِيمِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ تَنَاوَلَهَا بِصِفَةِ الثَّمَنِيَّةِ وَبِالْكَسَادِ تَنْعَدُّ الصِّفَةُ بِخِلَافِ الرُّطْبِ فَإِنَّهُ يُعَوِّدُ غَالِبًا فِي الْأَعْمَالِ الْقَابِلِ فَلَمْ يَكُنْ هَلَاكًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَلَمْ يَبْطُلْ وَفِي النَّحَاسِ وَأَمْثَالِهِ الْأَصْلُ هُوَ الْكَسَادُ لِعَدَمِ الْإِثْقَالِ بِعَيْنِهِ .

فَإِذَا كَسَدَ رَجَعَ إِلَى

أَصْلِهِ عَلَى وَجْهِ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهُ لَا يُعَوِّدُ ؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ إِذَا رَجَعَ إِلَى أَصْلِهِ قَلَمَا يَزُولُ وَحَدُّ الْكَسَادِ أَنْ تَتَرَكَ الْمُعَامَلَةَ بِهَا فِي جَمِيعِ الْبِلَادِ ، فَإِنْ كَانَتْ تَرْوُجُ فِي بَعْضِ الْبِلَادِ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ لَكِنَّهُ يَتَّعِبُ إِذَا لَمْ تَرْجُ فِي بَلَدِهِمْ فَيَتَخَيَّرُ الْبَائِعُ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ قِيمَتَهُ وَحَدُّ الْإِنْقِطَاعِ أَنْ لَا يُوجَدَ فِي السُّوقِ ، وَإِنْ كَانَ مُوجُودًا فِي يَدِ الصَّيَّارِفَةِ وَفِي الْبُيُوتِ قَالَ (وَصَحَّ الْبَيْعُ بِالْقُلُوسِ النَّافِقَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَعَيَّنْ) ؛ لِأَنَّهَا أَمْوَالٌ مَعْلُومَةٌ صَارَتْ ثَمَنًا بِالِاصْطِلَاحِ فَجَازَ بِهَا الْبَيْعُ وَوَجَبَ فِي الذِّمَّةِ كَالدَّرَاهِمِ ، وَالذَّنَانِيرِ ، وَإِنْ عَيَّنَهَا لَا تَتَّعَيَّنُ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ ثَمَنًا بِاصْطِلَاحِ النَّاسِ وَلَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّ الثَّمَنِيَّةَ لَا تَبْطُلُ بِتَغْيِينِهَا ؛ لِأَنَّ التَّعْيِينَ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ لِيَبَانَ قَدْرَ الْوَاجِبِ وَوَصَفِهِ كَمَا فِي

الدَّرَاهِمَ وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِتَعْلِيْقِ الْحُكْمِ بِعَيْنِهَا .

فَلَا يَبْطُلُ الْإِصْطِلَاحُ بِالْمَحْتَمَلِ مَا لَمْ يُصَرِّحًا بِإِبْطَالِهِ بِأَنْ يَقُولَا أَرَدْنَا بِهِ تَعْلِيْقَ الْحُكْمِ بِعَيْنِهَا فَحِينَئِذٍ يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِعَيْنِهَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ فَلَسًا بِفَلْسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا حَيْثُ يَتَعَيَّنُ مِنْ غَيْرِ تَصْرِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَتَعَيَّنْ لَفَسَدَ الْبَيْعُ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلِ فَكَانَ فِيهِ ضَرُورَةٌ تَحَرُّيًا لِلْجَوَازِ ، وَهُنَا يَجُوزُ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِبْطَالِ اصْطِلَاحِ الْكَافَّةِ ، وَهَذَا يَتَأَيَّ عَلَى قَوْلِهِمَا وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ لَا يَتَعَيَّنُ ، وَإِنْ صَرِّحَا بِهِ وَأَصْلُ الْخِلَافِ أَنَّ اصْطِلَاحَ الْعَامَّةِ لَا يَبْطُلُ بِاصْطِلَاحِهِمَا عَلَى خِلَافِهِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَبْطُلُ فِي حَقِّهِمَا لِعَدَمِ وَلَايَةِ الْغَيْرِ عَلَيْهِمَا فَلَا يَلْزَمُهُمَا . قَالَ (وَبِالْكَاسِدَةِ لَا حَتَّى يُعَيَّنَهَا) أَيَّ إِذَا بَاعَ بِالْفُلُوسِ

الْكَاسِدَةِ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ حَتَّى يُعَيَّنَهَا ؛ لِأَنَّهَا سَلَعٌ ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْيِينِهَا قَالَ (وَلَوْ كَسَدَتْ أَفْلَسُ الْقَرْضِ يَجِبُ رَدُّ مِثْلِهَا) ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ يَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ قِيَمَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ رَدُّهَا كَمَا قَبَضَهَا ؛ لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ نَمَنٌ ، وَالْمَرْدُودُ لَيْسَ بِنَمَنٍ فَفَاتَتْ الْمِمَّاثِلَةُ فَتَجِبُ الْقِيَمَةُ كَمَا لَوْ اسْتَقْرَضَ مِثْلًا فَأَنْقَطَعَ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ لَكِنْ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ تُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْقَبْضِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَوْمَ الْكَسَادِ وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ أَنْظُرْ فِي حَقِّ الْمُسْتَقْرَضِ ؛ لِأَنَّ قِيَمَتَهُ يَوْمَ الْإِنْقِطَاعِ أَقْلٌ ، وَكَذَا فِي حَقِّ الْمُقْرِضِ بِالنَّظَرِ إِلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَيْسَرُ ؛ لِأَنَّ قِيَمَتَهُ يَوْمَ الْقَبْضِ مَعْلُومَةٌ وَيَوْمَ الْكَسَادِ لَا تُعْرَفُ إِلَّا بِحَرَجٍ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْقَرْضَ إِعَارَةٌ وَمُوجِبُهَا رَدُّ الْعَيْنِ مَعْنَى وَذَلِكَ يَنْتَحِقُ بِرَدِّ مِثْلِهِ ، وَالثَّمَنِيَّةُ زِيَادَةٌ فِيهِ ؛ لِأَنَّ صِحَّةَ الْقَرْضِ لَا تَعْتَمِدُ الثَّمَنِيَّةَ ، بَلْ تَعْتَمِدُ الْمِثْلَ وَبِالْكَسَادِ لَمْ يَخْرُجْ مِنْ أَنْ يَكُونَ مِثْلًا وَلِهَذَا صَحَّ اسْتِقْرَاضُهُ بَعْدَ الْكَسَادِ وَصَحَّ اسْتِقْرَاضُ مَا لَيْسَ بِنَمَنٍ كَالْجَوْزِ ، وَالْبَيْضِ ، وَالْمَكِيلِ ، وَالْمَوْزُونِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثَمَنًا .

وَلَوْ لَا أَنَّهُ إِعَارَةٌ فِي الْمَعْنَى لَمَا صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ مُبَادَلَةً الْجِنْسِ بِالْجِنْسِ نَسِيئَةً ، وَإِنَّهُ حَرَامٌ فَصَارَ الْمَرْدُودُ عَيْنَ الْمَقْبُوضِ حُكْمًا ، فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الرَّوَاجُ كَرَدِّ الْعَيْنِ الْمَعْصُومَةِ ، وَالْقَرْضُ كَالْعَصَبِ ؛ إِذْ هُوَ مَضْمُونٌ بِمِثْلِهِ ، وَالْإِخْتِلَافُ فِيهِ مَبْنِيٌّ عَلَى الْإِخْتِلَافِ فِيْمَنْ غَضَبَ مِثْلًا كَالرُّطْبِ مِثْلًا ، ثُمَّ انْقَطَعَ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ يَجِبُ عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ بِالْإِجْمَاعِ لَكِنْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْخُصُومَةِ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَوْمَ الْعَصَبِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَوْمَ

الْإِنْقِطَاعِ وَوَجْهُ الْبِنَاءِ عِنْدَهُمَا ظَاهِرٌ ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ قِيَمَتَهَا كَاسِدَةٌ وَعَيْنُهَا سَوَاءٌ فِي يَوْمِ الْخُصُومَةِ ، فَلَا فَائِدَةَ لِلِإِجَابِ الْقِيَمَةِ ، وَالْعُدُولِ عَنْ الْعَيْنِ ، بَلْ إِيْجَابُ الْعَيْنِ ، أَوَّلَى ؛ لِأَنَّهُ أَعْدَلُ مِنَ الْقِيَمَةِ ، وَإِنَّمَا عُذِلَ فِي الْعَصَبِ إِلَى الْقِيَمَةِ لِتَعَذُّرِ رَدِّ الْعَيْنِ بِالْإِنْقِطَاعِ .

الشرح

قوله : فهو ثمن الطوق

قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَيَبْنِي الْفَسَادَ بِتَرْكِ الْقَبْضِ وَالْفَسَادُ بِالْأَجَلِ فَرَّقَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي مَسْأَلَةٍ وَهِيَ مَا إِذَا بَاعَ جَارِيَةً فِي عُنُقِهَا طَوْقٌ فَضَبَّ زَنْتَهُ مِائَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ حَتَّى انْصَرَفَ لِلطَّوْقِ مِائَةٌ مِنْ أَلْفٍ فَيَصِيرُ صَرَفًا فِيهِ وَتَسْعِمَانَةُ لِلْجَارِيَةِ بَيْعًا فَإِنَّهُ لَوْ فَسَدَ بِتَرْكِ الْقَبْضِ بَطُلَ فِي الطَّوْقِ وَبَيْعُ الْجَارِيَةِ بِتَسْعِمَانَةٍ صَحِيحٌ وَلَوْ فَسَدَ بِالْأَجَلِ بِأَنْ بَاعَهَا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ إِلَى أَجَلٍ فَسَدَ فِيهِمَا عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا فَإِنَّهُمَا قَالَا يَفْسُدُ فِي الْجَارِيَةِ وَفَرَّقَ أَنَّ فِي الْأَوَّلِ انْعَقَدَ صَحِيحًا ثُمَّ طَرَأَ الْمُفْسِدُ فَيُخْصُ مَحَلُّهُ وَهُوَ الصَّرْفُ وَفِي الثَّانِي انْعَقَدَ أَوَّلًا عَلَى الْفَاسِدِ فَشَاعَ وَهَذَا عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ أَنَّ الْقَبْضَ شَرْطُ الْبَقَاءِ عَلَى الصَّحَّةِ وَفِي الْكَامِلِ لَوْ أَسْقَطَ الْأَجَلَ مَنْ لَهُ الْأَجَلُ دُونَ الْآخَرِ صَحَّ فِي الْمَشْهُورِ وَلَيْسَ فِي الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ خِيَارٌ رُؤْيَةٍ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسَخُ بِرَدِّهَا لِأَنَّهُ إِنَّمَا وَقَعَ عَلَى مِثْلِهَا بِخِلَافِ التَّبَرِّ وَالْحُلِيِّ وَالْأَوَانِي مِنَ الذَّهَبِ لِأَنَّهُ يَنْتَقِضُ الْعَقْدُ بِرَدِّهِ لِتَعْيِينِهِ فِيهِ وَلَوْ وَجَدَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا دُونَ الْإِفْتِرَاقِ مَا قَبِضَ زَيْنًا أَوْ سَتُوقًا فَحُكْمُهُ فِي جَمِيعِ أَوْبَاهِ مِنَ الْإِسْتِبْدَالِ وَالْبُطْلَانِ

قَوْلُهُ : فَالْأَلْفُ

كَذَا هُوَ بِخَطِّ الشَّارِحِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالَّذِي بَأْيَدِينَا مِنْ نُسْخِ الْمَتْنِ فَالْتَقَدُ قَوْلُهُ : فَيَتَقَدَّرُ الْفَسَادُ بِقَدْرِ الْمُفْسِدِ (أَيِ كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَهِيَ مَا إِذَا بَاعَهُمَا بِالْفَيْنِ وَتَقَدَّ مِنَ الثَّمَنِ أَلْفًا وَقَالَ هِيَ مِنْ ثَمَنِ الْجَارِيَةِ

قَوْلُهُ : بِخِلَافِ الْقِسَادِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى

أَيِ وَهِيَ مَا إِذَا اشْتَرَاهَا بِالْفِ نَسِيئَةً وَأَلْفٍ حَالَةً وَتَفَرَّقَا قَبْلَ قَبْضِ الْأَلْفِ حَيْثُ لَا يَتَعَدَّى الْفَسَادُ

قَوْلُهُ : فَتَنْسِيًا

كَذَا بِخَطِّ الشَّارِحِ وَالتَّلَاوُفُ بِدُونِ الْفَاءِ

قَوْلُهُ : وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ

أَيِ لِمَالِكِ بْنِ الْحُوَيْرِثِ وَابْنِ عَمٍّ لَهُ

قَوْلُهُ : يَكُونُ الْمَقْبُوضُ ثَمَنَ الْحَلِيَّةِ

أَيِ إِذَا كَانَتْ لَا تَتَخَلَّصُ مِنَ السَّيْفِ إِلَّا بِضَرَرٍ كَمَا سَيَأْتِي آتِفًا فِي كَلَامِهِ وَكَلَامِ الْمُحِيطِ

قَوْلُهُ : لِيَتَعَدَّرَ تَسْلِيمُهُ بِدُونِ الضَّرَرِ

أَيِ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ كَمَا مَرَّ فِي جِذْعٍ مِنْ سَقْفٍ كَمَا ل قَوْلُهُ فَجِهَةُ الْفَسَادِ مِنْ وَجْهَيْنِ (أَيِ إِذَا كَانَا سَوَاءً أَوْ كَانَ وَزْنُ الْفِضَّةِ الْمُفْرَدَةِ أَقَلَّ وَجِهَةَ الصَّحَّةِ مِنْ وَجْهِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ وَزْنُ الْفِضَّةِ الْمُفْرَدَةِ أَكْثَرَ

قَوْلُهُ فَتَرَجَّحَتْ مِنْ وَجْهَيْنِ بِالكَثَرَةِ وَالْحُرْمَةِ

أَيِ ، وَكَذَا إِذَا اخْتَلَفَ الثُّجَارُ فِي قَدْرِهَا فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ غَايَةً

قوله : لَأَنَّهُ طَارِيٌّ

أَيُّ بَعْدَ صِحَّةِ الْعَقْدِ فِي الْكُلِّ بِنَاءً عَلَى مَا هُوَ الْمُخْتَارُ مِنْ أَنَّ التَّقَابُضَ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ شَرْطُ الْبَقَاءِ عَلَى الصَّحَّةِ لَا شَرْطُ الْإِنْعِقَادِ عَلَى وَجْهِ الصَّحَّةِ فَيَصِحُّ ثُمَّ يَطْلُ بِالْإِفْتِرَاقِ ، فَلَا يَشِيعُ وَلَا يَتَخَيَّرُ وَاحِدٌ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ لِأَنَّ عَيْبَ الشَّرِكَةِ جَاءَ بِفَعْلِهِمَا وَهُوَ الْإِفْتِرَاقُ بِلَا قَبْضٍ كَمَا لَمْ يَرْحَمَهُ اللَّهُ

قوله : فَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَى قَلْبًا

أَيُّ مِنَ الْفِضَّةِ وَزَنُّهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ غَايَةً

قوله وَتَوْبًا

أَيُّ قِيَمَتُهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ غَايَةً

قوله : يَصْرِفُ الْآلِفَ إِلَى الْمُشْتَرِي

أَيُّ وَالْبَاقِي إِلَى الْعَبْدِ الْآخَرِ

قوله : بَطْلٌ

الَّذِي فِي الْهَدَايَةِ فَسَدَ
وَقَوْلُهُ وَنَصْفُهُ بِغَيْرِ الْمَقْبُوضِ (قَالَ فِي الْإِشَارَاتِ الْكَلَامُ مِنْ حَيْثُ التَّحْقِيقُ رَاجِعٌ إِلَى أَنَّ الْعَقْدَ شُرْعًا حَائِزًا وَالْفَسَادُ إِنَّمَا يَكُونُ بِمُفْسِدٍ وَمُعَارِضٍ وَهَهُنَا مَتَى
حَكَمْنَا بِالْفَسَادِ مَعَ إِمْكَانِ حَمْلِ اللَّفْظِ عَلَى وَجْهِ الصَّحَّةِ فَقَدْ أَثْبَتْنَا أَمْرًا عَارِضًا مُفْسِدًا لَمْ يَأْتِ بِهِ وَلَمْ يُعَيَّنْ ، فَلَا يَجُوزُ عَلَى أَنَا نَقُولُ
إِذَا أُريدُ بِهَذِهِ الْمُقَابَلَةِ الْجِنْسُ بِخِلَافِ الْجِنْسِ لَا يَتَغَيَّرُ أَصْلُ الْمُقَابَلَةِ بَلْ يَتَغَيَّرُ وَصْفُهَا مِنْ إِبْطَالٍ إِلَى تَقْيِيدٍ وَكُلُّ مُطْلَقٍ يَجُوزُ أَنْ يُرَادَ
بِالْمُقَيَّدِ وَلِهَذَا صَحَّ التَّفْسِيرُ كَمَا قُلْنَا وَقَدْ أُريدَ الْمُقَيَّدُ هُنَا بِدَلَالَةِ حَالِ التَّصْرِفِ فَكَانَ هَذَا صَحِيحَ التَّصْرِفِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قَصَدَهُ الْمُبَاشِرُ
لَا عَلَى خِلَافِهِ
أَتَّقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله : فَإِنَّهُ يَنْصَرِفُ إِلَى نَصِيْبِهِ

أَيُّ وَهُوَ النَّصْفُ الشَّائِعُ بَيْنَ النَّصِيبَيْنِ

قوله بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْمُرَابَحَةِ فَإِنَّهُ

أَيُّ لَوْ صَرَفَ كُلُّ الرَّبْحِ إِلَى الثَّوْبِ لَا يَتَقَى بَيْعُ الثَّوْبِ وَالْقَلْبِ جَمِيعًا مُرَابَحَةً لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ بَيْعُ الثَّوْبِ مُرَابَحَةً وَيَبْعُ الْقَلْبُ تَوَلِيَّةً
وَالْعَاقِدُ قَصَدَ بَيْعَهُمَا مُرَابَحَةً فَيَلْزَمُ تَغْيِيرُ تَصْرِفِهِ أَصْلًا بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ غَايَةً

قوله : وفي الثانية الخ

أَرَادَ بِهَا قَوْلَهُ فِيمَا سَبَقَ ، وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا بِأَلْفٍ ثُمَّ بَاعَهُ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ مِنَ الْبَائِعِ مَعَ عَبْدٍ آخَرَ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ

قوله غير متعين

أَيُّ فَيَقَى الثَّمَنُ مَجْهُولًا فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ وَهَذَا لِأَنَّا لَوْ صَرَفْنَا خَمْسِمِائَةٍ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ بِدَرَاهِمٍ أَوْ دَرَاهِمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ وَنَحْوِ ذَلِكَ إِلَى الْعَبْدِ الْآخِرِ لَا يَلْزَمُ شِرَاءُ مَا بَاعَ بِأَقَلِّ مِمَّا بَاعَ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّ طَرِيقَ التَّصْحِيحِ مُتَعَيَّنٌ وَهُوَ صَرْفُ الْجِنْسِ إِلَى خِلَافِ الْجِنْسِ غَايَةً

قوله والثالثة

أَيُّ وَهِيَ مَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ عَبْدِهِ وَعَبْدٍ غَيْرِهِ وَقَالَ بَعْتُكَ أَحَدَهُمَا

قوله : وفي الرابعة

أَيُّ وَهِيَ مَا إِذَا بَاعَ دَرَاهِمًا وَتَوَبَّا بِدَرَاهِمٍ وَتَوَبَّ وَافْتَرَقَا مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ

قوله : بدونه

أَيُّ بِدُونِ الصَّرْفِ إِلَى الْجِنْسِ

قوله : لا غير

أَيُّ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ إِنَّمَا تُطْلَبُ لِتَصْحِيحِ أَحْكَامِ الْعَقْدِ وَلَا تَحْصُلُ أَحْكَامُهُ إِلَّا مَعَ صِحَّتِهِ فَلَمْ يَحْزُ أَنْ يُقَسَّمِ قِسْمَةٌ تُبْطِلُ الْعَقْدَ

قوله : وقيل : هو ما يرده بيت المال

يَعْنِي يَرُدُّ بَيْتُ الْمَالِ الْغَلَّةَ لَا لِزِيَادَتِهَا بَلْ لِكَوْنِهَا فِطْعًا غَايَةً (وَلَا تَنَافِي الْخ) جَوَابٌ عَنْ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ قَوْلُهُ الْغَلَّةُ مَا يَرُدُّ بَيْتُ الْمَالِ يُنَافِي قَوْلَهُ دَرَاهِمٍ صَحِيحٌ لِأَنَّ الَّذِي يَرُدُّهُ بَيْتُ الْمَالِ زَيْوْفٌ فَلَا يُقَالُ لِبُذْءِهِ صَحِيحٌ بَلْ يُقَالُ حَيَاءٌ فَاجَابَ بِمَا ذُكِرَ وَيُؤَيِّدُهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْإِبْضَاحِ يُكْرَهُ أَنْ يَرُدَّهُ غَلَّةٌ لِيَرُدَّ عَلَيْهِ صَحِيحًا فَأَفْهَمَ أَنَّ الْغَلَّةَ هُمُ الْمُقَطَّعَةُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

قوله في المثنى ودينار بعشرة الخ

اعْلَمْ أَنَّ هَهُنَا ثَلَاثَةُ فُصُولٍ الْأَوَّلُ مَا إِذَا بَاعَ الدِّينَارَ بِعَشْرَةِ مُطْلَقَةٍ وَالثَّانِي أَنَّ يُضَيَّفَ إِلَى الدِّينِ بِأَنْ يَبِيعَ الدِّينَارَ بِالْعَشْرَةِ الَّتِي عَلَيْهِ وَالثَّلَاثُ أَنْ يَبِيعَهُ دِينَارًا بِعَشْرَةٍ ثُمَّ يَحْدُثُ لِمُسْتَشْتَرِي الدِّينَارِ عَشْرَةٌ عَلَى بَائِعِ الدِّينَارِ بِأَنْ بَاعَ مِنْهُ تَوْبًا بِعَشْرَةٍ فَيَقْصَاصَانِ وَالْأَوَّلُ وَالثَّانِي مَذْكُورَانِ فِي

الْمَتْنِ وَالثَّالِثُ سَيَذْكُرُهُ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْتَهَى .

قَوْلُهُ : أَمَّا إِذَا قَابَلَ الدِّينَارَ بِالْعَشْرَةِ إِلَى آخِرِهِ

قَالَ الْأَنْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَمَّا إِذَا أَضَافَ إِلَى الدِّينِ صَحَّ بِالْإِجْمَاعِ وَتَسْقُطُ الْعَشْرَةُ عَنْ ذِمَّةِ مَنْ هِيَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بَدَلًا عَنْ الدِّينَارِ غَايَةً مَا فِي الْبَابِ أَنَّ هَذَا عَقْدُ صَرْفٍ وَفِي الصَّرْفِ يُشْتَرَطُ قَبْضُ أَحَدِ الْعَوَظِيِّينَ احْتِرَازًا عَنِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ وَيُشْتَرَطُ قَبْضُ الْآخَرِ احْتِرَازًا عَنِ الرَّبَا وَذَلِكَ لِأَنَّ قَبْضَ أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ حَصَلَ الْأَمْنُ مِنْ خَطَرِ الْهَلَاكِ فَلَوْ لَمْ يَنْقُذِ الْآخَرُ يَكُونُ فِيهِ خَطَرُ الْهَلَاكِ لِأَنَّ الدِّينَ فِي مَعْنَى التَّأْوِي فَيَلْزَمُ الرَّبَا وَهَذَا الْمَعْنَى مَعْدُومٌ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لِأَنَّ الدِّينَارَ نَقْدٌ وَبَدَلُهُ وَهُوَ الْعَشْرَةُ سَقَطَتْ عَنْ بَائِعِ الدِّينَارِ حَيْثُ سَلِّمَتْ لَهُ فَلَمْ يَبْقَ خَطَرُ الْهَلَاكِ ، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ تَعْيِينَ الْبَدَلِ الْآخَرَ إِنَّمَا كَانَ احْتِرَازًا عَنِ الرَّبَا وَلَا رَبَا فِي دَيْنٍ يَسْقُطُ وَإِنَّمَا الرَّبَا فِي دَيْنٍ يَقَعُ الْخَطَرُ فِي عَاقِبَتِهِ وَلِهَذَا قُلْنَا إِنَّ الدِّينَ بِالْذِّينِ حَرَامٌ وَمَعَ هَذَا لَوْ تَصَارَفَا دَرَاهِمَ دَيْنٍ بِدَنَانِيرَ دَيْنٍ صَحَّ لِفَوَاتِ مَعْنَى الْخَطَرِ فِي دَيْنٍ يَسْقُطُ بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ دَيْنٌ حَتَّى تَصَارَفَا دَرَاهِمَ دَيْنٍ بِدَنَانِيرَ دَيْنٍ لَمْ يَصَحَّ أَنْتَهَى .

قَوْلُهُ : لِأَنَّهُ يَكُونُ اسْتِبْدَالًا بِبَدَلِ الصَّرْفِ

أَيُّ قَبْلِ الْقَبْضِ وَلِهَذَا لَمْ تَجْزُ هَذِهِ الْمُقَاصَّةُ بَلَا تَرَاضٍ وَلِهَذَا لَوْ أَخَذَ مَكَانَ الدَّرَاهِمِ دَنَانِيرَ أَوْ عَرَضًا لَا يَجُوزُ أَنْتَهَى أَنْقَانِيُّ

قَوْلُهُ فَتَبَتَّ الْإِضَافَةُ اقْتِضَاءً

وَأَبَى ذَلِكَ زُفَرٌ لِأَنَّهُ لَا يَقُولُ بِالْإِضَافَةِ وَخَالَفَنَا فِي ذَلِكَ كَمَا خَالَفَنَا فِي قَوْلِهِ أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَنِّي بِأَلْفِ دِرْهَمٍ أَنْتَهَى غَايَةً

قَوْلُهُ وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ التَّقَاصُّ بِدَيْنٍ حَدَثَ

قَالَ الْأَنْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَأَمَّا إِذَا حَدَثَ الدِّينُ بَعْدَ بَيْعِ الدِّينَارِ بِالْعَشْرَةِ بَأَنْ بَاعَ مُشْتَرِي الدِّينَارِ تَوْبًا مِنْ بَائِعِ الدِّينَارِ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ فَسَلَّمَ التَّوْبَ وَلَمْ يَقْبِضْ الْعَشْرَةَ ثُمَّ تَقَاصَّ الْعَشْرَةَ بِالْعَشْرَةِ فِي الْمَجْلِسِ فَفِيهِ رَوَايَتَانِ فِي رِوَايَةِ أَبِي حَفْصٍ لَا يَجُوزُ وَاخْتَارَهُ شَمْسُ الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيُّ وَقَاضِي خَانَ وَفِي رِوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ تَجُوزُ الْمُقَاصَّةُ وَاخْتَارَهُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ وَالصَّدْرُ الشَّهِيدُ وَالزَّاهِدُ وَالْعَتَابِيُّ وَجْهٌ رِوَايَةِ أَبِي حَفْصٍ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَوَزَ الْمُقَاصَّةَ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ فِي دَيْنٍ سَابِقٍ لَا لَاحِقٍ .

وَوَجْهٌ رِوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ أَنَّ الْعَقْدَ الْأَوَّلَ يَنْفَسِخُ اقْتِضَاءً تَصَحُّيحًا لِمَا قَصَدَا وَتَخْصِيصُ الشَّيْءِ بِالذِّكْرِ لَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ مَا عَدَاهُ وَالْمَسْأَلَةُ فِي كِتَابِ الصَّرْفِ قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إِذَا اسْتَقْرَضَ بَائِعُ الدِّينَارِ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ مِنَ الْمُشْتَرِي أَوْ غَضَبَ مِنْهُ فَقَدْ صَارَ قِصَاصًا وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى التَّرَاضِي لِأَنَّهُ قَدْ وَجِدَ مِنْهُ الْقَبْضُ أَنْتَهَى أَنْقَانِيُّ

قَوْلُهُ وَلِهَذَا لَا تَجُوزُ إِضَافَتُهُ إِلَى الدِّينِ إِلَى آخِرِهِ

وَلَا يُنَافِي هَذَا مَا تَقَدَّمَ أَنَّهُ لَوْ أَسْلَمَ دَيْنًا عَلَى الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ حَارَ السَّلَامُ أَنْتَهَى

قوله ولا يصح الاستقراض بها إلا وزناً

أي إلا إذا اشترى بها ثوباً أو عرضاً بعينه وأشار إليه وأضاف العقد إليه فإن العقد جائز وإن لم يُسمَّ وزنه لأنه يصير معلوماً بالإشارة ، ولكن لا يتعين للعقد انتهى غاية .

قوله في المتن وغالب الغش ليس في حكم الدراهم إلى آخره

اعلم أن الكرخي يُسمَّى هذا النوع السُّوق فقال السُّوق عندهم ما كان الصُّفَرُ أو النُّحاسُ هو الغالب فإذا كان الصُّفَرُ أو النُّحاسُ هو الغالب كانت في حكم الصُّفَرِ أو النُّحاسِ حتى لا تُباع بالصُّفَرِ أو النُّحاسِ إلا مثلاً بمثل يداً بيد ، ولكن إذا بيعت هذه الدراهم بجنسها متفاضلاً جاز ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس تجوزاً للعقد ويشترط القبض لكونه صرفاً لأنه يبيع فضة بفضة فلما اشترط القبض في الفضة اشترط في الصُّفَرِ أو النُّحاسِ أيضاً لأن في تمييزه مضرّة انتهى أثقاني

قوله وإن كان يأخذها إلى الخ

، فإن كان يقبلها البعض دون البعض فهي كالزئوف وإلا يتعلّق العقد بعينها بل بجنسها زئوفاً

قوله : ولعدمه

الذي بخط الشارح ولعدمها

قوله : في المتن والمتساوي الخ

قال في التُّخفة وإن كان الغش مع الفضة سواءً فيكون حكمه حكم الفضة في أنه لا يباع إلا وزناً ولا يجوز بيعه مجازفةً وعدداً وإذا قوبل بالفضة الخالصة في البيع يراعى فيه طريق الاعتبار إن علم أن الفضة الخالصة أكثر جاز حتى تكون الفضة بإزاء الفضة وزناً والزيادة بإزاء الغش وإن كانت الفضة الخالصة أقل من الفضة التي في المعشوش أو مثلاً أو لا يدري لا يجوز لما فيه من الربا أثقاني قوله : في المتن وكسد الخ قال الكمال وما ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع والفلس التافقة إذا كسدت كذلك هذا إذا كسدت أو انقطعت فلو لم تكسد ولم تنقطع ، ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالإجماع ولا يتخير البائع وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا يتخير المشتري ويطلب بألف بذلك العيار الذي كان وقت البيع قال في الإشارات إذا اشترى شيئاً بفلس فكسدت قبل القبض فسد العقد عندنا خلافاً لزفر وقال في شرح الطحاوي ولو اشترى مائة فلس بدرهم فقبض الفلس أو الدرهم ثم افترقا جاز البيع ؛ لأنهما افترقا عن عين بدین ، فإن كسدت الفلس بعد ذلك فإنه ينظر إن كان الفلس هو المقبوض ، فلا يطلّ البيع لأن كساد الفلس بمنزلة

هلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يطلّ البيع ، وإن كان الفلس غير مقبوض بطلّ البيع استحساناً لأن كساد الفلس بمنزلة الهلاك وهلاك المعقود عليه قبل القبض يطلّ العقد والقياس أن لا يطلّ لأنه قادر على أداء ما وقع العقد عليه وقال بعض مشايخنا إنما يطلّ العقد إذا اختار المشتري إبطاله فسحاً لأن كسادها بمنزلة عيب فيها والمعقود عليه إذا حدث به عيب قبل القبض يثبت للمشتري فيه الخيار والأول أظهر ولو نقد الدرهم وقبض من الفلس نصفها خمسين ثم كسدت الفلس قبل أن يتقدّ التصف الآخر بطلّ البيع في

نَصَفَهَا وَلَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ نِصْفَ الدَّرَاهِمِ
أَتَقَانِي^١

قَوْلُهُ بَطُلَ الْبَيْعِ

لَيْسَ عَلَى حَقِيقَتِهِ بَلْ الْمُرَادُ بِالْبُطْلَانِ الْفَسَادُ

قَوْلُهُ وَعَلَى هَذَا إِذَا بَاعَ شَيْئًا بِالدَّرَاهِمِ إِلَى آخِرِهِ

لَمَّا ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ حُكْمَ الدَّرَاهِمِ الَّتِي غَلَبَ عَلَيْهَا الْغَشُّ إِذَا بَاعَ بِهَا وَكَسَدَتْ قَبْلَ الْقَبْضِ وَحُكْمَ الْبَيْعِ بِالْفُلُوسِ ذَكَرَ الشَّارِحُ حُكْمَ الْبَيْعِ
بِالدَّرَاهِمِ الْحَيَّةِ

قَوْلُهُ وَانْقَطَعَتْ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ

قَالَ الْكَمَالُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَيْ الْمَبِيعُ مَقْبُوضًا ، فَلَا حُكْمَ لِهَذَا الْبَيْعِ أَصْلًا
(فَرَعٌ) نُقِلَ فِي الْخُلَاصَةِ عَنْ الْمُحِيطِ دَلَالُ بَاعَ مَتَاعَ الْغَيْرِ بِإِذْنِهِ بِدَرَاهِمٍ مَعْلُومَةٍ وَاسْتَوْفَى الدَّرَاهِمَ فَقَبِلَ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى صَاحِبِ الْمَتَاعِ
كَسَدَتْ الدَّرَاهِمُ لَا يَفْسُدُ الْبَيْعُ لِأَنَّ حَقَّ الْقَبْضِ لَهُ
غَايَةٌ

قَوْلُهُ وَإِلَّا فَقِيمَتُهُ

أَيُّ كَالْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ
غَايَةٌ

قَوْلُهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لَا يَبْطُلُ

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ وَجْهٌ قَوْلُهُمَا أَنَّ الْكِسَادَ لَا يُوجَلُ لِفَسَادٍ لِأَنَّ غَايَةَ مَا فِي الْبَابِ
أَنَّ التَّسْلِيمَ يَتَعَدَّرُ بِهِ وَتَعَدَّرُ التَّسْلِيمُ لَا يُوجِبُ فَسَادَ الْعَقْدِ

قَوْلُهُ : ثُمَّ انْقَطَعَ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ

أَيُّ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ اتِّفَاقًا وَنَجِبُ الْقِيَمَةِ أَوْ يَنْتَظِرُ زَمَانَ الرُّطْبِ فِي السَّنَةِ الْآتِيَةِ فَكَذَا هَذَا
فَتَحُّ

قَوْلُهُ : لَكِنْ يَعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْبَيْعِ

قَالَ الْكَمَالُ قَالَ فِي الذَّخِيرَةِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى

قوله : وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَعتبرُ يَوْمَ الكَسَادِ

قَالَ فِي التُّحْفَةِ وَهَذَا كَالِاخْتِلَافِ بَيْنَهُمَا فِيمَنْ غَضِبَ مَثْلًا وَأَنْقَطَعَ قَالَ أَبُو يُوسُفَ تَجِبُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْعَصَبِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَوْمَ الْإِنْقِطَاعِ غَايَةً وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَعتبرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْكَسَادِ مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَمَالُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ آخِرَ مَا تَعَامَلُ النَّاسُ بِهَا وَهُوَ يَوْمُ الْإِنْقِطَاعِ لِأَنَّهُ أَوَانُ الْإِنْقِطَالِ إِلَى الْقِيَمَةِ وَفِي الْمُحِيطِ وَالتَّيْمَةِ وَالْحَقَاقِ وَبِهِ يُفْتَى رَفَقًا بِالنَّاسِ

قوله فينقي البيع بلا ثمن فيبطل

الْمُرَادُ مِنْهُ الْفَسَادُ أَيْضًا إِذْ غَايَتُهُ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ بَاعَ وَسَكَتَ عَنِ الثَّمَنِ وَلَوْ بَاعَ وَسَكَتَ عَنْهُ يَكُونُ الْبَيْعُ فَاسِدًا كَمَا ذَكَرَهُ ابْنُ فَرِشْتَا فِي أَوَّلِ فَصْلِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ نَقْلًا عَنْ الْإِيضَاحِ وَقَالَ فِي الْكَتْرِ فِي بَابِ التَّحَالُفِ مَا نَصَّهُ اخْتِلَافًا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ أَوْ الْمَبِيعِ قُضِيَ لِمَنْ بَرَهَنَ وَإِنْ بَرَهَنَّا فَلَمْ تُثَبِّتِ الزِّيَادَةُ وَإِنْ عَجَزَ أَوْ لَمْ يَرْضَ بِمَا دَعَا أَحَدُهُمَا تَحَالُفًا وَبُدِيَ يَمِينِ الْمُشْتَرِي وَفَسَخَ الْقَاضِي بَطْلًا أَحَدَهُمَا قَالَ الشَّارِحُ لَأَنَّهُمَا لَمَّا حَلَفَا لَمْ يَثْبُتْ مَا ادَّعَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَيَنْقِي بَيْعًا بِثَمَنِ مَجْهُولٍ أَوْ بِلَا بَدَلٍ فَيُفْسَخُ لِأَنَّ الْبَيْعَ بِلَا ثَمَنِ أَوْ بِثَمَنِ مَجْهُولٍ فَاسِدٌ وَلَا بُدَّ مِنَ الْفَسْخِ فِيهِ

فَهَذَا صَرِيحٌ بِأَنَّ الْبَيْعَ بِلَا ثَمَنِ فَاسِدٌ لَا

بَاطِلٌ إِذْ الْفَسْخُ يَسْتَدْعِي وَجُودَ الْعَقْدِ وَهُوَ مَعْدُومٌ فِي الْبَاطِلِ هَذَا مَا ظَهَرَ لِكَاتِبِهِ وَاللَّهُ الْمُؤَقِّقُ وَعِبَارَةُ الْإِشَارَاتِ الَّتِي نَقَلْتَهَا عَنْ قَوْلِهِ فِي الْمَثْنِ كَسَدَ الْخِ تُوَيِّدُ مَا قُلْتُهُ

قوله : وَحَدَّثَ الْكَسَادِ الْخِ

قَالَ فِي الْفَتَاوَى الصُّغْرَى وَتَفْسِيرُ الْكَسَادِ مَذْكُورٌ فِي الْبُيُوعِ أَنَّهَا لَا تَرُوجُ فِي جَمِيعِ الْبُلْدَانِ ثُمَّ قَالَ هَذَا عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَمَّا عَنْدَهُمَا الْكَسَادُ فِي بَلَدَةٍ وَاحِدَةٍ يَكْفِي فِي فَسَادِ الْبَيْعِ فِي تِلْكَ الْبَلَدَةِ بِنَاءً عَلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي بَيْعِ الْفَلَسِ بِالْفَلَسِيِّينَ عَنْدَهُمَا يَجُوزُ اعْتِبَارُ اصْطِلَاحِ بَعْضِ النَّاسِ وَعِنْدَهُ لَا لِأَنَّهُ يَعتبرُ اصْطِلَاحَ الْكُلِّ وَقَالَ أَيْضًا وَلَوْ كَانَ مَكَانُهُ نِكَاحٌ يَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ وَفِي الْعِيُونِ أَنَّ عَدَمَ الرِّوَاجِ إِنَّمَا يُوْجِبُ فَسَادَ الْبَيْعِ إِذَا كَانَ لَا يَرُوجُ فِي جَمِيعِ الْبُلْدَانِ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَصِيرُ هَالِكًا وَيَنْقِي الْبَيْعَ بِلَا ثَمَنِ فَأَمَّا إِذَا كَانَ لَا يَرُوجُ فِي هَذِهِ الْبَلَدَةِ وَيَرُوجُ فِي غَيْرِهَا لَا يَفْسُدُ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ لَمْ يَهْلِكْ وَلَكِنَّهُ تَعَيَّبَ فَكَانَ لِلْبَائِعِ الْخِيَارُ إِنْ شَاءَ قَالَ أَعْطَى مِثْلَ التَّقْدِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ قِيَمَةَ ذَلِكَ دَنَانِيرَ

أَتَقَانِي

قوله : فِي الْمَثْنِ وَصَحَّ الْبَيْعُ بِالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ وَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ

قَالَ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدُ الْفُلُوسُ وَالْدَّرَاهِمُ وَالْدَنَانِيرُ أَثْمَانُ الْأَشْيَاءِ لَا تَتَعَيَّنُ فِي الْبَيْعِ وَإِنْ شَرَطَ الْمُتَبَايِعَانِ أَعْيَانَهَا وَيَكُونُ مَا أَوْجَبَ كُلُّ مِنْهُمَا فِي الْعَقْدِ عَلَى نَفْسِهِ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ وَلَا يُجْبَرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُسَلِّمَ مَا شَرَطَ مِنَ الْعَيْنِ إِنْ شَاءَ أَعْطَى الْعَيْنَ وَإِنْ شَاءَ أَعْطَى مِثْلَهَا وَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي مِنْهُ أَنْ يَجْبِرَهُ عَلَى تَسْلِيمِ الْعَيْنِ إِلَيْهِ وَالْخِيَارُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْبَائِعِ دُونَ الْمُشْتَرِي قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي شَرْحِهِ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْفُلُوسَ النَّافِقَةَ لَا فَائِدَةَ فِي تَعْيِينِهَا فَصَارَتْ كَالْدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ وَإِذَا لَمْ يَتَّعِنِ فَالْعَقْدُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ سَلَّمَ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ وَإِنْ شَاءَ سَلَّمَ عَيْنَهَا وَإِنْ هَلَكَتْ لَمْ يَنْفَسَخِ الْعَقْدُ بِهَلَاكِهَا لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ عَلَيْهَا وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ كَاسِدَةً لِأَنَّهُ مَبِيعَةٌ فَالْمَبِيعُ لَا يَصِحُّ إِطْلَاقُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ مَا لَمْ يَتَّعِنِ

أَثَقَانِي وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ النَّافِقَةُ مَا نَصَّهُ النَّافِقَةُ الرَّائِجَةُ
أَثَقَانِي

قَوْلُهُ : فِي الْمَثْنِ وَلَوْ كَسَدَتْ إلخ

وَإِنَّمَا قِيدَ بِالْكَسَادِ احْتِرَازًا عَنِ الرُّخْصِ وَالْغَلَاءِ لِأَنَّ الْإِمَامَ الْإِسْبَاحِيَّ ذَكَرَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَأَجْمَعُوا أَنَّ الْفُلُوسَ إِذَا لَمْ تَكْسُدْ ، وَلَكِنْ غَلَتْ قِيمَتُهَا أَوْ رَخِصَتْ فَعَلَيْهِ مِثْلُ مَا قَبِضَ مِنَ الْعَدَدِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ وَإِذَا اسْتَقْرَضَ الرَّجُلُ مِنْ رَجُلٍ دَرَاهِمَ بُخَارِيَّةً أَوْ طَبْرِيَّةً أَوْ يَزِيدِيَّةً أَوْ فُلُوسًا فِي الْحَالِ الَّتِي تُنْفَقُ فِيهَا ثُمَّ كَسَدَتْ فَإِنْ بَشَرَ بَنَ الْوَلِيدِ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا يُوسُفَ قَالَ عَلَيْهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ مِثْلُهَا وَلَسْتُ أُرْوِي ذَلِكَ عَنْهُ ، وَلَكِنَّ الرُّوَايَةَ فِي الْفُلُوسِ إِذَا أَقْرَضَهَا ثُمَّ كَسَدَتْ قَالَ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ لَمْ تَخْتَلِفْ الرُّوَايَةُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي قَرْضِ الْفُلُوسِ إِذَا كَسَدَتْ أَنَّ عَلَيْهِ مِثْلُهَا قَالَ بَشَرٌ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا مِنَ الذَّهَبِ يَوْمَ وَقَعَ الْقَرْضُ فِي الدَّرَاهِمِ الَّتِي ذَكَرْتَ لَكَ أَصْنَافُهَا وَقَالَ مُحَمَّدٌ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا إِذَا كَسَدَتْ فِي آخِرِ وَقْتِ نِفَاقِهَا قَبْلَ أَنْ تَكْسُدَ
أَثَقَانِي

قَوْلُهُ : فِي الْمَثْنِ أَفْلَسُ

وَالْفَلْسُ الَّذِي يَتَعَامَلُ بِهِ جَمْعُهُ فِي الْقِلَّةِ أَفْلَسُ وَفِي الْكَثَرَةِ فُلُوسٌ
مَصْبَاحُ

قَوْلُهُ ، وَكَذَا فِي حَقِّ

(
أَيُّ ، وَكَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَنْظَرُ فِي حَقِّ الْمُقْرِضِ أَيْضًا إلخ
قَوْلُهُ وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَيْسُرُ) قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ أَنْظَرُ لِلْجَانِبَيْنِ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ أَيُّ لِحَاظِ الْمُقْرِضِ وَالْمُسْتَقْرِضِ وَهَذَا لِأَنَّ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَجِبُ رَدُّ الْمِثْلِ وَهُوَ كَاسِدٌ وَفِيهِ ضَرَرٌ بِالْمُقْرِضِ وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ تَجِبُ الْقِيَمَةُ يَوْمَ الْقَبْضِ وَلَا شَكَّ أَنَّ قِيَمَتَهُ يَوْمَ الْقَبْضِ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهِ يَوْمَ النَاقِطِ وَهُوَ ضَرَرٌ بِالْمُسْتَقْرِضِ فَكَانَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَنْظَرُ لَهُمَا جَمِيعًا

قَوْلُهُ مَعْلُومَةٌ

أَيُّ لِلْمُقْرِضِ وَالْمُسْتَقْرِضِ وَسَائِرِ النَّاسِ
غَايَةٌ

قَوْلُهُ وَيَوْمَ الْكَسَادِ لَا تُعْرِفُ

أَيُّ تُشْتَبَّهُ عَلَى النَّاسِ وَيَخْتَلِفُونَ فِيهَا
غَايَةٌ

قَوْلُهُ : وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَوْمَ الْغَضَبِ

وَالَّذِي يَخْطُ الشَّارِحُ يَوْمَ الْبَيْعِ بَدَلَ الْغَضَبِ وَفِيهِ نَظَرٌ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئًا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ فُلُوسٍ صَحَّ) وَعَلَيْهِ فُلُوسٌ تُبَاعُ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ وَعَلَى هَذَا لَوْ قَالَ بَنُلْتُ دِرْهَمًا ، أَوْ بَرَيْعَةً ، أَوْ بَدَانِقٍ فُلُوسًا ، أَوْ بِقِيرَاطٍ فُلُوسٍ وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ إِمَّا بِقِيَمَةِ نِصْفِ دِرْهَمٍ فَضَّةً ، أَوْ بِفُلُوسٍ وَزَنَّهُ نِصْفُ دِرْهَمٍ وَكِلَاهُمَا لَا يَجُوزُ أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّهُ بَاعَهُ بِقِيَمَةِ غَيْرِهِ وَلَوْ بَاعَهُ بِقِيَمَةِ نَفْسِ الْمَبِيعِ لَا يَجُوزُ بِقِيَمَةِ غَيْرِهِ أَوْلَى فَصَارَ نَظِيرُ مَا لَوْ بَاعَ جَارِيَةً بِقِيَمَةِ عَبْدٍ وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ الْفُلُوسَ مُقَدَّرَةٌ بِالْعَدَدِ لَا بِالْوَزْنِ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ فِي الْكَثِيرِ مِنْهُ بِهَذَا الطَّرِيقِ فَكَذَا فِي الْقَلِيلِ ، أَوْ يَكُونُ اشْتَرَى بِفَضَّةٍ عَلَى أَنْ يُعْطِيَ بِذَلِكَ فُلُوسًا فَيَفْسُدُ قُلْنَا التَّبَاعُ بِهَذَا الطَّرِيقِ مُتَعَارَفٌ فِي الْقَلِيلِ ، وَهُوَ مَعْلُومٌ بَيْنَ النَّاسِ لَا تَتَفَاوَتْ قِيَمَةُ الْفَضَّةِ فِيهَا ، فَلَا يُؤَدِّي إِلَى التَّزَاعِ بِخِلَافِ مَا أُسْتَشْهِدَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ فَيَفْضِي إِلَى التَّزَاعِ وَلَوْ اشْتَرَى بِدِرْهَمٍ فُلُوسًا لَا يَجُوزُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّ الْجَوَازَ لِلْعَادَةِ وَلَمْ يُوجَدْ فِي الدَّرْهَمِ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَجُوزُ فِي الْكُلِّ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ عِنْدَ النَّاسِ وَلَا تَتَفَاوَتْ قِيَمَةُ الْفَضَّةِ مِنَ الْفُلُوسِ فَصَارَ كَمَا لَوْ بَيْنَ عَدَدِ الْفُلُوسِ فَلَنَا أَنْ نَمْنَعَ .

الشرح

قوله في المتن ولو اشترى شيئاً بنصف درهم فُلُوسٍ صحَّ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ فُلُوسٍ جَازَ وَعَلَيْهِ مَا يُبَاعُ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ مِنَ الْفُلُوسِ قَالَ الْأَثْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي مُحْتَصَرِهِ قَالَ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ ، وَكَذَا إِذَا قَالَ بَدَانِقٍ فُلُوسٍ أَوْ بِقِيرَاطٍ فُلُوسٍ جَازَ وَقَالَ زُفَرٌ لَا يَجُوزُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ كَذَا ذَكَرَ الْخِلَافُ فِي الْمُخْتَلَفِ وَالْحَصْرُ وَغَيْرُهُمَا وَجْهٌ قَوْلُ زُفَرٍ أَنَّ الْفُلُوسَ تُعْتَبَرُ بِالْعَدَدِ وَتُقَدَّرُ بِهِ لَا بِالْدَّانِقِ وَالْدَّرْهَمِ فَإِذَا لَمْ يَتَبَيَّنْ عَدَدُ الْفُلُوسِ كَانَ مَجْهُولًا فَلَا يَجُوزُ وَلِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ عَلَى الدَّانِقِ وَالْدَّرْهَمِ ثُمَّ شَرَطُ إِيفَائِهِ مِنَ الْفُلُوسِ يَكُونُ شَرَطَ صَفَقَةٍ فِي صَفَقَةٍ ، فَلَا يَجُوزُ كَمَا لَوْ اشْتَرَى بِدِرْهَمٍ فُلُوسًا وَلَنَا أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا إِذَا كَانَ مَا يُبَاعُ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ أَوْ بَدَانِقٍ مِنَ الْفُلُوسِ مَعْلُومًا عِنْدَ النَّاسِ بَأَنَّهُ يَكُونُ الدَّرْهَمُ أَوْ الدَّانِقُ عِبَارَةً عَنْ قَدَرٍ مِنَ الْفُلُوسِ كَمَا يَكُونُ كَذَلِكَ فِي بَعْضِ الْبِلَادِ فَإِذَا كَانَ قَدَرُ الْفُلُوسِ مَعْلُومًا كَانَ كَأَنَّهُ صَرَّحَ بِقَدَرِهَا فَجَازَ لِعَدَمِ الْجَهَالَةِ وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ عَلَى الدَّانِقِ وَالْدَّرْهَمِ بَلْ وَقَعَ عَلَى الْفُلُوسِ لِأَنَّهُ أَوْضَحَهُ بِلَفْظِ الْفُلُوسِ وَالْفُلُوسُ تُسْتَعْمَلُ فِي الْكُسُورِ صَوْنًا لِلدَّرَاهِمِ عَنْ الْكُسْرِ وَذَكَرَ الدَّانِقُ لِتَقْدِيرِ الْفُلُوسِ الْوَاجِبِ بِالْعَقْدِ بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى بِدِرْهَمٍ فُلُوسًا لِأَنَّ الْفُلُوسَ لَا تُسْتَعْمَلُ مَكَانَ الدَّرْهَمِ فَكَانَ الْعَقْدُ وَقَعَ عَلَى الدَّرْهَمِ ثُمَّ شَرَطُ إِيفَائِهِ مِنَ الْفُلُوسِ شَرَطَ صَفَقَةٍ فِي صَفَقَةٍ ، فَلَا يَجُوزُ

قوله : ولو اشترى بدرهم فُلُوسٍ لا يجوزُ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَلَوْ قَالَ بِدِرْهَمٍ فُلُوسٍ أَوْ بِدِرْهَمَيْنِ فُلُوسٍ فَكَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ مَا يُبَاعُ مِنَ الْفُلُوسِ مَعْلُومٌ وَهُوَ الْمُرَادُ لَا وَزْنُ الدَّرْهَمِ مِنَ الْفُلُوسِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَيَجُوزُ فِيمَا دُونَ الدَّرْهَمِ لِأَنَّ فِي الْعَادَةِ الْمُبَايَعَةَ بِالْفُلُوسِ فِيمَا دُونَ الدَّرْهَمِ فَصَارَ مَعْلُومًا بِحُكْمِ الْعَادَةِ وَلَا كَذَلِكَ الدَّرْهَمُ قَالُوا وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَصَحُّ سِيمًا فِي دِيَارِنَا وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ فِي دِيَارِنَا مَا نَصَّهُ بِمَا وَرَاءَ النَّهْرِ لِأَنَّ قَدْرَ مَا يُبَاعُ بِالْدَّرْهَمِ مِنَ الْفُلُوسِ مَعْلُومٌ وَإِيرَادُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَهِيَ شِرَاءُ الْفَاكِهَةِ بِدِرْهَمٍ فُلُوسٍ فِي كِتَابِ الصَّرْفِ لِأَنَّهُ يُشْبِهُهُ مُبَادَلَةُ الدَّرْهَمِ بِالْفُلُوسِ وَهُمَا مِنْ جُمْلَةِ الْأَثْمَانِ وَالصَّرْفُ نَوْعٌ يَبِيعُ يَقَعُ فِي الْأَثْمَانِ أَثْقَانِي .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ أَعْطَى صَرِيفًا دِرْهَمًا فَقَالَ أَعْطَيْتَنِي بِهِ نِصْفَ دِرْهَمٍ فُلُوسًا وَنِصْفًا إِلَّا حَبَّةً صَحَّ) ؛ لِأَنَّهُ قَابِلُ الدَّرْهَمِ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ فُلُوسٍ وَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ إِلَّا حَبَّةً مِنَ الْفَضَّةِ فَيَكُونُ نِصْفَ دِرْهَمٍ إِلَّا حَبَّةً بِمُقَابَلَةِ الْفَضَّةِ وَنِصْفَ دِرْهَمٍ وَحَبَّةً بِمُقَابَلَةِ الْفُلُوسِ وَلَوْ قَالَ أَعْطَيْتَنِي

بِنَصْفِهِ فُلُوسًا وَبِنَصْفِهِ نَصْفًا إِلَّا حَبَّةً بَطَلَ فِي الْكُلِّ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا صَحَّ الْبَيْعُ فِي الْفُلُوسِ وَبَطَلَ فِيمَا يُقَابِلُ الْفِضَّةَ ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ عِنْدَهُمَا عِنْدَ التَّفْصِيلِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الْمُفْسِدِ وَعِنْدَهُ يَفْسُدُ وَأَصْلُ الْخِلَافِ أَنَّ الْعَقْدَ يَتَكَرَّرُ عِنْدَهُ بِتَكَرُّرِ اللَّفْظِ وَعِنْدَهُمَا بِتَفْصِيلِ الثَّمَنِ حَتَّى لَوْ قَالَ أَعْطَيْتِي بِنَصْفِهِ فُلُوسًا وَأَعْطَيْتِي بِنَصْفِهِ نَصْفًا إِلَّا حَبَّةً جَازَ فِي الْفُلُوسِ وَبَطَلَ فِي الْفِضَّةِ بِالْإِجْمَاعِ وَقَدْ مَرَّ تَطْيِيرُهُ فِيمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ وَنَحْوَهُ ، ثُمَّ إِنْ افْتَرَقَا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الْفُلُوسَ وَالنَّصْفَ إِلَّا حَبَّةً بَطَلَ فِي النَّصْفِ إِلَّا حَبَّةً ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ فِيهِ صَرَفٌ وَقَدْ افْتَرَقَا قَبْلَ قَبْضِ أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ .

وَلَا يَبْطُلُ فِي الْفُلُوسِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ فِيهَا بَيْعٌ فَيَكْفِي قَبْضُ أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ وَلَوْ لَمْ يُعْطِهِ الدَّرْهَمَ وَلَمْ يَأْخُذْ هُوَ الْفُلُوسَ حَتَّى افْتَرَقَا بَطَلَ فِي الْكُلِّ ؛ لِأَنَّهُمَا افْتَرَقَا عَنْ دَيْنٍ بَدَيْنِ فَتَبَتَ بِمَجْمُوعِ مَا مَضَى أَنَّ الْأَمْوَالَ أَنْوَاعٌ نَوْعٌ ثَمَنٌ بِكُلِّ حَالٍ كَالْتَقْدَيْنِ صَحْبِهِ الْبَاءُ أَوْ لَا ، قُوبِلَ بِجِنْسِهِ أَوْ بغير جِنْسِهِ ، وَنَوْعٌ مَبِيعٌ بِكُلِّ حَالٍ كَالثِّيَابِ ، وَالذَّوَابِّ ، وَالْعَبِيدِ وَنَوْعٌ ثَمَنٌ مِنْ وَجْهِ مَبِيعٍ مِنْ وَجْهِ كَالْمَكِيلِ ، وَالْمَوْزُونِ غَيْرِ التَّقْدَيْنِ فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ مُعِينًا فِي الْعَقْدِ كَانَ مَبِيعًا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعِينًا وَصَحْبِهِ الْبَاءُ وَقُوبِلَ بِالْمَبِيعِ فَهُوَ ثَمَنٌ .

وَنَوْعٌ ثَمَنٌ بِالْإِصْطِلَاحِ ، وَهُوَ سِلْعَةٌ فِي الْأَصْلِ كَالْفُلُوسِ ، فَإِنْ كَانَ رَائِجًا كَانَ ثَمَنًا ، وَإِنْ كَانَ كَاسِدًا ، فَهُوَ سِلْعَةٌ ثَمَنٌ ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ مَا يَثْبُتُ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ عِنْدَ الْعَرَبِ .

كَذَا ذَكَرَهُ الْفَرَّاءُ ، وَالتُّقُودُ لَا تُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ إِلَّا دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ فَكَانَتْ ثَمَنًا بِكُلِّ حَالٍ ، وَالْعُرُوضُ لَا تُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ إِلَّا عَيْنًا فَكَانَتْ مَبِيعَةً ، وَالْمَكِيلُ ، وَالْمَوْزُونُ غَيْرِ التَّقْدَيْنِ يُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ عَيْنًا تَارَةً وَدَيْنًا أُخْرَى فَكَانَ ثَمَنًا فِي حَالٍ مَبِيعًا فِي حَالٍ وَمِنْ حُكْمِ الثَّمَنِ أَنْ لَا يُشْتَرَطَ وَجُودُهُ فِي مِلْكِ الْعَاقِدِ عِنْدَ الْعَقْدِ وَلَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ بِفَوَاتِ تَسْلِيمِهِ وَيَصِحُّ الْإِسْتِبْدَالُ بِهِ فِي غَيْرِ الصَّرْفِ ، وَالسَّلَمِ وَمِنْ حُكْمِ الْمَبِيعِ أَنْ يُشْتَرَطَ وَجُودُهُ قَبْلَ الْعَقْدِ فِي غَيْرِ السَّلَمِ وَأَنْ لَا يَصِحَّ الْإِسْتِبْدَالُ بِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ وَمِنْ شَرْطِهِمَا أَنْ لَا يَجُوزَ التَّفَاضُلُ عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ بِالْجِنْسِ فِي الْمُقَدَّرَاتِ وَأَنْ يَجِبَ تَعْيِينُهُمَا فِيمَا يَتَعَيَّنُ وَقَبْضُهُمَا فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ وَفِي غَيْرِ الْمُقَدَّرَاتِ يَجِبُ تَعْيِينُهُمَا فَقَطْ ، وَإِنْ قُوبِلَ بِخِلَافِ جِنْسِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْبَدَلَانِ مِنَ الْمُقَدَّرَاتِ يَجِبُ تَعْيِينُهُمَا إِنْ كَانَا يَتَعَيَّنَانِ بِالتَّعْيِينِ إِنْ جَمَعَهُمَا الْقَدْرُ كَالْحِنْطَةِ ، وَالشَّعِيرِ ، وَإِنْ كَانَا لَا يَتَعَيَّنَانِ يَجِبُ قَبْضُهُمَا كَالذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةِ ، وَإِنْ لَمْ يَجْمَعْهُمَا الْقَدْرُ كَالْحِنْطَةِ ، وَالْفِضَّةِ ، أَوْ الْفُلُوسِ مَعَ أَحَدِ التَّقْدَيْنِ ، أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُقَدَّرًا ، وَالْآخَرُ غَيْرُ مُقَدَّرٍ كَالثِّيَابِ مَعَ التَّقْدَيْنِ ، أَوْ غَيْرِهِمَا مِنَ الْمُقَدَّرَاتِ يَجِبُ تَعْيِينُ أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ دُونَ الْآخَرِ كَيْ لَا يَكُونَ كَالثَّامَةِ بِكَالِيٍّ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الشرح

قوله : في الثمن نصف درهم فلولسًا

بِالنَّصْبِ عَلَى أَنَّهُ صِفَةٌ لِلنَّصْفِ فِي قَوْلِهِ نَصْفَ دِرْهَمٍ وَيَجُوزُ حَرْهُ عَلَى أَنَّهُ صِفَةٌ لِلدِّرْهَمِ أَيْ دِرْهَمٌ هُوَ فُلُوسٌ أَتَقَانِي بِالْمَعْنَى قَوْلُهُ : وَبِنَصْفِ دِرْهَمٍ إِلَّا حَبَّةً مِنَ الْفِضَّةِ (أَيْ فَجَازَ ذَلِكَ لِأَنَّ الدِّرْهَمَ لَمَّا كَانَ عِبَارَةً عَنْ قَدَرٍ مَعْلُومٍ مِنَ الْفُلُوسِ صَارَ كَأَنَّهُ قَالَ أَعْطَيْتِي بِهِذَا الدِّرْهَمَ كَذَا كَذَا فُلُوسًا وَنَصْفَ دِرْهَمٍ إِلَّا حَبَّةً فَلَوْ صَرَّحَ بِهِذَا جَازَ فَكَذَا إِذَا ذَكَرَ مَا هُوَ بِمَعْنَاهُ فَكَانَ النَّصْفُ إِلَّا حَبَّةً بِإِزَاتِهِ مِنَ الْفِضَّةِ مِنَ الدِّرْهَمِ وَالْفُلُوسُ بِإِزَاءِ الْبَاقِي مِنَ الدِّرْهَمِ قَالَ فِي الْأَصْلِ وَلَوْ شَرَطَهُ فَقَالَ أَعْطَيْتِي كَذَا كَذَا فُلُوسًا وَدِرْهَمًا صَغِيرًا وَزَنَّهُ نَصْفَ دِرْهَمٍ إِلَّا قِيرَاطًا كَانَ هَذَا جَائِزًا كُلُّهُ إِذَا تَقَابَضَا قَبْلَ أَنْ يَفْتَرِقَا أَتَقَانِي

قوله : حَتَّى لَوْ قَالَ أُعْطِنِي بِنَصْفِهِ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَلَوْ كَرَّرَ لَفُظَةَ الْإِعْطَاءِ كَانَ جَوَابُهُ كَجَوَابِهِمَا لِأَنَّهُمَا يَبْعَانِ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ هَذَا تَفْرِيعًا عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ يُفْهَمُ مِنْ هَذَا الْجَوَابِ أَنَّ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ كَقَوْلِهِمَا إِذَا كَرَّرَ لَفْظَ الْإِعْطَاءِ بَأَنَّ يَجُوزَ الْعَقْدُ فِي حَصَّةِ الْفُلُوسِ وَيَبْطُلُ فِي حَصَّةِ الْفِضَّةِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ فِي كِتَابِ الصَّرْفِ مِنَ الْأَصْلِ وَقَالَ وَإِذَا دَفَعَ الرَّجُلُ إِلَى رَجُلٍ دِرْهَمًا فَقَالَ أُعْطِنِي بِنَصْفِهِ كَذَا فُلُوسًا وَأُعْطِنِي بِنَصْفِهِ الْبَاقِي دِرْهَمًا صَغِيرًا يَكُونُ فِيهِ نِصْفُ دِرْهَمٍ إِلَّا حَبَّةً فَإِنَّ هَذَا فَاسِدٌ لِأَنَّهُ صَرَفُ نِصْفٍ بِنِصْفِ الْحَبَّةِ وَيَنْبَغِي عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ يَفْسُدَ فِي الْفُلُوسِ وَالْدَّرْهَمِ الصَّغِيرِ جَمِيعًا لِأَنَّهُمَا صَفَقَةٌ وَاحِدَةٌ فَإِذَا فَسَدَ بَعْضُهَا فَسَدَ كُلُّهَا وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْفُلُوسُ جَائِزَةٌ لِأَزِمَّةٍ لَهُ

وَالدَّرْهَمُ الصَّغِيرُ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ إِلَّا حَبَّةً بَاطِلٌ إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي الْأَصْلِ فَقَدْ صَرَّحَ أَنَّ الصَّفَقَةَ وَاحِدَةً وَصَاحِبُ الْهِدَايَةِ قَالَ إِنَّهُمَا يَبْعَانِ

قوله جَازَ فِي الْفُلُوسِ الْخ

أَيُّ لَأَنَّ الْعَقْدَ تَفَرَّقَ بِتَكَرُّرِ الْإِعْطَاءِ كَذَا قَالُوا لَكِنْ فِيهِ إِشْكَالٌ لِأَنَّ قَوْلَهُ أُعْطِنِي مُسَاوَمَةً كَقَوْلِهِ بَعْنِي وَبِالْمُسَاوَمَةِ لَا يَنْعَقِدُ الْبَيْعُ فَكَيْفَ يَتَكَرَّرُ بِتَكَرَّارِهِ وَلَعَلَّ الْوَجْهَ أَنَّ يُقَالُ بِتَكَرُّارِ أُعْطِنِي يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَقْصُودَهُ تَفْرِيقُ الْعَقْدِ فَحُمِلَ عَلَى أَنَّهُمَا عَقْدَانِ ابْنُ فَرِشْتَا

قوله وَيَبْطُلُ فِي الْفِضَّةِ بِالْجَمَاعِ

أَيُّ لِتَكَرُّارِ لَفْظِ أُعْطِنِي

قوله وَمِنْ شَرْطِهِمَا

أَيُّ الْمَسْبُوعِ وَالْمُتَمَنِّ

كتاب الكفالة

، وَهِيَ مُطْلَقُ الضَّمِّ لَعَلَّه قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا } أَيَّ ضَمَّهَا إِلَى نَفْسِهِ وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ كَهَاتَيْنِ فِي الْجَنَّةِ } أَيَّ ضَامُّ الْيَتِيمِ إِلَى نَفْسِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (هِيَ ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ فِي الْمُطَالَبَةِ) هَذَا فِي الشَّرْعِ وَقِيلَ : هِيَ ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ فِي الدِّينِ ؛ لِأَنَّهُ مُطَالِبٌ بِالذِّينِ ، وَالْمُطَالَبَةُ بِهِ وَلَا دَيْنَ مُحَالٌ ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ بِإِفَاءِ الدِّينِ فَرْعٌ وَجُوبِ الدِّينِ وَلَا يُتَصَوَّرُ الْفَرْعُ بِدُونِ الْأَصْلِ ، وَالْأَحْكَامُ تَشْهَدُ لِهَذَا أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ وَهَبَ الطَّالِبُ الدِّينَ مِنَ الْكَفِيلِ صَحَّ وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْأَصْلِ ، وَهَبَةُ الدِّينِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدِّينُ لَا تَصِحُّ ، وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى الطَّالِبُ بِالذِّينِ شَيْئًا مِنَ الْكَفِيلِ صَحَّ ، وَالشِّرَاءُ بِالذِّينِ لَا يَجُوزُ إِلَّا مِمَّنْ عَلَيْهِ الدِّينُ وَلَا يُلْزَمُ مَنْ وَجُوبِ الدِّينِ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَكَرَّرَ الْاسْتِيفَاءُ ؛ لِأَنَّ الدِّينَ الْوَاحِدَ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤُهُ مَرَّتَيْنِ وَيُمْكِنُ وَجُوبُهُ عَلَى شَخْصَيْنِ كَالْعَاصِبِ وَغَاصِبِ الْعَاصِبِ فَإِنَّ الدِّينَ وَاجِبٌ عَلَيْهِمَا وَلَا يَسْتَوْفِيهِ إِلَّا مِنْ أَحَدِهِمَا أَيُّهُمَا شَاءَ .

وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِيلُ أَنْ يَجِبَ دَيْنَانِ وَلَا يَسْتَوْفِي إِلَّا أَحَدَهُمَا وَأَمَّا وَجُوبُ الْمُطَالَبَةِ بِدَيْنٍ عَلَى غَيْرِهِ فَمُمْكِنٌ أَلَّا تَرَى أَنَّ الْوَكِيلَ بِالشِّرَاءِ يُطَالِبُ بِالذِّينِ ، وَهُوَ عَلَى الْمُوَكَّلِ حَتَّى لَوْ أَبْرَأَهُ الْبَائِعُ صَحَّ ، وَكَذَا الْوَلِيُّ ، وَالْوَصِيُّ يُطَالِبَانِ بِدَيْنٍ عَلَى الصَّغِيرِ وَلَيْسَ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ ، وَالْمَوْلَى يُطَالِبُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ عَلَى عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ ، أَوْ بَيْعِهِ عِنْدَ طَلَبِ الْغُرَمَاءِ بَيْعُهُ وَلَا دَيْنَ عَلَيْهِ فَإِذَا أُمِكنَ إِيْجَابُ الْمُطَالَبَةِ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ لُزُومِ الدِّينِ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِيْجَابِ الدِّينِ

عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مُحَالٌ فِي الْحَقِيقَةِ لِمَا فِيهِ مِنْ جَعْلِ الدِّينِ الْوَاحِدِ دَيْنَيْنِ ، فَلَا يُصَارُ إِلَيْهِ إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ كَمَا إِذَا ، وَهَبَ الدِّينَ لَهُ ، أَوْ اشْتَرَى بِهِ مِنْهُ شَيْئًا فَحِينَئِذٍ يُقَدَّرُ الدِّينُ عَلَى الْكَفِيلِ ضَرُورَةً تَصَحِّحُ تَصَرُّفَهُ فَيَجْعَلُ فِي حُكْمِ دَيْنَيْنِ وَلَا ضَرُورَةَ قَبْلَهُ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى هَذَا التَّقْدِيرِ وَفِي الْعَاصِبِ وَغَاصِبِ الْعَاصِبِ لَا يَجِبُ لَهُ إِلَّا دَيْنٌ وَاحِدٌ عَلَى أَحَدِهِمَا غَيْرُ عَيْنٍ فَلِهَذَا إِذَا اخْتَارَ أَحَدَهُمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُطَالِبَ الْآخَرَ لِتَضَمُّنِهِ التَّمْلِيكَ مِنْهُ .

وَهَذَا تَفْسِيرُ الْكِفَالَةِ ، وَسَبَبُهَا مُطَالَبَةُ مَنْ لَهُ الْحَقُّ لِلتَّوَثُّقِ بِتَكْثِيرِ مَحَلِّ الْمُطَالَبَةِ ، أَوْ تَيْسِيرِ وُضُولِ حَقِّهِ إِلَيْهِ ، وَرُكْنُهَا الْإِيْجَابُ وَالْقَبُولُ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ آخَرًا ، وَشَرْطُهَا أَنْ يَكُونَ الدِّينُ ثَابِتًا صَحِيحًا بِخِلَافِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ عَلَى مَا يَجِيءُ فِي مَوْضِعِهِ وَأَنْ يَكُونَ الْمَكْفُولُ بِهِ مُمَكِّنَ الْاسْتِيفَاءِ مِنَ الْكَفِيلِ .

وَأَهْلُهَا أَنْ يَكُونَ الْكَفِيلُ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ حَتَّى لَا يَصِحَّ مِمَّنْ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعُ كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي التَّجَارَةِ ، وَالْمُكَاتَبِ ، وَالصَّغِيرِ وَكَذَا لَا يَصِحُّ مِنَ الْمَرِيضِ إِلَّا مِنَ الثَّلَثِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعُ بِأَكْثَرِ مِنْهُ ، وَأَنَوَاعُهَا فِي الْأَصْلِ نَوَعَانِ كِفَالَةً بِالنَّفْسِ وَكِفَالَةً بِالْمَالِ ، وَالْكَفَالَةُ بِالْمَالِ نَوَعَانِ كِفَالَةً بِالذِّينِ فَتَجُوزُ مُطْلَقًا إِذَا كَانَتْ صَحِيحَةً وَكِفَالَةً بِالْأَعْيَانِ ، وَهِيَ نَوَعَانِ كِفَالَةً بِأَعْيَانٍ مَضْمُونَةٍ فَتَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِهَا وَذَلِكَ كَالْمَعْصُوبِ ، وَالْمُهْوَرِّ ، وَبَدَلِ الْخُلْعِ ، وَالصَّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَنَحْوِ ذَلِكَ وَكِفَالَةً بِأَعْيَانٍ هِيَ أَمَانَةٌ غَيْرُ وَاجِبَةِ التَّسْلِيمِ كَالْوَدَائِعِ ، وَالْمُضَارَبَاتِ ، وَالشَّرَكَةِ وَنَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا لَيْسَ بِوَاجِبِ التَّسْلِيمِ ، فَلَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِهَا أَصْلًا وَكِفَالَةً بِأَعْيَانٍ هِيَ أَمَانَةٌ وَاجِبَةُ التَّسْلِيمِ كَالْعَارِيَّةِ ، وَالْمُسْتَأْجَرَةِ ، أَوْ بَعَيْنٍ مَضْمُونَةٍ بغيرِهِ كَالْمَبِيعِ فَإِنَّ الْكَفَالَةَ بِهَا لَا تَصِحُّ وَبِتَّسْلِيمِهَا تَصِحُّ وَالْفَاظُهَا مَذْكُورَةٌ فِي الْمَتْنِ .

الشرح

ذَكَرَ كِتَابَ الْكَفَالَةِ عَقِيبَ الْبُيُوعِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْكَفَالَةَ تَكُونُ غَالِبًا فِي الْبَيَاعَاتِ وَلِأَنَّ فِي الْكَفَالَةِ إِذَا كَانَ بِأَمْرِ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ انْتِهَاءً فَتَنَاسَبَ ذِكْرُهَا عَقِيبَ الْبُيُوعِ الَّتِي هِيَ مُعَاوَضَةٌ

أَتَقَانِي قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ أَوْ رَدَّ الْكَفَالَةَ عَقِيبَ الْبُيُوعِ لِأَنَّ غَالِبًا يَكُونُ تَحَقُّقُهَا فِي الْوُجُودِ عَقِيبَ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ قَدْ لَا يُطْمَنُّ الْبَائِعُ إِلَى الْمُشْتَرِي فَيَحْتَاجُ إِلَى مَنْ يَكْفُلُهُ بِالْثَمَنِ أَوْ لَا يُطْمَنُّ الْمُشْتَرِي إِلَى الْبَائِعِ فَيَحْتَاجُ إِلَى مَنْ يَكْفُلُهُ فِي الْمَبِيعِ وَذَلِكَ فِي السَّلَمِ فَلَمَّا كَانَ تَحَقُّقُهَا فِي الْوُجُودِ غَالِبًا بَعْدَهَا أَوْ رَدَّهَا فِي التَّعْلِيمِ بَعْدَهَا وَلَهَا مُنَاسَبَةٌ خَاصَّةٌ بِالصَّرْفِ وَهِيَ أَنَّهَا تَصِيرُ بِالْآخِرَةِ مُعَاوَضَةً عَمَّا ثَبَتَ فِي الذِّمَّةِ مِنَ الْإِثْمَانِ وَذَلِكَ عِنْدَ الرُّجُوعِ إِلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ ثُمَّ لَزِمَ تَقْدِيمُ الصَّرْفِ لِأَنَّهُ مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ السَّابِقِ عَلَى الْكَفَالَةِ فَلَزِمَتْ الْكَفَالَةُ بَعْدَهُ ، وَمَحَاسِنُ الْكَفَالَةِ جَلِيلَةٌ وَهِيَ تَفْرِيجُ كَرْبِ الطَّالِبِ الْخَائِفِ عَلَى مَالِهِ وَالْمَطْلُوبِ الْخَائِفِ عَلَى نَفْسِهِ حَيْثُ كَفِيًا مُؤْتَةً مَا أَهْمَهُمَا وَقَرَّ جَاشُهُمَا وَذَلِكَ نِعْمَةٌ كَبِيرَةٌ عَلَيْهِمَا وَلِذَا كَانَتْ الْكَفَالَةُ مِنَ الْأَفْعَالِ الْعَالِيَةِ حَتَّى ائْتَنَّا تَعَالَى بِهَا حَيْثُ قَالَ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا فِي قِرَاعَةِ التَّشْدِيدِ يَتَضَمَّنُ الْإِثْمَانِ عَلَى مَرِيَمَ إِذْ جَعَلَ لَهَا مَنْ يَقُومُ بِمَصَالِحِهَا وَيَقُومُ بِهَا بِأَنْ أَتَاهَا ذَلِكَ وَسَمَّى نَبِيًّا بِذِي الْكِفْلِ لَمَّا كَفَلَ حَمَاعَةً مِنَ الْأَنْبِيَاءِ لِمَلِكٍ أَرَادَ قَتْلَهُمْ

قوله والاول اصح

، فَلَا يَثْبُتُ الدَّيْنُ فِي ذِمَّةِ الْكَفِيلِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ وَمَالِكٍ وَأَحْمَدَ فِي رِوَايَةٍ فَيُثْبِتُ الدَّيْنُ فِي ذِمَّةِ الْكَفِيلِ وَلَا يَسْقُطُ عَنْ الْأَصِيلِ وَلَمْ يُرَجَّحْ فِي الْمَبْسُوطِ أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ عَلَى الْآخَرِ وَمَا يُخَالُ مِنْ لُزُومِ صَيْرُورَةِ الْآلِفِ الدَّيْنِ الْوَاحِدِ الْفَيْنِ أَيْ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ فِي الدَّيْنِ كَمَا ذَكَرَهُ بَعْضُ الشَّارِحِينَ قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةٍ ثُبُوتُ الْمَالِ فِي ذِمَّةِ الْكَفِيلِ مَعَ بَقَائِهِ فِي ذِمَّةِ الْأَصِيلِ مَا يُوْجِبُ بَرَاءَةَ حَقِّ الطَّالِبِ لِأَنَّ

قوله : وفي الغاصب الخ

قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ رَجُلٌ غَضِبَ مِنْ رَجُلٍ مَالًا فَغَضِبَ ذَلِكَ الْمَالُ غَرِيبُ الْمَغْضُوبِ مِنْهُ فَالْمُخْتَارُ أَنَّ الْمَغْضُوبَ مِنْهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْأَوَّلَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الثَّانِي لِأَنَّ الْأَوَّلَ غَاصِبٌ وَالثَّانِي غَاصِبُ الْغَاصِبِ ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْأَوَّلَ لَمْ يَبْرَأِ الثَّانِي وَإِنْ ضَمَّنَ الثَّانِي بَرَأَ الْأَوَّلُ ذَكَرَهُ فِي الْعَصَبِ

قوله : وركنهما البيجاب

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ وَرُكْنُهَا إِجَابُ الْكَفِيلِ وَقَبُولُ الْمَكْفُولِ لَهُ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ فِي الْقَبُولِ ، وَحُكْمُهَا وَجُوبُ الْمَطْلَبَةِ عَلَى الْكَفِيلِ بِمَا عَلَى الْأَصِيلِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ حُكْمُهَا وَجُوبُ الدَّيْنِ عَلَى الْكَفِيلِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَمَالُ وَأَمَّا رُكْنُهَا فَالْإِجَابُ وَالْقَبُولُ بِالْأَلْفَافِ الْآتِيَةِ وَلَمْ يَجْعَلْ أَبُو يُوسُفَ فِي قَوْلِهِ الْآخِرِ الْقَبُولَ رُكْنًا فَجَعَلَ الْكَفَالَةَ تَتِمُّ بِالْكَفِيلِ وَحُدَّهُ فِي الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَحْمَدَ وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَاخْتَلَفُوا عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ فَقِيلَ : إِنَّ الْكَفَالَةَ تَصِحُّ مِنَ الْوَاحِدِ وَحُدَّهُ مَوْفُوفًا عَلَى إِجَازَةِ الطَّالِبِ أَوْ تَصِحُّ نَافِذًا وَلِلطَّالِبِ حَقُّ الرَّدِّ وَفَائِدَةُ الْخِلَافِ إِنَّمَا تَظْهَرُ فِيمَا إِذَا مَاتَ الْمَكْفُولُ لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ مَنْ يَقُولُ بِالتَّوَقُّفِ يَقُولُ لَا يُؤْخَذُ بِهِ الْكَفِيلُ

قوله وشرطها الخ

وَمِنْ شَرْطِهَا أَيْضًا أَنْ يَكُونَ الدَّيْنُ صَحِيحًا سَوَاءً كَانَ عَلَى الصَّغِيرِ أَوْ عَلَى الْعَبْدِ الْمَحْجُورِ لِأَنَّهُ يُطَالَبُ بَعْدَ الْعَتَقِ غَايَةً وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ فِي الْبَدَائِعِ وَمِنْهَا الْحُرِّيَّةُ وَهِيَ شَرْطُ نَفَازِ هَذَا التَّصَرُّفِ ، فَلَا تَجُوزُ كَفَالَةُ الْعَبْدِ مَحْجُورًا كَانَ أَوْ مَادُونًا فِي

التَّجَارَةِ لِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ بِدُونِ إِذْنِ مَوْلَاهُ ، وَلَكِنَّهَا تَتَعَدَّدُ حَتَّى يُؤَاخِذَ بِهِ بَعْدَ الْعِتَاقِ لِأَنَّ إِعْدَامَ التَّفَادِي مَا كَانَ لِإِعْدَامِ
الْأَهْلِيَّةِ بَلْ لِحَقِّ الْمَوْلَى وَقَدْ زَالَ بِخِلَافِ الصَّبِيِّ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُنْعَقَدَةٍ مِنْهُ لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ ، فَلَا يُحْتَمَلُ التَّفَادِي

قوله كالعبد المأذون له في التجارة

قال الشيخ كمال الدين ، فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور وقال في باب كفالة العبد فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون

قال رحمه الله (وتصح بالنفس ، وإن تعددت) أي ، وإن تعددت الكفالة بأن أخذ منه كفيلاً ، ثم كفيلاً ، وكذا تجوز إذا تعددت
النفوس المكفولة بها أيضاً كما تجوز بالديون الكثيرة وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الكفالة بالنفس ؛ لأنه لا قدرة له على تسليمه ؛ إذ
لا ولاية له عليه لا سيما إذا تكفل بغير أمره ؛ لأنه لا ينفاد له ولا يلتزم طاعته ، وكذا إذا كان بأمره ؛ لأن أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له
ولاية في ماله ليؤدّي عنه من ماله ، فالتفلس ، أولى فصار كما لو باع طيراً في الهواء بخلاف الكفالة بالمال ؛ لأنه لم يكن له ولاية على
مال الأمر فله ولاية على مال نفسه فيؤدّي من ماله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام { الزعيم غارم } من غير فصل بين الكفالة بالنفس ، أو
بالمال فيقتضي شرعيتها ولا يقال الكفالة بالنفس لا غرم فيها ، فلا يتناول الحديث ؛ لأننا نقول : الغرم عبارة عن ضرر يلزمه قال الله
تعالى { إن عذابها كان غراماً } وفيه ذلك ولأن الحاجة ماسة إليها ضرورة إحياء حقوق العباد وقد أمكن العمل بموجبها بأن يعلمه
مكانه فيخلى بينه وبينه ؛ إذ التخلية تسليم ، أو يوافقها إذا ادّعاها ، أو يكرهه بالحضور إلى مجلس الحاكم ، والتزامه لذلك ورضا خصمه
به دليل على قدرته فتصح ، وإن لم يقدر عليه استعان بأعوان القاضي فكانت مفيدة ولأنه التزم ما هو مستحق على الأصل ؛ إذ تسليم
النفس على المدعى عليه واجب بمعنى أنه يجب عليه الحضور إلى مجلس الحاكم فتصح كالكفالة بالمال
، والدليل على أنه يجب عليه الإجابة إذا ادّعى أن الله تعالى ذم الممتنع من الحضور بقوله عز وجل { وإذا دُعوا إلى الله ورسوله { الآية
، والذم يستحق بترك الواجب وعن الصحابة رضي الله عنهم أنهم أجازوا الكفالة بالنفس وضمنت أم كلثوم بنفس علي حين جرى بينه
وبين عمر رضي الله عنهم خصومة { وكفل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً بتهمة { ، والتكفيل أخذ الكفيل بالنفس ولأن شرط
صحة الالتزام أن يكون الملتزم ممكناً وجوده عقلاً لا حقيقة ألا ترى أنه إذا التزم ألف حجة بالنذر يصح ويلزمه ، وإن لم يأت منه حقيقة
لقصر عمره عادة وقدرته على إحضاره ممكن فتصح ، وإذا صحت تصح متعدّدة أيضاً ؛ لأن حكمها استحقاق المطالبة ، وهي تحتل
العدد ، والالتزام الأول لا يمنع الالتزام الثاني ؛ إذ المقصود منها التوثيق ، فلا تنافي .

الشرح

قوله وقال الشافعي لا تجوز إلخ (قال كمال ثم نقل عن الشافعي أن الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول له مخالف للقول الظاهر عندهم
وهو أنها جائزة كقولنا

قوله : فلا يتناول الحديث

وأجيب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزم مما يضره والغرم اللزيم ذكره في المحمل والكفيل بالنفس يلزمه الإحضار وقد
يثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار إليه المصنف بقوله والحاجة إليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وحاصله إلحاقه

بِحَامِعِ عُمُومِ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا إَحْيَاءَ لِلْحُقُوقِ مَعَ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَالشَّرَاطِ

قَوْلُهُ : وَفِيهِ

أَيُّ الضَّرَرِ مَوْجُودٍ فِي الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ لِأَنَّهُ يُلْزَمُ بِإِحْضَارِهِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (يَكْفَلْتُ بِنَفْسِي وَبِمَا عَبَّرَ عَنِ الْبَدَنِ وَبِجُزْءِ شَائِعٍ) أَيُّ تَصَحُّ الْكَفَالَةِ بِقَوْلِهِ كَفَلْتُ بِنَفْسِ فُلَانٍ ، أَوْ بِمَا يُعْبَرُ بِهِ مِنْ أَعْضَائِهِ عَنْ جَمِيعِ الْبَدَنِ كِرَاسِهِ وَوَجْهِهِ وَرَقَبَتِهِ وَعُنُقِهِ وَجَسَدِهِ وَبَدَنِهِ بَأَن قَالَ تَكْفَلْتُ بِرَأْسِهِ ، أَوْ بِوَجْهِهِ إِلَى آخِرِهِ ، أَوْ تَكْفَلُ بِجُزْءٍ شَائِعٍ مِنْهُ بَأَن قَالَ تَكْفَلْتُ بِثُلَاثِهِ ، أَوْ بِرُبْعِهِ كُلِّ ذَلِكَ جَائِزٌ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ يُعْبَرُ بِهَا عَنْ جَمِيعِ الْبَدَنِ عُرْفًا وَقَدْ بَيَّنَّا فِي الطَّلَاقِ .

الشرح

قَوْلُهُ : فِي الْمَتْنِ بِكَفَلْتُ بِنَفْسِهِ الْخ

شُرُوعٌ فِي ذِكْرِ الْأَلْفَافِ الَّتِي تَثْبُتُ بِهَا الْكَفَالَةُ وَهِيَ صَرِيحٌ وَكِتَابَةٌ فَالْصَّرِيحُ كَفَلْتُ وَضَمَنْتُ وَزَعَيْمٌ وَقَبِيلٌ وَحَمِيلٌ وَعَلَيَّ وَإِلَيَّ ، وَلَكَ عِنْدِي هَذَا الرَّجُلُ وَعَلَيَّ أَنْ أُؤْفِكَ بِهِ أَوْ عَلَيَّ أَنْ أَلْقَاكَ بِهِ أَوْ دَعَا إِلَيَّ وَحَمِيلٌ بِالْمُهِمَلَةِ بِمَعْنَى كَفِيلٌ بِهِ يُقَالُ حَمَلُ بِهِ حَمَالَةً بِفَتْحِ الْعَيْنِ فِي الْمَاضِي وَكَسَرِهَا فِي الْمُضَارِعِ وَرُويَ فِي الْفَائِقِ الْحَمِيلُ ضَامِنٌ وَأَمَّا الْقَبِيلُ فَهُوَ أَيْضًا بِمَعْنَى الْكَفِيلِ وَيُقَالُ قَبِلَ بِهِ قَبَالَةً بِفَتْحِهَا فِي الْمَاضِي وَضَمَّهَا فِي الْمُضَارِعِ ثُمَّ هَذِهِ الْأَلْفَافُ تُوجِبُ لُزُومَ مُوجِبِ الْكَفَالَةِ إِذَا أُضِيفَتْ إِلَى جُمْلَةِ الْبَدَنِ أَوْ مَا يُعْبَرُ بِهِ عَنْ الْجُمْلَةِ حَقِيقَةً فِي اللَّغَةِ وَالْعُرْفِ وَمَا لَا فَلَا عَلَى وَزَانِ الطَّلَاقِ عَلَى مَا مَرَّ مِثْلُ كَفَلْتُ أَوْ أَنَا حَمِيلٌ أَوْ زَعِيمٌ بِنَفْسِهِ أَوْ رَقَبَتِهِ أَوْ رُوحِهِ أَوْ جَسَدِهِ أَوْ رَأْسِهِ أَوْ بَدَنِهِ أَوْ وَجْهِهِ لِأَنَّ هَذِهِ يُعْبَرُ بِهَا حَقِيقَةً كَالنَّفْسِ وَالْجَسَدِ وَالْبَدَنِ عُرْفًا وَلُغَةً وَمَجَازًا كَهَوِّ رَأْسٍ وَتَحْرِيرِ رَقَبَةٍ وَتَقَدُّمِ فِي الطَّلَاقِ وَلَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ مَا إِذَا كَفَلَ بِعَيْنِهِ قَالَ الْبُلْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَصِحُّ كَمَا فِي الطَّلَاقِ أَنْ يَنْوِيَ بِهِ الْبَدَنَ وَالَّذِي يَجِبُ أَنْ يَصِحَّ فِي الْكَفَالَةِ وَالطَّلَاقِ إِذِ الْعَيْنُ مِمَّا يُعْبَرُ بِهِ عَنْ الْكُلِّ يُقَالُ عَيْنُ الْقَوْمِ وَهُوَ عَيْنٌ فِي النَّاسِ وَلَعَلَّهُ لَمْ يَكُنْ مَعْرُوفًا فِي زَمَانِهِمْ أَمَّا فِي زَمَانِنَا فَلَا شَكَّ فِي ذَلِكَ .

كَمَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

قَوْلُهُ أَوْ بِرُبْعِهِ

أَيُّ أَوْ بِجُزْءٍ مِنْهُ لِأَنَّ النَّفْسَ الْوَاحِدَةَ فِي حَقِّ الْكَفَالَةِ لَا تَتَجَزَّأُ فَذَكَرُ بَعْضُهَا شَائِعًا كَذَكَرِ كُلِّهَا كَمَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَوْلُهُ لَا تَتَجَزَّأُ بِأَن يَكُونَ بِبَعْضِهَا كَفِيلًا وَبَعْضُهَا لَا

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِضَمْنَتُهُ) أَيُّ تَصَحُّ بِقَوْلِهِ ضَمَنْتُ لَكَ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّعٌ بِمُقْتَضَى الْكَفَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ يُصِيرُ ضَامِنًا لِلتَّسْلِيمِ ، وَالْعَقْدُ يَنْعَقِدُ بِالتَّصَرُّعِ بِمُوجِبِهِ كَعَقْدِ الْبَيْعِ يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ التَّمْلِيكِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِعَلَيَّ) يَعْنِي تَصَحُّ بِقَوْلِهِ عَلَيَّ ؛ لِأَنَّ كَلِمَةَ عَلَيَّ لِلْوُجُوبِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا } قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (، وَإِلَيَّ) ؛ لِأَنَّهَا بِمَعْنَى عَلَيَّ فِي هَذَا الْمَقَامِ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وَالسَّلَامُ { مَنْ تَرَكَ كَلًّا ، أَوْ عِيَالًا فَلْيَلِّ } قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَأَنَا زَعِيمٌ بِهِ) ؛ لِأَنَّ الْكَفِيلَ يُسَمَّى زَعِيمًا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى حِكَايَةً عَنْ صَاحِبِ يُوسُفَ { وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ } أَيُّ كَفِيلٌ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقِيلَ بِهِ) ؛ لِأَنَّ الْقَبِيلَ هُوَ الْكَفِيلُ وَلِهَذَا يُسَمَّى الصَّكُّ قِبَالَةً ؛ لِأَنَّهُ يَحْفَظُ الْحَقَّ فَيَكُونُ وَثِيقَةً كَالْكَفِيلِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَا بَأْسًا ضَامِنٌ لِمَعْرِفَتِهِ) أَيُّ لَا يَصِيرُ كَفِيلًا بِقَوْلِهِ أَنَا ضَامِنٌ لَكَ بِمَعْرِفَةِ فُلَانٍ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَصِيرُ ضَامِنًا لِلْعَرَفِ ؛ لِأَنَّهُمْ يُرِيدُونَ بِهِ الْكِفَالَ .

وَجِهَ الْأَوَّلُ أَنَّهُ التَّزَمَ مَعْرِفَتَهُ دُونَ الْمُطَالَبَةِ فَصَارَ كَالْتِزَامِهِ دَلَالَتَهُ عَلَيْهِ ، أَوْ قَالَ أَوْفَقَكَ عَلَيْهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ شَرَطَ تَسْلِيمَهُ فِي وَقْتٍ بَعِينِهِ أَحْضَرَهُ فِيهِ إِنْ طَلَبَهُ) ؛ لِأَنَّهُ التَّزَمَ بِالشَّرْطِ فِي الْكِفَالَةِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِهِ إِنْ طَلَبَهُ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ ، أَوْ بَعْدَهُ كَالدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ إِذَا طَلَبَهُ صَاحِبُهُ بَعْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ أَحْضَرَهُ ، وَإِلَّا حَبَسَهُ الْحَاكِمُ) ؛ لِامْتِنَاعِهِ عَنْ إِيفَاءٍ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ ، وَلَكِنْ لَا يَحْبِسُهُ أَوَّلَ مَرَّةٍ ؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ مَا عَرَفَ لِمَاذَا يُدْعَى فَيَمْهَلُهُ حَتَّى يَظْهَرَ لَهُ مَطْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ

جَزَاءُ الظُّلْمِ ، وَهُوَ لَيْسَ بِظَالِمٍ قَبْلَ الْمُطَالَبَةِ قَالَ الْعَبْدُ الْفَقِيرُ يَنْبَغِي أَنْ يُفَصَّلَ كَمَا فَصَّلَ فِي الْحَبْسِ بِالَّذِينَ فَإِنَّهُ هُنَاكَ قِيلَ : إِذَا تَبَتَّ الْحَقُّ بِإِقْرَارِهِ لَا يُعْجَلُ بِحَبْسِهِ وَأَمْرُهُ بِدَفْعِ مَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْحَبْسَ جَزَاءُ الْمُطَالَبَةِ فَلَمْ يَظْهَرْ بِأَوَّلِ الْوَهْلَةِ ، وَإِنْ تَبَتَّ بِالْبَيِّنَةِ حَبْسُهُ كَمَا وَجَبَ لظُهُورِ مَطْلِهِ بِالْإِنْكَارِ فَكَذَا هُنَا يَنْبَغِي أَنْ يُفَصَّلَ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ وَذَكَرَ فِي النَّهَائَةِ مَعْرِيًّا إِلَى الْإِيضَاحِ ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَظْهَرْ عَجْزُهُ . وَأَمَّا إِذَا ظَهَرَ عَجْزُهُ ، فَلَا مَعْنَى لِحَبْسِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُحَالُ بَيْنُهُ وَبَيْنَ الْكَفِيلِ فَيَلْزِمُهُ وَيُطَالَبُهُ وَلَا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَشْغَالِهِ جَعَلَهُ كَالْمُفْلِسِ بِالَّذِينَ إِذَا تَبَتَّ بِالْإِقْرَارِ ، أَوْ بِالْبَيِّنَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ غَابَ أَمْهَلُهُ مُدَّةَ ذَهَابِهِ ، وَإِيَابِهِ) أَيُّ ، وَإِنْ غَابَ الْمَكْفُولُ بِنَفْسِهِ يُؤَجَّلُ الْكَفِيلُ مُدَّةَ قَطْعِ الْمَسَافَةِ وَلَا يَحْبِسُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ مَطْلُهُ بَعْدَ وَالْحَبْسِ لِلْمُطَالَبَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (، فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يُحْضَرْهُ حَبْسُهُ) أَيُّ إِذَا مَضَتْ الْمُدَّةُ وَلَمْ يُحْضَرْهُ حَبْسُهُ ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ مَطْلُهُ ، وَالْحَبْسُ جَزَاؤُهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ غَابَ وَلَمْ يَعْلَمْ مَكَانَهُ لَا يُطَالَبُ بِهِ) ؛ لِأَنَّهُ عَاجِزٌ وَقَدْ صَدَّقَهُ الطَّالِبُ عَلَيْهِ فَصَارَ كَالْمَدِينِ إِذَا تَبَتَّ إِعْسَارُهُ ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فَقَالَ الْكَفِيلُ : لَا أَعْرِفُ مَكَانَهُ ، وَقَالَ الطَّالِبُ : تَعْرِفُ ، يُنْظَرُ ، فَإِنْ كَانَتْ لَهُ خُرْجَةٌ مَعْرُوفَةٌ يَخْرُجُ إِلَى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ لِلتَّجَارَةِ فِي كُلِّ وَقْتٍ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الطَّالِبِ وَيُؤْمَرُ الْكَفِيلُ بِالذَّهَابِ إِلَى ذَلِكَ الْمَوْضِعِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يَشْهَدُ لِلطَّالِبِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ مِنْهُ ذَلِكَ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْكَفِيلِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ وَهُوَ الْجَهْلُ وَمُنْكَرٌ لَزُومِ الْمُطَالَبَةِ .

وَقَالَ بَعْضُهُمْ لَا يُلْتَفَتُ إِلَى قَوْلِ الْكَفِيلِ وَيَحْبِسُهُ الْقَاضِي إِلَى أَنْ يَظْهَرَ عَجْزُهُ ؛ لِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ كَانَتْ مُتَوَحِّهَةً عَلَيْهِ ، فَلَا يُصَدَّقُ عَلَى إِسْقَاطِهَا عَنْ نَفْسِهِ بِمَا يَدْعِي ، وَإِنْ أَقَامَ الطَّالِبُ بَيِّنَةً أَنَّهُ فِي مَوْضِعٍ كَذَا أُمِرَ الْكَفِيلُ بِالذَّهَابِ إِلَى ذَلِكَ الْمَوْضِعِ وَإِحْضَارِهِ اعْتِبَارًا لِلثَّابِتِ بِالْبَيِّنَةِ لِلثَّابِتِ مُعَايَنَةً ، وَكَذَا لَوْ ارْتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ لَا تَسْقُطُ الْكِفَالَةُ فَيُؤَجَّلُ الْكَفِيلُ مُدَّةَ ذَهَابِهِ وَمَجِيئِهِ وَلَا يُقَالُ بَعْدَ اللَّحَاقِ بِدَارِ الْحَرْبِ صَارَ كَالْمَوْتَى وَلِهَذَا يُقَسَّمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَرَى الْكَفِيلُ كَمَا لَوْ مَاتَ حَقِيقَةً ؛ لِأَنَّا نَقُولُ هَذَا لَيْسَ كَمَوْتِهِ حَقِيقَةً ، وَإِنَّمَا هُوَ مَوْتُ حُكْمِيٍّ فِي حَقِّ قِسْمَةِ مَالِهِ بَيْنَ وَرَثَتِهِ فَأَمَّا فِي حَقِّ نَفْسِهِ ، فَهُوَ حَيٌّ مُطَالَبٌ بِالتَّوْبَةِ ، وَالرُّجُوعِ وَتَسْلِيمِ النَّفْسِ إِلَى الْخَصْمِ فَقَبِي الْكَفِيلُ عَلَى كِفَالَتِهِ هَكَذَا ذَكَرَهُ فِي النَّهَائَةِ مَعْرِيًّا إِلَى الْمَسْئُوطِ وَفِيهِ قَالَ فِي الذَّخِيرَةِ إِنَّهُ إِذَا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا يُنْظَرُ ، فَإِنْ كَانَ الْكَفِيلُ قَادِرًا عَلَى رَدِّهِ بَأَنْ كَانَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ مُوَاعِدَةٌ أَنْ مَنْ لَحِقَ بِهِمْ مُرْتَدًّا يَرُدُّونَهُ إِلَيْنَا إِذَا طَلَبْنَا يَمْهَلُ الْكَفِيلُ قَدْرَ ذَهَابِهِ وَمَجِيئِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَادِرًا لَا يُؤَاخَذُ بِهِ .

ثُمَّ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ قُلْنَا إِنَّهُ يُؤْمَرُ بِالذَّهَابِ إِلَيْهِ لِلطَّالِبِ أَنْ يَسْتَوْثِقَ الْكَفِيلَ بِكَفِيلٍ آخَرَ حَتَّى لَا يَغِيبَ الْآخَرُ فَيَضِيعَ حَقُّهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ سَلَّمَهُ بِحَيْثُ يَقْدِرُ الْمَكْفُولُ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ كَمَصْرٍ بَرِيٍّ) ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا التَّزَمَ ؛ إِذْ لَمْ يَلْتَزِمِ تَسْلِيمَهُ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً وَحَصَلَ مَقْصُودُ الطَّالِبِ أَيْضًا بِذَلِكَ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِنْقَاءِ الْكِفَالَةِ فَصَارَ نَظِيرَ مَا لَوْ تَكَفَّلَ بِمَالٍ وَقَضَاهُ سَوَاءً

كَانَ التَّسْلِيمُ غَيْرَ مَشْرُوطٍ فِي وَقْتٍ ، أَوْ كَانَ مَشْرُوطًا فِيهِ فَسَلَّمَهُ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ ، أَوْ قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ حَقُّ الْكَفِيلِ فَلَهُ أَنْ يُسْقِطَهُ كَالَّذِينَ الْمُؤَجَّلِ إِذَا قَضَاهُ قَبْلَ حُلُولِ الْأَجَلِ يُجْبَرُ الطَّالِبُ ؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ حَقُّ الْمَدِينِ فَلَهُ أَنْ يُسْقِطَهُ ، ثُمَّ التَّسْلِيمُ يَكُونُ بِالتَّخْلِيَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ

الْخَصْمَ وَذَلِكَ بَرَفَعِ الْمَوَانِعِ فَيَقُولُ لَهُ هَذَا خَصْمُكَ فَأَنْتَ أَعْلَمُ بِشَأْنِهِ فَخُذْهُ إِنْ شِئْتَ ، ثُمَّ لَا يَخْلُو إِذَا أَنْ يُسَلِّمَهُ بَعْدَ طَلْبِهِ ، أَوْ لَا ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ طَلْبِهِ بَرِيءٌ ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ سَلَّمْتَهُ إِلَيْكَ بِحُكْمِ الْكَفَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إِعَادَةَ قَوْلِ الطَّالِبِ ، وَإِنْ سَلَّمَهُ بِغَيْرِ طَلَبٍ لَا يَبْرَأُ حَتَّى يَقُولَ سَلَّمْتَهُ إِلَيْكَ بِحُكْمِ الْكَفَالَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ .

(وَلَوْ شَرَطَ تَسْلِيمُهُ فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي سَلَّمَهُ ثَمَّةً) ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ مُفِيدٌ فَيَلْزِمُهُ تَسْلِيمُهُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي التَّزَمَهُ فَإِذَا سَلَّمَهُ فِي مَجْلِسِهِ بَرِيءٌ لِمَا ذَكَرْنَا وَكَذَا إِذَا سَلَّمَهُ فِي السُّوقِ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ وَقِيلَ : لَا يَبْرَأُ ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَبِهِ يُفْتَى فِي زَمَانِنَا لِتَهَاوُنِ النَّاسِ فِي إِقَامَةِ الْحَقِّ ، وَإِنْ سَلَّمَهُ فِي بَرِيَّةٍ ، أَوْ فِي سَوَادٍ لَا يَبْرَأُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى مَخَاصِمَتِهِ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ ، وَكَذَا لَوْ لَمْ يُشْتَرَطِ التَّسْلِيمُ فِي مَجْلِسِ الْحَاكِمِ لَا يَبْرَأُ بِمِثْلِ هَذَا التَّسْلِيمِ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَإِنْ سَلَّمَهُ فِي مَصْرٍ آخَرَ غَيْرِ الْمَصْرِ الَّذِي كَفَلَ فِيهِ بَرِيءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ؛ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ تَسْلِيمُهُ عَلَى وَجْهِ يَتِمَّكُنُ مِنْ إِحْضَارِهِ مَجْلِسَ الْقَاضِي وَقَدْ وَجَدَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَبْرَأُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمَهُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي التَّزَمَهُ ، وَهُوَ أَنْ يُسَلِّمَهُ فِي مَصْرٍ كَفَلَ فِيهِ ، وَهُوَ مُفِيدٌ ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ شُهُودُهُ فِيهِ ، أَوْ يَعْرِفَ قَاضِي ذَلِكَ الْمَصْرِ حَادِثَتَهُ ، فَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بِالتَّسْلِيمِ فِيهِ قُلْنَا لِاحْتِمَالِ مُشْتَرَكٍ فَإِنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ شُهُودُهُ فِي ذَلِكَ الْمَصْرِ .

وَكَذَا يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَاضِي ذَلِكَ الْمَصْرِ يَعْلَمُ حَادِثَتَهُ فَتَعَارَضَ الْمُؤْهُومَانِ فَبَقِيَ التَّسْلِيمُ سَالِمًا عَنِ الْمُعَارَضِ فَيَبْرَأُ وَقِيلَ : هَذَا اخْتِلَافٌ عَصِرَ وَزَمَانَ لَا اخْتِلَافٌ حُجَّةً وَبُرْهَانًا فَأَبُو حَنِيفَةَ قَالَ ذَلِكَ فِي زَمَنِهِ حِينَ كَانَتْ الْعَلَبَةُ لِأَهْلِ الصَّلَاحِ ، وَالْعَمَالُ كَانُوا يَتَعَاوَنُونَ عَلَى الْبَرِّ وَلَا يَمِيلُونَ إِلَى الرِّشْوَةِ ، فَلَا يَخْتَلِفُ الْحَالُ بَيْنَ مَصْرِهِ وَمَصْرٍ آخَرَ ، وَهُمَا قَالَا ذَلِكَ بَعْدَ مَا ظَهَرَ الْفَسَادُ وَتَغَيَّرَتْ أحوَالُ الْقَضَاةِ وَالْعَمَالِ حَتَّى لَا يُقِيمُونَ الْحَقَّ إِلَّا بِالرِّشْوَةِ فَيَكُونُ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ مَصْرُهُ أَسْهَلُ لِلْبَيِّنَاتِ حُقُوقِهِ وَلَوْ سَلَّمَهُ فِي السَّجْنِ وَقَدْ حَبَسَهُ غَيْرُ الطَّالِبِ لَا يَبْرَأُ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ التَّسْلِيمِ تَمَكُّنُهُ مِنْ إِحْضَارِهِ مَجْلِسَ الْحَاكِمِ لِيُثْبِتَ عَلَيْهِ الْحَقَّ وَلَا يُفِيدُ فِي الْمَحْبُوسِ .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَبَضَمْنَتُهُ (قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَوَجْهُ ضَمْنَتِ بَأَنَّهُ تَصْرِيحٌ بِمُوجِبِهِ لِأَنَّ مُوجِبَ الْكَفَالَةِ لَزُومُ الضَّمَانِ فِي الْمَالِ فِي أَكْثَرِ الصُّوَرِ وَمُقْتَضَاهُ أَنْ ضَمْنَتُهُ مِنْ أَلْفَاظِ الْكَفَالَةِ بِالْمَالِ لَا النَّفْسِ وَقَدْ تَبَعَ الْكَمَالُ فِي هَذَا تَلْمِيذُهُ الْعَلَامَةُ قَاسِمٌ فَقَالَ عِنْدَ قَوْلِ صَاحِبِ الْمَجْمَعِ وَبَقَوْلِهِ ضَمْنَتُهُ هَذِهِ فِي الْكَفَالَةِ بِالْمَالِ فَيَنْبَغِي الْإِفْصَاحُ لِمَا يَتَوَهَّمُ أَنَّهَا فِي النَّفْسِ وَأَعْلَمُ أَنِّي قَدْ رَاجَعْتُ بَعُونَ اللَّهِ نُقُولًا كَثِيرَةً مِنَ الْمُتُونِ وَالشُّرُوحِ وَالْفَتَاوَى فَبَعْضُهُمْ يُصَرِّحُ بِأَنَّ ضَمْنَتَهُ مِنَ أَلْفَاظِ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ كَالْتَّسْفِيِّ فِي كَافِيهِ وَبَعْضُهُمْ فِي قُوَّةِ الصَّرِيحِ فَإِنَّهُمْ يَذْكُرُونَهَا فِي الْكَفَالَةِ لَا بِالنَّفْسِ فِي الْكَفَالَةِ بِالْمَالِ وَلَمْ أَرَأْ أَحَدًا مِنْ مَشَائِخِنَا ذَكَرَهَا فِي أَلْفَاظِ الْكَفَالَةِ بِالْمَالِ وَاللَّهُ الْمُؤَفَّقُ لَكِنْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو نَصْرِ الْأَقْطَعُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي شَرْحِ الْقُدُورِيِّ عِنْدَ قَوْلِهِ فِي الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ ضَمْنَتُهُ أَوْ هُوَ عَلَيَّ أَوْ إِلَيَّ أَوْ أَنَا زَعِيمٌ بِهِ أَوْ قَبِيلٌ وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ يَصِحُّ الضَّمَانُ بِهَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ ضَمَانِ النَّفْسِ أَوْ ضَمَانِ الْمَالِ بِهَا وَيَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ هَذِهِ الْأَلْفَاظُ إِذَا أُطْلِقَتْ تُحْمَلُ عَلَى الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ وَإِذَا كَانَ هُنَاكَ قَرِينَةٌ عَلَى الْكَفَالَةِ بِالْمَالِ فَتَمَحَصُّ حِينَئِذٍ لِلْكَفَالَةِ بِهِ

قوله : في المتن لا بأنا ضامن لمعرفته

أَيُّ ، وَكَذَا بِمَعْرِفَتِهِ ، وَكَذَا أَنَا ضَامِنٌ عَلَى أَنْ أُوقِفَكَ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى أَنْ أَذْكَكَ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى مَنْزِلِهِ وَلَوْ قَالَ أَنَا ضَامِنٌ لِتَعْرِيفِهِ أَوْ عَلَى تَعْرِيفِهِ فَفِيهِ اخْتِلَافٌ الْمَشَايِخِ وَالْوَجْهُ أَنْ يَلْزَمَ لِأَنَّهُ مُصَدَّرٌ مُتَعَدٍّ لِأَنَّهُنَّ فَقَدْ التَزَمَ أَنْ يَعْرِفَهُ الْغَرِيمَ بِخِلَافِ مَعْرِفَتِهِ فَإِنَّهُ لَا يَقْتَضِي إِلَّا مَعْرِفَةَ الْكَفِيلِ لِلْمَطْلُوبِ وَعَنْ نَصِيرٍ قَالَ سَأَلَ ابْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ الْحَسَنِ أَبَا سُلَيْمَانَ الْجُوزْجَانِيَّ عَنْ رَجُلٍ قَالَ لِأَخْرَ أَنَا ضَامِنٌ لِمَعْرِفَةِ فُلَانٍ قَالَ أَبُو سُلَيْمَانَ أَمَا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَيْبِكَ لَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ وَأَمَّا أَبُو يُوسُفَ قَالَ هَذَا عَلَى مُعَامَلَةِ النَّاسِ وَعَرَفَهُمْ

قَالَ الْفَقِيه أَبُو اللَّيْث فِي النَّوَزِلِ هَذَا الْقَوْلُ فِي النَّوَزِلِ غَيْرِ مَشْهُورٍ وَالظَّاهِرُ مَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَفِي خِزَانَةِ الْوَاقِعَاتِ وَبِهِ يُفْتَى أَيُّ بَظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لَكِنْ نُصِّ فِي الْمُتَّقَى فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ فَيَمْنُ قَالَ أَنَا ضَامِنٌ لَكَ بِمَعْرِفَةِ فُلَانٍ يَلْزُمُهُ وَعَلَى هَذَا مُعَامَلَةُ النَّاسِ وَفِي فَتَاوَى النَّسَفِيِّ لَوْ قَالَ الَّذِي لَكَ عَلَى فُلَانٍ أَنَا أَدْفَعُهُ لَكَ أَوْ أَسْلَمُهُ إِلَيْكَ أَوْ أَقْبِضُهُ لَا يَكُونُ كِفَالَةً مَا لَمْ يَتَكَلَّمْ بِمَا يَدُلُّ عَلَى الْإِلْتِزَامِ وَفِي الْخُلَاصَةِ عَنْ مُتَفَرِّقَاتٍ خَالَه فَيَدَّ بِمَا إِذَا قَالَهُ مُنْجَزًا فَلَوْ مُعَلَّقًا يَكُونُ كِفَالَةً نَحْوُ أَنْ يَقُولَ إِنْ لَمْ تُؤَدِّ فَأَنَا أُؤَدِّي نَظِيرُهُ فِي التَّنْذِيرِ لَوْ قَالَ أَنَا أَحْجُ لَا يَلْزُمُهُ شَيْءٌ وَلَوْ قَالَ إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ فَأَنَا أَحْجُ يَلْزُمُهُ الْحَجُّ كَمَا لَمْ يَلْزَمْهُ اللَّهُ

قوله : قال الفقير البخ

هَذَا يُوْهِمُ أَنَّهُ مِنْ تَفَقُّهِ الشَّارِحِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ هُوَ مِنْ أَصْلِ الرِّوَايَةِ عَنْ عُلَمَائِنَا فَقَدْ ذَكَرَهُ شَرَّاحُ الْأَصْلِ

قوله ، فلما معنى لحبسه

كَمَا إِذَا مَاتَ الْمَكْفُولُ بِهِ فَإِنَّ الْكِفَالَ تَبْطُلُ فَتَحُّ

قوله : في المثن وإن غاب

أَيُّ وَعَلِمَ مَكَانَهُ

قوله : ولم يحضره حبسه

أَيُّ إِلَى أَنْ يَظْهَرَ لِلْقَاضِي تَعَدُّرُ الْإِحْضَارِ عَلَيْهِ بِدَلَالَةِ الْحَالِ أَوْ لِشُهُودٍ بِذَلِكَ فَيُخْرِجُ مِنَ الْحَبْسِ وَيُنْظَرُ إِلَى وَقْتِ الْقُدْرَةِ كَالِإِعْسَارِ بِالْدَّيْنِ كَمَا لَمْ يَلْزَمْهُ اللَّهُ

قوله :

فَيُؤْجَلُ الْكَفِيلُ مُدَّةَ الْخِ (قَالَ الْكَمَالُ وَلَمْ يُفْصَلْ فِي الْمَذْهَبِ بَيْنَ الْمَسَافَةِ الْبَعِيدَةِ وَالْقَرِيبَةِ وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهَا إِذَا كَانَتْ مَسَافَةُ الْقَصْرِ وَجْهَانِ أَظْهَرُهُمَا لَا يَسْقُطُ الْطَّلَبُ كَمَا فِي دُونِهَا وَالثَّانِي يَسْقُطُ إِلَّا حَاقًا بِالْغَيْبَةِ الْمُنْقَطِعَةِ

قوله مواعده

أَيُّ مُوَادَعَةٍ وَبِهِ عَبَّرَ الْكَاسِي وَقَوْلُهُ مُوَادَعَةٌ كَذَا بِخَطِّ الشَّارِحِ رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله : في المثن ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي البخ

وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ عِنْدَ الْأَمِيرِ فَدَفَعَ عِنْدَ الْقَاضِي أَوْ عَزَلَ ذَلِكَ الْوَالِي وَوَلَّى غَيْرَهُ فَدَفَعَ إِلَيْهِ عِنْدَ الثَّانِي جَازَ غَايَةُ نَقْلًا عَنْ الْخُلَاصَةِ

قَوْلُهُ لِإثْبَاتِ حُقُوقِهِ

قَالَ الْكَمَالُ وَقَوْلُهُمَا أَوْجُهُ

قَوْلُهُ وَلَا يُفِيدُ فِي الْمَحْبُوسِ

نُقِلَ فِي الْفَتَاوَى الصُّغْرَى عَنْ كِفَالَةِ الْعُيُونِ إِذَا ضَمِنَ لِأَخَرٍ بِنَفْسِهِ فَحُبْسَ الْمَطْلُوبِ فَأَتَى بِهِ الَّذِي ضَمِنَهُ إِلَى مَجْلِسِ الْقَاضِي فَدَفَعَهُ قَالَ مُحَمَّدٌ لَا يَبْرَأُ لَأَنَّهُ فِي السَّجْنِ وَإِنْ كَانَ إِثْمًا ضَمِنَهُ بِنَفْسِهِ وَهُوَ فِي السَّجْنِ فَدَفَعَهُ إِلَيْهِ فِي السَّجْنِ يَبْرَأُ وَإِنْ كَانَ ضَمِنَهُ فِي السَّجْنِ ثُمَّ خُلِيَ عَنْهُ ثُمَّ حُبِسَ تَأْيِيماً فَدَفَعَهُ إِلَيْهِ قَالَ إِنْ كَانَ الْحَبْسُ الثَّانِي فِي أَمْرٍ مِنْ أُمُورِ التَّجَارَةِ أَوْ نَحْوِهَا فَلَهُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ فِي الْحَبْسِ وَإِنْ كَانَ فِي شَيْءٍ آخَرَ مِنْ أُمُورِ السُّلْطَانِ لَا يَبْرَأُ غَايَةً .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمَطْلُوبِ ، وَالْكَفِيلُ لَا الطَّالِبُ) يَعْنِي الْكَفَالَةُ تَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمَكْفُولِ بِنَفْسِهِ وَبِمَوْتِ الْكَفِيلِ وَلَا تَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمَكْفُولِ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَطْلُوبَ بِمَوْتِهِ بَرِيءٌ هُوَ بِنَفْسِهِ وَبَرَاءَتُهُ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ ؛ لِأَنَّهُ أَصِيلٌ ، وَالْكَفِيلُ تَبِعٌ فَإِذَا عَجَزَ عَنْ الْحُضُورِ بِالْمَوْتِ سَقَطَ عَنْهُ فَكَذَا عَنْ التَّبَعِ لَمَّا قُلْنَا وَبَعْدَ مَوْتِ الْكَفِيلِ لَا يَتَحَقَّقُ التَّسْلِيمُ مِنْهُ وَوَرَثَتُهُ لَا يَقُومُونَ مَقَامَهُ ؛ لِأَنَّهُمْ يَخْلِفُونَهُ فِيمَا لَهُ لَا فِيمَا عَلَيْهِ وَمَالُهُ لَا يَصْلُحُ لِلِإِفَاءِ هَذَا الْحَقِّ ، وَهُوَ إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ بِهِ بِخِلَافِ الْكَفِيلِ بِالْمَالِ إِذَا مَاتَ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ صَالِحٌ لَهُ وَحُكْمُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ مُمَكِّنٌ فَيُوفَى مِنْ مَالِهِ ، ثُمَّ يَرْجِعُ إِلَى الْوَرَثَةِ عَلَى الْمَكْفُولِ لَهُ إِنْ كَانَتْ الْكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ ، وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهُمْ كَمَا إِذَا أَدَّى هُوَ بِنَفْسِهِ حَالَ حَيَاتِهِ ، وَإِذَا مَاتَ الطَّالِبُ يَخْلُفُهُ وَصِيُّهُ ، أَوْ وَارِثُهُ ، فَلَا يَبْطُلُ حَقُّهُ ؛ إِذْ هُمْ قَائِمُونَ مَقَامَهُ فِي اسْتِيفَائِهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبَرِيءٌ يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ إِذَا دَفَعْتَهُ إِلَيْكَ فَأَنَا بَرِيءٌ) ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ التَّسْلِيمِ الْبَرَاءَةُ فَتَثْبُتُ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُنْصَ عَلَيْهِ ؛ إِذْ مُوجِبُ التَّصَرُّفِ يَثْبُتُ مِنْ غَيْرِ تَنْصِيصٍ عَلَيْهِ وَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَقُولَ سَلَّمْتُهُ إِلَيْكَ بِحُكْمِ الْكَفَالَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ لَا يَبْرَأُ ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ قَدْ يَكُونُ بِحُكْمِ الْكَفَالَةِ ، أَوْ اسْتِعَانَةٍ ، أَوْ إِجَارَةٍ ، إِلَّا إِذَا كَانَ بِطَلَبِهِ فَحِينَئِذٍ لَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى أَنْ يُنْصَ عَلَيْهِ لِتَقْدِمِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ ، وَكَذَا إِذَا أَقَرَّ الطَّالِبُ بِالْقَبْضِ لَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى النَّصِّ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يُقَرُّ إِلَّا بِاسْتِيفَاءِ حَقِّهِ وَلَوْ سَلَّمَ الْكَفِيلُ الْمَكْفُولَ بِهِ إِلَى الطَّالِبِ فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَهُ يُجْبَرُ عَلَى

الْقَبُولِ وَيَنْزِلُ قَابِضًا بِالتَّخْلِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُجْعَلْ قَابِضًا لَتَصَرَّرَ الْكَفِيلُ فَصَارَ كَالْعَاصِبِ يَرُدُّ الْعَيْنَ الْمَعْصُوبَةَ أَوْ قِيمَتَهَا ، وَكَالْمَدِينِ إِذَا قَضَى الدَّيْنَ بِخِلَافِ مَا إِذَا سَلَّمَهُ غَيْرُهُ بَعِيرٌ أَمْرُ الْكَفِيلِ حَيْثُ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ ؛ لِأَنَّهُ أَجَنَّبِيٌّ فَصَارَ نَظِيرَ قَضَاءِ الدَّيْنِ مِنَ الْأَجَنَّبِيِّ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِتَسْلِيمِ الْمَطْلُوبِ نَفْسَهُ مِنْ كِفَالَتِهِ وَبِتَسْلِيمِ وَكِيلِ الْكَفِيلِ وَرَسُولِهِ) يَعْنِي بِتَسْلِيمِ هَؤُلَاءِ يَبْرَأُ الْكَفِيلُ ؛ لِأَنَّ الْمَكْفُولَ بِهِ مُطَالَبٌ بِالتَّسْلِيمِ وَوَاجِبٌ عَلَيْهِ أَنْ يُسَلِّمَ نَفْسَهُ فَإِذَا سَلَّمَ فَقَدْ حَصَلَ الْمَقْصُودُ ، فَلَا مَعْنَى لِبَقَاءِ الْكَفَالَةِ بَعْدَ ذَلِكَ وَوَكِيلُ الْكَفِيلِ يَقُومُ مَقَامَهُ وَرَسُولُهُ سَفِيرٌ عَنْهُ فَيَكُونُ فِعْلُهُمَا كَفِعْلِهِ وَشَرْطُ بَرَاءَتِهِ أَنْ يَقُولَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ سَلَّمْتُ إِلَيْكَ بِحُكْمِ الْكَفَالَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَفِي لَفْظِ الْمُخْتَصَرِ مَا يُشْعِرُ بِذَلِكَ فَإِنَّهُ قَالَ وَبِتَسْلِيمِ الْمَطْلُوبِ نَفْسَهُ مِنْ كِفَالَتِهِ شَرْطُ أَنْ يَكُونَ التَّسْلِيمُ مِنْ كِفَالَتِهِ ، فَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ إِذَا لَمْ يَقُلْ مِنْ كِفَالَتِهِ نَصَّ عَلَيْهِ فِي الْكَفِيلِ وَوَكِيلِهِ وَرَسُولِهِ فِي الْمَبْسُوطِ ، وَالْمُحِيطُ وَفِي تَسْلِيمِ الْمَكْفُولِ بِنَفْسِهِ فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانَ وَلَوْ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ رَجُلٌ أَجَنَّبِيٌّ بغيرِ أَمْرِهِ وَقَالَ عِنْدَ الدَّفْعِ سَلَّمْتُهُ إِلَيْكَ عَنْ الْكَفِيلِ ، فَإِنْ قَبِلَهُ الطَّالِبُ بَرِيءُ الْكَفِيلِ ، وَإِنْ سَكَتَ الطَّالِبُ وَلَمْ يَقُلْ قَبِلْتُ لَمْ يَبْرَأِ الْكَفِيلُ ذَكَرَهُ قَاضِي خَانَ فِي فَتَاوِيهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ قَالَ إِنْ لَمْ أُوَافِ بِهِ غَدًا فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا عَلَيْهِ فَلَمْ يُوَافِ بِهِ ، أَوْ مَاتَ الْمَطْلُوبُ ضَمِنَ الْمَالُ) ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِالْمَالِ مُعَلَّقَةٌ بِشَرْطِ عَدَمِ الْمُوَافَاةِ فَإِذَا وَجِدَ الشَّرْطُ لَزِمَهُ الْمَالُ وَلَا يَبْرَأُ عَنْ الْكَفَالَةِ بِنَفْسِهِ ؛

لأنَّهَا كَانَتْ ثَابِتَةً قَبْلَ وَجُوبِ الْمَالِ عَلَيْهِ ، فَلَا تَنْتَفِي بِوُجُودِهَا أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَفَلَهُمَا جُمْلَةً فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ صَحَّتْ وَلَوْ تَنَافَا لَمَا صَحَّتْ ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ لِلتَّوْتُقِ ، وَالتَّوْتُقُ بِالْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ لَا يُنَافِي التَّوْتُقُ بِالْكَفَالَةِ بِالْمَالِ كَمَا لَا يُنَافِي التَّوْتُقُ بِكَفَالَةِ نَفْسٍ أُخْرَى ، أَوْ بِمَالٍ آخَرَ .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْكَفَالَتَانِ بَاطِلَتَانِ أَمَّا الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فَقَدْ بَيَّنَّا قَوْلَهُ مِنْ قَبْلُ وَأَمَّا الْكَفَالَةُ بِالْمَالِ فَلِأَنَّهَا مُعَلَّقَةٌ بِشَرْطٍ عَلَى خَطَرٍ وَتَعْلِيقُ وَجُوبِ الْمَالِ بِالشَّرْطِ غَيْرُ جَائِزٍ كَالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ ، وَهَذَا هُوَ الْقِيَاسُ وَلَنَا أَنَّ النَّاسَ تَعَامَلُوهُ ، وَالْقِيَاسُ يُتْرَكُ بِالتَّعَامُلِ كَمَا فِي الْإِسْتِصْنَاعِ وَغَيْرِهِ ، وَبَابُ الْكَفَالَةِ أَوْسَعُ لِكَوْنِهَا مِنَ التَّبَرُّعَاتِ ، وَلِأَنَّ الْكَفَالَةَ تُشَبِّهُ الْبَيْعَ انْتِهَاءً مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْكَفِيلَ يَرْجِعُ عَلَى الْأَصِيلِ إِذَا كَانَ بِأَمْرِهِ وَتُشَبِّهُ النَّدْرَ ابْتِدَاءً مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ التَّرَامُ ابْتِدَاءً فَلِشَبْهِهِ بِالْبَيْعِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ أَصْلًا وَبِاعْتِبَارِ النَّدْرِ وَجَبَ أَنْ يَجُوزَ بِمُطْلَقِ الشَّرْطِ فَقُلْنَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ بِشَرْطٍ مُتَعَارَفٍ وَلَا يَجُوزُ بغيرِهِ عَمَلًا بِالشَّبْهِينَ ، وَالتَّعْلِيْقُ بِعَدَمِ الْمُوَافَاةِ مُتَعَارَفٌ وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ تَعْلِيْقٌ لَوْجُوبِ الْمَالِ وَإِنَّمَا هُوَ تَعْلِيْقٌ لَوْجُوبِ الْمُطَالِبَةِ فِي الصَّحِيحِ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ فَيَصِحُّ إِذَا صَحَّ تَعْلِيْقُهُ بِعَدَمِ الْمُوَافَاةِ وَلَمْ يُوَافِ بِهِ مَعَ قُدْرَتِهِ ، أَوْ لِعَجْزِهِ بِمَوْتِهِ ، أَوْ بِجُنُونِهِ فَقَدْ وَجَدَ الشَّرْطُ فَيَلْزِمُهُ الْمَشْرُوطُ ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الْمُوَافَاةِ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ .

فَإِنْ قِيلَ : شَرْطُ وَجُوبِ الْمَالِ عَدَمُ مُوَافَاةِ مُسْتَحَقِّهِ عَلَيْهِ وَيَمُوتُ الْمَكْفُولُ بِهِ بَرِيءٌ الْكَفِيلُ فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ إِحْضَارُهُ فَكَيْفَ يَلْزِمُهُ الْمَالُ بِعَدَمِ مُوَافَاتِهِ بَعْدَ مَا بَرِيَ أَلَّا تَرَى أَنَّ الطَّالِبَ إِذَا أَبْرَاهُ عَنِ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ وَلَمْ يُحْضِرْهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْمَالُ لِفَقْدِ شَرْطِهِ فَكَذَا هُنَا قُلْنَا الْإِبْرَاءُ وَضِعَ لِلْفَسْخِ فَتَنْفَسَخُ بِهِ الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، وَالْمَوْتُ لَمْ يَوْضَعْ لِلْفَسْخِ ، وَإِنَّمَا بَرِيَ لِعَجْزِهِ عَنِ التَّسْلِيمِ الْمُسْتَحَقِّ بِالْكَفَالَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ عَلَيْهِ تَسْلِيمُ يَفْعُ ذَرِيعَةً إِلَى الْخِصَامِ ، وَهُوَ عَاجِزٌ عَنْهُ فَكَانَ ضَرْوَرِيًّا فَيَتَقَدَّرُ بِقُدْرَتِهَا فَيَبْرَأُ عَنِ التَّسْلِيمِ وَلَا ضَرْوَرَةَ إِلَى انْفِسَاحِهِ فِي حَقِّ الْكَفِيلِ بِالْمَالِ ، فَلَا يَنْفَسَخُ الْعَقْدُ فِي حَقِّهِ ، وَإِنْ مَاتَ الْكَفِيلُ فَقَدْ ذَكَرَ قَاضِي خَانَ فِي فَتَاوِيهِ أَنَّ وَارِثَهُ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْكَفِيلِ إِنْ دَفَعَهُ إِلَى الطَّالِبِ بَرِيءٌ ، وَإِنْ لَمْ يَدْفَعْهُ حَتَّى مَضَى الْوَقْتُ كَانَ الْمَالُ عَلَى الْوَارِثِ يَعْنِي مِنْ تَرَكَةِ الْمَيِّتِ وَلَوْ مَاتَ الطَّالِبُ فَدَفَعَ الْكَفِيلُ الْمَكْفُولُ بِهِ إِلَى وَارِثِ الطَّالِبِ فِي الْوَقْتِ بَرِيءٌ ، وَإِنْ لَمْ يَدْفَعْهُ حَتَّى مَضَى الْوَقْتُ لَزِمَهُ الْمَالُ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ .

الشرح

قَوْلُهُ الْمَكْفُولُ لَهُ (كَذَا بِخَطِّ الشَّارِحِ وَصَوَابُهُ الْمَكْفُولُ عَنْهُ

قَوْلُهُ إِذَا مُوجِبُ التَّصَرُّفِ يَثْبُتُ مِنْ غَيْرِ تَنْصِيصٍ عَلَيْهِ

أَيُّ كَالْعَاصِبِ يَرُدُّ الْعَيْنَ الْمَعْصُوبَةَ إِلَى الْمَعْصُوبِ مِنْهُ يَبْرَأُ بِمُجَرَّدِ التَّسْلِيمِ مَعَ أَنَّهُ جَانٍ وَهَذَا أَوْلَى لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجَدْ مِنْهُ الْجِنَايَةُ وَكَثُبَتْ الْمِلْكُ بِالشَّرَاءِ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ بِلَا شَرْطٍ لِأَنَّهُ مُوجِبُ التَّصَرُّفِ وَكَحَلِّ الْإِسْتِمْتَاعِ يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ فَإِنَّهُ مُوجِبُهُ غَايَةٌ

قَوْلُهُ : إِذَا لَمْ يَقُلْ مِنْ كِفَالَتِهِ

أَيُّ لِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ تَسْلِيمُ نَفْسِهِ فَيَكُونُ عَنْ نَفْسِهِ غَايَةٌ

قوله : في المتن ، فإن قال إن لم أوف به غذا إلخ

ولو قال إن وأفيتك به غذا فعلي ما عليه ووفاه به لم يلزمه المال
صغرى في الوكالة وكتب عليه أيضا ما نصه لأن المتعارف هو تعليق الكفالة بعدم الموافقة لا تعليقها بالموافقة

قوله فهو ضامن لما عليه

إنما قيد بهذا لأنه إذا لم يقل لما عليه بل قال إذا لم يوف به إلى وقت كذا فعليه كذا لا تصح الكفالة عند محمد وسجيء
غاية

قوله : بأن الكفالة بالمال إلخ

لأنه إذا أدى المال برئ عن أحد الضمانين ، فلا يلزم من براءة أحد الضمانين البراءة من الضمان الآخر فيلزمه إحضاره لعدم المنافاة بين
الضمانين لأن الضمانين للتوثق فيجوز أن يدعى عليه دين آخر ، فلا جرم أنه وجب الإحضار
غاية

قوله وهذا هو القياس

قال الأثقاني ولنا قوله تعالى { وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ } والزعيم الكفيل بيانه أن الله تعالى علق الكفالة بالمال بالشرط
وهو المصيء
بالصاع فعلم أن تعليق الكفالة بالشرط صحيح وهذا لأن شريعة من قبلنا تلزمنا إذا قص الله تعالى من غير إنكار

قوله : من حيث

أي إنها معاوضة انتهت ألا ترى إلخ

قوله : وباعتبار النذر وجب

أي إذا قال إن كلمت فلانا فعلي أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلانا وجب عليه أن يتصدق بها
بدائع

قوله : والتعليق بعدم الموافقة متعارف

أي بين الناس لأنها لتأكيد الكفالة بالنفس لأن الغرض من الكفالة بالنفس الوصول إلى الحق وفي الكفالة بالمال ذلك فصح فإذا صح
التعليق ووجد الشرط يلزم المال
أثقاني رحمه الله .

قال رحمه الله (ومن ادعى على آخر مائة دينار فقال رجل إن لم أوف به غذا فعليه المائة فلم يوف به غذا فعليه المائة) ، وهذا عند
أبي حنيفة وأبي يوسف آخرًا ولا فرق بين أن يبين المائة ، أو لم يبينها بأن تعلق رجل على رجل فلزمه فقال لي عليك حق ولم يدع عليه
مالًا مقدراً فقال له رجل آخر دعه فانا كفيل بنفسه ، فإن لم أوفك به غذا فعلي مائة دينار فادعى المدعي وأثبتها لزم الكفيل وقال

مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنَّ لَمْ يُبَيِّنْهَا ، ثُمَّ ادَّعى وَبَيَّنَّهَا لَا تَلَزُمُهُ وَلَهُ فِيهِ وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا مَا قَالَهُ أَبُو مَنْصُورٍ الْمَائِرِدِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَهُوَ أَنَّ الْكَفِيلَ عَلَقَ مَالًا مُطْلَقًا بِخَطَرٍ حَيْثُ لَمْ يَقُلْ الَّتِي لَكَ عَلَيْهِ فَكَانَتْ هَذِهِ رَشْوَةً التَّزَمَهَا الْكَفِيلُ لَهُ عِنْدَ عَدَمِ الْمُؤَافَاةِ بِهِ ، فَهَذَا يُوجِبُ أَنْ لَا يَصِحَّ ، وَإِنْ بَيَّنَّهَا الْمُدَّعى ؛ لِأَنَّ عَدَمَ النَّسَبَةِ إِلَيْهِ هُوَ الَّذِي ، أَوْجَبَ الْبُطْلَانَ ، وَالثَّانِي مَا قَالَهُ الْكَرَّحِيُّ ، وَهُوَ أَنَّ الْمُدَّعى لَمَّا لَمْ يُبَيِّنْ لَمْ تَصِحَّ دَعْوَاهُ فَلَمْ يَجِبْ إِحْضَارُهُ إِلَى مَجْلِسِ الْقَاضِي فَلَمْ تَصِحَّ الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ أَيْضًا لِعَدَمِ صِحَّةِ الدَّعْوَى وَلَمْ تَصِحَّ الْكَفَالَةُ بِالْمَالِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ فَإِذَا بَطَلَ الْأَصْلُ بَطَلَ الْفَرْعُ ، وَهَذَا الْوَجْهُ يُوجِبُ أَنْ تَصِحَّ الْكَفَالَةُ إِذَا بَيَّنَّ الْمَالُ عِنْدَ الدَّعْوَى وَلَهُمَا أَنْ هَذِهِ الْكَفَالَةُ أَمَكَنَ تَصَحُّحُهَا فَتَصِحَّ أَمَّا إِذَا بَيَّنَّ الْمَالُ عِنْدَ الدَّعْوَى فَلَأَنَّ الْمَالَ ذَكَرَ مُعَرَّفًا فَيَنْصَرِفُ إِلَى مَا عَلَى الْمُدَّعى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ حَرَتْ بِالرِّسَالِ ، وَالْمُرَادُ مَا عَلَيْهِ وَأَمَّا إِذَا لَمْ يُبَيِّنْ فَلَأَنَّ الْعَادَةَ حَرَتْ بِالِإِبْهَامِ فِي الدَّعْوَى فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَيُجْمَلُونَهَا إجمالًا وَلَا يُبَيَّنُونَهَا إِلَّا عِنْدَ الْقَاضِي دَفْعًا لِحِيلِ الْخُصُومِ وَصَوْنًا لِكَلَامِهِمْ إِلَى وَقْتِ الْحَاجَةِ فَصَحَّتِ الدَّعْوَى ، وَالْمُلَازِمَةُ عَلَى احْتِمَالِ الْبَيَانِ مِنْ جِهَتِهِ فَإِذَا بَيَّنَّ انْصَرَفَ بَيَّانُهُ إِلَى ابْتِدَاءِ الدَّعْوَى فَظَهَرَ بِهِ أَنَّ الْكَفَالَةَ بِالنَّفْسِ قَدْ صَحَّتْ فَتَصِحَّ الْكَفَالَةُ بِالْمَالِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَيْهَا وَلِأَنَّهُ لَوْ جُعِلَ التَّزَامُ لِمَا عَلَيْهِ تَصَحَّحَ ، وَإِلَّا فَلَا فَيَحْمَلُ عَلَيْهِ تَصَحُّحًا لِتَصَرُّفِهِ وَلَوْ كَفَلَ رَجُلٌ بِنَفْسِ رَجُلٍ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُؤَافِ بِهِ يَوْمَ كَذَا فَعَلَيْهِ مَا لِلطَّلَالِ عَلَى فُلَانٍ آخَرَ جَارَ ذَلِكَ اسْتِحْسَانًا ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَجُوزُ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ ذَكَرَهُ قَاضِي خَانَ وَفِي الْمُحِيطِ جَعَلَ الْخِلَافَ بِالْعَكْسِ وَجَعَلَ أَبَا حَنِيفَةَ مَعَ أَبِي يُوسُفَ .

الشرح

قَوْلُهُ : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يُبَيِّنَ الْمَائَةَ أَوْ لَمْ يُبَيِّنْهَا (قَالَ تَأْجُ الشَّرِيعَةِ فِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ مَعْنَى الْمَسْأَلَةِ رَجُلٌ قَدَّمَ رَجُلًا إِلَى الْقَاضِي وَادَّعى عَلَيْهِ مِائَةَ دِينَارٍ وَبَيَّنَّهَا بِأَنْ قَالَ رُكْنِيَّةٌ أَوْ نَيْسَابُورِيَّةٌ أَوْ لَمْ يُبَيِّنْهَا بِأَنْ ادَّعى عَلَيْهِ مِائَةَ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ أَوْ ادَّعى حَقًّا مُطْلَقًا أَوْ مَالًا مُطْلَقًا وَفِي جَامِعِ شَمْسِ الْأَثَمَةِ وَمَنْ ادَّعى عَلَى آخَرَ مِائَةَ دِينَارٍ وَبَيَّنَّهَا أَوْ لَمْ يُبَيِّنْهَا أَيْ وَبَيَّنَّ مِقْدَارَ الْمُدَّعى بِهِ أَوْ لَمْ يُبَيِّنْ مِقْدَارَ الْمُدَّعى بِهِ ، وَكَذَا فِي جَامِعِ قَاضِي خَانَ

قوله بخطر

هُوَ عَدَمُ الْمُؤَافَاةِ فَتَحَّ

قوله : عِنْدَ عَدَمِ الْمُؤَافَاةِ بِهِ

وَهَذَا الْوَجْهُ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ كَمَالٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ فِي حَدٍّ وَقَوْدٍ) ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ يُجْبَرُ فِي حَدِّ الْقَذْفِ وَالْقِصَاصِ وَفِي غَيْرِهِمَا مِنَ الْحُدُودِ لَا يُجْبَرُ وَلَوْ سَمَحَتْ بِهِ نَفْسُهُ مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ لَهُمَا أَنَّ الْكَفَالَةَ بِالنَّفْسِ شُرِعَتْ لِتَسْلِيمِ النَّفْسِ وَتَسْلِيمِ النَّفْسِ وَاجِبٌ عَلَى الْأَصِيلِ هُنَا فَصَحَّتْ الْكَفَالَةُ بِهِ كَمَا فِي دَعْوَى الْمَالِ بِخِلَافِ الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ ؛ لِأَنَّهَا مُحَضُّ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى ، وَالْكَفَالَةُ شُرِعَتْ وَنِيقَةً لِصَاحِبِ الْحَقِّ كَيْ لَا يَفُوتَ حَقُّهُ ، وَاللَّهُ تَعَالَى غَنِيٌّ عَنْهُ وَبِخِلَافِ نَفْسِ الْحَدِّ وَالْقِصَاصِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ بِهِ إِجْمَاعًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الْكَفِيلِ فَلَا يُشْرَعُ وَلَهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لَا كَفَالَةَ فِي حَدٍّ مُطْلَقًا } وَلِأَنَّ الْكَفَالَةَ لِلِاسْتِيفَاقِ وَمَبْنَاهُمَا عَلَى الدَّرءِ فَالْإِجْبَارُ عَلَى إِعْطَاءِ الْكَفِيلِ فِيهِمَا يُفْضِي إِلَى فَسَادِ الْوَضْعِ بِخِلَافِ سَائِرِ الْحُقُوقِ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِالشُّبُهَاتِ وَلَوْ أُعْطِيَ بِنَفْسِهِ الْكَفِيلُ مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ فِيهِمَا جَارَ بِالِإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ النَّفْسِ مُسْتَحَقٌّ عَلَى الْأَصِيلِ فَتَصِحَّ الْكَفَالَةُ بِهِ بِخِلَافِ غَيْرِهِمَا مِنَ الْحُدُودِ .

وَأَلْحَقَ التَّمَرُّنَ فِي حَدِّ السَّرِقَةِ بِهِمَا فِي حَقِّ حَوَازِ التَّكْفِيلِ بِنَفْسٍ مِّنْ عَلَيْهِ بِالْإِجْمَاعِ وَفِي الْإِجْبَارِ عَلَيْهِ عِنْدَهُمَا وَأَنَّهُ جَعَلَ ذَلِكَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى شَرْطٌ فِيهِ كَمَا هُوَ شَرْطٌ فِيهِمَا ، وَالْمُدَّعَى يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ شُهُودِهِ وَمَطْلُوبِهِ فَرَبَّمَا يُخْفِي الْمَطْلُوبُ نَفْسَهُ فَيَسْتَوْتِقُ بِكَفِيلٍ بِخِلَافِ غَيْرِهِ مِنَ الْحُدُودِ ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى لَيْسَ بِشَرْطٍ فِيهَا وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ حُضُورُ مَجْلِسِ الْحَاكِمِ بِسَبَبِ الدَّعْوَى ؛ إِذْ لَا يُسْمَعُ دَعْوَى أَحَدٍ فِيهَا ، فَلَا تَحْزُزُ الْكَفَالَةُ بِهَا أَصْلًا وَإِنْ

طَلَبَتْ بِهَا نَفْسُهُ وَسَمَحَتْ فَإِذَا لَمْ يَكْفُلْ عِنْدَهُ يُلَازِمُهُ إِلَى أَنْ يَقُومَ الْقَاضِي مِنْ مَجْلِسِهِ ، فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ فِيهَا ، وَإِلَّا خَلَّى سَبِيلَهُ وَلَيْسَ تَفْسِيرُ الْجَبْرِ عِنْدَهُمَا هُنَا أَنْ يُجْبَرَ بِالْحَبْسِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْعُقُوبَةِ لَكِنْ يَأْمُرُهُ بِالْمُلَازِمَةِ وَيَدُورُ مَعَهُ حَيْثُ دَارَ ، وَإِذَا أَرَادَ دُخُولَ دَارِهِ اسْتَأْذَنَهُ ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ دَخَلَ مَعَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَأْذِنْ لَهُ مَنَعَهُ مِنَ الدُّخُولِ وَأَجْلَسَهُ فِي بَابِ الدَّارِ كَيْ لَا يَغِيبَ بِالْخُرُوجِ مِنْ مَوْضِعٍ آخَرَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يُحْبَسُ فِيهِمَا حَتَّى يَشْهَدَ شَاهِدَانِ مَسْتَوِرَانِ ، أَوْ عَدْلٌ) أَيُّ لَا يُحْبَسُ فِي الْحُدُودِ ، وَالْقِصَاصِ حَتَّى يَشْهَدَ شَاهِدَانِ مَسْتَوِرَانِ ، أَوْ وَاحِدٌ عَدْلٌ يَعْرِفُهُ الْقَاضِي بِالْعَدَالَةِ ؛ لِأَنَّ الْحَبْسَ هُنَا لِتُهْمَةِ الْفَسَادِ وَشَهَادَةِ الْمَسْتَوِرَيْنِ تَصْلُحُ لِلْحُكْمِ بِهِ فَتَصْلُحُ لِلِاثْبَاتِ التُّهْمَةِ وَخَبَرُ الْوَاحِدِ حُجَّةٌ فِي الدِّيَانَاتِ ، وَالْمُعَامَلَاتِ فَيُثْبِتُ بِشَهَادَةِ الْعَدْلِ التُّهْمَةَ ، وَإِنْ لَمْ يَثْبِتْ بِهِ أَصْلَ الْحَقِّ ، وَالْحَبْسُ بِتُهْمَةِ الْفَسَادِ مَشْرُوعٌ ؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { حَبَسَ رَجُلًا بِتُهْمَةٍ } بِخِلَافِ دَعْوَى الْأَمْوَالِ حَيْثُ لَا يُحْبَسُ فِيهِ مَا لَمْ يَثْبِتْ ؛ لِأَنَّهُ نَهَايَةُ الْعُقُوبَةِ فِيهِ ، فَلَا يَثْبِتُ إِلَّا بِحُجَّةٍ تَامَّةٍ كَالْحَدِّ نَفْسِهِ وَعَنْهُمَا أَنَّهُ لَا يُحْبَسُ فِي الْحُدُودِ ، وَالْقِصَاصِ أَيْضًا لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ ، وَهُوَ الْاسْتِثْقَاءُ بِالْكَفَالَةِ .

الشرح

قوله : وفي غيرهما من الحدود لا يجبر

ذَكَرَ الشَّيْخُ الْإِمَامُ عَلَاءُ الدِّينِ الْإِسْبِيحَابِيُّ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْكَفَالَةِ مِنْ شَرْحِ كِتَابِ الْكَافِي أَنَّ الْكَفَالَةَ بِنَفْسٍ مِّنْ عَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ وَحَدُّ السَّرِقَةِ وَمَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَ النَّفْسِ تَصِحُّ إِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الْجَبْرِ عَلَى إِعْطَاءِ الْكَفِيلِ فِي الْحُدُودِ لَا يُجْبَرُ بِالْإِجْمَاعِ وَفِي الْقِصَاصِ لَا يُجْبَرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ صَاحِبَيْهِ يُجْبَرُ وَقَالَ فِي الشَّامِلِ فِي قِسْمِ الْمَبْسُوطِ وَفِي الْقِصَاصِ وَحَدُّ الْقَذْفِ وَالسَّرِقَةِ جَازَتْ الْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ وَلَا تَحْزُزُ الْكَفَالَةُ بِنَفْسِ الْحَدِّ وَقَالَ فِي الشَّامِلِ أَيْضًا فِي أَوَاحِرِ كِتَابِ الْكَفَالَةِ مِنْ قِسْمِ الْمَبْسُوطِ لَا تَحْزُزُ كَفَالَةُ فِي قِصَاصٍ وَحَدٍّ وَيَقُولُ الْقَاضِي لِمُدَّعَى الْقَذْفِ الزَّمَهُ إِلَى قِيَامِي إِنْ كَانَتْ بَيِّنَتُكَ حَاضِرَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَأْخُذُ كَفِيلًا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ثُمَّ قَالَ وَالْخِلَافُ فِي أَمْرِ الْقَاضِي بِإِعْطَائِهِ لَا فِي الصَّحَّةِ فَإِنَّهُ لَوْ كَفَلَ إِنْسَانٌ صَحَّ وَذَكَرَ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ أَنَّ الْكَفَالَةَ بِالنَّفْسِ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ جَائِزَةٌ فِي قَوْلِهِمْ إِذَا بَدَّلَهَا الْمَطْلُوبُ بِنَفْسِهِ ، وَلَكِنْ هَلْ لِلْقَاضِي أَنْ يَأْمُرَهُ بِالْكَفِيلِ إِذَا طَلَبَ الْخَصْمُ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا يَأْخُذُ الْقَاضِي مِنْهُ كَفِيلًا ، وَلَكِنْ يَحْبِسُهُ حَتَّى تُقَامَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ أَوْ يَسْتَوْفِيَ كَذَا ذَكَرَ فِي التُّحْفَةِ ثُمَّ لَا يَحْبِسُهُ الْقَاضِي حَتَّى يَشْهَدَ شَاهِدَانِ مَسْتَوِرَانِ أَوْ شَاهِدٌ عَدْلٌ يَعْرِفُهُ الْقَاضِي فَيَشْهَدُ أَنَّهُ زَنَى أَوْ قَتَلَ فَيَحْبِسُهُ الْقَاضِي حِينَئِذٍ لِبُتُورِ التُّهْمَةِ بِأَحَدِ شَطْرَيْ الشَّهَادَةِ مِنَ الْعَدَدِ وَالْعَدَالَةِ حَتَّى يَشْهَدَ عَلَيْهِ الشُّهُودُ الْعَدُولُ

غاية

قوله : ولو سمحت

أَيُّ لَوْ تَبَرَّعَ بِإِعْطَاءِ الْكَفِيلِ وَسَامَحَ فِي ذَلِكَ نَفْسُ الْمَطْلُوبِ وَبَدَلَ الْكَفِيلُ بِنَفْسِهِ فِي الْقِصَاصِ وَحَدُّ الْقَذْفِ وَالسَّرِقَةِ صَحَّتْ الْكَفَالَةُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ التَّزَمَ تَسْلِيمَ النَّفْسِ وَتَسْلِيمَ النَّفْسِ وَاجِبٌ غَايَةُ قَوْلُهُ : وَلَهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لَا كَفَالََةَ فِي حَدٍّ مُطْلَقًا } (رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو

وَكُتِبَ عَلَى قَوْلِهِ فِي حَدِّ مُطْلَقًا يَعْنِي لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ حَدِّ فِيهِ حَقُّ الْعَبْدِ وَبَيْنَ حَدِّ هُوَ خَالِصُ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ فِي جَمِيعِ الْحُدُودِ وَهَذَا مِنْ كَلَامِ شَرِيحٍ لَا مِنْ كَلَامِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ذَكَرَهُ الْخَصَّافُ فِي آدَبِ الْقَاضِي عَنْ شَرِيحٍ وَقَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي شَرْحِ آدَبِ الْقَاضِي رَوَى هَذَا الْحَدِيثُ مَرْفُوعًا إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلَنَا فِي رَفْعِهِ نَظَرٌ غَايَةٌ

قَوْلُهُ : وَمِنْبَاهُمَا

أَيُّ حَدِّ الْقَذْفِ وَالْقِصَاصِ

قَوْلُهُ بِنَفْسٍ مِنْ عَلَيْهِ

أَيُّ إِذَا سَمَحَتْ بِهِ نَفْسُهُ

قَوْلُهُ : فَإِذَا لَمْ يَكْفُلْ عِنْدَهُ

أَيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

قَوْلُهُ : لَكِنْ يَأْمُرُهُ بِالْمُلَازِمَةِ الْخ

لَيْسَ الْمُرَادُ بِالْمُلَازِمَةِ الْمَنَعُ مِنَ الذَّهَابِ لِأَنَّهُ حَبَسَ لَكِنْ يَذْهَبُ الطَّالِبُ مَعَ الْمَطْلُوبِ فَيَدُورُ مَعَهُ أَيْنَمَا دَارَ كَيْ لَا يَتَغَيَّبَ

قَوْلُهُ بِخِلَافِ دَعْوَى الْأَمْوَالِ حَيْثُ لَا يُحْبَسُ الْخ

وَالْحَبْسُ بِالثَّهْمَةِ ذَكَرُوهُ أَيْضًا فِي أَوَّلِ بَابِ الْحُدُودِ قَالَ الْكَمَالُ فِي بَابِ الْحُدُودِ وَأَمَّا قَوْلُهُ وَقَدْ حَبَسَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَجُلًا بِالثَّهْمَةِ فَأَخْرَجَ أَبُو دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيُّ وَالنَّسَائِيُّ عَنْ بَهْزِ بْنِ حَكِيمٍ عَنْ جَدِّهِ مُعَاوِيَةَ بْنِ حَبَدَةَ { أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَبَسَ رَجُلًا فِي ثَهْمَةٍ { زَادَ التِّرْمِذِيُّ وَالنَّسَائِيُّ ثُمَّ خَلَّى سَبِيلَهُ وَحَسَنَهُ التِّرْمِذِيُّ وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ وَرَوَى عَبْدُ الرَّزَّاقِ فِي مُصَنَّفِهِ عَنْ عِرَاكِ بْنِ مَالِكٍ قَالَ { أَقْبَلَ رَجُلَانِ مِنْ بَنِي غِفَارٍ حَتَّى نَزَلَا بِضُجْعَانَ مِنْ مِيَاهِ الْمَدِينَةِ وَعِنْدَهَا نَاسٌ مِنْ غَطَفَانَ مَعَهُمْ ظَهَرُ لَهُمْ فَأَصْبَحَ الْغَطَفَانِيُّونَ وَقَدْ فَقَدُوا بَعِيرَيْنِ مِنْ إِبِلِهِمْ فَاتَّهَمُوا الْغِفَارِيِّينَ فَأَتَوْا بِهِمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَحَبَسَ أَحَدَ الْغِفَارِيِّينَ وَقَالَ لِلْآخَرِ اذْهَبْ فَاتِّمَسْ فَلَمْ يَكْ إِلَّا يَسِيرٌ حَتَّى جَاءَ بِهِمَا فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِأَحَدِ الْغِفَارِيِّينَ اسْتَغْفِرْ لِي فَقَالَ غَفَرَ اللَّهُ لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ، وَلَكَ وَقَتْلِكَ فِي سَبِيلِهِ قَالَ فَقَتَلَ يَوْمَ الْقِيَمَةِ { مَا قَالَ الْكَمَالُ (فَرَعَ يُحْفَظُ) الْكَفِيلُ بِأَمْرِ الْأَصِيلِ إِذَا أَدَّى الْمَالُ إِلَى الدَّائِنِ بَعْدَ مَا أَدَّى الْأَصِيلُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْأَصِيلِ لِأَنَّهُ شَيْءٌ حُكْمِيٌّ ، فَلَا يَفْتَرِقُ فِيهِ الْعِلْمُ وَالْجَهْلُ كَعَزْلِ الْوَكِيلِ ضِمْنًا قَالَهُ فِي الْقَنِيَةِ قَبْلَ بَابِ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ

قَوْلُهُ لِأَنَّهُ نَهَايَةُ الْعُقُوبَةِ فِيهِ

وَفِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ أَقْصَى الْعُقُوبَةِ الْقَتْلُ وَالْقَطْعُ وَالضَّرْبُ فَجَارَ الْحَبْسُ قَبْلَ ثُبُوتِ الْقِصَاصِ وَالْحُدُودِ غَايَةٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِالْمَالِ وَلَوْ مَجْهُولًا إِذَا كَانَ دَيْنًا صَحِيحًا بِكَفَلْتُ عَنْهُ بِأَلْفٍ وَبِمَالِكَ عَلَيْهِ وَمَا يُدْرِكُكَ فِي هَذَا الْبَيْعِ وَمَا بَايَعْتَ فَلَنَّا فَعَلَيَّ وَمَا ذَابَ لَكَ عَلَيْهِ فَعَلَيَّ وَمَا غَضَبَكَ فَلَنَّا فَعَلَيَّ) أَيُ تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِالْمَالِ وَلَوْ كَانَ الْمَكْفُولُ بِهِ مَجْهُولًا بِقَوْلِهِ كَفَلْتُ ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ مَشْرُوعَةٌ فِيهِ عَلَيْهِ إِجْمَاعُ الْأُمَّةِ ، وَهِيَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى التَّوَسُّعِ فَيَتَحَمَّلُ فِيهَا الْجَهْلُ الْيَسِيرَ وَغَيْرَهَا بَعْدَ أَنْ يَكُونَ مُتَعَارَفًا وَعَلَى الْكَفَالَةِ بِالذِّكْرِ انْتِقَادُ الْإِجْمَاعِ مَعَ أَنَّهُ لَا يُعْلَمُ كَمْ قَدَرٌ مَا يَسْتَحِقُّ مِنَ الْبَيْعِ وَكَفَى بِهِ حُجَّةٌ وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ دَيْنًا صَحِيحًا كَمَا ذَكَرَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنِ الدَّيْنُ صَحِيحًا كَبَدَلَ الْكِتَابَةِ لَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِهِ وَتَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِالشَّجَّةِ وَقَطْعِ الْأَطْرَافِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُوجِبُهُ الْقِصَاصَ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ دَيْنٌ صَحِيحٌ لَا يَسْقُطُ بِالْمَوْتِ بِخِلَافِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِدَيْنٍ صَحِيحٍ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُكَاتَبَ يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ .

الشرح

قوله ولو كان المكفول به إلخ

وَأَمَّا قَيْدُ بِذِكْرِ الْمَكْفُولِ لَهُ وَالْمَكْفُولِ عَنْهُ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا مَجْهُولًا لَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ أَلَا تَرَى إِلَى مَا قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَلَوْ قَالَ لِرَجُلٍ مَا ذَابَ لَكَ عَلَى أَحَدٍ مِنَ النَّاسِ فَهُوَ عَلَيَّ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ لِجَهْلِهِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ مَا ذَابَ عَلَيْكَ لِأَحَدٍ مِنَ النَّاسِ فَهُوَ عَلَيَّ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ لِجَهْلِهِ الْمَضْمُونِ لَهُ

أَتَقَانِي وَكُتِبَ أَيْضًا مَا نَصَّهُ قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ وَلَوْ قَالَ لِرَجُلٍ مَا بَايَعْتَ فَلَنَّا فَهُوَ عَلَيَّ جَازَ ذَلِكَ وَلَزِمَهُ كُلُّهُ قَلِيلًا بَِايَعَهُ أَوْ كَثِيرًا مَرَّةً أَوْ مَرَّةً لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي هَذِهِ الْكَفَالَةِ إِلَّا جَهْلُ الْمَكْفُولِ بِهِ لِأَنَّهُ لَا يُدْرِي مَا بَايَعَ وَهِيَ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْكَفَالَةِ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ وَالْمَكْفُولُ لَهُ مَعْلُومًا

قَوْلُهُ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِدَيْنٍ صَحِيحٍ (أَيُ لِأَنَّ الدَّيْنَ الصَّحِيحَ لَا يَسْقُطُ إِلَّا بِالْأَدَاءِ أَوْ الْإِبْرَاءِ غَايَةً .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَطَالَبُ الْكَفِيلِ ، أَوْ الْمَدْيُونِ إِلَّا إِذَا شَرَطَ الْبَرَاءَةَ فَحِينَئِذٍ تَكُونُ حَوَالَةً كَمَا أَنَّ الْحَوَالَةَ بِشَرَطِ أَنْ لَا يَبْرَأَ بِهَا الْمُحِيلُ كَفَالَةً (أَيُ الطَّالِبُ يُخَيَّرُ إِنْ شَاءَ طَالِبُ الْكَفِيلِ ، وَإِنْ شَاءَ طَالِبُ الْأَصِيلِ ، وَكَذَا لَهُ أَنْ يُطَالِبَهُمَا مَعًا ؛ لِأَنَّهُ مُوجِبُ الْكَفَالَةِ ؛ إِذْ هِيَ تُنْبِئُ عَنْ الضَّمِّ وَذَلِكَ يَقْتَضِي بَقَاءَ الْأَوَّلِ لَا الْبَرَاءَةَ إِلَّا إِذَا شَرَطَ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ فَحِينَئِذٍ تَكُونُ حَوَالَةً ، فَلَا يُطَالِبُ الْأَصِيلَ كَمَا إِذَا أَحَالَ بِشَرَطِ أَنْ لَا يَبْرَأَ الْمُحِيلُ فَلَهُ أَنْ يُطَالِبَهُ لِمَا عُرِفَ أَنَّ الْعِبْرَةَ لِلْمَعَانِي لَا لِلْمُجَرَّدِ اللَّفْظِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ طَالِبَ أَحَدَهُمَا لَهُ أَنْ يُطَالِبَ الْآخَرَ) لِمَا ذَكَرْنَا بِخِلَافِ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ إِذَا اخْتَارَ أَحَدَ الْعَاصِبَيْنِ ؛ لِأَنَّ اخْتِيَارَهُ أَحَدَهُمَا يَتَضَمَّنُ التَّمْلِيكَ مِنْهُ عِنْدَ قَضَاءِ الْقَاضِي بِهِ ، فَلَا يُمْكِنُهُ التَّمْلِيكَ مِنَ الْآخَرِ بَعْدَ ذَلِكَ وَأَمَّا الْمُطَالِبَةُ بِالْكَفَالَةِ لَا تَقْتَضِيهِ مَا لَمْ يُوَحِّدْ مِنْهُ حَقِيقَةُ الْإِسْتِيفَاءِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَصِحُّ تَعْلِيلُ الْكَفَالَةِ بِشَرَطِ مُلَائِمِ كَشَرَطِ وَجُوبِ الْحَقِّ كَأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْمَبِيعِ ، أَوْ لِإِمْكَانِ الْإِسْتِيفَاءِ كَأَنَّ قَدَمَ زَيْدٍ ، وَهُوَ مَكْفُولٌ عَنْهُ ، أَوْ لَتَعَدُّهُ كَأَنَّ غَابَ عَنِ الْمَصْرِ (أَيُ يَجُوزُ تَعْلِيلُ الْكَفَالَةِ بِشُرُوطِ مُلَائِمَةٍ لَا بِمُطْلَقِ الشَّرْطِ ، وَالْمُلَائِمَةُ تُثَبِّتُ بِكَوْنِ الشَّرْطِ سَبَبًا لَوْجُوبِهِ كَقَوْلِهِ إِنْ أُسْتُحِقَّ الْمَبِيعُ فَعَلَيَّ الثَّمَنُ ، أَوْ بِكَوْنِهِ مُمَكِّنًا مِنَ الْإِسْتِيفَاءِ كَقَوْلِهِ إِنْ قَدِمَ فَلَنَّا فَعَلَيَّ مَا عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ ، أَوْ بِكَوْنِهِ سَبَبًا لَتَعَدُّ الْإِسْتِيفَاءِ مِنْهُ كَقَوْلِهِ إِنْ غَابَ زَيْدٌ فَعَلَيَّ مَا عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ ، فَهَذِهِ جُمْلَةُ الشُّرُوطِ الَّتِي يَجُوزُ تَعْلِيلُ الْكَفَالَةِ بِهَا ، وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى { وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ

بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ } فَوَجْهُ التَّمَسُّكِ بِالْآيَةِ أَنَّهُ عُلِقَ الْكَفَالَةُ بِالشَّرْطِ وَذَلِكَ الشَّرْطُ سَبَبٌ لَوْجُوبِ الْحِمْلِ عَلَى الْمَجِيءِ بِالصَّاعِ وَشَرِيعَةُ مَنْ قَبَّلْنَا شَرِيعَةً لَنَا مَا لَمْ تُنْسَخْ .

وَلَا يُقَالُ الْكَفِيلُ مَنْ يَكُونُ ضَامِنًا عَنْ غَيْرِهِ ، وَهَذَا الْكَفِيلُ ضَامِنٌ عَنْ نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي يَجِبُ عَلَيْهِ الْأَجْرَةُ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ أَمَكَنَ حَمْلُ الْآيَةِ عَلَى الْكَفَالَةِ بِأَنْ يَكُونَ رَسُولًا مِنْ جِهَةِ الْمَلِكِ ، وَالرَّسُولُ سَفِيرٌ ، فَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ الْأَحْكَامُ كَأَنَّهُ يَقُولُ إِنَّ الْمَلِكَ قَالَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ حَمْلٌ بَعِيرٌ ، ثُمَّ يَقُولُ هُوَ مِنْ جِهَتِهِ وَأَنَا بِذَلِكَ الْحَمْلِ الَّذِي عَلَى الْمَلِكِ كَفِيلٌ وَلَا يُقَالُ إِنَّ الْآيَةَ تَذُلُّ عَلَى أَنَّ الْكَفَالَةَ لِلْمَجْهُولِ جَائِزَةٌ وَأَنْتُمْ لَا تَقُولُونَ بِهِ فَلَمْ تَبْقَ لَكُمْ حُجَّةٌ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ جَازَ أَنْ تُنْسَخَ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ وَتَبْقَى مَعْمُولًا بِهَا مِنْ جِهَةِ التَّعْلِيقِ لِاجْتِمَاعِ الْأُمَّةِ عَلَى أَنَّ ضَمَانَ الدَّرَكِ جَائِزٌ وَلَوْ كَانَ مَنْسُوحًا لَمَّا جَازَ ، ثُمَّ الْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الْجَهَالََةَ فِي الْمَالِ الْمَكْفُولِ بِهِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْكَفَالَةِ كَقَوْلِهِ مَا غَضِبَكَ فُلَانٌ فَعَلَيَّْ وَجَهَالَةُ الْمَكْفُولِ لَهُ ، أَوْ الْمَكْفُولِ عَنْهُ تَمْنَعُ حَتَّى لَوْ قَالَ مَنْ غَضِبَكَ مِنَ النَّاسِ ، أَوْ بَايَعَكَ ، أَوْ قَتَلَكَ فَأَنَا كَفِيلٌ لَكَ عَنْهُ ، أَوْ قَالَ مَنْ غَضِبْتَهُ أَنْتَ أَوْ قَتَلْتَهُ فَأَنَا كَفِيلٌ لَهُ عَنْكَ لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا كَانَتْ الْجَهَالََةُ فِي الْمَكْفُولِ عَنْهُ يَسِيرَةً مِثْلُ أَنْ يَقُولَ كَفَلْتُ لَكَ بِمَا لَكَ عَلَى أَحَدٍ هَذَيْنِ فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ ، فَالتَّعْيِينُ إِلَى الْمَكْفُولِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ صَاحِبُ الْحَقِّ .

الشرح

قوله : في المتن وطلب

كذا بخط الشارح وعبرة المتن وطالب

قوله : بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفالة

قَالَ قَاضِي خَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ رَجُلٌ لَهُ عَلَى رَجُلٍ مَالٌ فَقَالَ الطَّالِبُ لِلْمَطْلُوبِ أَحِلْنِي بِمَا لِي عَلَيْكَ عَلَى فُلَانٍ عَلَى أَنَّكَ ضَامِنٌ لِذَلِكَ فَهُوَ جَائِزٌ وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْمَالِ مِنْ أَيِّهِمَا شَاءَ لِأَنَّهُ لَمَّا شَرَطَ الضَّمَانَ عَلَى الْمُحِيلِ فَقَدْ جَعَلَ الْحَوَالَةَ كَفَالَةً لِأَنَّ الْحَوَالَةَ بِشَرْطِ عَدَمِ بَرَاءَةِ الْمُحِيلِ كَفَالَةٌ

وَمِنْ هَذَا يُعْلَمُ حُكْمُ مَا يَقَعُ فِي زَمَانِنَا مِنْ قَوْلِ رَبِّ الدِّينِ لِلْمَدِينِ أَحِلْنِي عَلَى فُلَانٍ وَاضْمَنْ لِي صِحَّةَ الْحَوَالَةِ

قوله في المتن ويصح تعليق الكفالة بشرط ملانم

ثُمَّ قَالَ فِي الْقُنْيَةِ فِي بَابِ تَعْلِيقِ الْكَفَالَةِ بَعْدَ أَنْ رَفَعَ لِصَاحِبِ الْمُحِيطِ وَقَالَ تَعْلِيقُ الْكَفَالَةِ بِشَرْطِ مُتَعَارَفٍ صَحِيحٍ وَبَعِيرِهِ لَا يَصِحُّ وَأُطْلِقَ الْقُدُورِي رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مُخْتَصَرِهِ وَيَجُوزُ تَعْلِيقُ الْكَفَالَةِ بِالشُّرُوطِ قَالَ الْأَقْطَعُ فِي شَرْحِهِ إِذَا كَانَ الشَّرْطُ لَوْجُوبِ الْحَقِّ أَوْ لِإِمْكَانِ الْإِسْتِيفَاءِ جَازَ تَعْلِيلُهَا بِهِ كَقَوْلِهِ إِذَا أُسْتَحَقَّ الْمَبِيعُ أَوْ قَدِمَ زَيْدٌ لَأَنَّ الْإِسْتِحْقَاقَ لِلْوُجُوبِ وَقُدُومَ زَيْدٍ قَدْ يَسْهُلُ بِهِ الْأَدَاءُ بِأَنْ يَكُونَ مَكْفُولًا عَنْهُ أَوْ مُضَارَبَةً وَإِنْ كَانَ الشَّرْطُ بِخِلَافِ ذَلِكَ لَمْ يَجْزُ كَقَوْلِهِ إِنْ هَبَّتِ الرِّيحُ أَوْ جَاءَ الْمَطَرُ ثُمَّ رَفَعَ لِشَرْحِ أَبِي ذَرٍّ إِنَّمَا يَجُوزُ تَعْلِيقُ الْكَفَالَةِ بِسَبَبِ وَجُوبِ الْحَقِّ فَأَمَّا دُخُولُ الدَّارِ وَقُدُومُ زَيْدٍ لَيْسَ مِنْ أَسْبَابِ الْحَقِّ ، فَلَا يَجُوزُ تَعْلِيقُ الضَّمَانِ بِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَّا أَنَّ الْأَصَحَّ مَا ذَكَرَهُ أَبُو نَصْرِ أَنَّهُ يَصِحُّ بِقُدُومِ زَيْدٍ وَقَدْ نُصِّ عَلَيْهِ فِي ثُخْفَةِ الْفُقَهَاءِ

قوله : كشرط

هذا هو الثابت في نسخ المتن وفي خط الشارح

قَوْلُهُ كَانَ قَدَمَ زَيْدٍ إِخْ

لِأَنَّ قُدُومَ الْمَكْفُولِ عَنْهُ سَبَبٌ لِلْوُصُولِ إِلَى الْأَدَاءِ

قَوْلُهُ : كَقَوْلِهِ مَا غَضَبَكَ فُلَانٌ فَعَلِيٌّ

وَقَالَ فِي الْأَجْنَاسِ أَيْضًا وَلَوْ قَالَ مَا قُضِيَ لَكَ بِهِ عَلَى فُلَانٍ فَعَلِيٌّ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْكَفِيلَ مَا أَقَرَّ بِهِ الْمَطْلُوبُ حَتَّى يُقْضَى بِهِ عَلَيْهِ وَلَوْ مَاتَ الْمَطْلُوبُ قَبْلَ أَنْ يُقْضَى عَلَيْهِ فَخَاصَمَ الطَّالِبُ وَرَثَتَهُ أَوْ وَصِيَّهُ فَقَضَى لَهُ عَلَيْهِمْ بِحَقِّ لَزَمَ الْكَفِيلَ وَلَوْ مَاتَ الْكَفِيلُ لَحَقَهُ فِي تَرَكْتِهِ ذِكْرُهُ فِي تَرَكَةِ الْأَصْلِ وَفِي نَوَادِرِ هَشَامٍ عَنْ مُحَمَّدٍ لَوْ قَالَ لِأَخَرٍ مَا غَضَبَكَ فُلَانٌ أَوْ مَا سَرَقَكَ فَإِنِّي لَهُ ضَامِنٌ حَارَ ذَلِكَ الضَّمَانُ وَلَوْ قَالَ مَا غَضَبَكَ أَهْلُ هَذِهِ الدَّارِ فَأَنَا لَهُ ضَامِنٌ فَهُوَ بَاطِلٌ حَتَّى يُسَمَّى إِنْسَانًا بَعِيْنَهُ لِأَنَّ تَقْدِيرَهُ ضَمِنْتُ لَكَ مَا يَجِبُ عَلَى وَاحِدٍ مِنَ النَّاسِ وَلَوْ صَرَّحَ بِذَلِكَ لَمْ يَجْزِ وَلَا كَذَلِكَ إِذَا سَمِيَ إِنْسَانًا بَعِيْنَهُ لِأَنَّهُ لَوْ صَرَّحَ فَقَالَ مَا يَجِبُ لَكَ عَلَى فُلَانٍ فَهُوَ عَلَى حَارَ وَعَلَى هَذَا الْمَعْنَى ذَكَرَ فِي كِفَالَةِ الْأَصْلِ لَوْ قَالَ مَنْ بَايَعَ فُلَانًا الْيَوْمَ مِنْ بَيْعٍ فَعَلِيٍّ فَبَايَعَهُ غَيْرَ وَاحِدٍ لَمْ يَلْزَمْ الْكَفِيلَ شَيْءٌ لِأَنَّ تَقْدِيرَهُ ضَمِنْتُ لِوَاحِدٍ مِنَ النَّاسِ فَلَمْ يَصِحَّ وَلَوْ قَالَ لِقَوْمٍ حَاضِرِينَ مَا بَايَعْتُمُوهُ بِهِ مِنْ شَيْءٍ فَعَلِيٍّ حَارَ لِأَنَّهُ قَدْ ضَمِنَ لِمُعَيَّنِينَ وَلَوْ قَالَ إِنْ لَمْ يُعْطِكَ فُلَانٌ مَالَكَ فَأَنَا ضَامِنٌ لَهُ لَمْ يَلْزَمْ الضَّامِنُ شَيْءٌ حَتَّى يَتَقَاضَاهُ الطَّالِبُ فَيَقُولَ لَا أُعْطِيكَ وَلَوْ مَاتَ الْمَطْلُوبُ قَبْلَ التَّقَاضِي فَقَالَ وَارِثُهُ أُعْطِيكَ أَوْ لَا أُعْطِيكَ فَالْمَالُ يَلْزَمُ الْكَفِيلَ وَفِي نَوَادِرِ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ لَوْ قَالَ إِنْ تَقَاضَيْتَ فَلَمْ يُعْطِكَ فَأَنَا لَهُ ضَامِنٌ فَمَاتَ الْمَطْلُوبُ قَبْلَ التَّقَاضِي بَطَلَ عَنْ الضَّمَانِ وَقَالَ فِي الْمُجَرَّدِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَوْ قَالَ رَجُلٌ لِرَجُلٍ مَا

بَايَعْتَ فُلَانًا فَعَلِيٍّ فَبَايَعَهُ مَرَّةً بَعْدَ مَرَّةٍ يَلْزِمُهُ ثَمَنُ مَا بَايَعَهُ فِي أَوَّلِ مَرَّةٍ وَلَا يَلْزِمُهُ ثَمَنُ مَا بَايَعَهُ بَعْدَهُ وَفِي نَوَادِرِ أَبِي يُوسُفَ رَوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ يَلْزِمُهُ كُلُّهُ هَذِهِ السَّائِلُ كُلُّهَا مَذْكُورَةٌ فِي الْأَجْنَاسِ وَنُقِلَ فِي خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى عَنْ الْأَصْلِ رَجُلٌ قَالَ لِلْمُودِعِ إِنْ أَتَلَفَ الْمُودِعُ وَدِيعَتَكَ أَوْ حَجَدَ فَأَنَا ضَامِنٌ لَكَ صَحَّ وَلَوْ قَالَ إِنْ قَتَلْتَ أَوْ ابْتَكَيْتَ فُلَانٌ خَطَأً فَأَنَا ضَامِنٌ صَحَّ بِخِلَافِ إِنْ أَكَلْتَكَ سَبْعَ أَثْقَانِي قَالَ الْكَمَالُ بِخِلَافِ إِنْ أَكَلْتَكَ سَبْعَ وَنَحْوِهِ مِمَّا لَيْسَ مُلَائِمًا كَأَن دَخَلْتَ الدَّارَ أَوْ قَدِمَ فُلَانٌ وَهُوَ غَيْرُ مَكْفُولٍ عَنْهُ أَوْ هَبَّتِ الرِّيحُ أَوْ جَاءَ الْمَطَرُ لَا يَصِحُّ هَذَا التَّعْلِيْقُ ، وَكَذَا إِذَا جُعِلَ كُلُّ مِنْهُمَا أَجَلًا يَعْنِي مِنَ هُبُوبِ الرِّيحِ وَمَجِيءِ الْمَطَرِ كَأَن يَقُولَ كَفَلْتُ لَكَ بِمَا لَكَ عَلَيْهِ إِلَى أَنْ تَهْبِ الرِّيحُ أَوْ إِلَى أَنْ يَجِيءَ الْمَطَرُ لَا يَصِحُّ إِلَّا أَنَّ الْكِفَالَ تَثْبُتُ حَالَةً وَيَبْطُلُ الْأَجَلُ بِخِلَافِ مَا لَوْ عُلِقَ بِهِمَا نَحْوُ إِذَا هَبَّتِ الرِّيحُ فَقَدْ كَفَلْتُ لَكَ بِمَا لَكَ عَلَيْهِ فَإِنَّ الْكِفَالَ بَاطِلٌ أَصْلًا وَلَوْ جَعَلَ الْأَجَلَ الْحَصَادَ وَالْدِّيَاسَ أَوْ الْمَهْرَ حَانَ أَوْ الْعَطَاءَ أَوْ صَوْمَ النَّصَارَى حَارَتْ الْكِفَالَةُ وَالتَّأْجِيلُ فَالْحَاصِلُ أَنَّ الشَّرْطَ الْغَيْرَ الْمُلَائِمَ لَا يَصِحُّ مَعَ الْكِفَالَةِ أَصْلًا وَمَعَ الْأَجَلِ الْغَيْرِ الْمُلَائِمِ تَصِحُّ حَالَةً وَيَبْطُلُ الْأَجَلُ

قَوْلُهُ وَجَهَالَةُ الْمَكْفُولِ لَهُ

قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ وَلَوْ قَالَ الْقَوْمُ مَا بَايَعْتُمُوهُ أَنْتُمْ وَغَيْرُكُمْ فَهُوَ عَلَى لَزِمِهِ دَيْنٌ مِنْ خَاطِبِهِمْ وَلَمْ يَلْزِمَهُ دَيْنٌ غَيْرِهِمْ لِأَنَّ الْمُخَاطَبِينَ مَعْلُومُونَ وَغَيْرُهُمْ مَجْهُولُونَ

قوله : لا يجوز إلّا إذا كانت الجهالة في المكفول

قال قاضي خان في كتاب الإقرار قبيل فصل إقرار المريض رجل قال
لغيره من بايعك بشيء فأنا كفيل عنك بضمنه لم يجوز ولو قال من بايعك من هؤلاء وأشار إلى قوم معينين معدودين فأنا كفيل عنك بضمنه
حاز

قال رحمه الله (ولا يصح بنحو إن هبت الريح فتصح الكفالة ويحب المال حالاً) يعني لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ونحوه
كنزول المطر ، فإن علق به تصح الكفالة ويحب المال حالاً هكذا ذكر في الهداية ، والكافي ، وهذا سهو فإن الحكم فيه أن التعليق لا
يصح ولا يلزمه المال ؛ لأن الشرط غير ملاتم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملاتم ذكره قاضي خان وغيره ولو جعل
الأجل في الكفالة إلى هبوب الريح لا يصح التأجيل ويحب المال حالاً ، وكذا الكفالة بالنفس يجوز تعليقها بشرط ملاتم كالكفالة بالمال
في جميع ما ذكرنا ولا يجوز تعليقها بشرط غير ملاتم ويجوز تأجيلها إلى أجل معلوم ، والجهالة اليسيرة فيها مُحتملة كالتأجيل إلى
القطاف وقُدوم الحاج ولا يجوز إلى هبوب الريح ، أو نزول المطر ، فإن أجله إليه بطل الأجل ولزمه تسليم النفس حالاً .
قال رحمه الله (فإن كفل بماله عليه فبرهن على ألف لزمه) يعني إذا تكفل رجل بماله على فلان فأقام الطالب البيّنة على أن له عليه ألف
درهم لزم الكفيل ؛ لأن الثابت بالبيّنة كالثابت عياناً ، وإن لم يقم ، فلا يجب عليه شيء ؛ لأن قول الطالب لا يكون حجة على المطلوب
، وهو المكفول عنه ولا على الكفيل ؛ لأنه مدّع ، فلا يقبل قوله إلّا بيّنة قال رحمه الله (وإلّا صدّق الكفيل فيما أقرّ بحلفه ولا ينفذ قول
المطلوب على الكفيل) يعني إذا أقرّ الكفيل بشيء ، والمسألة بحالها وأدعى الطالب أكثر من ذلك كان القول قول الكفيل ؛ لأنه
منكر ولو أقرّ المكفول عنه بأكثر من ذلك لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته عليه ؛ لأن الإقرار على الغير لا ينفذ إلّا إذا كان عن ولاية
، وهذا بخلاف ما إذا قال ما ذاب لك على فلان فعلي فأقرّ فلان على نفسه بألف درهم مثلاً فأنكر الكفيل ما أقرّ به حيث يلزمه ما أقرّ به
المطلوب استحساناً ، والقياس أن لا يلزمه شيء لما بينا وجه الاستحسان أنه تكفل بما تقرّر له عليه في المستقبل وقد تقرّر عليه بإقراره .
وهذا ؛ لأنه متكفل بما سيجب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما يأتي بأيّ طريق كان وفي مسألة الكتاب تكفل بما عليه في الحال
فإذا أخبر الطالب ، أو المطلوب بما عليه كان متهمًا ، فلا يصدق ما لم يعم البيّنة ويصدق المطلوب في حق نفسه لإقراره عليه
كالمريض إذا أقرّ بدين يردّ إقراره في حق غرماء الصحة ويقبل في حق نفسه حتى إذا فضل شيء من غرماء الصحة كان للمقرّ له قال
رحمه الله (فإن كفل بأمره رجّع بما أدى عليه) ؛ لأنه قضى دينه بأمره معناه إذا أدى ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبيّ محجور
عليه وغير عبد محجور عليه أمّا إذا أدى خلافه بأن كان الدين المكفول به جيّدًا فأدى ردّيًا ، أو بالعكس ويرجع بالمال المكفول به لا
بما أدى ؛ لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالارث بأن مات الطالب والكفيل وارثه أو وهبه له حال
حياته وهي جائزة للكفيل وإن كانت لا تجوز لغير من عليه الدين ؛ لأنه ينتقل الدين إليه بمقتضى
الهيئة ضرورة وله نقله بالحوالة أو يجعل كدينين للضرورة ، أو نقول بوجوبه عليه للضرورة .

، فلا يجب عليه أن يسامح الأصيل بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى إن أدى أردأ من الدين ، وإن أدى أجود منه لا
يرجع إلّا بالدين ؛ لأنه لم يلتزم ولم يجب عليه شيء في دينه ، وإنما يثبت له حق الرجوع بالأداء بأمره ولهذا لو وهبه الدين لا يملكه
فيرجع عليه بما أدى ما لم يخالف أمره بالزيادة أو بأداء جنس آخر وبخلاف ما إذا صالح على أقل من الدين وهو من جنسه حيث لا
يرجع إلّا بقدر ما أدى ؛ لأن الصلح على الأقل إبراء فيكون إبراء عنه لا تمليكًا إلّا إذا صالحه على أن يهبه الباقي فحينئذ يرجع عليه
بجميعه ؛ لأنه ملك الدين كله بعضه بالأداء وبعضه بالهبة وأمّا إذا تكفل بأمر الصبيّ أو العبد المحجور عليهما فلان الأمر بالكفالة
استقراض منه من المأمور واستقراضهما لا يصح ولا يوجب الضمان ، وإنما لزم الكفيل المال بالتزامه ؛ لأن صحة الكفالة تعتمد التزامه

بِاخْتِيَارِهِ لَا أَمْرَ الْأَمْرِ بِخِلَافِ الصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ الْمَأْدُونِ لَهُمَا ؛ لِأَنَّ أَمْرَهُمَا بِالْكَفَالَةِ بِالْمَالِ ، وَالتَّفْسِيرِ صَحِيحٌ وَإِنْ لَمْ يَمْلِكَا أَنْ يَتَكَفَّلَا عَنْ أَحَدٍ لَكُونَهُ تَبَرُّعًا فَيَرْجِعُ عَلَيْهِمَا الْكَفِيلُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ كَفَلَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَمْ يَرْجِعْ) ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِأَدَائِهِ عَنْهُ وَفِيهِ خِلَافُ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يُطَالِبُ الْأَصِيلَ بِالْمَالِ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ) ؛ لِأَنَّهُ التَّزَامُ الْمُطَالِبَةُ وَإِنَّمَا يَتِمَّلُكَ الدَّيْنُ بِالْأَدَاءِ فَلَا يَرْجِعُ قَبْلَ التَّمْلُكِ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ حَيْثُ يَرْجِعُ قَبْلَ الْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ مِنَ الْمُوَكَّلِ يَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الْبَائِعِ مِنَ الْمُشْتَرِي فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الْحَقُوقِ لِمَا أَنَّهُ انْعَقَدَ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ حَتَّى لَوْ اخْتَلَفَا فِي مَقْدَارِ الثَّمَنِ تَحَالَفَا وَكَانَ لِلْوَكِيلِ وَلِأَيَّةِ حَبْسِ الْمَبِيعِ عَنِ الْمُوَكَّلِ إِلَى أَنْ يُوفِيَ الثَّمَنَ كَمَا كَانَ ذَلِكَ لِلْبَائِعِ ؛ إِذْ هُوَ اسْتِفَادَ الْمَلِكَ مِنْ جِهَتِهِ فَكَذَا لَهُ أَنْ يُطَالِبَهُ بِالثَّمَنِ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ كَمَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يُطَالِبَ الْمُشْتَرِيَ مِنْهُ إِذَا بَاعَ الْمَبِيعَ قَبْلَ أَنْ يُوفِيَ الثَّمَنَ إِلَى الْبَائِعِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ لُوزِمَ لَزَامُهُ) أَيُّ إِنْ لُوزِمَ الْكَفِيلُ مِنْ جِهَةِ الطَّالِبِ لَزَامَ هُوَ الْأَصِيلُ حَتَّى يُخْلَصَهُ ، وَكَذَا إِذَا حُبِسَ لَهُ أَنْ يُجْبِسَهُ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَدْخَلَهُ فِي هَذِهِ الْعَهْدَةِ وَلَحِقَهُ مَا لَحِقَهُ مِنْ جِهَتِهِ فَيُعَامَلُ بِمِثْلِهِ حَتَّى يُخْلَصَهُ مِنْ ذَلِكَ ؛ إِذْ تَخْلِصُهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبَرِيءٌ بِأَدَاءِ الْأَصِيلِ) أَيُّ بَرِيءٌ الْكَفِيلُ بِأَدَاءِ الْأَصِيلِ ؛ لِأَنَّ الْأَصِيلَ يَبْرَأُ بِالْأَدَاءِ وَبَرَاءَتُهُ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فِي الصَّحِيحِ ، وَإِنَّمَا عَلَيْهِ الْمُطَالِبَةُ فَقَطْ وَيَسْتَحِيلُ أَنْ تَبْقَى الْمُطَالِبَةُ بِدُونِ الدَّيْنِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ أَبْرَأَ الْأَصِيلُ أَوْ آخَرَ عَنْهُ بَرِيءٌ الْكَفِيلُ وَتَأَخَّرَ عَنْهُ) أَيُّ لَوْ أَبْرَأَ الطَّالِبُ الْأَصِيلَ ، أَوْ أَجَلَ دَيْنَهُ بَرِيءٌ الْكَفِيلُ وَتَأَجَّلَ الدَّيْنُ فِي حَقِّهِ أَيْضًا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا الْمُطَالِبَةُ ، وَهِيَ تَبَعٌ لِلدَّيْنِ فَتَسْقُطُ بِسُقُوطِهِ وَتَتَأَخَّرُ بِتَأَخُّرِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا تَكَفَّلَ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ ابْتِدَاءً حَيْثُ يَبْرَأُ الْأَصِيلُ وَحْدَهُ دُونَ الْكَفِيلِ ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ فِيهِ صَارَتْ عِبَارَةً عَنِ الْحَوَالَةِ مَجَازًا ، وَاللَّفْظُ إِذَا

أُرِيدَ بِهِ الْمَجَازُ سَقَطَتْ الْحَقِيقَةُ فَصَارَ الْكَفِيلُ مُحَالًا عَلَيْهِ وَبَرَاءَةُ الْمُحِيلِ لَا تُوجِبُ بَرَاءَتَهُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ الْمُحِيلُ عَنِ الدَّيْنِ فِيهَا فِي رَوَايَةٍ ، وَالْأَحْكَامُ تَشْهَدُ بِهِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَوَى يَرْجِعُ عَلَيْهِ ، وَإِذَا مَاتَ الْمُحِيلُ كَانَ الْمُحْتَالُ أَسْوَةَ الْغُرْمَاءِ فِي الْمَالِ الْمُحْتَالِ بِهِ كَأَنَّهُ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لَهُ وَلِغَيْرِهِ يُحَقِّقُهُ أَنَّ الدَّيْنَ فِيهَا لَمْ يَسْقُطْ بِالِاتِّفَاقِ .

وَإِنَّمَا تَحَوَّلَ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ إِمَّا الدَّيْنُ أَوْ الْمُطَالِبَةُ عَلَى اخْتِلَافِ الرُّوَايَتَيْنِ وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ سُقُوطَهُ وَلَا سُقُوطَ تَبَعِهِ ، فَلَا يَرُدُّ عَلَيْنَا أَصْلًا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَنْعَكُسُ) أَيُّ بَرَاءَةُ الْكَفِيلِ لَا تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ وَلَا تَأْخِيرُهُ عَنْهُ يُوجِبُ التَّأْخِيرَ عَنِ الْأَصِيلِ ؛ لِأَنَّ الْكَفِيلَ لَيْسَ عَلَيْهِ دَيْنٌ عَلَى مَا بَيَّنَّا ، وَإِسْقَاطُ الْمُطَالِبَةِ ، أَوْ تَأْخِيرُهُ لَا يُوجِبُ سُقُوطَ الدَّيْنِ وَلَا تَأْخِيرَهُ أَلَّا تَرَى أَنَّ لِلدَّيْنِ وَجُودًا بِدُونِهِ ابْتِدَاءً فَكَذَا بَقَاءُ بِخِلَافِ مَا إِذَا تَكَفَّلَ بِالْمَالِ الْحَالِ مُوجَّلاً إِلَى شَهْرٍ مَثَلًا حَيْثُ يَتَأَجَّلُ عَنِ الْأَصِيلِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَا مُطَالِبَةَ عَلَى الْكَفِيلِ حَالًا وَجُودَ الْكَفَالَةِ فَانْصَرَفَ الْأَجَلُ إِلَى الدَّيْنِ .

الشرح

قوله : في الممن ولا يصح بنحو إن هبت الريح

اعلم أن نسخ الممن قد اختلفت في هذا الموضع ففي نسخة وعليها شرح الزيلعي رحمه الله كما شاهدته في خطه هكذا ولا يصح بنحو إن هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا وعلى هذه النسخة يكون ما نسبته الزيلعي من السهو للهداية والكافي منسوباً لعبارة الكثر والذي في غالب نسخ الممن وجرى عليه جمع من الشراح هكذا ولا يصح بنحو إن هبت الريح فإن جعل أجلاً تصح الكفالة ويجب المال حالا ولا سهو في عبارة الكثر على هذا

قوله : فَإِنْ عَلَّقَ بِهِ تَصَحُّ

كَقَوْلِهِ إِنْ هَبَّتِ الرِّيحُ فَأَنَا ضَامِنٌ أَوْ إِنْ نَزَلَ الْمَطَرُ فَأَنَا كَفِيلٌ

قوله : هَكَذَا ذَكَرَ فِي الْهَدَايَةِ وَالْكَافِي

صَاحِبُ الْهَدَايَةِ قَلَّدَ صَاحِبَ الْمَبْسُوطِ فِي هَذَا الْإِسْتِعْمَالِ فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِيهِ التَّعْلِيْقَ وَأَرَادَ بِهِ التَّأْجِيلَ بِجَمَاعٍ أَنَّ فِي كُلِّ مِنْهُمَا عَدَمَ ثُبُوتِ الْحُكْمِ فِي الْحَالِ
دِرَايَةً

قوله : وَلَوْ جَعَلَ التَّاجِلَ فِي الْكَفَالَةِ إِلَى هُبُوبِ الرِّيحِ لَا يَصِحُّ

كَمَا إِذَا قَالَ كَفَلْتُ بِكَذَا إِلَى أَنْ تُمَطِّرَ السَّمَاءُ أَوْ تَهْبِ الرِّيحُ

قوله لَزِمَ الْكَفِيلُ

لَأَنَّهُ أَيْ الْكَفِيلُ ضَمِنَ بِمَا عَلَيْهِ وَقَدْ ظَهَرَ بِالْبَيِّنَةِ أَنَّ مَا عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ أَلْفٌ وَالتَّائِبُ بِالْبَيِّنَةِ كَالثَّائِبِ عَيْنًا فَصَارَ كَأَنَّهُ ضَمِنَ بِالْأَلْفِ الَّتِي عَلَيْهِ

قوله إِنَّا إِذَا كَانَ عَنْ وَلَايَةٍ

قَالَ الْأَثْنَانِيُّ أَمَّا إِذَا عَجَزَ الطَّالِبُ عَنِ الْبَيِّنَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْكَفِيلِ فِي مَقْدَارِ مَا أَقَرَّ بِهِ لَأَنَّهُ مَا لَمْ يَكُنْ لَزِمَهُ بِقَوْلِهِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِشَيْءٍ مَجْهُولٍ وَإِنَّمَا أُعْتِبِرَ قَوْلُ الْكَفِيلِ مَعَ الْيَمِينِ لِأَنَّ مَنْ جَعَلَ الْقَوْلَ قَوْلَهُ فِيمَا كَانَ هُوَ خَصْمًا فِيهِ وَالشَّيْءُ مِمَّا يَصِحُّ بِذَلِكَ كَانَ الْقَوْلُ مَعَ يَمِينِهِ كَالْمُدْعَى عَلَيْهِ بِالْمَالِ وَأَمَّا إِذَا أَقَرَّ الْمَكْفُولُ عَنْهُ بِأَكْثَرِ مِمَّا يَعْتَرِفُ بِهِ الْكَفِيلُ لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَكْثَرِ عَلَى الْكَفِيلِ لِأَنَّ إِقْرَارَ الْمَكْفُولِ عَنْهُ تَضَمَّنَ شَيْئَيْنِ أَحَدُهُمَا عَلَى نَفْسِهِ وَالْآخَرُ عَلَى الْكَفِيلِ فَيُصَدَّقُ فِي إِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ لِأَنَّ لَهُ وَلَايَةً عَلَى نَفْسِهِ وَلَا يُصَدَّقُ عَلَى الْكَفِيلِ لِعَدَمِ وَلَايَتِهِ عَلَيْهِ قَالَ فِي الشَّامِلِ فِي قَسِيمِ الْمَطْلُوبِ مَا ذَابَ لَكَ عَلَى فُلَانٍ فَهُوَ عَلَى أَوْ مَا ثَبَتَ أَوْ مَا قُضِيَ عَلَيْهِ فَأَقَرَّ الْمَطْلُوبُ بِمَا لَزِمَ الْكَفِيلَ إِلَّا قَوْلُهُ مَا قُضِيَ عَلَيْهِ لَمْ يَلْزِمَهُ إِلَّا أَنْ يَقْضِيَ الْقَاضِي لِأَنَّ قَوْلَهُ مَا ذَابَ أَيْ حَصَلَ وَقَدْ حَصَلَ بِإِقْرَارِهِ وَلَوْ قَالَ مَالِكَ أَوْ مَا أَقَرَّ لَكَ بِهِ أَمْسَ فَقَالَ الْمَطْلُوبُ أَقَرَّرْتُ لَهُ بِالْأَلْفِ لَمْ يَلْزَمْ الْكَفِيلُ لَأَنَّهُ قَبْلَ مَا وَاجِبًا عَلَيْهِ لَا مَالًا وَاجِبًا عَلَيْهِ فِي الْحَالِ وَلَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ وَاجِبٌ ، فَإِنْ قَالَ مَا أَقَرَّ فَأَقَرَّ فِي الْحَالِ يَلْزِمُهُ لَأَنَّهُ لَمْ يَقُلْ مَا كَانَ أَقَرَّ لَكَ وَلَوْ أَبَى الْمَطْلُوبُ الْيَمِينَ فَالْزِمَهُ الْقَاضِي لَمْ يَلْزَمْ الْكَفِيلَ لِأَنَّ التَّكْوِلَ لَيْسَ بِإِقْرَارٍ بَلْ بِذَلِكَ إِلَى هُنَا لَفْظُ الشَّامِلِ

قوله : وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَلْزِمَهُ شَيْءٌ لِمَا بَيَّنَّا

، وَكَذَا لَوْ قَالَ مَا بَايَعْتَهُ فَعَلَيْ فَقَالَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ بَايَعَنِي وَحَدَّ الْكَفِيلُ يُؤْخَذُ الْكَفِيلُ بِذَلِكَ اسْتِحْسَانًا بِدُونِ بَيِّنَةٍ
خُلَاصَةً

قوله في المتن ، فإن كفّل بأمره رجّع إلخ

رَجُلٌ كَفَّلَ عَنْ رَجُلٍ بِمَالٍ بَعِيرٍ أَمْرَهُ ثُمَّ أَحَازَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ الْكَفَالَةَ فَأَدَّى الْكَفِيلُ شَيْئًا لَا يَرْجِعُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ قَاضِي خَانَ وَسَيَّاتِي فِي كَلَامِ الشَّارِحِ قُبِيلَ كِتَابِ الْحَوَالَةِ مُعَلَّلُهُ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ ثُمَّ يَنْبَغِي لَكَ أَنْ تَعْرِفَ

أَنْ رُجُوعَ الْكَفِيلِ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ إِذَا وَجِدَ الْأَمْرَ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا كَانَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ مِمَّنْ يَجُوزُ إِقْرَارُهُ عَلَى نَفْسِهِ بِالذِّينِ وَيَمْلِكُ التَّبَرُّعَ وَإِلَّا فَلَا وَبِهِ صَرَحَ فِي التَّحْفَةِ وَكَفَايَةِ الْبَيْهَقِيِّ وَغَيْرِهِمَا حَتَّى إِنْ الصَّبِيِّ الْمَحْجُورِ إِذَا أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يَكْفُلَ عَنْهُ فَكَفَّلَ وَأَدَّى لَا يَرْجِعُ لِأَنَّ الْأَصِيلَ مُسْتَقْرَضٌ عَنِ الْكَفِيلِ مَعْنَى وَاسْتَقْرَضَ الصَّبِيَّ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ ضَمَانٌ بِخِلَافِ اسْتَقْرَاضِ الْبَالِغِ وَأَمَّا الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ إِلَّا بَعْدَ الْغَنَى لِأَنَّ أَمْرَهُ صَحِيحٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ دُونَ مَوْلَاهُ أَتَقَانِي

قوله : لئانه قضى دينه بأمره

أَيُّ لَأَنَّ الْكَفَالَةَ إِذَا كَانَتْ بِأَمْرِ كَانَتْ بِمَعْنَى الْقَرْضِ كَأَنَّهُ قَالَ أَقْرِضْنِي كَذَا وَادْفَعُهُ إِلَى فُلَانٍ وَذَلِكَ جَائِزٌ فَكَذَلِكَ هَذَا أَتَقَانِي

قوله أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به

قَالَ فِي التَّحْفَةِ ثُمَّ الْكَفِيلُ يَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ لَا بِمَا أَدَّى لِأَنَّهُ مَلِكٌ مَا فِي ذِمَّةِ الْأَصِيلِ حَتَّى إِنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَرَاهِمُ صِحَاحٍ جَيَادٍ فَأَدَّى زُبُوفًا وَتَجَوَّزَ بِهِ صَاحِبُ الدِّينِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِالْجَيَادِ ، وَكَذَا لَوْ أَدَّى عَنْهَا مِنَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ أَوْ الْعُرُوضِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِالْذَّرَاهِمِ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِقَضَاءِ الدِّينِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِمَا أَدَّى لَا بِمَا عَلَى الْعَرِيمِ وَبِخِلَافِ الصُّلْحِ إِذَا صَالَحَ مِنَ الْآلِفِ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِخَمْسِمِائَةٍ لَا بِالْآلِفِ لِأَنَّهُ إِسْفَاطُ الْبَعْضِ أَتَقَانِي

قوله أو وهبه

يَعْنِي إِذَا وَهَبَ الْمَكْفُولُ لَهُ لِلْكَفِيلِ الْمَالَ الْمَكْفُولَ بِهِ يَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ بِالْمَكْفُولِ بِهِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَلَوْ وَهَبَ الدِّينَ لَهُ أَوْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِحَتَّاجٍ إِلَى الْقَبُولِ فَإِذَا قَبِلَ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْأَصِيلِ كَمَا إِذَا أَدَّى أَتَقَانِي قَوْلُهُ وَلَوْ وَهَبَ أَيُّ الطَّالِبِ قَوْلُهُ لَهُ أَيُّ الْكَفِيلِ

قوله ففعل

كَمَا لَوْ صَالَحَهُ عَنْ آلْفٍ عَلَى مِائَةٍ عَلَى أَنْ يَهَبَهُ الْبَاقِي فَإِنَّ الْكَفِيلَ يَرْجِعُ حِينَئِذٍ بِالْآلِفِ

قوله : في المتن ولما يطالب الأصيل بالمال قبل أن يؤدي عنه

أَيُّ لَأَنَّ الْكَفِيلَ كَالْمَقْرَضِ مَعْنَى وَالْمَقْرَضُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَقْرَضِ مَا لَمْ يُغْرِضْ فَكَذَا الْكَفِيلُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ مَا لَمْ يُؤَدِّ أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ .

قَوْلُهُ : فِي الْمَتْنِ ، فَإِنْ لُزِمَ لَازِمُهُ (اعْلَمْ أَنَّ الْكَفِيلَ بِالْأَمْرِ إِذَا طُوبِلَ طَالِبَ الْأَصِيلِ وَإِذَا حُسِبَ حِسَبُهُ وَإِذَا أَدَّى رَجَعَ عَلَيْهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى الْكَفِيلِ دَيْنٌ مِثْلُهُ لِلْمَكْفُولِ عَنْهُ وَأَمَّا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مِثْلُهُ لِلْمَكْفُولِ عَنْهُ فَلَيْسَ لِلْكَفِيلِ مُلَازِمَةُ الْأَصِيلِ وَلَا لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ إِذَا حُبِسَ وَلَا

لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ إِذَا أَدَّى ، وَلَكِنَّهُ يَسْقُطُ عَنْهُ دَيْنُ الْمَكْفُولِ عَنْهُ كَذَا فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ هَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَتْ الْكَفَالَةُ بِأَمْرٍ مِنْ عَلَيْهِ أَمَّا إِذَا كَانَتْ الْكَفَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرٍ فَلَيْسَ لِلْكَفِيلِ الرَّجُوعُ وَالْمُطَالَبَةُ وَالْحِسُّ لِلْأَصِيلِ لِأَنَّ الْكَفِيلَ مُتَبَرِّعٌ أَتَقَانِي

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَبَرَى بِأَدَاءِ الْأَصِيلِ

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ وَجُمْلَةُ الْقَوْلِ هُنَا مَا قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَإِذَا أَبْرَأَ الْمَكْفُولُ لَهُ الْمَطْلُوبَ عَنِ الدَّيْنِ وَقَبْلَ ذَلِكَ بَرَى الْأَصِيلُ وَالْكَفِيلُ جَمِيعًا لِأَنَّ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ وَبَرَاءَةُ الْكَفِيلِ لَا تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَبْرَأَ الْأَصِيلُ يَشْتَرِطُ فِي ذَلِكَ قَبُولُهُ أَوْ يَمُوتَ قَبْلَ الْقَبُولِ وَالرَّدُّ وَقَامَ ذَلِكَ مَقَامَ الْقَبُولِ وَلَوْ رَدَّهُ ارْتَدَّ وَدَيْنُ الطَّالِبِ عَلَى حَالِهِ وَاخْتَلَفَ مَشَايخُنَا فِي ذَلِكَ أَنَّ الدَّيْنَ هَلْ يَعُودُ إِلَى الْكَفِيلِ أَمْ لَا قَالَ بَعْضُهُمْ يَعُودُ وَقَالَ بَعْضُهُمْ لَا يَعُودُ وَلَوْ أَبْرَأَ الْكَفِيلُ صَحَّ الْإِبْرَاءُ قَبْلَ أَوْ لَمْ يَقْبَلْ وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْأَصِيلِ وَلَوْ وَهَبَ الدَّيْنُ لَهُ أَوْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ فَإِذَا قَبِلَ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْأَصِيلِ كَمَا إِذَا أَدَّى وَفِي الْكَفِيلِ حُكْمُ إِبْرَائِهِ وَالْهَبَةِ يَخْتَلِفُ فِي الْإِبْرَاءِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ وَفِي الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ وَفِي الْأَصِيلِ يَتَّفِقُ حُكْمُ إِبْرَائِهِ فِي الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ فَيَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ فِي الْكُلِّ وَلَوْ كَانَ الْإِبْرَاءُ وَالْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ بَعْدَ مَوْتِهِ فَقَبِلَ وَرَثَتُهُ صَحَّ وَلَوْ رَدَّ وَرَثَتُهُ ارْتَدَّ وَبَطَلَ الْإِبْرَاءُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ بَعْدَ الْمَوْتِ إِبْرَاءٌ لِلْوَرَثَةِ وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَرْتَدُّ بِرَدِّهِمْ كَمَا لَوْ أَبْرَأَهُمْ فِي حَالِ حَيَاتِهِ ثُمَّ مَاتَ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْإِمَامِ الْإِسْبِجَانِيِّ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ

قَوْلُهُ وَبَرَاءَتُهُ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ

أَيُّ ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ لَا تَكُونُ إِلَّا فِيمَا يَكُونُ مَضْمُونًا عَلَى الْأَصِيلِ وَقَدْ سَقَطَ الضَّمَانُ عَلَى الْأَصِيلِ بِالْأَدَاءِ أَوْ الْإِبْرَاءِ فَيَسْقُطُ عَنِ الْكَفِيلِ أَيْضًا لِأَنَّ وَجُوبَ الضَّمَانِ عَلَى الْكَفِيلِ فَرَعٌ وَجُوبِ الضَّمَانِ عَلَى الْأَصِيلِ وَلَمْ يَبْقَ ذَلِكَ ، فَلَا يَبْقَى هَذَا أَتَقَانِي

قَوْلُهُ : فِي الْمَتْنِ وَلَا يَنْعَكُسُ

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَإِذَا أَخَّرَ الطَّالِبُ الدَّيْنَ عَنِ الْكَفِيلِ إِلَى مُدَّةٍ فَقَبِلَ الْكَفِيلُ هَذَا التَّأْخِيرُ مَعَهُ صَحَّ التَّأْخِيرُ عَنِ الْكَفِيلِ خَاصَّةً وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ تَأْخِيرًا عَنِ الْأَصِيلِ وَلَوْ رَدَّ الْكَفِيلُ التَّأْخِيرَ ارْتَدَّ بِخِلَافِ الْإِبْرَاءِ لِلْكَفِيلِ أَنَّهُ لَا يَرْتَدُّ بِرَدِّهِ وَلَوْ أَخَّرَ الدَّيْنَ عَنِ الْأَصِيلِ تَأَخَّرَ عَنْهُمَا جَمِيعًا لِأَنَّ ضَمَانَ الْكَفِيلِ تَبِعَ لَضَمَانِ الْأَصِيلِ وَضَمَانُ الْأَصِيلِ لَيْسَ بِتَبِعٍ لِضَمَانِ الْكَفِيلِ وَلَوْ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ فَأَخَذَ مِنْهُ كَفِيلًا تَبَتَ عَلَى الْكَفِيلِ مُؤَجَّلًا وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ عَلَى الْأَصِيلِ حَالًا وَكَفَلَ عَنْهُ رَجُلٌ لِلطَّالِبِ مُؤَجَّلًا صَحَّتْ الْكَفَالَةُ وَتَأَخَّرَ الدَّيْنُ عَنْهُمَا لِأَنَّ الْأَجَلَ الْحَقَّ بِالْدَّيْنِ وَالْدَّيْنُ عَلَى الْأَصِيلِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الطَّالِبُ وَقْتُ الْكَفَالَةِ الْأَجَلَ لِلْكَفِيلِ خَاصَّةً ، فَلَا يَتَأَخَّرُ الدَّيْنُ حِينَئِذٍ عَنِ الْأَصِيلِ وَلَوْ أَنَّ الْكَفِيلَ أَحَالَ الْمَكْفُولَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ فَقَبِلَ الْمَكْفُولُ لَهُ وَالْمُحْتَالَ عَلَيْهِ الْحَوَالَةَ فَقَدْ بَرَى الْكَفِيلُ وَالْمَكْفُولُ عَنْهُ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ حَصَلَتْ بِأَصْلِ الدَّيْنِ وَأَصْلُ الدَّيْنِ كَانَ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ فَلِذَلِكَ تَضَمَّنَتْ هَذِهِ الْحَوَالَةُ بَرَاءَتَهُمَا جَمِيعًا وَلَوْ اشْتَرَطَ الطَّالِبُ وَقْتُ الْحَوَالَةِ إِبْرَاءَ الْكَفِيلِ خَاصَّةً بَرَى الْكَفِيلُ وَلَا سَبِيلَ لَهُ عَلَى الْكَفِيلِ لِمَالٍ عَلَى الْمُحْتَالَ عَلَيْهِ قَوْلُهُ : بِخِلَافِ مَا إِذَا تَكَفَّلَ الْخ (نَصَّ عَلَيْهِ فِي الْكَافِي

قوله : مُوجِّلاً إلى شهر مثلاً

قَالَ فِي الْمُحِيطِ وَلَوْ كَانَ الْمَالُ حَالًا فَكَفَلَ بِهِ إِنْسَانٌ مُوجِّلاً بِأَمْرِ الْمَكْفُولِ بِهِ وَطَلَبَهُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ وَيَكُونُ تَأْجِيلًا فِي حَقِّهِمَا اسْتِحْسَانًا فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ وَرَوَى ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ حَالَ عَلَى الْأَصِيلِ مُوجِّلاً فِي حَقِّ الْكَفِيلِ لِأَنَّ التَّأْجِيلَ وَجَدَ فِي حَقِّ الْكَفِيلِ خَاصَّةً فَلَا يَتَغَيَّرُ الْحُكْمُ فِي حَقِّ الْأَصِيلِ كَمَا لَوْ أَجَلَهُ بَعْدَ الْكِفَالَةِ وَجْهٌ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ أَنَّهُ أَضَافَ الْأَجَلَ إِلَى نَفْسِ الدَّيْنِ فَتَكُونُ الْمُطَالَبَةُ عَلَيْهِ ابْتِدَاءً مُوجِّلاً وَلَنْ تَكُونُ الْمُطَالَبَةُ عَلَيْهِ مُوجِّلاً ابْتِدَاءً إِلَّا بَعْدَ ثُبُوتِ التَّأْجِيلِ فِي حَقِّ الْأَصِيلِ فَيَتَأَجَّلُ فِي حَقِّ الْأَصِيلِ فَيَتَأَجَّلُ فِي حَقِّهِمَا بخلاف ما
لَوْ كَفَلَ حَالًا ثُمَّ أَجَلَهُ بَعْدَ الْكِفَالَةِ لَا يَتَأَجَّلُ عَنْ الْأَصِيلِ لِأَنَّهُ أَضَافَ التَّأْجِيلَ إِلَى مَنْ عَلَيْهِ الْمُطَالَبَةُ لَا إِلَى الدَّيْنِ فَلَمْ يَتَغَيَّرِ الْحُكْمُ فِي حَقِّ الْأَصِيلِ

قوله : فانصرف التأجل إلى الدين

أَيُّ وَإِنْ كَانَ قَرْضًا وَهَذِهِ حِيلَةٌ فِي تَأْجِيلِ الْقَرْضِ
تَبَيَّنَ وَكُتِبَ مَا نَصَّهُ ذَكَرَ فِي الْمُحِيطِ الْكِفَالَةَ بِالْقَرْضِ إِلَى أَجَلٍ جَائِزٍ وَهُوَ حَالٌ عَلَى الْأَصِيلِ وَمِثْلُهُ فِي خِرَازَةِ الْأَكْمَلِ وَشَرَحَ التَّكْمِلَةَ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى مَا قَالَهُ الْعُلَمَاءُ الْحَصِيرِيُّ فِي التَّحْرِيرِ مِنْ تَأْجِيلِهِ عَلَى الْأَصِيلِ فَإِنَّهُ مُخَالَفٌ لِعَامَّةِ الْكُتُبِ كَذَا قَالَ الشَّيْخُ قَاسِمٌ فِي حَاشِيَةِ الْمَجْمَعِ لِابْنِ فَرِشْتَا ذَكَرَهُ قُبِيلَ فَضْلِ الرَّبِّ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ صَالَحَ أَحَدُهُمَا رَبَّ الْمَالِ عَنْ أَلْفٍ عَلَى نَصْفِهِ بَرَاءً) أَيُّ صَالَحَ الْأَصِيلُ ، أَوْ الْكَفِيلُ الطَّالِبَ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ عَنْ الْأَلْفِ الَّتِي عَلَيْهِ بَرَى الْكَفِيلُ ، وَالْأَصِيلُ أَمَّا إِذَا صَالَحَ الْأَصِيلُ فَظَاهِرٌ ؛ لِأَنَّهُ بِالصُّلْحِ بَرَى هُوَ وَبَرَاءَتُهُ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ عَلَى مَا بَيْنَا وَأَمَّا إِذَا صَالَحَ الْكَفِيلُ فَلِأَنَّ إِضَافَةَ الصُّلْحِ إِلَى الْأَلْفِ إِضَافَةٌ إِلَى مَا عَلَى الْأَصِيلِ ؛ لِأَنَّ الْكَفِيلَ لَيْسَ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، وَإِنَّمَا عَلَيْهِ الْمُطَالَبَةُ عَلَى مَا بَيْنَا فَيَبْرَأُ الْأَصِيلُ عَنْ الدَّيْنِ ضَرُورَةً إِضَافَةَ الصُّلْحِ إِلَى الْأَلْفِ وَبَرَاءَتُهُ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ عَلَى مَا بَيْنَا فَإِذَا بَرَأَ عَنْ خَمْسِمِائَةٍ بِصُلْحٍ أَحَدَهُمَا أَيُّهُمَا كَانَ ، فَإِنْ أَدَّى الْكَفِيلُ الْخَمْسِمِائَةَ الْبَاقِيَةَ رَجَعَ عَلَى الْأَصِيلِ بِهَا إِنْ كَانَ بِأَمْرِهِ ، وَإِلَّا فَلَا يَرْجِعُ لِمَا عُرِفَ ، ثُمَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ إِمَّا أَنْ يَذْكَرَ فِي الصُّلْحِ بَرَاءَتُهُمَا فَيَبْرَأَ جَمِيعًا ، أَوْ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ فَكَذَا الْحُكْمُ ، أَوْ لَمْ يُشْتَرَطْ شَيْءٌ فَكَذَلِكَ أَيْضًا ، أَوْ شَرِطَ ، أَوْ يَبْرَأُ الْكَفِيلُ لَا غَيْرَ فَيَبْرَأُ هُوَ وَحْدَهُ عَنْ خَمْسِمِائَةٍ ، وَالْأَلْفُ عَلَى حَالِهِ عَلَى الْأَصِيلِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ قَالَ الطَّالِبُ لِلْكَفِيلِ بَرْتِ إِلَى مَنْ الْمَالِ رَجَعَ عَلَى الْمَطْلُوبِ) أَيُّ الْكَفِيلُ يَرْجِعُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِفْرَارٌ مِنْهُ بِالْقَبْضِ مِنَ الْكَفِيلِ ؛ لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ الَّتِي يَكُونُ ابْتِدَآؤُهَا مِنَ الْكَفِيلِ وَانْتِهَآؤُهَا إِلَى الطَّالِبِ لَا تَكُونُ إِلَّا بِالْإِفْعَاءِ مِنْهُ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ دَفَعْتُ إِلَيَّ ، أَوْ نَقَدْتَنِي ، أَوْ قَبَضْتَنِي مِنْكَ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ وَلَا يَرْجِعُ الطَّالِبُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِإِفْعَائِهِ بِالْإِسْتِفْعَاءِ مِنَ الْكَفِيلِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَفِي بَرْتِ ، أَوْ أَبْرَأْتُكَ لَا) أَيُّ فِي قَوْلِهِ لِلْكَفِيلِ بَرْتِ ،

أَوْ أَبْرَأْتُكَ لَا يَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الْأَصِيلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُغَيَّرْ بِالْإِسْتِفْعَاءِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ بَرْتِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقُولَ إِلَيَّ مُحْتَمِلٌ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ بَرَى بِإِبْرَائِهِ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ بَرَى بِالْأَدَاءِ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ الرُّجُوعُ بِالشُّكِّ ، وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَرْجِعُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ إِلَّا الْبَرَاءَةَ بِالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِبَرَاءَةِ ابْتِدَآؤُهَا مِنَ الْمَطْلُوبِ ؛ لِأَنَّهُ نَسَبَ الْبَرَاءَةَ إِلَيْهِ وَلَا يَقْدِرُ الْمَطْلُوبُ أَنْ يَبْرَأَ إِلَّا بِالْأَدَاءِ بَأَنْ يَضَعَ الْمَالُ بَيْنَ يَدَيْهِ وَيُحْلِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَالِ فَيَبْرَأَ بِذَلِكَ ، وَإِنْ لَمْ يُوَجَدْ مِنَ الطَّالِبِ صُنْعٌ .

وَلِهَذَا لَوْ كُتِبَ وَقَالَ بَرَى الْكَفِيلُ مِنَ الْمَالِ يَكُونُ إِفْرَارًا مِنْهُ بِالْقَبْضِ إجماعاً فكذا هذا ؛ إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ وَفَرَقَ مُحَمَّدٌ

رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا أَنْ الصَّكَّ لَا يُكْتَبُ عَادَةً إِلَّا إِذَا كَانَتْ الْبَرَاءَةُ بِالْإِيْفَاءِ ، وَإِنْ كَانَتْ بِالْإِبْرَاءِ لَا يُكْتَبُ وَقَوْلُهُ أُبْرَأْتُكَ ابْتِدَاءً إِسْقَاطٌ لَا إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْقَبْضِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ كَيْفَ نَسَبَ الْفِعْلَ إِلَى نَفْسِهِ ، وَالْكَفِيلُ لَا يَمْلِكُ الدَّيْنَ بِالْإِبْرَاءِ ، فَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْأَصِيلِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَدَّى ، أَوْ وَهَبَهُ الطَّالِبُ عَلَى مَا مَرَّ وَبِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ إِذَا أُبْرَأَهُ الْبَائِعُ عَنِ الثَّمَنِ حَيْثُ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُوَكَّلِ لِمُلْكِهِ مَا فِي ذِمَّتِهِ ، وَهَذَا كُلُّهُ فِيمَا إِذَا كَانَ الطَّالِبُ غَائِبًا ، وَإِنْ كَانَ حَاضِرًا يَرْجِعُ إِلَيْهِ فِي بَيَانِهِ فِي الْكُلِّ أَنَّهُ أَوْفَاهُ ، أَوْ أُبْرَأَهُ لِيُزُولَ الْإِحْتِمَالُ وَيُثْبِتَ حُكْمُهُ .

الشرح

قوله : ثُمَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ إِمَّا أَنْ يَذْكَرَ الْبَيْعُ

أَيُّ كَانَ يَقُولُ الْكَفِيلُ مَثَلًا لِلطَّالِبِ صَالِحُكَ عَنْ أَلْفٍ الَّتِي عَلَيَّ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ عَلَى آتِي وَالْمَكْفُولُ عَنْهُ بَرِيءَانِ مِنَ الْخَمْسِمِائَةِ الْبَاقِيَةِ بَرِيءًا جَمِيعًا وَالطَّالِبُ فِي الْخَمْسِمِائَةِ الَّتِي وَقَعَ عَلَيْهَا الصُّلْحُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا مِنَ الْكَفِيلِ وَالْكَفِيلُ يَرْجِعُ عَلَى الْأَصِيلِ إِنْ كَانَ بِأَمْرِهِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهَا مِنَ الْأَصِيلِ

قوله فِي الْمَثْنِ رَجَعَ عَلَى الْمَطْلُوبِ

أَيُّ وَالطَّالِبُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ جَمِيعَ ذَيْنِهِ مِنَ الْأَصِيلِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ مِنَ الْكَفِيلِ خَمْسِمِائَةٍ وَيَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الْأَصِيلِ بِمَا أَدَّى إِنْ كَانَ الصُّلْحُ بِأَمْرِهِ أَتَّقَانِي

قوله : الْكَفِيلُ يَرْجِعُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ

أَيُّ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ لِأَنَّ لَفْظَ إِلَى لِنْتِهَاءِ الْعَايَةِ وَالْمُتَكَلِّمُ وَهُوَ رَبُّ الدَّيْنِ هُوَ الْمُتَهَيِّ فِي هَذَا التَّرْكِيبِ ، فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ تَمَّ مُبْتَدَأً وَلَيْسَ إِلَّا الْكَفِيلُ الْمُخَاطَبُ فَأَفَادَ التَّرْكِيبُ بَرَاءَةً مِنَ الْمَالِ مُبْتَدَأُهَا مِنَ الْكَفِيلِ وَمُنْتَهَاهَا صَاحِبُ الدَّيْنِ وَهَذَا مَعْنَى الْإِقْرَارِ مِنْ رَبِّ الدَّيْنِ بِالْقَبْضِ مِنَ الْكَفِيلِ كَأَنَّهُ قَالَ دَفَعْتُ إِلَيَّ ، فَلَا يَرْجِعُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَيَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الْأَصِيلِ إِنْ كَانَ كَفَلَ بِأَمْرِهِ وَالْحَوَالَةُ كَالْكَفَالَةِ فِي هَذَا كَمَالٌ

قوله : فِي الْمَثْنِ وَفِي بَرِئْتُ أَوْ أُبْرَأْتُكَ لَا

ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ ثَلَاثَ مَسَائِلَ اثْنَتَانِ لَا خِلَافَ فِيهِمَا وَهُمَا قَوْلُهُ بَرِئْتُ إِلَيَّ أَوْ أُبْرَأْتُكَ

قوله : أُبْرَأْتُكَ ابْتِدَاءً إِسْقَاطٌ لَا إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْقَبْضِ

حَتَّى كَانَ لِلطَّالِبِ أَنْ يَأْخُذَ الْأَصِيلَ بِهِ كَمَالٌ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ لِأَنَّ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ لَا تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ غَايَةً وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَتْقَانِيُّ لِأَنَّ

الْبَرَاءَةِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ ابْتِدَاؤُهَا مِنَ الطَّالِبِ وَالْبَرَاءَةُ الَّتِي ابْتِدَاؤُهَا مِنَ الطَّالِبِ لَا تَكُونُ إِلَّا بِالِإِسْقَاطِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبَطَلَ تَعْلِيْقُ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْكَفَالَةِ بِالشَّرْطِ) ؛ لِأَنَّ فِي الْإِبْرَاءِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ كَالْإِبْرَاءِ عَنِ الدَّيْنِ ، وَهَذَا عَلَى قَوْلٍ مَنْ يَقُولُ بَشُوبِ الدَّيْنِ عَلَى الْكَفِيلِ ظَاهِرٌ ، وَكَذَا عَلَى قَوْلٍ مَنْ يَقُولُ بِشُوبِ الْمُطَالَبَةِ لَا غَيْرُ ؛ لِأَنَّ فِيهَا تَمْلِيكَ الْمُطَالَبَةِ ، وَهِيَ كَالدَّيْنِ ؛ لِأَنَّهَا وَسِيلَةٌ إِلَيْهِ ، وَالتَّمْلِيكَ لَا يَقْبَلُ التَّعْلِيْقَ بِالشَّرْطِ وَقِيلَ : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ النَّابِتَ فِيهَا عَلَى الْكَفِيلِ الْمُطَالَبَةُ دُونَ الدَّيْنِ فِي الصَّحِيحِ فَكَانَ إِسْقَاطًا مُحَضًّا كَالطَّلَاقِ ، وَالْعِتَاقِ وَلِهَذَا لَا يَرْتَدُّ إِبْرَاءُ الْكَفِيلِ بِالرَّدِّ ؛ لِأَنَّ الْإِسْقَاطَ يَتِمُّ بِالْمُسْقَاطِ بِخِلَافِ التَّأْخِيرِ عَنِ الْكَفِيلِ حَيْثُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِسْقَاطٍ بَلْ هُوَ خَالِصٌ حَقُّ الْمَطْلُوبِ فَيَرْتَدُّ بِالرَّدِّ وَبِخِلَافِ الْإِبْرَاءِ عَنِ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الثَّمَنِ وَبَطَلَ تَعْلِيْقُ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْكَفَالَةِ إلخ (اعْلَمْ أَنَّ تَعْلِيْقَ الْكَفَالَةِ بِشَرْطٍ مُلَائِمٍ نَمَّ يَصِحُّ عِنْدَنَا وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ أَمَّا تَعْلِيْقُ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْكَفَالَةِ لَا يَجُوزُ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ إِذَا جَاءَ غَدٌ فَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ الْكَفَالَةِ وَذَلِكَ لِأَنَّ فِي الْإِبْرَاءِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ وَالتَّمْلِيكَاتُ لَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهَا بِالشَّرْطِ لِإِفْضَائِهَا إِلَى مَعْنَى الْفَمَارِ قَالَهُ الْأَنْقَاوِيُّ وَقَالَ الْكَمَالُ قَوْلُهُ وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْكَفَالَةِ بِالشَّرْطِ أَيْ بِالشَّرْطِ الْمُتَعَارَفِ مِثْلِ إِنْ عَجَلْتُ لِي الْبَعْضُ أَوْ دَفَعْتُ الْبَعْضَ فَقَدْ أَبْرَأْتُكَ مِنَ الْكَفَالَةِ

قوله وقيل : يصح

أَي قِيلَ : تَعْلِيْقُ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْكَفَالَةِ صَحِيحٌ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْكَفَالَةُ بَحْدٌ وَقَوْدٌ وَمَبِيعٌ وَمَرْهُونٌ وَأَمَانَةٌ) يَعْنِي الْكَفَالَةُ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ بَاطِلَةٌ أَمَّا الْكَفَالَةُ بِاسْتِيفَاءِ الْحَدِّ ، أَوْ الْقِصَاصِ فَلِأَنَّ الْكَفَالَةَ إِنَّمَا تَصِحُّ بِمَضْمُونٍ تَجْرِي النَّيَابَةُ فِي إِيْفَانِهِ وَلَا تَجْرِي النَّيَابَةُ فِي الْعُقُوبَاتِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ شَرْعِهَا زَجْرُ الْمُفْسِدِينَ عَنِ الْفَسَادِ ، فَلَا يُمَكِّنُ إِقَامَتَهَا عَلَى غَيْرِ الْجَانِي لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ وَأَمَّا الْكَفَالَةُ بِالسَّبِيحِ ، وَالْمَرْهُونِ ، وَالْأَمَانَاتِ كُلِّهَا فَلِأَنَّ الْكَفَالَةَ مِنْ شَرْطِ صِحَّتِهَا أَنْ يَكُونَ الْمَكْفُولُ بِهِ مَضْمُونًا عَلَى الْأَصِيلِ بِحَيْثُ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَخْرُجَ عَنْهُ إِلَّا بِدَفْعِهِ ، أَوْ بِدَفْعِ بَدَلِهِ ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ التَّرَامُ الْمُطَالَبَةُ بِمَا عَلَى الْأَصِيلِ ، فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ وَاجِبًا عَلَى الْأَصِيلِ وَمَضْمُونًا عَلَيْهِ حَتَّى يَتَحَقَّقَ مَعْنَى الضَّمِّ ، وَالْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَيْسَ بِمَضْمُونٍ بِنَفْسِهِ وَإِنَّمَا هُوَ مَضْمُونٌ بِالثَّمَنِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ هَلَكَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، بَلْ يَنْفَسَخُ الْبَيْعُ ، وَكَذَا الرَّهْنُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ ، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ ذَنْبُهُ إِذَا هَلَكَ ، فَلَا يُمَكِّنُ إِيْجَابُ الضَّمَانِ عَلَى الْكَفِيلِ ، وَهُوَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَى الْأَصِيلِ ، وَكَذَا الْأَمَانَةُ لَيْسَتْ بِمَضْمُونَةٍ عَلَى الْأَصِيلِ لَا عَيْنَهَا وَلَا تَسْلِيمُهَا ، وَهِيَ كَالْوَدَائِعِ ، وَالْمُضَارَبَاتِ ، وَالشَّرِكَاتِ ، فَلَا يُمَكِّنُ جَعْلُهَا مَضْمُونَةً عَلَى الْكَفِيلِ ، فَلَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِهَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَصَحَّ لَوْ ثَمَنًا وَمَعْصُوبًا وَمَقْبُوضًا عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ وَمَبِيعًا فَاسِدًا) يَعْنِي إِنْ كَانَ ثَمَنُ الْمَبِيعِ يَصِحُّ إلخ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ دَيْنٌ صَحِيحٌ مَضْمُونٌ عَلَى الْمُشْتَرِي وَالْمَعْصُوبُ وَالْمَقْبُوضُ عَلَى سَوْمِ الشَّرَاءِ ، وَالْمَبِيعُ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ حَتَّى إِذَا هَلَكَتْ عَنْدَهُ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ؛ إِذَا الْقِيَمَةُ

تَقُومُ مَقَامَهُ فَأَمَّا إِيْجَابُهُ عَلَى الْكَفِيلِ بِخِلَافِ الْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ بِغَيْرِهَا كَالْمَبِيعِ وَالرَّهْنِ وَبِخِلَافِ الْأَمَانَاتِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَيَجُوزُ فِي الْكُلِّ أَنْ يَتَكَفَّلَ بِتَسْلِيمِ الْعَيْنِ سَوَاءً كَانَتْ مَضْمُونَةً أَوْ أَمَانَةً ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْعَيْنِ وَاجِبٌ عَلَى الْأَصِيلِ فَأَمَّا التَّرَامُ فَصَارَ نَظِيرُ الْكَفِيلِ بِالنَّفْسِ ؛ لِأَنَّهُ مَا دَامَ قَائِمًا يَجِبُ عَلَيْهِ تَسْلِيمُهُ ، وَإِنْ هَلَكَ يَبْرَأُ كَالْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ وَقِيلَ : إِنْ كَانَ تَسْلِيمُهُ وَاجِبًا عَلَى الْأَصِيلِ كَالْعَارِيَةِ وَالْإِجَارَةِ جَازَتْ الْكَفَالَةُ بِتَسْلِيمِهِ ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ وَاجِبٍ كَالْوَدِيعَةِ وَالْإِجَارَةِ لَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِتَسْلِيمِهِ ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ غَيْرٍ وَاجِبٍ عَلَيْهِ فَلَا يُمَكِّنُ إِيْجَابُهُ

عَلَى الْكَفِيلِ .

الشرح

قوله : في المثل والكفالة بحد وقود ومبيع

يَعْنِي إِذَا تَكْفَّلَ عَنِ الْبَائِعِ بِالْمَبِيعِ لَمْ يَصِحَّ لِأَنَّهُ عَيْنٌ لَا يُمَكِّنُ أَدَاؤُهُ مِنَ الْكَفِيلِ إِذَا هَلَكَ وَالْمُرَادُ الْكَفَالَةُ بِعَيْنِ الْمَبِيعِ لِأَنَّهُ إِذَا كَفَلَ بِتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ جَازَ

قوله فلان الكفالة إنما تصح بمضمون تجري النيابة في إيفائه

أَيَّ وَكُلُّ حَقٍّ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الْكَفِيلِ لَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِهِ كَالْحُدُودِ وَالْقَصَاصِ هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي مُخْتَصَرِهِ قَالَ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ مَعْنَاهُ بِنَفْسِ الْحَدِّ لَا بِنَفْسٍ مِنْ عَلَيْهِ يَعْنِي أَنَّ الْكَفَالَةَ بِنَفْسِ الْحَدِّ لَا تَجُوزُ أَمَّا الْكَفَالَةُ بِنَفْسٍ مِنْ عَلَيْهِ الْحَدِّ فَتَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِتَسْلِيمِ النَّفْسِ إِلَى بَابِ الْقَاضِي وَاجِبٌ بِخِلَافِ الْكَفَالَةِ بِنَفْسِ الْحَدِّ فَإِنَّهَا لَا تَجُوزُ لِأَنَّ الْعُقُوبَاتِ لَا تَجْرِي فِيهَا النَّيَابَةُ لِعَدَمِ حُصُولِ الْمَقْصُودِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الزَّجْرَ وَهُوَ لَا يَتَحَقَّقُ بِالنَّائِبِ أَتَقَانِي

قوله : في المثل وصح لو ثمننا

قَالَ الْقُدُورِيُّ وَإِذَا تَكْفَّلَ عَنِ الْمُشْتَرِي بِالْثَمَنِ جَازَ قَالَ الْأَفْطَحُ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ دَيْنٌ صَحِيحٌ يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الْكَفِيلِ فَصَحَّتْ الْكَفَالَةُ بِهِ كَالْقَرْضِ

قوله : أو مبيعاً

كَذَا بِخَطِّ الشَّارِحِ وَالَّذِي فِي نُسَخِ الْمَثْنِ بِالْوَاوِ

قوله : ويجوز في الكل أن يتكفل بتسليم

الْعَيْنِ نَحْوُ إِنْ كَفَلَ عَنِ الْبَائِعِ تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ إِلَى الْمُشْتَرِي أَوْ كَفَلَ عَنِ الْمُرْتَهِنِ تَسْلِيمَ الرَّهْنِ إِلَى الرَّاهِنِ أَوْ كَفَلَ عَنِ الْآجِرِ بِتَسْلِيمِ الْمُسْتَأْجِرِ إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَحَمَلَ دَابَّةً مُعَيَّنَةً مُسْتَأْجَرَةً وَخِدْمَةً عَبْدٌ أَسْتُؤِجَرَ لِلْخِدْمَةِ) يَعْنِي لَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِالْحَمَلِ فِيمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً مُعَيَّنَةً لِلْحَمَلِ عَلَيْهَا وَلَا بِالْخِدْمَةِ فِيمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِهَا أَنْ يَكُونَ قَادِرًا عَلَى التَّسْلِيمِ ، وَهَذَا لَا يَقْدِرُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ الْحَمْلُ عَلَى دَابَّةٍ مُعَيَّنَةٍ ، وَالْكَفِيلُ لَوْ أُعْطِيَ دَابَّةً مِنْ عِنْدِهِ لَا يَسْتَحَقُّ الْأُجْرَةَ ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِغَيْرِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُؤْجَرَ لَوْ حَمَلَهُ عَلَى دَابَّةٍ أُخْرَى لَا يَسْتَحَقُّ الْأُجْرَةَ فَصَارَ عَاجِزًا ضَرْوَرَةً ، وَكَذَا الْعَبْدُ لِلْخِدْمَةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الدَّابَّةُ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ عَلَى الْمُؤْجَرِ الْحَمْلُ ، وَالْكَفِيلُ يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ بِأَنْ يَحْمِلَهُ عَلَى دَابَّةٍ نَفْسِهِ وَلَوْ تَكْفَّلَ بِتَسْلِيمِ الدَّابَّةِ فِيمَا إِذَا كَانَتْ مُعَيَّنَةً جَازَ لِمَا ذَكَرْنَا فِي

قوله : في المتن وحمل دابة الخ

قَالَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مُخْتَصَرِهِ وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِلْحَمْلِ ، فَإِنْ كَانَتْ بَعِينَهَا لَمْ تَصِحَّ الْكَفَالَةُ بِالْحَمْلِ وَإِنْ كَانَتْ بَعِيرَ عَيْنِهَا جَازَتْ الْكَفَالَةُ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو نَصْرِ الْأَقْطَعُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَذَلِكَ لِأَنَّ الدَّابَّةَ إِنْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً فَالْوَاجِبُ عَلَى الْمُؤَجِّرِ تَسْلِيمُ الدَّابَّةِ دُونَ الْحَمْلِ فَإِذَا تَكْفَّلَ بِالْحَمْلِ فَقَدْ تَكْفَّلَ بِمَا لَا يَجِبُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ فَلَا يَصِحُّ وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ الدَّابَّةُ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ لِأَنَّ الَّذِي يَلْزَمُ الْمُؤَجِّرَ الْحَمْلُ وَهُوَ مِمَّا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الْكَفِيلِ فَصَحَّتْ الْكَفَالَةُ بِهِ قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ فِي الْمَبْسُوطِ وَلَوْ تَكَارَى دَابَّةٌ أَوْ عَبْدًا وَعَجَّلَ الْأَجْرَ وَلَمْ يَقْبِضْ الْعَبْدَ وَلَا الدَّابَّةَ وَكَفَلَ لَهُ كَفِيلٌ بِذَلِكَ حَتَّى يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ فَإِنَّ الْكَفِيلَ يُؤَاخِذُ بِهِ مَا دَامَ حَيًّا لِأَنَّ التَّسْلِيمَ مُسْتَحَقٌّ عَلَى الْأَصِيلِ وَهُوَ مِمَّا تَجْرِي فِيهِ النَّيَابَةُ فَتَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِهِ فَلَوْ هَلَكَ الْمُسْتَأْجِرُ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَى الْكَفِيلِ شَيْءٌ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ انْفَسَخَتْ وَخَرَجَ الْأَصِيلُ مِنْ أَنْ يَكُونَ مُطَالِبًا بِتَسْلِيمِ الْعَيْنِ وَإِنَّمَا عَلَيْهِ رَدُّ الْأَجْرِ وَالْكَفِيلُ مَا كَفَلَ بِالْأَجْرِ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ وَحَمَلَ دَابَّةً مَا نَصَّهُ بِالْجَرِّ عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ بِحَدِّ وَقِصَاصٍ أَيْ بَطْلَ الْكَفَالَةِ بِحَمْلِ دَابَّةٍ عَيْنِي

قوله : في المتن وخدمة عبد

بِالْجَرِّ أَيْضًا عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ وَحَمَلَ دَابَّةً أَيْ وَبَطْلَ الْكَفَالَةَ أَيْضًا بِخِدْمَةِ عَبْدٍ (فَرَعٌ) قَالَ قَاضِي خَانَ رَجُلٌ قَالَ لِحَمَاعَةٍ اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ ضَمَنْتُ لِهَذَا الرَّجُلِ بِالْأَلْفِ الَّتِي لَهُ عَلَى فُلَانٍ ثُمَّ إِنَّ الْمَدْيُونِ أَقَامَ بَيْنَةً أَنَّهُ كَانَ قَدْ قَضَاهُ قَبْلَ أَنْ يَضْمَنَهُ الْكَفِيلُ قُبِلَتْ بَيْنَتُهُ وَيَبْرَأُ الْمَطْلُوبُ عَنْ دَيْنِ الطَّالِبِ وَلَا يَبْرَأُ الْكَفِيلُ عَنْ دَيْنِ الطَّالِبِ لِأَنَّ قَوْلَ الْكَفِيلِ ذَلِكَ كَانَ إِقْرَارًا بِالذَّيْنِ عِنْدَ الْكَفَالَةِ ، فَلَا يَبْرَأُ الْكَفِيلُ وَلَوْ أَقَامَ الْمَدْيُونُ بَيْنَةً عَلَى الْقَضَاءِ بَعْدَ الْكَفَالَةِ بَرَأَ الْكَفِيلُ وَالْمَدْيُونُ جَمِيعًا

قوله ولو تكفل بتسليم الدابة الخ

قَالَ قَاضِي خَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ كَفَلَ عَلَى رَجُلٍ بِمَالٍ وَالطَّالِبُ غَائِبٌ وَالْمَكْفُولُ عَنْهُ حَاضِرٌ فَأَجَازَ الْغَائِبُ بَعْدَ ذَلِكَ لَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَتَصِحُّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَلَوْ كَانَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ غَائِبًا وَالطَّالِبُ حَاضِرٌ فَأَجَازَ الطَّالِبُ جَازًا بِالِاتِّفَاقِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبَلَا قُبُولُ الطَّالِبِ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ) يَعْنِي لَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بَلَا قُبُولِ الْمَكْفُولِ لَهُ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَصِحُّ ، وَالْخِلَافُ فِي الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ سَوَاءٌ وَقِيلَ : عَنْهُ يَشْتَرِطُ الْقُبُولُ لَكِنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ فِي الْمَجْلِسِ ، بَلْ إِذَا بَلَغَهُ بَعْدَ الْقِيَامِ مِنَ الْمَجْلِسِ فَأَجَازَ جَازَ ذَكَرَ قَوْلِيهِ فِي الْمَبْسُوطِ فِي مَوْضِعَيْنِ فَشَرَطَ الْإِجَارَةَ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ وَجْهُ قَوْلِهِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْكَفَالَةَ التِّزَامُ مُطَالَبَةٌ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَجِبَ بِمُقَابَلَتِهِ عَلَى غَيْرِهِ شَيْءٌ فَيَصِحُّ كَالِإِقْرَارِ ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفُ التِّزَامِ فِي ذِمَّتِهِ وَلَهُ عَلَيْهَا وَلَايَةٌ وَلَا ضَرَرٌ عَلَى

الطَّالِبِ فِيهِ فَيَتِمُّ بِهِ وَحْدَهُ كَالنَّذْرِ وَحُجَّهُ قَوْلِهِ الثَّانِي أَنَّهُ تَصَرَّفَ لِلغَيْرِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى رِضَاهُ كَسَائِرِ الْعُقُودِ وَعِبَارَةُ الْوَاحِدِ عِنْدَهُ تَقُومُ مَقَامَ عِبَارَتَيْنِ ، وَإِنْ كَانَ قَضُوءِيًّا كَمَا فِي نِكَاحِ الْفُضُولِيِّ فَإِنَّهُ يَنْعَقِدُ عِنْدَ الْإِذْنِ بِعِبَارَةٍ وَاحِدَةٍ فَكَذَا عِنْدَ عَدَمِ الْإِذْنِ ، وَإِنَّمَا تَأْثِيرُ الْإِذْنِ عِنْدَهُ فِي الْزُّومِ دُونَ الْإِنْعِقَادِ .

أَلَا تَرَى أَنَّ الْبَيْعَ لَمَّا كَانَ يَنْعَقِدُ عِنْدَ الْإِذْنِ بِعِبَارَتَيْنِ كَانَ كَذَلِكَ فِي الْفُضُولِيِّ وَلَهُمَا أَنَّهُ عَقْدٌ تَمْلِكُ فَشَرْطُهُ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ كَسَائِرِ الْعُقُودِ وَلِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ عَلَى الطَّالِبِ بِاللِّتَزَامِ ، وَإِنْشَاءُ سَبَبِ التَّبَرُّعِ لَا يَتِمُّ بِالْمُتَبَرِّعِ مَا لَمْ يَقْبَلْهُ الْمُتَبَرِّعُ عَلَيْهِ كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَلَا يُمَكِّنُ جَعْلَ عِبَارَتِهِ قَائِمَةً مَقَامَ عِبَارَتَيْنِ حَتَّى يَكُونَ كَقَبُولِ الْآخِرِ لِعَدَمِ وَلَايَتِهِ عَلَيْهِ فَتَعَيَّنَ الْإِلْغَاءُ وَلِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ ضَرَرًا عَلَيْهِ بَأَنْ يُرَافِعَهُ الْأَصِيلُ إِلَى مَنْ يَرَى بَرَاءَتَهُ مِنَ الْقَضَاةِ بِالْكَفَالَةِ ؛ لِأَنَّ الْعُلَمَاءَ مُخْتَلِفُونَ فِيهَا

فَيَعُودُ ضَرَرٌ عَلَيْهِ ، فَلَا تَصِحُّ بِدُونِ قَبُولِهِ بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ بِالْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَقْدٍ وَإِنَّمَا هُوَ إِخْبَارٌ عَنْ شَيْءٍ وَاقِعٍ فَيُقْبَلُ مِنْهُ قَوْلُهُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ إِذَا لَمْ يَنْتَضِمْ إِضْرَارًا بِأَحَدٍ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (إِلَّا أَنْ تَكْفُلَ وَارِثُ الْمَرِيضِ عَنْهُ) يَعْنِي لَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ إِلَّا بِقَبُولِ الْمَكْفُولِ لَهُ فِي الْمَجْلِسِ عِنْدَهُمَا إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَهِيَ أَنْ يَقُولَ الْمَرِيضُ لَوَرِثَتِي ، أَوْ لِبَعْضِهِمْ تَكْفُلُوا عَنِّي بِمَا عَلَيَّ مِنَ الدَّيْنِ لِعُرْمَاتِي فَتَكْفُلُوا عَنْهُ مَعَ غِيَبَةِ الْغُرَمَاءِ فَإِنَّهُ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا ، وَإِنْ كَانَ الْقِيَاسُ يَأْبَاهُ عَلَى قَوْلِهِمَا ؛ إِذْ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِقَبُولِهِ فَصَارَ كَمَا لَوْ قَالَ ذَلِكَ فِي حَالَةِ الصَّحَّةِ وَجْهَ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ هَذِهِ وَصِيَّةٌ مِنْهُ لَوَرِثَتِهِ بِأَنْ يَقْضُوا دَيْنَهُ وَلِهَذَا يَصِحُّ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ الْمَرِيضُ الدَّيْنَ وَغُرَمَاءَهُ ؛ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ وَلِهَذَا قَالُوا لَا تَصِحُّ إِذَا لَمْ يُخْلَفْ مَالًا وَلِأَنَّ الْمَرِيضَ فِي هَذَا الْخُطَابِ قَائِمٌ مَقَامَ الطَّالِبِ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ تَقْرِيعًا لِدَيْنِهِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ مِنْ تَرَكِّهِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَلَّقَ فِيهِ حَقُّ الْغُرَمَاءِ وَالْوَرِثَةِ بِمَالِهِ صَارَ كَالْأَجَنِيِّ عَنْ مَالِهِ حَتَّى لَا تَنْفُذُ تَصَرُّفَاتُهُ فِيهِ وَتَوَجَّهَتْ الْمُطَالَبَةُ عَلَى الْوَرِثَةِ بِقَضَاءِ دُيُونِهِ مِنَ التَّرَكَةِ فَقَامَ الْمَطْلُوبُ فِي هَذَا الْخُطَابِ مَقَامَ الطَّالِبِ أَوْ نَائِبِهِ كَأَنَّ الطَّالِبَ قَالَ اضْمَنْ عَنْ فُلَانٍ ، أَوْ كَأَنَّهُ حَضَرَ وَقَبِلَ .

وَإِنَّمَا يَصِحُّ بِمَجَرَّدِ الطَّلَبِ وَلَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْقَبُولِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ تَكْفُلُوا عَنِّي لَا يُرَادُّ بِهِ الْمُسَاوَمَةُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ ، وَإِنَّمَا يُرَادُّ بِهِ تَحْقِيقُ الْكَفَالَةِ فَصَارَ كَالْأَمْرِ بِالنِّكَاحِ وَفِيمَا إِذَا قَالَ الْمَرِيضُ ذَلِكَ لِأَجَنِيِّ فَضْمِنَ الْأَجَنِيُّ بِالنِّمَاسَةِ فَقِيلَ : لَا

يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْأَجَنِيَّ غَيْرُ مُطَالِبٍ بِدَيْنِهِ بِدُونِ الْإِتِّزَامِ فَكَانَ الْمَرِيضُ فِي حَقِّهِ وَالصَّحِيحُ سَوَاءً وَقِيلَ : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمَرِيضَ قَصَدَ بِهِ الشُّظْرَ لِنَفْسِهِ ، وَالْأَجَنِيُّ إِذَا قَضَى دَيْنَهُ بِأَمْرِهِ يَرْجِعُ بِهِ فِي تَرَكِّهِ فَيَصِحُّ هَذَا مِنَ الْمَرِيضِ عَلَى أَنْ يُجْعَلَ قَائِمًا مَقَامَ الطَّالِبِ لِتَضْيِيقِ الْحَالِ عَلَيْهِ لِكُونِهِ عَلَى شَرَفِ الْهَلَاكِ وَمِثْلُ ذَلِكَ لَا يُوجَدُ مِنَ الصَّحِيحِ فَيُؤْخَذُ فِيهِ بِالْقِيَاسِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعَنْ مَيْتٍ مُفْلِسٍ) يَعْنِي لَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ عَنْ مَيْتٍ لَمْ يَتْرَكْ مَالًا وَعَلَيْهِ دُيُونٌ ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يَجُوزُ لِمَا رَوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { أَنِّي بِحِجَارَةٍ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ فَسَأَلَ هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ قَالُوا نَعَمْ دَرَهْمَانِ ، أَوْ دِينَارَانِ فَاِمْتَنَعَ مِنَ الصَّلَاةِ فَقَالَ صَلُّوا عَلَى أَحْيَاكُمْ فَقَامَ أَبُو قَتَادَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ { وَفِي رَوَايَةٍ { قَالَ ذَلِكَ عَلَيَّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَصَلَّى عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { وَلِأَنَّ الدَّيْنَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فِي حَيَاتِهِ ، وَهُوَ لَا يَسْقُطُ إِلَّا بِالْإِبْنَاءِ أَوْ الْإِبْرَاءِ أَوْ انْفِسَاخِ سَبَبِ الْوُجُوبِ وَلَمْ يُوجَدْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فَلَمْ يَسْقُطْ وَلِهَذَا يَبْقَى فِي حَقِّ حُكْمِ الْآخِرَةِ وَلَوْ تَبَرَّعَ بِهِ إِنْسَانٌ صَحَّ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَمَّا جَازَ لِلطَّالِبِ أَخْذُهُ مِنَ الْمُتَبَرِّعِ ، وَكَذَا يَبْقَى إِذَا كَانَ بِهِ كَفِيلٌ ، أَوْ تَرَكَ مَالًا وَلَهُ أَنَّهُ كَفَلَ بِدَيْنٍ سَاقِطٌ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ هُوَ الْفِعْلُ حَقِيقَةً يُقَالُ وَجَبَ عَلَيْهِ الدَّيْنُ أَيْ أَدَاؤُهُ كَمَا يُقَالُ وَجَبَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَيُرَادُّ بِهِ الْأَدَاءُ ، وَالْأَدَاءُ لَا يُتَصَوَّرُ مِنَ الْمَيْتِ فَسَقَطَ سَوَاءً كَانَ لَهُ مَالٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الدُّنْيَا وَصِحَّةُ الْكَفَالَةِ تَقْتَضِي قِيَامَ الدَّيْنِ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الدُّنْيَا لِصِحِّ تَحْقِيقِ مَعْنَى الْكَفَالَةِ ، وَهُوَ ضَمُّ الدَّيْنِ إِلَى الدَّيْنَةِ فِي حَقِّ وَجُوبِ الْمُطَالَبَةِ ، وَالْمُطَالَبَةُ سَاقِطَةٌ عَنِ الْأَصِيلِ ، فَلَا يُمَكِّنُ إِجْبَاهُهَا عَلَى الْكَفِيلِ تَبَعًا ؛ إِذْ لَا يُضْمُّ الْمَوْجُودُ إِلَى الْمَعْدُومِ إِلَّا أَنَّهُ فِي الْحُكْمِ مَالٌ ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ إِلَيْهِ ؛ إِذَا الْوُجُوبُ لِأَجَلِهِ وَقَدْ عَجَزَ عَنِ الْأَدَاءِ بِنَفْسِهِ وَبِخَلْفِهِ مِنَ الْمَالِ وَالْكَفِيلِ ؛ فَفَاتَ الْمَقْصُودُ ، وَهُوَ

الاستيفاء ، فلا يبقى ، والتبرع لا يعتمد قيام الدين ؛ لأنه تبرع في حق الآخرة ولأن الدين باق في حق الطالب ؛ لأنه أمر بينهما وأما الكفالة فأمر بين الكفيل ، والأصيل ؛ لأنه التزم ما على الأصيل وما رويته كان إقراراً منه بأنه كان كفيلاً عنه قبل الموت ويحتمل أن يكون وعداً منه لا كفالة فحاصله أنه حكاية حال ، فلا يمكن الاحتجاج به ولا يقال لو سقط الدين لبرئ الكفيل ؛ لأن براءته توجب براءة الكفيل فلما لم يبرأ علم أن عليه ديناً فيجوز ابتداء الكفالة به أيضاً ؛ لأننا نقول الكفيل خلف عنه فلا يبرأ ، أو نقول الدين في حق الطالب لا يسقط ؛ لأن سقوطه ضروري فلا يتعدى المطلوب .

قال رحمه الله (وبالتمن للموكل ولرب المال) أي لا تجوز الكفالة بالتمن للموكل ولا لرب المال معناه إذا وكل رجل رجلاً ببيع شيء فباعه الوكيل ، ثم ضمن الثمن للموكل عن المشتري ، أو ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه من المشتري لم يجز ؛ لأن حق القبض إلى الوكيل والمضارب بجهة الأمانة في البيع ولهذا لا يطبل بموت الموكل ، أو بموت رب المال وبعزله . ولو وكل الموكل أو رب المال بقبض الثمن ثم عزله صح عزله ؛ لأن الثمن وجب للوكيل ، أو للمضارب على المشتري ؛ إذ حقوق العقد راجعة إلى العاقد ، وكذا المضارب لو وكل رب المال بقبض الثمن له عزله ؛ لأنه العاقد فترجع الحقوق إليه والعاقد لغيره في حق الحقوق كالعقد لنفسه ولهذا اختصت المطالبة به ولو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان باراً في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شيء حنث فإذا ثبت أن الوكيل أصيل في القبض .

فإذا ضمن صار ضامناً لنفسه ، فلا يجوز بخلاف الرسول ، والوكيل يبيع العنان من جهة الإمام ، والوكيل بالتزويج حيث يصح ضمانهم بالتمن والمهر ؛ لأن كل واحد منهم سفير ومعبّر حتى لو نهاهم الأمر عن قبض البذل صح نهيه ولأنهما أمينان في الثمن شرعاً واشترط الضمان عليهما تغيير الحكم الشرع فلا يجوز فصار نظير من سلم في آخر الصلاة يريد به قطع الصلاة وعليه سجود السهو فإنه يرد عليه قصده حتى جاز له أن يسجد للسهو ما لم يفعل ما ينافي الصلاة قال رحمه الله (وللشريك إذا بيع عبداً

صفقة) أي إذا باع رجلان عبداً مشتركاً بينهما من رجل صفقة واحدة وضمن أحدهما لشريكه نصيبه من الثمن لا يجوز ؛ لأنه بصير ضامناً لنفسه لأنه ما من جزء يؤديه المشتري ، أو الكفيل من الثمن إلا ولشريكه فيه نصيب ولأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض وإنه لا يجوز ؛ إذ القسمة عبارة عن الإفراز والحيارة وهو أن يصير حق كل واحد منهما مفرزاً في حيز على حدة وإذا لا يتصور في غير العين ؛ لأن الفعل الحسي يستدعي محلاً حسيّاً ، والدين حكمي ، فلا يرد عليه الفعل الحسي .

فإذا لم تصح قسمة يكون كل شيء يؤديه إلى شريكه مشتركاً بينهما فيرجع المؤدي بنصف ما أدى لكونه مشتركاً بينهما ، ثم يرجع أيضاً بنصف الباقي إلى أن لا يبقى في يده شيء فيؤدي تجوز ابتداء إلى إبطاله انتهاء .

بخلاف ما إذا باعه صفقتين بأن يسمى كل واحد منهما لتصبيه ثمناً حيث يصح ضمان أحدهما فيه للآخر ؛ لأن نصيب كل واحد منهما ممتاز عن نصيب الآخر فلا شركة ألا ترى أن المشتري لو قبل نصيب أحدهما ورد نصيب الآخر صح ، وكذا لو قبل الكل ونقد حصّة أحدهما ، للنقد قبض نصيبه ولهذا لو استوفى أحدهما نصيبه من المشتري أو بعضه لا يشاركه الآخر وفي الفصل الأول يشاركه ولو تبرع بالأداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز ؛ لأن التبرع لا يتم إلا بالأداء وعند الأداء يصير مسقطاً حقه في المشاركة فيصح وامتناع الكفالة لا يدل على امتناع التبرع ألا ترى أن الكفالة تبدل الكتابة لا تجوز ويجوز التبرع

به .

الشرح

قوله : في الثمن وبالتمن للموكل إلى آخره (وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يعطي الرجل ثوباً لبيعه بعشرة ففعل ثم ضمن البائع الثمن للأمر قال الضمان باطل ، وكذلك المضاربة إذا باعها الرجل وضمنها ، فلا ضمان

عَلَيْهِ .

إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي أَصْلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ
أَتَقَانِي

قَوْلُهُ : وَلَوْ وَكَّلَ الْمُوَكَّلُ أَوْ رَبَّ الْمَالِ إِلَى آخِرِهِ

كَذَا بَخَطِ الشَّارِحِ وَهُوَ صَحِيحٌ يَعْنِي عَنْ قَوْلِهِ بَعْدَ وَكَذَا الْمُضَارِبُ إِلَى آخِرِهِ

قَوْلُهُ : وَلِأَنَّهُمَا

أَيُّ الْوَكِيلِ وَالْمُضَارِبِ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ وَلِأَنَّهُمَا مَا نَصَّهُ تَعْلِيلٌ ثَانٍ لِعَدَمِ صِحَّةِ الْكَفَالَةِ

قَوْلُهُ وَاشْتِرَاطُ الضَّمَانِ عَلَيْهِمَا تَغْيِيرٌ لِحُكْمِ الشَّرْعِ

أَيُّ كَالْمُودَعِ إِذَا ضَمِنَ الْوَدِيعَةَ لِلْمُودَعِ وَكَالْمُسْتَعِيرِ إِذَا ضَمِنَ الْعَارِيَّةَ لِلْمُعِيرِ بِالشَّرْطِ فَإِنَّهُ بَاطِلٌ
أَتَقَانِي

قَوْلُهُ : إِذَا بَاعَ رَجُلَانِ عَبْدًا مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا مِنْ رَجُلٍ

صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رَجُلَيْنِ بَاعَا مِنْ رَجُلٍ عَبْدًا صَفَقَةً وَاحِدَةً فَضَمِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ حَصَّتَهُ مِنَ الثَّمَنِ قَالَ الضَّمَانُ بَاطِلٌ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الثَّمَنَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا فَلَوْ صَحَّ الضَّمَانُ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَصَحَّ فِي نَصْفِ الثَّمَنِ مُطْلَقًا أَوْ فِي حَصَّةِ الشَّرِيكَ ، فَلَا وَجْهَ إِلَى الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ ضَامِنًا لِنَفْسِهِ وَهُوَ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ مَا مِنْ جُزْءٍ مِنَ الثَّمَنِ إِلَّا وَهُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَبِضَ شَيْئًا مِنَ الثَّمَنِ كَانَ صَاحِبُهُ شَرِيكًا وَلَا وَجْهَ إِلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى قِسْمَةِ الدَّيْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَذَلِكَ بَاطِلٌ لِأَنَّ الدَّيْنَ فِي ذِمَّةِ مَنْ عَلَيْهِ لَا يَقْبَلُ الْقِسْمَةَ ، فَلَا يَتَمَيَّزُ

نَصِيبُ صَاحِبِهِ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ إِفْرَازُ الْأَنْصِبَاءِ وَالْإِفْرَازُ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا فِي الْعَيْنِ دُونَ الدَّيْنِ فِي الذِّمَّةِ فَإِذَا لَمْ يَتَمَيَّزْ نَصِيبُ صَاحِبِهِ يَقَعُ الضَّمَانُ عَنْ نَفْسِ الضَّامِنِ لِنَفْسِهِ وَهُوَ بَاطِلٌ
أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِالْعَهْدَةِ) أَيُّ لَا تَحْجُزُ الْكَفَالَةُ بِالْعَهْدَةِ وَصُورُهَا أَنْ يَشْتَرِيَ عَبْدًا مِنْ رَجُلٍ مَثَلًا فَيَضْمَنَ لِلْمُشْتَرِي رَجُلٌ بِالْعَهْدَةِ ، وَإِنَّمَا لَا يَحْجُزُ ؛ لِأَنَّ الْعَهْدَةَ اسْمٌ مُشْتَرَكٌ قَدْ يَقَعُ عَلَى الصِّكِّ الْقَدِيمِ ؛ لِأَنَّهُ وَثِيقَةٌ بِمَنْزِلَةِ كِتَابِ الْعَهْدَةِ وَهُوَ مِلْكٌ لِلْبَائِعِ وَلَا يَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ فَإِذَا ضَمِنَ تَسْلِيمُهُ إِلَى الْمُشْتَرِي فَقَدْ ضَمِنَ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ ، فَلَا يَصِحُّ وَيُطْلَقُ عَلَى الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُا مَأْخُودَةٌ مِنَ الْعَهْدِ ، وَالْعَقْدُ وَالْعَهْدُ وَاحِدٌ وَعَلَى حُقُوقِ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ ثَمَرَةِ الْعَقْدِ وَعَلَى الدَّرَكِ وَعَلَى خِيَارِ الشَّرْطِ فِيهِ الْخَبَرُ عَهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ أَيْ خِيَارُ الشَّرْطِ فِيهِ فَتَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِهَا قَبْلَ الْبَيَانِ فَبَطَلَ الضَّمَانُ لِلْجَهَالَةِ بِخِلَافِ الدَّرَكِ فَإِنْ ضَمَانُهُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ ضَمَانِ الثَّمَنِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ الْمَبِيعِ وَهُوَ مَعْلُومٌ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ وَلَا يُقَالُ يَتَبَعِي أَنْ يُصْرَفَ إِلَى مَا يَحْجُزُ الضَّمَانُ بِهِ ، وَهُوَ الدَّرَكُ تَصَحُّيحًا لِتَصَرُّفِهِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ فَرَاغَ الذِّمَّةِ أَصْلٌ ، فَلَا يَثْبُتُ الشُّغْلُ بِالشَّكِّ ، وَالْإِحْتِمَالُ .

قَالَ : (وَالْخِلَاصِ) أَيُّ لَا تَحْجُزُ الْكَفَالَةُ بِالْخِلَاصِ ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ تَحْجُزُ ؛ لِأَنَّ تَفْسِيرَهُ عِنْدَهُمَا تَخْلِيصُ الْمَبِيعِ إِنْ قُدِرَ عَلَيْهِ ، وَرَدُّ الثَّمَنِ إِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَيْهِ ، وَهَذَا ضَمَانُ الدَّرَكِ فِي الْمَعْنَى وَأَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ : تَفْسِيرُهُ تَخْلِيصُ الْمَبِيعِ لَا مَحَالَةَ ، وَهُوَ لَا يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ لَا يُمَكِّنُهُ مِنْهُ .

وَلَوْ ضَمِنَ تَخْلِيصَ الْمَبِيعِ ، أَوْ رَدَّ الثَّمَنِ حَازَ ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَ مَا يُمَكِّنُ الْوَفَاءَ بِهِ وَهُوَ تَسْلِيمُ الْمَبِيعِ إِنْ أَحَازَ الْمُسْتَحَقُّ الْبَيْعَ ، أَوْ رَدَّ الثَّمَنِ إِنْ لَمْ يَجْزُ قَالَ (وَمَالِ الْكِتَابَةِ) أَيُّ لَا تَجُوزُ

الْكَفَالَةُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَبَتَ مَعَ الْمُتَأَمِّي ، وَهُوَ دَيْنُ الْمُؤَلَى عَلَى مَمْلُوكِهِ ، فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْكَفَالَةِ وَلِأَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُعْجَرَ نَفْسُهُ وَبَيْنَ أَنْ يُوفَّى ، فَلَا يُغِيدُ إِيَّاهُ عَلَى الْكَفِيلِ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ ، وَإِثْبَاتِهِ مُطْلَقًا يُنَافِي مَعْنَى الضَّمِّ ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِهِ التَّاحَادَ وَلِأَنَّ عَلَى الْأَصِيلِ أَدَاءَ مِلْكِ الْمُؤَلَى مِنْ وَجْهِهِ وَالْكَفِيلُ لَا يَجِدُ هَذَا الْمَالَ ، وَهَذَا كَالْمُكَاتَبِ إِذَا عَتَقَ يَبْرَأُ عَنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ أَدَاءَ مَالٍ هُوَ مِلْكُ الْمُؤَلَى مِنْ وَجْهِهِ وَلَا يَجِدُ ذَلِكَ بَعْدَ الْعِتْقِ وَلَا يُمَكِّنُ إِيَّاهُ الزِّيَادَةَ عَلَيْهِ فَيَبْرَأُ .

الشرح

قَوْلُهُ : فَبَطَلَ الضَّمَانُ لِلْجَهَالَةِ (أَيُّ فَأَمَّا الدَّرَكُ فَقَدْ صَارَ مُسْتَعْمَلًا فِي ضَمَانِ الْإِسْتِحْقَاقِ خَاصَّةً فَوَجَبَ الْعَمَلُ بِهِ كَذَا قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ الْعُهُدَةُ هِيَ كِتَابُ الشَّرَاءِ وَهُوَ لِلْمُشْتَرِي فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ ضَمِنَ لِرَجُلٍ مَلَكُهُ وَهَذَا بَاطِلٌ لِأَنَّ صِحَّةَ الضَّمَانِ إِنَّمَا تَتَعَلَّقُ بِمَا كَانَ مَضْمُونًا عَلَى الْغَيْرِ فَيَضْمَنُهُ الْكَفِيلُ عَنْهُ وَكِتَابُ الشَّرَاءِ لَيْسَ بِمَضْمُونٍ عَلَى أَحَدٍ فَيَضْمَنُهُ الْكَفِيلُ وَأَمَّا أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فَقَالَا إِنْ حَمَلْنَا الضَّمَانَ عَلَى هَذَا الْمَعْنَى بَطَلَ وَصَارَ لَعَوًا فَحَمَلْنَاهُ عَلَى ضَمَانِ الدَّرَكِ فِيمَا عُقِدَ عَلَيْهِ الشَّرَاءُ لِيَصِحَّ مَعْنَى الضَّمَانِ وَلَا يَصِيرَ لَعَوًا .

إِلَى هُنَا لَفْظُ أَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ فِي شَرْحِهِ وَقَالَ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْكَفَالَةِ مِنَ الْأَحْنَسِ وَفِي الْبُيُوعِ إِمْلَاءُ أَبِي يُوسُفَ رَوَايَةَ ابْنِ سَمَاعَةَ قَالَ أَبُو يُوسُفَ ضَمَانَ الْعُهُدَةِ كَضَمَانَ الدَّرَكِ وَهُوَ جَائِزٌ وَيَضْمَنُ الثَّمَنَ

أَتَقَانِي

قوله في المتن والخصاص

اعْلَمْ أَنَّ هَهُنَا ثَلَاثَةُ أَلْفَاظٍ : ضَمَانُ الدَّرَكِ وَهُوَ جَائِزٌ بِالتَّفَاقِ وَضَمَانُ الْعُهُدَةِ وَهُوَ بَاطِلٌ بِالتَّفَاقِ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَضَمَانُ الْخِلَاصِ وَهُوَ بَاطِلٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مَعْنَاهُ لَوْ أُسْتُحِقَّ الْمَبِيعُ فَعَلَيْهِ شِرَاؤُهُ وَتَسْلِيمُهُ إِلَى الْمُشْتَرِي وَجْهٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَيْسَ بِقَادِرٍ عَلَى مَا ضَمِنَ وَوَجْهٌ قَوْلُهُمَا أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ ضَمَانِ الدَّرَكِ وَهُوَ تَسْلِيمُ الْمَبِيعِ إِنْ قَدَّرَ عَلَيْهِ أَوْ تَسْلِيمُ الثَّمَنِ إِنْ عَجَزَ عَنْ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ وَإِنَّهُ صَحِيحٌ كَذَا قَالَ الْعَتَابِيُّ

أَتَقَانِي

قوله في المتن ومال الكتابة

قَالَ فِي كِفَالَةِ الصُّغْرَى مَا نَصَّهُ فَإِذَا ضَمِنَ بَدَلَ الْكِتَابَةِ لَمْ يَصِحَّ فَلَوْ أَدَّى مَعَ ذَلِكَ الضَّمَانَ يَرْجِعُ انْتَهَى وَبِمَعْنَاهُ فِي الدَّحِيرَةِ فِي الْفَصْلِ السَّادِسِ فِي تَصَرُّفِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ

(فَصْلٌ) قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ أُعْطِيَ الْمَطْلُوبُ الْكَفِيلَ قَبْلَ أَنْ يُعْطِيَ الْكَفِيلَ الطَّالِبَ لَا يَسْتَرِدُّ مِنْهُ) أَيُّ لَوْ قَضَى الْمَكْفُولُ عَنْهُ الدَّيْنَ لِلْكَفِيلِ قَبْلَ أَنْ يُعْطِيَ الْكَفِيلَ الْمَكْفُولُ لَهُ لَيْسَ لِلْمَكْفُولِ عَنْهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ مِنْهُ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْقَاضِي عَلَى احْتِمَالِ قَضَائِهِ الدَّيْنَ ، فَلَا يُسْتَرَجَعُ مِنْهُ مَا دَامَ هَذَا الْإِحْتِمَالُ بَاقِيًا كَمَنْ عَجَلَ الزَّكَاةَ وَدَفَعَهَا إِلَى السَّاعِي وَكَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَنَقَدَ الثَّمَنَ قَبْلَ مُضِيِّ مُدَّةِ الْخِيَارِ ، ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَسْتَرِدَّ قَبْلَ نَقْضِ الْبَيْعِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الدَّفْعَ كَانَ لِعَرَضٍ ، وَهُوَ أَنْ يَصِيرَ زَكَاةً وَثَمَنًا عِنْدَ مُضِيِّ الْحَوْلِ وَمُضِيِّ مُدَّةِ الْخِيَارِ فَمَا دَامَ هَذَا الْإِحْتِمَالُ قَائِمًا لَا يُسْتَرَدُّ وَلِأَنَّهُ مَلَكُهُ بِالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ الْمَطْلُوبَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الْقَضَاءِ ، وَأَخَذَهُ الْكَفِيلُ عَلَى وَجْهِ الْإِقْضَاءِ بِأَنَّ قَالَ لَهُ وَقَتَ الدَّفْعِ إِنِّي لَا أَمْنُ أَنْ يَأْخُذَ الطَّالِبُ حَقَّهُ مِنْكَ فَأَنَا أَقْضِيكَ الْمَالَ قَبْلَ أَنْ تُؤَدِّيَهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الدَّفْعُ

عَلَى وَجْهِ الرِّسَالَةِ بِأَنْ قَالَ الْأَصِيلُ لِلْكَفِيلِ خُذْ هَذَا الْمَالَ وَادْفَعْهُ إِلَى الطَّالِبِ حَيْثُ لَا يَصِيرُ الْمُؤَدَّى مِلْكًا لِلْكَفِيلِ ، بَلْ هُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ . وَلَكِنْ لَا يَكُونُ لِلْأَصِيلِ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ مِنْ يَدِ الْكَفِيلِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِالْمُؤَدَّى حَقُّ الطَّالِبِ ، وَهُوَ بِالْإِسْتِرْدَادِ يُرِيدُ إِبْطَالَهُ ، فَلَا يُمْكِنُ مِنْهُ مَا لَمْ يَقْضِ دَيْنُهُ كَالْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَلِأَنَّهُ بِالْكَفَالَةِ وَجَبَ لِلْكَفِيلِ عَلَى الْمَطْلُوبِ حَقٌّ كَمَا وَجَبَ عَلَى الْكَفِيلِ لِلطَّالِبِ وَلِهَذَا لَوْ أَخَذَ الْكَفِيلُ مِنَ الْأَصِيلِ رَهْنًا بِهِ جَازَ ، وَكَذَا لَوْ أَتَى الْكَفِيلُ الْأَصِيلَ مِنْ هَذَا الدَّيْنِ ، أَوْ وَهَبَهُ لَهُ قَبْلَ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى الطَّالِبِ جَازَ حَتَّى لَوْ أَدَّى عَنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يَرْجِعُ

عَلَيْهِ فَيُثْبِتُ بِهِذَا أَنَّ لِلْكَفِيلِ دَيْنًا عَلَى الْأَصِيلِ إِلَّا أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ حَتَّى يُؤَدِّيَ عَنْهُ فَصَارَ نَظِيرَ الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ فَإِنَّهُ بِالِاسْتِعْجَالِ يُمْلِكُ فَكَذَا هَذَا ، ثُمَّ بِالْإِسْتِرْدَادِ يَكُونُ نَقْضًا لِمَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ ، فَلَا يُمْكِنُ مِنْهُ .

قَالَ (وَمَا رِبْحُ الْكَفِيلِ لَهُ) أَيُّ إِذَا رِبِحَ الْكَفِيلُ بِالْمَالِ الَّذِي قَبَضَهُ مِنَ الْمَطْلُوبِ قَبْلَ أَنْ يُعْطِيَ هُوَ لِلطَّالِبِ طَابَ لَهُ الرِّبْحُ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالْقَبْضِ فَكَانَ الرِّبْحُ بَدَلُ مِلْكِهِ وَلَا يَتَصَدَّقُ بِهِ سَوَاءً قَضَى الدَّيْنُ هُوَ أَوْ الْأَصِيلُ ؛ لِأَنَّهُ بِالْكَفَالَةِ وَجَبَ لَهُ عَلَى الْأَصِيلِ دَيْنٌ إِلَّا أَنَّهُ تُؤَخَّرُ مُطَابَلَتُهُ حَتَّى يَدْفَعَ فَزَلَ مَنْزِلَةُ الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ فَيَمْلِكُهُ بِالْقَبْضِ عَلَى مَا بَيَّنَّا إِلَّا أَنْ فِيهِ تَوَرُّعٌ خُبْتُ إِذَا قَضَى الْأَصِيلُ الدَّيْنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِمَا نَذَكُرُ ، فَلَا يُعْمَلُ فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي الْبُيُوعِ ، وَإِنْ قَضَى الْكَفِيلُ ، فَلَا خُبْتُ فِيهِ بِالْإِجْمَاعِ هَذَا إِذَا قَبَضَهُ عَلَى وَجْهِ الْاِقْتِضَاءِ ، وَإِنْ قَبَضَهُ عَلَى وَجْهِ الرِّسَالَةِ لَا يَطِيبُ لَهُ الرِّبْحُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لِعَدَمِ الْمِلْكِ وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَطِيبُ لِعَدَمِ التَّعْيِينِ وَأَصْلُ الْخِلَافِ فِي الرِّبْحِ بِالْذِّرَاهِمِ الْمَعْصُومَةِ .

قَالَ (وَتُدَبَّرُ رَدُّهُ عَلَى الْمَطْلُوبِ لَوْ شَيْئًا يَتَعَيَّنُ) يَعْنِي يُسْتَحَبُّ رَدُّ الرِّبْحِ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ إِذَا كَانَ الْمَقْبُوضُ شَيْئًا يَتَعَيَّنُ كَالْحَنْطَةِ ، وَالشَّعِيرِ ، وَهَذَا إِذَا قَضَى الْأَصِيلُ الدَّيْنَ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَعَنْهُ أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِهِ وَقَالَ يَطِيبُ لَهُ الرِّبْحُ ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالْقَبْضِ عَلَى مِثَالِ مَا لَوْ اقْتَضَى دَيْنَهُ الْمُؤَجَّلَ وَرِبْحَ فِيهِ وَلَهُ أَنَّ الْخُبْتَ تُمْكِنُ مَعَ الْمِلْكِ فِيمَا يَتَعَيَّنُ ؛ لِأَنَّ اقْتِضَاءَهُ قَاصِرٌ أَلَّا تَرَى أَنَّ الْمَكْفُولَ عَنْهُ

بِسَبِيلِ مَنْ قَضَاءَ دَيْنِهِ وَاسْتِرْدَادَهُ الْعَيْنَ الْمَقْبُوضَةَ فَلَا يَخْلُو عَنْ الشُّبْهَةِ فَإِذَا لَمْ يَطِيبْ لَهُ يَتَصَدَّقُ بِهِ فِي رِوَايَةِ عَلَى الْفُقَرَاءِ وَفِي رِوَايَةِ يَرُدُّهُ عَلَى الْأَصِيلِ ؛ لِأَنَّ الْكَرَاهِيَةَ لِحَقِّهِ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الْأَصِيلُ فَقِيرًا يَطِيبُ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ، وَالْأَشْبَهُ أَنَّهُ يَطِيبُ لَهُ هَذَا إِذَا أَعْطَاهُ عَلَى وَجْهِ الْقَضَاءِ لِدَيْنِهِ ، وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الرِّسَالَةِ لَا يَطِيبُ لَهُ الرِّبْحُ بِاتِّفَاقٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ وَيَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بَعَيْنِهِ لَتَعَيَّنَ فَتَكُونُ الْحُرْمَةُ فِيهِ حَقِيقَةً كَالْمَعْصُوبِ الْمُتَعَيَّنِ إِذَا رِبِحَ فِيهِ بِخِلَافِ مَا لَا يَتَعَيَّنُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَقَدْ بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ .

الشرح

(فصل)

قوله : وَلَوْ أُعْطِيَ الْمَطْلُوبُ الْكَفِيلَ قَبْلَ أَنْ يُعْطِيَ الْكَفِيلَ إِلَى آخِرِهِ

وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي رَجُلٍ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ بِأَمْرِهِ فَقَضَاهُ الْأَلْفَ قَبْلَ أَنْ يُعْطِيَهَا صَاحِبَهَا أَلَمْ أَنْ يَأْخُذَهَا مِنْهُ ؟ قَالَ لَا وَإِنْ رِبِحَ فِيهَا رِبْحًا فَهُوَ لَهُ وَلَا يَتَصَدَّقُ بِهِ وَإِنْ كَانَتْ الْكَفَالَةُ بِكَرٍّ حَنْطَةٍ فَقَضَاهُ الَّذِي عَلَيْهِ الْأَصْلُ فَبَاعَهُ الْكَفِيلُ فَرِبِحَ فِيهِ فَإِنَّ الرِّبْحَ لَهُ إِلَّا أَنَّهُ أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى الَّذِي قَضَاهُ وَيَرُدُّهُ عَلَيْهِ وَلَا أَجْبِرُهُ عَلَى ذَلِكَ فِي الْقَضَاءِ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ هُوَ لَهُ وَلَا يَرُدُّهُ عَلَى الَّذِي قَضَاهُ الْكَرَّ .

إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي أَصْلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ اعْلَمْ أَنَّ رَجُلًا إِذَا كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ بِأَمْرِهِ فَأَدَّى الْأَصِيلُ الْمَالَ إِلَى الْكَفِيلِ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَهُ الْكَفِيلُ إِلَى الطَّالِبِ ثُمَّ أَرَادَ الْأَصِيلُ أَنْ يَسْتَرِدَّ الْأَلْفَ مِنَ الْكَفِيلِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَقْضِيَ الدَّيْنَ بِنَفْسِهِ قَبْلَ آدَاءِ الْكَفِيلِ فَحِينَئِذٍ

يَسْتَرِدُّ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الدَّفْعَ كَانَ لِعَرَضٍ وَهُوَ أَنْ يَصِيرَ الْمَدْفُوعُ حَقًّا لِلْقَابِضِ عَلَى تَقْدِيرِ أَدَاءِ الدَّيْنِ مِنْ مَالِ الْكَفِيلِ فَلَمَّا لَمْ يَنْتَفِ هَذَا
الِاحْتِمَالُ بِأَدَاءِ الْأَصِيلِ بِنَفْسِهِ لَا تَصِحُّ الْمُطَالَبَةُ
أَتَّقَانِي .

قَوْلُهُ : بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الدَّفْعُ عَلَى وَجْهِ الرِّسَالَةِ (قَالَ الْأَتَّقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ هَذَا الْفَصْلُ عَلَى وَجْهِهِنِ فَإِمَّا
أَنْ يَدْفَعَ الْأَصِيلُ إِلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الرِّسَالَةِ أَوْ عَلَى وَجْهِ الْإِقْتِضَاءِ وَكُلُّ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِهِنِ إِمَّا إِنْ كَانَ الْمَدْفُوعُ مِمَّا لَا يَنْتَعِنُ بِالتَّعْيِينِ كَالْتَّقُودِ
أَوْ مِمَّا يَنْتَعِنُ كَالْعَرُوضِ ، فَإِنْ دَفَعَ عَلَى وَجْهِ الرِّسَالَةِ بَأَنْ قَالَ خُذْ

هَذَا الْمَالَ وَادْفَعْ إِلَى الطَّالِبِ لَا يَطِيبُ لَهُ الرَّبْحُ سَوَاءً كَانَ الْمَدْفُوعُ مِمَّا لَا يَنْتَعِنُ أَوْ يَنْتَعِنُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَطَابَ لَهُ عِنْدَ أَبِي
يُوسُفَ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْخُبْثَ لَعَدَمِ الْمِلْكِ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ وَجَدَ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ فَاسْتَوَى فِيهِ الْمَالَانِ قَالَ قَاضِي خَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ
الْمُودَعَ أَوْ الْعَاصِبَ إِذَا تَصَرَّفَ فِي الْوَدِيعَةِ أَوْ الْمَعْصُوبِ وَرَبِحَ فَعِنْدَهُمَا لَا يَطِيبُ لَهُ الرَّبْحُ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ وَإِنْ دَفَعَ عَلَى وَجْهِ الْإِقْتِضَاءِ
بَأَنْ قَالَ الْأَصِيلُ لِلْكَفِيلِ إِنِّي لَا أَمْنُ أَنْ يَأْخُذَ الطَّالِبُ حَقَّهُ مِنْكَ فَأَنَا أَقْضِيكَ قَبْلَ أَنْ تُؤَدِّيَ طَابَ لَهُ الرَّبْحُ إِذَا كَانَ الْمَدْفُوعُ مِمَّا لَا يَنْتَعِنُ
كَالْتَّقُودِ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بِالْقَبْضِ لِمَا قُلْنَا : غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ أَنْ لِلْأَصِيلِ الرُّجُوعَ عَلَى الْكَفِيلِ إِذَا أَدَّى الْأَصِيلُ بِنَفْسِهِ وَبِالرُّجُوعِ لَا يَبِينُ أَنَّهُ لَمْ
يَمْلِكْ لِأَنَّهُ لَا يَنْتَعِنُ وَإِنْ كَانَ الْمَدْفُوعُ مِمَّا يَنْتَعِنُ كَغَيْرِ التَّقُودِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةِ هَذَا الْكِتَابِ يُسْتَحَبُّ أَنْ يُرَدَّهُ عَلَى الْأَصِيلِ وَقَالَ فِي
كِتَابِ الْكِفَالَةِ : مَنْ الْأَصِيلِ يُتَصَدَّقُ بِهِ وَقَالَ فِي كِتَابِ الْبُيُوعِ : مِنْهُ لَا يَطِيبُ لَهُ .

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَطِيبُ لَهُ
قَوْلُهُ وَفِي رِوَايَةِ هَذَا الْكِتَابِ يَعْنِي الْجَامِعَ الصَّغِيرَ

قَوْلُهُ : وَقَالَا يَطِيبُ إِلَى آخِرِهِ

قَالَ الْأَتَّقَانِيُّ وَجْهٌ قَوْلُهُمَا أَنَّ الْكَفِيلَ يَعْقِدُ هَذِهِ الْكِفَالَةَ اسْتَوْجَبَ عَلَى الْأَصِيلِ دَيْنًا مُؤَجَّلًا كَمَا بَيَّنَّا وَلِهَذَا صَحَّ إِبْرَاءُ الْأَصِيلِ الْكَفِيلَ قَبْلَ
أَدَاءِ الْكَفِيلِ حَتَّى إِذَا أَدَّى لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ وَصَاحِبُ الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ إِذَا اسْتَوْفَاهُ يَكُونُ اسْتِيفَاؤُهُ صَحِيحًا فَكَانَ الرَّبْحُ حَاصِلًا عَلَى مِلْكِهِ
فَطَابَ لَهُ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مِلْكَ الْكَفِيلِ فِي الْمَدْفُوعِ إِلَيْهِ قَاصِرٌ وَذَلِكَ
لِأَنَّ الطَّالِبَ إِذَا أَخَذَ حَقَّهُ مِنَ الْكَفِيلِ يَتَقَرَّرُ مِلْكُهُ وَإِذَا أَخَذَ مِنَ الْأَصِيلِ يَنْتَقِضُ فَكَانَ الْمِلْكُ قَاصِرًا فَلَوْ لَمْ يَكُنْ الْمِلْكُ أَصْلًا تَثْبُتُ حَقِيقَةُ
الْخُبْثِ فَإِذَا كَانَ قَاصِرًا تَثْبُتُ شُبْهَةُ الْخُبْثِ فَلَمْ يَطِيبْ لَهُ الرَّبْحُ

قَوْلُهُ : وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا فَبِهِ رِوَايَتَانِ

أَيَّ فِي كِتَابِ الْعَصَبِ
غَايَةُ

قَوْلُهُ وَالْأَشْبَهُ إِلَى آخِرِهِ

قَالَ الْأَتَّقَانِيُّ قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالْأَشْبَهُ أَنْ يَطِيبَ لَهُ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُرَدُّ عَلَيْهِ عَلَى أَنَّهُ حَقُّهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ أَمَرَ كَفِيلُهُ أَنْ يَتَّعِنَ عَلَيْهِ حَرِيرًا فَعَفَلَ ، فَالْشِّرَاءُ لِلْكَفِيلِ ، وَالرَّيْحُ عَلَيْهِ) وَتَفْسِيرُهُ أَنَّ الْأَصِيلَ أَمَرَ الْكَفِيلَ بِبَيْعِ الْعَيْنَةِ ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ لَهُ اشْتَرِ مِنَ النَّاسِ حَرِيرًا ، أَوْ غَيْرَهُ مِنَ الْأَنْوَاعِ ، ثُمَّ بَعُهُ فَمَا رِيحَهُ الْبَائِعُ مِنْكَ وَخَسِرْتَ أَنْتَ فَعَلَيَّْ ، وَصَوْرَتُهُ أَنْ يَأْتِيَ هُوَ إِلَى تاجرٍ فَيَطْلُبُ مِنْهُ الْقَرْضَ وَيَطْلُبُ التَّاجِرُ الرَّيْحَ وَيَخَافُ مِنَ الرَّبَا فَيَبِيعُهُ التَّاجِرُ ثَوْبًا يُسَاوِي عَشْرَةَ مَثَلًا بِخَمْسَةِ عَشَرَ نَسِيئَةً لِيَبِيعَهُ هُوَ فِي السُّوقِ بِعَشْرَةِ فَيَصِلَ إِلَى الْعَشْرَةِ وَيَجِبُ عَلَيْهِ لِلْبَائِعِ خَمْسَةَ عَشَرَ إِلَى أَجَلٍ ، أَوْ يُقْرِضُهُ خَمْسَةَ عَشَرَ دَرَاهِمًا ، ثُمَّ يَبِيعُهُ الْمُقْرِضُ ثَوْبًا يُسَاوِي عَشْرَةَ بِخَمْسَةِ عَشَرَ فَيَأْخُذُ الدَّرَاهِمَ الَّتِي أَقْرِضَهُ عَلَى أَنَّهَا ثَمَنُ الثَّوْبِ فَيَتَقَيَّ عَلَيْهِ الْخَمْسَةَ عَشَرَ قَرْضًا فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ نَفَذَ عَلَيْهِ ، وَالرَّيْحُ الَّذِي رِيحَهُ التَّاجِرُ يَلْزُمُهُ وَلَا يَلْزَمُ الْأَمْرَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا ضَامِنٌ لِمَا يَخْسِرُهُ كَمَا قَالَهُ بَعْضُهُمْ نَظَرًا إِلَى قَوْلِهِ عَلَى أَنَّهَا لِلْوَجُوبِ ، فَلَا يَجُوزُ كَمَا قَالَ لِرَجُلٍ فِي السُّوقِ فَمَا خَسِرْتَ فَعَلَيَّْ ، وَإِمَّا تَوَكَّلُ بِالشِّرَاءِ كَمَا قَالَهُ الْبَعْضُ نَظَرًا إِلَى الْأَمْرِ بِهِ ، فَلَا يَجُوزُ أَيْضًا لِجَهَالَةِ نَوْعِ الْحَرِيرِ وَتَمَنِيهِ .

وَسُمِّيَ هَذَا النَّوعُ مِنَ الْبَيْعِ عَيْنَةً لِمَا فِيهِ مِنَ السَّلَفِ يُقَالُ بَاعَهُ بَعِيْنَةً أَيْ نَسِيئَةً مِنْ عَيْنِ الْمِيزَانِ ، وَهُوَ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ وَقِيلَ : ؛ لِأَنَّهَا بَيْعُ الْعَيْنِ بِالرَّيْحِ وَقِيلَ : هِيَ شِرَاءُ مَا بَاعَ بِأَقَلِّ مِمَّا بَاعَ وَقِيلَ : لِمَا فِيهَا مِنَ الْإِعْرَاضِ عَنِ الدَّيْنِ إِلَى الْعَيْنِ ، وَهُوَ مَكْرُوهٌ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِعْرَاضِ عَنْ مَبَرَّةِ الْإِقْرَاضِ مُطَاوَعَةً لَشَحِّ النَّفْسِ ، وَهَذَا النَّوعُ مَذْمُومٌ شَرْعًا اخْتَرَعَهُ أَكَلَةُ الرَّبَا وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعَيْنِ وَاتَّبَعْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ ذَلَلْتُمْ وَظَهَرَ عَلَيْكُمْ عَدُوُّكُمْ } .

قَالَ (وَمَنْ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَيْهِ ، أَوْ بِمَا قُضِيَ لَهُ عَلَيْهِ فَعَابَ الْمَطْلُوبُ فَبَرَهَنَ الْمُدَّعِي عَلَى الْكَفِيلِ أَنَّ لَهُ عَلَى الْمَطْلُوبِ أَلْفًا لَمْ يُقْبَلْ) ؛ لِأَنَّهُ كَفَلَ مَالًا سَيَجِبُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ بِالْقَضَاءِ ، أَوْ بِأَيِّ سَبَبٍ كَانَ وَذَلِكَ لَمْ يُوْجَدْ ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ فَلَمْ يُوجِبْ شَيْئًا وَلَمْ يُوْجَدْ شَرْطُهُ وَلِهَذَا لَوْ أَقَرَّ الْكَفِيلُ عَلَى الْأَصِيلِ بِأَلْفٍ دَرَاهِمٍ لَا يَجِبُ عَلَى الْكَفِيلِ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ لَا يُوجِبُ عَلَى الْأَصِيلِ وَشَرْطُ لُزُومِ الْكَفِيلِ فِي هَذِهِ الْكِفَالَةِ الْوُجُوبُ عَلَى الْأَصِيلِ فَكَذَا الْقَضَاءُ ، وَهُوَ غَائِبٌ وَلِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ وَاجِبًا قَبْلَ الْكِفَالَةِ ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ وَاجِبًا بَعْدَهُ فَيَجِبُ عَلَيْهِ ، فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْكِفَالَةِ بِالشَّكِّ حَتَّى لَوْ ادَّعَى الْوُجُوبَ بَعْدَ الْكِفَالَةِ بِأَنْ قَالَ حَكَمَ لِي عَلَيْهِ الْقَاضِي فَلَانَّ بَكْدًا بَعْدَ الْكِفَالَةِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى عَلَيْهِ مَالًا دَخَلَ فِي الْكِفَالَةِ وَلَزِمَهُمَا الْمَالُ .

قَالَ (وَلَوْ بَرَهَنَ أَنْ لَهُ عَلَى زَيْدٍ كَذَا وَأَنَّ هَذَا كَفِيلٌ عَنْهُ بِأَمْرِهِ قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِمَا وَلَوْ بَلَا أَمْرٌ قُضِيَ عَلَى الْكَفِيلِ فَقَطْ) أَيْ لَوْ أَحْضَرَ شَخْصًا عِنْدَ الْقَاضِي فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ لَهُ عَلَى فُلَانٍ الْغَائِبِ أَلْفَ دَرَاهِمٍ وَأَنَّ هَذَا الشَّخْصَ كَفِيلٌ عَنْهُ بِأَمْرِهِ قُبِلَتْ الْبَيِّنَةُ وَقُضِيَ عَلَى الْأَصِيلِ وَالْكَفِيلِ حَمِيْعًا وَلَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ كَفَلَ عَنْهُ بَعِيْرُ أَمْرِهِ قُضِيَ عَلَى الْكَفِيلِ فَقَطْ وَلَا يَقْضَى عَلَى الْغَائِبِ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعَى هُنَا مَالٌ مُطْلَقٌ فَأَمَّا كَيْفَ يُثَبِّتُهُ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ ، وَإِنَّمَا يَخْتَلِفُ بِالْأَمْرِ وَعَدَمِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا

يَتَغَايِرَانِ ؛ لِأَنَّ الْكِفَالَةَ بِأَمْرِهِ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً مُعَاوَضَةً ابْتِهَاءً وَبَعِيْرُ أَمْرِهِ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً وَابْتِهَاءً ، فَالْقَضَاءُ بِأَحَدِهِمَا لَا يَكُونُ قَضَاءً بِالْآخِرِ ، وَإِذَا قُضِيَ بِهَا بِالْأَمْرِ ثَبَّتَ وَهُوَ يَتَضَمَّنُ الْإِقْرَارَ بِالْمَالِ فَيَصِيرُ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ ، وَالْكَِفَالَةُ بِبَعِيْرٍ أَمْرٌ لَا تَمَسُّ جَانِبَهُ ؛ لِأَنَّ صِحَّتَهَا تَعْتَمِدُ قِيَامَ الدَّيْنِ فِي زَعْمِ الْكَفِيلِ ، فَلَا يَتَعَدَّى إِلَيْهِ وَفِي الْكِفَالَةِ بِأَمْرِهِ يَرْجِعُ الْكَفِيلُ بِمَا أَدَّى عَلَى الْأَمْرِ .

وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَنْكَرَ الْكِفَالَةَ فَقَدْ ظَلِمَ فِي زَعْمِهِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَطْلَمَ غَيْرَهُ وَنَحْنُ نَقُولُ صَارَ مُكَدَّبًا شَرْعًا فَبَطَلَ زَعْمُهُ فَبَرَجِعَ عَلَيْهِ كَمَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِالشَّمَنِ إِذَا اسْتَحَقَّ الْمِيعُ ، وَإِنْ كَانَ فِي زَعْمِهِ أَنَّ الْبَيْعَ صَحِيحٌ لَمَّا قُلْنَا ، فَإِنْ قِيلَ : كَيْفَ يُقْضَى عَلَى الْغَائِبِ إِذَا كَانَتْ الْكِفَالَةُ بِأَمْرِهِ ، وَالْقَضَاءُ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا قُلْنَا إِذَا لَمْ يَتَوَصَّلْ إِلَى حَقِّهِ عَلَى الْحَاضِرِ إِلَّا بِإِثْبَاتِهِ عَلَى الْغَائِبِ يَجُوزُ الْقَضَاءُ عَلَى الْغَائِبِ كَمَا إِذَا ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّ الْحَاضِرَ اشْتَرَاهُ مِنْ مَوْلَاهُ الْغَائِبِ ، ثُمَّ اعْتَقَهُ فَأَنْكَرَ الْحَاضِرُ الشِّرَاءَ ، وَالْإِعْتِاقَ كَانَ الْحَاضِرُ خَصْمًا عَنْ مَوْلَاهُ حَتَّى إِذَا أُثْبِتَ الْعَبْدُ الشِّرَاءَ وَالْعِيقُ نَفَذَ عَلَى الْغَائِبِ حَتَّى إِذَا حَضَرَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَدَّعِيَهُ .

الشرح

قَوْلُهُ وَاتَّبَعْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ (الْمُرَادُ بِاتَّبَاعِ أَذْنَابِ الْبَقَرِ الزَّرَاعَةَ
غَايَةً لِأَنَّهُمْ حِينَئِذٍ يَتَرَكُونَ الْجِهَادَ وَتَأْلَفُ النَّفْسُ الْجَبْنَ قَالَهُ الْكَمَالُ

قَوْلُهُ : ذَلَّلْتُمْ

مِنْ بَابِ ضَرَبَ مِصْبَاحٌ

قَوْلُهُ : فِي الْمَثْنِ وَمَنْ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ إِلَى آخِرِهِ

وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رَجُلٍ تَكْفَّلَ لِرَجُلٍ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَيْهِ مِنْ حَقٍّ أَوْ بِمَا قُضِيَ لَهُ عَلَيْهِ مِنْ حَقٍّ فَعَابَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ فَجَاءَ الْمُدَّعِي بِالْكَفِيلِ فَأَقَامَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ أَنَّ لَهُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ أَلْفَ دِرْهِمٍ قَالَ لَا تُسْمِعْ مِنْهُ بَيِّنَةً عَلَى الْكَفِيلِ حَتَّى يُحْضِرَ الْمَكْفُولُ بِهِ إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي أَصْلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْكَفِيلَ التَّزَمَ مَا لَا يُقْضَى بِهِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ فَمَا لَمْ يُقْضَ بِهِ لَا يَجِبُ شَيْءٌ عَلَى الْكَفِيلِ لِأَنَّ شَرْطَ وَجُوبِ الْمَالِ عَلَى الْكَفِيلِ الْقَضَاءُ عَلَى الْأَصِيلِ وَلَمْ يُوَحَّدِ الشَّرْطُ وَهَذَا ظَاهِرٌ فِيمَا إِذَا كَفَلَ بِمَا قُضِيَ لَهُ عَلَيْهِ أَمَّا إِذَا كَفَلَ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَيْهِ فَكَذَلِكَ لِأَنَّ مَعْنَى ذَابَ وَجَبَ مُسْتَعَارٌ مِنْ ذَوْبِ الشَّحْمِ كَذَا ذَكَرَهُ الْمُطَرِّزِيُّ وَاللَّفْظُ وَإِنْ كَانَ مَاضِيًا يُرَادُ بِهِ الْمُسْتَقْبَلُ كَقَوْلِهِمْ أَطَالَ اللَّهُ بَقَاءَكَ وَأَدَامَ عَزَّكَ فَلَمَّا كَانَ كَذَلِكَ قُلْنَا الْكَفِيلُ كَفَلَ بِمَالٍ يَجِبُ عَلَى الْعَائِبِ بَعْدَ عَقْدِ الْكَفَالَةِ لَا قَبْلَهُ وَدَعَاؤُ الْمُدَّعِي عَلَى الْكَفِيلِ مُطْلَقَةٌ عَنْ ذَلِكَ حَيْثُ لَمْ يَتَعَرَّضْ لَوْجُوبِ الْمَالِ بَعْدَ عَقْدِ الْكَفَالَةِ بَلْ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ كَانَ وَاجِبًا قَبْلَ الْكَفَالَةِ وَذَلِكَ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْكَفَالَةِ فَفَسَدَتْ الدَّعْوَى فَلَمْ تُسْمَعْ الْبَيِّنَةُ

أَثَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قَوْلُهُ : فَبَرَهَنَ الْمُدَّعِي عَلَى الْكَفِيلِ أَنَّ لَهُ عَلَى الْمَطْلُوبِ أَلْفًا لَمْ يَقْبَلْ

لَأَنَّهُ قَضَاءٌ عَلَى غَائِبٍ

لَمْ يَنْتَصِبْ عَنْهُ خَصَمٌ إِذْ الْكَفِيلُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ لَا يَكُونُ خَصَمًا عَنْهُ لِأَنَّهُ إِذَا كَفَلَ عَنْهُ بِمَالٍ مَقْضِيٍّ بِهِ بَعْدَ الْكَفَالَةِ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ مَاضِيًا فَالْمُرَادُ بِهِ الْمُسْتَقْبَلُ كَقَوْلِهِمْ أَطَالَ اللَّهُ بَقَاءَكَ وَهَذَا لِأَنَّهُ جَعَلَ الذَّوْبَ شَرْطًا وَالشَّرْطُ لَا بُدَّ مِنْ كَوْنِهِ مُسْتَقْبَلًا عَلَى خَطَرِ الْوُجُودِ فَمَا لَمْ يُوَحَّدِ الذَّوْبُ بَعْدَ الْكَفَالَةِ لَا يَكُونُ كَفِيلًا وَالدَّعْوَى مُطْلَقٌ عَنْ ذَلِكَ وَالْبَيِّنَةُ لَمْ تَشْهَدْ بِقَضَاءِ مَالٍ وَجَبَ بَعْدَ الْكَفَالَةِ فَلَمْ يَقُمْ عَلَى مَنْ اتَّصَفَ بِكَوْنِهِ كَفِيلًا عَنْ الْعَائِبِ بَلْ عَلَى أَجَنَبِيٍّ إِذْ لَا يَنْتَصِبُ خَصَمًا وَهَذَا فِي لَفْظِ الْقَضَاءِ ظَاهِرٌ ، وَكَذَا فِي فِي الْآخَرَى وَهُوَ لَفْظُ ذَابَ لِأَنَّ مَعْنَى ذَابَ تَقَرَّرَ وَوَجَبَ وَهُوَ الْقَضَاءُ بَعْدَ الْكَفَالَةِ كَمَالٌ رَحِمَهُ اللَّهُ

قَوْلُهُ : وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ إِلَى آخِرِهِ

صَارَ كَفِيلًا وَصَحَّتِ الدَّعْوَى وَفُضِيَ عَلَى الْكَفِيلِ بِالْمَالِ لِصَيْرُورَتِهِ خَصَمًا عَنْ الْعَائِبِ سَوَاءً كَانَتْ الْكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ يَكُونُ الْقَضَاءُ عَلَى الْكَفِيلِ خَاصَّةً

فَتَحَّ

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَلَوْ بَرَهَنَ الْخ

قَالَ الْأَثَقَانِي وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَالَ يَعْقُوبُ وَمُحَمَّدٌ إِذَا كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِمَالٍ لِرَجُلٍ بِأَمْرِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ فَعَابَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ فَجَاءَ الطَّالِبُ بِالْكَفِيلِ فَأَقَامَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ أَنَّ لَهُ عَلَى فُلَانٍ كَذَا وَكَذَا وَأَنَّ هَذَا كَفِيلٌ لَهُ بِأَمْرِ فُلَانٍ عَنْ فُلٍ إِنْ فُتِنِي أَقْضِي بِشَهَادَتِهِمْ بِالْمَالِ

عَلَى هَذَا وَعَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ الْغَائِبِ ، فَإِنْ كَانَتْ الْكَفَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْغَائِبِ قَضِيَتْ بِالْمَالِ عَلَى الْكَفِيلِ وَلَمْ يَكُنْ الْكَفِيلُ بِخَصْمٍ عَلَى الْغَائِبِ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ خَاصَّةً وَلَيْسَ فِي الْمَسْأَلَةِ اخْتِلَافٌ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافٌ هَذَا .

وَشَمْسُ الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيُّ إِنَّمَا خَصَّ قَوْلَهُمَا بِالذِّكْرِ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْفَظْهُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ نَصًّا وَإِنَّمَا قُبِلَتْ الْبَيِّنَةُ هُنَا وَلَمْ تُقْبَلْ فِي الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ لِأَنَّ ثَمَّةَ الْمَكْفُولُ بِهِ مَالٌ مُقَيَّدٌ وَهُوَ مَا عَلَى الْكَفِيلِ بَعْدَ عَقْدِ الْكَفَالَةِ وَدَعْوَى الْمُدَّعِي وَقَعَتْ مُطْلَقَةً لَمْ يَتَعَرَّضْ لِذَلِكَ فَفَسَدَتْ الدَّعْوَى فَلَمْ تُقْبَلْ وَهَهُنَا الْمَكْفُولُ بِهِ مَالٌ مُطْلَقٌ لِأَنَّهُ قَالَ وَإِنْ هَذَا كَفِيلٌ عَنْهُ بِأَمْرِهِ وَدَعْوَى الْحَالِ مُطْلَقَةٌ أَيْضًا وَصَحَّتْ الدَّعْوَى فَقُبِلَتْ الْبَيِّنَةُ لِأَنَّهَا بِنَاءٌ عَلَى صِحَّةِ الدَّعْوَى

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ وَقَضِيَ عَلَى الْأَصِيلِ وَالْكَفِيلِ جَمِيعًا

وَفَائِدَةُ الْقَضَاءِ عَلَى الْكَفِيلِ وَالْمَكْفُولِ عَنْهُ أَنَّهُ لَوْ حَضَرَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمَّا أُثْبِتَ الْكَفَالَةُ عَلَى الْحَاضِرِ بِأَمْرِ الْغَائِبِ وَقَضِيَ الْقَاضِي بِذَلِكَ ثَبِتَ أَمْرُ الْغَائِبِ بِالْكَفَالَةِ عَنْهُ وَثَبِتَ إِقْرَارُهُ بِالذِّينِ وَانْتَصَبَ الْحَاضِرُ خَصْمًا عَنْ الْغَائِبِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَى أَنَّهُ كَفَلَ بِغَيْرِ أَمْرِ الْغَائِبِ ثَبِتَ الذِّينُ عَلَى الْكَفِيلِ خَاصَّةً وَلَا يَثْبُتُ عَلَى الْغَائِبِ شَيْءٌ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَثْبُتِ الْأَمْرُ مِنَ الْغَائِبِ لَمْ يَتَعَدَّ الْقَضَاءُ إِلَيْهِ كَذَا قَالَ الْإِمَامُ الرَّاهِدُ الْعَتَابِيُّ

غَايَةً

قَوْلُهُ : وَلَا يُقْضَى عَلَى الْغَائِبِ لِأَنَّ الْمُدَّعَى هُنَا مَالٌ إِلَى آخِرِهِ

قَالَ الْكَمَالُ وَإِنَّمَا قُبِلَتْ هَذِهِ الْبَيِّنَةُ وَلَمْ تُقْبَلْ فِيمَا قَبْلَهَا لِأَنَّ الْمَكْفُولَ هُنَا مَالٌ مُطْلَقٌ وَدَعْوَى الْمُدَّعِي مُطْلَقَةٌ فَصَحَّتْ الدَّعْوَى فَقُبِلَتْ الْبَيِّنَةُ لِأَنَّهَا بِنَاءٌ عَلَى صِحَّةِ الدَّعْوَى بِخِلَافِ مَا قَبْلَهَا لِأَنَّ الْمَكْفُولَ بِهِ هُنَاكَ مَالٌ مُقَيَّدٌ

بِكُونِ وَجُوبِهِ بَعْدَ الْكَفَالَةِ وَإِنْ كَانَ مُقَيَّدًا بِخُصُوصِ كَمِّيَّةٍ وَلَمْ تُطَابَقْهَا دَعْوَى الْمُدَّعِي وَلَا الْبَيِّنَةُ

قَوْلُهُ : لِأَنَّهُ لَمَّا انْتَكَرَ الْكَفَالَةَ الْخُ

صَارَ ذَلِكَ مِنْهُ إِقْرَارًا بِأَنَّ الْأَصِيلَ لَمْ يَأْمُرْهُ وَإِقْرَارُ الْمَرْءِ عَلَى نَفْسِهِ صَحِيحٌ لِأَنَّهُ مُؤَاخَذٌ بِرَعْمِهِ ، فَلَا رُجُوعَ إِذَنْ

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قَوْلُهُ فَقَدْ ظَلِمَ فِي رَعْمِهِ

قَالَ فِي الْجَمْهَرَةِ وَالرَّعْمُ وَالرَّعْمُ لُعْنَانِ فَصِيحَتَانِ ، وَأَكْثَرُ مَا يَقَعُ الرَّعْمُ عَلَى الْبَاطِلِ ، وَكَذَلِكَ هُوَ فِي التَّنْزِيلِ { رَعِمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُعِثُّوا } ، وَكَذَلِكَ مَا جَاءَ مِنَ الرَّعْمِ فِي الْقُرْآنِ

غَايَةً

قَوْلُهُ وَتَحْنُ نَقُولُ

أَيُّ لَمَّا قَضَى الْقَاضِي بِالْكَفَالَةِ بِأَمْرِ بِالْبَيِّنَةِ

قوله : فبطل زعمه فیرجع علیه

قَالَ الْإِنْسَانُ كَمَا اشْتَرَى شَيْئًا مِنْ إِنْسَانٍ وَأَقَرَّ أَنَّ الْبَائِعَ بَاعَ مِلْكَ نَفْسِهِ ثُمَّ اسْتَحَقَّ الْمَبِيعُ بِالْبَيِّنَةِ كَانَ لِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ لِأَنَّهُ بَطَلَ زَعْمُهُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَكَفَالَتُهُ بِالذَّرَكِ تَسْلِيمٌ) مَعْنَاهُ إِذَا بَاعَ رَجُلٌ ذَارًا مَثَلًا فَكَفَلَ رَجُلٌ لِلْمُشْتَرِي عَنْ الْبَائِعِ بِالذَّرَكِ ، وَهُوَ ضَمَانُ الثَّمَنِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ الْمَبِيعِ فَكَفَالَتُهُ تَسْلِيمٌ لِلْمَبِيعِ ، وَإِقْرَارٌ مِنْهُ أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِيهَا حَتَّى لَوْ ادَّعَى أَنَّ الدَّارَ مِلْكُهُ ، أَوْ ادَّعَى فِيهَا الشُّفْعَةَ ، أَوْ الْإِجَارَةَ لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّ الْكِفَالََةَ إِن كَانَتْ مَشْرُوطَةً فِي الْبَيْعِ تَوَقَّفَ جَوَازُهُ عَلَى قَبُولِ الْكَفِيلِ لِلْكَفَالَةِ فِي الْمَجْلِسِ فَإِذَا قَبِلَ وَاتَّيَرَمَ يَقْبُولُهُ ثُمَّ ادَّعَى الْمَلِكُ أَوْ غَيْرُهُ صَارَ سَاعِيًّا فِي تَقْضِي مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ وَمَنْ سَعَى فِي تَقْضِي مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ ضَلَّ سَعْيُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَشْرُوطَةً فِي الْبَيْعِ ، فَالْمَطْلُوبُ مِنْ هَذِهِ الْكِفَالَةِ إِثْمَامُ الْبَيْعِ ، وَإِحْكَامُهُ بِأَنْ لَا يَرْغَبَ فِيهَا الْمُشْتَرِي إِلَّا بِالْكَفَالَةِ خَوْفًا مِنَ الْاسْتِحْقَاقِ فَيَكُونُ إِقْرَارًا مِنْهُ بِأَنَّ الْبَائِعَ مَالِكٌ لَهَا وَقَدْ تَقَضَّى الْبَيْعَ ، فَلَا تَصِحُّ دَعْوَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَشَهَادَتُهُ وَحْتُمُهُ لَا) أَيُ كِتَابَةُ شَهَادَتِهِ وَحْتُمُهُ لَا يَكُونُ تَسْلِيمًا حَتَّى إِذَا ادَّعَاهُ بَعْدَهُ تُقْبَلُ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَيْسَ فِيهَا مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَقَرَّ لِلْبَائِعِ بِالْمِلْكِ ؛ إِذَا الْبَيْعُ يُوْجَدُ مِنْ غَيْرِ الْمَالِكِ كَمَا يُوْجَدُ مِنَ الْمَالِكِ وَلَعَلَّهُ كَتَبَ الشَّهَادَةَ لِيَحْفَظَ الْوَاقِعَةَ ، أَوْ لِيَنْظُرَ فِي الْبَيْعِ حَتَّى إِذَا رَأَى فِيهِ مَصْلَحَةً أَجَارَهُ وَلَيْسَ فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى نَفَاذِهِ بِخِلَافِ ضَمَانِ الذَّرَكِ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ الْإِثْرَامَ عَلَى مَا بَيْنَا حَتَّى لَوْ شَهِدَ هُنَا أَيْضًا عِنْدَ الْحَاكِمِ بِالْبَيْعِ وَقَضَى بِشَهَادَتِهِ ، أَوْ لَمْ يَقْضَ يَكُونُ تَسْلِيمًا حَتَّى لَا تُسْمَعَ دَعْوَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ بِالْبَيْعِ عَلَى إِنْسَانٍ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِنَفَاذِ الْبَيْعِ بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ ؛

لِأَنَّ الْعَاقِلَ يُرِيدُ بِتَصْرِفِهِ الصَّحَّةَ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ بَاعَ وَهُوَ يَمْلِكُهُ أَوْ بَاعَ بَيْعًا بَاتًا نَافِذًا أَوْ كَتَبَ فِي الشَّهَادَةِ كَذَلِكَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقُولَ فِيهِ عَلَى زَعْمِ الْمُتَعَادِلِينَ ، أَوْ إِقْرَارِهِمَا فَيَكُونُ بَدْعُوهُ بَعْدَهُ مُنَاقِضًا بِخِلَافِ مُجَرَّدِ الْكِتَابَةِ فِي الصِّكِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ وَإِنَّمَا هُوَ مُجَرَّدُ إِخْبَارٍ ، وَهُوَ لَوْ أَخْبَرَ بِأَنْ فَلَانًا بَاعَ شَيْئًا كَانَ لَهُ أَنْ يَدَّعِيَهُ .

وَقَوْلُهُ وَحْتُمُهُ وَقَعَ اتِّفَاقًا بِاعْتِبَارِ عَادَتِهِمْ فَإِنَّهُمْ كَانُوا يَحْتُمُونَهُ بَعْدَ كِتَابَةِ أَسْمَائِهِمْ عَلَى الصِّكِّ خَوْفًا مِنَ التَّغْيِيرِ ، وَالتَّزْوِيرِ ، وَالْحُكْمُ لَا يَخْتَلِفُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الصِّكُّ مَخْتُومًا ، أَوْ غَيْرَ مَخْتُومٍ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ ضَمِنَ عَنْ آخَرَ خَرَاجَهُ ، أَوْ رَهْنَ بِهِ ، أَوْ ضَمِنَ نَوَائِيبَهُ وَفَسَمَتَهُ صَحَّ) أَمَّا الْخَرَاجُ فَلِأَنَّهُ دَيْنٌ لَهُ مُطَالِبٌ مِنْ جِهَةِ الْعِبَادِ فَصَارَ كَسَائِرِ الدُّيُونِ ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ حَقًّا لِلْمُقَاتِلَةِ بَدَلًا عَنْ الذَّبِّ وَالِاسْتِحْقَاقِ وَالْمُحَامَاةِ عَنْ بَيْضَةِ الْإِسْلَامِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْرَةِ بِخِلَافِ الزَّكَاةِ فِي الْأُمُورِ الظَّاهِرَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِيهَا جُزْءٌ مِنَ النَّصَابِ ، وَهُوَ عَيْنُ مَضْمُونٍ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَوْ هَلَكَ لَا يُؤْخَذُ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَالْكَفَالَةُ بِأَعْيَانٍ غَيْرِ مَضْمُونَةٍ لَا تَجُوزُ وَلِأَنَّ الْوَاجِبَ فِيهَا فِعْلٌ هُوَ عِبَادَةٌ ، وَالْمَالُ مَحَلُّهُ وَلِهَذَا لَا يُؤْخَذُ مِنْ تَرْكِتِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ إِلَّا بِوَصِيَّةٍ ، فَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِهَا كَسَائِرِ الْعِبَادَاتِ ، ثُمَّ قِيلَ : الْمُرَادُ بِالْخَرَاجِ الْمُوْطَفُ ، وَهُوَ الَّذِي يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ بِأَنْ يُوْطَفَ الْإِمَامُ كُلُّ سَنَةٍ فِي مَالٍ عَلَى مَا يَرَاهُ لَا الْخَرَاجُ الْمُقَاسَمَةُ ، وَهُوَ الَّذِي يَقْسِمُهُ الْإِمَامُ مِنْ غَلَّةِ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ وَاجِبٍ فِي الذِّمَّةِ فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَى الدَّيْنِ .

وَالرَّهْنُ

كَالْكَفَالَةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلتَّوْتُقِ فَيَجُوزُ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ تَجُوزُ الْكَفَالَةُ فِيهِ وَأَمَّا التَّوَاتُبُ فَقَدْ اخْتَلَفُوا فِي صُورَتِهِ فَقَالَ بَعْضُهُمْ أُرِيدَ بِهِ مَا يَكُونُ بِحَقِّ كَأَجْرَةِ الْخُرَّاسِ وَكَرِّي النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ ، وَالْمَالُ الْمُوْطَفُ لِتَجْهِيزِ الْجَيْشِ وَفِدَاءِ الْأَسَارَى وَقَالَ بَعْضُهُمْ أُرِيدَ بِهِ مَا لَيْسَ بِحَقِّ كَالْجَبَايَاتِ الَّتِي فِي زَمَانِنَا يَأْخُذُهَا الظُّلْمَةُ بِغَيْرِ حَقٍّ فَإِنْ كَانَ مُرَادُ الْمُصَنِّفِ هُوَ الْأَوَّلُ جَازَتْ الْكَفَالَةُ بِهِ بِالْإِتِّفَاقِ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ مَضْمُونٌ ، وَإِنْ كَانَ مُرَادُهُ الثَّانِي فَفِيهِ اخْتِلَافُ الْمَشَايِخِ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِهِ مِنْهُمْ صَدْرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيِّ ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ فِي الْمُطَالَبَةِ ، أَوْ فِي الدَّيْنِ ، وَهَذَا لَا دَيْنَ وَلَا مُطَالَبَةَ عَلَى الْأَصِيلِ ، فَلَا يَتَحَقَّقُ مَعْنَى الضَّمِّ وَقَالَ بَعْضُهُمْ يَجُوزُ ، مِنْهُمْ

فَخَرَّ الْإِسْلَامُ عَلَى الْبَزْدِوِيِّ ؛ لِأَنَّهَا فِي الْمَطَالِبَةِ مِثْلُ سَائِرِ الدُّيُونِ ، بَلْ فَوْقَهَا ، وَالْعِبْرَةُ فِي بَابِ الْكَفَالَةِ لِلْمَطَالِبَةِ ؛ لِأَنَّهَا شُرِعَتْ ؛ لِلتَّزَامِهَا وَلِهَذَا قُلْنَا إِنَّ مَنْ قَامَ بِتَوَزِيعِ هَذِهِ التَّوَائِبِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ بِالْقِسْطِ يُوجِرُ ، وَإِنْ كَانَ الْآخِذُ بِالْآخِذِ ظَالِمًا .
وَقُلْنَا إِنَّ مَنْ قَضَى نَائِبَةً غَيْرَهُ بِأَمْرِهِ رَجَعَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطِ الرَّجُوعَ كَمَنْ قَضَى دَيْنَ غَيْرِهِ بِأَمْرِهِ ، وَأَمَّا الْقِسْمَةُ فَقَدْ قِيلَ : هِيَ مَا أَصَابَ الْوَاحِدَ مِنَ التَّوَائِبِ ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ هِيَ التَّصِيبُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { وَنَبِّئُهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ } وَالْمُرَادُ بِهَا التَّصِيبُ وَقِيلَ : هِيَ التَّوَائِبُ بَعَيْنُهَا غَيْرُ أَنَّ الْقِسْمَةَ مَا يَكُونُ رَاتِبًا ، وَالتَّوَائِبُ مَا لَيْسَ بِرَاتِبٍ ، وَإِنَّمَا يُوظَّفُ الْإِمَامُ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ الْمَالِ شَيْءٌ وَقَدْ بَيَّنَّا مَا هُوَ جَائِزٌ

بِالْإِجْمَاعِ وَمَا هُوَ مُخْتَلَفٌ فِيهِ وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ بْنُ أَبِي سَعِيدٍ هَذَا اللَّفْظُ وَقَعَ غَلَطًا ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مَصْدَرٌ ، وَالْمَصْدَرُ فِعْلٌ ، وَهَذَا مَضْمُونٌ وَقِيلَ : هِيَ أَنْ يَمْتَنِعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مِنَ الْقِسْمَةِ بَيْنَهُ وَيَبَيِّنَ صَاحِبَهُ فَيُضْمِنُهُ إِنْسَانٌ ؛ لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ وَقَالَ بَعْضُهُمْ مَعْنَاهَا إِذَا اقْتَسَمَا ، ثُمَّ مَنَعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ قِسْمَ صَاحِبِهِ ، وَالرَّوَايَةُ بِأَوْ ، وَهِيَ لِأَحَدِ الْمَذْكُورَيْنِ وَفِي الْإِبَاحَةِ نَعَمْ ، وَكَذَا فِي النَّفْيِ .

الشرح

قوله لأن الكفالة إن كانت مشروطة في البيع

بأن باع بشرط الكفالة
غاية

قوله فالمطلوب من هذه الكفالة

ترغيب المشتري في المبيع لأنه ربما لا يرغب في الشراء إذا لم يضمن بالدرك أحد فيكون المراد منه ترغيباً وتأكيده العقد فكأنه قال اشتر هذا فإن العقد جائز والمبيع ملك البائع ، فإن لحقك درك فيه فأنا ضامن لك فإذا كان كذلك كان الكفيل مقراً بملك البائع ، فلا يصح دعواه بعد ذلك للتناقص
أثقتاني رحمه الله

قوله إذا الدعاؤه بعده تقبل دعواه

أي وتقبل شهادته لغيره أيضاً
غاية

قوله ليحفظ الواقعة

ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة
فتح قوله : أو كتب في الشهادة كذلك من غير أن يقول إلخ (قال الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع قال مشايخنا إن ذكر في الشهادة على البيع ما يوجب صحته ونفاذه بأن كتب في الصك باع وهو يملك ذلك وهو كتب شهد بذلك فإنه تبطل دعواه إلا أن يكون كتب الشهادة على إقرارهما بذلك كله فحينئذ لا تبطل دعواه بأن يكتب في الشهادة باع فلان كذا من فلان وقد أقر البائع أنه باع ملك نفسه
غاية

قوله في المتن ومن ضمن عن آخر خراجة

قَالَ أَتَقَانِي أَمَّا الْخَرَجُ فَإِنَّمَا صَحَّ الضَّمَانُ بِهِ لِأَنَّهُ دَيْنٌ مَضْمُونٌ حَقًّا لِلْعَبْدِ يُطَالَبُ بِهِ وَيُحْبَسُ فَصَارَ ضَمَانُهُ كَسَائِرِ الدُّيُونِ بِخِلَافِ الضَّمَانِ بِالزَّكَاةِ فَإِنَّهُ لَا يَصَحُّ فِي الْأَمْوَالِ الظَّاهِرَةِ وَالْبَاطِنَةِ جَمِيعًا لِأَنَّ الزَّكَاةَ عِبَارَةٌ عَنْ تَمْلِيكِ جُزْءٍ مِنْ نَصَابٍ مُقَدَّرٍ شَرْعًا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ وَلِهَذَا لَا تُؤْخَذُ بَعْدَ

الْمَوْتِ مِنَ التَّرِكَةِ بِخِلَافِ الْخَرَجِ لِأَنَّهُ دَيْنٌ لِأَنَّ الدَّيْنَ عِبَارَةٌ عَنْ وَجوبِ تَمْلِيكِ الْمَالِ فِي الذِّمَّةِ بَدَلًا عَنْ شَيْءٍ كَقِيَمِ الْمُتْلَفَاتِ وَثَمَنِ الْمَبِيعِ وَالْمَهْرِ وَنَحْوِ ذَلِكَ وَالْبَدَلُ كَانَ مَلَكًا لَهُ فَيَكُونُ الْمُبْدَلُ مَلَكًا لَهُ أَيْضًا وَالْخَرَجُ بَدَلٌ عَنْ مَنَفْعَةِ الْحِفْظِ فَيَكُونُ دَيْنًا وَلَيْسَ الزَّكَاةُ بَدَلًا عَنْ شَيْءٍ آخَرَ ، فَلَا يَكُونُ دَيْنًا فَكَانَ الْمَلِكُ مُتَعَلِّقًا بِالتَّمْلِيكِ وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُا مُجَرَّدٌ فِعْلٌ يَعْنِي أَنَّ الزَّكَاةَ عِبَارَةٌ عَنْ مُجَرَّدِ فِعْلٍ وَهُوَ تَمْلِيكِ الْمَالِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ دَيْنًا أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله : وأما التوائب

قَالَ أَتَقَانِي وَأَمَّا التَّوَائِبُ فَقَدْ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ قَالَ بَعْضُهُمُ الْمُرَادُ مَا يَكُونُ بِحَقِّ كَأَجْرِ الْحَارِسِ وَكَرِّي نَهْرِ الْعَامَّةِ وَإِنَّ دَيْنًا وَيُسَمَّى نَائِبَةً وَقَالَ بَعْضُهُمْ هُوَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْإِمَامُ نَحْوُ تَجْهِيزِ الْمُقَاتِلَةِ وَفِدَاءِ الْأَسَارَى بِأَنْ لَا يَكُونَ فِي بَيْتِ الْمَالِ شَيْءٌ فَيُوطَفَ مَالًا عَلَى النَّاسِ فَيَجُوزُ ذَلِكَ فَيَجِبُ أَدَاؤُهُ عَلَى كُلِّ مُوسِرٍ نَظَرًا لِلْمُسْلِمِينَ فَيُضْمَنُ إِنْسَانٌ قِسْمَةَ صَاحِبِهِ أَيْ نَصِيبَهُ مِنْ ذَلِكَ يَجُوزُ وَأَمَّا التَّوَائِبُ الَّتِي يُوطَفُهَا السُّلْطَانُ ظُلْمًا عَلَى النَّاسِ كَالْجَبَايَاتِ فِي زَمَانِنَا بِسَبِيلِ الظُّلْمِ فَقَدْ اخْتَلَفَ الْمَشَايخُ فِيهِ

قوله : كاجرة الحراس

أَيُّ لِلْمَحَلَّةِ الَّذِي يُسَمَّى فِي بِلَادِ مِصْرَ الْخَفِيرِ كَمَا لَمْ يَكُنْ مَعَ تَغْيِيرِ

قوله كالجبايات إلخ

قَالَ الْكَمَالُ كَالْجَبَايَاتِ الْمُؤَطَّفَةِ عَلَى النَّاسِ فِي زَمَانِنَا بِبِلَادِ فَارِسَ عَلَى الْخِيَاطِ وَالطَّبَّاحِ وَغَيْرِهِمَا فِي كُلِّ شَهْرٍ أَوْ يَوْمٍ أَوْ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ لِلْسُّلْطَانِ

قوله : منهم صدر الإسلام

هُوَ مُحَمَّدٌ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَبْدِ الْكَرِيمِ النَّسَفِيِّ وَصَدْرُ

الْإِسْلَامِ هَذَا هُوَ أَخُو فَخْرِ الْإِسْلَامِ الْآتِي أَيْضًا

قوله : منهم فخر الإسلام عليّ البردوي

هُوَ ابْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَبْدِ الْكَرِيمِ النَّسَفِيِّ وَعَبْدُ الْكَرِيمِ هَذَا كَانَ تَلْمِيزَ الشَّيْخِ الْإِمَامِ مُحَمَّدٍ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ مَحْمُودِ الْمَاشَرِيْدِيِّ السَّمَرْقَنْدِيِّ أَتَقَانِي

قوله : وَقَلْنَا إِنَّ مَنْ قَضَىٰ نَائِبَةً غَيْرَهُ بِأَمْرِهِ رَجَعَ عَلَيْهِ

لَكِنْ هَذَا إِذَا أَمَرَهُ بِهِ لَا عَنْ إِكْرَاهٍ أَمَّا إِذَا كَانَ مُكْرَهًا فِي الْأَمْرِ لَا يُعْتَبَرُ أَمْرُهُ فِي الرُّجُوعِ هَكَذَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيُّ أَثَقَانِي

قوله وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطِ الرُّجُوعَ

أَيَّ اسْتِحْسَانًا بِمَنْزِلَةِ ثَمَنِ الْمَبِيعِ غَايَةُ قَوْلُهُ هَذَا اللَّفْظُ وَقَعَ غَلَطًا (قُلْتُ دَعَوَى الْغَلَطُ غَلَطٌ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ اسْمٌ بِمَعْنَى التَّصْيِبِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى { وَتَبَيَّنْهُمْ أَنْ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ } وَالْمُرَادُ بِهَا التَّصْيِبُ أَوْ بِمَعْنَى النَّائِبَةِ وَهِيَ أَيْضًا اسْمٌ أَوْ بِمَعْنَى حَقِّ الْقِسَامِ وَهِيَ أَيْضًا اسْمٌ عَيْنِي

قوله لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مَصْدَرٌ وَالْمَصْدَرُ فِعْلٌ

وَهُوَ غَيْرُ مَضْمُونٍ غَايَةُ

قوله : وَقِيلَ : هِيَ أَنْ يَمْتَنَعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مِنَ الْقِسْمَةِ الْخُ

فَإِذَا ضَمِنَ إِنْسَانٌ لِيَقُومَ مَقَامُهُ فِي الْقِسْمَةِ يَجُوزُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ ضَمِنَ شَيْئًا مَضْمُونًا وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَىٰ إيفائه غَايَةُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ ضَمَنْتُ لَكَ عَنْ فُلَانٍ مَائَةً إِلَى شَهْرٍ فَقَالَ هِيَ حَالَةٌ ، فَالْقَوْلُ لِلضَّامِنِ) يَعْنِي إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ كَفِيلٌ بِدَيْنٍ عَنْ فُلَانٍ وَادَّعَى الْأَجَلَ فَصَدَّقَهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ ، وَهُوَ الطَّالِبُ فِي الدَّيْنِ ، وَكَذَّبَهُ فِي الْأَجَلِ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُقَرَّرِ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِثُبُوتِ حَقِّ الْمُطَالَبَةِ بَعْدَ شَهْرٍ ، وَالْمُقَرَّرُ لَهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ الْمُطَالَبَةَ فِي الْحَالِ ، وَهُوَ مُنْكَرٌ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ بِالْدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ فَصَدَّقَهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ فِي الدَّيْنِ ، وَكَذَّبَهُ فِي الْأَجَلِ حَيْثُ يَكُونُ الْقَوْلُ فِيهِ قَوْلَ الْمُقَرَّرِ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُقَرَّرَ أَقَرَّ بِالْدَّيْنِ ، ثُمَّ ادَّعَى حَقًّا لِنَفْسِهِ ، وَهُوَ الْأَجَلُ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ بَلَا بَيِّنَةٍ وَلِأَنَّ الْأَجَلَ فِي الْكِفَالَةِ نَوْعٌ حَتَّى يَثْبُتَ فِيهَا مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ بِأَنَّهُ كَانَ الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا عَلَى الْأَصِيلِ وَفِي الدَّيْنِ عَارِضٌ حَتَّى لَا يَثْبُتَ إِلَّا بِشَرْطٍ فَكَانَ الْقَوْلُ لِمَنْ يَنْكُرُ الْعَوَارِضَ وَفِي النَّوْعِ الْقَوْلُ لِلْمُقَرَّرِ ؛ لِأَنَّهُ صِفَةٌ لِلدَّيْنِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ الْقَوْلُ لِلْمُقَرَّرِ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ وَصَفٌ فِيهِمَا يُقَالُ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ وَحَالٌ وَفِي الْأَوْصَافِ الْقَوْلُ لِلْمُقَرَّرِ .

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ الْقَوْلُ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ فِي الْفَصْلَيْنِ رَوَاهُ عَنْهُ إِبْرَاهِيمُ بْنُ يُوسُفَ ؛ لِأَنَّ الْمُقَرَّرَ قَدْ أَقَرَّ لَهُ بِحَقِّ ، ثُمَّ ادَّعَى تَأْخِيرَهُ ، فَلَا يُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى أَنَّ لَهُ عَلَى صَاحِبِهِ حَقًّا ، وَهُوَ التَّأْخِيرُ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ بِالْكَفَالَةِ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ جَارَ إِقْرَارِهِ بِالْكَفَالَةِ وَبَطَلَ الْخِيَارُ لَمَّا قُلْنَا وَتَحْنُ بَيْنَا الْفَرْقَ بَيْنَ الْفَصْلَيْنِ وَلَيْسَ هَذَا كَالْخِيَارِ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ مَعْنَى يُبْطَلُ الْكَفَالَةُ ، فَلَا يُصَدَّقُ بِإِبْطَالِهَا بَعْدَ الْإِقْرَارِ بِهَا بِخِلَافِ الْأَجَلِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِبْطَالٍ ،

وَإِنَّمَا هُوَ نَوْعٌ فِي الْكَفَالَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ أَنَّ الْأَجَلَ وَصَفٌ لِلدَّيْنِ لَا يَسْتَقِيمُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِصِفَةٍ لِلدَّيْنِ فِي الْحَقِيقَةِ ، وَإِنْ كَانَ وَصَفًا لَهُ لَفْظًا أَلَّا تَرَى أَنَّ الدَّيْنَ حَقُّ الطَّالِبِ وَالْأَجَلَ حَقُّ الْمَطْلُوبِ وَلَوْ كَانَ حَقًّا لَهُ لَمَا اخْتَلَفَ مُسْتَحَقُّهُمَا كَالْحَوْدَةِ وَالرَّذَاةِ فِيهِ ، وَالْحِيلَةُ فِيهَا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ وَادَّعَى عَلَيْهِ وَخَافَ الْكَذِبَ إِنْ أَنْكَرَ وَالْمُؤَاخَذَةُ فِي الْحَالِ إِنْ أَقَرَّ أَنْ يَقُولَ لِلْمُدَّعِي هَذَا الَّذِي تَدَّعِيهِ مِنَ الْمَالِ حَالٌ أَوْ مُؤَجَّلٌ .

فَإِنْ قَالَ مُؤَجَّلٌ فَلَا دَعَوَى عَلَيْهِ فِي الْحَالِ ، وَإِنْ قَالَ حَالٌ فَيُنْكَرُهُ وَهُوَ صِدُوقٌ فَلَا حَرَجَ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ : مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا إِذَا أَنْكَرَ الدَّيْنَ وَقَالَ لَيْسَ لَهُ قِبَلِي الْيَوْمَ حَقٌّ فَلَا بَأْسَ بِهِ إِذَا لَمْ يُرِدْ بِهِ إِثْوَاءَ حَقِّهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ اشْتَرَى أَمَةً وَكَفَلَ لَهُ رَجُلٌ بِالْدَّرَكِ فَاسْتَحِقَّتْ لَمْ يَأْخُذْ الْمُشْتَرِي الْكَفِيلَ حَتَّى يَقْضِيَ لَهُ بِالثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ) ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ بِالْدَّرَكِ هُوَ ضَمَانُ الثَّمَنِ عِنْدَ خُرُوجِ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِهِ

بِالِاسْتِحْقَاقِ ، وَهُوَ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ مَا لَمْ يَفْسَخِ الْبَيْعَ وَيَحْكَمْ عَلَى الْبَائِعِ بِرَدِّ الثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي وَبِمُجَرَّدِ الْإِسْتِحْقَاقِ لَا يَنْفَسَخُ وَلِهَذَا لَوْ أَجَازَ الْمُسْتَحَقُّ الْبَيْعَ قَبْلَ الْفَسْخِ جَازَ فَلَوْ كَانَ مُتَقَضًّا لَمَا جَازَ فَإِذَا لَمْ يَنْتَقِضْ لَمْ يَجِبْ الثَّمَنُ عَلَى الْبَائِعِ وَلَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّ بَدَلَ الْمُسْتَحَقِّ مَمْلُوكٌ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ ثَمَنُهَا عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ الْبَائِعُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ عَتَقَ .

وَكَذَا لَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي بَاعَ الْجَارِيَةَ مِنْ إِنْسَانٍ فَاسْتَحَقَّتْ مِنْ يَدِ الثَّانِي لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى بَائِعِهِ مَا لَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ لِلثَّانِي كَيْ لَا يَجْتَمِعَ

بَدَلَانِ فِي مِلْكٍ وَاحِدٍ إِذَا حَكَّمَ الْحَاكِمُ بِالثَّمَنِ عَلَيْهِ انْتَقَضَ وَسَقَطَ احْتِمَالُ الْإِجَازَةِ وَلَزِمَ الْبَائِعُ رَدُّ الثَّمَنِ فَيَلْزِمُ كَفِيلَهُ ضَرُورَةً بِخِلَافِ الْقَضَاءِ بِالْحَرَجَةِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَبْطُلُ بِهَا لِعَدَمِ الْمَحَلِّيَّةِ فَيَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ ، وَالْكَفِيلُ بِهِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْبَيْعَ يَنْتَقِضُ بِمُجَرَّدِ الْإِسْتِحْقَاقِ ؛ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ مِنَ الْمُسْتَحَقِّ ، وَطَلَبَ الْحُكْمَ مِنَ الْقَاضِي دَلِيلٌ عَلَى التَّقْضِ فَيَنْتَقِضُ بِهِ الْبَيْعُ كَمَا يَنْتَقِضُ بِالتَّقْضِ صَرِيحًا ، فَلَا تَعْمَلُ إِجَازَةُ الْمُسْتَحَقِّ بَعْدَ ذَلِكَ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ مِثْلَهُ فَعَلَى هَذَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ بِمُجَرَّدِ الْقَضَاءِ بِهَا لَهُ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِنْ أَخَذَ الْعَيْنَ بَعْدَ الْحُكْمِ يَنْفَسَخِ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ أَخْذَهُ دَلِيلُ الْفَسْخِ ، وَالظَّاهِرُ هُوَ الْأَوَّلُ .

الشرح

قوله : فالقول للضامن

أي في ظاهر الرواية كمال

قوله : رواه عنه إبراهيم بن يوسف

قال الأتقاني وروى إبراهيم بن رستم عن أبي يوسف

قوله ، فنا يصدق إلّا بحجة لانه ادعى إلخ

قال الأتقاني ووجه قول أبي يوسف أنهما تصادقا في وجوب المال واختلفا في الأجل فنبت ما اتفقا عليه ولم يثبت ما اختلفا فيه ووجه الظاهر ما قال أصحابنا في شروح الجامع الصغير أن الأجل في الدين الواجبة لا يعقد الكفالة كالعروض وثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات عارض ولهذا إذا أطلقت تكون حالة فإذا أنكر الأجل فقد أنكر العارض فكان القول قوله ولهذا قلنا في خيار الشرط إذا ادعاه أحد العاقدين لا يثبت بقوله لأنه عارض وأما الأجل في الكفالة فقد ثبت من غير شرط بأن قال كفلت بما لك على فلان وعلى الأصل دين مؤجل يكون مؤجلا على الكفيل من غير شرط فلم يكن الأجل في الكفالة أمرا عارضا بل الكفالة المؤجلة أحد نوعي الكفالة والإقرار بأحد النوعين لا يكون إقرارا بالنوع الآخر

قال الكمال رحمه الله وجه المذهب أن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال إذ الظاهر أن الدين كذلك لأنه إنما يثبت بدلا عن قرض أو إلتاف أو بيع ونحوه والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال إلا لبذل في الحال فكان الحلول الأصل والأجل عارض فكان الدين المؤجل معروضا لعارض لا نوعا ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها والتأخير ينكره وفي الكفالة ما أقر بالدين على ما هو الأصل بل

لِحَقِّ الْمُطَالَبَةِ بَعْدَ شَهْرٍ وَالْمَكْفُولُ لَهُ يَدْعِيهَا فِي الْحَالِ وَالْكَفِيلُ يُنْكِرُ ذَلِكَ فَالْقَوْلُ لَهُ وَهَذَا لِأَنَّ التَّزَامَ الْمُطَالَبَةِ يَتَنَوَّعُ إِلَى التَّزَامِ فِي الْحَالِ أَوْ الْمُسْتَقْبَلِ كَالْكَفَالَةِ بِمَا ذَابَ وَالِدْرَكَ فَإِنَّمَا أَقَرَّ بِنَوْعٍ مِنْهَا ، فَلَا يَلْزَمُ بِالنَّوْعِ الْآخَرِ

قوله : وَلَوْ كَانَ وَصَفًا

الَّذِي يَخْطُ الشَّارِحَ وَلَوْ كَانَ حَقًّا

{ بَابُ كَفَالَةِ الرَّحْلَيْنِ وَالْعَبْدَيْنِ } قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (دَيْنٌ عَلَيْهِمَا وَكُلٌّ كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ فَمَا آدَاهُ أَحَدُهُمَا لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى شَرِيكِهِ ، فَإِنْ زَادَ عَلَى النَّصْفِ رَجَعَ بِالزِّيَادَةِ) مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ دَيْنٌ عَلَى اثْنَيْنِ بَأَنْ اشْتَرَى مِنْهُ عَبْدًا وَتَكَفَّلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ فَمَا آدَاهُ أَحَدُهُمَا لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى شَرِيكِهِ حَتَّى يَزِيدَ مَا يُؤَدِّيهِ عَلَى النَّصْفِ فَيَرْجِعَ بِالزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي النَّصْفِ أَصِيلٌ وَفِي النَّصْفِ كَفِيلٌ فَمَا يُؤَدِّيهِ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا عَلَيْهِ أَصَالَةٌ إِذْ لَا مُعَارَضَةَ بَيْنَ مَا عَلَيْهِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ وَبَيْنَ مَا عَلَيْهِ بِطَرِيقِ الْكَفَالَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ دَيْنٌ وَمُطَالَبَةٌ وَالثَّانِي مُطَالَبَةٌ فَقَطْ ، فَلَا يُعَارِضُ الْأَوَّلَ ، وَكَذَا سَبَبُ الْأَوَّلِ وَهُوَ الشِّرَاءُ أَقْوَى مِنْ سَبَبِ الثَّانِي وَهُوَ الْكَفَالَةُ وَلِهَذَا يَنْفُذُ الْأَوَّلُ مِنَ الْمَرِيضِ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَالثَّانِي لَا يَنْفُذُ إِلَّا مِنَ الثَّلَاثِ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَكُونَ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرَقٌ لَا يَنْفُذُ أَصْلًا فَكَانَ آكَدَ ، فَلَا يُعَارِضُهُ الضَّعِيفُ .

وَهَذَا نَظِيرُ مَا لَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا وَفِضَّةً بِفِضَّةٍ فَقَبَضَهُمَا وَقَبِضَ الْآخَرَ مِنَ الْفِضَّةِ الْخَالِصَةِ قَدَرِ فِضَّتِهِ ثُمَّ افْتَرَقَا قَبْلَ قَبْضِ الْبَاقِي يُجْعَلُ الْمَقْبُوضُ ثَمَنَ الصَّرْفِ ؛ لِأَنَّ الصَّرْفَ أَقْوَى وَآكَدُ حَتَّى أَوْجَبَ الْقَبْضَ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ وَلِأَنَّ الْكَفَالَةَ تُوجِبُ الْمُطَالَبَةَ وَهِيَ تَبَعٌ لِلدَّيْنِ ، فَلَا مُعَارَضَةَ بَيْنَ الْأَصْلِ وَالتَّبَعِ وَلِأَنَّهُ لَوْ وَقَعَ فِي النَّصْفِ عَنْ صَاحِبِهِ كَانَ لِصَاحِبِهِ أَيْضًا أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بَأَنْ يُجْعَلَ الْمُؤَدَّى عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْمُؤَدَّى نَائِبُهُ وَأَدَاءُ نَائِبِهِ كَأَدَائِهِ فَيُؤَدَّى إِلَى الدَّوْرِ فَيَسْقُطُ وَلَا مُعَارَضَةَ فِيمَا زَادَ عَلَى مَا عَلَيْهِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ وَلَا

دَوْرٌ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِهِ ، وَلَوْ كَانَ مَا عَلَيْهِ مُوجَّلًا وَمَا عَلَى صَاحِبِهِ حَالًا صَحَّ تَعْيِينُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُعَارَضَةَ إِذْ لَا يَجِبُ مَا عَلَيْهِ فِي الْحَالِ وَلَيْسَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْكَفِيلَ إِذَا عَجَّلَ دَيْنًا مُوجَّلًا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْأَصِيلِ قَبْلَ حُلُولِ الْأَجَلِ ، وَكَذَا لَوْ كَفَلَ أَحَدُهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ دُونَ الْآخَرِ وَأَدَّى الْكَفِيلُ فَجَعَلَهُ عَنْ صَاحِبِهِ يُصَدِّقُ وَهِيَ وَارِدَةٌ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ كَفَّلَا عَنْ رَجُلٍ فَكَفَلَ كُلٌّ عَنْ صَاحِبِهِ فَمَا أَدَّى رَجَعَ بِنَصْفِهِ عَلَى شَرِيكِهِ أَوْ بِالْكُلِّ عَلَى الْأَصِيلِ) مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ أَلْفٌ دَرَاهِمٍ مَثَلًا فَكَفَلَ عَنْهُ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِجَمِيعِهِ عَلَى الْإِنْفِرَادِ ، ثُمَّ كَفَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الرَّجُلَيْنِ عَنْ صَاحِبِهِ بِمَا لَزِمَهُ بِالْكَفَالَةِ ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ عَنْ الْكَفِيلِ جَائِزَةٌ كَمَا تَجُوزُ عَنْ الْأَصِيلِ فَمَا أَدَّى إِلَى أَحَدِهِمَا رَجَعَ بِنَصْفِهِ عَلَى صَاحِبِهِ ، ثُمَّ يَرْجِعَانِ عَلَى الْأَصِيلِ إِنْ شَاءَ ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ هُوَ بِالْكُلِّ عَنْ الْأَصِيلِ لِأَنَّ مَا عَلَيْهِمَا مُسْتَوِيَانِ ، فَلَا تَرْجِيحَ لِلْبَعْضِ عَلَى الْبَعْضِ إِذْ الْكُلُّ كَفَالَةٌ فَيَكُونُ الْمُؤَدَّى شَائِعًا عَنْهُمَا فَيَرْجِعُ بِنَصْفِهِ عَلَى شَرِيكِهِ إِذْ لَا يُؤَدَّى إِلَى الدَّوْرِ ؛ لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ الْإِسْتِوَاءُ وَقَدْ حَصَلَ بِرُجُوعِ أَحَدِهِمَا بِنَصْفِهِ وَلَيْسَ لِصَاحِبِهِ أَنْ يَنْقُضَ الْإِسْتِوَاءَ بِالرُّجُوعِ عَلَيْهِ مُرَاعَاةً لِمَا اقْتَضَاهُ الْعَقْدُ إِذْ الْإِسْتِوَاءُ فِي السَّبَبِ يُوجِبُ الْإِسْتِوَاءَ فِي الْحُكْمِ وَهُوَ الْعُرْمُ بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ؛ لِأَنَّ التَّرْجِيحَ فِيهَا حَاصِلٌ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ ، فَلَا يَضُرُّهُ الرُّجُوعُ فَيُؤَدَّى إِلَى الدَّوْرِ ، ثُمَّ يَرْجِعَانِ عَلَى الْأَصِيلِ لِأَنَّهُمَا أَدَيَا عَنْهُ دَيْنَهُ بِأَمْرِهِ أَحَدُهُمَا بِنَفْسِهِ وَالْآخَرُ بِنَائِبِهِ ، وَإِنْ شَاءَ الْمُؤَدَّى رَجَعَ بِالْجَمِيعِ عَلَى الْأَصِيلِ ؛ لِأَنَّهُ كَفَلَ بِالْجَمِيعِ بِأَمْرِهِ .

هَذَا إِذَا تَكَفَّلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ الْأَصِيلِ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ عَلَى التَّعَاقُبِ ، ثُمَّ كَفَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ بِالْجَمِيعِ ، وَأَمَّا إِذَا تَكَفَّلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالنَّصْفِ ، ثُمَّ تَكَفَّلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ فَهِيَ كَالْمَسْأَلَةِ الْأُولَى فِي الصَّحِيحِ حَتَّى لَا يَرْجِعَ عَلَى شَرِيكِهِ بِمَا أَدَّى مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى النَّصْفِ ، وَكَذَا لَوْ تَكَفَّلَا عَنْ الْأَصِيلِ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ مَعًا ، ثُمَّ كَفَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنِ يَنْقَسِمُ عَلَيْهِمَا

نصفين ، فلا يكون كفيلاً عن الأصل بالجميع ، وكذا لو كفّل كل واحد منهما عن الأصل بالجميع متعاقباً ، ثم كفّل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف .

قال رحمه الله (وإن أبرأ الطالب أحدهما أخذ الآخر بكّله) لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصل بقي المال كله على الأصل والآخر كفيل عنه بكّله فيأخذه به قال رحمه الله (ولو افترق المفاوضان أخذ العريم أي شاء بكل الدين) ؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر على ما بيّننا في الشراكة قال رحمه الله (ولا يرجع حتى يؤدي أكثر من النصف) لما بيّننا من الوجهين في كفالة الرجلين .

الشرح

باب في كفالة الرجلين والعبدنين { شرع في كفالة الرجلين بعد كفالة الرجل ؛ لأن الاثنين بعد الواحد في الوجود فأخر ذكرها وضعاً للتناسب .

أثقاني .

قوله حتى يزيد ما يؤديه على النصف

أي سواء عين من صاحبه أو لم يعين .

منافع

قوله ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه إلخ

قال الكمال رحمه الله ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه للكفالة كان له أن يرجع عليه به فلصاحبه أن يرجع بعين ما رجعه به المؤدي ؛ لأن أداء نائيه يعني كفيله بأمره كأدائه بنفسه ، ولو أدى بنفسه يرجع فكذا بنائيه لكن إذا جعله كله عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع ما رجعه به صاحبه وإلا لم يكن له أن يرجع إلا بنصف ما رجعه به صاحبه .

بيانه أدى الأول مائتين يرجع بنصفهما ؛ لأنه في إحدى المائتين أصل إذا رجعه به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكلتيهما إلا إذا اعتبر نفسه مؤدياً كلها عن صاحبه المؤدي حقيقة وإلا لم يرجع إلا بنصفها ؛ لأنه لو أداها حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون إلى ما عليه أصالة وخمسون إلى ما عليه كفالة ، وإنما يرجع بما عن الكفالة فيؤدي إلى الدور وما يؤدي إلى الدور ممتنع فيمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه ، وإلا تغير حكم الشرع إذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الشروع ، وقد علمت أنه امتنع للدور .

واعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فإنه توقف الشيء على ما يتوقف عليه ، ورجوع المؤدي ليس متوقفاً على رجوع صاحبه بل إذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم

كوثفه في مال واحد بل إن شاء أعطاه ما أخذه منه فإذا رجع الآخر استعاده أو أعطاه غيره ، وكذا الأول ، فاللزام في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدي إليه .

والحق أن هذا الوجه باطل ؛ لأن رجوع المؤدي عنه لا يمكن أن يسوغه شرعاً اعتبار المؤدي عنه أنه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدي ؛ لأنه اعتبار باطل يؤدي إلى أن المؤدي عنه يرجع على المؤدي بمثل ما أدى إلى الطالب ، وهو نقيض ما يقطع به في الشرع أن المؤدي هو الذي يرجع على المؤدي عنه بمثل ما أدى عنه ، وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سبباً لأن يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر ؟ هذه

قَوْلُهُ كَانَ لِصَاحِبِهِ أَيْضًا أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ

أَيُّ لَأَنَّ الْمُؤَدِّيَّ مَتَى جَعَلَ الْمُؤَدَّى عَنْ صَاحِبِهِ بِحُكْمِ الْكَفَالَةِ عَنْهُ لِيَرْجِعَ عَلَيْهِ فَلِصَاحِبِهِ أَنْ يَجْعَلَ عَنْهُ أَيْضًا وَيَرْجِعَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ يَقُولُ أَدَاؤُكَ بِأَمْرِي وَأَنْتَ كَفَيْتَ عَنِّي كَادَائِي ، وَأَنَا كَفَيْتُ عَنْكَ ثُمَّ وَثُمَّ فَيُؤَدِّي إِلَى الدَّوْرِ ، وَهُوَ بَاطِلٌ .
كَذَا فِي الْمَنَافِعِ ، وَهُوَ أَوْضَحُ مِمَّا فِي الشَّرْحِ

قَوْلُهُ وَلَا مُعَارَضَةً فِيمَا زَادَ عَلَى مَا عَلَيْهِ الْخُ

قَالَ فِي الْمَنَافِعِ وَإِذَا زَادَ عَلَى النَّصْفِ فَلَيْسَ لِصَاحِبِهِ أَنْ يَجْعَلَ الْمُؤَدَّى ، وَهُوَ الزِّيَادَةُ كَادَائِهِ بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ كَفِيلًا عَنْ الْمُؤَدِّي لِأَنَّهُ بَادَأَ حِصَّةَ نَفْسِهِ لَمْ يَبْقَ الدَّيْنُ عَلَيْهِ

قَوْلُهُ وَلَيْسَ لِشَرِيكِهِ

أَيُّ الدَّفْعِ الَّذِي عَلَيْهِ حَالًا إِذَا أَدَّى عَنْ الْمُؤَجَّلِ
قَوْلُهُ يُصَدَّقُ (وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يُصَدَّقَ وَهَذَا وَجْهُ وَرُودِهَا عَلَى مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ فَاعْلَمْ ك .

قَوْلُهُ وَلَيْسَ لِصَاحِبِهِ أَنْ

يَنْقُضَ الْاسْتِوَاءَ بِالرُّجُوعِ عَلَيْهِ مُرَاعَاةً (
يَعْنِي أَنَّ الْمَنَافِعَ مِنْ نَقْضِ الْاسْتِوَاءِ هُوَ الْمُرَاعَاةُ الْخُ .

قَوْلُهُ بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى الْخُ

قَالَ الْكِمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهَذَا الْفَرْقُ بِاعْتِبَارِ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ، وَلَوْ كَانَ الْوَجْهُ الثَّانِي صَحِيحًا لَمْ يَبْقَ فَرْقٌ بِاعْتِبَارِهِ ؛ لِأَنَّ مُسَوِّغَ رُجُوعِ الْمُؤَدَّى عَنْهُ اعْتِبَارُ نَفْسِهِ أَدَّى مَا آدَاهُ عَنْهُ الْمُؤَدِّي وَاحْتِسَابُهُ بِهِ عَنْ الْمُؤَدِّي ، وَهَذَا مُمَكِّنٌ هُنَا بِعَيْنِهِ بِأَنْ يَقُولَ هَذَا الَّذِي تَرَجُّعَ عَلَيَّ بِهِ بِسَبَبِ أَنَّكَ أَدَيْتَهُ عَنِّي هُوَ كَادَائِي بِنَفْسِي فَكَأَنِّي أَنَا الَّذِي أَدَيْتُهُ وَاحْتَسَبْتُهُ عَنْكَ فَأَنَا أَرْجِعُ عَلَيْكَ بِهِ وَلَا شَكَّ فِي بُطْلَانِ هَذَا ، فَلَا يَقَعُ الْفَرْقُ إِلَّا بِاعْتِبَارِ الْقُوَّةِ وَالضَّعْفِ ، وَهُوَ الْوَجْهُ الْأَوَّلُ

قَوْلُهُ ثُمَّ يَرْجِعَانِ عَلَى الْأَصِيلِ وَقَوْلُهُ وَإِنْ شَاءَ الْمُؤَدِّي رَجَعَ بِالْجَمِيعِ عَلَى الْأَصِيلِ

لَا يَخْلُو مَعَ مَا سَبَقَ عَنْ تَكَرَّرِ فَاعْلَمْ ك .

قوله في المتن ولو افترق المفاوضان إلخ

قال الأتقاني وأصله أن المفاوضة شركة عامة في كل مال وصحيحة عندنا وتثبت على ثلاثة أشياء : التوكيل من كل واحد منهما صاحبه فيما كان من أعمال التجارة ، والكفالة بما كان من ضمان التجارة ، والاستواء في جنس رأس المال ابتداءً وانتهاءً فإذا كان انعقادها على الكفالة كان للغرماء أن يطلبوا بجميع الدين أيهما شاءوا ؛ لأن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق ، فلا تبطل بالافتراق .

قال رحمه الله (وإن كاتب عبدي كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه وأدى أحدهما رجع بنصفه) وهذا استحسن والقياس أن لا يجوز ؛ لأن فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة ، وكل واحد منهما بانفراده باطل وعند الاجتماع أولى فصارت كما إذا اختلفت كتابتهما .

وجه الاستحسن أن تصرف الإنسان يجب تصحيحه بقدر الإمكان وقد أمكن تصحيح هذه الكفالة بأن يجعل المال كله على كل واحد منهما في حق المولى وفي حق نفسه ، وعق الآخر معلق بأدائه فيطالب المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الأصاله لا بحكم الكفالة فأيهما أدى وعق الآخر تبعاً له كما في ولد المكاتب ، لكن كل واحد منهما كفيل في حق صاحبه ؛ لأن المال في الحقيقة مقابل بهما حتى انقسم عليهما فصارت كفالته بما عليه أصالة وكفالة المكاتب بما عليه أصالة جائزة فكان كل واحد منهما أصيلاً في الكل كفيلاً عن صاحبه بالكل ، ولا تظهر الكفالة إلا في حق صاحبه ؛ لأنها ضرورية فيتقدر بقدرها حتى تكون مطالبة المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الأصاله لا بحكم الكفالة فإذا أدى أحدهما شيئاً وقع عن كل البذل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما فيرجع به عليه ، ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة بخلاف ما إذا اختلفت كتابتهما لأن عق كل واحد منهما تعلق بأداء المال على حدة وهو صحيح في نفسه ، فلا حاجة إلى تصحيحه بما ذكرنا من الطريق ، ثم المسألة على ثلاثة أوجه : أحدها أن يكاتبهما كتابة واحدة وكل

واحد منهما كفيل عن صاحبه فحكمه ما ذكرنا ، والثاني أن يكاتبهما كتابة واحدة على ألف ولم يرد على هذا فحكمه أن كل واحد منهما يلزمه حصته ويعتق بأداء حصته ؛ لأن المقابلة المطلقة تقتضي ذلك ، والثالث أن يكاتبهما كتابة واحدة على أنهما إن أديا عتقا ، وإن عجزا رداً في الرق ولم يذكر كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فعند زفر جواب هذا مثل الفصل الثاني حتى يعتق أحدهما بأداء حصته ؛ لأن كل واحد منهما لم يلتزم بالقبول إلا حصته ولهذا ليس للمولى أن يطالب أحدهما بجميع البذل ، ولو أدى أحدهما الجميع لم يرجع على صاحبه بشيء بخلاف ما إذا شرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه لأننا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال إلى المولى ؛ لأن شرط المولى في العقد تجب مراعاته إذا كان صحيحاً شرعاً وقد شرط العتق عند أدائهما جميع المال نصاً ، فلو عتق أحدهما بأداء حصته كان مخالفاً لشرطه وما استدلل به زفر ممنوع فإن هذا عندنا كالفصل الأول في جميع ما ذكرناه فلهذا قلنا ما لم يصل جميع المال إلى المولى لا يعتق واحد منهما ذكره في المبسوط .

قال رحمه الله (ولو حرر أحدهما أخذ آياً شاء بحصة من لم يعتقه) معناه لو أعتق أحد العبدَيْن فيما إذا كاتبهما وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه صح العتق لوجود المصحح للعتق وهو الملك في الرقبة وبرئ عن حصته من بدل الكتابة ؛ لأنه لم يرض بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى العتق ولم يبق وسيلة فتسقط حصته ويبقى

على صاحبه حصته ؛ لأن المال في الحقيقة مقابل برقيتهما وإنما جعل على كل واحد منهما كله احتياطاً لتصحيح الضمان وإذا حصل له العتق استغنى عنه فاعتبر مقابل برقيتهما فيتوزع عليهما ضرورة ، فإذا توزع سقط حصته المعتق لما ذكرنا وبأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء ، فإن شاء أخذ المعتق بالكفالة ، وإن شاء أخذ صاحبه بالأصاله قال رحمه الله (فإن أخذ المعتق رجع على صاحبه ، وإن

أَخَذَ الْآخَرَ لَا (لِأَنَّ غَيْرَ الْمُعْتَقِ أَصِيلٌ ، فَلَا يَرْجِعُ عَلَى أَحَدٍ إِذَا أَدَّى وَالْمُعْتَقُ كَفِيلٌ عَنْهُ بِأَمْرِهِ فَيَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ قِيلَ كَيْفَ يَكُونُ الْمُعْتَقُ كَفِيلًا عَنْهُ وَالْكَفَالَةُ بَدَلُ الْكِتَابَةِ لَا تَجُوزُ ؟ قُلْنَا هَذَا فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي الْإِبْتِدَاءِ كَفِيلًا فَقَطُّ وَإِنَّمَا كَانَ بَدَلُ الْكِتَابَةِ وَاجِبًا عَلَيْهِ أَصَالَةً وَقَدَرْنَا الْكَفَالَةَ فِيهِ فِي حَقِّ صَاحِبِهِ احْتِيَالًا لِتَصْحِيحِ الْأَدَاءِ عَنْ صَاحِبِهِ وَبَعْدَ الْعِتْقِ لَا يُمَكِّنُ إِيْجَابُ الْبَدَلِ عَلَيْهِ لاسْتِعْنَائِهِ ، فَلَا يُمَكِّنُ تَقْدِيرُ الْأَصَالَةِ فِيهِ فَبَقِيَ كَفِيلًا .

الشرح

قوله في المتن وإن كاتب عبديه كتابة واحدة

أي بأن قال مثلاً كاتبكما على ألف إلى عام .

قوله وأدى أحدهما رجع بنصفه

قال في شرح التكملة وإن كاتب عبديه كتابة واحدة على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه لأنهما فيه سواء من حيث الأصالة والكفالة

قوله وكل واحد منهما بانفراده باطل

أي لأن الكفالة تبرع والمكاتب لا يملك التبرع ، والكفالة إنما تصح بالدين الصحيح ، وبطلان الكتابة ليس بدين صحيح ، فلا تصح الكفالة به .

أثقاني

قوله فصار كما إذا اختلفت كتابتهما

أي بأن كاتب المولى كل واحد منهما على حدة وكفل أحدهما عن الآخر فإنها حينئذ باطلة قياساً واستحساناً

قوله وهذا استحسنان

وجه الاستحسان أنه يمكن تجويز هذا العقد بأن يجعل كل البذل على أحدهما والآخر تبعاً له في العتق بأن يكون كل واحد منهما أصيلاً في الكل وكفيلًا عن صاحبه في الكل كالولد المولود في الكتابة حيث يكون مكاتباً تبعاً لأمه فلما احتمل هذا العقد الصحة صح وجعل كل واحد منهما كأن المال عليه وكان مؤاخذاً بحكم الأصالة لا الكفالة فإذا أدى أحدهما شيئاً يقع عن جميع البذل فيقع عن صاحبه نصف ذلك لاستوائيهما في العلة وهي أن كل البذل مضمون على أحدهما بعقد الكتابة ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البذل فإن أعتق المولى أحدهما صح ؛ لأنه ملكه وسقط نصف بدل الكتابة ؛ لأن البذل في الحقيقة مقابل

بِرَقَبَتَيْهِمَا ، وَإِنَّمَا جُعِلَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا احْتِيَالًا لِتَصْحِيحِ الضَّمَانِ فَإِذَا ثَبَتَ عِتْقُ أَحَدِهِمَا اسْتَعْنَى عَنْ بَدَلِ رَقَبَتِهِ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ احْتِيَالًا لِتَصْحِيحِ الضَّمَانِ

وَالْحَامِلُ عَلَى ذَلِكَ تَشَوُّفُ الشَّارِعِ إِلَى الْعِتْقِ .

قَوْلُهُ قُلْنَا هَذَا فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ

كَمَا لَوْ مَاتَ شُهُودُ النِّكَاحِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ ضَمِنَ عَنْ عَبْدٍ مَا لَا يُؤْخَذُ بِهِ بَعْدَ عِتْقِهِ فَهُوَ حَالٌ ، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّهِ) الْمُرَادُ بِهِ دَيْنٌ لَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الْمَوْلَى كَمَا إِذَا لَزِمَهُ بِالْإِقْرَارِ أَوْ الِاسْتِفْرَاضِ أَوْ بِالْوَطْءِ عَنْ شُبْهَةٍ أَوْ اسْتِهْلَاكِ وَدِيْعَةٍ فَإِنَّ هَذِهِ الدُّيُونَ لَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ الْمَوْلَى ، فَلَا يُؤْخَذُ بِهَا فِي الْحَالِ وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ بِهَا بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ ، فَلَوْ أَنَّ إِنْسَانًا تَكْفَّلَ بِهَذِهِ الدُّيُونَ يَلْزِمُهُ وَيُطَالَبُ بِهِ فِي الْحَالِ لِأَنَّ الْمَالَ حَالٌّ عَلَى الْعَبْدِ لَوْجُودِ السَّبَبِ وَقَبُولِ ذِمَّتِهِ إِلَّا أَنَّ الْمُطَالَبَةَ تَأَخَّرَتْ عَنْهُ لِعُسْرَتِهِ إِذْ هَذِهِ الدُّيُونَ لَا تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ لِعَدَمِ ظُهُورِهَا فِي حَقِّ الْمَوْلَى ، وَالْكَفِيلُ غَيْرُ مُعْسِرٍ فَصَارَ كَمَا لَوْ كَفَلَ عَنْ غَائِبٍ أَوْ مُفْلِسٍ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَفَلَ بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ حَيْثُ لَا يَلْزَمُ الْكَفِيلَ حَالًا ؛ لِأَنَّهُ التَّزَمَ الْمُطَالَبَةَ بِدَيْنٍ وَالطَّالِبُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُطَالَبَ بِالْدَيْنِ الْمُؤَجَّلِ فِي الْحَالِ ، ثُمَّ إِذَا أَدَّى عَنْهُ يَرْجِعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ إِنْ كَانَ بِأَمْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْكَفِيلَ بِالْأَدَاءِ مَلَكَ الدَّيْنِ وَقَامَ مَقَامَ الطَّالِبِ ، فَلَا يُطَالَبُ قَبْلَ الْحُرِّيَّةِ وَقَوْلُهُ بِدَيْنٍ يُؤْخَذُ مِنْهُ بَعْدَ عِتْقِهِ احْتِرَازٌ عَمَّا يُؤْخَذُ بِهِ فِي الْحَالِ مِثْلَ دَيْنِ الِاسْتِهْلَاكِ عِيَانًا أَوْ دَيْنٍ لَزِمَهُ بِالْتَّجَارَةِ بِإِذْنِ الْمَوْلَى فَإِنَّهُ تَجَوَّزُ الْكَفَالَةَ بِهِ بِلَا شُبْهَةٍ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ ادَّعَى رَقَبَةَ الْعَبْدِ فَكَفَلَ بِهِ رَجُلٌ فَمَاتَ الْعَبْدُ فَبَرَهَنَ الْمُدَّعِي أَنَّهُ لَهُ ضَمِنَ قِيَمَتُهُ ، وَلَوْ ادَّعَى عَلَى عَبْدٍ مَالًا وَكَفَلَ بِنَفْسِهِ رَجُلٌ فَمَاتَ الْعَبْدُ بَرَأَ الْكَفِيلُ) وَالْفَرْقُ أَنَّ الثَّانِيَةَ تَكْفُلُ عَنْ الْعَبْدِ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ فَإِذَا مَاتَ الْعَبْدُ وَهُوَ الْمَكْفُولُ بِهِ بَرَأَ هُوَ ، وَبَرَاءَتُهُ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ ، وَلَا

يَخْتَلِفُ ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَكْفُولُ بِهِ حُرًّا أَوْ عَبْدًا وَفِي الْأَوَّلَى تَكْفُلُ عَنْ ذِي الْيَدِ بِتَسْلِيمِ رَقَبَةِ الْعَبْدِ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَّ يَدَّعِي غَضَبَ الْعَبْدِ عَلَى ذِي الْيَدِ ، وَالْكَفَالَةُ بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ بِنَفْسِهَا جَائِزَةٌ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فَيَجِبُ عَلَى ذِي الْيَدِ رَدُّ الْعَيْنِ ، فَإِنْ هَلَكَتْ يَجِبُ عَلَيْهِ قِيَمَتُهَا فَكَذَا عَلَى الْكَفِيلِ إِنْ أَثَبَتَ الْمُدَّعِي بِالْبَيِّنَةِ أَنَّ الْعَبْدَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الْأَصِيلِ وَالْبَيِّنَةُ كَاسْمِهَا مُبَيِّنَةٌ فَيَظْهَرُ بِهَا أَنَّ الْعَبْدَ مَلَكُهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا ثَبَتَ الْمَلِكُ بِإِقْرَارِ ذِي الْيَدِ أَوْ بِنُكُولِهِ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَ الْأَصِيلِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي حَقِّ الْكَفِيلِ ، فَلَا يَلْزِمُهُ مَا لَمْ يَقَرَّ بِهِ هُوَ بِنَفْسِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ كَفَلَ عَبْدٌ عَنْ سَيِّدِهِ بِأَمْرِهِ فَعَتَّقَ فَأَدَّاهُ أَوْ كَفَلَ سَيِّدُهُ عَنْهُ وَأَدَّاهُ بَعْدَ عِتْقِهِ لَمْ يَرْجِعْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ) وَمَعْنَى الْأَوَّلَى أَنَّ لَا يَكُونُ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ ؛ لِأَنَّ أَمْرَ الْمَوْلَى بِالتَّكْفِيلِ يَصِحُّ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَجْعَلَهُ بِالْدَيْنِ ، وَلَوْ أَقَرَّ عَلَيْهِ بِالْدَيْنِ نَفَذَ إِقْرَارُهُ وَلَهُ أَنْ يَرْهَنَهُ ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ لَيْسَ لَهُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إِطْلَالَ حَقِّ الْغُرْمَاءِ ، وَأَمَّا كَفَالَةُ الْمَوْلَى عَنْ الْعَبْدِ فَصَحِيحَةٌ كَيْفَمَا كَانَتْ .

وَقَالَ زُفَرٌ يَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ إِذَا أَدَّى عَنْهُ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ وَكَانَتْ الْكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ لِتَحَقُّقِ الْمُوجِبِ لِلرُّجُوعِ وَلِزَوَالِ الْمَانِعِ مِنْ

الرُّجُوعُ قُلْنَا وَقَعَتْ غَيْرَ مُوجِبَةٍ لِلرُّجُوعِ ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَا يَسْتَحِقُّ عَلَى الْآخَرِ دَيْنًا ، فَلَا تَنْقَلِبُ مُوجِبَةً بَعْدَ ذَلِكَ كَمَا إِذَا كَفَلَ رَجُلٌ عَنْ رَجُلٍ بَغَيْرِ أَمْرِهِ فَبَلَغَهُ فَأَجَازَ فَإِنَّهَا لَا تَنْقَلِبُ مُوجِبَةً لِلرُّجُوعِ فَكَذَا هَذَا ، ثُمَّ فَائِدَةٌ كِفَالَةُ الْمَوْلَى عَنْ عَبْدِهِ وَجُوبُ مُطَالَبَتِهِ بِإِيفَاءِ الدَّيْنِ مِنْ سَائِرِ أَمْوَالِهِ وَفَائِدَةٌ كِفَالَةُ الْعَبْدِ عَنْ مَوْلَاهُ تَعَلُّقُهُ بِرَقَبَتِهِ .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَمَنْ ضَمَنَ عَنْ عَبْدٍ مَا لَا يُؤْخَذُ بِهِ بَعْدَ عِتْقِهِ

قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ أَرَادَ بِهِ إِقْرَارَهُ بِالِاسْتِهْلَاكِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ فَاَمَّا إِذَا اسْتَهْلَكَهُ عِيَانًا فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِهِ فِي الْحَالِ إِلَّا فِي الْمُدَوَّعِ الْمَحْجُورِ إِذَا اسْتَهْلَكَهَا فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُهَا حَتَّى يَعْتَقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَقْرَضَهُ إِنْسَانٌ أَوْ بَاعَهُ أَوْ وَطِئَ بِشَبْهَةٍ بَغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى لَمْ يُؤْخَذْ بِهِ حَتَّى يَعْتَقَ أَيْضًا فَهَذَا كُلُّهُ نَوْعٌ وَاحِدٌ فِي الْحُكْمِ وَجَوَابُهُ أَنَّ الْكَفِيلَ يُؤْخَذُ بِهِ حَالًا ، وَقَالَ فَخَرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ إِذَا أَقْرَأَ الْعَبْدُ بِاسْتِهْلَاكِ مَالٍ ، وَكَذَبَهُ الْمَوْلَى أَوْ كَانَ مَحْجُورًا وَأَوْدَعَهُ إِنْسَانٌ فَاسْتَهْلَكَ الْوَدِيعَةَ فَإِنَّهُ لَا يُؤْخَذُ بِهِ حَتَّى يَعْتَقَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ، وَلَوْ أَقْرَضَهُ إِنْسَانٌ أَوْ بَاعَهُ ، وَهُوَ مَحْجُورٌ أَوْ وَطِئَ امْرَأَةً بِشَبْهَةٍ بَغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى فَإِنَّهُ لَا يُؤْخَذُ بِالْمَهْرِ حَتَّى يَعْتَقَ فَإِنْ كَفَلَ إِنْسَانٌ بِهِ وَلَمْ يُسَمَّ حَالًا وَغَيْرَهُ فَهُوَ حَالٌ أَمَّا صِحَّةُ الْكِفَالَةِ فَلِأَنَّ الْمَالَ مَضْمُونٌ عَلَى الْأَصِيلِ ، وَإِنَّمَا لَمْ يُطَالَبْ الْأَصِيلُ فِي الْحَالِ لِعُسْرَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ وَمَا فِي يَدِهِ لِمَوْلَاهُ وَلَمْ يَظْهَرْ مَا وَجَبَ عَلَى الْعَبْدِ لِصِحَّةِ سَبَبِهِ فِي حَقِّ الْمَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَمْ يَرْضَ بِهِ وَالْكَفِيلُ لَيْسَ بِمُعَسِّرٍ فَيُطَالَبُ حَالًا ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ عَنْ مُطَالَبَةِ الْعَبْدِ وَهُوَ الْعُسْرُ لَمْ يُوْجَدْ فِي حَقِّ الْكَفِيلِ ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الْكِفَالَةِ عَنْ غَائِبٍ حَيْثُ تَصَحَّ وَيُؤْخَذُ الْكَفِيلُ بِهِ حَالًا وَإِنْ عَجَزَ الطَّالِبُ عَنْ مُطَالَبَةِ الْأَصِيلِ .

أَتَقَانِي وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ يُؤْخَذُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ مَا نَصَّهُ هَذِهِ الْجُمْلَةُ وَقَعَتْ صِفَةً لِلنَّكَرَةِ وَهِيَ قَوْلُهُ مَالًا أَيْ مَالًا غَيْرَ وَاجِبٍ عَلَى الْعَبْدِ أَذَاؤُهُ قَبْلَ الْعِتْقِ قَوْلُهُ فَهُوَ حَالٌ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّهِ (يَعْنِي هُوَ حَالٌ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ حَالًا وَلَا مُوجَلًا .

قَوْلُهُ كَمَا إِذَا لَزِمَهُ بِالْإِقْرَارِ

أَيْ بِأَنَّهُ أَقْرَأَ بِاسْتِهْلَاكِ مَالٍ ، وَكَذَبَهُ الْمَوْلَى .

قَوْلُهُ لِأَنَّ الْمَالَ حَالٌ عَلَى الْعَبْدِ لَوْجُودِ السَّبَبِ وَقَبُولِ ذِمَّتِهِ

أَيْ وَعَدَمِ الْأَجَلِ فَكَيْفَ وَالْعِتْقُ لَا يَصْلُحُ أَجَلًا لِحُجْوَهِ وَقْتِ وَقُوعِهِ ، وَقَدْ لَا يَفْعُ أَصْلًا .

قَوْلُهُ فَصَارَ كَمَا لَوْ كَفَلَ عَنْ غَائِبٍ

أَيَّ حَيْثُ يَصِحُّ وَيُؤْخَذُ بِهِ الْكَفِيلُ حَالًا وَإِنْ عَجَزَ الطَّالِبُ عَنْ مُطَابَقَةِ الْأَصِيلِ .

غَايَةً .

قَوْلُهُ أَوْ مُقَلَّسٍ

بِتَشْدِيدِ اللَّامِ الْمَفْتُوحَةِ غَايَةً وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ فَلَسَهُ الْقَاضِي حَيْثُ تَصِحُّ الْكَفَالَةُ وَيُؤْخَذُ بِهِ الْكَفِيلُ حَالًا لِعَدَمِ اعْتِبَارِ الْكَفِيلِ .

غَايَةً

قَوْلُهُ وَقَامَ مَقَامَ الطَّالِبِ

أَيَّ وَالطَّالِبُ مَا كَانَ لَهُ مُطَابَقَتُهُ قَبْلَ الْعِنَقِ فَكَذَا الْكَفِيلُ .

قَوْلُهُ احْتِرَازٌ عَمَّا يُؤْخَذُ بِهِ فِي الْحَالِ مِثْلَ دَيْنِ الْإِسْتِهْلَاكِ

قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَلَوْ كَانَ كَفَلَ بِدَيْنِ الْإِسْتِهْلَاكِ الْمُعَايِنِ يَنْبَغِي أَنْ يَرْجَعَ قَبْلَ الْعِنَقِ إِذَا أَدَّى ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ غَيْرُ مُؤَخَّرٍ إِلَى الْعِنَقِ فَيَطْلُبُ السَّيِّدُ بِتَسْلِيمِهِ رَقَبَتَهُ أَوْ الْقَضَاءَ عَنْهُ وَبَحَثَ أَهْلُ الدَّرْسِ هَلْ الْمُعْتَبَرُ فِي هَذَا الرُّجُوعِ الْأَمْرُ بِالْكَفَالَةِ مِنَ الْعَبْدِ أَوْ السَّيِّدِ وَقَوِي عِنْدِي كَوْنُ الْمُعْتَبَرِ أَمْرَ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ فِي الْحَقِيقَةِ عَلَيْهِ

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ ، وَلَوْ ادَّعَى رَقَبَةَ الْعَبْدِ فَكَفَلَ بِهِ رَجُلٌ

أَيَّ كَفَلَ عَنْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِتَسْلِيمِ رَقَبَةِ الْعَبْدِ رَجُلٌ .

قَوْلُهُ بَرَأَ الْكَفِيلُ

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ ، وَهَذَا إِذَا كَفَلَ بِنَفْسِ الْعَبْدِ فَلَوْ كَفَلَ بِالذَّيْنِ الَّذِي عَلَيْهِ فِي هَذَا الْفَصْلِ يَجِبُ الصَّمَانُ عَلَى الْكَفِيلِ وَإِنْ مَاتَ بِمَنْزِلَةِ الْكَفَالَةِ عَنْ حُرِّ فَمَاتَ الْحُرُّ مُفْلِسًا لَا يَبْرَأُ الْكَفِيلُ عَنْ كِفَالَتِهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا وَلَيْسَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ كَفَلَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ لَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ تَرْكَةٌ وَأَمَّا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَقَدْ صَحَّتْ الْكَفَالَةُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ ، فَلَا تَبْطُلُ بَعْدَ مَوْتِهِ .

أَتَقَانِي

قوله وفي الأولى تكفل عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد

فَإِذَا مَاتَ الْعَبْدُ فَأَقَامَ الْمُدْعَى الْبَيْتَةَ بَعْدَ ذَلِكَ غَرَمَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَبْدِ وَغَرَمَهَا الْكَفِيلُ أَيْضًا لِأَنَّ الْكَفَالَهَ تَحْمِلُ الضَّمَانَ عَنِ الْغَيْرِ ، فَإِذَا وَجَبَ ضَمَانُ الْقِيمَةِ عَنِ الْأَصِيلِ وَجَبَ عَلَى الْكَفِيلِ ؛ لِأَنَّهُ التَّرَمُّ الْمُطَالَبَةُ بِمَا عَلَى الْأَصِيلِ ، وَقَدْ انْتَقَلَ الضَّمَانُ فِي حَقِّ الْأَصِيلِ إِلَى الْقِيمَةِ فَيَسْتَقِلُّ فِي حَقِّ الْكَفِيلِ أَيْضًا .

أَتَقَانِي

قوله بخلاف ما إذا ثبت الملك له بإقرار ذي اليد إلخ

حَيْثُ يَقْضِي بِقِيمَةِ الْعَبْدِ الْمَيِّتِ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَلَا يَلْزَمُ ذَلِكَ الْكَفِيلَ .

غَايَةُ

قوله فصحيحه كيفما كانت

أَيُّ سَوَاءٍ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَا .

قوله قلنا وقعت غير موجبة للرجوع

أَيُّ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى مَوْلَاهُ دَيْنًا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ ، وَكَذَا الْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ دَيْنًا بِحَالٍ .

غَايَةُ

قوله فأجاز

أَيُّ الْمَكْفُولُ عَنْهُ الْكَفَالَهَ فَأَدَّى الْكَفِيلُ شَيْئًا لَا يَرْجِعُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ .

قَاضِي خَانَ .

كِتَابُ الْحَوَالَةِ وَهِيَ فِي اللَّغَةِ التَّحْوِيلُ وَالتَّنْقُلُ وَمِنْهُ حَوَالَةُ الْغَرَسِ نَقْلُهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (هِيَ نَقْلُ الدَّيْنِ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ) هَذَا فِي الشَّرْعِ وَفِي اللَّغَةِ هُوَ التَّنْقُلُ مُطْلَقًا عَلَى مَا بَيَّنَّا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَصَحُّ فِي الدَّيْنِ لَا فِي الْعَيْنِ بِرِضَا الْمُحْتَالِ وَالْمُحَالِ عَلَيْهِ) وَهَذَا مِنْ شَرَائِطِهَا وَمِنْ شَرَائِطِهَا الْقَبُولُ وَفِيهِ خِلَافٌ أَبِي يُوسُفَ كَمَا فِي الْكَفَالَةِ وَهِيَ مَشْرُوعَةٌ بِإِجْمَاعِ الْأُمَّةِ وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { مَنْ أُحِيلَ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ } وَالْأَمْرُ بِالِاتِّبَاعِ دَلِيلُ الْحَوَازِ وَلِأَنَّهُ اتِّزَامٌ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَوْجَبَ الْقَوْلُ بِصِحَّتِهِ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ وَإِنَّمَا اخْتَصَّتْ بِالْدُّيُونِ لِأَنَّهَا تُنْبِئُ عَنِ النَّقْلِ وَالتَّحْوِيلِ وَهُوَ فِي الدَّيْنِ لَا فِي الْعَيْنِ لِأَنَّ الدَّيْنَ وَصْفٌ شَرْعِيٌّ وَهَذَا النَّقْلُ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ يَظْهَرُ أَنَّ فِيهِ الْمُطَالَبَةَ فَجَازَ أَنْ يُؤْتَرَ النَّقْلُ الشَّرْعِيُّ فِي الثَّابِتِ شَرْعًا ، وَأَمَّا الْعَيْنُ فَحَسِّيٌّ ، فَلَا يَتَنَقَّلُ بِالنَّقْلِ الْحُكْمِيِّ بَلْ النَّقْلُ الْحَسِّيُّ وَإِنَّمَا اشْتَرَطَ رِضَاهُمَا ؛ لِأَنَّ الْمُحْتَالَ هُوَ صَاحِبُ الْحَقِّ وَتَخْتَلِفُ عَلَيْهِ الدِّمَمُ ، فَلَا بُدَّ مِنْ رِضَاهُ لِاخْتِلَافِ النَّاسِ فِي الْإِيْفَاءِ فَمِنْهُمْ مَنْ يُمَاطِلُ مَعَ الْقُدْرَةِ وَمِنْهُمْ مَنْ يُوفِّي نَاقِصًا وَمِنْهُمْ مَنْ هُوَ بِالْعَكْسِ ، فَلَا يَلْزِمُهُ بَدُونِ رِضَاهُ ، وَالْمُحَالُ عَلَيْهِ يَلْزِمُهُ الْمَالُ وَيَخْتَلِفُ عَلَيْهِ الطَّلَبُ وَالنَّاسُ مُتَفَاوِتُونَ فِيهِ فَمِنْهُمْ مَنْ

يُعَفُّ فِيهِ وَيَسْتَعِجِلُ وَمِنْهُمْ مَنْ يَسَاهِلُ وَيَمْهِلُ وَيَسَامِحُ وَلَمْ يَذْكُرِ الْمُصَنِّفُ الْمُحِيلَ ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَهَ تَصِحُّ بِدُونِ رِضَاهُ وَإِنَّمَا يُشْتَرَطُ رِضَاهُ لِلرَّجُوعِ عَلَيْهِ أَوْ لِيَسْقُطَ ذِمَّتُهُ وَتُظَاهِرَ الْكَفَالَةَ فَإِنَّهَا تَصِحُّ بِدُونِ رِضَا الْمَكْفُولِ عَنْهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبَرَى الْمُحِيلُ بِالْقَبُولِ مِنْ

الدَّيْنِ) وَهَذَا حُكْمُهَا وَقَالَ زُفَرٌ لَا يَبْرَأُ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِهَا التَّوَقُّعُ وَهُوَ بَارِزٌ بِإِدَاءِ الْمُطَالَبَةِ كَالْكَفَالَةِ لَا تُؤْتَرُ فِي سَقُوطِ مَا كَانَ لَهُ مِنَ الْمُطَالَبَةِ وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى يَبْرَأُ فِي الْكَفَالَةِ أَيْضًا اعْتِبَارًا بِالْحَوَالَهَ وَلَنَا أَنَّ الْأَحْكَامَ الشَّرْعِيَّةَ تَثْبُتُ عَلَى وَفْقِ الْمَعَانِي اللَّغَوِيَّةِ فَمَعْنَى الْحَوَالَهَ التَّنْقُلُ وَالتَّحْوِيلُ وَهُوَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِفَرَاغِ ذِمَّةِ الْأَصِيلِ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ مَتَى انْتَقَلَ مِنْ ذِمَّةٍ لَا يَبْقَى فِيهَا وَالْكَفَالَةُ مَعْنَاهَا الضَّمُّ فَيَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ مُوجِبَهَا ضَمُّ الذِمَّةِ إِلَى الذِمَّةِ ، وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ مَعَ بَرَاءَةِ ذِمَّةِ الْأَصِيلِ ، وَالِاسْتِنَاقُ فِيهَا بِالضَّمِّ وَفِي الْحَوَالَهَ بِاخْتِيَارٍ مِنْ هُوَ الْأَمْلَأُ مِنَ الْمُحِيلِ وَأَحْسَنُ مِنَ الْمُحِيلِ فِي الْقَضَاءِ ، وَلَا يُقَالُ لَوْ بَرَى لَمَّا أُجْبِرَ الْمُحْتَالُ عَلَى الْقَبُولِ إِذَا قَضَاهُ الْمُحِيلُ الدَّيْنَ كَمَا لَوْ قَضَاهُ الْأَجْنَبِيُّ لَأَنَّا نَقُولُ الْأَجْنَبِيُّ مُتَبَرِّعٌ وَالْمُحِيلُ غَيْرُ مُتَبَرِّعٍ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ عَوْدَ الْمُطَالَبَةِ إِلَيْهِ بِالتَّوَيُّ فَلَمْ يَكُنْ أَجْنَبِيًّا إِذْ قَصَدَهُ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ ثُمَّ اخْتَلَفُوا فِي الْبَرَاءَةِ فَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَبْرَأُ عَنْ الدَّيْنِ وَالْمُطَالَبَةِ وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَبْرَأُ عَنِ الْمُطَالَبَةِ فَقَطْ ، وَلَا يَبْرَأُ عَنِ الدَّيْنِ وَتَمَرَدَ الْخِلَافُ تَظْهَرُ فِي مَوْضِعَيْنِ : أَحَدُهُمَا إِذَا أَبْرَأَ الْمُحْتَالُ الْمُحِيلَ مِنَ الدَّيْنِ قَالَ أَبُو يُوسُفَ لَا يَصِحُّ .

وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَصِحُّ ، وَالثَّانِي أَنَّ الرَّاهِنَ إِذَا أَحَالَ الْمُرْتَهِنَ بِالْدَّيْنِ عَلَى إِنْسَانٍ كَانَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَسْتَرِدَّ الرَّهْنَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ كَمَا لَوْ أَبْرَأَهُ مِنَ الدَّيْنِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ كَمَا لَوْ أَجَّلَ الدَّيْنَ .

كَذَا ذَكَرَهُ الْمَرْغِينَانِيُّ وَذَكَرَهُ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ الْبَائِعَ إِذَا أَحَالَ غَرِيمًا لَهُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالتَّمَنِّي بَطَلَ حَقُّهُ فِي حَبْسِ الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّ مُطَالَبَتَهُ سَقَطَتْ ، وَكَذَا الْمُرْتَهِنُ إِذَا أَحَالَ غَرِيمَهُ عَلَى الرَّاهِنِ بَطَلَ حَقُّهُ فِي حَبْسِ الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ مُطَالَبَةٌ بِالْدَّيْنِ ، وَإِنْ أَحَالَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ عَلَى رَجُلٍ لَا يَبْطُلُ حَقُّهُ فِي حَبْسِ الْمَبِيعِ لِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ بَاقِيَةٌ ؛ لِأَنَّ الْمُحَالَ عَلَيْهِ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُحِيلِ ، وَكَذَا إِذَا أَحَالَ الرَّاهِنُ الْمُرْتَهِنَ عَلَى رَجُلٍ لَمْ يَبْطُلْ حَقُّهُ فِي حَبْسِ الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ بَاقِيَةٌ ؛ لِأَنَّ الْمُحَالَ عَلَيْهِ نَائِبُ الْمُحِيلِ فَصَارَ مُطَالَبَتُهُ كَمُطَالَبَةِ الْمُحِيلِ وَالْمُكَاتَّبُ عَلَى عَكْسِ مَا ذَكَرَ فَإِنَّهُ إِذَا أَحَالَ مَوْلَاهُ عَلَى رَجُلٍ يَعْتَقُ كَمَا تَثْبُتُ الْحَوَالَهَ ، وَإِنْ كَانَ الْمُحَالَ عَلَيْهِ نَائِبًا عَنِ الْمُكَاتَّبِ وَإِذَا أَحَالَ الْمَوْلَى عَلَيْهِ رَجُلًا لَا يَعْتَقُ حَتَّى يُؤَدِّيَ بَدَلَ الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَوْلَى حَقٌّ مُطَالَبَةِ الْمُكَاتَّبِ وَالْفَرْقُ أَنَّ حُرِّيَّةَ الْمُكَاتَّبِ مُعْلَقَةٌ بِبَرَاءَةِ ذِمَّتِهِ وَقَدْ بَرِئَتْ إِذَا أَحَالَ الْمُكَاتَّبُ مَوْلَاهُ عَلَى رَجُلٍ ، وَأَمَّا إِذَا أَحَالَ الْمَوْلَى عَلَيْهِ رَجُلًا لَا يَبْرَأُ ، وَأَمَّا الرَّاهِنُ فَلِلْوَثِيقَةِ فَيَبْقَى مَا بَقِيََتْ الْمُطَالَبَةُ وَيَبْطُلُ إِذَا بَطَلَتْ ، وَكَذَا الْبَيْعُ .

أَعْلَمُ أَنَّ إِحَالَهَ الْمُكَاتَّبِ مَوْلَاهُ عَلَى رَجُلٍ إِنَّمَا تَجُوزُ إِذَا كَانَ لَهُ عَلَى الرَّجُلِ دَيْنٌ أَوْ عَيْنٌ وَقَيْدُهُ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُحْتَالَ يَكُونُ نَائِبًا عَنِ الْمُكَاتَّبِ فِي الْقَبْضِ فَجُوزُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا أَوْ كَانَ لَهُ وَلَمْ يَقْبِضْهُ بِهِ لَا تَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَهَ تَقْلُ الدَّيْنَ إِلَى الذِمَّةِ الْمُحَالَ عَلَيْهِ فَصَارَ الْوَاجِبُ عَلَى الْمُحَالَ عَلَيْهِ عَيْنَ الْوَاجِبِ عَلَى الْمُحِيلِ حُكْمًا ، فَلَوْ صَحَّتْ الْحَوَالَهُ بَدَلَ الْكِتَابَةِ وَلَزِمَ الْمُحَالَ عَلَيْهِ يَكُونُ الْوَاجِبُ عَلَى الْمُحَالَ عَلَيْهِ غَيْرَ الْوَاجِبِ عَلَى الْمُحِيلِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ كَالْكَفَالَةِ ، وَإِنْ كَانَ

الْمَوْلَى هُوَ الَّذِي أَحَالَ غَرِيمَهُ عَلَى الْمُكَاتَّبِ لَا يَصِحُّ إِلَّا إِذَا قَيْدَهَا بَدَلَ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ مُطْلَقَهَا تَبَرُّعٌ لَيْسَ الْمُكَاتَّبُ مِنْ أَهْلِهِ وَلَيْسَ لِلْمَوْلَى أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ حَتَّى يُلْزِمَهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا تَكْفَّلَ الْقَنْ عَنْ مَوْلَاهُ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَمْ يَرْجِعْ الْمُحْتَالَ عَلَى الْمُحِيلِ إِلَّا بِالتَّوَيُّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ عِنْدَ التَّوَيُّ ؛ لِأَنَّ ذِمَّةَ الْمُحِيلِ قَدْ بَرِئَتْ بِرَاءَةِ مُطْلَقَةِ الْحَوَالَهَ ، فَلَا يَعُودُ الدَّيْنُ إِلَى ذِمَّتِهِ إِلَّا بِسَبَبٍ جَدِيدٍ فَصَارَ كَالْغَاصِبِ ، وَغَاصِبُ الْغَاصِبِ إِذَا اخْتَارَ الْمَعْصُوبُ مِنْهُ تَضْمِينَ أَحَدَهُمَا بَرِئَتْ ذِمَّةُ الْآخَرِ ، ثُمَّ بِالتَّوَيُّ عِنْدَهُ لَا يَعُودُ الْحَقُّ عَلَى الْآخَرِ وَكَالْمَوْلَى إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ الْمَدِينِ فَإِنَّ الْغُرَمَاءَ يُخَيَّرُونَ بَيْنَ تَضْمِينِ الْمَوْلَى قِيمَتَهُ وَبَيْنَ اتِّبَاعِ الْمُعْتَقِ ، فَإِنْ اخْتَارُوا أَحَدَهُمَا وَتَوَيَّ مَا عَلَيْهِ لَا يَرْجِعُونَ عَلَى الْآخَرِ وَلَنَا مَا رَوَى عَنْ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَوْقُوفًا وَمَرْفُوعًا فِي الْمُحْتَالَ عَلَيْهِ إِذَا مَاتَ مُفْلِسًا يَعُودُ الدَّيْنُ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحِيلِ وَقَالَ لَا تَوَيُّ عَلَى مَالِ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ شَرْعِهِ الْوُصُولُ إِلَى حَقِّهِ بِالِاسْتِيفَاءِ مِنَ الثَّانِي لَا مُجَرَّدَ الْوُجُوبِ ؛ لِأَنَّ

الدِّمَّ لَا تَخْتَلِفُ فِي نَفْسِ الْوُجُوبِ وَإِنَّمَا تَخْتَلِفُ فِي الْإِيْفَاءِ فَهَذَا هُوَ الْمَعْلُومُ بَيْنَ النَّاسِ وَالْمَعْلُومُ كَالْمَشْرُوطِ فَعِنْدَ فَوَاتِهِ يَجِبُ الرُّجُوعُ .
أَلَا تَرَى أَنَّ الْبَيْعَ لَمَّا كَانَ فِي الْعَرْفِ يُرَادُ بِهِ سَلَامَةُ الْمَبِيعِ لِلْمُشْتَرِي وَسَلَامَتُهُ مِنَ الْعَيْبِ فَعِنْدَ فَوَاتِهِ بِالِاسْتِحْقَاقِ أَوْ بِالْهَلَاكِ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ
عِنْدَ فَوَاتِ وَصْفِ السَّلَامَةِ يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي بِالْعَوَضِ لِمَا قُلْنَا وَهَذَا لِأَنَّ ذِمَّةَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ خَلْفٌ عَنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ بِإِحَالَتِهِ هُوَ فَإِذَا فَاتَ
الْخَلْفُ

رَجَعَ بِالْأَصْلِ بِخِلَافِ الْغَاصِبِ وَغَاصِبِ الْغَاصِبِ فَإِنَّ أَحَدَهُمَا لَيْسَ يَخْلُفُ عَنِ الْآخَرِ وَإِنَّمَا تَبَيَّنَ لِلْمَالِكِ الْخِيَارُ ابْتِدَاءً بِمِلْكِ الْمَعْصُوبِ
مِنْ أَيَّهِمَا شَاءَ فَيَأْخُذُ مِنْهُ عَوَضَهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُحِيلَهُ عَلَيْهِ أَحَدٌ ، فَلَا يَرْجِعُ عَلَى أَحَدٍ ، وَكَذَا الْمَوْلَى وَالْمُعْتَقُ أَحَدُهُمَا لَيْسَ يَخْلُفُ عَنِ الْآخَرِ
أَلَا تَرَى أَنَّ حَقَّهُ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَلَى أَحَدِهِمَا مُعَيَّنًا حَتَّى يَنْقُلَهُ إِلَى الْآخَرِ فَافْتَرَقَا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَهُوَ أَنْ يَجْحَدَ الْحَوَالَةَ وَيَخْلِفَ وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُ عَلَيْهِ أَوْ يَمُوتَ مُفْلِسًا) أَيُّ التَّوَيَّ يُكُونُ بِأَحَدِ هَذَيْنِ الْأَمْرَيْنِ إِمَّا أَنْ يَجْحَدَ
الْمُحَالَّ عَلَيْهِ الْحَوَالَةَ وَيَخْلِفَ ، وَلَا بَيِّنَةَ لِلْمُحِيلِ وَلَا لِلْمُحْتَالِ أَوْ يَمُوتَ مُفْلِسًا بِأَنْ لَمْ يَتْرُكْ مَالًا عَيْنًا ، وَلَا دَيْنًا ، وَلَا كَفِيلًا ؛ لِأَنَّ التَّوَيَّ هُوَ
الْعَجْزُ عَنِ الْوُصُولِ إِلَى حَقِّهِ وَيَتَحَقَّقُ ذَلِكَ بِهِمَا وَهَذَا إِذَا تَبَيَّنَ مَوْتُهُ مُفْلِسًا بِتَصَادُقِهِمَا ، فَإِنْ اخْتَلَفَا فِيهِ فَقَالَ الْمُحْتَالُ مَاتَ مُفْلِسًا وَأَنْكَرَ
الْآخَرُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحْتَالِ مَعَ يَمِينِهِ عَلَى الْعِلْمِ لِمَسْكِهِ بِالْأَصْلِ وَهُوَ الْعُسْرَةُ كَمَا إِذَا كَانَ هُوَ حَيًّا وَأَنْكَرَ الْيُسْرَ .

وَلَوْ فَلَسَهُ الْحَاكِمُ بَعْدَ مَا حَبَسَهُ لَا يَكُونُ تَوَيَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا هُوَ تَوَيَّ ؛ لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنِ الْإِخْرَاقِ مِنْهُ بِتَفْلِيسِ الْحَاكِمِ وَقَطَعَهُ عَنْ مُلَازَمَتِهِ
عِنْدَهُمَا ، فَصَارَ كَعَجْزِهِ عَنِ الْإِسْتِيفَاءِ بِالْجُحُودِ أَوْ بِمَوْتِهِ مُفْلِسًا وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الدَّيْنَ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ وَتَعَذَّرَ الْإِسْتِيفَاءُ لَا يُوجِبُ الرُّجُوعَ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَعَذَّرَ بَعِيَّةُ الْمُحَالِ عَلَيْهِ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُحِيلِ وَهَذَا لِأَنَّ التَّوَيَّ فِي الدَّيْنِ لَا يُتَصَوَّرُ حَقِيقَةً وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ حُكْمًا بِخُرُوجِ
مَحَلِّهِ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَحَلًّا صَالِحًا لِلْوُجُوبِ بِمَوْتِهِ مُعَدَّمًا أَوْ بِالْجُحُودِ وَلِأَنَّ

الْإِفْلَاسَ لَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ غَادٍ وَرَائِحٌ يُمَسِّي الْإِنْسَانَ فَقِيرًا وَيُصْبِحُ غَنِيًّا وَبِالْعَكْسِ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ اسْتَعْنَى فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ بِأَنْ
مَاتَ لَهُ قَرِيبٌ يَرِثُهُ وَهَذَا نَظِيرُ مَا لَوْ جَرَحَ الْخَصْمُ الشُّهُودَ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ لَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ لِحْتِمَالِ تَوْبَتِهِ فِي الْمَجْلِسِ وَقِيلَ هَذِهِ
الْمَسْأَلَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى تَحْقِيقِ الْإِفْلَاسِ وَعَدَمِهِ ، وَلَوْ مَاتَ وَتَرَكَ رَهْنًا رَهْنَهُ غَيْرُهُ بِأَمْرِهِ أَوْ بغيرِ أَمْرِهِ وَسَلَّطَهُ عَلَى الْبَيْعِ أَوْ لَمْ يُسَلَّطْهُ يَعُودُ الدَّيْنُ
إِلَى ذِمَّةِ الْمُحِيلِ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الرَّهْنِ لَمْ يَبْقَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ مُفْلِسًا إِذْ لَمْ يَبْقَ الدَّيْنُ عَلَيْهِ وَالرَّهْنُ بِدَيْنٍ ، وَلَا دَيْنَ مُحَالٍ بِخِلَافِ مَا إِذَا
تَرَكَ كَفِيلًا بِأَمْرِهِ أَوْ بغيرِ أَمْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْكَفِيلَ خَلْفٌ عَنْهُ .

الشرح

كِتَابُ الْحَوَالَةِ {

قَوْلُهُ وَمِنْ شَرَايِطِهَا الْقَبُولُ

أَيُّ قَبُولِ الْمُحْتَالِ .

قَوْلُهُ وَفِيهِ خِلَافُ أَبِي يُوسُفَ كَمَا فِي الْكِفَالَةِ

قَالَ الْكَمَالُ وَلَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ فِي غَيْبَةِ الْمُحْتَالِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ كَمَا قُلْنَا فِي الْكِفَالَةِ إِلَّا أَنْ يَقْبَلَ رَجُلٌ الْحَالَ لِلْغَائِبِ فَتَتَوَقَّفُ
عَلَى إِجَارَتِهِ إِذَا بَلَغَهُ ، وَكَذَا لَا يُشْتَرَطُ حَضَرَةُ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ حَتَّى لَوْ أَحَالَ عَلَى غَائِبٍ فَلَبَّغَهُ فَأَجَارَ صَحَّتْ .

قوله وقال عليه الصلوة والسلام { من أحيى على مليء فليتبّع }

رواه في الهداية بهذا اللفظ وكتب ما نصه قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبي هريرة { مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ وَإِذَا اتَّبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ } مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ، وَأَمَّا بَلْفُظِ أَحْيَلٍ مَعَ لَفْظِهِ يَتَّبِعْ كَمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ فَمِنْ رِوَايَةِ الطَّبْرَانِيِّ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ فِي الْوَسْطِ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ وَمَنْ أَحْيَلٍ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ } وَرَوَاهُ أَحْمَدُ وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ وَمَنْ أَحْيَلٍ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَحْتَلْ قِيلَ وَقَدْ يُرْوَى فَإِذَا أَحْيَلٍ بِالْفَاءِ فَيَفِيدُ أَنَّ الْأَمْرَ بِالِاتِّبَاعِ لِلْمَلَاءَةِ عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمًا ، فَإِذَا أَحْيَلٍ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقَعُ فِي الظُّلْمِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

ثُمَّ أَكْثَرَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الْأَمْرَ الْمَذْكُورَ أَمْرٌ اسْتِحْبَابٌ وَعَنْ أَحْمَدَ لِلْوُجُوبِ ، وَالْحَقُّ الظَّاهِرُ أَنَّهُ أَمْرٌ إِبَاحَةٌ هُوَ دَلِيلُ نَقْلِ الدِّينِ شَرْعًا أَوْ الْمُطَالَبَةُ فَإِنَّ بَعْضَ الْأَمْلِيَاءِ عِنْدَهُ مِنَ اللَّدَدِ فِي الْخُصُومَةِ وَالتَّعْسِيرِ مَا تَكْثُرُ بِهِ الْخُصُومَةُ وَالْمَضَارَةُ فَمَنْ عِلْمٌ مِنْ حَالِهِ هَذَا لَا يَطْلُبُ الشَّارِعُ اتِّبَاعَهُ بَلْ عَدَمَهُ لِمَا فِيهِ مِنْ تَكْثِيرِ الْخُصُومَاتِ

وَالظُّلْمِ ، وَأَمَّا مَنْ عِلْمٌ مِنْهُ الْمَلَاءَةُ وَحُسْنُ الْقَضَاءِ ، فَلَا شَكَّ فِي أَنَّ اتِّبَاعَهُ مُسْتَحَبٌّ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّخْفِيفِ عَلَى الْمَدْيُونِ وَالتَّيْسِيرِ وَمَنْ لَا يُعْلَمُ حَالُهُ فَمَبَاحٌ لَكِنْ لَا يُمَكِّنُ إِضَافَةَ هَذَا التَّفْصِيلِ إِلَى النَّصِّ ؛ لِأَنَّهُ جَمْعٌ بَيْنَ مَعْنَيْنِ مَجَازَيْنِ لِلْفُظِّ الْأَمْرِ فِي إِطْلَاقٍ وَاحِدٍ فَإِنْ جُعِلَ لِلْأَقْرَبِ أَضْمَرٌ مَعَهُ الْقَيْدُ وَإِلَّا فَهُوَ دَلِيلُ الْجَوَازِ لِلِاجْتِمَاعِ عَلَى جَوَازِهَا فَتَح .

قوله وهو في الدين لنا في العين

أَيُّ لَأَنَّ الْعَيْنَ لَا تَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ ، فَلَا يَتَأْتَى نَقْلُهَا مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ فَلَمْ تَصِحَّ الْحَوَالَةُ فِي الْعَيْنِ أَتَّفَانِي

قوله وأما العين فحسي الخ

وَلَا يُقَالُ إِنَّ الْأَوْصَافَ لَا تَقْبَلُ الثَّقُلَ لِأَنَّا نَقُولُ أَحْكَامُ الشَّرْعِ بِمَنْزِلَةِ الْجَوَاهِرِ عَلَى مَعْنَى أَنَّهَا تَبْقَى بَعْدَ الْمُبَاشَرَةِ .

مُسْتَصْفَى

قوله لأن الحوالة تصح بدون رضا

ذَكَرَهُ فِي الزِّيَادَاتِ .

هَدَايَةٌ

قوله وإنما يشترط رضا للرجوع عليه

أَيُّ ؛ لِأَنَّ الزَّيَامَ الدِّينَ مِنَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ تَصَرَّفٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ ، وَهُوَ أَيُّ الْمُحِيلِ لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ بَلْ فِيهِ نَفْعُهُ عَاجِلًا بِإِنْدِفَاعِ الْمُطَالَبَةِ عَلَيْهِ عَنْهُ فِي الْحَالِ وَآجِلًا بَعْدَ الرَّجُوعِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِلَّا بِأَمْرِهِ وَحَيْثُ ثَبَّتَ الْحَوَالَةُ بِغَيْرِ رِضَاهُ كَانَ .

قَوْلُهُ وَقَالَ زُفَرٌ لَا يَبْرَأُ
أَيُّ مِنَ الدَّيْنِ وَالْمُطَالَبَةِ أَيْضًا .

فَتَحَّ بِمَعْنَاهُ

قَوْلُهُ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ عَوْدَ الْمُطَالَبَةِ إِلَيْهِ بِالنَّوَى
أَيُّ لِأَنَّهُ إِنَّمَا انْتَقَلَ إِلَى ذِمَّةٍ أُخْرَى بِشَرْطِ السَّلَامَةِ ، فَإِذَا تَوَى يَرْجِعُ فَلَمْ يَكُنْ الْمُحِيلُ مُتَبَرِّعًا فِي الْقَضَاءِ .

أَثَقَانِي .

قَوْلُهُ ثُمَّ اخْتَلَفُوا فِي الْبَرَاءَةِ (أَيُّ بَرَاءَةِ الْمُحِيلِ .

قَوْلُهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَبْرَأُ عَنْ

الْمُطَالَبَةِ فَقَطْ وَلَا يَبْرَأُ عَنِ الدَّيْنِ وَقَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَبَرَأَ الْمُحِيلُ بِالْقَبُولِ مِنَ الدَّيْنِ (اخْتِيارًا لِمَذْهَبِ أَبِي يُوسُفَ وَإِذَا بَرَأَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مِنَ الدَّيْنِ فَقَدْ بَرَأَ مِنَ الْمُطَالَبَةِ أَيْضًا عِنْدَهُ كَمَا صَرَحَ بِبَرَاءَتِهِ مِنْهُمَا الشَّارِحُ .

قَوْلُهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَصِحُّ

أَيُّ وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَسْقُطُ دَيْنُ الْمُحْتَالِ وَتَمْتَنِعُ مُطَالَبَتُهُ لِلْمُحَالِ عَلَيْهِ حِينَئِذٍ .

قَوْلُهُ كَانَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَسْتَرِدَّ الرَّهْنَ

سَيَأْتِي بَعْدَ هَذَا فِي كَلَامِ الشَّارِحِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ اسْتِرْدَادُهُ وَالَّذِي يَأْتِي هُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ { فَرَعٌ } قَالَ فِي السَّرَاجِيَةِ رَجُلٌ رَهْنٌ عِنْدَ رَجُلٍ بِمَالٍ فَأَحَالَ الْعَرِيمَ بِالْمَالِ عَلَى رَجُلٍ فَلِلْمُرْتَهِنِ مَنَعُ الرَّهْنِ حَتَّى يَقْبِضَ فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ وَالْمُرْتَهِنِ لَوْ أَحَالَ غَرِيمًا لَهُ عَلَى الرَّاهِنِ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنَعُ الرَّهْنِ .

تَبَارُخَانَ

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ ، وَهُوَ أَنْ يَجْعَلَ الْحَوَالَةَ وَيَحْلِفَ بِالْخِ

قَالَ الْإِمَامُ الْإِسْبِجَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي شَرْحِ الطُّحَاوِيِّ التَّوَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى وَجْهَيْنِ : أَحَدُهُمَا أَنْ يَمُوتَ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا وَلَا يَتْرُكْ مَالًا مُعِينًا وَلَا دَيْنًا وَلَا كَفِيلًا عَلَى الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ لِلْمُحْتَالِ لَهُ ، وَالثَّانِي أَنْ يَجْعَلَ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ الْحَوَالَةَ وَلَمْ يَكُنْ الْمُحْتَالُ لَهُ بَيْنَهُ وَحَلَفَ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ فَقَدْ بَرَأَ وَعَادَ الْمَالُ إِلَى الْمُحِيلِ وَلَا يَكُونُ التَّوَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ غَيْرَ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ .

وَعِنْدَهُمَا التَّوَى عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهُ : وَجْهَانِ مَا ذَكَرْتَاهُ ، وَوَجْهٌ ثَالِثٌ وَهُوَ أَنَّ يَحْكُمَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ بِالْإِفْلَاسِ كَذَا فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ .
 أَمَّا إِذَا جَحَدَ الْمَالُ وَحَلَفَ لَأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى مُطَالَبَتِهِ بَعْدَ الْيَمِينِ لِعَدَمِ الْبَيِّنَةِ فَقَدْ تَوَى الْحَقُّ ، وَكَذَا إِذَا مَاتَ
 مُفْلِسًا لَأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ ذِمَّةٌ يَتَعَلَّقُ بِهَا الْحَقُّ وَلَا تَرَكَةَ فَسَقَطَ الْحَقُّ عَنِ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ فَيَنْبَغُ لِلْمُحْتَالِ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَى الْمُحِيلِ ؛ لِأَنَّ بَرَاءَةَ
 الْمُحِيلِ كَانَتْ بَرَاءَةً نَقْلٍ وَاسْتِيفَاءً لَا بَرَاءَةَ إِسْقَاطٍ فَلَمَّا تَعَذَّرَ الْإِسْتِيفَاءُ وَجَبَ الرُّجُوعُ ، وَأَمَّا تَفْلِيسُ الْقَاضِي بِالشُّهُودِ حَالَ حَيَاةِ الْمُحْتَالِ
 عَلَيْهِ فَذَاكَ بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ تَفْلِيسَ الْقَاضِي هَلْ يَصِحُّ أَمْ لَا ؟ وَأَبُو حَنِيفَةَ لَا يَرَى ذَلِكَ وَهُمَا يَرَيَانِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنِ اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ فَصَارَ كَمَوْتِ
 الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ عَجَزَ يُتَوَهَّمُ ارْتِفَاعُهُ بِحُدُوثِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ مَالَ اللَّهِ غَادٍ وَرَاحٍ ، فَلَا يَعُودُ إِلَى الْمُحِيلِ كَمَا قَبْلَ التَّفْلِيسِ
 بِخِلَافِ الْمَوْتِ لَأَنَّهُ عَجَزَ لَا يُتَوَهَّمُ ارْتِفَاعُهُ أَنْقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قَوْلُهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحْتَالِ مَعَ يَمِينِهِ عَلَى الْعِلْمِ الْخ

كَذَا فِي الشَّافِيِّ وَالْمُبْسُوطِ وَفِي شَرْحِ النَّاصِحِيِّ الْقَوْلُ لِلْمُحِيلِ مَعَ الْيَمِينِ عَلَى الْعِلْمِ لِلْإِنْكَارِ عَوْدَ الدَّيْنِ .

فَتُحُ الْقَدِيرِ

قَوْلُهُ وَلَوْ مَاتَ وَتَرَكَ رَهْنًا رَهْنَهُ غَيْرُهُ

أَيُّ رَهْنَهُ غَيْرُ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ لِأَحْلَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ عِنْدَ الْمُحْتَالِ ثُمَّ مَاتَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا يَبْطُلُ حُكْمُ الدَّيْنِ فِي الدُّنْيَا فَيَبْطُلُ الرَّهْنُ بِهِ
 حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ وَلَا دَيْنَ مُحَالٍ أَمَّا لَوْ فَارَضْنَا الْعَيْنَ الْمَرْهُونَةَ مَلِكُ الْمُحَالِ عَلَيْهِ لَا يَأْتِي مَا قَالَهُ مِنْ مَوْتِهِ مُفْلِسًا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ طَلَبَ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ الْمُحِيلَ بِمَا أَحَالَ فَقَالَ الْمُحِيلُ أَحَلَّتْ بِيَدَيَّ لِي عَلَيْكَ ضَمِنَ الْمُحِيلُ مِثْلَ الدَّيْنِ) أَيُّ لَأَنَّ سَبَبَ
 الرُّجُوعِ قَدْ تَحَقَّقَ بِإِقْرَارِ الْمُحِيلِ وَهُوَ قَضَاءُ دَيْنِهِ بِأَمْرِهِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي دَعْوَى الدَّيْنِ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يُنْكِرُهُ
 الْمُحَالُ عَلَيْهِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ ، وَلَا يَكُونُ الْإِقْرَارُ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ بِالْحَوَالَةِ إِقْرَارًا مِنْهُ بِالْدَّيْنِ عَلَيْهِ ، وَلَا قَبُولُهُ الْحَوَالَةَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ عَلَيْهِ
 دَيْنًا ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ قَدْ تَكُونُ مُطْلَقَةً وَقَدْ تَكُونُ مُقَيَّدَةً بِمَا عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ بَلْ حَقِيقَةُ الْحَوَالَةِ أَنْ تَكُونَ مُطْلَقَةً إِذْ الْمُقَيَّدَةُ تَوْكِيلٌ بِالْأَدَاءِ
 وَالْقَبْضِ فَلَمْ يُوْجَدْ مَا يَدُلُّ عَلَى وَجُوبِ الدَّيْنِ عَلَيْهِ فَيُضْمَنُ لَهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ قَالَ الْمُحِيلُ لِلْمُحْتَالِ أَحَلَّتْكَ لَتَقْبِضَهُ لِي فَقَالَ الْمُحْتَالُ أَحَلَّتَنِي بِيَدَيَّ لِي عَلَيْكَ فَالْقَوْلُ لِلْمُحِيلِ) لِأَنَّ الْمُحْتَالَ يَدَّعِي
 عَلَيْهِ الدَّيْنِ وَهُوَ يُنْكِرُ فَالْقَوْلُ لِلْمُنْكَرِ ، وَلَا يَكُونُ الْإِقْرَارُ مِنَ الْمُحِيلِ بِالْحَوَالَةِ وَإِقْدَامُهُ عَلَيْهَا إِقْرَارًا مِنْهُ بِأَنَّ عَلَيْهِ دَيْنًا لِلْمُحْتَالِ ؛ لِأَنَّ لَفْظَ
 الْحَوَالَةِ يُسْتَعْمَلُ بِمَعْنَى الْوَكَالَةِ .

قَالَ مُحَمَّدٌ إِذَا صَارَ مَالُ الْمُضَارَبَةِ دَيْوَنًا وَامْتَنَعَ الْمُضَارِبُ عَنِ التَّقَاضِي وَلَيْسَ فِي الْمَالِ رِنَحٌ لَا يُجْبَرُ ، وَلَكِنْ يُقَالُ لَهُ أَهْلٌ رَبُّ الْمَالِ أَيْ
 وَكَلَهُ فَإِذَا احْتَمَلَ التَّوَكِيلَ لَا يَحْكُمُ لَهُ بِالْدَّيْنِ عَلَى الْمُحِيلِ بِدَعْوَاهُ بَلْ يَكُونُ الْقَوْلُ لِلْمُحِيلِ إِذْ هُوَ مُتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ ؛ لِأَنَّ فَرَاغَ الذَّمِّ هُوَ
 الْأَصْلُ ، وَلَوْ لَمْ يَدَّعِ الدَّيْنِ عَلَى الْمُحِيلِ بِأَنَّ ادَّعَى أَنَّ الدَّيْنِ الَّذِي عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ ثَمَنُ مَالٍ لَهُ بَاعَهُ الْمُحِيلُ لَهُ بِطَرِيقِ الْوَكَالَةِ مِنْهُ
 وَادَّعَى أَنَّ الدَّيْنِ

لَهُ وَوَصَلَ إِلَيْهِ عَيْنُ حَقِّهِ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ أَيْضًا إِذَا أَنْكَرَ الْمُحِيلُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقْرَأَ لَهُ بِالْيَدِ وَالتَّصَرُّفِ لَهُ فِي ذَلِكَ الْمَالِ وَالْإِنْسَانُ يَتَصَرَّفُ
 ظَاهِرًا لِنَفْسِهِ لَا يُسْمَعُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْمَالُ كَانَ لَهُ بَلَا بَيِّنَةٍ فَيَكُونُ الْقَوْلُ لِلْمُحِيلِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ أَحَالَ بِمَالِهِ عِنْدَ زَيْدٍ وَدَيْعَةً صَحَّتْ ،
 فَإِنْ هَلَكْتَ بَرِيءٌ) أَيُّ إِذَا كَانَ لَهُ وَدَيْعَةٌ دَرَاهِمٍ عِنْدَ شَخْصٍ فَأَحَالَ بِهَا غَرِيمَهُ صَحَّتْ الْحَوَالَةُ لِأَنَّهُ أَقْدَرُ عَلَى التَّسْلِيمِ فَكَانَتْ أَوْلَى بِالْحَوَازِ

، فَإِنْ هَلَكْتَ بَرِيءٌ ؛ لِأَنَّ الْحَوَالََةَ مُقَيَّدَةٌ بِهَا إِذْ لَمْ يَلْتَزِمِ التَّسْلِيمُ إِلَّا مِنْهَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ مُقَيَّدَةً بِالْمَعْصُوبِ حَيْثُ لَا يَبْرَأُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْلُفُ الْقِيَمَةَ وَالْفَوَاتُ إِلَى خِلَافِ كُلِّمَا فَوَاتَ حَتَّى لَوْ هَلَكَ الْمَعْصُوبُ لَا إِلَى خِلَافٍ بَأَنَّ اسْتَحَقَّ بِالْبَيِّنَةِ صَارَ مِثْلَ الْوَدِيعَةِ وَقَدْ تَكُونُ مُقَيَّدَةً بِالذَّيْنِ فَحَاصِلُهُ أَنَّ الْحَوَالََةَ عَلَى نَوْعَيْنِ : مُقَيَّدَةٌ وَمُطْلَقَةٌ فَالْمُقَيَّدَةُ أَنْ يُقَيَّدَهَا بِدَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ أَوْ بِعَيْنٍ فِي يَدِهِ وَدِيعَةٍ أَوْ غَضَبٍ أَوْ نَحْوِهِ وَالْمُطْلَقَةُ أَنْ يُرْسَلَ الْحَوَالََةَ إِرْسَالًا ، وَلَا يُقَيَّدَهَا بِشَيْءٍ مِمَّا عِنْدَهُ مِنْ وَدِيعَةٍ أَوْ غَضَبٍ أَوْ دَيْنٍ أَوْ يُحِيلُهُ عَلَى رَجُلٍ لَيْسَ لَهُ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِمَّا ذَكَرْنَا .

وَالْكُلُّ جَائِزٌ لِمَا رَوَيْنَا وَلِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَعْنَى وَلِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا يَتَضَمَّنُ أُمُورًا جَائِزَةً عِنْدَ الْإِنْفِرَادِ وَهِيَ تَبَرُّغُ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ بِاللِّتَزَامِ فِي ذِمَّتِهِ وَالْإِبْنَاءِ وَتَوَكُّيلِ الْمُحْتَالِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ أَوْ الْعَيْنِ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ وَأَمْرُ الْمُحَالِ عَلَيْهِ بِتَسْلِيمِ مَا عِنْدَهُ مِنَ الْعَيْنِ أَوْ الدَّيْنِ إِلَى الْمُحْتَالِ فَكَذَا عِنْدَ الْجَمَاعِ ، وَحُكْمُ الْمُطْلَقَةِ أَنْ لَا يَنْقَطِعَ حَقُّ الْمُحِيلِ مِنَ الدَّيْنِ وَالْعَيْنِ ، وَلَكِنَّ الْمُحَالِ عَلَيْهِ يَرْجِعُ عَلَى الْمُحِيلِ بَعْدَ أَذَاتِهِ إِذَا كَانَتْ الْحَوَالََةُ بِرِضَاهُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ قَبْلَ الْأَدَاءِ ، وَلَكِنْ لَهُ أَنْ يُلَازِمَهُ إِذَا لُزِمَ وَيَحْبِسَهُ إِذَا حُبِسَ حَتَّى يُخَلِّصَهُ كَمَا فِي الْكِفَالَةِ ، وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ مُوجَّلاً عَلَى الْمُحِيلِ كَانَ مُوجَّلاً فِي حَقِّ الْمُحَالِ عَلَيْهِ كَمَا فِي الْكِفَالَةِ ، ثُمَّ لَا يَصِيرُ الدَّيْنُ حَالًا بِمَوْتِ الْمُحِيلِ ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ مِنَ الْبَيِّنِ وَصَارَ أَجَنِبِيًّا وَيَحِلُّ بِمَوْتِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْأَجَلَ كَانَ حَقًّا وَقَدْ اسْتَعْنَى عَنْهُ وَحُكْمُ الْمُقَيَّدَةِ أَنْ لَا يَمْلِكُ الْمُحِيلُ مُطَالَبَةَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ بِمَا أَحَالَ بِهِ مِنْ دَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُحْتَالِ عَلَى مِثَالِ الرِّهْنِ ، وَلَوْ مَلَكَ الْمُطَالِبَةُ لَبَطَلَ حَقُّ الْمُحْتَالِ ، وَلَا يَمْلِكُ ذَلِكَ كَمَا لَا يَمْلِكُ إِطْلَاقُ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ بِخِلَافِ الْمُطْلَقَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَعَلُّقَ لِحَقِّهِ بِالْعَيْنِ أَوْ الدَّيْنِ بَلْ تَعَلُّقٌ بِذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، فَلَا تَبْطُلُ الْحَوَالََةُ بِأَخْذِ مَا عِنْدَهُ أَوْ عَلَيْهِ مِنَ الْعَيْنِ وَالدَّيْنِ أَلَّا تَرَى أَنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِهَلَاكِه فَكَذَا بِأَخْذِهِ بِخِلَافِ الْمُقَيَّدَةِ ؛ لِأَنَّهُ فِيهَا لَمْ يَلْتَزِمِ الْأَدَاءُ إِلَّا مِنْهَا ، فَلَوْ أَخَذَ لَبَطَلَ حَقُّهُ ، وَلَوْ أَبْرَأَ الْمُحْتَالَ عَلَيْهِ عَنِ الدَّيْنِ أَخَذَ الْمُحِيلُ مَا كَانَ عِنْدَهُ مِنَ الدَّيْنِ وَالْعَيْنِ كَالْمُرْتَهِنِ إِذَا أَبْرَأَ الرَّاهِنُ يَرْجِعُ بِرَهْنِهِ .

وَلَوْ وَهَبَهُ لَهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِدَيْنِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُحَالِ عَلَيْهِ مَلَكَهُ بِالْهَبَةِ ، وَكَذَا إِذَا وَرَثَهُ ، وَلَوْ مَاتَ الْمُحِيلُ كَانَ الدَّيْنُ وَالْعَيْنُ الْمُحْتَالُ بِهِمَا بَيْنَ غُرْمَائِهِ بِالْحَصَصِ وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَخْتَصُّ بِهِ الْمُحْتَالُ وَهُوَ الْقِيَاسُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ حَالِ حَيَاتِهِ وَالْمُحِيلُ كَالْأَجَنِبِيِّ عَنْهُ حَتَّى لَا يَكُونَ لَهُ أَخْذُهُ فَصَارَ كَالْخَارِجِ عَنْ مِلْكِهِ ، فَلَا تُقْضَى بِهِ دُيُوتُهُ وَلَكِنْ كَانَ مِلْكُهُ ثَابِتًا فَتَعَلَّقَ حَقُّ الْمُحْتَالِ سَابِقُ فَصَارَ كَالْمُرْهُونِ يَخْتَصُّ بِهِ الْمُرْتَهِنُ لَتَعَلُّقِ حَقِّهِ بِهِ سَابِقًا عَلَى حَقِّهِمْ وَكَدَيْنِ الصَّحَّةِ يُقَدِّمُ عَلَى دَيْنِ الْمَرَضِ لِمَا قُلْنَا وَلَنَا أَنَّ هَذَا مَالُ الْمُحِيلِ لَمْ يَثْبُتْ لِعَیْرِهِ عَلَيْهِ يَدُ الْإِسْتِيفَاءِ فَيَكُونُ بَيْنَ غُرْمَائِهِ وَهَذَا لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ الْمُحْتَالُ ؛ لِأَنَّ تَمْلِيكَ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ بَاطِلٌ لَكِنْ بِالْحَوَالََةِ وَجَبَ لِلْمُحْتَالِ فِي ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ دَيْنٌ مَعَ بَقَاءِ دَيْنِ الْمُحِيلِ وَلِهَذَا لَوْ تَوَى مَا عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ يَتَوَى عَلَى الْمُحِيلِ وَلَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ أَيْضًا يَدُ الْإِسْتِيفَاءِ ؛ لِأَنَّ ثُبُوتَ الْيَدِ عَلَى مَا فِي ذِمَّةِ الْغَيْرِ لَا يُتَصَوَّرُ وَإِنَّمَا لَمْ يَكُنْ لِلْمُحِيلِ أَنْ يَأْخُذَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُحَالِ عَلَيْهِ لَمْ يَقْبَلِ الْحَوَالََةَ إِلَّا لِيَتَمَلَّكَ مَا فِي ذِمَّتِهِ أَوْ لِيُوفِيَ مِنْ ذَلِكَ الْمَالِ ، فَلَوْ أَخَذَهُ يَقُوتُ الرِّضَا فَيَبْطُلُ الْحَوَالََةُ بِخِلَافِ الرِّهْنِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ عَلَيْهِ يَدُ الْإِسْتِيفَاءِ وَلِهَذَا لَوْ هَلَكَ يَهْلِكُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ فَكَانَ هُوَ أَحَقُّ بِهِ وَكَانَ يَنْبَغِي لِلْمُحْتَالِ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ حَقُّ الْمُرَاحِمَةِ ؛ لِأَنَّ دَيْنَهُ تَحَوَّلَ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، فَلَا يُزَاحِمُ غُرْمَاءَ الْمُحِيلِ كَمَا إِذَا كَانَتْ الْحَوَالََةُ مُطْلَقَةً وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الْمُرَاحِمَةِ لِأَنَّ الْحَوَالََةَ كَانَتْ مُقَيَّدَةً بِذَلِكَ الْمَالِ .

فَإِذَا أَخَذَ مِنْهُ ذَلِكَ الْمَالُ فَاتَ الرِّضَا بِالْحَوَالََةِ فَيَبْطُلُ الْحَوَالََةُ فَيَعُودُ الدَّيْنُ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحِيلِ عَلَى مَا كَانَ قَبْلَ الْحَوَالََةِ وَاسْتَوْضَحَ ذَلِكَ بِمَسْأَلَةِ الْوَدِيعَةِ وَالْغَضَبِ وَنَحْوِهِمَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ مُطْلَقَةً ؛ لِأَنَّ الْمُحِيلَ بِالْحَوَالََةِ بَرِيءٌ مِنْ دَيْنِ الْمُحْتَالِ وَصَارَ الْمُحْتَالُ مِنْ غُرْمَاءِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ لَهُ حَقٌّ بِمَالِهِ ، فَلَا يُزَاحِمُ غُرْمَاءَ الْمُحِيلِ وَإِذَا قَسَمَ الدَّيْنُ بَيْنَ غُرْمَاءِ الْمُحِيلِ لَا يَرْجِعُ الْمُحْتَالُ عَلَى الْمُحِيلِ بِحَصَّةِ الْغُرْمَاءِ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ الَّذِي عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ صَارَ مُسْتَحَقًّا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِهِ كَمَا لَوْ اسْتَحَقَّ الرِّهْنُ ، وَلَا بِمَا بَقِيَ مِنْ دَيْنِهِ بَعْدَ الْمُحَاصَّةِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ تَاوِيًّا ، فَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ .

قوله في المتن فإن طلب المحتال عليه المحيل بما أحال

أي إذا أراد المحتال عليه بعد قضاء الدين إلى المحتال له أن يرجع بما أدى إلى المحيل فقال المحيل ليس لك أن ترجع عليّ لأنّي كنت أحلت عليك بديني فقال المحتال عليه بل لي أن أرجع عليك لا يقبل قول المحيل والقول قول المحتال عليه نصّ عليه في كتاب الكفالة .

أثقاني

قوله بل يكون القول للمحيل

أي مع اليمين لأنّه يتكرّر الدين .

غاية

قوله ولو لم يدع

أي المحتال .

قوله لأنّه أقدر على التسليم

أي لتيسر ما يقضي به وحضوره بخلاف الدين عليه .

فتح

قوله وقد استعنى عنه (أي بموته فإن لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل إلى أجله

قوله ولو أبرأ المحتال المحال عليه عن الدين أخذ المحيل ما كان عنده من الدين والعين

وقد قالوا لو أحال رجل رجلاً بمال ثم إن المحيل نقد المال الذي أحاله به جاز ولم يكن متبرعاً فيما نقد من ذلك وذلك لأن الدين في ذمة المحيل عندنا من طريق الحكم وإن برئ في الظاهر ألا ترى أن الرجوع مترقب فهو بالقضاء يقصد أن يسقط عن نفسه حق الرجوع فلم يكن بذلك متبرعاً كالوارث إذا قضى دين الميت وليس كذلك الأجنبي إذا أدى المال ؛ لأنّه لا يسقط عن نفسه حقاً بالآداء فكان متبرعاً قالوا فإن كان الذي عليه المال أحال صاحب المال على رجل له عليه ألف درهم حوالة مطلقاً ولم يقل أحلته عليك بمالي عليك أو على أن تعطيه ما لي عليك فقبل فعلى المحال عليه ألفان : ألف

المُحِيلِ وَأَلْفُ الْمُحْتَالِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُطَالَبَ بِأَلْفٍ ؛ لِأَنَّ صِحَّةَ الْحَوَالَةِ لَا تَقِفُ عَلَى ثُبُوتِ مَالِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ فَلَمْ تَتَعَلَّقْ الْحَوَالَةُ بِنَفْسِ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُلْقَها بِهِ ، وَإِنَّمَا تَعَلَّقَتْ بِذِمَّتِهِ فَبَقِيَ الدَّيْنُ بِحَالِهِ وَصَارَ كَمَا لَوْ أَحَالَهُ عَلَيْهِ بِأَلْفٍ وَفِي يَدِهِ أَلْفٌ وَدِيعَةٌ فَإِنَّ الْحَوَالَةَ لَا تَتَعَلَّقُ بِهَا وَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِهَا كَذَلِكَ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ قَالُوا وَإِذَا أَدَّى الْمُحَالُ عَلَيْهِ الْمَالَ أَوْ وَهَبَهُ لَهُ الْمُحْتَالُ أَوْ تَصَدَّقَ بِهِ عَلَيْهِ أَوْ مَاتَ فَوَرَثَهُ الْمُحَالُ عَلَيْهِ رَجَعَ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ عَلَى الْمُحِيلِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مَلَكَ مَا فِي ذِمَّتِهِ بِهَذِهِ الْأَسْبَابِ ، فَإِذَا ثَبَتَ لَهُ الرُّجُوعُ فِي الْأَذَاءِ فَكَذَلِكَ فِي جَمِيعِ الْأَسْبَابِ الَّتِي يَمْلِكُهَا بِهَا ، وَلَوْ أَبْرَأَ الْمُحْتَالُ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مِنَ الْمَالِ بَرِئَ وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُحِيلِ ؛ لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ إِسْقَاطٌ وَلَيْسَتْ بِتَمْلِيكِ وَمَتَى لَمْ يَمْلِكْ مَا فِي ذِمَّتِهِ لَمْ يَرْجِعْ أَقْطَعُ رَحِمَهُ اللَّهُ .

قَوْلُهُ وَكَذَا إِذَا وَرَثَهُ

أَيُّ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُحِيلِ عَلَى الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَنْعَكِسُ الْجَوَابُ فِيهِ الْهَبَةُ وَالْإِثْرُ يَرْجِعُ وَفِي الْإِبْرَاءِ لَا يَرْجِعُ .

كَافِي

قَوْلُهُ وَلَوْ مَاتَ الْمُحِيلُ

أَيُّ وَعَلَيْهِ دِيُونٌ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الْمُحْتَالُ دَيْنَ الْحَوَالَةِ فَالَّذِينَ الَّذِينَ عَلَيْهِ لِلْمُحِيلِ بَيْنَ غُرْمَاءِ الْمُحِيلِ وَالْمُحْتَالِ أُسْوَةٌ الْغُرْمَاءِ فِيهِ .

مَعْرَاجُ الدَّرَاجَةِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَكَرِهَ السَّفَاتِجُ) وَهُوَ قَرْضٌ اسْتَفَادَ بِهِ الْمُقْرِضُ أَمْنًا خَطَرَ الطَّرِيقِ وَصُورَتُهُ أَنْ يُقْرِضَ مَالَهُ إِذَا خَافَ عَلَيْهِ الْفَوَاتِ لِيُرِدَّ عَلَيْهِ فِي مَوْضِعِ الْأَمْنِ وَهُوَ تَعَرِيبُ سَفْتِهِ وَسَفْتُهُ شَيْءٌ مُحْكَمٌ وَسَمِيَ هَذَا الْقَرْضُ بِهِ لِإِحْكَامِ أَمْرِهِ وَإِنَّمَا كَرِهَ لِمَا رَوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { نَهَى عَنْ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعًا } وَقِيلَ إِذَا لَمْ تَكُنِ الْمُنْفَعَةُ مَشْرُوطَةً ، فَلَا بَأْسَ بِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَكَرِهَ السَّفَاتِجُ (قَالَ فِي الْفَتَاوَى الصُّعْرَى السَّفَتِجُ إِنْ كَانَ مَشْرُوطًا فِي الْقَرْضِ فَهُوَ حَرَامٌ وَالْقَرْضُ بِهَذَا الشَّرْطِ فَاسِدٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَشْرُوطًا جَازٌ وَقَالَ فِي الْوَقَاعَاتِ رَجُلٌ أَقْرِضْ رَجُلًا مَالًا عَلَى أَنْ يَكْتُبَ لَهُ بِهَا إِلَى بَلَدٍ كَذَا فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ وَإِنْ أَقْرِضَهُ بِغَيْرِ شَرْطٍ وَكُتِبَ كَانَ هَذَا جَائِزًا ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ أَكْتُبْ لِي سَفْتَجَةً إِلَى مَوْضِعٍ كَذَا عَلَى أَنْ أُعْطِيكَ هُنَا ، فَلَا خَيْرَ فِيهِ وَقَالَ فِي كِفَايَةِ الْبَيْهَقِيِّ وَسَفَاتِجُ التَّجَارِ مَكْرُوهَةٌ ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَفِعُ بِإِسْقَاطِ خَطَرِ الطَّرِيقِ إِلَّا أَنْ يُقْرِضَ مُطْلَقًا ثُمَّ يَكْتُبَ السَّفْتَجَةَ ، فَلَا بَأْسَ . هَكَذَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { نَهَى عَنْ كُلِّ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعًا } وَلِأَنَّهُ تَمْلِيكَ دَرَاهِمَ بِدَرَاهِمَ ، فَإِذَا شَرَطَ فِي بَلَدٍ أَنْ يَدْفَعَ فِي بَلَدٍ آخَرَ صَارَ فِي حُكْمِ التَّاجِيلِ وَالتَّاجِيلُ فِي الْأَعْيَانِ لَا يَصِحُّ ، وَهَذَا هُوَ الْقِيَاسُ إِذَا لَمْ يَشْتَرِطِ الدَّفْعُ فِي بَلَدٍ آخَرَ إِلَّا أَنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا فَقَالُوا لَا يُكْرَهُ كَذَا فِي شَرْحِ الْأَقْطَعِ ، ثُمَّ قِيلَ إِنَّمَا أُوْرَدَ الْقُدُورِيُّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي هَذَا الْبَابِ لِأَنَّهَا مُعَامَلَةٌ فِي الدُّيُونِ كَالْكِفَالَةِ وَالْحَوَالَةِ وَنُقِلَ عَنِ الْإِمَامِ نُورِ الدِّينِ الْكُرْدِيِّ أَنَّهُ قَالَ إِنَّمَا أُوْرَدَهَا فِي الْحَوَالَةِ لِأَنَّهُ أَحَالَ الْخَطَرَ الْمُتَوَقَّعَ عَلَى الْمُسْتَقْرِضِ فِي مَعْنَى الْحَوَالَةِ .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله وقيل إذا لم تكن المنفعة مشروطة ، فلا بأس به

قَالَ الْكَمَالُ ، ثُمَّ قَالُوا إِنَّمَا يَحِلُّ ذَلِكَ عِنْدَ عَدَمِ الشَّرْطِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ عُرْفٌ ظَاهِرٌ فَإِنْ كَانَ يُعْرَفُ أَنَّ ذَلِكَ يُفْعَلُ لِذَلِكَ ، فَلَا وَالَّذِي يُحْكِي عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَمْ يَقْعُدْ فِي ظِلِّ جِدَارٍ غَرِيبِهِ ، فَلَا أَصْلَ لَهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ انْتِفَاعًا بِمِلْكِهِ كَيْفَ وَلَمْ يَكُنْ مَشْرُوطًا وَلَا مُتَعَارَفًا ، وَإِنَّمَا أُوْرِدَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ هُنَا لِأَنَّهَا مُعَامَلَةٌ فِي الدُّيُونِ كَالْكَفَالَةِ وَالْحَوَالَةِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ مَا نَصَّهُ وَرَوِي عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ذَلِكَ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَضَاهُ أَحْسَنَ مِمَّا عَلَيْهِ لَا يُكْرَهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَشْرُوطًا كَمَالٌ

كتاب القضاء

الْقَضَاءُ فِي اللُّغَةِ الْإِنْفَانُ وَالْإِحْكَامُ قَالَ قَائِلُهُمْ وَعَلَيْهِمَا مَسْرُودَتَانِ قَضَاهُمَا دَاوُدُ أَوْ صَنَعَ السَّوَابِغَ تَبِعَ أَيُّ أَحْكَمَ صَنَعَهَا وَهُوَ فِي الشَّرْعِ فَصْلُ الْخُصُومَاتِ وَأَنَّهُ أَفْضَلُ الْعِبَادَاتِ وَبِهِ أَمْرُ كُلِّ نَبِيٍّ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ } وَقَالَ تَعَالَى { وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ، وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ } وَالْحَاكِمُ نَائِبٌ عَنِ اللَّهِ فِي أَرْضِهِ فِي إِنْصَافِ الْمَظْلُومِ مِنَ الظَّالِمِ وَإِصْالِ الْحَقِّ إِلَى الْمُسْتَحِقِّ وَدَفْعِ الظُّلْمِ عَنِ الْعِبَادِ وَالْأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيُ عَنِ الْمُنْكَرِ كُلُّ ذَلِكَ مِنَ الصِّفَاتِ الْحَمِيدَةِ يَمِيلُ إِلَيْهَا كُلُّ لَبِيبٍ وَمَحَاسِنُهُ لَا تَخْفَى عَلَى أَحَدٍ ، وَلَوْ لَا ذَلِكَ لَفَسَدَ الْبِلَادُ وَالْعِبَادُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَهْلُهُ أَهْلُ الشَّهَادَةِ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَثَبَّتَ بِهِ الْوَلَايَةُ عَلَى الْغَيْرِ الشَّاهِدِ بِشَهَادَتِهِ يَلْزِمُ الْحَاكِمُ أَنْ يَحْكُمَ ، وَالْحَاكِمُ بِحُكْمِهِ يَلْزِمُ الْخَصْمَ وَمَنْ صَلَحَ شَاهِدًا صَلَحَ قَاضِيًا فَكَانَا مِنْ بَابٍ وَاحِدٍ فَيَسْتَفَادُ أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخَرِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْفَاسِقُ أَهْلٌ لِلْقَضَاءِ كَمَا هُوَ أَهْلٌ لِلشَّهَادَةِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُقْلَدَ ، وَلَوْ كَانَ الْقَاضِي عَدْلًا فَفَسَقَ بِأَخْذِ الرِّشْوَةِ ، لَا يَنْعَزِلُ وَيَسْتَحِقُّ الْعَزْلَ ؛ وَإِذَا أَخَذَ الْقَضَاءَ بِالرِّشْوَةِ لَا يَصِيرُ قَاضِيًا) وَكَذَا لَوْ قَضَى بِالرِّشْوَةِ لَا يَنْفَعُ قَضَاؤُهُ فِيمَا ارْتَشَى وَقَالَ بَعْضُ مَشَايخِنَا إِذَا قُلِدَ الْفَاسِقُ ابْتِدَاءً يَصِحُّ ، وَلَوْ قُلِدَ وَهُوَ عَدْلٌ يَنْعَزِلُ بِالْفَسَقِ ؛ لِأَنَّ الْمُقْلَدَ اعْتَمَدَ عَدْلَتَهُ فَلَمْ يَكُنْ رَاضِيًا دُونَهَا كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي التَّجَارَةِ إِذَا أَبْقَى يَنْعَزِلُ ، وَلَوْ أُذِنَ لَهُ وَهُوَ أَبْقَى جَازَ ، وَعَنْ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ فِي النُّوَادِرِ أَنَّ الْفَاسِقَ

لَا يَصْلُحُ قَاضِيًا وَالظَّاهِرُ هُوَ الْأَوَّلُ وَأَنَّ الْعَدَالَهَ شَرْطُ الْأُولَوِيَّةِ ، وَكَذَا الْجَاهِلُ الْقَضَاءِ صَحَّ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَالِمًا عَدْلًا مَأْمُونًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ : قَاضِيَانِ فِي النَّارِ وَقَاضٍ فِي الْجَنَّةِ } الْحَدِيثُ فَفَسَّرَ الْقَاضِيَيْنِ أَحَدَهُمَا جَاهِلٌ يَحْكُمُ بِالْجَهْلِ وَالْآخَرُ غَالِمٌ يَحْكُمُ بِالْجَوْرِ وَالثَّالِثُ الْعَالِمُ الْعَادِلُ يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ وَلِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالْقَضَاءِ بِالْحَقِّ وَالْجَاهِلُ عَاجِزٌ عَنْهُ ، وَلَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا وَالْفَاسِقُ غَيْرُ مَأْمُونٍ ، فَلَا يَجُوزُ .

وَلَنَا أَنَّ الْمَقْصُودَ إِصْالَ الْحَقِّ إِلَى الْمُسْتَحِقِّ وَهُوَ يَحْصُلُ بِالْعَمَلِ بِفُتْوَى غَيْرِهِ ، وَلَا حُجَّةَ لَهُ فِي الْحَدِيثِ فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سَمَّاهُ قَاضِيًا ، وَلَوْ لَا أَنَّ التَّوَلِيَّةَ تَصَحُّ لَمَّا سَمَّاهُ قَاضِيًا وَلِأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجَازُوا حُكْمَ مَنْ تَغَلَّبَ مِنَ الْأُمَرَاءِ وَجَارَ وَتَقَلَّدُوا مِنْهُ الْأَعْمَالَ وَصَلُّوا خَلْفَهُ ، وَلَوْ لَا أَنَّ تَوَلِيَّتَهُ صَحِيحَةٌ لَمَّا فَعَلُوا ذَلِكَ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْفَاسِقُ يَصْلُحُ مُفْتِيًا وَقِيلَ لَا) يَصْلُحُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ وَخَبْرُهُ غَيْرُ مَقْبُولٍ فِي الدِّيَانَاتِ ، وَجَهْ الْأَوَّلُ أَنَّهُ يَجْتَهِدُ حَذَارَ التَّسْبِيَةِ إِلَى الْخَطِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَكُونَ فَظًا غَلِيظًا جَبَّارًا عَنِيدًا وَيَتَّبِعِي أَنْ يَكُونَ مَوْثُوقًا بِهِ فِي عَفَافِهِ وَعَقْلِهِ وَصَلَاحِهِ وَفَهْمِهِ وَعِلْمِهِ بِالسُّنَّةِ وَالْأَثَارِ وَوُجُوهِ الْفَقْهِ) وَيَكُونُ شَدِيدًا مِنْ غَيْرِ عُنْفٍ لَيْتًا مِنْ غَيْرِ ضَعْفٍ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْقَضَاءِ دَفْعُ الْفُسَادِ وَإِصْالُ الْحُقُوقِ إِلَى مُسْتَحِقِّيهَا وَإِقَامَةُ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ مِنْ أَهَمِّ أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ وَأَقْوَى وَاجِبٍ عَلَيْهِمْ فَكُلُّ مَنْ

كَانَ أَعْرَفَ وَأَقْدَرَ وَأَوْجَهَ وَأَهْيَبَ وَأَصْبَرَ عَلَى مَا أَصَابَهُ مِنَ النَّاسِ كَانَ أَوْلَى وَيَنْبَغِي لِلْمَوْلَى أَنْ يَتَفَحَّصَ فِي ذَلِكَ وَيُؤَيِّ مَنْ هُوَ أَوْلَى لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { مَنْ قُلِدَ إِنْسَانًا عَمَلًا وَفِي رَعِيَّتِهِ مَنْ هُوَ أَوْلَى مِنْهُ فَقَدْ خَانَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَجَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ } .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْاجْتِهَادُ شَرْطُ الْأُولَوِيَّةِ) لِأَنَّهُ أَقْدَرُ عَلَى الْحُكْمِ بِالْحَقِّ وَاخْتَلَفُوا فِي حَدِّ الْجَهْلِ قِيلَ أَنْ يَعْلَمَ الْكِتَابَ بِمَعَانِيهِ وَالسُّنَّةَ بِطُرُقِهَا وَالْمَرَادَ بِعِلْمِهِمَا عِلْمٌ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْأَحْكَامُ مِنْهُمَا وَمَعْرِفَةُ الْإِجْمَاعِ وَالْقِيَاسِ لِيُمْكِنَهُ اسْتِخْرَاجُ الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ وَاسْتِنْبَاطُهَا مِنْ أَدْلَتِهَا بِطَرِيقِهَا ، وَلَا يُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْفُرُوعِ الَّتِي اسْتِخْرَجَهَا الْمُجْتَهِدُونَ بَارَأْنَهُمْ وَقَالَ بَعْضُهُمْ يُشْتَرَطُ مَعَ هَذَا أَنْ يَكُونَ عَارِفًا بِالْفُرُوعِ الْمُنَبِّئَةِ عَلَى اجْتِهَادِ السَّلَفِ كَأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيَّ وَغَيْرِهِمَا مِنَ الْمُجْتَهِدِينَ وَقَالَ بَعْضُهُمْ مَنْ حَفِظَ الْمَبْسُوطَ وَمَذْهَبَ الْمُتَقَدِّمِينَ فَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْجَهْلِ وَالْأَشْبَهُ أَنْ يُقَالَ أَنْ يَكُونَ صَاحِبَ حَدِيثٍ لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالْفَقْهِ لِيَعْرِفَ مَعَانِيَ الْأَثَارِ أَوْ صَاحِبَ فَهْمٍ لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالْحَدِيثِ كَيْ لَا يَشْتَغَلَ بِالْقِيَاسِ فِي الْمُنْصُوصِ عَلَيْهِ وَقِيلَ لَا بُدَّ مَعَ هَذَا مِنْ أَنْ يَكُونَ صَاحِبَ قَرِيحَةٍ يَعْرِفُ بِهَا عَادَاتِ النَّاسِ ؛ لِأَنَّ كَثِيرًا مِنَ الْأَحْكَامِ تُبْنَى عَلَيْهَا

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْمُفْتِي يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هَكَذَا) يَعْنِي فِي الْعِلْمِ وَالْأَمَانَةِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْدَرُ عَلَى الْمَقْصُودِ وَأَبْعَدُ مِنَ الْعَلَطِ وَأَكْثَرُ اهْتِمَامًا فِي دِينِهِ عِنْدَ تَجَدُّدِ الْحَوَادِثِ فَيَكُونُ كَلَامُهُ أَوْفَقَ فَيَعْتَمِدُ عَلَيْهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَكَرِهَ التَّقْلِيدَ لِمَنْ خَافَ الْحَيْفَ) أَيُّ الظُّلْمِ كَيْ لَا يَكُونَ ذَرِيعَةً إِلَى مُبَاشَرَةِ

الظُّلْمِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ أَمِنَهُ لَا) أَيُّ إِنْ أَمِنَ الظُّلْمَ لَا يُكْرَهُ التَّقْلِيدُ لِأَنَّ كِبَارَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَالتَّابِعِينَ وَعُلَمَاءَهُمْ تَقَلَّدُوهُ وَكَفَى بِهِمْ قُدُوةً قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَسْأَلُ الْقَضَاءُ) لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { مَنْ طَلَبَ الْقَضَاءَ وَكُلَّ إِلَى نَفْسِهِ وَمَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ نَزَلَ عَلَيْهِ مَلَكٌ مِنَ السَّمَاءِ يُسَدِّدُهُ وَلَأَنَّ مَنْ طَلَبَهُ يَعْتَمِدُ عَلَى نَفْسِهِ فَيَحْرُمُ وَمَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ يَتَوَكَّلُ عَلَى رَبِّهِ فَيُلْهِمُ } وَكَرِهَ بَعْضُ الْمَشَايخِ أَنْ يَدْخُلَ فِي الْقَضَاءِ مُخْتَارًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { مَنْ أُبْتُلِيَ بِالْقَضَاءِ فَكَأَنَّمَا ذُبِحَ بِغَيْرِ سَكِينٍ } وَلِأَنَّ الْقَضَاءَ بِالْحَقِّ لَا يُمَكِّنُهُ إِلَّا بِأَعْوَانٍ وَقَدْ لَا يُعِينُهُ عَلَيْهِ أَحَدٌ وَكَانَ فِي بَنِي إِسْرَائِيلَ مَنْ فَرَعَ نَفْسَهُ لِلْعِبَادَةِ سِتِّينَ سَنَةً تُرْجَى لَهُ النَّبُوءَةُ فَإِذَا اشْتَغَلَ بِالْقَضَاءِ أَيْسُوا مِنْ نُبُوَّتِهِ فَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ مَسْقُطَةٌ ، وَإِنْ تَعَيَّنَ هُوَ لِلْقَضَاءِ بِأَنْ لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ غَيْرُهُ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ وَجَبَ عَلَيْهِ الطَّلَبُ صِيَانَةً لِحُقُوقِ الْمُسْلِمِينَ وَدَفْعًا لِظُلْمِ الظَّالِمِينَ .

الشرح

قوله في الشعر أو صنع

امْرَأَةٌ صَنَاعُ الْيَدَيْنِ أَيُّ حَازِقَةٍ مَاهِرَةٍ بِعَمَلِ الْيَدَيْنِ وَامْرَأَتَانِ صَنَاعَانِ وَنِسْوَةٌ صُنْعٌ مِثْلُ قَذَالٍ وَقُدْلٍ وَرَجُلٌ صِنْعُ الْيَدَيْنِ وَصِنْعُ الْيَدَيْنِ أَيْضًا بِالْكَسْرِ أَيُّ صَانِعٍ حَازِقٍ ، وَكَذَلِكَ رَجُلٌ صَنَعٌ بِالتَّحْرِيكِ قَالَ أَبُو ذُوْبَيْبٍ وَعَلَيْهِمَا مَسْرُودَتَانِ قَضَاهُمَا دَاوُدُ أَوْ صَنَعُ السَّوَابِغِ تَبِعَ هَذِهِ رَوَايَةُ الْأَصْمَعِيِّ وَيُرْوَى أَوْ صِنْعُ السَّوَابِغِ صِحَاحٌ .

قوله في المتن أهله أهل الشهادة

قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي مُحْتَصَرِهِ وَلَا تَصِحُّ وَلَايَةُ الْقَاضِي حَتَّى تَجْمَعَ فِي الْمَوْلَى شَرَائِطُ الشَّهَادَةِ قَالَ الْأَتْقَانِيُّ ، وَإِنَّمَا شَرَطَ شَرَائِطُ الشَّهَادَةِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ وَالْعَقْلِ وَالْبُلُوغِ وَالْعَدَالَةِ فِي الْقَضَاءِ ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ وَلَايَةٌ كَالشَّهَادَةِ بَلَّ الْقَضَاءُ وَلَايَةً عَامَّةً فَلَمَّا اشْتَرَطَ فِي الشَّهَادَةِ مِنَ الصِّفَاتِ كَانَ اشْتِرَاطُهَا فِي الْقَضَاءِ أَوْلَى

قوله في المتن والقاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة إلا أنه لا ينبغي أن يُقْلَدَ

أَيُّ كَمَا فِي حُكْمِ الشَّهَادَةِ فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَقْبَلَ الْقَاضِي شَهَادَتَهُ ، وَلَوْ قَبِلَ حَازَتْ عِنْدَنَا هِدَايَةً

قوله وكذا لو قضى بالرشوة لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى

ذَكَرَ الْأُسْرُوشَنِيُّ إِذَا ارْتَشَى الْقَاضِي وَحَكَمَ لَا يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ فِيمَا ارْتَشَى وَيَنْفُذُ فِيمَا لَمْ يَرْتَشِ وَذَكَرَ الْإِمَامُ الْبَرْذَوِيُّ أَنَّهُ يَنْفُذُ فِيمَا ارْتَشَى أَيْضًا وَقَالَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا أَنَّ قَضَايَاهُ فِيمَا ارْتَشَى وَفِيمَا لَمْ يَرْتَشِ بَاطِلَةٌ وَبِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَخَذَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ

الْحَصَافِ وَإِنْ ارْتَشَى وَلَدُ الْقَاضِي أَوْ كَاتِبُهُ أَوْ بَعْضُ أَعْوَانِهِ فَإِنْ كَانَ بِأَمْرِهِ وَرِضَاهُ فَهُوَ وَمَا لَوْ ارْتَشَى الْقَاضِي سَوَاءٌ وَيَكُونُ قَضَاؤُهُ
مَرْدُودًا وَإِنْ كَانَ بغيرِ عِلْمِ
الْقَاضِي نَفَذَ وَإِنْ كَانَ الْمُرْتَشِي رَدَّ مَا قَبِضَ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْفُصُولِ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ وَقَالَ بَعْضُ مَشَائِخِنَا إِذَا قُلِدَ الْفَاسِقُ ابْتِدَاءً يَصِحُّ

قَالَ فِي خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى وَاخْتَلَفَتِ الرُّوَايَاتُ فِي تَقْلِيدِ الْفَاسِقِ الْقَضَاءَ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَصِحُّ التَّقْلِيدُ وَلَا يَنْعَزِلُ بِالْفِسْقِ ، ثُمَّ قَالَ فِي الْمُحِيطِ
يَسْتَحِقُّ الْعَزْلَ عِنْدَ عَامَّةِ الْمَشَائِخِ إِلَّا إِذَا شُرِطَ فِي التَّقْلِيدِ أَنَّهُ مَتَى حَارَ يَنْعَزِلُ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَنْعَزِلُ وَالْإِمَامُ يَصِيرُ إِمَامًا مَعَ الْفِسْقِ وَلَا يَنْعَزِلُ
بِالْفِسْقِ بَلَا خِلَافٍ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْخُلَاصَةِ .

غَايَةٌ

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَالْفَاسِقُ يَصْلَحُ مُقْتَبًا

قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ النَّاطِقِيُّ فِي آخِرِ أَدَبِ الْقَاضِي مِنْ كِتَابِ الْأَحْنَسِ الْفَقِيهِ إِذَا كَانَ فَاسِقًا هَلْ يَجُوزُ أَنْ يُسْتَفْتَى مِنْهُ فِيهِ كَلَامٌ بَيْنَ الْمَشَائِخِ
ذَكَرَ مُحَمَّدُ بْنُ شُجَاعٍ فِي نَوَادِرِهِ سَمِعْتُ بَشَرَ بْنَ غِيَاثٍ يَقُولُ أَرَى الْحَجَرَ عَلَى ثَلَاثَةِ : فَقِيهِ فَاسِقٍ وَطَبِيبٍ جَاهِلٍ وَمُكَارٍ مُفْلِسٍ وَقَالَ
مُحَمَّدُ بْنُ شُجَاعٍ فِي قَوْلِ نَفْسِهِ لَا بَأْسَ أَنْ يُسْتَفْتَى مِنَ الْفَقِيهِ الْفَاسِقِ لِأَنَّهُ يُكْرَهُ أَنْ يُخْطِئَهُ الْفُقَهَاءُ فَيَجِيبُ بِمَا هُوَ الصَّوَابُ .

غَايَةٌ

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَلَا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَكُونَ فَظًّا

أَيَّ حَافِيًا .

قَوْلُهُ غَلِيظًا

أَيَّ شَدِيدًا فِي الْكَلَامِ مُتَفَاحِشًا .

قَوْلُهُ جَبَّارًا

أَيَّ مُتَكَبِّرًا مُقْبِلًا بِغَضَبٍ .

قوله عنيدا

أَيُّ مُعَانِدًا عَنِيفًا ؛ لِأَنَّ الْمُقْصُودَ مِنَ الْقَضَاءِ دَفْعُ الْفَسَادِ وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ بَعِيْنَهَا فَسَادٌ .

عَيْنِي .

قوله والمراد بعلمهما علم ما يتعلّق به الأحكام

أَيُّ وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِجَمِيعِ مَا فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ .

أَتَقَانِي

قوله كي لا يشتغل بالقياس في المنصوص إلخ

وَالْتَفَاوَتْ بَيْنَ

الْعِبَارَتَيْنِ أَنَّ الْأَوَّلَ مُشْتَهَرٌ بِالْحَدِيثِ وَلَهُ فَهْمٌ أَيْضًا ، وَالثَّانِي مُشْتَهَرٌ بِالْفَهْمِ وَلَهُ بَصَرٌ بِالْحَدِيثِ أَيْضًا .

غَايَةً

قوله وكل إلى نفسه

عَلَى صِبْغَةِ الْمُبْنِيِّ لِلْمَفْعُولِ بِتَخْفِيفِ الْكَافِ أَيْ فَوْضَ أَمْرِهِ إِلَيْهَا وَمَنْ فَوْضَ أَمْرَهُ إِلَى نَفْسِهِ كَانَ مَخْذُولًا غَيْرَ مُرْشِدٍ لِلصَّوَابِ لِكَوْنِ النَّفْسِ أَمَارَةً بِالسُّوءِ .

أَتَقَانِي

قوله وقد لا يعينه عليه أحد

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَالصَّحِيحِ أَنَّ الدُّخُولَ فِيهِ رُخْصَةٌ طَمَعًا فِي إِقَامَةِ الْعَدْلِ وَالتَّرْكِ عَزِيمَةٌ فَلَعَلَّهُ يُخْطِئُ ظَنُّهُ ، فَلَا يُوقِّقُ لَهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَجُوزُ تَقْلُدُ الْقَضَاءِ مِنَ السُّلْطَانِ الْعَادِلِ وَالْجَائِرِ وَمِنْ أَهْلِ الْبَغْيِ) لِأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ تَقَلَّدُوهُ مِنْ مُعَاوِيَةَ فِي نَوْبَةٍ عَلَيَّ وَكَانَ الْحَقُّ بِيَدِ عَلِيٍّ يَوْمَئِذٍ وَقَدْ قَالَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ إِخْوَانُنَا بَعَوْا عَلَيْنَا وَعُلَمَاءُ السَّلَفِ تَقَلَّدُوهُ مِنَ الْحَاجَّاجِ إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يُمْكِنُهُ مِنَ الْقَضَاءِ بِالْحَقِّ فَيَحْرُمُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ يَحْصُلُ بِهِ ضَرَرُ الْمُسْلِمِينَ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ تَقَلَّدَ يَسْأَلُ دِيْوَانَ قَاضٍ قَبْلَهُ وَهُوَ الْخَرَائِطُ الَّتِي فِيهَا السَّجَلَاتُ وَالْمَحَاضِرُ وَغَيْرُهُمَا) مِنَ الصُّكُوكِ وَنَصَبِ الْأَوْصِيَاءِ وَالْقِيَمَاءِ فِي الْأَوْقَافِ وَتَقْدِيرِ النِّفَقَاتِ الْمَفْرُوضَاتِ لِأَنَّ الدِّيْوَانَ وَضِعَ لِيَكُونَ حُجَّةً عِنْدَ الْحَاجَةِ فَيَجْعَلُ فِي يَدِ مَنْ لَهُ وَلَايَةُ الْقَضَاءِ وَهَذَا لِأَنَّ الْقَاضِيَّ يَكْتُبُ نُسَخَتَيْنِ أَحَدَاهُمَا فِي يَدِهِ لِاحْتِمَالِ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا وَالْأُخْرَى فِي يَدِ الْخَصْمِ وَمَا فِي يَدِ الْخَصْمِ لَا يُؤْمَنُ عَلَيْهِ التَّغْيِيرُ بِزِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ ، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ الْأَوْرَاقُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، فَلَا إِشْكَالَ فِي وَجُوبِ تَسْلِيمِهَا إِلَى الْجَدِيدِ لِأَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ الْأَوَّلِ لِعَمَلِهِ وَقَدْ انْتَقَلَ الْعَمَلُ إِلَى غَيْرِهِ ، فَلَا مَعْنَى لِتَرْكِهَا فِي يَدِهِ بَعْدَ الْعَزْلِ .

وَكَذَا إِذَا كَانَتْ مِنْ مَالِ الْخُصُومِ أَوْ مِنْ مَالِ الْقَاضِي فِي الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّ الْخُصُومَ وَضَعُوهَا فِي يَدِهِ لِعَمَلِهِ ، وَكَذَا الْقَاضِي يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ عَمِلَ ذَلِكَ تَدْنِيًا لَا تَمُوتًا فَيَجِبُ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ وَيَبْعَثُ عَدْلَيْنِ مِنْ أَمَنَائِهِ أَوْ عَدْلًا وَاحِدًا وَالْإِثْنَانِ أَحْوَطُ لِقَبْضِ دِيْوَانِ الْمَعْزُولِ بِحَضْرَتِهِ أَوْ بِحَضْرَةِ أَمِينِهِ وَيَسْأَلَانِ الْمَعْزُولَ شَيْئًا فَشَيْئًا ، فَمَا كَانَ فِيهَا مِنْ نُسخِ السَّجَلَاتِ يَجْمَعَانِهِ فِي خَرِيطَةٍ وَمَا كَانَ مِنْ نَصَبِ الْأَوْصِيَاءِ فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى

يَجْمَعَانِهِ فِي خَرِيطَةٍ أُخْرَى وَمَا كَانَ مِنْ تَقْدِيرِ التَّفَقَّاتِ يَجْمَعَانِهِ فِي خَرِيطَةٍ أُخْرَى وَمَا كَانَ مِنْ نُسخِ قِيَمَاءِ الْأَوْقَافِ يَجْمَعَانِهِ فِي خَرِيطَةٍ وَمَا كَانَ مِنَ الصُّكُوكِ يَجْمَعَانِهِ فِي خَرِيطَةٍ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ النُّسخَ كَانَتْ تَحْتَ تَصَرُّفِ الْمَعْزُولِ ، فَلَا تَشْتَبِهُ عَلَيْهِ مَتَى احتَاجَ إِلَى نُسخَةٍ مِنْهَا فَأَمَّا الْجَدِيدُ فَيَشْتَبِهُ عَلَيْهِ لَوْ لَمْ يَجْمَعْ كُلُّ نَوْعٍ مِنْهَا فِي خَرِيطَةٍ وَبِالْجَمْعِ يَسْتَهْلُ وَإِنَّمَا يَسْأَلَانِ الْمَعْزُولَ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَوْلُهُ حُجَّةً لَيُنْكَشِفَ عَنْهُمَا مَا أَشْكَلَ عَلَيْهِمَا فَإِذَا قَبَضَا ذَلِكَ خَتَمَا عَلَيْهِ تَحَرُّزًا عَنِ التَّغْيِيرِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَنَظَرَ فِي حَالِ الْمَحْبُوسِينَ) أَيُّ الْقَاضِي الْجَدِيدُ يَنْظُرُ فِي حَالِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ نَصَّبَ نَاطِرًا لِلْمُسْلِمِينَ (فَمَنْ أَقَرَّ بِحَقٍّ أَوْ قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ الزَّيْمَةُ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُجَّةٌ مُلْزِمَةٌ ، وَلَا يَقْبَلُ قَوْلُ الْمَعْزُولِ ؛ لِأَنَّهُ بِالْعَزْلِ التَّحَقُّقُ بِوَاحِدٍ مِنَ الرَّعَايَا وَشَهَادَةُ الْفَرَضِ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ لَا سِيَّمَا عَلَى فِعْلٍ نَفْسِهِ ، وَإِنْ لَمْ تَقُمْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ وَادَّعَى أَنَّهُ حُبْسٌ ظُلْمًا لَا يُعْجَلُ بِتَخْلِيَّتِهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِلَّا نَادَى عَلَيْهِ) أَيُّ إِنْ لَمْ تَقُمْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ وَلَمْ يُقَرَّ هُوَ نَادَى عَلَيْهِ لِأَنَّ الْمَعْزُولَ حَبَسَهُ بِحَقِّ ظَاهِرٍ ، فَلَا يُعْجَلُ بِتَخْلِيَّتِهِ حَتَّى يَنْكَشِفَ لَهُ حَالُهُ وَيُنَادَى عَلَيْهِ إِذَا جَلَسَ لِلْحُكْمِ أَيَّامًا وَيَقُولُ الْمُتَنَادِي مَنْ كَانَ يُطَالِبُ فُلَانًا بِنَ فُلَانِ الْفُلَانِي الْمَحْبُوسَ بِحَقٍّ فَلْيَحْضُرْ حَتَّى يُجْمَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، فَإِنْ حَضَرَ وَإِلَّا فَفِي رَأْيِ الْقَاضِي أَنْ يُطْلَقَهُ ، فَإِنْ حَضَرَ لَهُ حَصَمٌ فِيهَا وَإِلَّا أَخَذَ مِنْهُ كَفِيلًا وَأَطْلَقَهُ ، وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ قِسْمَةِ التَّرَكَةِ حَيْثُ لَا يُؤْخَذُ مِنَ الْوَرْتَةِ كَفِيلٌ إِذَا أَرَادُوا

الْقِسْمَةَ عِنْدَهُ أَنَّ الْوَرْتَةَ ظَهَرَ حَقُّهُمْ فِي الْمَالِ ، فَلَا يُؤْخَرُ إِلَى التَّكْفِيلِ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُهُمْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَوْهُومٌ ، فَلَا يُعَارِضُ الْمُحَقِّقَ وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الْقَاضِي لَا يَحْبِسُهُ إِلَّا بِحَقِّ ظَاهِرٍ وَاحْتِمَالِ حَبْسِهِ بِغَيْرِ حَقِّ مَوْهُومٌ ، فَلَا يُعَارِضُ الظَّاهِرَ وَهَذَا لِأَنَّ فِعْلَ الْمُسْلِمِ يُحْمَلُ عَلَى الصَّلَاحِ مَا أَمَكَنَ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ حَتَّى يَظْهَرَ خِلَافُهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعَمِلَ فِي الْوَدَائِعِ وَعَلَّاتِ الْوَقْفِ بَيِّنَةٌ أَوْ إِقْرَارٌ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُجَّةٌ وَالْمُرَادُ بِالْإِقْرَارِ إِقْرَارُ مَنْ فِي يَدِهِ لِأَنَّ إِقْرَارَ الْأُجَنَّبِيِّ غَيْرُ مَقْبُولٍ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَمْ يَعْمَلْ بِقَوْلِ الْمَعْزُولِ إِلَّا أَنْ يُقَرَّ ذُو الْيَدِ أَنَّهُ سَلَّمَ إِلَيْهِ فَيَقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِمَا) أَيُّ فِي الْوَدَائِعِ وَعَلَّاتِ الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْزُولَ التَّحَقُّقَ بِالرَّعَايَا ، فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ الَّذِي فِي يَدِهِ أَنَّ الْقَاضِي سَلَّمَ إِلَيْهِ فَيَقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِإِقْرَارِهِ أَنَّهُ مُودِعُ الْقَاضِي وَيَدُ الْمُودِعِ كَيْدَهُ فَصَارَ كَأَنَّهُ فِي يَدِهِ فَيَقْبَلُ إِقْرَارَهُ بِهِ إِلَّا إِذَا بَدَأَ صَاحِبُ الْيَدِ بِالْإِقْرَارِ لِغَيْرِهِ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِتَسْلِيمِ الْقَاضِي إِلَيْهِ وَالْقَاضِي يُقَرُّ بِهِ لِغَيْرِهِ فَيَسْلَمُ إِلَى الْمُقَرَّرِ الْأَوَّلِ وَيَضْمَنُ الْمُقَرَّرُ قِيَمَتَهُ لِلْقَاضِي بِإِقْرَارِهِ الثَّانِي ، وَالْمَسْأَلَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ إِمَّا أَنْ يُقَرَّ بِأَنَّهُ سَلَّمَ إِلَيْهِ بَعْدَ مَا أَقَرَّ بِهِ لِغَيْرِهِ أَوْ يَنْكَرُ التَّسْلِيمَ فَحُكْمُهُمَا مَا ذَكَرْنَاهُ أَوْ يُقَرَّ بِأَنَّ الْمَعْزُولَ سَلَّمَ إِلَيْهِ ، ثُمَّ يُقَرَّ بِهِ لِغَيْرِهِ ، فَلَا يَقْبَلُ إِقْرَارُهُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَرَّ بِأَنَّ الْقَاضِي سَلَّمَ إِلَيْهِ صَارَ كَأَنَّهُ فِي يَدِ الْقَاضِي ، وَالرَّابِعُ أَنْ يُقَرَّ بِأَنَّ الْقَاضِي سَلَّمَ إِلَيْهِ ، ثُمَّ يَقُولُ لَا

أَدْرِي لِمَنْ هُوَ فَحُكْمُهُ ظَاهِرٌ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَقْضِي فِي الْمَسْجِدِ) وَكَذَلِكَ السُّلْطَانُ يَجْلِسُ لِلْحُكْمِ فِي الْمَسْجِدِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يَكْرَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَحْضُرُهُ الْمُشْرِكُ وَهُوَ نَجَسٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ } ، وَالْحَائِضُ وَهِيَ مَمْنُوعَةٌ مِنْ دُخُولِهِ وَلِأَنَّهُ بَنَى لِذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَلِلْإِقَامَةِ الصَّلَوَاتِ لِلْخُصُومَاتِ وَالْمُنَازَعَاتِ .

وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إِنَّمَا بُنِيَ الْمَسَاجِدُ لِذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَالْحُكْمِ } { وَكَانَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يُفْصِلُ الْخُصُومَاتِ فِي مُعْتَكِفِهِ } وَالْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ كَانُوا يَجْلِسُونَ لِلْحُكْمِ فِي الْمَسَاجِدِ وَلِأَنَّ الْحُكْمَ عِبَادَةٌ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ فَيَجُوزُ إِقَامَتُهَا فِي الْمَسْجِدِ كَالصَّلَوَاتِ وَلِأَنَّهُ أَبْعَدُ مِنَ الْإِشْتِبَاهِ عَلَى الْغُرَبَاءِ وَبَعْضِ الْمُتَمِيمِينَ وَأَبْعَدُ مِنَ التُّهْمَةِ فِي حَقِّ الْقَاضِي فَكَانَ أَوْلَى وَلَيْسَ فِي يَدَنِ الْمُشْرِكِ نَجَاسَةٌ ثَلُوثٌ وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي اعْتِقَادِهِ وَالْحَائِضُ نُجَبِرُ بِحَالِهَا ؛ لِأَنَّهَا مُسْلِمَةٌ فَيُخْرِجُ لَهَا الْقَاضِي كَمَا إِذَا كَانَتْ الْخُصُومَةُ عَلَى الدَّائِيَةِ

فَالْجَامِعُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ أَشْهَرُ وَأَسْهَلُ عَلَى النَّاسِ إِذَا كَانَ وَسَطَ الْبَلَدِ ، وَإِنْ كَانَ فِي الطَّرَفِ يَخْتَارُ مَسْجِدًا آخَرَ فِي وَسَطِ الْبَلَدَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَوْ فِي دَارِهِ) لِأَنَّ الْحُكْمَ عِبَادَةً لَا تَخْتَصُّ بِمَكَانٍ فَجَازَ أَنْ يَحْكُمَ فِي مَنْزِلِهِ فَإِذَا جَلَسَ لِلْحُكْمِ فِي مَنْزِلِهِ أَذِنَ لِلنَّاسِ بِالْدُّخُولِ عَلَيْهِ ، وَلَا يَمْنَعُ أَحَدًا مِنَ الدُّخُولِ فِيهِ وَيَجْلِسُ مَعَهُ مَنْ كَانَ يَجْلِسُ مَعَهُ فِي الْمَسْجِدِ ، ثُمَّ لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ فِي مَنْزِلِهِ فِي وَسَطِ الْبَلَدَةِ وَإِلَّا فَلْيَقْعُدْ فِي وَسَطِ الْبَلَدَةِ لِمَا ذَكَرْنَا فَحَاصِلُهُ أَنَّ الْجُلُوسَ لِلْحُكْمِ أَنْ يَكُونَ فِي أَشْهَرِ الْأَمَاكِنِ وَمَجَامِعِ النَّاسِ وَلَيْسَ فِيهِ حَاجِبٌ وَلَا بَوَاقٍ أَفْضَلُ ، وَلَوْ حَكَمَ فِي أَيِّ مَكَانٍ شَاءَ جَازَ ، وَلَا يَحْكُمُ وَهُوَ مَاشٍ لِأَنَّ الرَّأْيَ لَا يَجْتَمِعُ وَهُوَ مَشْعُولٌ بِالْمَشْيِ ، وَلَا بَأْسَ بَأَنْ يَقْعُدَ فِي الطَّرِيقِ إِذَا كَانَ لَا يُضَيِّقُ عَلَى الْمَارَّةِ ، وَلَا بَأْسَ بَأَنْ يَحْكُمَ وَهُوَ مُتَكَيٍّ ؛ لِأَنَّهُ يَزِيدُ فِي الرَّأْيِ لِرِزَادَةِ رَاحَةٍ فِيهِ ، وَلَكِنَّ الْقَضَاءَ مُسْتَوِي الْجُلُوسِ أَفْضَلُ تَعْظِيمًا لِأَمْرِ الْقَضَاءِ .

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ اسْتَفْتِيَ عَنْ مَسْأَلَةٍ وَهُوَ مُتَكَيٍّ فَاسْتَوَى وَارْتَدَى وَتَعَمَّمَ ، ثُمَّ أَفْتَى تَعْظِيمًا لِأَمْرِ الْفُتْيَا ، وَلَا يَجْلِسُ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُوْرِثُ التُّهْمَةَ ، وَإِنْ جَلَسَ وَحْدَهُ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ إِنْ كَانَ عَالِمًا بِالْقَضَاءِ ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَقْعُدَ مَعَهُ أَهْلُ الْعِلْمِ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمِنُ مِنْ أَنْ يَزِلَّ عَنْ الْحَقِّ فَيَنْبَهُونَهُ عَلَيْهِ وَيُجْلِسُهُمْ قَرِيبًا مِنْهُ لِلْمَشُورَةِ ، وَكَذَا أَهْلُ الْعَدْلِ لِلشَّهَادَةِ عَلَيْهِ بِخِلَافِ الْأَعْوَانِ حَيْثُ يَكُونُونَ بَعِيدًا عَنْهُ لَأَنَّهُمْ لِأَجْلِ الْهَيْبَةِ وَهُوَ أَهْيَبُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيُرَدُّ هَدِيَّةٌ إِلَّا مِنْ قَرِيبِهِ أَوْ مِمَّنْ حَرَتْ عَادَتُهُ بِذَلِكَ) لِأَنَّ الْأَوَّلَى صِلَةُ الرَّحِمِ وَرَدُّهَا قَطِيعَةٌ وَهِيَ حَرَامٌ وَالْمُرَادُ بِالْقَرِيبِ هُوَ ذُو الرَّحِمِ الْمَحْرَمُ ، وَالثَّانِيَةُ لَيْسَتْ لِأَجْلِ الْقَضَاءِ وَإِنَّمَا هِيَ جَرِيٌّ عَلَى الْعَادَةِ ، فَلَا يُتَوَهَّمُ فِيهِمَا الرِّشْوَةُ حَتَّى لَوْ كَانَ لِهَمَا خُصُومَةٌ أَوْ زَادَ عَلَى الْعَادَةِ يَرُدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ لِأَجْلِ الْقَضَاءِ فَيَكُونُ مِنَ الْعُلُولِ كَغَيْرِهِمَا مِنَ الْهَدَايَا ؛ لِأَنَّهُمَا تُشْبِهُ الرِّشْوَةَ فَيَتَجَنَّبُ عَنْهَا وَعَلَى هَذَا كَانَتْ الصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَدَعْوَةٌ خَاصَّةٌ) أَيُّ لَا يَحْضُرُ دَعْوَةً خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُمَا جُعِلَتْ لِأَجْلِهِ وَالْخَاصَّةُ هِيَ الَّتِي لَا يَتَّخِذُهَا صَاحِبُهَا لَوْ لَا حُضُورُ الْقَاضِي وَقِيلَ كُلُّ دَعْوَةٍ أُتِّخِذَتْ

فِي غَيْرِ الْعُرْسِ وَالْخَتَانِ فَهِيَ خَاصَّةٌ وَلَمْ يَفْصَلْ فِي الْخَاصَّةِ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ مِنَ الْقَرِيبِ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ وَيَبْنِي مَا إِذَا جَرَتْ لَهُ عَادَةٌ بِهَا أَوْ لَمْ تَجْرِ وَقَالَ فِي الْكَافِي ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَ الْقَاضِي وَبَيْنَ الْمُضِيفِ قَرَابَةً يُجِيبُهُ فِي الدَّعْوَةِ الْخَاصَّةِ ؛ لِأَنَّ إِجَابَةَ دَعْوَتِهِ صِلَةُ الرَّحِمِ . قَالَ كَذَا ذَكَرَهُ الْخَصَافُ بِلَا خِلَافٍ وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لَا يُجِيبُ الدَّعْوَةَ الْخَاصَّةَ لِلْقَرِيبِ وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يُجِيبُ وَإِنَّمَا لَا يُجِيبُ الدَّعْوَةَ الْخَاصَّةَ لِلْأَجَنِيِّ إِذَا لَمْ يَتَّخِذْ الدَّعْوَةَ لِأَجْلِهِ قَبْلَ الْقَضَاءِ فَعَلَى هَذَا لَا فَرْقَ بَيْنَ الْهَدِيَّةِ وَهُوَ الْفِيَّاسُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَشْهَدُ الْجَنَازَةَ وَيَعُودُ الْمَرِيضَ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لِلْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ سِتَّةٌ حُقُوقٌ : إِذَا دَعَاهُ أَنْ يُجِيبَهُ وَإِذَا مَرَضَ أَنْ يَعُودَهُ وَإِذَا مَاتَ أَنْ يَحْضُرَهُ وَإِذَا لَقِيَهُ أَنْ يُسَلِّمَ عَلَيْهِ وَإِذَا اسْتَنْصَحَهُ أَنْ يَنْصَحَهُ وَإِذَا عَطَسَ أَنْ يُشَمِّتَهُ } وَحَقُّ الْمُسْلِمِ لَا يَسْقُطُ بِالْقَضَاءِ لَكِنْ لَا يُطِيلُ مَكْنَهُ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ ، وَإِنْ كَانَ لِلْمَرِيضِ خُصُومَةٌ مَعَ أَحَدٍ لَا يَعُودُهُ .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَيَجُوزُ تَقْلُدُ الْقَضَاءِ مِنَ السُّلْطَانِ الْعَادِلِ وَالْجَائِرِ (قَالَ الْأَثْقَانِيُّ وَإِنْ كَانَ قَاضِي الْخَوَارِجِ مِنْ أَهْلِ الْجَمَاعَةِ وَالْعَدْلُ فَقَضَى ، ثُمَّ رَفَعَ إِلَى قَاضِي الْعَدْلِ أَمْضَاهُ وَيَجُوزُ قَضَاؤُهُ بَيْنَ النَّاسِ ؛ لِأَنَّ شَرْيَحًا كَانَ يَتَوَلَّى الْقَضَاءَ مِنْ جِهَةِ مُعَاوِيَةَ وَمَنْ بَعْدَهُ مِنْ بَنِي أُمَيَّةٍ وَكَانُوا خَارِجِينَ عَلَى إِمَامِ الْحَقِّ وَلَمْ يُرَوْ عَنْ أَحَدٍ مِنَ أَهْلِ الْحَقِّ أَنَّهُ فَسَخَ قَضَاءَهُ ، وَكَذَلِكَ غَيْرُ شَرْيَحٍ تَوَلَّوْا لَهُمْ وَلَمْ يُرَوْ عَنْ أَحَدٍ مِنَ الْأَئِمَّةِ نَقْضَ قَضَائِهِمْ فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْقَاضِي إِذَا كَانَ عَادِلًا فِي نَفْسِهِ لَا يُعْتَبَرُ فِسْقُ مَنْ وَلَّاهُ .

قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ الْحَقُّ بِيَدِ عَلِيٍّ إِنْخِ

قَالَ فِي الْهَدَايَةِ وَالْحَقُّ كَانَ بِيَدِ عَلِيٍّ فِي نَوْبَتِهِ قَالَ الْأَثْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِنَوْبَتِهِ احْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ الرَّوَافِضِ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ فَالْحَقُّ كَانَ بِيَدِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي نَوْبَةِ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ وَعُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ ، وَهَذَا مُخَالَفٌ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى { وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ } وَهَذَا لِأَنَّ خِلَافَتَهُمْ انْعَقَدَ عَلَيْهَا إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُرَوْ عَنْ عَلِيٍّ خِلَافُ ذَلِكَ

قَوْلُهُ إِنَّا إِذَا كَانَ

هَذَا اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ يَجُوزُ تَقْلُدُ الْقَضَاءِ مِنَ السُّلْطَانِ الْحَائِرِ .

قَوْلُهُ فَإِنْ حَضَرَ وَإِلَّا فَبِي رَأْيِ الْقَاضِي أَنْ يُطْلَقَهُ

مِنْ كَلَامِ الْمُنَادِي .

قَوْلُهُ أَنْ يُطْلَقَهُ

أَيُّ يُنَادِي كَذَلِكَ أَيَّامًا .

رَازِي

قَوْلُهُ وَإِلَّا أَخَذَ مِنْهُ كَفِيلًا

أَيُّ بِنَفْسِهِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ لَهُ خَصْمٌ غَائِبٌ يَحْضُرُ وَيَدَّعِي عَلَيْهِ قَالَ الْأَثْقَانِيُّ وَإِنْ قَالَ لَا كَفِيلَ لِي أَوَّلًا أُعْطِيَ كَفِيلًا فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَى شَيْءٍ نَادَى عَلَيْهِ شَهْرًا ، ثُمَّ تَرَكَهُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ إِعْطَاءُ الْكَفِيلِ ، وَإِنَّمَا طَلَبُهُ الْقَاضِي بِهِ احْتِيَاظًا فَإِنْ لَمْ يُعْطِهِ وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْتَاطَ بِنَوْعٍ آخَرَ فَيُنَادِي عَلَيْهِ شَهْرًا ، فَإِذَا مَضَى الْمُدَّةُ أَطْلَقَهُ قَوْلُهُ وَالْقَاضِي يُفَرِّقُ بِهِ لِعِيره (أَيُّ لِرَجُلٍ آخَرَ غَيْرِ الَّذِي أَفَرَّقَ بِهِ الْأَمِينُ) .

قَوْلُهُ وَيَضْمَنُ الْمُقَرَّرُ قِيمَتَهُ لِلْقَاضِي بِإِقْرَارِهِ الثَّانِي

أَيُّ وَيُسَلِّمُ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ مِنْ جِهَةِ الْقَاضِي كَذَا فِي بَعْضِ نُسَخِ الْهَدَايَةِ ، وَكَذَا ذَكَرَ ابْنُ الْهَمَامِ .

قوله فحكمه ظاهر

أي وهو كونه لمن أقر له المعزول .

قوله فحاصله أن الجلوس للحكم أن يكون الخ

قوله أن يكون في تأويل مصدر على أنه مبتدأ خبره قوله بعد أفضل أي كونه في أشهر الأماكن أفضل والجملة من المبتدأ والخبر في محل رفع خبر أن وأن واسمها وخبرها في محل رفع خبر قوله فحاصله والله الموفق

قوله في المتن ودعوة خاصة

الدعوة بفتح الدال الضيافة عند جمهور العرب وتيم الرباب تكسر دالها وذكرها قطرب بالضم وغلطوه تحريز . قال رحمه الله (ويسوي بينهما جلوسا وإقبالا) أي يسوي بين الخصمين في الجلوس لقوله عليه الصلاة والسلام { إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهما في المجلس والإشارة والتظير } ولأنه إذا قدم أحدهما يجترئ على خصمه وتكسر همة صاحبه فيؤدي ذلك إلى ترك حقه ويتبع للخصمين إذا حضرا بين يدي القاضي أن يجنوا بين يديه ، ولا يترعان ، ولا يفعلان ، ولا يحتبيان ، وإن فعلا ذلك منعاً تعظيماً لأمر الحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيماً له ويكون بينهما وبين القاضي قدر ذراعين أو نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف بإصغاء أو رفع صوت ، ولا يفعد أحدهما من جانب اليمين والآخر من اليسار ؛ لأن جانب اليمين أفضل فيكون تقدماً له على صاحبه يفعل ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب عليه أن يسوي فيه بين الأب والابن وبين الخليفة والرعية وبين الدني والشريف وهذا دليل على أن للقاضي أن يقضي على الملك الذي ولأه القضاء ، وكذا فعل شريح رضي الله تعالى عنه بعلي مع خصمه ، وأحد من الرعية وعلي خليفة فإذا سوى بينهما في الفعل فلا حرج عليه فيما يجده في قلبه من الميل إلى أحدهما بعد أن حكم بينهما بالحق ؛ لأن ذلك لا قدرة له عليه كما في القسم بين نسائه .

قال رحمه الله (ولينق عن مسارة أحدهما وإشارته وتلقين حجه وضيافته) أي يجتنب هذه الأشياء ؛ لأن فيه ثمة ومكسرة لقلب الآخر ، ولو أضافهما جملة ، فلا بأس لوجود التسوية بينهما قال رحمه

الله (والمزاح) أي يجتنب المزاح مطلقاً معهما أو مع أحدهما أو مع غيرهما في مجلس الحكم ، ولا يكثر في غيره ؛ لأنه يذهب بالمهابة فحاصله أنه لا يكلمهما بغير ما تقدم إليه لأجله فإن ذلك يذهب حشمة مجلس القضاء فإذا حضرا فهو بالخيار إن شاء بدأهما بالكلام فقال ما لكما ، وإن شاء تركهما حتى يبدآه بالمنطق وهو أحسن كي لا يكون مهيجاً للخصومة ؛ لأنه قد لقطعها وإذا تكلم المدعي أسكت الآخر واستمع حتى يفهم ما يقول فإذا فرغ الدعوى أمره بالسكوت واستنطق الآخر إذا طلب المدعي ذلك وقيل من غير طلبه ؛ لأنهما إذا تكلمتا جملة لا يتمكن من الفهم هذا إذا كانت دعواه صحيحة ، وإن لم تكن صحيحة قال له قم فصحح دعواك لأن الجواب لا يستحق إلا بعد تصحيح الدعوى فإذا صحت وأنكر المدعى عليه سألته البينة ، فإن عجز عنها استخلف المدعى عليه إن طلب المدعي يمينه ويرتب الناس في الفصل على ترتيب مجيئهم فيبدأ بالسابق فالسابق ويجعل في ذلك أمينا يخبره ، ولا يجمع بين النساء والرجال في رزمة بل يجعل الرجال ناحية والنساء ناحية إلا إذا كان لأحدهما على الآخر دعوى فيجلسان بين يديه وقت الدعوى .

قال رحمه الله (وتلقين الشاهد) أي يجتنب تلقين الشاهد أيضاً ؛ لأن فيه إغانة لأحد الخصمين فيوهم الميل إليه فيكون فيه كسر قلب الآخر فصار كتلقين أحد الخصمين واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة ؛ لأنه قد يحصر وقد يقول أعلم مكان قوله أشهد لمهابة المجلس

فَكَانَ فِي تَلْقِينِهِ إِحْيَاءَ الْحَقِّ ، وَلَا تُهْمَةٌ فِي مِنْهُ فَكَانَ مِنْ بَابِ التَّعَاوُنِ عَلَى الْبِرِّ كِإِشْخَاصِ الْعَرِيمِ وَتَكْفِيلِهِ وَحِيلُولَتِهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَشْغَالِهِ قَبْلَ ثُبُوتِ الْحَقِّ عَلَيْهِ وَهَذَا نَوْعٌ رُحْصَةٌ عِنْدَهُ رَجَعَ إِلَيْهِ بَعْدَ مَا تَوَلَّى الْقَضَاءَ وَالْعَزِيمَةَ فِيمَا قَالَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو عَنْ نَوْعِ تُهْمَةٍ .

الشرح

قَوْلُهُ وَيُسَوِّي بَيْنَهُمَا جُلُوسًا وَإِقْبَالًا (قَوْلُهُ وَإِقْبَالًا سَاقِطٌ فِي حَظِّ الشَّارِحِ ، وَلَكِنْ ثَابِتٌ فِي نُسْخِ الْمَتْنِ ، وَهُوَ مُلْحَقٌ لَا بُدَّ مِنْهُ

قوله الدني

يَعْنِي الدَّمِيَّ كَذَا فِي شَرْحِ الْعَيْنِي

قوله وإشارته

أَيَّ بِيَدِهِ أَوْ عَيْنِهِ أَوْ حَاجِبِهِ

قوله واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة

أَيَّ كَمَا إِذَا تَرَكَ الشَّاهِدُ لَفْظَ الشَّهَادَةِ مَثَلًا أَمَّا فِي مَوْضِعِ التُّهْمَةِ ، فَلَا كَمَا إِذَا ادَّعَى الْمُدَّعِي أَلْفًا وَخَمْسِمِائَةً فَشَهِدَ الشَّاهِدُ بِالْأَلْفِ فَلَقْنَاهُ الْقَاضِي بِقَوْلِهِ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَبْرَأَهُ عَنْ خَمْسِمِائَةٍ فَتَلَقَّنَ الشَّاهِدُ ذَلِكَ وَوُفَّقَ .

(فَصْلٌ فِي الْحَبْسِ) وَلَمَّا كَانَ بَعْضُ النَّاسِ يَسْتَحِقُّ الْعُقُوبَةَ بِسَبَبِ دَعَارَتِهِ ، وَالْحَبْسُ يَصْلُحُ لِلْعُقُوبَةِ ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ وَجَعَلَهُ مِنْ جُمْلَتِهِ وَهُوَ مَشْرُوعٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى فِي قُطَاعِ الطَّرِيقِ { أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ } وَالْمُرَادُ بِهِ الْحَبْسُ ، وَأَمَّا السُّنَّةُ ؛ فَلَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { حَبَسَ رَجُلًا بِالتُّهْمَةِ وَحَبَسَ رَجُلًا آخَرَ مِنْ جُهْنَةِ أَعْتَقَ شَقِصًا لَهُ فِي مَمْلُوكٍ } ، وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ ؛ فَلِأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ وَمَنْ بَعْدَهُمْ أَجْمَعُوا عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَزَمَنِ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ وَعُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ لَمْ يَكُنْ سِجْنٌ وَكَانَ يُحْبَسُ فِي الْمَسْجِدِ وَالْدَّهْلِيزِ وَبِالرِّبْطِ وَلَمَّا كَانَ فِي زَمَنِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ بَنَى السِّجْنَ وَكَانَ هُوَ أَوَّلَ مَنْ بَنَاهُ فِي الْإِسْلَامِ وَسَمَّى السِّجْنَ نَافِعًا وَلَمْ يَكُنْ حَصِينًا فَانْقَلَتِ النَّاسُ مِنْهُ وَبَنَى سِجْنًا آخَرَ وَسَمَّاهُ مُخَيَّسًا وَقَالَ فِيهِ شِعْرًا أَلَا تَرَانِي كَيْسًا مُكَيَّسًا بَنَيْتَ بَعْدَ نَافِعٍ مُخَيَّسًا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِذَا ثَبَتَ الْحَقُّ لِلْمُدَّعِي أَمْرُهُ بِدَفْعِ مَا عَلَيْهِ ، فَإِنْ أَبَى حَبَسَهُ فِي الثَّمَنِ وَالْقَرْضِ وَالْمَهْرِ الْمُعَجَّلِ وَمَا التَّزَمَهُ بِالْكَفَالَةِ) مَعْنَاهُ يَحْبِسُهُ فِي كُلِّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بَدَلًا عَنْ مَالٍ حَصَلَ فِي يَدِهِ أَوْ التَّزَمَهُ بِعَقْدٍ إِذَا طَلَبَ الْمُدَّعِي حَبْسَهُ بَعْدَ إِبَائِهِ مِنَ الدَّفْعِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ بِالْإِبَاءِ ظَهَرَ مَطْلُهُ وَبِالْمَالِ الَّذِي حَصَلَ فِي يَدِهِ أَوْ التَّزَمَهُ بِعَقْدٍ بِاخْتِيَارِهِ ظَهَرَتْ قُدْرَتُهُ ؛ لِأَنَّا تَيَقَّنَّا بِحُصُولِ الْمَالِ لَهُ وَالظَّاهِرُ بِقَاوُذِهِ بِالتَّقَلُّبِ فِيهِ ، وَكَذَا لَا يَلْتَزِمُ الْإِنْسَانُ بِاخْتِيَارِهِ مَالًا يَقْدِرُ عَلَيْهِ عَادَةً فَإِذَا ظَهَرَ مَطْلُهُ مَعَ الْقُدْرَةِ

وَهُوَ ظُلْمٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { مَطْلُ الْعَيْنِي ظُلْمٌ } اسْتَحَقَّ الْعُقُوبَةَ ، ثُمَّ شَرَطَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ الْإِبَاءَ بَعْدَ أَمْرِهِ وَلَمْ يَفْصِلْ بَيْنَ مَا إِذَا ثَبَتَ الْحَقُّ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ أَوْ إِقْرَارٌ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا فِي الْهَدَايَةِ فَقَالَ إِذَا ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ يَحْبِسُهُ كَمَا ثَبَتَ لظُهُورِ الْمَطْلِ بِإِكْرَارِهِ ، وَإِنْ ثَبَتَ بِإِقْرَارِهِ لَمْ يُعَجَّلْ بِحَبْسِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْرِفْ كَوْنَهُ مُمَاطِلًا فِي أَوَّلِ الْوَهْلَةِ ؛ فَلَعَلَّهُ طَمَعٌ فِي الْإِمْهَالِ فَلَمْ يَسْتَصْحِبْ الْمَالَ إِذَا امْتَنَعَ بَعْدَ ذَلِكَ حَبْسَهُ لظُهُورِ مَطْلِهِ ، وَمِثْلُهُ حُكْمِي عَنْ الصَّدْرِ الشَّهِيدِ وَالْمَحْكِيِّ عَنْ شَمْسِ الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيِّ عَكْسُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ يَعْتَذِرُ فَيَقُولُ مَا عَلِمْتُ أَنْ لَهُ عَلَيَّ دَيْنًا إِلَّا السَّاعَةَ فَإِذَا عَلِمْتُ قَضَيْتُ ، وَلَا يَتَأَتَّى ذَلِكَ فِي الْإِقْرَارِ وَالْأَحْسَنُ مَا ذَكَرَهُ هُنَا فَإِنَّهُ يُؤْمَرُ بِالْإِبَاءِ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّهُ

يَحْتَمِلُ أَنْ يُؤْفَى فَلَمْ يُعْجَلْ بِحَبْسِهِ قَبْلَ أَنْ يَتَبَيَّنَ لَهُ حَالُهُ بِالْأَمْرِ وَالْمُطَالَبَةِ بِذَلِكَ وَالصَّوَابُ لَا يَحْبِسُهُ فِيمَا إِذَا طَلَبَ الْمُدْعَى ذَلِكَ حَتَّى يَسْأَلَهُ ، فَإِنْ أَقَرَّ أَنْ لَهُ مَالًا أَمَرَهُ بِالْدَّفْعِ ، فَإِنْ أَبَى حَبْسَهُ لِيُظْهِرَ مَطْلَهُ ، وَإِنْ أَنْكَرَ الْمَالَ وَالْمُدْعَى يَقُولُ لَهُ مَالٌ فَالْقَاضِي يَقُولُ لِلْمُدْعَى أَلَمْ يَبَيِّنْ أَنْ لَهُ مَالًا ؟ فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ لَهُ مَالًا أَمَرَهُ بِالْدَّفْعِ ، فَإِنْ أَبَى حَبْسَهُ ، وَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْبَيِّنَةِ وَالْمُدْعَى يَدَّعِي أَنْ لَهُ مَالًا وَهُوَ يُنْكِرُ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُدْعَى فِيمَا ذُكِرَ فِي الْمُخْتَصَرِ مِنَ الدِّيُونِ وَهُوَ كُلُّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بَدَلًا عَنْ مَالٍ حَصَلَ فِي يَدِهِ أَوْ التَّزَمَهُ بِعَقْدٍ فَيَحْبِسُهُ بِهِ لِمَا ذَكَرْنَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَا فِي غَيْرِهِ إِنْ ادَّعَى الْفَقْرَ إِلَّا أَنْ يُثْبِتَ غَرِيمُهُ غَنَاهُ فَيَحْبِسُهُ بِمَا رَأَى)

أَيُّ لَا يَحْبِسُهُ فِي غَيْرِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الدِّيُونِ ، وَذَلِكَ مِثْلُ أَرْوَشِ الْجِنَايَاتِ وَدِّيُونِ التَّفَقَّاتِ وَضَمَانِ الْإِعْتَاقِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا لَيْسَ بِبَدَلٍ مَالٍ ، وَلَا مُتَزَمٍ بِعَقْدٍ إِنْ ادَّعَى الْفَقْرَ إِلَّا أَنْ يُثْبِتَ الْمُدْعَى الْمَالَ بِالْبَيِّنَةِ فَيَحْبِسُهُ بِقَدْرِ مَا يَرَى ؛ لِأَنَّ الْمُنْكَرَ مُتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ إِذَا الْأَصْلُ أَنَّ الْأَدْمَى يُولَدُ فَقِيرًا لَا مَالَ لَهُ وَالْمُدْعَى يَدَّعِي أَمْرًا عَارِضًا فَكَانَ الْقَوْلُ لِصَاحِبِهِ مَعَ يَمِينِهِ مَا لَمْ يَكْذِبْهُ الظَّاهِرُ إِلَّا أَنْ يُثْبِتَ الْمُدْعَى بِالْبَيِّنَةِ أَنَّ لَهُ مَالًا يَخِلَافُ الْفَصْلَ الْمُتَقَدِّمَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يُكْذِبُهُ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ فِيهِ حَصَلَ فِي يَدِهِ ، وَلَا يَلْتَزِمُ الْإِنْسَانُ عَادَةً مَا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ فَظَهَرَ غَنَاهُ بِذَلِكَ وَالْمُرَادُ بِالْمَهْرِ الْمُعْجَلُ الَّذِي يُحْبَسُ فِيهِ مَا تُعَوِّفُ تَعَجُّلُهُ وَالزَّائِدُ عَلَيْهِ لَا يُحْبَسُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ جَرَى فِيهِ التَّسَامُحُ بِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ ، وَإِنْ كَانَ حَالًا ، فَلَا يَدُلُّ دُخُولُهُ فِي الْعَقْدِ عَلَى أَنَّهُ قَادِرٌ عَلَيْهِ وَاخْتَارَ الْخَصَافُ أَنَّ الْقَوْلَ لِلْمَدِينِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِأَنَّهُ مُتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ وَهُوَ الْعُسْرَةُ وَالْمُدْعَى يَدَّعِي عَارِضًا ، فَلَا يُسْمَعُ قَوْلُهُ وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ أَصْحَابِنَا وَاخْتَارَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الثَّلْجِيُّ أَنَّ كُلَّ دَيْنٍ أَصْلُهُ مَالٌ كَتَمَنِ الْمَبِيعِ وَبَدَلَ الْقَرْضِ فَالْقَوْلُ فِيهِ قَوْلُ الْمُدْعَى لِأَنَّهُ دَخَلَ فِيهِ مِلْكُهُ مَالٌ وَعَرِفَتْ قُدْرَتُهُ بِذَلِكَ وَالْمُنْكَرُ يَدَّعِي خِلَافَ ذَلِكَ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ وَكُلُّ دَيْنٍ لَمْ يَكُنْ أَصْلُهُ مَالًا كَالْمَهْرِ وَبَدَلَ الْخُلْعِ وَمَا أَشَبَّهُ ذَلِكَ كَانَ الْقَوْلُ فِيهِ قَوْلُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ شَيْءٌ فِيهِ مِلْكُهُ وَلَمْ يَعْرِفْ غَنَاهُ فَكَانَ مُتَمَسِّكًا بِالْأَصْلِ وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ مَا كَانَ سَبِيلُهُ سَبِيلَ الْبِرِّ وَالصَّلَةِ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ كَمَا فِي نَفَقَةِ الْمَحَارِمِ وَنَحْوِهِ وَفِيمَا سِوَى ذَلِكَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدْعَى ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ كُلُّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بِمُعَاقَدَتِهِ كَانَ الْقَوْلُ فِيهِ قَوْلُ الْمُدْعَى إِذْ لَا يَلْتَزِمُ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ وَإِلَّا فَالْقَوْلُ لِلْمُنْكَرِ لِمَتَسَّكِهِ بِالْأَصْلِ وَذَكَرَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا ادَّعَتْ أَنَّ الزَّوْجَ مُوسِرٌ وَطَلَبَتْ نَفَقَةَ الْمُسَوِّرَاتِ وَادَّعَى هُوَ الْفَقْرَ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الْعَتَاقِ أَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا اعْتَقَ الْعَبْدَ الْمُشْتَرَكَ وَزَعَمَ أَنَّهُ مُعْسِرٌ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ وَهَاتَانِ الْمَسْأَلَتَانِ تَخْرُجَانِ عَلَى الْأَقْوَالِ كُلِّهَا ، وَلَا تُخَالِفَانِ شَيْئًا مِنْهَا فَيَكُونُ الْقَوْلُ فِيهِمَا قَوْلَ الْمُنْكَرِ بِاتِّفَاقِ الْأَقَاوِيلِ ، وَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ الْبُلْخِيُّ بِحُكْمِ الرَّيِّ فَإِذَا كَانَتْ هَيْئَتُهُ هَيْئَةَ الْفُقَرَاءِ يَعْنِي الْمَدِينِ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَإِنْ كَانَتْ هَيْئَتُهُ هَيْئَةَ الْأَغْنِيَاءِ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُدْعَى إِلَّا إِذَا كَانَ مِنَ الْفُقَهَاءِ وَالْأَشْرَافِ وَالْعَبَاسِيَّةِ فَإِنَّهُمْ يَتَكَلَّفُونَ فِي الثُّبُسِ ، فَلَا يَدُلُّ عَلَى غَنَاهُمْ وَقَوْلُهُ يَحْبِسُهُ بِمَا رَأَى أَيُّ يَحْبِسُهُ قَدْرَ مَا يَرَى يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُدْعَى أَوْ فِي غَيْرِهِ ، وَلَكِنَّ الْمُدْعَى أَثْبَتَ الْمَالَ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِنُكُولِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ أَوْ بِإِفْرَارِهِ وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَيْسَ لِحَبْسِهِ مُدَّةٌ مُقَدَّرَةٌ وَإِنَّمَا هُوَ مُقَوَّضٌ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي يَحْبِسُهُ حَتَّى يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَأُظْهِرَهُ وَلَمْ يَصْبِرْ عَلَى مُقَاسَاةِ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الشَّخْصِ وَالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ وَالْمَالِ ، فَلَا مَعْنَى لِتَقْدِيرِهِ وَمَا جَاءَ فِيهِ مِنَ التَّقْدِيرِ بِشَهْرَيْنِ أَوْ ثَلَاثٍ أَوْ أَقَلٍّ أَوْ أَكْثَرَ اتِّفَاقِيٍّ وَلَيْسَ بِتَقْدِيرٍ حَقًّا .

الشرح

(فصل في الحبس)

قوله وحبس رجلا آخر من جهينة أعتق شقصا الخ

لَعَلَّهُ يُشِيرُ إِلَى مَا أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي سُنَنِهِ مِنْ حَدِيثِ أَبِي مُجَرَّلٍ وَلَيْسَ بِصَحَابِيٍّ بَلْ تَابِعِيٍّ وَاسْمُهُ لَاحِقُ بْنُ حُمَيْدٍ أَنَّ { عَبْدًا كَانَ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدَهُمَا نَصِيْبَهُ فَحَبَسَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَتَّى بَاعَ غَنِيمَةً لَهُ } فَهُوَ مُرْسَلٌ وَيُمْكِنُ فِي وَجْهِ حَبْسِهِ أَنْ يُقَالَ إِنَّهُ

لَزِمَهُ ضَمَانٌ مَا أَتْلَفَهُ فَلَمْ يُعْطِهِ فَحَبَسَهُ حَتَّى بَاعَ غَنِيمَةً لَهُ وَدَفَعَ قِيمَةَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ
قَوْلُهُ مُخَيَّسًا (ذَكَرَهُ فِي الْمُعْرَبِ فِي بَابِ الْخَاءِ الْمُعْجَمَةِ مَعَ الْيَاءِ آخِرِ الْحُرُوفِ قَالَ الْجَوْهَرِيُّ وَخَيَّسَهُ تَخَيَّسًا أَيِ ذَلَّلَهُ وَمِنْهُ الْمُخَيَّسُ ،
وَهُوَ اسْمٌ سَجَنٍ كَانَ بِالْعِرَاقِ أَيِ مَوْضِعِ التَّدْلِيلِ وَكُلُّ سَجَنٍ مُخَيَّسٌ وَمُخَيَّسٌ أَيْضًا

قَوْلُهُ وَقَالَ فِيهِ شِعْرًا

أَيِ عَلَيَّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

قَوْلُهُ فِي الشَّعْرِ أَلَا تَرَانِي الْخ

أَنْشَدَهُ فِي الصَّحَاحِ أَمَا تَرَانِي فِي مَوْضِعَيْنِ فِي (خيس) وَ (كيس) وَلَمْ يَعْرِهُ لِأَحَدٍ .

قَوْلُهُ فِي الشَّعْرِ أَيْضًا مُكَيَّسًا

قَالَ فِي الْمُعْرَبِ فِي الْكَافِ مَعَ الْيَاءِ الْكَيْسُ الظُّرْفُ وَحُسْنُ التَّائِي فِي الْأُمُورِ وَرَجُلٌ كَيْسٌ مِنْ قَوْمٍ أَكْيَاسٍ وَالْمُكَيَّسُ الْمَنْسُوبُ إِلَى
الْكِيَّاسَةِ وَقَالَ فِي الصَّحَاحِ وَالرَّجُلُ كَيْسٌ مُكَيَّسٌ أَيِ ظَرِيفٌ

قَوْلُهُ فِي الشَّعْرِ أَيْضًا بَنَيْتَ بَعْدَ نَافِعٍ مُخَيَّسًا

بَعْدَ هَذَا كَلَامٌ لَيْسَ فِي خَطِّ الشَّارِحِ ، وَهُوَ بَابًا حَصِينًا وَأَمِينًا كَيْسًا قَوْلُهُ وَأَمِينًا أَيِ وَنَصَبْتَ أَمِينًا يَعْنِي السَّجَانَ

قَوْلُهُ وَلَا يَتَأْتِي ذَلِكَ فِي الْبَاقِرِ ،

أَيِ لِأَنَّهُ كَانَ عَالِمًا بِالذِّينِ وَلَمْ يَقْضِهِ حَتَّى أُخَوِّجَهُ إِلَى شَكْوَاهُ .

قَوْلُهُ حَتَّى يَسْأَلَهُ

أَيِ يَسْأَلُ الْقَاضِيَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَلَاكَ مَالٌ ؟

قَوْلُهُ وَدَيُون

(التَّفَقَّاتِ)

أَيِ لَا يُحْبَسُ فِي دَيُونِ نَفَقَةِ الزَّوْجَاتِ إِنْ ادَّعَى الْفَقْرَ وَالْمُرَادُ التَّفَقُّةُ الْمُقْضِيُ بِهَا أَوْ الَّتِي تَرَاضِيَا عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ التَّفَقَّةَ لَا تَصِيرُ دَيْنًا إِلَّا بِذَلِكَ
وَفُهُمْ مِنْ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ إِنْ ادَّعَى الْفَقْرَ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَدَّعِ الْفَقْرَ يُحْبَسُ كَمَا لَوْ أَثْبَتَ غَرْمَهُ عَنْهُ كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ فِي الْمَتْنِ أَمَّا التَّفَقُّةُ الْمَاضِيَةُ مِنْ
غَيْرِ فَرْضٍ وَتَقْدِيرٍ فَلَا حَبْسَ فِيهَا مُطْلَقًا نَعَمْ يُحْبَسُ الرَّجُلُ فِي نَفَقَةِ زَوْجَتِهِ الْحَاضِرَةِ إِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا كَمَا سَيَجِيءُ مَتْنًا وَشَرْحًا
فَإِنْ قُلْتُ : قَوْلُ الشَّارِحِ فِيمَا سَبَّأْتِي فِي قَوْلِهِ بِخِلَافِ التَّفَقُّةِ الْمَاضِيَةِ فَإِنَّهَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ وَإِنْ لَمْ تَسْقُطْ بِأَنَّ حَكَمَ الْحَاكِمِ بِهَا أَوْ
اصْطَلَحَ الزَّوْجَانِ عَلَيْهَا فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِبَدَلٍ عَنْ مَالٍ وَلَا لَزِمَتْهُ بَعْدُ عَلَى مَا بَيَّنَّا ظَاهِرٌ فِي أَنَّهُ لَا يُحْبَسُ فِي التَّفَقَّةِ الَّتِي قُضِيَ بِهَا أَوْ تَرَاضِيَا

عَلَيْهَا قُلْتُ : هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا ادَّعَى الْفَقْرَ تَوْفِيقًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا ذُكِرَ هُنَا إِذْ لَوْ لَمْ يُحْمَلْ وَفُهُمَ عَلَى إِطْلَاقِهِ مِنْ عَدَمِ الْحَبْسِ لَنَاقَضَ قَوْلُهُ لَا فِي غَيْرِهِ إِنْ ادَّعَى الْفَقْرَ ، وَقَدْ قَالَ فِي الظَّهْرِيَّةِ وَإِذَا فَرَضَ الْقَاضِي التَّفَقُّةَ وَلَمْ يُعْطِهَا وَقَدَّمَتْهُ إِلَى الْقَاضِي مِرَارًا وَلَمْ يَنْجَعْ نَصْحُ الْقَاضِي فِيهِ ؛ حَبْسَهُ فَهَذَا كَمَا تَرَى صَرِيحٌ فِي الْحَبْسِ فِي الْمَقْضِيِّ بِهَا لَكِنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَدَّعِ الْفَقْرَ أَوْ ادَّعَاهُ وَعَلِمَ الْقَاضِي يَسَارَهُ وَقَالَ الْإِمَامُ الْبَيْهَقِيُّ فِي الْكِفَايَةِ امْتَنَعَ عَنِ التَّفَقُّةِ بَعْدَ الْفَرَضِ لَمْ يَحْبِسْهُ أَوَّلَ مَرَّةٍ بَلْ يُخْبِرُهُ بِالْحَبْسِ إِنْ لَمْ يَدْفَعْ كَذَا بِخَطِّ الشَّيْخِ الشَّلْبِيِّ

قوله الثلجي

هُوَ مُحَمَّدُ بْنُ شُجَاعٍ صَاحِبِ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ) أَيُّ الْقَاضِي يَسْأَلُ عَنِ الْمَحْبُوسِ بَعْدَ مَا حَبَسَهُ قَدَرٌ مَا يَرَاهُ فَإِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى إِعْسَارِهِ أَخْرَجَهُ مِنَ الْحَبْسِ ، وَلَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى لَفْظِ الشَّهَادَةِ ، وَالْعَدْلُ الْوَاحِدُ يَكْفِي فِي هَذَا وَالْأَثَانِ أَحْوَطٌ وَكَيْفِيَّتُهُ أَنْ يَقُولَ الشَّاهِدُ إِنَّ حَالَ الْمُعْسَرِينَ فِي تَفَقُّهِهِ وَكِسْوَتِهِ وَحَالَهُ ضَيْقَةً وَقَدْ اخْتَبَرْنَا فِي السَّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ ، وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا السُّؤَالُ مِنَ الْقَاضِي عَنْ حَالِ الْمَدْيُونِ بَعْدَ مَا حَبَسَهُ احْتِيَاظٌ وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ ؛ لَأَنَّ الشَّهَادَةَ بِالْإِعْسَارِ شَهَادَةٌ بِالتَّفَقُّعِ وَالشَّهَادَةُ بِالتَّفَقُّعِ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ فَكَانَ لِلْقَاضِي أَنْ لَا يَسْأَلَ وَيَعْمَلَ بِرَأْيِهِ ، وَلَكِنْ لَوْ سَأَلَ مَعَ هَذَا كَانَ أَحْوَطَ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ خَلَاءَ) لِأَنَّ عُسْرَتَهُ ثَبَّتَتْ عِنْدَهُ وَاسْتَحَقَّ النَّظْرَةَ إِلَى الْمَيْسَرَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ } فَحَبْسُهُ بَعْدَهُ يَكُونُ ظُلْمًا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَمْ يَحُلْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرْمَائِهِ) أَيُّ لَا يَمْنَعُهُمْ عَنْ مُلَازَمَتِهِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَزُفَرٌ يَمْنَعُهُمْ لِأَنَّهُ مُنْتَظَرٌ بِإِنْظَارِ اللَّهِ تَعَالَى إِلَى الْمَيْسَرَةِ ، فَلَوْ كَانَ مُنْتَظَرًا بِإِنْظَارِهِمْ بَأَنَّهُ ضَرَبُوا لَهُ الْأَجَلَ لَا يَكُونُ لَهُمْ حَقُّ الْمُلَازَمَةِ قَبْلَ الْأَجَلِ فَكَذَا بِإِنْظَارِهِ تَعَالَى بَلْ أَوْلَى ، وَلَكِنَّا نَقُولُ هُوَ مُنْتَظَرٌ إِلَى زَمَانٍ قُدِّرَتْهُ عَلَى الْإِفَاءِ وَذَلِكَ مُمَكِّنٌ فِي كُلِّ سَاعَةٍ فَيَلَازِمُونَهُ كَيْ لَا يُخْفِيَهُ وَلِأَنَّهُ قَدْ يَكْسِبُ فَوْقَ حَاجَتِهِ الدَّارَةَ فَيَأْخُذُونَ مِنْهُ فَضْلَ كَسْبِهِ بِخِلَافِ الْأَجَلِ ؛ لِأَنَّ الْعَرِيمَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُطَالَبَ قَبْلَ حُلُولِ الْأَجَلِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى آدَائِهِ لِأَنَّهُ مُؤَخَّرٌ وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ نَفْسُ الدِّينِ حَالٌ وَذِمَّتُهُ مَشْغُولَةٌ ، وَلَكِنْ لَا يُطَالَبُ لِعُسْرَتِهِ ، وَزَوَالُ الْعُسْرَةِ مُتَوَقَّعٌ فِي كُلِّ لَحْظَةٍ فَيَلَازِمُونَهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَرَدُّ الْبَيِّنَةِ عَلَى إِفْلَاسِهِ قَبْلَ حَبْسِهِ) لِأَنَّهَا بَيِّنَةٌ عَلَى التَّفَقُّعِ فَلَمْ تُقْبَلْ مَا لَمْ تَتَأَيَّدْ بِمُؤَيِّدٍ وَهُوَ الْحَبْسُ وَبَعْدَهُ تُقْبَلُ عَلَى سَبِيلِ الْإِحْتِيَاظِ لَا عَلَى الْوُجُوبِ عَلَى مَا بَيْنَنَا ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَا تُقْبَلُ وَبِهِ كَانَ يُفْتَى الْفَقِيهَ أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الْفَضْلِ وَنُصِيرُ بْنُ يَحْيَى وَكَافَةُ الْمَشَائِخِ عَلَى الْأَوَّلِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبَيِّنَةُ الْيَسَارِ أَحَقُّ) يَعْنِي إِذَا أَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ عَلَى الْيَسَارِ وَأَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى الْإِعْسَارِ كَانَتْ بَيِّنَةُ الْيَسَارِ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْيَسَارَ عَارِضٌ وَالْبَيِّنَةُ لِلْيَبَائِتِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَأَبَدَ حَبْسَ الْمُوسِرِ) لِأَنَّ الْحَبْسَ جَزَاءُ الظُّلْمِ فَإِذَا امْتَنَعَ مِنْ إِفَاءِ الْحَقِّ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ خَلَدَهُ فِي الْحَبْسِ وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ رَجُلٌ أَقَرَّ عِنْدَ الْقَاضِي بِدَيْنٍ فَإِنَّهُ يَحْبِسُهُ ، ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا أَبَدَ حَبْسَهُ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا خَلَّى سَبِيلَهُ قَالَ فَخَرُّ الْإِسْلَامِ مَعْنَى الْمَسْأَلَةِ إِذَا كَانَ جَاحِدًا فَاقْرَأَ عِنْدَ الْقَاضِي وَظَهَرَ لِلْقَاضِي جُحُودُهُ عِنْدَ غَيْرِهِ وَمُطَاطَلَتُهُ أَوْ ظَهَرَ لَهُ مُطَاطَلَتُهُ بَعْدَ مَا أَقَرَّ عِنْدَ غَيْرِهِ فَحِينَئِذٍ يَحْبِسُهُ لَمَّا مَرَّ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيُحْبَسُ الرَّجُلُ بِتَفَقُّعِ زَوْجَتِهِ) لِأَنَّهُ ظَالِمٌ بِالْإِمْتِنَاعِ عَنِ الْإِنْفَاقِ بِخِلَافِ التَّفَقُّعِ الْمَاضِيَةِ لِأَنَّهَا تَسْفُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ ، فَإِنْ لَمْ تَسْفُطْ بَأَنَّهُ حَكَمَ الْحَاكِمُ بِهَا أَوْ اصْطَلَحَ الزَّوْجَانِ عَلَيْهَا فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِبَدَلٍ مَالٍ ، وَلَا لَزِمَتْهُ بِعَقْدٍ عَلَى مَا بَيْنَنَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَا فِي دَيْنٍ وَلَدِهِ) أَيُّ لَا يُحْبَسُ الْوَالِدُ فِي دَيْنٍ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَالِدَ لَا يَسْتَحِقُّ الْعُقُوبَةَ بِسَبَبِ وَلَدِهِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ بِقَتْلِهِ ، وَلَا بِقَتْلِ مُورَثِهِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ بِقَذْفِهِ ، وَلَا بِقَذْفِ أُمِّهِ الْمَيِّتَةِ بِطَلْبِهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (إِلَّا إِذَا أَبَى مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ) يَعْنِي لَا يُحْبَسُ بِسَبَبِ الْإِنِّ إِلَّا إِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ حِينَئِذٍ يُحْبَسُ ؛ لِأَنَّ التَّفَقُّعَ لِحَاجَةِ الْوَقْتِ وَهُوَ بِالْمَنْعِ قَصْدٌ إِهْلَاكُهُ فَيُحْبَسُ لِدَفْعِ الْهَلَاكِ عَنْهُ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ بِقَتْلِهِ إِذَا شَهَرَ عَلَيْهِ السَّيْفَ وَلَمْ يُمْكِنَهُ دَفْعُهُ إِلَّا بِالْقَتْلِ وَلِأَنَّ دَيْنَ التَّفَقُّعِ يَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ ، فَلَوْ لَمْ يُحْبَسْ عَلَيْهَا تَفَوُّتُ بَخْلَافِ سَائِرِ الدُّيُونِ لَأَنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ ، فَلَا يَخَافُ فِيهَا

الْفَوَاتُ وَهَكَذَا حُكْمُ الْأَحْدَادِ وَالْجَدَّاتِ ، وَإِنْ عَلَوْا ، وَكَذَا الْمَوْلَى لَا يُحْبَسُ بِدَيْنِ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ لِلْمَوْلَى ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُحْبَسُ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْحَبْسَ لِحَقِّ الْغُرْمَاءِ وَهُمْ أَجَانِبٌ ، فَلَا يَمْتَنِعُ ، وَلَا يُحْبَسُ الْعَبْدُ بِدَيْنِ الْمَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَالْمَوْلَى يُحْبَسُ بِدَيْنِ مُكَاتِبِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ جَنْسِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ جَنْسِهِ لَا يُحْبَسُ لَوْفُوعِ الْمُقَاصَّةِ بِهِ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مِنْ جَنْسِهِ فَقَدْ ظَفِرَ بِجَنْسِ حَقِّهِ فَلَهُ أَخْذُهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مِنْ خِلَافِ جَنْسِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَهُ بِالْدَيْنِ إِلَّا بِرِضَاهُ وَالْمَوْلَى بِمَنْزِلَةِ الْأَجَنِيِّ عَنْهُ حَتَّى يَجِبَ عَلَيْهِ الْأَرْشُ بِالْجَنَابَةِ عَلَيْهِ وَيُضْمَنُ مَا أَتْلَفَ مِنْ مَالِهِ فَكَذَا يُحْبَسُ بِدَيْنِهِ إِذَا ظَهَرَ ظُلْمُهُ بِالْمُطَاوَلَةِ ، وَلَا يُحْبَسُ الْمُكَاتِبُ لِمَوْلَاهُ بِدَيْنِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِيرُ ظَالِمًا بِالْإِمْتِنَاعِ عَنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ لِتَمَكُّنِهِ مِنْ فُسْخِ الْكِتَابَةِ مِنْ غَيْرِ رِضَا مَوْلَاهُ وَيُحْبَسُ بِدَيْنٍ آخَرَ عَلَيْهِ غَيْرِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ ظَالِمًا بِمَنْعِهِ إِذَا لَا يَقْدِرُ عَلَى فُسْخِ سَبَبِ ذَلِكَ الدَّيْنِ .

وَقَالَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا لَا يُحْبَسُ فِيهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَتِمَكَّنُ مِنَ الْإِسْقَاطِ أَيْضًا بَأَنْ يُعَجِّرَ نَفْسَهُ فَيَرُدَّ رَقِيقًا فَيَسْقُطُ عَنْهُ دَيْنُ الْمَوْلَى فَصَارَ كَبَدَلِ الْكِتَابَةِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْكِفَالَ بِهِ لَا تَجُوزُ كَمَا لَا تَجُوزُ بَبَدَلِ الْكِتَابَةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ لِلْأَجَنِيِّ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا عَلَى الظَّاهِرِ أَنَّ بَدَلَ الْكِتَابَةِ لَيْسَ بِدَيْنٍ عَلَى الْحَقِيقَةِ لِأَنَّهُ صِلَةٌ مِنْ وَجْهِ بَخْلَافِ غَيْرِهِ مِنَ الدُّيُونِ ، ثُمَّ صِفَةُ الْحَبْسِ أَنْ يَكُونَ فِي مَوْضِعٍ لَيْسَ فِيهِ فِرَاشٌ ، وَلَا وَطَاءٌ ، وَلَا يُخْلَى أَحَدٌ يَدْخُلُ عَلَيْهِ

لِيَسْتَأْسِرَ بِهِ ، وَلَا يُخْرَجَ لِحُجْمَةٍ ، وَلَا لِحِمَاةٍ ، وَلَا لِحِجِّ فَرَضٍ ، وَلَا لِحُضُورِ حِنَاةٍ ، وَلَوْ أُعْطِيَ كَفِيلًا ، وَلَا لِمَجِيءِ رَمَضَانَ ، وَلَا لِلْأَعْيَادِ لِيُضَجَّرَ قَلْبُهُ وَيُؤْفَى ، وَلَا يُخْرَجَ لِمَوْتِ قَرِيْبِهِ إِلَّا إِذَا لَمْ يُوْجَدْ مَنْ يُعَسِّلُهُ وَيُكَفِّنُهُ فَيُخْرَجُ حِينَئِذٍ لِقَرَابَةِ الْوَلَادِ وَفِي رِوَايَةٍ يُخْرَجُ ، وَإِنْ وَجِدَ مَنْ يَجْهَرُهُ ، وَإِنْ مَرَضَ مَرَضًا أَضْنَاهُ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَنْ يَخْدُمُهُ لَا يُخْرَجُ وَإِلَّا أُخْرِجَ وَلَا يُخْرَجُ لِلْمُعَالَجَةِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ الْمُعَالَجَةُ فِي السَّجْنِ ، وَإِنْ احتَاجَ إِلَى الْجَمَاعِ لَا يُمْنَعُ مِنْ دُخُولِ امْرَأَتِهِ أَوْ جَارِيَتِهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ فِي السَّجْنِ مَوْضِعٌ يَسْتُرُهُ لِأَنَّ اقْتِضَاءَ شَهْوَةِ الْفَرْجِ كَاقْتِضَاءِ شَهْوَةِ الْبَطْنِ وَقِيلَ يُمْنَعُ ؛ لِأَنَّ الْوُطْءَ مِنْ فُضُولِ الْحَوَائِجِ بِخِلَافِ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ فَإِنَّ مَنْعَهُ يُوْدِي إِلَى الْهَلَاكِ وَهُوَ يُرَخَّصُ لَهُ تَنَاوُلُ مَالِ الْغَيْرِ حَالَةَ الْمَحْمَصَةِ خَوْفًا مِنَ الْهَلَاكِ فَكَيْفَ يَجُوزُ قَتْلُهُ لِأَجْلِ الدَّيْنِ ، وَلَا يُمْنَعُ مِنْ دُخُولِ قَرَابَتِهِ وَجِرَانِهِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَيْهِمْ لِلْمُشَاوَرَةِ وَالتَّدْبِيرِ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ ، وَلَكِنْ لَا يُمْكِنُ مِنَ الْمُكْتِ طَوِيلًا وَالْمَالُ الَّذِي يُحْبَسُ فِيهِ غَيْرُ مُقَدَّرٍ حَتَّى يُحْبَسَ فِي دِرْهَمٍ وَمَا دُونَهُ ؛ لِأَنَّ مَانِعَهُ ظَالِمٌ مُتَعَتٌّ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ .

باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

اعْلَمْ أَنَّ هَذَا الْبَابَ لَيْسَ مِنْ كِتَابِ الْقَضَاءِ لِأَنَّهُ إِمَّا نَقْلُ شَهَادَةٍ أَوْ نَقْلُ حُكْمٍ وَكُلُّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْهُ وَإِنَّمَا أُوْرَدَهُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ عَمَلِ الْقَضَاءِ فَكَانَ ذِكْرُهُ فِيهِ أَنْسَبُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَكْتُبُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي غَيْرِ حَدٍّ وَقَوْدٍ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ كِتَابَهُ لَا يَكُونُ أَقْوَى مِنْ عِبَارَتِهِ ، فَلَوْ حَضَرَ بِنَفْسِهِ إِلَى الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ وَعَبَّرَ بِلِسَانِهِ مَا فِي الْكِتَابِ لَمْ يَعْمَلْ بِهِ فَكِتَابُهُ أَوَّلَى ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ قَدْ يَزُورُ وَالْخَطُّ يُشَبِّهُ الْخَطُّ ، وَكَذَا الْحَاتِمُ يُشَبِّهُ الْخَاتَمَ فَكَانَ أَكْثَرُ احْتِمَالًا مِنَ الْبَيِّنَةِ .

وَجَهَ الْاسْتِحْسَانِ مَا رُوِيَ أَنَّ عَلِيًّا كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ أَجَارَ ذَلِكَ لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَعَذَّرُ عَلَى الْإِنْسَانِ الْجَمْعُ بَيْنَ شُهُودِهِ وَخَصْمِهِ ، ثُمَّ هُوَ عَلَى ضَرَرَيْنِ نَقْلُ حُكْمٍ وَهُوَ الْمُسَمَّى سَجَلًا وَسَيَّاتِيكَ بَيَّانُهُ ، وَنَقْلُ شَهَادَةٍ وَهُوَ الْمُرَادُ هُنَا ، وَلَا يُقَالُ يُسْتَعْنَى عَنْهُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى

الشَّهَادَةُ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَيْهِ لِأَنَّا نَقُولُ يَحْتَاجُ الْقَاضِي فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ إِلَى تَعْدِيلِ الْأَصُولِ وَقَدْ يَتَعَذَّرُ ذَلِكَ لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ فِي بِلَادِ
الْعُرْبَةِ وَيَتَعَسَّرُ نَقْلُ الشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهَيْهَا أَيْضًا إِذْ أَكْثَرُ النَّاسِ لَا يُحْسِنُونَ ذَلِكَ ، وَفِي كِتَابِ الْقَاضِي غُنِيَّةٌ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ يُعَدِّلُ الشُّهُودَ ، وَلَا
يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى نَقْلِ الشَّهَادَةِ وَإِنَّمَا يُنْقَلُ كِتَابُهُ فَحَسَبُ ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ لِمَا فِيهِ مِنَ الشُّبْهَةِ بِزِيَادَةِ الْإِحْتِمَالِ .
وَقَوْلُهُ فِي غَيْرِ حَدٍّ وَقَدْ يَدْخُلُ تَحْتَهُ كُلُّ حَقٍّ لَا يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ كَالدِّينِ وَالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالشُّفْعَةِ وَالْوَكَالَةِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْوَفَاةِ وَالْوَرَاثَةِ
وَالْقَتْلِ إِذَا

كَانَ مُوجِبًا لِلْمَالِ وَالتَّسَبُّبِ مِنَ الْحَيِّ وَالْمَيِّتِ وَالْعَصَبِ وَالْأَمَانَةِ الْمَجْهُودَةِ وَالْمُضَارَبَةِ الْمَجْهُودَةِ وَالْأَعْيَانِ الْمَنْقُولَةَ كَالْعَبْدِ وَالْحَارِيَّةِ وَغَيْرِ
الْمَنْقُولَةِ كَالْعَقَارِ وَيُرْوَى ذَلِكَ عَنْ مُحَمَّدٍ وَعَلَيْهِ الْمُتَأَخَّرُونَ وَهُوَ الَّذِي يُفْتَى بِهِ لِلضَّرُورَةِ ، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لَا يَجُوزُ فِي الْمَنْقُولِ لِلْحَاجَةِ
إِلَى الْإِشَارَةِ إِلَيْهَا عِنْدَ الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ بِخِلَافِ الْعَقَارِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْحُقُوقِ لِأَنَّهَا تُعْرَفُ بِالْوَصْفِ إِذْ لَا يُمَكِّنُ الْإِشَارَةُ إِلَى الدِّينِ وَأَمثَالِهِ
وَالْعَقَارِ يُعْرَفُ بِالْحُدُودِ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِحْضَارِهِ إِلَى مَجْلِسِ الْحَاكِمِ فَصَارَ كَالدِّينِ ، وَفِي دَعْوَى النِّكَاحِ الْمَقْصُودُ نَفْسُ النِّكَاحِ لَا نَفْسُ
الْمَرْأَةِ أَوْ نَفْسُ الرَّجُلِ وَإِنَّمَا هُمَا كَالدَّائِنِ وَالْمَدِينِ وَالنِّكَاحُ كَالدِّينِ ، وَكَذَلِكَ الطَّلَاقُ ، فَلَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْإِشَارَةِ ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ
رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ أَحَازَ فِي الْعَبْدِ دُونَ الْأَمَةِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْمَنْقُولَاتِ لِعَلَّةِ الْبَاقِ فِيهِ وَلِتَعَدَّرَ دَفْعُ الْأَمَةِ إِلَى رَجُلٍ لَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِالْمِلْكِ لِيُنْقَلَهَا إِلَى
الْكَاتِبِ ، وَعَنْهُ أَنَّهُ أَحَازَ فِي الْأَمَةِ أَيْضًا بِشَرَائِطِهِ وَهِيَ أَنْ يَكْلَفَ الْمُدْعَى أَنَّهُ كَانَ لَهُ عَبْدٌ أَبَقَ وَهُوَ الْيَوْمَ فِي يَدِ فُلَانٍ وَيُعْرَفُ الْعَبْدُ غَايَةً
التَّعْرِيفَ بِصِفَتِهِ وَاسْمِهِ وَسَنَةِ وَقِيمَتِهِ وَيَكْتُبُ الْقَاضِي وَيَذْكُرُ أَنَّهُ شَهِدَ عِنْدِي فُلَانٌ وَفُلَانٌ بَأَنَّ الْعَبْدَ الْهِنْدِيَّ الَّذِي يُقَالُ لَهُ فُلَانٌ حَلِيَّتُهُ كَذَا
وَقَامَتُهُ كَذَا وَسَنَتُهُ كَذَا وَقِيمَتُهُ كَذَا مَلِكٌ فُلَانٌ الْمُدْعَى هَذَا وَقَدْ أَبَقَ إِلَى بَلَدَةٍ كَذَا وَهُوَ الْيَوْمَ عِنْدَ فُلَانٍ بَعِيرٍ حَقٌّ .
فَإِذَا وَصَلَ الْكِتَابُ إِلَيْهِ وَبُتَّ عِنْدَهُ أَنَّهُ مِنْ عِنْدِ الْكَاتِبِ وَنَصَّهُ بِشُرُوطِهِ عَلَى مَا يَجِيءُ سَلَّمَ الْعَبْدَ إِلَى الْمُدْعَى مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقْضِيَ لَهُ بِالْمِلْكِ
؛ لِأَنَّ الدِّينَ

شَهِدُوا لَمْ يَشْهَدُوا بِحَضْرَةِ الْعَبْدِ وَيَأْخُذُ كَفِيلًا مِنَ الْمُدْعَى بِنَفْسِ الْعَبْدِ وَيَجْعَلُ خَاتَمًا مِنْ رِصَاصٍ فِي عُنُقِ الْعَبْدِ حَتَّى لَا يَتَعَرَّضَ لَهُ مُتَعَرِّضٌ
فِي الطَّرِيقِ أَنَّهُ سَرَقَهُ وَيَكْتُبُ كِتَابًا إِلَى الْكَاتِبِ بِذَلِكَ وَيُشْهَدُ شَاهِدَيْنِ عَلَى كِتَابِهِ وَخَتَمِهِ وَعَلَى مَا فِي الْكِتَابِ فَإِذَا وَصَلَ الْكِتَابُ إِلَى
الْقَاضِي الْكَاتِبِ وَشَهِدَ الشُّهُودُ أَنَّ هَذَا كِتَابُهُ وَخَتَمُهُ أَمَرَ الْمُدْعَى أَنْ يُحْضِرَ شُهُودَهُ الَّذِينَ شَهِدُوا عِنْدَهُ فَيُعِيدُوا الشَّهَادَةَ بِالْإِشَارَةِ إِلَى الْعَبْدِ
أَنَّهُ مَلِكُهُ ، فَإِذَا شَهِدُوا حَكَمَ بِهِ وَكَتَبَ إِلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ أَوَّلًا لِيُبْرَأَ كَفِيلُهُ وَقِيلَ لَا يُحْكَمُ لَهُ بِهِ لِأَنَّ الْحُكْمَ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ
الشَّخْصَ الَّذِي كَانَ عِنْدَهُ الْعَبْدُ هُوَ الْخَصْمُ وَهُوَ غَائِبٌ ، وَلَكِنْ يَكْتُبُ مَا جَرَى عِنْدَهُ وَيُشْهَدُ شَاهِدَيْنِ عَلَى كِتَابِهِ وَخَتَمِهِ وَمَا فِيهِ وَيَبْعَثُ
بِالْعَبْدِ وَالْكِتَابَةِ مَعَهُ إِلَى ذَلِكَ الْحَاكِمِ حَتَّى يَقْضِيَ لَهُ بِهِ بِحَضْرَةِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ ، فَإِذَا وَصَلَ الْكِتَابُ إِلَيْهِ فَلْيَفْعَلْ هُوَ كَذَلِكَ وَيُبْرَأَ الْكَفِيلَ
وَإِنَّمَا فَعَلَ بِهِ كَذَلِكَ لِقَطْعِ وَهُمْ الشَّرَكَةُ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يُشَارِكُهُ غَيْرُهُ فِي الْأَسْمِ وَالصَّفَةِ وَالْحِلْيَةِ ، وَفِي الْمَقْضِيِّ عَلَيْهِ وَهُوَ الَّذِي فِي يَدِهِ الْعَبْدُ
وَهَذِهِ الْجَهَالَةُ بِالْإِحْضَارِ وَالْإِشَارَةِ إِلَيْهِ تَرْتَفِعُ فَلِهَذَا يَجِبُ إِحْضَارُهُ ، وَالْحَارِيَّةُ كَالْعَبْدِ فِيمَا ذَكَرْنَا إِلَّا أَنَّهُ لَا يُسَلِّمُهَا لِلْمُدْعَى بَلْ يَبْعَثُهَا مَعَ
أَمِينٍ مَعَهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ شَهِدُوا عَلَى خَصْمٍ حَاضِرٍ حَكَمَ بِالشَّهَادَةِ) لَوْجُودِ الْحُجَّةِ وَلِحُضُورِ الْخَصْمِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَكَتَبَ بِحُكْمِهِ وَهُوَ
الْمُدْعُو سَجَلًا) أَيِ كِتَابِ الْحُكْمِ يُسَمَّى سَجَلًا وَإِنَّمَا يَكْتُبُ حَتَّى لَا تُنْسَى الْوَاقِعَةُ عَلَى طُولِ الزَّمَانِ وَلِيَكُونَ الْكِتَابُ مُذَكِّرًا لَهَا وَإِلَّا فَلَا
يُحْتَاجُ إِلَى

كِتَابَةِ الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَمَّ بِحُضُورِ الْخَصْمِ بِنَفْسِهِ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ إِلَّا إِذَا قُدِّرَ أَنَّهُ غَابَ بَعْدَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ وَجَحَدَهُ فَحِينَئِذٍ يُكْتُبُ لَهُ لِيُسَلَّمَ
إِلَيْهِ حَقُّهُ أَوْ لِيَنْفُذَ حُكْمَهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِلَّا لَمْ يُحْكَمْ) أَيِ إِنْ لَمْ يَكُنْ الْخَصْمُ حَاضِرًا لَا يُحْكَمُ لِأَنَّ الْحُكْمَ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ لِمَا
عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ ، وَلَوْ حَكَمَ بِهِ حَاكِمٌ يَرَى ذَلِكَ ، ثُمَّ نُقِلَ إِلَيْهِ نَفَذَهُ بِخِلَافِ الْكِتَابِ الْحُكْمِيِّ حَيْثُ لَا يُنْفَذُ خِلَافَ مَذْهَبِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ
مَحْكُومٌ بِهِ فَيَلْزُمُهُ وَالثَّانِي ابْتِدَاءُ حُكْمٍ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَكَتَبَ الشَّهَادَةَ لِیَحْكُمَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ بِهَا وَهُوَ الْكِتَابُ الْحُكْمِيُّ

وَهُوَ نَقْلُ الشَّهَادَةِ فِي الْحَقِيقَةِ (لِأَنَّ الْحَاكِمَ الْكَاتِبَ لَمْ يَحْكَمْ بِالشَّهَادَةِ وَإِنَّمَا نَقَلَهَا لِيَحْكُمَ بِهَا الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ وَلِهَذَا يَحْكُمُ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ بِرَأْيِهِ ، وَإِنْ خَالَفَ رَأْيَهُ رَأْيَ الْكَاتِبِ بِخِلَافِ السَّجْلِ فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَالَفَهُ وَيَنْقُضَ حُكْمَهُ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ قَدْ اسْتَحْكَمَ بِالْقَضَاءِ وَهُوَ فَصْلٌ مُحْتَمَدٌ فِيهِ إِنْ كَانَ الْخَصْمُ غَائِبًا وَإِلَّا فَمُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ، فَلَا يَكُونُ لِأَحَدٍ مِنَ الْقَضَاءِ نَقْضُهُ فَإِذَا لَمْ يَفْرُقْ بَيْنَ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ إِلَّا مِنْ حَيْثُ إِنَّ شُهُودَ الْفُرْعِ يَشْهَدُونَ عَلَى شَهَادَةِ الْأَصُولِ وَالتَّاقِلُونَ لِكِتَابِ الْقَاضِي يَشْهَدُونَ عَلَى أَنَّ الْكَتَابَ مِنَ الْقَاضِي وَأَنَّ الْقَاضِي الْمَكْتُوبَ إِلَيْهِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى تَعْدِيلِ الشُّهُودِ الَّذِينَ شَهِدُوا فِي الْحَادِثَةِ ، وَفِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ لَا بُدَّ مِنْ تَعْدِيلِهِمْ . قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَرَأَ عَلَيْهِمْ وَخَتَمَ عِنْدَهُمْ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِمْ) أَيُّ الْقَاضِي الْكَاتِبُ فَعَلَّ ذَلِكَ كُلَّهُ وَهُوَ مِنْ شَرَائِطِهِ لِأَنَّهُمْ يَشْهَدُونَ عِنْدَ الثَّانِي ، فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ

يَقْرَأَ الْكَتَابَ عَلَيْهِمْ لِيَعْرِفُوا مَا فِيهِ إِذْ لَا شَهَادَةَ بِدُونِ الْعِلْمِ أَوْ يُعْلِمَهُمْ بِمَا فِيهِ لِأَنَّ الْمَعْرِفَةَ تَحْصُلُ بِهِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ ، وَلَا بُدَّ مِنْ خَتْمِهِ بِحَضْرَتِهِمْ ، ثُمَّ يُسَلِّمُهُ إِلَيْهِمْ كَيْ لَا يُتَوَهَّمِ التَّغْيِيرُ ، وَلَا بُدَّ لِلشُّهُودِ مِنْ حِفْظِ مَا فِيهِ لِأَنَّهُمْ يَشْهَدُونَ بِهِ كَمَا فِي سَائِرِ الشَّهَادَاتِ وَمِنْ شَرَائِطِهِ أَيْضًا أَنْ يَكُونَ لِلْكَتَابِ عُنْوَانٌ وَهُوَ أَنْ يَكْتُبَ فِيهِ اسْمُهُ وَاسْمُ أَبِيهِ وَحَدِّهِ وَاسْمُ الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ وَأَبِيهِ وَحَدِّهِ حَتَّى لَوْ أَخْلَّ بِشَيْءٍ مِنْهَا لَا يَقْبَلُ الْكَتَابُ وَيَكْتُبُ الْعُنْوَانُ مِنْ دَاخِلِ الْكَتَابِ حَتَّى لَوْ كَانَ عَلَى الظَّاهِرِ لَا يَقْبَلُ وَقِيلَ هَذَا فِي عَرَفِهِمْ أَمَّا فِي عَرَفِنَا فَالْعُنْوَانُ يَكُونُ عَلَى الظَّاهِرِ فَيُعْمَلُ بِهِ وَيُكْتُبُ فِيهِ اسْمُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَاسْمُ الْمُدَّعِي عَلَى وَجْهِ يَقَعُ بِهِ التَّمْيِيزُ وَذَلِكَ بِذِكْرِ جَدِّهِمَا وَيُذَكِّرُ الْحَقُّ فِيهِ وَيُذَكِّرُ اسْمَ الشُّهُودِ إِنْ شَاءَ ، وَإِنْ شَاءَ اكْتَفَى بِذِكْرِ شَهَادَتِهِمْ ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ عَلَى الشُّهُودِ إِلَّا نَقْلُ الْكَتَابِ وَالشَّهَادَةُ أَنَّهُ كِتَابُ فُلَانٍ ، وَلَا عَلَى الْقَاضِي سِوَى كِتَابَةِ الْحَاجَةِ الَّتِي لَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَتِهَا وَاخْتَارَهُ شَمْسُ الْأَثَمَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ لِكَوْنِهِ أَسْهَلَ . قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ وَصَلَ إِلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ نَظَرَ إِلَى خَتْمِهِ وَلَمْ يَقْبَلْهُ بِلَا خَصْمٍ ، وَلَا شُهُودٍ) لِأَنَّ هَذَا الْكَتَابَ لِلْحُكْمِ بِهِ ، فَلَا يَقْبَلُهُ إِلَّا بِحُضُورِ الْخَصْمِ كَالشَّهَادَةِ بِخِلَافِ الْقَاضِي الْكَاتِبِ حَيْثُ يَسْمَعُ الشَّهَادَةَ وَيَكْتُبُهَا وَالْخَصْمُ غَائِبٌ ؛ لِأَنَّهُ لِلنَّقْلِ لَا لِلْحُكْمِ وَنَظِيرُهُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ حَيْثُ يُشْتَرَطُ فِيهَا حُضُورُ الْخَصْمِ عِنْدَ الْأَدَاءِ لَا عِنْدَ التَّحْمِيلِ وَيَجُوزُ أَنْ يَزُورَ الْكَتَابُ ، فَلَا يَقْبَلُهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ عِنْدَ انْكَارِ الْخَصْمِ أَنَّهُ كِتَابُ

الْقَاضِي ، وَإِنْ أَقْرَأَ فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ أَنَّهُ كِتَابُهُ ، وَلَا يَلْزَمُ كِتَابُ الْاسْتِمْنَانِ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ حَيْثُ يُعْمَلُ بِهِ وَإِنْ لَمْ تَقُمْ بِهِ بَيِّنَةٌ بَأَنَّهُ كِتَابُهُمْ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُلْزَمٍ وَهَذَا مُلْزَمٌ ، فَلَا بُدَّ مِنْ حُجَّةٍ تَامَّةٍ مِنْ شَهَادَةِ رَحْلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ أَوْ إِقْرَارِ الْخَصْمِ ، وَلَا يَلْزَمُ رَسُولُ الْقَاضِي إِلَى الْمُرَكِّي وَرَسُولُ الْمُرَكِّي إِلَى الْقَاضِي فَإِنَّهُ يَكُونُ مُعْتَبَرًا بِلَا بَيِّنَةٍ ؛ لِأَنَّ الْإِلْزَامَ فِيهِ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ لَا بِالْتَّرَكِيَةِ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَأْخُذُ الْقَاضِي الْمَكْتُوبَ إِلَيْهِ الْكَتَابَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ، وَلَكِنْ لَا يَعْمَلُ بِهِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُ فُلَانٍ الْقَاضِي وَسَلَّمَهُ إِلَيْنَا فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَرَأَهُ عَلَيْنَا وَخَتَمَهُ فَتَحَهُ الْقَاضِي وَقَرَأَهُ عَلَى الْخَصْمِ وَالزَّمَهُ مَا فِيهِ) يَعْنِي إِذَا ثَبَّتَ عَدَالَتَهُمْ عِنْدَهُ بِأَنْ كَانَ يَعْرِفُهُمْ بِالْعَدَالَةِ أَوْ وَجَدَ فِي الْكَتَابِ عَدَالَتَهُمْ بِأَنْ كَانَ الْقَاضِي الْكَاتِبُ قَدْ كَتَبَ عَدَالَتَهُمْ أَوْ سَأَلَ مَنْ يَعْرِفُهُمْ مِنَ الثَّقَاتِ فَرَكُّوا ، وَأَمَّا قَبْلَ ظُهُورِ عَدَالَتِهِمْ فَلَا يَحْكُمُ بِهِ ، وَلَا يَلْزَمُ الْخَصْمَ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ حُجَّةً إِلَّا بَعْدَ ظُهُورِ عَدَالَتِهِمْ .

وَذَكَرَ الْخَصَافُ أَنَّهُ لَا يَفْتَحُهُ إِلَّا بَعْدَ ظُهُورِ عَدَالَتِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَمْ تَثْبُتْ عَدَالَتُهُمْ فَيَحْتَاجُ الْمُدَّعِي إِلَى غَيْرِهِمْ مِنَ الشُّهُودِ لِإِثْبَاتِ أَنَّ الْكَتَابَ مِنَ الْقَاضِي لِأَنَّهُمْ يَشْهَدُونَ بِذَلِكَ قَبْلَ الْفَتْحِ كَالشُّهُودِ الْأَوَّلِ بِخِلَافِ قُبُولِ الْكَتَابِ حَيْثُ يَقْبَلُهُ إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُهُ قَبْلَ ثُبُوتِ عَدَالَتِهِمْ بِحَضْرَةِ الْخَصْمِ ، وَقَوْلُهُ سَلَّمَهُ إِلَيْنَا إلخْ شَرْطٌ لِلْحُكْمِ بِهِ حَتَّى إِذَا قَالُوا لَمْ يُسَلِّمَهُ إِلَيْنَا أَوْ لَمْ يَقْرَأْهُ عَلَيْنَا أَوْ لَمْ يَخْتَمِمْ بِحَضْرَتِنَا لَمْ يَعْمَلْ بِهِ وَشَرَطَ فِي

الدَّخِيرَةِ حُضُورَ الْخَصْمِ لِقُبُولِ الْبَيِّنَةِ بَأَنَّهُ كِتَابُ فُلَانٍ لَا لِقُبُولِ الْكَتَابِ حَتَّى لَوْ قَبِلَهُ مَعَ غِيَبَةِ الْخَصْمِ جَازَ وَالْأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ فَإِنَّهُ عِنْدَهُ يَقْبَلُهُ مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ وَمِنْ يَدِ الْمُدَّعِي أَيْضًا إِذَا جَاءَ بِهِ وَحَدِّهِ ، وَكَذَا سَهَّلَ عِنْدَ الْإِثْبَاتِ فَقَالَ إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُهُ وَلَمْ يَشْهَدُوا بِالْخَتْمِ وَغَيْرِهِ قَبْلَهُ فَسَهَّلَ فِي ذَلِكَ لَمَّا أُبْتُلِيَ بِالْقَضَاءِ وَلَيْسَ الْخَبَرُ كَالْمُعَايَنَةِ ، وَلَوْ وَجَدَ فِي الْكَتَابِ مَا يُخَالَفُ شَهَادَتَهُمْ رَدَّهُ ، ثُمَّ

لَا بُدَّ مِنْ مَسَافَةٍ بَيْنَ الْقَاضِيَيْنِ حَتَّى يَجُوزَ كِتَابُ الْقَاضِي وَاخْتَلَفُوا فِي تِلْكَ الْمَسَافَةِ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ هِيَ مُعْتَبَرَةٌ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ وَهِيَ مَسِيرَةُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ فِي مَكَانٍ لَوْ غَدَا لَأَدَاءُ الشَّهَادَةِ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمِيتَ فِي أَهْلِهِ صَحَّ الْإِشْهَادُ ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ ، وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ صَحِيحًا فِي الْمِصْرِ وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ فِي اخْتِلَافِ الْفُقَهَاءِ أَنَّ كِتَابَ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي مَقْبُولٌ ، وَإِنْ كَانَا فِي مِصْرٍ وَاحِدٍ فَكَانَتْهُمَا اعْتِبَارُهُ بِالتَّوَكُّيلِ ، وَفِي الظَّاهِرِ اعْتِبَارٌ بِالْعَجَزِ .
قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيُطْلَى الْكِتَابُ بِمَوْتِ الْكَاتِبِ وَعَزْلِهِ) هَذَا إِذَا مَاتَ أَوْ عَزِلَ قَبْلَ وَصُولِ الْكِتَابِ إِلَى الثَّانِي أَوْ بَعْدَ وَصُولِهِ قَبْلَ أَنْ يَقْرَأَهُ عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ فَمَوْتُ الْأَصُولِ قَبْلَ آدَاءِ الْفُرُوعِ الشَّهَادَةُ يُطْلَى شَهَادَةُ الْفُرُوعِ فَكَذَا هَذَا ، وَكَذَا إِذَا جَنَّ الْكَاتِبُ أَوْ ارْتَدَّ أَوْ قَذَفَ فَحُدَّ أَوْ عَمِيَ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُطْلَى بَلْ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ يَقْضِي بِهِ ذَكَرَ قَوْلُهُ فِي الْأَمَالِيِّ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ

لَهُمَا أَنَّ الْقَاضِي الْكَاتِبَ بِمَنْزِلَةِ شُهُودِ الْفُرُوعِ وَكِتَابَتُهُ بِمَنْزِلَةِ آدَاءِ شُهُودِ الْفُرُوعِ الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ يُنْقَلُ شَهَادَةُ الَّذِينَ شَهِدُوا بِالْحَقِّ إِلَى الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ وَالتَّقْلُّ قَدْ تَمَّ بِالْكِتَابَةِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ شُهُودِ الْفُرُوعِ إِذَا مَاتُوا بَعْدَ آدَاءِ الشَّهَادَةِ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِهَا فَإِنَّهُ لَا يَمْنَعُ الْقَضَاءُ فَكَذَا هَذَا وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي كُلِّ شَاهِدٍ مَاتَ بَعْدَ آدَاءِ الشَّهَادَةِ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا وَلَنَا أَنَّ الْقَاضِي الْكَاتِبَ ، وَإِنْ كَانَ يُنْقَلُ شَهَادَةُ الَّذِينَ شَهِدُوا عَنْهُ إِلَّا أَنْ لِهَذَا الثَّقُلِ حُكْمُ الْقَضَاءِ أَلَا تَرَى أَنَّ هَذَا الثَّقُلَ لَا يَصِحُّ إِلَّا مِنَ الْقَاضِي ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ عَدَدٌ ، وَلَا لَفْظُ الشَّهَادَةِ وَوَجَبَ عَلَى الْقَاضِي الْكَاتِبِ هَذَا الثَّقُلُ بِسَمَاعِ الْبَيِّنَةِ وَمَا يَجِبُ عَلَى الْقَاضِي بِسَمَاعِ الْبَيِّنَةِ قَضَاءُ فَنَبَتَ أَنَّ لِهَذَا الثَّقُلِ حُكْمُ الْقَضَاءِ وَلَمْ يَتِمَّ بَعْدُ ؛ لِأَنَّ تَمَامَهُ بِوُجُوبِ الْقَضَاءِ عَلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ .

وَلَا يَجِبُ الْقَضَاءُ عَلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ قَبْلَ وَصُولِ الْكِتَابِ إِلَيْهِ وَقَبْلَ قِرَاءَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِالْمَقْضِيِّ بِهِ شَرْطٌ لَوْجُوبِ الْقَضَاءِ فَلَمْ يَكُنْ الثَّقُلُ تَامًا فَيُطْلَى بِمَوْتِ الْقَاضِي كَمَا فِي سَائِرِ الْأَفْضِيَةِ إِذَا مَاتَ الْقَاضِي قَبْلَ تَمَامِهَا بِخِلَافِ شُهُودِ الْفُرُوعِ إِذَا مَاتَ الْأَصُولُ بَعْدَ آدَائِهِمْ الشَّهَادَةَ لَأَنَّهُمْ أَوْجِبُوا الْحُكْمَ عَلَى الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِمْ ، فَلَا يَسْقُطُ عَنْهُ الْوُجُوبُ بِمَوْتِ الْأَصُولِ أَوْ بِمَوْتِ الْفُرُوعِ كَمَا فِي سَائِرِ الشَّهَادَاتِ إِذَا مَاتَ الشُّهُودُ بَعْدَ الْآدَاءِ قَبْلَ الْحُكْمِ بِشَهَادَتِهِمْ فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ عَنْهُ الْوُجُوبُ فَكَذَا هَذَا ، وَلَوْ قَبْلَهُ مَعَ هَذَا وَحَكَمَ بِهِ ، ثُمَّ رَفَعَ إِلَى قَاضٍ آخَرَ وَأَمَضَاهُ جَازَ ؛ لِأَنَّ قَضَاءَهُ صَادَفَ مَحَلًّا مُجْتَهَدًا فِيهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْقَضَاءُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ وَإِذَا كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي نَفْسِ الْقَضَاءِ يَنْفَذُ بِالتَّنْفِيزِ مِنْ قَاضٍ آخَرَ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْاِخْتِلَافُ قَبْلَ الْقَضَاءِ حَيْثُ يَنْفَذُ بِنَفْسِ الْقَضَاءِ لِمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ ، وَلَوْ مَاتَ الْقَاضِي الْكَاتِبُ بَعْدَ مَا قَرَأَ الْكِتَابَ لَا يُطْلَى فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَيَحْكُمُ بِهِ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ بِهِ بِالْقِرَاءَةِ ، فَلَا يُطْلَى بِالْمَوْتِ كَمَا لَوْ مَاتَ الشَّاهِدُ بَعْدَ آدَاءِ الشَّهَادَةِ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا ، وَفِي اخْتِلَافٍ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَيَعْقُوبُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْضِي بِهِ إِذَا مَاتَ قَبْلَ قَضَائِهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَوْتُ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ إِلَّا إِذَا كَتَبَ بَعْدَ اسْمِهِ وَإِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنْ قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ) أَيُّ يَطْلَى الْكِتَابُ بِمَوْتِ الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ إِلَّا إِذَا كَتَبَ إِلَى فُلَانٍ الْقَاضِي وَإِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنْ قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ فَحِينَئِذٍ لَا يُطْلَى بِمَوْتِ الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ وَالضَّمِيرُ فِي قَوْلِهِ بَعْدَ اسْمِهِ عَائِدٌ إِلَى الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُطْلَى ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ ذَلِكَ وَيَحْكُمُ الْقَاضِي الَّذِي جَاءَ بَعْدَهُ بِهِ كَمَا لَوْ قَالَ وَإِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنْ قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ وَلَنَا أَنَّ الْقَاضِي الْكَاتِبَ اعْتَمَدَ عَلَى عِلْمِ الْأَوَّلِ وَأَمَانَتِهِ وَالْقُضَاةُ يَتَفَاوَتْونَ فِي الْأَمَانَةِ فَصَارَ نَظِيرُ الْأَمْنَاءِ فِي الْأَمْوَالِ بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ وَإِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنْ قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ ؛ لِأَنَّهُ اعْتَمَدَ الْكُلَّ فَكَانُوا مَكْتُوبًا إِلَيْهِمْ بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ ابْتِدَاءً إِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنْ قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ حَيْثُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَحْكُمَ بِهِ أَحَدٌ لِأَنَّ إِعْلَامَ مَا فِي الْكِتَابِ وَالْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ شَرْطٌ ، وَتَمَامُ الْإِعْلَامِ لَا يَحْصُلُ بِهَذَا الْقَدْرِ وَإِذَا عَيَّنَ وَاحِدًا حَصَلَ التَّعْرِيفُ لَهُ وَصَحَّ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَصَارَ غَيْرُهُ تَبَعًا لَهُ ، وَأَجَازَ أَبُو

يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ أَحَدٍ مِنَ الْقُضَاةِ حِينَ أُبْتَلِيَ بِالْقَضَاءِ وَاسْتَحْسَنَهُ كَثِيرٌ مِنَ الْمَشَايخِ تَسْهِيلًا لِلْأَمْرِ ، وَلَا يَقْبَلُ الْقَاضِي رِسَالَةَ قَاضٍ آخَرَ .

وَإِنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ لَأَنَّهُ يَنْقُلُ عِبَارَتَهُ فَيَكُونُ كَالْقَاضِي حَضَرَ وَتَكَلَّمَ بِهِ وَهُوَ لَوْ حَضَرَ وَتَكَلَّمَ بِهِ لَا يَسْمَعُ كَلَامَهُ ؛ لَأَنَّهُ كَوَاحِدٍ مِنَ الرِّعْيَةِ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ وَلِأَنَّهُ بِخِلَافِ الْكِتَابِ ؛ لَأَنَّهُ كَتَبَهُ فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ فَكَانَ الْكِتَابُ مِنْهُ كَالْخَطَّابِ لِلْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ مُشَافَهَةً لِمُصَدُّورِ الْكِتَابِ مِنْ مَوْضِعِ الْقَضَاءِ أَوْ نَقُولُ إِنَّ الْكِتَابَ لَا يَقْبَلُ قِيَاسًا وَإِنَّمَا قَبِلَ لِلضَّرُورَةِ ، وَلَا ضَرُورَةَ إِلَى الرِّسَالَةِ ؛ لِأَنَّ فِي الْكِتَابِ غُنْيَةً عَنْهُ فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ وَيَجُوزُ لِلْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ أَنْ يَكْتُبَ كِتَابًا إِلَى قَاضٍ آخَرَ إِذَا تَعَذَّرَ حُضُورُ حَصْمِهِ عَنْهُ ، وَكَذَا لِلْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ ثَانِيًا أَنْ يَكْتُبَ إِلَى آخَرَ إِلَى مَا لَا يَتَنَاهَى ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ الْوَاقِعَةَ عِنْدَ الْأَوَّلِ صَارَتْ مَنْقُولَةً إِلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ حُكْمًا فَصَارُوا كَأَنَّهُمْ شَهِدُوا عَنْهُ حَقِيقَةً فَجَازَ لَهُ أَنْ يَنْقُلَهَا إِلَى غَيْرِهِ إِذَا الْحَاجَةُ إِلَى تَقْلِيلِهَا مَرَارًا مَاسَةً وَهِيَ الْمَحْزُورَةُ لِلنَّقْلِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَا بِمَوْتِ الْخَصْمِ) يَعْنِي لَا يَطْلُ الْكِتَابُ بِمَوْتِ الْخَصْمِ ؛ لِأَنَّ وَارِثَهُ يَقُومُ مَقَامَهُ فَيَنْفُذُ عَلَيْهِ وَعَلَى هَذَا لَوْ مَاتَ الْمُدْعِي يَنْبَغِي أَنْ لَا يَطْلُ ؛ لِأَنَّ قَرِيبَهُ يَقُومُ مَقَامَهُ فَيَنْفُذُ لَهُ وَكَذَا يَجُوزُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي يَجُوزُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْأَمِيرِ ، وَلَكِنْ إِنْ كَانَ فِي مِصْرِهِ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ أَصْلَحَ اللَّهُ الْأَمِيرَ ، وَلَا يَكْتُبُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ فِي مِصْرٍ آخَرَ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْإِسْمِ وَالنَّسْبَةِ وَالْخَتْمِ وَالشَّهَادَةِ كَمَا فِي كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَالْقِيَاسُ

أَنْ لَا يَجُوزَ فِي مِصْرِهِ إِلَّا بِهِ ، وَلَكِنْ اسْتَحْسَنُوا ذَلِكَ لِلْعَادَةِ فَإِنَّ الْقَاضِي يَكْتُبُ إِلَى الْوَالِي وَيَسْتَعِينُ بِهِ فِيمَا عَجَزَ عَنْ إِقَامَتِهِ فِي كُلِّ وَقْتٍ ، وَلَوْ شَرَطَ ذَلِكَ لَحَرَجُوا ؛ لِأَنَّ كُلَّ أَحَدٍ لَا يَحْضُرُ مَجْلِسَ الْأَمِيرِ فَيَشْهَدُ ، وَالْأَمِيرُ لَا يُمْكِنُهُ التَّفَحُّصُ عَنْ أَحْوَالِ الشُّهُودِ فَقَبِلَ الْكِتَابُ لِلضَّرُورَةِ ، وَلَكِنَّ هَذِهِ الضَّرُورَةُ وَالْعَادَةُ فِيمَا إِذَا كَانَ الْأَمِيرُ فِي مِصْرٍ آخَرَ غَيْرِ الْمِصْرِ الَّذِي فِيهِ الْقَاضِي بَقِيَ عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ لِعَدَمِ جَرَيَانِ الْعَادَةِ وَالضَّرُورَةِ لِقَلَّةِ وَقُوعِهِ .

الشرح

بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَغَيْرِهِ (

قَوْلُهُ ، وَإِنَّمَا أوردَهُ فِيهِ لَأَنَّهُ مِنْ عَمَلِ الْقَضَاةِ

أَيُّ وَلَكِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى اثْنَيْنِ وَالْحَبْسُ يَتِمُّ بِقَاضٍ وَاحِدٍ وَالْوَاحِدُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْاِثْنَيْنِ .

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَيَكْتُبُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي غَيْرِ حَدٍّ وَقَدْ

وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ كِتَابَ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي بِمَنْزِلَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ لِأَنَّ كِتَابَهُ يَنْقُلُ شَهَادَةَ الْأَصُولِ كَمَا أَنَّ الْفُرُوعَ يَنْقُلُونَ بِشَهَادَتِهِمْ شَهَادَةَ الْأَصُولِ ، ثُمَّ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ لَا تَجُوزُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فَكَذَلِكَ كِتَابُ الْقَاضِي فِيهِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ الْبَدَلِيَّةِ ، وَالْحُدُودُ وَالْقِصَاصُ يَسْقُطُ بِالشُّبْهَاتِ وَلِأَنَّ الْكِتَابَ قَدْ يُزَوَّرُ ؛ لِأَنَّ الْخَطَّ قَدْ يُشْبِهُ الْخَطَّ فَيَتِمَّ كُنْ نَوْعُ شُبْهَةٍ .

أَثَقَانِي .

قَوْلُهُ يَرُوي ذَلِكَ عَنْ مُحَمَّدٍ وَعَلَيْهِ الْمُتَأَخَّرُونَ ، وَهُوَ الَّذِي يُفْتَى بِهِ (قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَقَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي كِتَابِ أَدَبِ الْقَاضِي وَرُوي عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي التَّوَادِرِ أَنَّهُ قَالَ يَجُوزُ فِي جَمِيعِ الْعُرُوضِ وَبِهِ أَحَدٌ مَشَايِخُنَا الْمُتَأَخَّرُونَ وَقَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى يُقْبَلُ

فِي جَمِيعِ ذَلِكَ أَيْ يُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي الْمُنْقُولِ وَغَيْرِهِ ، ثُمَّ قَالَ فِيهِ وَالْفَتَوَى عَلَى هَذَا لِتَعَامُلِ النَّاسِ .

قَوْلُهُ وَعَنْهُ أَنَّهُ أَجَازَ فِي الْأَمَةِ أَيْضًا بِشَرَائِطِهِ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَيَخْتَصُّ بِشَرَائِطٍ .

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ أَيْ يَخْتَصُّ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي بِشَرَائِطٍ ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْكِتَابُ مِنْ مَعْلُومٍ إِلَى مَعْلُومٍ فِي مَعْلُومٍ لِمَعْلُومٍ أَعْنِي أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي الْمَكْتُوبُ مِنْهُ مَعْلُومًا وَالْقَاضِي الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ مَعْلُومًا وَالْمُدْعَى بِهِ مَعْلُومًا وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ مَعْلُومًا وَكُتِبَ مَا نَصَّهُ قَالَ فِي الْهِدَايَةِ

وَعَنْهُ أَنَّهُ يُقْبَلُ فِيهِمَا بِشَرَائِطٍ تُعْرَفُ فِي مَوْضِعِهِ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَمَوْضِعُهُ كِتَابُ الْإِبَاقِ مِنَ الْمَبْسُوطِ وَأَرَادَ بِهَا بَيَانَ حَلِيَةِ الْعَبْدِ وَصِفَتِهِ وَنَسَبِهِ لِلَّذِي أَخَذَهُ وَالْخَتَمَ فِي عُنُقِهِ وَأَخَذَ الْكَفِيلَ .

وَحَاصِلُهُ مَا قَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ ، وَإِنَّمَا يُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي الدِّينِ وَالْعَيْنِ الَّذِي لَا يُحْتَاجُ إِلَى الْإِشَارَةِ إِلَيْهِ كَالدَّارِ وَالْعَقَارِ ، وَأَمَّا الْمُنْقُولُ الَّذِي يُمَكِّنُ الْإِشَارَةَ إِلَيْهِ لَا يُقْبَلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ مِثْلَ ذَلِكَ إِلَّا فِي الْعَبْدِ ، وَالْأَبْقَى إِذَا أَبَقَ فَأَخَذَ فِي بَلَدَةٍ فَأَقَامَ صَاحِبُهُ الْبَيْتَةَ عِنْدَ الْقَاضِي أَنَّهُ عَبْدُهُ أَخَذَهُ فُلَانٌ فِي مِصْرَ كَذَا وَشَهِدَ الشُّهُودُ عَلَى الْحَلِيَةِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَكْتُبَ إِلَى ذَلِكَ الْقَاضِي أَنَّهُ قَدْ شَهِدَ الشُّهُودُ عِنْدِي وَزَكَّوْا أَنْ عَبْدًا صِفَتُهُ كَذَا أَخَذَهُ فُلَانٌ بِنَ فُلَانٍ وَأَنَّهُ لِفُلَانِ بْنِ فُلَانٍ وَنَسَبَهُمَا إِلَى أَبِيهِمَا وَإِلَى فَخِذِهِمَا وَيَقْطَعُ الشَّرَكَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْآخَرِ وَيَكْتُبُ الْعُنْوَانَ فِي الدَّخْلِ وَالْخَارِجِ اسْمُهُ وَاسْمُ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ وَنَسَبَهُمَا ، وَالْعَبْرَةُ لِلدَّخْلِ لَا لِلْخَارِجِ ، فَإِذَا جَاءَ الْكِتَابُ وَشَهِدَ الشُّهُودُ عَلَى ذَلِكَ يُسَلِّمُ الْعَبْدُ وَيُخْتَمُ فِي عُنُقِهِ وَأَخَذَ مِنْهُ كَفِيلًا ، ثُمَّ بَعَثَ بِهِ إِلَى الْقَاضِي الَّذِي كُتِبَ إِلَيْهِ أَوَّلَ مَرَّةٍ ، فَإِذَا تَبَتَّ عِنْدَهُ قَبْلَهُ وَقَضَى بِهِ وَسَلَّمَ الْعَبْدَ إِلَى الَّذِي جَاءَهُ بِالْكِتَابِ وَأَبْرَأَ كَفِيلَهُ .

إِلَى هُنَا لَفْظُ شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ ، وَهَذَا الْكِتَابُ بِهِذِهِ الشَّرَائِطُ يُكْتُبُ كَذَلِكَ فِي الْأَمَةِ أَيْضًا عَلَى رِوَايَةِ قَبُولِ الْكِتَابِ فِي الْأَمَةِ ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ يُقْبَلُ فِيهِمَا بِشَرَائِطٍ تُعْرَفُ فِي مَوْضِعِهِ قَالَ فِي خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى ، وَلَوْ كُتِبَ اسْمُ الْقَاضِي الْكَاتِبِ وَنَسَبَهُ وَلَمْ يَكْتُبْ اسْمُ الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ

وَنَسَبَهُ ، وَلَكِنْ كُتِبَ إِلَى مَنْ بَلَغَ كِتَابِي هَذَا مِنْ قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ وَحُكَّامِهِمْ لَا يَجُوزُ ، وَأَبُو يُوسُفَ وَسَعَى وَأَجَازَ وَعَلَيْهِ عَمَلُ النَّاسِ الْيَوْمَ وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ لَوْ كُتِبَ اسْمُ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ وَنَسَبَهُ ، ثُمَّ كُتِبَ وَإِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ كِتَابِي هَذَا مِنْ قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ وَحُكَّامِهِمْ جَازَ فَإِنْ كُلُّ قَاضٍ وَصَلَ إِلَيْهِ عَمِلَ بِهِ ، وَلَوْ لَمْ يَكْتُبْ فِي الْكِتَابِ التَّارِيخَ لَا يَقْبَلُهُ وَإِنْ كُتِبَ فِيهِ تَارِيخًا يُنْظَرُ هَلْ هُوَ كَانَ قَاضِيًا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ أَمْ لَا ؟ وَلَا يُكْتَفَى بِالشَّهَادَةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَكْتُوبًا ، وَكَذَا كَوْنُهُ كِتَابَ الْقَاضِي لَا يَثْبُتُ بِمَجْرَدِ شَهَادَتِهِمْ بِدُونِ الْكِتَابَةِ ، وَكَذَا لَوْ شَهِدُوا عَلَى أَصْلِ الْحَادِثَةِ وَلَمْ يَكُنْ مَكْتُوبًا لَمْ يَعْمَلْ بِهِ .

إِلَى هُنَا لَفْظُ الْخُلَاصَةِ وَقَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَكِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي حُقُوقِ النَّاسِ مِنَ الْعَتَاقِ وَالطَّلَاقِ وَغَيْرِهِمَا جَائِزٌ إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّ كِتَابَ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي بِمَنْزِلَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ وَالشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ لَا تُقْبَلُ وَقَالَ فِي خِرَازَةِ الْفَقْهِ وَيَجُوزُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي الْمِصْرَيْنِ أَوْ مِنْ قَاضِي مِصْرٍ إِلَى قَاضِي رُسْتَاقَ ، وَلَا يَجُوزُ مِنْ قَاضِي رُسْتَاقَ إِلَى قَاضِي مِصْرٍ .

أَثَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَعَنْهُ أَيْ عَنْ أَبِي يُوسُفَ .

قوله في المتن فإن شهدوا على خصم حاضراً حكماً بالشهادة

قال الأتقاني قوله حكماً بالشهادة هذا لفظ القدوري في مختصره وتامه فيه وكتب بحكمه وإن شهدوا بغير حاضرة الخصم لم يحكم وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب إليه .

إلى هنا لفظ القدوري وذلك لأن الشهادة لا تصح إلا على خصم ، فإذا كان الخصم حاضراً حكماً عليه لوجود الحجة وكتب بحكمه إلى القاضي ، وهذا الكتاب يسمى سجلاً وإذا لم يكن الخصم حاضراً يسمع الشهادة ولا يحكم بها ويكتب بما سمعه من الشهادة إلى القاضي حتى يحكم القاضي المكتوب إليه بذلك إذا ثبت عنده أنه كتاب القاضي الكاتب ، وهو بمنزلة نقل الشهادة ، وهذا الكتاب إلى القاضي يسمى الكتاب الحاكمي ؛ لأنه يكتب ليحكم به القاضي المكتوب إليه وكتب على قوله فإن شهدوا على خصم حاضراً إلخ ما نصه قال الكاكي المراد بالخصم هنا الوكيل عن الغائب أو المسخر الذي جعل وكيلاً لإثبات الحق عليه وإن لم يكن هو وكيلاً عنه في الحقيقة إذ لو كان المراد هو المدعى عليه نفسه لما احتج إلى كتاب القاضي إلى القاضي إذ الحكم يتم على الخصم بحكمه ، ولو لم يكن خصماً أصلاً لا المدعى عليه ولا نائبه ، وقد حكم القاضي بالشهادة كان قضاءً على الغائب ، وهو لا يجوز عندنا وعند الأئمة الثلاثة يجوز الحكم على الغائب ، فلا يحتاج إلى خصم .

قوله ولو حكم به حاكم يرى ذلك

أي الحكم على الغائب .

قوله في المتن وقرأ عليهم وختم عندهم إلخ

هذه رواية القدوري وذكر الخصاف أنه يدفعه للطالب ويكتب معهم نسخته .

قوله أو يعلمهم بما فيه

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد ومالك في رواية ، والشرط عند أبي يوسف أن يعلمهم أن هذا كتابه وختمه وبه قال مالك في رواية ويسلم الكتاب إلى المدعى وعليه عمل القضاة اليوم .

كاكي قوله ويكتب العنوان من داخل الكتاب (قال في الغاية بشرط أن يكون مضموناً معنوياً في داخله وخارجيه ، ثم قال بعد ذلك ويكتب العنوان في الداخل والخارج والعيرة للداخل لا للخارج قال الكاكي والشرط عندهما عنوان الباطن لا عنوان الظاهر حتى لو ترك العنوان الظاهر اكتفى المكتوب إليه بالعنوان الباطن وعلى

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَلَمْ يَقْبَلْهُ بِلَا خَصْمٍ وَلَا شُهُودٍ

قَالَ الْأَقْطَعُ قَالَ أَبُو يُوسُفَ يَقْبَلُهُ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ خَصْمٍ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَ يَخْتَصُّ بِالْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ فَكَانَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَهُ وَالْحُكْمُ بَعْدَ ذَلِكَ يَقَعُ بِمَا عِلْمُهُ مِنَ الْكِتَابِ فَاعْتَبِرَ حُضُورُ الْخَصْمِ عِنْدَ الْحُكْمِ بِهِ .

أَتَقَانِي وَكَتَبَ عَلَيَّ قَوْلَهُ وَلَمْ يَقْبَلْهُ إِلَّا مَا نَصُّهُ قَالَ فِي الْهَدَايَةِ وَلَا يَقْبَلُ الْكِتَابُ إِلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَ يُشْبِهُ الْكِتَابَ ، فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِحُجَّةٍ تَامَّةٍ ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مُلْزِمٌ ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْحُجَّةِ وَكَتَبَ عَلَيَّ قَوْلَهُ وَلَمْ يَقْبَلْهُ مَا نَصُّهُ أَيَّ لَمْ يَأْخُذْهُ (صُورَةُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي) قَالَ الْأَقْطَعُ وَنَحْنُ الْكِتَابُ بِمَا ذَكَرَ الْحَسَنُ فِي الْمَجَرَّدِ مِنْ صُورَةِ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَهِيَ قَوْلُهُ مِنْ فُلَانٍ قَاضِي كُورَةَ كَذَا إِلَى فُلَانٍ بِنِ فُلَانٍ قَاضِي كُورَةَ كَذَا سَلَامٌ عَلَيْكَ فَإِنِّي أَحْمَدُ إِلَيْكَ اللَّهُ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ أَمَّا بَعْدُ فَإِنَّ رَجُلًا أَتَانِي يُقَالُ لَهُ فُلَانٌ بِنِ فُلَانٍ وَذَكَرَ أَنَّ لَهُ عَلَى رَجُلٍ فِي كُورَةَ كَذَا حَقًّا فَسَأَلَنِي أَنْ أَسْمَعَ مِنْ بَيِّنَتِهِ وَأَكْتُبَ إِلَيْكَ بِمَا يَسْتَقِرُّ عِنْدِي مِنْ ذَلِكَ فَسَأَلَنِي الْبَيِّنَةُ فَأَتَانِي بَعْدَهُ مِنْهُ فُلَانٌ وَفُلَانٌ وَفُلَانٌ وَيُحِيلُهُمْ وَيَنْسِبُهُمْ فَشَهِدُوا عِنْدِي أَنَّ لِفُلَانٍ بِنِ فُلَانٍ الْفُلَانِيَّ عَلَى فُلَانٍ بِنِ فُلَانٍ الْفُلَانِيَّ كَذَا كَذَا

دَرَهْمًا دَيْنًا حَالًا وَسَأَلَنِي أَنْ أُحْلِفَهُ مَا قَبِضَ مِنْهَا شَيْئًا وَلَا قَبْضَ بَوَكَالَةٍ وَلَا احْتَالَ بِشَيْءٍ فَأَحْلَفْتُهُ فَحَلَفَ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ مَا قَبِضَ مِنْ هَذَا الْمَالِ الَّذِي قَامَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ عِنْدِي وَلَا قَبْضَهُ لَهُ وَكَيْلٌ وَلَا أَحَالَهُ وَلَا قَبْضَهُ لَهُ قَابِضٌ وَإِنَّهَا لَهُ عَلَيَّ ، وَسَأَلَنِي أَنْ أَكْتُبَ لَهُ إِلَيْكَ بِمَا يَسْتَقِرُّ عِنْدِي فَكَتَبْتُ إِلَيْكَ بِهَذَا الْكِتَابِ وَأَشْهَدْتُ عَلَيْهِ شُهُودًا أَنَّهُ كِتَابِي وَخَاتَمِي وَقَرَأْتُهُ عَلَى الشُّهُودِ . قَالَ ثُمَّ يَطْوِي الْكِتَابَ وَيَخْتَمُّ عَلَيْهِ وَيَخْتَمُّ الشُّهُودُ عَلَيْهِ فَهُوَ أَوْثَقٌ ، ثُمَّ يَكْتُبُ عَلَيْهِ عُنْوَانَ الْكِتَابِ مِنْ فُلَانٍ قَاضِي كُورَةَ كَذَا إِلَى فُلَانٍ قَاضِي كُورَةَ كَذَا ، ثُمَّ يَدْفَعُ إِلَى الْمُدْعَى .

فَإِنْ أَتَى بِهِ الْمُدْعَى إِلَى الْقَاضِي الَّذِي بِالْكُورَةِ فَذَكَرَ أَنَّ هَذَا كِتَابُ الْقَاضِي إِلَيْهِ سَأَلَهُ الْبَيِّنَةُ عَلَى كِتَابِ الْقَاضِي وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَسْمَعَ لَهُ مِنْ بَيِّنَةِ الْمُدْعَى حَتَّى يُحْضَرَ الْخَصْمُ ، فَإِذَا أَحْضَرَهُ وَأَقْرَأَ أَنَّهُ فُلَانٌ بِنِ فُلَانٍ الْفُلَانِيَّ قَبْلَ بَيِّنَتِهِ وَسَمِعَ مِنْهُ ، فَإِذَا أَنْكَرَ قَالَ جَنَنِي بِالْبَيِّنَةِ أَنَّ هَذَا فُلَانٌ بِنِ فُلَانٍ الْفُلَانِيَّ ، فَإِذَا جَاءَ بَيِّنَةُ وَعَدَلُوا سَمِعَ مِنْ بَيِّنَةِ الْمُدْعَى عَلَى أَنَّ هَذَا كِتَابُ الْقَاضِي الَّذِي ذَكَرَ فَيَقُولُ لَهُ أَقْرَأْ عَلَيْكُمْ مَا فِيهِ ، فَإِذَا قَالُوا نَعَمْ قَدْ قَرَأَهُ عَلَيْنَا وَأَشْهَدْنَا أَنَّ هَذَا كِتَابُهُ ، ثُمَّ خَتَمَهُ وَقَالَ هَذَا خَاتَمِي ، فَإِذَا سَمِعَ مِنْهُ لَمْ يَكْسِرِ الْخَاتَمَ حَتَّى يَسْأَلَ عَنْهُ ، فَإِذَا عَدَلُوا لَمْ يَكْسِرِ الْخَاتَمَ حَتَّى يَحْضَرَ الْخَصْمُ ، فَإِذَا حَضَرَ الْخَصْمُ كَسَرَ الْخَاتَمَ وَقَرَأَ عَلَيْهِمْ وَعَلَى الْخَصْمِ مَا فِي الْكِتَابِ ، فَإِذَا قَالَ الشُّهُودُ نَعَمْ قَدْ أَشْهَدْنَا عَلَى مَا فِيهِ عَلَى مَا قَرَأَ عَلَيْنَا سَأَلَ الْخَصْمَ عَمَّا شَهِدَ بِهِ عَلَيْهِ ، فَإِذَا أَقْرَأَ الزَّمَهُ إِيَّاهُ وَإِنْ أَنْكَرَ قَالَ لَكَ حُجَّةٌ وَإِلَّا قَضَيْتُ عَلَيْكَ بِمَا فِيهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ حُجَّةٌ قَضَى عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَتْ لَهُ حُجَّةٌ قَبْلَ حُجَّتِهِ ، فَإِنْ قَالَ لَسْتُ أَنَا فُلَانًا الْفُلَانِيَّ الَّذِي شَهِدُوا عَلَيْهِ بِهَذَا الْمَالِ قَالَ لَهُ أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ أَنَّ فِي هَذِهِ الصَّنَاعَةِ أَوْ الْقَبِيلَةِ رَجُلًا يُنْسَبُ مِثْلَ مَا تُنْسَبُ إِلَيْهِ وَإِلَّا أَلَزَمْتُكَ مَا شَهِدُوا بِهِ ، فَإِنْ جَاءَ بَيِّنَةُ عَلَى أَنَّ فِي تِلْكَ الْقَبِيلَةِ أَوْ الصَّنَاعَةِ مَنْ يُنْسَبُ بِمِثْلِ مَا يُنْسَبُ إِلَيْهِ أَبْطَلَ الْكِتَابَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي تِلْكَ الْقَبِيلَةِ أَوْ الصَّنَاعَةِ أَحَدٌ عَلَى اسْمِهِ وَاسْمِ أَبِيهِ قَضَى عَلَيْهِ .

إِلَى هُنَا لَفْظُ كِتَابِ الْمَجَرَّدِ

قوله لئن لیس بمئزم

أَيُّ لَأَنَّ الْإِمَامَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَعْطَى الْإِمَانَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يُعْطِهِ .

قوله في المتن وقرأه على الخصم والزمه ما فيه

وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَابْنُ أَبِي لَيْلَى إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُهُ وَخَاتَمُهُ فَبِلَهُ وَلَا حَاجَةَ إِلَى اعْتِبَارِ قِرَاءَةِ الْقَاضِي الْكَاتِبِ عَلَى الشُّهُودِ لِأَنَّهُمْ لَمَّا شَهِدُوا أَنَّ الْكِتَابَ كِتَابُهُ وَالْخَاتَمَ خَاتَمُهُ ثَبَتَ أَنَّهُ كِتَابُ الْقَاضِي الْكَاتِبِ ، فَإِذَا قَرَأَهُ عَرَفَ مَا فِيهِ .

قوله لئن لا يكون حجة إلّا بعد ظهور عدم التهم

وَذَكَرَ الْخَصَّافُ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَبْلَ ظُهُورِ الْعَدَالَةِ ، ثُمَّ قَالَ مَا قَالَ مُحَمَّدٌ أَصَحُّ أَيُّ يَحْجُزُ الْفَتْحُ بِالشَّهَادَةِ بِكِتَابِهِ وَخَاتَمِهِ مِنْ غَيْرِ تَعَرُّضٍ لِعَدَالَةِ الشُّهُودِ كَأَكْبَرُ

قوله ثم لا بد من مسافة بين القاضيين

وَحَكَى الطَّحَاوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ أَنَّهُ يَحْجُزُ فِيمَا دُونَ السَّفَرِ قَالَهُ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ .

قوله وعن أبي يوسف أنه إن كان في مكان لو غدا إلخ

قَالَ مِسْكِينٌ وَفِي السَّرَاجِيَّةِ كِتَابُ الْقَاضِي فِيمَا دُونَ مَسِيرَةِ سَفَرٍ لَا يَحْجُزُ فِي ظَاهِرِ الرَّأْيَةِ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَوْ كَانَ بِحَالٍ لَوْ غَدَا إِلَى بَابِ الْقَاضِي لَا يُمَكِّنُهُ الرُّجُوعُ إِلَى مَنْزِلِهِ فِي يَوْمِهِ ذَلِكَ يُقْبَلُ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى .

قوله ذكر الكرخي في اختلاف الفقهاء أن كتاب القاضي إلخ

فِي الْخَصَّافِ وَرُوي عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ فِي مِصْرَ فِيهِ قَاضِيَانِ فِي كُلِّ جَانِبٍ قَاضٍ يَكْتُبُ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ كِتَابًا يُقْبَلُ كِتَابُهُ ، وَلَوْ أَتَى أَحَدُهُمَا إِلَى صَاحِبِهِ فَأَخْبَرَهُ بِالْحَادِثَةِ بِنَفْسِهِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ لِأَنَّ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ كَانَ الْأَوَّلُ خَاطِبُهُ فِي مَوْضِعِ الْقَضَاءِ وَفِي الثَّانِي خَاطِبُهُ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الْقَضَاءِ .

قوله في المتن ويبطل الكتاب بموت الكاتب

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَإِنَّمَا يَقْبَلُهُ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ إِذَا كَانَ الْكَاتِبُ عَلَى الْقَضَاءِ حَتَّى لَوْ مَاتَ أَوْ عَزَلَ أَوْ لَمْ يَبْقَ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ قَبْلَ وُصُولِ الْكِتَابِ إِلَيْهِ لَا يَقْبَلُهُ ؛ لِأَنَّهُ اتَّحَقَّ بِوَاحِدٍ مِنَ الرِّعَايَا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَقْضِي الْمَرْأَةُ فِي غَيْرِ حَدٍّ وَقَوْدٍ) لِأَنَّ الْقَضَاءَ يَسْتَقِي مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَشَهَادَتُهَا جَائِزَةٌ فِي غَيْرِ الْحُدُودِ فَكَذَا يَجُوزُ قَضَاؤُهَا فِيهِ ، وَلَا يَجُوزُ فِي الْحُدُودِ وَالْقَصَاصِ كَشَهَادَتِهَا لِمَا فِيهِ مِنْ شُبْهَةِ الْبِدْلَةِ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ تُؤَلَّى الْمَرْأَةُ الْقَضَاءَ لِقُصُورِ عَقْلِهَا قُلْنَا هِيَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ وَبِهِ تَصِيرُ أَهْلًا لِلشَّهَادَةِ فَكَذَا لِلْقَضَاءِ كَالرَّجُلِ .

الشرح

قَوْلُهُ فَكَذَا يَجُوزُ قَضَاؤُهَا إِلَى آخِرِهِ (أَيُّ وَلَا تَصْلُحُ لِلْخِلَافَةِ عَلَى مَا يَأْتِي فِي كِتَابِ الشَّهَادَةِ .

ا هـ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَسْتَخْلَفُ قَاضٍ إِلَّا أَنْ يُفَوَّضَ إِلَيْهِ ذَلِكَ بِخِلَافِ الْمَأْمُورِ بِالْجُمُعَةِ) لِأَنَّهُ فُوضَ إِلَيْهِ الْقَضَاءُ لَا التَّقْلِيدُ ، فَلَا يَتَصَرَّفُ فِي غَيْرِ مَا فُوضَ إِلَيْهِ كَالْوَكِيلِ لَا يُوكَّلُ بِدُونِ إِذْنِ الْمُوَكَّلِ ، وَفِي الْجُمُعَةِ جَوَازُهَا لِلْمَأْمُورِ بِأَدَائِهَا أَنْ يَسْتَخْلَفَ لِكُونِهَا عَلَى شَرَفِ الْفَوَاتِ ، ثُمَّ إِنْ أَحْدَثَ قَبْلَ أَنْ يَشْرَعَ فِي الْجُمُعَةِ لَمْ يَجْزْ لَهُ أَنْ يَسْتَخْلَفَ إِلَّا مَنْ شَهِدَ الْخُطْبَةَ لِأَنَّهَا شَرْطُ فِيهَا ، فَلَا تَتَعَقَّدُ دُونَهَا ، وَإِنْ كَانَ شَرَعَ فِيهَا جَازَ أَنْ يَسْتَخْلَفَ مَنْ لَمْ يَدْرِكْ الْخُطْبَةَ لِأَنَّهَا انْعَقَدَتْ بِالْأَصْلِ فَكَانَ الثَّانِي بَاقِيًا ، فَلَا يُشْتَرَطُ لِلْبِنَاءِ مَا يُشْتَرَطُ لِلِافْتِتَاحِ وَ لِأَنَّهُ لَمَّا دَخَلَ مَعَهُ فِي الصَّلَاةِ وَجَازَتْ صَلَاتُهُ مَعَهُ التَّحَقُّ بِمَنْ شَهِدَ الْخُطْبَةَ حُكْمًا إِذْ هِيَ لَا تَجُوزُ إِلَّا بِالْخُطْبَةِ وَلِهَذَا لَوْ أَفْسَدَ الْمُسْتَخْلَفُ الْجُمُعَةَ وَأَعَادَهَا جَازَ ، وَإِنْ لَمْ يَدْرِكْ الْخُطْبَةَ لَمَّا ذَكَرْنَا ، وَلَوْ اسْتَخْلَفَ مَعَ ذَلِكَ فَحَكَمَ الْخَلِيفَةُ فَأَجَازَهُ الْقَاضِي جَازَ إِذَا كَانَ الْمُسْتَخْلَفُ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ ، وَإِنْ كَانَ رَقِيقًا أَوْ مَحْدُودًا فِي قَدْفٍ أَوْ كَافِرًا لَمْ يَجْزْ ، وَكَذَا إِذَا قَضَى بِحَضْرَةِ الْقَاضِي جَازَ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْإِمَامِ بِتَوَلِّيَّتِهِ حُضُورَ رَأْيِهِ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ أَوْ الشَّرَاءِ إِذَا وَكَّلَ غَيْرَهُ فَبَاشَرَ وَكَيْلُهُ بِحَضْرَتِهِ أَوْ بِغَيْبَتِهِ فَأَجَازَهُ ، وَلَوْ فُوضَ إِلَيْهِ الْإِمَامُ أَنْ يَسْتَخْلَفَ بَأْنِ قَالَ لَهُ وَلَمْ مَنْ شَتَّ لَهُ أَنْ يُؤَلَّى مَنْ شَاءَ فَيَصِيرَ نَائِبًا عَنِ الْإِمَامِ فِي التَّوَلِّيَةِ حَتَّى لَا يَمْلِكَ عَزْلُهُ كَالْوَكِيلِ إِذَا أَدْنَى لَهُ الْمُوَكَّلُ بِالتَّوَكُّلِ فَوَكَّلَ صَارَ وَكَيْلًا عَنْ الْمُوَكَّلِ حَتَّى لَا يَمْلِكَ الْوَكِيلُ عَزْلَهُ ، وَلَا يَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَيَنْعَزِلَانِ بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ بِخِلَافِ الْوَصِيِّ حَيْثُ يَمْلِكُ الْإِبْصَاءُ إِلَى غَيْرِهِ وَيَمْلِكُ التَّوَكُّلُ وَالْعَزْلُ فِي حَيَاتِهِ ؛ لِأَنَّ أَوَانَ ثُبُوتِ حُكْمِهَا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَقَدْ يَعْجِزُ الْوَصِيُّ عَنِ الْجُرْيِ عَلَى مُوجِبِ الْوَصِيَّةِ ، وَلَا يُمْكِنُهُ الرَّجُوعُ إِلَى الْمُوصِي فَيَكُونُ الْمُوصِي رَاضِيًا بِاسْتِعَانَتِهِ بِغَيْرِهِ ذَلَالَةً كَيْ لَا تَفُوتَ مَصَالِحُهُ بِخِلَافِ الْإِمَامِ وَالْمُوَكَّلِ لِأَنَّهُمَا يَتَصَرَّفَانِ بَأَنْفُسِهِمَا ، فَلَا تَفُوتُهُمَا الْمَصَالِحُ ، وَلَوْ فُوضَ إِلَيْهِ الْعَزْلُ بَأْنِ قَالَ اسْتَبْدَلَ مَنْ شَتَّ كَانَ لَهُ الْعَزْلُ لِأَنَّهُ مَلَكُهُ بِالتَّفْوِيزِ إِلَيْهِ وَهَذَا لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنِ الْإِمَامِ ، فَلَا يَمْلِكُ إِلَّا مَا أَطْلَقَ لَهُ لِأَنَّ رِضَاهُ بِتَصَرُّفِهِ لَا يَدُلُّ عَلَى رِضَاهُ بِتَوَلِّيَّتِهِ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّ النَّاسَ مُتَفَاوِثُونَ فِي الْأَمَانَةِ وَالتَّصَرُّفِ .

الشرح

قَوْلُهُ كَالْوَكِيلِ لَا يُوكَّلُ بِدُونِ إِذْنِ الْمُوَكَّلِ

بِخِلَافِ الْمُسْتَعِيرِ حَيْثُ كَانَ لَهُ أَنْ يُعِيرَ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَحْدُثُ عَلَى مَلِكِهِ فَيَمْلِكُ تَمْلِكُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِهِ فَكَانَ مُتَصَرِّفًا بِحُكْمِ الْمَلِكِ بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِحُكْمِ الْإِذْنِ فَيَمْلِكُ بِقَدْرِ مَا أُذِنَ لَهُ .

غَايَةٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِذَا رُفِعَ إِلَيْهِ حُكْمُ قَاضٍ أَمَضَاهُ إِنْ لَمْ يُخَالَفِ الْكِتَابَ وَالسُّنَّةَ الْمَشْهُورَةَ وَالْإِجْمَاعَ) لِأَنَّهُ لَا مَرِيَّةَ لِأَحَدِ الْجَاهِلِينَ عَلَى الْآخِرِ وَقَدْ تَرَجَّحَ الْأَوَّلُ بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ ، فَلَا يَنْتَقِضُ بِمَا هُوَ دُونُهُ وَلِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَنْفُذْ الْأَوَّلُ لَمَا نَفَذَ الثَّانِي أَيْضًا ، وَكَذَا الثَّلَاثُ وَالرَّابِعُ إِلَى مَا لَا يَتَنَاهَى لِاحْتِمَالِ أَنْ يَجِيءَ قَاضٍ يَرَى خِلَافَ ذَلِكَ فَكَانَ نَافِذًا ضَرُورَةً وَقَدْ صَحَّ أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ لَمَّا كَثُرَ اشْتِغَالُهُ قَلَّدَ الْقَضَاءَ أَبَا الدَّرْدَاءِ وَاخْتَصَمَ إِلَيْهِ رَجُلَانِ فَقَضَى لِأَحَدِهِمَا ، ثُمَّ لَقِيَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ الْمَقْضِي عَلَيْهِ فَسَأَلَهُ عَنْ حَالِهِ فَقَالَ قَضَى عَلَيَّ فَقَالَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ لَوْ كُنْتُ أَنَا مَكَانَهُ لَقَضَيْتُ لَكَ فَقَالَ الْمَقْضِي عَلَيْهِ وَمَا يَمْنَعُكَ مِنَ الْقَضَاءِ قَالَ لَيْسَ هُنَا نَصٌّ وَالرَّأْيُ مُشْتَرَكٌ ، وَرَوَى عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ أَنَّهُ قَضَى فِي حَادِثَةٍ بِقَضِيَّةٍ ، ثُمَّ قَضَى فِيهَا بِخِلَافِ ذَلِكَ فَقِيلَ لَهُ فِي ذَلِكَ فَقَالَ تِلْكَ كَمَا قَضَيْنَا وَهَذِهِ كَمَا نَقْضِي ، وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ الْفُقَهَاءُ فَقَضَى بِهِ الْقَاضِي ، ثُمَّ جَاءَ قَاضٍ آخَرُ يَرَى غَيْرَ ذَلِكَ أَمَضَاهُ فَيَدُهُ بِكَوْنِ الثَّانِي يَرَى خِلَافَ مَا حَكَمَ بِهِ الْأَوَّلُ وَلَيْسَ فِيمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ التَّقْيِيدُ بِهِ فَيُوهِمُ أَنَّهُ إِنَّمَا يُمَضِّيه إِذَا كَانَ مُوَافِقًا لِرَأْيِهِ .

وَقَالُوا شَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِاخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ حَتَّى لَوْ قَضَى فِي فَصْلٍ مُجْتَهَدٍ فِيهِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ عِنْدَ عَامَّتِهِمْ ، وَلَا يُمَضِّيه الثَّانِي ذَكَرَهُ فِي النِّهَايَةِ مَعْرِضًا إِلَى الْمُحِيطِ ، وَقَالَ فِيهِ شَمْسُ الْأُيُومِ هَذَا هُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ، فَلَوْ قَضَى فِي الْمُجْتَهَدِ فِيهِ مُخَالَفًا لِرَأْيِهِ نَاسِيًا لِمَذْهَبِهِ نَفَذَ عِنْدَ أَبِي

حَنِيفَةَ ، وَإِنْ كَانَ عَامِدًا فِيهِ رَوَاتَانِ فِي رَوَايَةٍ يَنْفُذُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِخَطِئِ بَيِّقِينَ ، وَفِي أُخْرَى لَا يَنْفُذُ ؛ لِأَنَّهُ خَطَأٌ عِنْدَهُ وَقَدْ نَهَى عَنْ اتِّبَاعِ هَوَى غَيْرِهِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { ، وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ } وَعِنْدَهُمَا لَا يَنْفُذُ فِي الْوَجْهَيْنِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى وَقِيلَ الْفَتْوَى عَلَى التَّفَادِي ذَكَرَهُ فِي الْكَافِي ، ثُمَّ شَرَطَ أَنْ لَا يَكُونَ مُخَالَفًا لِمَا ذَكَرَهُ مِنَ الْأَدْلَةِ ، وَلَوْ كَانَ مُخَالَفًا لَهَا نَقَضَهُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ الْجَاهِلِينَ عَلَى خِلَافِ هَذِهِ الْأَدْلَةِ غَيْرُ سَائِعٍ فَيَنْتَقِضُ بِهِ وَقَيْدَ بِالسُّنَّةِ الْمَشْهُورَةِ احْتِرَازًا عَنِ الْغَرِيبِ وَالْمُرَادُ بِالْإِجْمَاعِ مَا لَيْسَ فِيهِ خِلَافٌ يَسْتَنْدُ إِلَى دَلِيلٍ شَرْعِيٍّ فَحَاصِلُهُ أَنَّ الَّذِي قَضَى بِهِ الْأَوَّلُ لَا يَخْلُو مِنْ أَرْبَعَةٍ أَوْجُهُ : إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُوَافِقًا لِلدَّلِيلِ الشَّرْعِيِّ كَالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ ، فَلَا كَلَامَ فِيهِ ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مُخْتَلَفًا فِيهِ اخْتِلَافًا يَسْتَنْدُ كُلُّ وَاحِدٍ إِلَى دَلِيلٍ شَرْعِيٍّ فَكَذَلِكَ حُكْمُهُ لَا يَنْقُضُ بَعْدَ مَا حَكَمَ بِهِ حَاكِمٌ مِثْلَهُ إِذَا رَفَعَ إِلَى حَاكِمٍ مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْيَمِينَ بِالطَّلَاقِ الْمُضَافِ فَأَبْطَلَ الْيَمِينَ نَفَذَ ، وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِتَرْوُجِهَا بَعْدَهُ .

وَالْأَحْسَنُ أَنْ يَقُولَ أَبْطَلَتِ الْيَمِينَ وَنَقَضَتْ هَذَا الطَّلَاقَ ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الْخِلَافُ فِي نَفْسِ الْقَضَاءِ فَفِيهِ رَوَاتَانِ فِي رَوَايَةٍ لَا يَنْفُذُ ذَكَرَهُ الْخَصَافُ وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ مَحَلَّ الْخِلَافِ لَا يُوْجَدُ قَبْلَ الْقَضَاءِ ، فَإِذَا قَضَى حِينَئِذٍ وَجَدَ مَحَلَّ الْاخْتِلَافِ وَالْإِجْتِهَادِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ قَضَاءٍ آخَرَ يَرْجَحُ أَحَدَهُمَا وَذَلِكَ مِثْلُ الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ وَلِلْغَائِبِ ، وَقَضَاءُ الْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ وَشَهَادَتُهُ بَعْدَ التَّوْبَةِ وَقَضَاءُ الْفَاسِقِ وَشَهَادَتُهُ قَبْلَ التَّوْبَةِ حَتَّى لَوْ قَضَى عَلَى الْغَائِبِ أَوْ قَضَى الْفَاسِقُ

أَوْ الْمَحْدُودُ فِي الْأَصَحِّ لَا يَنْفُذُ إِلَّا إِذَا رَفَعَ إِلَى حَاكِمٍ آخَرَ فَقَضَى لِصِحَّةِ حُكْمِهِ فَحِينَئِذٍ يَلْزَمُ لَوْ فَسَخَهُ انْفَسَخَ ؛ لِأَنَّ الْخِلَافَ فِي نَفْسِ الْقَضَاءِ قَبْلَ الْقَضَاءِ لَمْ يُوْجَدْ مَحَلُّهُ ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مُخَالَفًا لِلدَّلِيلِ الشَّرْعِيِّ وَهُوَ النَّوْعُ الرَّابِعُ فَإِنَّهُ لَا يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ ، وَلَا يَنْفُذُ بِتَنْفِيدِ قَاضٍ آخَرَ ، وَلَوْ رَفَعَ إِلَى حَاكِمٍ وَنَفَذَهُ لِأَنَّ قَضَاءَهُ وَقَعَ بَاطِلًا لِمُخَالَفَتِهِ الْكِتَابَ أَوْ السُّنَّةَ أَوْ الْإِجْمَاعَ ، فَلَا يَعُودُ صَحِيحًا بِالتَّنْفِيدِ وَذَلِكَ مِثْلُ الْقَضَاءِ بِشَاهِدٍ وَيَمِينَ أَوْ بِالْقَصَاصِ بِتَعْيِينِ الْوَلِيِّ وَاحِدًا مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ وَيَمِينَهُ أَوْ بِصِحَّةِ نِكَاحِ الْمُتَعَةِ وَالْمُؤَقَّتِ أَوْ بِصِحَّةِ بَيْعِ عَبْدٍ مُعْتَقِ الْبَعْضِ أَوْ بِلُزُومِ ثَمَنِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَمْدًا أَوْ بِجَوَازِ نِكَاحِ الْجَدَّةِ أَوْ امْرَأَةِ الْجَدِّ أَوْ بِسُقُوطِ الدِّينِ بِمُضِيِّ سِنِينَ أَوْ بِجَوَازِ بَيْعِ جَنِينٍ ذُبِحَتْ أُمُّهُ وَمَاتَ فِي بَطْنِهَا أَوْ بِحِلِّ الْمُطَلَّاقَةِ ثَلَاثًا لِلأَوَّلِ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا الثَّانِي أَوْ بِإِطْلَالِ عَفْوِ الْمَرْأَةِ عَنِ الْقَوْدِ أَوْ بِعَدَمِ وَقُوعِ الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ جُمْلَةً أَوْ بِعَدَمِ وَقُوعِ الطَّلَاقِ عَلَى حُبْلَى أَوْ حَائِضٍ قَبْلَ الدُّخُولِ .

كُلُّ ذَلِكَ لَا يَنْفُذُ فِيهِ حُكْمُ الْحَاكِمِ لَوْ قُوعَهُ بَاطِلًا ، وَلَا يَنْفُذُ بِالتَّنْفِيدِ وَيَبْعُ أُمُّ الْوَلَدِ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ حَتَّى ، لَوْ قَضَى بِجَوَازِهِ لَا يَجُوزُ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ وَأَصْلُ الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا وَقَعَ الْخِلَافُ فِي قَضِيَّةٍ فِي عَصْرِ ، ثُمَّ أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ فِي عَصْرِ

آخَرَ بَعْدَهُمْ هَلْ يَرْتَفِعُ الْخِلَافُ الْمُتَقَدِّمُ أَمْ لَا فَعِنْدَهُ يَرْتَفِعُ فَلَمْ يُعْتَبَرْ خِلَافُ الْمُتَقَدِّمِ وَعِنْدَهُمَا لَا يَرْتَفِعُ فَيَكُونُ خِلَافُهُ بَاقِيًا عَلَى حَالِهِ ، وَقَالَ شَمْسُ الْأُيْمَةِ يَرْتَفِعُ بِهِ بِلَا خِلَافٍ وَإِنَّمَا يَنْفُذُ حُكْمُ الْحَاكِمِ فِيهِ عِنْدَهُمَا ؛ لِأَنَّ هَذَا الْإِجْمَاعَ ضَعِيفٌ فَيَنْفُذُ قَضَاءُ الْقَاضِي بِخِلَافِهِ لِضَعْفِهِ .

الشرح

قوله في المتن إذا رفع إليه حكم قاض أمضاه (المراد بالإمضاء التنفيذ) .

أثقاني

قوله إن لم يخالف الكتاب

والمراد من خلاف الكتاب خلاف نص الكتاب الذي لم يختلف في تأويله السلف مثل قوله { وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ } وَقَدْ اتَّفَقَ النَّاسُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةُ الْأَبِ وَلَا جَارِيَتُهُ وَلَا يَطَأُ وَاحِدَةً مِنْهُمَا فَلَوْ حَكَمَ الْقَاضِي بِجَوَازِ نِكَاحِ امْرَأَةِ الْأَبِ كَانَ لِلْقَاضِي الثَّانِي فُسْخُحُهُ غَايَةً ، وَكَذَا إِذَا قَضَى بِحِلِّ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَمْدًا لَا يَصِحُّ وَيُطْلَعُ الْقَاضِي الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ لِنَصِّ الْكِتَابِ قَالَ تَعَالَى { وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ } .

غاية

قوله فلا ينتقض بما هو دونه

حتى لو قضى بإبطاله ، ثم رفع إلى قاض آخر فالثالث ينفذ قضاء الأول ويطلب قضاء الثاني ؛ لِأَنَّ قَضَاءَ الْأَوَّلِ كَانَ فِي مَوْضِعِ الْجَاهِدِ وَالْقَضَاءُ فِي الْمُجْتَهَدَاتِ نَافِذٌ بِالْإِجْمَاعِ فَكَانَ الْقَضَاءُ فِي الثَّانِي مُخَالِفًا لِلْإِجْمَاعِ فَيَكُونُ بَاطِلًا .

مُحِيطٌ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَالْأَصْلُ هُنَا مَا قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْمُعِينِ النَّسْفِيُّ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ أَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي فِي فَصْلِ مُجْتَهَدٍ فِيهِ يَنْفُذُ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمِينَ مَعَ اخْتِلَافِهِمْ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي يَنْفُذُ فِي الْمُجْتَهَدَاتِ عَلَى مَنْ يُخَالِفُ رَأْيَهُ حَسَبَ نَفُوذِهِ عَلَى مَنْ وَافَقَ رَأْيَهُ فَإِذَا هَذَا قَضَاءُ ائْتَمَدَ الْإِجْمَاعِ عَلَى نَفُوذِهِ

(فَرَعَ) ذَكَرَهُ فِي الْمُحِيطِ نَصُّهُ رَجُلٌ وَطِئَ أُمُّ امْرَأَتِهِ أَوْ ابْنَتُهَا فَخَاصَمَتْهُ زَوْجَتُهُ فِي ذَلِكَ إِلَى قَاضٍ لَا يَرَى حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ فَقَضَى بِالْمَرْأَةِ لِزَوْجِهَا لَيْسَ لِقَاضٍ آخَرَ أَنْ يُطْلَعَ قَضَاءُ الْأَوَّلِ ، بَلْ يَنْفُذُهُ نَصٌّ عَلَيْهِ

الْخَصَافُ وَذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا فَصْلٌ مُخْتَلَفٌ فِيهِ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ اخْتَلَفُوا فِي حُرْمَةِ الْمُصَاهَرَةِ بِالزَّيْنِ ، وَالْعُلَمَاءُ وَالْأَحَادِيثُ فِيهَا مُخْتَلَفَةٌ فَيَنْفُذُ قَضَاءُ الْأَوَّلِ فِيهِ بِالْإِجْمَاعِ ، ثُمَّ هَلْ يَحِلُّ لِلزَّوْجِ الْمَقَامُ مَعَهَا ؟ يُنْظَرُ إِنْ كَانَ الزَّوْجُ جَاهِلًا حَلَّ لَهُ الْمَقَامُ مَعَهَا وَإِنْ قَضَى بِتَحْرِيمِهَا نَفَذَ قَضَاؤُهُ وَلَا يَحِلُّ لَهُ الْمَقَامُ مَعَهَا ؛ لِأَنَّ الْمَقْضِيَّ لَهُ مَتَى كَانَ جَاهِلًا يَتَّبِعُ رَأْيَ الْقَاضِي وَإِنْ كَانَ عَالِمًا يُنْظَرُ إِنْ قَضَى الْقَاضِي بِتَحْرِيمِهَا وَالْمَقْضِيُّ لَهُ يَرَى حِلَّهَا نَفَذَ الْقَضَاءُ بِالْإِجْمَاعِ حَتَّى لَا يَحِلَّ لَهُ الْمَقَامُ مَعَهَا ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ مَقْضِيٍّ عَلَيْهِ فَيَتَّبِعُ فِي الْقَضَاءِ عَلَيْهِ رَأْيَ الْقَاضِي ، وَإِنْ قَضَى لَهُ بِحِلِّهَا وَالْمَقْضِيُّ لَهُ يَرَى حُرْمَتَهَا هَلْ يَنْفُذُ ؟ وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْقَضَاءُ إِذَا كَانَ بِخِلَافِ رَأْيِ الْمَقْضِيِّ لَهُ هَلْ يَنْفُذُ ؟ قَالَ أَبُو يُوسُفَ لَا يَنْفُذُ وَيَتَّبِعُ رَأْيَ نَفْسِهِ حَتَّى لَا يَحِلَّ لَهُ الْمَقَامُ مَعَهَا وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ يَنْفُذُ وَيَتَّبِعُ رَأْيَ الْقَاضِي حَتَّى يَحِلَّ لَهُ الْمَقَامُ مَعَهَا .

ذَكَرَ هَذَا الْخِلَافَ فِي التَّوَادِرِ وَذَكَرَ فِي اسْتِحْسَانِ الْأَصْلِ وَفِي السَّبْرِ الْكَبِيرِ إِذَا طَلَّقَهَا بِلَفْظَةِ الْكِتَابَةِ فَرَفَعَ إِلَى قَاضٍ ، وَهُوَ يَرَى الْكِتَابَةَ

رَوَّاجِعَ ، وَقَدْ قَضَى لَهُ بِالرَّجْعَةِ حَلٌّ لَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا وَإِنْ كَانَ رَأْيُهُ خِلَافَ ذَلِكَ وَلَمْ يَذْكُرْ خِلَافًا فَظَاهِرُ الرَّوَايَةِ يَنْفُذُ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ .
لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْقَضَاءَ فِي حَقِّ الْمُقْضِي لَهُ فَتْوَى ؛ لِأَنَّهُ لِرَّامٍ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يُخَيَّرُ فِيهِ إِنْ شَاءَ رَاجَعَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يُرَاجِعْ ، وَبِالْفَتْوَى لَا يَصِيرُ
الْحَلَالُ حَرَامًا وَالْبَائِنُ رَجْعِيًّا كَمَا لَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ قَتَلَ وَلِيَّ هَذَا عَمْدًا وَقَضَى الْقَاضِي لَهُ عَلَيْهِ بِالْقَوْدِ وَالْوَلِيُّ يَعْرِفُ أَنَّ
الشُّهُودَ شُهُودٌ زُورٌ لَا يَحِلُّ لَهُ

أَنْ يَقْتُلَهُ فَكَذَا هَذَا لَهُمَا أَنَّ الْقَضَاءَ لِرَّامٍ فِي حَقِّ الْمُقْضِي لَهُ مِنْ حَيْثُ الْإِعْتِقَادُ ؛ لِأَنَّهُ أَلْزَمُهُ ثُبُوتُ اعْتِقَادِ الْحَلِّ وَالرَّجْعَةِ فَيَصِيرُ مُقْضِيًّا عَلَيْهِ
فِي حَقِّ الْإِعْتِقَادِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُقْضِيًّا عَلَيْهِ فِي حَقِّ الْإِسْتِيفَاءِ وَلِهَذَا لَوْ كَانَ جَاهِلًا يَنْفُذُ فَكَذَا إِذَا كَانَ عَالِمًا ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ مُلْزَمٌ فِي حَقِّ النَّاسِ
كَأَفَّةٍ بِخِلَافِ الْفَتْوَى لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُلْزَمٍ لِمَنْ مِنْ حَيْثُ الْإِعْتِقَادُ وَلَا مِنْ حَيْثُ الْإِسْتِيفَاءُ قَوْلُهُ فَلَوْ قَضَى فِي الْمُجْتَهَدِ فِيهِ مُخَالَفًا لِرَأْيِهِ نَاسِيًا إِلَى
آخِرِهِ) وَلَكِنْ بِشَرْطٍ أَنْ لَا يَكُونَ الْمُجْتَهَدُ فِيهِ مُخَالَفًا لِلْكِتَابِ أَوْ السُّنَّةِ الْمَشْهُورَةِ أَوْ الْإِجْمَاعِ ، فَإِذَا كَانَ مُخَالَفًا لِأَحَدِهَا يُبْطِلُهُ الْقَاضِي
الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ بَاطِلًا .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ لِمُخَالَفَتِهِ الْكِتَابِ أَوْ السُّنَّةِ

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَنَظِيرُ خِلَافِ السُّنَّةِ الْمَشْهُورَةِ مَا إِذَا قَضَى الْقَاضِي بِالْقَصَاصِ بِالْقَسَامَةِ أَعْنِي يَحْلِفُ الْمُدَّعِي حَمْسِينَ يَمِينًا إِذَا
وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مَحَلِّهِ وَكَانَ ثَمَّةَ عِدَاوَةٍ ظَاهِرَةٍ فَحَلَفَ الْمُدَّعِي عَلَى أَنْ فَلَانًا قَتَلَهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْهُ فِي قَوْلِ مَالِكٍ ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ
فِي الْقَدِيمِ كَذَا ذَكَرَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ فِي شَرْحِ أَدَبِ الْقَاضِي ، وَهَذَا الْحُكْمُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ لِمُخَالَفَتِهِ السُّنَّةَ الْمَشْهُورَةَ ، وَهُوَ قَوْلُهُ
عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ } قَالَ فِي الْمُحِيطِ وَالْقَتْلُ بِقَسَامَةٍ بَأْنٍ وَجِدَ قَتِيلٌ فِي مَحَلِّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِ
الْمَحَلِّ عِدَاوَةٍ ظَاهِرَةٍ فَعَيْنُ وَلِيِّ الْقَتِيلِ رَجُلَيْنِ فِي الْمَحَلِّ أَتَاهُمَا قَتْلَاهُ وَحَلَفَ عَلَى ذَلِكَ عِنْدَ مَالِكٍ يَقْضِي الْقَاضِي بِالْقَوْدِ فَهَذَا الْقَضَاءُ
مُخَالَفٌ لِلْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ أَحَدًا مِنَ الصَّحَابَةِ لَمْ يَقْضِ
بِالْقَوْدِ بِالْقَسَامَةِ ، فَلَا يَكُونُ خِلَافٌ مَالِكٍ مُعْتَبَرًا .

قَوْلُهُ وَذَلِكَ مِثْلُ الْقَضَاءِ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ

قَالَ فِي الْمُحِيطِ ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ مُخَالَفٌ لِلْكِتَابِ ، وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى { وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ } الْآيَةُ .
فَاللَّهُ تَعَالَى شَرَعَ الْفَصْلَ بِالْقَضَاءِ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ فَكَانَ الْقَضَاءُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ مُخَالَفًا لِلْكِتَابِ وَالْحَدِيثِ فِيهِ شَاذٌ لَا يَجُوزُ
الْعَمَلُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُخَالَفٌ لِلْكِتَابِ وَيُخَالَفُ الْإِجْمَاعُ أَيْضًا فَإِنَّهُ لَمْ يَقْضِ عَلَى أَحَدٍ مِنَ الصَّحَابَةِ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ إِلَّا مَرْوَانُ بْنُ الْحَكَمِ وَفَعَلَهُ
مِمَّا لَا يُؤْخَذُ بِهِ ، فَلَا يَكُونُ هَذَا مُحْتَمَلًا فَلَمْ يُعْتَبَرْ وَذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ أَنَّ هَذَا مَذْهَبُ مُحَمَّدٍ ، وَأَمَّا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي
يُوسُفَ فَيَجُوزُ قَضَاؤُهُ وَلَا يَنْفَسِخُ كَذَا ذَكَرَ الْإِمَامُ النَّاصِحِيُّ وَقَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تُنَبِّئُنِي عَلَى أَنَّ الْإِجْمَاعَ الْمُتَأَخَّرَ
هَلْ يَرْفَعُ الْخِلَافَ الْمُتَقَدَّمَ أَمْ لَا ؟ فَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَرْفَعُ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لَا يَرْفَعُ .

هَكَذَا ذَكَرَ فِي شَرْحِ أَدَبِ الْقَاضِي يَعْنِي أَنَّ الصَّحَابَةَ اخْتَلَفُوا فِي جَوَازِ بَيْعِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ قَالَ اجْتَمَعَ رَأْيِي وَرَأْيُ عُمَرَ
فِي أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ أَنَّهُمْ لَا يُبْعَنَ ، ثُمَّ رَأَيْتُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّ أَرْقَهْنَ فَقَالَ عُبَيْدَةُ السَّلْمَانِيُّ رَأْيُكَ فِي رَأْيِ عُمَرَ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ رَأْيِكَ وَحَذْكَ ، ثُمَّ

أَجْمَعَ التَّابِعُونَ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ بَيْعِ أُمِّ الْوَلَدِ فَكَانَ قَضَاءُ الْقَاضِي بِجَوَازِ الْبَيْعِ يُخَالِفُ الْإِجْمَاعَ فَيُطْلَعُ الثَّانِي عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَعِنْدَهُمَا لَمَّا لَمْ يَرْتَفَعْ الْخِلَافُ الْمُتَقَدِّمُ بَيْنَ الصَّحَابَةِ لِإِجْمَاعِ التَّابِعِينَ كَانَ قَضَاءُ الْقَاضِي فِي فَصْلِ مُخْتَلَفٍ فِيهِ ، فَلَا يَفْسُخُهُ الثَّانِي وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو زَيْدٍ فِي آخِرِ فُصُولِ الْإِجْمَاعِ مِنْ كِتَابِ التَّقْوِيمِ أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ الْحَسَنِ رَوَى عَنْهُمْ جَمِيعًا أَنَّ الْقَاضِي إِذَا قَضَى بَيْعَ أُمِّ الْوَلَدِ لَمْ يَجْزُ وَذَكَرَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي التَّوَازُلِ أَنَّهُ لَا يَنْفَعُ الْقَضَاءُ

قَوْلُهُ أَوْ بِصِحَّةِ نِكَاحِ الْمُتْعَةِ

قَالَ فِي الْمُحِيطِ أَوْ قَضَى قَاضٍ بِمُتْعَةِ النِّسَاءِ فِي النِّكَاحِ إِلَى أَجَلٍ ، ثُمَّ رَفَعَ إِلَى قَاضٍ آخَرَ لَمْ يُنْفِذْهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْقَضَاءُ مُخَالِفٌ لِلْإِجْمَاعِ فَإِنَّ الصَّحَابَةَ أَجْمَعَتْ عَلَى فَسَادِهِ وَصَحَّ رُجُوعُ ابْنِ عَبَّاسٍ عَنْهُ وَرَوَى عَنْ عَائِشَةَ أَنَّهَا مَنْسُوخَةٌ نَسَخَهَا آيَةُ الطَّلَاقِ وَالْعَمَلُ بِالْمَنْسُوخِ حَرَامٌ وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْقَضَاءَ بِالْمُتْعَةِ نَافِذٌ لَكِنْ هَذَا شَاذٌ لَا يُعْمَلُ بِهِ ، وَهَذَا فِي لَفْظِ الْمُتْعَةِ بَأَنَّ قَالَ أَتَمَّتْ بِكَ إِلَى أَجَلٍ فَأَمَّا إِذَا قَالَ تَزَوَّجْتُكَ إِلَى شَهْرٍ عِنْدَنَا بَطَلَ النِّكَاحُ وَعِنْدَ زُفَرٍ يَصِحُّ وَيُطْلَقُ التَّوَقُّيْتُ فَكَانَ هَذَا مَوْضِعَ الْجَاهِدِ قَوْلُهُ أَوْ بِصِحَّةِ بَيْعِ عَبْدٍ مُعْتَقٍ الْبَعْضُ (قَالَ فِي الْمُحِيطِ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْقَضَاءُ مُخَالِفٌ لِلْإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ فَإِنَّ الصَّحَابَةَ اتَّفَقُوا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ اسْتِدَامَةُ الرِّقِّ فِيهِ لَكِنْ اخْتَلَفُوا قَالَ بَعْضُهُمْ يَخْرُجُ إِلَى الْعِتْقِ بِالسَّعَايَةِ وَإِلَيْهِ ذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ وَقَالَ بَعْضُهُمْ يَعْتِقُ كُلَّهُ وَإِلَيْهِ ذَهَبَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ .

قَوْلُهُ أَوْ بِحِلِّ الْمُطْلَقَةِ ثَلَاثًا لِلأَوَّلِ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا الثَّانِي

؛ لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ لِلْسُّنَنِ الْمَشْهُورَةِ وَهِيَ حَدِيثُ الْعُسَيْلَةِ .

غَايَةٌ

قَوْلُهُ وَبَيْعِ أُمِّ الْوَلَدِ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ

قَالَ الْأَثَرَانِيُّ وَتَطْبِيرُ خِلَافِ الْإِجْمَاعِ مَا إِذَا قَضَى بِجَوَازِ بَيْعِ أُمِّ الْوَلَدِ كَانَ لِلْقَاضِي الثَّانِي أَنْ يَقْضِيَهُ كَذَا ذَكَرَ الْخَصَّافُ فِي آدَبِ الْقَاضِي وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ لِلْإِجْمَاعِ التَّابِعِينَ اخْتِلَافٌ الشَّافِعِيِّ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَنْفَعُ الْقَضَاءُ بِشَهَادَةِ الزَّوْرِ فِي الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا لَا فِي الْأَمْلَاقِ الْمُرْسَلَةِ) أَيِ الْأَمْلَاقِ الْمُطْلَقَةِ وَهِيَ الَّتِي لَمْ يُذْكَرْ سَبَبُهَا مُعَيَّنًا وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَوَّلًا ، ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ فَقَالَ لَا يَنْفَعُ إِلَّا ظَاهِرًا وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَهُمْ أَنَّ شَهَادَةَ الزَّوْرِ حُجَّةٌ ظَاهِرًا لَا بَاطِنًا فَصَارَ كَمَا لَوْ كَانَ الشُّهُودُ عَبِيدًا أَوْ كُفَّارًا أَوْ مُحْدُوذِينَ فِي قَذْفٍ وَكَمَا إِذَا قَضَى بِنِكَاحِ لِرَجُلٍ عَلَى امْرَأَةٍ وَهِيَ مِنْكُوحَةُ الْغَيْرِ أَوْ مُعْتَدَّتُهُ وَكَمَا فِي الْأَمْلَاقِ الْمُرْسَلَةِ وَلَنَا قَوْلٌ عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَتِلْكَ الْمَرْأَةِ شَاهِدُكَ زَوْجَاكِ وَلِأَنَّ الْقَضَاءَ لِقَطْعِ الْمُنَازَعَةِ بَيْنَهُمَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، فَلَوْ لَمْ يَنْفَعِ بَاطِنًا كَانَ تَمْهِيدًا لِلْمُنَازَعَةِ بَيْنَهُمَا وَقَدْ عَهَدْنَا نَفُوذَ

مِنْ ذَلِكَ فِي الشَّرْعِ أَلَّا تَرَى أَنَّ التَّفْرِيقَ بِالْعَانِ يَنْفُذُ بَاطِنًا وَأَحَدُهُمَا كَاذِبٌ بَيِّنٌ ، وَكَذَا إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَتَحَالَفَا يَفْسُخُ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا الْبَيْعَ فَيَنْفُذُ الْقَضَاءُ بَاطِنًا حَتَّى يَحِلَّ لِلْبَائِعِ وَطْءُ الْجَارِيَةِ الْمَبِيعَةِ فَكَذَا فِي كُلِّ الْفُسُوحِ وَالْعُقُودِ ، وَلَا يَرُدُّ عَلَيْنَا مَا ذَكَرُوا لِأَنَّا نَجْعَلُ حُكْمَ الْحَاكِمِ إِنْشَاءً وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ الْمَحَلُّ قَابِلًا .

فَإِذَا كَانَتْ تَحْتَ زَوْجٍ أَوْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً لَا يَقْبَلُ الْإِنْشَاءُ وَإِنَّمَا لَا يُشْتَرَطُ الشُّهُودُ فِي النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ مُقْتَضَى فِي ضِمَنِ صِحَّةِ الْقَضَاءِ وَمَا ثَبَتَ اقْتِضَاءُ لَا يُرَاعَى فِيهِ شَرَائِطُهُ وَشَهَادَةُ الْعَبِيدِ وَنَحْوِهِمْ لَيْسَ بِحُجَّةٍ أَصْلًا بِخِلَافِ الْفُسَاقِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ وَلِأَنَّهُ يُمَكِّنُ الْوُقُوفَ عَلَيْهِمْ فَلَمْ تَكُنْ شَهَادَتُهُمْ حُجَّةً وَإِنَّمَا لَا يَنْفُذُ بَاطِنًا فِي الْأَمْلَاكِ

الْمُرْسَلَةِ ؛ لِأَنَّ فِي أَسْبَابِ الْمَلِكِ تَزَاحُمًا وَلَيْسَ تَعْيِينَ الْبَعْضِ أَوَّلَى مِنَ الْبَعْضِ وَإِثْبَاتُ الْمَلِكِ مُطْلَقًا بِغَيْرِ سَبَبٍ لَيْسَ فِي وَسْعِ الْبَشَرِ فَتَعَيَّنَ الْإِلْعَاقُ بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى سَبَبًا مُعَيَّنًا كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْإِجَارَةِ وَالنِّكَاحِ وَالْإِقَالَةَ وَالْفُرْقَةَ بِالطَّلَاقِ أَوْ غَيْرِهِ ، وَفِي الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ رَوَاتَانِ ، وَكَذَا فِي الْبَيْعِ بِأَقْلٍ مِنْ قِيَمَتِهِ فِي رِوَايَةٍ لَا يَنْفُذُ بَاطِنًا ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ لَا يَمْلِكُ إِنْشَاءَ التَّبَرُّعَاتِ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ وَالْبَيْعُ بِأَقْلٍ مِنْ قِيَمَتِهِ تَبَرُّعٌ مِنْ وَجْهِ ، وَفِي رِوَايَةٍ يَنْفُذُ لِأَنَّ التَّفُؤْدَ فِي ضِمَنِ صِحَّةِ الْقَضَاءِ ، فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ شَرَائِطُهُ ، وَلَا يَخْتَصُّ بِمَحَلٍّ وَلِأَنَّ الْبَيْعَ بِأَقْلٍ مِنْ الْقِيَمَةِ لَيْسَ بِتَبَرُّعٍ أَلَّا تَرَى أَنَّ الْمُكَاتَبَ وَالْعَبْدَ الْمَأْذُونِ يَمْلِكَانِهِ وَإِذَا ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ أَنَّ زَوْجَهَا أَبَانَهَا بَنَاتٍ أَوْ بَوَاحِدَةً فَجَحَدَ الزَّوْجُ فَحَلَفَهُ الْقَاضِي فَحَلَفَ إِنْ عَلِمَتْ أَنَّ الْأَمْرَ كَمَا قَالَتْ لَا يَسْعُهَا الْإِقَامَةُ مَعَهُ ، وَلَا أَنْ تَأْخُذَ مِنْ مِيرَاثِهِ شَيْئًا وَهَذَا لَا يُشْكِلُ فِيمَا إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا لِبُطْلَانِ الْمَحَلِّيَّةِ لِلْإِنْشَاءِ قَبْلَ زَوْجٍ آخَرَ ، وَفِيمَا دُونَ الثَّلَاثِ مُشْكِلٌ ؛ لِأَنَّهُ يَقْبَلُ إِنْشَاءَ النِّكَاحِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَثْبِتَ الْإِنْشَاءَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَجَوَابُهُ أَنْ يُقَالَ إِنَّ الْإِنْشَاءَ إِنَّمَا يَثْبِتُ إِذَا قَضَى الْقَاضِي بِالنِّكَاحِ وَهَذَا لَمْ يَقْضَ بِهِ لِاعْتِرَافِ الزَّوْجَيْنِ بِالنِّكَاحِ إِلَّا أَنْ الْمَرْأَةُ ادَّعَتْ الْفُرْقَةَ بَيْنَهُمَا وَعَجَزَتْ عَنْ إِثْبَاتِهِ عِنْدَ الْحَاكِمِ فَيَقْبَلُ مَا كَانَ عَلَى مَا كَانَ فَلَمْ يَحْتَجِ الْقَاضِي إِلَى الْقَضَاءِ بِالنِّكَاحِ .

الشرح

قوله في المتن ظاهراً وباطناً

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ وَالْمُرَادُ بِنَفَادِ الْحُكْمِ ظَاهِرًا أَنْ يَثْبِتَ فِيمَا بَيْنَنَا مِثْلَ ثُبُوتِ التَّمَكُّنِ وَالتَّفَقُّعِ وَالْقَسَمِ وَغَيْرِ ذَلِكَ وَالْمُرَادُ مِنْ نَفَادِهِ بَاطِنًا ثُبُوتُ الْمَلِكِ وَالْحِلِّ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ، ثُمَّ يَنْبَغِي لَكَ أَنْ تَعْلَمَ أَنَّ النَّفَادَ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا فِيمَا إِذَا كَانَ الدَّعْوَى بِسَبَبٍ مُعَيَّنٍ كَالْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ ؛ لِأَنَّ فِي الْأَمْلَاكِ الْمُرْسَلَةِ أَيْ الْمُطْلَقَةِ لَا يَنْفُذُ بَاطِنًا بِاتِّفَاقٍ فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتُ الْمَلِكِ بِدُونِ سَبَبٍ وَفِي الْأَسْبَابِ كَثْرَةٌ فَتَعَدَّرُ تَعْيِينَ سَبَبٍ أَلَّا تَرَى إِلَى مَا ذَكَرَ فِي خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى وَأَجْمَعُوا أَنَّ فِي الْأَمْلَاكِ الْمُرْسَلَةِ أَيْ الْمُطْلَقَةِ يَنْفُذُ ظَاهِرًا لَا بَاطِنًا وَأَجْمَعُوا أَنَّ الشُّهُودَ لَوْ ظَهَرُوا عِبِيدًا أَوْ مُحْدُودِينَ فِي قَذْفٍ أَوْ كُفَّارًا يَنْفُذُ ظَاهِرًا لَا بَاطِنًا وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ لَوْ أَقْرَّ بِالطَّلَاقِ الثَّلَاثِ ، ثُمَّ أَنْكَرَ وَحَلَفَ وَقَضَى بِهَا لَا يَحِلُّ لَهُ وَطُوعًا إِلَى هُنَا لَفْظُ الْخُلَاصَةِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ اعْتَرَضَ بِأَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي يَنْفُذُ بَاطِنًا فِي الطَّلَاقِ ، وَهُوَ لَيْسَ بِعَقْدٍ وَلَا فُسْخٍ وَلِهَذَا يَنْفَرِدُ بِهِ الزَّوْجُ فَيَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ كُلُّ شَيْءٍ قَضَى بِهِ الْقَاضِي فِي الظَّاهِرِ فَهُوَ فِي الْبَاطِنِ كَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ الدَّعْوَى بِسَبَبٍ مُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ فِي الْأَمْلَاكِ الْمُرْسَلَةِ لَا يَنْفُذُ بَاطِنًا اتِّفَاقًا حَتَّى لَا يَحِلَّ لِلْمَقْضِيِّ لَهُ وَطُوعًا

قوله فقال لا ينفذ إلا ظاهراً ، وهو قول محمدٍ والشافعي

وَجْهٌ قَوْلُهُمْ أَنَّ تَصْحِيحَ الْقَضَاءِ عَلَى وَفَاقِ الْحُجَّةِ وَهَذِهِ الْحُجَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّ الشُّهُودَ كَذَبَتْ وَالْكَذِبُ بَاطِلٌ ، فَلَا يَنْفُذُ الْقَضَاءُ بَاطِنًا ، وَلَكِنَّ الْعَدَالََةَ الظَّاهِرَةَ دَلِيلُ الصِّدْقِ ظَاهِرًا فَاعْتَبِرَتْ حُجَّةٌ مِنْ حَيْثُ وَجُوبُ الْعَمَلِ ظَاهِرًا فَأَمَّا ثُبُوتُ

حَقِيقَةُ التَّنْفِيزِ فَمُتَمَنِّعٌ لِإِنْعَادِ دَلِيلِهِ ، وَهُوَ الْحُجَّةُ الصَّحِيحَةُ .

وَجْهٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ حُجَّةَ الْقَضَاءِ قَامَتْ وَافْتَرَضَ عَلَى الْقَاضِي الْعَمَلُ بِهَا بَحِثُ لَوْ امْتَنَعَ عَنْ ذَلِكَ يَأْتُمُ ؛ لِأَنَّ حَقِيقَةَ الصَّدَقِ سَاقِطَةٌ الْعِبَرَةُ فِي حَقِّ الْقَاضِي ، وَوُجُوبُ الْعَمَلِ بِهِ لِأَنَّهُ لَا طَرِيقَ إِلَى ذَلِكَ فَصَارَتْ سَاقِطَةً الْعِبَرَةُ وَبَقِيَتْ الْعِبَرَةُ دَلِيلُ الصَّدَقِ مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ ، وَهُوَ الْعَدَالَةُ ، فَإِذَا وَجِدَ فَقَدْ قَامَ دَلِيلٌ أَوْجَبَ الشَّرْعُ الْعَمَلُ بِهِ بِمَنْزِلَةِ الاجْتِهَادِ يَكُونُ حُجَّةً فِي حَقِّ وَجُوبِ الْعَمَلِ بِهِ ، فَإِذَا بَنَى الْقَاضِي الْقَضَاءَ عَلَى مَا جُعِلَ فِي الشَّرْعِ دَلِيلًا يَجِبُ صَوْنُ قَضَائِهِ عَنِ الْبُطْلَانِ مَا أُمِكنَ ؛ لِأَنَّهُ صَدَرَ مِنْهُ بِأَمْرِ الشَّرْعِ مُضَافًا إِلَيْهِ قَالَ تَعَالَى { وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ } وَقَالَ تَعَالَى { مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ } ، فَإِذَا قَضَى بِمَا رَضِيَ مِنَ الشُّهَدَاءِ فَقَدْ قَضَى بِأَمْرِ اللَّهِ تَعَالَى فَوَجَبَ أَنْ يَنْفُذَ قَضَاؤُهُ فِي الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ جَمِيعًا وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَنْقَرِيُّ وَصُورَةُ الْقَضَاءِ فِي الْعُقُودِ كَثِيرَةٌ مِنْهَا إِذَا ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا وَهِيَ تَجْحَدُ وَأَقَامَ عَلَيْهَا شَاهِدَي زُورٍ وَقَضَى الْقَاضِي بِالنِّكَاحِ بَيْنَهُمَا حَلَّ لِلزَّوْجِ وَطُوبَاهَا وَحَلَّ لِلْمَرْأَةِ التَّمَكُّينُ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَحِلُّ لَهُمَا ذَلِكَ ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَتْ نِكَاحًا عَلَى رَجُلٍ ، وَهُوَ يَجْحَدُ .

وَمِنْهَا إِذَا قَضَى بِالْبَيْعِ بَيْنَهُمَا بِشَهَادَةِ الزُّورِ ، وَهُوَ عَلَى وَجْهَيْنِ إِمَّا أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَى مِنْ جَانِبِ الْمُشْتَرِي بِأَنْ يَدَّعِيَ عَلَى غَيْرِهِ أَنَّكَ بَعْتَ مِنِّي هَذِهِ الْجَارِيَةَ وَالْآخَرُ أَنْ يَكُونَ مِنْ جَانِبِ الْبَائِعِ بِأَنْ قَالَ اشْتَرَيْتَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ وَيَحِلُّ لِلْمُشْتَرِي وَطُوبَاهَا فِي الْوَجْهَيْنِ .

وَصُورَةُ الْقَضَاءِ فِي الْفُسُخِ كَثِيرَةٌ أَيْضًا مِنْهَا إِذَا ادَّعَى أَحَدُ

الْمُتَبَايِعِينَ فُسْخَ الْعَقْدِ وَأَقَامَ بَيْنَهُ زُورٍ فَفُسْخُ الْقَاضِي يَحِلُّ لِلْبَائِعِ وَطُءُ الْجَارِيَةِ وَمِنْهَا إِذَا ادَّعَتْ عَلَى زَوْجِهَا أَنَّهُ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا وَأَقَامَتْ بَيْنَهُ زُورٍ وَقَضَى الْقَاضِي بِالْفُرْقَةِ وَتَزَوَّجَتْ بِزَوْجٍ آخَرَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ يَحِلُّ لِلزَّوْجِ الثَّانِي الْوُطْءُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا كَذَا فِي الدَّخِيرَةِ الْبَرْهَانِيَّةِ قَوْلُهُ وَالنِّكَاحُ (وَإِذَا يَنْفُذُ الْقَضَاءُ بِشَهَادَةِ الزُّورِ إِذَا كَانَ بِمَهْرٍ الْمَثَلُ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ بِدُونِ مَهْرٍ الْمَثَلُ لَيْسَ فِي وَلَايَةِ الْقَاضِي ، فَلَا يَمْلِكُ إِثْنَاءَهُ .

قَوْلُهُ فِي الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ رَوَايَتَانِ

قَالَ فِي الْمُحِيطِ ، وَلَوْ أَقَامَ بَيْنَهُ زُورٌ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ وَهَبَ مِنْهُ هَذِهِ الْجَارِيَةَ أَوْ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَيْهِ وَقَبَضَهَا مِنْهُ ، وَهُوَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ لَا يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ بَاطِنًا وَعِنْدَهُمَا وَهَلْ يَنْفُذُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَنْهُ رَوَايَتَانِ فِي رَوَايَةٍ يَنْفُذُ كَمَا فِي الشِّرَاءِ وَالنِّكَاحِ ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ مُعَيَّنٌ يَدَّعِيهِ الْمُدَّعِي وَأُمِكنَ الْقَضَاءُ بِالْمِلْكِ بِالسَّبَبِ وَفِي رَوَايَةٍ لَا يَنْفُذُ وَهِيَ رَوَايَةُ الْخَصَّافِ كَمَا فِي الْأَمَلِكِ الْمُرْسَلَةِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَقْضِي عَلَى غَائِبٍ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ كَالْوَكِيلِ وَالْوَصِيِّ أَوْ يَكُونَ مَا يَدَّعِي عَلَى الْغَائِبِ سَبَبًا لِمَا يَدَّعِي عَلَى الْحَاضِرِ كَمَنْ ادَّعَى عَيْنًا فِي يَدِ غَيْرِهِ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْ فُلَانٍ الْغَائِبِ) وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ يَجُوزُ الْقَضَاءُ عَلَى الْغَائِبِ ، وَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { قَضَى لِهَيْدِ امْرَأَةِ أَبِي سُفْيَانَ بِالثَّقَفَةِ وَأَبُو سُفْيَانَ غَائِبٌ فَقَالَ لَهَا خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ } وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْبَيْنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي } مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطِ حُضُورِ خَصْمٍ وَلِأَنَّ الْحُجَّةَ وَجَدَتْ عَلَى التَّمَامِ وَهِيَ الْبَيْنَةُ وَهِيَ مَبْنِيَّةٌ كَأَسْمِهَا فَجَازَ الْقَضَاءُ بِهَا كَمَا إِذَا كَانَ الْخَصْمُ حَاضِرًا وَلَنَا { قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعَلِّي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَا تَقْضَ لِأَحَدٍ الْخَصْمَيْنِ حَتَّى تَسْمَعَ كَلَامَ الْآخَرِ فَإِنَّكَ إِذَا سَمِعْتَ كَلَامَ الْآخَرِ عَلِمْتَ كَيْفَ تَقْضِي } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيُّ بِمَعْنَاهُ .

وَلِأَنَّ الْقَضَاءَ لِقَطْعِ الْمُنَازَعَةِ ، وَلَا مُنَازَعَةَ هُنَا لِعَدَمِ الْإِنْكَارِ ، فَلَا يَصِحُّ وَلِأَنَّ وَجْهَ الْقَضَاءِ يَشْتَبِهُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُقَرَّ الْخَصْمُ

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُنْكَرَ وَأَحْكَامُهَا مُخْتَلِفَةٌ فَإِنَّهُ بِالْإِقْرَارِ يَقْتَصِرُ وَبِالْبَيِّنَةِ يَتَعَدَّى ، فَلَا يَجُوزُ مَعَ الْإِشْبَاهِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { قَالَ فَإِنَّكَ إِذَا سَمِعْتَ كَلَامَ الْآخِرِ عَلِمْتَ كَيْفَ تَقْضِي { فَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْعِلْمَ بِوَجْهِ الْقَضَاءِ شَرْطٌ لَصِحَّةِ الْقَضَاءِ وَأَنَّ الْجَهْلَ بِهِ يَمْنَعُ الْقَضَاءَ وَأَنَّهُ لَا يَرْتَفِعُ إِلَّا بِكَلَامِهِمَا وَلِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لَا تَكُونُ حُجَّةً إِلَّا إِذَا عَجَزَ الْمُنْكَرُ عَنِ الطُّعْنِ فِي الشُّهُودِ وَمَعَ غَيْبِهِ لَا يَتَحَقَّقُ عَجْزُهُ ، فَلَا يَكُونُ حُجَّةً ، وَلَا حُجَّةً لَهُمَا فِي حَدِيثِ هِنْدَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ قَضَاءً وَإِنَّمَا كَانَتْ فَتْوَى أَوْ إِعَانَةٌ لَهَا عَلَى أَخْذِ مَالِهِ أَلَّا تَرَى أَنَّهَا لَمْ تَدَّعِ الزَّوْجِيَّةَ وَلَمْ تُقِمِ الْبَيِّنَةَ وَكَانَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَالِمًا بِأَنَّهَا أَمْرًا وَلَمْ يَكُنْ عَلَى وَجْهِ الْقَضَاءِ أَصْلًا ، وَكَذَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي { لَيْسَ لَهُمَا فِيهِ حُجَّةٌ بَلْ هُوَ حُجَّةٌ لَنَا ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ اسْمٌ لِمَا يَحْصُلُ بِهِ الْبَيَانُ وَلَيْسَ الْمُرَادُ الْبَيَانُ فِي حَقِّ الْمُدَّعِي ، وَلَا فِي حَقِّ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَّ عَالِمٌ بِحَقِّهِ وَالْقَاضِي بَانَ لَهُ بِكَلَامِ الْمُدَّعِي إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مُنَازَعٌ فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ فِي حَقِّ الْخَصْمِ ، وَكَذَا لَوْ أَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ عَلَى خَصْمٍ حَاضِرٍ وَزَكَّيْتُمْ بَيِّنَتَهُ ، ثُمَّ غَابَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَا يَقْضَى عَلَيْهِ حَتَّى يَحْضُرَ هُوَ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ فَيَقْضَى عَلَيْهِ بِتِلْكَ الْبَيِّنَةِ مِنْ غَيْرِ إِعَادَتِهَا .

وَكَذَا إِذَا غَابَ قَبْلَ التَّرْكِيبِ ، وَلَوْ أَقَرَّ عِنْدَ الْحَاكِمِ فَعَابَ قَبْلَ أَنْ يُقْضَى عَلَيْهِ فَوَصَّى عَلَيْهِ وَهُوَ غَائِبٌ ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَطْعَنَ الْبَيِّنَةَ فَيُطْلَبَ بِهِ دُونَ الْإِقْرَارِ ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَقْضَى بِالْبَيِّنَةِ أَيْضًا ، ثُمَّ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ قَدْ يَكُونُ بِإِنَابَتِهِ أَوْ بِإِنَابَةِ الشَّرْعِ كَالْوَصِيِّ مِنْ جِهَةِ الْقَاضِي وَكِلَاهُمَا ظَاهِرٌ ، وَقَدْ يَكُونُ حَكَمًا وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ مَا يَدَّعِيهِ عَلَى الْغَائِبِ سَبَبًا لِمَا يَدَّعِيهِ عَلَى الْحَاضِرِ وَهُوَ نَوْعَانِ : أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ مَا يَدَّعِيهِ عَلَى الْحَاضِرِ وَالْغَائِبِ شَيْئًا وَاحِدًا مِثْلَ أَنْ يَدَّعِيَ دَارًا فِي يَدِ إِنْسَانٍ وَأَنْكَرَ ذُو الْيَدِ وَادَّعَى الْمُنْكَرُ أَنَّهَا مِلْكُهُ وَأَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ فُلَانٍ الْغَائِبِ أَوْ ادَّعَى فِي دَارٍ فِي يَدِ إِنْسَانٍ شَفْعَةً ؛ لِأَنَّ ذَا الْيَدِ

اشْتَرَاهَا مِنْ فُلَانٍ ، وَقَالَ ذُو الْيَدِ الدَّارُ دَارِي لَمْ أَشْتَرِهَا مِنْ أَحَدٍ فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ فُلَانٍ الْغَائِبِ أَوْ ادَّعَى عَلَى شَخْصٍ دَيْنًا عَلَى أَنَّهُ كَفِيلٌ عَنِ الْغَائِبِ بِأَمْرِهِ فَأَقَرَّ الْحَاضِرُ بِالْكَفَالَةِ وَأَنْكَرَ الدَّيْنُ فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ أَنَّ لَهُ عَلَى الْغَائِبِ أَلْفَ دِرْهَمٍ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ فِي هَذِهِ الصُّورِ كُلِّهَا وَيُثْبِتُ الْحَقُّ عَلَى الْغَائِبِ وَالْحَاضِرِ حَتَّى إِذَا حَضَرَ الْغَائِبَ لَرِمَهُ ، وَلَا يَحْتَاجُ لِإِعَادَةِ الْبَيِّنَةِ .

وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ مَا يَدَّعِيهِ عَلَيْهِمَا شَيْئَيْنِ مِثْلَ أَنْ يَدَّعِيَ الْقَادِفُ أَنَّهُ عَبْدٌ فُلَانٍ فَيَجِبُ عَلَيْهِ أَرْبَعُونَ فَأَقَامَ الْمُقْدُوفُ الْبَيِّنَةَ أَنَّ مَوْلَاهُ الْغَائِبُ قَدْ أَعْتَقَهُ فَيَجِبُ عَلَيْهِ ثَمَانُونَ سَوَاطًا أَوْ قَالَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ الشَّاهِدَانِ عَبْدَانِ فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ أَنَّ مَوْلَاهُمَا أَعْتَقَهُمَا وَهُوَ يَمْلِكُهُمَا فَإِنْ بَيَّنَّتُهُ تُقْبَلُ وَيُثْبِتُ الْعِتْقُ عَلَى الْغَائِبِ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّيْنِ كَشْيَاءٍ وَاحِدٍ إِذْ لَا يَنْفَكُ أَحَدُهُمَا عَنِ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ وَلَايَةَ الشَّهَادَةِ لَا تَنْفَكُ عَنِ الْحُرِّ وَحَدُّ الْحُرِّ لَا يَنْفَكُ عَنِ الْأَحْرَارِ ، وَكَذَا لَوْ أَقَامَ أَحَدُ الْوَلِيِّيْنِ الْبَيِّنَةَ أَنَّ شَرِيكَهُ الْغَائِبِ عَفَا عَنِ الْقَوْدِ ، وَقَالَ انْقَلَبَ نَصِيبِي مَالًا تُقْبَلُ ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الْحَقَّيْنِ يَنْفَكُ عَنِ الْآخَرِ لَا تُقْبَلُ فِي حَقِّ الْغَائِبِ وَتُقْبَلُ فِي حَقِّ الْحَاضِرِ مِثْلَ أَنْ يَدَّعِيَ رَجُلٌ أَنَّهُ وَكِيلُ الْغَائِبِ بِنَقْلِ أَمْرَاتِهِ أَوْ عَبْدِهِ إِلَيْهِ فَأَقَامَتِ الْمَرْأَةُ أَوْ الْعَبْدُ بَيِّنَةً أَنَّهُ أَعْتَقَهُ أَوْ طَلَّقَهَا فَإِنَّهَا تُقْبَلُ فِي حَقِّ قَصْرِ الْيَدِ عَنْهُمَا فَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَنْقُلَهُمَا ، وَلَا يُقْبَلُ فِي حَقِّ وَفُوعِ الطَّلَاقِ وَالْعِتْقِ ، فَلَا يَقَعَانِ ، وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى رَجُلٌ جَارِيَّةً ، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّ مَوْلَاهَا زَوْجَهَا مِنْ فُلَانٍ الْغَائِبِ وَأَرَادَ

رَدَّهَا بِعَيْبِ الزَّوْاجِ لَا يُقْبَلُ مِنْهُ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ طَلَّقَهَا وَزَالَ الْعَيْبُ ، وَلَوْ كَانَ مَا يَدَّعِيهِ عَلَى الْغَائِبِ شَرْطًا لِمَا يَدَّعِيهِ عَلَى الْحَاضِرِ يُنْظَرُ ، فَإِنْ كَانَ الْغَائِبُ يَتَضَرَّرُ بِالشَّرْطِ لَمْ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ عَلَى الْحَاضِرِ وَالْغَائِبِ مِثْلَ أَنْ تَقُولَ الْمَرْأَةُ لَزَوْجَهَا إِنَّكَ عَلَّقْتَ طَلَاقِي بِطَلَاقِ فُلَانٍ الْغَائِبِ زَوْجَتَهُ ثَلَاثًا وَأَقَامَتِ بَيِّنَةً أَنَّ فُلَانًا طَلَّقَ زَوْجَتَهُ ثَلَاثًا لَمْ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَتَضَرَّرُ تُقْبَلُ بِأَنَّ قَالَتْ عَلَّقْتَ طَلَاقِي بِدُخُولِ فُلَانٍ الْغَائِبِ الدَّارَ فَأَقَامَتِ بَيِّنَةً أَنَّهُ دَخَلَ الدَّارَ تُقْبَلُ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ وَمَنْ أَمْتَاخَرِينَ مَنْ قَالَ فِي الشَّرْطِ أَيْضًا تُقْبَلُ مُطْلَقًا كَمَا فِي السَّبَبِ مِنْهُمْ عَلَى الْبَزْدَوِيِّ ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْمُدَّعِي كَمَا تَتَوَقَّفُ عَلَى السَّبَبِ تَتَوَقَّفُ عَلَى الشَّرْطِ أَيْضًا .

الشَّرْحُ

قوله لانه يحتمل أن يقر الخصم ويحتمل أن ينكر

بل الظاهر منه الإقرار ؛ لأن المدعى صادق ظاهرًا لوجود دينه وعقله الصارفين عن الكذب الداعيين إلى الصدق ، فإذا كان المدعى صادقًا لا ينكر المدعى عليه ؛ لأنه لا يترك الصدق لدينه وعقله ، فإذا كان الظاهر من حاله الإقرار لا يقضي بالبينة غاية .

قوله وأحكامهما مختلفة

فحكم القضاء بالبينة أن يجب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وحكم القضاء بالإقرار خلاف ذلك .

غاية

قوله وأن الجهل به يمنع القضاء

وقد تقدم عند قوله وإذا رفع إليه حكم قاض أمضاه أنه شرط فليُنظر قوله عند قوله يعني في المتن الذي تقدم

قوله وكان عليه الصلوة والسلام عالمًا بأنها امرأته ولم يكن على وجه القضاء أصلًا

ومما يرجحه وقوع الاستفهام في القصة في قولها هل علي جناح وأنه عليه السلام فوض إليها تقدير الاستحقاق ، ولو كان قضاء لم يفوضه إلى المدعى ولأنه لم يستحلفها على ما ادعت ولا كلفها البينة قوله ولو أقر عند الحاكم فغاب إلخ قال في الدراية في باب الاستحلاف ، ولو أقر وغاب قضى عليه ؛ لأن ذلك قضاء إعانة ، ولو أقيم البينة فلم تترك فغاب المَشهود عليه فزكيت لا يقضى عليه حال غيبته في ظاهر الرواية لأن له حق الجرح في الشهود

قوله أحدهما أن يكون ما يدعيه على الحاضر والغائب شيئًا واحدًا مثل أن يدعي إلخ

وفي هذا القسم ثلاث مسائل ، وقد ذكرها الشارح .

ا
هـ .

قوله وأقام الخارج البينة أنه اشتراها من فلان الغائب

أي وهو يملكها فإنه قضى بها في حق الحاضر والغائب ؛ لأن المدعى شيء واحد ، وهو الدار وأيضًا فما ادعاه على الغائب في هذه الصورة وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر ؛ لأن الشراء من المالك سبب لا محالة لملكه .

قوله فأقام المدعي البيّنة أنّه اشتراها من فلان الغائب

أي بألف درهم ، وهو يملكها وأنه شفعها يقضي بالشراء في حق ذي اليد والغائب جميعاً .

غاية

قوله حتى إذا حضر الغائب لزمه

أي ولا يلتفت إلى إنكاره .

قوله والثاني

أي النوع الثاني وكتب ما نصّه ومسائله ثلاث أيضاً .

قوله فيجب عليه ثمانون سوطاً

أي فتقبل هذه البيّنة ويقضى بالعنق في حق الحاضر والغائب جميعاً حتى لو حضر الغائب وأمكن العنق لا يلتفت إلى إنكاره وإن ادعى شيئين مختلفين ؛ لأنه ادعى على الحاضر حداً كاملاً وعلى الغائب عتقاً لكن لما كان العنق سبباً لثبوت ما يدعى على الحاضر ؛ لأنّ تكميل الحد لا ينفك عن العنق بحال فيقضى بالبيّنة في حق الغائب والحاضر جميعاً .

غاية

قوله وكذا لو أقام أحد الوليين البيّنة إلخ

قال في غاية البيان والثالثة رجل قتل رجلاً عمداً وله وليان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل أن الغائب عفا عن نصيبه فائقب نصيب مالا وأنكر القاتل فأقام المدعي البيّنة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعاً .
قال رحمه الله (ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصك لا الوصي والأب) ؛ لأن القاضي يقدر على تحصيل المال من المستقرض والوصي والأب لا يقدران على ذلك فيضمنان بإقراض مال الصغير وهذا لأن الإقراض تبرّع ألا ترى أنّه لا يجوز التأجيل فيه كسائر التبرعات ، فلا يملكانه ولأنه بإقراضهما يكون على شرف التوى بأن يجحد المستقرض على ممر الزمان وتردّ شهوده لأن كل مستقرض غير مؤتمن ، ولا كل شاهد مقبول ، ولا كل قاض عادل بخلاف إقراض القاضي حيث يكون الإقراض أحسن تصرف في حقه ؛ لأنّ القاضي كثير الاشتغال ، فلا يمكنه أن يباشر الحفظ بنفسه وإنما يدفعه إلى أمينه ودفعه إليه بطريق القرض أنظر لليتيم لأنه يكون مضموناً عليه ، الوديعة أمانة إن هلكت تهلك بغير شيء ويؤمن التوى بجحود المستقرض لكونه معلوماً للقاضي وكونه لا يقرضه لديّانته ومعرفته بأحوال الناس إلا من أمين يؤمن ، ولا يخاف منه الجحود وإنما يكتبه في الصك ليحفظه ؛ لأنه لكثرة اشتغاله يخاف أن ينساه قال شمس الأئمة في الأب روايتان أظهرهما أنّه ليس له أن يقرض والمعنى ما بينا وليس له أن يأخذ مال ولده الصغير قرضاً لنفسه فيما روى الحسن

عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى قِيلَ لَهُ ذَلِكَ ، ثُمَّ يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَتَفَقَّدَ أَحْوَالَ الَّذِينَ أَقْرَضَهُمْ مَالَ الْإِيْتَامِ حَتَّى لَوْ اخْتَلَّ أَحَدٌ مِنْهُمْ أَخَذَ مِنْهُ الْمَالَ ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ وَإِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى الاسْتِخْلَاصِ لَكِنْ إِنَّمَا يَقْدِرُ مِنَ الْغِنَى لَا مِنَ الْفَقْرِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُقْرِضَ الْمُعْسِرَ ابْتِدَاءً فَكَذَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَتْرُكَهُ عِنْدَهُ انْتِهَاءً وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ .

باب التحكيم

لَمَّا كَانَ الْمُحَكَّمُ مِنْ أَنْوَاعِ الْحُكَامِ ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ الْقَاضِي وَهُوَ جَائِزٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَإِجْمَاعِ الْأُمَّةِ أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى { فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا } نَزَلَتْ فِي تَحْكِيمِ الزَّوْجَيْنِ ، وَأَمَّا السُّنَّةُ فَمَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { تَرَكَهُمْ عَلَى حُكْمِ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ فِي بَنِي قُرَيْظَةَ } وَعَلَيْهِ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (حَكَمًا رَجُلًا لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمَا فَحَكَمَ بَيْنَهُمَا أَوْ إِفْرَارٍ أَوْ تُكُولٍ فِي غَيْرِ حَدٍّ وَقَوْدٍ وَدِيَّةٍ عَلَى الْعَاقِلَةِ صَحَّ لَوْ صَلَحَ الْمُحَكَّمُ قَاضِيًا) لَمَّا تَلَوْنَا وَرَوَيْنَا وَلِأَنَّ لَهُمَا وَلَايَةً أَنْفُسِهِمَا فَصَحَّ تَحْكِيمُهُمَا وَيَنْفُذُ حُكْمُهُ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْحَاكِمِ فِي حَقِّهِمَا وَشُرْطُ أَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ الْإِفْرَارِ أَوْ التُّكُولِ لِيَكُونَ مُوَافِقًا لِحُكْمِ الشَّرْعِ وَشُرْطُ لِنُفُوذِ حُكْمِهِ أَنْ يَكُونَ فِي غَيْرِ حَدٍّ وَقَوْدٍ وَدِيَّةٍ عَلَى الْعَاقِلَةِ ؛ لِأَنَّ تَحْكِيمَهُمَا بِمَنْزِلَةِ الصُّلْحِ بَيْنَهُمَا وَلَيْسَ لَهُمَا وَلَايَةٌ عَلَى ذِمَّتِهِمَا وَلِهَذَا لَا يَمْلِكَانِ إِبَاحَتَهُ ، وَكَذَا لَا وَلَايَةَ لَهُمَا عَلَى الْعَاقِلَةِ ، فَلَا يَنْفُذُ حُكْمٌ مِنْ حَكْمَاهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ، وَلَا عَلَى الْقَاتِلِ لِعَدَمِ التَّزَامِ الْعَاقِلَةِ حُكْمُهُ وَلِكُونِهِ مُخَالِفًا لِحُكْمِ الشَّرْعِ ؛ لِأَنَّ الدِّيَّةَ تَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ لَا عَلَى الْقَاتِلِ ، وَلَوْ ثَبِتَ الْقَتْلُ بِإِفْرَارِهِ أَوْ ثَبِتَ جِرَاحَتُهُ بِبَيِّنَةٍ وَأَرَشُهَا أَقْلٌ مِمَّا تَحْتَمِلُهُ الْعَاقِلَةُ خَطَأً كَانَتْ الْجِرَاحَةُ خَطَأً أَوْ عَمْدًا أَوْ كَانَ قَدْرُ مَا تَحْتَمِلُهُ ، وَلَكِنَّ الْجِرَاحَةَ كَانَتْ عَمْدًا لَا تُوجِبُ الْقِصَاصَ نَفَذَ حُكْمُهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَعْقِلُهُ .

وَأَحَازَ فِي الْمُحِيطِ التَّحْكِيمِ فِي الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ وَالْأَوَّلُ ذَكَرَهُ الْخَصَافُ وَشُرْطُ أَنْ يَكُونَ صَالِحًا لِلْقَضَاءِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْقَاضِي فِيمَا بَيْنَهُمَا فَيُشْتَرَطُ فِيهِ مَا يُشْتَرَطُ فِي الْقَاضِي حَتَّى لَوْ حَكَمَا كَافِرًا أَوْ عَبْدًا مَحْجُورًا أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ أَوْ صَبٍّ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ قَاضِيًا لِانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ فَكَذَا حَكَمًا ، وَإِنْ حَكَمَا فَاسِقًا أَوْ امْرَأَةً جَازَ كَمَا فِي الْقَضَاءِ لَأَنَّهُمَا أَهْلٌ لِلشَّهَادَةِ ، وَكَذَا الْكَافِرُ فِي حَقِّ الْكَافِرِ لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلشَّهَادَةِ فِي حَقِّهِ ، وَكَذَا يَجُوزُ تَقْلِيدُهُ الْقَضَاءَ لِيَحْكُمَ بَيْنَ أَهْلِ الذِّمَّةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُحَكَّمِينَ أَنْ يَرْجِعَ قَبْلَ حُكْمِهِ) لِأَنَّهُ مُقَلَّدٌ مِنْ جِهَتَيْهِمَا فَكَانَ لَهُمَا عَزْلُهُ قَبْلَ أَنْ يَحْكُمَ بَيْنَهُمَا كَمَا أَنَّ الْمُقَلَّدَ مِنْ جِهَةِ الْإِمَامِ لَهُ أَنْ يَعْزِلَهُ قَبْلَ أَنْ يَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ ، وَلَا يُقَالُ إِنَّ التَّحْكِيمَ ثَبِتَ بِتَرَاضِيهِمَا فَوَجَبَ أَنْ لَا يَصِحَّ عَزْلُهُ إِلَّا بِاتِّفَاقِهِمَا لِأَنَّا نَقُولُ التَّحْكِيمَ مِنَ الْأُمُورِ الْجَائِزَةِ مِنْ غَيْرِ لُزُومٍ فَيَسْتَبْدِ أَحَدُهُمَا بِنَقْضِهِ كَمَا فِي الْمَضَارِبَاتِ وَالشَّرَكَاتِ وَالْوَكَالَاتِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ حَكَمَ لَزِمَهُمَا) لِأَنَّ حُكْمَهُ صَدَرَ عَنْ وَلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ عَلَيْهِمَا كَالْقَاضِي إِذَا حَكَمَ لَزِمَ ، ثُمَّ بِالْعَزْلِ لَا يَبْطُلُ حُكْمُهُ فَكَذَا هَذَا وَلِأَنَّ حُكْمَهُ لَا يَكُونُ دُونَ صُلْحٍ جَرَى بَيْنَهُمَا بِتَرَاضِيهِمَا ، وَفِيهِ لَا يَكُونُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ بَعْدَ تَمَامِهِ .

فَهَذَا أَوْلَى قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَأَمْضَى الْقَاضِي حُكْمُهُ إِنْ وَافَقَ مَذْهَبَهُ) يَعْنِي إِذَا رَفَعَ حُكْمَهُ إِلَيْهِ وَتَحَاكَمَا عَنْدَهُ نَفَذَهُ إِنْ وَافَقَ مَذْهَبَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي نَقْضِهِ ثُمَّ إِبْرَامِهِ ، ثُمَّ فَائِدَةُ هَذَا الْإِمْضَاءِ أَنْ لَا يَكُونَ لِقَاضٍ آخَرٍ يَرَى خِلَافَهُ نَقْضَهُ إِذَا رُفِعَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ إِمْضَاءَهُ بِمَنْزِلَةِ قَضَائِهِ ابْتِدَاءً ، وَلَوْ لَمْ يُمَضَّ

لِنَقْضِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِلَّا أَبْطَلَهُ) أَيِ إِنْ لَمْ يُوَافَقْ مَذْهَبَهُ أَبْطَلَهُ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ لَا يَلْزِمُهُ لِعَدَمِ التَّحْكِيمِ مِنْ جِهَتِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا رَفَعَ إِلَيْهِ حُكْمَ حَاكِمٍ حَيْثُ لَا يُبْطَلُهُ ، وَإِنْ خَالَفَ مَذْهَبَهُ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ الْكِتَابَ أَوْ السُّنَّةَ أَوْ الْإِجْمَاعَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى مِنْ جِهَةِ الْإِمَامِ لَهُ وَلَايَةٌ عَلَى النَّاسِ كَافَّةً ؛ لِأَنَّ مُقَلَّدَهُ لَهُ وَلَايَةٌ عَلَى النَّاسِ كَافَّةً فَكَانَ نَائِبُهُ لَهُ فَيَكُونُ قَضَاؤُهُ حُجَّةً فِي حَقِّ الْكُلِّ ، فَلَا يَتِمَكَّنُ أَحَدٌ مِنْ نَقْضِهِ كَحُكْمِ الْإِمَامِ نَفْسِهِ بِخِلَافِ الْمُحَكَّمِ لِأَنَّهُ بِاصْطِلَاحِ الْخَصْمَيْنِ ، فَلَا يَكُونُ لَهُ وَلَايَةٌ عَلَى غَيْرِهِمَا ، وَلَا يَلْزِمُ الْقَاضِي حُكْمَهُ بِمَنْزِلَةِ

اصْطِلَاحِيَّهِمَا فِي الْمُجْتَهَدَاتِ حَتَّى كَانَ لَهُ نَقْضُ اصْطِلَاحِيَّهِمَا إِذَا رَأَى خِلَافَ ذَلِكَ فَكَذَا هَذَا ، وَهَذَا لِأَنَّهُ أُعْطِيَ لَهُ حُكْمُ الْقَاضِي فِي حَقِّهِمَا حَتَّى اشْتَرَطَ فِيهِ شَرَائِطُ الْقَضَاءِ ، وَفِي حَقِّ غَيْرِهِمَا كَوَاحِدٍ مِنَ الرِّعَايَا ، وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمُؤَلَّى مِنْ جِهَةِ الْإِمَامِ حَتَّى لَا يَكُونَ لِأَحَدٍ أَنْ يَنْقُضَ حُكْمَهُ مَا لَمْ يُخَالَفِ الدَّلِيلَ الشَّرْعِيَّ وَجَوَابُهُ مَا بَيَّنَّا .

وَلَوْ أَخْبَرَ هَذَا الْمُحَكَّمُ بِإِقْرَارِ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ أَوْ بَعْدَالَةِ الشُّهُودِ وَهُمَا عَلَى حَالِهِمَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ لِأَنَّ الْوَلَايَةَ قَائِمَةٌ ، وَإِنْ أَخْبَرَ بِالْحُكْمِ لَا يُقْبَلُ لِانْقِضَاءِ الْوَلَايَةِ هَكَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ ، وَقَالَ فِي النَّهَايَةِ يَعْنِي لَوْ قَالَ الْمُحَكَّمُ بَيْنَهُمَا لِأَحَدِهِمَا قَدْ أَقَرَّتْ عِنْدِي لِهَذَا بِكَذَا وَكَذَا أَوْ قَامَتْ عِنْدِي بَيْنَهُ عَلَيْهِ بِكَذَا وَكَذَا فَعَدَلُوا ، وَقَدْ أَلْزَمْتُكَ ذَلِكَ وَحَكَمْتُ عَلَيْكَ بِهِ لِهَذَا وَأَنْكَرَ الْمُقْضِي عَلَيْهِ أَنْ يَكُونَ قَدْ أَقَرَّهُ عِنْدَهُ بِشَيْءٍ أَوْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيْنَةٌ بِشَيْءٍ نَفَذَ الْحُكْمَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمُحَكَّمُ يَمْلِكُ

إِنْشَاءَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ بِذَلِكَ فَيَمْلِكُ الْإِقْرَارَ كَالْقَاضِي الْمُؤَلَّى إِذَا قَالَ فِي حَالِ قَضَائِهِ لِلْإِنْسَانِ قَضَيْتُ عَلَيْكَ لِهَذَا بِإِقْرَارِكَ أَوْ بَيِّنَةٍ قَامَتْ عِنْدِي بِذَلِكَ فَإِنَّهُ يُصَدِّقُ فِي ذَلِكَ ، وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى إِنْكَارِ الْمُقْضِي عَلَيْهِ فَكَذَا هَذَا ، وَقَالَ فِي الْمُحِيطِ حَكَمًا رَجُلًا مَا دَامَ فِي مَجْلِسِهِ ، وَقَالَ لَمْ تَحْكَمْ بَيْنَنَا ، وَقَالَ الْحَكَمُ حَكَمْتُ فَالْحُكْمُ مُصَدِّقٌ مَا دَامَ فِي مَجْلِسِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَكَى مَا يَمْلِكُ اسْتِنَافَهُ فَيَمْلِكُ الْإِقْرَارَ بِهِ وَجَعَلَ إِقْرَارَهُ كِإِنْشَاءَ الْحُكْمِ ، وَلَا يُصَدِّقُ بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِنْشَاءَ الْحُكْمِ ، وَلَا يَمْلِكُ الْإِقْرَارَ بِهِ ، وَقَالَ فِيهِ الْمُحَكَّمُ إِنَّمَا يَخْرُجُ عَنِ الْحُكْمَةِ بِأَحَدِ أَسْبَابٍ ثَلَاثَةٍ إِمَّا بِالْعَزْلِ أَوْ بِانْتِهَاءِ الْحُكْمَةِ نَهَائَتِهَا بِأَنْ كَانَ مُؤَقَّتًا فَمَضَى الْوَقْتُ أَوْ بِخُرُوجِهِ مِنْ أَنْ يَكُونَ أَهْلًا لِلشَّهَادَةِ بِأَنْ عَمِيَ أَوْ ارْتَدَّ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ تَعَالَى ، وَإِنْ لَمْ يَلْحَقْ بِدَارِ الْحَرْبِ ، وَلَوْ غَابَ أَوْ أَعْمِيَ عَلَيْهِ وَبَرِئَ مِنْهُ أَوْ قَدِمَ مِنْ سَفَرِهِ أَوْ حُسِرَ كَانَ عَلَى حُكْمِهِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا تُبْطِلُ الشَّهَادَةَ ، فَلَا تُبْطِلُ الْحُكْمَةَ .

وَكَذَا لَوْ وَلِيَ الْقَضَاءَ ، ثُمَّ عَزَلَ عَنْهُ فَهُوَ عَلَى حُكْمَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَزْلَ لَمْ يُوَحِّدْ مِنْ جِهَةِ الْمُحَكَّمِينَ وَإِنَّمَا وَجَدَ مِنْ جِهَةِ الْوَالِي وَوَلَايَةُ الْحُكْمَةِ مُسْتَفَادَةٌ مِنْ جِهَةِ الْمُحَكَّمِينَ لَا مِنْ جِهَةِ الْوَالِي ، وَكَذَا لَوْ حَكَمَ بَيْنَهُمَا فِي بَلَدٍ آخَرَ جَازَ ؛ لِأَنَّ التَّحْكِيمَ حَصَلَ مُطْلَقًا فَكَانَ لَهُ الْحُكْمَةُ فِي الْأَمَاكِنِ كُلِّهَا ، وَلَوْ حَكَمَا رَجُلَيْنِ جَازَ ، وَلَا بُدَّ مِنْ اجْتِمَاعِهِمَا حَتَّى لَوْ حَكَمَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُمَا رَضِيَا بِرَأْيِهِمَا لَا بِرَأْيِ أَحَدِهِمَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ .

الشرح

بَابُ التَّحْكِيمِ (

قَوْلُهُ لَمَّا كَانَ الْمُحَكَّمُ مِنْ أَنْوَاعِ الْحُكَمِ ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ

أَيُّ إِلَّا أَنَّهُ آخَرَ ذَكَرَهُ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ أَذْنَى حَالًا مِنْ حُكْمِ الْقَاضِي وَلِهَذَا إِذَا خَالَفَ حُكْمُهُ مَذْهَبَ الْقَاضِي الَّذِي انْتَهَى إِلَيْهِ أَبْطَلَهُ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ حُكْمُهُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ بِخِلَافِ حُكْمِ الْقَاضِي فَإِنَّ الْقَاضِيَّ يَنْفُذُ حُكْمَهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُخَالَفًا لِنَصِّ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ الْمَشْهُورَةِ وَالْإِجْمَاعِ وَيَجُوزُ حُكْمُ الْقَاضِي فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ وَلَا يَجُوزُ حُكْمُ الْمُحَكَّمِ فِيهِمَا وَيَجُوزُ حُكْمُ الْقَاضِي رَضِيَ الْخَصْمُ أَوْ لَا ، وَلَا يَجُوزُ حُكْمُ الْحَكَمِ إِلَّا بَعْدَ رِضَا الْخَصْمَيْنِ يُقَالُ حُكْمُهُ أَيُّ فَوْضَ الْحُكْمِ إِلَيْهِ .

غَايَةُ

قَوْلُهُ وَكَذَا لَا وَلَايَةَ لَهُمَا عَلَى الْعَائِلَةِ

يَعْنِي لَوْ حَكَّمَاهُ فِي دَمٍ خَطَأً فَقَضَى بِالذِّيَّةِ عَلَى الْعَائِلَةِ أَوْ عَلَى الْقَاتِلِ فِي مَالِهِ لَا يَجُوزُ .

قَوْلُهُ وَالْأَوَّلُ ذِكْرُهُ الْخَصَّافُ

، وَهُوَ الصَّحِيحُ .

غَايَةُ

قَوْلُهُ لَنَا نَقُولُ

أَيُّ نَقُولَ يَجُوزُ أَنْ لَا يَثْبُتَ الْعَقْدُ إِلَّا بِاتِّفَاقِهِمَا ، ثُمَّ يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالْفَسْخِ كَمَا فِي الْمُضَارَبَةِ وَالْمُشَارَكَةِ .

غَايَةُ قَوْلُهُ لِأَنَّ الْوَلَايَةَ قَائِمَةٌ وَإِنْ أَخْبَرَ بِالْحُكْمِ لَا يُقْبَلُ (قَالَ الْأَثَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلُهُ وَلَوْ أَخْبَرَ بِإِقْرَارِ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ أَوْ بَعْدَالَةِ الشُّهُودِ وَهُمَا عَلَى تَحْكِيمِهِمَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ أَيُّ قَوْلِ الْمُحَكَّمِ ذِكْرُهُ تَفْرِيغًا عَلَى مَا تَقَدَّمَ يَعْنِي إِذَا قَالَ الْحَكْمُ لِأَحَدِ الْخَصْمَيْنِ قَدْ أَقْرَرْتُ عِنْدِي بِكَذَا أَوْ قَالَ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَيْكَ وَالزَّمْتُكَ بِالْحُكْمِ وَأَنْكَرَ الْمَقْضِيَّ عَلَيْهِ أَنْ يَكُونَ أَقَرَّ فَالْحُكْمُ مَاضٍ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُنْفِذَ التَّحْكِيمَ مَا دَامَ فِي الْمَجْلِسِ وَالْمَجْلِسُ بَاقٍ ، فَإِذَا قَالَ حَكَمْتُ صَدَّقَ وَإِنْ قَالَ الْحَكْمُ كُنْتُ حَكَمْتُ بِكَذَا لَمْ يُصَدَّقْ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا حَكَّمَ صَارَ مَعْزُولًا وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْمَعْزُولِ أَنِّي حَكَمْتُ عَلَيْهِ بِكَذَا وَلِأَنَّهُ لَمَّا قَامَ مِنْ مَجْلِسِهِ صَارَ قَضَاؤُهُ كَالْقَاضِي بَعْدَ الْعَزْلِ إِذَا قَالَ قَضَيْتُ بِكَذَا لَا يُصَدَّقُ كَذَا هَذَا

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبَطَلَ حُكْمُهُ لِأَبَوَيْهِ وَوَلَدِهِ وَزَوْجَتِهِ كَحُكْمِ الْقَاضِي بِخِلَافِ حُكْمِهِ عَلَيْهِمْ) أَيُّ يَبْطُلُ حُكْمُ الْمُحَكَّمِ لَهُؤُلَاءِ كَمَا يَبْطُلُ حُكْمُ الْحَاكِمِ لَهُمْ بِخِلَافِ حُكْمِهِ عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّهُ يُتَّهَمُ بِحُكْمِهِ لَهُمْ فَيَبْطُلُ دُونُ حُكْمِهِ عَلَيْهِمْ وَهَذَا كَالشَّهَادَةِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ لَهُمْ وَيَجُوزُ عَلَيْهِمْ لَمَّا ذَكَرْنَا وَيَجُوزُ أَنْ يَقْضِيَ لِأَبِي أُمِّهِ وَأُمِّهَا ، وَكَذَا لِامْرَأَةِ ابْنِهِ أَوْ لِزَوْجِ ابْنَتِهِ إِذَا كَانَ الْمَقْضِيُّ لَهُ بِالْحَيَاةِ لِأَنَّ شَهَادَتَهُ جَائِزَةٌ فَهَذَا هُوَ الْحَرْفُ ، وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا لَمْ يَجْزِ لِأَنَّ الْقَضَاءَ لَهُمْ قَضَاءَ لَزَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ إِذَا كَانُوا يَتَوَارَثُونَ ، وَإِنْ كَانُوا لَا يَتَوَارَثُونَ جَازَ لِعَدَمِ التَّهْمَةِ وَيَجُوزُ الْقَضَاءُ لِلْإِخْوَةِ وَأَوْلَادِهِمْ وَالْأَعْمَامِ ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُ لَهُمْ جَائِزَةٌ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ وَهُوَ حَسْبِي وَنَعْمَ الْوَكِيلُ .

الشرح

قَوْلُهُ فَهَذَا هُوَ الْحَرْفُ وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا لَمْ يَجْزِ

قَالَ قَاضِي خَانَ فِي كِتَابِ الدَّعْوَى فِي فَصْلِ مَنْ يُجُوزُ قَضَاءُ الْقَاضِي لَهُ وَيُجُوزُ قَضَاءُ الْقَاضِي لِأُمِّ امْرَأَتِهِ بَعْدَ مَا مَاتَتْ وَلَا يَجُوزُ إِنْ كَانَتْ امْرَأَتُهُ حَيَّةً ، وَكَذَا لَوْ قَضَى لِامْرَأَةِ أَبِيهِ بَعْدَ مَا مَاتَ الْأَبُ جَازَ وَإِنْ كَانَ الْأَبُ فِي الْأَحْيَاءِ لَا يَجُوزُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَا يَتَدُّ ذُو سُفْلٍ فِيهِ ، وَلَا يَنْقُبُ كَوْهٌ بِلَا رِضَا ذِي الْعُلُوِّ) مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ سُفْلٌ وَلَا آخَرَ عُلوٌّ فَلَيْسَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ أَنْ يَتَدَّ فِيهِ وَتَدًّا ، وَلَا يَنْقُبَ فِيهِ كَوْهٌ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَقَالَ يَصْنَعُ فِيهِ مَا لَا يَضُرُّ بِالْعُلُوِّ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا أَرَادَ صَاحِبُ الْعُلُوِّ أَنْ يَبْنِيَ عَلَى الْعُلُوِّ يَبْنِي أَوْ يَضَعُ عَلَيْهِ جُدُوعًا أَوْ يُحَدِّثُ كَنْيَفًا قِيلَ مَا حُكِيَ عَنْهُمَا تَفْسِيرٌ لِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ لَا يُمْنَعُ إِلَّا مَا فِيهِ ضَرَرٌ مِثْلُ مَا قَالَا وَقِيلَ فِيهِ خِلَافٌ حَقِيقَةٌ وَهُوَ أَنَّ الْأَصْلَ عِنْدَهُمَا الْإِبَاحَةُ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مَلِكِهِ وَهُوَ مُطْلَقٌ لَهُ وَالْحُرْمَةُ لِعَارِضٍ وَهُوَ الضَّرَرُ بِالْغَيْرِ فَمَا أَشْكَلَ يَبْقَى عَلَى أَصْلِ الْإِبَاحَةِ وَعِنْدَهُ الْأَصْلُ هُوَ الْحَظَرُ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مَحَلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ كَالرَّهْنِ وَالْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ وَالْإِطْلَاقِ لِعَارِضٍ وَهُوَ عَدَمُ الضَّرَرِ بَيِّنٌ فَمَا أَشْكَلَ يَبْقَى عَلَى أَصْلِ الْحَظَرِ وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ مِنَ الْمُسْكَلِ فَظَهَرَ فِيهَا ثَمَرَةُ الْخِلَافِ ، وَلَا خِلَافَ فِيمَا لَا إِشْكَالَ فِيهِ ، وَلَوْ انْهَدَمَ السُّفْلُ مِنْ غَيْرِ صُنْعِ صَاحِبِهِ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْبِنَاءِ لِعَدَمِ التَّعَدِّيِّ ، وَلَكِنْ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ أَنْ يَبْنِيَ إِنْ شَاءَ وَيَبْنِيَ عَلَيْهِ عُلوُّهُ ، ثُمَّ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِقِيَمَةِ الْبِنَاءِ وَيَمْنَعُهُ مِنَ السُّكْنَى فِيهِ حَتَّى يَدْفَعَ إِلَيْهِ قِيَمَتَهُ يَوْمَ الْبِنَاءِ ؛ لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِي ذَلِكَ فَصَارَ كَمُعِيرِ الرَّهْنِ إِذَا قَضَى الدَّيْنَ بَعِيرٍ إِذْنِ الرَّاهِنِ لَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا بِخِلَافِ الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ إِذَا انْهَدَمَتْ فَبَنَاهَا أَحَدُهُمَا بَعِيرٍ إِذْنِ صَاحِبِهِ حَيْثُ لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ إِذْ هُوَ لَيْسَ بِمُضْطَرٍّ ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَقْسِمَ عَرَصَتَهَا وَيَبْنِيَ نَصِيْبَهُ ، وَصَاحِبُ الْعُلُوِّ لَيْسَ كَذَلِكَ حَتَّى ، وَلَوْ كَانَتْ الدَّارُ صَغِيرَةً بِحَيْثُ لَا يُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِنَصِيْبِهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَعَلَى هَذَا لَوْ انْهَدَمَ بَعْضُ الدَّارِ أَوْ بَعْضُ الْحِمَامِ فَأَصْلَحَهُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ ؛ لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ إِذْ لَا يُمْكِنُ قِسْمَةُ بَعْضِهِ ، وَلَوْ انْهَدَمَ كُلُّهُ فَعَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي ذَكَرْنَا ، وَلَوْ هَدَمَ صَاحِبُ السُّفْلِ سُفْلَهُ بِنَفْسِهِ يُجْبَرُ عَلَى إِعَادَتِهِ لِتَعَدِّيِّهِ بِمَحَلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ كَالرَّاهِنِ يُعْتَقُ الْعَبْدُ الْمَرْهُونُ أَوْ مَوْلَى الْعَبْدِ الْجَانِي يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِعَتَقٍ أَوْ نَحْوِهِ وَذَكَرَ الْحَلَوَانِيُّ أَنَّ كُلَّ مَنْ أُحْبِرَ أَنْ يَفْعَلَ مَعَ شَرِيكِهِ ، فَإِذَا فَعَلَ أَحَدُهُمَا بَعِيرٍ أَمْرَ الْآخَرِ لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَطَوِّعٌ إِذْ كَانَ يُمْكِنُهُ أَنْ يُجْبِرَهُ وَذَلِكَ مِثْلُ كَرِّى التَّهْرِ أَوْ إِصْلَاحِ سَفِينَةٍ مَعِيَّةٍ وَفِدَاءِ الْعَبْدِ الْجَانِي ، وَإِنْ لَمْ يُجْبِرْ لَا يَكُونُ مُتَطَوِّعًا كَمَسْأَلَةِ انْهَدَامِ الْعُلُوِّ وَالسُّفْلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَصَّلُ إِلَى حَقِّهِ أَصْلًا وَلَمْ يُمْكِنِهِ الْإِنْتِفَاعُ بِنَصِيْبِهِ إِلَّا بِالْإِصْلَاحِ فَصَارَ مُضْطَرًّا وَذَكَرَ فِي التَّهْنِائَةِ مَعْرِيًّا إِلَى قَاضِي خَانَ وَلَوْ تَصَرَّفَ صَاحِبُ السُّفْلِ فِي سَاحَةِ السُّفْلِ بِأَنْ حَفَرَ بئرًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَهُ ذَلِكَ ، وَإِنْ تَضَرَّرَ بِهِ صَاحِبُ الْعُلُوِّ وَعِنْدَهُمَا الْحُكْمُ مَعْلُولٌ بِعِلَّةِ الضَّرَرِ .

الشرح

قوله في المتن لا يتد

وتد الوتد يتد إذا ضربته من باب ضرب أثقاني

قوله في المتن ولا ينقب كوة
بفتح الكاف .

أُنْقَانِي

قوله وهذا عند أبي حنيفة
أي لغير رضا صاحب العلو فتح

قوله وقالنا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو

والتفاق على أنه ليس له أن يهدم سفله لما فيه من إبطال حق صاحب العلو في سكناه العلو قاله الكمال رحمه الله تعالى قوله قيل ما حكى عنهما تفسير لقول أبي حنيفة (على معنى أنه لا يمنع إلا ما فيه ضرر قال قاضي خان في فتاويه علو لرجل وسفل لآخر قال أبو حنيفة ليس لصاحب العلو أن يبني في العلو بناء أو يتدأ إلا برضا صاحب السفل وقال صاحباه له ذلك إذا لم يضر بالسفل والمختار للفتوى أنه إن ضرر بالسفل يمنع وإن لم يضر لا يمنع وعند الاشتباه والإشكال يمنع

قوله وعنده الأصل هو الخطر

وقوله قياس لأنه لا يخلو عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فوجب نقضه كافي

قوله ولا خلاف فيما لا إشكال فيه

أي فإن له أن يصنع ما لا يضر به بالتفاق

قوله ولو انهدم السفل من غير صنع

أي أمّا إذا هدمه بنفسه فيأتي حكمه في الشرح .

قوله ، ثم يرجع عليه بقيمة البناء إلخ

وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارتته قال وذكر الخصاص أنه يرجع بما أنفق ، وهذا عندي في غاية الحسن إذا كان بقضاء ويجب أن لا يضمن لو علأ بناء السفل على ما كان عليه ذلك القدر .

فتح

قوله حتى يدفع إليه قيمته يوم

(البناء)

قَالَ الْكَمَالُ وَاخْتَلَفَ أَنَّ الْقِيَمَةَ تُعْتَبَرُ وَقْتُ الْبِنَاءِ أَوْ وَقْتُ الرُّجُوعِ وَالصَّحِيحُ وَقْتُ الْبِنَاءِ

قَوْلُهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ

أَيُّ لَأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْإِثْفَاعُ بِنَصِيهِهِ إِلَّا بِنَائِهِ ، فَلَا يَكُونُ مُتَطَوِّعًا .

فَتَحَّ

قَوْلُهُ يُجْبَرُ عَلَى إِعَادَتِهِ لِتَعْدِيهِ بِمَحَلِّ تَعَلُّقٍ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ

أَيُّ ، وَهُوَ قَرَارُ الْعُلُوِّ .

فَتَحَّ

قَوْلُهُ وَذَلِكَ مِثْلُ كَرِي النَّهْرِ

أَيُّ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَهُمَا إِذَا امْتَنَعَ أَحَدُهُمَا عَنْ كَرِيهِ وَكَرَى الْآخَرِ .

قَوْلُهُ وَفَدَاءُ الْعَبْدِ الْجَانِي

يَعْنِي الْعَبْدَ الْمُشْتَرَكَ إِذَا حَتَّى فَفَدَاهُ أَحَدُهُمَا فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ ؛ لِأَنَّ الْآخَرَ يُجْبَرُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (رَأَيْتُمْ مُسْتَطِيلَةً يَتَشَعَّبُ عَنْهَا مِثْلُهَا غَيْرُ نَافِذَةٍ لَا يَفْتَحُ فِيهَا أَهْلُ الْأُولَى بَابًا بِخِلَافِ الْمُسْتَدِيرَةِ) مَعْنَاهُ سِكَّةٌ طَوِيلَةٌ يَتَشَعَّبُ عَنْهَا سِكَّةٌ أُخْرَى طَوِيلَةٌ وَهِيَ غَيْرُ نَافِذَةٍ فَلَيْسَ لِأَهْلِ السِّكَّةِ الْأُولَى أَنْ يَفْتَحُوا بَابًا إِلَى السِّكَّةِ الْآخَرَى ؛ لِأَنَّ الْبَابَ يَقْصُدُ لِلْمُرُورِ ، وَلَا حَقَّ لَهُمْ فِي الدُّخُولِ فِيهَا لِكُونِهَا غَيْرُ نَافِذَةٍ وَإِنَّمَا ذَلِكَ لِأَهْلِهَا عَلَى الْخُصُوصِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَتْ دَارٌ مِنْهَا كَانَ حَقُّ الشُّفْعَةِ لَهُمْ لَا لِأَهْلِ الْأُولَى ، فَلَوْ مَكَّنُوا مِنْ فَتْحِ الْبَابِ لَخَرَجُوا مِنْهُ إِلَيْهَا إِذْ لَا يُمْكِنُهُمُ الْمَنْعُ فِي كُلِّ سَاعَةٍ وَيَخَافُ أَنْ يَسُدَّ بَابَهُ الْأَصْلِيَّ وَيَكْتَفِيَ بِالْبَابِ الْمَفْتُوحِ وَيَجْعَلَ دَارَهُ مِنْ تِلْكَ السِّكَّةِ فَيَمْنَعُ مِنْهُ لِأَنَّهَا مِلْكُهُمْ ، فَلَا يُشَارِكُهُمْ فِيهَا غَيْرُهُمْ وَلِأَنَّهُ يَلْحَقُ بِهِمْ ضَرَرٌ بَأَنَ يُضَيَّقَ عَلَيْهِمْ فَيَمْنَعُ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ نَافِذَةً ؛ لِأَنَّ الْإِسْطِرَاقَ حَقُّ الْعَامَّةِ وَهُمْ مِنْ جُمْلَتِهِمْ وَقِيلَ لَا يُمْنَعُونَ مِنْ فَتْحِ الْبَابِ لِأَنَّهُ رَفَعَ جِدَارَهُ وَهُوَ لَهُ أَنْ يَنْقُضَ كُلَّهُ فَأُولَى أَنْ يَكُونَ لَهُ نَقْضُ الْبَعْضِ وَالصَّحِيحُ هُوَ الْأَوَّلُ لِمَا ذَكَرْنَا وَلِأَنَّهُ يُرَكَّبُ عَلَيْهِ بَابًا وَيَدْعِي الْمُرُورَ عَلَى طُولِ الزَّمَانِ فَيُسْتَدَلُّ بِالْبَابِ عَلَى أَنْ لَهُ حَقُّ الْمُرُورِ فَيَحْكُمُ لَهُ بِهِ .

وقوله بخلاف المستديرة يعني بخلاف ما إذا كانت الرائعة الثانية مستديرة حيث يكون لكل واحد من أهل الأولى فتح الباب إليها لأنها لما كانت مستديرة وهي التي فيها اعوجاج حتى بلغ عوجها رأس السكة صارت كلتاها سكة واحدة وهي بينهم على الشراكة حتى إذا بيع دار فيها يجب حق الشفعة وهذا إذا كانت السكة المستديرة غير نافذة أيضا ،

وَإِنْ كَانَتْ نَافِذَةً فَلِجَمِيعِ الْمُسْلِمِينَ فِيهَا حَقُّ الْمُرُورِ ، ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ مَا شَاءَ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ مَا لَمْ يَضُرَّ بَعْضَهُ ضَرًّا ظَاهِرًا فَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَّخِذَ فِي دَارِهِ حِمَامًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَضُرُّ بِالْجِيرَانِ وَمَا فِيهِ مِنَ النَّدَاوَةِ يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ عَنْهُ بِأَنْ يَبْنِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ جَارِهِ حَائِطًا ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْجِيرَانَ إِذَا مَا تَأَذُّوا مِنْ دُخَانِهِ فَلَهُمْ مَنَعُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ دُخَانُ الْحِمَامِ مِثْلَ دُخَانِهِمْ ، وَلَوْ اتَّخَذَ دَارِهِ حَظِيرَةً غَنَمٍ وَالْجِيرَانُ يَتَأَذُّونَ مِنْ تَنَنِ السَّرْفِينِ لَيْسَ لَهُمْ فِي الْحُكْمِ مَنَعُهُ ، وَلَوْ حَفَرَ فِي دَارِهِ بُئْرًا فَتَزَّ مِنْهَا حَائِطٌ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنَعُهُ وَقِيلَ إِنْ كَانَ يَعْلَمُ ذَلِكَ يَقِينًا فَلَهُ مَنَعُهُ وَهُوَ خِلَافُ قَوْلِ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ ، وَلَوْ أَرَادَ بِنَاءَ تَنْوِيرٍ فِي دَارِهِ لِلْخَبْرِ الدَّائِمِ كَمَا يَكُونُ فِي الدُّكَاكِينِ أَوْ رَحًا لِلطَّحْنِ أَوْ مِدَقَاتٍ لِلْقَصَّارِينَ لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَضُرُّ بِالْجِيرَانِ ضَرًّا ظَاهِرًا فَاحِشًا لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ عَنْهُ وَالْقِيَاسُ أَنْ يَجُوزَ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفٌ فِي مِلْكِهِ وَتَرْكُ ذَلِكَ اسْتِحْسَانًا لِأَجْلِ الْمَصْلَحَةِ ، وَلَوْ سَقَطَ حَائِطٌ بَيْنَ دَارَيْنِ وَلِأَحَدِهِمَا عَوْرَاتٌ فَطَلَبَ مِنْ جَارِهِ أَنْ يُسَاعِدَهُ فِي الْبِنَاءِ قَالَ أَصْحَابُنَا لَا يُجْبَرُ ، وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ رَحِمَهُ اللَّهُ يُجْبَرُ فِي زَمَانِنَا ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ سِتْرَةٍ بَيْنَهُمَا ، وَقَالَ قَاضِي خَانَ إِنْ كَانَ الْحَائِطُ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَيَبْنِي كُلُّ وَاحِدٍ فِي نَصِيبِهِ السُّتْرَةَ لَا يُجْبَرُ وَإِلَّا أُجْبِرَ وَقِيلَ إِنْ كَانَ يَقَعُ بَصَرُهُ فِي دَارِ جَارِهِ فَلَهُ مَنَعُهُ عَنْ الصُّعُودِ حَتَّى يَتَّخِذَ سِتْرَهُ ، وَإِنْ كَانَ يَقَعُ فِي سَطْحِهِ فَلَا يَمْنَعُهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (ادْعَى دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهُ وَهَبَهَا لَهُ فِي وَقْتٍ فَسَأَلَ

الْبَيْتَةَ فَقَالَ جَحَدْنِيهَا فَاشْتَرَيْتُهَا وَبَرَّهَنْ عَلَى الشِّرَاءِ قَبْلَ الْوَقْتِ الَّذِي يَدْعِي فِيهِ الْهَبَةَ لَا يُقْبَلُ وَبَعْدَهُ يُقْبَلُ) لَوْجُودِ التَّنَاقُضِ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ يَدْعِي الشِّرَاءَ بَعْدَ الْهَبَةِ وَشُهُودُهُ يَشْهَدُونَ لَهُ بِهَافِلَهَا وَهَذَا تَنَاقُضٌ ظَاهِرٌ لَا يُمَكِّنُ التَّوْفِيقَ بَيْنَهُمَا ، وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي يُمَكِّنُ إِذَا الشِّرَاءُ وَجِدَ بَعْدَ الْوَقْتِ الَّذِي يَدْعِي فِيهِ الْهَبَةَ ، فَلَا يَكُونُ مُتَنَاقِضًا ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ جَحَدْنِي الْهَبَةَ وَالْمَسْأَلَتَانِ بِحَالِهِمَا لَا يُقْبَلُ فِي الْأَوَّلَى وَيُقْبَلُ فِي الثَّانِيَةِ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنَ الْإِمْكَانِ وَعَدَمِهِ ، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَقُولَ جَحَدْنِي الْهَبَةَ أَوَّلًا ، وَلَا يُقَالَ فِي الثَّانِي أَيْضًا وَجِدَ التَّنَاقُضُ ؛ لِأَنَّهُ يَدْعِي شِرَاءً مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَهُ فِي وَقْتٍ بِالْهَبَةِ ، فَلَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَمْلِكَهُ بِالشِّرَاءِ بَعْدَ ذَلِكَ لَأَنَّا نَقُولُ لَمَّا جَحَدَ الْهَبَةَ وَوَافَقَهُ بِالْتَّرْكِ انْفَسَخَتْ الْهَبَةُ إِذَا جَمِيعُ الْعُقُودِ تَنْفَسَخُ بِالْجُحُودِ إِذَا وَافَقَهُ صَاحِبُهُ بِالْتَّرْكِ غَيْرِ النِّكَاحِ فَإِنَّهُ لَا يُقْبَلُ الْفَسْخُ ، فَلَا يَكُونُ مُتَنَاقِضًا ، وَلَوْ لَمْ يَذْكُرْ لَهُمَا تَارِيخًا أَوْ ذَكَرَ لِأَحَدِهِمَا يَنْبَغِي أَنْ تُقْبَلَ بَيْنَتُهُ ؛ لِأَنَّ التَّوْفِيقَ مُمَكِّنٌ بِأَنْ يَجْعَلَ الشِّرَاءَ مُتَأَخِّرًا وَمِثْلُهُ لَوْ ادْعَى دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهَا لَهُ اشْتَرَاهَا مِنْ أَبِيهِ فِي حَيَاتِهِ وَصَحَّتْهُ الْيَدُ يُنْكِرُ فَعَجَزَ عَنْ إِقَامَةِ الْبَيْتَةِ وَحَلَفَ ذُو الْيَدِ فَأَقَامَ الْمُدَّعِي بَيْنَهُ أَنَّهُ وَرَثَتُهَا مِنْ أَبِيهِ يُقْبَلُ لِإِمْكَانِ التَّوْفِيقِ عَلَى مَا بَيْنَنَا ، وَلَوْ ادْعَى الْإِرْثَ مِنْ أَبِيهِ أَوَّلًا ، ثُمَّ ادْعَى الشِّرَاءَ مِنْهُ لَا يُقْبَلُ لِعَدَمِ إِمْكَانِ التَّوْفِيقِ وَبِهَذَا تَبَيَّنَ أَنَّ التَّنَاقُضَ إِنَّمَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الدَّعْوَى إِذَا لَمْ يُمَكِّنِ التَّوْفِيقُ وَقِيلَ لَا بُدَّ مِنْ دَعْوَى التَّوْفِيقِ مِنَ الْمُدَّعِي

وَإِلَّا فَلَا يُوَفَّقُ وَقِيلَ التَّوْفِيقُ مِنْ غَيْرِ دَعْوَاهُ قِيَاسٌ وَعَدَمُ التَّوْفِيقِ بِدُونِ دَعْوَاهُ اسْتِحْسَانٌ .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ زَانِعَةٌ مُسْتَطِيلَةٌ يَنْتَشِعُ عَنْهَا مِثْلُهَا غَيْرُ نَافِذَةٍ

وَالزَّانِعَةُ الْأَوَّلَى غَيْرُ نَافِذَةٍ أَيْضًا وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ لَيْسَ فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ ، وَقَدْ صَرَّحَ بِذَلِكَ الْإِمَامُ التُّمَرْتَّاشِيُّ وَالْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ إِلَّا أَنَّ يَجْعَلُ غَيْرُ نَافِذَةٍ حَالًا مِنَ الزَّانِعَتَيْنِ جَمِيعًا .

كَأَيِّ

قَوْلُهُ فَلَيْسَ لِأَهْلِ السَّكَّةِ الْأُولَى أَنْ يَفْتَحُوا بَابَ الْخ

وَلَكِنْ هَذَا فِيمَا إِذَا أَرَادَ بَفَتْحِ الْبَابِ الْمُرُورَ فَإِنَّهُ يَمْنَعُ اسْتِحْسَانًا وَإِذَا أَرَادَ بِهِ الْإِسْتِضَاعَةَ أَوْ الرِّيحَ دُونَ الْمُرُورِ لَمْ يَمْنَعْ مِنْ ذَلِكَ كَذَا نَقَلَ
فَخَرَّ الْإِسْلَامُ عَنِ الْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ وَالصَّحِيحُ هُوَ الْأَوَّلُ لِمَا ذَكَرْنَا

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَمْنَعُ مِنْ فَتْحِ الْبَابِ ؛ لِأَنَّهُ نَصَّ فِي الْكِتَابِ قَالَ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَفْتَحَ بَابًا ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مَتَى فَتَحَ الْبَابَ فَقَدْ اتَّخَذَ
لِنَفْسِهِ طَرِيقًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُمْ مِنْهُ فِي كُلِّ سَاعَةٍ وَزَمَانٍ حَتَّى لَوْ فَتَحَ بَابًا لِلْإِسْتِضَاعَةِ وَالرِّيحِ وَنَحْوِهِ لَا يَمْنَعُ قَوْلُهُ فَيُحْكَمُ لَهُ بِهِ (قَالَ
شَمْسُ الْأَيْمَةِ الْحُلَوَانِيُّ فِي مُحِيطِهِ فِي كِتَابِ الشُّفْعَةِ سَكَّةٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ بِيَعْتِ فِيهَا دَارٌ فَأَهْلُهَا شُفْعَاءُ لِأَنَّهُمْ شُرَكَاءُ فِي حُقُوقِ الْمَبِيعِ ، فَإِنْ
كَانَ فِيهَا عِطْفٌ إِنْ كَانَ مُرَبَّعًا فَأَصْحَابُ الْعِطْفِ أَوْلَى بِمَا يَبِيعُ فِي عِطْفِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ بِسَبَبِ التَّرْبِيعِ يَصِيرُ الْعِطْفُ الْمُرَبَّعُ كَالْمُنْفَصِلِ عَنْ
السَّكَّةِ ؛ لِأَنَّ هَيْئَاتِ الدُّورِ فِي الْعِطْفِ الْمُرَبَّعِ تُخَالِفُ هَيْئَاتِ الدُّورِ فِي السَّكَّةِ فَصَارَ الْعِطْفُ الْمُرَبَّعُ بِمَنْزِلَةِ سَكَّةٍ أُخْرَى فَصَارَ كَسَكَّةٍ فِي
سَكَّةٍ وَلِهَذَا يُمَكِّنُهُ نَصَبُ الدَّرَبِ فِي أَعْلَاهُمْ وَهُمْ وَأَهْلُ السَّكَّةِ فِيمَا يَبِيعُ فِي السَّكَّةِ سَوَاءً كَمَا لَوْ بِيَعْتَ دَارٌ فِي السَّكَّةِ الْعُظْمَى فَهُمْ وَأَهْلُ
السَّكَّةِ

الصُّغْرَى فِيهَا سَوَاءٌ فَكَذَا هُنَا وَإِنْ كَانَ الْعِطْفُ مَدَوَّرًا فَالْكُلُّ سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّ الْعِطْفَ الْمَدَوَّرَ اعْوِجَاجٌ فِي بَضْعِ السَّكَّةِ وَبِذَلِكَ لَا يَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ
سَكَّتَيْنِ لِأَنَّ هَيْئَاتِ الدُّورِ فِيهَا لَا تَخْتَلِفُ بِسَبَبِ الْاعْوِجَاجِ فَكَانَتْ سَكَّةً وَاحِدَةً إِلَى هُنَا لَفْظُ شَمْسِ الْأَيْمَةِ الْحُلَوَانِيِّ .

أَثَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ .

قَوْلُهُ وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ رَحِمَهُ اللَّهُ يُجْبَرُ فِي زَمَانِنَا

قَالَ الْعِمَادِيُّ وَالْحَاصِلُ أَنَّ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ وَأَجْنَاسِهَا الْقِيَاسُ أَنَّ كُلَّ مَنْ تَصَرَّفَ فِي خَالِصِ مِلْكِهِ لَا يَمْنَعُ مِنْهُ فِي الْحُكْمِ وَإِنْ كَانَ
يُلْحِقُ ضَرَرًا بِالْغَيْرِ ، لَكِنْ تُرِكَ الْقِيَاسُ فِي مَوْضِعٍ يَتَعَدَّى فِيهِ ضَرَرُ تَصَرُّفِهِ إِلَى غَيْرِهِ ضَرَرًا بَيْنًا وَقِيلَ بِالْمَنْعِ وَبِهِ أَخَذَ كَثِيرٌ مِنْ مَشَائِخِنَا وَعَلَيْهِ
الْفَتْوَى .

قَوْلُهُ وَبَعْدَهُ يُقْبَلُ لَوْجُودِ التَّنَاقُضِ

إِذْ لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَقُولَ وَهَبَنِي مُنْذُ شَهْرٍ ، ثُمَّ حَحَدَنِي الْهَبَةَ فَاشْتَرَيْتَهَا مِنْهُ مُنْذُ سَنَةٍ .

كَافِي

قَوْلُهُ وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي يُمَكِّنُ الْخُ

أَيَّ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَقُولَ وَهَبَنِي مُنْذُ شَهْرٍ ، ثُمَّ حَحَدَنِي الْهَبَةَ فَاشْتَرَيْتَهَا مِنْهُ مُنْذُ أُسْبُوعٍ .

كَافِي

قَوْلُهُ وَالْمَسْأَلَتَانِ بِحَالِهِمَا

أَيَّ بِأَنْ ادَّعَى الْهَبَةَ فِي وَقْتٍ ، ثُمَّ بَرَهَنَ عَلَى الشَّرَاءِ قَبْلَهُ وَلَمْ يَقُلْ حَحَدَنِي الْهَبَةَ فَاشْتَرَيْتَهَا وَقَوْلُهُ وَلَا يُقْبَلُ فِي الْأُولَى أَيَّ لِأَنَّ دَعْوَاهُ الْهَبَةَ فِي وَقْتٍ إِقْرَارٍ مِنْهُ بِمِلْكِ الْوَاهِبِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ ، ثُمَّ دَعَا الشَّرَاءَ قَبْلَ ذَلِكَ يَكُونُ رُجُوعًا عَنْ ذَلِكَ الْإِقْرَارِ فَكَانَ مُنَاقِضًا ، فَلَا يَتِمَكَّنُ مِنْ إِثْبَاتِهِ بِالْبَيِّنَةِ فَأَمَّا دَعْوَاهُ الشَّرَاءَ بَعْدَ ذَلِكَ يُقَرَّرُ إِقْرَارُهُ بِالْمُلْكِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ فَيَتِمَكَّنُ مِنْ إِثْبَاتِهِ بِالْبَيِّنَةِ .

كَافِي

قَوْلُهُ لِأَنَّا نَقُولُ لَمَّا جَحَدَ الْهَبَةَ الْخُ

انْفَسَخَتْ فِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَتَوَقَّفَ الْفَسْخُ فِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَى رِضَاهُ ، فَإِذَا أَقْدَمَ عَلَى الشَّرَاءِ مِنْهُ فَقَدْ رَضِيَ بِذَلِكَ الْفَسْخِ فَتَمَّ الْفَسْخُ فِيمَا بَيْنَهُمَا بِتَرَاضِيهِمَا ، فَإِذَا اشْتَرَى مِنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَدْ اشْتَرَى مَا لَا يَمْلِكُهُ فَصَحَّ .

كَافِي .

قَوْلُهُ وَمِثْلُهُ لَوْ ادَّعَى دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهَا لَهُ اشْتَرَاهَا مِنْ أَبِيهِ

أَيَّ الْمُدَّعَى اشْتَرَاهَا مِنْ أَبِي نَفْسِهِ .

قوله يُقْبَلُ لِإِمْكَانِ التَّوْفِيقِ عَلَى مَا بَيَّنَّا

أَيُّ بَأْنٍ يَكُونُ اشْتَرَاها مِنْ أَبِيهِ ، ثُمَّ حَدَّ أَبُوهُ الشَّرَاءَ حَتَّى مَاتَ فَوَرِثَهَا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ قَالَ لِأَخَرَ اشْتَرَيْتُ مِنِّي هَذِهِ الْأَمَةَ فَأَنْكَرَ فَلِلْبَائِعِ أَنْ يَطَّأَهَا إِنْ تَرَكَ الْخُصُومَةَ) لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ لَمَّا حَدَّ الشَّرَاءَ كَانَ ذَلِكَ فُسْخًا مِنْهُ إِذْ الْجُحُودُ كُنَايَةً عَنِ الْفُسْخِ ؛ لِأَنَّ الْفُسْخَ رَفْعُ الْعَقْدِ مِنَ الْأَصْلِ وَالْجُحُودُ إنْكَارُ لِلْعَقْدِ مِنَ الْأَصْلِ فَكَانَ بَيْنَهُمَا مُنَاسَبَةٌ فَحَازَتْ الْاسْتِعَارَةُ فَكَانَ فُسْخًا مِنْ جِهَتِهِ ، فَإِذَا سَاعَدَهُ الْبَائِعُ بِتَرْكِ الْخُصُومَةِ تَمَّ الْفُسْخُ فَحَلَّ لَهُ وَطُوعًا وَلَهُ أَنْ يَرُدَّهَا عَلَى بَائِعِهَا بِالْعَيْبِ إِنْ وَجَدَ بِهَا عَيْبًا قَدِيمًا بَعْدَ ذَلِكَ لِتَمَامِ الْفُسْخِ بِالتَّرَاضِي حَتَّى إِذَا أَقَامَ الْمُشْتَرِي بَعْدَ ذَلِكَ بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْهُ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ ، وَفِي النِّهَايَةِ إِذَا عَزَمَ عَلَى تَرْكِ الْخُصُومَةِ قَبْلَ تَحْلِيلِ الْمُشْتَرِي لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا عَلَى بَائِعِهَا ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُضْطَرٍّ فِي فُسْخِ الْبَيْعِ الثَّانِي لِاحْتِمَالِ أَنْ يَنْكُلَ عِنْدَ التَّحْلِيلِ فَاعْتَبِرَ بَيْعًا جَدِيدًا فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَالْأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا التَّفْصِيلُ بَعْدَ الْقَبْضِ ، وَأَمَّا قَبْلَ الْقَبْضِ فَيَنْبَغِي أَنْ يُرَدَّ عَلَيْهِ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّهُ فُسْخٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فِي غَيْرِ الْعَقَارِ ، فَلَا يُمَكِّنُ حَمْلُهُ عَلَى الْبَيْعِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ ، فَإِنْ قِيلَ الْحُكْمُ لَا يَثْبُتُ بِمَجَرَّدِ الْعَزْمِ فَكَيْفَ يَكُونُ فُسْخًا قُلْنَا نَحْنُ لَا نُنْبِتُهُ بِمَجَرَّدِ الْعَزْمِ وَإِنَّمَا نُثْبِتُهُ بِالْعَزْمِ وَالْيَمِينِ أَوْ بِالْعَزْمِ وَالْفِعْلِ وَهُوَ التَّصَرُّفُ فِي الْجَارِيَةِ بِالتَّقْلِيلِ مِنْ مَوْضِعِ الْخُصُومَةِ إِلَى بَيْتِهِ أَوْ بِالِاسْتِخْدَامِ أَوْ إِمْسَاكِهَا بِيَدِهِ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ فِيهَا لَا يَحِلُّ إِلَّا بِالْفُسْخِ فَكَانَ فُسْخًا دَلَالَةً إِذْ الْفِعْلُ قَدْ يُوْجَدُ دَلَالَةً كَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ أَجَرْتُكَ هَذَا الدَّابَّةَ يَوْمًا لَتَرَكَبَهَا فَأَخَذَهَا وَاسْتَعْمَلَهَا كَانَ ذَلِكَ

قَبُولًا مِنْهُ دَلَالَةً ؛ لِأَنَّ الْأَخَذَ وَالِاسْتِعْمَالَ لَا يَحِلُّ بِدُونِ الْقَبُولِ .

الشرح

قوله فِي الْمَتْنِ فَلِلْبَائِعِ أَنْ يَطَّأَهَا إِنْ تَرَكَ الْخُصُومَةَ (وَقَالَ بَعْضُهُمْ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَطَّأَهَا وَيُقَالَ هُوَ قَوْلُ زُفَرٍ كَذَا قَالَ الْقَفِيهِ أَبُو اللَّيْثِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ .

وَجْهٌ قَوْلُهُ أَنَّهُ لَمَّا بَاعَهَا فَهِيَ عَلَى مِلْكِ الْمُشْتَرِي مَا لَمْ يَبْعَهَا مِنَ الْبَائِعِ أَوْ يَتَقَابَلَا وَلَنَا أَنَّ الْإِقَالََةَ قَدْ تَكُونُ بِلَفْظِ الْإِقَالََةِ وَبِلَفْظِ الرَّدِّ وَبِجُحُودِهِمَا بِأَنْ تَحَاحَذَا الْبَيْعَ ، ثُمَّ إِذَا حَدَّ الْمُشْتَرِي الْبَيْعَ حَصَلَ الْفُسْخُ مِنْ جِهَتِهِ ، فَإِذَا عَزَمَ الْبَائِعُ عَلَى تَرْكِ الْخُصُومَةِ بَعْدَ ذَلِكَ وَافْتَرَنَ عَزْمَهُ بِالْفِعْلِ ، وَهُوَ إِمْسَاكُ الْجَارِيَةِ وَنَقْلُهَا مِنْ مَجْلِسِ الْخُصُومَةِ إِلَى مَنْزِلِهِ وَاسْتِخْدَامِهَا وَنَحْوُ ذَلِكَ كَانَ ذَلِكَ مِنْهُ دَلَالَةً الْفُسْخِ فَتَمَّ الْفُسْخُ بَيْنَهُمَا .

أَتَقَانِي .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ أَقَرَّ بِقَبْضِ عَشْرَةٍ ، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ زُيُوفٌ صَدَقَ) مَعْنَاهُ إِذَا قَالَ قَبِضْتُ مِنْهُ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ ، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهَا زُيُوفٌ صَدَقَ سِوَاءَ قَالَ ذَلِكَ مَوْصُولًا أَوْ مَفْصُولًا ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَى أَنَّهَا نَبْهَرَجَةٌ ، وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهَا سَتُوقَةٌ لَا يُصَدَّقُ ؛ لِأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ يَقَعُ عَلَى الْحِيَادِ وَالزُّيُوفِ وَالتَّبْهَرَجَةِ دُونَ السَّتُوقَةِ وَلِهَذَا لَوْ تَحَوَّزَ بِالزُّيُوفِ وَالتَّبْهَرَجَةِ جَازَ حَتَّى فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَامِ دُونَ السَّتُوقَةِ ، وَالْقَبْضُ لَا يَخْتَصُّ بِالْحِيَادِ فَيُصَدَّقُ فِي إِنْكَارِهِ قَبْضُ حَقِّهِ مَعَ يَمِينِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ قَبِضَ الْحِيَادِ أَوْ حَقَّهُ أَوْ الثَّمَنَ أَوْ اسْتَوْفَى حَيْثُ لَا يُصَدَّقُ فِي دَعْوَاهُ

الرَّيُوفَ ؛ لِأَنَّهُ مُنَاقِضٌ ؛ لِأَنَّ الرَّيُوفَ ضِدُّ الْجِيَادِ وَحَقُّهُ فِي الْجِيَادِ فَكَانَ الْإِقْرَارُ بِقَبْضِ حَقِّهِ مُطْلَقًا إِقْرَارًا مِنْهُ بِقَبْضِ الْجِيَادِ وَالِاسْتِيفَاءُ عِبَارَةٌ عَنْ قَبْضِ الْحَقِّ بِوَصْفِ التَّمَامِ فَكَانَ عِبَارَةً عَنْ قَبْضِ حَقِّهِ أَيْضًا وَبِخِلَافِ مَا إِذَا قَبِضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ ، ثُمَّ ادَّعَى الْعَيْبَ حَيْثُ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْبَائِعِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مُتَعَيَّنٌ فِي الْبَيْعِ ، فَإِذَا قَبِضَهُ فَقَدْ أَقَرَّ بِأَنَّهُ اسْتَوْفَى عَيْنَ حَقِّهِ دَلَالَةً ، ثُمَّ يَدْعُوهُ الْعَيْبَ بَعْدَ ذَلِكَ صَارَ مُنَاقِضًا ، فَلَا يُقْبَلُ كَلَامُهُ بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّ الدَّرَاهِمَ لَا تَتَعَيَّنُ وَحَقُّهُ ثَابِتٌ فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُقَرَّرْ بِقَبْضِ حَقِّهِ وَإِنَّمَا أَقَرَّ بِقَبْضِ الدَّرَاهِمِ وَهِيَ مُتَنَوِّعَةٌ فَبِالْإِقْرَارِ بِقَبْضِهَا لَمْ يَكُنْ مُقَرَّرًا بِقَبْضِ حَقِّهِ ، ثُمَّ فِي قَوْلِهِ قَبِضْتُ دَرَاهِمَ جِيَادًا لَا يُصَدَّقُ فِي دَعْوَاهُ الرَّيُوفَ مُطْلَقًا سَوَاءً كَانَ مَوْصُولًا أَوْ مَفْصُولًا ، وَفِيمَا إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ قَبِضَ الثَّمَنَ أَوْ حَقَّهُ أَوْ اسْتَوْفَى ، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ كَانَ زَيْوْفًا يُنْظَرُ ، فَإِنْ كَانَ مَفْصُولًا لَا يُصَدَّقُ وَهُوَ

الْمَقْصُودُ بِمَا ذَكَرْنَا وَإِنْ كَانَ مَوْصُولًا صَدَّقَ ، وَقَالَ فِي التَّهْيِئَةِ لَوْ أَقَرَّ بِقَبْضِ حَقِّهِ ، ثُمَّ قَالَ إِنَّهَا سَتُوفَةٌ أَوْ رَصَاصٌ يُصَدَّقُ مَوْصُولًا لَا مَفْصُولًا قَالَ ذَكَرَهُ شَيْخُ الْإِسْلَامِ ، ثُمَّ الرَّيُوفُ مَا رَدَّهُ بَيْتُ الْمَالِ وَالتَّبَهُّرَةُ مَا تَرُدُّهُ التَّجَارُ وَالسَّتُوفَةُ مَا يَغْلِبُ عَلَيْهِ الْغَشُّ ، وَقِيلَ الرَّيُوفُ هِيَ الْمَعْشُوشَةُ وَالتَّبَهُّرَةُ هِيَ الَّتِي تُضْرَبُ فِي غَيْرِ دَارِ السُّلْطَانِ وَالسَّتُوفَةُ صُفْرٌ مُمَوَّهٌ ، وَعَنِ الْكَرْخِيِّ السَّتُوفَةُ عِنْدَهُمْ مَا كَانَ عَلَيْهِ الصُّفْرُ أَوْ التَّحَاسُ هُوَ الْعَالِبُ .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الثَّمَنِ وَمَنْ أَقَرَّ بِقَبْضِ عَشْرَةٍ ، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهَا زَيْوْفٌ صَدَّقَ

يَعْنِي أَقَرَّ أَنَّهُ قَبِضَ مِنْ مَدْيُونِهِ بَدَلَيْنِ قَرْضٍ افْتَرَضَهُ أَوْ ثَمَنٍ مَبِيعٍ أَوْ بَدَلٍ إِجَارَةٍ أَوْ قَالَ غَضِبْتُ مِنْهُ أَوْ أودعني ألف درهم ، ثُمَّ قَالَ إِنْهَا زَيْوْفٌ أَوْ تَبَهَّرَجَةٌ أَوْ قَالَ بَعْدَ نَعَمٍ هِيَ زَيْوْفٌ أَوْ تَبَهَّرَجَةٌ .

فَتَحَّ .

قَوْلُهُ سَوَاءً قَالَ ذَلِكَ مَوْصُولًا أَوْ مَفْصُولًا

وَفِي الْمَبْسُوطِ أَقَرَّ الطَّالِبُ أَنَّهُ قَبِضَ مِمَّا لَهُ عَلَى فُلَانٍ مِائَةَ دَرَاهِمٍ ، ثُمَّ قَالَ وَجَدْتُهَا زَيْوْفًا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ وَصَلَ أَمْ فَصَلَ وَإِطْلَاقُ الْمُصَنَّفِ قَوْلُهُ صَدَّقَ يُفِيدُهُ ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ بِالذَّيْنِ فِي الْمَبْسُوطِ فِي بَابِ الْإِقْرَارِ بِالذَّيْنِ لَوْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دَرَاهِمٍ مِنْ ثَمَنٍ مَبِيعٍ أَوْ قَرْضٍ أَوْ إِجَارَةٍ إِلَّا أَنَّهَا زَيْوْفٌ أَوْ تَبَهَّرَجَةٌ لَمْ يُصَدَّقْ فِي دَعْوَى الزَّيَافَةِ وَصَلَ أَوْ فَصَلَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَعِنْدَهُمَا يُصَدَّقُ إِنْ وَصَلَ لَا إِنْ فَصَلَ ، وَلَوْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دَرَاهِمٍ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ سَبَبِ تِجَارَةٍ أَوْ غَضَبٍ قَالَ بَعْضُ الْمُشَايِخِ هُوَ عَلَى الْخِلَافِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ الْإِقْرَارِ بِالذَّيْنِ يَنْصَرِفُ إِلَى الْإِثْرَامِ أَوْ بِالتَّجَارَةِ إِذْ هُوَ اللَّائِقُ بِحَالِ الْمُسْلِمِ وَقِيلَ يُصَدَّقُ هُنَا إِذَا وَصَلَ بِالِاتِّفَاقِ ؛ لِأَنَّ صِفَةَ الْجُودَةِ تَصِيرُ مُسْتَحَقَّةً بِعَقْدِ التَّجَارَةِ ، فَإِذَا لَمْ يَصْرَحْ فِي كَلَامِهِ بِجِهَةِ التَّجَارَةِ لَا تَصِيرُ صِفَةُ الْجُودَةِ مُسْتَحَقَّةً كَمَا

قوله والقَبْضُ لا يَخْتَصُّ بِالْجِيَادِ

أَيُّ فَلَا يَكُونُ بَدْعَوَى الزُّيُوفِ مُتَنَاقِضًا فَيُسْمَعُ دَعْوَاهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى أَنَّهَا سَتُوقَةٌ أَوْ رَصَاصٌ حَيْثُ لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَنَاقِضٌ لِأَنَّهُ قَالَ أَقْتَضَيْتُ الدَّرَاهِمَ ، ثُمَّ دَعْوَاهُ السَّتُوقَةُ أَوْ الرِّصَاصُ إِنكَارٌ مِنْهُ لِقَبْضِ الدَّرَاهِمِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ

الدَّرَاهِمِ

قوله حَيْثُ لا يُصَدِّقُ فِي دَعْوَاهُ الزُّيُوفِ لِأَنَّهُ مُنَاقِضٌ

أَيُّ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِقَبْضِ حَقِّهِ صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً .

هَدَايَةٌ

قوله ، فَإِنْ كَانَ مَقْصُودًا لا يُصَدِّقُ

أَيُّ لِأَنَّ قَوْلَهُ جِيَادٌ مُفَسَّرٌ ، فَلَا يَحْتَمِلُ التَّأْوِيلَ بِخِلَافِ غَيْرِهِ لِأَنَّهُ ظَاهِرٌ أَوْ نَصٌّ فَيَحْتَمِلُ التَّأْوِيلَ مِنْ حِطِّ الشَّارِحِ رَحِمَهُ اللَّهُ . قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ مَوْصُولًا صَدَّقَ (وَالْفَرْقُ أَنْ فِي قَوْلِهِ قَبَضْتُ مَالِي عَلَيْهِ أَوْ حَقِّي عَلَيْهِ جَعَلْتُ مَقْرَأًا بِقَبْضِ الْقَدْرِ وَالْجُودَةِ بَلْفَظٍ وَاحِدٍ ، فَإِذَا اسْتَشْنَى الْجُودَةَ فِيهِ اسْتَشْنَى الْبَعْضَ مِنَ الْجُمْلَةِ فَيَصِحُّ مَوْصُولًا كَمَا لَوْ قَالَ مِائَةً إِلَّا دِرْهَمًا أَمَّا لَوْ قَالَ قَبَضْتُ عَشْرَةَ جِيَادًا فَقَدْ أَقَرَّ بِالْقَدْرِ بَلْفَظٍ عَلَى حِدَةٍ وَبِالْجُودَةِ بَلْفَظٍ عَلَى حِدَةٍ ، فَإِذَا قَالَ إِلَّا أَنَّهَا زُيُوفٌ فَقَدْ اسْتَشْنَى الْكُلَّ مِنَ الْكُلِّ فِي حَقِّ الْجُودَةِ وَذَلِكَ بَاطِلٌ كَمَا لَوْ قَالَ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ وَدِينَارٌ إِلَّا دِينَارًا كَانَ الْاسْتِثْنَاءُ بَاطِلًا وَإِنْ ذَكَرَهُ مَوْصُولًا كَذَا هُنَا ، فَإِنْ قِيلَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَصِحَّ اسْتِثْنَاءُ الْجُودَةِ وَإِنْ دَخَلَتْ تَحْتَ الْإِفْرَارِ بَلْفَظٍ وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّ الْجُودَةَ تَبَعٌ وَصِفَةٌ لِلدَّرَاهِمِ وَاسْتِثْنَاءُ التَّبَعِ مَوْصُولًا لَا يَصِحُّ كَاسْتِثْنَاءِ الْبِنَاءِ مِنَ الدَّارِ مَوْصُولًا قُلْنَا اسْتِثْنَاءُ الْبِنَاءِ مِنَ الدَّارِ إِنَّمَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْبِنَاءَ دَخَلَ فِي اسْمِ الدَّارِ تَبَعًا ، فَلَا يَجُوزُ إِخْرَاجُهُ مَقْصُودًا أَمَّا الْجُودَةُ دَخَلَتْ تَحْتَ اللَّفْظِ مَقْصُودًا كَالْوِزْنِ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِقَبْضِ مَا عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ تَسْلِيمُ الْوِزْنِ وَالْجُودَةِ فَكَانَ دَاخِلًا مَقْصُودًا لَا تَبَعًا فَيَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ مَوْصُولًا كَذَا قِيلَ وَفِيهِ نَوْعٌ تَأْمُلُ .

كَأَكْبَرِي .

قوله والسَّتُوقَةُ مَا يَغْلِبُ عَلَيْهِ الْغَشُّ

قَالَ الْكَمَالُ ، وَإِنَّمَا كَانَتْ السَّتُوقَةُ لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ ؛

لِأَنَّ غَشَّهَا غَالِبٌ وَاسْمُ الدَّرَاهِمِ بِاعْتِبَارِ الْفِضَّةِ وَالنِّسْبَةِ إِلَى الْغَالِبِ مُتَعَيَّنٌ ، فَإِذَا كَانَ الْغَالِبُ هُوَ الْغَشُّ فَلَيْسَتْ دَرَاهِمَ إِلَّا مَجَازًا وَلِذَا قِيلَ هُوَ مُعَرَّبٌ سَهْ طَاقَهُ يَعْنِي ثَلَاثَ طَاقَاتِ الطَّاقِ الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلِ فِضَّةً وَالْأَوْسَطُ نَحَاسٌ وَهِيَ شِبْهُ الْمُمُوءَةِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ قَالَ لآخرَ لكَ علي ألف درهمَ فردّه ، ثم صدّقه ، فلا شيءَ عليه) يعني إذا أقرَّ لغيره بألف درهم فردّه المقرُّ له بأنَّ قالَ ما كانَ لي عليك شيءٌ أو قالَ بل هو لك أو لفلان ، ثم صدّقه فقالَ بل كانَ لي عليك في مكانه أو بعده ، فلا شيءَ علي المقرُّ ؛ لأنَّ الإقرارَ هو الأوّل ، وقد ارتدَّ بردَّ المقرِّ له والثاني دعوى فلا بدَّ من الحجّة أو تصديق الخصم بخلاف ما إذا قال اشتريت وأنكر حيث يكون له أن يصدّقه ؛ لأنَّ أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد ؛ لأنَّ العقدَ حقُّهما فبقي على حاله فعمل فيه التصديق أمّا المقرُّ له فينفرد بردَّ الإقرارِ فافترقا وبخلاف ما إذا أقرَّ بنسب عبده لغيره فكذب المقرُّ له حيث لا يرتدُّ بذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه حتّى إذا ادّعه المقرُّ لنفسه لا يصحُّ لأنَّ الإقرارَ بالنسب إقرارٌ بما لا يحتمل الإبطال ، فلا يرتدُّ بالردِّ ، ولو قبل الإقرارَ أو الإبراء عن الدين أو وهبته له ، ثم رده لا يرتدُّ ؛ لأنّه بالقبول قد تمّ ، وكذا لو قال لعمري وهبت لك رقبتي فردّ لا يرتدُّ بالردِّ ؛ لأنَّ هبة العبد من نفسه إعتاق وهو لا يرتدُّ بالردِّ ، ولو أقرَّ بشيءٍ للإنسان كالدين وغيره فصدّقه ، ثم رجع المقرُّ عن إقراره لا يقبل ، ولو أراد تحليف المقرِّ لا يحلف عند أبي حنيفة ومحمد ؛ لأنَّ إقراره حجةٌ عليه كالشهادة ولأنَّ دعواه متناقضة ففسدت فصارت نظير ما لو قال ليس لي على فلان شيءٌ ، ثم ادّعى أن له عليه دينًا وأراد تحليفه لا يحلف وعند أبي

يوسف رحمه الله إذا ادّعى أنّه أقرَّ كاذبًا وأراد تحليف المقرِّ له يحلف لجريان العادة بالإشهاد على هذه الأشياء قبل تحقّقها تحررًا عن امتناع الآخر عن التسليم .

الشرح

قوله فكذب المقرُّ له حيث لا يرتدُّ بذلك

أي حتّى كان للراد أن يعود ويدّعيه فلمّا لم تبطل بالردّ بقي مقرراً بنسبه لغيره ، فلا يمكن أن يدّعيه لنفسه .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ ادّعى على آخرَ مالًا فقالَ ما كانَ لك علي شيءٌ قط فبرهن المدّعي على ألف وهو برهن على القضاء أو الإبراء قبل (أي ادّعى رجلٌ على رجل ألف درهم فقال المدّعي عليه ما كان لك علي شيءٌ قط فأقام المدّعي البيّنة أن له عليه ألف درهم وأقام المدّعي عليه البيّنة أنّه قضاه أو أبراه المدّعي تقبل البيّنة المدّعي عليه ، وقال زفر لا تقبل لأنَّ القضاء والإبراء يكون بعد الوجوب ، وقد أنكره فيكون مناقضًا ولنا أن التوفيق ممكن ؛ لأنَّ غير الحقّ قد يفضى ويبرأ منه ألا ترى أنّه يقال قضى بباطل ، وقد يصلح على شيءٍ فيثبت ظاهرًا ثم يقضى ، ألا ترى أنّه لو ادّعى القصاص على شخص فأنكره فأقام المدّعي البيّنة وأقام المدّعي عليه البيّنة على العفو أو الصلح عنه على مال تقبل بيّنته ، وكذا لو جرى مثل ذلك في دعوى الرقّ يقبل فكذا هذا ، وكذا لو قال ليس لك علي شيءٌ ؛ لأنَّ التوفيق فيه أظهرُ لأنّه للحال قال رحمه الله (ولو زاد ولا أعرفك لا) أي لو زاد هذه الكلمة على ما ذكر بأن قال ما كان لك علي شيءٌ قط ، ولا أعرفك لا تقبل بيّنة المدّعي عليه على القضاء أو الإبراء لتعذر التوفيق بين قوليه لأنّه لا يكون بين اثنين معاملة من دفع وأخذ وقضاء واقضاء بلا معرفة أحدهما صاحبه وذكر القدوري أنّه يقبل أيضًا ؛ لأنَّ المحتجب من الرجال والمخدّرة قد يؤذى بالشعب على بابه فيأمر بعض وكلائه بإرضائه بالدفع إليه ، ولا يعرفه فأمكن التوفيق بهذا الطريق ، وقال في النهاية فعلى هذا

قالوا لو كان المدّعي عليه ممن يتولّى الأعمال بنفسه لا تقبل بيّنته ، وفي الكافي قيل تقبل البيّنة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات ، وقالوا فيمن قال لم أدفع ، ثم قال دفعت إليه لا يقبل قوله للتناقض إلّا إذا ادّعى إقرار المدّعي بذلك فتقبل بيّنته لأنَّ التناقض لا

يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ .

الشرح

قَوْلُهُ وَلَنَا أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمَكِّنٌ

أَيُّ لَأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَقُولَ لَمْ يَكُنْ لَكَ عَلَيَّ شَيْءٌ ، وَلَكِنْ أَذَيْتَنِي بِخُصُومَتِكَ الْبَاطِلَةِ فَدَفَعْتُ إِلَيْكَ مَا تَدْعِيهِ دَفْعًا لِأَذَاكَ .

كَافِي

قَوْلُهُ وَكَذَا لَوْ قَالَ لَيْسَ لَكَ عَلَيَّ شَيْءٌ

أَيُّ ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْقَضَاءِ أَوْ الْإِبْرَاءِ يُقْبَلُ فِيهِ الْبَيِّنَةُ أَيْضًا غَايَةً

قَوْلُهُ لِأَنَّ التَّوْفِيقَ فِيهِ أَظْهَرُ

أَيُّ لَأَنَّهُ يَقُولُ لَيْسَ لَكَ عَلَيَّ شَيْءٌ فِي الْحَالِ لِأَنِّي قَدْ قَضَيْتُ حَقَّكَ أَوْ لِأَنَّكَ أَبرَأْتَنِي .
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ صَرَخَ بِهِ يَصِحُّ ، وَهَذَا لِأَنَّ لَيْسَ لِنَفْسِي الْحَالِ .

كَافِي .

قَوْلُهُ وَفِي الْكَافِي قِيلَ تُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْإِبْرَاءِ فِي هَذَا الْفَصْلِ بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ (أَيُّ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ يَنْتَحِقُ بِلَا مَعْرِفَةٍ كَافِي .

رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ ادَّعَى عَلَى آخَرَ أَنَّهُ بَاعَهُ أَمْتَهُ فَقَالَ لَمْ أَبْعَها مِنْكَ قَطُّ فَبَرَهَنَ عَلَى الشَّرَاءِ فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا فَبَرَهَنَ الْبَائِعُ أَنَّهُ بَرِيءٌ إِلَيْهِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ لَمْ تُقْبَلْ) أَيُّ وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِهَا عَيْبًا فَرَدَّهَا عَلَيْهِ فَأَقَامَ الْبَائِعُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ أَبْرَأُهُ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ بِهَا لَا تُقْبَلُ بَيْنَهُ الْبَائِعُ ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَا لَا تُقْبَلُ لِأَنَّ التَّوْفِيقَ مُمَكِّنٌ بَأَنَّ لَمْ يَبْعَها هُوَ وَإِنَّمَا بَاعَها مِنْهُ وَكَيْلُهُ وَأَبْرَأُهُ عَنِ الْعَيْبِ فَيَكُونُ صَادِقًا بِذَلِكَ وَنَظِيرُهُ مَا ذَكَرَهُ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَوْ ادَّعَى الشَّرَاءُ مِنْ شَخْصٍ وَهُوَ يُنْكِرُ فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ عَلَى الشَّرَاءِ مِنْهُ وَأَقَامَ الْمُنْكَرُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ قَدْ رَدَّ الْمَبِيعَ عَلَيْهِ تُقْبَلُ بَيْنَتُهُ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّأْوِيلِ أَوْ يَقُولُ أَخَذَهُ مِنِّي بَيِّنَةٌ كَاذِبَةٌ ، ثُمَّ اسْتَقْلَنَتْهُ مِنْهُ فَأَقَالَنِي .
وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ اشْتِرَاطَ الْبَرَاءَةِ تَغْيِيرٌ لِلْعَقْدِ مِنْ اقْتِضَاءِ وَصْفِ السَّلَامَةِ إِلَى غَيْرِهِ فَيَقْتَضِي وَجُودَ الْعَقْدِ إِذَا الصِّفَةُ بِدُونِ الْمَوْصُوفِ لَا تُتَصَوَّرُ ، وَقَدْ أَتَكَرَّهُ فَيَكُونُ مُنَاقِضًا بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ مِنْ مَسْأَلَةِ الدِّينِ ؛ لِأَنَّ الْبَاطِلَ قَدْ يَقْضِي عَلَى مَا مَرَّ .

الشرح

قوله في المتن ومن ادعى على آخر أنه باعه أمته إلخ

قال الأتقاني وهي من مسائل الجامع الصغير ولم يذكر فيها خلافا بين أصحابنا وذكر الخصاف هذه المسألة في آخر أدب القاضي وأثبت فيها الخلاف فقال لا تقبل بينة البائع على البراءة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف تقبل .

قال رحمه الله (ويطّل الصك بأن شاء الله) أي يطّل صك الشراء والإقرار إذا كتب في آخره إن شاء الله حتى يطّل الشراء والإقرار بذلك ، ولا يلزمه شيء ؛ لأن الاستثناء مبطل على ما عرّف في موضعه ، ولو كتب في آخر الصك فمن قام بهذا الحق فهو وكيل إن شاء الله أو كتب فما أدرك فلاناً من درك فعلى فلان خلاصه بطل الصك كله عند أبي حنيفة حتى يطّل الإقرار والشراء ، وقال ينصرف إلى ما يليه وهو الأخير فيبطل به ضمان الدرك والتوكيل ويبقى الدين على حاله إذ الأصل في الجملي الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق ، فلو انصرف إلى الكل كان مبطلاً له فيكون ضد ما قصدوه فينصرف إلى ما يليه ضرورة ألا ترى أنه لو كتب كتاباً إلى بعض إخوانه أو وكلائه ، وقال في آخره يفعل كذا وكذا إن شاء الله ينصرف الاستثناء إلى ما يليه حتى لا يطّل الكتاب كله فكذا هذا وله أن الكل كشيء واحد يحكم العطف فينصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوف بعضها على بعض مثل قوله عبده حر وأمرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله وما ذكرناه من العادة إنما جرى بأن يترك فرجة أو يكتب بخط على حدة ، فلو فعل هنا ذلك انصرف إلى ما يليه ، ولا يطّل الشراء ، ولا الإقرار ؛ لأن الفرجة كالكسكوت حال النطق ولأن الاستثناء إنما يكتب في كتب الرسالة للتبرك عادة لا للباطال ولهذا لا يطّل ما يليه أيضاً ، وفي الصك يطّل بالإجماع ، ثم إنما ذكر ذلك في الكتاب ؛ لأن العادة جرت بينهم أن يكتب في أسفل الصك من قام بهذا

الحق فهو ولي ما فيه أي وكيل بالخصوصية بإثبات ما فيه من الحق وفائدة هذه الكتابة أن يثبت به رضا الخصم بالتوكيل ؛ لأن التوكيل بالخصوصية لا يجوز إلا برضا الخصم عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهذا لأن توكيل المجهول وإن كان لا يجوز لكن يسقط به حقه ؛ لأن المنع لحق الخصم ، فإذا رضي فقد أسقط حقه والإسقاط يجوز ، وإن كان مجهولاً إذ لا يؤدي إلى النزاع ، ثم يوكل من شاء وقيل لا يفيد على قوله أيضاً وإنما يفيد على قول ابن أبي ليلى فإن عند أبي حنيفة لما لم يحز توكيل المجهول لا يفيد الرضا به وعند ابن أبي ليلى يجوز فيفيد .

الشرح

قوله وقال ينصرف إلى ما يليه

وقولهما استحسن كذا ذكر في الشامل في كتاب الإقرار من قسم المبسوط .

أتقاني

قوله فينصرف إلى الكل

أَيُّ لِلتَّفَاقِ عَلَى أَنَّ قَوْلَ الْقَائِلِ عَبْدُهُ حُرٌّ وَأَمْرُهُ طَالِقٌ وَعَلَيْهِ الْمَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى يُطِلُّ الْكُلَّ ، فَلَا يَفْعُ طَلَّاقٌ وَلَا عَتَاقٌ وَلَا يَلْزَمُ نَذْرُ كَمَالٍ

قوله فهو ولي ما فيه

يَعْنِي مَنْ أَخْرَجَهُ كَانَ لَهُ وَلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ بِمَا فِيهِ مِنَ الْحَقِّ ، ثُمَّ كَتَبَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ مُتَّصِلًا بِهِذِهِ الْكِتَابَةِ .

كَمَالٌ .

وَكَتَبَ أَيْضًا مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَمَالُ ، وَقَدْ أُوْرِدَ أَنَّ هَذَا الْكَلَامَ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكْتُبْ إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَمْ يَطْلُ شَيْءٌ وَيَلْزَمُهُ صِحَّةُ الْوَكَالَةِ لِلْمَجْهُولِ بِالْخُصُومَةِ فِي قَوْلِهِ وَمَنْ قَامَ بِهَذَا الذِّكْرِ فَهُوَ وَلِيُّ مَا فِيهِ وَتَوَكَّلِ الْمَجْهُولُ لَا يَصِحُّ أُجِيبَ بِأَنَّ الْغَرَضَ مِنْ كِتَابَتِهِ إِبْتِاثُ رِضَا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِتَوَكُّلِ مَنْ يُوَكِّلُهُ الْمُدَّعَى ، فَلَا يَمْتَنِعُ الْمُدَّيُونُ عَنْ سَمَاعِ خُصُومَةِ الْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَإِنَّ التَّوَكُّلَ بِالْخُصُومَةِ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِرِضَا الْخَصْمِ عِنْدَهُ وَدَفْعَ بَأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ عَلَى قَوْلِهِ ؛ لِأَنَّ بِهَذَا يَثْبُتُ الرِّضَا بِتَوَكُّلِ وَكِيلِ مَجْهُولٍ وَالرِّضَا بِتَوَكُّلِ مَجْهُولٍ بَاطِلٌ ، فَلَا يُفِيدُ عَلَى قَوْلِهِ أَيْضًا وَقِيلَ بَلْ فَائِدَتُهُ التَّحَرُّزُ عَنْ قَوْلِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ مَاتَ ذِمِّي فَقَالَتْ زَوْجَتُهُ أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَقَالَتْ الْوَرِثَةُ أَسْلَمْتُ قَبْلَ مَوْتِهِ فَقَوْلُهُمْ) ، وَقَالَ زُفَرُ الْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ حَادِثٌ وَالْأَصْلُ فِي الْحَوَادِثِ أَنْ تُضَافَ إِلَى أَقْرَبِ أَوْقَاتِهِ وَأَقْرَبَ أَوْقَاتِهِ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ فَتُضَافُ إِلَيْهِ قُلْنَا سَبَبُ الْحَرَمَانِ ثَابِتٌ فِي الْحَالِ فَيُثْبِتُ فِيمَا مَضَى تَحْكِيمًا لِلْحَالِ كَمَا فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ وَهَذَا الظَّاهِرُ نَعْتِبَرُهُ لِلدَّفْعِ وَمَا ذَكَرَهُ هُوَ يَعْتَبَرُهُ لِلِاسْتِحْقَاقِ وَالظَّاهِرُ لَا يَصْلُحُ لِلِاسْتِحْقَاقِ وَيَصْلُحُ لِلدَّفْعِ ، وَلَوْ مَاتَ مُسْلِمٌ وَتَحْتَهُ نَصْرَانِيَّةٌ فَجَاءَتْ مُسْلِمَةٌ بَعْدَ مَوْتِهِ فَقَالَتْ أَسْلَمْتُ قَبْلَ مَوْتِهِ ، وَقَالَتْ الْوَرِثَةُ أَسْلَمْتُ بَعْدَهُ فَقَوْلُهَا لِلْوَرِثَةِ أَيْضًا ، وَلَا يُحَكِّمُ الْحَالُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ لَا يَصْلُحُ لِلِاسْتِحْقَاقِ وَمَقْصُودُهَا ذَلِكَ ، وَأَمَّا الْوَرِثَةُ فَمُرَادُهُم الدَّفْعُ وَيَشْهَدُ لَهُمْ ظَاهِرُ الْحُدُوثِ أَيْضًا فَحَاصِلُهُ أَنَّ الظَّاهِرَ لَا يَصْلُحُ لِلِاسْتِحْقَاقِ وَهِيَ تَدَّعِي بِهِ الْإِسْتِحْقَاقَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ وَيَصْلُحُ لِلدَّفْعِ وَهُمْ يَدَّعُونَ بِهِ الدَّفْعَ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُمْ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ ، وَلَا يَرُدُّ عَلَى هَذَا مَسَائِلُ ذُكِرَتْ عَلَى سَبِيلِ التَّقْضِ مِنْهَا مَا إِذَا كَانَتْ فِي يَدِ رَجُلٍ عَبْدٌ فَقَالَ فَقَاتَ عَيْنَهُ وَهُوَ فِي مِلْكِ الْبَائِعِ ، وَقَالَ الْمُشْتَرِي فَقَاتَهُ وَهُوَ فِي مِلْكِي كَانَ الْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي فَيَأْخُذُ أَرْضَهُ مِنْهُ فَاسْتَحَقَّ بِالظَّاهِرِ لَنَا نَقُولُ لَا يَحْزُرُ أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ لِرَجُلٍ وَأَرْضُهُ لِعَیْرِهِ فَلِهَذَا اسْتَحَقَّهُ هُوَ لَا بِمَجَرَّدِ الظُّهُورِ ، وَمِنْهَا مَا إِذَا اخْتَلَفَ الْمُؤَجَّرُ وَالْمُسْتَأْجِرُ فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ وَحُكْمِ الْحَالِ فَكَانَ جَارِيًا فِي الْحَالِ يَسْتَحَقُّ الْأَجْرَةَ بِهَذَا الظَّاهِرِ لَنَا نَقُولُ إِنَّمَا لَا يُسْتَحَقُّ بِالظَّاهِرِ إِذَا لَمْ يَكُنْ سَبَبٌ

الِاسْتِحْقَاقِ مَوْجُودًا فِي الْحَالِ ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ السَّبَبُ مَوْجُودًا يَبْقَيْنُ فَيُسْتَحَقُّ بِهِ فَهَذَا سَبَبُ الْإِسْتِحْقَاقِ وَهُوَ عَقْدُ الْإِحَارَةِ مَوْجُودًا فِي الْحَالِ ، وَكَذَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى السَّبَبُ وَهُوَ مِلْكُ الرِّقَّةِ مَوْجُودًا فِي الْحَالِ بِخِلَافِ الزَّوْجِيَّةِ فِي مَسْأَلَةِ الْمِيرَاثِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِمَوْجُودَةٍ فِي الْحَالِ وَمِنْهَا أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا ادَّعَتْ أَنَّ زَوْجَهَا أَبَانَهَا فِي الْمَرَضِ وَصَارَ فَارًّا فَتَرَتْ ، وَقَالَتْ الْوَرِثَةُ أَبَانَهَا فِي الصَّحَّةِ ، فَلَا تَرْتُ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهَا فَتَرَتْ بِأَنَّ الظَّاهِرَ يُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ أَوْقَاتِهِ لَنَا نَقُولُ إِنَّمَا تَرْتُ لَانْهَا تُنْكَرُ الْمَانِعَ وَهُوَ الطَّلَاقُ فِي الصَّحَّةِ وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ .

الشرح

قوله في المتن وإن مات ذمي الخ

ترجم هنا في الهداية بفصل في القضاء بالمواريث قال الأتقاني ذكر في هذا الفصل في آخر أبواب القضاء ؛ لأن الموت آخر أحوال الإنسان في الدنيا فكان ذكر ما يتعلق بالموت مناسباً

قوله في المتن وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول لهم

قال الكمال وكان الأولى أن يقال بدل قوله القول قول الورثة لا تصدق الورثة إلا ببينة لأن العادة أن من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف عليهم إلا إن ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم قوله قلنا سبب الحرمان ثابت (أي سبب حرمان المرأة ، وهو إسلامها من ميراث زوجها الذمي ثابت في الحال وتحكم الحال عند عدم دليل آخر واجب ، والحال يصلح للدفع لا للاستحقاق

قوله فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة ، وهذا الظاهر

هو استصحاب أعني استصحاب الماضي للحال نعتيره للدفع وما ذكره استصحاب عكس ذلك ؛ لأن الاستصحاب يكون من الماضي للحال ومن الحال إلى الماضي ، ولكنه اعتبره للاستحقاق وليس حكم الاستصحاب كذلك ، والمراد بجريان ماء الطاحونة ما إذا اختلف مالكها مع المستأجر إذا طالبه بمدة فقال كان الماء منقطعاً حكم جريانه في الحال ، فإذا كان منقطعاً في الحال فيعطف على الماضي لرفع أجرة استحقاق الماضي فكذا هذا والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر ، فإن ما يثبت به الاستحقاق كثيراً ما يكون ظاهراً كإخبار الآحاد قد ثبت ما يوجب استحقاقاً .

هـ .

كمال وكتب ما نصه قوله كما في جريان ماء الطاحونة اختلفا في وجوب الأجر بعد المدة فالمستأجر يقول الماء منقطع ، فلا يجب الأجر وقال الأجر جار فيجب الأجر فلو كان الماء في الحال جارياً كان القول للأجر ، ولو كان منقطعاً كان القول للمستأجر ، وهذا حكم باستصحاب الحال في حق ما مضى بخلاف المفقود فإن هناك حكماً باستصحاب الحال الماضي في حق الحال فعلم أن العمل بالاستصحاب تارة يكون في الحال للماضي وتارة من الماضي إلى الحال كإثبات

قوله وأما الورثة فمردهم الدفع

أي والاستصحاب يكفي لهم في ذلك ، وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها إلى ما بعد موته فالمسألان مبنيان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق كمال .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ قَالَ الْمُودِعُ هَذَا ابْنُ مُودِعِي لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ دَفَعَ الْمَالُ إِلَيْهِ) يَعْنِي إِذَا مَاتَ رَجُلٌ وَلَهُ مَالٌ عِنْدَ رَجُلٍ وَدِيعَةٌ فَقَالَ الْمُسْتَوْدَعُ هَذَا ابْنُ الْمَيِّتِ لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ دَفْعُ الْمَالِ إِلَيْهِ لِإِقْرَارِهِ بِأَنْ مَا فِي يَدِهِ مِلْكُ الْوَارِثِ خِلَافَةً عَنِ الْمَيِّتِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ مِلْكُ الْمَوْرَثِ وَهُوَ حَيٌّ أَصَالَةً بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ لِرَجُلٍ أَنَّهُ وَكِيلُ الْمُودِعِ بِالْقَبْضِ أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ حَيْثُ لَا يُؤْمَرُ بِالَدَفْعِ إِلَيْهِ لِأَنْ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْمُودِعِ فِي الْعَيْنِ بِإِزَالَتِهَا عَنْ يَدِهِ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُودِعِ كَيْدُ الْمَالِكِ ، فَلَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ ، وَلَا كَذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ بِخِلَافِ الْمَدِينِ إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ وَكِيلُ الطَّالِبِ بِقَبْضِ دَيْنِهِ حَيْثُ يُؤْمَرُ بِالَدَفْعِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ بِخَالِصِ حَقِّهِ إِذَا الدُّيُونُ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا فَيُؤْمَرُ بِالَدَفْعِ إِلَيْهِ ، وَلَوْ دَفَعَ إِلَى الْوَكِيلِ فِي الْوَدِيعَةِ قَالَ عِلَاءُ الدِّينِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ مِنَ الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ سَاعٍ فِي نَقْضِ مَا أَوْجَبَهُ وَكَانَ يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي حَقِّ الْمُودِعِ وَالْحِفْظُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فَيَكُونُ بِالَدَفْعِ مُتَعَدِّيًا وَلِهَذَا يَضْمَنُ إِذَا جَاءَ الْمُودِعُ وَأَنْكَرَ التَّوَكِيلَ ، وَلَوْ لَمْ يَسْلَمْ إِلَى الْوَكِيلِ حَتَّى ضَاعَتْ عِنْدَهُ قَالَ فِي النَّهَائَةِ قِيلَ لَا يَضْمَنُ وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَضْمَنَ لِأَنَّهُ فِي زَعْمِهِ وَكِيلٌ وَالْمَنْعُ مِنْ وَكِيلِهِ كَالْمَنْعِ مِنْهُ ، وَاخْتَلَفَ فِي اللَّقْطَةِ إِذَا أَقَرَّ الْمُؤْتَقِطُ أَنَّهَا لِفُلَانٍ هَلْ يُؤْمَرُ بِالَدَفْعِ ، وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ وَصِيُّ الْمَيِّتِ فَصَدَّقَهُ مُودِعُ الْمَيِّتِ أَوْ غَاصِبُهُ أَوْ وَصِيُّهُ لَا يُؤْمَرُ بِالَدَفْعِ إِلَيْهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ قَالَ لِآخَرٍ هَذَا ابْنُهُ أَيْضًا ، وَكَذَبَهُ الْأَوَّلُ قَضَى لِلأَوَّلِ) يَعْنِي

قَالَ مُودِعُ الْمَيِّتِ لِرَجُلٍ آخَرَ بَعْدَ مَا أَقَرَّ لِلأَوَّلِ هَذَا أَيْضًا ابْنُهُ ، وَكَذَبَهُ الْبَائِنُ الْأَوَّلُ قَضَى بِالْمَالِ لِلْبَائِنِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ قَدْ صَحَّ وَانْقَطَعَ يَدُهُ عَنِ الْمَالِ فَيَكُونُ هَذَا إِقْرَارًا عَلَى الْغَيْرِ ، فَلَا يَصِحُّ كَمَا إِذَا كَانَ الْأَوَّلُ ابْنًا مَعْرُوفًا بِخِلَافِ إِقْرَارِهِ الْأَوَّلِ حَيْثُ قِيلَ لَعَدَمٍ مَنْ يُكَذِّبُهُ ، فَإِنْ قِيلَ يَنْبَغِي أَنْ يَضْمَنَ الْمُودِعُ هُنَا لِلْمَقْرَرِ لَهُ الثَّانِي كَمَا قُلْنَا فِي مُودِعِ الْقَاضِي الْمَعْرُُولِ إِذَا بَدَأَ بِالْإِقْرَارِ بِمَا فِي يَدِهِ لِلْإِنْسَانِ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِأَنَّ الْقَاضِي الْمَعْرُُولَ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ لِلْقَاضِي عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ قُلْنَا هُنَا أَيْضًا يَضْمَنُ تَصْيِيَهُ إِذَا دَفَعَ إِلَى الْمُقَرَّرِ الْأَوَّلِ بَعِيرٍ قَضَاءِ الْقَاضِي ذَكَرَهُ فِي النَّهَائَةِ .

الشرح

قَوْلُهُ حَيْثُ لَا يُؤْمَرُ بِالَدَفْعِ إِلَيْهِ

أَيُّ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِقِيَامِ حَقِّ الْمُودِعِ وَمِلْكِهِ فِي الْوَدِيعَةِ الْآنَ إِذْ هُوَ حَيٌّ فَيَكُونُ إِقْرَارًا عَلَى مَالِ الْغَيْرِ ، وَلَا كَذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ لِزَوَالِ مِلْكِهِ فَإِنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِمِلْكِهِ لِمَا فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ ثَبُوتِ مِلْكِ مَالِكٍ مُعَيَّنٍ فِيهِ لِلْحَالِ وَفِي فَصْلِ الشَّرَاءِ وَإِنْ كَانَ قَدْ أَقَرَّ بِزَوَالِ مِلْكِ الْمُودِعِ لَكِنْ لَا يَنْفُذُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ أَعْنِي الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِبْطَالَ مِلْكِهِ بِإِقْرَارِهِ فَصَارَ كَالْإِقْرَارِ بِالْوَكَالَةِ بِقَبْضِ الْوَدِيعَةِ .

كَمَالٌ

قَوْلُهُ إِذَا الدُّيُونُ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا

وَالْمِثْلُ مِلْكُ الْمُقَرَّرِ .

كَمَالٌ وَقَوْلُهُ بِأَمْثَالِهَا أَيُّ لَا بِأَعْيَانِهَا فَكَانَ إِقْرَارُهُ عَلَى نَفْسِهِ فَصَحَّ .

قَوْلُهُ وَلَوْ دَفَعَ إِلَى الْوَكِيلِ فِي الْوَدِيعَةِ

يَعْنِي لَوْ دَفَعَ إِلَى الَّذِي اعْتَرَفَ لَهُ بِالْوَكَالَةِ بِقَبْضِ الْوَدِيعَةِ .

قَوْلُهُ وَلَوْ لَمْ يُسَلِّمْ إِلَى الْوَكِيلِ حَتَّى ضَاعَتْ

قِيلَ يَضْمَنُهَا ؛ لِأَنَّهُ مَنَعَهَا مِنْ وَكِيلِ الْمُودِعِ فِي زَعْمِهِ فَهُوَ كَمَا لَوْ مَنَعَهَا مِنْ نَفْسِ الْمُودِعِ وَقِيلَ لَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الدَّفْعُ .

كَمَالَ قَوْلُهُ كَمَا إِذَا كَانَ الْأَوَّلُ ابْنًا إلخ (قَالَ الْكَمَالُ وَهَلْ يَضْمَنُ لِلْبَائِنِ الثَّانِي قَالَ فِي غَايَةِ الْبَيَانِ إِنَّهُ لَا يَعْرُمُ الْمُودِعُ لِلْبَائِنِ الثَّانِي شَيْئًا بِإِقْرَارِهِ لَهُ ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهُ لَمْ يَثْبُتْ فَلَمْ يَتَحَقَّقْ التَّلَفُ ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ مُجَرَّدِ ثُبُوتِ الْبُنُوَّةِ ثُبُوتُ الْإِرْثِ ، فَلَا يَكُونُ الْإِقْرَارُ بِالْبُنُوَّةِ إِقْرَارًا بِالْمَالِ وَفِي الدَّرَاجَةِ وَالنَّهَاجَةِ وَغَيْرِهِمَا يَضْمَنُ الْمُودِعُ نِصْفَ مَا أَدَّى لِلْبَائِنِ الثَّانِي الَّذِي أَقَرَّ لَهُ إِذَا دَفَعَ الْوَدِيعَةَ بِغَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي قَوْلٍ وَأَحْمَدُ فِي قَوْلٍ وَفِي قَوْلٍ لَا يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ لِلثَّانِي صَادَفَ مِلْكَ الْغَيْرِ ، فَلَا يَلْزَمُ مِنْهُ شَيْءٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (مِيرَاثُ قِسْمٍ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ لَا يُكْفَلُ مِنْهُمْ ، وَلَا مِنْ وَارِثٍ) وَهَذَا شَيْءٌ احْتِاطَ بِهِ بَعْضُ الْقُضَاةِ وَهُوَ ظُلْمٌ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ يَأْخُذُ الْكَفِيلُ مِنْهُمْ وَالْخِلَافُ فِيمَا إِذَا ثَبَتَ الدَّيْنُ وَالْإِرْثُ بِالشَّهَادَةِ وَلَمْ تَقُلْ الشُّهُودُ لَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا غَيْرَهُمْ ، وَأَمَّا إِذَا ثَبَتَ بِالْإِقْرَارِ يَأْخُذُ كَفِيلًا بِالتَّفَاقُ ، وَإِنْ قَالُوا لَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا غَيْرَهُمْ لَا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ كَفِيلٌ بِالتَّفَاقُ وَتَفْصِيلُ مَا يُقْسَمُ مِنَ التَّرَكَةِ يَقُولُهُمْ وَمَا لَا يُقْسَمُ وَمَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى عَدَدِ الْوَرِثَةِ وَمَا لَا يُحْتَاجُ فِيهِ وَمَا فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ وَمَا لَا خِلَافَ فِيهِ مِنْ ذَلِكَ يُذَكِّرُ فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى لَهُمَا أَنَّ الْقَاضِيَ نَاطِرٌ لِلْغَيْبِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ لَهُ وَارِثٌ أَوْ غَيْرُهُ غَائِبٌ بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ يَأْتِي بَعَثَةً فَيَحْتَاطُ بِالْكَفَالَةِ كَمَا إِذَا دَفَعَ اللَّقْطَةَ أَوْ الْبَاقِ إِلَى صَاحِبِهِ أَوْ أُعْطِيَ امْرَأَةً الْغَائِبِ التَّفَقُّةَ مِنْ مَالِ زَوْجِهَا وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ حَقَّ الْحَاضِرِ ثَابِتٌ قَطْعًا أَوْ ظَاهِرًا ، فَلَا يُؤَخَّرُ لِأَجْلِ الْمَوْهُومِ إِلَى أَنْ يُعْطِيَ الْكَفِيلُ كَمَا إِذَا ثَبَتَ الشَّرَاءُ مِنْهُ هُوَ فِي يَدِهِ أَوْ أَثْبَتَ الدَّيْنُ عَلَى الْعَبْدِ حَتَّى يَبِيعَ فِي دَيْنِهِ .

وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ مَأْمُورٌ بِمَا ظَهَرَ عِنْدَهُ لَا يَطْلُبُ مَا لَمْ يَظْهَرْ ، فَلَا يَجُوزُ تَأْخِيرُهُ أَرَأَيْتَ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَجِدْ كَفِيلًا كَانَ يَمْنَعُ حَقَّهُ وَلَئِنْ الْمَكْفُولُ لَهُ مَجْهُولٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَفَلَ لِأَحَدِ الْغُرَمَاءِ بِخِلَافِ التَّفَقُّةِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الزَّوْجِ ثَابِتٌ وَهُوَ مَعْلُومٌ وَالْبَاقِ وَاللَّقْطَةُ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْأَصَحِّ إِنْ كَانَ الدَّفْعُ إِلَيْهِ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَثْبَتَ بَيِّنَتَهُ حَرُمَ تَأْخِيرُ حَقِّهِ ، وَلَا كَذَلِكَ الدَّفْعُ بِذِكْرِ

الْعَلَامَةُ لِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَيْهِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ غَيْرُ وَاجِبٍ فَلِهَذَا جَازَ مَنْعُهُ فَكَذَا تَأْخِيرُهُ لِعَدَمِ السَّحْقِ بِخِلَافِ الْإِثْبَاتِ بِالْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّ الدَّفْعَ مُسْتَحَقٌّ فِيهِ ، وَلَا يُقَالُ إِنَّ الْقَاضِيَ يَتْلُو فِي هَذِهِ الصُّورِ ، وَلَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ حَتَّى يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُمْ بِالْإِتِّفَاقِ ، وَلَوْ كَانَ التَّأْخِيرُ ظُلْمًا لَمَا فَعَلَ ذَلِكَ لَأَنَّا نَقُولُ لَا يَجُوزُ لِلْقَاضِي مَنْعُ حَقِّ الْمُسْتَحَقِّ إِلَى مَعْنَى آخَرَ بَعْدَ ظُهُورِهِ يَقِينًا شَرْعًا لِأَجْلِ مُوْهَمٍ غَيْرِ ثَابِتٍ أَلَّا تَرَى أَنَّ الْوَهْمَ مُوجُودٌ ، وَإِنْ قَالَ الشَّهُودُ لَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا آخَرَ ، وَلَوْ كَانَ لِأَجْلِ الْوَهْمِ تَكْفِيلٌ لَوَجِبَ التَّكْفِيلُ فِيهِ بِخِلَافِ التَّلَوُّمِ فَإِنَّهُ فِي التَّلَوُّمِ يَحْتَاطُ لِنَفْسِهِ يَطْلُبُ عِلْمَ زَائِدٍ بِإِتِّفَاقِ الشَّرِيكِ الْمُسْتَحَقِّ مَعَهُ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَمِثْلُهُ جَائِزٌ أَلَّا تَرَى أَنَّ الْقَاضِيَ يَطْلُبُ مِنَ الشَّهُودِ أَنْ يَقُولُوا لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُمْ وَهُوَ لَيْسَ بِشَهَادَةٍ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى التَّفْيِ لَا تَجُوزُ ، وَلَكِنَّهُ يَزَادُ بِهِ طُمَآنِينَةُ الْقَلْبِ فَكَذَا التَّلَوُّمُ ، وَقَدَرُ مَدَّتِهِ مُفَوَّضٌ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي وَقَدَرُهُ الطَّحَاوِيُّ بِالْحَوْلِ ، وَقَوْلُهُ وَهُوَ ظُلْمٌ أَيْ مِيلٌ عَنْ سَوَاءِ السَّبِيلِ ، وَفِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْمُجْتَهِدَ يُخْطِئُ وَيُصِيبُ وَعَلَى أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بَرَأَ عَنِ الْعِتْرَةِ لَا كَمَا ظَنَّهُ الْبَعْضُ بِسَبَبِ مَا نُقِلَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ لِيُوسُفَ بْنِ خَالِدِ السَّمْتِيِّ كُلُّ مُجْتَهِدٍ مُصِيبٌ وَالْحَقُّ عِنْدَ اللَّهِ وَاحِدٌ قُلْنَا مَعْنَاهُ كُلُّ مُجْتَهِدٍ مُصِيبٌ بِالْاجْتِهَادِ إِذْ هُوَ الْمَأْمُورُ بِهِ وَهُوَ حُجَّةٌ فِي حَقِّ عَمَلِهِ حَتَّى يُحْكَمَ بِصِحَّتِهِ ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ الْعُدُولُ عَنْهُ وَإِنْ أَخْطَأَ الْحَقُّ الَّذِي هُوَ عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى فَيَكُونُ كَأَنَّهُ أَصَابَ الْحَقَّ .

الشرح

قَوْلُهُ وَهَذَا شَيْءٌ احتاط به بعض القضاة

كَأَنَّهُ عَنَى بِهِ ابْنَ أَبِي لَيْلَى فَإِنَّهُ كَانَ يَفْعَلُهُ بِالْكُوفَةِ .

كمال

قَوْلُهُ وَقَالَ لَا يَأْخُذُ الْكَفِيلُ

أَيُّ لَا يَدْفَعُ إِلَيْهِمْ حَتَّى يَكْفُلُوا فَتَحَ

قَوْلُهُ قُلْنَا مَعْنَاهُ كُلُّ مُجْتَهِدٍ مُصِيبٌ بِالْاجْتِهَادِ

أَيُّ حَتَّى يُثَابَ عَلَيْهِ وَإِنْ وَقَعَ اجْتِهَادُهُ مُخَالَفًا لِلْحَقِّ عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَوْ تَلَاعَنَّا ثَلَاثًا فَفَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا نَفَذَ قَضَاؤُهُ وَقَدْ أَخْطَأَ السُّنَّةَ .

جَعَلَ قَضَاءَهُ صَوَابًا مَعَ فَتَوَاهُ أَنَّهُ مُخْطِئٌ الْحَقُّ عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى كَذَا فِي التَّقْوِيمِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ ادَّعَى دَارًا إِرْتَا لِنَفْسِهِ وَلِأَخٍ لَهُ غَائِبٍ وَبَرَّهَنَ عَلَيْهِ أَخَذَ نِصْفَ الْمُدَّعَى فَقَطْ) يَعْنِي أَخَذَ النِّصْفَ الَّذِي هُوَ نَصِيبُ الْحَاضِرِ وَتَرَكَ نَصِيبَ الْغَائِبِ فِي يَدِ ذِي الْبَيْدِ ، وَلَا يَسْتَوْتِقُ مِنْ ذِي الْبَيْدِ بِكَفِيلٍ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَقَالَ إِنْ كَانَ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ جَاحِدًا أَخَذَ مِنْهُ وَجَعَلَ فِي يَدِ أَمِينٍ ، وَإِنْ لَمْ يَجْهَدْ تَرَكَ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْجَاحِدَ خَائِنٌ ، فَلَا يُتْرَكُ فِي يَدِهِ إِذْ لَا يُؤْمَنُ مِنَ الْجُحُودِ ثَانِيًا ، وَالْقَاضِي نُصِبَ نَظَرًا لِلْغَيْبِ وَلَيْسَ فِي تَرْكِهِ فِي يَدِهِ مِنَ النَّظَرِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لَا تُوجَدُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ ، وَلَا كُلُّ قَاضٍ يَعْدِلُ فَتَعَيَّنَ

الْأَخْذُ مِنْهُ وَوَضْعُهَا فِي يَدِ عَدْلٍ وَلِأَنَّهُ يُخَافُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ ؛ لِأَنْ مَنْ يَدْعِي أَنَّ الشَّيْءَ لَهُ وَهُوَ فِي يَدِهِ لَا يَمْتَنِعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ عَدْلًا كَانَ أَوْ غَيْرَ عَدْلٍ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مُقَرًّا ؛ لِأَنَّ التَّظَرُّعَ فِي تَرْكِهِ فِي يَدِهِ مُتَعَيْنٌ ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْحَاضِرَ لَيْسَ بِخَصْمٍ عَنِ الْعَائِبِ فِي اسْتِيفَاءِ نَصِيبِهِ وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَتَعَرَّضَ لَوَدَائِعِ النَّاسِ ، وَلَا لِعَبْرَهَا حَتَّى يَأْخُذَهَا مِنْ أَيْدِي مَنْ هِيَ عَنْدَهُ فَصَارَ تَظَرُّعًا مَا لَوْ عَرَفَ الْقَاضِي مُلْكًا لِلنَّاسِ ، ثُمَّ رَأَى فِي يَدِ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ لَا يَأْخُذُ مِنْهُ ، وَلَا يَتَعَرَّضُ لَهُ مَا لَمْ يَحْضُرْ خَصْمُهُ فَكَذَا هَذَا .

وَهَذَا لِأَنَّ الْقَضَاءَ وَقَعَ لِلْمَيِّتِ مَقْصُودًا وَلِهَذَا قُضِيَ عَلَى ذِي الْيَدِ بِكُلِّ الدَّارِ بِحُضُورِ الْبَعْضِ مِنَ الْوَرَثَةِ وَتُقْضَى بِهَا دُيُونُهُ وَتُنْفَذُ فِيهِ وَصَايَاهُ ، وَصَاحِبُ الْيَدِ مُخْتَارُ الْمَيِّتِ أَوْ يَحْتَمِلُ ذَلِكَ ، فَلَا يَنْقُضُ يَدَهُ كَمَا إِذَا كَانَ مُقَرًّا ، وَجُحُودُهُ قَدْ ارْتَفَعَ بِقَضَاءِ الْقَاضِي فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يُضِرُّ بِهِ ، وَلَا يُمْكِنُهُ الْجُحُودُ بَعْدَ ذَلِكَ لِكَوْنِ الْحَادِثَةِ

مَعْلُومَةً لَهُ وَلِلْقَاضِي وَمُسَجَّلَةً فِي خَرِيطَةِ الْقَاضِي ، وَلَا يُقَالُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَمُوتَ الْقَاضِي فَيَعُودَ إِلَى الْإِنْكَارِ لِأَنَّ نَقُولَ مَوْتِ الْقَاضِي أَوْ الشُّهُودِ الَّذِينَ عَايَنُوا الْقَضَاءَ أَوْ الَّذِينَ شَهِدُوا بِأَصْلِ الْحَقِّ أَوْ نَسْيَانَهُمْ مِنْ أُنْدَرِ مَا يَكُونُ ، فَلَا يُعْتَبَرُ ، وَإِنْ كَانَتْ الدَّعْوَى فِي الْمَنْقُولِ فَقَدْ قِيلَ لَا يَتَرَكُ النَّصْفُ الَّذِي هُوَ لِلْعَائِبِ بِالْإِتِّفَاقِ بَلْ يُنَزَعُ مِنْهُ وَيُدْفَعُ إِلَى عَدْلٍ يَحْفَظُهُ لِحَاجَتِهِ إِلَى الْحِفْظِ بِخِلَافِ الْعَقَارِ ؛ لِأَنَّهُ مُحْصَنٌ بِنَفْسِهِ وَلِهَذَا يَمْلِكُ الْوَصِيُّ بَيْعَ الْمَنْقُولِ عَلَى الْكَبِيرِ الْعَائِبِ ؛ لِأَنَّ لَهُ وَلَايَةَ الْحِفْظِ عَلَيْهِ كَمَا لِلْأَبِ ذَلِكَ ، وَكَذَا حُكْمُ وَصِيِّ الْأُمِّ وَالْأَخِ وَالْعَمِّ عَلَى الصَّغِيرِ فِيمَا وَرَثَهُ مِنْهُمْ لِأَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ حِفْظَهُ عَلَى الصَّغِيرِ دُونَ التَّصَرُّفِ فِيهِ وَوَصِيَّتُهُمْ قَائِمٌ مَقَامَهُمْ فَيَمْلِكُ مَا يَمْلِكُونَهُ وَقِيلَ الْمَنْقُولُ أَيْضًا عَنْ الْخِلَافِ وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيهِ أَظْهَرَ بِمَعْنَى أَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ ، وَلَوْ أَخَذَ وَدْفَعَ إِلَى أَمِينِ الْقَاضِي كَانَ أَمَانَةً فَكَانَ التَّرَكُّ أَبْعَدَ مِنَ التَّوَيُّ وَإِنَّمَا لَا يُؤْخَذُ الْكَفِيلُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ فِيهَا إِثْنَاءَ خُصُومَةٍ وَالْقَاضِي نُصِبَ لِقَطْعِهَا لَا لِلِإِثْنَائِهَا .

وَإِذَا حَضَرَ الْعَائِبُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ الْبَيِّنَةِ ، وَلَا الْقَضَاءُ لِأَنَّ أَحَدَ الْوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنِ الْمَيِّتِ فَيُثْبِتُ الْمَلِكُ لِلْمَيِّتِ ، ثُمَّ يَكُونُ لَهُمْ بِطَرِيقِ الْمِيرَاثِ عَنْهُ ، وَكَذَا يَقُومُ الْوَاحِدُ مَقَامَهُ فِيمَا عَلَيْهِ دَيْنًا كَانَ أَوْ عَيْنًا فَيَقُومُ مَقَامَ سَائِرِ الْوَرَثَةِ فِي ذَلِكَ بِخِلَافِ نَفْسِ الْإِسْتِيفَاءِ فَإِنَّهُ عَامِلٌ فِيهِ لِنَفْسِهِ لَا عَنْ الْمَيِّتِ ، فَلَا يَصْلُحُ نَائِبًا لَهُمْ أَيْضًا لِعَدَمِ التَّوَكُّلِ مِنْهُمْ وَلِعَدَمِ قِيَامِهِمْ فِيهِ مَقَامَ الْمَيِّتِ بِخِلَافِ الْإِثْبَاتِ فَإِنَّهُ نَائِبٌ فِيهِ عَنْ الْمَيِّتِ فِيمَا لَهُ ،

وَعَلَيْهِ فَيَكُونُ نَائِبًا لَهُمْ أَيْضًا فِي ضَمَنِهِ وَذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ إِنَّمَا يَكُونُ قَضَاؤُهُ عَلَى جَمِيعِ الْوَرَثَةِ إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي فِي يَدِ الْوَارِثِ الْحَاضِرِ ، وَلَوْ كَانَ الْبَعْضُ فِي يَدِهِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْعَيْنِ لَا تَتَوَجَّهُ إِلَّا عَلَى ذِي الْيَدِ ، فَلَا يَكُونُ خَصْمًا عَنْهُمْ إِلَّا فِي قَدْرِ مَا فِي يَدِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنًا حَيْثُ يَنْتَصِبُ فِيهِ بَعْضُ الْوَرَثَةِ خَصْمًا عَنْ الْكُلِّ مُطْلَقًا .

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَلَوْ ادَّعَى دَارًا إِرثًا إلخ

هَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَصُورُهَا فِيهِ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي دَارٍ فِي يَدَيْ رَجُلٍ أَقَامَ رَجُلٌ الْبَيِّنَةَ أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ فَلَانَ وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُمَا قَالَ يَقْضَى لَهُ الْقَاضِي بِنَصْفِهَا وَيَتَرَكُ النَّصْفَ الْبَاقِي فِي يَدِ الدَّارِ وَلَا يَسْتَوْتِقُ مِنْهُ بِكَفِيلٍ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ إِذَا حَجَّهَا أَخَذَهَا مِنْهُ وَجَعَلَهَا فِي يَدَيْ أَمِينٍ حَتَّى يَقْدَمَ الْعَائِبُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ جَحَدَهَا تَرَكَ النَّصْفَ فِي يَدَيْهِ حَتَّى يَقْدَمَ الْعَائِبُ الْآخَرُ .

إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي أَصْلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَالَ فِي الْمُخْتَلَفِ قَبْلَ إِنَّ هَذَا الْإِخْتِلَافَ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ هَلْ يَجُوزُ الْقَضَاءُ لِلْغَائِبِ ؟ عِنْدَهُمَا يَجُوزُ وَعِنْدَهُ لَا يَجُوزُ وَقِيلَ لَا خِلَافَ فِي الْقَضَاءِ ، وَلَكِنْ فِي تَرْكِ نَصِيهِهِ فِي يَدِ ذِي الْيَدِ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْمُخْتَلَفِ .

غَايَةُ قَوْلِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مُقَرَّرًا (أَيِ لَأَنَّهُ أَمِينُ الْمَيِّتِ ، فَلَا يُنْزَعُ مِنْ يَدِهِ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ ؛ لَأَنَّهُ إِذَا أَخَذَ مِنْهُ تَوَضَّعَ فِي يَدِ أَمِينٍ آخَرَ ، فَإِذَا كَانَ الَّذِي فِي يَدِهِ الدَّارُ أَمِينًا لَا يَحْتَاجُ إِلَى أَمِينٍ آخَرَ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَتْ الدَّعْوَى فِي الْمَنْقُولِ الْخُ

قَالَ الزَّاهِدُ الْعَتَائِيُّ ، وَلَوْ كَانَ عَرُوضًا يُؤْخَذُ مِنْ يَدِهِ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ الْعَرُوضَ يُمَكِّنُ تَعْيِيَهُ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ وَلِهَذَا يَمْلِكُ الْوَصِيُّ

أَيِ وَلِأَجْلِ أَنَّ الْمَنْقُولَ يَحْتَاجُ إِلَى الْحِفْظِ دُونَ الْعَقَارِ ، وَالْبَيْعُ أُبْلَغُ فِي حِفْظِهِ مِنْ تَرْكِهِ

قَوْلُهُ وَالْقَاضِي نَصَّبَ لِقِطْعِهَا لَا لِإِثْنَانِهَا

وَهَذَا ؛ لَأَنَّهُ رُبَّمَا لَا يَجِدُ كَفِيلًا وَلَا يَسْمَحُ بِإِعْطَائِهِ وَالْأَخُ الْحَاضِرُ يُطَالِبُ بِهِ فَتَتَوَرَّ الْخُصُومَةُ كَمَالًا

قَوْلُهُ وَإِذَا حَضَرَ

الْغَائِبُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ الْبَيِّنَةِ وَلَا الْقَضَاءِ (

أَيِ وَيُسَلِّمُ النَّصْفُ إِلَيْهِ بِذَلِكَ الْقَضَاءِ الْكَائِنِ فِي غَيْبَتِهِ فَتَحُ

قَوْلُهُ بِخِلَافِ نَفْسِ الْإِسْتِيفَاءِ

أَيِ اسْتِيفَاءِ نَصِيهِهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ قَالَ مَالِي أَوْ مَا أَمْلِكُ فِي الْمَسَاكِينِ صَدَقَةً فَهُوَ عَلَى مَالِ الزَّكَاةِ ، وَلَوْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ فَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ كَالْوَصِيَّةِ فَيَلْزَمُهُ التَّصَدُّقُ بِالْكُلِّ وَبِهِ قَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ اسْمَ الْمَالِ يَتَنَاوَلُ الْكُلَّ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { ، وَلَا تَأْكُلُوا

أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ { وَجْهَ الْإِسْتِحْسَانِ أَنْ إِيْجَابَ الْعَبْدِ مُعْتَبَرٌ بِإِيْجَابِ اللَّهِ تَعَالَى وَمُطْلَقُ الْمَالِ فِي بَابِ الصَّدَقَاتِ بِإِيْجَابِ اللَّهِ فَيَنْصَرِفُ إِلَى الْبَعْضِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى { وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ } وَقَوْلُهُ تَعَالَى { خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ } فَكَذَا مَا يُوجِبُهُ الْعَبْدُ عَلَى نَفْسِهِ بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهَا أُخْتُ الْمِيرَاثِ وَالْإِرْثُ يُجْرِي فِي جَمِيعِ الْأَمْوَالِ فَكَذَا هِيَ وَلِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الْإِنْسَانَ يَلْتَزِمُ الصَّدَقَةَ مِنْ فُضُولِ مَالِهِ وَهُوَ مَالُ الزَّكَاةِ حَالِ حَيَاتِهِ وَجَمِيعُ الْمَالِ حَالِ وَفَاتِهِ وَيَدْخُلُ فِيهِ جَنْسٌ مَا تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ وَهِيَ السَّوَالِمُ وَالنَّقْدَانِ وَعَرُوضُ التِّجَارَةِ سَوَاءً بَلَغَتْ نَصَابًا أَوْ لَمْ تَبْلُغْ قَدْرَ النَّصَابِ وَسَوَاءً كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرَقٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ؛ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ جَنْسٌ مَا يَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ لَا قَدْرُهَا ، وَلَا شَرَايِطُهَا وَتَدْخُلُ فِيهِ الْأَرْضِيَّةُ الْعَشْرِيَّةُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهَا سَبَبُ الصَّدَقَةِ أَلَا تَرَى أَنَّ مَصْرُفَهُ مَصَارِفُ الزَّكَاةِ فَكَانَتْ جِهَةُ الصَّدَقَةِ فِيهَا رَاحِحَةً وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تَدْخُلُ لِأَنَّهَا سَبَبُ الْمُؤْنَةِ وَلِهَذَا تَجِبُ فِي أَرْضِ الصَّبِيِّ وَالْمَكَاثِبِ ، وَفِي أَرْضِ لَا مَالِكَ لَهَا كَالْأَوْقَافِ فَكَانَتْ جِهَةُ الْمُؤْنَةِ رَاحِحَةً عِنْدَهُ .

وَذَكَرَ فِي النِّهَايَةِ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مَعَ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ ذَكَرَهُ التُّمَرْتَاشِيُّ مَعَهُ ، وَلَا

تَدْخُلُ الْأَرْضُ الْخَرَاجِيَّةُ لِأَنَّهَا تَمَحَّضَتْ مُؤْنَةً ، وَلَا يَدْخُلُ الرَّفِيقُ لِلْخِدْمَةِ ، وَلَا الْعَقَارُ وَأَنَاءُ الْمَنَازِلِ وَتِيَابُ الْبِدَالَةِ وَسِلَاحُ الْإِسْتِعْمَالِ وَنَحْوُ ذَلِكَ مِمَّا لَيْسَ مِنْ أَمْوَالِ الزَّكَاةِ لَمَّا ذَكَرْنَا وَمِنْ مَشَايِخِنَا مَنْ قَالَ فِي قَوْلِهِ مَا أَمْلِكُ أَوْ جَمِيعُ مَا أَمْلِكُ فِي الْمَسَاكِينِ صَدَقَةٌ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِجَمِيعِ مَا يَمْلِكُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا وَإِنَّمَا الْقِيَاسُ وَالِاسْتِحْسَانُ فِي قَوْلِهِ مَالِي صَدَقَةٌ أَوْ جَمِيعُ مَالِي صَدَقَةٌ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ أَعَمُّ مِنَ الْمَالِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَلِكَ يُطْلَقُ عَلَى الْمَالِ وَعَلَى غَيْرِهِ يُقَالُ مَلِكُ النِّكَاحِ وَمَلِكُ الْقَصَاصِ وَمَلِكُ الْمُنْفَعَةِ وَالْمَالُ لَا يُطْلَقُ عَلَى مَا لَيْسَ بِمَالٍ ، فَإِذَا كَانَ لَفْظُ الْمَلِكِ أَعَمُّ تَنَاوَلَ جَمِيعَ مَا يُتَصَدَّقُ بِهِ كَمَا لَوْ نَصَّ عَلَيْهِ بِأَنْ قَالَ كُلُّ مَالٍ أَمْلِكُهُ مِمَّا يُتَصَدَّقُ بِهِ فَهُوَ صَدَقَةٌ وَالصَّحِيحُ هُوَ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُمَا يُسْتَعْمَلَانِ اسْتِعْمَالًا وَاحِدًا ، فَيَكُونُ النَّصُّ الْوَارِدُ فِي أَحَدِهِمَا وَارِدًا فِي الْأُخْرَى فَيَكُونُ فِيهِ الْقِيَاسُ وَالِاسْتِحْسَانُ كَمَا فِي الْمَالِ وَلِأَنَّ الْإِنْسَانَ عَادَةً يَلْتَزِمُ التَّصَدُّقَ بِالْفَاضِلِ عَلَى الْحَاجَةِ فَيَنْصَرِفُ فِيهَا إِلَى جَنْسٍ مَا تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ ، ثُمَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَى مَا دَخَلَ تَحْتَ الْإِيْجَابِ يُمَسِّكُ مِنْ ذَلِكَ قَدْرَ قُوَّتِهِ ، فَإِذَا أَصَابَ شَيْئًا بَعْدَ ذَلِكَ تَصَدَّقَ بِمِثْلِ مَا أَمْسَكَ لِأَنَّ حَاجَتَهُ مُقَدَّمَةٌ ، وَلَوْ لَمْ يُمَسِّكْ قَدْرَ حَاجَتِهِ لَتَكَفَّفَ النَّاسُ مِنْ سَاعَتِهِ وَلَيْسَ مِنَ الْحِكْمَةِ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَا عِنْدَهُ ، ثُمَّ يَتَكَفَّفُ مِنْ سَاعَتِهِ وَلَمْ يُبَيِّنْ فِي الْمَسْئُوطِ قَدْرَ مَا يُمَسِّكُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْعِيَالِ وَبِاخْتِلَافِ مَا يَتَجَدَّدُ لَهُ مِنَ التَّحْصِيلِ فَبَعْضُ أَهْلِ الْحِرْفِ يَحْصُلُ لَهُمْ كُلُّ يَوْمٍ وَبَعْضُهُمْ كُلُّ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَبَعْضُهُمْ أَكْثَرُ

وَبَعْضُهُمْ أَقَلُّ ، وَكَذَا أَهْلُ التِّجَارَةِ وَأَهْلُ الزَّرْعِ يَتَجَدَّدُ لَهُمْ فِي كُلِّ سَنَةٍ وَأَهْلُ الْعِلَّةِ فِي كُلِّ شَهْرٍ عَادَةً وَهُمْ الَّذِينَ لَهُمْ دُورٌ وَحَوَانِيتُ وَحَانَاتٌ يُوجَرُونَهَا فَيُمَسِّكُ أَهْلُ كُلِّ صَنْعَةٍ قَدْرَ مَا يَكْفِيهِ إِلَى أَنْ يَتَجَدَّدَ لَهُ حَاصِلُهُ .

الشرح

قَوْلُهُ وَلَوْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ فَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ

وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ أَحَدَ بِهِ عُلَمَاؤُنَا الثَّلَاثَةَ غَايَةً

قوله والقياس أن يكون كالوصية فيلزمه التصديق بالكل

أي بكل مال له سواء كان من جنس مال الزكاة أو لم يكن .

قوله وبه قال زفر

أي والبيي والتخعي والشافعي لعموم اسم المال كالوصية وقال صلى الله عليه وسلم { من نذر أن يطيع الله فليطعه } وقال مالك وأحمد يتصدق بثلث ماله { لقوله صلى الله عليه وسلم لأبي ثبابة حين قال إن من توتني أن أنخلع من مالي يجزيك الثلث } كمال .

قوله وجهه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى

ألا ترى أنه لو قال لله علي إطعام ينصرف إلى طعام عشرة مساكين استدلالاً بإيجاب الله تعالى فكذا هنا كأي قوله لأن المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها (ولذا قالوا لو نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به ، فإن قضى به دينه لزمه أن يتصدق بما يكسبه بعده إلى أن يوفي .

كمال

قوله ويدخل فيه الأراضي العشرية

قال الكمال وهل تدخل الأرض العشرية فيجب التصديق بها عند أبي يوسف نعم ؛ لأن جهة الصدقة غالبية في العشر وروي ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لا ؛ لأن جهة المؤنة غالبية عنده .

قال رحمه الله (ومن أوصي إليه ولم يعلم بالوصية فهو وصي بخلاف الوكيل) حتى لو باع الوصي شيئاً من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع ، ولو باع الوكيل مال الموكّل قبل العلم بالوكالة ، ثم علم لم يجز ، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الوصية أيضاً حتى يعلم لأن كل واحد منهما أتابه إلا أن أحدهما في حالة الحياة والآخر بعد الممات .

وجه الأول أن الوصية خلافة لأنه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصي ، فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث وكتبوت الملك له والولاية ألا ترى أن أبا الصغير لو مات وباع الجد ماله من غير علم بموته جاز فكذا هذا أما الوكالة فيثبت ولاية التصرف في ماله وليس باستخلاف لبقاء ولاية الموكّل ، فلا يصح بلا علم من يثبت له الولاية كإثبات الولاية بإثبات الملك بالبيع ولأن الموكّل قادر فيتصرف بنفسه ، فلا يفوته النظر ، فلا حاجة إلى إثباته بدون العلم بخلاف الميت والإذن بالتجارة للعبد والصغير بمنزلة الوكالة ، فلا تثبت إلا بعد العلم ، ولا يجوز تصرف المأذون له قبله ؛ لأن الإذن مأخوذ من الأذان وهو الإعلام ، فلا يتصور بدون العلم .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ أَعْلِمَ بِالْوَكَاةِ صَحَّ تَصَرُّفُهُ) أَيَّ إِذَا وَكَّلَ رَجُلًا وَهُوَ لَا يَعْلَمُ فَأَعْلَمَهُ وَاحِدٌ مِنَ النَّاسِ كَانَ وَكِيلًا وَجَازَ تَصَرُّفُهُ سِوَاءَ أَخْبَرَهُ بِذَلِكَ عَدْلٌ أَوْ غَيْرُ عَدْلٍ صَغِيرٌ أَوْ كَبِيرٌ ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْمُعَامَلَاتِ وَلَيْسَ فِيهِ الزَّامُ وَإِنَّمَا فِيهِ الْإِطْلَاقُ ، فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْعَدَالَةُ كَسَائِرِ الْمُعَامَلَاتِ ، وَكَذَا لَا يُشْتَرَطُ

فِيهِ الْحُرِّيَّةُ ، وَلَا الْإِسْلَامُ وَحَاصِلُهُ أَنَّهُ مِنَ الْمُعَامَلَاتِ ، فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ إِلَّا التَّمْيِيزُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يُثْبِتُ عَزْلُهُ إِلَّا بِعَدْلٍ أَوْ مَسْتَوْرَيْنِ كَالْإِخْبَارِ لِلسَّيِّدِ بِجَنَائَةِ عَبْدِهِ وَالشَّفِيعِ وَالْبَكْرِ وَالْمُسْلِمِ الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ) يَعْنِي لَا يُثْبِتُ عَزْلُهُ عَنِ الْوَكَاةِ إِلَّا بِخَبَرِ عَدْلٍ وَاحِدٍ أَوْ اثْنَيْنِ غَيْرِ عَدْلٍ إِلَّا وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَقَالَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يُشْتَرَطُ فِي الْمُخْبِرِ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ إِلَّا التَّمْيِيزُ لِأَنَّهَا مِنَ الْمُعَامَلَاتِ فَصَارَ كَالْإِخْبَارِ بِالتَّوَكُّلِ عَلَى مَا بَيْنَنَا وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ الزَّامًا مِنْ وَجْهِ فَيُشْتَرَطُ فِيهِ أَحَدُ شَطْرَيْ الشَّهَادَةِ إِمَّا الْعَدَدُ أَوْ الْعَدَالَةُ .

بَيَانُ الْإِزْمِ أَنَّ الْوَكِيلَ يَلْزَمُهُ الْعَهْدَةُ عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَتَصَرَّفَ ، وَلَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ عَلَى تَقْدِيرِ عَدَمِ التَّصَرُّفِ ، وَكَذَا الشَّفِيعُ يَلْزَمُهُ سُقُوطُ الشُّفْعَةِ عَلَى تَقْدِيرِ سُكُوتِهِ وَعَلَى تَقْدِيرِ الطَّلَبِ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ ، وَكَذَا الْبَكْرُ عَلَى تَقْدِيرِ السُّكُوتِ يَلْزَمُهُمَا التَّكَاحُ وَعَلَى تَقْدِيرِ الرَّدِّ لَا يَلْزَمُهُمَا ، وَكَذَا السَّيِّدُ عَلَى تَقْدِيرِ التَّصَرُّفِ فِيهِ بِالْعَتَقِ وَغَيْرِهِ يَلْزَمُهُ الْأَرْضُ وَعَلَى تَقْدِيرِ عَدَمِ التَّصَرُّفِ لَا يَلْزَمُهُ فِيهِ كُلُّ مَوْضِعٍ يَلْزَمُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ يُشْتَرَطُ فِيهِ الْعَدَدُ أَوْ الْعَدَالَةُ كَمَا فِي الْمُنَازَعَاتِ عِنْدَ الْحُكَّامِ ، وَفِيمَا لَا يَلْزَمُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْعَدَدُ ، وَلَا الْعَدَالَةُ ، فَإِذَا كَانَ فِيهِ الْإِزْمُ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ يُشْتَرَطُ فِيهِ أَحَدُهُمَا ، وَقَدْ بَيَّنَّا فِي النِّكَاحِ ، وَأَمَّا الْمُسْلِمُ الَّذِي أَسْلَمَ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَلَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُقْبَلُ فِيهِ خَيْرُ الْفَاسِقِ حَتَّى تَجِبَ عَلَيْهِ الْأَحْكَامُ بِخَبَرِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُخْبِرَ بِهِ رَسُولُ رَسُولِ اللَّهِ

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { أَلَا فَلْيَبْلُغْ } الْحَدِيثَ ، وَفِي الرَّسُولِ لَا يُشْتَرَطُ الْعَدَالَةُ كَالْبَكْرِ إِذَا أَخْبَرَهَا رَسُولُ الْوَلِيِّ بِالتَّزْوِيجِ وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا عَزَلَهُ الْمُوَكَّلُ وَبَلَّغَهُ ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يُبَلِّغْهُ فَهُوَ عَلَى وَكَالَتِهِ حَتَّى يُبَلِّغَهُ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ نَهْيَ الْعَبْدِ مُعْتَبَرٌ بِنَوَاهِي الشَّرْعِ فَكَمَا لَا يُثْبِتُ النَّهْيُ فِي الشَّرْعِ بَعْدَ الْإِطْلَاقِ قَبْلَ الْبُلُوغِ إِلَى الْمَكْلَفِ حَتَّى لَا يَحْرُمَ عَلَيْهِ قَبْلَهُ فَكَذَا نَهْيُ الْعَبْدِ وَهَذَا فِي الْعَزْلِ الْقَصْدِيِّ ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ حُكْمِيًّا فَيُثْبِتُ وَيَنْعَزِلُ قَبْلَ الْعِلْمِ بِهِ وَذَلِكَ مِثْلُ مَوْتِ الْمُوَكَّلِ وَجُنُونِهِ مُطَبَّقًا .

الشرح

قوله بخلاف الوكيل

حَتَّى لَوْ بَاعَ الْوَصِيُّ شَيْئًا مِنَ التَّرَكَةِ قَبْلَ الْعِلْمِ بِالْوَصِيَّةِ جَازَ الْبَيْعُ وَهَذِهِ رَوَايَةُ الزِّيَادَاتِ وَبَعْضُ الرُّوَايَاتِ الْمَأْدُونِ فَعَلَى هَذِهِ الرُّوَايَةِ يَحْتَاجُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْوَكَاةِ وَالْوَصَايَةِ وَفَرْقُهُمَا أَنَّ الْوَصَايَا خِلَافَةُ كَالْإِرْثِ ، فَلَا يَتَوَقَّفُ كَالْإِرْثِ فَتُثْبِتُ بِمَا عِلْمِ ، وَالْوَكَاةُ إِنَابَةٌ فَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ كَمَا فِي إثْبَاتِ الْمَلِكِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَعَلَى رَوَايَةِ كِتَابِ الْوَكَاةِ لَا يُشْتَرَطُ الْعِلْمُ لِلْوَكَاةِ أَيْضًا عِتْبَارًا لِلْوَصَايَةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِثْبَاتُ الْوَلَايَةِ أَلَا تَرَى إِلَى مَا قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ عَلَاءُ الدِّينِ الْإِسْبِجَانِيُّ فِي شَرْحِ الْكَافِي وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَبْدٌ عِنْدَ رَجُلٍ فَقَالَ لِرَجُلٍ انْطَلِقْ وَاشْتَرِ عَبْدِي مِنْ فُلَانٍ لِنَفْسِكَ فَذَهَبَ فَاشْتَرَاهُ وَلَمْ يَكُنْ رَبُّ الْعَبْدِ وَكُلُّ الْبَائِعِ بِالْبَيْعِ فَإِنَّ هَذَا الْبَيْعَ يَجُوزُ وَيَكُونُ أَمْرَ الْمُشْتَرِي بِالشِّرَاءِ وَكَالَةَ لِلْبَائِعِ بِالْبَيْعِ قَالَ هَكَذَا ذَكَرَ هُنَا ، ثُمَّ قَالَ وَذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ وَبَعْضُ رَوَايَةِ الْمَأْدُونِ أَنَّهُ لَا يَكُونُ إِذْنًا مَا لَمْ يُعْلَمِ الرَّسُولُ بِذَلِكَ كَذَا ذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ الْمَذْكُورُ فِي بَابِ مَا لَا تَجُوزُ فِيهِ الْوَكَاةُ مِنْ شَرْحِ الْكَافِي قَالَهُ الْأَقْنَانِيُّ فِي كِتَابِ الْوَصِيَّةِ قَالَ وَقَدْ مَرَّ تَمَامُ الْبَيَانِ فِي كِتَابِ

أَدَبِ الْفَاضِي فِي فَصْلِ الْقَضَاءِ بِالْمَوَارِيثِ وَانْظُرْ مَا ذَكَرَهُ فِي الْمُحِيطِ فِي كِتَابِ الْوَكَالَةِ فِي بَابِ مَا تَقَعُ بِهِ الْوَكَالَةُ ، وَقَدْ قَالَ فِيهِ
فَالْحَاصِلُ أَنَّ الْوَكِيلَ هَلْ يَصِيرُ وَكَيْلًا قَبْلَ الْعِلْمِ بِهِ فِيهِ رَوَاتَانِ وَالْوَصِيُّ يَصِيرُ وَصِيًّا بَدُونِ الْعِلْمِ

قَوْلُهُ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ كَتَصَرُّفِ الْوَارِثِ

يَعْنِي لَوْ بَاعَ الْوَارِثُ تَرِكَةَ الْمَيِّتِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِمَوْتِهِ جَازَ بَيْعُهُ .

بَدَائِعُ

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَمَنْ أَعْلَمَ بِالْوَكَالَةِ صَحَّ تَصَرُّفُهُ

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ لَا تُثْبِتُ الْوَكَالَةَ بِخَيْرِ الْوَاحِدِ أَصْلًا لِأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ عَقْدًا كَعَبْدٍ مِنَ الْعُقُودِ وَلِأَنَّهُ تَسْلِيْطٌ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ فَتَحَّ (وَقَوْلُهُ
وَلَيْسَ فِيهِ إِرْزَامٌ) فَإِنَّهُ مُخْتَارٌ فِي الْقَبُولِ وَعَدَمِهِ فَكَانَ كَقَبُولِ الْهَدِيَّةِ مِمَّنْ ذَكَرَ أَنَّهَا عَلَى يَدِهِ ، وَهُوَ مُحَلٌّ لِإِجْمَاعِ وَالتَّصَرُّفِ فَقَدْ { كَانَ
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقْبَلُهَا مِنَ الْعَبْدِ وَالتَّقِيِّ وَيَشْتَرِي مِنَ الْكَافِرِ } .

فَتَحَّ

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَلَا يَثْبُتُ عَزْلُهُ إِلَّا بِعَدْلِ أَوْ مَسْئُورَيْنِ

قَالَ الْكَمَالُ وَأَجْمَعُوا أَنَّ الْمُخْبِرَ بِالْعَزْلِ لَوْ كَانَ فَاسِقًا وَصَدَقَهُ يَنْعَزِلُ .

قَوْلُهُ إِلَّا التَّمْيِيزَ

لِأَنَّهَا مِنَ الْمَعَامَلَاتِ وَلَيْسَ بِشَهَادَةٍ وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ وَمَجْلِسُ الْقَضَاءِ فَيَعْتَبَرُ خَبَرُ الْوَاحِدِ عَدْلًا كَانَ أَوْ لَمْ يَكُنْ غَايَةً

قَوْلُهُ فَصَارَ كَالْإِخْبَارِ بِالتَّوَكُّيلِ الْخ

، ثُمَّ إِنِّبَاتُ الْوَكَالَةِ يَصِحُّ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا عَدْلًا كَانَ أَوْ فَاسِقًا رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً صَبِيًّا كَانَ أَوْ بَالِغًا ، وَكَذَلِكَ الْعَزْلُ
عِنْدَهُمَا يَثْبُتُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ مُطْلَقًا وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يُشْتَرَطُ الْعَدَدُ أَوْ الْعَدَالَةُ حَتَّى لَا يَثْبُتَ الْعَزْلُ عِنْدَهُ إِلَّا بِخَبَرِ الْاِثْنَيْنِ أَوْ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ الْعَدْلِ

قَالُوا فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ مَوْلَى الْعَبْدِ الْجَانِي إِذَا أَخْبَرَ بِالْجَنَائَةِ فَبَاعَ أَوْ أَعْتَقَ هَلْ يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ ، وَكَذَا
الشَّقِيعُ إِذَا سَكَتَ بَعْدَ مَا أَخْبَرَ بِالْبَيْعِ ، وَكَذَا الْبَكْرُ إِذَا سَكَتَ بَعْدَ مَا أَخْبَرَتْ بِإِنْكَاحِ الْوَلِيِّ ، وَكَذَا الَّذِي أَسْلَمَ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَلَمْ
يُهَاجِرْ فَأَخْبَرَ بِالشَّرَائِعِ ، وَكَذَا الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ أَخْبَرَنَا بِالْحَجَرِ فَعِنْدَ أَبِي

حَنِيفَةً لَا بُدَّ مِنَ الْعَدَدِ أَوْ الْعَدَالَةِ حَتَّى يَصِيرَ الْمَوْلَى مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ ، وَيَبْطُلَ حَقُّ الشَّفِيعِ بِالسُّكُوتِ وَيَكُونُ السُّكُوتُ رِضًا مِنَ الْبِكْرِ وَيَلْزَمُ الشَّرَائِعَ عَلَى الَّذِي أَسْلَمَ وَعِنْدَهُمَا لَا يُشْتَرَطُ الْعَدَدُ وَالْعَدَالَةُ .

أَثَقَانِي وَالْحَاصِلُ أَنَّهُمَا يَعْتَبِرَانِ الْإِنْتِهَاءَ بِالْإِبْتِدَاءِ غَايَةً .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ بَاعَ الْقَاضِي أَوْ أَمِينُهُ عَبْدًا لِلْغُرَمَاءِ وَأَخَذَ الْمَالَ فَضَاعَ وَاسْتَحَقَّ الْعَبْدَ لَمْ يَضْمَنْ) أَيُّ ضَاعَ ثَمَنُ الْعَبْدِ فِي يَدِ الْبَائِعِ وَهُوَ الْقَاضِي أَوْ أَمِينُهُ لَمْ يَضْمَنْ الْقَاضِي ، وَلَا أَمِينُهُ الثَّمَنَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ أَمِينَ الْقَاضِي قَائِمٌ مَقَامَ الْقَاضِي وَالْقَاضِي قَائِمٌ مَقَامَ الْخَلِيفَةِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَلْزَمُهُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَزِمَهُ الضَّمَانُ لَتَقَاعَدُوا عَنْ قَبُولِ هَذِهِ الْأَمَانَةِ كَيَّ لَا يَلْزَمُهُمُ الضَّمَانُ وَتَعَطَّلَتْ مَصَالِحُ الْمُسْلِمِينَ ، وَكَذَا لَوْ قَبِضَ الثَّمَنَ وَضَاعَ فِي يَدِهِ وَهَلَكَ الْعَبْدُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى الْمُشْتَرِي لَا يَضْمَنْ الْقَاضِي ، وَلَا أَمِينُهُ الثَّمَنَ لَمَّا ذَكَرْنَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَرَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْغُرَمَاءِ) لِأَنَّ الْبَيْعَ وَاقِعٌ لَهُمْ فَيَكُونُ عَهْدُهُ عَلَيْهِمْ عِنْدَ تَعَدُّرِ جَعْلِهَا عَلَى الْعَاقِدِ كَمَا يَجْعَلُ الْعَهْدَةَ عَلَى الْمُوَكَّلِ إِذَا تَعَدَّرَ جَعْلُهَا عَلَى الْوَكِيلِ بَأَنَّ كَانَ الْوَكِيلُ عَبْدًا أَوْ صَبِيًّا مُحْجُورًا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ لَهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ أَمَرَ الْقَاضِي الْوَصِيَّ بِبَيْعِهِ فَاسْتَحَقَّ أَوْ مَاتَ قَبْلَ الْقَبْضِ وَضَاعَ الْمَالَ رَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْوَصِيِّ) لِأَنَّ الْوَصِيَّ هُوَ الْعَاقِدُ نِبَايَةً عَنِ الْمَيِّتِ فَتَرْجِعُ الْحُقُوقُ إِلَيْهِ كَمَا إِذَا وَكَّلَهُ حَالِ حَيَاتِهِ وَهَذَا إِذَا كَانَ الْمَيِّتُ أَوْصَى إِلَيْهِ فَظَاهِرٌ ، وَكَذَا إِذَا نَصَّبَهُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ إِنَّمَا نَصَّبَهُ لِيَكُونَ قَائِمًا مَقَامَ الْمَيِّتِ لَا لِيَكُونَ قَائِمًا مَقَامَ الْقَاضِي فَصَارَ كَمَنْ أَوْصَى إِلَيْهِ الْمَيِّتُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَهُوَ عَلَى الْغُرَمَاءِ) أَيُّ رَجَعَ الْوَصِيُّ عَلَى الْغُرَمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُمْ وَمَنْ عَمِلَ لغيرِهِ عَمَلًا وَلِحَقِّهِ بِسَبَبِهِ ضَمَانٌ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ يَقَعُ لَهُ الْعَمَلُ ، وَلَوْ ظَهَرَ لِلْمَيِّتِ بَعْدَ ذَلِكَ مَالٌ رَجَعَ الْغَرِيمُ فِيهِ بَدِينِهِ ؛ لِأَنَّ دَيْنَهُ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِ فَيَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ لِلْمُوصِي أَوْ لِلْمُشْتَرِي فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ الْبَائِعُ هُوَ الْقَاضِي أَوْ أَمِينُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَضَى ذَلِكَ وَهُوَ مُضْطَرٌّ فِيهِ وَقِيلَ لَا يَرْجِعُ بِهِ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ وَجَبَ عَلَيْهِ بِفِعْلِهِ ؛ لِأَنَّ قَبْضَ الْوَصِيِّ كَقَبْضِهِ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لَمَّا ذَكَرْنَا وَالْوَارِثُ إِذَا بَاعَ لَهُ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْغَرِيمِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي التَّرَكَةِ دَيْنٌ كَانَ الْعَاقِدُ عَامِلًا فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا لِحَقِّهِ مِنَ الْعَهْدَةِ إِنْ كَانَ هُوَ وَصِيَّ الْمَيِّتِ ، وَإِنْ كَانَ الْقَاضِي أَوْ أَمِينُهُ هُوَ الْعَاقِدُ رَجَعَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي لَمَّا ذَكَرْنَا .

الشرح

قَوْلُهُ فَيَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ لِلْوَصِيِّ أَوْ لِلْمُشْتَرِي

قَالَ الْكَمَالُ فَلَوْ ظَهَرَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ يَرْجِعُ الْغَرِيمُ فِيهِ بَدِينِهِ بَلَا شَكٍّ .
وَهَلْ يَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ لِلْمُشْتَرِي قَالَ الْمُصَنِّفُ قَالُوا وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ يَرْجِعُ بِالْمَالَةِ الَّتِي غَرِمَهَا أَيْضًا يُرِيدُ بِالْمَالَةِ مَا ضَمِنَ لِلْمُشْتَرِي وَقَرَضَهُ مَالَةً لِأَنَّهُ لِحَقِّهِ ذَلِكَ فِي أَمْرِ الْمَيِّتِ وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هَذَا بِالتَّفَاقُ أَعْنِي جَوَازُ أَنْ يُقَالَ ، وَأَمَّا الْوَاقِعُ مِنَ الْقَوْلِ بِالرُّجُوعِ بِمَا ضَمِنَ فَفِيهِ خِلَافٌ قِيلَ نَعَمْ وَقَالَ مَجْدُ الْأَيْمَةِ الشَّرْحَكِيِّ لَا يَأْخُذُ فِي الصَّحِيحِ مِنَ الْجَوَابِ ؛ لِأَنَّ الْغَرِيمَ إِنَّمَا ضَمِنَ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ لَهُ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى غَيْرِهِ وَفِي الْكَاسِي الْأَصَحُّ الرُّجُوعُ لِأَنَّهُ قَضَى ذَلِكَ ، وَهُوَ مُضْطَرٌّ فِيهِ فَقَدْ اُخْتَلَفَ فِي التَّصْحِيحِ كَمَا سَمِعْتُ

قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ الْقَاضِي أَوْ أَمِينُهُ هُوَ الْعَاقِدُ رَجَعَ عَلَيْهِ

أَيَّ عَلَى الْوَارِثِ إِذَا كَانَ أَهْلًا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلًا نَصَّبَ الْقَاضِي عَنْهُ مَنْ يَقْضِي دَيْنَهُ كَيْ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ قَالَ قَاضٍ عَدْلٌ عَالِمٌ قَضَيْتُ عَلَى هَذَا بِالرَّحْمِ أَوْ بِالْقَطْعِ أَوْ بِالضَّرْبِ فَأَفْعَلُهُ مَا وَسَعَكَ فَعَلُهُ) قَيْدُهُ هُنَا بِكَوْنِهِ عَدْلًا عَالِمًا ، وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَمْ يَقْيِدْهُ بِهِمَا وَهُوَ الظَّاهِرُ وَإِنَّمَا يَسَعُهُ فَعَلُهُ ؛ لِأَنَّ طَاعَةَ أُولِي الْأَمْرِ وَاجِبَةٌ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ } وَفِي تَصْدِيقِهِ طَاعَةً وَلِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَنْ أَمْرِ يَمْلِكُ إِشْأَاءَهُ فِي الْحَالِ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ لِيُخْلَوْهُ عَنِ التُّهْمَةِ وَلِأَنَّهُ لَا يُؤَلَّى فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ إِلَّا قَاضٍ وَاحِدٌ فِي الْأَعْصَارِ كُلِّهَا ، وَلَوْ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ وَحْدَهُ لَوَلَّى فِي مَكَانٍ قَاضِيَانِ ، فَعَلِمَ بِذَلِكَ أَنَّ قَوْلَهُ حُجَّةٌ ثُمَّ رَجَعَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ عَنْ هَذَا فَقَالَ لَا يُؤْخَذُ بِقَوْلِهِ إِلَّا أَنْ يُعَايِنَ الْحُجَّةَ أَوْ يَشْهَدَ بِذَلِكَ مَعَ الْقَاضِي عَدْلٌ وَبِهِ أَحَدٌ مَشَايِخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ لِفَسَادِ أَكْثَرِ قُضَاةِ زَمَانِنَا ، وَالتَّدَارُكُ غَيْرُ مُمَكِّنٍ وَلِأَنَّ قَبُولَ خَبَرِ الْوَاحِدِ رُتْبَةُ الْأَنْبِيَاءِ عَلَيْهِمُ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَغَيْرُهُمْ غَيْرُ مَعْصُومٍ عَنِ الْكُذْبِ وَالْعَلَطِ إِلَّا فِي كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي لِضَرُورَةِ إِحْبَاءِ الْحُقُوقِ وَلِأَنَّ الْخِيَانَةَ فِي مِثْلِهِ قَلَمَّا تَقَعُ ، وَقَالَ أَبُو مَنْصُورٍ الْمَازِينِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنْ كَانَ عَدْلًا عَالِمًا يَقْبَلُ قَوْلَهُ لَانْعِدَامِ تَهْمَةِ الْخِيَانَةِ وَاحْتِمَالِ الْخَطَا لِأَنَّهُ لِعَدَالَتِهِ يُؤْمَنُ مِنَ الْمَيْلِ بِالرَّشْوَةِ وَلِفَقْهِهِ يُؤْمَنُ مِنَ الْعَلَطِ ظَاهِرًا ، وَإِنْ كَانَ عَدْلًا جَاهِلًا يَسْتَفْسِرُ ؛ لِأَنَّ الْجَاهِلَ قَدْ يَظُنُّ غَيْرَ الدَّلِيلِ دَلِيلًا فَإِنْ أَحْسَنَ بَأْنَ ذَكَرَ شَرَائِطُهُ مِثْلَ أَنْ يَحْكُمَ بِحَدِّ الزَّانَا مِثْلًا بِإِقْرَارٍ أَوْ بَيِّنَةٍ فَيَأْتِي بِشَرَائِطِهِ عِنْدَ التَّفْسِيرِ وَحَبَّ تَصْدِيقِهِ ؛ لِأَنَّ عَدَالَتَهُ تَمْنَعُهُ عَنِ الْكُذْبِ ، وَإِنْ لَمْ يُحْسِنْ بِأَنْ

أَخْلَ فِي شَرَائِطِهِ مِنْ نِصَابِ الشَّهَادَةِ أَوْ التَّكْرَارِ فِي الْإِقْرَارِ وَنَحْوِ ذَلِكَ لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ ، وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا فَكَذَلِكَ إِلَّا أَنْ يُعَايِنَ الْحُجَّةَ وَالْمُصَنِّفُ اخْتَارَ هَذَا الْقَوْلَ لِاحْتِمَالِ الْخَطَا أَوْ الْخِيَانَةِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي نَبَأِ الْفَاسِقِ { إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا } ، وَإِنْ لَمْ يُصَدِّقْهُ ، فَلَا يَمِينُ عَلَى الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ تَجِبُ عَلَى الْخَصْمِ وَالْقَاضِي لَيْسَ بِخَصْمٍ وَإِنَّمَا هُوَ أَمِينٌ ، وَلَوْ صَارَ خَصْمًا لَمَا نَفَذَ قَضَاؤُهُ .

الشرح

قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ عَدْلًا جَاهِلًا يُسْتَفْسَرُ

أَيَّ عَنْ قَضَائِهِ .

غَايَةُ

قَوْلُهُ لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا

يَعْنِي سِوَاءَ كَانَ عَالِمًا أَوْ جَاهِلًا فَشَمِلَ صُورَتَيْنِ وَالْقَاسِمُ عَلَى هَذَا أَرْبَعَةٌ : عَدْلٌ عَالِمٌ لَا يُسْتَفْسَرُ .
عَدْلٌ جَاهِلٌ يُسْتَفْسَرُ .

فَاسِقٌ عَالِمٌ .

فَاسِقٌ جَاهِلٌ لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُمَا إِلَّا إِنْ عَايَنَ الْحُجَّةَ

قَالَ (وَإِنْ قَالَ قَاضٍ عَزَلَ لِرَجُلٍ أَخَذْتُ مِنْكَ أَلْفًا وَدَفَعْتُهُ إِلَى زَيْدٍ قَضَيْتُ بِهِ عَلَيْكَ فَقَالَ الرَّجُلُ أَخَذْتُهُ ظُلْمًا فَالْقَوْلُ لِلْقَاضِي) وَكَذَا لَوْ قَالَ قَضَيْتُ بِقَطْعِ يَدِكَ فِي حَقِّ إِذَا كَانَ الْمَقْطُوعُ يَدَهُ وَالْمَأْخُودُ مِنْهُ مَالُهُ مُقَرًّا أَنَّهُ فَعَلَهُ وَهُوَ قَاضٍ لِأَنَّ الْمَقْضِيَّ عَلَيْهِ لَمَّا أَقَرَّ أَنَّهُ فَعَلَهُ فِي حَالِ قَضَائِهِ صَارَ مُعْتَرِفًا بِشَهَادَةِ الظَّاهِرِ لِلْقَاضِي ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْقَاضِي عَلَى سَبِيلِ الْقَضَاءِ لَا يُوجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانَ بِحَالٍ فَجَعَلَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْقَاضِي فِي ذَلِكَ يَمِينٌ ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ فِي حَالِ قَضَائِهِ بِتَصَادُقِهِمَا ، وَلَا يَمِينَ عَلَى الْقَاضِي لَمَّا ذَكَرْنَا ، وَلَوْ أَقَرَّ الْآخِذُ وَالْقَاطِعُ بِمَا أَقَرَّ بِهِ الْقَاضِي لَمْ يَضْمَنْهُمَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ قَوْلَ الْقَاضِي حُجَّةٌ وَدَفْعُهُ صَحِيحٌ فَصَارَ إِقْرَارُهُ بِهِ كَفَعْلِهِ مُعَايِنًا .

وَلَوْ زَعَمَ الْمَقْطُوعُ يَدَهُ وَالْمَأْخُودُ مَالَهُ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ قَاضِيًا يَوْمَئِذٍ وَإِنَّمَا فَعَلَ ذَلِكَ قَبْلَ التَّقْلِيدِ أَوْ بَعْدَ الْعَزْلِ كَانَ الْقَوْلُ لِلْقَاضِي أَيْضًا لِأَنَّهُ أَسْنَدُهُ إِلَى حَالَةِ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ طَلَّقْتُ أَوْ أَعْتَقْتُ وَأَنَا مَجْنُونٌ وَالْجُنُونُ كَانَ مَعْهُودًا مِنْهُ ، وَقَالَ شَمْسُ الْأَنَمَةِ السَّرْحَسِيُّ إِذَا زَعَمَ الْمُدَّعِي أَنَّ الْقَاضِي فَعَلَ ذَلِكَ بَعْدَ الْعَزْلِ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُدَّعِي لِأَنَّ هَذَا الْفِعْلَ حَادِثٌ فَيُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ أَوْقَاتِهِ وَمَنْ ادَّعَى تَارِيخًا سَابِقًا لَا يُصَدِّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَتَى وَقَعَتِ الْمُنَازَعَةُ فِي الْإِسْنَادِ يُحْكَمُ الْحَالُ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي جَرِيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ وَهُوَ لَوْ فَعَلَ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، فَلَا يُصَدِّقُ فِي الْإِسْنَادِ إِلَى حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ إِلَّا بِحُجَّةٍ بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ الْإِسْنَادُ بِتَصَادُقِهِمَا .

وَالصَّحِيحُ هُوَ

الْأَوَّلُ لَمَّا ذَكَرْنَا وَهُوَ اخْتِيَارُ فَخْرِ الْإِسْلَامِ عَلِيِّ الْبَزْدَوِيِّ وَالصَّدْرِ الشَّهِيدِ ، وَنَظِيرُهُ إِذَا قَالَ الْعَبْدُ لِعَبْدِهِ بَعْدَ الْعِنَقِ قَطَعْتُ يَدَكَ وَأَنَا عَبْدٌ ، وَقَالَ الْمُقَرُّ لَهُ بَلْ قَطَعْتَهَا وَأَنْتَ حُرٌّ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْعَبْدِ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ الْمَوْلَى لِعَبْدٍ قَدْ أَعْتَقَهُ أَخَذْتُ مِنْكَ غَلَّةَ كُلِّ شَهْرٍ خَمْسَةَ دَرَاهِمٍ وَأَنْتَ عَبْدٌ ، وَقَالَ الْمُعْتَقُ أَخَذْتُهَا بَعْدَ الْعِنَقِ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَوْلَى ، وَكَذَا الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ إِذَا قَالَ بَعْتُ وَسَلَّمْتُ قَبْلَ الْعَزْلِ ، وَقَالَ الْمَوْكَلُ بَعْدَ الْعَزْلِ كَانَ الْقَوْلُ لِلْوَكِيلِ إِنْ كَانَ الْمَبِيعُ مُسْتَهْلَكًا ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَوْكَلِ ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَمَّا لَا يَمْلِكُ الْإِنْشَاءَ فِيهِ فَيَصِيرُ مُدَّعِيًا ، وَكَذَا فِي مَسْأَلَةِ الْغَلَّةِ لَا يُصَدِّقُ فِي الْغَلَّةِ الْقَائِمَةِ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِالْآخِذِ وَبِالْإِضَافَةِ يَدَّعَى عَلَيْهِ التَّمْلِيكَ ، وَلَوْ أَقَرَّ الْقَاطِعُ وَالْآخِذُ فِي هَذَا الْفَضْلِ بِمَا أَقَرَّ بِهِ الْقَاضِي يَضْمَنْانِ لِأَنَّهُمَا أَقَرَّا بِسَبَبِ الضَّمَانِ وَقَوْلُ الْقَاضِي مَقْبُولٌ فِي دَفْعِ الضَّمَانِ عَنْ نَفْسِهِ لَا فِي إِبْطَالِ سَبَبِ الضَّمَانِ عَلَى غَيْرِهِ بِخِلَافِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ فَعْلُهُ فِي قَضَائِهِ بِالتَّصَادُقِ .

فَإِنْ قِيلَ قَدْ وَجَدَ الْإِسْنَادُ مِنْهُمَا أَيْضًا إِلَى حَالَةِ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ فَوَجِبَ أَنْ لَا يَضْمَنْهُمَا أَيْضًا كَالْقَاضِي قُلْنَا إِنَّ هَذِهِ حُجَّةٌ عَارِضَةٌ مَا هُوَ أَقْوَى مِنْهَا يَقْتَضِي وَجُوبَ الضَّمَانِ وَهُوَ الْإِقْرَارُ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ حُجَّةٌ قَطْعِيَّةٌ لَكِنْ إِقْرَارُ كُلِّ مُقَرَّرٍ حُجَّةٌ قَطْعِيَّةٌ عَلَى نَفْسِهِ وَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَضَاءِ الْقَاضِي فِي حَقِّهِمَا حُجَّةٌ ظَاهِرَةٌ لَا قَطْعِيَّةٌ وَالظَّاهِرُ لَا يُعَارِضُ الْقَطْعِيَّ ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي حَقِّ الْقَاضِي كَذَلِكَ وَيَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ لَكِنْ لَوْ أَوْجَبْنَا عَلَيْهِ الضَّمَانُ لَأَمْتَنَعَ النَّاسُ عَنْ

تَقْلِيدِ الْقَضَاءِ حَذَرَ الضَّمَانِ بَعْدَ الْعَزْلِ فَتَرَكَ لِذَلِكَ ، وَلَوْ كَانَ الْمَالُ فِي يَدِ الْآخِذِ قَائِمًا ، وَقَدْ أَقَرَّ بِمَا أَقَرَّ بِهِ الْقَاضِي وَالْمَأْخُودُ مِنْهُ الْمَالُ صَدَّقَ الْقَاضِي فِي أَنَّهُ فَعَلَهُ فِي قَضَائِهِ أَوْ ادَّعَى أَنَّهُ فَعَلَهُ فِي غَيْرِ قَضَائِهِ يُؤْخَذُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّ الْيَدَ كَانَ لَهُ ، فَلَا يُصَدِّقُ فِي دَعْوَى تَمْلِكِهِ إِلَّا بِحُجَّةٍ وَقَوْلُ الْمَعْرُوفِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِيهِ وَهُوَ نَظِيرُ مَسْأَلَةِ الْغَلَّةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَمِنْ نَظَائِرِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ مَا لَوْ قَالَ الْوَصِيُّ بَعْدَ مَا بَلَغَ الْيَتِيمَ أَنْفَقْتُ عَلَيْهِ كَذَا وَكَذَا مِنَ الْمَالِ وَأَنْكَرَ الْيَتِيمُ ذَلِكَ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْوَصِيِّ لَمَّا أَنَسَدَ إِلَى حَالَةِ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ وَأُورِدَ فِي التَّهْيِئَةِ عَلَى الْمَسَائِلِ الْمُتَقَدِّمَةِ مَا إِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى أُمَّتَهُ ، ثُمَّ قَالَ لَهَا قَطَعْتُ يَدَكَ وَأَنْتِ أُمْتِي فَقَالَتْ هِيَ قَطَعْتَهَا وَأَنَا حُرَّةٌ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا ، وَكَذَا فِي كُلِّ شَيْءٍ أَخَذَهُ مِنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ مَعَ أَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلضَّمَانِ بِإِسْنَادِهِ الْفِعْلَ إِلَى حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ لَهُ فَاجَابَ بِالْفَرْقِ بَيْنَهُمَا مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْمَوْلَى أَقَرَّ بِأَخْذِ مَالِهَا ، ثُمَّ ادَّعَى التَّمْلِكَ لِنَفْسِهِ فَيُصَدِّقُ فِي إِقْرَارِهِ ، وَلَا يُصَدِّقُ فِي دَعْوَاهُ التَّمْلِكَ لَهُ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ الرَّجُلُ أَكَلْتُ طَعَامَكَ بِإِذْنِكَ فَأَنْكَرَ الْإِذْنَ يَضْمَنْ الْمُقَرُّ وَهَذَا الْفَرْقُ غَيْرُ مُخْلَصٍ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

قوله ولو أقر التآخذ والقاطع في هذا الفصل

أَرَادَ بِهَذَا الْفَصْلِ مَا إِذَا زَعَمَ الْمَأْخُذُ مِنْهُ أَوْ الْمَقْطُوعَةُ يَدُهُ أَنَّ الْأَخْذَ أَوْ الْقَطْعَ وَقَعَ قَبْلَ تَقْلِيدِ الْقَضَاءِ أَوْ بَعْدَ الْعَزْلِ .

غَايَةُ قَوْلِهِ وَمِنْ نَظَائِرِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ مَا لَوْ قَالَ الْوَصِيُّ الْخُ (قَالَ قَاضِي خَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي كِتَابِ الْوَصَايَا فِي فَصْلِ فِي تَصَرُّفَاتِ الْوَصِيِّ فِي مَالِ الْيَتِيمِ وَإِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ وَطَلَبَ مَالَهُ مِنَ الْوَصِيِّ فَقَالَ الْوَصِيُّ ضَاعَ مِنِّي كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ وَإِنْ قَالَ أَنْفَقْتُ مَالَكَ عَلَيْكَ يُصَدِّقُ فِي نَفَقَةٍ مِثْلِهِ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يُكَذِّبُهُ الظَّاهِرُ ، وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الْمُدَّةِ فَقَالَ الْوَصِيُّ مَاتَ أَبُوهُ مِنْذُ عَشْرِ سِنِينَ وَقَالَ الْيَتِيمُ مَاتَ أَبِي مِنْذُ خَمْسِ سِنِينَ ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْبَابِنِ وَاخْتَلَفَ الْمَشَايخُ قَالَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْوَصِيِّ وَهَذِهِ أَرْبَعُ مَسَائِلَ إِحْدَاهَا هَذِهِ وَالثَّانِيَةُ إِذَا ادَّعَى الْوَصِيُّ أَنَّ الْمَيِّتَ تَرَكَ رَقِيقًا فَأَنْفَقَتْ عَلَيْهِمْ إِلَى وَقْتٍ كَذَا ، ثُمَّ مَاتَ وَكَذَّبَهُ الْبَابِنُ قَالَ مُحَمَّدٌ وَالْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ إِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْبَابِنِ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْوَصِيِّ وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ قَوْلَ الْعَبِيدِ لَوْ كَانُوا أَحْيَاءَ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْوَصِيِّ وَالْمَسْأَلَةُ الثَّلَاثَةُ إِذَا ادَّعَى الْوَصِيُّ أَنَّ غُلَامًا لِلْمُوصِي أَبَقَ فَجَاءَ بِهِ رَجُلٌ فَأَعْطَيْتُ جُعْلَهُ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا وَالْبَابِنُ يُنْكِرُ الْإِبَاقَ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْوَصِيِّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَالْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَابِنِ إِلَّا أَنَّ يَأْتِي الْوَصِيَّ بَيِّنَةٌ عَلَى مَا ادَّعَى وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّ لَوْ قَالَ اسْتَأْجَرْتُ رَجُلًا لِيُرِدَّهُ فَإِنَّهُ

يَكُونُ مُصَدِّقًا وَالْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ إِذَا قَالَ الْوَصِيُّ أَدَيْتُ خَرَجَ أَرْضِكَ عَشْرَ سِنِينَ مِنْذُ مَاتَ أَبُوكَ وَقَالَ الْيَتِيمُ إِنَّمَا مَاتَ أَبِي مِنْذُ خَمْسِ سِنِينَ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَابِنِ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّ يَدَّعِي تَارِيخًا سَابِقًا ، وَهُوَ يُنْكِرُ وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْوَصِيِّ ؛ لِأَنَّ الْيَتِيمَ يَدَّعِي عَلَيْهِ وَجُوبَ تَسْلِيمِ الْمَالِ ، وَهُوَ مُنْكَرٌ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ وَإِنْ قَالَ الْوَصِيُّ فَرَضَ الْقَاضِي لِلْأَخِيكَ الزَّمَنَ نَفَقَةً فِي مَالِكَ ، كُلِّ شَهْرٍ كَذَا فَادَّيْتِ إِلَيْهِ لِكُلِّ شَهْرٍ مِنْذُ عَشْرِ سِنِينَ ، وَكَذَّبَهُ الْبَابِنُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْوَصِيِّ عِنْدَ الْكُلِّ وَيَكُونُ ضَامِنًا .

كتاب الشهادة

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (هِيَ إِخْبَارٌ عَنْ مُشَاهَدَةٍ وَعَيَانٍ لَا عَنْ تَخْمِينٍ وَحِسْبَانٍ) هَذَا فِي اللَّغَةِ فَلِهَذَا قَالُوا : إِنَّهَا مُشْتَقَّةٌ مِنَ الْمُشَاهَدَةِ الَّتِي تُبْنَى عَلَى الْمُعَايَنَةِ وَسُمِّيَ الْأَدَاءُ شَهَادَةً إِطْلَاقًا لِاسْمِ السَّبَبِ عَلَى الْمُسَبَّبِ ، وَقِيلَ : هِيَ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الشُّهُودِ بِمَعْنَى الْحُضُورِ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ يَحْضُرُ مَجْلِسَ الْقَاضِي وَمَجْلِسَ الْوَقْعَةِ وَهِيَ فِي اصْطِلَاحِ أَهْلِ الشَّرِيعَةِ عِبَارَةٌ عَنْ إِخْبَارٍ بِصَدَقٍ مَشْرُوطٍ فِيهِ مَجْلِسُ الْقَضَاءِ وَلَفْظَةُ الشَّهَادَةِ فَشَرَطُهَا الْعَقْدُ الْكَامِلُ وَالضَّبْطُ وَالْوَلَايَةُ وَالْقُدْرَةُ عَلَى التَّمْيِيزِ بَيْنَ الْمُدْعَى وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ وَرُكْنُهَا لَفْظُ أَشْهَدُ بِمَعْنَى الْخَبَرِ دُونَ الْقَسَمِ وَحُكْمُهَا وَجُوبُ الْحُكْمِ عَلَى الْقَاضِي بِمَا تَقْتَضِيهِ الشَّهَادَةُ وَالْقِيَاسُ يَأْبَى أَنْ تَكُونَ الشَّهَادَةُ حُجَّةً مُلْزِمَةً ؛ لِأَنَّهُ خَبَرٌ مُحْتَمِلٌ لِلصَّدَقِ وَالْكَذِبِ وَلَكِنْ تُرِكَ ذَلِكَ بِالنُّصُوصِ وَالْإِجْمَاعِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَلَزَمَ بِطَلَبِ الْمُدْعَى) أَيُّ يَلْزَمُ أَدَاءُ الشَّهَادَةِ وَلَا يَسَعُ كِتْمَانُهَا إِذَا طَلَبَ الْمُدْعَى لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا يَأْبِ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا } وَقَوْلُهُ تَعَالَى { وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمُ قَلْبُهُ } وَهَذَا وَإِنْ كَانَ نَهْيًا عَنْ الْإِبَاءِ وَعَنْ الْكِتْمَانِ لَكِنْ النَّهْيُ عَنِ الشَّيْءِ يَكُونُ أَمْرًا بِضِدِّهِ إِذَا كَانَ لَهُ ضِدٌّ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّ الْإِنْتِهَاءَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالِاسْتِعَالِ بِهِ فَكَانَ أَدَاءُ الشَّهَادَةِ فَرْضًا قَطْعًا كَفَرِيضَةِ الْإِنْتِهَاءِ عَنِ الْكِتْمَانِ فَصَارَ كَالْأَمْرِ بِهِ بَلْ أَكْثَرُ وَلِهَذَا أُسْنِدَ الْإِثْمُ إِلَى الْآلَةِ الَّتِي وَقَعَ بِهَا الْفِعْلُ وَهِيَ الْقَلْبُ ؛ لِأَنَّ إِسْنَادَ الْفِعْلِ إِلَى مَحَلِّهِ أَقْوَى مِنْ إِسْنَادِهِ إِلَى كُلِّهِ ، وَقَوْلُهُمْ : أَبْصَرْتُهُ بِعَيْنِي أَكْثَرُ مِنْ قَوْلِهِمْ أَبْصَرْتُهُ ، وَإِسْنَادُهُ إِلَى أَشْرَفِ الْحَوَارِجِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ

أَعْظَمُ الْجَرَائِمِ بَعْدَ الْكُفْرِ بِاللَّهِ تَعَالَى ثُمَّ إِنَّمَا يَأْتِمُ إِذَا عَلِمَ أَنَّ الْقَاضِيَّ يَقْبَلُ شَهَادَتَهُ وَتَعَيَّنَ عَلَيْهِ الْأَدَاءُ وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ الْقَاضِيَّ لَا يَقْبَلُ شَهَادَتَهُ أَوْ كَانُوا جَمَاعَةً فَأَدَى غَيْرَهُ مِمَّنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فَقَبِلَتْ فَقَالُوا لَا يَأْتِمُ وَإِنْ أَدَى غَيْرَهُ وَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ يَأْتِمُ مَنْ لَمْ يُؤَدِّ إِذَا كَانَ مِمَّنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَهُ يُؤَدِّي إِلَى تَضْيِيعِ الْحُقُوقِ هَذَا إِذَا كَانَ مَوْضِعُ الشَّاهِدِ قَرِيبًا مِنْ مَوْضِعِ الْقَاضِي ، وَإِنْ كَانَ بَعِيدًا بِحَيْثُ لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَعُدَّوْا إِلَى الْقَاضِي لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ وَيَرْجِعُوا إِلَى أَهْلِهِ فِي يَوْمِهِ ذَلِكَ قَالُوا : لَا يَأْتِمُ ؛ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُ الضَّرَرُ بِذَلِكَ وَقَالَ تَعَالَى { وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ } ثُمَّ إِنْ كَانَ الشَّاهِدُ شَيْخًا كَبِيرًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْمَسْنِي إِلَى مَجْلِسِ الْقَاضِي وَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الْمَرْكُوبِ فَأَرْكَبَهُ الْمُدْعَى مِنْ عِنْدِهِ قَالُوا : لَا بَأْسَ بِهِ وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْإِكْرَامِ لِلشُّهُودِ وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { أَكْرِمُوا الشُّهُودَ } ، وَإِنْ كَانَ يَقْدِرُ وَأَرْكَبَهُ الْمُدْعَى مِنْ عِنْدِهِ قَالُوا لَا تُقْبَلُ

الشرح

قَالَ الْكَمَالُ الشَّهَادَةُ لُغَةً إِخْبَارٌ قَاطِعٌ وَفِي عُرْفِ أَهْلِ الشَّرْعِ إِخْبَارٌ صَدَقَ بِبَيِّنَاتٍ حَقٌّ بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَتَخْرُجُ شَهَادَةُ الزُّورِ فَلَيْسَتْ شَهَادَةً وَقَوْلُ الْقَائِلِ فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي أَشْهَدُ بِرُؤْيَةٍ كَذَا لِبَعْضِ الْعُرْفِيَّاتِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَنْقَرِيُّ ذَكَرَ الشَّهَادَاتِ بَعْدَ كِتَابِ الْقَضَاءِ ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ يَحْتَاجُ فِي حُكْمِهِ إِلَى الشَّاهِدِ فَكَانَ ذَلِكَ مِنْ تِمَمَةِ حُكْمِهِ وَقَالَ الْكَمَالُ : يَبْدَأُ أَنْ تَقْدِمَهَا عَلَى الْقَضَاءِ أَوَّلَى ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ مَوْقُوفٌ عَلَيْهَا إِذَا كَانَ ثُبُوتُ الْحَقِّ بِهَا إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا كَانَ الْقَضَاءُ هُوَ الْمَقْصُودُ مِنَ الشَّهَادَةِ قَدِمَهُ تَقْدِيمَةً لِلْمَقْصُودِ عَلَى الْوَسِيلَةِ وَكَتَبَ أَيْضًا مَا نَصَّهُ قَالَ الْعَيْنِيُّ وَمَعْنَاهَا الْحُضُورُ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ { الْغَنِيمَةُ لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ } أَيُّ حَضَرَهَا وَالشَّاهِدُ أَيْضًا يَحْضُرُ الْقَاضِيَّ وَمَجْلِسَ الْوَقْعَةِ وَفِي الشَّرْعِ مَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ بِقَوْلِهِ وَهِيَ أَيُّ الشَّهَادَةِ إِخْبَارٌ بِحَقٍّ لِشَخْصٍ عَلَى غَيْرِهِ عَنْ مُشَاهَدَةِ الْقَضِيَّةِ الَّتِي يَشْهَدُ بِهَا بِالْحَقِيقِ وَعَنْ عَيَانَ أَيُّ عَنْ مُعَايَنَةِ لِنَلِكِ الْقَضِيَّةِ وَالْإِشَارَةُ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : { إِذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ }

ثُمَّ أَكَّدَ مَعْنَى الشَّهَادَةِ بِقَوْلِهِ لَا عَنْ تَخْمِينٍ وَهُوَ الْقَوْلُ بِالْحَدْسِ قَالَهُ الْجَوْهَرِيُّ وَهُوَ مَصْدَرُ خَمَنَ بِالتَّشْدِيدِ وَمَادَّتُهُ خَاءٌ مُعْجَمَةٌ وَمِيمٌ وَنُونٌ وَالتَّخْمِينُ وَالْحَدْسُ فِي الْإِخْبَارِ لَا يُفِيدُ التَّحْقِيقَ وَالتَّيَقُّنَ فَلَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ بِهِ وَأَكَّدَ مَعْنَى الْعِيَانِ بِقَوْلِهِ وَلَا عَنْ حُسْبَانٍ بِكَسْرِ الْحَاءِ مِنْ حُسْبَنَةٍ كَذَا أَحْسَبُهُ بِالْفَتْحِ مُحْسَبَةً وَمُحْسَبَةً وَحُسْبَانًا أَيْ ظَنَنَتْهُ وَيُقَالُ أَحْسَبُهُ بِالْكَسْرِ شَاذٌ وَأَمَّا حُسْبَانٌ بِالضَّمِّ فَهُوَ مَصْدَرٌ مِنْ حَسَبَ

يَحْسُبُ مِنْ بَابِ نَصَرَ يَنْصُرُ إِذَا عَدَّ وَجَعَلَ الشَّارِحُ هَذَا مَعْنَى لُغَوِيًّا لِلشَّهَادَةِ ثُمَّ قَالَ وَهِيَ فِي اصْطِلَاحِ أَهْلِ الشَّرِيعَةِ عِبَارَةٌ عَنْ إِخْبَارٍ بِصِدْقٍ مَشْرُوطٍ فِيهِ مَجْلِسُ الْقَضَاءِ وَلَفْظَةُ الشَّهَادَةِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهَا اللَّغَوِيُّ الْحُضُورُ كَمَا ذَكَرْنَاهُ وَهَذَا مَعْنَاهُ الْاصْطِلَاحِيُّ وَقَوْلُهُ إِخْبَارٌ عَنْ مُشَاهَدَةٍ وَعِيَانٍ هُوَ إِخْبَارٌ بِصِدْقٍ وَأَمَّا كَوْنُهُ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَلَيْسَ مِنْ تَمَامِ الْحَدِّ وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ شُرُوطِ الشَّهَادَةِ وَشَرْطُ الشَّيْءِ خَارِجٌ عَنْ ذَاتِهِ كَمَا عُرِفَ .

قَوْلُهُ وَرَكْنُهَا لَفْظُ أَشْهَدُ

وَفِي قَوْلِ الْقَائِلِ فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي أَشْهَدُ بِرُؤْيَةِ كَذَا لِبَعْضِ الْعُرْفِيَّاتِ .

فَتَحَّ

قَوْلُهُ وَلَكِنْ تَرَكَ ذَلِكَ بِالنُّصُوصِ

كَقَوْلِهِ تَعَالَى { وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ } وَنَظِيرُهُ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ كَثِيرَةٌ

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَيُلْزَمُ بِطَلَبِ الْمُدَّعِي

قَالَ الْكَمَالُ وَسَبَبُ وَجُوبِهَا طَلَبُ ذِي الْحَقِّ أَوْ خَوْفُ فَوْتِ حَقِّهِ فَإِنَّ مَنْ عِنْدَهُ شَهَادَةٌ لَا يَعْلَمُ بِهَا صَاحِبُ الْحَقِّ وَخَافَ فَوْتَ الْحَقِّ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَشْهَدَ بِلَا طَلَبٍ ، وَشَرْطُهَا الْبُلُوغُ وَالْعَقْلُ وَالْوَلَايَةُ فَخَرَجَ الصَّبِيُّ وَالْعَبْدُ وَالسَّمْعُ وَالْبَصَرُ لِلْحَاجَةِ إِلَى التَّمْيِيزِ بَيْنَ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَلَمْ يَذْكُرْ الْإِسْلَامَ ؛ لِأَنَّ الدِّينَ أَصْلُ الشَّهَادَةِ فِي الْجُمْلَةِ وَرُكْنُهَا اللَّفْظُ الْخَاصُّ الَّذِي هُوَ مُتَعَلِّقُ الْإِخْبَارِ وَكُتِبَ أَيْضًا مَا نَصَّهُ وَقَالَ الْكَمَالُ : وَسَبَبُهُ الطَّلَبُ ثَبُتُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا } وَسَبَبُهُ خَوْفُ الْفَوْتِ بِالْمَعْنَى وَهُوَ أَنَّ سَبَبِيَّةَ الطَّلَبِ إِنَّمَا ثَبَتَتْ كَيْ لَا يَفُوتَ الْحَقُّ

قَوْلُهُ : وَإِنْ أَدَّى غَيْرُهُ وَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ يَأْتِمُ

قَالَ الْكَمَالُ وَعَنْ الْفَقِيهِ أَبِي بَكْرٍ فِيمَنْ لَا يَعْرِفُهُ الْقَاضِي

إِنْ عَلِمَ أَنَّ الْقَاضِيَّ لَا يَقْبَلُهُ تَرْجُو أَنْ يَسْعَهُ أَنْ لَا يَشْهَدَ وَفِي الْعُيُونِ إِنْ كَانَ فِي الصِّكِّ جَمَاعَةٌ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ دُونَهُ وَسِعَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَوْ كَانَ لَكِنْ قُبُولُهَا مَعَ شَهَادَتِهِ أَسْرَعُ وَحَبَّ وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ إِذَا دُعِيَ فَأَعْرَضَ بِلَا عَذْرِ ظَاهِرٍ ثُمَّ أَدَّى لَا تُقْبَلُ لِتَمَكُّنِ التُّهْمَةِ فِيهِ إِذْ

يُمْكِنُ أَنْ تَأْخِرَهُ بِعُذْرٍ وَيُمْكِنُ أَنْهُ لَاسْتِحْلَابِ الْأَجْرَةِ .

وَالْوَجْهَ أَنْ يُقْبَلَ وَيُحْمَلَ عَلَى الْعُذْرِ مِنْ نِسْيَانٍ ثُمَّ تَذَكُّرٍ أَوْ غَيْرِهِ وَكَتَبَ أَيْضًا فِي الْمُجْتَبَى عَنْ الْفَضْلِ تَحْمِلُ الشَّهَادَةَ فَرَضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ كَادَّائِهَا وَإِلَّا لَضَاعَتِ الْحُقُوقُ وَعَلَى هَذَا الْكَاتِبِ إِلَّا أَنَّهُ يَجُوزُ اخْتِذُ الْأَجْرَةِ عَلَى الْكِتَابَةِ دُونَ الشَّهَادَةِ فِيمَنْ تَعَيَّنَتْ عَلَيْهِ بِإِجْمَاعِ الْفُقَهَاءِ وَكَذَا مَنْ لَمْ يَتَّعِنْ عِنْدَنَا وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي قَوْلٍ وَفِي قَوْلٍ يَجُوزُ لِعَدَمِ تَعَيُّنِهِ عَلَيْهِ وَيُسْتَحَبُّ الْإِشْهَادُ فِي الْعُقُودِ إِلَّا فِي النِّكَاحِ فَإِنَّهُ يَجِبُ وَفِي الرَّجْعَةِ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ وَأَحْمَدَ .

كَأَكْبَرِي .

قَوْلُهُ قَالُوا لَا يَأْتُمُ ؛ لِأَنَّهُ يُلْحَقُهُ الضَّرَرُ بِذَلِكَ

قَالَ الْكَمَالُ قَالُوا : يَلْزَمُ إِذَا كَانَ مَجْلِسُ الْقَاضِي قَرِيبًا ، فَإِنْ كَانَ بَعِيدًا فَعَنْ نَصْرِ إِنْ كَانَ بِحَالٍ يُمْكِنُهُ الرُّجُوعُ إِلَى أَهْلِهِ فِي يَوْمِهِ يَجِبُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فَلَوْ كَانَ شَيْخًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْمَشْيِ فَأَرْكَبُهُ الطَّالِبُ لَا بَأْسَ بِهِ وَعَنْ أَبِي سُلَيْمَانَ فِيمَنْ أَخْرَجَ الشُّهُودَ إِلَى ضَيْعَةٍ فَاسْتَأْجَرَ لَهُمْ حَمِيرًا فَرَكِبُوهَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ وَفِيهِ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّهَا الْعَادَةُ وَهِيَ إِكْرَامُ لِلشُّهُودِ وَهُوَ مَأْمُورٌ بِهِ وَفَصَّلٌ فِي التَّوَازُلِ بَيْنَ كَوْنِ الشَّاهِدِ شَيْخًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْمَشْيِ وَلَا يَجِدُ مَا يَسْتَأْجِرُ بِهِ دَابَّةً فَيُقْبَلُ وَمَا لَيْسَ كَذَلِكَ فَلَا يُقْبَلُ وَلَوْ وَضَعَ لِلشُّهُودِ طَعَامًا

فَأَكَلُوا إِنْ كَانَ مُهَيَّأً مِنْ قَبْلِ ذَلِكَ يُقْبَلُ ، وَإِنْ صَنَعَهُ لِأَجْلِهِمْ لَا يُقْبَلُ وَعَنْ مُحَمَّدٍ لَا يُقْبَلُ فِيهِمَا وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ يُقْبَلُ فِيهِمَا وَهُوَ الْأَوَجُّهُ لِلْعَادَةِ الْجَارِيَةِ بِطَعَامٍ مِنْ حَلٍّ مَحَلِّ الْإِنْسَانِ مِمَّنْ يَعْرِضُ عَلَيْهِ شَاهِدًا أَوْ لَا وَيُؤْنِسُهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ الْإِهْدَاءَ إِذَا كَانَ بِلَا شَرْطٍ لِيَقْضِيَ حَاجَتَهُ عِنْدَ الْأَمِيرِ يَجُوزُ كَذَا قِيلَ وَفِيهِ نَظَرٌ ، فَإِنَّ الْأَدَاءَ فَرَضٌ بِخِلَافِ الذَّهَابِ إِلَى الْأَمِيرِ اهـ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَسَتْرُهَا فِي الْحُدُودِ أَحَبُّ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لِلَّذِي شَهِدَ عِنْدَهُ لَوْ سَرَّتَهُ بِثَوْبِكَ لَكَانَ خَيْرًا لَكَ } وَهَذَا الْحَدِيثُ وَلَفْظُ الْمُخْتَصَرِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ السَّتْرِ وَالْإِظْهَارِ وَلَكِنَّ السَّتْرَ أَفْضَلُ لِمَا رَوَيْنَا وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : { مَنْ سَتَرَ عَلَى مُسْلِمٍ سَتَرَ اللَّهُ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ } وَفِيمَا نُقِلَ مِنْ تَلْقَيْنِ الْمُفَرِّقِ لِلدَّرِّ عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَصْحَابِهِ دَلَالَةً ظَاهِرَةً عَلَى أَنَّ السَّتْرَ أَفْضَلُ ، وَإِنْ شَاءَ أَظْهَرَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ حِسْبَةٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِزَالَةُ الْفَسَادِ أَوْ تَقْلِيلُهُ فَكَانَ حَسَنًا وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا قَوْلُهُ تَعَالَى { إِنْ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا } الْآيَةُ ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ الْآيَةِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ يَقْتَضِي أَنَّهُمْ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ فِيهِمْ الْفَاحِشَةُ لِأَجْلِ أَنَّهُمْ آمَنُوا وَذَلِكَ صِفَةُ الْكَافِرِ فَلِذَلِكَ وَعَدُوا بِعَذَابٍ أَلِيمٍ وَلِأَنَّ مَقْصُودَ الشَّاهِدِ ارْتِفَاعُ الْفَاحِشَةِ مِنَ الْعِبَادِ لَا إِشَاعَتُهَا وَلِهَذَا أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِالْإِشْهَادِ بِهِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ } فَلِهَذَا حَسَنٌ وَالْأَوَّلُ وَهُوَ السَّتْرُ أَحْسَنُ لِمَا بَيَّنَّا وَلَا يَلْزَمُ عَلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى { وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آتَمٌ قَلْبُهُ } ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ حُقُوقُ الْعِبَادِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا } أَيَّ إِذَا دَعَاهُمْ الْمُدَّعِي إِذْ الْحُدُودُ لَيْسَ لَهَا مُدَّعٍ يَدَّعِيهَا وَلِأَنَّ الْحُدُودَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَاللَّهُ غَنِيٌّ عَنْ كُلِّ شَيْءٍ مَعَ كَرَمِهِ وَلُطْفِهِ بِعِبَادِهِ ، وَالْعَبْدُ مُحْتَاجٌ شَحِيحٌ فَلَا يُقَاسُ أَحَدُ الْحَقِّينَ عَلَى الْآخَرِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَقُولُ فِي السَّرِقَةِ أَخَذَ لَا سَرَقَ) ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ بِالْمَالِ وَاجِبٌ إِذَا طَلَبَهُ

الْمُدَّعِي ، وَالسَّتْرُ فِي الْحَدِّ أَفْضَلُ عَلَى مَا بَيَّنَّا ، وَأَمَّا كُنْهُ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا بِإِقَامَةِ الْحَقِّينَ بِقَوْلِهِ أَخَذَ ؛ لِأَنَّهُ يُحِبِّي بِهِ حَقَّ الْمُدَّعِي وَلَا يَجِبُ بِهِ الْحَدُّ وَلِأَنَّ الْقَطْعَ مَتَى وَجَبَ عَلَيْهِ سَقَطَ الضَّمَانُ إِذْ لَا يَجْتَمِعَانِ فَلَا يَحْصُلُ مَقْصُودُ الْمُدَّعِي بِقَوْلِهِ سَرَقَ فَيَتَوَقَّاهُ مُرَاعَاةً لِحَقِّهِ إِذْ هُوَ مُحْتَاجٌ

إِلَيْهِ وَفِيهِ صَيَانَةُ يَدِ السَّارِقِ وَاللَّهُ غَنِيٌّ عَنْ كُلِّ شَيْءٍ فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى إِقَامَتِهِ

الشرح

قَوْلُهُ وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ (أَيِّ مِنْ رِوَايَةِ أَبِي هُرَيْرَةَ .

كَمَالٌ

قَوْلُهُ : مَنْ سَتَرَ عَلَى مُسْلِمٍ سَتَرَ

الَّذِي فِي الْفَتْحِ سَتَرَهُ اللَّهُ وَكَتَبَ أَيْضًا قَوْلُهُ وَلِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَنْ سَتَرَ الْخَ رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ .

فَتْحٌ

قَوْلُهُ ، وَإِنْ شَاءَ أَظْهَرَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ حِسْبَةً أَيْضًا

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَالشَّهَادَةِ فِي الْحُدُودِ يُخَيَّرُ فِيهَا الشَّاهِدُ فِي السَّتْرِ وَالْإِظْهَارِ ؛ لِأَنَّهُ بَيْنَ حِسْبَتَيْنِ إِقَامَةِ الْحَدِّ وَالتَّوَقُّي عَنْ الْهَتِكِ وَالسَّتْرِ أَفْضَلُ قَالَ الْكَافِيُّ وَالْحِسْبَةُ مَا يُنْتَظَرُ بِهِ الْأَجْرُ فِي الْآخِرَةِ وَفِي الصَّحَاحِ احْتَسَبَ بِكَذَا أَجْرًا عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى وَالِاسْمُ الْحِسْبَةُ بِالْكَسْرِ وَهِيَ الْأَجْرُ وَالْجَمْعُ الْحِسْبُ .

قَوْلُهُ : وَالْأَوَّلُ وَهُوَ السَّتْرُ أَحْسَنُ لِمَا بَيَّنَّا

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ ، فَإِنْ قُلْتَ كَيْفَ كَانَ السَّتْرُ أَفْضَلَ مَعَ تَنْصِصِ قَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ } قُلْتَ الْآيَةُ نَزَلَتْ فِي الْمَدَائِنَةِ فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ لَا فِي الْحُدُودِ بِدَلَالَةِ الْأَحَادِيثِ الَّتِي رَوَيْتَاهَا أَنْفًا .

قَوْلُهُ وَأَمَكْنَهُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا بِإِقَامَةِ الْحَقِّينِ بِقَوْلِهِ أَخَذَ

أَيِّ فَإِنْ أَخَذَ أَعْمٌ مِنْ كَوْنِهِ غَضَبًا أَوْ عَلَى ادِّعَاءِ أَنَّهُ مَلَكَهُ مُودَعًا عِنْدَ الْمَأْخُودِ مِنْهُ وَغَيْرِ ذَلِكَ فَلَا يَسْتَلْزِمُ الشَّهَادَةَ بِالْأَخْذِ مُطْلَقًا ثُبُوتُ الْحَدِّ بِهَا .

كَمَالٌ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَشَرِطَ لِلزَّنا أَرْبَعَةَ رِجَالٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَاللَّائِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فاسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ } وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَا يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ } وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى { لَوْ لَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ } وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { ائْتِ بِأَرْبَعَةٍ يَشْهَدُونَ عَلَى صَدَقِ مَقَالَتِكَ } وَهَذِهِ الْأَلْفَاظُ مَوْضُوعَةٌ لِلْمَذْكَرِ دُونَ الْمُؤَنَّثِ وَقَدْ اِنْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ عَلَى اشْتِرَاطِ الذَّكُورِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى يُحِبُّ السِّرَّ عَلَى عِبَادِهِ وَأَوْعَدَ بِالْعَذَابِ مَنْ أَحَبَّ إِشَاعَةَ الْفَاحِشَةِ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ بِمَا تَلَوْنَا وَفِي اشْتِرَاطِ الْأَرْبَعِ مَعَ وَصْفِ الذَّكُورَةِ تَحْقِيقُ مَعْنَى السِّرِّ إِذْ وَقُوفُ الْأَرْبَعِ عَلَى هَذِهِ الْفَاحِشَةِ قَلَمًا يَتَحَقَّقُ وَأَوْجَبَ عَلَى مَنْ نُسِبَ إِلَى هَذِهِ الْفَاحِشَةِ الْحَدَّ إِنْ كَانَ أَجَنَبِيًّا ، وَاللَّعَانَ إِنْ كَانَ زَوْجًا كُلُّ ذَلِكَ يُؤَكِّدُ مَعْنَى السِّرِّ وَيَمْنَعُ مِنَ الْإِظْهَارِ وَلَا يُقَالُ لَيْسَ فِي هَذِهِ النُّصُوصِ إِلَّا بَيَانُ جَوَازِ الْعَمَلِ بِهَذَا الْعَدَدِ وَلَيْسَ فِيهِ بَيَانُ مَا يَمْنَعُ الْعَمَلَ بِأَقَلِّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ هُوَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ التَّخْصِصَ بِالذَّكَرِ لَا يَدُلُّ عَلَى انْتِفَاءِ الْحُكْمِ عِنْدَ انْتِفَاءِ الْمَذْكَورِ وَلَكِنْ لَا يُوجِبُهُ أَيْضًا فَمَنْ ادَّعَى جَوَازَ مَا دُونَهُ يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ كَمَا أَنَّ النَّافِيَّ لِلْحُكْمِ عِنْدَ انْتِفَائِهِ لَا يَنْفِيهِ إِلَّا لِعَدَمِ دَلِيلٍ يَقْتَضِيهِ إِذْ لَا يُثْبِتُ الْحُكْمُ الشَّرْعِيُّ بَعِيرَ دَلِيلٍ وَقَدْ وَجَدَ الدَّلِيلُ عَلَى انْتِفَائِهِ عِنْدَ انْتِفَاءِ الْعَدَدِ الْمَذْكَورِ هُنَا وَهُوَ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ وَمَنْ بَعْدَهُمْ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا أَنَّ الشُّهُودَ عَلَى الزَّنا إِذَا نَقَصَ عَدَدُهُمْ عَنْ الْأَرْبَعَةِ يَجِبُ عَلَيْهِمُ الْحَدُّ لِكُونِهِمْ قَذَفَةً .

أَلَا تَرَى أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ حَدَّ

الثَّلَاثَةَ الَّذِينَ شَهِدُوا عَلَى مُغِيرَةَ بِالزَّنا وَلَوْ كَانَ الزَّنا يُثْبِتُ بِمَا دُونَهُ لَمَا وَجَبَ عَلَيْهِمُ الْحَدُّ بَلْ كَانَ يَجِبُ عَلَى الْمُنْسُوبِ إِلَى الزَّنا وَلَا يُمَكِّنُ الْقِيَاسُ عَلَى غَيْرِهِ مِنَ الْحُقُوقِ لِعَدَمِ التَّسَاوِيِ وَلَوْ جُودِ النَّصِّ فِي الْفَرْعِ وَشَرِطُ الْقِيَاسِ الْمُسَاوَاةَ بَيْنَ الْأَصْلِ ، وَالْفَرْعِ وَأَنْ لَا يَكُونَ فِي الْفَرْعِ نَصٌّ يُمَكِّنُ الْعَمَلَ بِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَبَقِيَّةُ الْحُدُودِ ، وَالْقِصَاصِ رَجُلَانِ) لِحَدِيثِ الزُّهْرِيِّ مَضَتْ السُّنَّةُ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَالْخَلِيفَتَيْنِ مِنْ بَعْدِهِ أَنَّ لَا شَهَادَةَ لِلنِّسَاءِ فِي الْحُدُودِ ، وَالْقِصَاصِ وَقَالَ تَعَالَى { وَاسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ } وَلَئِنْ شَهَادَةَ النِّسَاءِ فِيهَا شُبْهَةٌ الْبَدَلِيَّةُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ ثَنَيْنِ مِنْهُنَّ قَائِمَةٌ مَقَامَ رَجُلٍ فَلَا يُقْبَلُ فِيمَا يُدْرَأُ بِالشُّبْهَاتِ كَمَا لَا يَجُوزُ فِيهَا كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي ، وَإِنَّمَا كَانَتْ فِيهَا شُبْهَةٌ الْبَدَلِيَّةِ لَا حَقِيقَتَهَا ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ الْحَقِيقِيَّ لَا يُصَارُ إِلَيْهِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْأَصْلِ غَالِبًا وَشَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ مَعَ رَجُلٍ تُقْبَلُ مَعَ جُودِ الشُّهُودِ مِنَ الرِّجَالِ وَمَعْنَى قَوْلِهِ تَعَالَى { فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ } قَالُوا : إِنْ لَمْ يَشْهَدْ حَالُ كَوْنِهِمَا رَجُلَيْنِ فَلَيْشْهَدْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ وَلَوْ لَا هَذَا التَّأْوِيلُ لَمَا اعتُبرَ شَهَادَتُهُنَّ مَعَ جُودِ الرِّجَالِ ، وَشَهَادَتُهُنَّ مُعْتَبَرَةٌ مَعَهُمْ عِنْدَ الْاِخْتِلَاطِ أَيْضًا حَتَّى إِذَا شَهِدَ رَجُلٌ وَنِسَاءٌ بِشَيْءٍ يُضَافُ الْحُكْمُ إِلَى الْكُلِّ حَيْثُ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْكُلِّ عِنْدَ الرُّجُوعِ

الشرح

قَوْلُهُ وَشَرِطَ الْقِيَاسِ الْمُسَاوَاةَ بَيْنَ الْأَصْلِ وَالْفَرْعِ

أَيُّ ؛ لِأَنَّ الزَّنا أَعْظَمُ الْجَرَائِمِ وَلِهَذَا شُرِعَ فِيهِ الرَّجْمُ فَلَا يُقَاسُ عَلَى غَيْرِهِ مِنْ خَطِّهِ .

قوله : في المتن وليقية الحدود والقصاص رجلان

وَلَا تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ .

قوله والخليفتين من بعده

وَتَخْصِيصُ الْخَلِيفَتَيْنِ يَعْنِي أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا اللَّذَانِ كَانَ مُعْظَمُ تَقْرِيرِ الشَّرْعِ وَطُرُقِ الْأَحْكَامِ فِي زَمَانِهِمَا وَبَعْدَهُمَا مَا كَانَ مِنْ غَيْرِهِمَا إِلَّا الْتَابِعُ .

فَتَحَّ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلِلْوِلَادَةِ ، وَالْبَكَارَةِ وَعُيُوبِ النِّسَاءِ فِيمَا لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ رَجُلٌ امْرَأَةً) يَعْنِي يُشْتَرَطُ لثُبُوتِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ شَهَادَةُ امْرَأَةٍ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : { شَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لَا يَسْتَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرُ إِلَيْهِ } ، وَالْجَمْعُ الْمُحَلَّى بِالْأَلْفِ ، وَاللَّامُ إِذَا لَمْ يَكُنْ ثُمَّ مَعَهُ يُرَادُ بِهِ الْجِنْسُ فَيَتَنَاوَلُ الْأَقْلَ وَقَالَ حُذَيْفَةُ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ { أَجَازَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شَهَادَةَ الْقَابِلَةِ عَلَى الْوِلَادَةِ } وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُشْتَرَطُ فِيهِ أَنْ يَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ مِنَ النِّسَاءِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ امْرَأَتَيْنِ يَقُومَانِ مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ فِي الشَّهَادَةِ وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى يُشْتَرَطُ أَنْ يَشْهَدَ فِيهِ ثَنَتَانِ مِنَ النِّسَاءِ ؛ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي بَابِ الشَّهَادَاتِ شَيْئَانِ الْعَدَدُ ، وَالدُّكُورَةُ وَتَعَدَّرَ اعْتِبَارُ أَحَدِهِمَا فَبَقِيَ الْآخَرُ وَهُوَ الْعَدَدُ عَلَى حَالِهِ ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِمَا مَا رَوَيْنَا وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا سَقَطَ اشْتِرَاطُ صِفَةِ الدُّكُورَةِ لِيَخِفَّ النَّظَرُ ؛ لِأَنَّ نَظَرَ الْجِنْسِ أَخَفُّ فَكَذَا يَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْعَدَدِ ؛ لِأَنَّ نَظَرَ الْوَاحِدِ أَخَفُّ .

وَالْأَحْوَطُ الْإِثْنَانِ أَوْ الْأَكْثَرُ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الْإِلْزَامِ وَيُشْتَرَطُ فِيهَا سَائِرُ شَرَائِطِ الشَّهَادَةِ مِنَ الْحُرِّيَةِ ، وَالْإِسْلَامِ ، وَالْعَقْلِ ، وَالْبُلُوغِ ، وَالْعَدَالَةِ وَحُكْمِ شَهَادَتِهِنَّ فِي الْوِلَادَةِ ، وَالْبَكَارَةِ ، وَالْعُيُوبِ قَدْ ذَكَرْنَا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهَا فِي مَوْضِعِهَا مِنَ الطَّلَاقِ ، وَالْبَيُوعِ ، وَأَمَّا شَهَادَتُهُنَّ فِي اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ لَا تُقْبَلُ فِي حَقِّ الْإِرْثِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ وَتُقْبَلُ فِي حَقِّ الصَّلَاةِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أُمُورِ الدِّينِ كَشَهَادَتِهَا فِي هِلَالِ رَمَضَانَ وَرَوَايَتِهَا الْإِخْبَارَ وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ ؛

لِأَنَّ اسْتِهْلَالَ عِلَامَةِ حَيَاتِهِ وَلَا يَعْرِفُهُ إِلَّا مَنْ حَضَرَهُ وَلَا يَحْضُرُهَا الرِّجَالُ عَادَةً فَصَارَ كَشَهَادَتِهِنَّ عَلَى نَفْسِ الْوِلَادَةِ وَيُقْبَلُ فِي الْوِلَادَةِ شَهَادَةُ رَجُلٍ وَاحِدٍ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قُبِلَ فِيهِ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ كَانَ الرَّجُلُ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلَى ثُمَّ اخْتَلَفُوا فِيمَا إِذَا قَالَ تَعَمَّدَتْ النَّظَرَ قَالَ بَعْضُهُمْ تُقْبَلُ كَمَا فِي الزَّنَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلِغَيْرِهَا رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ) أَيْ يُشْتَرَطُ لغيرِ الحدود ، وَالْقصاصِ وَمَا لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ سِوَاءِ كَانَ الْحَقُّ مَالًا أَوْ غَيْرَ مَالٍ كَالنِّكَاحِ ، وَالطَّلَاقِ ، وَالْعَتَاقِ ، وَالْوَكَاةِ ، وَالْوَصَايَةِ وَنَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا لَيْسَ بِمَالٍ .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ إِلَّا فِي الْأُمُوالِ وَتَوَابِعِهَا كَالْأَجَلِ وَشَرَطِ الْخِيَارِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ قُبُولِ شَهَادَتِهِنَّ لِنَفْسَانِ الْعَقْلِ وَاخْتِلَالِ الضَّبْطِ وَقُصُورِ الْوِلَايَةِ فَإِنَّهَا لَا تَصْلُحُ لِلْخِلَافَةِ وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ وَحَدَهُنَّ ، وَإِنْ كَثُرْنَ وَلَا مَعَ الرِّجَالِ فِي الْخُدُودِ ، وَالْقصاصِ ، وَإِنَّمَا قُبِلَتْ فِي الْأُمُوالِ وَتَوَابِعِهَا لِلضَّرُورَةِ لِكثَرَةِ وَقُوعِهَا وَقِلَّةِ خَطَرِهَا وَلَا كَذَلِكَ غَيْرُ الْمَالِ وَلَنَا مَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ وَعَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَجَازَا شَهَادَةَ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ فِي النِّكَاحِ ، وَالْفُرْقَةِ وَلِأَنَّهُمَا حُجَّةٌ أَصْلِيَّةٌ لَا ضَرُورِيَّةٌ ، وَالْأَصْلُ فِيهَا

الْقَبُولُ لَوْجُودِ مَا يُبْنَى عَلَيْهِ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ وَهِيَ الْوَلَايَةُ وَهِيَ تُبْنَى عَلَى الْحُرِّيَّةِ ، وَالْإِرْثِ وَلَوْجُودِ أَهْلِيَّةِ الْقَبُولِ وَهِيَ تُبْنَى عَلَى انْتِفَاءِ التُّهْمَةِ بِالْكَذِبِ ، وَالْعَلَطِ فَالْكَذِبُ يَنْتَفِي بِالْعَدَالَةِ ، وَالْعَلَطُ يَنْتَفِي بِإِثْقَانِ الْمُعَانِيَةِ ، وَالضَّبْطُ ، وَالْأَدَاءُ ؛ لِأَنَّ بِالْأَوَّلِ يَحْصُلُ

الْعِلْمُ لِلشَّاهِدِ وَبِالثَّانِي يَحْصُلُ بِهِ الْبَقَاءُ ، وَالدَّوَامُ ، وَبِالثَّالِثِ يَحْصُلُ الْعِلْمُ لِلْقَاضِي وَلِهَذَا تُقْبَلُ رَوَايَتُهَا فِي الْإِخْبَارِ وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ تُقْبَلَ شَهَادَتُهُنَّ مُطْلَقًا كَالرِّجَالِ وَلَكِنْ جَاءَ النَّصُّ بِخِلَافِهِ كَيْ لَا يَكْثُرَ خُرُوجُهُنَّ وَتُقْصَانُ الضَّبْطُ بِزِيَادَةِ النِّسْيَانِ انْجَبَرَ بَضْمٌ أُخْرَى إِلَيْهَا فَلَمْ يَبْقَ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَّا الشُّبْهَةُ وَهَذِهِ الْحَقُوقُ تُثَبِّتُ مَعَ الشُّبْهَةِ كَالْمَالِ بَلْ فَوْقَهُ أَلَّا تَرَى أَنَّ التَّكَاحَ يُثَبِّتُ مَعَ الْهَزْلِ وَكَذَا الطَّلَاقُ ، وَالْعَتَاقُ ، وَالْمَالُ لَا يُثَبِّتُ بِهِ شَيْءٌ وَأَيُّ شُبْهَةٍ أَقْوَى مِنَ الْهَزْلِ بِخِلَافِ الْحُدُودِ ، وَالْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّهَا لَا تُثَبِّتُ مَعَ الشُّبْهَةِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلِلْكَلِّ لَفْظَةٌ الشَّهَادَةِ ، وَالْعَدَالَةُ) أَيُّ يُشْتَرَطُ لِجَمِيعِ مَرَاتِبِ الشَّهَادَةِ وَهِيَ أَرْبَعُ مَرَاتِبٍ عَلَى مَا بَيَّنَّا لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ ، وَالْعَدَالَةُ لَكَيْ تُقْبَلَ حَتَّى لَوْ قَالَ الشَّاهِدُ أَعْلَمُ أَوْ أَتَقِينُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّ التَّصَوُّصَ نَاطِقَةً بِالِاسْتِشْهَادِ فَلَا يَقُومُ مَقَامُهَا غَيْرُهَا لِمَا فِيهَا مِنْ زِيَادَةِ تَوْكِيدٍ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أَلْفَاظِ الْيَمِينِ فَيَكُونُ مَعْنَى الْيَمِينِ مُلَاحَظًا فِيهَا وَامْتِنَاعُهُ عَنِ الْكَذِبِ بِهَذَا اللَّفْظِ أَشَدُّ إِذْ لَا يُوَحِّدُ هَذَا الْمَعْنَى فِي غَيْرِهَا مِنْ أَلْفَاظٍ بِخِلَافِ غَيْرِهَا مِنَ الْأَوَامِرِ حَيْثُ لَا يُرَاعَى فِيهِ اللَّفْظُ الَّذِي وَرَدَ بِهِ الْأَمْرُ بَلْ يَتَأَنَّى بِكُلِّ لَفْظٍ يُعْطِي ذَلِكَ الْمَعْنَى كَالْتَّكْبِيرِ ، وَالْأَيْمَانِ حَتَّى صَحَّ الدُّخُولُ فِي الصَّلَاةِ بِلَفْظِ التَّكْبِيرِ وَغَيْرِهِ مِمَّا هُوَ فِي مَعْنَاهُ وَكَذَلِكَ الْأَيْمَانُ يَجُوزُ بِأَيِّ لَفْظٍ كَانَ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ بِهِ وَلِأَنَّ فِي الشَّهَادَةِ إِلْزَامَ الْحَاكِمِ الْحُكْمَ وَتَبَتَ ذَلِكَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَيُرَاعَى جَمِيعُ مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ ، وَالْعَرِاقِيُونَ لَا يَشْتَرِطُونَ لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ فِي شَهَادَةِ النِّسَاءِ فِيمَا

لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرَّجَالُ وَيَجْعَلُونَهُ مِنْ بَابِ الْإِخْبَارِ لَا مِنْ بَابِ الشَّهَادَةِ ، وَالصَّحِيحُ هُوَ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الشَّهَادَةِ وَلِهَذَا يُشْتَرَطُ فِيهِ شَرَائِطُ الشَّهَادَةِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ وَمَجْلِسِ الْحُكْمِ وَغَيْرِهِمَا ، وَالْعَدَالَةُ هِيَ الْمُعِينَةُ لِلصِّدْقِ .
قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ } وَقَالَ تَعَالَى { مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ } ، وَالْعَدْلُ هُوَ الْمَرْضِيُّ وَلِأَنَّ مَنْ يُبَاشِرُ غَيْرَ الْكَذِبِ مِنَ الْمَعَاصِي قَدْ يُبَاشِرُ الْكَذِبَ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْخَبَرَ يَحْتَمِلُ الصِّدْقَ ، وَالْكَذِبَ وَالْعَدَالَةُ تَتَرَجَّحُ جِهَةُ الصِّدْقِ وَهِيَ الْإِنْرَجَارُ عَمَّا يُعْتَقَدُ حُرْمَتُهُ ، وَالْحُجَّةُ هُوَ الْخَبَرُ الصِّدْقُ وَلَا يَلْزَمُ حُجَّةٌ دُونَهَا وَهِيَ شَرْطُ لَزُومِ الْعَمَلِ بِالشَّهَادَةِ لَا شَرْطُ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ إِذْ الْفَاسِقُ أَهْلٌ لَوَلَايَةِ الْقَضَاءِ ، وَالسُّلْطَنَةِ فَيَكُونُ أَهْلًا لِلشَّهَادَةِ إِلَّا أَنْ فَسَقَهُ أَوْ جَبَّ التَّوَقُّفُ فِي خَبَرِهِ لِتُهْمَتِهِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا } أَمَرَ بِالتَّبَيُّنِ ، وَالتَّيَبُّنُ لَا بِالرَّدِّ حَتَّى إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ صَادِقٌ فِي الشَّهَادَةِ جَازَ أَنْ يَحْكُمَ بِهِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْفَاسِقَ إِذَا كَانَ وَحِيدًا فِي النَّاسِ ذَا مَرْوَعَةٍ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِعَدَمِ تَمَكُّنِ تَهْمَةِ الْكَذِبِ فِي شَهَادَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ جَاهَتِهِ لَا يَتَجَاسَرُ أَحَدٌ عَلَى اسْتِسْجَارِهِ لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ وَلِمَرْوَعَتِهِ يَمْتَنِعُ عَنِ الْكَذِبِ مِنْ غَيْرِ مَنْفَعَةٍ لَهُ فِي ذَلِكَ ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لِمَا ذَكَرْنَا وَلِأَنَّ فِي قَبُولِ شَهَادَتِهِ إِكْرَامًا لَهُ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { أَكْرَمُوا الشُّهُودَ فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يُحِبُّ الْحَقُّوقَ بِهِمْ } وَفِي حَقِّ الْفَاسِقِ أَمْرًا بِخِلَافِهِ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إِذَا لَقِيتَ الْفَاسِقَ فَالْقُهُ بِوَجْهِهِ مُكْفَهَرٌ } وَمَنْ يَكُونُ

مُعْلَنًا بِالْفِسْقِ فَلَا مَرْوَعَةَ لَهُ شَرْعًا فَلَا يَلْزَمُ قَبُولُ شَهَادَتِهِ حَتَّمًا عَلَى وَجْهِهِ لَا بَدَّ مِنْهُ

الشرح

قوله وقال ابن أبي ليلى يشترط أن يشهد فيه ثنتان من النساء

وهو قول مالك والثوري .

قوله : وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة

قال الكمال وأما حكم البكارة ، فإن شهدن أنها بكرٌ يؤجل العنين سنةً فإذا مضت فقال وصلت إليها وأنكرت ثرى النساء ، فإن قلن هي بكرٌ تخير ، فإن اختارت الفرقة فرق للحال ، وإنما فرق بقولهن ؛ لأنها تأيدت بمؤيد وهي موافقة الأصل إذ البكارة أصل ولو لم تتأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت في توجه الخصومة لا في إلزام الخصم وكذا في رد المبيع إذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشتري هي ثيبٌ يريها النساء ، فإن قلن هي بكرٌ لزم المشتري لتأييد شهادتهن بمؤيد هو الأصل ، وإن قلن : ثيبٌ لم يثبت حق الفسخ ؛ لأن حق الفسخ قويٌّ وشهادتهن ضعيفةٌ ولم تتأيد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة ويتوجه اليمين على البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكرٌ ، فإن لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعثها وهي بكرٌ ، فإن نكل ردت عليه ، وإن حلف لزم المشتري

قوله : وعندهما ثقب ؛ لأن الاستهلال إلخ

قال الكمال : وأما في حق الإرث فعندهما كذلك ، وعند أبي حنيفة لا يُقبل إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ؛ لأن الاستهلال صوته مسموعٌ والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطلع عليه الرجال وهما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندها لا تُحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة وبقولهما قال الشافعي ومالك وأحمد وهو أرجح .

قوله :

وتُقبل في الولادة شهادة رجل واحد أيضاً (

في المبسوط لو شهد بالولادة رجلٌ بأن قال : فاجأها فأنفق نظري إليها يُقبل إن كان عدلاً ولو قال تعمدت النظر لا يُقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعي وقال بعض مشايخنا إن قال تعمدت النظر أيضاً يُقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعي كي وفتح قوله : حتى لو قال الشاهد : أعلم أو أتيقن لا يُقبل إلخ) وثالث وهو التفسير حتى لو قال أشهد على شهادته أو مثل شهادته لا يُقبل وكذا مثل شهادة صاحبه عند الخصاف للاحتمال .

كمال

قوله : والعدالة هي المعينة للصدق

، فَإِنَّ الشَّهَادَةَ إِجْبَارٌ يَحْتَمِلُ الصِّدْقَ وَالْكَذِبَ عَلَى السَّوَاءِ بِالنَّظَرِ إِلَى نَفْسِ الْمَفْهُومِ فَبِذَلِكَ لَا يَلْزَمُ كَوْنُهُ صِدْقًا حَتَّى يَعْمَلَ بِهِ .

فَتَحُّ

قوله : إذ الفاسق أهل لولائية القضاء والسلطنة

قَالَ الْكَمَالُ إِلَّا أَنَّ الْقَاضِيَ إِذَا قَضَى بِشَهَادَةِ الْفَاسِقِ يَنْفُذُ عِنْدَنَا وَيَكُونُ الْقَاضِي عَاصِيًا .

قوله : وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس إلخ

كَمُبَاشِرِي السُّلْطَانِ وَالْمَكْسَةِ وَغَيْرِهِمْ .

فَتَحُّ

قوله مخفهر

أَيَّ شَدِيدِ الْعُبُوسَةِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَسْأَلُ عَنْ الشُّهُودِ سِرًّا) وَعَلَانِيَةً فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقْتَصِرُ عَلَى ظَاهِرِ عَدَالَةِ الْمُسْلِمِ وَلَا يَسْأَلُ عَنِ الشَّاهِدِ حَتَّى يَطْعَنَ الْخَصْمُ فِيهِ ، فَإِنْ طَعَنَ فِيهِ سَأَلَ عَنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا إِلَّا فِي الْحُدُودِ ، وَالْقِصَاصِ ، فَإِنَّهُ ، وَإِنْ لَمْ يَطْعَنَ فِيهِ الْخَصْمُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الْمَحْدُودُ فِي قَذْفٍ } وَمِثْلُ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَظَاهِرُ قَوْلِهِ تَعَالَى { وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ } يَشْهَدُ لَهُ وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ هُوَ الْإِنْجَارُ ؛ لِأَنَّ عَقْلَهُ وَدِينَهُ يَمْتَنِعَانِهِ عَنْ مُبَاشَرَةِ الْقَبِيحِ فَانْتَفَى بِالظَّاهِرِ لِعَدَمِ الْمُنَازَعِ ، وَإِنْ كَانَ الْمَوْضِعُ مَوْضِعَ اسْتِحْقَاقِ كَالشَّفِيعِ يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ بِظَاهِرِ يَدِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مُنَازَعٌ وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْوُصُولَ إِلَى الْقَطْعِ لِخَفَائِهَا وَلَوْ زَكَّى فَالْمُزَكَّى يُخْبِرُ عَنْ عَدَالَتِهِ مُتَمَسِّكًا بِظَاهِرِ حَالِهِ ؛ لِأَنَّ أَقْصَى مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى عَدَالَتِهِ انْزِجَارُهُ عَنْ مَحْظُورَاتِ دِينِهِ وَاجْتِهَادُهُ عَلَى الطَّاعَاتِ وَهِيَ دَلَالَةُ ظَاهِرَةٍ عَلَيْهَا وَلَيْسَتْ بِقَطْعِيَّةٍ فَلَا حَاجَةَ إِلَى اشْتِرَاطِ السُّؤَالِ إِلَّا إِذَا طَعَنَ الْخَصْمُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَطْعُنُهُ كَاذِبًا ظَاهِرًا فَتَقَابَلِ الظَّاهِرَانِ فَوَجَبَ التَّرْجِيحُ بِالِاسْتِقْصَاءِ بِخِلَافِ الْحُدُودِ ، وَالْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّهُمَا يُدْرَأَانِ بِالشُّبْهَةِ وَيُحْتَاطُ لِإِسْقَاطِهِمَا فَيُسْتَقْصَى فِيهِمَا ابْتِدَاءً مِنْ غَيْرِ طَعْنٍ خَصْمٍ رَجَاءً أَنْ يَسْقُطَا وَلَهُمَا أَنْ الْقَضَاءُ يَنْبَنِي عَلَى الْحُجَّةِ وَلَا تَقَعُ الْحُجَّةُ إِلَّا بِشَهَادَةِ الْعُدُولِ عَلَى مَا بَيَّنَّا ، وَالْعَدَالَةُ قَبْلَ السُّؤَالِ ثَابِتَةٌ بِالظَّاهِرِ وَهُوَ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلِاسْتِحْقَاقِ فَوَجَبَ التَّعَرُّفُ عَنْهَا صِيَانَةً

لِقَضَائِهِ عَنِ الْبُطْلَانِ وَإِسْنَادِ الْحُكْمِ إِلَى الْبُرْهَانِ وَقِيلَ هَذَا اخْتِلَافٌ عَصِرٍ وَزَمَانٍ ؛ لِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ كَانَ فِي الْقَرْنِ الثَّالِثِ وَهُمْ نَاسٌ شَهِدَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالْخَيْرِ ، وَالصَّلَاحِ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { خَيْرُ الْقُرُونِ قَرْنِي الَّذِي أَنَا فِيهِ ثُمَّ الَّذِينَ يُلُونَهُمْ ثُمَّ الَّذِينَ يُلُونَهُمْ ثُمَّ يَفْشُو الْكَذِبُ حَتَّى يَحْلِفَ الرَّجُلُ قَبْلَ أَنْ يُسْتَحْلَفَ وَيَشْهَدَ قَبْلَ أَنْ يُسْتَشْهَدَ } ، وَالْآيَةُ الَّتِي تَلَوْنَا ، وَالْحَدِيثُ الَّذِي رَوَيْنَا يَدُلُّانِ عَلَى ذَلِكَ وَهُمَا كَانَا فِي الْقَرْنِ الرَّابِعِ بَعْدَمَا تَغَيَّرَ أَحْوَالُ النَّاسِ وَظَهَرَتِ الْخِيَانَاتُ ، وَالْكَذِبُ فَأَفْتَى كُلُّ وَاحِدٍ بِمَا شَاهَدَ فِي زَمَانِهِ ، وَالْفَتَوَى الْيَوْمَ عَلَى قَوْلِهِمَا ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ فِي هَذَا الْعَصْرِ أَكْثَرَ ثُمَّ التَّعْدِيلُ فِي السَّرِّ أَنْ يَبْعَثَ الْمُسْتَوْرَةَ وَهِيَ الرُّقْعَةُ إِلَى الْمُعَدَّلِ فِيهَا اسْمُ الشَّاهِدِ وَنَسَبُهُ وَحِلْيَتُهُ وَمَسْجِدُهُ الَّذِي يُصَلِّي فِيهِ وَمَحَلَّتُهُ وَسُوقُهُ إِنْ كَانَ سُوقِيًّا فَيَسْأَلُ عَنْ حَبِيرَانِهِ وَأَصْدِقَائِهِ ، فَإِذَا عَرَفَهُمْ فَمَنْ عَرَفَهُ بِالْعَدَالَةِ يَكْتُبُ تَحْتَ اسْمِهِ فِي كِتَابِ الْقَاضِي أَنَّهُ عَدْلٌ جَائِزُ الشَّهَادَةِ وَمَنْ عَرَفَهُ بِالْفِسْقِ يَسْكُتُ وَلَا يَكْتُبُ اخْتِرَازًا عَنْ الْهَنْتِكُ وَيَقُولُ اللَّهُ أَعْلَمُ .

إِلَّا إِذَا عَدَّلَهُ غَيْرُهُ وَخَافَ أَنْ يَحْكُمَ الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِ فَحِينَئِذٍ يُصْرِّحُ بِهِ وَمَنْ لَمْ يَعْرِفْ يَكْتُبُ تَحْتَ اسْمِهِ أَنَّهُ مُسْتَوْرٌ وَيُرَدُّ الْمُعَدَّلُ الْمُسْتَوْرَةَ سِرًّا كَيْ لَا يَظْهَرَ فَيُؤْذَى وَلَا بُدَّ فِي التَّعْدِيلِ فِي الْعَلَانِيَةِ مِنْ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ الْمُعَدَّلِ ، وَالشَّاهِدِ لِنَتَنَبَّهَ شُبْهَةَ تَعْدِيلِ غَيْرِهِ عَنْ الْقَاضِي لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ فِي قَبِيلَتِهِ مَنْ يُوَافِقُهُ فِي الْإِسْمِ وَقَدْ كَانَتْ الْعَلَانِيَةُ وَحْدَهَا فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الشُّوَكَةَ كَانَتْ

لَأَهْلِ الْخَيْرِ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَيْهِمْ أَهْلُ الشَّرِّ وَيُكْتَفَى بِالسَّرِّ فِي زَمَانِنَا لَمَّا ذَكَرْنَا وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَزَكِيَةُ الْعَلَانِيَةِ بِلَاءٌ وَفِتْنَةٌ وَلَا بُدَّ أَنْ يَقُولَ الْمُعَدَّلُ هُوَ عَدْلٌ جَائِزُ الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ ، وَالْمَحْدُودَ فِي قَذْفٍ إِذَا تَابَ يَكُونُ عَدْلًا ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِقَوْلِهِ هُوَ عَدْلٌ ؛ لِأَنَّ مَنْ نَشَأَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فِي زَمَانِنَا كَانَ الظَّاهِرُ مِنْ حَالِهِ الْحُرِّيَّةَ ، وَالْإِسْلَامَ وَلِهَذَا لَا يَسْأَلُ الْقَاضِي عَنْ حُرِّيَّةِ الشَّاهِدِ وَإِسْلَامِهِ مَا لَمْ يُنَازِعْهُ الْخَصْمُ وَمَا ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ أَنَّ النَّاسَ أَحْرَارًا إِلَّا فِي الشَّهَادَةِ ، وَالْحُدُودِ ، وَالْقَصَاصِ ، وَالْعَقْلِ ، فَإِنَّهُ لَا يُكْتَفَى بِظَاهِرِ الْحُرِّيَّةِ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ بَلْ يَسْأَلُ عَنْهَا مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا طَعَنَ الْخَصْمُ بِالرَّقِّ ، فَإِنَّ أَبَا الْحُسَيْنِ ذَكَرَ فِي مُحْتَصَرٍ لَهُ أَنَّ النَّاسَ أَحْرَارًا إِلَّا فِي أَرْبَعِ مَوَاضِعِ الشَّهَادَةِ ، وَالْحُدُودِ ، وَالْقَصَاصِ ، وَالْعَقْلِ .

فَإِنَّهُ لَا يُكْتَفَى بِظَاهِرِ الْحُرِّيَّةِ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ إِذَا قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ : إِنَّ الشَّاهِدَ عَبْدٌ أَوْ قَالَ الْقَاضِي : الْمَقْدُوفُ عَبْدٌ أَوْ قَالَ الشَّاجُّ : الْمَشْجُوجُ عَبْدٌ أَوْ قَالَتِ الْعَاقِلَةُ : الْقَاتِلُ عَبْدٌ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَلَا يَجِبُ حَدُّ الْقَذْفِ وَلَا الْقَصَاصُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ وَلَا الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ حَتَّى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ حُرٌّ وَهِيَ تَظْهِيرُ الْعَدَالَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، فَإِنَّ الْقَاضِيَّ يَحْكُمُ بِظَاهِرِ الْعَدَالَةِ فِيهِمْ بِكُونِهِمْ مِنَ الْمُسْلِمِينَ مَا لَمْ يَطْعَنَ الْخَصْمُ فِيهِمْ ، فَإِذَا طَعَنَ الْخَصْمُ سَأَلَ عَلَى مَا بَيْنَا

الشرح

قوله : وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ

وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ كَقَوْلِهِمَا غَايَةً

قوله : إنا في الحدود والقصاص ، فإنه يسأل عنه في السر والعلانية

أَيُّ وَيُسْتَقْصَى دَرءُ الْحَدِّ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { ادْرَأُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ } .

قوله فاكْتَفَى بِالظَّاهِرِ لِعَدَمِ الْمُنَازَعِ الْخ

وَلَأَنَّ السَّلَفَ الصَّالِحَ لَمْ يَسْأَلُوا عَنْ الشُّهُودِ بَلْ اكْتَفَوْا عَلَى ظَاهِرِ الْعَدَالَةِ وَأَوَّلَ مَنْ سَأَلَ عَنْهُمْ ابْنُ شُبْرُمَةَ فَدَلَّ اتِّفَاقُهُمْ عَلَى ظَاهِرِ عَدَالَةِ الْإِسْلَامِ كَذَا فِي شَرْحِ الْأَقْطَعِ .

أَتَقَانِي

قوله : كَالشَّفِيعِ يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ الْخ

أَمَّا لَوْ حَدَّ الْمُشْتَرِي مِلْكِيَّتَهُ لِلدَّارِ الَّتِي يَشْفَعُ بِهَا الشَّفِيعُ فَلَا بُدَّ مِنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ خِلَافًا لِزُفَرٍ وَالْمَسْأَلَةِ مَشْهُورَةٍ .

قوله ؛ لَأَنَّهُ لَا يَطْعَنُهُ كَانِبًا ظَاهِرًا فَتَقَابَلَ الظَّاهِرَانِ

أَيُّ وَهُمَا كَوْنُ الشَّاهِدِ الْمُسْلِمِ لَا يَكْذِبُ ظَاهِرًا فَكَذَلِكَ الْخَصْمُ مُسْلِمٌ لَا يَكْذِبُ فِي طَعْنِهِ ظَاهِرًا فَوَجَبَ السُّؤَالُ تَرْجِيحًا لِأَحَدِ الظَّاهِرَيْنِ عَلَى الْآخَرِ وَهَذَا كَمُدْعَى الشُّفْعَةِ بِالْجَوَارِ حَيْثُ لَا يُلْزَمُهُ الْقَاضِي إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى مَلِكِ الدَّارِ فَإِذَا طَعَنَ الْخَصْمُ فَحِينَئِذٍ يُلْزَمُهُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ ؛ لَأَنَّ الظَّاهِرَ لَا يُعْتَبَرُ لِلْإِلْزَامِ قَوْلُهُ وَقِيلَ هَذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ لَا حُجَّةَ وَبُرْهَانَ (وَذَلِكَ ؛ لَأَنَّ الْعَالِبَ فِي زَمَانٍ أَبِي حَنِيفَةَ الصَّلَاحُ بِخِلَافِ زَمَانِهِمَا وَمَا قِيلَ إِنَّهُ أَفْتَى فِي الْقَرْنِ الثَّالِثِ وَهُوَ الْمَشْهُودُ لَهُ بِالصَّلَاحِ مِنْهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَيْثُ قَالَ { خَيْرُ الْقُرُونِ قَرْنِي ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ } وَهُمَا أَفْتَيَا بِالْقَرْنِ الرَّابِعِ فِيهِ نَظَرٌ ، فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ تُوْفِّيَ فِي عَامِ خَمْسِينَ وَمِائَةٍ فَكَيْفَ أَفْتَى فِي الْقَرْنِ

الثَّالِثِ وَقَوْلُهُ { خَيْرُ الْقُرُونِ } الْخِ إِبْتِاطُ الْخَيْرِيَّةِ بِالتَّدرِيجِ وَالتَّفَاوُتِ لَا يَسْتَلْزِمُ أَنْ يَكُونَ فِي الزَّمَانِ الْمُتَأَخِّرِ غَلْبَةُ الْفُسْقِ وَالظَّاهِرُ الَّذِي يَثْبُتُ بِالْعَالِبِ أَقْوَى مِنَ الظَّاهِرِ الَّذِي يَثْبُتُ بِظَاهِرِ حَالِ الْإِسْلَامِ وَتَحْقِيقُهُ أَنَّا مَا قَطَعْنَا بِغَلْبَةِ الْفُسْقِ وَقَدْ قَطَعْنَا بِأَنَّ مِنَ التَّزَمِ الْإِسْلَامِ لَمْ يَجْتَنِبْ مُحَارَمَهُ وَلَمْ يَبْقَ مُجَرَّدُ التَّزَامِ الْإِسْلَامِ مَظَنَّةً لِلْعَدَالَةِ فَكَانَ الظَّاهِرُ الثَّابِتُ بِالْعَالِبِ إِلَى مُعَارِضِ كَمَالٍ

قوله : وَهِيَ الرُّقْعَةُ إِلَى الْمُعْدَلِ

وَسُمِّيَتْ بِهَا لِسِتْرِهَا عَنْ نَظَرِ الْعَوَامِّ .

غَايَةُ

قوله : ولا بد في التعديل في العلانية إلخ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَصُورَةُ تَرْكِيبِ الْعَلَانِيَةِ أَنْ يَجْمَعَ الْقَاضِي بَيْنَ الْمُعَدِّلِ وَالشَّاهِدِ فَيَقُولَ الْمُعَدِّلُ لِلشَّاهِدِ الَّذِي عَدَّلَهُ هَذَا الَّذِي عَدَّلْتَهُ (فَرُعُ) إِذَا شَهِدَ فَعَدَّلَ ثُمَّ شَهِدَ لَا يُسْتَعَدَّلُ إِلَّا إِذَا طَالَتْ فَوْقَتْ مُحَمَّدٌ شَهْرًا وَأَبُو يُوسُفَ سَنَةً ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ سَنَةُ أَشْهَرُ كَذَا قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي فَتْحِ الْقَدِيرِ وَسَيَاتِي هَذَا الْفَرُعُ (فَرُعُ) لَوْ تَابَ الْفَاسِقُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ مَا لَمْ تَمُضِ سَنَةُ أَشْهَرُ وَقَالَ بَعْضُهُمْ سَنَةً وَلَوْ كَانَ عَدْلًا فَشَهِدَ بِالزُّورِ ثُمَّ تَابَ فَشَهِدَ تُقْبَلُ مِنْ غَيْرِ مُدَّةٍ .

كَمَالٌ قَالَ فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانَ فِي أَوَائِلِ كِتَابِ الشَّهَادَةِ الْفَاسِقُ إِذَا تَابَ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ مَا لَمْ يَمُضِ عَلَيْهِ زَمَانٌ تَظْهَرُ فِيهِ التَّوْبَةُ ثُمَّ بَعْضُهُمْ قَدَّرَ ذَلِكَ بِسَنَةِ أَشْهَرٍ وَبَعْضُهُمْ قَدَّرَهُ بِسَنَةٍ وَالصَّحِيحُ أَنَّ ذَلِكَ مُفَوَّضٌ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي ، وَالْمُعَدِّلُ وَمَنْ أَتَاهُمْ بِالْفِسْقِ لَا تَبْطُلُ عَدَالَتُهُ وَالْمُعَدِّلُ إِذَا قَالَ لِشَّاهِدٍ هُوَ مُتَّهَمٌ بِالْفِسْقِ لَا تَبْطُلُ عَدَالَتُهُ .

قوله : لاحتمال أن يكون في قبيلته

مَنْ يُوَفِّقُهُ فِي الْإِسْمِ)

أَيُّ وَالنَّسَبَةِ وَالصَّفَةِ فَيَجْمَعُ بَيْنَهُمَا فَيَقُولُ هَذَا هُوَ الَّذِي عَدَّلْتَهُ قَطْعًا لِلشَّرْكَهِ .

أَثَقَانِيٌّ

قوله : ويكتفى بالسر في زماننا لما ذكرنا

أَوَّلُ مَنْ سُئِلَ فِي السَّرِّ الْقَاضِي شُرَيْحٌ فَقِيلَ لَهُ أَحَدْتُ يَا أَبَا أُمَيَّةَ فَقَالَ أَحَدْتُكُمْ فَأَحَدْتُنَا .

كَفَايَةٌ

قوله : وقال محمد رحمه الله تركيبة العلانية بلاء وفطنة

وَذَلِكَ لِأَنَّ الشُّهُودَ يُقَابِلُونَ الْمُزَكِّيَّ إِذَا جَرَحَهُمْ بِالْأَذَى وَتَعَمَّقَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَهُ الْعَدَاوَةُ .

غَايَةٌ

قَوْلُهُ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِقَوْلِهِ هُوَ عَدْلٌ

وَالْأَوَّلُ أَحْوَضُ ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَكُونُ الشَّاهِدُ عَدْلًا وَلَا يَكُونُ حُرًّا فَلَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ .

غَايَةُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَعْدِيلُ الْخَصْمِ لَا يَصِحُّ) هَكَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَعْنِي تَعْدِيلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الشُّهُودُ لَا يَصِحُّ وَمُرَادُهُ عَلَى قَوْلٍ مَنْ يَرَى السُّؤَالَ عَنِ الشُّهُودِ ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِ فَلَا يَتَأْتِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرَى السُّؤَالَ عَنِ الشُّهُودِ ، وَنَظِيرُهُ الْمُزَارَعَةُ ، فَإِنَّهُ لَا يَرَاهَا وَمَعَ هَذَا فَرَعَ عَلَيْهَا عَلَى قَوْلٍ مَنْ يَرَى ، وَإِنَّمَا لَا يَصِحُّ تَعْدِيلُهُ ؛ لِأَنَّ مِنْ زَعَمِ الْمُدَّعِي وَشُهُودِهِ أَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ظَالِمٌ كَاذِبٌ فِي الْجُحُودِ فَتَرْكِيَةُ الْكَاذِبِ الْفَاسِقِ لَا تَصِحُّ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّ تَرْكِيَتَهُ تَجُوزُ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِهِ بِأَنْ كَانَ عَدْلًا لَكِنْ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا بُدَّ مِنْ ضَمِّ آخِرِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَعْدِيلُ الْوَاحِدِ وَأَبُو يُوسُفَ يُجَوِّزُهُ عَلَى مَا يَجِيءُ مِنْ قَرِيبٍ ، وَالْمُرَادُ بِهِ فِيمَا إِذَا قَالَ : هُمْ عُدُولٌ لَكِنَّهُمْ أَخْطَئُوا أَوْ نَسُوا أَمَّا إِذَا قَالَ : صَدَقُوا أَوْ هُمْ عُدُولٌ صَدَقَهُ فَقَدْ لَزِمَهُ الْحَقُّ لِإِقْرَارِهِ بِهِ وَلَوْ قَالَ : هُمْ عُدُولٌ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُمْ مَعَ كَوْنِهِمْ عُدُولًا يَتَوَهَّمُ مِنْهُمْ التَّسْيَانُ ، وَالْخَطَأُ فَلَا يَلْزَمُ مِنْ كَوْنِهِ عَدْلًا أَنْ يَكُونَ كَلَامُهُ صَوَابًا

الشرح

قَوْلُهُ : فِي الْمَتْنِ وَتَعْدِيلُ الْخَصْمِ الْخُ

قَالَ الْكَمَالُ ثُمَّ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ تَفْرِيعًا عَلَى قَوْلٍ مَنْ رَأَى أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ بِلَا طَعْنٍ لَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْخَصْمِ يَعْنِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِذَا قَالَ فِي شُهُودِ الْمُدَّعَى هُمْ عُدُولٌ فَلَا تَقَعُ بِهِ التَّرْكِيَةُ ؛ لِأَنَّ فِي زَعَمِ الْمُدَّعِي وَشُهُودِهِ أَنَّ الْخَصْمَ كَاذِبٌ فِي إِنْكَارِهِ مُبْطِلٌ فِي إِصْرَارِهِ فَلَا يَصْلُحُ مُعَدَّلًا ؛ لِأَنَّ الْعَدَالَهَ فِي الْمُرَكَّبِيِّ شَرْطٌ بِالْإِجْمَاعِ .

قَوْلُهُ : هَكَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ

أَيُّ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَا يُقْبَلُ تَعْدِيلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى قَوْلٍ مَنْ يَرَى أَنْ يَسْأَلَ الْقَاضِيَ عَنِ الشُّهُودِ فَكَانَ هَذَا نَظِيرَ مَسْأَلَةِ الْمُزَارَعَةِ حَيْثُ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ثَمَّةَ أَيْضًا عَلَى قَوْلٍ مَنْ يُجِيزُهَا وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مِنْ أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَسْأَلُ عَنِ الشُّهُودِ فِي غَيْرِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ إِلَّا إِذَا طَعَنَ الْخَصْمُ وَمَعَ هَذَا إِذَا سَأَلَ عَنْهُمْ عَلَى قَوْلٍ مَنْ يَرَى ذَلِكَ فَقَالَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ هُوَ عَدْلٌ لَا يَكْتَفِي بِذَلِكَ حَتَّى يَسْأَلَ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّ تَعْدِيلَ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ لَيْسَ بِتَعْدِيلٍ عَلَى الْكَمَالِ بَلْ هُوَ تَعْدِيلٌ مِنْ وَجْهِ وَجَرَحٍ مِنْ وَجْهِ حَيْثُ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الشَّهَادَةِ وَلَفْظُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ فِي قَوْلٍ مَنْ رَأَى أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ بِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِذَا قَالَ الْخَصْمُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ هُوَ عَدْلٌ حَتَّى يَسْأَلَ عَنْهُ إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ وَغَيْرُهُ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهَذَا إِذَا قَالَ هُمْ عُدُولٌ لَكِنَّهُمْ أَخْطَئُوا أَوْ نَسُوا أَمَّا إِذَا قَالَ هُمْ عُدُولٌ صَدَّقُوا فِي شَهَادَتِهِمْ فَقَدْ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ فَيَقْضَى عَلَيْهِ .

قَوْلُهُ وَلَوْ قَالَ هُمْ عُدُولٌ وَلَمْ يَرِدْ عَلَى ذَلِكَ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ

وَعَنْ مُحَمَّدٍ

أَنَّ الْقَاضِيَ يَسْأَلُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ هَلْ شَهِدُوا عَلَيْكَ بِحَقٍّ أَوْ بَعِيرٍ حَقٍّ ، فَإِنْ قَالَ بِحَقٍّ فَهُوَ إِفْرَارٌ ، وَإِنْ قَالَ بِعِيرٍ حَقٍّ لَا يَفْضِي بِشَيْءٍ .

كَأَكْبِي (فَرَعٌ) وَلَوْ جَرَّحَ الشُّهُودَ وَاحِدٌ وَعَدَّلَهُمْ اثْنَانِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ ؛ لِأَنَّ الْعَدَالَهَ تَبَيَّنَتْ بِحُجَّةٍ رَاجِحَةٍ وَلَوْ جَرَّحَهُمْ اثْنَانِ وَعَدَّلَهُمْ ثَلَاثَةً لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ ؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَ وَالْمَثْنَى فِي الشَّهَادَةِ سَوَاءٌ فَاسْتَوَى الْمُعَدَّلُ وَالْجَارِحُ فَرُجِحَ الْجَرَحُ ؛ لِأَنَّ الْمُعَدَّلَ وَقَفَ عَلَى ظَاهِرِ الْحَالِ وَالْجَارِحَ وَقَفَ عَلَى الْبَاطِنِ وَهُوَ شَيْءٌ لَمْ يَعْرِفْهُ الْمُعَدَّلُ فَالْجَارِحَانِ يُثْبِتَانِ شَيْئًا لَمْ يَعْرِفْهُ الْمُعَدَّلُونَ وَالشَّهَادَةُ لِلِاثْبَاتِ مِنَ الْوَاقِعَاتِ لِحُسامِ الدِّينِ الْبُخَارِيِّ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْوَاحِدُ يَكْفِي لِلتَّزْكِيَةِ ، وَالرَّسَالَةِ ، وَالتَّرْجَمَةِ) ؛ لِأَنَّ التَّزْكِيَةَ مِنْ أُمُورِ الدِّينِ فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ إِلَّا الْعَدَالَةُ حَتَّى يَجُوزَ تَزْكِيَةُ الْعَبْدِ ، وَالْمَرْأَةِ ، وَالْأَعْمَى ، وَالْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ إِذَا تَابَ ؛ لِأَنَّ خَبَرَ هَؤُلَاءِ مَقْبُولٌ فِي الْأُمُورِ الدِّيْنِيَّةِ أَلَا تَرَى أَنَّ رَوَايَتَهُمْ فِي الْإِخْبَارِ مَقْبُولَةٌ وَهَذَا عِنْدَهُمَا وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يُشْتَرَطُ فِي التَّزْكِيَةِ مَا يُشْتَرَطُ فِي الشَّهَادَةِ مِنَ الْعَدَدِ وَوَصْفِ الذُّكُورَةِ حَتَّى يُشْتَرَطَ فِي تَزْكِيَةِ شُهُودِ الزَّنا أَرْبَعَةٌ ذُكُورٌ وَفِي غَيْرِهِ مِنَ الْخُلُودِ ، وَالْقِصَاصِ رَجُلَانِ وَفِي غَيْرِهِمَا مِنَ الْحُقُوقِ يَجُوزُ رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ وَفِيمَا لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ امْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ رَتَّبَهَا عَلَى مَرَاتِبِ الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّ التَّزْكِيَةَ فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّ وَلَايَةَ الْقَضَاءِ تَبَيَّنَتْ عَلَى ظُهُورِ الْعَدَالَةِ وَهُوَ بِالتَّزْكِيَةِ وَيُشْتَرَطُ فِيهَا مَا يُشْتَرَطُ فِي الشَّهَادَةِ وَلَهُمَا أَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي مَعْنَى الْإِخْبَارِ وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ وَلَا مَجْلِسُ الْحُكْمِ وَجَازَ تَزْكِيَةُ مَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ كَتَزْكِيَةِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ الْآخَرِ وَتَزْكِيَةِ الْوَالِدِ وَلَدُهُ وَبِالْعَكْسِ وَاشْتَرَاطُ الْعَدَدِ فِي الشَّهَادَةِ أَمْرٌ تَعَبُّدِيٌّ ثَبَتَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ ؛ لِأَنَّ رُجْحَانَ الصَّدَقِ فِي حَقِّ الْعَمَلِ بِقَوْلِهِ بِالْعَدَالَةِ لَا بِالْعَدَدِ كَمَا فِي رَوَايَةِ الْإِخْبَارِ حَتَّى قَالُوا فِيهَا لَا يُرْجَحُ بِكَثْرَةِ الرُّوَاةِ مَا لَمْ تَبْلُغْ حَدَّ التَّوَاتُرِ فَلَا مَعْنَى لِاشْتَرَاطِ الْعَدَدِ فِي الشَّهَادَةِ وَلَكِنْ تُرِكَ ذَلِكَ لِلنَّصِّ فَبَقِيَ مَا وَرَاءَهَا عَلَى الْأَصْلِ وَفِي الْمَحِيطِ أَجَازَ تَزْكِيَةَ الصَّبِيِّ وَقَالُوا : تُشْتَرَطُ الذُّكُورَةُ وَعَدَدُ الشَّهَادَةِ فِي تَزْكِيَةِ شُهُودِ الْحَدِّ بِالْإِجْمَاعِ ، وَالْمُرَادُ

بِالرَّسَالَةِ ، وَالتَّرْجَمَةِ رَسُولُ الْقَاضِي إِلَى الْمَرْكَبِ ، وَالْمُتَرَجِّمُ عَنِ الشُّهُودِ وَكُلُّ ذَلِكَ عَلَى الْخِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَا ، وَالْمَعْنَى مَا بَيْنَا مِنْ الْجَانِبَيْنِ ، وَالْأَحْوَطُ فِي الْكُلِّ اثْنَانِ .

وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَخْتَارَ فِي الْمُسَاءَلَةِ عَنِ الشُّهُودِ مَنْ هُوَ أَخْبَرُ بِأَحْوَالِ النَّاسِ وَأَكْثَرُهُمْ اخْتِلَافًا بِالنَّاسِ مَعَ عَدَالَتِهِ عَارِفًا بِمَا يَكُونُ جَرَحًا وَمَا لَا يَكُونُ جَرَحًا غَيْرَ طَمَاعٍ وَلَا فَقِيرٍ كَيْ لَا يُخْدَعَ بِالْمَالِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي جِيرَانِهِ وَلَا أَهْلِ سُوقِهِ مَنْ يَثِقُ بِهِ سَأَلَ أَهْلَ مَحَلَّتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ فِيهِمْ ثِقَةً اعْتَبَرَ فِيهِمْ تَوَاتُرَ الْإِخْبَارِ وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ كُلُّهُ فِي تَزْكِيَةِ السَّرِّ ، وَأَمَّا تَزْكِيَةُ الْعَلَانِيَةِ فَيُشْتَرَطُ فِيهَا جَمِيعُ مَا يُشْتَرَطُ فِي الشَّهَادَةِ مِنَ الْحُرِّيَةِ ، وَالْبَصَرِ وَغَيْرِ ذَلِكَ سِوَى لَفْظِ الشَّهَادَةِ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الشَّهَادَةِ فِيهَا أَظْهَرُ ، فَإِنَّهَا تَخْتَصُّ بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ

الشرح

قوله : في المتن والواحد يكفي للتركية والرسمية والترجمة

قال في خلاصة الفتاوى والترجمان إذا كان أعمى فعن أبي حنيفة لا يجوز وعن أبي يوسف أنه يجوز .

غاية وقال الكمال في باب من يقبل شهادته عند قوله ولا يقبل شهادته الأعمى ويقبل أي الأعمى في الترجمة عند الكل ؛ لأن العلم يحصل بالسمع وقد كتبت عبارته بكمالها هناك والله أعلم

قوله : حتى يجوز تركية العبد والمرأة

قال الكمال وعن ابن سماعه عن أبي حنيفة يجوز في تركية السر المرأة والعبد والمحدود إذا كانوا عدولاً ولا يجوز في تركية العلانية إلا من يجوز شهادته فيشترط فيها ما يشترط فيها إلا لفظ الشهادة فقط .

قوله : وقال محمد يشترط في التركية ما يشترط في الشهادة

قال الكمال ولما ظهر من محمد اعتبار التركية بالشهادة في حق العدد قال المشايخ فيجب عنده اشتراط أربعة من المزكين في شهود الزنا قال في الوقعات لحسام الدين رجل صحب رجلاً في حضره وسفره ولم ير منه إلا الصلاح والخير لا يسعه أن يزكيه ما لم يصحبه سنة أشهر وهو قول أبي يوسف ثم رجع وقال سنة وقال محمد : لا يسعه ما لم يعرفه على وجهه ، فإن عرفه بالعدالة عدله ، وإن عرفه ثم تطاولت المدة لا يسعه أن يعدله بتلك المعرفة وحد التطاول سنة أو سنة أشهر .

قوله : لأن التركية في معنى الشهادة

أي ولهذا يعتبر فيها الحرية والعدالة بالاتفاق .

أثقاني

قوله وجاز تركية الخ

أي في تركية السر قال الأثقاني

وتعديل العبد لمولاه والابن للاب في السر يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف والصبي أهل لتعديل السر ، وكذا كل من لا يقبل شهادته وقال الشارح رحمه الله وهذا الذي ذكرناه كله في تركية السر قال في الخلاصة شرط الخصاف أن يكون المزكي في العلانية غير

الْمَرْكِي فِي السِّرِّ أَمَّا عِنْدَنَا فَالَّذِي يُزَكِّيهِمْ فِي السِّرِّ يُزَكِّيهِمْ فِي الْعَلَانِيَةِ .

غَايَةٌ

قَوْلُهُ : وَقَالُوا تُشْتَرِطُ الذُّكُورَةُ وَعَدَدُ الشَّهَادَةِ فِي تَزْكِيَةِ شُهُودِ الْحَدِّ بِالْإِجْمَاعِ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَيُشْتَرِطُ الذُّكُورَةُ فِي الْمَرْكِي فِي الْحُدُودِ قَالَ الْأَثْقَانِيُّ يَعْنِي بِالْإِجْمَاعِ وَكَذَا فِي الْقِصَاصِ ذَكَرَهُ فِي الْمُخْتَلَفِ فِي كِتَابِ الشَّهَادَاتِ فِي بَابِ مُحَمَّدٍ وَذَكَرَ فِي الْمُخْتَلَفِ وَالْحَصْرِ فِي كِتَابِ الْحُدُودِ مِنْ بَابِ أَبِي حَنِيفَةَ تُشْتَرِطُ الذُّكُورَةُ فِي الْمَرْكِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا وَقَوْلُهُ بِالْإِجْمَاعِ أَيُّ الْمَحْكِيِّ فِيهِ الْإِجْمَاعُ كَمَا ذَكَرَ عَنِ الْمُخْتَلَفِ إِنَّمَا هُوَ الذُّكُورَةُ ، وَأَمَّا الْعَدَدُ فَهُوَ شَرْطٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَقَطْ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي الْهِدَايَةِ وَمُخْتَلَفُ الرَّوَايَةِ وَالذَّخِيرَةِ وَالْمُجْتَبَى وَكَذَا ذَكَرَهُ الشَّارِحُ نَفْسُهُ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَحْدَهُ .

قَوْلُهُ : وَالْمُرَادُ بِالرَّسَالَةِ وَالتَّرْجَمَةِ رَسُولُ الْقَاضِي إِلَى الْمَرْكِي

الظَّاهِرُ أَيُّ الْمَرْكِي يَنْظُرُ فِي الْأَكْمَلِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَإِذَا كَانَ رَسُولُ الْقَاضِي الَّذِي يَسْأَلُ عَنِ الشُّهُودِ وَاحِدًا جَازَ وَالْأَثْنَانِ أَفْضَلُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَا يَجُوزُ إِلَّا أَثْنَانِ قَالَ الْأَثْقَانِيُّ وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَالُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَأَرَادُوا بِالرَّسُولِ الْمَرْكِي وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْمُتَرَجِّمُ عَنِ الشَّاهِدِ وَرَسُولُ الْقَاضِي

إِلَى الْمَرْكِي وَرَسُولُ الْمَرْكِي إِلَى الْقَاضِي يُخْبِرُهُ عَنْ حَالِ الشُّهُودِ وَقَالَ الْكَمَالُ وَالْمُرَادُ مِنْ رَسُولِ الْقَاضِي الْمَرْكِي وَهُوَ الْمَسْئُولُ مِنْهُ عَنْ الشُّهُودِ فَيَجِبُ أَنْ يَقْرَأَ قَوْلُهُ الَّذِي يُسْأَلُ عَنِ الشُّهُودِ بِالْبَيِّنَةِ لِلْمَفْعُولِ .

وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ يَكْتَفِي بِالْوَاحِدِ فِي التَّزْكِيَةِ وَكَذَا فِي الرَّسَالَةِ إِلَيْهِ وَالرَّسَالَةُ مِنْهُ إِلَى الْقَاضِي وَكَذَا فِي التَّرْجَمَةِ عَنِ الشَّاهِدِ وَعَبْرَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا بُدَّ مِنْ اثْنَيْنِ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ .

قَوْلُهُ : وَأَمَّا تَزْكِيَةُ الْعَلَانِيَةِ فَيُشْتَرِطُ فِيهَا جَمِيعُ مَا يُشْتَرِطُ فِي الشَّهَادَةِ

قَالَ الْكَمَالُ فَهَذَا الْخِلَافُ فِي تَزْكِيَةِ السِّرِّ فَأَمَّا تَزْكِيَةُ الْعَلَانِيَةِ فَيُشْتَرِطُ الْعَدَدُ بِالْإِجْمَاعِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْخَصَافُ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَثْقَانِيُّ قَالَ فِي الْفَتَاوَى الصُّغْرَى فِي مَسَائِلِ الْجَرْحِ وَالتَّعْدِيلِ الْخِلَافُ فِي عَدَدِ الْمَرْكِي فِي تَزْكِيَةِ السِّرِّ وَأَمَّا فِي تَزْكِيَةِ الْعَلَانِيَةِ فَشَرْطُ الْإِجْمَاعِ ثُمَّ قَالَ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ فِي تَزْكِيَةِ السِّرِّ لَيْسَ بِشَرْطٍ وَفِي التَّرْجَمَةِ شَرْطٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِمَا سَمِعَ أَوْ رَأَى فِي مِثْلِ الْبَيْعِ ، وَالْإِفْرَارِ وَحُكْمِ الْحَاكِمِ ، وَالْغَضَبِ ، وَالْقَتْلِ ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ) أَيُّ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ فِي كُلِّ مَا يَتِمُّ بِنَفْسِهِ إِذَا عَايَنَ السَّبَبَ كَالْبَيْعِ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَ ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ بَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ إِذْ ادَّعَى إِلَيْهِ لِمَا

تَلَوْنَا وَرَوَيْنَا وَهَذَا لِأَنَّهُ عَلِمَ مَا هُوَ الْمُوجِبُ بِنَفْسِهِ وَهُوَ الشَّرْطُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ } وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إِذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ } وَيَقُولُ أَشْهَدُ بَأَنَّهُ بَاعَ أَوْ أَقْرَ ؛ لِأَنَّهُ عَايَنَ السَّبَبَ فَوَجَبَ عَلَيْهِ الشَّهَادَةُ بِهِ كَمَا عَايَنَ وَهَذَا إِذَا كَانَ الْبَيْعُ بِالْعَقْدِ فَظَاهِرٌ ، وَإِذَا كَانَ بِالتَّعَاطِي فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْبَيْعِ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ ، وَقَدْ وَجَدَ وَقِيلَ لَا يَشْهَدُونَ عَلَى الْبَيْعِ بَلْ يَشْهَدُونَ عَلَى الْأَخْذِ ، وَالْإِعْطَاءِ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ حُكْمِيٌّ وَلَيْسَ بِبَيْعٍ حَقِيقِيٍّ وَلَا يَقُولُ أَشْهَدَنِي إِلَّا إِذَا أَشْهَدَهُ كَيْ لَا يَكُونَ كَاذِبًا وَكَذَا فِي الْإِقْرَارِ يَقُولُ أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا أَقْرَبَ بِكَذَا لِفُلَانٍ وَلَا يَقُولُ أَشْهَدَنِي لِمَا ذَكَرْنَا وَلَوْ سَمِعَ مِنْ وَرَاءِ الْحِجَابِ لَا يَسْعُهُ أَنْ يَشْهَدَ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ إِذِ النَّعْمَةُ تُشَبِّهُ النَّعْمَةَ إِلَّا إِذَا كَانَ فِي الدَّخْلِ وَحْدَهُ وَعَلِمَ الشَّاهِدُ أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ غَيْرُهُ ثُمَّ جَلَسَ عَلَى الْمَلِكِ وَلَيْسَ لَهُ مَلِكٌ غَيْرُهُ فَسَمِعَ إِقْرَارَ الدَّخْلِ وَلَا يَرَاهُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْصُلُ بِهِ الْعِلْمُ وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي إِذَا فُسِّرَ لَهُ أَنْ لَا يَقْبَلَهُ ؛ لِأَنَّ النَّعْمَةَ تُشَبِّهُ النَّعْمَةَ وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ جَوَازِ الشَّهَادَةِ الْقَبُولُ عِنْدَ التَّفْسِيرِ أَلَّا تَرَى أَنَّ الشَّهَادَةَ بِالتَّسَامُعِ تَحْزُرُ فِي أَشْيَاءَ ثُمَّ عِنْدَ التَّفْسِيرِ لَا تُقْبَلُ وَقَالُوا : إِذَا سَمِعَ صَوْتَ

امْرَأَةٍ مِنْ وَرَاءِ الْحِجَابِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَيْهَا إِلَّا إِذَا كَانَ يَرَى شَخْصَهَا وَقَدْ الْإِقْرَارُ .

الشرح

قوله : في المتن وله أن يشهد بما سمع إلخ

قَالَ الْكَمَالُ قَوْلُهُ وَمَا يَحْتَمِلُهُ عَلَى قِسْمَيْنِ أَحَدُهُمَا مَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ بِنَفْسِهِ أَيْ يَكُونُ هُوَ تَمَامَ السَّبَبِ لِذَلِكَ الْحُكْمِ قَوْلًا كَانَ مِثْلَ الْبَيْعِ وَالْإِقْرَارِ وَالطَّلَاقِ وَحُكْمِ الْحَاكِمِ أَوْ فِعْلًا كَالْعَصَبِ وَالْقَتْلِ ، فَإِذَا سَمِعَ الشَّاهِدُ الْقَوْلَ كَانَ سَمِعَ قَاضِيًا يُشْهَدُ جَمَاعَةً عَلَى حُكْمِهِ أَوْ رَأَى الْفِعْلَ كَالْقَتْلِ وَسَعَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِذَلِكَ فَيَقُولَ : أَشْهَدُ أَنَّهُ بَاعَ أَشْهَدُ أَنَّهُ قَضَى فَلَوْ كَانَ الْبَيْعُ مُعَاطَاةً فِيهِ الذَّخِيرَةُ يَشْهَدُونَ عَلَى الْأَخْذِ وَالْإِعْطَاءِ وَقِيلَ يَشْهَدُونَ بِالْبَيْعِ كَالْقَوْلِ ثُمَّ قَالَ الْكَمَالُ وَمِنْهُ مَا لَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ بِنَفْسِهِ وَهُوَ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فَإِذَا سَمِعَ شَاهِدًا يَشْهَدُ بِشَيْءٍ لَمْ يَحْزُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ إِلَّا أَنْ يُشْهَدَ ذَلِكَ الشَّاهِدُ عَلَى شَهَادَةِ نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ غَيْرُ مُوجِبَةٍ بِنَفْسِهَا بَلْ بِالتَّقْلِ إِلَى مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِنَابَةِ وَالتَّحْمِيلِ .

قوله : وهو الشرط

أَيُّ الْعِلْمِ الْمُوجِبُ هُوَ رُكْنُ الْمُسَوِّغِ لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقِيقَةَ لِمُسَوِّغِ الْأَدَاءِ سِوَاهُ .

قوله : لقوله تعالى { إنا من شهد بالحق وهم يعلمون }

يَبَيِّنُهُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَوَّزَ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ بَعْدَ الْعِلْمِ وَقَدْ حَصَلَ الْعِلْمُ بِالرُّؤْيَةِ وَالسَّمَاعِ فَتَصَحَّحُ الشَّهَادَةُ يَدُلُّ عَلَيْهِ الْإِجْمَاعُ أَيْضًا .
أَتَقَانِي .

قوله : فاشهد وإنا فدع

فَأَمَرَ بِالشَّهَادَةِ عِنْدَ الْعِلْمِ يَقِينًا فَعَنْ هَذَا صَرَّحُوا بِأَنَّهُ لَوْ قَالَ لَهُ لَا تَشْهَدْ عَلَيَّ بِمَا تَسْمَعُهُ مِنِّي ثُمَّ قَالَ بِحَضْرَتِهِ لِرَجُلٍ بَقِيَ لَكَ عَلَيَّ كَذَا أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ حَلَّ لَهُ بَلَّ يَجِبُ أَنْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ بِذَلِكَ وَفِي الْخُلَاصَةِ اشْتَرَى عَبْدًا وَادَّعَى عَلَى الْبَائِعِ عَيْبًا بِهِ فَلَمْ يُثْبِتْهُ فَبَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ فَادَّعَى الْمُشْتَرِي الثَّانِي عَلَيْهِ هَذَا الْعَيْبَ فَأَنْكَرَ فَالَّذِينَ سَمِعُوا مِنْهُ حَلَّ لَهُمْ أَنْ يَشْهَدُوا عَلَى الْعَيْبِ فِي الْحَالِ .
فَتَحَّ

قوله : ولا يقول أشهدني إنا إذا أشهده كي لا يكون كاذبًا

وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْكَاذِبِ .

غَايَةُ

قوله : وينبغي للقاضي إذا فسر له

أَيُّ بَأْنٍ قَالَ : إِنِّي أَشْهَدُ بِالسَّمَاعِ مِنْ وَرَاءِ الْحِجَابِ .

قوله : وقالوا إذا سمع الخ

رَجُلَانِ شَهِدَا عَلَى إِفْرَارِ امْرَأَةٍ لِرَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ أَوْ غَيْرِهِ وَشَهِدَا أَنَّ رَجُلَيْنِ سَوَاهُمَا فُلَانٌ وَفُلَانٌ أَشْهَدَاهُمَا أَنَّهَا فُلَانَةٌ بِنْتُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا أُجِيزُ ذَلِكَ وَذَكَرَ فِي الْعُيُونِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى يَشْهَدَ عِنْدَ الشَّاهِدِ جَمَاعَةٌ أَنَّهَا فُلَانَةٌ بِنْتُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى وَأَبُو يُوسُفَ يَجُوزُ ذَلِكَ وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ إِذَا سَمِعُوا صَوْتَ امْرَأَةٍ مِنْ وَرَاءِ الْحِجَابِ أَوْ رَأَوْا شَخْصَهَا وَشَهِدَا عَنْدهُمْ رَجُلَانِ عَدْلَانِ أَنَّهَا فُلَانَةٌ حَازَ لَهُمْ أَنْ يَشْهَدُوا عَلَى إِفْرَارِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَرَوْا وَجْهَهَا .
وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَرَوْا شَخْصَهَا لَا يَحِلُّ لَهُمْ أَنْ يَشْهَدُوا عَلَى إِفْرَارِهَا وَهُوَ اخْتِيَارُ الْفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ وَذَكَرَ عَنْ ثُصَيْرِ بْنِ يَحْيَى أَنَّ ابْنَ لُمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ دَخَلَ عَلَى أَبِي سُلَيْمٍ بْنِ الْجُوزْجَانِيِّ فَسَأَلَهُ أَبُو سُلَيْمَانَ عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ قَالَ كَانَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ : لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ

يَشْهَدُ عَلَيْهَا حَتَّى يَشْهَدَ عِنْدَهُ جَمَاعَةٌ أَنهَا فُلَانَةٌ وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ وَأَبُو بَكْرٍ الْإِسْكَافُ يَقُولَانِ يَجُوزُ إِذَا شَهِدَ عِنْدَهُ عَدْلَانِ أَنَّهَا فُلَانَةٌ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى .

قَاضِي حَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ

قَوْلُهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَيْهَا إِلَّا إِذَا كَانَ يَرَى شَخْصَهَا وَقَتَ

(الْإِفْرَارِ)

شُرْطَ فِي شَهَادَةِ النَّوَازِلِ رُؤْيَا شَخْصَهَا دُونَ وَجْهِهَا .

أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَشْهَدُ عَلَى شَهَادَةِ غَيْرِهِ مَا لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ) ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَا يَثْبُتُ حُكْمُهَا بِنَفْسِهِ وَلَا تَصِيرُ حُجَّةً إِلَّا بِالنَّقْلِ إِلَى مَجْلِسِ الْقَضَاءِ وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ عَدَالَةُ الْأَصُولِ فَلَا يَكُونُ لِغَيْرِهِ أَنْ يَجْعَلَ كَلَامَهُ حُجَّةً إِلَّا بِأَمْرِهِ فَلَا يَسَعُهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ إِلَّا بِالتَّحْمِيلِ ، وَكَذَا إِذَا سَمِعَهُ يَشْهَدُ غَيْرُهُ عَلَى شَهَادَتِهِ لَا يَسَعُ السَّامِعُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْمِلْهُ ، وَإِنَّمَا حَمَلَ غَيْرُهُ فَصَارَ نَظِيرُ مَا لَوْ سَمِعَ شَخْصًا يُوكِّلُ حَيْثُ لَا يَجُوزُ لِلْسَّامِعِ أَنْ يَتَصَرَّفَ مَا لَمْ يُوكِّلْهُ ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ لَمْ يَرْضَ بِرَأْيِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَعْمَلُ شَاهِدٌ وَقَاضٍ وَرَأَوْ بِالْخَطِّ إِنْ لَمْ يَتَذَكَّرُوا) أَيُّ لَا يَحِلُّ لِلشَّاهِدِ إِذَا رَأَى خَطَّهُ أَنْ يَشْهَدَ حَتَّى يَتَذَكَّرَ الشَّهَادَةَ وَلَا لِلْقَاضِي إِذَا وَجَدَ فِي دِيْوَانِهِ مَكْتُوبًا شَهَادَةً شُهُودٌ وَلَا يَحْفَظُ أَنَّهُمْ شَهِدُوا بِذَلِكَ أَوْ قَضِيَّةً قَضَاهَا أَنْ يَحْكُمَ بِتِلْكَ الشَّهَادَةِ وَلَا أَنْ يُمَضِّيَ تِلْكَ الْقَضِيَّةَ وَلَا لِلرَّائِي إِذَا وَجَدَ مَكْتُوبًا بِخَطِّهِ أَوْ بِخَطِّ غَيْرِهِ وَهُوَ مَعْرُوفٌ أَنَّهُ قَرَأَ عَلَى فُلَانٍ وَنَحْوِهِ أَنْ يَرُوِيَ حَتَّى يَتَذَكَّرَ الشَّهَادَةَ أَوْ الْقَضِيَّةَ أَوْ الرَّوَايَةَ وَهَذَا عَلَى إِطْلَاقِهِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَوَجْهُهُ قَوْلُهُ تَعَالَى { إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ } وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إِذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ } شُرْطُ أَنْ يَكُونَ عَالِمًا وَلَا يَتَصَوَّرُ الْعِلْمُ بِدُونِ تَذَكُّرِ الْوَاقِعَةِ وَلِأَنَّ الْخَطَّ يُشْبِهُ الْخَطَّ فَلَا يَلْزَمُ حُجَّةً لِحْتِمَالِ أَنَّهُ مُزَوَّرٌ . وَهَذَا ؛ لِأَنَّ فَائِدَةَ الْكِتَابِ أَنْ يَتَذَكَّرَ إِذَا نَظَرَ فِيهِ ، فَإِذَا لَمْ يَفِدْ لِلْقَلْبِ التَّذَكُّرُ صَارَ وَجُودُهُ كَعَدَمِهِ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ : يَجُوزُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ

أَنْ يَعْمَلَ بِالْكِتَابِ إِنْ تَيَقَّنَ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَتَذَكَّرِ الْوَاقِعَةَ تَوَسَّعَ لِلْأَمْرِ عَلَى النَّاسِ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ لِلرَّائِي أَنْ يَعْمَلَ بِهِ لِلدَّلَالَةِ الظَّاهِرِ وَكَذَا لِلْقَاضِي أَنْ يَحْكُمَ بِالشَّهَادَةِ وَأَنْ يُمَضِّيَ الْقَضَاءَ بِذَلِكَ وَلَيْسَ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَشْهَدَ بِرُؤْيَا خَطِّهِ مَا لَمْ يَتَذَكَّرِ الشَّهَادَةَ ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ لِكَثْرَةِ اشْتِعَالِهِ يَعْجِزُ عَنْ حِفْظِ كُلِّ حَادِثَةٍ وَلِهَذَا يَكْتُبُ كُلَّ حَادِثَةٍ فَلَوْ لَمْ يَكْتَفِ بِمَا يَجِدُهُ فِي قِمْطَرِهِ لَتَعَطَّلَ أَحْوَالُ النَّاسِ وَلِأَنَّ سَجَلَهُ فِي قِمْطَرِهِ وَهُوَ فِي يَدِهِ تَحْتَ خَتْمِهِ فَيُؤْمَنُ مِنَ التَّبْدِيلِ ، وَالتَّزْوِيرِ وَكِتَابَةُ الرَّوَاةِ تَكُونُ فِي أَيْدِيهِمْ فَيُؤْمَنُ التَّزْوِيرُ أَيْضًا بِخِلَافِ كِتَابَةِ الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّ الصِّكَّ يَكُونُ فِي يَدِ الْخُصُومِ فَلَا يُؤْمَنُ مِنَ التَّبْدِيلِ وَلَوْ نَسِيَ الْقَاضِي قَضَاءَهُ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ سَجَلٌ فَشَهِدَ عِنْدَهُ شَاهِدَانِ بَأَنَّهُ قَضَى بِكَذَا فَعَلَى الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ وَقِيلَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَعْتَمَدُ ذَلِكَ وَعَلَى هَذَا لَوْ أَخْبَرَهُ قَوْمٌ يَنْقُبُ بِهِمْ أَنَّهُ كَانَ شَاهِدًا لَا يَسَعُهُ أَنْ يَشْهَدَ وَعَلَى هَذَا لَوْ سَمِعَ حَدِيثًا مِنْ غَيْرِهِ ثُمَّ نَسِيَ رَأْيَ الْأَصْلِ فَسَمِعَهُ مِنْ رُوِيَ عَنْهُ فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَعْتَمَدُهُ وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ بِهِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَهُ أَنْ يَعْتَمِدَ ذَلِكَ فِي الْكُلِّ وَلَوْ تَذَكَّرَ مَجْلِسَ الشَّهَادَةِ دُونَ الشَّهَادَةِ لَا يَسَعُهُ أَنْ يَشْهَدَ

قوله في المتن ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه

قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل قال أشهدني فلان على نفسه بكذا وكذا قال لا ينبغي له أن يشهد على شهادته حتى يقول اشهدوا على شهادتي بذلك قال فخر الإسلام وأصله أن الشهادة على الشهادة تحمیل وتوكیل فلا تصح من غير تحمیل .

أثقاني

قوله : لا يسمع السامع أن يشهد على شهادته

وهو بخلاف القاضي إذا أشهد على قضية وسمع بذلك آخرون وسعهم أن يشهدوا ؛ لأن قضاء حجة بمنزلة الإقرار والبيع وغير ذلك فيصح التحمل من غير إشهاد .

أثقاني وكتب على قوله في الحاشية بخلاف القاضي إذا أشهد الخ ما نصه قال الكاكي رحمه الله بخلاف ما لو سمع قاضياً يشهد قوماً على قضائه كان للسامع أن يشهد على قضائه بغير أمره ؛ لأن قضاء القاضي حجة ملزمة ومن عاين حجة حل له الشهادة بها كما لو عاين الإقرار والبيع أما الشهادة في غير مجلس القاضي غير ملزمة كذا قاله قاضي خان وفي هذا التعليل إشارة إلى أنه إذا سمع في مجلس القاضي ينبغي أن يجوز

قوله : لا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد حتى يتذكر الشهادة

أي التي صدرت منه ، فإن لم يتذكر وحزم أنه خطه لا يشهد ؛ لأن هذا الحزم ليس بحزم بل تخيل الحزم ؛ لأن الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا ذكره القدوري ولم يذكر خلافاً هو ولا في شرحه للقطيع وكذا الخصاف ذكرها في أدب القاضي له ولم يذكر خلافاً .

كمال

قوله وقال محمد

رحمه الله يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب (

قَالَ فِي الْخُلَاصَةِ وَلَكِنْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الصَّكُّ مُسْتَوْدَعًا لَمْ تَدَاوُلْهُ الْأَيْدِي وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِ صَاحِبِهِ مِنَ الْوَقْتِ الَّذِي كُتِبَ اسْمُهُ وَوَضَعَ خَاتَمُهُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَا يَسَعُهُ أَنْ يَشْهَدَ قَوْلُهُ : وَلَوْ نَسِيَ الْقَاضِي قَضَاءَهُ الْخ (قَالَ الْكَمَالُ وَلَوْ نَسِيَ الْقَاضِي قَضَاءَهُ وَلَا سِجْلَ لَهُ فَشْهَدَ عِنْدَهُ شَاهِدَانِ أَنَّكَ قَضَيْتَ بِكَذَا لِهَذَا عَلَى فُلَانٍ ، فَإِنْ تَذَكَّرَ أَمْضَاهُ ، وَإِنْ لَمْ يَتَذَكَّرْ فَلَا إِشْكَالَ أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَقْضِي بِذَلِكَ وَقِيلَ وَأَبُو يُوسُفَ كَذَلِكَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يُعْتَمَدُ وَيَقْضِي بِهِ وَهُوَ قَوْلُ أَحْمَدَ وَإِنِ أَبِي لَيْلَى .

قَوْلُهُ وَلَوْ تَذَكَّرَ مَجْلِسَ الشَّهَادَةِ دُونَ الشَّهَادَةِ لَا يَسَعُهُ أَنْ يَشْهَدَ

بِالْإِتِّفَاقِ وَقِيلَ لَا يَحِلُّ ذَلِكَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَشْهَدُ بِمَا لَمْ يُعَايِنَهُ إِلَّا فِي النَّسَبِ ، وَالْمَوْتِ ، وَالنِّكَاحِ ، وَالْدُّخُولِ وَوَلَايَةِ الْقَاضِي وَأَصْلُ الْوَقْفِ فَلَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهَا إِذَا أَخْبَرَهُ بِهَا مَنْ يَثِقُ بِهِ) ، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَا تَجُوزُ إِلَّا بِعِلْمٍ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ وَلَا يَتَحَقَّقُ الْعِلْمُ إِلَّا بِالشَّاهِدَةِ ، وَالْعِيَانِ أَوْ بِالْخَبَرِ الْمُتَوَاتِرِ وَلَمْ يُوجَدْ فَصَارَ كَالْبَيْعِ ، وَالْإِجَارَةِ بَلْ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْمَالِ أَخَفُّ مِنْ حُكْمِ النِّكَاحِ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يَحْكُمَ بِالتَّسَامُعِ ، وَالْحُكْمُ يَجِبُ بِمَا تَجِبُ بِهِ الشَّهَادَةُ وَلِهَذَا لَوْ فُسِّرَ لِلْقَاضِي لَا يَقْبَلُهُ وَجْهَ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ هَذِهِ الْأُمُورَ تَخْتَصُّ بِمُعَايِنَةِ أَسْبَابِهَا خَوَاصُّ مِنَ النَّاسِ وَيَتَعَلَّقُ بِهَا أَحْكَامٌ تَبْقَى عَلَى انْقِضَاءِ الْقُرُونِ وَانْقِرَاضِ الْأَعْصَارِ فَلَوْ لَمْ تُقْبَلْ فِيهَا بِالتَّسَامُعِ أَدَّى إِلَى الْحَرَجِ وَتَعْطِيلِ الْأَحْكَامِ وَلِأَنَّ الْأَسْبَابَ يَقْتَرِنُ بِهَا مَا تَشْتَبِهُ بِهِ ، فَإِنَّ النَّسَبَ يَشْتَبِهُ بِالتَّهْنِئَةِ وَنَسَبُهُ كُلُّ وَاحِدٍ إِلَى الْآخِرِ عِنْدَ الْمُخَاطَبَاتِ ، وَالْمُنَادَاةِ ، وَالْمَوْتِ بِالتَّعْزِيَةِ وَقِسْمَةِ التَّرَكَاتِ وَانْدِرَاسِ الْأَثَارِ ، وَالنِّكَاحِ بِالشُّهُودِ ، وَالْوَلَايَةِ ، وَالْدُّخُولِ بِتَعَلُّقِ أَحْكَامِ مَشْهُورَةٍ مِنَ الْمَهْرِ ، وَالنَّسَبِ ، وَالْعِدَّةِ وَثُبُوتِ الْإِحْصَانِ ، وَالْقَضَاءِ بِقِرَاءَةِ الْمُنْشُورِ وَاخْتِلَافِ الْخُصُومِ إِلَيْهِ وَازْدِحَامِهِمْ عَلَيْهِ فَزَلَّتْ الشُّهُورَةُ فِيهَا مَنْزِلَةُ الْعِيَانِ فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهَا الْمُشَاهَدَةُ بِخِلَافِ الْبَيْعِ ، وَالْهَبَةِ ، وَالْإِجَارَةِ وَأَمْثَالِهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَخْتَصُّ بِمُشَاهَدَةِ أَسْبَابِهَا الْخَوَاصُّ مِنَ النَّاسِ بَلْ يَحْضُرُهُ الْخَاصُّ ، وَالْعَامُّ .

وَبِهِ جَرَتْ الْعَادَةُ وَلِأَنَّ النَّاسَ قَاطِبَةً مُجْمِعُونَ عَلَى أَنَّهُمْ يَشْهَدُونَ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ بِالشُّهُورَةِ أَلَا تَرَى أَنَّا نَشْهَدُ أَنَّ

عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ تَزَوَّجَ فَاطِمَةَ وَدَخَلَ بِهَا وَشَرِيحًا كَانَ قَاضِيًا وَعُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ تَزَوَّجَ بِنْتُ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ وَلَوْ تَعَلَّقَتْ بِحَقِيقَةِ عِلْمِ النَّسَبِ أَدَّى إِلَى عَدَمِ الشَّهَادَةِ بِهَا أَصْلًا ؛ لِأَنَّ سَبَبَ النَّسَبِ الْعُلُوفُ وَلَا عِلْمٌ لِلْبَشَرِ فِيهِ وَسَبَبُ الْقَضَاءِ التَّوَلِيَةُ وَلَا يَحْضُرُهُ إِلَّا الْوَزِيرُ وَأَمْثَالُهُ وَكَذَا الدُّخُولُ لَا يَعْرِفُهُ إِلَّا الزَّوْجَانِ فَانْكَفَى فِي الْكُلِّ بِالْذَّلِيلِ الظَّاهِرِ ثُمَّ إِنَّمَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهَذِهِ بِالتَّوَاتُرِ أَوْ بِإِخْبَارِ مَنْ يَثِقُ بِهِ ، وَإِذَا رَأَى امْرَأَةً يَدْخُلُ عَلَيْهَا رَجُلٌ وَيَبْسِطَانِ ابْسَاطَ الْأَزْوَاجِ وَسَمِعَ مِنَ النَّاسِ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ جَازَ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُعَايِنِ عَقْدَ النِّكَاحِ وَكَذَا إِذَا رَأَى شَخْصًا جَالِسًا مَجْلِسَ الْحُكْمِ يَفْصِلُ الْخُصُومَاتِ جَازَ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ أَنَّهُ قَاضٍ قَالُوا وَفِي الْإِخْبَارِ يُشْتَرَطُ أَنْ يُخْبِرَهُ رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ وَهُوَ عُدُولٌ لِيَحْصُلَ لَهُ نَوْعُ عِلْمٍ أَوْ غَلْبَةُ ظَنٍّ وَقِيلَ فِي الْمَوْتِ يُكْتَفَى بِإِخْبَارِ وَاحِدٍ عَدْلٍ أَوْ وَاحِدَةٍ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَحَقَّقُ فِي مَوْضِعٍ لَيْسَ فِيهِ إِلَّا وَاحِدٌ بِخِلَافِ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَالِبَ فِيهَا أَنْ تَكُونَ بَيْنَ الْجَمَاعَةِ وَيُشْتَرَطُ فِي الْإِخْبَارِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ فِي غَيْرِ الْمَوْتِ وَفِي الْمَوْتِ لَا يُشْتَرَطُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْعَدَدُ فَكَذَا لَفْظُ الشَّهَادَةِ .

وَلَوْ لَمْ يَحْضُرِ الْمَوْتُ إِلَّا شَخْصٌ وَاحِدٌ وَأَرَادَ أَنْ يَشْهَدَ بِمَوْتِهِ عِنْدَ الْحَاكِمِ أَخْبَرَ بِذَلِكَ رَجُلًا عَدْلًا ثُمَّ يَشْهَدَانِ بِذَلِكَ عِنْدَ الْحَاكِمِ وَهُوَ مِنْ

أَعْجَبَ الْمَسَائِلَ ، وَلَوْ شَهِدَ أَنَّهُ حَضَرَ دَفْنَهُ فَهُوَ مُعَايَنَةٌ وَقَوْلُهُ وَأَصْلُ الْوَقْفِ يُحْتَرَزُ بِهِ مِنْ شَرَائِطِهِ ؛ لِأَنَّ أَصْلَهُ هُوَ الَّذِي يُشْتَهَرُ دُونَ شَرَائِطِهِ فَلَا يُقْبَلُ فِيهَا بِالتَّسَامُعِ وَذَكَرَ الْمَرْغِينَانِيُّ

رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ الْجِهَةِ بِأَنْ يَشْهَدُوا أَنَّهُ وَقَفَ عَلَى هَذَا الْمَسْجِدِ أَوْ الْفَقِيرِ أَوْ مَا أَشْبَهَهُ حَتَّى لَوْ لَمْ يَذْكُرُوا فِي شَهَادَتِهِمُ الْجِهَةَ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ ثُمَّ قَصُرُ السُّتْنَاءِ عَلَى هَذِهِ الْأَشْيَاءِ يَنْفِي عَتَبَارَ التَّسَامُعِ فِي الْوَلَاءِ ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْوَلَاءُ لِحِمَّةٍ كُلِّحِمَةٍ النَّسَبِ } وَلِأَنَّ الْحُكْمَ الْمُتَعَلِّقَ بِالْوَلَاءِ يَبْقَى بَعْدَ الْمَوْتِ كَالْحُكْمِ الْمُتَعَلِّقِ بِالنَّسَبِ فَلَوْ لَمْ يَجُزْ بِالتَّسَامُعِ لَتَعَطَّلَتِ الْأَحْكَامُ ، وَجْهٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّ الْعِتْقَ يَنْبَنِي عَلَى زَوَالِ الْمِلْكِ وَلَا بُدَّ فِيهِ مِنَ الْمُعَايَنَةِ فَكَذَا مَا يَنْبَنِي عَلَيْهِ وَذَكَرَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ أَنَّ الشَّهَادَةَ بِالْعِتْقِ لَا تُقْبَلُ بِالإِجْمَاعِ وَذَكَرَ الْحُلَوَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْخِلَافَ ثَابِتٌ فِيهِ أَيْضًا ثُمَّ يَنْبَغِي أَنْ لَا يُفْسَرَ أَنَّهُ يَشْهَدُ بِالتَّسَامُعِ فَلَوْ فُسِّرَ لَا يَقْبَلُهُ كَمُعَايَنَةٍ شَيْءٍ فِي يَدِ إِنْسَانٍ يُطْلَقُ لَهُ الشَّهَادَةُ ، وَإِذَا فُسِّرَ لَا تُقْبَلُ

الشرح

قَوْلُهُ : فِي الْمَمْنِ وَلَا يَشْهَدُ بِمَا لَمْ يُعَايَنَهُ

أَيَّ لَمْ يَقْطَعْ بِهِ مِنْ جِهَةِ الْمُعَايَنَةِ بِالْعَيْنِ أَوْ السَّمَاعِ كَمَا

قَوْلُهُ : فَلَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهَا إِذَا أَخْبَرَهُ بِهَا مَنْ يَتَّقَى بِهِ

مِنْ رَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ .

كَمَا

قَوْلُهُ : وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَا تَجُوزُ

أَيَّ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الْمُشَاهَدَةِ وَذَلِكَ بِالْعِلْمِ وَلَمْ يَحْصُلْ .

هَدَايَةٌ

قَوْلُهُ : وَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ تَزَوَّجَ بِنْتُ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ

وَأَسْمُهَا أُمُّ كُلْثُومٍ عَلَى أَرْبَعِينَ أَلْفَ دِرْهَمٍ ذَكَرَهُ الشَّارِحُ فِي آخِرِ بَابِ الْأَوْلِيَاءِ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ وَقَوْلُهُ بِنْتُ عَلِيٍّ أَيَّ مِنْ فَاطِمَةَ

قوله : وقيل في الموت يكتفي بإخبار واحد عدل أو واحدة

قَالَ الْأَنْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ الْقَاضِي الْإِمَامُ ظَهِيرُ الدِّينِ فِي نِكَاحِ فِتَاوَاهُ وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْمَوْتَ بِمَنْزِلَةِ النِّكَاحِ وَغَيْرِهِ لَا يَكْتَفِي فِيهِ بِشَهَادَةِ الْوَاحِدِ وَكُتِبَ أَيْضًا قَالَ الْكَمَالُ وَقِيلَ فِي الْمَوْتِ يَكْتَفِي بِإِخْبَارِ وَاحِدٍ عَدْلٍ أَوْ وَاحِدَةٍ وَهُوَ الْمُخْتَارُ فَقَوْلُهُ وَهُوَ الْمُخْتَارُ مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَهُ الْأَنْقَانِيُّ مِنَ التَّصْحِيحِ وَقَوْلُهُ : يَكْتَفِي بِإِخْبَارِ وَاحِدٍ عَدْلٍ أَوْ وَاحِدَةٍ ؛ لِأَنَّهُ قُلَّ مَا يُشَاهِدُ غَيْرَ الْوَاحِدِ إِذِ الْإِنْسَانُ يَهَابُهُ وَيَكْرَهُهُ فَيَكُونُ فِي اشْتِرَاطِ الْعَدَدِ بَعْضُ الْحَرَجِ وَلَا كَذَلِكَ النَّسَبُ وَالنِّكَاحُ .

هَدَايَةٌ

قوله : ويشتترط في الإخبار لفظ الشهادة

قَالَ الْكَمَالُ وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْإِخْبَارِ بِلَفْظَةِ الشَّهَادَةِ وَفِي الْمَوْتِ إِذَا قُلْنَا يَكْفِي الْوَاحِدُ لَا يُشْتَرَطُ لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ بِالِاتِّفَاقِ .

قوله : ولو لم يحضر الموت إلخ

قَالَ الْكَمَالُ فَإِذَا رَأَى وَاحِدٌ عَدْلٌ وَيَعْلَمُ أَنَّ الْقَاضِيَّ لَا يَقْضِي بِذَلِكَ وَهُوَ عَدْلٌ أَخْبَرَ

غَيْرُهُ ثُمَّ يَشْهَدَانِ بِمَوْتِهِ وَلَا بُدَّ أَنْ يَذْكُرَ ذَلِكَ الْمُخْبِرُ أَنَّهُ شَهِدَ مَوْتَهُ أَوْ جِنَازَتَهُ وَدَفَنَهُ حَتَّى يَشْهَدَ الْآخَرُ مَعَهُ وَكَذَا لَوْ جَاءَ خَبَرُ مَوْتِ رَجُلٍ وَصَنَعَ أَهْلُهُ مَا يُصْنَعُ بِالْمَوْتِ لَمْ يَسَعْ لِأَحَدٍ أَنْ يَشْهَدَ بِمَوْتِهِ إِلَّا إِنْ شَهِدَ مَوْتَهُ أَوْ سَمِعَ مِمَّنْ شَهِدَ بِذَلِكَ قَوْلُهُ : وَقَوْلُهُ وَأَصْلُ الْوَقْفِ (قَبُولُ شَهَادَةِ السَّمَاعِ فِي أَصْلِ الْوَقْفِ هُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَبِهِ أَخَذَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ وَهُوَ الْمُخْتَارُ شَرَحُ الْمَجْمَعِ لِلْمُصَنِّفِ فِي كِتَابِ الْوَقْفِ

قوله : يحترز به من شرائطه

قَالَ الْكَمَالُ وَلَيْسَ مَعْنَى الشُّرُوطِ أَنْ يُبَيِّنُوا الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ بَلْ أَنْ يَقُولَ يُبْدَأُ مِنْ غَلَّتْهَا بِكَذَا لِكَذَا وَالْبَاقِي كَذَا وَكَذَا وَفِي الْفَتَاوَى الصُّغْرَى فِي الْفَصْلِ الثَّانِي مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ إِذَا شَهِدُوا أَنَّ هَذَا وَقَفَ عَلَى كَذَا وَلَمْ يُبَيِّنُوا الْوَاقِفَ يَنْبَغِي أَنْ يَقْبَلَ وَنُصَّ عَنْ الشَّيْخِ الْإِمَامِ ظَهِيرِ الدِّينِ إِذَا لَمْ يَكُنْ الْوَقْفُ قَدِيمًا لَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْوَاقِفِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ فِي يَدِهِ شَيْءٌ سِوَى الرَّقِيقِ لَكَ أَنْ تَشْهَدَ أَنَّهُ لَهُ) ؛ لِأَنَّ الْيَدَ بِلَا مُنَازَعٍ أَقْصَى مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى الْمِلْكِ إِذْ لَا دَلِيلَ بِمَعْرِفَةِ الْمِلْكِ فِي حَقِّ الشَّاهِدِ سِوَى الْيَدِ بِلَا مُنَازَعٍ ؛ لِأَنَّ غَايَةَ مَا فِي الْبَابِ أَنْ يُعَايِنَ أَسْبَابَ الْمِلْكِ مِنَ الشَّرَاءِ وَغَيْرِهِ وَذَلِكَ رَاجِعٌ إِلَى الْيَدِ ؛ لِأَنَّ الْمُلْكَ تَبَتُّ مِلْكُهُ بِالْيَدِ بِلَا مُنَازَعٍ وَلَوْ لَا ذَلِكَ لَمَا صَحَّ التَّمْلِيكُ مِنْهُ مِنَ الْمُشْتَرِي فُتِبَتْ بِهِذَا أَنْ لَا دَلِيلَ عَلَى الْمِلْكِ سِوَى الْيَدِ فَكَانَ مُعْتَمِدُ الشَّاهِدِ الْيَدَ اعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ عِنْدَ تَعَدُّرِ الْوُقُوفِ عَلَى الْحَقِيقَةِ فَمَنْعُهُ الشَّهَادَةَ بِالْيَدِ يُؤَدِّي إِلَى سَدِّ بَابِهَا إِذْ لَا دَلِيلَ لِلشَّاهِدِ سِوَى الْيَدِ ، وَبَابُهَا مَفْتُوحٌ وَهِيَ مَشْرُوعَةٌ فَمَا يُؤَدِّي إِلَى انْتِفَائِهَا فَهُوَ الْمُنْتَفِي وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ أَنْ يَقَعَ فِي قَلْبِهِ أَنَّهُ لَهُ لِيَحْصُلَ لَهُ نَوْعٌ عِلْمٍ أَوْ غَلْبَةٌ ظَنٍّ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ بِلَا عِلْمٍ لَا تَجُوزُ لِمَا تَلَوْنَا وَرَوَيْنَا وَلِهَذَا قِيلَ لَوْ رَأَى ذُرَّةً ثَمِينَةً فِي يَدِ كَنَاسٍ أَوْ كِتَابًا فِي يَدِ جَاهِلٍ وَلَيْسَ فِي آبَائِهِ مَنْ هُوَ أَهْلٌ لِذَلِكَ لَا يَسَعُهُ أَنْ يَشْهَدَ لَهُ قَالُوا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا تَفْسِيرًا لِإِطْلَاقِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ وَسِعَكَ

أَنْ تَشْهَدَ أَنَّهُ لَهُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ دَلِيلُ الْمَلِكِ الْيَدُ مَعَ التَّصَرُّفِ وَبِهِ قَالَ الْخَصَّافُ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ مُتَوَعَّعَةً إِلَى مَلِكِ الْوَدِيعَةِ وَعَارِيَّةٍ وَإِجَارَةٍ وَرَهْنٍ فَلَا يَمْتَنَزُ إِلَّا بِالتَّصَرُّفِ فَلَنَا التَّصَرُّفُ أَيْضًا مُتَوَعَّعٌ إِلَى وَكَالَةٍ وَأَصَالَةٍ .
وَشَرَطُ النَّسْفِيِّ التَّصَرُّفَ مَعَ الْيَدِ وَأَنْ يَقَعَ فِي قَلْبِهِ أَنَّهُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الشَّهَادَةِ الْإِحَاطَةَ ، وَالتَّيَقُّنُ لِمَا بَيْنَنَا وَجَوَابُهُ أَنَّ الْعِلْمَ الْقَطْعِيَّ مُتَعَدِّرٌ فَيَشْتَرِطُ فِيهِ

غَايَةً مَا يُمَكِّنُ وَهُوَ الْيَدُ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَا يُعْرِفُ بِالذَّلِيلِ حَقِيقَةً ، وَإِنْ رَأَاهُ يَشْتَرِيهِ لِاحْتِمَالِ أَنَّ الْبَائِعَ لَا يَمْلِكُهُ فَيَكْتَفِي بِظَاهِرِ الْيَدِ تَيْسِيرًا إِذْ الْأَصْلُ أَنَّ تَكُونَ الْأَمْلَاقَ فِي يَدِ مُلَّاكِهَا ، وَكَيْفَ تَنْتَهَى فِي يَدِ غَيْرِهِ عَارِضٌ فَرَحَحْنَا بِالْأَصْلِ وَلِهَذَا يَقْضِي لَهُ الْقَاضِي بِالْيَدِ قَضَاءَ تَرْكِ ثُمَّ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ أَحَدُهَا أَنْ يُعَايِنَ الْمَالِكُ ، وَالْمَلِكُ بَأْنَ عَرَفَ الْمَالِكُ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ وَوَجْهِهِ وَعَرَفَ الْمَلِكُ بِحُدُودِهِ وَرَأَاهُ فِي يَدِهِ بَلَا مُنَازَعَةٍ أَحَدٌ ثُمَّ رَأَاهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ بَعْدُ حَازَ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ لِلأَوَّلِ بِالْمَلِكِ إِذَا ادَّعَاهُ بِنَاءً عَلَى يَدِهِ ، وَالثَّانِي أَنْ يُعَايِنَ الْمَلِكُ دُونَ الْمَالِكِ بَأْنَ عَايَنَ مُلْكًا بِحُدُودِهِ يُنْسَبُ إِلَى فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ وَهُوَ لَمْ يَعْرِفْهُ بِوَجْهِهِ وَنَسَبِهِ ثُمَّ جَاءَ الَّذِي يُنْسَبُ إِلَيْهِ الْمَلِكُ وَادَّعَى أَنَّ الْمَحْدُودَ مُلْكُهُ عَلَى شَخْصٍ حَلَّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ بِالتَّسَامُعِ فَصَارَ الْمَالِكُ مَعْلُومًا بِالتَّسَامُعِ ، وَالْمَلِكُ بِالْمُعَايَنَةِ وَلَوْ لَمْ يَسْمَعْ مِثْلَ هَذَا لَضَاعَ حُقُوقُ النَّاسِ ؛ لِأَنَّ فِيهِمُ الْمَحْجُوبَ وَمَنْ لَا يُبْرِزُ أَصْلًا وَلَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَرَاهُ مُتَصَرِّفًا فِيهِ وَلَيْسَ هَذَا إِبْثَاتُ الْمَلِكِ بِالتَّسَامُعِ ، وَإِنَّمَا هُوَ إِبْثَاتُ النَّسَبِ بِالتَّسَامُعِ وَفِي ضَمْنِهِ إِبْثَاتُ الْمَلِكِ بِهِ وَهُوَ لَا يَمْتَنِعُ ، وَإِنَّمَا يَمْتَنِعُ إِبْثَاتُهُ قَصْدًا .
وَالثَّلَاثُ أَنْ لَا يُعَايِنَ الْمَلِكُ وَلَا الْمَالِكُ وَلَكِنْ سَمِعَ مِنَ النَّاسِ أَنَّهُمْ قَالُوا لِفُلَانِ بْنِ فُلَانٍ ضَيْعَةٌ فِي قَرْيَةٍ كَذَا حُدُودُهَا كَذَا وَهُوَ لَا يَعْرِفُ تِلْكَ الضَّيْعَةَ وَلَمْ يُعَايِنَ يَدَهُ عَلَيْهَا لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ لَهُ بِالْمَلِكِ ، وَالرَّابِعُ أَنْ يُعَايِنَ الْمَالِكُ دُونَ الْمَلِكِ بَأْنَ عَرَفَ الرَّجُلَ مَعْرِفَةً تَامَةً وَسَمِعَ أَنَّ لَهُ فِي قَرْيَةٍ كَذَا

ضَيْعَةً وَهُوَ لَا يَعْرِفُ تِلْكَ الضَّيْعَةَ بَعِيْنَهَا لَا يَسَعُهُ أَنْ يَشْهَدَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ لَهُ الْعِلْمُ بِالْمَحْدُودِ وَهُوَ شَرَطُ لِلشَّهَادَةِ عَلَى مَا بَيْنَنَا وَقَوْلُهُ سَوَى الرَّقِيقِ إِيَّارَةً إِلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ فِي الرَّقِيقِ إِذَا رَأَاهُ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ لِلرَّقِيقِ يَدًا عَلَى نَفْسِهِ حَتَّى إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ حُرٌّ الْأَصْلُ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فَلَا يَثْبُتُ لغيرِهِ عَلَيْهِ يَدٌ عَلَى الْحَقِيقَةِ حَتَّى يُعْتَبَرَ لِإِطْلَاقِ الشَّهَادَةِ بِالْمَلِكِ وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يُعْتَبَرَ فِيهِ التَّصَرُّفُ وَهُوَ الْإِسْتِخْدَامُ لِإِطْلَاقِ الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ أَيْضًا يُسْتَعْدَمُ طَائِعًا كَالْعَبْدِ فَلَا يَصْلُحُ دَلِيلًا عَلَى الْمَلِكِ وَفِي الْكَافِي عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ فِي الرَّقِيقِ أَيْضًا وَفِي الْهَدَايَةِ جَعَلَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَوَجْهُهُ أَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمَلِكِ مُطْلَقًا أَلَّا تَرَى أَنَّ مَنْ ادَّعَى رَقِيقًا فِي يَدِ غَيْرِهِ وَدَوَّ الْيَدَ يَدَّعِيَهُ لِنَفْسِهِ كَانَ الْقَوْلُ لِدَى الْيَدِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ بِالْمَلِكِ وَهُوَ قِيَامُ يَدِهِ عَلَيْهِ هَذَا إِذَا كَانَ الرَّقِيقُ مُمَيَّزًا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ وَلَمْ يَعْرِفْ بِالرَّقِّ ، وَإِنْ كَانَ لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ أَوْ كَانَ مَعْرُوفًا بِالرَّقِّ حَازَ لَهُ الشَّهَادَةُ بِالْمَلِكِ إِذَا رَأَاهُ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ الرَّقِيقَ أَوْ الصَّغِيرَ الَّذِي لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ يَكُونُ فِي يَدِ غَيْرِهِ إِذْ لَا يَدَّ لَهُ عَلَى نَفْسِهِ فَصَارَ كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ فَسَّرَ لِلْقَاضِي أَنَّهُ يَشْهَدُ لَهُ بِالتَّسَامُعِ أَوْ بِمُعَايَنَةِ الْيَدِ لَا تُقْبَلُ) أَيُ فَسَّرَ لِلْقَاضِي أَنَّهُ يَشْهَدُ بِالتَّسَامُعِ فِي مَوْضِعٍ يَجُوزُ لَهُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ أَوْ فَسَّرَ أَنَّهُ يَشْهَدُ لَهُ بِالْمَلِكِ بِرُؤْيَيْهِ فِي يَدِهِ فِي مَوْضِعٍ يَجُوزُ لَهُ الشَّهَادَةُ بِرُؤْيَيْهِ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ التَّسَامُعَ أَوْ الرُّؤْيَةَ فِي الْيَدِ

مُحَوَّزٌ لِلشَّهَادَةِ بِالْمَلِكِ ، وَالْقَاضِي يُلْزَمُهُ الْقَضَاءُ بِالْمَلِكِ بِالشَّهَادَةِ إِذَا كَانَتْ عَنْ عِيَانٍ وَمُشَاهَدَةٍ أَوْ إِطْلَاقٍ لِاحْتِمَالِ الْمُشَاهَدَةِ فَيَحْمِلُ عَلَيْهِ أَمَّا إِذَا كَانَتْ عَنْ تَسَامُعٍ أَوْ رُؤْيَةٍ فِي يَدِهِ فَلَا يَزِيدُهُ عِلْمًا فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَحْكُمَ بِهَا أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَحْكُمَ بِسَمَاعِ نَفْسِهِ وَلَوْ تَوَاتَرَ عَنْدَهُ وَلَا بِرُؤْيَةٍ نَفْسِهِ فِي يَدِ إِنْسَانٍ فَأُولَئِكَ أَنْ لَا يَجُوزَ بِسَمَاعِ غَيْرِهِ أَوْ بِرُؤْيَةٍ غَيْرِهِ ، وَهَذَا لِأَنَّ الْقَضَاءَ يَجِبُ بِمَا تَجِبُ بِهِ الشَّهَادَةُ وَفِيمَا لَا تَجِبُ لَا يَجِبُ فَكَذَا يَتَّبَعِي أَنْ لَا تَحْجُزَ الشَّهَادَةُ فِيمَا لَا يَجُوزُ الْقَضَاءُ بِهِ إِلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَّا فِي الْمَوَاضِعِ الَّتِي تَقَدَّمَ ذِكْرُهَا لِلضَّرُورَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا وَبَقِيَ الْقَضَاءُ عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِنْ شَهِدَ أَنَّهُ حَصَرَ دَفْنَ فُلَانٍ أَوْ صَلَّى عَلَى جَنَازَتِهِ فَهُوَ مُعَايَنَةٌ حَتَّى لَوْ

فَسَرَّ لِلْقَاضِي قَبْلَ (؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَشْهَدْ إِلَّا بِمَا عَلِمَ فَوَجَبَ قَبُولُهَا لِدُخُولِهِ تَحْتَ قَوْلِهِ تَعَالَى { إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ } وَقَالَ تَعَالَى { وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا } وَاللَّهُ أَعْلَمُ

الشرح

قَوْلُهُ : فِي الْمَثْنِ وَمَنْ فِي يَدِهِ شَيْءٌ سِوَى الرَّفِيقِ لَكَ أَنْ تَشْهَدَ الْخ

قَالَ الْإِمَامُ قَاضِي خَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي فَتَاوِيهِ فِي كِتَابِ الشَّهَادَاتِ فِي فَصْلِ فِي الشَّاهِدِ يَشْهَدُ بَعْدَمَا أَخْبَرَ بِزَوَالِ الْحَقِّ وَفِي الْمُتَّقَى إِذَا رَأَيْتَ فِي يَدِ رَجُلٍ مَتَاعًا أَوْ دَارًا وَوَقَعَ فِي قَلْبِكَ أَنَّهُ لَهُ ثُمَّ رَأَيْتَ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ وَسِعَكَ أَنْ تَشْهَدَ أَنَّهُ لِلْأَوَّلِ ، وَإِنْ لَمْ يَقَعْ فِي قَلْبِكَ حِينَ رَأَيْتَهُ أَنَّهُ لِلْأَوَّلِ لَمْ يَسَعْ أَنْ تَشْهَدَ لَهُ بِرُؤْيَيْكَ إِيَّاهُ فِي يَدِهِ ، وَإِنْ رَأَيْتَهُ فِي يَدِهِ فَوَقَعَ فِي قَلْبِكَ أَنَّهُ لَهُ ثُمَّ رَأَيْتَهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ فَأَرَدْتَ أَنْ تَشْهَدَ أَنَّهُ لَهُ فَشْهَدَ عِنْدَكَ شَاهِدًا عَدْلًا أَنَّهُ لِلَّذِي فِي يَدِهِ الْيَوْمَ كَانَ هُوَ أَوْدَعَهُ لِلْأَوَّلِ بِحَضْرَتِهِمَا لَمْ يَسَعْ أَنْ تَشْهَدَ أَنَّهُ لِلْأَوَّلِ ، فَإِنْ شَهِدَ بِهِ عَدْلٌ وَاحِدٌ وَسِعَكَ أَنْ تَشْهَدَ أَنَّهُ لِلْأَوَّلِ قَالَ ؛ لِأَنَّ عِنْدَ شَهَادَةِ الشَّاهِدَيْنِ يَقَعُ فِي قَلْبِهِ أَنَّهُ لَيْسَ لِلْأَوَّلِ فَلَا يَحِلُّ أَنْ يَشْهَدَ أَنَّهُ لِلْأَوَّلِ بِخِلَافِ مَا إِذَا شَهِدَ بِهِ عَدْلٌ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّ بِشَهَادَةِ الْوَاحِدِ لَا يَزُولُ مَا كَانَ فِي قَلْبِكَ أَنَّهُ لِلْأَوَّلِ فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَمْتَنِعَ عَنِ الشَّهَادَةِ إِلَّا أَنْ يَقَعْ فِي قَلْبِكَ أَنَّ هَذَا الْوَاحِدَ صَادِقٌ فَإِذَا وَقَعَ فِي قَلْبِكَ ذَلِكَ لَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَشْهَدَ أَنَّهُ لِلْأَوَّلِ .

وَذَكَرَ فِي الْمُتَّقَى أَنَّهُ إِذَا رَأَى شَيْئًا فِي يَدِ إِنْسَانٍ وَوَقَعَ فِي قَلْبِهِ أَنَّهُ لَهُ حَلٌّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِأَنَّهُ لَهُ وَذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ إِذَا رَأَى مَتَاعًا أَوْ دَارًا فِي يَدِ إِنْسَانٍ ثُمَّ رَأَاهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ حَلٌّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ أَنَّهُ لِلْأَوَّلِ وَلَمْ يَذْكُرْ وَقَعَ فِي قَلْبِهِ أَنَّهُ لَهُ وَلَمْ يَذْكُرْ التَّصَرُّفَ مَعَ الْيَدِ وَالصَّحِيحُ مَا ذَكَرَ فِي الْمُتَّقَى ؛ لِأَنَّ الْيَدَ مُحْتَمَلَةٌ وَكَذَا التَّصَرُّفُ فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ مَا لَمْ يَقَعْ فِي قَلْبِهِ

أَنَّهُ لَهُ وَكَتَبَ أَيْضًا قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي فَتَاوِيهِ فِي كِتَابِ الدَّعْوَى : وَإِذَا ادَّعَى الْمُدَّعِي دَارًا وَشَهِدَ شُهُودُهُ أَنَّ فُلَانًا وَهَبَهَا لَهُ وَقَبَضَهَا أَوْ بَاعَهَا مِنْهُ وَلَا يَحْتَاجَانِ إِلَى أَنْ يَقُولَا بَاعَ وَهُوَ يَمْلِكُهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمْ بِقَبْضِ الْمُدَّعِي الدَّارَ مِنَ الْوَاهِبِ وَالْبَائِعِ شَهَادَةٌ مِنْهُمْ أَنَّ الدَّارَ كَانَتْ فِي يَدِ الْوَاهِبِ وَالْبَائِعِ فِيمَا مَضَى وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّ فُلَانًا وَهَبَ الدَّارَ مِنَ الْمُدَّعِي وَالدَّارُ كَانَتْ فِي يَدِهِ يَوْمَ الْهَبَةِ أَوْ بَاعَ وَالدَّارُ كَانَتْ فِي يَدِهِ يَوْمَ الْبَيْعِ تُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ وَيُقْضَى بِهَا لِلْمُدَّعِي ؛ لِأَنَّهُمْ إِنْ لَمْ يَشْهَدُوا بِالْمِلْكِ لِلْوَاهِبِ وَالْبَائِعِ نَصًّا فَقَدْ شَهِدُوا لَهُ بِالْمِلْكِ حُكْمًا ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ بِالْيَدِ عِنْدَ سَبَبِ الْمِلْكِ جُعِلَ دَلَالَةً عَلَى الْمِلْكِ حُكْمًا ؛ لِأَنَّ الْأَمْلَاقَ لَا تُعْرَفُ إِلَّا بِهَا وَلِهَذَا قَالُوا مَنْ رَأَى عَيْنًا فِي يَدِ إِنْسَانٍ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِالْمِلْكِ بِمَجَرَّدِ الْيَدِ وَلَوْ رَأَاهُ يَتَصَرَّفُ فِيهِ تَصَرَّفَ الْمُلْكِ حَلٌّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِالْمِلْكِ لِهَذَا قَوْلُهُ : جَازَ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ لِلْأَوَّلِ بِالْمِلْكِ إِذَا ادَّعَاهُ بِنَاءً عَلَى يَدِهِ (وَظَهَرَ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْمِلْكِ الْمَمْلُوكُ .

فَتَحْ

قَوْلُهُ حَلَّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ اسْتِحْسَانًا

وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِي الْمَشْهُودِ بِهِ تَمْنَعُ جَوَازَ الشَّهَادَةِ فَكَذَا فِي الْمَشْهُودِ لَهُ .

فَتَحُّ

قَوْلُهُ : لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ إِلَّا

؛ لِأَنَّهُ مُجَازِفٌ فِي هَذِهِ الشَّهَادَةِ .

فَتَحُّ

قَوْلُهُ : فِي الْمَنْ ، وَإِنْ فُسِّرَ لِلْقَاضِي أَنَّهُ يَشْهَدُ لَهُ بِالتَّسَامُعِ أَوْ بِمُعَايِنَةِ الْيَدِ لَا تُقْبَلُ

قَالَ قَاضِي خَانَ فِي فِتَاوِيهِ وَلَوْ شَهِدُوا بِالْمَلِكِ وَقَالُوا شَهِدْنَا ؛ لِأَنَّا رَأَيْنَاهُ فِي يَدِهِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ .

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَعْمَى) وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ قَبْلَ فِيمَا يَجْرِي فِيهِ التَّسَامُعُ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ؛ لِأَنَّهُ يُسَاوِي الْبَصِيرَ فِي السَّمْعِ إِذَا خَلَلَ فِي سَمْعِهِ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ : يَجُوزُ إِذَا كَانَ بَصِيرًا وَقَتَ التَّحْمُلِ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْمُعَايِنَةِ وَهُوَ الْعِلْمُ ، وَالْأَدَاءُ يَخْتَصُّ بِالْقَوْلِ وَلِسَانُهُ صَحِيحٌ فَصِيحٌ ، وَالتَّعْرِيفُ يَحْصُلُ بِالنَّسَبَةِ كَمَا فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الْمَيِّتِ وَفِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ لَا خَلَلَ فِي حِفْظِهِ وَلَمْ يَفُتْ فِي حَقِّهِ إِلَّا الْإِشَارَةُ وَذِكْرُ الْأَسْمِ يَقُومُ مَقَامَهَا عِنْدَ تَعَذُّرِهَا كَمَا فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الْمَيِّتِ وَقَالَ مَالِكٌ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ مُطْلَقًا كَالْبَصِيرِ وَلَنَا أَنَّ الْأَدَاءَ يَفْتَقِرُ إِلَى التَّمْيِيزِ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا إِلَّا بِالنَّعْمَةِ فَيُخَشَى عَلَيْهِ التَّلَقُّينُ مِنَ الْخَصْمِ إِذَا النَّعْمَةُ تُشَبِّهُ النَّعْمَةَ وَرَبَّمَا يُشَارِكُهُ غَيْرُهُ فِي الْأَسْمِ ، وَالنَّسَبُ فَكَانَ فِيهِ شُبُهَةٌ وَهَذِهِ الشُّبُهَةُ يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ عَنْهَا بِحَبْسِ الشُّهُودِ ، وَالنَّسَبَةُ لِتَعْرِيفِ الْعَائِبِ دُونَ الْحَاضِرِ فَصَارَ كَالْحُدُودِ ، وَالْقِصَاصِ بِخِلَافِ وَطْءِ امْرَأَتِهِ حَيْثُ يَجُوزُ لَهُ مَعَ هَذِهِ الشُّبُهَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ عَنْهُ وَفِيهِ ضَرُورَةٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى افْتِضَاءِ الشُّهُوةِ وَبَقَاءِ النَّسْلِ وَلِأَنَّهُ يُقْبَلُ فِيهِ خَبَرُ الْوَاحِدِ فَيَعْتَمَدُ عَلَى خَبَرِ الْمَرْأَةِ وَكَذَا إِذَا عَمِيَ بَعْدَ الْأَدَاءِ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا ؛ لِأَنَّ قِيَامَ الْأَهْلِيَّةِ شَرْطٌ وَقَتَ الْقَضَاءِ لِتَصِيرِ حُجَّةٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا خَرَسَ أَوْ جُنَّ أَوْ فَسَقَ أَوْ ارْتَدَّ ، وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ تَعَالَى بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتُوا أَوْ غَابُوا ؛ لِأَنَّ الْأَهْلِيَّةَ تَنْتَهِي بِالْمَوْتِ وَالْغَيْبَةِ بَاقِيَةً عَلَى حَالِهَا

الشرح

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لَمَّا ذَكَرَ مَا تُسْمَعُ فِيهِ الشَّهَادَةُ وَمَا لَا تُسْمَعُ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَنْ تُسْمَعُ مِنْهُ الشَّهَادَةُ وَمَنْ لَا تُسْمَعُ إِلَّا أَنَّهُ قَدَّمَ الْأَوَّلَ ؛ لِأَنَّ الْمَحَلَّ شَرْطُ وَالشَّرْطُ مُقَدَّمٌ كَالطَّهَارَةِ فِي الصَّلَاةِ .

أَتَقَانِي وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَمَالُ وَآخَرَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَحَالَ شُرُوطٌ وَالشَّرْطُ غَيْرُ مَقْصُودٍ لِذَاتِهِ وَالْأَصْلُ أَنَّ التُّهْمَةَ تُبْطِلُ الشَّهَادَةَ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { لَا شَهَادَةَ لِمُتَّهِمٍ } وَالتُّهْمَةُ تَنْبُتُ مَرَّةً بَعْدَ الْعَدَالَةِ وَمَرَّةً بَعْدَ التَّمْيِيزِ مَعَ قِيَامِ الْعَدَالَةِ .

قوله في المتن ولا تقبل شهادة الأعمى

أَيُّ مُطْلَقًا سَوَاءٌ عَمِيَ قَبْلَ التَّحْمِلِ أَوْ بَعْدَهُ فِيمَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ فِيهِ بِالتَّسَامُعِ أَوْ لَا تَجُوزُ .

فَتَحَّ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَتَقَانِي أَعْلَمَ أَنَّ شَهَادَةَ الْأَعْمَى لَا تَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ سَوَاءً كَانَ بَصِيرًا عِنْدَ تَحْمِيلِ الشَّهَادَةِ أَعْمَى عِنْدَ الْأَدَاءِ أَوْ أَعْمَى فِي الْحَالَيْنِ .

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ إِذَا كَانَ بَصِيرًا عِنْدَ التَّحْمِيلِ أَعْمَى عِنْدَ الشَّهَادَةِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي غَيْرِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ وَأَبْنِ أَبِي لَيْلَى كَذَا ذَكَرَ الْخِلَافُ فِي الْمُخْتَصَرِ وَالْحَضَرِ وَكَذَا ذَكَرَ خِلَافَ أَبِي يُوسُفَ فِي أَدَبِ الْقَاضِي وَفِي الْأَسْرَارِ وَلَكِنْ ذَكَرَ شَمْسُ الْأَثَمَةِ فِي شَرْحِ أَدَبِ الْقَاضِي خِلَافَ أَبِي يُوسُفَ كَذَلِكَ وَذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي يُوسُفَ وَلَمْ يَذْكُرِ الْقُدُورِيُّ خِلَافَ أَبِي يُوسُفَ بَلْ ذَكَرَ الْمَسْأَلَةَ بَلَا خِلَافٍ كَمَا تَرَى وَلَكِنْ قَالَ فِي الْكِتَابِ الْمُسَمَّى بِالتَّقْرِيبِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ وَزُفَرٌ إِذَا تَحْمَلَ الشَّهَادَةَ وَهُوَ بَصِيرٌ ثُمَّ عَمِيَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ تُقْبَلُ إِلَى هُنَا لَفْظُ التَّقْرِيبِ ثُمَّ قَالَ فِيهِ وَقَدْ ذَكَرَ ابْنُ

شُجَاعٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرٌ جَوَازَ شَهَادَةِ الْأَعْمَى فِي النَّسَبِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَقَعُ بِالِاسْتِفَاضَةِ وَلَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى نَظَرٍ وَمُعَايَنَةٍ كَذَا فِي التَّقْرِيبِ وَقَالَ فِي الْأَسْرَارِ وَعِنْدَ زُفَرٍ يَجُوزُ شَهَادَةُ الْأَعْمَى فِيمَا تَجُوزُ فِيهِ الشَّهَادَةُ بِالِاسْتِفَاضَةِ كَالنَّسَبِ وَالْمَوْتِ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ كَذَا فِي الْأَسْرَارِ

(فَرَعٌ لَطِيفٌ) قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي أَوَاخِرِ الْفَصْلِ الثَّالِثِ مِنْ كِتَابِ أَدَبِ الْقَاضِي مَا نَصَّهُ وَلَوْ شَهِدَ ذِمِّيٌّ عَلَى ذِمِّيٍّ وَلَمْ يُنْفَذْ الْحَاكِمُ الشَّهَادَةَ حَتَّى أَسْلَمَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ فَالشَّهَادَةُ تُبْطَلُ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَصِيرُ حُجَّةً عِنْدَ اتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهَا وَعِنْدَ اتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهَا الشَّاهِدُ كَافِرٌ وَالْمَشْهُودُ عَلَيْهِ مُسْلِمٌ فَلَا تَصِيرُ حُجَّةً ، وَإِنْ أَسْلَمَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ بَعْدَ الْحُكْمِ فَالْحُكْمُ مَاضٍ عَلَيْهِ وَيُؤْخَذُ بِالْحَقُوقِ كُلِّهَا إِلَّا الْحُدُودَ ؛ لِأَنَّ الْإِمْضَاءَ فِي بَابِ الْحُدُودِ مِنَ الْقَضَاءِ فَصَارَ الْإِسْلَامُ قَبْلَ الْإِمْضَاءِ كَالْإِسْلَامِ قَبْلَ الْقَضَاءِ وَكَذَا الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ وَفِيمَا دُونَ النَّفْسِ لَا يُنْفَذُ الْقَاضِي اسْتِحْسَانًا لِمَا قُلْنَا وَقَدْ ذَكَرَ الْوَلَوَالِجِيُّ بَعْدَ هَذَا فَوَائِدَ حَمَّةَ فَلْتَنْظُرْ ثَمَّةَ قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ قَبِيلُ الْفَصْلِ الرَّابِعِ مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ : نَصَرَانِيَانِ شَهِدَا عَلَى نَصْرَانِيٍّ بِقَطْعِ يَدٍ أَوْ قِصَاصٍ ثُمَّ أَسْلَمَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ بَعْدَ الْقَضَاءِ بَطَلَتْ ؛ لِأَنَّ الْإِمْضَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي الْعُقُوبَاتِ

قوله : وكذا إذا عَمِيَ بَعْدَ الْأَدَاءِ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا ؛ لِأَنَّ قِيَامَ الْأَهْلِيَّةِ شَرْطُ الْخ

قَالَ الْأَنْقَانِيُّ عَلِمَ أَنَّ الشَّاهِدَ إِذَا عَمِيَ أَوْ خَرَسَ بَعْدَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا لَمْ يَجْزِ الْحُكْمُ بِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ كَذَا

ذَكَرَ الْخَصَافُ الْخِلَافَ فِي آدَبِ الْقَاضِي وَذَكَرَ قَوْلَ الشَّافِعِيِّ مَعَ أَبِي يُوسُفَ فِي الْأَسْرَارِ وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ مَعْنَى طَرَأَ بَعْدَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ فَلَا يُمْنَعُ الْحُكْمُ بِهَا كَمَا لَوْ مَاتَ الشَّاهِدَانِ بَعْدَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ أَوْ غَابَا أَوْ جُنَّا أَوْ عَمِيََا بَعْدَ الْحُكْمِ بِهَا وَكُتِبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَافِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْمَبْسُوطِ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْآخَرَسِ ؛ لِأَنَّ الْأَدَاءَ يَخْتَصُّ بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ بِإِجْمَاعِ الْفُقَهَاءِ حَتَّى لَوْ قَالَ أَنَا أُخْبِرُ أَوْ أَعْلَمُ أَوْ أَتَيْقِنُ لَا يُقْبَلُ وَلَفْظَةُ الشَّهَادَةِ لَا تَتَحَقَّقُ مِنَ الْآخَرَسِ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي قَوْلِ وَمَالِكٍ وَأَحْمَدُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْأَصَحِّ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ إِذَا كَانَ لَهُ إِشَارَةٌ مَفْهُومَةٌ ؛ لِأَنَّ إِشَارَتَهُ حِينَئِذٍ كَتَرَجْمَةِ لَفْظِ الشَّهَادَةِ بِلِسَانٍ آخَرَ وَقُلْنَا فِي إِشَارَتِهِ تَهْمَةٌ وَيُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهَا بِحَبْسِ الشُّهُودِ كَمَا فِي الْأَعْمَى .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (، وَالْمَمْلُوكُ ، وَالصَّبِيُّ) ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ لِمَا فِيهَا مِنَ الْإِزَامِ الْغَيْرِ وَلَيْسَ مَعْنَى الْوِلَايَةِ سِوَى هَذَا ، وَالْأَصْلُ وَِلَايَةُ الْمَرْءِ عَلَى نَفْسِهِ وَلَا وَِلَايَةَ لَهُمَا عَلَى أَنْفُسِهِمَا فَأُولَئِكَ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُمَا الْوِلَايَةُ عَلَى الْغَيْرِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (إِلَّا أَنْ يَتَحَمَّلَا فِي الرَّقِّ ، وَالصَّغَرِ وَأَدْبَا بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ ، وَالْبُلُوغِ) ؛ لِأَنَّهُمَا أَهْلٌ لِلتَّحَمُّلِ ؛ لِأَنَّ التَّحَمُّلَ بِالمُشَاهَدَةِ ، وَالسَّمَاعَ وَيَبْقَى إِلَى وَقْتِ الْأَدَاءِ بِالضَّبْطِ وَهُمَا لَا يُتَافَيَانِ ذَلِكَ وَعِنْدَ الْأَدَاءِ هُمَا أَهْلٌ لِلشَّهَادَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (، وَالْمَحْدُودُ فِي قَدْفٍ ، وَإِنْ تَابَ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ } وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ إِذَا تَابَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا } ، وَالِاسْتِنَاءُ إِذَا تَعَقَّبَ جُمْلَةً بَعْضُهَا مَعْطُوفَةٌ عَلَى بَعْضٍ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكُلِّ كَقَوْلِ الْقَائِلِ : امْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَعَبْدُهُ حُرٌّ وَعَلَيْهِ حَجَّةٌ إِلَّا أَنْ يَدْخُلَ الدَّارَ فَهُوَ مُنْصَرِفٌ إِلَى جَمِيعٍ مَا تَقَدَّمَ وَلِأَنَّ هَذَا اقْتِرَاءٌ عَلَى عَبْدٍ مِنْ عِبَادِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَالِافْتِرَاءُ عَلَى اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ كُفْرٌ لَا يُوجِبُ رَدَّ الشَّهَادَةِ عَلَى التَّائِبِ بَلْ إِذَا أَسْلَمَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فَهَذَا أَوْلَى .

وَلِأَنَّهُ لَوْ تَابَ قَبْلَ إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَلَا جَائِزَ أَنْ تَكُونَ إِقَامَةُ الْحَدِّ عَلَيْهِ هِيَ الْمَوْجِبَةُ لِرَدِّ الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ الْغَيْرَ بِهِ وَهُوَ مُطَهَّرٌ أَيْضًا فَلَا يَصْلُحُ مَنَاطًا لِرَدِّ الشَّهَادَةِ فَتَعَيَّنَ الرَّدُّ لِمُسْقِفِهِ وَلَنَا مَا تَلَوْنَا وَوَجْهُهُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى رَدَّ شَهَادَتَهُ عَلَى التَّائِبِ فَمَنْ قَالَ هُوَ مُؤَقَّتٌ إِلَى وُجُودِ التَّوْبَةِ يَكُونُ رَدًّا لِمَا اقْتَضَاهُ النَّصُّ فَيَكُونُ مَرْدُودًا ، وَالْقِيَاسُ عَلَى

الْكُفْرِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْجَرَائِمِ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ الْمُخَالَفَ لِلنَّصِّ لَا يَصِحُّ وَلِأَنَّ رَدَّ الشَّهَادَةِ مَعْطُوفٌ عَلَى الْجُمْلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ وَهِيَ حَدٌّ فَكَذَا هَذَا فَصَارَ مِنْ تَمَامِ الْحَدِّ إِذْ الْعُطْفُ لِلِاشْتِرَاكِ وَتَغَايُرُهُمَا بِالْأَمْرِ ، وَالنَّهْيِ لَا يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ كَقَوْلِهِمْ : اجْلِسْ وَلَا تَتَكَلَّمْ فَكَانَ الْكُلُّ جَزَاءً جَزَائِمَتِهِ وَلَا تُسَلَّمُ أَنَّ الْجُمْلَةَ الْآخِرَةَ مَعْطُوفَةٌ عَلَى مَا قَبْلَهَا ؛ لِأَنَّ مَا قَبْلَهَا حُدُودٌ وَلِهَذَا أَمَرَ الْأَثَمَةُ بِهِ وَقَوْلُهُ { وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ } لَيْسَ بِحَدٍّ ، وَإِنَّمَا هُوَ إِخْبَارٌ عَنْ وَصْفٍ قَامَ بِالذَّاتِ فَلَا يَصْلُحُ حَدًّا ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ يَقَعُ بِفِعْلِ الْأَثَمَةِ لَا بِوَصْفٍ قَائِمٍ بِالذَّاتِ فَلَا يَنْصَرِفُ الْإِسْتِنَاءُ إِلَى الْجَمِيعِ ، وَلَوْ انْصَرَفَ لَبُطِلَ الْحَدُّ وَلَمْ يَقُلْ بِهِ أَحَدٌ فَتَبَيَّنَ بِهَذَا أَنَّ الْوَاوَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى { وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ } وَأَوْ نَظْمٌ لَا وَأَوْ عُطْفٌ فَيَكُونُ مُنْقَطِعًا عَنِ الْأَوَّلِ فَيَنْصَرِفُ الْإِسْتِنَاءُ إِلَى مَا يَلِيهِ ضَرُورَةً كَقَوْلِهِ تَعَالَى { وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ } .

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَصْلُحُ جَزَاءً لِجَزَائِمَتِهِ ، وَالْجُلْدُ وَرَدُّ الشَّهَادَةِ يَصْلُحَانِ جَزَاءً ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُؤَلِّمٌ زَاجِرٌ عَنْ ارْتِكَابِ هَذِهِ الْجَرِيمَةِ ، فَصَارَ رَدُّ الشَّهَادَةِ قَطْعًا لِلآلَةِ الْجَانِبَةِ مَعْنَى وَهِيَ اللَّسَانُ كَقَطْعِ الْيَدِ حَقِيقَةً فِي السَّرِقَةِ فَصَارَ الرَّدُّ مِنْ تَمَامِ الْحَدِّ ، وَالْحَدُّ لَا يَرْفَعُ بِالتَّوْبَةِ ،

فَإِذَا لَمْ تَكُنْ الْوَائِلَ لِلْعُطْفِ لَا يَنْصَرِفُ إِلَّا بِإِذْنِهِ إِلَى الْجَمِيعِ بِخِلَافِ مَا ذَكَرَ مِنَ الْمَثَالِ ؛ لِأَنَّ الْوَائِلَ فِيهِ لِلْعُطْفِ أَلَّا تَرَى أَنَّ كُلَّهَا جُمْلٌ
إِنْشَائِيَّةٌ فَيَتَوَقَّفُ كُلُّهَا عَلَى آخِرِهَا حَتَّى إِذَا وَجِدَ الْمَعْيُرَ فِي الْأَحْيَرِ تَغَيَّرَ الْكُلُّ ، وَالْقِيَاسُ عَلَى الْكُفْرِ وَغَيْرِهِ مُمْتَنِعٌ لِفَقْدِ شَرْطِهِ وَهُوَ أَنَّ لَا
يَكُونُ فِي الْفُرْعِ نَصٌّ

يُمْكِنُ الْعَمَلُ بِهِ وَهُنَا نَصٌّ عَلَى التَّأْيِيدِ فَكَيْفَ يُمْكِنُ الْقِيَاسُ عَلَيْهِ وَلَا جَائِزٌ أَنْ يَكُونَ رَدُّ شَهَادَتِهِ لِفُسْقِهِ ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالنَّصِّ فِي خَبَرِ الْفَاسِقِ
هُوَ التَّوَقُّفُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا } لَا الرَّدُّ وَلَئِنَّهُ لَوْ كَانَ الرَّدُّ لِأَجْلِ فُسْقِهِ لَلَزِمَ عَطْفُ الْعِلَّةِ عَلَى حُكْمِهَا وَهُوَ لَا
يَجُوزُ فَتَبَيَّنَ بِهَذَا أَنَّ رَدَّ الشَّهَادَةِ لِأَجْلِ أَنَّهُ حَدٌّ لَا لِلْفُسْقِ وَلِهَذَا لَوْ أَقَامَ أَرْبَعَةٌ بَعْدَ مَا حَدَّ عَلَى أَنَّهُ زَنَى تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بَعْدَ التَّوْبَةِ فِي الصَّحِيحِ ؛
لَأنَّهُ بَعْدَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لَا يُحَدُّ فَكَذَا لَا تُرَدُّ شَهَادَتُهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (إِلَّا أَنْ يُحَدَّ الْكَافِرُ فِي قَدْفٍ ثُمَّ أَسْلَمَ) ، فَإِنَّهُ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بَعْدَ الْإِسْلَامِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ اسْتَفَادَهَا بَعْدَ الْحَدِّ بِالْإِسْلَامِ فَلَمْ
يَلْحَقْهَا رَدٌّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ رُدَّتْ غَيْرُ هَذِهِ أَلَّا تَرَى أَنَّ الْمَرْدُودَةَ لَا تُقْبَلُ عَلَى الْمُسْلِمِ وَهَذِهِ تُقْبَلُ فَبَرَدَ الْأَوَّلَى لَا تَرْتَدُّ الثَّانِيَةُ بِخِلَافِ الْعَبْدِ إِذَا حَدَّ
ثُمَّ أُعْتِقَ حَيْثُ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَهَادَةٌ عَلَى أَحَدٍ وَقَدْ جُلِدَ فَلَمْ يَتِمَّ الرَّدُّ إِلَّا بَعْدَ الْإِعْتِقَاقِ فِي حَقِّهِ فَلَا يُتَصَوَّرُ قَبُولُهَا مِنْ
غَيْرِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْمَقْدُوفِ أَنَّهُ زَنَى عَلَى مَا مَرَّ ، وَهَذَا لِأَنَّ الرَّدَّ مِنْ تَمَتُّعِ الْحَدِّ فِي الْكَافِرِ تَمَّ فِي حَالِ كُفْرِهِ وَفِي الْعَبْدِ لَمْ يَتِمَّ إِلَّا بَعْدَ
الْحُرِّيَّةِ ، وَلَوْ ضُرِبَ الذَّمِّيُّ فِي حَدِّ الْقَذْفِ سَوْطًا فَأَسْلَمَ ثُمَّ ضُرِبَ الْبَاقِي بَعْدَ الْإِسْلَامِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّ رَدَّ الشَّهَادَةِ مِنْ تَمَامِ الْحَدِّ ،
وَالْمَوْجُودُ بَعْدَ الْإِسْلَامِ لَيْسَ بِحَدٍّ بَلْ هُوَ بَعْضُهُ فَلَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ رَدُّ الشَّهَادَةِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَنَّهُ إِذَا ضُرِبَ السَّوْطُ الْأَخِيرُ
بَعْدَ الْإِسْلَامِ لَا

تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ إِذَا تَعَلَّقَ بِعِلَّةٍ ذَاتِ أَجْزَاءٍ تَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِالْأَجْزَاءِ الْأَخِيرِ لِمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ وَعَنْهُ أَنَّهُ إِذَا ضُرِبَ الْأَكْثَرُ بَعْدَ
الْإِسْلَامِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ، وَإِنْ كَانَ دُونَ ذَلِكَ تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الْكُلِّ .

وَفِي الْمُبْسُوطِ لَا تَسْقُطُ شَهَادَةُ الْقَاذِفِ مَا لَمْ يُضْرَبْ تَمَامَ الْحَدِّ ؛ لِأَنَّ إِقَامَةَ الْحَدِّ مُسْقِطَةٌ لِلشَّهَادَةِ ، وَالْحَدُّ لَا يَتَجَرَّأُ فَمَا دُونَهُ لَا يَكُونُ
حَدًّا بَلْ يَكُونُ تَعْزِيرًا وَهُوَ لَا يُسْقِطُ الشَّهَادَةَ وَرُويَ عَنْهُ أَنَّهَا تَسْقُطُ إِذَا أُفِيمَ عَلَيْهِ الْأَكْثَرُ وَرُويَ عَنْهُ أَنَّهُ إِذَا ضُرِبَ سَوْطًا سَقَطَتْ شَهَادَتُهُ
وَهِيَ تَطِيرُ مَسْأَلَةُ إِسْلَامِ الذَّمِّيِّ فِي حَالَةِ الْحَدِّ عَلَى مَا بَيَّنَّا

الشرح

قوله : في المتن والمملوك والصبي

قَالَ فِي الشَّامِلِ فِي قِسْمِ الْمُبْسُوطِ شَهَدَ الصَّبِيُّ وَالْعَبْدُ وَالْكَافِرُ عَلَى مُسْلِمٍ فَرَدَّتْ شَهَادَتُهُمْ ثُمَّ شَهِدُوا بَعْدَ الْبُلُوغِ وَالْعِتْقِ وَالْإِسْلَامِ تُقْبَلُ ؛
لِأَنَّ الْمَرْدُودَ لَيْسَ بِشَهَادَةٍ وَالْفَاسِقُ لَوْ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ ثُمَّ شَهِدَ بِهَا بَعْدَ التَّوْبَةِ لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الْمَرْدُودَ شَهَادَةٌ فِيهِ نَقْضُ قَضَاءٍ قَدْ أُمْضِيَ
بِالْإِحْتِهَادِ كَأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ ثُمَّ أَعَادَهَا بَعْدَ الْإِبَانَةِ لَا تُقْبَلُ وَلَوْ شَهِدَ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ ثُمَّ أَعَادَهَا بَعْدَ الْعِتْقِ كَذَلِكَ وَلَوْ شَهِدَ لِمَوْلَاهُ
بَعْدَ الْعِتْقِ وَقَدْ تَحَمَّلَهَا حَالُ الرِّقِّ جَارَ لِمَا عُرِفَ إِلَى هُنَا لَفْظُ الشَّامِلِ .

أُتْقَانِي وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي أَوَاخِرِ الْفَصْلِ الثَّالِثِ مِنْ أَدَبِ الْقَاضِي وَلَوْ كَانَتْ عِنْدَ الذَّمِّيِّ شَهَادَةٌ عَلَى الْمُسْلِمِ

فَأَسْلَمَ الذَّمِّيُّ وَشَهِدَ عَلَى الْمُسْلِمِ حَازَتْ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ شَرْطٌ لِأَهْلِيَّةِ الْأَدَاءِ فَيَرَاعَى وَقْتُ الْأَدَاءِ إِذَا وَجَدَ قَوْلُهُ : لِأَجْلِ أَنَّهُ حُدَّ الْخُ (شَهَادَةُ الْمَحْدُودِ فِي السَّرْقَةِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْجَنَائِيَّاتِ سِوَى الْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ تُقْبَلُ إِذَا تَابَ فَرَّقَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ شَهَادَةِ الْمَحْدُودِ فِي قَذْفِ إِذَا تَابَ حَيْثُ لَا تُقْبَلُ وَالْفَرْقُ أَنَّ رَدَّ الشَّهَادَةِ لِهَؤُلَاءِ كَانَ لِأَجْلِ الْفُسْخِ وَبِالتَّوْبَةِ يَرْتَفِعُ الْفُسْخُ أَمَّا شَهَادَةُ الْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ إِنَّمَا لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الْحَدِّ وَأَصْلُ الْحَدِّ لَا يَرْتَفِعُ بِالتَّوْبَةِ فَكَذَا مَا هُوَ مِنْ تَمَامِهِ .

وَلَوْ الْحَيُّ فِي أَوَاخِرِ الْفَصْلِ الثَّلَاثِ مِنْ أَدَبِ الْقَاضِي

قَوْلُهُ : بَعْدَ التَّوْبَةِ

زَائِدٌ مُفْسِدٌ كَذَا بِخَطِّ قَارِئِ الْهِدَايَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَدْ شَطَبَ فِي نُسْخَتِهِ عَلَى قَوْلِهِ بَعْدَ التَّوْبَةِ وَقَدْ شَاهَدْتُهُ ثَانِيًا فِي خَطِّ الشَّارِحِ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ فِي الدَّرَايَةِ مَا نَصُّهُ وَفِي الْمَبْسُوطِ وَالصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ عِنْدَنَا أَنَّهُ إِذَا أَقَامَ أَرْبَعَةً مِنَ الشُّهُودِ عَلَى صِدْقِهِ بَعْدَ الْحَدِّ عَلَيْهِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَهُوَ كَمَا تَرَى يُؤَيَّدُ مَا قَالَهُ قَارِئُ الْهِدَايَةِ .

قَوْلُهُ : فِي الْمُتَمِّنِ إِنَّا أَنْ يُحَدِّثَ الْكَافِرُ فِي قَذْفٍ

اعْلَمْ أَنَّ الذَّمِّيَّ إِذَا حُدَّ فِي قَذْفٍ لَمْ تَجْزُ شَهَادَتُهُ بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى أَهْلِ الذَّمِّ ثُمَّ إِذَا أَسْلَمَ حَازَتْ شَهَادَتُهُ عَلَى أَهْلِ الذَّمِّ وَعَلَى أَهْلِ الْإِسْلَامِ جَمِيعًا .

غَايَةٌ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْوَلَدُ لِأَبِيهِ وَجَدِّيهِ وَعَكْسِهِ وَأَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ ، وَالسَّيِّدُ لِعَبْدِهِ وَمُكَاتِبِهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَلَدِ لِوَالِدِهِ وَلَا الْوَلَدِ لَوَلَدِهِ وَلَا الْمَرْأَةُ لِزَوْجِهَا وَلَا الزَّوْجُ لِمَرْأَتِهِ وَلَا الْعَبْدُ لِسَيِّدِهِ وَلَا الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ وَلَا الْأَجِيرُ لِمَنْ اسْتَأْجَرَهُ } وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ بَيْنَ هَؤُلَاءِ مُتَّصِلَةٌ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ أَدَاءُ بَعْضِهِمْ الزَّكَاةَ إِلَى بَعْضٍ فَتَكُونُ شَهَادَةُ لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهِ فَلَا تُقْبَلُ وَلَا فَرَقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقًّا فِي مَالِهِ كَيْفَمَا كَانَ ، وَالْمُرَادُ بِالْأَجِيرِ فِي الْحَدِيثِ التَّلْمِيزُ الْخَاصُّ الَّذِي يَعْدُ ضَرَرَ أُسْتَاذِهِ ضَرَرَ نَفْسِهِ وَنَفْعَهُ نَفْعَ نَفْسِهِ وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لَا شَهَادَةَ لِلْقَانِعِ بِأَهْلِ الْبَيْتِ } وَأَصْلُ الْقُنُوعِ السُّؤَالُ ، وَالْمُرَادُ مِنْ يَكُونُ تَبَعًا لِلْقَوْمِ كَالْخَادِمِ ، وَالْأَجِيرِ ، وَالْتَّابِعِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ السَّائِلِ يَطْلُبُ مَعَاشَهُ مِنْهُمْ وَهُوَ مِنَ الْقُنُوعِ لَا مِنَ الْقَنَاعَةِ وَقِيلَ الْمُرَادُ بِهِ الْأَجِيرُ مُشَاهِرَةً ؛ لِأَنَّهُ أَجِيرٌ خَاصٌّ فَيَسْتَوْجِبُ الْأَجْرَ عَلَى مَنَافِعِهِ ، فَإِذَا شَهِدَ لَهُ فِي مَدَّةِ الْإِجَارَةِ يَكُونُ كَأَنَّهُ شَهِدَ لَهُ بِأَجْرِ وَمَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يُخَالِفُنَا فِي قَرَابَةِ الْوَلَدِ هُوَ يَعْتَبَرُهَا بِالشَّهَادَةِ عَلَيْهِمُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى يُخَالِفُنَا فِي الزَّوْجَيْنِ فَيَقُولُ لَا قَرَابَةَ بَيْنَهُمَا ، وَالزَّوْجِيَّةُ قَدْ تَكُونُ سَبَبًا لِلتَّنَافُرِ ، وَالْعَدَاوَةِ وَقَدْ تَكُونُ سَبَبًا لِلْمِيلِ ، وَالْإِثَارُ فَصَارَتْ نَظِيرُ الْأُخُوَّةِ وَلِهَذَا يَجْرِي الْقِصَاصُ بَيْنَهُمَا ، وَالْحَبْسُ بِالذَّيْنِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْمَنَفْعَةِ الثَّابِتَةِ ضِمْنًا كَمَا فِي الْعَرِمِ إِذَا شَهِدَ لِمَدْيُونِهِ الْمُفْلِسِ وَلَنَا مَا رَوَيْنَا مِنَ الْحَدِيثِ

وَمَا بَيْنَا مِنَ الْمَعْنَى وَهُوَ أَنَّ الْمَنَافِعَ بَيْنَهُمَا مُتَّصِلَةٌ وَلِهَذَا يُعَدُّ أَحَدُهُمَا غَنِيًّا بِغَنَى صَاحِبِهِ ، وَقِيلَ : هُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَوَجَدَكَ عَائِلًا فَأَغْنَى } أَيَّ بِمَالٍ خَدِيجَةٍ ، فَإِذَا كَانَ هَذَا فِي الزَّوْجَيْنِ فِي الْوِلَادِ أَوَّلَى وَرُويَ أَنَّ الْحَسَنَ بْنَ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا شَهِدَ لِعَلِيِّ مَعَ قَبْرِ عِنْدَ شَرِيحٍ يَدْرَعُ لَهُ فَقَالَ شَرِيحٌ لِعَلِيِّ أَنْتَ بِشَاهِدٍ آخَرَ فَقَالَ مَكَانَ الْحَسَنِ أَوْ مَكَانَ قَبْرِ فَقَالَ لَا بَلْ مَكَانَ الْحَسَنِ فَقَالَ أَمَا سَمِعْتَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { يَقُولُ لِلْحَسَنِ وَالْحُسَيْنِ هُمَا سَيِّدَا شَبَابِ أَهْلِ الْجَنَّةِ } قَالَ سَمِعْتُ لَكِنْ أَنْتَ بِشَاهِدٍ آخَرَ الْقِصَّةُ إِلَى آخِرِهَا وَفِيهَا أَنَّهُ اسْتَحْسَنَهُ وَزَادَهُ فِي الرِّزْقَةِ وَمِثْلُ هَذَا لَا يَقْدَحُ فِي الْعَدَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَا يَجُوزُ لِكُونِهِ شَهَادَةً لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهِ ، وَشَهَادَةُ الْمَرْءِ لِنَفْسِهِ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ

الشرح

قوله : ولا الناجير لمن استأجره

قَالَ قَاضِي خَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي فَتَاوِيهِ إِذَا شَهِدَ الْأَجِيرُ لِأُسْتَاذِهِ بِشَيْءٍ اخْتَلَفَتِ الرُّوَايَاتُ فِيهِ ذَكَرَ فِي كِتَابِ الْكِفَالَةِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَذَكَرَ فِي الدِّيَّاتِ : أَجِيرُ الْقَاتِلِ إِذَا شَهِدَ عَلَى وَلِيِّ الْقَتِيلِ بِالْعَفْوِ جَازَتْ شَهَادَتُهُ وَذَكَرَ الْخَصَّافُ أَنَّ شَهَادَةَ الْأَجِيرِ لِأُسْتَاذِهِ مَرْدُودَةٌ وَهِيَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالُوا : إِنْ كَانَ الْأَجِيرُ مُشْتَرِكًا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ فِي الرُّوَايَاتِ كُلِّهَا وَمَا ذَكَرَ فِي الدِّيَّاتِ مَحْمُولٌ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، وَإِنْ كَانَ أَجِيرٌ وَاحِدٌ مُشَاهَرَةً أَوْ مُسَانَهَةً أَوْ مَيَاوَمَةً لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِأُسْتَاذِهِ لَا فِي تِجَارَتِهِ وَلَا فِي شَيْءٍ آخَرَ وَمَا ذَكَرَ فِي الْكِفَالَةِ مَحْمُولٌ عَلَى هَذَا كَذَا ذَكَرَ النَّاطِفِيُّ وَالْإِمَامُ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ وَوَجْهُهُ ظَاهِرٌ ؛ لِأَنَّ أَجِيرَ الْوَاحِدِ يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ وَإِذَا كَانَ يَسْتَوْجِبُ الْأَجْرَ لَزَمَانَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ كَانَ مَتَّهِمًا فِيمَا شَهِدَ أَمَّا الْأَجِيرُ الْمُشْتَرِكُ فَلَا يَسْتَوْجِبُ الْأَجْرَ إِلَّا بِالْعَمَلِ الَّذِي عُقِدَتْ عَلَيْهِ الْإِجَارَةُ ، فَإِذَا لَمْ يَسْتَوْجِبْ بِشَهَادَةِ أَجْرًا اتَّفَقَتِ التُّهْمَةُ عَنْ شَهَادَتِهِ وَلِهَذَا جَازَتْ شَهَادَةُ الْقَابِلَةِ عَلَى الْوِلَادَةِ عِنْدَ شَرْطِهَا وَهُوَ الْعَدَالَةُ .

قوله : وقيل المراد به الناجير مشاهرة ؛ لأنه أجير خاص

قَالَ فِي خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْأَجِيرِ لِأُسْتَاذِهِ أَرَادَ بِهِ التَّلْمِيذَ الْخَاصَّ وَالتَّلْمِيذَ الْخَاصَّ الَّذِي يَأْكُلُ مَعَهُ وَفِي عِيَالِهِ وَلَيْسَ لَهُ أَجْرٌ مَعْلُومَةٌ أَمَّا الْأَجِيرُ الْمُشْتَرِكُ إِذَا شَهِدَ لِلْمُسْتَأْجِرِ تُقْبَلُ ، وَأَمَّا الْأَجِيرُ الْوَاحِدُ وَهُوَ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ مَيَاوَمَةً أَوْ مُشَاهَرَةً أَوْ مُسَانَهَةً بِأَجْرٍ مَعْلُومَةٍ لَا تُقْبَلُ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْخُلَاصَةِ وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَ

الْأَجِيرِ الْوَاحِدِ مُسْتَحَقَّةٌ لِلْمُسْتَأْجِرِ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُؤْجَرَ نَفْسُهُ مِنْ آخَرَ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ فَلَوْ جَازَتْ شَهَادَتُهُ لِلْمُسْتَأْجِرِ كَانَتْ شَهَادَةً بِالْأَجْرِ فَلَا تَجُوزُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ شَهَادَتَهُ مِنْ جُمْلَةِ مَنَافِعِهِ وَهِيَ مُسْتَحَقَّةٌ بِالْأَجْرِ ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ فِي الْمَتْنِ : فَيَصِيرُ كَالْمُسْتَأْجِرِ عَلَيْهَا أَيُّ عَلَى الشَّهَادَةِ وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ فِي كِتَابِ الْعُيُونِ قَالَ مُحَمَّدٌ فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ يَوْمًا وَاحِدًا لَمْ يَكُتُبِ الْمُحْشَى .

قوله ومالك رحمه الله يخالفنا

قال الكاكي ما وجدته في الكتب المشهورة لأصحاب مالك وقال ابن أبي ليلى والثوري والنخعي لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها ؛ لأن لها حقاً في ماله لوجوب نفقتها فيه وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة قاله الكاكي ويقولنا قال مالك وأحمد

قوله : ولا معتبر بالمنفعة الثانية ضمناً كما في الغريم إذا شهد لمدئونه المقلس

قال في فتاوى قاضي خان ويجوز شهادة رب الدين لمدئونه بما هو من جنس دينه كذا ذكره في الوكالة والجامع ولو شهد لمدئونه بعد موته بمال لم تقبل شهادته ؛ لأن الدين لا يتعلق بمال المدئون في حياته ويتعلق بعد وفاته .

قوله قنبر

قنبر عتيق لعلي كرم الله وجهه وهو يفتح القاف والباء وأما جد سبويه فبضم القاف وفتح الباء فسبويه هو عم عمرو بن عثمان بن قنبر

قوله : قال أما سمعت

أي قال علي وكتب ما نصه وكان من رأي علي رضي الله عنه قبول شهادة الولد لوالده .

قوله الرزقة

قال الصاغاني في مجمع البحرين والرزقة بالفتح

المرّة الواحدة والجمع الرزقات وهي أطماغ الجند وارتزق الجند أي أخذوا أرزاقهم قوله وهي أطماغ الجند قال في مجمع البحرين في باب العين والطمع رزق الجند ويقال أمر لهم الأمير بأطماعهم أي بأرزاقهم .

قال رحمه الله (والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) ؛ لأنه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما فيه ، وهذا لأنه يصير شاهداً لنفسه في البعض وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة ، فإذا بطل في نصيبه بطل في نصيب شريكه أيضاً ؛ لأنها شهادة واحدة فلا تتجزأ ، ولو شهد له بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال في النهاية هذا في حق الشريكين شركة عنان ظاهر ، وأما شهادة أحد المتفauضين لصاحبه فلا تقبل إلا في الحدود ، والقصاص ، والنكاح ؛ لأن ما عداها مشترك بينهما وهذا سهو ، فإنه لا يدخل في الشركة إلا الدراهم

، وَالدَّانِيَرُ وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ الْعَقَارُ وَلَا الْعُرُوضُ وَلِهَذَا قَالُوا لَوْ وَهَبَ لِأَحَدِهِمَا مَالٌ غَيْرَ الدَّرَاهِمِ ، وَالدَّانِيَرِ لَا تَبْطُلُ الشَّرِكَةُ ؛ لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ فِيهِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْمُخْتَصِّ) أَيُّ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَهُوَ الَّذِي فِي كَلَامِهِ لَيْنٌ وَتَكَسَّرَ وَمَرَادُهُ إِذَا كَانَ يَتَعَمَّدُ ذَلِكَ تَشَبُّهًا بِالنِّسَاءِ وَفِي عُرْفِ النَّاسِ هُوَ الَّذِي يُبَاشِرُ الرِّدْيَةَ مِنَ الْأَفْعَالِ وَيَلَيِّنُ كَلَامَهُ عَمْدًا كُلُّ ذَلِكَ مَعْصِيَةٌ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لَعَنَّ اللَّهُ الْمُؤَنَّثِينَ مِنَ الرِّجَالِ ، وَالْمَذْكُورَاتِ مِنَ النِّسَاءِ } ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ فِي كَلَامِهِ لَيْنٌ وَفِي أَعْضَائِهِ تَكَسَّرٌ حَلَقَةً وَلَمْ يُشْتَهَرْ بِشَيْءٍ مِنَ الْأَفْعَالِ الرِّدْيَةِ فَهُوَ عَدْلٌ مَقْبُولُ الشَّهَادَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالنَّائِحَةُ ، وَالْمُعْنِيَّةُ) ؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { نَهَى عَنِ الصَّوْتَيْنِ الْأَحْمَقَيْنِ الْمُعْنِيَّةِ ، وَالنَّائِحَةِ } أَطْلَقَهُ فِي حَقِّ الْمَرْأَةِ وَلَمْ يُقَيِّدْهُ بِكَوْنِهَا تُعْنَى لِلنَّاسِ وَقَيَّدَهُ بِهِ فِي حَقِّ الرَّجُلِ ؛ لِأَنَّ نَفْسَ

رَفَعَ الصَّوْتِ حَرَامٌ فِي حَقِّهَا بِخِلَافِ الرَّجُلِ عَلَى مَا نُبِّينُ قَالُوا الْمَرْأَةُ بِالنَّائِحَةِ هِيَ الَّتِي تُنَوِّحُ فِي مُصِيبَةٍ غَيْرِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَرْتَكِبُ الْمَحْظُورَاتِ لِأَجْلِ الطَّمَعِ فِي الْمَالِ وَتَجْعَلُهُ مَكْسَبَةً أَمَّا الَّتِي تُنَوِّحُ فِي مُصِيبَتِهَا فَلَا تَسْقُطُ عَدَالَتُهَا

الشرح

قوله : وَأَمَّا شَهَادَةُ أَحَدِ الْمُتَفَاوِضِينَ لِصَاحِبِهِ فَلَا تُقْبَلُ إِلَّا فِي الْحُدُودِ إلخ

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ قَالَ فِي الشَّامِلِ فِي قِسْمِ الْمَبْسُوطِ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الشَّرِيكِ الْمُفَاوِضِ ، وَإِنْ كَانَ عَدْلًا فِيمَا خَلَا الْحُدُودَ وَالْقِصَاصَ ، وَغَيْرُ الْمُفَاوِضِ أَيْضًا فِي تِجَارَتِهِ وَهُوَ مُوَافِقٌ لِمَا نَقَلَهُ الشَّارِحُ عَنْ النَّهَائِيَةِ .

قوله : وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ الْعَقَارُ وَلَا الْعُرُوضُ

قُلْتُ : قَدْ قَالَ فِيهَا هُوَ مُشْتَرَكٌ وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا عُرُوضٌ وَعَقَارٌ أُشْتَرِيَ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ كَذَا نَقَلْتُهُ مِنْ خَطِّ قَارِيِ الْهِدَايَةِ قَوْلُهُ : فِي الْمَثْنِ وَالنَّائِحَةِ (لَيْسَ بِثَابِتٍ فِي خَطِّ الشَّارِحِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ ثَابِتٌ فِي نُسَخِ الْمَثْنِ .

قوله : لِأَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { نَهَى عَنِ الصَّوْتَيْنِ الْأَحْمَقَيْنِ الْمُعْنِيَّةِ وَالنَّائِحَةِ }

وَصَفَ الصَّوْتُ بِصِفَةِ صَاحِبِهِ .

اعْلَمْ أَنَّ التَّعْنِيَّ لِلَّهِ أَوْ لِيَجْمَعَ أَمْالَ حَرَامٍ بِلَا خِلَافٍ وَالتَّوْحُ كَذَلِكَ خُصُوصًا إِذَا كَانَ مِنَ الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّ رَفَعَ الصَّوْتِ مِنْهَا حَرَامٌ بِلَا خِلَافٍ ، وَفِي الدَّخِيرَةِ وَلَمْ يَرِدْ بِالنَّائِحَةِ الَّتِي تُنَوِّحُ فِي مُصِيبَتِهَا ، وَإِنَّمَا أَرَادَ الَّتِي تُنَوِّحُ فِي مُصِيبَةٍ غَيْرِهَا اتَّخَذَتْ ذَلِكَ مَكْسَبَةً .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (، وَالْعُدُوَّ إِن كَانَتْ عَدَاوَتُهُ دُنْيَوِيَّةً) ؛ لِأَنَّ الْمُعَادَاةَ لِأَجْلِ الدُّنْيَا حَرَامٌ فَمَنْ ارْتَكَبَهَا لَا يُؤْمِنُ مِنَ التَّقْوَلِ عَلَيْهِ أَمَّا إِذَا كَانَتْ الْعَدَاوَةُ دِينِيَّةً فَتَقْبَلُ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهَا مِنَ التَّدِينِ فَتَدُلُّ عَلَى قُوَّةِ دِينِهِ وَعَدَالَتِهِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْمُعَادَاةَ قَدْ تَكُونُ وَاجِبَةً بِأَنْ رَأَى فِيهِ مُنْكَرًا شَرْعًا وَلَمْ يَنْتَهَ بِنَهْيِهِ وَالَّذِي يُوضِّحُ لَكَ هَذَا الْمَعْنَى أَنَّ الْمُسْلِمِينَ مُجْمَعُونَ عَلَى قَبُولِ شَهَادَةِ الْمُسْلِمِ عَلَى الْكَافِرِ ، وَالْعَدَاوَةُ الدِّينِيَّةُ قَائِمَةٌ بَيْنَهُمَا فَلَوْ كَانَتْ مَانِعَةً لَمَا قُبِلَتْ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمُدْمِنُ الشَّرْبِ عَلَى اللَّهِ) أَيُّ مُدَاوِمِ شَرْبِ الْخَمْرِ لِأَجْلِ اللَّهِ ؛ لِأَنَّ شَرْبَهَا كَبِيرَةٌ وَفِي الْكَافِي قَالَ إِنَّمَا شَرِطَ الْإِدْمَانُ لِيَكُونَ ذَلِكَ ظَاهِرًا مِنْهُ ، فَإِنْ مِنْ شَرْبِ الْخَمْرِ سِرًّا وَلَا يَظْهَرُ ذَلِكَ مِنْهُ لَا يَخْرُجُ مِنْ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا ، وَإِنْ شَرِبَهَا كَثِيرًا ، وَإِنَّمَا تَسْقُطُ عَدَالَتُهُ إِذَا كَانَ يَظْهَرُ ذَلِكَ مِنْهُ أَوْ يَخْرُجُ سَكْرَانٌ فَيَلْعَبُ بِهِ الصَّبِيَّانُ ، فَإِنَّهُ لَا مَرُوءَةَ لِمِثْلِهِ وَلَا يَحْتَرِزُ عَنْ الْكَذِبِ عَادَةً وَقَالَ فِي النَّهَائَةِ إِطْلَاقُ الشَّرْبِ عَلَى اللَّهِ فِي حَقِّ الْمَشْرُوبِ لِيَتَنَاوَلَ جَمِيعَ الْأَشْرِيَةِ الْمُحَرَّمَةِ مِنَ الْخَمْرِ ، وَالسُّكْرِ وَغَيْرِهِمَا ، فَإِنَّ الْإِدْمَانَ شَرِطَ فِي الْخَمْرِ أَيْضًا فِي حَقِّ سَقُوطِ الْعَدَالَةِ .

وَذَكَرَ فِي فِتَاوَى قَاضِي خَانَ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مُدْمِنِ الْخَمْرِ وَلَا مُدْمِنِ السُّكْرِ ؛ لِأَنَّهُ كَبِيرَةٌ ثُمَّ ذَكَرَ مِثْلَ مَا ذَكَرَ فِي الْكَافِي وَذَكَرَ فِي النَّهَائَةِ مَعْرَبًا إِلَى الذَّخِيرَةِ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ مُدْمِنِ الْخَمْرِ ثُمَّ قَالَ شَرِطَ الْإِدْمَانُ وَلَمْ يَرِدْ بِهِ الْإِدْمَانُ فِي الشَّرْبِ ، وَإِنَّمَا أَرَادَ بِهِ الْإِدْمَانُ فِي النَّيَةِ يَعْنِي يَشْرَبُ وَمِنْ نَيْتِهِ أَنْ يَشْرَبَ بَعْدَ ذَلِكَ إِذَا وَجَدَهُ وَلَا تَجُوزُ

شَهَادَةُ مُدْمِنِ السُّكْرِ وَأَرَادَ بِهِ السُّكْرُ بِسَائِرِ الْأَشْرِيَةِ سِوَى الْخَمْرِ ؛ لِأَنَّ الْمُحَرَّمَ فِي سَائِرِ الْأَشْرِيَةِ السُّكْرُ فَشَرِطَ الْإِدْمَانُ عَلَى السُّكْرِ ، وَالْمُحَرَّمَ فِي الْخَمْرِ نَفْسُ الشَّرْبِ فَشَرِطَ الْإِدْمَانُ عَلَى الشَّرْبِ وَكَذَلِكَ مَنْ يَجْلِسُ مَجَالِسَ الْفُجُورِ ، وَالشَّرْبِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَشْرَبْ ؛ لِأَنَّهُ تَشَبَّهَ بِهِمْ وَلَمْ يَحْتَرِزْ أَنْ يَظْهَرَ عَلَيْهِ مَا يَظْهَرُ عَلَيْهِمْ فَلَا يَحْتَرِزُ عَنْ شَهَادَةِ الزُّورِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ يَلْعَبُ بِالطُّبُورِ) ؛ لِأَنَّهُ مِنَ اللَّهِ وَيُقَالُ بِالطُّبُورِ وَهُوَ أَيْضًا مِثْلُهُ وَيُورِثُ الْعَقْلَةَ أَيْضًا وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { مَا أَنَا مِنْ دَدٍ وَلَا الدَّدُ مَنِّي } وَلِأَنَّ الْغَالِبَ فِيهِ أَنْ يَصْعَدَ إِلَى السُّطُوحِ لِيُطِيرَ طَيْرُهُ فَيَنْظُرَ إِلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ وَهُوَ فَسَقٌ ، وَلَوْ كَانَ يَقْتَنِي الْحَمَامَ فِي بَيْتِهِ لَيَسْتَأْنِسَ بِهِ لَا لِيُطِيرَ فَلَا بَأْسَ بِهِ وَلَا تَسْقُطُ عَدَالَتُهُ بِمِثْلِهِ ؛ لِأَنَّ إِمْسَاكَ الْحَمَامِ فِي الْبُيُوتِ مُبَاحٌ أَلَا تَرَى أَنَّ النَّاسَ يَتَّخِذُونَ بُرُوجًا لِلْحَمَامِ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ إِلَّا إِذَا كَانَتْ تَجُرُّ حَمَامَاتٍ أُخَرَ مَمْلُوكَةً لِغَيْرِهِ فَتَفْرُخُ فِي وَكْرِهَا فَيَأْكُلُ وَيَبِيعُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُ الْغَيْرِ فَلَا يَحِلُّ لَهُ ذَلِكَ وَتَسْقُطُ عَدَالَتُهُ بِذَلِكَ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَوْ يُعْنَى لِلنَّاسِ) ؛ لِأَنَّهُ يَجْمَعُ النَّاسَ عَلَى لَهْوٍ وَلَعِبٍ وَلَا يَخْلُو عَادَةً مَنْ ارْتَكَبَ كَبِيرَةً بِالْمُجَازَفَةِ ، وَالْكَذِبِ وَفَيْدَهُ بِكَوْنِهِ يُعْنَى لِلنَّاسِ أَيْ يُسْمِعُهُمْ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِإِسْمَاعَ نَفْسِهِ حَتَّى يُزِيلَ الْوَحْشَةَ عَنْ نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُسْمِعَ غَيْرَهُ لَا بَأْسَ بِهِ وَلَا يَسْقُطُ عَدَالَتُهُ فِي الصَّحِيحِ لِمَا رُوِيَ أَنَّ الْبَرَاءَ بْنَ مَالِكٍ دَخَلَ عَلَيْهِ أَخُوهُ أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ وَهُوَ يُعْنَى ، وَالْبَرَاءُ بْنُ مَالِكٍ كَانَ مِنْ زُهَادِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى

عَنْهُمْ ، وَإِنْ أَنْشَدَ شِعْرًا فِيهِ وَعَظٌ وَحِكْمَةٌ فَهُوَ جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ ذِكْرُ امْرَأَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، فَإِنْ كَانَتْ مَيِّتَةً أَوْ كَانَ فِيهِ ذِكْرُ امْرَأَةٍ غَيْرِ مُعَيَّنَةٍ فَلَا بَأْسَ بِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً وَهِيَ حَيَّةٌ يُكْرَهُ وَمِنْ الْمَشَايخِ مَنْ أَحَازَ الْغَنَاءَ فِي الْعُرْسِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِضَرْبِ الدَّفِّ فِيهِ إِعْلَانًا لِلنِّكَاحِ ، وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { أَعْلِنُوا النِّكَاحَ وَلَوْ بِالْدَّفِّ } وَمِنْ مَشَايخِنَا مَنْ قَالَ إِذَا كَانَ يَتَعْنَى لَيَسْتَفِيدَ بِهِ نَظْمُ الْقَوَافِي وَيَصِيرُ بِهِ فَصِيحَ اللِّسَانِ لَا بَأْسَ بِهِ وَمِنْ الْمَشَايخِ مَنْ كَرِهَهُ مُطْلَقًا وَمِنْ الْمَشَايخِ مَنْ أَبَاحَهُ مُطْلَقًا وَنَحْنُ بَيْنَا الصَّحِيحَ مِنَ الْقَاوِيلِ بِحَمْدِ اللَّهِ تَعَالَى وَكَرَمِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَوْ يَرْتَكِبُ مَا يُوجِبُ الْحَدَّ) ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْكِبَائِرِ وَمَنْ يَرْتَكِبُهَا لَا يُبَالِي بِالْكَذِبِ وَكُلُّ مَنْ يَرْتَكِبُ الْكِبَائِرَ تُرَدُّ شَهَادَتُهُ .

وَاخْتَلَفُوا فِي الْكَبِيرَةِ فَقَالَ أَهْلُ الْحِجَازِ وَأَهْلُ الْحَدِيثِ هِيَ السَّعْيُ الْمَذْكُورَةُ فِي الْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ وَهِيَ الْإِشْرَاكُ بِاللَّهِ ، وَالْفِرَارُ مِنَ الرَّحْفِ وَعَقُوقُ الْوَالِدَيْنِ وَقَتْلُ النَّفْسِ بِغَيْرِ حَقٍّ وَبَهْتُ الْمُؤْمِنِ ، وَالزُّنَا وَشَرْبُ الْخَمْرِ ، وَزَادَ بَعْضُهُمْ عَلَيْهَا أَكْلَ الرِّبَا وَأَكْلَ مَالِ الْيَتِيمِ بِغَيْرِ حَقٍّ وَقَالَ بَعْضُهُمْ مَا بَتَّ حُرْمَتُهُ بِدَلِيلٍ مَقْطُوعٍ بِهِ فَهِيَ كَبِيرَةٌ وَقَالَ بَعْضُهُمْ مَا فِيهِ حَدٌّ أَوْ قَتْلٌ فَهُوَ كَبِيرَةٌ وَقِيلَ كُلُّ مَا أَصَرَ عَلَيْهِ الْمَرْءُ فَهُوَ

كَبِيرَةٌ وَمَا اسْتَعْفَرَ عَنْهُ فَهُوَ صَغِيرَةٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لَا صَغِيرَةَ مَعَ الْإِصْرَارِ وَلَا كَبِيرَةَ مَعَ الْإِسْتِعْفَارِ } وَقَالَ بَعْضُهُمْ كُلُّ مَا كَانَ عَمْدًا فَهُوَ كَبِيرَةٌ ، وَالْأَوْجَهُ مَا ذَكَرَهُ الْمُتَكَلِّمُونَ أَنَّ الْكَبِيرَةَ ، وَالصَّغِيرَةَ اسْمَانِ إِضَافِيَانِ لَا يُعْرَفَانِ بِذَاتِهِمَا ،

وَأِنَّمَا يُعْرَفَانِ بِالْإِضَافَةِ فَكُلُّ ذَنْبٍ إِذَا نَسَبْتَهُ إِلَى مَا دُونَهُ فَهُوَ كَبِيرَةٌ ، وَإِذَا نَسَبْتَهُ إِلَى مَا فَوْقَهُ فَهُوَ صَغِيرَةٌ وَقَالَ بَعْضُهُمْ : كُلُّ مَعْصِيَةٍ أَوْعَدَ عَلَيْهَا فِي الْقُرْآنِ أَوْ فِي الْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ تَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّ شَاهِدَ الزُّورِ مَوْعُودٌ عَلَيْهِ فَمَنْ يَرْتَكِبْ مِثْلَهُ مِنَ الذُّنُوبِ يَرْتَكِبْهُ فَصَلَحَ دَلِيلًا عَلَى ارْتِكَابِهِ الْكُذْبِ ؛ لِأَنَّ مَنْ ارْتَكَبَ شَيْئًا مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ ارْتَكَبَ نَظِيرَهُ عَادَةً وَقِيلَ : إِذَا ارْتَكَبَ مَا يَكُونُ شَيْعًا عَادَةً فَلَيْسَ بِعَدَلٍ وَقِيلَ مَا كَانَ حَرَامًا أَلَعَيْنِهِ فَكَبِيرَةٌ وَإِلَّا فَصَغِيرَةٌ وَقِيلَ مَا سُمِّيَ فِي الشَّرْعِ فَاحِشَةً فَكَبِيرَةٌ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَالْعَدُوِّ إِنْ كَانَتْ عَدَاوَتُهُ دُنْيَوِيَّةً

قَالَ فِي خِزَانَةِ الْمُفْتِينَ وَلَا شَهَادَةَ الْعَدُوِّ إِنْ كَانَتْ الْعَدَاوَةُ بِسَبَبِ الدُّنْيَا وَتُقْبَلُ إِنْ كَانَتْ بِسَبَبِ الدِّينِ (إِنْ) وَالْعَدُوُّ مَنْ يَفْرَحُ بِحُزْنِهِ وَيَحْزَنُ بِفَرْحِهِ وَقِيلَ : يُعْرَفُ بِالْعُرْفِ وَكُتِبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْمَاوَرَدِيُّ فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ وَيَشْهَدُ لِعَدُوِّهِ وَلَا يَشْهَدُ عَلَيْهِ وَيَحْكُمُ لِعَدُوِّهِ وَيَحْكُمُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ أَسْبَابَ الْحُكْمِ ظَاهِرَةٌ وَأَسْبَابُ الشَّهَادَةِ خَافِيَةٌ فَانْتَفَتِ التَّهْمَةُ عَنْهُ فِي الْحُكْمِ وَتَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ فِي الشَّهَادَةِ (فَرَعَ) وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُحَازِفِ فِي كَلَامِهِ وَحُكْمِي أَنَّ الْفَضْلَ بْنَ رَبِيعٍ وَزِيرَ الْخَلِيفَةِ شَهِدَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَرَدَّ شَهَادَتَهُ فَشَكَاهُ إِلَى الْخَلِيفَةِ فَقَالَ الْخَلِيفَةُ إِنَّ زِيرِي رَجُلٌ دِينٌ لَا يَشْهَدُ بِالزُّورِ فَلَمْ رَدَّدَتْ شَهَادَتَهُ قَالَ ؛ لِأَنِّي سَمِعْتُهُ يَوْمًا قَالَ لِلْخَلِيفَةِ أَنَا عَبْدُكَ ، فَإِنْ كَانَ صَادِقًا فَلَا شَهَادَةَ لِلْعَبْدِ ، وَإِنْ كَانَ كَاذِبًا فَكَذَلِكَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُبَالِ فِي مَجْلِسِكَ بِالْكَذِبِ فَلَا يُبَالِي فِي مَجْلِسِي أَيْضًا فَعَذَرَهُ الْخَلِيفَةُ كَاكِ سَتَاتِي هَذِهِ الْحِكَايَةُ فِي كَلَامِ الشَّارِحِ عِنْدَ قَوْلِهِ وَالْعَمَّالُ

قَوْلُهُ : فِي الْمَثْنِ وَمُدْمِنِ الشَّرْبِ عَلَى اللَّهِ

قَالَ الْأَنْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَنَقَلَ النَّاصِحِيُّ فِي تَهْذِيبِ أَدَبِ الْقَاضِي عَنِ الْخَصَّافِ فَقَالَ : وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ قُطَّاعِ الطَّرِيقِ وَاللُّصُوصِ وَأَصْحَابِ الْفُجُورِ بِالنِّسَاءِ وَمَنْ يَعْمَلُ عَمَلٍ لُوطٍ وَمَنْ يَشْرَبُ الْخَمْرَ وَمَنْ يَسْكُرُ مِنَ النَّبِيدِ ؛ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ فُسَاقٌ وَلَمْ يَشْرَطِ الْخَصَّافُ فِي شُرْبِ الْخَمْرِ الْإِدْمَانَ كَمَا تَرَى وَوَجْهُهُ أَنَّ نَفْسَ شُرْبِ الْخَمْرِ يُوجِبُ الْحَدَّ فَيُوجِبُ رَدَّ الشَّهَادَةِ وَشَرَطَ شَهَادَاتِ الْإِدْمَانِ فَقَالَ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مُدْمِنِ الْخَمْرِ

وَمُدْمِنِ السُّكْرِ وَفَائِدَتُهُ أَنَّهُ إِذَا شَرِبَ فِي السَّرِّ لَا تَسْقُطُ عَدَالَتُهُ قَالَ صَاحِبُ الْأَجْنَاسِ وَهَذَا شَرْطٌ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ مَتَى دَامَ عَلَيْهِ فَهُوَ مُقِيمٌ عَلَى مَعْصِيَةٍ ، وَإِنْ لَمْ يَدُمْ عَلَيْهِ فَهُوَ تَائِبٌ نَادِمٌ وَكُتِبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو نَصْرٍ الْأَقْطَعُ رَحِمَهُ اللَّهُ فَأَمَّا مَنْ أَدْمَنَ الشَّرْبَ عَلَى غَيْرِ لَهْوٍ وَلَمْ يَسْكُرْ وَهُوَ لَا يَعْتَقِدُ تَحْلِيلَهُ فَشَهَادَتُهُ مَقْبُولَةٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُ مَا يُوجِبُ الْفُسْقَ وَلَا بَتْرُكِ الْمُرُوءَةِ وَكُتِبَ أَيْضًا مَا نَصَّهُ قَالَ الْخَبَّازِيُّ فِي حَوَاشِي الْهِدَايَةِ ، وَإِنَّمَا أَرَادَ بِهِ غَيْرَ شَارِبِ الْخَمْرِ ؛ لِأَنَّ شَارِبَ الْخَمْرِ مَرْدُودُ الشَّهَادَةِ عَلَى كُلِّ حَالٍ فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِبْطَالِ شَهَادَتِهِ إِلَى شُرْبِهَا عَلَى اللَّهِ .

قوله : لِيَتَنَاوَلَ

الَّذِي بِخَطِّ الشَّارِحِ لِسِيَاقِ حَمِيعِ الْأَشْرِبَةِ .

قوله وكذلك مَنْ يَجْلِسُ مَجَالِسَ الْفُجُورِ إلخ

وَقَالَ النَّاصِحِيُّ أَيْضًا وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ يَجْلِسُ مَجَالِسَ الْفُجُورِ وَالْمَجَانَّةَ عَلَى الشُّرْبِ ، وَإِنْ لَمْ يَسْكُرْ ؛ لِأَنَّ اخْتِلَاطَهُ بِهِمْ وَتَرْكُهُ الْأَمْرَ بِالْمَعْرُوفِ يُوجِبُ سُقُوطَ عَدَالَتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ نَفْسُ الْجُلُوسِ فِسْقًا فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ .

أَتَقَانِي

قوله وَقَدْ قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { مَا أَنَا مِنْ دَدٍ وَلَا الدَّدُ مِنِّي }

الدَّدُ اللَّهْوُ وَاللَّعِبُ وَهِيَ مَحذُوفَةُ اللَّامِ وَقَدْ أُسْتُعْمِلَتْ مُتَمَمَّةً دَدَى كَنَدَى ، وَدَدَنْ كَبَدَنْ وَلَا يَخْلُو الْمَحذُوفُ أَنْ يَكُونَ يَاءً كَقَوْلِهِمْ يَدٌ فِي يَدَيَّ أَوْ تُونًا كَقَوْلِهِمْ لَدٌ فِي لَدُنْ وَمَعْنَى تَنْكِيرِ الدَّدِ الشُّبَاعُ وَالِاسْتِعْرَافُ وَأَنْ لَا يَبْقَى مِنْهُ شَيْءٌ إِلَّا وَهُوَ مُنَزَّهٌ عَنْهُ أَيْ مَا أَنَا فِي شَيْءٍ مِنَ اللَّهْوِ وَاللَّعِبِ وَتَعْرِيفُهُ فِي الْجُمْلَةِ الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَعْهُودًا بِالذِّكْرِ كَأَنَّهُ قَالَ وَلَا ذَلِكَ التَّوَعُّ مَنِّي ، وَإِنَّمَا لَمْ يَقُلْ وَلَا هُوَ مِنِّي ؛ لِأَنَّ الصَّرِيحَ أَكْثَرُ وَأَبْلَغُ .

ابْنُ الْأَثِيرِ رَحِمَهُ اللَّهُ .

قوله : وَلَوْ كَانَ يَفْتَنِي الْحَمَامَ فِي بَيْتِهِ إلخ

أَوْ لِحَمَلِ الْكُتُبِ كَمَا فِي دِيَارِ مِصْرَ وَالشَّامِ قَارِئُ الْهَدَايَةِ

قوله : لِمَا رَوَى أَنَّ الْبِرَاءَ بْنَ مَالِكٍ دَخَلَ عَلَيْهِ أَخُوهُ أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ وَهُوَ يُغْنِي

وَكَانَ الْبِرَاءُ بْنُ مَالِكٍ حَسَنَ الصَّوْتِ .

الْإِصَابَةُ

قوله : وَالْأَوْجَهُ مَا ذَكَرَهُ الْمُتَكَلِّمُونَ إلخ

قَالَ فِي الدَّرَاجَةِ وَقِيلَ أَصَحُّ مَا فِيهِ مَا نُقِلَ عَنِ الْحُلَوَانِيِّ مَا كَانَ شَنْعًا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَفِيهِ هَتْكَ حُرْمَةِ اللَّهِ وَالَّذِينَ فَهَوْ كَبِيرَةٌ وَكَذَا الْإِعَانَةُ عَلَى الْمَعَاصِي وَالْفُجُورِ وَالْحَثُّ عَلَيْهَا مِنْ جُمْلَةِ الْكِبَائِرِ كَذَا الذَّخِيرَةُ وَالْمُحِيطُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَوْ يَدْخُلُ الْحَمَامَ بغيرِ إزارٍ) ؛ لِأَنَّ كَشْفَ الْعَوْرَةِ حَرَامٌ وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لَعَنَ اللَّهُ النَّاطِرَ ، وَالْمَنْظُورَ } وَرَأَى أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ رَجُلًا فِي الْحَمَامِ بغيرِ إزارٍ فَقَالَ أَلَا أَيُّهَا النَّاسُ خَافُوا إِلَهَكُمْ وَلَا تَدْخُلُوا الْحَمَامَ مِنْ غَيْرِ مَنَزَرٍ وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّ مَنْ يَمْشِي فِي الطَّرِيقِ بِالسَّرَاوِيلِ وَحَدَهُ لَيْسَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَارِكٌ لِلْمَرْوَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَوْ يَأْكُلُ الرَّبَا) ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْكِبَائِرِ وَشَرَطَ فِي الْأَصْلِ أَنْ يَكُونَ مَشْهُورًا بِهِ وَذَلِكَ بِالْإِدْمَانِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ عَنِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ وَهُوَ رَبًّا بِخِلَافٍ أَكَلَ مَالِ الْيَتِيمِ حَيْثُ لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْإِدْمَانُ ؛ لِأَنَّ التَّحَرُّزَ عَنْهُ مُمَكِّنٌ وَلِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِهِ وَفِي الرَّبَا يَدْخُلُ فَيُشْتَرَطُ فِيهِ الْإِدْمَانُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَوْ يُقَامِرُ بِالْتَرْدِ ، وَالشُّطْرُنْجِ أَوْ تَقْوَتُهُ الصَّلَاةُ بِسَبَبِهِمَا) ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ فَسَقٌ وَكَذَا إِذَا كَانَ يُكْثِرُ عَلَيْهِ الْحَلْفَ كَاذِبًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنَ الْكِبَائِرِ وَقَالُوا فِي التَّرْدِ تُرْدُ شَهَادَتُهُ بِمَجَرَّدِ اللَّعِبِ فِيهِ مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطِ الْقِمَارِ وَلَا غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ نَفْسَ اللَّعِبِ فِيهِ فَسَقٌ وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { مَلْعُونٌ مَنْ يَلْعَبُ بِالْتَرْدِ } وَمَنْ يَكُونُ مَلْعُونًا كَيْفَ يَكُونُ عَدْلًا بِخِلَافِ الشُّطْرُنْجِ ؛ لِأَنَّ لِلْإِجْتِهَادِ فِيهِ مَسَاحًا فَلَا تُرْدُ شَهَادَتُهُ مَا لَمْ يَنْضَمَّ إِلَيْهِ أَحَدُ الْمَعَانِي الثَّلَاثَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا آنفًا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَوْ يُيُولُ أَوْ يَأْكُلُ عَلَى الطَّرِيقِ أَوْ يُظْهِرُ سَبَّ السَّلَفِ) يَعْنِي الصَّالِحِينَ مِنْهُمْ وَهُمْ الصَّحَابَةُ ، وَالتَّابِعُونَ ، وَالْعُلَمَاءُ كَأَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ تَدُلُّ عَلَى فُضُورِ عَقْلِهِ وَقِلَّةِ مُرُوءَتِهِ

وَمَنْ لَمْ يَمْتَنِعْ عَنْ مِثْلِهَا لَا يَمْتَنِعْ عَنِ الْكَذِبِ عَادَةً بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ يُخْفِي السَّبَّ ، وَكَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ مَنْ يَأْكُلُ فِي السُّوقِ بَيْنَ أَيْدِي النَّاسِ لِمَا ذَكَرْنَا وَقَالَ بَعْضُ الْمَشَائِخِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الْحَرْفِ لِكثَرَةِ الْأَيْمَانِ الْفَاجِرَةِ مِنْهُمْ وَأَكْثَرُهُمْ عَلَى أَنَّهَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ عُرِفَ مِنْهُمْ بِالْعَدَالَةِ وَلَا تُقْبَلُ مِمَّنْ يُكْثِرُ شَتْمَ أَهْلِهِ وَلَا مِمَّنْ يَنْشَتُمُ النَّاسَ

الشرح

قوله : فِي الْمَتْنِ أَوْ يَدْخُلُ الْحَمَامَ إلخ

قَالَ قَاضِي خَانَ وَلَا شَهَادَةُ مَنْ يَدْخُلُ الْحَمَامَ بغيرِ إزارٍ إِذَا لَمْ يُعْرِفْ رُجُوعُهُ عَنْ ذَلِكَ .

قوله : لَأَن كُتِفَ الْعَوْرَةَ حَرَامٌ

أَيُّ وَمُرْتَكَبُ الْحَرَامِ فَاسِقٌ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ .

أَتَقَانِي

قوله : فِي الشَّرْحِ مِنْ غَيْرِ مَنْزَرٍ

الَّذِي سَمِعْتُهُ مِنْ شَيْخِي الْعَلَّامَةِ الْعَزِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَّا بِمَنْزَرٍ

قوله وَشَرَطَ فِي الْأَصْلِ أَنْ يَكُونَ مَشْهُورًا بِهِ

؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَشْهُورًا بِهِ فَطَرِيقُهُ التُّهْمَةُ وَعَدَالَتُهُ ظَاهِرَةٌ فَلَا تَبْطُلُ بِتُّهْمَةٍ مَعْصِيَةٍ لَمْ تَتَّحَقَّقْ .

غَايَةُ (فَرْعٌ) قَالَ النَّاصِحِيُّ فِي تَهْدِيدِ أَدَبِ الْقَاضِي حُكِيَ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ أَنَّ شَيْخًا لَوْ صَارَ الْأَحْدَاثُ فِي الْجَامِعِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا سُخْفٌ ، وَإِنْ لَمْ يُحْكَمْ بِفِسْقِهِ لِدَلِيلٍ .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ (فَرْعٌ) وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الطُّفْلِيِّ وَالْمُسْعُوذِ وَالرَّقَاصِ وَالْمَسْخَرَةِ بِلَا خِلَافٍ .

مِعْرَاجُ الدَّرَايَةِ قَوْلُهُ : وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { وَمَلْعُونٌ مَنْ يَلْعَبُ بِالْتَّرَدِّ } (وَهُوَ حَرَامٌ بِالْإِجْمَاعِ قَارِئُ الْهِدَايَةِ

قوله : فَلَا تُرَدُّ شَهَادَتُهُ مَا لَمْ يَنْضَمْ إِلَيْهِ أَحَدُ الْمَعَانِي الثَّلَاثَةِ

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ أَمَّا إِذَا لَمْ يُوجَدْ أَحَدٌ هَذِهِ وَلَعِبَ بِالشَّطْرَنْجِ وَحَافِظَ عَلَى الصَّلَاةِ فِي وَقْتِهَا وَلَمْ يُقَامِرْ عَلَى ذَلِكَ وَلَمْ يَحْلِفْ بِالْكَذِبِ ، فَإِنَّهُ لَا تَسْقُطُ شَهَادَتُهُ وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْعُلَمَاءَ اخْتَلَفُوا فِي حُرْمَةِ اللَّعِبِ بِالشَّطْرَنْجِ وَإِبَاحَتِهِ عِنْدَ انْعِدَامِ هَذِهِ الْمَعَانِي فَعَلَى قَوْلِ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ يَحِلُّ كَذَا نَقَلَ مَذْهَبُهُمَا شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ فِي شَرْحِ أَدَبِ الْقَاضِي فِي بَابِ الْمَسْأَلَةِ عَنِ الشُّهُودِ وَلِأَنَّ النَّاسَ لَا يَعْدُونَهُ مِنَ الْكِبَائِرِ وَلَا يَسْتَخِفُّونَ صَاحِبَهُ فَلَا

تُرَدُّ شَهَادَتُهُ .

قوله : في المتن أو يبُول أو يَأْكُل على الطريق

أَيِّ بَمَرَأَى النَّاسِ ؛ لِأَنَّهُ تَارِكٌ لِلْمُرُوءَةِ قَارِئُ الْهِدَايَةِ .

قوله وكذا لا تُقبل شهادة من يأكل الخ

وَالَّذِي وَجَدْتُهُ بِخَطِّ شَيْخِنَا مَكْتُوبًا بَعْدَ يَأْكُلُ أَوْ يَشْرَبُ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ

قوله : وكذا لا تُقبل شهادة الخ

قَالَ الْكَافِي ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفْعَلُ ذَلِكَ مَنْ كَانَ لَهُ مُرُوءَةٌ وَكُلُّ فَعْلٍ فِيهِ تَرَكُ الْمُرُوءَةِ يُوجِبُ سُقُوطَ شَهَادَتِهِ بِلَا خِلَافٍ بَيْنَ الْأَئِمَّةِ الْأَرْبَعَةِ حَتَّى لَوْ مَشَى فِي السُّوقِ أَوْ فِي مَجَامِعِ النَّاسِ بِسَرَائِيلَ وَاحِدٍ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَكَذَا مَنْ يَمُدُّ رِجْلَيْهِ عِنْدَ النَّاسِ أَوْ يَكْشِفُ رَأْسَهُ فِي مَوْضِعٍ لَا عَادَةَ فِيهِ مِمَّا يَحْتَنِبُهُ أَهْلُ الْمُرُوءَاتِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتُقْبَلُ لِأَخِيهِ وَعَمِّهِ وَأَبَوَيْهِ رِضَاعًا وَأُمُّ امْرَأَتِهِ وَبَنَّتُهَا وَزَوْجُ بَنَّتِهِ وَامْرَأَةُ أَبِيهِ وَابْنُهُ) ؛ لِأَنَّ الْأَمْلَاقَ بَيْنَهُمْ مُتَمَيِّزَةٌ ، وَالْأَيْدِي مُتَحَيِّزَةٌ وَلَا سَطْوَةَ لِبَعْضِهِمْ فِي مَالِ الْبَعْضِ فَلَا تَتَحَقَّقُ التَّهْمَةُ بِخِلَافِ شَهَادَتِهِ لِقَرَابَتِهِ وَلَدًا أَوْ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخِرِ عَلَى مَا بَيَّنَّا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَأَهْلُ الْأَهْوَاءِ إِلَّا الْخَطَائِيَّةَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الْأَهْوَاءِ ؛ لِأَنَّهُمْ فَسَقَةٌ إِذْ الْفِسْقُ مِنْ حَيْثُ الْإِعْتِقَادُ أَغْلَظُ مِنَ الْفِسْقِ مِنْ حَيْثُ التَّعَاطِي وَلَا شَهَادَةُ لِلْفَاسِقِ وَلَنَا أَنَّ الْفَاسِقَ إِنَّمَا تُرَدُّ شَهَادَتُهُ لِتَّهْمَةِ الْكَذِبِ ، وَالْفِسْقُ مِنْ حَيْثُ الْإِعْتِقَادُ لَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ بَلْ مَا أَوْفَعَهُ فِيهِ إِلَّا تَدْبِئُهُ أَلَّا تَرَى أَنَّ فِيهِمْ مَنْ يَكْفُرُ بِالذَّنْبِ وَفِيهِمْ مَنْ يَجْعَلُ مَنْزِلَتَهُ بَيْنَ الْإِيمَانِ ، وَالْكَفْرِ فَيَكُونُ هُوَ أَقْوَى اجْتِنَابًا عَنْ الْكَذِبِ حَدَرًا عَنْ الْخُرُوجِ مِنَ الدِّينِ وَلِأَنَّهُ مُسْلِمٌ عَدْلٌ لَا يَتَعَاطَى الْكَذِبَ فَوَجَبَ قَبُولُ شَهَادَتِهِ قِيَاسًا عَلَى غَيْرِ صَاحِبِ الْهَوَى وَهَوَاهُ عَنْ تَأْوِيلٍ وَتَدْبِئٍ فَلَا تَطُلُ عَدَالَتُهُ بِهِ كَمَنْ يَسْتَبِيحُ الْمُثَلَّثَ أَوْ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ وَاسْتَدَلَّ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى قَبُولِ شَهَادَتِهِ فَقَالَ أَرَأَيْتَ أَنَّ أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَاعَدُوا مُعَاوِيَةَ عَلَى مُخَالَفَةِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَلَوْ شَهِدُوا بَيْنَ يَدَيَّ عَلِيٍّ أَكَانَ يَرُدُّ شَهَادَتَهُمْ ، وَمُخَالَفَةُ عَلِيٍّ بَعْدَ عُثْمَانَ بَدْعَةٌ وَهَوَاءٌ فَكَيْفَ الْخُرُوجُ عَلَيْهِ بِالسَّيْفِ وَلَكِنْ لَمَّا كَانَ عِنْدَهُ تَأْوِيلٌ وَتَدْبِئٌ لَمْ يَمْنَعْ قَبُولَ شَهَادَتِهِ وَشَرَطَ فِي الدَّخِيرَةِ لِقَبُولِ شَهَادَتِهِ أَنْ يَكُونَ هَوَى لَا يَكْفُرُ بِهِ صَاحِبُهُ وَفِي النَّهْيَةِ أَنْ أُصُولَ أَهْلِ الْهَوَى سِتَّةَ الْجَبْرِ ،

وَالْقَدَرُ ، وَالرَّفْضُ ، وَالْخُرُوجُ ، وَالتَّشْبِيهُ ، وَالتَّعْطِيلُ ثُمَّ كُلُّ وَاحِدٍ يَصِيرُ اثْنَتَا عَشْرَةَ فِرْقَةً ، وَالْخَطَائِيَّةُ قَوْمٌ مِنَ الرَّاغِبِينَ يُنْسَبُونَ إِلَى أَبِي الْخَطَّابِ مُحَمَّدِ بْنِ وَهْبٍ الْأَجْدَعِ يَسْتَجِيزُونَ أَنْ يَشْهَدُوا لِلْمُدْعَى إِذَا حَلَفَ عِنْدَهُمْ أَنَّهُ مُحَقٌّ وَيَقُولُونَ الْمُسْلِمُ لَا يَخْلِفُ كَاذِبًا فَبَاعَتْهُمْ هَذَا تَمَكَّنَتْ شُبُهَةٌ فِي شَهَادَتِهِمْ فَلَعَلَّهُ أَقْدَمَ عَلَى الشَّهَادَةِ بِهَذَا الطَّرِيقِ وَقِيلَ : إِنَّهُمْ يَعْتَقِدُونَ أَنَّ مَنْ ادَّعَى مِنْهُمْ شَيْئًا عَلَى غَيْرِهِ يَجِبُ أَنْ يَشْهَدَ لَهُ بِقِيَّةِ شَيْعَتِهِ وَذَكَرَ الْأَقْطَعُ أَنَّهُمْ قَوْمٌ يُنْسَبُونَ إِلَى أَبِي الْخَطَّابِ رَجُلٌ كَانَ بِالْكُوفَةِ قَتَلَهُ عَيْسَى بْنُ مُوسَى وَصَلَبَهُ بِالْكَائِسِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَزْعُمُ أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ الْإِلَهِ الْأَكْبَرُ وَجَعَفَرًا الصَّادِقَ الْإِلَهِ الْأَصْغَرَ

الشرح

قوله في المتن وتقبل لأخيه وعمه إلخ

وَذَلِكَ لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى { وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ } فَيَعْمَلُ بِعُمُومِهِ إِلَّا مَا وَرَدَ التَّخْصِصُ بِالذَّلِيلِ .

أَتَقَانِي

قوله : في المتن وأهل الأهواء

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ أَرَادَ بِأَهْلِ الْأَهْوَاءِ أَصْحَابَ الْبِدْعِ كَالْخَارِجِيِّ وَالرَّافِضِيِّ الْجَبَرِيِّ وَالْقَدَرِيِّ وَالْمُشَبِّهِ وَالْمُعْطَلِ وَيُسَمَّى أَهْلُ الْبِدْعِ أَهْلُ الْأَهْوَاءِ لِمِيلِهِمْ إِلَى مَحْبُوبِ أَنْفُسِهِمْ بِلَا دَلِيلٍ شَرْعِيٍّ أَوْ عَقْلِيٍّ فَالْهَوَى مَحْبُوبُ النَّفْسِ مِنْ هَوَى الشَّيْءِ إِذَا أَحَبَّهُ وَقَدْ مَرَّ فِي التَّيْبِينَ فِي بَابِ أَقْسَامِ السُّنَّةِ

قوله : بالكنايس

كَذَا هُوَ فِي نُسْخِ هَذَا الشَّرْحِ وَتَبِعَهُ عَلَى ذَلِكَ الْكَمَالُ وَالَّذِي فِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ لِلأَتَقَانِيِّ نَقَلًا عَنْ شَرْحِ الْأَقْطَعِ وَصَلَبِهِ بِالْكُنَاسَةِ قَالَ فِي مُعْجَمِ الْبُلْدَانِ لِيَأْقُوتِ الْكُنَاسَةُ بِالضَّمِّ مَحَلَّةٌ بِالْكُوفَةِ وَلَمْ يَذْكُرْ يَأْقُوتُ الْكُنَاسِ وَقَدْ وَقَفْتُ عَلَى نُسْخَةٍ مِنْ شَرْحِ الْأَقْطَعِ مُعْتَمِدَةً بِخَطِّ شَيْخِنَا الْعُلَمَاءِ قَاضِي الْقَضَاةِ الْغَزِّيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَنَصَّهَا فَهُمْ يَعْنِي الْخَطَّابِيَّةَ قَوْمٌ يُنْسَبُونَ إِلَى أَبِي الْخَطَّابِ رَجُلٌ كَانَ بِالْكُوفَةِ قَتَلَهُ عِيسَى بْنُ مُوسَى وَصَلَبَهُ بِالْكُنَاسَةِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالذَّمُّ عَلَى مِثْلِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَمَالِكٌ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الذَّمِّيِّ عَلَى ذِمِّيِّ مِثْلِهِ وَلَا عَلَى الْحَرْبِيِّ ؛ لِأَنَّهُمْ فَسَقَةٌ بَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى فَسَقَتُهُمْ فِي آيَاتِ مِنَ الْقُرْآنِ وَهُوَ أَغْلَظُ مِنَ الْفَسَقِ تَعَاطِيًا فَكَانَ أَوَّلَى بَرْدِ شَهَادَتِهِ وَلِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ { مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ } ، وَالْكَافِرُ غَيْرُ مَرْضِيٍّ وَلِأَنَّ شَهَادَةَ الرَّقِيقِ تُرَدُّ لِمَا أَنَّ الرَّقَّ أَثَرُ الْكُفْرِ فَكَيْفَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ بِهِ حَقِيقَةُ الْكُفْرِ وَلِأَنَّ قَبُولَ شَهَادَتِهِ يُؤَدِّي إِلَى إلْزَامِ الْحَاكِمِ الْقَضَاءَ بِشَهَادَتِهِ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُلْزَمَ الْمُسْلِمَ بِشَهَادَةِ الْكَافِرِ وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى الْمُسْلِمِ بِالإِجْمَاعِ كَيْ لَا يُلْزَمَهُ شَيْءٌ يَتَضَرَّرُ بِهِ بِشَهَادَةِ الْكَافِرِ وَلِأَنَّهُمْ لَا يَجْتَنِبُونَ الْكَذِبَ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَخْبَرَ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ يُنْكِرُونَ الْآيَاتِ عِنَادًا مَعَ عِلْمِهِمْ بِأَنَّهُ حَقٌّ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { وَحَدِّثُوا بِهَا وَاسْتَقْبَلْتَهَا أَنْفُسُهُمْ ظُلْمًا وَعُلوًا } فَكَانَ ذَلِكَ كَذِبًا مِنْهُمْ ، وَالْكَذَابُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فَلَمْ يَكُنْ أَهْلًا لَهَا كَالْمُرْتَدِّ وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلشَّهَادَةِ عَلَى الْمُسْلِمِ فَكَذَا عَلَى الْكَافِرِ كَالْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ مَنْ كَانَ أَهْلًا لَهَا لَا يَخْتَلِفُ بَيْنَ شَخْصٍ وَشَخْصٍ وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى إِنْ اتَّفَقَتْ مِلَّتُهُمْ تُقْبَلُ شَهَادَةُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ .

وَإِنْ اخْتَلَفَتْ لَا تُقْبَلُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لَا شَهَادَةَ لِأَهْلِ مِلَّةٍ عَلَى أَهْلِ مِلَّةٍ أُخْرَى إِلَّا الْمُسْلِمُونَ ، فَإِنَّ شَهَادَتَهُمْ مَقْبُولَةٌ عَلَى أَهْلِ الْمِلَّةِ كُلِّهِمْ } وَلَنَا مَا رَوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { رَحِمَ يَهُودِيَيْنِ بِشَهَادَةِ يَهُودٍ عَلَيْهِمَا بِالزُّنَا } وَعَنْ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ وَجَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ {

أَجَارَ شَهَادَةَ النَّصَارَى بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ } وَعَلَيْهِ إِجْمَاعُ السَّلَفِ وَقَوْلُهُ تَعَالَى { أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ } أَيِ مَنْ غَيْرِ أَهْلِ دِينِكُمْ وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى قَوْلِهِ تَعَالَى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا } فَهَذَا نَصٌّ عَلَى أَنَّ شَهَادَةَ الْكَافِرِ مَقْبُولَةٌ فِي وَصِيَّةِ الْمُسْلِمِ وَفِي وَصِيَّةِ الْكَافِرِ أَوَّلَى ثُمَّ اتِّسَاعُهُ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ لِأَجْلِ أَنْ وَلَايَتُهُمْ عَلَى الْمُسْلِمِينَ اتَّسَعَتْ لَا يَدُلُّ عَلَى اتِّسَاعِهِ فِي حَقِّ الْكَافِرِ لِإِقَاءِ وَلَايَةِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ

لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ } ، وَالْمُرَادُ بِهِ الْوَلَايَةُ دُونَ الْمُوَالَاةِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ تَعَالَى { مَا لَكُمْ مِنْ وَلَائِهِمْ مِنْ شَيْءٍ } ، فَإِذَا بَقِيَتْ وَلَايَةُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ بَقِيَتْ الشَّهَادَةُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا نَوْعٌ وَلَايَةٍ لِمَا فِيهَا مِنَ الْإِزَامِ الْغَيْرِ فَذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْآيَةَ غَيْرُ مَنْسُوخَةٍ فِي حَقِّهِمْ وَكَيْفَ يُقَالُ ذَلِكَ وَقَدْ عَمِلَ بِهَا بَعْضُ الصَّحَابَةِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِينَ أَيْضًا ، فَإِنَّ أَبَا مُوسَى الْأَشْعَرِيَّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ أَمْضَى شَهَادَةَ الْكَافِرِينَ فِي وَصِيَّةِ الْمُسْلِمِ فِيمَا رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالدَّارَقُطْنِيُّ .

وَقَالَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا لِحَبِيبِ بْنِ نُفَيْرٍ هَلْ تَقْرَأُ سُورَةَ الْمَائِدَةِ قَالَ نَعَمْ قَالَتْ : فَإِنَّهَا آخِرُ سُورَةٍ أَنْزِلَتْ فَمَا وَجَدْتُمْ فِيهَا مِنْ حَلَالٍ فَأَحْلَوْهُ وَمَا وَجَدْتُمْ فِيهَا مِنْ حَرَامٍ فَحَرَّمُوهُ رَوَاهُ أَحْمَدُ فَهَذَا يَدُلُّكَ عَلَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَنْسُوخَةٍ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ أَيْضًا ، وَالْفِسْقُ مِنْ حَيْثُ الْإِعْتِقَادُ لَا يَمْنَعُ الْقَبُولَ ؛ لِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ عَنْ مَحْظُورٍ دِينِهِ أَشَدَّ الْإِمْتِنَاعِ ، وَالْكَذِبُ مَحْظُورٌ فِي الْأَدْيَانِ كُلِّهَا ، وَالرِّضَا ثَبَتَ فِي حَقِّ الْكَافِرِ فِي حَقِّ الْمُعَامَلَاتِ بِصِفَةِ الْأَمَانَةِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَصَفَهُمْ بِذَلِكَ فَقَالَ { وَمِنْ أَهْلِ

الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأَمَّنْهُ يَقْنَطَارُ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ } فَخَرَجَتْ الْآيَةُ مَخْرَجَ الْوَصْفِ لَهُمْ بِالْأَمَانَةِ ، وَالْأَمَانَةُ مَرْضِيَّةٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْكَافِرُ مَرْضِيًّا لِكُفْرِهِ وَلَمَّا كَانَ مُؤْتَمِّنًا فِي الْمُعَامَلَاتِ كَانَ مُؤْتَمِّنًا فِي الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ آدَاءِ الْأَمَانَةِ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعَبْدِ أَنَّ الْعَبْدَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوَلَايَةِ عَلَى أَحَدٍ كَالصَّبِيِّ ، وَالشَّهَادَةُ مِنْ بَابِ الْوَلَايَةِ ، وَالْكَافِرُ أَهْلٌ لِلْوَلَايَةِ عَلَى جَنْبِهِ فَيَكُونُ أَهْلًا لِلشَّهَادَةِ أَيْضًا عَلَى جَنْبِهِ ، وَالْقَاضِي لَا يَلْزَمُهُ الْقَضَاءُ بِقَوْلِ الْكَافِرِ ، وَإِنَّمَا لَزِمَهُ بِالتَّقْلِيدِ عِنْدَ قِيَامِ الْحُجَّةِ ، وَالْقَضَاءُ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ فَيَجِبُ عَلَيْهِ آدَاؤُهُ كَمَا يَلْزَمُهُ النَّظَرُ لِلْغَيْبِ ، وَالصَّغَارُ مِنْهُمْ وَمِنَ الْمُسْلِمِينَ مَنْ غَيْرُ أَنْ يَنْظُرَ بِأَيِّ سَبَبٍ وَجَبَ لَهُمُ الْحَقُّ وَامْتِنَاعُهُمْ عَنِ الْكَذِبِ مُشَاهِدًا ، وَالْعِنَادُ .

وَالْحُجُودُ الَّذِي حَكَى اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ فِي حَقِّ مَنْ كَانَ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ مَعَ عِلْمِهِمْ لَا يُوجِبُ أَنْ يَكُونَ مَنْ فِي عَصْرِنَا مِنْهُمْ أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِالْحَقِّ بَلْ الظَّاهِرُ أَنَّهُ يَعْتَقِدُ الْكُفْرَ حَقًّا لِحُجْهِهِ بِهِ ، وَلَوْ عِلْمٌ لَأَسْلَمَ وَقَدْ كَانَ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ أَيْضًا مَنْ لَا يَعْلَمُ أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى { وَمِنْهُمْ أُمِّيُونَ لَا يَعْلَمُونَ الْكِتَابَ إِلَّا أَمَانِي } وَقَالَ تَعَالَى { وَإِنْ فَرِيقًا مِنْهُمْ لَيَكْتُمُونَ الْحَقَّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ } وَقَوْلُهُمْ مَنْ كَانَ أَهْلًا لِلشَّهَادَةِ لَا يَخْتَلِفُ بَيْنَ شَخْصٍ وَشَخْصٍ قُلْنَا : إِنَّمَا اخْتَلَفَتْ شَهَادَتُهُ بَيْنَ الْمُسْلِمِ ، وَالْكَافِرِ لِمَا ذَكَرْنَا وَمِثْلُ هَذَا غَيْرُ مُنْكَرٍ شَرْعًا أَلَا تَرَى أَنَّ شَهَادَةَ الْمُسْلِمِ عَلَى عَدُوِّهِ لَا تُقْبَلُ وَعَلَى غَيْرِهِ تُقْبَلُ وَكَذَا شَهَادَتُهُ لِقَرَابَتِهِ وَلَاذًا لَا تُقْبَلُ وَلِغَيْرِهِمْ تُقْبَلُ فَلَا يَبْعُدُ رَدُّ الشَّهَادَةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى شَخْصٍ لِلتَّهْمَةِ

فَكَذَا هَذَا ، وَالْمُرْتَدُّ لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَى أَحَدٍ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى أَحَدٍ كَالْعَبْدِ ، وَالصَّبِيِّ وَمِلِلُ الْكُفْرِ كُلِّهِ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ فَتُقْبَلُ شَهَادَةُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مِلَّتُهُمْ ؛ لِأَنَّ بَعْضَهُمْ لَيْسَ فِي قَهَرٍ بَعْضٍ فَلَا يُؤَدِّي إِلَى التَّقُولِ عَلَيْهِ

الشرح

قوله : في المتن والدمي على مثله

انفقت ملتئمتا أو اختلفت .

قوله : بَيَّنَ اللَّهُ تَعَالَى فِسْقَهُمْ فِي آيَاتِ مِنَ الْقُرْآنِ

مِنْهَا قَوْلُهُ فِي سُورَةِ الثَّوْرِ { وَمَنْ كَفَرَ بَعْدَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ } وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْفَاسِقِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا }

قوله : وَإِنْ اخْتَلَفْتَ لَا تُقْبَلُ

كشهادة اليهودي على النصراني وعكسه .

كَمَالٌ

قوله : وَلَنَا مَا رَوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { رَجَمَ يَهُودِيَيْنِ } الْخ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَلَنَا مَا حَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ فِي شَرْحِ الْأَثَارِ بِإِسْنَادِهِ إِلَى عَامِرِ الشَّعْبِيِّ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ { أَنَّ الْيَهُودَ جَاءُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِرَجُلٍ وَامْرَأَةٍ مِنْهُمْ زَنِيًّا فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اثْنُونِي بِأَرْبَعَةٍ مِنْكُمْ يَشْهَدُونَ } فَعَلِمَ بِذَلِكَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَوَّزَ شَهَادَتَهُمْ عَلَيْهِمْ .

قوله : وَالْمُرْتَدُّ لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَى أَحَدٍ

؛ لِأَنَّهُ لَا دِينَ لَهُ يُقَرُّ عَلَيْهِ .

أَثَقَانِيُّ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْحَرْبِيُّ عَلَى مِثْلِهِ لَا عَلَى الذِّمِّيِّ) ؛ لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَى الذِّمِّيِّ وَلَهُ وَلَايَةٌ عَلَى الْحَرْبِيِّ ، وَالذِّمِّيُّ أَعْلَى حَالًا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا فَجَازَتْ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِ وَلَا تَحْزُ شَهَادَةُ الْحَرْبِيِّ عَلَى الذِّمِّيِّ ، وَالْحَرْبِيُّ مِثْلُ الْحَرْبِيِّ فَتَحْزُ شَهَادَةُ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ إِلَّا إِذَا كَانَا مِنْ دَارَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ كَالْإِفْرِجِ ، وَالْحَبَشِ لِانْقِطَاعِ الْوَلَايَةِ بَيْنَهُمَا وَلِهَذَا لَا يَتَوَارَثَانِ ، وَالْدَّارُ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمَنَعَةِ ، وَالْمَلِكُ لِانْقِطَاعِ التَّصَرُّعِ بَيْنَهُمَا وَاسْتِبَاحَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَمَ الْآخَرِ وَمَالَهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ أَلَمَ بِصَغِيرَةٍ إِنْ اجْتَنَبَ الْكِبَائِرَ) أَيِ تَقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ عَصَى مَعْصِيَةَ صَغِيرَةٍ بِشَرْطِ أَنْ يَجْتَنِبَ الْكِبَائِرَ ، وَاللَّمَمُ الصَّغِيرَةُ وَأَلَمٌ إِذَا أَذْنَبَ مَا دُونَ الْفَوَاحِشِ وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ إِذَا اجْتَنَبَ الْكِبَائِرَ كُلَّهَا وَكَانَتْ حَسَنَاتُهُ أَغْلَبَ مِنْ سَيِّئَاتِهِ وَقَدْ مَضَى ذِكْرُ الْكِبَائِرِ ، وَالصَّغَائِرِ فَبَقِيَ الْكَلَامُ فِي الْعَدَالَةِ ، وَالْأَصْلُ أَنَّ الْعَدَالََةَ شَرْطُ لِقَبُولِ الشَّهَادَةِ وَهِيَ الْإِسْتِقَامَةُ يُقَالُ طَرِيقٌ عَدْلٌ لِلْجَادَّةِ ، وَالِإِسْتِقَامَةُ بِالْإِسْلَامِ وَاعْتِدَالُ الْعَقْلِ وَيُعَارِضُ الْعَقْلَ هَوًى يُضِلُّهُ وَيَصُدُّهُ عَنِ الْإِسْتِقَامَةِ وَلَيْسَ لِكَمَالِ الْإِسْتِقَامَةِ حَدٌّ يَذْرُكُ مَدَاهُ وَيُكْتَفَى لِقَبُولِ الشَّهَادَةِ بِأَدْنَاهُ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى تَضْيِيعِ الْحُقُوقِ وَأَدْنَاهُ رُجْحَانُ جِهَةِ الدِّينِ ، وَالْعَقْلُ عَلَى الْهَوَى ، وَالشَّهْوَةِ وَاخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ فَقِيلَ : مَنْ ارْتَكَبَ كِبِيرَةً أَوْ أَصْرَ عَلَى صَغِيرَةٍ سَقَطَتْ عَدَالَتُهُ وَصَارَ مَتَّهَمًا بِالْكَذِبِ لظُهُورِ رُجْحَانِ جِهَةِ

الْهَوَى عَلَى الْعَقْلِ .

وَأَحْسَنُ مَا قِيلَ فِيهِ مَا نَقَلَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْعَدْلَ فِي الشَّهَادَةِ أَنْ يَكُونَ مُجْتَنِبًا عَنِ الْكِبَائِرِ وَلَا

يَكُونَ مُصِرًّا عَلَى الصَّغَائِرِ وَيَكُونَ صَلَاحُهُ أَكْثَرَ مِنْ فَسَادِهِ وَصَوَابُهُ أَكْثَرَ مِنْ خَطِيئِهِ ؛ لِأَنَّ الصَّغِيرَةَ تَكُونُ كَبِيرَةً بِالْإِصْرَارِ عَلَيْهَا وَلَا يُوثَقُ بِكَلَامٍ مِنْ كَثَرِ مِنْهُ الْخَطَأُ ، وَالْفَسَادُ فَلَمْ يُوجَدْ مَا يَدُلُّ عَلَى الْاجْتِنَابِ عَنِ الْكَذِبِ ، وَالْإِلْمَامِ مِنْ غَيْرِ إِصْرَارٍ لَا يَقْدَحُ فِي الْعَدَالَةِ إِذْ لَا يُوجَدُ مِنَ الْبَشَرِ مَنْ هُوَ مَعْصُومٌ سِوَى الْأَنْبِيَاءِ ، عَلَيْهِمُ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَيُؤَدِّي اشْتِرَاطُ الْعِصْمَةِ إِلَى سَدِّ بَابِ الشَّهَادَةِ وَهُوَ مَفْتُوحٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ } أَيُّ عُدُولًا وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا مُحَدِّودًا فِي قَدْفٍ } قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (، وَالْأَقْلَفُ) لِإِطْلَاقِ التَّصْوُصِ مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِالْخِتَانِ وَلِأَنَّهُ لَا يُخِلُّ بِالْعَدَالَةِ هَذَا إِذَا تَرَكَهُ لِعُدْرِ بِهِ مِنْ كِبَرٍ أَوْ خَوْفٍ هَلَاكٍ ، وَإِنْ تَرَكَهُ مِنْ غَيْرِ عُدْرِ اسْتِخْفَافًا بِالذِّينِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ عَدْلًا مَعَ الْاسْتِخْفَافِ بِالذِّينِ وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا تَرَكَهُ اسْتِخْفَافًا بِالسُّنَّةِ وَلَمْ يَقْدَرِ أَبُو حَنِيفَةَ لِلْخِتَانِ وَقَتًا مَعْلُومًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ فِيهِ كِتَابٌ وَلَا سُنَّةٌ وَلَمْ يُنْقَلْ فِيهِ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، وَطَرِيقُ مَعْرِفَةِ الْمَقَادِيرِ السَّمَاعُ وَلَيْسَ لِلرَّأْيِ فِيهِ مَدْخَلٌ . وَقَدَرَهُ الْمُتَأَخَّرُونَ وَاخْتَلَفُوا فِي وَقْتِهِ فَقَالَ بَعْضُهُمْ وَقْتُهُ مِنْ سَبْعِ سِنِينَ إِلَى عَشْرِ سِنِينَ وَقَالَ بَعْضُهُمُ الْيَوْمَ السَّابِعُ مِنْ وَلَادَتِهِ أَوْ بَعْدَ السَّابِعِ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ الصَّبِيُّ مُحْتَمِلًا وَلَا يَهْلِكُ لِمَا رُوِيَ أَنَّ الْحَسَنَ ، وَالْحُسَيْنَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا خُتِنَا فِي الْيَوْمِ السَّابِعِ أَوْ بَعْدَ السَّابِعِ وَلَكِنَّهُ شَاذٌ وَهُوَ

سُنَّةٌ لِلرِّجَالِ عِنْدَنَا دُونَ النِّسَاءِ وَقَالَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ : إِنَّهُ فَرَضُ وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْخِتَانُ لِلرِّجَالِ سُنَّةٌ وَلِلنِّسَاءِ مَكْرَمَةٌ } قَالَ الْحُلَوَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ كَانَ النِّسَاءُ يُخْتَنْنَ فِي زَمَنِ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ مَكْرَمَةً ؛ لِأَنَّهُ تَكُونُ الذَّلَّةُ عِنْدَ الْمَوَاقِعَةِ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَالْحَرْبِيُّ عَلَى مِثْلِهِ لَا عَلَى الذَّمِّيِّ (قَالَ فِي الْهِدَايَةِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحَرْبِيِّ عَلَى الذَّمِّيِّ قَالَ الْكَمَالُ أَرَادَ بِهِ الْمُسْتَأْمَنَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَصَوَّرُ غَيْرُهُ ، فَإِنَّ الْحَرْبِيَّ لَوْ دَخَلَ بِلَا أَمَانٍ قَهْرًا أُسْتَرِقَّ وَلَا شَهَادَةُ لِلْعَبْدِ عَلَى أَحَدٍ .

قَوْلُهُ : وَالذَّمِّيُّ أَعْلَى حَالًا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا

وَقَدْ قِيلَ خُلْفَ الْإِسْلَامِ وَهُوَ الْجَزِيَّةُ حَتَّى كَانَ لَهُ وَعَلَيْهِ مِثْلُ مَا كَانَ لِلْمُسْلِمِ وَعَلَيْهِ .

أَتَقَانِي فَهُوَ أَقْرَبُ إِلَى الْإِسْلَامِ وَلِهَذَا يُقْتَلُ الْمُسْلِمُ بِالذَّمِّيِّ عِنْدَنَا لَا بِالْمُسْتَأْمَنِ كَمَا أَنَّ رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله : والحربي مثل الحربي

قَالَ الْأَنْقَايُ وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُسْتَأْمِنِينَ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ بِشَرْطِ اتِّحَادِ الدَّارِ فَإِذَا اخْتَلَفَتْ فَلَا لَارْتِفَاعَ الْوَلَايَةِ وَالْعِصْمَةِ وَلِهَذَا لَا يَجْرِي التَّوَارُثُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الدَّارَيْنِ بِخِلَافِ أَهْلِ الذِّمَّةِ حَيْثُ تُقْبَلُ شَهَادَةُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ .

وَإِنْ كَانَ هَذَا رُومِيًّا وَذَلِكَ تُرْكِيًّا ؛ لِأَنَّهُمْ لَمَّا قَبِلُوا الْحِزِّيَّةَ صَارُوا مِنْ أَهْلِ دِيَارِنَا وَكَانَتْ دَارُهُمْ مُتَّحِدَةً حُكْمًا قَالَ النَّاصِحِيُّ فِي تَهْذِيبِ أَدَبِ الْقَاضِي ، فَإِنْ أَسْلَمَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَ عَلَيْهِ بَطَلَتِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ لَوْ قَضَيْنَا لِقَضِينَا الْآنَ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْضِيَ بِشَهَادَةِ كَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ وَإِذَا عَرَضَ مَا يَمْنَعُ الْقَضَاءَ بِالشَّهَادَةِ قَبْلَ الْقَضَاءِ لَمْ يَقْضَ بِهِ كَمَا لَوْ رَجَعَ الشُّهُودُ قَبْلَ الْقَضَاءِ ، فَإِنَّهُ لَا يَقْضِي كَذَا هَذَا ، وَإِنْ قَضَى عَلَيْهِ بِشَهَادَةِ الْكَافِرِ ثُمَّ أَسْلَمَ فَالْقَضَاءُ مَاضٍ وَيُؤْخَذُ مِنْهُ الْمَالُ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ تَمَّتْ بِالْقَضَاءِ فَطَرَبَانُ مَا يُبْطَلُ الشَّهَادَةُ لَا يُبْطَلُ الْقَضَاءُ كَمَا لَوْ رَجَعَ الشُّهُودُ بَعْدَ الْقَضَاءِ إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ

وَفِيمَا دُونَ النَّفْسِ ، فَإِنِّي أَدْرُ ذَلِكَ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْإِمْضَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي بَابِ الْحُدُودِ فَإِذَا عَرَضَ مَانِعٌ قَبْلَ الْإِسْتِيفَاءِ لَمْ يُسْتَوْفَ الْحَدُّ وَالْقِصَاصُ .

قوله : وألم إذا أذنب

قَالَ الْأَنْقَايُ أَلَمْ أَيَّ اللَّمَمِ وَهُوَ دُونَ الْكِبِيرَةِ مِنَ الذُّنُوبِ كَذَا فِي تَهْذِيبِ الدِّيَوَانِ

قوله : وتقبل شهادته إذا اجتنب الكبائر كلها وكانت حسنة أغلب الخ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَإِذَا كَانَتْ الْحَسَنَاتُ أَغْلَبَ مِنَ السَّيِّئَاتِ وَالرَّجُلُ يَجْتَنِبُ الْكَبَائِرَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ، وَإِنْ أَلَمَّ بِمَعْصِيَةٍ قَالَ الْكَمَالُ هَذَا هُوَ مَعْنَى الْمَرْوِيِّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي حَدِّ الْعَدَالَةِ وَهُوَ أَحْسَنُ مَا قِيلَ وَفِيهِ قُصُورٌ حَيْثُ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِأَمْرِ الْمَرْوَةِ بَلْ اقْتَصَرَ عَلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِأَمْرِ الْمَعَاصِي وَالْمَرْوِيِّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ هُوَ قَوْلُهُ أَنْ لَا يَأْتِيَ بِكَبِيرَةٍ وَلَا يُصِرَّ عَلَى صَغِيرَةٍ وَيَكُونُ سِتْرُهُ أَكْثَرَ مِنْ هَتَكِهِ وَصَوَابُهُ أَكْثَرَ مِنْ خَطْئِهِ وَمَرْوُئُهُ ظَاهِرَةٌ وَيَسْتَعْمِلُ الصَّدَقَ وَيَجْتَنِبُ الْكَذِبَ دِيَانَةً وَمَرْوَةٌ هَكَذَا نَقَلَهُ عَنْهُ الْقَاضِي أَبُو حَازِمٍ حِينَ سَأَلَهُ عُيَيْدُ اللَّهِ بْنُ سُلَيْمَانَ وَزِيرُ الْمُعْتَصِدِ عَنِ الْعَدَالَةِ فَقَالَ لَهُ أَحْسَنُ مَا نُقِلَ فِي هَذَا الْبَابِ مَا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ يَعْقُوبُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ الْأَنْصَارِيِّ الْقَاضِي ثُمَّ ذَكَرَ ذَلِكَ وَكَانَ يَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ : وَمَرْوَةُ ظَاهِرَةٌ وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ : فَأَمَّا الْإِلْمَامُ بِمَعْصِيَةٍ فَلَا تَنْفَدُ بِهِ الْعَدَالَةُ يُرِيدُ الصَّغِيرَةَ ، وَلَفْظُ الْإِلْمَامِ وَالْمُشْتَهَرِ فِي الصَّغِيرَةِ .

وَمِنْهُ قَوْلُ أَبِي خِرَاشٍ وَهُوَ يَسْعَى بَيْنَ الصِّفَا وَالْمَرْوَةِ إِنْ تَغْفَرَ اللَّهُمَّ تَغْفِرْ جَمًّا وَأَيُّ عَبْدٍ لَكَ لَا أَلَمًا هَكَذَا أوردته القُتَيْبِيُّ عَنْهُ بِسَنَدِهِ وَنَسَبِهِ الْخَطَّابِيُّ إِلَى أُمِّيَّةٍ وَنَسَبُهُ صَاحِبِ الذَّخِيرَةِ إِيَّاهُ إِلَى النَّبِيِّ

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ غَلَطُوا وَلَا بَأْسَ بِذِكْرِ أَفْرَادٍ نَصَّ عَلَيْهَا ، مِنْهَا تَرَكُ الصَّلَاةَ بِالْجَمَاعَةِ بَعْدَ كَوْنِ الْإِمَامِ لَا طَعْنَ عَلَيْهِ فِي دِينٍ وَلَا حَالٍ ، وَإِنْ كَانَ مُتَأَوِّلًا فِي تَرْكِهَا كَانَ يَكُونُ مُعْتَقِدًا فَضِيلَةَ أَوَّلِ الْوَقْتِ وَالْإِمَامُ يُؤَخِّرُ الصَّلَاةَ وَغَيْرَ ذَلِكَ لَا تَسْقُطُ عِدَالَتُهُ بِالتَّرْكِ وَكَذَا بَتْرُكُ الْجُمُعَةِ مِنْ غَيْرِ عَذْرِ فَمِنْهُمْ مَنْ أَسْقَطَهَا بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ كَالْحُلَوَانِيِّ وَمِنْهُمْ مَنْ شَرَطَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ، وَالْأَوَّلُ أَوْجَهُ وَذَكَرَ الْإِسْبِجَانِيُّ مَنْ أَكَلَ

فَوْقَ الشَّيْخِ سَفَطَتْ عِدَالَتُهُ عِنْدَ الْأَكْثَرِ وَلَا بُدَّ مِنْ كَوْنِهِ مِنْ غَيْرِ إِرَادَةِ التَّقْوَى عَلَى صَوْمِ الْعَدِ أَوْ مُوَاسَاةِ الضَّيْفِ وَكَذَا مَنْ حَرَجَ لِرُؤْيَةِ السُّلْطَانِ أَوْ الْأَمِيرِ عِنْدَ قُدُومِهِ وَرَدَّ شَهَادَةَ شَيْخٍ صَالِحٍ لِمَحَاسِنِهِ ابْنَهُ فِي التَّفَقُّهِ فِي طَرِيقِ مَكَّةَ كَأَنَّهُ رَأَى مِنْهُ تَضْيِيقًا وَمُشَاحَةً يَشْهَدُ بِالْبُخْلِ وَذَكَرَ الْخَصَافُ أَنَّ رُكُوبَ الْبَحْرِ لِلتَّجَارَةِ أَوْ التَّفَرُّجِ يُسْقِطُ الْعِدَالََةَ وَكَذَا التَّجَارَةُ إِلَى أَرْضِ الْكُفَّارِ وَقُرَى فَارِسَ وَنَحْوِهَا ؛ لِأَنَّهُ مُحَاطَرٌ بِدِينِهِ وَنَفْسِهِ لَنَيْلِ الْمَالِ فَلَا يُؤْمِنُ أَنْ يَكْذِبَ لِأَجْلِ الْمَالِ وَتُرَدُّ شَهَادَةُ مَنْ لَمْ يَحْجْ إِذَا كَانَ مُوسِرًا عَلَى قَوْلِ مَنْ يَرَاهُ عَلَى الْفَوْرِ .
وَكَذَا مَنْ لَمْ يُؤَدِّ زَكَاتَهُ وَبِهِ أَخَذَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ وَكُلُّ مَنْ شَهِدَ عَلَى إِقْرَارٍ بَاطِلٍ وَكَذَا عَلَى فِعْلٍ بَاطِلٍ مِثْلُ مَنْ يَأْخُذُ سُوقَ النَّخَاسِينَ مُقَاطَعَةً وَأَشْهَدَ عَلَى وَثِيقَتِهَا شُهُودًا قَالَ الْمَشَايِخُ إِنْ شَهِدُوا حَلَّ بِهِمُ الطَّعْنُ ؛ لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ عَلَى بَاطِلٍ فَكَيْفَ هَؤُلَاءِ الَّذِينَ يَشْهَدُونَ عِنْدَ مُبَاشِرِي السُّلْطَانِ عَلَى ضَمَانِ الْجِهَاتِ وَالْإِجَارَاتِ الْمُضَارَّةِ عَلَى الْمُحْبُوسِينَ عِنْدَهُمْ وَالَّذِينَ فِي تَرْسِيمِهِمْ مَا قَالَهُ الْكَمَالُ قَوْلُهُ : فِي الْمَتَنِ وَالْأَقْلَفِ (الْخ) وَمَا عَنْ

ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَلَا تُقْبَلُ صَلَاتُهُ وَلَا تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ إِنَّمَا أَرَادَ بِهِ الْمَجُوسَ أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ لَا تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ .

كَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ

قَوْلُهُ : الدَّلَّةُ

الَّذِي يَخْطُ الشَّارِحَ ؛ لِأَنَّهُمَا تَكُونُ الدَّلَّةُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْخَصِيُّ وَوَلَدُ الزَّوْنِ ، وَالْخُنْثَى) لِتَحَقُّقِ الْعِدَالَةِ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّ قَطْعَ الْعُضْوِ أَوْ زِيَادَتَهُ أَوْ حَيَاةَ أَبِيهِ لَا يُوجِبُ قَدْحًا فِي الْعِدَالَةِ وَقَبْلَ عَمْرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ شَهَادَةَ عِلْقَمَةَ الْخَصِيِّ ، وَالْخُنْثَى إِمَّا رَجُلٌ أَوْ امْرَأَةٌ فَشَهَادَةُ الْجَنَسَيْنِ مَقْبُولَةٌ ثُمَّ هُوَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُشْكَلًا فَلَا إِشْكَالَ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ مُشْكَلًا فَيَجْعَلُ امْرَأَةً فِي حَقِّ الشَّهَادَةِ احْتِيَاطًا حَتَّى لَا يَجُوزَ أَنْ يَشْهَدَ مَعَ رَجُلٍ مَا لَمْ يُضْمَ إِلَيْهِ امْرَأَةٌ وَلَا مَعَ النِّسَاءِ بَلَا رَجُلٍ مَعَهُنَّ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْعَمَّالُ) الْمُرَادُ بِهِ عَمَّالُ السَّلَاطِينِ الَّذِينَ يَأْخُذُونَ الْحُقُوقَ الْوَاجِبَةَ كَالْخَرَاجِ ، وَالْجَزْيَةِ ، وَالصَّدَقَاتِ عِنْدَ عَامَةِ الْمَشَايِخِ ، وَقِيلَ هُمُ الْأَمْرَاءُ وَقِيلَ الَّذِينَ يَعْمَلُونَ بِأَيْدِيهِمْ وَيُؤْجِرُونَ أَنْفُسَهُمْ وَأَيَّامًا كَانُوا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الْعَمَلِ لَيْسَ بِفَسْقٍ وَبَعْضُ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَلَّ كِبَرًا وَهُمْ كَانُوا عَمَّالًا ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ عِبَادَةً وَلَهُ الْأَجْرُ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا إِذَا كَانُوا أَعْوَانًا عَلَى الظُّلْمِ وَقِيلَ إِذَا كَانَ الْعَامِلُ وَجْهًا فِي النَّاسِ ذَا مَرُوءَةٍ لَا يُجَازَفُ فِي كَلَامِهِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ كَمَا مَرَّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْفَاسِقِ ؛ لِأَنَّهُ لِمَهَابَتِهِ لَا يَتَجَاسَرُ أَحَدٌ عَلَى اسْتِجَارِهِ عَلَى الشَّهَادَةِ الْكَاذِبَةِ وَلَوْ جَاهَتِهِ لَا يُقَدَّمُ عَلَى الْكَذِبِ حِفْظًا لِلْمُرُوءَةِ .
وَرُوي أَنَّ فَضِيلَ بْنَ رَيْعٍ وَزِيرَ الْخَلِيفَةِ شَهِدَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي حَادِثَةٍ فَرَدَّ شَهَادَتَهُ فَشَكَاهُ إِلَى الْخَلِيفَةِ فَقَالَ الْخَلِيفَةُ أَيُّهَا الْقَاضِي : إِنْ وَزِيرِي رَجُلٌ دِينٍ لَا يَشْهَدُ بِالزُّورِ فَلِمَ رَدَدْتَ شَهَادَتَهُ فَقَالَ ؛ لِأَنِّي سَمِعْتُهُ يَوْمًا قَالَ لِلْخَلِيفَةِ : أَنَا عَبْدُكَ ، فَإِنْ كَانَ صَادِقًا فَلَا شَهَادَةَ لِلْعَبْدِ ، وَإِنْ كَانَ

كَاذِبًا فَكَذَلِكَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لَا يُبَالِي بِالْكَذِبِ فِي مَجْلِسِكَ فَلَا يُبَالِي بِالْكَذِبِ فِي مَجْلِسِي أَيْضًا فَعَدْرَةُ الْخَلِيفَةِ فِيهِ وَفِي الْكَافِي هَذَا كَانَ فِي زَمَانِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ عَلَيْهِمُ الصَّلَاحُ وَفِي زَمَانِنَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْعَمَّالِ لِعَلَّةِ ظُلْمِهِمْ وَذَكَرَ فِي التَّهَابَةِ مَعْرِيًّا إِلَى الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلْبَرْدَوِيِّ أَنَّ مَنْ قَامَ بِتَوَزُّيعِ هَذِهِ التَّوَائِبِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ بِالْقِسْطِ ، وَالْعِدَالَةِ كَانَ مَأْجُورًا ، وَإِنْ كَانَ أَصْلُهُ مِنْ جِهَةٍ بَاطِلَةٍ ثُمَّ قَالَ فَعَلَى هَذَا يَنْبَغِي أَنْ تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ قَامَ بِالتَّوَزُّيعِ ، وَلَوْ كَانَ مُجَازِفًا ، وَإِنْ كَانَ الْمُرَادُ بِالْعَمَّالِ أَهْلُ الْحَرْفِ فَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُمْ فِيمَا تَقَدَّمَ وَبَاطِعُ

الْكُفْرَ قَالُوا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَى كَثْرَةَ الْمَوْتِ بِالطَّاعُونَ وَغَيْرِهِ وَفِي النَّهَائِيَّةِ شَهَادَةُ الْبَحِيلِ لَا تُقْبَلُ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ مَنْ يَنْحَلُ بِالْوَاجِبَاتِ كَالزُّكَاةِ وَنَفَقَةِ الزَّوْجَاتِ ، وَالْأَقَارِبِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْمُعْتَقُ لِلْمُعْتَقِ) أَيُّ تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُعْتَقِ لِلَّذِي أَعْتَقَهُ وَكَذَا بِالْعَكْسِ لِعَدَمِ التُّهْمَةِ وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ قَتِيرًا ، وَالْحَسَنَ شَهِدَا لِعَلِيٍّ عِنْدَ شُرَيْحٍ فَقَبِلَ شَهَادَةَ قَتِيرٍ وَهُوَ كَانَ عَتِيقَ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ

الشرح

قوله : في المتن والخصي وولد الزنا

قَالَ الْأَثْقَانِيُّ رَأَيْتُ فِي كِتَابِ التَّفْرِيعِ لِأَصْحَابِ مَالِكٍ قَالَ وَلَا بَأْسَ بِشَهَادَةِ وَلَدِ الزَّانَا إِلَّا فِي الزَّانَا وَمَا أَشْبَهَهُ مِنَ الْحُدُودِ ، فَإِنَّهَا لَا تَجُوزُ فِيهِ هَذَا لَفْظُ كِتَابِ التَّفْرِيعِ وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ يُرِيدُ أَنْ يَكُونَ جَمِيعُ النَّاسِ مِثْلَهُ وَهَذَا ضَعِيفٌ ؛ لِأَنَّ كَلَامَنَا فِيْمَا إِذَا كَانَ وَلَدُ الزَّانَا عَدْلًا وَالْعَدْلُ لَا يَرْضَى بِذَلِكَ .

قوله ولما مع النساء بلا رجل معهن

وَيَنْبَغِي أَنْ لَا تُقْبَلَ شَهَادَتُهُ فِي الْحُدُودِ وَالْفِصَاصِ كَالنِّسَاءِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ امْرَأَةً وَفِي شَهَادَتِهِنَّ شُبْهَةُ الْبَدَلِيَّةِ وَالْحُدُودُ تُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ انْتَهَى الْأَثْقَانِيُّ

قوله في المتن والعمال

ذَكَرَ الْإِمَامُ قَاضِي خَانَ أَرَادَ بِهِ عَامِلَ السُّلْطَانِ الَّذِي يُعَيِّنُهُ عَلَى أَخْذِ الْحُقُوقِ الْوَاجِبَةِ شَرْعًا أَمَّا الَّذِي يُعَيِّنُهُ عَلَى أَخْذِ الْحَرَامِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ انْتَهَى وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ وَذَكَرَ فِي الْوَاقِعَاتِ فِي بَابِ الشَّهَادَةِ بِعَلَامَةِ السَّيْنِ : الْعَمَالُ لِلْسُّلْطَانِ الَّذِينَ يَأْخُذُونَ الْعُسْرَ وَالصَّدَقَاتِ وَغَيْرَهَا جَازَتْ شَهَادَتُهُمْ إِذَا كَانُوا أَمْنَاءَ ؛ لِأَنَّهُمْ إِنَّمَا حُمِلُوا عَلَى ذَلِكَ لِأَمَانَتِهِمْ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُمْ يَحْتَرِزُونَ مِنَ الْكُذْبِ .

أَثْقَانِي

قوله : ولو جاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة

فَأَمَّا إِذَا كَانَ سَاقِطَ الْمَنْزِلَةِ عِنْدَ النَّاسِ أَوْ مُجَازِفًا فِي كَلَامِهِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ .

كَافِي قَوْلُهُ : فَعَلَى هَذَا يَنْبَغِي أَنْ تُقْبَلَ شَهَادَةُ مَنْ قَامَ بِالتَّوَزُّعِ وَلَوْ كَانَ مُجَازِفًا (إِلَى هُنَا كَلَامُ الشَّارِحِ وَبَعْدَ هَذَا كَتَبْتُ مُلْحَقًا وَهُوَ فِي كَلَامِهِ مِنَ الْعَمَالِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ هَذَا الْمُلْحَقُ مِنْ كَلَامِ صَاحِبِ النَّهَائِيَّةِ وَلَا يَصِحُّ الْكَلَامُ إِلَّا بِهِ .

قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي أَثْنَاءِ الْفَصْلِ الثَّالِثِ مِنْ أَدَبِ الْقَاضِي قَالُوا شَهَادَةُ بَائِعِ الْكَفَنِ لَا تَجُوزُ قَالَ الشَّيْخُ الْإِمَامُ شَمْسُ الْأُمَّةِ الْحُلَوَانِيُّ إِنَّمَا لَا تَجُوزُ إِذَا تَرَصَّدَ لِذَلِكَ الْعَمَلِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَتَمَنَّى الْمَوْتَ وَالطَّاعُونَ أَمَّا إِذَا كَانَ يَبِيعُ الثِّيَابَ هَكَذَا وَيُشْتَرَى مِنْهُ الْكَفَنُ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ شَهِدَا أَنَّ أَبَاهُمَا أَوْصَى إِلَيْهِ ، وَالْوَصِيُّ يَدَّعِي حَازَ ، وَإِنْ أَنْكَرَ لَا كَمَا لَوْ شَهِدَا أَنَّ أَبَاهُمَا وَكَّلَهُ بِقَبْضِ دُيُونِهِ وَادَّعَى الْوَكِيلُ أَوْ أَنْكَرَ) يَعْنِي إِذَا مَاتَ رَجُلٌ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ فَادَّعَى أَنَّ أَبَاهُمَا أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ ، وَالرَّجُلُ يَدَّعِي الْوَصِيَّةَ جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا ، وَإِنْ أَنْكَرَ الرَّجُلُ الْوَصِيَّةَ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا كَمَا لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمَا أَنَّ أَبَاهُمَا الْعَائِبَ قَدْ وَكَّلَ هَذَا الرَّجُلَ بِقَبْضِ دُيُونِهِ سَوَاءً ادَّعَى الرَّجُلُ الْوَكَالَهَ أَوْ أَنْكَرَ ، وَالْقِيَاسُ أَنَّ لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ أَيْضًا ، وَإِنْ ادَّعَى وَكَذَا إِذَا شَهِدَ الْمُوصِي إِلَيْهِمَا أَوْ لَهُمَا أَوْ الْغَرِيمَانِ لَهُمَا عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ عَلَيْهِمَا لَهُ دَيْنٌ أَنَّهُ أَوْصَى إِلَى هَذَا الرَّجُلِ تَجُوزُ هَذِهِ الشَّهَادَةُ اسْتِحْسَانًا ، وَالْقِيَاسُ أَنَّ لَا تَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُا تَجْرُ مُنْفَعَةً إِلَى الشَّاهِدِ بِإِقَامَةِ مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ أَوْ مَنْ يُسْتَوْفَى مِنْهُ أَوْ مَنْ تَبَرَّأَ ذِمَّتُهُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ أَوْ مَنْ يُعِينُهُ بِالْقِيَامِ عَلَى الْوَصِيَّةِ ، وَالشَّهَادَةُ الَّتِي تَجْرُ مُنْفَعَةً لَا تُقْبَلُ فَصَارَ نَظِيرُ مَسْأَلَةِ الْوَكَالَهَ . وَجِهَ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ لِلْقَاضِي وَلَايَةً نَصَّبَ الْوَصِيَّ إِذَا كَانَ الْوَصِيُّ طَالِبًا وَكَانَ الْمَوْتُ مَعْرُوفًا فَيَكْفِي الْقَاضِي بِهِذِهِ الشَّهَادَةُ مُؤَنَّةَ التَّعْيِينَ وَزَكَايَاهُ بِشَهَادَتِهِمَا إِذْ لَوْلَا شَهَادَتُهُمَا كَانَ يُتَأَمَّلُ فِيمَنْ يَعْينُ وَفِيمَنْ يَصْلُحُ فَيَعينُ مَنْ ثَبُتَ صِلَا حَيْثُ نَظَرًا لِلْمَيِّتِ ، وَإِنْ لَمْ يَوْصَ ؛ لِأَنَّهُ نُصَّبَ نَازِرًا فَلَمْ يَثْبُتْ بِهِذِهِ الشَّهَادَةُ شَيْءٌ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِعْلُهُ وَنَظِيرُهَا الْقُرْعَةُ ، فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِمُوجِبَةٍ شَيْئًا لَمْ يَكُنْ لَهُ لَوْلَا الْقُرْعَةُ وَمَعَ هَذَا جَازَ اسْتِعْمَالُهَا تَطْيِيبًا لِلْقُلُوبِ وَنَفْيًا لِلتُّهْمَةِ عَنِ الْقَاضِي وَلَا يُقَالُ : إِذَا كَانَ لِلْمَيِّتِ وَصِيَانٌ لَا يَحْتَاجُ الْقَاضِي

إِلَى وَصِيٍّ ثَالِثٍ فَكَيْفَ يَصِحُّ مَا قُلْتُمْ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ : إِذَا أَقَرَّ الْوَصِيَانُ أَنَّ مَعَهُمَا ثَالِثًا كَانَ لَهُ أَنْ يَضُمَّ إِلَيْهِمَا ثَالِثًا لِعَجْزِهِمَا عَنِ الْقِيَامِ بِأُمُورِ الْمَيِّتِ بِإِقْرَارِهِمَا أَنَّ مَعَهُمَا ثَالِثًا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْوَصِيُّ جَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْقَاضِي لَا يَمْلِكُ إِجْبَارَ أَحَدٍ عَلَى قَبُولِ الْوَصِيَّةِ وَبِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ الْمَوْتُ ظَاهِرًا ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ لَا يَمْلِكُ الْقَاضِي نَصْبَ الْوَصِيِّ إِلَّا بِهِذِهِ الْبَيِّنَةُ فَتَصِيرُ الشَّهَادَةُ مُوجِبَةً عَلَى الْقَاضِي فَتَبْطُلُ لِمَعْنَى التُّهْمَةِ وَهُوَ حَرُّ الْمُنْفَعَةِ إِلَى الشَّاهِدِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَبِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْوَكَالَهَ وَهِيَ مَا إِذَا أَقَامَ شَخْصَانِ الْبَيِّنَةَ أَنَّ أَبَاهُمَا الْعَائِبَ وَكُلَّ فُلَانًا بِقَبْضِ حُقُوقِهِ حَيْثُ لَا تُقْبَلُ .

وَإِنْ أَقَرَّ الْوَكِيلُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْقَاضِي لَا يَمْلِكُ نَصْبَ الْوَكِيلِ عَنِ الْعَائِبِ فَلَوْ ثَبَتَ لَثَبَتْ بِشَهَادَتِهِمَا وَهِيَ غَيْرُ مُوجِبَةٍ لِأَجْلِ التُّهْمَةِ فَبَطَلَتْ وَفِي الْكَافِي فِي الْغَرَمَيْنِ لِلْمَيِّتِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْمَوْتُ ظَاهِرًا ؛ لِأَنَّهُمَا يُقَرَّانِ عَلَى أَنْفُسِهِمَا بِثُبُوتِ وَلَايَةِ الْقَبْضِ لِلْمَشْهُودِ لَهُ فَاتَّفَقَتِ التُّهْمَةُ وَثَبَتَ مَوْتُ رَبِّ الدَّيْنِ بِإِقْرَارِهِمَا فِي حَقِّهِمَا وَقِيلَ مَعْنَى الْقَبُولِ أَنَّ يَأْمُرُهُمَا الْقَاضِي بِإِدَاءِ مَا عَلَيْهِمَا إِلَيْهِ لَا أَنْ يَبْرَأَ عَنِ الدَّيْنِ بِهِذَا الْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الدَّيْنِ مِنْهُمَا حَقٌّ عَلَيْهِمَا فَيُقْبَلُ فِي حَقِّهِ ، وَالْبَرَاءَةُ حَقٌّ لَهُمَا فَلَا تُقْبَلُ فِي حَقِّهِمَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَا يَسْمَعُ الْقَاضِي الشَّهَادَةَ عَلَى جَرَحٍ) أَيُّ عَلَى جَرَحٍ مُجَرَّدٍ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَتَضَمَّنَ إِجْبَابَ حَقٍّ مِنْ حُقُوقِ الشَّرْعِ أَوْ مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ ؛ لِأَنَّ الْفِسْقَ الْمُجَرَّدَ مِمَّا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّ الْفَاسِقَ يُرْفَعُ فِسْقُهُ بِالتَّوْبَةِ وَلَعَلَّهُ قَدْ تَابَ فِي

مَجْلِسِهِ أَوْ قَبْلَهُ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْإِلْزَامُ وَلَئِنْ فِيهِ هُنَاكَ السَّتْرُ وَإِشَاعَةُ الْفَاحِشَةِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ وَهُوَ حَرَامٌ وَلِلضَّرُورَةِ جَائِزٌ عَلَى مَا بُيِّنَ وَلَا يُقَالُ فِيهِ ضَرُورَةٌ وَهُوَ مَنَعُ الظَّالِمِ عَنِ الظُّلْمِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { أَنْصِرْ أَخَاكَ الظَّالِمَ أَوْ الْمَظْلُومَ } ؛ لِأَنَّا نَقُولُ لَا

ضُرُورَةً إِلَى هَذِهِ الشَّهَادَةِ لِتَمَكُّنِهِ مِنَ الْإِخْبَارِ لِلْقَاضِي سِرًّا حَتَّى يَرُدَّ شَهَادَتُهُمَا فَأَمَّا كَنِ الْمُنْتَاعُ عَنِ الظُّلْمِ بِذَلِكَ .
أَمَّا إِذَا كَانَ الْجَرْحُ غَيْرَ مُجَرَّدٍ بَأَنَّ كَانَ فِيهِ إِثْبَاتٌ حَقَّ اللَّهُ تَعَالَى كَقَوْلِهِمَا زَنَوْا أَوْ شَرَبُوا الْخَمْرَ أَوْ سَرَقُوا أَوْ كَانَ فِيهِ إِثْبَاتٌ حَقَّ الْعَبْدِ
كَقَوْلِهِمَا أَخَذُوا الْمَالَ أَوْ قَتَلُوا النَّفْسَ عَمْدًا فَتَقَبَّلُ شَهَادَتُهُمَا ضُرُورَةً إِحْيَاءَ الْحُقُوقِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ هَتَكٌ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُمَا إِجْبَابُ حَقِّ اللَّهِ
تَعَالَى وَهُوَ الْحَدُّ أَوْ إِجْبَابُ حَقِّ الْعَبْدِ وَهُوَ ضَمَانٌ يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ وَفِي ضَمْنِهِ يَثْبُتُ الْجَرْحُ وَكَذَا إِذَا قَالَ صَالَحْتُ الشُّهُودَ بِكَذَا مِنْ
الْمَالِ عَلَى أَنْ لَا يَشْهَدُوا عَلَيَّ بِهَذَا الْبَاطِلِ وَقَدْ شَهِدُوا عَلَيَّ بِهِ وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةٌ وَطَلَبَ اسْتِرْدَادَ الْمَالِ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ وَكَذَا إِذَا قَالَ أَعْطَاهُمْ
الْمُدَّعِي مِنْ مَالِي الَّذِي كَانَ عِنْدَهُ حَتَّى يَشْهَدُوا لَهُ بِالزُّورِ وَطَلَبَ اسْتِرْدَادَهُ تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ دَعْوَاهُ صَحِيحَةٌ لِمَا فِيهِ مِنْ إِجْبَابِ رَدِّ الْمَالِ عَلَى
الشُّهُودِ وَهُوَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ حَتَّى لَوْ قَالَ صَالَحْتُهُمْ بِكَذَا مِنْ الْمَالِ عَلَى أَنْ لَا يَشْهَدُوا عَلَيَّ وَلَمْ أَدْفَعْ إِلَيْهِمُ الْمَالَ أَوْ قَالَ :
اسْتَأْجَرَهُمُ الْمُدَّعِي بِكَذَا مِنْ الْمَالِ عَلَى أَنْ يَشْهَدُوا لَهُ لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى غَيْرُ صَحِيحَةٍ إِذِ الْمُدَّعِي مُجَرَّدُ جَرْحٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدَّعِ قَبْلَهُ حَقًّا
يُمْكِنُ الْقَضَاءُ بِهِ وَدَعْوَى الْاسْتِجَارِ ، وَإِنْ كَانَتْ

صَحِيحَةً لَكِنَّهُ يَدَّعِيهَا لِغَيْرِهِ وَلَيْسَ لَهُ وَلِيَّةٌ لِلزَّامِ غَيْرُهُ لَغَيْرِهِ فَكَانَ جَرْحًا مُجَرَّدًا ، وَلَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَى إِقْرَارِ الْمُدَّعِي أَنَّ الشُّهُودَ فَسَقَتْ تُقْبَلُ
بَيِّنَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ بِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي الْمَعْنَى وَكَذَا إِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَى إِقْرَارِهِ أَنَّهُ اسْتَأْجَرَ الشُّهُودَ أَوْ عَلَى إِقْرَارِ الشُّهُودِ أَنَّهُمْ لَمْ يَحْضُرُوا
الْمَجْلِسَ الَّذِي كَانَ فِيهِ الْحَقُّ .

وَكَذَا إِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةُ أَنَّ الشُّهُودَ عَبِيدٌ أَوْ مَحْدُودُونَ فِي قَدْفٍ ؛ لِأَنَّ فِي الْعَبِيدِ إِثْبَاتَ الْحَقِّ عَلَيْهِمْ وَهُوَ الرِّقُّ وَفِي غَيْرِهِ لَيْسَ فِيهِ إِشَاعَةٌ
الْفَاحِشَةِ مِنْ عِنْدِهِمْ ، وَإِنَّمَا حُكُوًا بِإِظْهَارِ فَاحِشَةٍ مِنْ غَيْرِهِمْ وَذَكَرَ فِي الْكَافِي أَنَّهُ لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَى إِقْرَارِ الشُّهُودِ أَنَّهُمْ شَهِدُوا بِالزُّورِ أَوْ
عَلَى إِقْرَارِهِمْ أَنَّهُمْ أَجْرَاءُ فِي آدَاءِ هَذِهِ الشَّهَادَةِ أَوْ عَلَى إِقْرَارِهِمْ أَنَّ الْمُدَّعِي مَبْطُلٌ فِي هَذِهِ الدَّعْوَى أَوْ عَلَى إِقْرَارِهِمْ أَنَّهُمْ لَا شَهَادَةَ لَهُمْ
عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي هَذِهِ الْحَادِثَةِ لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ .

وَفِيهِ أَنَّهُ إِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةُ أَنَّ الشُّهُودَ زَنَاءٌ أَوْ شَرَبُوا خَمْرًا لَا تُقْبَلُ ، وَلَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُمْ زَنَوْا أَوْ وَصَفُوا الزَّانَا أَوْ شَرَبُوا الْخَمْرَ أَوْ سَرَقُوا مِنْ كَذَا
وَلَمْ يَتَقَادَمِ الْعَهْدُ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ قِيْدَهُ بِكُونِهِ غَيْرِ مُتَقَادِمٍ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مُتَقَادِمًا لَا تُقْبَلُ لِعَدَمِ إِثْبَاتِ الْحَقِّ بِهِ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ بِحَدِّ مُتَقَادِمٍ
مَرْدُودَةٌ وَمَا ذَكَرَهُ الْخَصَّافُ مِنْ قَوْلِهِ : إِنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الْجَرْحِ الْمُجَرَّدِ مَقْبُولَةٌ تَأْوِيلُهُ إِذَا أَقَامَهَا عَلَى إِقْرَارِ الْمُدَّعِي بِذَلِكَ أَوْ عَلَى التَّزْكِيَةِ
وَعَلَى هَذَا مَا ذَكَرَهُ فِي الْكَافِي وَغَيْرِهِ مِنْ أَنَّ الشُّهُودَ لَوْ شَهِدُوا أَنَّ الشُّهُودَ زَنَاءٌ أَوْ شَرَبُوا خَمْرًا لَمْ تُقْبَلُ ، وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُمْ زَنَوْا أَوْ شَرَبُوا

الْخَمْرَ أَوْ سَرَقُوا تُقْبَلُ يُحْمَلُ الْأَوَّلُ عَلَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ مُتَقَادِمًا وَإِلَّا فَلَا فَرْقَ بَيْنَ قَوْلِهِمْ زَنَاءٌ أَوْ زَنَوْا

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَلَوْ شَهِدَا أَنْ أَبَاهُمَا

قَالَ الْكَمَالُ صُورَتُهَا رَجُلٌ ادَّعَى أَنَّهُ وَصِيٌّ فُلَانِ الْمَيِّتِ فَشَهِدَ بِذَلِكَ اثْنَانِ مُوصِيَّ لَهُمَا بِمَالٍ أَوْ وَارِثَانِ كَذَلِكَ أَوْ غَرِيبَانِ لَهُمَا عَلَى الْمَيِّتِ
دَيْنٌ أَوْ لِلْمَيِّتِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ أَوْ وَصِيَّانِ فَالشَّهَادَةُ جَائِزَةٌ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَحْزُرَ ؛ لِأَنَّ شَهَادَةَ هَؤُلَاءِ تَتَضَمَّنُ حُلْبَ نَفْعٍ لِلشَّاهِدِ أَمَّا
الْوَارِثَانِ لِقَصْدِهِمَا نَصَبَ مَنْ يَتَصَرَّفُ لَهُمَا وَيُرِيحُهُمَا وَيَقُومُ بِإِحْيَاءِ حُقُوقِهِمَا وَالْعَرِيبَانِ الدَّائِنَانِ وَالْمُوصَى لَهُمَا لَوْجُودِ مَنْ يَسْتَوْفِيَانِ مِنْهُ
وَالْمَدْيُونَانِ لَوْجُودِ مَنْ يَرِآنِ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ وَالْوَصِيَّانِ مَنْ يُعِينُهُمَا فِي التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ وَالْمُطَالَبَةِ وَكُلُّ شَهَادَةٍ حَرَّتْ نَفْعًا لَا تُقْبَلُ

قوله : وكذا إذا شهد الموصى إليهما

يُقال أوصى إليه أي جعله وصيًا وأوصى له بكذا أي جعله موصى له .

أَتَقَانِي

قوله : تجوز هذه الشهادة استحسانًا

وهذا إذا كان الموت ظاهرًا ، فإن لم يكن ظاهرًا لا تُقبل شهادة هؤلاء إلا العَرَمَيْنِ لِلْمَيِّتِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ ، فإن شهادتهما تُقبل ، وإن لم يكن الموت معروفًا .

أَتَقَانِي .

قوله : فكيف يصح ما قلتم

قلت : إنهما شهدا أن المَيِّتَ أوصى إلى هذا الرجل الثالث فقد أقرّا أن لا حقَّ لهما في التصرف ما لم يكن معهما ثالث فلو ردَّ شهادتهما لاحتاج إلى نصب وصي آخر حتى يتصرف معهما فلا يكون لردِّ الشهادة فائدة .

غَايَةٌ

قوله : جائز على ما نبين

قال له يا فاسقُ ثم أراد أن يُثبت فسقه بالبيّنة ليدفع التعزير عن نفسه لا تُسمع بيّنته ؛ لأنَّ الشهادة على مُجرّد الجرح والفسق لا تُقبل بخلاف ما إذا قال له يا

زاني ثم أثبت زناه ببيّنة تُقبل ؛ لأنه متعلّق الحدّ .

قُنْيَةٌ فِي الْحُدُودِ

قال رحمه الله (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي تُقبل لو عدلًا) قوله أوهمت أي أخطأت بذكر زيادة كانت باطلة أو بنسيان بعض ما كان يجب عليّ ذكره ؛ لأنَّ الشاهد قد يُبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضي فوضّح العذر فتقبل شهادته إذا تداركه في أوانه وهو عدلٌ ، فإن قال ذلك بعدما قام عن المجلس لا تُقبل شهادته لجواز أنّه غره أحد الخصمين بالرشوة ثم قيل يفضي بجميع ما شهد به أولًا حتى لو شهد بألف ثم قال غلطت في خمسمائة يفضي بألف ؛ لأنَّ المشهود به أولًا صار حقًا للمدعي ووجب على القاضي القضاء به فلا يبطّل برجوعه ، وقيل يفضي بما بقي ؛ لأنَّ ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء كحذوئه عند الشهادة وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله هذا إذا كان موضع شبهة كما بينّا أما إذا لم يكن موضع شبهة فلا بأس بإعادة الكلام مثل أن يدع

لَفَظَ الشَّهَادَةَ أَوْ اسْمَ الْمُدْعَى أَوْ الْمُدْعَى عَلَيْهِ أَوْ يَتْرُكُ الْإِشَارَةَ إِلَى أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ وَمَا يَجْرِي مَجْرَاهُ ، وَإِنْ قَامَ عَنِ الْمَجْلِسِ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا مَأْمُونًا وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّ قَوْلَهُ يُقْبَلُ فِي غَيْرِ الْمَجْلِسِ فِي الْكُلِّ ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الظَّاهِرُ وَذَكَرَ فِي النِّهَايَةِ أَنَّ الشَّاهِدَ إِذَا قَالَ أَوْهَمْتُ فِي الزِّيَادَةِ أَوْ فِي التَّقْصَانِ يُقْبَلُ قَوْلُهُ إِذَا كَانَ عَدْلًا وَلَا يَتَفَاوَتْ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْقَضَاءِ أَوْ بَعْدَهُ رَوَاهُ الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَبَشَّرَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَعَلَى هَذَا لَوْ وَقَعَ الْغَلَطُ فِي ذِكْرِ بَعْضِ حُدُودِ الْعَقَارِ أَوْ فِي بَعْضِ النَّسَبِ ثُمَّ تَذَكَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُبْتَلَى بِهِ فِي

مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَذَكَرَهُ ذَلِكَ لِلْقَاضِي دَلِيلٌ عَلَى صِدْقِهِ وَاحْتِيَاظِهِ فِي الْأُمُورِ

الشرح

قَوْلُهُ : فِي الْمَثْنِ حَتَّى قَالَ أَوْهَمْتُ

قَالَ فِي الْمُعْرَبِ وَوَهُمَ فِي الْحِسَابِ غَلَطَ مِنْ بَابِ لَيْسَ وَأَوْهَمَ فِيهِ مِثْلُهُ ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ ، فَإِنْ قَالَ : أَوْهَمْتُ أَوْ أَخْطَأْتُ أَوْ نَسِيتُ وَفِي حَدِيثٍ عَلَيَّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ الشَّاهِدَانِ أَوْهَمْنَا إِنَّمَا السَّارِقُ هَذَا وَيُرْوَى وَهَمْنَا وَأَوْهَمَ فِي الْحِسَابِ مِائَةً أَيْ أَسْقَطَ وَأَوْهَمَ مِنْ صَلَاتِهِ رَكْعَةً وَفِي الْحَدِيثِ { أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صَلَّى وَأَوْهَمَ فِي صَلَاتِهِ فَقِيلَ لَهُ كَأَنَّكَ أَوْهَمْتَ فِي صَلَاتِكَ } ١ هـ

باب الاختلاف في الشهادة

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (الشَّهَادَةُ إِنْ وَافَقَتِ الدَّعْوَى قُبِلَتْ وَإِلَّا لَا) ؛ لِأَنَّ تَقَدُّمَ الدَّعْوَى فِي حَقِّ الْعَبْدِ شَرْطٌ لِقَبُولِ الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ إِنَّمَا نَصَّبَ لِفَصْلِ الْخُصُومَاتِ بَيْنَ الْخُصُومِ وَفَصْلُهُ يَفْتَقِرُ إِلَى سَبْقِ أَحَدِ الشَّيْئَيْنِ بَعْدَ الدَّعْوَى أَمَّا الشَّهَادَةُ أَوْ الْيَمِينُ وَقَدْ وَجَدَ تَقَدُّمَ الدَّعْوَى فِيمَا إِذَا وَافَقَتِ الشَّهَادَةُ الدَّعْوَى فَأَمَكَنَ الْفَصْلُ بِالشَّهَادَةِ وَلَمْ يَوْجَدْ فِيمَا إِذَا خَالَفَتْهَا فَلَمْ يُمَكِّنِ الْقَضَاءُ بِهَا وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لِأَجْلِ تَصْدِيقِ الدَّعْوَى ، فَإِذَا خَالَفَتْهَا فَقَدْ كَذَّبَتْهَا ، وَالدَّعْوَى الْكَاذِبَةُ لَا يُعْتَبَرُ وَجُودُهَا فَأَعْدَمَ الشَّرْطَ وَهُوَ تَقَدُّمُ الدَّعْوَى فَلَا يُحْكَمُ بِهَا بِخِلَافِ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى فِيهَا لَيْسَتْ بِشَرْطٍ ؛ لِأَنَّ إِقَامَةَ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى وَاجِبَةٌ عَلَى كُلِّ أَحَدٍ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ خَصْمًا فِي إِبْتَاتِهِ فَصَارَ كَأَنَّ الدَّعْوَى مَوْجُودَةٌ وَلِأَنَّهُ تَعَالَى لَمَّا أَمَرَ بِإِقَامَتِهَا كَانَ طَالِبًا لَهَا فَلَمْ يَنْقُ إِلَّا إِقَامَتُهَا وَفِي حُقُوقِ الْعِبَادِ لَا بُدَّ مِنْ طَلِبِهَا بِالدَّعْوَى إِذْ لَا يَعْرِفُ الْقَاضِيَ حَقُوقَهُمْ وَلَا يُجْبِرُهُمْ عَلَى اسْتِيفَائِهَا

الشرح

بَابُ الْإِخْتِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ (الْإِخْتِلَافُ فِي الشَّهَادَةِ خِلَافُ الْأَصْلِ بَلْ الْأَصْلُ الْإِتِّفَاقُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيمَا يَتَفَرَّغُ عَنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ ذَلِكَ وَالشَّهَادَةُ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا تَتَفَرَّغُ إِمَّا عَنْ رُؤْيَا كَمَا فِي الْعَصَبِ وَالْقَتْلِ أَوْ سَمَاعٍ بِإِقْرَارٍ وَغَيْرِهِ وَالشَّاهِدَانِ مُتَسَاوِيَانِ فِي إِدْرَاكِ ذَلِكَ فَيَسْتَوِيَانِ فِيمَا يُؤَدِّيَانِ فَلِذَا أَخْرَهُ عَمَّا لَمْ يُذَكَّرْ فِيهِ خِلَافٌ كَمَالٌ رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله : في المتن الشهادة إن وافقت الدعوى قبلت

بأن كانت في ألف قرض وشهدا بألف قرض ع

قوله : وإنا

أي وإن لم توافق الشهادة الدعوى بأن كانت في ألف قرض وشهدا بألف ثمن متاع ع

قوله : لأن تقدم الدعوى في حق العبد شرط لقبول الشهادة

أي ؛ لأنها لإثبات حقه فلا بد من طلبه وهو الدعوى ، وقد وجدت الدعوى فيما يوافقها أي يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل وأنعدم فيما يخالفها ، فإنها لما لم توافقها صارت الدعوى لشيء آخر وشرط قبول الشهادة تقدم الدعوى وأعلم أن ليس المراد من الموافقة المطابقة بل إما المطابقة أو كون المَشْهُود به أقل من المدعى به بخلاف ما إذا كان أكثر فمن الأقل ما لو ادعى نكاح امرأة بسبب أنه تزوجها بمهر كذا فشهدوا أنها متكوخته بلا زيادة تقبل ويقضي بمهر المثل إن كان قدر ما سماه أو أقل ، فإن زاد عليه لا يقضي بالزيادة كذا في غير نسخة من الخلاصة .

والظاهر أنه إنما يستقيم إذا كانت هي المدعية ومنه إذا ادعى ملكاً مطلقاً أو بالتناج فشهدوا في الأول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلنا ؛ لأن الملك

بسبب أقل من المطلق ؛ لأنه يفيد الأولية على الاحتمال والتناج على اليقين وفي قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالتناج لا تقبل ومن الأكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل إلا إذا كان السبب الإرث ؛ لأن دعوى الإرث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وفيد في الأفضية بما إذا نسبته إلى معروف سماه ونسبه ، أما لو جهله فقال اشتريته أو قال من رجل أو زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهي خلافة ذكر الخلاف في القبول رشيد الدين وهنا اختلفوا فيما إذا تحمل الشهادة على ملك بسبب ، وأراد أن يشهد بالمطلق لم يذكر في شيء من الكتب واختلف المشايخ فيه والأصح لا يحل له قلت كيف وفيه أيضاً إبطال حقه ، فإنها لا تقبل فيما لو ادعاه بسبب .

كمال

قوله : فإذا خالفها فقد كذبها

أي كذبت الشهادة الدعوى وكتب ما نصه فنسب الكذب إلى الدعوى لا إلى الشهادة ؛ لأن الأصل في الشهود العدالة دون المدعي إذ هي شرط فيهم دونه من خط الشارح رحمه الله

قوله : بخلاف حقوق الله تعالى ؛ لأن الدعوى فيها ليست بشرط

قال الكمال ، وإنما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازاً عن حقوق الله تعالى ، فإن دعوى مدع خاص غير الشاهد ليس شرطاً لقبول الشهادة ؛ لأن حقه تعالى واجب على كل أحد القيام في إثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائماً في الخصومة من جهة

الْجُوبِ عَلَيْهِ وَشَاهِدٌ مِنْ جِهَةٍ تَحْمِلُ ذَلِكَ فَلَمْ يَحْتَجْ فِيهَا إِلَى خَصْمٍ آخَرَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (ادَّعى دَارًا إِرْتًا أَوْ شِرَاءً فَشَهِدَا بِمِلْكٍ مُطْلَقٍ لَعَنَ) أَيَّ لَا تُقْبَلُ بَيْنَتُهُ ؛ لِأَنَّهُمَا شَهِدَا بِأَكْثَرِ مِمَّا ادَّعَاهُ الْمُدَّعِي ؛ لِأَنَّهُ ادَّعى مِلْكًا حَادِثًا وَهُمَا شَهِدَا بِمِلْكٍ قَدِيمٍ وَهُمَا مُخْتَلِفَانِ ، فَإِنَّ الْمِلْكَ فِي الْمَطْلُوقِ يَثْبُتُ مِنَ الْأَصْلِ حَتَّى يَسْتَحِقَّ الْمُدَّعِي بَزْوَانِدَهُ وَلَا كَذَلِكَ فِي الْمِلْكِ الْحَادِثِ وَتَرْجِعُ الْبَاةُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ فِيهِ فَصَارَا غَيْرَيْنِ ، وَالتَّوْفِيقُ مُتَعَدِّرٌ ؛ لِأَنَّ الْحَادِثَ لَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَصِيرَ قَدِيمًا وَلَا الْقَدِيمُ حَادِثًا فَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِعَكْسِهِ لَا) أَيَّ بِعَكْسٍ مَا مَضَى وَهُوَ مَا إِذَا ادَّعى مِلْكًا مُطْلَقًا فَشَهِدَا بِمِلْكٍ بِسَبَبٍ مُعَيَّنٍ لَا تَكُونُ لَعْوًا بَلْ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّهُمَا شَهِدُوا بِأَقْلٍ مِمَّا ادَّعى وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيُعْتَبَرُ اتَّفَاقُ الشَّاهِدَيْنِ لَفْظًا وَمَعْنَى) ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِحُجَّةٍ وَهِيَ شَهَادَةُ الْمُشْتَرِئِ فَمَا لَمْ يَتَّفِقَا فِيمَا شَهِدَا بِهِ لَا تَثْبُتُ الْحُجَّةُ مُطْلَقًا ، وَالْمُؤَافَقَةُ الْمُطْلَقَةُ بِاللَّفْظِ ، وَالْمَعْنَى وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ الْإِتِّفَاقُ فِي الْمَعْنَى هُوَ الْمُعْتَبَرُ لَا غَيْرُ ، وَالْمُرَادُ بِالِاتَّفَاقِ فِي اللَّفْظِ تَطَابُقُ اللَّفْظَيْنِ عَلَى إِعَادَةِ الْمَعْنَى بِطَرِيقِ الْوَضْعِ لَا بِطَرِيقِ التَّضَمُّنِ حَتَّى لَوْ ادَّعى رَجُلٌ مِائَةَ دِرْهَمٍ فَشَهِدَ شَاهِدٌ بِدِرْهَمٍ وَآخَرُ بِدِرْهَمَيْنِ وَآخَرُ بِثَلَاثَةٍ وَآخَرُ بِأَرْبَعَةٍ وَآخَرُ بِخَمْسَةٍ لَمْ تُقْبَلْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِعَدَمِ الْمُؤَافَقَةِ لَفْظًا وَعِنْدَهُمَا يَقْضَى بِأَرْبَعَةٍ . وَكَذَا إِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْأَلْفِ ، وَالْآخَرُ بِالْفَيْنِ لَمْ يُقْبَلْ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ عَلَى الْأَلْفِ إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي يَدَّعي الْفَيْنِ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْمِائَةُ ، وَالْمِائَتَانِ ،

وَالطَّلَقَةُ ، وَالطَّلَقَتَانِ أَوْ الثَّلَاثُ لِهَمَّا اتَّفَقَا عَلَى الْأَقْلِ وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالزِّيَادَةِ فَيَثْبُتُ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ لَوْجُودِ الْحُجَّةِ دُونَ مَا تَفَرَّدَ بِهِ أَحَدُهُمَا لِعَدَمِهَا ، وَذَلِكَ لَيْسَ بِاخْتِلَافٍ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُدَّعِي لَوْ ادَّعى الْأَكْثَرَ وَشَهِدَا بِالْأَقْلِ تُقْبَلُ ، وَلَوْ كَانَ اخْتِلَافًا لَمَا قُبِلَتْ ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ الْقَبُولِ أَنْ تُوَافِقَ الْبَيِّنَةُ الدَّعْوَى فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْأَلْفِ ، وَالْآخَرُ بِالْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ ، وَالْمُدَّعِي يَدَّعي الْأَلْفَ ، وَالْخَمْسِمِائَةَ بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعى الْأَقْلَ حَيْثُ لَا يَثْبُتُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِي كَذَبَ مَنْ يَشْهَدُ بِالزِّيَادَةِ وَبِشَهَادَةِ الْفَرْدِ لَا يَثْبُتُ الْحَقُّ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ اخْتِلَافَ اللَّفْظِ يَدُلُّ عَلَى اخْتِلَافِ الْمَعْنَى ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْوَاحِدِ غَيْرُ لَفْظِ الْاِثْنَيْنِ وَلَفْظُ الْأَلْفِ غَيْرُ لَفْظِ الْاِثْنَيْنِ وَلِهَذَا لَا يُرَادُ بِأَحَدِهِمَا الْآخَرُ وَلَمْ يَثْبُتْ وَاحِدٌ مِنَ اللَّفْظَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَشْهَدْ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَّا وَاحِدٌ وَلَا يُقَالُ : إِنَّ الْأَلْفَ مَوْجُودٌ فِي الْاِثْنَيْنِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ نَعَمْ مَوْجُودٌ فِيهِ إِذَا ثَبَتَ الْاِثْنَانِ ثَبَتَ الْأَلْفُ ضَمْنًا ، فَإِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْمُتَضَمَّنُ لَا يَثْبُتِ الْمُتَضَمَّنُ .

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَالَ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ خَلِيَّةٌ وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ قَالَ بَرِيَّةٌ لَا يَفْعُ شَيْءٌ ، وَإِنْ اتَّفَقَ اللَّفْظَانِ فِي الْمَعْنَى لِعَدَمِ ثُبُوتِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَعِلْمٌ بِذَلِكَ أَنَّ اتَّفَاقَ الشَّاهِدَيْنِ فِي اللَّفْظِ ، وَالْمَعْنَى شَرْطُ الْقَبُولِ بِخِلَافِ الدَّعْوَى ، وَالْبَيِّنَةُ حَتَّى لَا يُشْتَرَطَ اتَّفَاقُهُمَا فِي اللَّفْظِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُدَّعِي لَوْ ادَّعى الْعَصَبَ أَوْ الْقَتْلَ فَشَهِدَا بِإِقْرَارِ الْمُدَّعِي عَلَيْهِ بِذَلِكَ تُقْبَلُ ، وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْعَصَبِ أَوْ الْقَتْلِ ، وَالْآخَرُ بِالْإِقْرَارِ بِهِ لَا

تُقْبَلُ وَبِخِلَافِ الْأَلْفِ ، وَالْخَمْسِمِائَةِ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَيْنِ اتَّفَقَا عَلَى الْأَلْفِ لَفْظًا وَمَعْنَى وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالزِّيَادَةِ عَلَى سَبِيلِ الْعُطْفِ ، وَالْمَعْطُوفُ غَيْرُ الْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ فَيَثْبُتُ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ وَظَرْفُهُ الطَّلَقَةُ ، وَالطَّلَقَةُ وَنِصْفُ ، وَالْمِائَةُ ، وَالْمِائَةُ ، وَالْخَمْسُونَ بِخِلَافِ الْعَشْرَةِ وَخَمْسَةِ عَشَرَ حَيْثُ لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ مُرَكَّبٌ كَالْاِثْنَيْنِ إِذْ لَيْسَ بَيْنَهُمَا حَرْفُ الْعُطْفِ ، وَلَوْ لَمْ يَدَّعِ الْمُدَّعِي الْأَكْثَرَ فَشَهَادَةُ مَنْ شَهِدَ بِالْأَكْثَرِ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّهُ كَذَبَهُ الْمُدَّعِي بِالزِّيَادَةِ إِلَّا أَنْ يُؤْفَقَ فَيَقُولَ أَصْلُ حَقِّي كَانَ كَمَا قَالَ إِلَّا أَنِّي اسْتَوْفَيْتُ الزَّائِدَ أَوْ أَتَرَاتُهُ عَنْهُ فَحِينَئِذٍ تُقْبَلُ فِي الْأَقْلِ لظُهُورِ التَّوْفِيقِ وَفِي النِّهَايَةِ إِنْ كَانَتْ الْمُخَالَفَةُ بَيْنَهُمَا فِي اللَّفْظِ دُونَ الْمَعْنَى تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَذَلِكَ نَحْوُ أَنْ يَشْهَدَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْهَبَةِ ،

وَالْآخِرُ عَلَى الْعِطِيَّةِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَيْسَ بِمَقْصُودٍ فِي الشَّهَادَةِ بَلْ الْمَقْصُودُ مَا تَضَمَّنَهُ اللَّفْظُ وَهُوَ مَا صَارَ اللَّفْظُ عَلَمًا عَلَيْهِ ، فَإِذَا وَجِدَتْ الْمُوَافَقَةُ فِي ذَلِكَ لَا تَضُرُّ الْمُخَالَفَةَ فِيمَا سِوَاهَا هَكَذَا ذَكَرَهُ وَلَمْ يَحْكُ فِيهِ خِلَافًا وَكَذَا إِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالنِّكَاحِ ، وَالْآخِرُ بِالتَّزْوِيجِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا ذَكَرَهُ فِي الْمُحِيطِ وَلَمْ يَحْكُ فِيهِ خِلَافًا

الشرح

قوله : فِي الْمَتْنِ ادَّعى دَارًا إِرْنَا أَوْ شِرَاءً فَشَهِدَا بِمِلْكٍ مُطْلَقٍ

يَعْنِي مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ سَبَبٍ ع

قوله : وَالْمُرَادُ بِالنِّتَاقِ فِي اللَّفْظِ تَطَابُقُ اللَّفْظَيْنِ عَلَى إِعَادَةِ الْمَعْنَى

أَيُّ سَوَاءٍ كَانَ بَعَيْنِ ذَلِكَ اللَّفْظِ أَوْ بِمُرَادِهِ حَتَّى لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْهَبَةِ وَالْآخَرُ بِالْعِطِيَّةِ قُبِلَتْ كِمَالُ وَقَوْلُهُ إِعَادَةٌ هُوَ بِالْعَيْنِ فِي خَطِّ الشَّارِحِ وَكَذَا هُوَ فِي الدَّرَاجَةِ وَفِي الْكَافِي إِفَادَةٌ بِإِلْفَاءِ قَوْلُهُ : لَا بِطَرِيقِ التَّضْمِينِ (فَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِإِلْفٍ وَالْآخَرُ بِأَلْفَيْنِ لَمْ تُقْبَلْ فَلَمْ يَقْضَ بِشَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ عَلَى الْإِلْفِ إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي يَدَّعِي الْأَلْفَيْنِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ يَدَّعِي أَلْفًا لَا يُقْضَى بِشَيْءٍ اتَّفَاقًا ؛ لِأَنَّهُ أَكْذَبُ شَاهِدِ الْأَلْفَيْنِ إِلَّا إِنْ وَفَّقَ فَقَالَ كَانَ لِي عَلَيْهِ أَلْفَانِ فَقَضَانِي أَلْفًا أَوْ أُبْرَأْتُه مِنْ أَلْفٍ وَالشَّاهِدُ لَا يَعْلَمُ بِذَلِكَ يُقْضَى لَهُ بِالْأَلْفِ .

كَمَالُ

قوله : وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْمِائَةُ وَالْمِائَتَانِ وَالطَّلَاقُ وَالطَّلَقَتَانِ أَوْ الثَّلَاثُ

لَا يُقْضَى بِطَلَاقٍ أَصْلًا عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يُقْضَى بِالْأَقْلِ قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهَذَا فِي دَعْوَى الدَّيْنِ ، أَمَّا فِي دَعْوَى الْعَيْنِ بَأَنَّ كَانَ فِي كَيْسٍ أَلْفًا دَرَاهِمَ فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّ جَمِيعَ مَا فِي الْكَيْسِ لَهُ وَهُوَ أَلْفًا دَرَاهِمَ وَالْآخَرُ أَنَّ نِصْفَ مَا فِيهِ لَهُ وَهُوَ أَلْفُ دَرَاهِمَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ الْمِقْدَارِ فِي الْمُسَارِ إِلَيْهِ مُسْتَعْنَى عَنْهُ ذَكَرَهُ الْخَبَّازِيُّ وَبَقَوْلِهِمَا قَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ يَسْتَحِقُّ الرَّائِدُ بِالْحَلْفِ عَلَيْهِ

قوله : فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِإِلْفٍ وَالْآخَرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ وَالْمُدَّعِي يَدَّعِي الْإِلْفَ وَالْخَمْسِمِائَةَ

أَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِطَلَقَةٍ وَالْآخَرُ بِطَلِيقَةٍ وَنِصْفِ أَتَقَانِي (قَوْلُهُ

: بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعى الْأَقْلَ حَيْثُ لَا يُثَبَّتُ شَيْءٌ) أَيُّ اتَّفَاقًا .

كَمَالُ

قَوْلُهُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا

هَذَا الْفَرْعُ ذَكَرَهُ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي كِتَابِ الطَّلَاقِ فِي فَصْلِ الْمَشِيئَةِ وَذَكَرَ الْحُكْمَ فِيهِ كَمَا هُنَا فَأَعْلَمَ ذَلِكَ وَرَاجِعُهُ وَكَتَبَ أَيْضًا مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَمَالُ : فَإِنْ قِيلَ يُشْكِلُ عَلَى قَوْلِهِ مَا لَوْ أَدْعَى الْفَتْنَيْنِ فَشَهِدَا بِالْأَلْفِ تُقْبَلُ بِالتَّفَاقُ مَعَ عَدَمِ الْمُطَابَقَةِ بَيْنَ الشَّهَادَةِ وَالِدَّعْوَى وَهِيَ شَرْطٌ وَعَلَى قَوْلِ الْكُلِّ مَا لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَالَ لَهَا : أَنْتِ حَلِيَّةٌ ، وَالْآخَرُ : أَنْتِ بَرِيَّةٌ لَا يُقْضَى بَيِّنَتُهُمَا أَصْلًا مَعَ إِفَادَتِهِمَا مَعَ الْبَيِّنَتِ وَتَقَدَّمَ أَنَّ اخْتِلَافَ اللَّفْظِ وَحْدَهُ غَيْرُ ضَائِرٍ كَمَا لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْهَبَةِ وَالْآخَرُ بِالْعَطِيَّةِ تُقْبَلُ أُجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ التَّفَاقُ بَيْنَ الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ ، وَإِنْ اشْتَرَطَ لَكِنْ لَيْسَ عَلَى وَرَاقِ اتَّفَاقِهِ بَيْنَ الشَّاهِدَيْنِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَدْعَى الْعَصْبُ أَوْ الْقَتْلُ فَشَهِدُوا عَلَى إِقْرَارِهِ بِهِ تُقْبَلُ وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْعَصْبِ وَالْآخَرُ عَلَى إِقْرَارِهِ بِهِ لَا تُقْبَلُ وَحِينَئِذٍ فَقَدْ حَصَلَتْ الْمُوَافَقَةُ بَيْنَ الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ ، فَإِنَّهُ لَمَّا كَانَ يَدْعِي الْفَتْنَيْنِ كَانَ مُدْعِيًا الْأَلْفَ .

وَقَدْ شَهِدَ بِهِ اثْنَانِ صَرِيحًا فَيُقْبَلُ بِخِلَافِ شَهَادَتِهِمَا بِالْأَلْفِ وَالْفَتْنَيْنِ لَمْ يُنْصَ شَاهِدُ الْفَتْنَيْنِ عَلَى الْأَلْفِ إِلَّا مِنْ حَيْثُ هِيَ الْفَتْنَانِ وَلَمْ تُثْبِتِ الْفَتْنَانِ ، وَأَمَّا عَنِ الثَّانِي فَنَمْنَعُ التَّرَادُفَ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى حَلِيَّةٍ لَيْسَ مَعْنَى بَرِيَّةٍ لُغَةً ، وَالْوُقُوعُ لَيْسَ إِلَّا بِاعْتِبَارِ مَعْنَى اللَّغَةِ وَلِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْكِنَايَاتِ عَوَامِلٌ بِحَقَائِقِهَا فَهُمَا لَفْظَانِ مُتَبَايِنَانِ لِمَعْنَيْنِ مُتَبَايِنَيْنِ غَيْرِ أَنَّ الْمَعْنَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ الْمُتَبَايِنَيْنِ يَلْزِمُهُمَا لَزِمٌ وَاحِدٌ

هُوَ وَقُوعُ الْبَيِّنَتِ وَالْمُتَبَايِنَانِ قَدْ تَشْتَرِكُ فِي لَزِمٍ وَاحِدٍ فَاخْتِلَافُهُمَا ثَابِتٌ فِي اللَّفْظِ وَالْمَعْنَى فَلَمَّا اخْتَلَفَ الْمَعْنَى مِنْهُمَا كَانَ دَلِيلَ اخْتِلَالِ تَحْمِلِهِمَا ، فَإِنْ هَذَا يَقُولُ مَا وَقَعَتْ الْبَيِّنَتُ إِلَّا بِوَصْفِهَا بِحَلِيَّةٍ وَالْآخَرُ لَمْ تَقَعْ إِلَّا بِوَصْفِهَا بِبَرِيَّةٍ وَإِلَّا فَلَمْ تَقَعْ الْبَيِّنَتُ مَا قَالَهُ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَكَتَبَ أَيْضًا مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَمَالُ : وَاعْلَمْ أَنَّ مِنَ الْمَسَائِلِ الْمَذْكُورَةِ فِي أَوْقَافِ الْخَصَافِ مَا يُخَالَفُ أَصْلَ أَبِي حَنِيفَةَ ذَكَرَهَا وَلَمْ يَذْكُرْ خِلَافًا بَلْ أَشَارَ إِلَى أَنَّهَا اتَّفَاقِيَّةٌ ، فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِيهَا إِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ جَعَلَهَا صَدَقَةً مَوْفُوفَةً أَبَدًا عَلَى أَنْ لَزِيدٍ ثَلَاثَ غَلَّتِهَا وَشَهِدَ آخَرُ أَنْ لَزِيدٍ نَصْفَهُ قَالَ أَجْعَلْ لَزِيدٍ ثَلَاثَ غَلَّتِهَا الَّذِي أَجْمَعًا عَلَيْهِ وَالْبَاقِي لِلْمَسَاكِينِ وَكَذَا إِذَا سَمَى أَحَدُهُمَا مَالًا لَزِيدٍ مِنْ هَذِهِ الصَّدَقَةِ وَالْآخَرُ أَقَلَّ مِنْهُ أَحْكَمَ لَزِيدٍ بِمَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ وَكَذَا إِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَالَ يُعْطَى لَزِيدٍ مِنْ غَلَّةِ هَذَا الْوَقْفِ فِي كُلِّ سَنَةٍ مَا يَسَعُهُ وَيَسَعُ عِيَالَهُ بِالْمَعْرُوفِ .

وَقَالَ الْآخَرُ : يُعْطَى أَلْفًا قَالَ أَقْدَرُ نَفَقَتُهُ وَعِيَالِهِ فِي الْعَامِ ، فَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرُ مِنْ أَلْفٍ حَكَمْتُ لَهُ بِالْأَلْفِ أَوْ الْأَلْفُ أَكْثَرُ أُعْطِيَتْهُ نَفَقَتُهُ وَالْبَاقِي لِلْمَسَاكِينِ هَذَا بَعْدَ أَنْ أَدْخَلَ الْكِسُوفَةَ فِي التَّفَقُّةِ ثُمَّ أَوْرَدَ عَلَى نَفْسِهِ فَقَالَ قُلْتُ : فَلِمَ أَحَزَتْ هَذِهِ الشَّهَادَةَ وَقَدْ اخْتَلَفَا فِي لَفْظِهِمَا قَالَ الْمَعْنَى فِيهِ أَنَّهُ إِنَّمَا أَرَادَ الْوَاقِفُ أَنْ لَزِيدٍ بَعْضُ هَذِهِ الْغَلَّةِ فَاجْعَلْ لَهُ الْأَقْلَ فَإِذَا هَذَا السُّؤَالُ هُوَ الَّذِي ذَكَرْتُ أَنَّهُ أَشَارَ إِلَى أَنَّهَا اتَّفَاقِيَّةٌ ، فَإِنْ إِيْرَادُهُ لَيْسَ إِلَّا بِاعْتِبَارِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ .

قَوْلُهُ : وَقَدْ اخْتَلَفَ لَفْظُهُمَا صَرِيحٌ فِيهِ

ثُمَّ قَالَ هَذَا اسْتِحْسَانٌ وَالْفَيَّاسُ أَنَّ الشَّهَادَةَ بَاطِلَةٌ وَحَاصِلُهُ أَنَّا عَلِمْنَا اسْتِحْقَاقَهُ وَتَرَدَّدْنَا بَيْنَ أَقَلٍّ وَأَكْثَرٍ فَيُثْبِتُ الْمُتَيَقِّنُ قَوْلُهُ : قَالَ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ حَلِيَّةٌ الْخُ) قَالَ قَاضِي خَانَ فِي فِتَاوِيهِ وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَالَ لَهَا : أَنْتِ حَلِيَّةٌ وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ قَالَ لَهَا أَنْتِ بَرِيَّةٌ لَا تُقْبَلُ عِنْدَ الْكُلِّ ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي لَفْظَةِ الْإِيْقَاعِ ، وَإِنْ كَانَ مَعْنَى اللَّفْظَيْنِ وَاحِدًا قَالَ الْوَلَوُ الْجِي فِي كِتَابِ الدَّعْوَى وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَالَ لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ حَلِيَّةٌ وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ قَالَ : بَرِيَّةٌ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا ، وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى إثْبَاتِ الْحُرْمَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي اللَّفْظِ وَالْمَعْنَى ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الْبَرَاءَةِ الْفَرَاغُ عَقِيبَ الشُّغْلِ ، وَمَعْنَى الْخُلُوفِ الْفَرَاغُ الْمُطْلَقُ ، فَإِذَا اخْتَلَفَا لَفْظًا وَمَعْنَى لَا يَثْبِتُ الْمَشْهُودُ بِهِ فَلَا يَثْبِتُ حُكْمُهُ وَهُوَ الْحُرْمَةُ .

قوله : لا يقع شيء

أَيَّ عَلَى قَوْلِ الْكُلِّ

قوله ، وإن اتفق اللفظان في المعنى

أَيَّ وَهُوَ إثبات الحرمة

قوله : بخلاف الدعوى والبيينة حتى لا يشترط إلخ

قَالَ الْأَنْصَارِيُّ ثُمَّ الْمُعْتَبَرُ فِي التَّفَاقُ بَيْنَ الشَّهَادَةِ وَالِدَّعْوَى فَوَجْهُ التَّفَاقُ فِي الْمَعْنَى لَا مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُدَّعِيَ يَقُولُ : أَدْعِي كَذَا وَالشَّاهِدُ يَقُولُ : أَشْهَدُ بِكَذَا وَلَا اتَّفَاقَ بَيْنَهُمَا مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ ، فَإِذَا عَرَفْتَ هَذَا فَاعْرِفْ أَنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ يُمَكِّنُ التَّوْفِيقَ بَيْنَ الشَّهَادَةِ وَالِدَّعْوَى فَالشَّهَادَةُ لَمْ تَبْطُلْ وَإِذَا لَمْ يُمَكَّنْ بَطَلَتْ قَالَ فِي الْفَصْلِ الْخَامِسِ فِي الْفُصُولِ وَذَكَرَ فِي بَابِ اخْتِلَافِ الشَّهَادَاتِ مِنْ شَهَادَاتِ الْجَامِعِ وَلَيْسَ الْاخْتِلَافُ بَيْنَ الشَّاهِدَيْنِ بِمَنْزِلَةِ الْاخْتِلَافِ بَيْنَ الدَّعْوَى

وَالشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَيِ الشَّاهِدَيْنِ يَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مُطَابِقَةً لِلْآخَرَى فِي اللَّفْظِ وَإِلَّا يُوجِبُ اخْتِلَافَ الْمَعْنَى أَمَّا الْمُطَابَقَةُ بَيْنَ الشَّهَادَةِ وَالِدَّعْوَى فَيَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ فِي الْمَعْنَى خَاصَّةً وَلَا عِبْرَةَ لِلْفُظِّ .

قوله : إلا أن يوفق

أَيَّ وَمَا لَمْ يُوفَّقْ صَرِيحًا لَا يَقْضِي بِشَيْءٍ وَلَا يَكْفِي احْتِمَالُ التَّوْفِيقِ فِي الْأَصَحِّ بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ مَا كَانَ إِلَّا الْأَلْفُ ؛ لِأَنَّهُ إِكْذَابٌ صَرِيحٌ لَا يَحْتَمِلُ التَّوْفِيقَ فَلَا يَقْضِي بِشَيْءٍ .

كَمَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله وعندهما تقبل

عَلَى الْأَلْفِ إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي يَدَّعِي الْأَلْفَيْنِ اهـ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْفِ ، وَالْآخَرُ بِالْفَيْنِ لَمْ تُقْبَلْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُعْتَبَرَ التَّفَاقُ فِي اللَّفْظِ ، وَالْمَعْنَى عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا فِي الْمَعْنَى لَا غَيْرُ وَقَدْ بَيَّنَّا الْوَجْهَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَالَّذِي يُبْطِلُ مَذْهَبَهُمَا أَنَّ الشَّاهِدَيْنِ لَوْ شَهِدَا بِتَطْلِيقَةٍ وَشَهِدَ آخَرَانِ بِثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ وَفَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ ثُمَّ رَجَعُوا كَانَ ضَمَانُ نَصْفِ الصَّدَاقِ عَلَى شَاهِدَيِ الثَّلَاثِ دُونَ شَاهِدَيِ الْوَاحِدَةِ ، وَلَوْ كَانَ كَمَا قَالَا إِنَّ الْوَاحِدَةَ تُوجَدُ فِي الثَّلَاثِ لَكَانَ الضَّمَانُ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا وَلَا يُلْزَمُ مَا إِذَا قَالَ لَهَا طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا فَطَلَّقْتَ وَاحِدَةً حَيْثُ تَقَعُ وَاحِدَةً ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لِكُونَ الثَّلَاثِ صَارَ فِي يَدِهَا فَلَهَا أَنْ تُوقَعَ كُلُّهَا أَوْ بَعْضُهَا وَلَا يُلْزَمُ مَا إِذَا طَلَّقَهَا الرُّوجُ أَلْفًا

حَيْثُ تَقَعُ الثَّلَاثُ ؛ لِأَنَّهُ يَنْصَرَفُ عَنْ مَلِكِهِ فَلَهُ أَنْ يُوقَعَ أَيُّ عَدَدٍ شَاءَ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُنْفَذُ إِلَّا بِقَدْرِ الْمَحَلِّ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ شَهِدَ الْآخَرُ بِالْأَلْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ ، وَالْمُدَّعِي يَدَّعِي ذَلِكَ قَبْلَتْ عَلَى الْأَلْفِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْأَلْفِ وَشَهِدَ الْآخَرُ بِالْأَلْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا بِالْأَلْفِ إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي يَدَّعِي الْأَلْفَ وَخَمْسِمِائَةً لِاتِّفَاقِهِمَا بِالْأَلْفِ وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ يَدَّعِي الْأَلْفَ فَقَطْ حَيْثُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِي كَذَّبَ مَنْ شَهِدَ بِالزِّيَادَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ وَهَذَا كُلُّهُ فِيمَا إِذَا ادَّعَى دَيْنًا ، وَأَمَّا إِذَا ادَّعَى الْعَقْدَ فَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى مَا يَجِيءُ مِنْ بَعْدِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (: وَلَوْ شَهِدَا بِالْأَلْفِ وَقَالَ أَحَدُهُمَا قَضَاهُ مِنْهَا خَمْسِمِائَةٍ تُقْبَلُ بِالْأَلْفِ وَلَمْ يُسْمَعْ أَنَّهُ قَضَاهُ

إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ مَعَهُ آخَرُ) ؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى وَجُوبِ الْأَلْفِ فَتُقْبَلُ وَانْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِقَضَاءِ النَّصْفِ فَلَا تُقْبَلُ لِعَدَمِ كَمَالِ النَّصَابِ وَلَا يَكُونُ بِقَوْلِهِ قَضَاهُ خَمْسِمِائَةً مُنَاقِضًا لَشَهَادَتِهِ بِالْأَلْفِ ؛ لِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ طَرِيقُهُ الْمُقَاصَّةُ مَعْنَاهُ أَنَّ الدَّائِنَ يَجِبُ عَلَيْهِ مَا قَبِضَ فَلَا يُنَافِي بَقَاءَ دَيْنِهِ فَلَا يَكُونُ كَاذِبًا وَلَا يُقَالُ : إِنَّ الْمُدَّعِي كَذَّبَ شَاهِدَهُ بِالْقَضَاءِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يُقْبَلَ كَمَا إِذَا شَهِدَ بِالْأَلْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ ، وَالْمُدَّعِي يَدَّعِي أَلْفًا ؛ لِأَنَّا نَقُولُ لَمْ يُكَذِّبْهُ فِيمَا شَهِدَ لَهُ ، وَإِنَّمَا كَذَّبَهُ فِيمَا شَهِدَ عَلَيْهِ وَذَلِكَ لَا يَقْدَحُ كَمَا إِذَا شَهِدَ لَهُ اثْنَانِ بِحَقٍّ ثُمَّ شَهِدَا عَلَيْهِ بِحَقٍّ لِإِنْسَانٍ آخَرَ ، فَإِنْ شَهِدَتْهُمَا لَهُ لَا تَبْطُلُ ، وَإِنْ كَذَّبَهُمَا فَكَذَا هَذَا بِخِلَافِ مَا أُسْتُشْهِدَ بِهِ ؛ لِأَنَّ التَّكْذِيبَ فِيهِ فِيمَا شَهِدَ لَهُ فَيَكُونُ قَادِحًا وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَقْضِي بِخَمْسِمِائَةٍ فَقَطْ ؛ لِأَنَّ مَضْمُونِ شَهَادَةِ شَاهِدِ الْقَضَاءِ أَنْ لَا دَيْنَ إِلَّا خَمْسِمِائَةٍ فِي الْمَعْنَى وَهُوَ الْمُعْتَبَرُ عِنْدَهُ عَلَى مَا مَرَّ وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَذْهَبَهُ فِي اعْتِبَارِ الْمَعْنَى كَمَذْهَبِ أَبِي يُوسُفَ لَكِنَّهُ خَالَفَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَشْهَدْ لَهُ بِخُمْسِ الْمِائَةِ ابْتِدَاءً بَلْ اتَّفَقَ الشَّاهِدَانِ عَلَى وَجُوبِ الْأَلْفِ عَلَيْهِ لِلْمُدَّعِي ثُمَّ انْفَرَدَ الْآخَرُ بِالْقَضَاءِ فَلَا يُسْمَعُ

الشرح

قوله : وَالَّذِي يُبْطِلُ مَذْهَبَهُمَا الْخ

قَالَ الْكَمَالُ وَفِي الْمَبْسُوطِ وَالْأَسْرَارِ الَّذِي يُبْطِلُ مَذْهَبَهُمَا وَذَكَرَ مَا ذَكَرَهُ الشَّارِحُ رَحِمَهُمَا اللَّهُ

قوله : لَوْ شَهِدَا بِتَطْلِيقَةٍ

يَعْنِي قَبْلَ الدُّخُولِ .

كَمَالُ

قوله : حَيْثُ تَقَعُ وَاحِدَةٌ

؛ لِأَنَّ التَّفْوِيزَ تَمْلِيكَ فَقَدْ مَلَكَهَا الثَّلَاثُ بِالتَّفْوِيزِ إِلَيْهَا فِيهَا وَالْمَالِكُ يُوجِدُ مِنْ مَمْلُوكِهِ مَا شَاءَ .

فَتَحْ

قوله : في المتن ، وإن شهد الآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ذلك قبلت على الألف

بالتفريق عندهما ظاهرٌ وعنده ؛ لأنهما شهدا على الألف لفظاً ومعنىً وأفراداً أحدهما بالشهادة بجملة أخرى منصوص على خصوص كميتهما لا يقدح في الشهادة بالألف كما لو شهد أحدهما بألف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما .

كمال رحمته الله

قوله : فلما تقبل الشهادة على ما يجيء من بعد

في قوله ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان إلخ قوله : وعن أبي يوسف إلخ (أي في غير المشهور عنه كمال

قوله : وهو المعتبر عنده على ما مر

وجوابه ما قلنا يعني قوله بالتفريق عليه يعني فبعد ثبوت الألف باتفاقهما شهد واحد بسقوط خمسمائة فلما تقبل بخلاف ما لو شهدا بألف فقال أحدهما : إنه قضاها إيها بعد قرضه ، فإنه يقضي بالكل على قول الكل وقال أبو يوسف لا يقبل شهادة شاهد القضا وذكروا قول زفر كقول أبي يوسف في هذه الرواية ؛ لأنه إكذاب من المدعي فهو كما لو فسقه ، وجه الظاهر ما قدمنا من أنهما اتفقا وتفردا أحدهما إلخ ولا يلزم من الإكذاب التفسيق لجواز كونه تغليطاً له .

كمال رحمته

الله

قوله ثم انفرد الآخر بالقضاء فلما تسمع

قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير إذا علم أحد الشاهدين بالقضاء لا ينبغي له أن يشهد على القرض ؛ لأنه إذا علم أن المستقرض قد قضاها فقد علم أن المدعي ادعى بغير حق فلا ينبغي له أن يشهد على دعواه وهو يعلم أنه ادعى بغير حق ؛ لأن فيه إعانة على الإثم والعدوان .

أثقاني .

قال رحمه الله (وينبغي أن لا يشهد حتى يقر المدعي بما قبض) يعني يجب عليه أن لا يشهد بالألف كلها إذا علم أنه قضاها منها خمسمائة حتى يقر المدعي أنه قبض خمسمائة كي لا يصير معيناً على الظلم قال رحمه الله (ولو شهدا بقرض ألف وشهد أحدهما أنه قضاها جازت الشهادة على القرض) لتمام الحجّة في القرض وعدمها في القضاء وذكر الطحاوي عن بعض أصحابنا أنه لا يقضي بها القاضي وهو قول زفر رحمه الله ؛ لأن في زعم أحد الشاهدين أنه لا شيء له عليه من المال ، ولو قضى لكان قضاءً بشهادة الواحد وهو غير جائز ولأن المدعي كذب شاهد القضاء ، والأشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف رحمه الله على ما ذكرنا في المسألة الأولى إذ لا فرق بين المسألتين إلا من حيث إن أحد الشاهدين شهد بقضاء كل الدين في هذه وفي الأولى بقضاء البعض ، والجواب ما ذكرنا في

الأولى ، وإذا اختلف الشاهدان في الزمان أو المكان في البيع ، والشراء ، والطلاق ، والعنق ، والوكالة ، والوصية ، والرهن ، والدين ، والقرض ، والبراءة ، والكفالة ، والحوالة ، والقذف ، وإذا اختلفا في الجنابة ، والغضب ، والقتل ، والنكاح لا تقبل .
والأصل أن المَشْهُودَ به إن كان قولاً كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين فيه في المكان أو الزمان لا يمنع قبول الشهادة ؛ لأن القول مما يعاد ويكرر ، وإن كان المَشْهُودُ به فعلاً كالغضب أو قولاً لكن الفعل فيه شرط صحته كالنكاح ، فإنه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في الزمان أو المكان

يمنع القبول ؛ لأن الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان آخر فاختلاف المَشْهُودَ به ثم قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا اختلف شاهدا قذف في زمانه أو مكانه لا تقبل ، وإن كان قولاً ؛ لأن كل واحد منهما إن كان إنشاءً فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان ، وإن كان أحدهما إنشاءً ، والآخر إخباراً فهما لا يتفقان ؛ لأن الإنشاء أن يقول : زنت أو أنت زان ، والإخبار أن يقول : قذفتك بالزنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل أن يكون أحدهما سماع الإنشاء ، والآخر سماع الإقرار به ويثبت عنده قذفه فهما شاهدان به .

قال رحمه الله : (ولو شهدا أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة وآخرا أنه قتله يوم النحر بمصر ردتا) يعني طائفتين كل واحدة منهما نصاب الشهادة اجتماعاً عند الحاكم وشهدا على نحو ما ذكره ثرد الطائفتان ؛ لأن إحداهما كاذبة يبين وليست إحداهما بأولى بالقبول من الأخرى وهذا ؛ لأن القتل من باب الفعل ، والفعل الواحد لا يتكرر ؛ لأن الأول حركات انقراض لكونه عرضاً لا يبقى زمانين ، والثاني حركات أخر غير الأول يُحدثه الله تعالى في ذلك المحل ولا يمكن أن يجعل الثاني إخباراً عن الأول حتى يصير تكرار الأول وإعادته ؛ لأن الإخبار عن الفعل بالفعل لا يتصور فكأننا غيرين حقيقة وحكما بخلاف القول ؛ لأن القول يحكى بالقول فيكون الثاني عين الأول حكماً وكذا لو اختلفا في الزمان أو الآلة التي وقع بها القتل لا تقبل لما بينا قال رحمه الله : (فإن قضى بإحداهما أولاً

بطلت الأخرى) يعني لو قضى القاضي بوجوب القصاص بشهادة الطائفة الأولى ثم شهدت الأخرى لا تقبل ؛ لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقض بالثانية ؛ وهذا لأنه لما حكم بأنه قتل بمكة صار ذلك حكماً بأنه لم يقتل في غيرها إذ قتل شخص واحد في مكانين لا يتصور فصار نظير ما لو كان مع رجل ثوبان أحدهما نجس فتحرى وصلى في أحدهما ثم وقع تحريه على طهارة الآخر لا يجوز له الصلاة فيه ؛ لأن الأول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع التحري في الآخر

الشرح

قوله : في المتن وينبغي أن لا يشهد الخ

قال الكمال قال القدوري وينبغي للشاهد إذا علم بذلك أي بقضاء الخمسمائة أن لا يشهد حتى يعترف المدعي بقضائها ؛ لأنه لو شهد فيما بالالف ثم يقول قضاؤه منها خمسمائة وعلمت أنه يقضي فيها بألف فيضيع حق المدعي عليه وإما بخمسمائة فيثبت اختلافهما إن شهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة وفيه لا تقبل الشهادة أصلاً على قول أبي حنيفة فيضيع حق المدعي فالوجه أن لا يشهد الذي عرف القضاء حتى يعترف المدعي بالقدر الذي سقط عن المدعي عليه والمراد من لفظ لا ينبغي لا يحل نص عليه في جامع أبي الليث ومن هذا النوع رجل أقر عند قوم لفلان عليه كذا فبعد مدة جاء رجلان أو أكثر إلى القوم فقالوا : لا تشهدوا على فلان بذلك الدين ، فإنه

قَضَاهُ كُلُّهُ الشُّهُودُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءُوا امْتَنَعُوا مِنَ الشَّهَادَةِ ، وَإِنْ شَاءُوا أَخْبَرُوا الْحَاكِمَ بِشَهَادَةِ الَّذِينَ أَخْبَرُوهُمْ بِالْقَضَاءِ ، فَإِنْ كَانَ الْمُخْبِرُونَ غُدُولًا لَا يَقْضِي الْقَاضِي بِالْمَالِ هَذَا قَوْلُ الْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ وَأَبِي نَصْرِ مُحَمَّدِ بْنِ سَلَامٍ وَلَوْ شَهِدَ عِنْدَهُمْ وَاحِدٌ لَا يَسْعُهُمْ أَنْ يَدْعُوا الشَّهَادَةَ وَكَذَا إِذَا حَضَرُوا بَيْعَ رَجُلٍ أَوْ نِكَاحَهُ أَوْ قَتْلَهُ فَلَمَّا أَرَادُوا الشَّهَادَةَ شَهِدَ عِنْدَهُمْ بِطَلَاقِ الزَّوْجِ ثَلَاثًا أَوْ قَالَ عَيْنًا امْرَأَةً أَرْضَعَتْهُمَا أَوْ أَعْتَقَ الْعَبْدَ قَبْلَ أَنْ يَبِيعَهُ أَوْ عَفَا عَنْهُ الْوَلِيُّ إِنْ كَانَ وَاحِدًا شَهِدُوا أَوْ اثْنَيْنِ لَا يَسْعُهُمْ أَنْ يَشْهَدُوا وَكَذَا لَوْ رَأَى عَيْنًا فِي يَدِ رَجُلٍ يَتَصَرَّفُ فِيهَا تَصَرَّفَ الْمَلِكِ فَأَرَادَ أَنْ يَشْهَدَ بِالْمَلِكِ لَهُ فَأَخْبَرَهُ عَدْلَانِ أَنَّ الْمَلِكَ لِلثَّانِي لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ

بِالْمَلِكِ لِلأَوَّلِ وَلَوْ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ بَاعَهُ مِنْ ذِي الْيَدِ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِمَا عَلِمَ وَلَا يَلْتَفِتُ إِلَى قَوْلَيْهِمَا قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ قَتَلَ زَيْدًا يَوْمَ النَّحْرِ بِمَكَّةَ وَآخِرَانِ أَنَّهُ قَتَلَهُ يَوْمَ النَّحْرِ بِمِصْرَ (لَفُظَةُ يَوْمِ النَّحْرِ لَيْسَتْ فِي خَطِّ الشَّارِحِ وَهُوَ ثَابِتٌ فِي نُسْخِ الْمَتْنِ

قَوْلُهُ : ثَرَدُ الطَّائِفَتَانِ

فَلَا يُقْتَلُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ بِالْقَتْلِ .

قَوْلُهُ : ثُمَّ شَهِدَتْ الْآخَرَى لَا تُقْبَلُ

وَحِينَئِذٍ يُقْتَلُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ .

قَوْلُهُ : ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَى تَرَجَّحَتْ بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهَا

، فَإِنَّهُ حِينَ قَضَى بِالْأَوَّلَى وَلَا مُعَارِضَ لَهَا إِذْ ذَاكَ يَنْفُذُ شَرْعًا فَلَا يَتَغَيَّرُ الْحُكْمُ الشَّرْعِيُّ الَّذِي ثَبَتَ شَرْعًا بِحُدُوثِ مُعَارِضٍ .

كَمَالٌ

قَوْلُهُ : ثُمَّ وَقَعَ تَحْرِيبُهُ عَلَى طَهَارَةِ الْآخِرِ لَا يَجُوزُ لَهُ الصَّلَاةُ فِيهِ

وَلَا تَبْطُلُ صَلَاتُهُ فِي الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِتَحْرِيبِ الْأَوَّلِ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ هُوَ الصَّحَّةُ بَعْدَ الْوُجُوبِ فِيهِ فَلَا يُؤْثِرُ التَّحْرِي فِي الثَّانِي فِي رَفْعِهِ فَتَحُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ شَهِدَا بِسَرَقَةِ بَقْرَةٍ وَاخْتَلَفَا فِي لَوْنِهَا قُطِعَ بِخِلَافِ الذُّكُورَةِ ، وَالْأُنْثَى ، وَالْعَصَبِ) يَعْنِي لَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى سَرَقَةِ بَقْرَةٍ وَاخْتَلَفَا فِي لَوْنِ الْبَقْرَةِ بِأَنْ قَالَ أَحَدُهُمَا سَرَقَ بَقْرَةً بَيْضَاءَ وَقَالَ الْآخَرُ بَقْرَةً سَوْدَاءَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا وَتُقْطَعُ يَدُهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ أَحَدُهُمَا سَرَقَ ذَكْرًا ، وَالْآخَرُ قَالَ أُنْثَى أَوْ اخْتَلَفَا فِي لَوْنِ الْبَقْرَةِ فِي الْعَصَبِ حَيْثُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا فِيهِمَا وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا فِي السَّرَقَةِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْبَقْرَةَ الْبَيْضَاءَ غَيْرُ السَّوْدَاءِ فَكَانَا سَرَقَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ وَلَمْ يَتِمَّ عَلَى فِعْلٍ وَاحِدٍ

نَصَابُ الشَّهَادَةِ فَلَمْ يَنْبُتْ وَصَارَ كَاخْتِلَافِهِمَا فِي الذُّكُورَةِ ، وَالْأُنُوثَةِ وَكَاخْتِلَافِهِمَا فِي اللَّوْنِ فِي الْعَصَبِ بَلْ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالْعَصَبِ ضَمَانٌ لَا يَسْقُطُ بِالشُّبُهَاتِ ، وَالثَّابِتُ بِالسَّرْقَةِ حَدٌّ يَسْقُطُ بِهَا فَصَارَ نَظِيرُ اخْتِلَافِهِمَا فِي قِيَمَتِهَا وَلَهُ أَنََّّهُمَا اخْتَلَفَا فِيمَا لَمْ يَكْلَفَا نَقْلَهُ ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ لَا يُضَافُ إِلَى إِبْطَاتِ الْوَصْفِ فَصَارَ كَاخْتِلَافِهِمَا فِي ثِيَابِ السَّارِقِ أَلَّا تَرَى أَنََّّهُمَا لَوْ سَكَتَا عَنْ بَيَانِ اللَّوْنِ جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا بِخِلَافِ بَيَانِ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ نَفْسِ الشَّهَادَةِ حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّهَا تَبْلُغُ نَصَابًا وَلِأَنَّ التَّوْفِيقَ مُمَكِّنٌ ؛ لِأَنَّ السَّرْقَةَ تَكُونُ فِي اللَّيَالِي عَالِبًا وَيَكُونُ التَّحْمُلُ فِيهَا مِنْ بَعِيدٍ فَيَتَشَابَهُ عَلَيْهِمَا اللَّوْنَانِ أَوْ يَجْتَمِعَانِ فِي بَقَرَةٍ وَاحِدَةٍ بِأَنَّ كَانَ أَحَدُ جَانِبَيْهَا أَيْضَ ، وَالْجَانِبُ الْآخَرُ أَسْوَدَ فَيَشْهَدُ كُلُّ بَمَا رَأَى أَوْ بِمَا وَقَعَ عِنْدَهُ بِخِلَافِ وَصْفِ الذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ ؛ لِأَنََّّهُمَا لَا يَجْتَمِعَانِ فِي بَقَرَةٍ وَاحِدَةٍ . وَكَذَا الْوُقُوفُ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ يَكُونُ

بِالْقُرْبِ فَلَا يَشْتَبِهُ فَيَكُونَانِ سَرَقَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ فَلَمْ يَتِمَّ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصَابُ الشَّهَادَةِ وَبِخِلَافِ الْعَصَبِ ؛ لِأَنَّ التَّحْمُلَ فِيهِ بِالنَّهَارِ ؛ لِأَنَّ الْعَصَبَ يَقَعُ بِالنَّهَارِ وَهُوَ يَقْرُبُ مِنْهُ غَالِبًا فَلَا يَشْتَبِهُ عَلَيْهِ الْحَالُ فَتَكُونُ الشَّهَادَةُ عَلَى تَحْقِيقٍ وَتَأْمُلٍ لِمُكْنِهِ مِنْ ذَلِكَ فَلَا يَشْتَبِهُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ قِيلَ فِي التَّوْفِيقِ احْتِيَالٌ لِلِإِجَابِ الْحَدِّ وَهُوَ يَحْتَالُ لِدَرْثِهِ لَا لِلِإِجَابَةِ قُلْنَا الْقَطْعُ لَا يُضَافُ إِلَى إِبْطَاتِ الْوَصْفِ ؛ لِأَنََّّهُمَا لَمْ يَكْلَفَا نَقْلَهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَمَا يُوْجِبُ الدَّرْثَ يَكُونُ فِي نَفْسِ الْمُوجِبِ لَا فِي غَيْرِهِ ، فَإِنْ قِيلَ عَلَى هَذَا تَكُونُ الْبَقَرَةُ الْمَسْرُوقَةُ بَلْقَاءَ ، وَالْمَشْهُودُ بِسَرَقَتِهَا إِمَّا بَيَضَاءً أَوْ سَوْدَاءً وَلَمْ يَقُلْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا : إِنَّهَا بَلْقَاءُ فَتَكُونُ غَيْرَهَا ضَرُورَةً قُلْنَا نَعَمْ وَلَكِنْ ذَلِكَ فِي حَقِّ مَنْ يَعْرِفُ اللَّوْنَيْنِ أَمَّا فِي حَقِّ مَنْ لَا يَعْرِفُ إِلَّا أَحَدَهُمَا فَهِيَ عِنْدَهُ عَلَى ذَلِكَ اللَّوْنِ فَسَمَّاها بَيَضَاءً أَوْ سَوْدَاءً بِنَاءً عَلَى مَا شَاهَدَ مِنْ مَوَاضِعِهَا وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي يَدَّعِي بَقَرَةً مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِوَصْفٍ وَأَمَّا إِذَا ادَّعَى سَرْقَةَ بَقَرَةٍ سَوْدَاءً أَوْ بَيَضَاءً لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ كَذَبَ أَحَدَهُمَا وَقِيلَ هَذَا فِي لَوْنَيْنِ مُتَشَابِهَيْنِ كَالسَّوَادِ ، وَالْحُمْرَةِ ، وَأَمَّا فِي لَوْنَيْنِ غَيْرِ مُتَشَابِهَيْنِ كَالسَّوَادِ ، وَالْبَيَاضِ لَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْكُلَّ عَلَى الْخِلَافِ ذَكَرَهُ فِي الْمَسْئُوطِ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي ثَوْبٍ بِأَنَّ قَالَ أَحَدُهُمَا هَرَوِيٌّ وَقَالَ الْآخَرُ مَرَوِيٌّ ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الزَّمَانِ أَوْ الْمَكَانِ لَنْ تُقْبَلَ الشَّهَادَةُ وَقَدْ بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ

الشرح

قوله : في المتن ولو شهدا بسرقة بقرة إلخ

هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في شاهدين شهدا جميعا على أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قال أجزى الشهادة وأقطع وقال أبو يوسف ومحمد لا نجزى الشهادة ولا نقطع ولو شهد أحدهما أنه سرق بقرة وشهد الآخر أنه سرق ثورا فالشهادة باطلة في قولهم جميعا إلى هنا لفظ محمد رحمه الله .

أثقاني

قوله : في المتن واختلفا في لوئها قطع

قَالَ الْكَمَالُ صُورَتُهَا ادَّعى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ لَهُ بَقَرَةً وَلَمْ يَذْكُرْ لَهَا لَوْنًا وَأَقَامَ بَيِّنَةً فَشَهِدَ وَاحِدٌ بِسَرِقَتِهِ حَمْرَاءَ وَالْآخَرُ سَوْدَاءَ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ تُقْبَلُ وَيُقْطَعُ وَقَالَ هُمَا وَالْأَيُّمَةُ الثَّلَاثَةُ لَا يُقْطَعُ وَلَوْ أَنَّ الْمَسْرُوقَ مِنْهُ عَيْنَ لَوْنًا فَقَالَ أَحَدُهُمَا سَوْدَاءَ لَا يُقْطَعُ إِجْمَاعًا ؛ لِأَنَّهُ كَذَبَ أَحَدٌ شَاهِدِيهِ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ لَوْ ادَّعى سَرِقَةَ ثَوْبٍ مُطْلَقًا فَقَالَ أَحَدُهُمَا هَرَوِيٌّ وَالْآخَرُ مَرَوِيٌّ وَلَوْ اختلفا فِي الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ لَمْ تُقْبَلْ إِجْمَاعًا لِمَا ذَكَرْنَا فِي الْفَرْقِ بَيْنَ السَّرِقَةِ وَالْغَصْبِ بِقَلِيلٍ تَأْمُلِ .

قوله : وكاختلفا في اللون في الغصب

، فَإِنَّهُمَا لَوْ شَهِدَا عَلَى غَصْبِ بَقَرَةٍ فَقَالَ أَحَدُهُمَا سَوْدَاءَ أَوْ حَمْرَاءَ وَالْآخَرُ بَيضاءَ لَمْ تُقْبَلْ مَعَ أَنَّهُ لَا يَتَضَمَّنُ قَبُولُهَا إِبْتَاتَ حَدٍّ فَلَأَنَّ لَا يُقْبَلَ فِيمَا يُوجِبُ حَدًّا أَوَّلَى ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ أَعْسَرَ إِبْتَاتًا ، فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ ، وَأَمَّا مَا زِيدَ مِنْ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِأَقْلٍ مِنْ أَرْبَعَةٍ فَلَيْسَ مِمَّا فِيهِ الْكَلَامُ مِنَ السَّرِقَةِ بَلْ يَخُصُّ الزَّنا .

فَتَحْ

قوله : بخلاف وصف الذكورة الخ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ

وَبِخِلَافِ اخْتِلَافِهِمَا فِي الذَّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ ؛ لِأَنَّ التَّوْفِيقَ لَيْسَ بِمُمْكِنٍ ؛ لِأَنَّ اجْتِمَاعَهُمَا أَوْ تَشَابُهِهُمَا لَا يَكُونُ فِي حَيَوَانٍ وَاحِدٍ عَادَةً وَلِأَنَّ الشَّاهِدَيْنِ يَكْلِفَانِ بَيَانَ الذَّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ ؛ لِأَنَّ الْفِيَمَةَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهِمَا فَكَانَ اخْتِلَافُهُمَا فِيهِمَا فِي نَفْسِ الشَّهَادَةِ .

قوله : ذكره في المبسوط

أَيُّ قَاضِي خَانَ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ .

أَثَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ شَهِدَ لِرَجُلٍ أَنَّهُ اشْتَرَى عَبْدًا فَلَانَ بِأَلْفٍ وَشَهِدَ آخَرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ بَطَلَتِ الشَّهَادَةُ) ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِبْتَاتُ السَّبَبِ وَهُوَ الْعَقْدُ فَالْبَيْعُ بِأَلْفٍ غَيْرُ الْبَيْعِ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ فَاخْتَلَفَ الْمَشْهُودُ بِهِ لِاخْتِلَافِ الثَّمَنِ فَلَمْ يَتِمَّ النَّصَابُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلِأَنَّ الْمُدَّعِيَ يُكَذِّبُ أَحَدَ شَاهِدِيهِ ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الْبَائِعُ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى أَقْلَ الْمَالَيْنِ أَوْ أَكْثَرَهُمَا لِمَا بَيَّنَّا مِنْ أَنَّ الْمَقْصُودَ إِبْتَاتُ السَّبَبِ عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ الْأَصْلُ ، وَالْحُكْمُ يَثْبُتُ تَبَعًا لِثُبُوتِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْحُكْمُ هُوَ الْمَقْصُودَ حَقِيقَةً فِي حَقِّ الْإِنْتِفَاعِ ، وَالسَّبَبُ وَسَبِيلُهُ

إِلَيْهِ لَكِنْ مَقْصُودُهُ وَهُوَ الْحُكْمُ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِهِ فَكَانَ فِي إِبْتَائِهِ إِبْتَاتُ الْحُكْمِ إِذْ لَا يُمَكِّنُ إِبْتَاتُ الْحُكْمِ إِلَّا بِسَبَبٍ مُعَيَّنٍ وَذَكَرَ عَلَاءُ الدِّينِ السَّمَرَقَنْدِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الشَّهَادَةَ تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ التَّوْفِيقَ مُمَكِّنٌ ؛ لِأَنَّ الشَّرَاءَ الْوَاحِدَ قَدْ يَكُونُ بِأَلْفٍ ثُمَّ يَصِيرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ بِأَنْ يَشْتَرِيَهُ بِأَلْفٍ ثُمَّ يَزِيدَهُ عَلَيْهِ خَمْسِمِائَةً فَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى شِرَاءٍ وَاحِدٍ ، وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الْجِنْسِ بِأَنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِمِائَةِ دِينَارٍ بَطَلَتْ لِعَدَمِ إِمْكَانِ التَّوْفِيقِ ؛ لِأَنَّ الشَّرَاءَ الْوَاحِدَ لَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونُ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ ثُمَّ يَصِيرُ بِمِائَةِ دِينَارٍ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَكَذَا الْكِتَابَةُ ، وَالْخُلْعُ) أَيُّ إِذَا اخْتَلَفَا فِي مِقْدَارِ الْبَدَلِ فِيهِمَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَقْصُودَ إِبْتَاتُ السَّبَبِ وَهَذَا إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الْعَبْدُ فَظَاهِرٌ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي السَّبَبَ لِيَحْصُلَ لَهُ مَقْصُودُهُ وَهُوَ الْعِتْقُ بِالْأَدَاءِ فَصَارَ نَظِيرَ الشَّرَاءِ ، وَإِنْ كَانَ

الْمُدَّعِي هُوَ الْمَوْلَى فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَثْبُتُ قَبْلَ الْأَدَاءِ فَكَانَ الْمَقْصُودُ إِبْتَاتُ السَّبَبِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ مُقَابِلٌ بِفَكَ الْحَجَرِ ثُمَّ يَنْتَقِلُ عِنْدَ آدَاءِ الْمَالِ فَيَصِيرُ مُقَابِلًا بِالْعِتْقِ فَقِيلَ الْأَدَاءُ بِمَنْزِلَةِ الْإِجَارَةِ فَكَانَ مَقْصُودُهُ إِبْتَاتُ الْعَقْدِ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الْمَوْلَى لَا تُفِيدُ بَيِّنَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ غَيْرُ لَازِمٍ فِي حَقِّ الْعَبْدِ لِتَمَكُّنِهِ مِنَ الْفَسْخِ بِالتَّعْجِيزِ ، وَالْمُرَادُ بِالْخُلْعِ إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ هِيَ الْمُدَّعِيَّةَ لِلْخُلْعِ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهَا إِبْتَاتُ السَّبَبِ دُونَ الْمَالِ فَلَا يَثْبُتُ مَعَ اخْتِلَافِهِمَا فِيهِ فَصَارَ نَظِيرَ الْبَيْعِ بِخِلَافِ دَعْوَى الدِّينِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ فِيهِ الْمَالُ دُونَ السَّبَبِ فَيَثْبُتُ قَدْرُ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ دُونَ مَا تَفَرَّدَ بِهِ أَحَدُهُمَا ، وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الزَّوْجُ يَقَعُ الطَّلَاقُ بِإِقْرَارِهِ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ دَعْوَى الدِّينِ فَيَثْبُتُ أَقْلُهُمَا وَهُوَ الَّذِي اتَّفَقَا عَلَيْهِ لِتَمَامِ نَصَابِ الشَّهَادَةِ فِيهِ

الشرح

قوله : في المثنى ومن شهد لرجل الخ

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ وَهَذِهِ ثَمَانِيَةُ مَسَائِلَ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالْكِتَابَةِ وَالْخُلْعِ وَالْعِتْقِ عَلَى مَالٍ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَالنِّكَاحِ وَالرَّهْنِ ثُمَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا عَلَى وَجْهَيْنِ إِمَّا أَنْ يَدَّعِيَ هَذَا وَيُنْكِرَ الْآخَرَ أَوْ يَدَّعِيَ الْآخَرَ وَيُنْكِرَ هَذَا وَقَدْ ذَكَرَهَا صَاحِبُ الْهِدَايَةِ وَذَكَرَ فِي الْكَنْزِ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ : الْبَيْعُ وَالْكِتَابَةُ وَالْخُلْعُ وَالنِّكَاحُ وَذَكَرَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللَّهُ الْأَرْبَعَةَ الْبَاقِيَةَ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ وَكَانَ الْأَنْسَبُ لِلْوَضْعِ أَنْ يَذْكَرَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ بَعْدَ قَوْلِهِ : وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالْآخَرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ عَلَى الْأَلْفِ ؛ لِأَنَّ تِلْكَ الْمَسْأَلَةَ فِي دَعْوَى الْمَالِ وَهَذِهِ فِي دَعْوَى الْعَقْدِ وَكَتَبَ أَيْضًا مَا نَصَّهُ قَوْلُهُ وَمَنْ شَهِدَ لِرَجُلٍ إِنْ قَالَ الْكَمَالُ صُورَتُهَا عَلَى مَا فِي الْجَامِعِ فِي الرَّجُلِ يَدَّعِي عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ بَاعَهُ هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ فَيُنْكِرُ الْبَائِعُ الْبَيْعَ فَيَقِيمُ عَلَيْهِ شَاهِدًا بِأَلْفٍ وَشَاهِدًا بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ قَالَ يَعْنِي أَبَا حَنِيفَةَ هَذَا بَاطِلٌ إِلَى آخِرِ مَا هُنَاكَ فَقَدْ يَظُنُّ أَنَّ هَذَا يَنَافِضُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ الشَّاهِدَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَا فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالْآخَرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ وَالْمُدَّعِي يَدَّعِي أَلْفًا وَخَمْسِمِائَةً فَضَى بِالْأَلْفِ بِاتِّفَاقِ بَيْنِ الثَّلَاثَةِ وَهَذَا لَا يُقْبَلُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ الْمُدَّعِي يَدَّعِي أَلْفًا وَخَمْسِمِائَةً بَيَّانُهُ هُوَ أَنَّ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا ادَّعَى دَيْنًا فَقَطْ .

وَالْمَقْصُودُ هُنَا دَعْوَى الْعَقْدِ أَلَّا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ فِي الْجَامِعِ فَيُنْكِرُ الْبَائِعُ الْبَيْعَ وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الْمَقْصُودُ الدِّينَ لَمْ يَحْتَاجْ إِلَى ذِكْرِ السَّبَبِ ، وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعِي بِهِ الْبَيْعَ فَالْبَيْعُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ

الثَّمَنُ مِنْ أَرْكَانِهِ وَالْمُرَكَّبُ الَّذِي بَعْضُ أَجْزَائِهِ مِقْدَارٌ خَاصٌّ غَيْرُ مِثْلِهِ بِمِقْدَارٍ أَكْثَرَ مِنْهُ وَلَمْ يَتِمَّ عَلَى أَحَدِهِمَا نَصَابُ شَهَادَةٍ فَلَا يَثْبُتُ الْبَيْعُ أَصْلًا .

فَتَحُّ

قَوْلُهُ : وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الْبَائِعُ

بِأَنِّ ادَّعَى أَنَّهُ بَاعَهُ بِالْفِ وَحَمْسِمِائَةٍ فَأَنْكَرَ الْمُشْتَرِي الشَّرَاءَ فَأَقَامَ الشَّاهِدَيْنِ كَذَلِكَ فَتَحُّ

قَوْلُهُ : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى أَقْلَ الْمَالَيْنِ أَوْ أَكْثَرَهُمَا

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى هُوَ الْبَائِعُ أَوْ الْمُشْتَرِي قَارِئُ الْهِدَايَةِ

قَوْلُهُ لِمَا بَيَّنَّا

أَيَّ مِنْ اخْتِلَافِهِمَا فِي الْمَشْهُودِ بِهِ وَالتَّكْذِيبِ مِنَ الْمُدَّعَى .

فَتَحُّ

قَوْلُهُ : وَذَكَرَ عَلَاءُ الدِّينِ السَّمَرْقَنْدِيُّ أَنَّ الشَّهَادَةَ تُقْبَلُ

قَالَ الْكَمَالُ وَفِي الْفَوَائِدِ الظَّهْرِيَّةِ عَنْ السَّيِّدِ الْإِمَامِ الشَّهِيدِ السَّمَرْقَنْدِيِّ تُقْبَلُ إلخ .

قَوْلُهُ ثُمَّ يَصِيرُ بِمِائَةِ دِينَارٍ

قَالَ الْكَمَالُ وَقَالَ بَعْضُ الْمُحَقِّقِينَ مِنَ الشَّارِحِينَ فِيهِ نَوْعٌ تَأْمَلُ .

قَوْلُهُ ، وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى هُوَ الْمَوْلَى فَكَذَلِكَ

؛ لِأَنَّ دَعْوَى السَّيِّدِ لِمَالٍ عَلَى عَبْدِهِ لَا يَصِحُّ إِذْ لَا دِينَ لَهُ عَلَى عَبْدِهِ إِلَّا بِوَاسِطَةِ دَعْوَى الْكِتَابَةِ فَيَنْصَرِفُ إِنْكَارُ الْعَبْدِ إِلَيْهِ لِلْعِلْمِ بِأَنَّهُ لَا يَتَصَوَّرُ لَهُ عَلَيْهِ دِينَ إِلَّا بِهِ وَالشَّهَادَةُ لَيْسَتْ إِلَّا لِلِإِبْتَاهَا .

كَمَالُ

وَكَذَا الصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ ، وَالْعِتْقُ عَلَى مَالٍ ، فَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى هُوَ الْعَبْدُ أَوْ الْقَاتِلُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْعَبْدِ ، وَالْقَاتِلِ الْعَقْدُ دُونَ الْمَالِ فَلَا يَثْبُتُ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْإِخْتِلَافِ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى هُوَ الْمَوْلَى أَوْ الْوَلِيُّ يَثْبُتُ الْعَفْوُ ، وَالْعِتْقُ بِإِقْرَارِهِمَا فَيَكُونُ دَعْوَى

الدَّيْنِ فَتَقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا فِيمَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا فِي الْخُلْعِ وَفِي الرَّهْنِ إِنْ كَانَ الْمُدْعَى هُوَ الْمُرْتَهِنَ فَهُوَ كَدَعَا الدَّيْنِ يَنْبُتُ أَقْلُهُمَا لِمَا ذَكَرْنَا ، وَإِنْ كَانَ الْمُدْعَى هُوَ الرَّاهِنَ فَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُلْزِمَهُ الرَّهْنُ إِذَا الرَّهْنُ غَيْرُ لَازِمٍ فِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ وَلَهُ أَنْ يَفْسَخَهُ أَيْ وَقْتُ شَاءَ فَلَا فَائِدَةَ فِي إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَلِأَنَّهُ حَقٌّ عَلَيْهِ ، وَالْإِنْسَانُ لَا يُقِيمُ الْبَيِّنَةَ عَلَى حَقِّ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا يُقِيمُهَا عَلَى حَقِّ لَهُ وَصُورُهُ دَعَا الرَّهْنِ أَنْ يَدْعِيَ أَنَّهُ رَهْنُهُ أَلْفًا وَخَمْسِمِائَةٍ وَادَّعَى أَنَّهُ قَبِضَهُ ثُمَّ أَخَذَهُ الرَّاهِنُ فَيَطْلُبُ الْاسْتِرْدَادَ مِنْهُ فَأَقَامَ بَيِّنَةً فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْأَلْفِ ، وَالْآخَرُ بِالْأَلْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ يَنْبُتُ أَقْلُهُمَا وَفِي الْإِجَارَةِ إِنْ كَانَ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْمُعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ الْمَنَافِعُ فَهِيَ تَطِيرُ الْبَيْعَ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا لِمَا ذَكَرْنَا فِي الْبَيْعِ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ فَهِيَ كَالدَّيْنِ يَنْبُتُ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ إِنْ كَانَ الْمُدْعَى يَدْعِي الْكَثْرَ ، وَإِنْ كَانَ يَدْعِي الْقَلَّ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ شَهِدَ بِالْكَثَرِ ؛ لِأَنَّهُ كَذِبُهُ الْمُدْعَى وَكَذَا فِي جَمِيعِ هَذِهِ الصُّوَرِ لِمَا بَيَّنَّا فِي الدَّيْنِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَأَمَّا النِّكَاحُ فَيَصِحُّ بِالْأَلْفِ) يَعْنِي بِأَقَلِّ الْمَالَيْنِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ سَوَاءً كَانَ الدَّعَاوَى مِنَ الزَّوْجِ أَوْ مِنَ

الْمَرْأَةِ وَسَوَاءً ادَّعَى الْقَلَّ أَوْ الْكَثْرَ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَبْطُلُ الشَّهَادَةُ وَلَا يُقْضَى بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ الْمُقْصُودَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ إثْبَاتُ السَّبَبِ ، وَالنِّكَاحُ بِالْأَلْفِ غَيْرُ النِّكَاحِ بِالْأَلْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ فَتَبْطُلُ الشَّهَادَةُ كَمَا فِي الْبَيْعِ سَوَاءً كَانَ الزَّوْجُ هُوَ الْمُدْعَى أَوْ الْمَرْأَةُ هِيَ الْمُدْعَى لِامْتِنَاعِ ثُبُوتِ النِّكَاحِ بِإِفْرَارِ أَحَدِهِمَا بِخِلَافِ الْعَتَقِ عَلَى مَالٍ ، وَالْخُلْعِ ، وَالْعَقْدِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ حَيْثُ يَكُونُ دَعَاوَى الدَّيْنِ إِذَا كَانَ الْمُدْعَى هُوَ الزَّوْجُ ، وَالْمَوْلَى ، وَالْوَلِيُّ ؛ لِأَنَّهُ بِإِفْرَارِهِ يَسْقُطُ الْقِصَاصُ وَيَبْعُ الطَّلَاقُ ، وَالْعَتَقُ فَيَقْتَضِي دَعَاوَى الْمَالِ الْمُجَرَّدِ عَنْ السَّبَبِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ التَّسْمِيَةَ فِي النِّكَاحِ كَمَا تَصِحُّ عِنْدَ الْعَقْدِ تَصِحُّ بَعْدَهُ ، فَإِنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمَّ لَهَا مَهْرًا ثُمَّ سَمَّى لَهَا مَهْرًا صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ وَلِصَحَّةِ التَّسْمِيَةِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِثْنَاءِ الْعَقْدِ ، وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَى قِيَامِهِ وَقِيَامُهُ تَارَةً يَكُونُ حَالَهُ الْإِبْتِدَاءِ وَتَارَةً يَكُونُ حَالَهُ الْبَقَاءِ فَلَمْ يَلْزَمْ مِنْ اخْتِلَافِ التَّسْمِيَتَيْنِ اخْتِلَافُ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ وَجَدَتْ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ وَلَا يُتَصَوَّرُ وُجُودُ الْعَقْدِ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ .

وَالْبَيِّنَةُ عَلَى التَّسْمِيَةِ فِي حَالِ يَسْتَحِيلُ الْعَقْدُ لَا تَكُونُ بَيِّنَةٌ عَلَى الْعَقْدِ بَلْ عَلَى التَّسْمِيَةِ الْمُجَرَّدَةِ فَكَانَ الثَّابِتُ بِشَهَادَتِهِمَا الْمَالُ حَالِ بَقَاءِ النِّكَاحِ فَيَنْبُتُ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ كَالدَّيْنِ فَحَاصِلُ الْقَضِيَةِ أَنَّ شَهَادَتَهُمَا لَمْ تَقُمْ إِلَّا عَلَى الْمَالِ حَالِ بَقَاءِ النِّكَاحِ فَيَنْبُتُ بِهَا التَّسْمِيَةُ وَبَقَاءُ النِّكَاحِ لَا غَيْرَ وَلِأَنَّ الْمَالِ فِي النِّكَاحِ تَابِعٌ ، وَالْأَصْلُ فِيهِ الْحِلُّ ، وَالْإِزْدِوَاجُ ، وَالْمِلْكُ وَمِنْ حُكْمِ التَّبَعِ أَنْ لَا يُغَيَّرَ الْأَصْلُ وَلِهَذَا لَا يَبْطُلُ

بَنَفِيهِ وَلَا يَفْسُدُ بِفَسَادِهِ فَكَذَا لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهِ فَبَقِيَ الْعَقْدُ سَالِمًا عَنْ اخْتِلَافِ فَلَزِمَ وَمَا وَقَعَ فِيهِ الْإِخْتِلَافُ وَهُوَ الْمَالُ يَقْضَى بِالْأَقَلِّ مِنْهُمَا كَمَا فِي الدَّيْنِ وَقِيلَ الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ هِيَ الْمُدْعَى يَجْعَلُ أَبُو حَنِيفَةَ مَقْصُودَهَا الْمَالُ فَيُخْرِجُهُ عَلَى مَا بَيْنَا وَهَمَّا يَجْعَلَانِ مَقْصُودَهَا الْعَقْدَ لِمَا بَيْنَا لَهُمَا ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْمُدْعَى هُوَ الزَّوْجُ فَمَقْصُودُهُ الْعَقْدُ لَا الْمَالُ فَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ بِالْأَلْفِ غَيْرُ الْعَقْدِ بِالْأَلْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ عَلَى مَا بَيْنَا ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْأَصَحُّ وَقَدْ بَيَّنَّا وَجْهَهُ وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ وَيَسْتَوِي فِيهِ دَعَاوَى أَقَلِّ الْمَالَيْنِ وَأَكْثَرِهِمَا فِي الصَّحِيحِ لِاتِّفَاقِهِمَا فِي الْأَصْلِ وَهُوَ الْعَقْدُ ، وَالْإِخْتِلَافُ فِي التَّبَعِ لَا يُوجِبُ خِلَافًا فِيهِ لَكِنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ وَجُوبِ الْمَالِ فَيَجِبُ الْقَلُّ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ وَلَا يَكُونُ دَعَاوَى الْقَلِّ تَكْذِيبًا لِلشَّاهِدِ لِحَوَازِ أَنْ الْقَلُّ هُوَ الْمُسَمَّى ثُمَّ صَارَ أَكْثَرَ بِالزِّيَادَةِ

الشرح

قَوْلُهُ وَكَذَا الصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَالْعَتَقِ الْخُ

قَالَ الْكَمَالُ بَعْدَ ذِكْرِهِ مِنَ الْمَسَائِلِ الثَّمَانِيَةِ مَسْأَلَةُ الْبَيْعِ وَالْكِتَابَةِ الثَّلَاثَةُ وَالرَّابِعَةُ وَالْخَامِسَةُ الْخُلْعُ وَالْعَتَاقُ عَلَى مَالٍ وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ
إِنْ كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الْمَرْأَةُ فِي الْخُلْعِ وَالْعَبْدُ فِي الْعَتَقِ وَالْقَاتِلُ فِي الصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِبْتِاثَ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي
يُفِيدُهُمَا الْخُلَاصَ وَهُوَ مَقْصُودُهُمْ ، وَإِنْ كَانَتْ دَعْوَى مِنَ الْجَانِبِ الْآخَرِ وَهُوَ الزَّوْجُ وَالْمَوْلَى وَوَلِيُّ الْقَتِيلِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ فِيمَا ذَكَرْنَا
مِنَ الْوُجُوهِ وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى أَكْثَرُ الْمَالَيْنِ فَشَهِدَ بِهِ شَاهِدٌ وَالْآخَرُ بِالْأَقْلِ إِنْ كَانَ الْأَكْثَرُ بِعَطْفٍ مِثْلُ أَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ فُضِيَ بِالْأَقْلِ اتِّفَاقًا ،
وَإِنْ كَانَ بَدُونَهُ كَأَلْفٍ وَالْأَلْفَيْنِ فَكَذَلِكَ عَنْدَهُمَا وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يُقْضَى بِشَيْءٍ وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ الْعَفْوُ وَالْعَتَقُ وَالطَّلَاقُ بِاعْتِرَافِ
صَاحِبِ الْحَقِّ فَلَمْ تَبْقَ الدَّعْوَى إِلَّا فِي الدَّيْنِ

وَكُتِبَ أَيْضًا قَالَ الْأَثْقَانِيُّ : فَأَمَّا إِذَا وَقَعَتِ الدَّعْوَى فِي الطَّلَاقِ أَوْ فِي الْخُلْعِ عَلَى مَالٍ أَوْ الْعَتَقِ عَلَى مَالٍ أَوْ الصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ عَلَى مَالٍ
، فَإِنْ كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الزَّوْجُ ، أَوْ الْمَوْلَى أَوْ وَلِيُّ الْقِصَاصِ فَهَذَا دَعْوَى الْمَالِ ، وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعِي هِيَ الْمَرْأَةُ أَوْ الْقَاتِلُ أَوْ الْعَبْدُ فَهَذَا
دَعْوَى عَقْدٍ لَا تُقْبَلُ بِالْإِجْمَاعِ

قَوْلُهُ وَفِي الرَّهْنِ إِنْ كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الْمُرْتَهَنُ الْخُ

، فَإِنْ قِيلَ : الرَّهْنُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِإِجَابٍ وَقَبُولٍ فَكَانَ كَسَائِرِ الْعُقُودِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ اخْتِلَافُ الشَّاهِدَيْنِ فِي قَدْرِ الْمَالِ كَاخْتِلَافِهِمَا فِيهِ فِي
الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ أُجِيبَ بِأَنَّ الرَّهْنَ غَيْرُ لَازِمٍ فِي حَقِّ الْمُرْتَهَنِ ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ مَتَى شَاءَ بِخِلَافِ الرَّاهِنِ

لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فَكَانَ الْاِعْتِبَارُ لِدَعْوَى الدَّيْنِ فِي جَانِبِ الْمُرْتَهَنِ إِذَا الرَّهْنُ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْدَّيْنِ فَتَقْبَلُ بَيِّنَتُهُ فِي ثُبُوتِ الدَّيْنِ فَيَثْبُتُ الرَّهْنُ بِالْفِ
ضْمِنَا وَتَبَعًا لِلدَّيْنِ وَلَا شَكَّ أَنَّ دَعْوَى الْمُرْتَهَنِ إِنْ كَانَ مِثْلًا هَكَذَا أُطَالِبُهُ بِالْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ لِي عَلَيْهِ عَلَى رَهْنٍ لَهُ عِنْدِي فَلَيْسَ الْمَقْصُودُ إِلَّا
الْمَالُ ، وَذَكَرُ الرَّهْنِ زِيَادَةً إِذْ لَا يَتَوَقَّفُ بَتَوَقُّفِ ثُبُوتِ دَيْنِهِ عَلَيْهِ بِخِلَافِ دَيْنِ الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ ، وَإِنْ كَانَ هَكَذَا أُطَالِبُهُ بِإِعَادَةِ رَهْنٍ كَذَا
وَكَذَا كَانَ رَهْنُهُ عِنْدِي عَلَى كَذَا ثُمَّ غَضِبَهُ أَوْ سَرَقَهُ مِثْلًا فَلَا شَكَّ أَنَّ هَذَا دَعْوَى الْعَقْدِ فَاخْتِلَافُ الشَّاهِدَيْنِ فِي أَنَّهُ رَهْنُهُ بِالْفِ أَوْ أَلْفٍ
وَخَمْسِمِائَةٍ ، وَإِنْ كَانَ زِيَادَةً يُوجِبُ أَنْ لَا يُقْضَى بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الرَّهْنِ يَخْتَلِفُ بِهِ .

كَمَالُ

قَوْلُهُ : وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الرَّاهِنُ فَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ

أَيُّ بِشَيْءٍ أَصْلًا ؛ لِأَنَّ قَبُولَهَا بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ الدَّعْوَى وَلَمْ تَصَحَّ ؛ لِأَنَّهُ أَيُّ الرَّاهِنِ لَا حَظَّ لَهُ فِي الرَّهْنِ أَيُّ لَا يَقْدِرُ عَلَى اسْتِرْدَادِهِ مَا دَامَ
الدَّيْنُ قَائِمًا فَلَا فائدةَ لِهَذِهِ الدَّعْوَى فَلَمْ تَصَحَّ .

فَتْحُ .

قوله : وفي البجارة إن كان الخ

قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالسَّابِقَةُ الْإِجَارَةُ إِنْ كَانَ فِي أَوَّلِ الْمُدَّةِ فَهُوَ كَالْبَيْعِ بَأَنِّ ادَّعَى الْمُسْتَأْجِرُ أَوْ الْآجِرُ أَنَّهُ آجَرُهُ هَذِهِ الدَّارَ سَنَةً بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ فَشَهِدَ وَاحِدٌ كَذَلِكَ وَآخَرُ بِأَلْفٍ لَا تَثْبُتُ الْإِجَارَةُ كَالْبَيْعِ إِذْ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ لَا يُسْتَحَقُّ بَدَلٌ فَكَانَ الْمَقْصُودُ إِبْطَالَ الْعَقْدِ وَهُوَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْبَدَلِ فَلَا تَثْبُتُ الْإِجَارَةُ ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّهَا اسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ أَوْ لَمْ يَسْتَوْفِ بَعْدَ أَنْ تَسَلَّمَ ، فَإِنْ كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الْمُؤَجَّرُ فَهِيَ دَعْوَى الْمَالِ ،

فَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالْآخَرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ وَهُوَ يَدَّعِي الْأَكْثَرَ يَقْضِي بِأَلْفٍ إِذْ لَيْسَ الْمَقْصُودُ بَعْدَ الْمُدَّةِ إِلَّا الْآجِرُ ، وَإِنْ شَهِدَ الْآخَرُ بِالْفَيْنِ وَالْمُدَّعِي يَدَّعِيهِمَا لَا يَقْضِي بِشَيْءٍ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا بِأَلْفٍ ، وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الْمُسْتَأْجِرُ فَهُوَ دَعْوَى الْعَقْدِ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَرَفٌ بِمَالِ الْإِجَارَةِ فَيَقْضِي عَلَيْهِ بِمَا اعْتَرَفَ بِهِ فَلَا يُعْتَبَرُ اتِّفَاقُ الشَّاهِدَيْنِ أَوْ اخْتِلَافُهُمَا فِيهِ وَلَا يَثْبُتُ الْعَقْدُ لِلْإِجْمَاعِ قَوْلُهُ وَلَا يَقْضِي بِشَيْءٍ (أَيْ لَا يَقْضِي بِالنِّكَاحِ قَارِئُ الْهِدَايَةِ .

قوله : ولأن المال في النكاح تابع

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِلَا تَسْمِيَةِ الْمَهْرِ وَيَمْلِكُ النِّكَاحُ مَنْ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي الْمَالِ كَالْأَخِ وَالْعَمِّ ، وَقَدْ اتَّفَقَ الشَّاهِدَانِ عَلَى الْأَصْلِ وَهُوَ مِلْكُ الْبُضْعِ فَيَقْضِي بِذَلِكَ وَلَا يَنْظَرُ إِلَى الْإِخْتِلَافِ فِي النَّفْعِ وَهُوَ الْمَالُ .

أَتَّقَانِي

قوله : وما وقع فيه الاختلاف وهو المال يقضي بالأقل

لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ وَحِينَئِذٍ يُلْزَمُ بِالضَّرُورَةِ الْقَضَاءُ بِالنِّكَاحِ بِأَلْفٍ ، فَإِنَّ هَذَا الْوَجْهَ يَفْتَضِي الصَّحَّةَ بِالْأَقْلِ بِلَا تَفْصِيلٍ .

كَمَالٌ

قوله : كما في الدين

بِخِلَافِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ ثَمَّةٌ أَصْلُ كَالْمَبِيعِ وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ بِذُونِ ذِكْرِ الثَّمَنِ فَكَانَ ذَلِكَ دَعْوَى الْعَقْدِ .

أَتَّقَانِي

قوله : وأما إذا كان المدعي هو الزوج فمقصوده العقد

إذ الزوج لا يدعي عليها مالا .

فتح

قال رحمه الله (ومالك المورث لم يقض لوارثه بلا جرأاً أن يشهدا بملكه أو يده أو يد مستعيره وقت الموت) يعني إذا ثبت شيء أنه ملك المورث بأن ادعى الوارث عيناً في يد إنسان أنها ميراث أبيه وأقام شاهدين فشهدا أن هذه كانت لأبيه لا يقضى له حتى يجزأ الميراث فيقول مات وتركها ميراثاً له أو يقولاً كانت لأبيه يوم موته أو كانت في يده أو في يد من يقوم مقامه من المستعير وغيره ، والأصل فيه أن الجر شرط وهو أن يقول الشاهد مات وتركها ميراثاً له ولكن إذا ثبت ملكه أو يده عند الموت كان جرأاً ؛ لأنه أثبت ملكه أو أن الانتقال إلى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة فيكون إثباتاً للانتقال وكذا إذا أثبت يده عند الموت ؛ لأن يده إن كانت يد ملك فهو على ما بيننا ، وإن كانت يد أمانة فكذلك الحكم ؛ لأن الأيدي في الأمانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان إذا مات مجهلاً لتركة الحفظ ، والمضمون يملكه الضامن على ما عرف فيكون إثبات اليد في ذلك الوقت إثباتاً للملك ، وإثبات يد من يقوم مقامه كالمودع ، والمستعير ، والمستأجر ، والمرتهن ، والغاصب وغيرهم إثبات ليد فيعني إثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاكتمل به عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

وقال أبو يوسف رحمه الله الجر ليس بشرط بل إذا أثبت الوارث أن العين كانت للمورث يكفي ؛ لأن ملك الميت قد ثبت بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلفه عنه ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغروراً فيما

اشتراه المورث فيكون ملك الوارث عين ملك المورث مستمراً إلى هذا الوقت لا ملكاً آخر غيره كما في الحي إذا أثبت أنها كانت له يحكم له بها ولا يكلف إقامة البينة على أن ملكه ثابت في هذا الوقت وكما إذا ادعى في يد إنسان أنه اشتراها من فلان غير ذي اليد وأقام البينة على الشراء منه وأنكر ذو اليد أنها ملك البائع فأقام المشتري بينة أنها كانت له يكفي بذلك ويقضي له بها ولا يكلف إقامة البينة أنها كانت للبائع وقت البيع وهذا ؛ لأن ما ثبت فهو باق إلى أن يوجد ما يزيله لاستعناء البقاء عن دليل ولهما أن ملك الوارث متجدد ثبت له بعد إن لم يكن ثابتاً ألا ترى أنه يثبت في حقه أحكام لم تكن ثابتة في حق المورث من استبراء الجارية وحل وطئها لو كانت حراماً على المورث أو بالعكس وكذا يحل للوارث العني أكل صدقة ورثها من الفقير ، ولو لا تجدد الملك لما حل له ، فإذا كان متجدداً فلا بد من إثبات الثقل إليه وذلك بما ذكرنا من الجر لا بإثبات ملك الميت قبل الموت ؛ لأن بقاء ملكه إلى الموت يثبت باستصحاب الحال وهو حجة للإبقاء ما كان على ما كان لا لإثبات ما لم يكن وحاجتنا إليه ؛ لأن ملكية الوارث لم يكن ثابتاً قبل موت المورث فكان متجدداً ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال .

ألا ترى أن الشفع لا يستحق الشفعة بظاهر يده في الدار المسفوع بها ، وإن كان يدفع دعوى غيره به لما ذكرنا بخلاف ما إذا أثبت الحي أنها كانت له حيث يحكم له بها ؛ لأننا اعتبرنا فيه

استصحاب الحال لبقاء ما كان على ما كان وهو حجة فيه على ما بيننا وبخلاف ما إذا أقام البينة أنه اشتراها من فلان حيث لا يكلف إقامة البينة أنه كان مالكا لها وقت البيع ؛ لأن ملك المشتري مضاف إلى الشراء الثابت بالبينة لا إلى استصحاب الحال بقاء ملك البائع ؛ لأن الشراء سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق بدون إثبات الملك فيكون ثابتاً بالشراء ، وأما في الموت فتثبت للملك للوارث مضاف

إِلَى كَوْنِ الْمَالِ مِلْكُ الْمَوْرَثِ وَقَتَ الْمَوْتِ لَا إِلَى الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ لَيْسَ بِسَبَبِ مَوْضُوعٍ لِلْمِلْكِ بَلْ مَوْضُوعٌ لِإِبْطَالِهِ فَكَمْ مِنْ مَوْتٍ لَيْسَ فِيهِ إِجْبَابُ الْمِلْكِ لِأَحَدٍ أَلَّا تَرَى أَنَّ الْوَارِثَ لَوْ عَلِقَ الْعَتَقُ بِمَوْتِ مُورِثِهِ بِأَنَّ قَالَ : إِنْ مَاتَ سَيِّدُكَ فَأَنْتَ حُرٌّ لَا يَصِحُّ ، وَلَوْ كَانَ سَبَبُ الْمِلْكِ لَصَحَّ كَمَا إِذَا قَالَ لِعَبْدٍ الْغَيْرِ إِنْ اشْتَرَيْتَكَ فَأَنْتَ حُرٌّ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (، وَلَوْ شَهِدَا بِيَدٍ حَيٍّ مُنْذُ شَهْرٍ رُدَّتْ) أَيُّ إِذَا شَهِدَا شَاهِدَانِ أَنَّ هَذِهِ الْعَيْنَ كَانَتْ فِي يَدِ فُلَانٍ مُنْذُ شَهْرٍ وَهُوَ حَيٌّ رُدَّتْ الشَّهَادَةُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ مَقْصُودَةٌ كَالْمِلْكِ فَوَجِبَ أَنْ تُقْبَلَ كَمَا إِذَا شَهِدَا أَنَّهَا كَانَتْ مِلْكُهُ مُنْذُ شَهْرٍ ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمِلْكَ مَتَى ثَبَتَ يَتَقَى إِلَى أَنْ يُوجَدَ مَا يُزِيلُهُ فَكَذَا الْيَدُ وَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَا بِالْأَخْذِ مِنَ الْمُدَّعِي أَوْ بِالْإِقْرَارِ مِنْهُ بِالْيَدِ لَهُ وَلَهُمَا أَنَّ الشَّهَادَةَ قَامَتْ بِمَجْهُولٍ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ مُنْفَضِيَّةٌ وَهِيَ مُتَنَوِّعَةٌ إِلَى مِلْكٍ وَأَمَانَةٍ وَضَمَانٍ فَلَا يُمَكِّنُ الْقَضَاءُ بِالْمَجْهُولِ بِخِلَافِ الْمِلْكِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ غَيْرُ مُتَنَوِّعٍ وَبِخِلَافِ الْأَخْذِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ أَيْضًا وَحُكْمُهُ مَعْلُومٌ وَهُوَ وَجُوبُ

الرَّدِّ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تَرُدَّ } وَكَذَا الْإِقْرَارُ بِالْيَدِ مَعْلُومٌ عَلَى مَا يَجِيءُ وَلِأَنَّ يَدَ صَاحِبِ الْيَدِ مُعَايِنٌ وَيَدُ الْمُدَّعِي مَشْهُودٌ بِهِ فَلَا يُعَارِضُ الْمُتَحَقِّقُ ؛ لِأَنَّ الْعَيَانَ يُوجِبُ الْعِلْمَ ، وَالشَّهَادَةُ تُوجِبُ غَلْبَةَ الظَّنِّ فَكَانَ أَكْثَرُ إِنْبَاءًا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ أَقَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِذَلِكَ أَوْ شَهِدَا شَاهِدَانِ أَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِ الْمُدَّعِي دَفَعَ إِلَى الْمُدَّعِي) أَيُّ لَوْ أَقَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْيَدِ لِلْمُدَّعِي أَوْ شَهِدَا شَاهِدَانِ بِأَنَّهُ أَقَرَّ بِالْيَدِ لِلْمُدَّعِي مُنْذُ أَشْهُرٍ دَفَعَ ذَلِكَ إِلَى الْمُدَّعِي ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ مَعْلُومٌ فَتَصِحُّ الشَّهَادَةُ بِهِ وَجَهَالَةُ الْمُقَرِّ بِهِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ شَيْءٌ صَحَّ وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْبَيَانُ وَلَا تَصِحُّ الشَّهَادَةُ بِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

الشرح

قوله : في الممن والمملوك المورث إلخ

تَرَحَّمَ لَهُ فِي الْهِدَايَةِ بِفَصْلِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْوَارِثِ قَالَ الْأَنْقَانِيُّ لَمَّا ذَكَرَ الشَّهَادَةَ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِحَالِ الْحَيَاةِ شَرَعَ فِي الشَّهَادَةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِحَالِ الْمَمَاتِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ يَتَلَوُّ الْحَيَاةَ فَنَاسَبَ وَضَعُ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْمَوْتِ عَقِيبَ ذَلِكَ .

قوله : في الممن لم يقض لوارثه بلا جر

أَيُّ مِنَ الشُّهُودِ بِأَنَّهُ يَجْرَأُ الْمِيرَاثَ فَيَقُولُوا مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ ع

قوله في الممن إلّا أن يشهدا بملكه

مِنْ هُنَا إِلَى قَوْلِهِ فِي بَابِ الْوَكَالَةِ فَتَعَيَّنَ الْبِرُّ لِلدَّخَارِ عِنْدَ قَوْلِهِ وَبِشْرَاءِ طَعَامٍ مَخْرُومٍ مِنْ نُسخَةِ الشَّارِحِ رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله : في المَتن أو يده أو يد مُستعيره

كَذَا هُنَا وَالَّذِي شَرَحَ عَلَيْهِ الْعَيْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَا بِمِلْكِهِ أَوْ يَدِهِ أَوْ يَدِ مُودِعِهِ أَوْ يَدِ مُسْتَعِيرِهِ .

قوله : وكذا إذا أثبت يده عند الموت

؛ لِأَنَّ الْيَدَ ، وَإِنْ تَنَوَّعَتْ إِلَى يَدِ غَضَبٍ وَأَمَانَةٍ وَمِلْكٍ ، فَإِنَّهَا عِنْدَ الْمَوْتِ مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ تَصِيرُ يَدَ مِلْكٍ لِمَا عُرِفَ أَنَّ كُلًّا مِنَ الْغَاصِبِ وَالْمُودِعِ إِذَا مَاتَ مُحْجِلًا يَصِيرُ الْمَعْصُوبُ الْوَدِيعَةُ مِلْكَهُ لِصِرُّورَتِهِ مَضْمُونًا عَلَيْهِ شَرْعًا وَلَا يَجْتَمِعُ الْبَدَلَانِ فِي مِلْكٍ مَالِكِ الْوَدِيعَةِ وَالْمَعْصُوبِ مِنْهُ .

فَتَحَّ

قوله وَيَصِيرُ مَغْرُورًا

أَيِّ فِيمَا كَانَ الْمَوْرَثُ مَغْرُورًا فِيهِ .

كَافِي

قوله : أو بالعكس

أَيِّ بِأَنْ كَانَتْ مَوْطُوعَةً الْمَيِّتِ أَوْ مَوْطُوعَةً وَارِثِهِ .

قوله : وذلك بما ذكرنا من الحر

أَيِّ الصُّورِيِّ أَوْ الْمَعْنَوِيِّ .

عَيْنِي

قوله : لا إلى الموت

أَيِّ لَيْسَ بِمُضَافٍ إِلَى الْمَوْتِ .

قوله : في المتن ولو شهدا بيد حي الخ

قَيَّدَ بِالْحَيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا إِذَا شَهِدَا الْمَيِّتَ

أَنَّهُمَا كَانَتْ فِي يَدِهِ وَقَتَ الْمَوْتِ تُقْبَلُ اتِّفَاقًا .

عَيْنِي وَقَدْ تَقَدَّمَ وَتَقَدَّمَ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنفًا

قوله : رُدَّتْ

فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ خِلَافًا لِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ .

غَايَةُ (قَوْلِهِ : لِأَنَّ الْيَدَ مُنْقَضِيَّةً) أَي زَائِلَةٌ فِي الْحَالِ وَلَيْسَتْ بِقَائِمَةٍ حَتَّى تُحْمَلَ عَلَى الْمَلِكِ بِاعْتِبَارِ الظَّاهِرِ قَارِئُ الْهِدَايَةِ

قوله : فلما يمكن القضاء بالمجهول

فَلَمْ يَجِبِ الرَّدُّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ الرَّدُّ مِنْ وَجْهِ لَا يَجِبُ مِنْ وَجْهَيْنِ فَلَا يَجِبُ بِالشَّكِّ قَارِئُ الْهِدَايَةِ

قوله : في المتن ولو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان في يد المدعى دفع إلى المدعى

قَالَ الْكَمَالُ يُعْنِي لَوْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالذَّارِ الَّتِي فِي يَدِهِ هَذِهِ الدَّارُ كَانَتْ فِي يَدِ الْمُدَّعِي دُفِعَتْ لِلْمُدَّعِي ، وَإِنْ كَانَتْ الْيَدُ مُتَنَوِّعَةً ؛ لِأَنَّ حَاصِلَ ذَلِكَ جَهَالَةٌ فِي الْمُقَرَّبِ بِهِ وَهِيَ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ بَلْ يَصِحُّ وَيُلْزَمُهُ الْبَيَانُ ، فَإِنَّهُ لَوْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ شَيْءٌ صَحَّ وَيُجْبَرُ عَلَى الْبَيَانِ وَكَذَا لَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَقَرَّ بِأَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ الْمُدَّعِي تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ الْإِقْرَارُ وَهُوَ مَعْلُومٌ ، وَإِنَّمَا الْجَهَالَةُ فِي الْمُقَرَّبِ بِهِ وَهِيَ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَضَاءِ كَمَا لَوْ ادَّعَى عَشْرَةَ دَرَاهِمَ فَشَهِدَ عَلَى إِقْرَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ شَيْئًا جَارَتْ وَيُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ .

باب الشهادة على الشهادة

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (تُقْبَلُ فِيمَا لَا يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ إِنْ شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ) أَي تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ بِشَرْطِ أَنْ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ عَلَى شَهَادَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَصْلَيْنِ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ ، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عِبَادَةٌ بَدَنِيَّةٌ وَجَبَتْ عَلَى شَاهِدِ الْأَصْلِ وَلَيْسَتْ بِحَقٍّ لِلْمَشْهُودِ لَهُ بِذَلِيلٍ أَنَّهُ لَا تَجُوزُ الْخُصُومَةُ فِيهَا ، وَالْإِجْبَارُ عَلَيْهَا ، وَالنِّيَاةُ لَا تَجْرِي فِي الْعِبَادَةِ الْبَدَنِيَّةِ وَلِأَنَّ فِيهَا زِيَادَةَ احْتِمَالٍ ؛ لِأَنَّ الْاحْتِمَالَ فِيهَا فِي مَوَاضِعَيْنِ فِي الْأَصُولِ وَفِي الْفُرُوعِ وَفِيهِ شُبْهَةٌ مِنْ حَيْثُ الْبَدَلِيَّةُ وَلِهَذَا لَا يُصَارُ إِلَى الْفُرُوعِ إِلَّا عِنْدَ الْعَجْزِ عَنْ الْأَصُولِ وَجْهُ اسْتِحْسَانِ أَنَّ الْحَاجَةَ مَاسَّةٌ إِلَيْهَا إِذْ شَهِدَ الْأَصْلُ قَدْ يَعْجُزُ عَنْ آدَاءِ الشَّهَادَةِ لِمَوْتٍ أَوْ مَرَضٍ أَوْ بُعْدٍ مَسَافَةٍ فَلَوْ لَمْ تَجُزْ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ أَدَّى إِلَى إِثْوَاءِ الْحُقُوقِ وَلِهَذَا جُوزَ الشَّهَادَةُ عَلَى شَهَادَةِ الْفُرُوعِ وَعَلَى شَهَادَةِ فُرُوعِ الْفُرُوعِ إِلَى غَيْرِ نَهَايَةٍ فَصَارَ كَكِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي

باب الشهادة على الشهادة

لَمَّا فَرَعَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ شَهَادَةِ الْأَصُولِ شَرَعَ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ شَهَادَةِ الْفُرُوعِ .

فَتَحَّ قَوْلُهُ شَرَعَ فِي بَيَانِ إِنْخِ إِذْ الْأَصْلُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْفَرْعِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ فِي خِزَانَةِ الْفَقْهِ حَمْسَةَ أَشْيَاءَ لَا تُقْبَلُ فِيهَا الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَحُدُّ الزَّنا وَالسَّرْقَةُ وَالْقَصَاصُ وَالْقَذْفُ وَحُدُّ شُرْبِ الْخَمْرِ ، وَقَالَ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْكِفَالَةِ مِنَ الْأَجْنَاسِ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي نَوَادِرِ مُحَمَّدِ بْنِ رُسْتَمٍ يَجُوزُ فِي التَّعْزِيرِ الْعَفْوُ وَالشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ أَنْقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله : وَجَبَتْ عَلَى شَاهِدِ الْأَصْلِ

فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقِيمَ غَيْرُهُ مَقَامَهُ كَالصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ وَسَائِرِ الْعِبَادَاتِ .

غَايَةُ

قوله : وَلِأَنَّ فِيهَا زِيَادَةَ احْتِمَالٍ

يَعْنِي تَهْمَةَ الْكَذِبِ فِي الْأَصُولِ وَالْفُرُوعِ لِعَدَمِ عَصَمَتِهِمْ كَمَا ذَكَرْنَا ، وَفِي الْفُرُوعِ تَهْمَةٌ زَائِدَةٌ وَهِيَ تَهْمَةُ عَدَمِ السَّمَاعِ مِنَ الْأَصُولِ قَارِئُ الْهَدَايَةِ

قوله : وَفِيهِ شُبُهَةٌ مِنْ حَيْثُ الْبَدَلِيَّةُ

؛ لِأَنَّهَا قَائِمَةٌ مَقَامَ شَهَادَةِ الْأَصْلِ .

قَوْلُهُ فِيمَا لَا يَسْقُطُ بِالشُّبُهَةِ احْتِرَازٌ عَنِ الْحُدُودِ وَالْقَصَاصِ ؛ لِأَنَّهُمَا يَسْقُطَانِ بِالشُّبُهَةِ وَفِيهَا شُبُهَةٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فَلَا يَثْبُتَانِ بِهَا كَمَا لَا يَثْبُتَانِ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ لِمَا فِيهَا مِنْ شُبُهَةِ الْبَدَلِيَّةِ بَلْ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ حَقِيقَةَ الْبَدَلِيَّةِ وَيَدْخُلُ تَحْتَهُ جَمِيعُ الْحُقُوقِ وَذَكَرَ النَّاطِقِيُّ أَنَّهَا لَا تَجُوزُ فِي الْوَقْفِ ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا تَجُوزُ فِيهِ إِحْيَاءٌ لَهُ وَصَوْنًا عَنْ انْدِرَاسِهِ وَقَوْلُهُ إِنَّ شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ يَعْنِي إِنْ شَهِدَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّاهِدَيْنِ رَجُلَانِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّاهِدَيْنِ قَضِيَّةٌ مِنَ الْقَضَايَا فَلَا بُدَّ مِنْ تَمَامِ النَّصَابِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِيُثْبِتَ عِنْدَ الْحَاكِمِ وَلَا يُشْتَرَطُ تَغَايُرُ الْفُرُوعِ حَتَّى لَوْ أَشْهَدَ أَحَدُهُمَا عَلَى شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ وَأَشْهَدَهُمَا الْآخَرُ بَعَيْنَهُمَا جَازَ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ حَتَّى يَشْهَدَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَجُلَانِ غَيْرُ اللَّذَيْنِ أَشْهَدَهُمَا صَاحِبَهُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ شَاهِدَيْنِ قَائِمَانِ مَقَامَ أَصْلٍ وَاحِدٍ فَلَا يَتِمُّ حُجَّةٌ لِلْقَضَاءِ بِهِمَا كَالْمَرَاتَيْنِ لَمَّا قَامَتَا مَقَامَ رَجُلٍ لَا تَتِمُّ الْحُجَّةُ بِشَهَادَتِهِمَا وَلِأَنَّ الْفَرْعَ لَمَّا تَحَمَّلَ الشَّهَادَةَ صَارَ شَاهِدًا أَوْ لَيْسَ

لِلشَّاهِدِ أَنْ يُشْهِدَ عَلَى تِلْكَ الشَّهَادَةِ غَيْرُهُ أَلَّا تَرَى أَنَّ أَحَدَ الْأَصْلَيْنِ لَمَّا كَانَ شَاهِدًا لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُشْهِدَهُ صَاحِبُهُ عَلَى شَهَادَتِهِ مَعَ رَجُلٍ آخَرَ .

وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَجُوزُ شَهَادَةُ الْوَاحِدِ عَلَى شَهَادَةِ الْوَاحِدِ ؛ لِأَنَّ الْفَرَعَ قَائِمٌ مَقَامَ الْأَصْلِ مُعَبَّرٌ عَنْهُ بِمَنْزِلَةِ رَسُولِهِ فِي إِصْصَالِ شَهَادَتِهِ إِلَى مَجْلِسِ الْقَاضِي فَكَأَنَّهُ حَاضِرٌ وَشَهِدَ بِنَفْسِهِ وَاعْتَبِرَ هَذَا بِرَوَايَةِ الْإِخْبَارِ ، فَإِنَّ رَوَايَةَ الْوَاحِدِ عَنِ الْوَاحِدِ مَقْبُولَةٌ ، وَلَنَا قَوْلٌ عَلَى رَضِي

اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ لَا يَجُوزُ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِأَنْ يَكُونَ بِيَزَاءِ كُلِّ أَصْلٍ فَرَعَانِ وَلِأَنَّ شَهَادَةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَصْلَيْنِ حَقٌّ مِنْ جُمْلَةِ الْحُقُوقِ ، وَالْحَقُّ عِنْدَ الْقَاضِي لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِحُجَّةٍ تَامَةٍ ؛ لِأَنَّهَا مُلْزِمَةٌ لِلْقَاضِي الْقَضَاءُ فَلَا بُدَّ مِنَ النَّصَابِ ، فَإِذَا تَمَّ وَشَهِدَا عَلَى شَهَادَةِ أَحَدِهِمَا جَازَ أَنْ يُشْهِدَا عَلَى الْآخَرِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَيْنِ يَجُوزُ لَهُمَا أَنْ يُشْهِدَا عَلَى قَضِيَّاتٍ كَثِيرَةٍ بِخِلَافِ امْرَأَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ النَّصَابَ لَمْ يَتِمَّ بِهِمَا وَشَطْرُ الْعَلَّةِ لَمْ يَثْبُتْ بِهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْمَرَأَتَيْنِ كَرَجُلٍ وَاحِدٍ وَبِخِلَافِ مَا إِذَا شَهِدَ أَحَدُ الْأَصْلَيْنِ عَلَى صَاحِبِهِ مَعَ رَجُلٍ آخَرَ ؛ لِأَنَّ شَاهِدَ الْأَصْلِ يَعْلَمُ الْحَادِثَةَ يَقِينًا فَلَا يَسْتَفِيدُ بِإِشْهَادِ صَاحِبِهِ إِيَّاهُ شَيْئًا وَلِأَنَّ مَعْنَى الْأَصَالَةِ يَقْتَضِي مُشَاهَدَةَ الْحَقِّ وَمَعْنَى الْفَرَعِيَّةِ يَقْتَضِي عَدَمَ الْمُشَاهَدَةِ فَيَتَنَافَيَانِ فَلَا يَجُوزُ وَلِأَنَّ الْفَرَعَ بَدَلٌ عَنِ الْأَصْلِ فَلَا يَتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ الشَّخْصُ الْوَاحِدُ بَدَلًا وَأَصْلًا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ وَلِأَنَّ شَاهِدَ الْأَصْلِ يَثْبُتُ نِصْفُ الْحَقِّ ، وَالْفَرَعَانِ نِصْفُهُ .

وَلَوْ جَازَتْ شَهَادَتُهُ عَلَى شَهَادَةِ صَاحِبِهِ لَأَثْبَتَ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْحَقِّ وَلَا نَظِيرَ لَهُ فِي الشَّرْعِ وَلَا يُقَالُ لَوْ كَانَ الْفَرَعُ بَدَلًا لَمَّا جَازَ أَنْ يُشْهِدَا مَعَ أَحَدِ الْأَصْلَيْنِ إِذْ لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْبَدَلِ ، وَالْمُبْدَلِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ لَمْ يَجْمَعْ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْفَرَعَيْنِ لَيْسَا بِبَدَلٍ عَنِ الَّذِي شَهِدَ مَعَهُمَا بَلْ عَنِ الَّذِي لَمْ يَحْضَرْ وَقَوْلُهُ : إِنْ شَهِدَ رَجُلَانِ وَقَعَ اتَّفَاقًا ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُشْهِدَ عَلَى الشَّهَادَةِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ لِتَمَامِ النَّصَابِ وَكَذَا لَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمَشْهُودُ عَلَى شَهَادَتِهِ رَجُلًا ؛ لِأَنَّ لِلْمَرْأَةِ أَيْضًا أَنْ تُشْهِدَ عَلَى

شَهَادَتَيْهَا رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ وَيُشْتَرَطُ أَنْ يُشْهِدَ عَلَى شَهَادَةِ كُلِّ امْرَأَةٍ نِصَابُ الشَّهَادَةِ لِمَا بَيَّنَّا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ وَاحِدٍ) أَيْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ وَاحِدٍ عَلَى شَهَادَةِ وَاحِدٍ وَقَدْ بَيَّنَّا وَبَيَّنَّا الْخِلَافَ فِيهِ

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ : وَقَوْلُهُ فِيمَا لَا يَسْفُطُ بِالشُّبْهَةِ احْتِرَازٌ عَنِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ

وَيَقُولُنَا هَذَا قَالَ أَحْمَدُ وَالشَّافِعِيُّ فِي قَوْلٍ وَأَصَحُّ قَوْلِيهِ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ تُقْبَلُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْفُرُوعَ عُدُولُ نَقَلُوا شَهَادَةَ الْأَصُولِ فَالْحُكْمُ بِشَهَادَةِ الْأَصُولِ لَا بِشَهَادَتِهِمْ وَصَارُوا كَالْمُتَرَجِّمِ وَسَيَنْدَفِعُ .

فَتَحُّ

قوله : وَيَدْخُلُ تَحْتَهُ

أَيَّ يَدْخُلُ تَحْتَ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ تُقْبَلُ الْخُ جَمِيعُ الْحُقُوقِ .

قوله : وَقَالَ مَالِكٌ الْخُ

فِي هَذَا التَّقْلِ عَنْ مَالِكٍ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ شَهَادَةُ وَاحِدٍ عَلَى وَاحِدٍ .

أَثَقَانِي وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَثَقَانِي قَالَ مَالِكٌ وَتَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي الْحُدُودِ وَالْحُقُوقِ كُلِّهَا وَذَلِكَ أَنْ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ عَلَى شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ يَشْهَدَانِ جَمِيعًا عَلَى شَهَادَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّاهِدَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَشْهَدَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى شَهَادَةِ وَاحِدٍ مِنَ الشَّاهِدَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ وَالشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي الزَّنَا جَائِزَةٌ وَذَلِكَ أَنْ يَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى شَهَادَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ شُهُودِ الْأَصْلِ الْأَرْبَعَةِ إِلَى هُنَا لَفْظُ كِتَابِ التَّفْرِيعِ لِأَصْحَابِ مَالِكٍ وَقَالَ الْأَثَقَانِي عِنْدَ قَوْلِهِ فِي الْهِدَايَةِ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ وَاحِدٍ عَلَى وَاحِدٍ وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى وَأَحْمَدُ وَالْأَوَزَاعِيُّ يَجُوزُ كَذَا فِي شَرْحِ الْأَقْطَعِ

قوله : وَلَنَا قَوْلُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَا يَجُوزُ الْخُ

قَالَ الْأَثَقَانِي وَجْهَ الاسْتِدْلَالِ أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حَوَّزَ شَهَادَةَ الرَّجُلَيْنِ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ وَلَمْ يَنْفِ شَهَادَتَهُمَا عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ آخَرَ وَلَمْ يَشْتَرِطْ أَنْ يَكُونَ بِلِزَاءِ كُلِّ أَصْلٍ فَرْعَانِ عَلَى حِدَةٍ فَدَلَّ إِطْلَافُهُ عَلَى جَوَازِ شَهَادَةِ الْفَرْعَيْنِ جَمِيعًا عَلَى شَهَادَةِ الْأَصْلَيْنِ وَلَمْ يُرَوْ عَنْ غَيْرِ عَلِيٍّ

خِلَافُهُ فَحَلَّ مَحَلَّ الْجَمَاعِ .

أَثَقَانِي قَوْلُهُ : وَقَدْ بَيَّنَّاهُ وَبَيَّنَّا الْخِلَافَ فِيهِ (وَهُوَ أَنَّ عِنْدَ مَالِكٍ تُقْبَلُ شَهَادَةُ وَاحِدٍ عَلَى وَاحِدٍ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْإِشْهَادُ أَنْ يَقُولَ أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي أَنِّي أَشْهَدُ أَنْ فُلَانًا أَقَرَّ عِنْدِي بِكَذَا) وَهَذَا صِفَةُ الْإِشْهَادِ وَلَا بُدَّ مِنْهُ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ؛ لِأَنَّهُ كَالثَّائِبِ عَنْهُ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّحْمِيلِ ، وَالتَّوَكُّيلِ وَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَشْهَدَ عَنْهُ كَمَا يَشْهَدُ عِنْدَ الْقَاضِي لِنَقْلِهِ إِلَى مَجْلِسِ الْقَضَاءِ وَيَحْصُلُ ذَلِكَ بِمَا ذَكَرَ هُنَا وَيَقُولُ لَهُ عِنْدَ التَّحْمِيلِ أَشْهَدُنِي عَلَى نَفْسِهِ إِنْ شَاءَ وَلَيْسَ بِلِزَامٍ ؛ لِأَنَّ مَنْ عَايَنَ الْحَقَّ حَلَّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْهُ عَلَى نَفْسِهِ ، وَلَوْ قَالَ : أَشْهَدُ أَنِّي سَمِعْتُ فُلَانًا يَقْرَأُ لِفُلَانٍ بِكَذَا فَاشْهَدُ أَنْتَ عَلَى شَهَادَتِي بِذَلِكَ أَوْ قَالَ : أَشْهَدُ أَنْ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ كَذَا فَاشْهَدُ أَنْتَ عَلَى شَهَادَتِي بِذَلِكَ جَازَ لِحَصُولِ الْمَقْصُودِ بِهِ وَلَا يَقُولُ : أَشْهَدُ عَلَى بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَفْظٌ مُحْتَمِلٌ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْإِشْهَادُ عَلَى نَفْسِ الْحَقِّ الْمَشْهُودِ بِهِ فَيَكُونُ أَمْرًا بِالْكَذِبِ وَكَذَا لَا يَقُولُ أَشْهَدُ بِشَهَادَتِي ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَمْرًا بِأَنْ يَشْهَدَ بِمِثْلِ شَهَادَتِهِ فَيَكُونُ أَمْرًا لَهُ بِأَنْ يَشْهَدَ عَلَى أَصْلِ الْحَقِّ وَهُوَ كَذِبٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَأَدَاءُ الْفَرْعِ أَنْ يَقُولَ أَشْهَدُ أَنْ فُلَانًا أَشْهَدَنِي عَلَى شَهَادَتِهِ أَنْ فُلَانًا أَقَرَّ عِنْدَهُ بِكَذَا وَقَالَ لِي أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي بِذَلِكَ) وَهَذَا صِفَةُ آدَاءِ الْفَرْعِ عِنْدَ الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ شَهَادَتِهِ وَذِكْرِ شَهَادَةِ الْأَصْلِ وَذِكْرِ التَّحْمِيلِ ، وَالْجُمْلَةُ تَحْصُلُ بِذَلِكَ وَلَهُ لَفْظُ أَطْوَلُ مِنْهُ وَأَقْصَرُ كُلًّا طَرَفِي الْأُمُورِ ذَمِيمٌ وَأَوْسَطُهَا صَمِيمٌ فَالْأَطْوَلُ مِنْهُ أَنْ يَقُولَ : أَشْهَدُ أَنْ فُلَانًا أَشْهَدَنِي عَلَى شَهَادَتِهِ أَنَّهُ شَهِدَ أَنَّ فُلَانًا بَنَ فُلَانًا أَقَرَّ عِنْدَهُ وَأَشْهَدُهُ عَلَى نَفْسِهِ أَنْ لِفُلَانِ ابْنِ فُلَانٍ عَلَيْهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَقَالَ لِي أَشْهَدُ

عَلَى شَهَادَتِي أَنِّي أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا بَنَ فُلَانًا أَقَرَّ عِنْدِي لِفُلَانٍ بِكَذَا فَفِيهِ ثَمَانِ شَيْنَاتٍ أَوْ يَقُولُ : أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا شَهِدَ عِنْدِي بِكَذَا وَأَشْهَدَنِي عَلَى شَهَادَتِهِ بِذَلِكَ وَأَنَا أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِهِ بِذَلِكَ فَيَذْكُرُ فِيهِ سِتَّ شَيْنَاتٍ وَمَا ذَكَرَهُ فِي الْمَتْنِ فِيهِ خَمْسُ شَيْنَاتٍ ، وَالْأَقْصَرُ مِنْهُ أَنْ يَقُولَ : أَمَرَنِي فُلَانٌ أَنْ أَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ كَذَا وَأَنَا أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِهِ بِذَلِكَ فَيَذْكُرُ فِيهِ أَرْبَعَ شَيْنَاتٍ أَوْ يَقُولُ : أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَةِ فُلَانٍ بِكَذَا فَيَذْكُرُ فِيهِ شَيْنَيْنِ لَا غَيْرَ ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي السِّيَرِ الْكَبِيرِ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْفَقِيهِ أَبِي الْلَيْثِ وَأَبِي جَعْفَرٍ وَشَمْسِ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ وَهُوَ أَسْهَلُ وَأَيْسَرُ وَأَقْصَرُ وَرَوِي أَنَّ أَبَا جَعْفَرٍ كَانَ يُخَالِفُهُ فِيهِ عُلَمَاءُ عَصْرِهِ فَأَخْرَجَ لَهُمُ الرِّوَايَةَ مِنَ السِّيَرِ فَانْقَادُوا لَهُ . قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا شَهَادَةَ لِلْفَرْعِ إِلَّا بِمَوْتِ أَصْلِهِ أَوْ مَرَضِهِ أَوْ سَفَرِهِ) ؛ لِأَنَّ جَوَازَهَا لِلْحَاجَةِ عِنْدَ عَجْزِ الْأَصْلِ ، وَالْعَجْزُ يَتَحَقَّقُ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ ، وَالْمُرَادُ بِالْمَرَضِ مَا لَا يَسْتَطِيعُ الْحُضُورَ مَعَهُ إِلَى مَجْلِسِ الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّ آدَاءَ الشَّهَادَةِ فَرَضٌ فَلَا يَسْقُطُ إِلَّا بِالْعَجْزِ ، فَإِذَا سَقَطَ جَازَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ غَيْرَهُ كَيْ لَا يُتَوَى حَقُّهُ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ تَكْلِيفَ مَا لَا يُطَاقُ غَيْرُ جَائِزٍ وَأَمْرُ الْقَاضِي بِالْحُضُورِ إِلَى مَوْضِعِ الْمَرِيضِ شَنِيعٌ وَلِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الْحَرَجِ وَرُبَّمَا لَا يَتَفَرَّغُ لِلْفُعُودِ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ عِنْدَ كَثْرَةِ الْأَمْرَاضِ ، وَالْحَرَجُ مَدْفُوعٌ ، وَالسَّفَرُ عُدْرٌ ظَاهِرٌ أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَعَلَّقَتْ بِهِ أَحْكَامٌ جَمَّةٌ مِنْ قَصْرِ الصَّلَاةِ ، وَالْفِطْرِ فِي الصَّوْمِ وَامْتِدَادِ مَدَّةِ الْمَسْحِ وَسُقُوطِ الْجُمُعَةِ ، وَالْأُضْحِيَّةِ وَحُرْمَةِ خُرُوجِ الْمَرْأَةِ مِنْ غَيْرِ مُحَرَّمٍ أَوْ زَوْجٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ

الْأَحْكَامِ فَكَذَا هَذَا الْحُكْمُ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ فِي مَكَانٍ لَوْ غَدَا لَأَدَاءُ الشَّهَادَةِ لَا يَقْدِرُ أَنْ يَبِيتَ فِي مَنْزِلِهِ جَازَ الْإِشْهَادُ إِحْيَاءَ لِحُقُوقِ النَّاسِ ، وَالْأَوَّلُ أَحْسَنُ ؛ لِأَنَّ الْعُدْرَ يَتَحَقَّقُ بِذَلِكَ كَمَا فِي سَائِرِ الْأَحْكَامِ ، وَالثَّانِي وَهُوَ مَا رَوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَرْفَقُ ؛ لِأَنَّ إِحْيَاءَ الْحُقُوقِ وَاجِبٌ مَا أَمَكْنَ ، وَالشَّاهِدُ أَيْضًا مُحْتَسِبٌ فَلَا يُكَلِّفُ مَا فِيهِ حَرَجٌ وَفِي الْبَيِّنَاتِ فِي غَيْرِ أَهْلِهِ حَرَجٌ عَظِيمٌ فَيَجُوزُ الْإِشْهَادُ عَلَى شَهَادَتِهِ دَفْعًا لِلْحَرَجِ عَنْهُ وَإِحْيَاءَ لِحُقُوقِ النَّاسِ وَأَخَذَ كَثِيرٌ مِنَ الْمَشَايخِ بِهَذِهِ الرِّوَايَةِ وَرَوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهَا تَجُوزُ كَيْفَمَا كَانَ حَتَّى رَوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ الْأَصْلُ فِي زَاوِيَةِ الْمَسْجِدِ فَشَهِدَ الْفُرُوعُ عَلَى شَهَادَتِهِ فِي زَاوِيَةِ أُخْرَى مِنْ ذَلِكَ الْمَسْجِدِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ وَقَالَ فِي النَّهَايَةِ .

ذَكَرَ شَمْسُ الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ وَالْقَاضِي الْإِمَامُ عَلِيُّ السُّعْدِيُّ فِي شَرْحِ أَدَبِ الْقَاضِي لِلْخَصَّافِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ إِذَا شَهِدَ الْفُرُوعُ عَلَى شَهَادَةِ الْأَصُولِ ، وَالْأَصُولُ فِي الْمَصْرِ يَجِبُ أَنْ يَجُوزَ عَلَى قَوْلِهِمَا وَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّوَكُّيلَ بَعِيرٌ رِضًا الْخَصْمُ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ وَحْدَهُ الْبِنَاءُ أَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَا يَمْلِكُ إِنَابَةَ غَيْرِهِ مَتَابَ نَفْسِهِ فِي الْجَوَابِ إِلَّا بَعْدُ فَكَذَا لَا يَمْلِكُ الْأَصْلُ إِنَابَةَ غَيْرِهِ مَتَابَ نَفْسِهِ فِي الشَّهَادَةِ إِلَّا بَعْدُ ، وَالْجَامِعُ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْجَوَابِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ كَاسْتِحْقَاقِ الْحُضُورِ عَلَى الشُّهُودِ وَعِنْدَهُمَا لَمَّا مَلَكَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِنَابَةَ غَيْرِهِ مَتَابَ نَفْسِهِ فِي الْجَوَابِ مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ فَكَذَا فِي الْحُضُورِ إِلَى مَجْلِسِ الْحَاكِمِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ عَدَّلَهُمُ الْفُرُوعُ صَحَّ) ؛ لِأَنَّ

الْفُرُوعَ مِنْ أَهْلِ التَّرَكِّيَةِ فَصَحَّ تَعْدِيلُهُمْ شُهُودَ الْأَصْلِ وَكَذَا إِذَا عَدَّلَ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ صَاحِبَهُ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَا تُهْمَةُ فِيهِ بِتَنْفِيذِ شَهَادَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَدْلَ لَا يَفْعَلُ ذَلِكَ ، وَلَوْ أَنَّهُمْ بِمِثْلِهِ لَأُتِّهِمَ فِي شَهَادَتِهِ عَلَى نَفْسِ الْحَقِّ وَكَانَ يَسُدُّ بَابَ الشَّهَادَةِ وَهُوَ مَفْتُوحٌ وَكَيْفَ يَتَّهِمُ بِهِ وَشَهَادَتُهُ لَمْ تُرَدِّ بِرَدِّ شَهَادَةِ صَاحِبِهِ بَلْ تُقْبَلُ بِضَمٍّ آخَرَ مَعَهُ ، وَإِنْ اتَّفَقَ الرَّدُّ فَهِيَ إِنَّمَا تُرَدُّ لِعَدَمِ كَمَالِ النَّصَابِ ، وَذَلِكَ لَا يَضُرُّهُ وَقِيلَ لَا يَقْبَلُ تَعْدِيلَ

صَاحِبِهِ لِلتَّهْمَةِ ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْعَدْلَ لَا يُتَّهَمُ بِمِثْلِهِ .
 قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِلَّا عُدُّوا) أَيِ إِنْ لَمْ يُعَدِّلْهُمْ الْفُرُوعُ عُدُّوا بِسُؤَالِ غَيْرِ الْفُرُوعِ عَنِ الْأُصُولِ ؛ لِأَنَّ الْمَأْخُوذَ عَلَى الْفُرُوعِ التَّقْلُ دُونَ
 التَّعْدِيلِ وَلِأَنَّهُ قَدْ يَخْفَى عَلَيْهِمْ ، فَإِذَا نَقَلُوا شَهَادَتَهُمْ يَتَعَرَّفُ الْقَاضِي عَدَالَتَهُمْ كَمَا إِذَا حَضَرُوا بِأَنْفُسِهِمْ وَشَهِدُوا عِنْدَهُ وَهَذَا قَوْلُ أَبِي
 يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ : لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُمْ يَنْقُلُونَ الشَّهَادَةَ وَلَا شَهَادَةَ بِدُونِ الْعَدَالَةِ فَحَاصِلُهُ أَنَّ الْقَاضِي إِنْ كَانَ يَعْرِفُ
 الْفُرُوعَ ، وَالْأُصُولَ بِالْعَدَالَةِ قَضَى بِشَهَادَتِهِمْ ، وَإِنْ عَرَفَ أَحَدَ الْفَرِيقَيْنِ بِالْعَدَالَةِ دُونَ الْآخَرِ سَأَلَ عَنِ الَّذِي لَمْ يَعْرِفْهُمْ بِهَا ، فَإِنْ عَدَلَ
 الْأُصُولُ الْفُرُوعَ أَوْ بِالْعَكْسِ جَازَ وَقَالَ فِي التَّهْيِئَةِ فِي غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا تُثَبَّتُ عَدَالَةُ الْأُصُولِ بِتَعْدِيلِ الْفُرُوعِ ، وَالصَّحِيحُ
 ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَقُولَ الْفُرُوعُ لِلْقَاضِي لَا نَعْرِفُ حَالَهُمْ أَوْ لَا نُخْبِرُكَ بِحَالِهِمْ

الشرح

قوله في المتن : والشهاد

أَيِ إِشْهَادٍ شَهِدَ الْأَصْلُ شَهِدَ الْفَرْعُ .

فتح

قوله : ؛ لئله كالتائب إلخ

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ قَوْلُهُ : لِأَنَّ الْفَرْعَ كَالتَّائِبِ عَنْهُ وَلَا شَكَّ أَنَّ الْفَرْعَ قَائِمٌ مَقَامَ الْأَصْلِ وَنَائِبٌ عَنْهُ وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ نَائِبٌ عَنْهُ فَقِيلَ فِي
 تَأْوِيلِ قَوْلِهِ كَالتَّائِبِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِشَهَادَةِ أَصْلٍ وَاحِدٍ وَفَرَعَيْنِ عَنْ أَصْلٍ آخَرَ وَلَوْ كَانَ الْفَرْعُ نَائِبًا حَقِيقَةً لَمَا جَازَ الْجَمْعُ
 بَيْنَ الْأَصْلِ وَالْخَلْفِ كَمَا لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْوُضْوءِ وَالتَّيْمُمِ .

قوله : ولا بد من أن يشهد

أَيِ شَهِدَ الْأَصْلُ عِنْدَ الْفَرْعِ .

قوله : لينقله

أَيِ لِيَنْقُلَ الْفَرْعُ شَهَادَةَ الْأَصْلِ
 (فَرْعٌ) قَالَ فِي الْفَتَاوَى الصُّغْرَى شُهُودُ الْفَرْعِ يَجِبُ أَنْ يَذْكُرُوا أَسْمَاءَ الْأُصُولِ وَأَسْمَاءَ آبَائِهِمْ وَأَجْدَادِهِمْ حَتَّى لَوْ قَالُوا لِلْقَاضِي نَشْهَدُ

أَنَّ رَجُلَيْنِ نَعَرِفُهُمَا أَشْهَدَانَا عَلَى شَهَادَتَيْهِمَا يَشْهَدَانِ بِكَذَا أَوْ قَالُوا لِلْقَاضِي : لَا تُسَمِّيهِمَا لَكَ أَوْ قَالَا لَا نَعْرِفُ أَسْمَاءَهُمَا لَمْ تُقْبَلْ حَتَّى يُسَمِّيَا ؛ لِأَنَّهُمَا تَحَمَّلَا مُجَازَفَةً لَا عَنْ مَعْرِفَةِ اثْنَانِي

قَوْلُهُ وَلَهُ لَفْظُ أَطْوَلُ مِنْهُ وَأَقْصَرُ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَلَهَا قَوْلُ أَطْوَلُ مِنْ هَذَا وَأَقْصَرُ مِنْهُ وَخَيْرُ الْأُمُورِ أَوْسَطُهَا قَالَ الْإِثْقَانِيُّ أَيُّ لَشَهَادَةِ الْفَرْعِ عِنْدَ الْأَدَاءِ لَفْظُ أَطْوَلُ مِنَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ وَهُوَ كَمَا قَالَ الْخَصَّافُ وَلَفْظُ أَقْصَرُ مِنْهُ كَمَا ذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو نَصْرِ .

قَوْلُهُ فِي الشَّعْرِ وَأَوْسَطُهَا حَمِيمٌ

فِي نُسْخَةِ صَمِيمٍ

قَوْلُهُ : فَالْأَطْوَلُ مِنْهُ أَنْ يَقُولَ الْخُ

نَسَبَ الْإِثْقَانِيُّ هَذَا إِلَى الْخَصَّافِ فَقَالَ وَذَكَرَ الْخَصَّافُ أَنَّهُ يُكَرِّرُ لَفْظَ الشَّهَادَةِ ثَمَانِ مَرَّاتٍ وَذَكَرَهُ

قَوْلُهُ : فَيَذْكُرُ فِيهِ سِتَّ شَيْئَاتٍ

قَالَ الْإِثْقَانِيُّ وَذَكَرَ الْخَصَّافُ أَنَّهُ يَكْفِي ثَلَاثُ شَيْئَاتٍ فِي الْإِشْهَادِ وَسِتُّ فِي الْأَدَاءِ .

قَوْلُهُ : وَمَا ذَكَرَهُ فِي الْمَثْنِ فِيهِ خَمْسُ شَيْئَاتٍ

أَيُّ كَمَا ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ فِي مُحْتَصَرِهِ

قَوْلُهُ : أَوْ يَقُولُ أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَةِ فُلَانٍ الْخُ

قَالَ الْإِثْقَانِيُّ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو نَصْرِ الْبَغْدَادِيُّ وَيُمْكِنُ الْإِقْتِصَارُ مِنْ جَمِيعِ ذَلِكَ عَلَى ثَلَاثِ لَفْظَاتٍ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ : أَشْهَدُ أَنْ فُلَانًا أَشْهَدَنِي عَلَى شَهَادَتِهِ أَنْ فُلَانًا أَقْرَ عِنْدَهُ بِكَذَا وَمَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْكِتَابِ أَوَّلَى وَأَحْوَطُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ أَشْهَدُ هُوَ لَفْظُ شَهَادَتِهِ ثُمَّ يُخْبِرُ بِذَلِكَ بِصِفَةٍ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ شَهَادَتُهُ وَهُوَ التَّحْمِيلُ ، أَمَّا قَوْلُهُ وَقَالَ لِي أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي هُوَ شَرْطٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : إِنْ لَمْ يَذْكُرْ ذَلِكَ جَارَ وَجْهَ قَوْلِهِمَا إِنَّهُ إِذَا لَمْ يَقُلْ وَقَالَ لِي أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَمْرُهُ أَنْ يَشْهَدَ بِمِثْلِ شَهَادَتِهِ وَذَلِكَ كَذِبٌ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَمْرُهُ عَلَى وَجْهِ التَّحْمِيلِ فَلَا يَجُوزُ إِثْبَاتُهُ تَحْمِيلًا بِالشَّكِّ وَوَجْهَ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ أَمْرَ الشَّاهِدِ مُحْمُولٌ عَلَى الصَّحَّةِ مَا أُمْكِنَ وَأَنَّهُ لَا

يَكْذِبُ وَلَيْسَ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يُحْمَلَ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ التَّحْمِيلَ فَيَصِحُّ كَذَا فِي شَرْحِ الْأَقْطَعِ قَوْلُهُ وَمَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْكِتَابِ وَهُوَ الْهِدَايَةُ وَالَّذِي فِيهَا خَمْسُ شِينَاتٍ كَمَا فِي الْكَنْزِ

قَوْلُهُ : وَأَخَذَ كَثِيرٌ مِنَ الْمَشَايخِ بِهَذِهِ الرَّوَايَةِ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ قَالَ الْفَقِيهُ وَبِهَذَا الْقَوْلِ نَأْخُذُ ؛ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُ الْمَشَقَّةُ فِي الْحُضُورِ فَصَارَ حُكْمُ الْمَرِيضِ وَالْمُسَافِرِ ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ دُونَ ذَلِكَ فَتِلْكَ مَشَقَّةٌ قَلِيلَةٌ فَلَا تُعْتَبَرُ تِلْكَ الْمَشَقَّةُ وَقَالَ فَحَرُّ الْإِسْلَامِ وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ حَسَنٌ .

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ : فَإِنْ عَدَلَهُمُ الْفُرُوعُ

(صَحَّ)

وَرُويَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ تَعْدِيلَهُمَا لَا يَكُونُ صَحِيحًا ؛ لِأَنَّ الْفَرْعَ نَائِبٌ عَنِ الْأَصْلِ فَتَعْدِيلُهُ الْأَصْلَ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ تَعْدِيلِ الْأَصْلِ نَفْسِهِ وَجْهٌ ظَاهِرٌ الرَّوَايَةِ أَنَّ الْفَرْعَ نَائِبٌ عَنِ الْأَصْلِ فِي نَقْلِ عِبَارَتِهِ إِلَى مَجْلِسِ الْقَاضِي ، فَإِذَا نَقَلَ عِبَارَتَهُ إِلَى مَجْلِسِ الْقَاضِي فَقَدْ انْتَهَى حُكْمُ النِّيَابَةِ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ سَائِرِ الْأَجَانِبِ .

قَوْلُهُ : وَلَوْ أَنَّهُمْ بَمَثَلِهِ لَأَتَّهَمُوا فِي شَهَادَتِهِ عَلَى نَفْسِ الْحَقِّ

بِأَنَّهُ إِنَّمَا يَشْهَدُ لِيَصِيرَ قَوْلُهُ مَقْبُولًا عِنْدَ النَّاسِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَهَادَةٌ .

قَوْلُهُ : لِأَنَّ الْمَأْخُودَ

أَيُّ الْوَاجِبِ عَلَى الْفُرُوعِ .

فَتَحَّ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبَيَّطُ شَهَادَةُ الْفَرْعِ بِإِنْكَارِ الْأَصْلِ الشَّهَادَةِ) أَيُّ الْإِشْهَادِ ، وَمَعْنَاهُ إِذَا قَالَ شَهِدُ الْأَصْلَ لَمْ نَعْرِفْهُمْ وَلَمْ نُشْهِدْهُمْ عَلَى شَهَادَتِنَا فَمَا تَوَّأَوْا أَوْ غَابُوا ثُمَّ جَاءَ الْفُرُوعُ وَشَهِدُوا عِنْدَ الْحَاكِمِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ ؛ لِأَنَّ التَّحْمِيلَ شَرْطٌ وَلَمْ يَثْبُتْ لِلتَّعَارُضِ بَيْنَ خَبَرِ الْأَصُولِ وَبَيْنَ خَبَرِ الْفُرُوعِ ؛ لِأَنَّ الْأَصُولَ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونُوا صَادِقِينَ بِذَلِكَ فَلَا يَثْبُتُ التَّحْمِيلُ مَعَ الْإِحْتِمَالِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ شَهِدَا عَلَى شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ عَلَى فُلَانَةٍ بِنْتِ فُلَانٍ الْفُلَانِيَّةِ بِأَلْفٍ وَقَالَ أَخْبَرَانَا أَنَّهُمَا يَعْرِفَانَهَا فَجَاءَ بِامْرَأَةِ فَقَالَا : لَا نَدْرِي أَهِيَ هَذِهِ أَمْ لَا قِيلَ لِلْمُدَّعِي هَاتِ

شَاهِدَيْنِ أَنَّهَا فُلَانَةٌ) ؛ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ بِالنِّسْبَةِ قَدْ تَحَقَّقَ بِشَهَادَتَيْهِمَا ، وَالْمُدَّعَى يَدَّعِي أَنَّ تِلْكَ النِّسْبَةَ لِلْحَاضِرَةِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ لِغَيْرِهَا فَلَا بُدَّ مِنْ إِثْبَاتِ تِلْكَ النِّسْبَةِ لِلْحَاضِرَةِ وَنَظِيرُهُ إِذَا شَهِدُوا بِبَيْعِ مَحْدُودٍ بِذِكْرِ حُدُودِهِ مِنْ غَيْرِ مَعْرِفَةِ عَيْنِهِ وَشَهِدُوا عَلَى الْخَصْمِ فَلَا بُدَّ مِنْ آخَرَيْنِ يَشْهَدَانِ أَنَّ الْمَحْدُودَ بِتِلْكَ الْحُدُودِ فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِيَصِحَّ الْقَضَاءُ بِهِ ، وَكَذَا إِذَا أَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّ الْحُدُودَ الْمَذْكُورَةَ فِي الشَّهَادَةِ حُدُودُ مَا فِي يَدِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ شَاهِدَيْنِ آخَرَيْنِ يَشْهَدَانِ أَنَّ الْحُدُودَ الْمَذْكُورَةَ فِي الشَّهَادَةِ حُدُودُ مَا فِي يَدِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَكَذَا كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي) مَعْنَاهُ أَنَّ الْقَاضِي إِذَا كَتَبَ إِلَى الْقَاضِي الْآخَرِ أَنَّ فُلَانًا وَفُلَانًا شَهِدَا عِنْدِي بِكَذَا مِنَ الْمَالِ عَلَى فُلَانَةٍ بِنْتِ فُلَانِ الْفُلَانِيَّةِ وَأَحْضَرَ الْمُدَّعَى امْرَأَةً عِنْدَ الْقَاضِي الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ وَأَنْكَرَتْ الْمَرْأَةُ أَنْ تَكُونَ هِيَ الْمَنْسُوبَةُ بِتِلْكَ النِّسْبَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ شَاهِدَيْنِ آخَرَيْنِ

يَشْهَدَانِ أَنَّهَا هِيَ الْمَنْسُوبَةُ بِتِلْكَ النِّسْبَةِ كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِمَا ذَكَرْنَا وَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا إِلَّا مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْقَاضِي الْكَاتِبَ لَوْلَايَتِهِ يَنْفَرِدُ بِنَقْلِ الشَّهَادَةِ إِلَيْهِ وَفِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ لَا بُدَّ مِنْ اثْنَيْنِ عَلَى كُلِّ أَصْلٍ عَلَى مَا بَيَّنَّا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ قَالَ فِيهِمَا التَّمِيمَةُ لَمْ يَجْزُ حَتَّى يَنْسَبَاهَا إِلَى فَخْذِهَا) أَيْ لَوْ قَالَ الشَّاهِدَانِ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ وَفِي كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فُلَانَةُ بِنْتُ فُلَانِ التَّمِيمَةُ لَمْ يَجْزُ حَتَّى يَنْسَبَاهَا إِلَى فَخْذِهَا وَهُوَ الْجَدُّ الْأَعْلَى ؛ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ شَرْطٌ فِيهِ وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْعَامَّةِ وَهِيَ عَامَّةٌ وَيَحْصُلُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْخَاصَّةِ ، وَالنِّسْبَةُ إِلَى الْفَخْذِ خَاصَّةٌ ؛ لِأَنَّ أَوَّلَ النَّسَبِ الشَّعْبُ ثُمَّ الْقَبِيلَةُ ثُمَّ الْفَصِيلَةُ ثُمَّ الْعِمَارَةُ ثُمَّ الْبَطْنُ ثُمَّ الْفَخْذُ فَكَانَ أَحْصَى مِنَ الْكُلِّ ذَكَرَهُ فِي النَّهَايَةِ وَعَزَاهُ إِلَى الصَّحَاحِ وَجَعَلَ الرَّمْخَشَرِيَّ فِيمَا حَكَاهُ صَاحِبُ النَّهَايَةِ الْفَصِيلَةَ آخِرَ الْكُلِّ فَالْشَّعْبُ مَجْمَعُ الْقَبَائِلِ ، وَالْقَبِيلَةُ مَجْمَعُ الْعِمَارِ ، وَالْعِمَارَةُ مَجْمَعُ الْبَطُونِ ، وَالْبَطْنُ مَجْمَعُ الْفَخَازِ ، وَالْفَخْذُ مَجْمَعُ الْفَصَائِلِ خُزَيْمَةُ شَعْبٌ وَكَثَاةُ قَبِيلَةٌ وَفُرَيْشٌ عِمَارَةٌ وَقُصَيٌّ بَطْنٌ وَهَاشِمٌ فَخْذٌ ، وَالْعَبَّاسُ فَصِيلَةٌ وَسُمِّيَ الشَّعْبُ شَعْبًا ؛ لِأَنَّ الْقَبَائِلَ تَشْتَعِبُ مِنْهُ ، وَالْمَقْصُودُ مِنَ النَّسَبِ حُصُولُ الْعِلْمِ بِالنِّسْبَةِ ، وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِالنِّسَبِ إِلَى الْخَاصِّ دُونَ الْعَامِّ وَبَنُو تَمِيمٍ عَامٌّ فَلَا يَحْصُلُ الْعِلْمُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ وَالْفَرَغَانِيَّةُ نِسْبَةٌ عَامَّةٌ وَكَذَا السَّمَرْقَنْدِيَّةُ ، وَالْبَخَارِيَّةُ ، وَالْمِصْرِيَّةُ ، وَالْأَوْزَجَنْدِيَّةُ خَاصَّةٌ وَكَذَا النِّسْبَةُ إِلَى السَّكَّةِ الصَّغِيرَةِ بِخِلَافِ الْمَحَلَّةِ الْكَبِيرَةِ ثُمَّ التَّعْرِيفُ ، وَإِنْ كَانَ يَتِمُّ بِذِكْرِ الْجَدِّ

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى فَذَكَرُ الْفَخْذِ أَوْ الْفَصِيلَةَ عَلَى اخْتِلَافِ الْقَوْلَيْنِ يَقُومُ مَقَامُ الْجَدِّ

الشرح

قوله : فِي الْمَتْنِ وَتَبْطُلُ شَهَادَةُ الْفَرْعِ بِإِنْكَارِ النَّاصِلِ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ : وَإِنْ أَنْكَرَ شُهُودُ الْأَصْلِ الشَّهَادَةَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ الْفُرُوعِ قَالَ الْكَمَالُ : لِأَنَّ إِنْكَارَهُمَا الشَّهَادَةَ إِنْكَارٌ لِلتَّحْمِيلِ وَهُوَ شَرْطٌ فِي الْقَبُولِ فَوَقَعَ فِي التَّحْمِيلِ تَعَارُضُ خَبَرِهِمَا بِوُقُوعِهِ وَخَبَرِ الْأُصُولِ بَعْدَمِهِ وَلَا ثُبُوتَ مَعَ التَّعَارُضِ وَقَالَ الْأَثَقَانِيُّ : لِأَنَّ شَرْطَ صِحَّةِ الشَّهَادَةِ التَّحْمِيلُ ، فَإِذَا أَنْكَرَ شُهُودُ الْأَصْلِ شَهَادَتَهُمْ لَا يُوجَدُ التَّحْمِيلُ فَلَا تَصِحُّ شَهَادَةُ الْفَرْعِ لِعَدَمِ الشَّرْطِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ شُهُودُ الْأَصْلِ مَا لَنَا شَهَادَةٌ عَلَى هَذِهِ الْحَادِثَةِ وَمَاتُوا أَوْ غَابُوا ثُمَّ جَاءَ شُهُودُ الْفَرْعِ يَشْهَدُونَ عَلَى شَهَادَتِهِمْ بِهَذِهِ الْحَادِثَةِ أَمَّا مَعَ حَضَرَتِهِمْ فَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى شَهَادَةِ الْفُرُوعِ ، وَإِنْ لَمْ يُنْكَرْ شُهُودُ الْأَصْلِ .

كَافِي قَالَ شَيْخُنَا رَحِمَهُ اللَّهُ فَظَهَرَ بِمَا ذَكَرَ فِي الْكَافِي وَبِمَا ذَكَرَهُ الشَّارِحُ هُنَا أَنَّ الْحُكْمَ وَاحِدٌ سِوَاءِ أَنْكَارِ الْأُصُولِ شَهَادَتِهِمْ بِنَفْسِ

الْحَادِثَةُ أَوْ أَنْكَرُوا إِشْهَادَهُمُ الْفُرُوعَ عَلَى شَهَادَتِهِمْ وَلَكِنْ مَتْنُ الْكَنْزِ وَالْهِدَايَةِ إِنَّمَا هُوَ عَلَى مَا صَوَّرَهُ فِي الْكَافِي لَا عَلَى مَا صَوَّرَهُ الشَّارِحُ حَيْثُ قَالَ بِإِنْكَارِ الْأَصْلِ الشَّهَادَةِ وَلَمْ يَقُولَ بِإِنْكَارِ الْإِشْهَادِ .

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ : وَلَوْ قَالَا فِيهِمَا التَّمِيمِيَّةُ لَمْ يَجْزُ حَتَّى يَنْسُبَاهَا إِلَى فَخْذِهَا

فَسَرَّ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ الْفَخْدَ بِالْقَبِيلَةِ الْخَاصَّةِ وَفَسَّرَهَا الْعَتَابِيُّ بِالْأَبِ الْأَعْلَى الَّذِي يُنْسَبُ أَبُوهُمَا إِلَيْهِ وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ بَنِي تَمِيمٍ قَوْمٌ لَا يُحْصَوْنَ فَلَا يَحْصُلُ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ مَا لَمْ يُنْسَبُوا إِلَى الْقَبِيلَةِ الْخَاصَّةِ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ : الشَّعْبُ

بِفَتْحِ الشَّيْنِ .

فَتْحُ

قَوْلُهُ : عَلَى اخْتِلَافِ الْقَوْلَيْنِ

أَيِ

قَوْلِ الزَّمَخْشَرِيِّ وَقَوْلِ صَاحِبِ الصَّحَاحِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ أَقَرَّ أَنَّهُ شَهِدَ زُورًا يُشْهَرُ وَلَا يُعْزَرُ) أَيِ لَا يُضْرَبُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ يَوْجَعُ ضَرْبًا وَيُحْبَسُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَتَّصَلَ بِشَهَادَتِهِ الْقَضَاءُ أَوْ لَمْ يَتَّصِلْ ؛ لِأَنَّهُ ارْتَكَبَ كَبِيرَةً وَفِيهَا ضَرَرٌ عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَوَجَبَ التَّعْزِيرُ إِزَالَةَ لِلْفَسَادِ ، وَإِنَّمَا قُلْنَا : إِنَّهَا كَبِيرَةٌ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { أَيُّهَا النَّاسُ عَدَلْتُ شَهَادَةُ الزُّورِ الْإِشْرَاكَ بِاللَّهِ ثُمَّ تَلَا قَوْلَهُ تَعَالَى { فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ } { وَسَأَلَهُ رَجُلٌ عَنِ الْكِبَائِرِ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْإِشْرَاكَ بِاللَّهِ وَعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ وَقَتْلُ النَّفْسِ بِغَيْرِ حَقٍّ وَقَوْلُ الزُّورِ } ، فَإِذَا كَانَتْ كَبِيرَةً وَجَبَ عَلَيْهِ التَّعْزِيرُ بِالْإِجْمَاعِ ، وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ تَعْزِيرِهِ فَقَطَّ لَهُمْ مَا رَوَى عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ أَنَّهُ ضَرَبَ شَاهِدَ الزُّورِ أَرْبَعِينَ سَوْطًا وَسَخَّمَ وَجْهَهُ وَلَأْيِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ أَنَّ شُرَيْحًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَانَ يُشْهَرُ وَلَا يُضْرَبُ وَكَانَ يَنْعُنُهُ إِلَى سَوْقِهِ إِنْ كَانَ سَوْقِيًّا وَإِلَى قَوْمِهِ إِنْ كَانَ غَيْرَ سَوْقِيٍّ بَعْدَ الْعَصْرِ أَجْمَعَ مَا يَكُونُونَ وَيَقُولُ : إِنْ شُرَيْحًا يُفَرِّقُكُمْ السَّلَامُ وَيَقُولُ إِنَّا وَجَدْنَا هَذَا شَاهِدَ زُورٍ فَاحْذَرُوهُ وَحَذَرُوهُ النَّاسُ وَشُرَيْحٌ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ وَإِنْ كَانَ تَابِعِيًّا وَلَكِنَّهُ زَا حِمَّ الصَّحَابَةِ فِي الْفَتَاوَى وَسَوَّغُوا لَهُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَرَجَعُوا إِلَى قَوْلِهِ فِي الْمُنَظَرَةِ فَمَنْ كَانَ بِهِذِهِ الْمَثَابَةِ مِنْ أُمَّةٍ التَّابِعِينَ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الصَّحَابَةِ

حَتَّى رُويَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ أَنَّهُ يُقْلِدُهُمْ وَعَدَّهُمْ فَقَالَ مِثْلُ مَسْرُوقٍ ، وَالْحَسَنِ وَعَلْقَمَةَ وَشُرَيْحَ .
وَمَنْ

كَانَ فِي رُبُوبِيَّتِهِمْ مِنَ التَّابِعِينَ فَيَكُونُ فِي الْحَقِيقَةِ عَلَى هَذَا تَقْلِيدُهُ لِلصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ لِتَجْوِيزِهِمْ فِعْلَهُمْ وَقَوْلَهُمْ لَا سِيَّمَا شُرَيْحَ ، فَإِنَّهُ كَانَ قَاضِيًا فِي زَمَنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ وَمَنْ بَعْدَهُ مِنَ الْخُلَفَاءِ فَيَكُونُ فِعْلُهُ مَشْهُورًا بَيْنَهُمْ وَكَيْفَ لَا يَكُونُ وَهُوَ بِمَحْضَرٍ مِنْهُمْ فَيَكُونُ تَقْلِيدُهُ تَقْلِيدًا لَهُمْ ضَرُورَةً وَمَا رُويَ عَنْ عُمَرَ كَانَ سِيَاسَةً بِدَلِيلِ تَبْلِيغِهِ أَرْبَعِينَ وَهُوَ حَدُّ الْعَبِيدِ فِي الْقَذْفِ وَبِدَلِيلِ تَسْخِيمِهِ وَهُوَ مِثْلُهُ لَمْ يَجْزُ بِالْإِجْمَاعِ وَلِذَا لَمْ يَقُولُوا بِهِ لِنَهْيِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ الْمَثَلَةِ ، وَلَوْ كَانَ فِي الْكَلْبِ الْعَقُورِ وَلَأَنَّ الضَّرْبَ الشَّدِيدَ ، وَالتَّسْخِيمَ يَمْتَنَعَانِ مِنَ الرُّجُوعِ بَعْدَ الْوُقُوعِ فَلَا يُشْرَعَانِ وَذَكَرَ شَمْسُ الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُشْهَرُ عَنْهُمَا أَيْضًا ، وَقَالَ الْإِمَامُ الْحَاكِمُ أَبُو مُحَمَّدٍ الْكَاتِبُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ أَحَدُهَا أَنْ يَرْجِعَ عَلَى سَبِيلِ التَّوْبَةِ ، وَالدَّامَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يُعَزَّرُ بِالْإِجْمَاعِ ، وَالثَّانِي أَنْ يَرْجِعَ مِنْ غَيْرِ تَوْبَةٍ وَهُوَ مُصِرٌّ عَلَى مَا كَانَ ، فَإِنَّهُ يُعَزَّرُ بِالْإِجْمَاعِ ، وَالثَّلَاثُ أَنْ لَا يَعْلَمَ رُجُوعَهُ بِأَيِّ سَبَبٍ ، فَإِنَّهُ عَلَى الْإِخْتِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَا قَوْلَهُ وَمَنْ أَقَرَّ أَنَّهُ شَهِدَ زُورًا تَصْرِيحًا بَأَنَّهُ إِنَّمَا يَجِبُ التَّشْهِيرُ أَوْ التَّعْزِيرُ عَلَى الْإِخْتِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَا عَلَى مَنْ أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ أَنَّهُ شَهِدَ كَاذِبًا مُتَعَمِّدًا .

وَأَمَّا إِذَا قَالَ غَلَطْتُ أَوْ نَسِيتُ أَوْ أَخْطَأْتُ أَوْ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ لِثُهْمَةٍ أَوْ لِمُخَالَفَةِ بَيْنِ الشَّهَادَةِ ، وَالِدَّعْوَى أَوْ بَيْنَ شَهَادَتَيْنِ ، فَإِنَّهُ لَا يُعَزَّرُ ؛ لِأَنَّ لَا نَدْرِي مَنْ هُوَ الْكَاذِبُ مِنْهُمْ الْمَشْهُودُ لَهُ أَوْ الشَّاهِدَانِ أَوْ أَحَدَهُمَا وَقَدْ كَذِبَ الْمُدَّعِي لِيُنْسَبَ

الشَّاهِدَ إِلَى الْكَذِبِ وَلَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتُهُ بِالْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ النَّفْيِ ، وَالْبَيِّنَةُ حُجَّةُ الْإِثْبَاتِ وَلَا تُهْمَةُ فِي إِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ فَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ وَيَجِبُ عَلَيْهِ مُوجِبُهُ مِنَ الضَّمَانِ ، وَالتَّعْزِيرِ وَكَذَا إِذَا شَهِدُوا بِقَتْلِ شَخْصٍ أَوْ مَوْتِهِ ثُمَّ جَاءَ الْمَشْهُودُ بِقَتْلِهِ أَوْ بِمَوْتِهِ حَيًّا لَتَبْقَيْنَا بِكَذِبِهِمْ ، وَالرَّجَالُ ، وَالنِّسَاءُ وَأَهْلُ الذِّمَّةِ فِي شَاهِدِ الزُّورِ سَوَاءٌ وَهَلْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بَعْدَ ذَلِكَ إِذَا تَابَ قَالُوا : إِنْ كَانَ فَاسِقًا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الَّذِي حَمَلَهُ عَلَى الشَّهَادَةِ الْبَاطِلَةَ فَسَقُهُ ، فَإِذَا تَابَ وَظَهَرَ صَلَاحُهُ تُقْبَلُ لَزَوَالِ الْفُسْقِ وَاخْتِلَافُ فِي مِقْدَارِ مَدَّةِ التَّوْبَةِ فَقَدَرَهُ بَعْضُهُمْ بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ وَبَعْضُهُمْ بِسَنَةٍ .
وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ مُفَوَّضٌ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي ، وَإِنْ كَانَ عَدْلًا أَوْ مَسْتُورًا لَأُتَقْبَلُ شَهَادَتُهُ أَبَدًا ؛ لِأَنَّ عَدَالَتَهُ لَا تُعْتَمَدُ وَرَوَى الْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ شَهَادَتَهُ تُقْبَلُ وَبِهِ يُفْتَى فَتَخْلَصَ لَنَا مِنْ جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا فِي هَذَا الْكِتَابِ أَنَّ الشَّهَادَةَ تُرَدُّ بِسَبَبِ الثُّهْمَةِ وَسَبَبِهَا أَنْوَاعٌ إِمَّا مَعْنَى فِي الشَّاهِدِ وَهُوَ الْفُسْقُ ، وَالْعَمَى وَإِمَّا مَعْنَى فِي الْمَشْهُودِ لَهُ وَهُوَ وَصْلَةٌ خَاصَّةٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الشَّاهِدِ كَقَرَابَةِ الْوِلَادِ ، وَالزَّوْجِيَّةِ ، وَإِمَّا لِذَلِيلٍ شَرْعِيٍّ وَهُوَ فِي حَقِّ الْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ بَعْدَ التَّوْبَةِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ عَجْزَهُ عَنِ الْإِثْبَانِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ ذَلِيلٌ كَذِبُهُ يَقُولُهُ تَعَالَى { فَإِذَا لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ } وَاللَّهُ أَعْلَمُ

الشرح

قَوْلُهُ : فِي الْمَنْعِ وَمَنْ أَقَرَّ أَنَّهُ شَهِدَ زُورًا يُشْهَرُ وَلَا يُعَزَّرُ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ شَاهِدَانِ أَقَرَّا أَنَّهُمَا شَهِدَا بِزُورٍ لَمْ يُضْرَبَا وَقَالَا يُعَزَّرَانِ وَفَائِدَتُهُ أَنَّ شَاهِدَ الزُّورِ فِي حَقِّ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْحُكْمِ هُوَ الْمُقَرَّرُ عَلَى نَفْسِهِ بِذَلِكَ ، فَإِنَّهُ لَا طَرِيقَ إِلَى إِثْبَاتِ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّهُ نَفَى الشَّهَادَةَ وَالْبَيِّنَاتُ لِلْإِثْبَاتِ قَالَ الْأَنْقَايُ قَوْلُهُ وَفَائِدَتُهُ أَيْ وَفَائِدَةُ وَضْعِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِيهِ فِيمَا إِذَا أَقَرَّا أَنَّهُمَا شَهِدَا بِزُورٍ وَفَائِدَتُهُ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ كَذِبُ الشَّاهِدِ إِلَّا بِإِقْرَارِهِ إِذَا لَا

سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَةِ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ إِذَا قَامَتْ عَلَى أَنَّهَا شَهْدًا بِغَيْرِ حَقٍّ فَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى النَّفْسِ لَا تُسْمَعُ .

قَوْلُهُ : فَإِذَا كَانَتْ كَبِيرَةً وَجَبَ عَلَيْهِ التَّعْزِيرُ بِالْإِجْمَاعِ

غَيْرَ أَنَّهُ اكْتَفَى بِشَهْرِ حَالِهِ فِي الْأَسْوَاقِ وَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ أَشَدَّ عَلَيْهِ مِنَ الضَّرْبِ خُفْيَةً وَهُمَا أَضَافَا إِلَى ذَلِكَ الضَّرْبِ وَقَوْلُهُمَا قَالَ الشَّافِعِيُّ وَمَالِكٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ .

كَمَالٌ

قَوْلُهُ : وَسَخَمَ

يُقَالُ سَخَمَ وَجْهَهُ إِذَا سَوَّدَهُ مِنَ السُّخَامِ وَهُوَ سَوَادُ الْقُدُورِ وَقَدْ جَاءَ بِالْحَاءِ الْمُهْمَلَةِ مِنَ الْأَسْحَمِ وَهُوَ الْأَسْوَدُ وَفِي الْمَعْنَى وَلَا يُسَخَّمُ وَجْهَهُ بِالْحَاءِ وَالْحَاءِ .

كَمَالٌ .

قَوْلُهُ : وَشَرِيحَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

هَذَا جَوَابٌ عَنْ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا يَرَى تَقْلِيدَ التَّابِعِيِّ فَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ هُمْ رِجَالٌ وَنَحْنُ رِجَالٌ نَحْتَدِثُ فَأَجَابَ بِمَا ذَكَرْنَا

قَوْلُهُ : وَمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَانَ سِيَاسَةً

قَالَ الْكَمَالُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَأَمَّا الْجَوَابُ بِأَنَّ مَا رُوِيَ مِنْ ضَرْبِ عُمَرَ وَالتَّسْخِيمِ

كَانَ سِيَاسَةً ، فَإِذَا رَأَى الْحَاكِمُ ذَلِكَ مَصْلَحَةً كَانَ لَهُ أَنْ يَفْعَلَهُ فَقَدْ يُرَدُّ بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ كِتَابَةِ عُمَرَ بِهِ إِلَى عُمَالِهِ فِي الْبِلَادِ ، وَأَمَّا الْإِسْتِدْلَالُ عَلَى السِّيَاسَةِ بِالتَّبْلِيغِ إِلَى الْأَرْبَعِينَ وَلَا يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ إِلَى الْحُدُودِ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُخْتَلَفٌ فِيهِ فَمِنْ الْعُلَمَاءِ مَنْ يُجِيزُهُ وَقَدْ أَجَازَ عَالِمُ الْمَذْهَبِ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْ يَبْلُغَ خَمْسٌ وَسَبْعُونَ وَتِسْعٌ وَسَبْعُونَ فَجَازَ كَوْنُ رَأْيِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَذَلِكَ ، وَأَمَّا كَوْنُ التَّسْخِيمِ مِثْلَهُ مَنْسُوخَةً فَقَدْ يَكُونُ رَأْيُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ الْمِثْلَةَ لَيْسَتْ إِلَّا فِي قِطْعِ الْأَعْضَاءِ وَنَحْوِهِ مِمَّا يُفْعَلُ فِي الْبَدَنِ وَيَدُومُ لَا بِاعْتِبَارِ عَرْضِ يُغْسَلُ فَيُزُولُ .

قوله : والثاني أن يرجع من غير توبة وهو مصر على ما كان

مثل أن يقول شهدت في هذه الزور ولا أرجع عن مثل ذلك .

فتح قوله

قوله ومن أقر أنه شهد زورا تصريح إلخ

قال الكمال وشاهد الزور لا يعرف إلا بإقراره بذلك ولا يحكم به برّد شهادته بمخالفته الدعوى أو الشاهد الآخر أو تكذيب المدعى له إذ قد يكون محققا في المخالفة أو للمدعي غرض في أذاه وزاد شيخ الإسلام أن يشهد بموت واحد فيحيى حيا هـ

كتاب الرجوع عن الشهادة

اعْلَمْ أَنَّ الشَّهَادَةَ فَرَضٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ } وَقَوْلُهُ تَعَالَى { وَمَنْ يَكْتُمْهَا ، فَإِنَّهُ آثَمُ قَلْبُهُ } وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { كَاتِمُ الشَّهَادَةِ كَشَاهِدِ الزُّورِ } وَشَهَادَةُ الزُّورِ مِنَ الْكِبَائِرِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الشَّاهِدُ بِالزُّورِ لَا يَرْفَعُ قَدَمِيهِ مِنْ مَكَانِهِمَا حَتَّى تَلْعَنَهُ مَلَائِكَةُ السَّمَوَاتِ ، وَالْأَرْضِ } فَيَجِبُ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ الْاجْتِنَابُ عَنْهَا ، وَإِذَا وَقَعَتْ مِنْهُ خَطَأً أَوْ عَمْدًا يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَتُوبَ ، وَالتَّوْبَةُ عَنْهَا لَا تَصِحُّ إِلَّا عِنْدَ الْحَاكِمِ وَلَا يَمْنَعُهُ عَنْهَا الْاسْتِحْيَاءُ مِنَ النَّاسِ وَخَوْفُ الْأَثَمَةِ ؛ لِأَنَّ الْاسْتِحْيَاءَ مِنَ الْخَالِقِ أَوْلَى مِنَ الْاسْتِحْيَاءِ مِنَ الْمَخْلُوقِ وَفِيهِ تَذَارُكٌ مَا أَثْلَفَهُ بِالزُّورِ ؛ لِأَنَّ رُجُوعَهُ مَقْبُولٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّ الْمُدَّعِي ثُمَّ رُكِنَ الرُّجُوعُ أَنْ يَقُولَ رَجَعْتُ عَمَّا شَهِدْتُ بِهِ أَوْ شَهِدْتُ بِزُورٍ فِيمَا شَهِدْتُ وَشَرَطُهُ أَنْ يَكُونَ فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي وَحُكْمُهُ بَعْدَ الْقَضَاءِ التَّعْزِيرُ ، وَالضَّمَانُ وَقَبْلَهُ التَّعْزِيرُ فَقَطْ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا عِنْدَ الْقَاضِي) ؛ لِأَنَّهُ فَسَخَ لِلشَّهَادَةِ فَيَخْتَصُّ بِمَا تَخْتَصُّ بِهِ الشَّهَادَةُ مِنْ مَجْلِسِ الْحَاكِمِ أَيْ حَاكِمِ كَانَ كَالْفَسَخِ فِي بَابِ الْبَيْعِ حَيْثُ يُشْتَرَطُ لِصِحَّتِهِ مَا يُشْتَرَطُ فِي الْبَيْعِ مِنْ قِيَامِ الْمُبِيعِ وَرِضَا الْمُتَبَايِعِينَ وَلِأَنَّ الرُّجُوعَ عَنِ الشَّهَادَةِ تَوْبَةٌ عَمَّا ارْتُكِبَ مِنْ قَوْلِ الزُّورِ ، وَالتَّوْبَةُ بِحَسَبِ الْجَنَايَةِ عَلَى مَا قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { السِّرُّ بِالسِّرِّ ، وَالْعَلَانِيَةُ بِالْعَلَانِيَةِ } .

فَإِذَا كَانَتْ الْجَرِيمَةُ بِحَضْرَةِ الْحَاكِمِ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ تَوْبَتُهَا كَذَلِكَ ، فَإِذَا كَانَ الرُّجُوعُ عِنْدَ غَيْرِهِ غَيْرَ صَحِيحٍ فَلَوْ أَقَامَ الْمُقْضِي

عَلَيْهِ بِشَهَادَتَيْهِمَا بَيِّنَةً بَأَنَّهُمَا رَجَعَا عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي أَوْ طَلَبَ يَمِينَهُمَا لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ وَلَا يَحْلِفَانِ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى رُجُوعًا بَاطِلًا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ أَتَاهُمَا رَجَعَا عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي حَيْثُ يَصِحُّ إِقْرَارُهُمَا ، وَإِنْ أَقَرَّا بِرُجُوعٍ بَاطِلٍ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُمَا بِهِ يُجْعَلُ رُجُوعًا مِنْهُمَا فِي الْحَالِ وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةُ أَتَاهُمَا رَجَعَا عِنْدَ قَاضٍ آخَرَ غَيْرِ الَّذِي كَانَ قَضَى بِالْحَقِّ حَيْثُ تُقْبَلُ هُنَاكَ بَيِّنَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى رُجُوعًا صَحِيحًا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (فَإِنْ رَجَعَا قَبْلَ حُكْمِهِ لَمْ يَقْضِ بِهَا) ؛ لِأَنَّ كَلَامَهُمَا مُتَنَاقِضٌ فَالْقَاضِي لَا يَحْكُمُ بِالْكَلَامِ الْمُتَنَاقِضِ وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا لِأَحَدٍ مِنَ الْخَصْمَيْنِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يُتْلَفَا شَيْئًا عَلَى أَحَدٍ بِهِذِهِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَمْ يُثْبِتْ بِهَا الْحَقُّ إِلَّا بِالْقَضَاءِ فَلَمْ يُتْلَفَا عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ شَيْئًا وَلَا عَلَى الْمُدَّعِي ؛ لِأَنَّ عَدَمَ ثُبُوتِ حَقِّهِ لَا يُضَافُ إِلَى رُجُوعِهِمَا بَلْ هُوَ بَاقٍ عَلَى أَصْلِ الْعَدَمِ عَلَى مَا كَانَ غَايَةَ الْأَمْرِ أَنْ يُقَالَ : لَوْ لَا رُجُوعُهُمَا لَقَضَى بِشَهَادَتَيْهِمَا وَلَكِنَّتْ لَهُ الْحَقُّ لَكِنْ ذَلِكَ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ كَمَا لَوْ أَبَيَا أَنْ يَشْهَدَا ابْتِدَاءً وَلِأَنَّ الْقَاضِي إِنْمَا يَقْضِي بِشَهَادَتَيْهِمَا إِذَا تَبَيَّنَتْ عَدَالَتُهُمَا عِنْدَهُ وَعَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنََّّهُمَا صَادِقَانِ وَلَا يُعْرِفُ ذَلِكَ إِلَّا بَعْدَ الْحُكْمِ لِحَوَازِ أَنْ يُجْرَحَا وَلِأَنَّ الْمُدَّعِي عَلَى دَعْوَاهُ فَلَعَلَّهُ يَشْهَدُ لَهُ غَيْرُهُمَا مِنَ الْعُدُولِ فَيُثْبِتُ حَقَّهُ وَلَا يُتَوَى وَلَكِنْ تَوَى فَهُوَ مُضَافٌ إِلَى عَجْزِهِ لَا إِلَيْهِمَا

الشرح

لَمَّا كَانَ هَذَا أَبْحَاثَ رَفَعِ الشَّهَادَةَ وَمَا تَقَدَّمَ أَبْحَاثَ إِبْتِهَا فَكَانَا مُتَوَازِينَ فَرَجَمَ هَذَا بِالْكِتَابِ كَمَا تُرْجَمُ ذَلِكَ لِلْمُوَازَاةِ بَيْنَهُمَا وَإِلَّا فَلَيْسَ لِهَذَا أَبْوَابٌ لَتَعْدُدَ أَنْوَاعَ مَسَائِلِهِ لِيَكُونَ كِتَابًا كَمَا لَدَاكَ وَلِتَحَقِّقَهُ بَعْدَ الشَّهَادَةِ إِذْ لَا رَفْعَ إِلَّا بَعْدَ الْوُجُودِ نَاسِبَ أَنْ يَجْعَلَ تَعْلِيمَهُ بَعْدَهُ كَمَا أَنَّ وَجُودَهُ بَعْدَهُ وَخُصُوصَ مُنَاسَبَتِهِ بِشَهَادَةِ الزُّورِ وَهُوَ أَنَّ الرُّجُوعَ لَا يَكُونُ غَالِبًا إِلَّا لَتَقْدُمِهَا عَمْدًا أَوْ خَطَأً .

كَمَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ الْكَافِي عَقِبَ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ ؛ إِذْ الرُّجُوعُ يَقْضِي سَبْقَ الشَّهَادَةِ وَلَهُ مُنَاسَبَةٌ خَاصَّةٌ بِشَهَادَةِ الزُّورِ إِذْ الرُّجُوعُ عَنِ الشَّهَادَةِ مُسَبَّبٌ عَنْ شَهَادَةِ الزُّورِ ثُمَّ لِلرُّجُوعِ رُكْنٌ وَهُوَ قَوْلُ الشَّاهِدِ شَهِدْتُ بِزُورٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ عِنْدَ الْقَاضِي أَيْ قَاضٍ كَانَ فَيَخْتَصُّ بِمَجْلِسِ الْقَاضِي .

قوله : وَحُكْمُهُ بَعْدَ الْقَضَاءِ

قَالُوا وَيُعْزَرُ الشُّهُودُ سَوَاءٌ رَجَعُوا قَبْلَ الْقَضَاءِ أَوْ بَعْدَهُ وَلَا يَخْلُو عَنْ نَظَرٍ ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ ظَاهِرٌ فِي أَنَّهُ تَوْبَةٌ عَنْ تَعَمُّدِ الزُّورِ إِنْ تَعَمَّدَ أَوْ التَّهَوُّرِ وَالْعَجَلَةِ إِنْ كَانَ أَخْطَأَ فِيهِ وَلَا تَعْزِيرَ عَلَى التَّوْبَةِ وَلَا عَلَى ذَنْبِ ارْتِفَاعِ بِهَا وَلَيْسَ فِيهِ حَدٌّ مُقَدَّرٌ .

كَمَالٌ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَنْقَانِيُّ وَحُكْمُهُ إِيْجَابُ التَّعْزِيرِ عَلَى كُلِّ حَالٍ سَوَاءٌ رَجَعَ قَبْلَ اتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِالشَّهَادَةِ أَوْ بَعْدَ اتِّصَالِ الْقَضَاءِ وَالضَّمَانِ مَعَ التَّعْزِيرِ إِنْ رَجَعَ بَعْدَ الْقَضَاءِ وَكَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ مَالًا وَقَدْ أَزَالَهُ بِغَيْرِ عَوْضٍ

قوله : وَقَبْلَهُ التَّعْزِيرُ فَقَطْ

أَيُّ بِالضَّرْبِ عِنْدَهُمَا وَبِالتَّشْهِيرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي شَاهِدِ الزُّورِ .

قوله : فِي الْمَتْنِ وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا عِنْدَ الْقَاضِي

(

قَالَ الْكَمَالُ سَوَاءٌ كَانَ هُوَ الْقَاضِي الْمَشْهُودُ عِنْدَهُ أَوْ غَيْرُهُ وَهُوَ بِمَعْنَى قَوْلِ الشَّارِحِ أَيُّ حَاكِمٍ كَانَ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَمَالُ وَزَادَ جَمَاعَةً فِي صِحَّةِ الرُّجُوعِ أَنَّ يَحْكُمَ الْقَاضِي بِرُجُوعِهِمَا وَيُضَمِّنُهُمَا الْمَالَ وَإِلَيْهِ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ حَيْثُ قَالَ وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَاضِي فَلَوْ ادَّعَى الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ رُجُوعَهُمَا وَأَرَادَ يَمِينَهُمَا أَنَّهُمَا لَمْ يَرْجِعَا لَا يَخْلِفَانِ وَكَذَا لَوْ أَقَامَ بَيِّنَةٌ عَلَى هَذَا الرُّجُوعِ لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى رُجُوعًا بَاطِلًا وَإِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ وَالزَّامُ الْيَمِينَ لَا يُقْبَلُ إِلَّا عَلَى دَعْوَى صَحِيحَةٍ ثُمَّ قَالَ حَتَّى لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ رَجَعَ عِنْدَ قَاضِي كَذَا وَضَمَّنَهُ الْمَالَ تُقْبَلُ فَهَذَا ظَاهِرٌ فِي تَقْيِيدِ صِحَّةِ الرُّجُوعِ بِذَلِكَ وَنُقِلَ هَذَا عَنْ شَيْخِ الْإِسْلَامِ وَاسْتَبْعَدَ بَعْضُهُمْ مِنَ الْمُحَقِّقِينَ تَوْقُفَ صِحَّةِ الرُّجُوعِ عَلَى الْقَضَاءِ بِالرُّجُوعِ أَوْ بِالضَّمَانِ وَتَرَكَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنْ مُصَنِّفِي الْفَتَاوَى هَذَا الْقَيْدَ وَذَكَرَ أَنَّهُ إِنَّمَا تَرَكَهُ تَعْوِيلًا عَلَى هَذَا الِاسْتِبْعَادِ وَيَتَفَرَّغُ عَلَى اشْتِرَاطِ الْمَجْلِسِ أَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ شَاهِدٌ بِالرُّجُوعِ فِي غَيْرِ الْمَجْلِسِ وَأَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ بِهِ وَبِالتَّزَامِ الْمَالِ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ وَلَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ بِذَلِكَ لَا يَلْزَمُهُ إِذَا تَصَادَقَا أَنَّ لُزُومَ الْمَالِ عَلَيْهِ كَانَ بِهَذَا الرُّجُوعِ

قوله : وَالتَّوْبَةُ بِحَسَبِ الْجَنَائِيَةِ

قَالَ الْأَنْقَانِيُّ وَالْجَنَائِيَةُ كَانَتْ مُخْتَصَّةً بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَيَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ التَّوْبَةُ عَنْهَا وَهِيَ الرُّجُوعُ عَنْ الشَّهَادَةِ الْبَاطِلَةِ مُخْتَصًّا بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ أَيْضًا أَلَا تَرَى إِلَى مَا رُوِيَ عَنْ { مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ بَعَثَهُ إِلَى الْيَمَنِ فَقَالَ مُعَاذُ أَوْصِنِي يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ عَلَيْكَ بِتَقْوَى اللَّهِ

تَعَالَى مَا اسْتَطَعْتُ وَادْكُرُ اللَّهَ تَعَالَى عِنْدَ كُلِّ شَجَرٍ وَحَجَرٍ وَإِذَا عَمِلْتَ شَيْئًا فَأَحْدِثْ تَوْبَةَ السِّرِّ بِالسِّرِّ وَالْعَلَانِيَةَ بِالْعَلَانِيَةِ { .

قوله وَلَا يَحْلِفَانِ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى رُجُوعًا بَاطِلًا

وإِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ وَالْإِزَامُ الْيَمِينِ لَا يُقْبَلُ إِلَّا عَلَى دَعْوَى صَحِيحَةٍ .

كَمَالٌ

قوله فِي الْمَثْنِ : فَإِنْ رَجَعَا قَبْلَ حُكْمِهِ لَمْ يَفْضُ بِهَا

حَيْثُ قَالُوا نَشْهَدُ بِكَذَا لَا نَشْهَدُ بِهِ فَتَحَّ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْكَمَالُ وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ أَوَّلًا يَقُولُ يُنْظَرُ إِلَى حَالِ الشُّهُودِ إِنْ كَانَ حَالُهُمْ عِنْدَ الرُّجُوعِ أَفْضَلَ مِنْ حَالِهِمْ وَقْتَ الْأَدَاءِ فِي الْعَدَالَةِ صَحَّ رُجُوعُهُمْ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَفِي حَقِّ غَيْرِهِ فَيُعْزَرُونَ وَيُنْقَضُ الْقَضَاءُ وَيُرَدُّ الْمَالُ عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانُوا عِنْدَ الرُّجُوعِ كَحَالِهِمْ عِنْدَ الْأَدَاءِ أَوْ دُونَهُ يُعْزَرُونَ وَلَا يُنْقَضُ الْقَضَاءُ وَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الشَّاهِدِ وَهَذَا قَوْلُ أَسَاتِذِهِ حَمَّادِ بْنِ أَبِي سُلَيْمَانَ ثُمَّ رَجَعَ إِلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ رُجُوعُهُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ عَلَى كُلِّ حَالٍ فَلَا يُنْقَضُ الْقَضَاءُ وَلَا يُرَدُّ الْمَالُ عَلَى الْمُقْضِي عَلَيْهِ لِمَا قُلْنَا وَهُوَ قَوْلُهُمَا

وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَنْقَانِيُّ وَلَوْ شَهِدَ عِنْدَ قَاضٍ وَرَجَعَ عِنْدَ قَاضٍ آخَرَ يَصِحُّ وَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِ لَكِنْ إِذَا قَضَى عَلَيْهِ هَذَا الْقَاضِي بِالضَّمَانِ كَمَا لَوْ رَجَعَ عِنْدَ الْقَاضِي الَّذِي شَهِدَ عَنْدهُ إِنَّمَا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ إِذَا قَضَى الْقَاضِي عَلَيْهِ بِالضَّمَانِ وَنَقَلَهُ عَنْ شَرْحِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرِ زَادَهُ ثُمَّ قَالَ وَكَانَ أَسَاتِذُنَا فخر الدين البديع يَسْتَبْعِدُ تَوَقُّفَ صِحَّةِ الرُّجُوعِ عَلَى الْقَضَاءِ بِالرُّجُوعِ أَوْ بِالضَّمَانِ .

قوله فالقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض

وَلِأَنَّهُ أَيْ كَلَامُهُ الَّذِي نَاقَضَ بِهِ وَهُوَ الْمُتَأَخَّرُ فِي احْتِمَالِهِ الصِّدْقِ كَالْأَوَّلِ

فَلَيْسَ الْقَضَاءُ بِأَحَدِهِمَا بَعَيْنِهِ أَوْلَى بِهِ مِنَ الْآخَرِ فَوْقَ كُلِّ مِنْهُمَا .

كَمَالٌ

قوله ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يُثْلِفَا شَيْئًا عَلَى أَحَدٍ بِهِذِهِ الشَّهَادَةِ

أَيْ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حُكْمٌ قَبْلَ الْقَضَاءِ ، فَإِذَا لَمْ يَفْضُ الْقَاضِي بِهَا صَارَ وُجُودُهَا وَعَدَمُهَا سَوَاءً فَسَقَطَتْ .

أَنْقَانِيٌّ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبَعْدَهُ لَمْ يُنْقَضْ) أَيَّ إِذَا رَجَعُوا بَعْدَ مَا حَكَمَ الْحَاكِمُ بِشَهَادَتِهِمْ لَمْ يُنْسَخِ الْحُكْمُ ؛ لِأَنَّ كَلَامَهُمَا مُتَنَاقِضٌ فَكَمَا لَا يُحْكَمُ بِالْمُتَنَاقِضِ لَا يُنْقَضُ الْحُكْمُ بِالْمُتَنَاقِضِ ؛ لِأَنَّهُمَا مُسْتَوِيَانِ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى الصِّدْقِ وَقَدْ تَرَجَّحَ الْأَوَّلُ بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ فَصَارَ نَظِيرُ مَا لَوْ شَهِدَ أَنَّ عَمْرًا قَتَلَهُ بَكْرٌ بِالْكُوفَةِ وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ قَتَلَهُ بِمِصْرَ ، فَإِنَّهُمَا قَبْلَ الْقَضَاءِ يَرُدَّانِ وَبَعْدَهُ لَا يُنْقَضُ لِتَرَجُّحِهِ بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ وَلِأَنَّهُ لَوْ نُقِضَ أَدَّى إِلَى التَّقْضِ إِلَى مَا لَا يَتَنَاهَى بِرُجُوعِهِ عَنِ الرُّجُوعِ ثُمَّ بِرُجُوعِهِ عَنِ هَذَا الرُّجُوعِ الْأَخِيرِ إِلَى غَيْرِ نَهَايَةٍ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَضَمْنَا مَا أَتْلَفَاهُ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ إِذَا قَبِضَ الْمُدْعَى الْمَالُ دَيْنًا كَانَ أَوْ عَيْنًا) ؛ لِأَنَّ التَّسْيِيبَ عَلَى وَجْهِ التَّعْدِي يُوجِبُ الضَّمَانَ كَحِفْرِ الْبُئْرِ وَوَضْعِ الْحَجَرِ عَلَى الطَّرِيقِ ، وَقَدْ وَجَدَ ذَلِكَ مِنْهُمَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَضْمَنَانِ ؛ لِأَنَّهُ لَا عِبْرَةَ لِلتَّسْيِيبِ مَعَ وُجُودِ الْمُبَاشَرَةِ قُلْنَا لَا يُمَكِّنُ إِجْبَابَ الضَّمَانِ عَلَى الْقَاضِي عِنْدَ رُجُوعِ الشُّهُودِ ، وَإِنْ كَانَ مُبَاشِرًا ؛ لِأَنَّهُ مُلْحَأٌ مِنْ جِهَتِهِمَا ، فَإِنَّ الْقَضَاءَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ بَعْدَ ظُهُورِ عَدَالَتِهِمَا حَتَّى لَوْ اِمْتَنَعَ بَيْنُكُمْ وَيَسْتَحِقُّ الْعَزْلَ وَيَعْزُرُ .

وَلَوْ أَوْجَبْنَا عَلَيْهِ الضَّمَانَ لَامْتَنَعَ النَّاسُ عَنْ تَقْلُدِ الْقَضَاءِ مَخَافَةَ الْعَرَامَةِ وَلَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الْمُدْعَى ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ قَدْ مَضَى فَتَعَيَّنَ صَاحِبُ السَّبَبِ عِنْدَ تَعَدُّرِ إِضَافَةِ الْحُكْمِ إِلَى صَاحِبِ الْعِلَّةِ كَوَضْعِ الْحَجَرِ عَلَى الطَّرِيقِ وَمِنْ الْعَجَبِ أَنَّ الشَّافِعِي رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ يُوجِبُ الْقِصَاصَ عَلَى شُهُودِ الْقِصَاصِ إِذَا رَجَعُوا بَعْدَ قَتْلِهِ الْوَلِيِّ وَهُوَ يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ وَأَمْرُ الدِّمِّ أَعْظَمُ

ثُمَّ لَا يُوجِبُ عَلَيْهِمُ الْمَالُ وَهُوَ يُثَبِّتُ مَعَ الشُّبْهَةِ وَيَقُولُ إِنَّ الْقَاضِيَّ مُلْحَأٌ وَلَا يَقُولُ ذَلِكَ فِي الْمَالِ وَهَذَا تَنَاقُضٌ ظَاهِرٌ وَلَا يُقَالُ أَنْتُمْ أَيْضًا تَنَاقُضُ قَوْلَكُمْ ، فَإِنَّكُمْ أَوْجَبْتُمْ عَلَى الشَّاهِدِ الْمَالَ إِذَا رَجَعَ وَلَمْ تُوجِبُوا عَلَيْهِ الْقِصَاصَ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَزَاءُ الْجَنَاحَةِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ الْقِصَاصُ نَهَايَةُ الْعُقُوبَةِ فَلَا يَجِبُ إِلَّا بِنَهَايَةِ الْجَنَاحَةِ ، وَالتَّسْيِيبُ فِيهِ قُصُورٌ وَلِهَذَا لَا يُعْتَبَرُ مَعَ الْمُبَاشَرِ إِلَّا إِذَا تَعَدَّرَ اعْتِبَارُ الْمُبَاشَرِ فَكَانَتْ فِيهِ شُبْهَةٌ ، وَالْقِصَاصُ يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ دُونَ ضَمَانِ الْمَالِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْقِصَاصَ لَا يَجِبُ فِي الْخَطَا ، وَالْمَالُ يَجِبُ ، وَالْخَطَا أَقْوَى مِنَ التَّسْيِيبِ لَوْجُودِ الْمُبَاشَرَةِ فِيهِ وَلِهَذَا يُوجِبُ حَرَمَانَ الْإِرْثِ بِخِلَافِ التَّسْيِيبِ فَأَوْلَى أَنْ يَسْقُطَ بِهِ الْقِصَاصُ وَقَوْلُهُ إِذَا قَبِضَ الْمُدْعَى الْمَالُ دَيْنًا كَانَ أَوْ عَيْنًا وَهَذَا اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ ؛ لِأَنَّ الْإِثْلَافَ يَتَحَقَّقُ بِقَبْضِ الْمُدْعَى مَالَهُ وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْعَيْنِ ، وَالدَّيْنِ وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ إِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ دَيْنًا فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ عَيْنًا يَجِبُ عَلَى الشُّهُودِ الضَّمَانُ ، وَإِنْ لَمْ يَقْبِضِ الْمَشْهُودُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ مُقَيَّدٌ بِالْمُمَاتَلَةِ فِي الْعَيْنِ زَوَالَ مَلِكِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ عَنْهَا بِالْقَضَاءِ .

أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُقْضَى عَلَيْهِ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهَا وَجَازَ لِلْمُقْضَى لَهُ ذَلِكَ وَفِي الدَّيْنِ لَا يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ فَلَوْ رَجَعَ عَلَيْهِ قَبْلَهُ لَمْ تَتَحَقَّقِ الْمُمَاتَلَةُ إِذْ لَا مُمَاتَلَةَ بَيْنَ أَخَذِ الْعَيْنِ وَإِجْبَابِ الدَّيْنِ وَفِي الْعَيْنِ تَتَحَقَّقُ وَكَذَلِكَ فِي الْعَقَارِ يَضْمَنُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ عِنْدَهُمْ ؛ لِأَنَّ الْعَقَارَ يُضْمَنُ بِالْإِثْلَافِ بِشَهَادَةِ الزُّورِ بِخِلَافِ الْغَضَبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ

رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِعَدَمِ تَحَقُّقِهِ فِيهِ وَهَذَا الْإِثْلَافُ يَتَحَقَّقُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِثْلَافٌ بِالْكَلَامِ فَصَارَ كَالْوَدِيعَةِ ، فَإِنَّهُ لَوْ ادَّعَى الْعَقَارَ عِنْدَ شَخْصٍ فَأَقْرَبَ بِهِ الْمُوَدِّعَ لِغَيْرِهِ ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ لِلْمُوَدِّعِ لَتَحَقُّقِ الْإِثْلَافِ فِيهِ بِهَذَا الطَّرِيقِ ، وَإِنْ لَمْ يَتَحَقَّقْ بِطَرِيقِ الْغَضَبِ ، وَإِنْ شَهِدَا عَلَيْهِ بِأَنَّهُ أَبْرَأَهُ مِنَ الدَّيْنِ أَوْ حَلَّلَهُ أَوْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِهِ أَوْ وَهَبَهُ إِيَّاهُ ثُمَّ رَجَعَا ضَمْنَا الْمَالَ الْمَشْهُودَ بِهِ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ يَصِيرُ مَالًا فِي الْعَاقِبَةِ بِالْقَبْضِ فَيَتَحَقَّقُ الْإِثْلَافُ فِيهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا شَهِدَا بِالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ ثُمَّ رَجَعَا حَيْثُ لَا يَضْمَنَانِ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لَيْسَ بِمَالٍ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ غَيْرُ الْآدَمِيِّ

الشرح

قوله : في المتن وبعده لم ينقض

وذلك لأن الشاهد لما أكذب نفسه بالرجوع تناقض كلامه والقضاء بالكلام المتناقض لا يجوز فلا يفسخ القاضي حكمه بالرجوع ولأن الرجوع ليس بشهادة بدليل أنه لا يشترط فيه لفظ الشهادة وما ليس بشهادة لا يطل به الحكم .

أثفاني

قوله : في المتن وضمننا إلخ

قال الأثفاني وهو مذهب مالك وأحمد بن حنبل وقال في شرح الأقطع قال الشافعي في قوله الجديد لا ضمان عليهم له أنه اجتمع في هذا الإللاف السبب والمباشرة ولا عبرة بالسبب مع وجود المباشرة فسقط حكم السبب فلا يجب الضمان على الشهود كالحافر مع الدافع ولما أن الشهود لما رجعوا علم أن المال وصل إلى المقضي له بغير حق ؛ لأن القاضي قضى بشهادتهم وشهادتهم كانت باطلة وتسليم مال الغير إلى الغير موجب للضمان والضمان لا يجب على المقضي له ولا على القاضي بالإجماع أما على المقضي له فلأن رجوع الشاهد لا يصح في حق الغير ، وأما على القاضي فلأنه كالمُلجأ على القضاء ؛ لأن القضاء فرض عليه بما ثبت عنده ظاهراً حتى لو لم ير وجوب القضاء يكفر ولو رأى ذلك ومع هذا آخر القضاء يفسق وإذا كان كالمُلجأ كان معذوراً في قضائه ثم لما لم يجب الضمان على المقضي له وعلى القاضي فتعين إيجاب الضمان على الشهود ؛ لأنهم صاروا سبباً لإزالة مال متقوم للغير بغير حق كما لو شهدوا بالعتق ثم رجعوا مع حذف

قوله : لأن التسيب على وجه التعدي إلخ

وذلك لأنهما أقرّا بأنهما تعديا ووضعّا

الشهادة في غير موضعها وصار ذلك سبباً إلى تلف المال والإللاف بسبب إذا كان بسبب التعدي موجب الضمان كما في حافر البئر ووضع الحجر على قارعة الطريق غاية ما في الباب أن كلام الشهود متناقض ولا يمنع ذلك صحة القضاء لكونه غير متهم على نفسه ولا يسترد المال من المحكوم له ؛ لأن رجوع الشاهد صح في حق نفسه لا في حق غيره .

أثفاني

قوله : لأنه لا عبرة للتسيب مع وجود المباشرة

قلنا المباشرة القاضي والمدعي ولا ضمان على القاضي أثفاً ؛ لأنه كالمُلجأ إلى مباشرة القضاء الذي به الإللاف من جهة الشرع بافتراضه عليه بعد ظهور العدالة ، وإذا ألجأه الشرع لا يضمنه ، وأما المدعي فلأنه أخذه بحق ظاهر ماض ؛ لأن خبر الرجوع ليس أولى من الأول لينقض الحكم وإذا لم ينقض لا يمكن جبره على إعطاء ما أخذ بذلك الوجه الماضي شرعاً وإذا تعدر الإيجاب على المباشرة تعين على المتعدي بالتسبب فتح

قوله : وقال شيخ الإسلام

أي خواهر زاده .

قوله : وإن كان عينا يجب على الشهود الضمان

قال الأتقاني رحمه الله وجه قول السرخسي في شرط القبض لضمان العين أن قضاء القاضي بالملك للمقضي له في زعم المقضي عليه باطل والمرء مؤاخذ بزعمه فلا يضمن الشهود ما لم يخرج الملك عن يده .

قوله : وإن لم يقبض المشهود له

وإلى هذا ذهب شمس الأئمة البيهقي في قسم المبسوط من الشامل فقال شهدا بعين ثم رجعا ضمنا قيمته قبضه المشهود له أم لا ؛ لأنهما أزالا ملك الآخر عن

العين المقضي به أو ؛ لأنهما حالا بينه وبين ماله ، وإن كان المشهود به ديناً ثم رجعا المشهود قبل قبض الدين لا يضمنون ؛ لأنهما أثلفا وما حالا ولأنهما أوجبا ديناً ولا يوجب ضمان العين ؛ لأن ضمان العدوان مقيد بالمثل ولا مماثلة بين الدين والعين لا جرم لو قبض المشهود له وصار عينا يضمن إلى هنا لفظ الشامل .

أتقاني .

(فروع) شهدا أنه أجله إلى سنة ثم رجعا ضمناه حالا ثم يرجعان على المطلوب بعد السنة ولو توى ما على المطلوب لو يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمنا قيمته للمالك ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما ؛ لأنه كالعوض ، وإن لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع شهدا أنه باع عبده بخمس مائة إلى سنة وقيمة العبد مائة وقضى به ثم رجعا بخير البائع بين رجوعه على المشتري إلى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الخمسمائة ، فإن ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن إذا حل الأجل ؛ لأنهما قاما مقام البائع بالضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل .

كمال مع حذف فروع منه

قوله : لَأَنَّ الضَّمَانَ

أَيَّ ضَمَانَ الْإِثْلَافِ وَضَمَانَ الْإِثْلَافِ الْخ .

فَتَحَّ

قوله : وَجَازَ لِلْمَقْضِيِّ لَهُ ذَلِكَ وَفِي الدِّينِ لَا يَزُولُ مِلْكُهُ

وَشَمْسُ الْأُتَمَّةِ يُوَفَّقُ فِي وَجْهِ الدِّينِ وَيَقُولُ فِي الْعَيْنِ : إِنَّ الْمَلِكَ ، وَإِنْ تَبَتَ فِيهِ لِلْمُدَّعِي بِمُجَرَّدِ الْقَضَاءِ لَكِنَّ الْمَقْضِيَّ عَلَيْهِ يَرْعُمُ أَنَّ ذَلِكَ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ الَّذِي فِي يَدِهِ مِلْكُهُ فَلَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يُضْمَنَ الشَّاهِدَ شَيْئًا

مَا لَمْ يَخْرُجْ مِنْ يَدِهِ قَالَ الْبِرَازِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي فَتَاوَاهِ وَالَّذِي عَلَيْهِ الْفَتْوَى الضَّمَانُ بَعْدَ الْقَضَاءِ بِالشَّهَادَةِ قَبْضَ الْمُدَّعِي الْمَالَ أَوْ لَا .

كَمَالَ قَالَ فِي الْخُلَاصَةِ مَا نَصَّهُ الشَّاهِدَانِ إِذَا رَجَعَا عَنْ شَهَادَتَيْهِمَا رُجُوعًا مُعْتَبَرًا يَعْنِي عِنْدَ الْقَاضِي لَا يَنْطُلُ الْقَضَاءُ لَكِنَّ ضَمَانَ الْمَالَ الَّذِي شَهِدَا بِهِ وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الْآخَرُ وَهُوَ قَوْلُهُمَا وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى سَوَاءً قَبْضَ الْمَقْضِيَّ لَهُ الْمَالَ الَّذِي قَضَى بِهِ أَوْ لَمْ يَقْبِضْ وَكَذَا الْعَقَارُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (فَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا ضَمِنَ النَّصْفَ ، وَالْعَبْرَةُ لِمَنْ بَقِيَ لَا لِمَنْ رَجَعَ) وَهَذَا هُوَ الْأَصْلُ فِي بَابِ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ ، وَلَوْ لَا ذَلِكَ لَوَجَبَ الضَّمَانُ مَعَ بَقَاءِ مَنْ يَقُومُ بِكُلِّ الْحَقِّ بِأَنْ بَقِيَ النَّصَابُ وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بَقِيَ مَنْ يَقُومُ بِنِصْفِ الْحَقِّ فَيَجِبُ ضَمَانُ النَّصْفِ وَلَا يُقَالُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ الْحُكْمُ بِنِصْفِ الْعِلَّةِ فَوَجَبَ أَنْ لَا يَبْقَى بِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّا نَقُولُ يَجُوزُ أَنْ يَبْقَى الْحُكْمُ بِبَعْضِ الْعِلَّةِ ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ بِهِ ابْتِدَاءً كَالْحَوْلِ الْمُنْعَدِّ عَلَى النَّصَابِ يَبْقَى بِنِصْفِ النَّصَابِ ، وَإِنْ لَمْ يَنْعَقِدْ بِهِ ابْتِدَاءً قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (فَإِنْ شَهِدَ ثَلَاثَةٌ وَرَجَعَ وَاحِدٌ لَمْ يَضْمَنْ) ؛ لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الْحَقِّ ؛ لِأَنَّ شَهَادَةَ شَاهِدَيْنِ تَكْفِي لِثُبُوتِ الْحَقِّ فِي غَيْرِ الزَّانِ ، وَالْكَلَامُ فِيهِ وَقَدْ بَقِيَتْ فَصَارَ الْحَقُّ مُسْتَحَقًّا بِهَا ، وَالْإِسْتِحْقَاقُ يَمْنَعُ وَجُوبَ الْحَقِّ كَمَنْ أَتْلَفَ مَالَ إِنْسَانٍ ثُمَّ اسْتَحَقَّ الْمُتْلَفُ بَيِّنَةً لَا يَضْمَنْ لِلأَوَّلِ شَيْئًا فَكَذَا هَذَا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِنْ رَجَعَ آخَرُ ضَمِنَا النَّصْفَ) ؛ لِأَنَّهُ بَقِيَ مِنْهُمْ وَاحِدٌ فَيَبْقَى بِنِصْفِ الْحَقِّ وَلَا يُقَالُ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَضْمَنَ الرَّاجِعُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ كَانَ مُضَافًا إِلَى الْبَاقِيَيْنِ وَلِهَذَا لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا بِرُجُوعِهِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ التَّلَفُ مُضَافٌ إِلَى الْمَجْمُوعِ إِلَّا أَنَّهُ عِنْدَ رُجُوعِ الْأَوَّلِ لَمْ يَظْهَرِ أَثَرُهُ لِمَانِعٍ وَهُوَ بَقَاءُ الشَّاهِدَيْنِ فَلَمَّا رَجَعَ آخَرُ ظَهَرَ أَثَرُهُ إِذْ لَمْ يَبْقَ إِلَّا مَنْ يَقُومُ بِنِصْفِ الْحَقِّ فَيَعْرِمَانِ النَّصْفَ إِذْ لَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ وَهَذَا كَمَا يَلْزَمُ جَمِيعُهُمُ الضَّمَانُ إِذَا رَجَعُوا وَهُمْ ثَلَاثَةٌ وَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يَقُولَ لَا يَلْزَمُنِي الضَّمَانُ ؛ لِأَنِّي لَوْ رَجَعْتُ وَحْدِي لَمَا وَجَبَ

عَلَيَّ فَلَا يَجِبُ عَلَيَّ الضَّمَانُ بِرُجُوعِ غَيْرِي

الشرح

قوله : في المتن والعبرة لمن بقي لا لمن رجع

قَالَ اللَّتَّانِي رَحِمَهُ اللَّهُ وَالْأَصْلُ هُنَا مَا ذَكَرُوا فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ أَنَّ الْعِبْرَةَ فِي الرُّجُوعِ لِبَقَاءِ مَنْ بَقِيَ لَا لِرُجُوعِ مَنْ رَجَعَ وَأَنَّ الشَّاهِدَ فِي رُجُوعِهِ يَضْمَنُ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ مَا أَثْبَتَ بِشَهَادَتِهِ لِلْمَشْهُودِ لَهُ وَرُجُوعُهُ يُعْتَبَرُ فِي حَقِّ الضَّمَانِ عَلَيْهِ لَا فِي إِبْطَالِ مَا ثَبَتَ لِلْمَشْهُودِ لَهُ ، وَإِنَّمَا قُلْنَا الْعِبْرَةَ لِبَقَاءِ مَنْ بَقِيَ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَتِ الْعِبْرَةُ لِرُجُوعِ مَنْ رَجَعَ لَرِمَ أَنْ يَكُونَ الضَّمَانُ وَاجِبًا عَلَى الرَّاجِعِ مَعَ بَقَاءِ الْحَقِّ عِنْدَ وُجُودِ الْمُبْقِي كَمَا إِذَا رَجَعَ أَحَدُ الثَّلَاثَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَكَانَ ضَمَانُ الْإِثْلَافِ بَلَا تَلَفٍ وَهُوَ فَاسِدٌ إِذْ الْحَقُّ بَاقٍ لَمْ يَتَلَفْ مِنْهُ شَيْءٌ بَقَاءِ الشَّاهِدَيْنِ .

قوله : كالحول المنعقد على النصاب يبقى الخ

قَالَ الْكَمَالُ : وَأَمَّا مَا أوردَ مِنْ أَنَّهُ يَنْبَغِي إِذَا رَجَعَ وَاحِدٌ مِنَ الثَّانِيَيْنِ لَا يَبْقَى شَيْءٌ مِنَ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْوَاحِدَ لَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِ شَيْءٌ أَصْلًا فَيَقْتَضِي أَنْ يَضْمَنَ الْوَاحِدُ الرَّاجِعُ كُلَّ الْمَالِ فَهُوَ مُصَادِمٌ لِلْإِجْمَاعِ عَلَى نَفْيِهِ ، وَإِنَّمَا كَانَ الْإِجْمَاعُ عَلَى نَفْيِهِ ؛ لِأَنَّ عَدَمَ ثُبُوتِ شَيْءٍ بِشَهَادَةِ وَاحِدٍ إِنَّمَا هُوَ فِي الْإِبْتِدَاءِ وَلَا يَلْزَمُ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ مَا يَلْزَمُ فِي الْإِبْتِدَاءِ وَحِينَئِذٍ فَبَعْدَ مَا ثَبَتَ شَيْءٌ بِشَهَادَةِ اثْنَيْنِ نُسِبَ إِلَى كُلِّ مَنِهْمَا فِي حَالِ الْبَقَاءِ ثُبُوتُ حِصَّةٍ مِنْهُ بِشَهَادَتِهِ فَبَقِيَ هَذِهِ الْحِصَّةُ مَا بَقِيَ عَلَى شَهَادَتِهِ وَيَكُونُ مُتَلَفًا لَهَا بِرُجُوعِهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (، وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَرَجَعَتْ امْرَأَةٌ ضَمِنَتْ الرُّبْعَ) لِبَقَاءِ ثَلَاثَةِ الْأَرْبَاعِ بَقَاءِ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ إِذَا الرَّجُلُ وَحْدَهُ بِالنِّصْفِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِنْ رَجَعْنَا ضَمِنَّا النِّصْفَ) ؛ لِأَنَّهُ بَقَاءُ الرَّجُلِ بَقِيَ نِصْفُ الْحَقِّ وَعَلَى هَذَا لَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَتَانِ فَرَجَعَ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ فَلَعَلَّيْهِمَا الرُّبْعُ أَثْلَانًا ، وَإِنْ رَجَعَ رَجُلَانِ فَلَعَلَّيْهِمَا النِّصْفُ ، وَإِنْ رَجَعَتْ امْرَأَتَانِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا وَهُوَ ظَاهِرٌ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَعَشْرُ نِسْوَةٍ فَرَجَعَتْ ثَمَانٍ لَمْ يَضْمَنْ) ؛ لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الْحَقِّ وَهُوَ الرَّجُلُ ، وَالْمَرْأَتَانِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (فَإِنْ رَجَعَتْ أُخْرَى ضَمِنَ رُبْعُهُ) ؛ لِأَنَّهُ بَقَاءُ الرَّجُلِ ، وَالْمَرْأَةُ بَقِيَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْحَقِّ النِّصْفُ بِالرَّجُلِ ، وَالرُّبْعُ بِالْمَرْأَةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِنْ رَجَعُوا فَالْعُرْمُ بِالْأَسَدَاسِ) يَعْنِي سُدُسُهُ عَلَى الرَّجُلِ وَخَمْسَةُ أَسَدَاسِهِ عَلَى النِّسْوَةِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا عَلَى الرَّجُلِ النِّصْفُ وَعَلَى النِّسْوَةِ النِّصْفُ ؛ لِأَنَّهُنَّ ، وَإِنْ كَثُرْنَ يَقُمْنَ مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ إِلَّا بِإِضْمَامِ رَجُلٍ . فَعَلِمَ بِهَذَا أَنَّ الْحُجَّةَ لَا تَتِمُّ بِهِنَّ مَا لَمْ يَشْهَدْ مَعَهُنَّ رَجُلٌ فَكَانَ الثَّابِتُ بِشَهَادَتِهِ نِصْفُ الْحَقِّ وَبِشَهَادَتَيْهِ النِّصْفُ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ مُتَعَيِّنٌ فِي هَذِهِ الشَّهَادَةِ لِلْقِيَامِ بِنِصْفِ الْحُجَّةِ فَلَا تَتِمُّ الْحُجَّةُ إِلَّا بِوُجُودِهِ فَلَا يَتَغَيَّرُ هَذَا الْحُكْمُ بِكَثْرَةِ النِّسَاءِ ، فَإِذَا ثَبَتَ نِصْفُ الْحَقِّ بِشَهَادَتِهِ ضَمِنَ ذَلِكَ عِنْدَ الرُّجُوعِ ، وَالنِّصْفُ الْآخَرُ ثَبَتَ بِشَهَادَتَيْهِ فَعَلَيْهِنَّ ضَمَانُهُ عِنْدَ الرُّجُوعِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ كُلَّ امْرَأَتَيْنِ يَقُومَانِ مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ قَالَ عَلَيْهِ

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي تَقْصَانِ عَقْلِهِنَّ { عَدَلْتُ شَهَادَةَ كُلِّ اثْنَتَيْنِ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ } فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ بِذَلِكَ سِتَّةَ رَجَالٍ ثُمَّ رَجَعُوا فَيَكُونُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمْ أَسَدَاسًا وَعَدَمُ الْإِعْتِدَادِ بِكَثْرَتِهِنَّ عِنْدَ انْفِرَادِهِنَّ لَا يَلْزَمُ مِنْهُ عَدَمُ الْإِعْتِدَادِ بِكَثْرَتِهِنَّ عِنْدَ الْإِجْمَاعِ مَعَ الرِّجَالِ أَلَا تَرَى أَنَّ كُلَّ اثْنَتَيْنِ مِنْهُنَّ فِي الْمِيرَاثِ يَقُومَانِ مَقَامَ ابْنٍ وَاحِدٍ وَعِنْدَ انْفِرَادِهِنَّ لَهُنَّ الثَّلَاثَانِ فَلَا يَزْدَادُ نَصِيْبُهُنَّ ، وَإِنْ اخْتَلَطْنَ بِابْنٍ يَزِيدُ فَيُعْتَدُ بِكَثْرَتِهِنَّ فَكَذَا هُنَا ، وَإِنْ رَجَعَ النِّسْوَةُ الْعَشْرُ دُونَ الرَّجُلِ كَانَ عَلَيْهِنَ نِصْفُ الْحَقِّ بِالتَّفَاقُ ؛ لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِهِ نِصْفُ الْحَقِّ وَهُوَ الرَّجُلُ

وَكَذَلِكَ إِذَا رَجَعَ الرَّجُلُ وَحْدَهُ عَلَيْهِ نِصْفُ الْحَقِّ لِبَقَاءِ مَنْ يَقُومُ بِالنِّصْفِ وَقَالَ فِي الْمُحِيطِ إِنَّ رَجَعَ الرَّجُلُ وَتَمَانَ نِسْوَةً فَعَلَى الرَّجُلِ نِصْفُ الْحَقِّ وَلَا شَيْءَ عَلَى النِّسْوَةِ ؛ لِأَنَّهُنَّ ، وَإِنْ كَثُرْنَ يَقُمْنَ مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَقَدْ بَقِيَ مِنَ النِّسَاءِ مَنْ يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِنَّ نِصْفُ الْحَقِّ فَيَجْعَلُ الرَّاجِعَاتُ كَأَنَّهُنَّ لَمْ يَشْهَدْنَ وَهَذَا سَهْوٌ بَلْ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ النِّصْفُ أَخْمَاسًا عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا أَنْصَافًا .

وَذَكَرَ الْإِسْبِجَابِيُّ أَنَّهُ لَوْ رَجَعَ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ كَانَ النِّصْفُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ، وَلَوْ كَانَ كَمَا قَالَ لَمَا وَجَبَ عَلَى الْمَرْأَةِ شَيْءٌ ، وَإِنْ شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَةٌ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا دُونَ الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَاحِدَةَ لَيْسَتْ بِشَاهِدَةٍ بَلْ هِيَ بَعْضُ الشَّاهِدِ فَلَا يُضَافُ الْحُكْمُ إِلَيْهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَتَانِ ، وَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَثَلَاثُ نِسْوَةٍ ثُمَّ رَجَعُوا فَعِنْدَهُمَا عَلَى الرَّجُلِ النِّصْفُ وَعَلَى النِّسْوَةِ النِّصْفُ وَعِنْدَهُ عَلَيْهِ الْخُمُسَانِ وَعَلَيْهِنَّ ثَلَاثَةُ الْأُخْمَاسِ عَلَى الْأَصْلِ الَّذِي تَقَدَّمَ ، وَلَوْ رَجَعَ

الرَّجُلُ وَامْرَأَةٌ فَعَلَيْهِ النِّصْفُ كُلُّهُ عِنْدَهُمَا وَلَا يَجِبُ عَلَى الْمَرْأَةِ شَيْءٌ وَعِنْدَهُ عَلَيْهِ وَعَلَى الرَّاجِعَةِ أَثْلَاثًا عَلَى مَا تَقَدَّمَ

الشرح

قوله : فعليهما الربع أثلاثا

ثُلَاثُ الرَّبْعِ وَهُوَ سُدُسٌ عَلَى الرَّجُلِ وَثُلُثُ الرَّبْعِ وَهُوَ نِصْفُ سُدُسٍ عَلَى الْمَرْأَةِ .

قوله : في المتن ، فإن رجعت أخرى ضمن

أَيِ النِّسْوَةِ التَّسْعُ الرَّاجِعَاتُ .

قوله في المتن : وإن رجعوا

أَيِ الرَّجُلِ وَالنِّسْوَةِ .

قوله ولهذا لا تقبل شهادتهن إلّا بانضمام رجل

فَصَارَتْ شَهَادَةُ عَشْرِ نِسْوَةٍ كَشَهَادَةِ امْرَأَتَيْنِ غَايَةً

قوله : ولأبي حنيفة

أَيُّ لَأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ شَهَادَةَ الْمَرَأَتَيْنِ عِنْدَ الْاِخْتِلَافِ بِمَنْزِلَةِ شَهَادَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ فَتَصِيرُ شَهَادَةُ عَشْرِ نِسْوَةٍ بِمَنْزِلَةِ شَهَادَةِ خَمْسَةِ رِجَالٍ فَصَارَ كَأَنَّ الشُّهُودَ كَانُوا سِتَّةَ رِجَالٍ فَرَجَعُوا جَمِيعًا فَوَجَبَ الضَّمَانُ أَسَدَاسًا .

غَايَةُ

قوله : كَانَ عَلَيْهِنَ نِصْفُ الْحَقِّ بِالِاتِّفَاقِ

عَلَى اخْتِلَافِ التَّخْرِيجِ فَعِنْدَهُمَا ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِشَهَادَتِهِنَّ نِصْفُ الْمَالِ وَعِنْدَهُ .

فَتَحُّ

قوله : لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِهِ نِصْفُ الْحَقِّ وَهُوَ الرَّجُلُ

كَمَا لَوْ شَهِدَ سِتَّةَ رِجَالٍ ثُمَّ رَجَعَ خَمْسَةٌ ثُمَّ لَيْسَتْ إِحْدَاهُنَّ أَوَّلَى بِضَمَانِ النِّصْفِ مِنَ الْآخَرَيْنِ .

فَتَحُّ

قوله : وَذَكَرَ الْإِسْنَبِجَابِيُّ أَنَّهُ لَوْ رَجَعَ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ الْخ

مَا ذَكَرَهُ فِي الْمُحِيطِ وَكَذَا فِي الْاِخْتِيَارِ عَلَى قَوْلِهِمَا وَمَا ذَكَرَهُ الْإِسْنَبِجَابِيُّ بِنَاءً عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ بِدَلِيلِ مَا ذَكَرَ آخِرَ الْمَسْأَلَةِ مِنْ قَوْلِهِ ، وَلَوْ رَجَعَ الرَّجُلُ وَامْرَأَةٌ فَعَلَيْهِ النِّصْفُ كُلُّهُ عِنْدَهُمَا الْخَ فَلَا سَهْوَ إِذْ كَذَا أَفَادَ شَيْخُنَا الْبُرْهَانَ الطَّرَابُلُسِيُّ .

قوله : ، وَإِنْ شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَةٌ

قَالَ الْأَنْتَقَانِيُّ هَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ الْمَبْسُوطِ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ عَلَى الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْضَ بِشَهَادَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا نِصْفُ شَاهِدٍ فَلَا يُضَافُ

الْحُكْمُ إِلَى بَعْضِ الْعِلَّةِ قَوْلُهُ : بِخِلَافِ مَا إِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَتَانِ (أَيُّ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ أَثْلَاثٌ ؛ لِأَنَّ الْمَرَأَتَيْنِ قَامَتَا مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ فَكَانَتْهُ شَهَادَةُ ثَلَاثَةِ رِجَالٍ

قوله : وَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَثَلَاثُ نِسْوَةٍ الْخ

قَالَ فِي الشَّامِلِ فِي قِسْمِ الْمَبْسُوطِ شَهِدَ رَجُلٌ وَثَلَاثُ نِسْوَةٍ ثُمَّ رَجَعَ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ ضَمِنَ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ نِصْفَ الْمَالِ أَثْلَاثًا فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ الرَّجُلُ نِصْفَ الْمَالِ وَلَا تَضْمَنُ الْمَرْأَةُ ؛ لِأَنَّ عِنْدَهُمَا الثَّابِتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ نِصْفُ الْحَقِّ وَبَقِيَ بِشَهَادَةِ الْمَرَأَتَيْنِ

نِصْفُ الْحَقِّ ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ الْحَقُّ بِشَهَادَةِ الرَّجَالِ وَالنِّسَاءِ عَلَى الشَّيْءِ ثُمَّ تُقَامُ كُلُّ امْرَأَتَيْنِ مَقَامَ رَجُلٍ فَثَلَاثُ نِسْوَةٍ يَقُومَنَّ مَقَامَ رَجُلٍ وَنِصْفُ ، فَإِنْ رَجَعُوا جَمِيعًا فَعِنْدَهُمَا أَنْصَافًا وَعِنْدَهُ أَخْمَاسًا عَلَى النِّسْوَةِ ثَلَاثَةِ أَخْمَاسٍ إِلَى هُنَا لَفْظُ الشَّامِلِ .

أُتْقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِنْ شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَيْهِ أَوْ عَلَيْهَا بِنِكَاحٍ بِقَدَرِ مَهْرٍ مِثْلَهَا وَرَجَعَا لَمْ يَضْمَنْ) سَوَاءُ كَانَتْ هِيَ الْمُدْعِيَّةُ أَوْ هُوَ وَمُرَادُهُ هَذَا بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ أَوْ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ أَثْلَفَا عَلَيْهِ شَيْئًا بِعَوَضٍ يُقَابِلُهُ ، وَالْإِثْلَافُ بِعَوَضٍ كُلُّ إِثْلَافٍ ، فَإِنْ قِيلَ هَذَا يَسْتَقِيمُ فِي حَقِّهَا ؛ لِأَنَّهُمَا أَثْلَفَا عَلَيْهَا الْبُضْعَ بِعَوَضٍ مُتَقَوِّمٍ .

وَأَمَّا فِي حَقِّ الزَّوْجِ فَغَيْرُ مُسْتَقِيمٍ ؛ لِأَنَّ الْبُضْعَ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ وَأَثْلَفَا عَلَيْهِ الْمَالُ الْمُتَقَوِّمُ بِمُقَابِلَتِهِ فَوَجِبَ أَنْ يَضْمَنَّا لَهُ مُطْلَقًا قُلْنَا الْبُضْعُ مُتَقَوِّمٌ حَالُ دُخُولِهِ فِي الْمِلْكِ ، وَالْكَلَامُ فِيهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِنْ زَادَا عَلَيْهِ ضَمَانَهَا) أَيُّ إِنْ زَادَا عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ ضَمَانُ الزَّيَادَةِ هَذَا إِذَا كَانَتْ هِيَ الْمُدْعِيَّةُ لِلنِّكَاحِ وَهُوَ يُنْكَرُ ؛ لِأَنَّهُمَا أَثْلَفَا عَلَى الزَّوْجِ قَدْرَ الزَّيَادَةِ بِلَا عَوَضٍ وَلَمْ يَذْكُرِ الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا شَهِدَا عَلَيْهَا بِالنِّكَاحِ بِأَقْلٍ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ فَحُكْمُهُ أَنَّهُمَا لَا يَضْمَنَانِ لَهَا شَيْئًا ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَ الْإِثْلَافِ فَلَا يَضْمَنُ بِالْمُتَقَوِّمِ إِذَا التَّضْمِينُ يَسْتَدْعِي الْمُمَاتِلَةَ ، وَإِنَّمَا يَضْمَنُ وَيَتَقَوَّمُ بِالتَّمْلِكِ ضَرُورَةً لِإِبَانَةِ خَطَرِ الْمَحَلِّ .

فَصَارَ الْأَصْلُ أَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَالًا كَالْفَصَاصِ ، وَالنِّكَاحِ لَا يَضْمَنُ الشُّهُودُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَإِنْ كَانَ مَالًا ، فَإِنْ كَانَ الْإِثْلَافُ بِعَوَضٍ يُعَادِلُهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَإِنْ كَانَ بِعَوَضٍ لَا يُعَادِلُهُ لَا يَضْمَنُ بِقَدَرِ الْعَوَضِ وَيَضْمَنُ الزَّيَادَةَ لِحُلُولِهَا عَنْ الْعَوَضِ وَتَخْرُجُ الْمَسَائِلُ عَلَى هَذَا ، وَلَوْ شَهِدَا عَلَيْهَا بِقَبْضِ مَهْرٍ أَوْ بَعْضِهِ فَقَضَى بِشَهَادَتِهِمَا الْفَاضِي ثُمَّ رَجَعَا ضَمَانًا لَهَا ؛ لِأَنَّهُمَا أَثْلَفَا

عَلَيْهَا مَالًا وَهُوَ الْمَهْرُ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا دُونَ الْبُضْعِ ، وَلَوْ شَهِدَا عَلَيْهَا أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ وَمَهْرُ مِثْلَهَا خَمْسُمِائَةٍ وَأَنَّهَا قَبَضَتْ الْأَلْفَ وَهِيَ تُنْكَرُ فَقَضَى بِشَهَادَتِهِمَا ثُمَّ رَجَعَا ضَمَانًا لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ لَا الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْإِسْتِيفَاءِ لَمْ يَثْبُتْ لَهَا فِيهِ إِذْ لَمْ يَقْبُضْ بِوُجُوبِهِ ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِالنِّكَاحِ مَعَ قَبْضِ الْمَهْرِ قَضَاءٌ بِإِزَالَةِ مِلْكِهَا عَنْ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا قَضَاءٌ بِالْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مَقْبُوضًا لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَضَاءِ بِهِ فَلَمْ تَقَعْ الشَّهَادَةُ بِالْقَبْضِ إِلَّافًا لِلْمُسَمَّى لِعَدَمِ وَجُوبِهِ أَصْلًا بَلْ وَقَعَتْ إِلَّافًا لِلْبُضْعِ فَيَضْمَنَانِ قِيمَتَهُ هَكَذَا ذَكَرَهُ فِي التَّحْرِيرِ وَهُوَ وَارِدٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ مِنَ الْمَذْهَبِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ أَوْجِبَ عَلَى الشُّهُودِ قِيمَةَ الْبُضْعِ مَعَ عَدَمِ وَجُوبِهِ بِالْقَضَاءِ .

وَمُقْتَضَى الْمَذْهَبِ أَنْ لَا يَجِبُ شَيْءٌ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَهُوَ أَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَ الْإِثْلَافِ ، وَإِنَّمَا يَتَقَوَّمُ عَلَى الزَّوْجِ عِنْدَ تَمْلِكِهِ إِيَّاهُ ، وَلَوْ شَهِدَا بِالنِّكَاحِ عَلَى أَلْفٍ وَلَمْ يَشْهَدَا بِالْقَبْضِ حَتَّى قَضَى بِهِ ثُمَّ شَهِدَا بِالْقَبْضِ ثُمَّ رَجَعَا عَنْ الشَّهَادَتَيْنِ ضَمَانًا لِلْمَرْأَةِ أَلْفًا ؛ لِأَنَّهُمَا لَمَّا شَهِدَا بِالنِّكَاحِ بِالْفِ تَبَتَ لَهَا حَقُّ الْإِسْتِيفَاءِ ؛ لِأَنَّ الْأَلْفَ قَدْ تَقَرَّرَ عَلَيْهِ بِالْقَضَاءِ بِالنِّكَاحِ ثُمَّ بِشَهَادَتِهِمَا أَثْلَفَا عَلَيْهَا ذَلِكَ فَيَضْمَنَانِ جَمِيعُهُ ، وَلَوْ ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَى مِائَةٍ ، وَقَالَتْ : تَزَوَّجَنِي عَلَى أَلْفٍ وَذَلِكَ مَهْرُ مِثْلَهَا فَأَقَامَ الزَّوْجُ شَاهِدَيْنِ بِمَا ادَّعَى وَقَضَى لَهُ بِذَلِكَ وَقَدْ دَخَلَ بِهَا ثُمَّ رَجَعَا ضَمَانًا لَهَا تِسْعِمِائَةٍ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى وَلَمْ يَضْمَنَا شَيْئًا فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ بِنَاءٌ عَلَى مَسْأَلَةٍ

النِّكَاحِ فِي اخْتِلَافِ الزَّوْجَيْنِ فِي الْمَهْرِ فَعِنْدَهُمَا الْقَوْلُ قَوْلُهَا إِلَى مَهْرٍ مِثْلَهَا ، وَلَوْ لَا شَهِادَتُهُمَا لَقَضَى لَهَا عَلَيْهِ بِالْفِ فَأَثْلَفَا عَلَيْهَا مِنْ ذَلِكَ تِسْعِمِائَةٍ فَيَضْمَنَانِ وَعِنْدَهُ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فَلَمْ يُثْلَفَا عَلَيْهَا شَيْئًا وَهَذَا يُبَيِّنُ أَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِشَيْءٍ مُسْتَنْكَرٍ مَا لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا فِي الشَّرْعِ وَهُوَ مَا دُونَ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ ، وَإِنْ أَثْلَفَا مَنْفَعَةً بِأَنْ شَهِدَا أَنَّهُ أَكْرَى دَابَّتَهُ بِمِائَةٍ وَأَجَرَ مِثْلَهَا مِائَتَانِ فَرَكِبَهَا ثُمَّ رَجَعَا لَمْ يَضْمَنَا إِنْ

كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الْمُسْتَأْجِرُ ، وَالْمُنْكَرُ صَاحِبَ الدَّائِيَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَتَّفَعَا عَلَى صَاحِبِ الدَّائِيَةِ مُجَرَّدَ الْمَنْفَعَةِ مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ وَلَا شُبْهَةِ عَقْدٍ ، وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ لِمَا عُرِفَ .

وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعِي صَاحِبَ الدَّائِيَةِ ، وَالْآخَرُ يُنْكَرُ ضَمَانَ لَهُ مَا زَادَ عَلَى أَجْرِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَتَّفَعَا عَلَيْهِ ذَلِكَ الْقَدَرُ بِلَا عَوْضٍ وَقَدَّرَ أَجْرُ الْمِثْلِ بِعَوْضٍ فَلَمْ يَضْمَنْهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَمْ يَضْمَنْ فِي الْبَيْعِ إِلَّا مَا نَقَصَ) يَعْنِي إِذَا شَهِدَا عَلَى الْبَائِعِ بِأَنَّهُ بَاعَ ثُمَّ رَجَعَا عَنْ الشَّهَادَةِ لَمْ يَضْمَنْ لَهُ إِذَا كَانَ الْبَيْعُ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ أَوْ أَكْثَرَ ؛ لِأَنَّهُمَا أَتَّفَعَا عَلَيْهِ الْمَبِيعَ بِعَوْضٍ يَعْدِلُهُ أَوْ يَقُوفُهُ ، وَالْإِثْلَافُ بِعَوْضٍ كَلَّا إِثْلَافَ ، وَإِنْ شَهِدَا عَلَيْهِ بِأَنَّهُ بَاعَ بِأَقَلِّ مِنَ الْقِيَمَةِ ضَمَّنَا التَّقْصَانَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْقَدَرُ أَتَّفَعَاهُ عَلَيْهِ بِلَا عَوْضٍ وَلَا فَرْقٍ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ بِخِيَارِ الشَّرْطِ لِلْبَائِعِ أَوْ كَانَ بَاتًّا ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْبَيْعُ السَّابِقُ فَيُضَافُ الْحُكْمُ إِلَيْهِ عِنْدَ سُقُوطِ الْخِيَارِ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ فَيَكُونُ التَّلَفُ مُضَافًا إِلَيْهِمَا ، فَإِنْ قِيلَ : الْبَيْعُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِلْبَائِعِ لَا يُزِيلُ مِلْكَ الْبَائِعِ عَنِ الْمَبِيعِ وَقَدْ كَانَ

مُتَمَكِّنًا مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ بِفَسْخِ الْبَيْعِ فِي الْمُدَّةِ ، فَإِذَا لَمْ يَفْعَلْ فَقَدْ رَضِيَ بِالْبَيْعِ فَوَجَبَ أَنْ لَا يَضْمَنْ لَهُ شَيْئًا قُلْنَا : السَّبَبُ الْمَوْجِبُ لِرِوَالِ الْمِلْكِ هُوَ الْبَيْعُ الْمَشْهُودُ بِهِ ، وَإِنْ تَأَخَّرَ حُكْمُهُ وَهُوَ زَوَالُ الْمِلْكِ وَلِهَذَا يَسْتَحِقُّ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بِزَوَائِدِهِ عِنْدَ النَّفَادِ فَكَانَ الْإِثْلَافُ حَاصِلًا بِشَهَادَتِهِمَا فَيَضْمَنْانِ .

وَهَذَا لِأَنَّ الْبَائِعَ كَانَ مُنْكَرًا لِلْبَيْعِ فَلَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ بِحُكْمِ الْخِيَارِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالْمَقْرَّرِ بِالْبَيْعِ فَيَتَنَاقَضُ كَلَامُهُ عِنْدَ النَّاسِ فَيَكُونُ كَاذِبًا عِنْدَهُمْ فَيَتَوَقَّاهُ حَدَرًا مِنْ ذَلِكَ حَتَّى إِذَا أَجَازَهُ بِاخْتِيَارِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الشُّهُودِ ؛ لِأَنَّهُ أَتَّفَعَهُ بِمُبَاشَرَتِهِ وَلَا يُضَافُ الْحُكْمُ إِلَى الْمُسَبِّبِ مَعَ وُجُودِ الْمُبَاشَرِ هَذَا إِذَا شَهِدَا بِالْبَيْعِ وَلَمْ يَشْهَدَا بِنَقْدِ الثَّمَنِ ، وَإِنْ شَهِدَا بِنَقْدِ الثَّمَنِ مَعَ أَنَّهُمَا شَهِدَا بِالْبَيْعِ يُنْظَرُ ، فَإِنْ شَهِدَا بِالْبَيْعِ بِأَلْفٍ مِثْلًا فَقَضَى بِهِ الْقَاضِي ثُمَّ شَهِدَا عَلَيْهِ بَعْدَ الْقَضَاءِ بِقَبْضِ الثَّمَنِ فَقَضَى بِهِ ثُمَّ رَجَعَا عَنْ الشَّهَادَتَيْنِ ضَمَّنَا الثَّمَنَ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ تَقَرَّرَ فِي ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي بِالْقَضَاءِ ثُمَّ أَتَّفَعَاهُ عَلَيْهِ بِشَهَادَتِهِمَا بِالْقَبْضِ فَيَضْمَنْانِ ، وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ أَقَلَّ مِنْ قِيَمَةِ الْمَبِيعِ يَضْمَنْانِ الزِّيَادَةَ أَيْضًا مَعَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمَا أَتَّفَعَا عَلَيْهِ هَذَا الْقَدَرُ بِشَهَادَتِهِمَا الْأُولَى ، وَإِنْ شَهِدَا عَلَيْهِ بِالْبَيْعِ وَقَبْضِ الثَّمَنِ جُمْلَةً وَاحِدَةً فَقَضَى بِهِ ثُمَّ رَجَعَا عَنْ شَهَادَتِهِمَا تَجِبُ عَلَيْهِمَا الْقِيَمَةُ فَقَطْ ؛ لِأَنَّ الْقَاضِي يَقْضِي بِالْبَيْعِ لَا بِوُجُوبِ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِالثَّمَنِ يُقَارِنُهُ مَا يُوجِبُ سُقُوطَهُ وَهُوَ الْقَضَاءُ بِالْقَبْضِ ، وَالْقَضَاءُ بِالشَّيْءِ إِذَا اقْتَرَنَ بِهِ مَا يُوجِبُ بَطْلَانَهُ لَا يَقْضَى بِهِ وَلِهَذَا قُلْنَا لَوْ

شَهِدَا شَاهِدَانِ بِالْبَيْعِ ، وَالْإِقَالَةُ دُفْعَةً وَاحِدَةً أَنَّ الْقَاضِي لَا يَشْتَغِلُ بِالْقَضَاءِ بِالْبَيْعِ لِاقْتِرَانِ مَا يُوجِبُ انْفِسَاخَهُ وَهُوَ الْقَضَاءُ بِالْإِقَالَةِ فَكَذَا هُنَا ، وَلَوْ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ بِالشَّرَاءِ فَقَضَى بِهِ ثُمَّ رَجَعَا .

فَإِنْ كَانَ بِمِثْلِ قِيَمَتِهِ أَوْ أَقَلَّ لَمْ يَضْمَنْ لِلْمُشْتَرِي شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْإِثْلَافَ بِعَوْضٍ لَا يَكُونُ إِثْلَافًا فِي الْمَعْنَى عَلَى مَا بَيَّنَّا ، وَإِنْ كَانَ بِأَكْثَرٍ مِنْ قِيَمَتِهِ ضَمَّنَا مَا زَادَ عَلَى قِيَمَتِهِ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُمَا أَتَّفَعَا عَلَيْهِ الرَّائِدَ بِغَيْرِ عَوْضٍ فَيَضْمَنْانِ لَهُ وَكَذَا إِذَا شَهِدَا عَلَيْهِ بِالشَّرَاءِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي وَجَازَ الْبَيْعُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ ، وَإِنْ جَازَ بِإِجَازَتِهِ لَا يَضْمَنْانِ عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي حَقِّ الْبَائِعِ

الشرح

قوله في المتن : وإن شهد رجلان عليه أو عليها بنكاح بقدر مهر مثلهما ورجعا لم يضمننا

قَالَ الْأَنْقَايُ : وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ يَسْتَدْعِي الْمُمَاثَلَةَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ } وَلَا مُمَّاثَلَةَ بَيْنَ الْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةِ الَّتِي هِيَ الْعَرَضُ أَعْنِي مَنَفَعَةُ الْبُضْعِ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ كَمَا فِي إِتْلَافِ سَائِرِ الْمَنَافِعِ الْمَعْصُوبَةِ حَيْثُ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ وَلِأَنَّ مَنَفَعَةَ الْبُضْعِ لَا قِيَمَةَ لَهَا عِنْدَ الْخُرُوجِ عَنْ مِلْكِ الْمَرْأَةِ أَلَّا تَرَى أَنَّ امْرَأَةً مَرِيضَةً لَوْ زَوَّجْتَ نَفْسَهَا بِأَقْلٍ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ لَمْ يَجِبْ لَهَا كَمَالُ الْمَهْرِ بِخِلَافِ مَا لَوْ بَاعَتْ فِي مَرَضٍ مَوْتَهَا شَيْئًا بِأَقْلٍ مِنْ قِيَمَتِهِ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبْ لِلْبُضْعِ قِيَمَةٌ عِنْدَ الدُّخُولِ فِي مِلْكِ الزَّوْجِ إِبَانَةً لِحَاطَرِ الْمَحَلِّ كَلَامُ الْأَنْقَايِ رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله : قلنا : البضع متقوم حال دخوله الخ

وَفِي الذَّخِيرَةِ وَمَنَافِعِ الْبُضْعِ تُعْتَبَرُ مَالًا عِنْدَ الدُّخُولِ فَصَلَحَتْ عَوَضًا وَلِهَذَا يَجُوزُ لِلْأَبِ أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَهُ الصَّغِيرَ بِمَهْرِ الْمِثْلِ مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ ، وَالْأَبُ لَا يَمْلِكُ إِزَالَةَ مَالِ الصَّغِيرِ إِلَّا بِعَوَضٍ وَلَا يَمْلِكُ الْأَبُ خُلْعَ ابْنَتِهِ الصَّغِيرَةِ بِمَالِهَا ، وَإِنْ كَانَ الْمُسَمَّى مِثْلَ مَهْرِ الْمِثْلِ .

كَأَكِيٍّ

قوله في المتن : وإن زادا

وَفِي بَعْضِ النُّسخِ زَادَ بَلْفَظِ الْإِفْرَادِ وَعَلَيْهَا شَرْحُ الْعَيْنِيِّ

قوله : لأنهما اتفقا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض

حَيْثُ لَمْ يُدْخِلَا بِإِزَائِيَّتِهَا شَيْئًا قَوْلُهُ : وَهُوَ مَا دُونَ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ) وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا يُسْتَكْرَعُ عُرْفًا هُوَ الْأَصَحُّ ا

هـ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَفِي الطَّلَاقِ قَبْلَ الْوَطْءِ ضَمِنَا نِصْفَ الْمَهْرِ) يَعْنِي إِذَا شَهِدَا بِأَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا لِلزَّوْجِ نِصْفَ الْمَهْرِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَكَّدَا عَلَيْهِ مَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السَّقُوطِ ؛ لِأَنَّ احْتِمَالَ ارْتِدَادِهَا وَتَقْبِيلِ ابْنِ زَوْجِهَا ثَابِتٌ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُوجَدَ ذَلِكَ مِنْهَا فَيَسْقُطُ الْمَهْرُ بِهِ وَلِلتَّأَكِيدِ حُكْمَ الْإِيجَابِ فَصَارَ كَأَنَّهُمَا أَوْجَبَا عَلَيْهِ أَلَّا تَرَى أَنَّ الْمُحْرَمَ إِذَا أَخَذَ صَيِّدًا فَقَتَلَهُ آخَرُ فِي يَدِهِ يَلْزَمُ الْآخِذَ الْحِزَاءُ ثُمَّ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْقَاتِلِ ؛ لِأَنَّهُ قَرَّرَ عَلَيْهِ مَا كَانَ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ بِالتَّسْيِيبِ وَلِلتَّقْرِيرِ حُكْمَ الْإِيجَابِ وَلِأَنَّ الْفُرْقَةَ قَبْلَ الدُّخُولِ فِي مَعْنَى الْفَسْخِ فَلَا تُوجِبُ شَيْئًا إِذَا لَمْ تَكُنْ مِنْ جِهَتِهِ وَهُمَا بِإِضَافَةِ الْفُرْقَةِ إِلَيْهِ أَلْزَمَاهُ نِصْفَ الْمَهْرِ فَيَضْمَنَانِ لَهُ ذَلِكَ وَيَنْتَقِضُ هَذَا بِمَسْأَلَتَيْنِ ذَكَرَهُمَا فِي التَّخْرِيرِ إِحْدَاهُمَا امْرَأَةٌ لَهَا عَلَى رَجُلٍ أَلْفُ دَرَاهِمٍ مُوَجَّلٌ فَشَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ حَالٌ فَأَحْدَثَهُ مِنْهُ ثُمَّ ارْتَدَّتْ ، وَالْعِيَادُ بِاللَّهِ وَلَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ وَسَبَّيَتْ ثُمَّ رَجَعَ الشُّهُودُ عَنْ شَهَادَتِهِمْ لَا يَضْمَنُونَ وَهَذَا الدِّينُ كَانَ عَلَى شَرَفِ السَّقُوطِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مُوَجَّلًا عَلَى حَالِهِ لَسَقَطَ بَارْتِدَادُهَا ، وَالثَّانِيَةُ لَوْ أَنَّ رَجُلًا قَتَلَ امْرَأَةً قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا زَوْجُهَا حَتَّى لَزِمَهُ جَمِيعُ الْمَهْرِ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْقَاتِلِ ، وَإِنْ وَجَدَ التَّأَكِيدَ مِنْهُ إِذْ لَوْ أَنَّ قَتْلَهُ لَكَانَ احْتِمَالُ السَّقُوطِ ثَابِتًا وَلَكِنْ نَقُولُ الْقَتْلُ مِنْهُ لِلنِّكَاحِ ، وَالشَّيْءُ بِانْتِهَائِهِ يَتَقَرَّرُ ، وَالدِّينُ الْمُوَجَّلُ ثَابِتٌ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا تَأَخَّرَتْ الْمُطَالَبَةُ وَلِهَذَا لَوْ مَاتَ مَنْ عَلَيْهِ الدِّينُ يَحِلُّ وَلَمْ يُؤَكَّدَا بِشَهَادَتِهِمَا شَيْئًا إِذْ تَحْصِيلُ الْحَاصِلِ مُحَالٌ أَوْ نَقُولُ لَا نُسَلِّمُ بَأَنَّ

دَيْنَهَا يَسْقُطُ بَلْ يَكُونُ لَوْرَتِهَا وَتَقْضِي بِهِ دُيُونَهَا فَلَا يَسْقُطُ فَبَطَلَ السُّؤَالُ مِنَ الْأَصْلِ ، وَالْبَابُ إِذَا أَكْرَهَ امْرَأَةٌ أَبَاهُ فَرَزَى بِهَا يَلْزَمُ أَبَاهُ نِصْفُ الْمَهْرِ ثُمَّ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْبَابِ ؛ لِأَنَّ الْبَابَ بِإِكْرَاهِهِ إِيَّاهَا أَلْزَمَ أَبَاهُ نِصْفَ الْمَهْرِ فَصَارَ نَظِيرُ الشُّهُودِ .

وَلَوْ رَجَعَ الشُّهُودُ بَعْدَ مَوْتِ الزَّوْجِ غَرِمُوا لِلْوَرْتَةِ ؛ لِأَنَّهُمْ قَائِمُونَ بِمَقَامِهِ وَلَمْ تَرْتِ لَوْفُوعِ الْفُرْقَةِ بِالْقَضَاءِ قَبْلَ مَوْتِهِ ، وَلَوْ شَهِدَا بَعْدَ مَوْتِ الزَّوْجِ أَنَّهُ طَلَّقَهَا فِي حَيَاتِهِ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ثُمَّ رَجَعَا لَمْ يَضْمَنَّا لِلْوَرْتَةِ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ وَقَعَتْ لَهُمْ وَضَمْنَا لِلْمَرْأَةِ نِصْفَ الصَّدَاقِ ، وَالْمِيرَاثِ ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ كَانَ مُؤَكَّدًا ظَاهِرًا بِالمَوْتِ بَحِثْ لَا يَسْقُطُ بِمُسْقُطٍ وَكَذَا الْمِيرَاثُ كَانَ وَاجِبًا لَهَا بِمَوْتِ فَهُمَا بِهِدِ الشَّهَادَةَ أَبْطَلَا عَلَيْهَا نِصْفًا مُؤَكَّدًا مِنَ الْمَهْرِ وَإِرْنَا ثَابِتًا بِالظَّاهِرِ فَيَضْمَنَانِ لَهَا ذَلِكَ ذَكَرَهُ فِي الْكَافِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَمْ يَضْمَنَّا لَوْ بَعْدَ الْوُطْءِ) يَعْنِي لَوْ شَهِدَا أَنَّهُ طَلَّقَهَا بَعْدَمَا دَخَلَ بِهَا فَقَضَى بِشَهَادَتِهِمَا ثُمَّ رَجَعَا عَنِ الشَّهَادَةِ لَمْ يَضْمَنَّا ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ تَأَكَّدَ بِالدُّخُولِ لَا بِشَهَادَتِهِمَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى يَضْمَنَانِ لِلزَّوْجِ مَهْرَ الْمِثْلِ وَكَذَا إِذَا قَتَلَهَا قَاتِلٌ يَضْمَنُ الْقَاتِلُ لِلزَّوْجِ مَهْرَ الْمِثْلِ عِنْدَهُ وَكَذَا إِذَا ارْتَدَّتِ الْمَرْأَةُ يَجِبُ عَلَيْهَا أَنْ تَعْرِمَ لِلزَّوْجِ نِصْفَ الْمَهْرِ ؛ لِأَنَّ الْبُضْعَ مُتَقَوِّمٌ أَلَا تَرَى أَنَّهُ مُتَقَوِّمٌ حَالِ الدُّخُولِ حَتَّى لَا يُصَوَّرَ أَنْ يَتِمَّكَ بِلَا عَوْضٍ فَكَذَا عِنْدَ خُرُوجِهِ عَنْ مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَخَرُجَ عَنْ مِلْكِهِ عَيْنٌ مَا دَخَلَ فِي مِلْكِهِ فَمِنْ ضَرُورَةٍ تَقَوُّمِهِ فِي إِحْدَى الْحَالَتَيْنِ التَّقَوُّمُ فِي الْحَالَةِ الْأُخْرَى كَمِلْكِ الْيَمِينِ وَلَنَا أَنَّ مِلْكَ الزَّوْجِ ضَرُورِيٌّ فَلَا يَظْهَرُ إِلَّا فِي حَقِّ اسْتِيفَاءِ مَنَافِعِ الْبُضْعِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَضْمَنَ الْمُتَلَفَ بِالْوُطْءِ شَيْئًا حَتَّى لَوْ وَطِئَتْ بِشَبِيهَةٍ كَانَ الْعَقْرُ لَهَا ، وَلَوْ كَانَ مِلْكُهُ مُتَقَوِّمًا لَكَانَ لَهُ وَلَكَانَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْ إِنْسَانٍ كَمِلْكِ الْيَمِينِ وَلِأَنَّ الضَّمَانَ مِنْ شَرْطِهِ الْمُمَاتِلَةُ وَلَا مُمَاتِلَةَ بَيْنَ الْبُضْعِ وَالْمَالِ لَا صُورَةَ وَلَا مَعْنَى فَلَا يَكُونُ مَضْمُونًا ، وَأَمَّا عِنْدَ دُخُولِهِ فِي مِلْكِ الزَّوْجِ فَالْمُتَقَوِّمُ هُوَ الْمَمْلُوكُ دُونَ الْمِلْكِ الْوَارِدِ عَلَيْهِ وَتَقَوُّمُهُ لِإِظْهَارِ خَطَرِ ذَلِكَ الْمَحَلِّ حَتَّى يَكُونَ مَضْمُونًا عَنِ الْإِثْدَالِ وَلَا يُمْلِكُ مَحَاجًا ، فَإِنْ مَا يَمْلِكُ مَحَاجًا لَا يَعْظُمُ خَطَرُهُ عِنْدَ إِصَابَتِهِ وَذَلِكَ مَحَلٌّ لَهُ خَطَرٌ مِثْلُ الثُّفُوسِ ؛ لِأَنَّ التَّسْلَاحَ يَحْصُلُ بِهِ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَحْصُلُ فِي طَرَفِ الْإِزَالَةِ ، فَإِنَّهَا لَا تَتِمَّلُكَ عَلَى الزَّوْجِ شَيْئًا لَكِنْ يَسْقُطُ عَنْهَا مِلْكُ الزَّوْجِ .

أَلَا تَرَى أَنَّ مَا هُوَ مَشْرُوطٌ لِمَعْنَى

الْخَطَرِ عِنْدَ التَّمْلِكِ كَالشُّهُودِ ، وَالْوَلِيُّ لَا يُشْتَرِطُ شَيْءٌ مِنْهُ عِنْدَ الْإِزَالَةِ وَلِكُونِهِ غَيْرَ مُتَقَوِّمٍ حَالَةَ الْخُرُوجِ دُونَ الدُّخُولِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْلَعَ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ عَلَى مَالِهَا مِنْ زَوْجِهَا وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ عَلَى مَالِهِ بِخِلَافِ مِلْكِ الْيَمِينِ ، فَإِنَّهُ مِلْكُ مَالٍ ، وَالْمَالُ مِثْلُ الْمَالِ فَعِنْدَ الْإِثْلَافِ يَضْمَنُ بِالْمَالِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَفِي الْعَنْقِ ضَمَانُ الْقِيَمَةِ) أَيُّ إِذَا شَهِدَا بِإِعْتِقَاقِ عَبْدٍ فَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِعَنْقِهِ ثُمَّ رَجَعَا عَنِ الشَّهَادَةِ ضَمْنَا قِيَمَةَ الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَثْلَفَا عَلَيْهِ مَالِيَّةَ الْعَبْدِ مِنْ غَيْرِ عَوْضٍ ، وَالْوَلَاءُ لِلَّذِي شَهِدَا عَلَيْهِ بِالْعَنْقِ ؛ لِأَنَّ الْعَنْقَ لَا يَتَحَوَّلُ إِلَيْهِمَا بِهِدَا الضَّمَانَ فَلَا يَتَحَوَّلُ الْوَلَاءُ وَلَا يَمْتَنِعُ وَجُوبُ الضَّمَانِ عَلَيْهِمَا بِبُيُوتِ الْوَلَاءِ لِلْمَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ بَلْ هُوَ كَالنَّسَبِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْوَلَاءُ لَحِمَّةٍ كُلِّحِمَةِ النَّسَبِ } فَلَا يَكُونُ الضَّمَانُ بَدَلًا عَنْهُ بَلْ عَمَّا أَثْلَفَا عَلَيْهِ مِنْ مِلْكِ الْمَالِ وَهَذَا الضَّمَانُ لَا يَخْتَلِفُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَا مُوسِرَيْنِ أَوْ مُعْسِرَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ إِثْلَافِ الْمِلْكِ بِخِلَافِ ضَمَانِ الْإِعْتِقَاقِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتْلَفْ إِلَّا مِلْكُهُ وَلَكِنَّهُ مَعَ ذَلِكَ لَزِمَ مِنْهُ فَسَادُ مِلْكِ صَاحِبِهِ فَأَوْجَبَ الشَّارِعُ عَلَيْهِ الْمُوَاسَاةَ صَلَةً ، وَالصَّلَاتُ تَجِبُ عَلَى الْمُوسِرِ دُونَ الْمُعْسِرِ كَالزَّكَاةِ وَنَفَقَةِ الْأَقَارِبِ .

وَلَوْ شَهِدَا عَلَيْهِ بِأَنَّهُ دَبَّرَهُ فَقَضَى الْقَاضِي بِذَلِكَ ثُمَّ رَجَعَا ضَمْنَا مَا نَقَصَهُ التَّدْبِيرُ ؛ لِأَنَّهُمَا أَوْجَبَا لِلْعَبْدِ حَقَّ الْعَنْقِ وَبِذَلِكَ تُنْتَقَضُ مَالِيَّتُهُ ، فَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَ إِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ وَيَضْمَنَانِ لِلْوَرْتَةِ بِقِيَمَةِ قِيَمَتِهِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَاءَ عَتَقَ ثَلَاثَةً وَسَعَى فِي ثَلَاثِيهِ

وَيَضْمَنَانِ لِلْوَرْتَةِ ثَلَاثَ قِيَمَتِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ مُعْسِرًا يَضْمَنَانِ جَمِيعَ قِيَمَتِهِ مُدْبِرًا وَيَرْجِعَانِ بِهِ عَلَيْهِ إِذَا أَيْسَرَ ، وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ كَاتَبَ عَبْدَهُ فَقَضَى بِالْكِتَابَةِ ثُمَّ رَجَعَا ضَمْنَا قِيَمَتَهُ كُلَّهَا ؛ لِأَنَّهُمَا حَالًا يَبْتَهُ وَيَبْنَى عَبْدَهُ فَصَارَا كَالْعَاصِبِ لَهُ بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ ثُمَّ الشَّاهِدَانِ يَتَّبِعَانِ الْمُكَاتَبَ بِالْكِتَابَةِ عَلَى نُجُومِهَا ؛ لِأَنَّهُمَا قَامَا بِمَقَامِ الْمَوْلَى فِي ذَلِكَ حِينَ ضَمْنَا قِيَمَتَهُ وَكَانَ مِنْ قِضِيَةِ الضَّمَانِ أَنْ يَمْلِكَا كَيْ لَا يَجْتَمِعَ الْبَدَلَانِ فِي

مِلْكٍ شَخْصٍ لَكِنْ الْمُكَاتَبُ لَا يَقْبَلُ النَّقْلَ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ وَلَا يُعْتَقُ الْمُكَاتَبُ حَتَّى يُؤَدِّيَ مَا عَلَيْهِ كَمَا كَانَ قَبْلَ رُجُوعِهِمَا ، فَإِذَا أَدَّى عَتَقَ ، وَالْوَلَاءُ لِلْمَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُكَاتَبُ لَهُ ، وَإِنَّمَا الشَّاهِدَانِ قَامَا مَقَامَهُ فِي أَخْذِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ مِنْهُ لَا غَيْرَ فَأَدَاؤُهُ إِلَيْهِمَا كَأَدَائِهِ إِلَى الْمَوْلَى وَيَطِيبُ لَهُمَا مَا أَخَذَا مِنَ الْمُكَاتَبِ إِنْ كَانَ بَدَلُ الْكِتَابَةِ مِثْلَ قِيَمَتِهِ أَوْ أَقَلَّ ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ تَصَدَّقَا بِالْفَضْلِ ، وَإِنْ عَجَزَ وَرُدَّ فِي الرَّقِّ كَانَ لِمَوْلَاهُ ؛ لِأَنَّ رَقَبَتَهُ لَمْ تَصِرْ مِلْكًا لِلشَّاهِدَيْنِ لِمَا ذَكَرْنَا .

وَيَرُدُّ الْمَوْلَى مَا أَخَذَ مِنَ الشَّاهِدَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْحِيلُولَةَ قَدْ بَطَلَتْ بِعَجْزِ الْمُكَاتَبِ فَصَارَ نَظِيرُ مَا إِذَا غَصَبَ الْمُدَبِّرُ فَأَبْقَى عِنْدَهُ فَضَمَّنَهُ الْمَوْلَى قِيَمَتَهُ ثُمَّ جَاءَ مِنَ الْإِبَاقِ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْمَوْلَى أَنْ يَرُدَّ عَلَى الْغَاصِبِ مَا أَخَذَهُ مِنْهُ فَكَذَا هَذَا ، وَلَوْ اخْتَارَ الْمَوْلَى أَنْ يَتَّبَعَ الْمُكَاتَبَ وَلَا يَضْمَنُ الشُّهُودُ كَانَ لَهُ ذَلِكَ ، وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْ مِنْهُ ، وَالْمَوْلَى يُنْكِرُ فَقَضَى الْقَاضِي بِذَلِكَ ثُمَّ رَجَعَا فَهَذَا عَلَى وَجْهَيْنِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهَا وَلَدٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ وَكُلُّ وَجْهِ عَلَى وَجْهَيْنِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الرَّجُوعُ

هُنَا حَالُ حَيَاةِ الْمَوْلَى أَوْ بَعْدَ وَفَاتِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا وَلَدٌ وَكَانَ الرَّجُوعُ حَالَ حَيَاةِ الْمَوْلَى ، فَإِنَّهُمَا يَضْمَنَانِ لِلْمَوْلَى نُقْصَانَ قِيَمَتِهَا ، فَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَتْ قِيَمَتُهُمَا لِلْوَرَثَةِ بَاقِي قِيَمَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَا شَهَادَتُهُمَا لَوَرِثَهَا الْوَرَثَةُ فَمَوْتًا عَلَيْهِمْ هَذَا الْقَدَرُ ، وَإِنْ رَجَعَا بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى ضَمَّنَا جَمِيعَ قِيَمَتِهَا لِلْوَرَثَةِ لِإِثْلَافِهِمَا ذَلِكَ عَلَيْهِمْ ، وَإِنْ كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ وَرَجَعَا حَالَ حَيَاةِ الْمَوْلَى ضَمَّنَا نُقْصَانَ قِيَمَتِهَا لَهُ لِمَا ذَكَرْنَا وَضَمَّنَا جَمِيعَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَا شَهَادَتُهُمَا كَانَ عَبْدًا لَهُ فَمَوْتًا عَلَيْهِ ذَلِكَ ، فَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى بَعْدَ ذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَ الْوَلَدِ شَرِيكٌ فِي الْمِيرَاثِ لَا يَضْمَنَانِ لَهُ شَيْئًا وَيَرْجِعَانِ عَلَى الْوَلَدِ بِمَا قَبِضَ الْأَبُ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ مَنْ زَعَمَ الْوَلَدُ أَنَّ رُجُوعَهُمَا بَاطِلٌ وَقَبِضُ الْأَبِ الضَّمَانُ كَانَ بِغَيْرِ حَقٍّ فَكَانَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ فَيُؤَدِّي مِنْ تَرْكِتِهِ إِنْ كَانَ لَهُ تَرْكَةٌ وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ عَلَى الْإِبْنِ ؛ لِأَنَّ مَنْ أَقَرَّ عَلَى مُوَرِّثِهِ بَدْنٍ وَلَيْسَ لَهُ تَرْكَةٌ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ .

وَإِنْ كَانَ مَعَهُ شَرِيكٌ ، فَإِنَّ الشَّاهِدَيْنِ يَضْمَنَانِ لِشَرِيكِهِ نَصِيبَهُ مِنْ قِيَمَةِ الْوَلَدِ وَمِنْ بَاقِي قِيَمَةِ الْأُمِّ وَيَرْجِعَانِ عَلَى الْوَلَدِ بِمَا قَبِضَ الْأَبُ مِنْهُمَا لِمَا ذَكَرْنَا إِنْ تَرَكَ مَالًا وَلَا يَرْجِعَانِ بِمَا أَخَذَهُ مِنْهُمَا شَرِيكُهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي زَعْمِهِ ظَلَمَهُمَا فَلَا يُظْلَمُ هُوَ وَكَذَا فِي زَعْمِهِمَا فَلَا يُظْلَمَانِهِ وَلَا يَضْمَنَانِ لِشَرِيكِهِ مَا أَخَذَهُ الْوَلَدُ بِالْإِرْثِ ، وَإِنْ رَجَعَا بَعْدَ وَفَاةِ الْمَوْلَى ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْوَلَدِ شَرِيكٌ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْوَارِثُ وَحْدَهُ وَهُوَ يُكَذِّبُهُمَا فِي الرَّجُوعِ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ شَرِيكٌ فِي الْمِيرَاثِ يَضْمَنَانِ لَهُ حِصَّتَهُ مِنْ قِيَمَةِ الْوَلَدِ وَمِنْ جَمِيعِ قِيَمَةِ الْأُمِّ

وَلَا يَضْمَنَانِ لَهُ مَا وَرِثَهُ الْوَلَدُ وَلَا يَرْجِعَانِ عَلَى الْوَلَدِ هُنَا بِمَا أَخَذَهُ مِنْهُمَا شَرِيكُهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا ظَلَمَ شَرِيكِهِ لَا ظَلَمَ أَبِيهِ فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ دَيْنًا عَلَى الْمَيِّتِ حَتَّى يُقَدَّمَ عَلَى الْإِرْثِ ، وَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَيْهِمَا أَنْ يَضْمَنَا جَمِيعَ قِيَمَتِهَا هُنَا ؛ لِأَنَّهُمَا أَثْلَفَاها عَلَيْهِمْ وَلَمْ يَضْمَنَا مِنْ قِيَمَتِهَا شَيْئًا لِلْمَوْلَى بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى هَذَا كُلُّهُ فِيمَا إِذَا كَانَتْ الشَّهَادَةُ حَالَ حَيَاةِ الْمَوْلَى ، وَإِنْ شَهِدَا بَعْدَ وَفَاتِهِ ، وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فَقَضَى بِشَهَادَتِهِمَا الْقَاضِي ثُمَّ رَجَعَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا وَلَدٌ ضَمَّنَا جَمِيعَ قِيَمَتِهَا لِلْوَرَثَةِ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَإِنْ كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ ضَمَّنَا قِيَمَتِهَا وَقِيَمَةَ الْوَلَدِ كُلِّهَا وَمَا أَخَذَهُ الْوَلَدُ بِالْإِرْثِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الشَّهَادَةُ فِي حَالِ حَيَاةِ الْمَوْلَى حَيْثُ لَا يَضْمَنَانِ مَا أَخَذَهُ الْوَلَدُ مِنَ التَّرِكَةِ .

وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الشَّهَادَةَ فِي حَالِ الْحَيَاةِ لَا تَكُونُ شَهَادَةً بِالْمَالِ ، وَالْمِيرَاثُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَمُوتَ الْإِبْنُ أَوَّلًا فَيَرِثَهُ الْأَبُ فَلَا تَكُونُ شَهَادَتُهُمَا إِثْلَافًا لِلْمَالِ فَلَا يَضْمَنَانِ ، وَأَمَّا بَعْدَ الْمَوْتِ فَشَهَادَتُهُمَا وَقَعَتْ عَلَى الْمَالِ فَتَكُونُ إِثْلَافًا لَهُ فَيَضْمَنَانِ ذَلِكَ كُلَّهُ حَتَّى الْوَلَدُ نَفْسَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَا شَهَادَتُهُمَا كَانَ عَبْدًا مِيرَاثًا لَهُمْ

الشرح

قَوْلُهُ : فِي الْمَتْنِ وَلَمْ يَضْمَنْ لَوْ بَعْدَ الْوَطْءِ (قَالَ فِي التَّحْفَةِ وَلَوْ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا وَقَدْ دَخَلَ بِهَا وَقَضَى الْقَاضِي ثُمَّ رَجَعَا لَمْ يَضْمَنْمَا إِلَّا مَا زَادَ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ تَقْدِيرَ الْمَهْرِ إِثْلَافَ بَعْوَضٍ وَهُوَ اسْتِيفَاءُ مَنَافِعِ الْبُضْعِ وَلَوْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ إِنْ كَانَ الْمَهْرُ مُسَمًّى ضَمِنَا النِّصْفَ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْمَهْرُ مُسَمًّى يَضْمَنَانِ الْمُتَعَةَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَلَفٌ بِشَهَادَتِهِمْ وَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ بِمُقَابَلَةِ عَوْضٍ .

أَتَقَانِي قَوْلُهُ : فَإِنَّ الشَّاهِدَيْنِ يَضْمَنَانِ لِشَرِيكِهِ نَصِيبَهُ (أَيِ إِذَا لَمْ يَقْبِضِ الْأَبُ مِنْهُمَا غَيْرَ تَقْصَانِ قِيمَةِ الْأَمِّ .

قَوْلُهُ : وَيَرْجِعَانِ عَلَى الْوَلَدِ بِمَا قَبِضَ الْأَبُ

أَيِ مِنْ تَقْصَانِ قِيمَةِ الْأَبِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَفِي الْقِصَاصِ الدِّيَّةُ وَلَمْ يَقْتَصَّ) أَيِ فِيمَا إِذَا شَهِدَا بِوُجُوبِ الْقِصَاصِ عَلَى شَخْصٍ بِأَنَّهُ قَتَلَ فَلَانًا عَمْدًا فَقَضَى الْقَاضِي بِهِ فَقَتَلَ ثُمَّ رَجَعَا يَجِبُ عَلَيْهِمَا الدِّيَّةُ وَلَا يُقْتَصُّ مِنْهُمَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُقْتَصُّ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَبَّاهُ لِقَتْلِهِ فَصَارَا كَالْمُكْرَهِ بَلْ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْوَلِيَّ يُعَانِ ، وَالْمُكْرَهَ يُمْنَعُ فَكَانَتْ الشَّهَادَةُ أَفْضَى إِلَى الْقَتْلِ وَأَوْلَى بِوُجُوبِ الْقِصَاصِ عَلَيْهِمَا وَلَنَا أَنَّهُمَا تَسَبَّاهُ لِقَتْلِهِ وَلَيْسَا بِمُلْجَيْنِ إِذِ الْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَتَلَ ، وَإِنْ شَاءَ عَفَا بَلْ جَانِبُ الْعَفْوِ مُتَرَجِّحٌ ، وَالتَّسَبُّبُ لَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ كَحَفْرِ الْبُئْرِ وَلِأَنَّ الْقِصَاصَ نِهَآيَةَ الْعُقُوبَةِ فَلَا يَجِبُ إِلَّا بِنِهَآيَةِ الْجَنَآيَةِ وَهُوَ الْقَتْلُ مُبَآشِرَةً عَمْدًا بِآلَةٍ صَالِحَةٍ لَهُ وَلَمْ يُوْجَدْ ذَلِكَ هُنَا ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَيْسَتْ بِقَتْلِ حَقِيقَةٍ ، وَإِنَّمَا تَصِيرُ قَتْلًا بِوَاسِطَةٍ لَيْسَتْ فِي يَدِ الشَّاهِدِ وَهُوَ حُكْمُ الْحَاكِمِ وَاخْتِيَارُ الْوَلِيِّ قَتْلُ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، وَالْفِعْلُ الْاخْتِيَارِيُّ مِنَ الْمُبَآشِرِ يَقْطَعُ النَّسَبَ إِلَى الْمُتَسَبِّبِ كَدَلَالَةِ السَّارِقِ وَفَتْحُ بَابِ الْفَقْصِ وَحَلُّ قَيْدِ الْعَبْدِ فَلَمْ يُوْجَدْ مِنْهُ الْقَتْلُ حَقِيقَةً لِعَدَمِ الْمُبَآشِرَةِ وَلَا حُكْمًا لِعَدَمِ الْإِلْجَاءِ ؛ لِأَنَّ الْمُلْجَأَ هُوَ الَّذِي يَخَافُ الْعُقُوبَةَ الدُّنْيَوِيَّةَ عَلَى نَفْسِهِ فَيُؤْثِرُ نَفْسَهُ بِالطَّبْعِ فَيَكُونُ كَمَسْلُوبِ الْاخْتِيَارِ وَلَمْ يُوْجَدْ ذَلِكَ فِي حَقِّ الْوَلِيِّ وَلَا فِي حَقِّ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ إِنَّمَا يَخَافُ الْعُقُوبَةَ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يَصِيرُ بِهِ مُلْجَأً ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يُقِيمُ الطَّاعَةَ خَوْفًا مِنَ الْعُقُوبَةِ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يَصِيرُ بِذَلِكَ مَقْهُورًا .

وَالْوَلِيُّ يُبَآشِرُ الْقَتْلَ بِاخْتِيَارِهِ وَلَيْسَ عَلَيْهِ حَرَجٌ فِي الْعَفْوِ بَلْ هُوَ مَتَدُوبٌ إِلَيْهِ فَكَيْفَ يَتَأَنَّى

الْإِكْرَاهُ فِي حَقِّهِ بِخِلَافِ الْمُكْرَهِ ، فَإِنَّ الْمُكْرَهَ يُؤْثِرُ حَيَاتَهُ فَيَقْدِمُ عَلَى الْقَتْلِ فَيُنْسَبُ الْفِعْلُ إِلَى الْمُكْرَهِ ، وَالْمُكْرَهَ كَالَّذِي لَهُ وَلِأَنَّ أَقْلَ أَحْوَالِهِ أَنْ يَكُونَ شُبْهَةً ، وَالْقِصَاصُ يَسْقُطُ بِهَا دُونَ الدِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ يَجِبُ مَعَ الشُّبْهَةِ ، وَإِنْ رَجَعَ الْوَلِيُّ مَعَهُمَا أَوْ جَاءَ الْمَشْهُودُ بِقَتْلِهِ حَيًّا فَالْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْوَلِيَّ الدِّيَّةَ ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الشَّاهِدَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْوَلِيَّ مُتَلَفٌ لَهُ حَقِيقَةً ، وَالشَّاهِدَانِ مُتَلَفَانِ لَهُ حُكْمًا ، وَالْإِثْلَافُ الْحُكْمِيُّ مِثْلُ الْحَقِيقِيِّ فِي حُكْمِ الضَّمَانِ وَأَيْهِمَا ضَمَّنَ لَا يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَكَذَا عِنْدَهُمَا إِنْ ضَمَّنَ الْوَلِيُّ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الشَّاهِدَيْنِ فَلَهُمَا أَنْ يَرْجِعَا عَلَى الْوَلِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا عَامِلَانِ لَهُ فِي الشَّهَادَةِ فَيَرْجِعَانِ عَلَيْهِ بِمَا لِحَقَّهُمَا بِهَا كَمَا لَوْ شَهِدَا لَهُ بِقَتْلِ الْخَطَا فَقَضَى لَهُ بِهَا وَأَخَذَ الدِّيَّةَ ثُمَّ رَجَعُوا جَمِيعًا .

وَهَذَا لِأَنَّهُمَا لَمَّا ضَمَّنَا قَامَا مَقَامَ الْوَلِيِّ ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكَا الْقِصَاصَ فَيَرْجِعَانِ عَلَيْهِ كَعَاصِبِ الْمُدَبِّرِ إِذَا غَضِبَ مِنْهُ آخَرُ فَهَلَكَ عِنْدَ الثَّانِي وَاخْتَارَ الْمَوْلَى تَضْمِينَ الْعَاصِبِ الْأَوَّلِ فَضَمَّنَهُ فَلِلْعَاصِبِ أَنْ يُضَمِّنَ الْعَاصِبَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ضَمَّنَ قَامَ مَقَامَ الْمَوْلَى ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكِ الْمُدَبِّرُ

وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ مِمَّا يُمْلِكُ فِي الْجُمْلَةِ حَتَّى مَلَكَهُ الْوَلِيُّ وَوَرَّثَهُ إِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الْقِصَاصُ وَلَهُ بَدَلٌ مُتَقَوِّمٌ مُحْتَمِلٌ لِلْمَلِكِ فَيَكُونُ السَّبَبُ مُعْتَبَرًا عَلَى أَنْ يَعْمَلَ فِي بَدَلِهِ عِنْدَ تَعَدُّرِ أَعْمَالِهِ فِي الْأَصْلِ كَالْيَمِينِ عَلَى مَسِّ السَّمَاءِ يَنْعَقِدُ فِي إِيْجَابِ الْكَفَّارَةِ الَّذِي هُوَ خَلْفٌ عَنِ الْبِرِّ لَمَّا كَانَ الْأَصْلُ هُوَ الْبِرُّ وَهُوَ مُتَصَوِّرُ الْوُجُودِ عَقْلًا وَكَذَا شُهُودُ الْكِتَابَةِ إِذَا رَجَعُوا وَضَمُّوا

لِلْمَوَلَى الْقِيَمَةَ كَانَ لَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا بِهَا عَلَى الْمَكَاتِبِ ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكُوا مِنْهُ شَيْئًا وَلِأَيِّ حَنِيْفَةٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الشُّهُودَ ضَمُّوا لِلْإِثْلَافِهِمْ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ حُكْمًا ، وَالْمُتْلَفُ لَا يَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ بِسَبَبِهِ عَلَى غَيْرِهِ كَالْوَلِيِّ وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُمْ لَوْ لَمْ يَكُونُوا مُتْلَفِينَ لَمَّا ضَمُّوا مَعَ الْمُبَاشِرِ إِذْ لَا يُعْتَبَرُ مُجَرَّدُ السَّبَبِ مَعَ الْمُبَاشِرِ .

أَلَا تَرَى أَنَّ الْحَافِرَ لَا يُعْتَبَرُ مَعَ الدَّافِعِ فَتَبَتْ بِهَذَا أَنَّهُمْ جُنَاحٌ وَمَنْ ضَمِنَ بِجِنَايَتِهِ لَا يَرْجِعُ عَلَى غَيْرِهِ ، وَأَمَّا فِي الْخَطَا ، فَإِنَّمَا يَرْجِعَانِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمَّا ضَمِنَا مَلَكَ الدِّيَّةَ وَقَدْ أَثْلَفَهُ الْقَابِضُ بِصَرْفِهِ إِلَى حَاجَتِهِ فَيَرْجِعَانِ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا يَنْعَقِدُ السَّبَبُ مُوجِبًا لِلْحُكْمِ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ فِي بَدَلِهِ أَنْ لَوْ كَانَ السَّبَبُ مِمَّا يُتَصَوَّرُ وَجُودَ حُكْمِهِ وَلَا يُتَصَوَّرُ وَجُودَ الْمَلِكِ فِي الْقِصَاصِ بِالضَّمَانِ بِحَالٍ فَلَا يَنْعَقِدُ فِي حَقِّ خُلْفِهِ كَالْيَمِينِ الْعُمُوسِ ، وَلَوْ كَانَ الْقِصَاصُ مَلَكَ لِلْإِنْسَانِ حَقِيقَةً لَمْ يَضْمَنْهُ الْمُتْلَفُ عَلَيْهِ بِأَنْ قَتَلَهُ شَخْصٌ أَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ شُهُودٌ بِالْعَفْوِ ثُمَّ رَجَعُوا لَا يَضْمَنُ الْقَاتِلُ وَلَا الشُّهُودُ شَيْئًا لَوَلِيِّ الْقَتِيلِ وَانْعِقَادُ السَّبَبِ لَا يَكُونُ أَقْوَى مِنْ وَجُودِ الْمَلِكِ حَقِيقَةً وَبِهَذَا فَارَقَ مَسْأَلَةَ غَضَبِ الْمُدَبِّرِ ، وَالْمَكَاتِبِ ، فَإِنَّهُ فِيهِ لَوْ كَانَ مَالِكًا حَقِيقَةً لَكَانَ يَضْمَنُهُ الْمُتْلَفُ عَلَيْهِ فَكَذَا إِذَا جُعِلَ كَالْمَالِكِ حُكْمًا بِاعْتِبَارِ انْعِقَادِ السَّبَبِ لَهُ فَيَكُونُ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِالْبَدَلِ لَذَلِكَ

الشرح

قوله : فصارا كالمكره

وَهَذَا لِأَنَّ الشَّاهِدَ كَالْمُكْرَهَ أَيْضًا لِلْقَاضِي عَلَى قَضَائِهِ ، فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يَرَوْهُ جُوبَ الْقَضَاءِ عَلَى نَفْسِهِ بَعْدَ الشَّهَادَةِ يَكْفُرُ وَلَوْ رَأَى وَآخَرَ يَفْسُقُ ثُمَّ الْمُكْرَهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ فَبِالطَّرِيقِ الْأُولَى أَنْ يَجِبَ عَلَى الشَّاهِدِ .

غاية

قوله : لأن الولي يعان

أَيُّ يُعَانُ عَلَى اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ مِنْ جِهَةِ الْمُسْلِمِينَ .

قوله : والمكره يمنع

بفتح الراء اثنائي وقال الكاكي قوله والمكره يمنع ينصب الراء على صيغة اسم المفعول ؛ لأن الشاهد بمنزلة المكره بكسر الراء والولي بمنزلة المكره قوله : ولا يصير به ملجأ (تقدم أنه يعزّر لو لم يقض بعد شهادة الشهود قارئ الهداية

قوله : بخلاف المكره

بفتح الراء .

غاية

قال رحمه الله : (وإن رجع شهود الفرع ضموا) ؛ لأن التلّف مضاف إلى شهادتهم لصدورها منهم في مجلس الحكم قال رحمه الله (لا شهود الأصل بل شهود الفرع على شهادتنا أو أشهادناهم وغلطنا) أي لا يضمن شهود الأصل بقولهم لم نشهد شهود الفرع أو بقولهم أشهادناهم وغلطنا ؛ لأن القضاء وقع بشهادة الفرع إذ القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادة الفرع وهذا ؛ لأنهم بقولهم لم نشهدهم أنكروا السبب أصلاً وهو الإشهاد وهو خبر محتمل للصدق ، والكذب فلا يطل القضاء به ولا يلتفت إلى كلامهم بعد القضاء بخلاف ما إذا قالوا ذلك قبل القضاء حيث لا يقضى به للإنكارهم التحميل وهو شرط فيها وقال محمد رحمه الله يضمن شهود الأصل فيما إذا قالوا أشهادناهم وغلطنا ؛ لأن الفرع قاموا مقام الأصول في نقل شهادتهم إلى مجلس القاضي فيحصل القضاء بشهادة الأصول فلماذا تعتبر عدالتهم فصار كأنهم حضروا بأنفسهم مجلس القاضي فشهدوا ثم رجعوا بخلاف ما إذا قالوا لم نشهدهم على شهادتنا حيث لم يضمنوا ؛ لأنهم لم يرجعوا ، وإنما أنكروا التحميل ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن الموجود من الأصول شهادة في غير مجلس القاضي ، والشهادة في غير مجلسه لا تكون سبباً للإثلاف شيء فلا يلزمهما الضمان وهذا ؛ لأن الشهادة مختصة بمجلس القاضي ولهذا اختص الرجوع به بناءً عليه للتناسب ولأننا نقول : إن الفرع نائبون منابهم في نقل شهادتهم إلى مجلس القاضي ، فإنهم بعد الإشهاد لو منعوهم عن أداء

الشهادة كان عليهم الأداء إذا دعاهم المدعي إليه ، ولو كانوا نائبين عن الأصول لما كان لهم ذلك بعد المنع ولكنهم يشهدون على ما تحمّلوا وهو إشهاد الأصول إياهم على شهادتهم فصار كما لو شهدوا على نفس الحق وعلى هذا لو رجع الأصول بأن قالوا أشهادناهم على ذلك ولكننا رجعنا عن ذلك عندهما يضمنون وعنده يضمنون ، والوجه قد بيناه من الجانبين

الشرح

قوله في المتن : وإن رجع شهود الفرع ضموا

اعلم أن شهود الفرع إذا رجعوا عن شهادتهم في مجلس القاضي بعد القضاء بشهادتهم ضموا المشهود به ؛ لأن إثلاف المشهود به حصل بأدائهم الشهادة في مجلس القاضي فكان الإثلاف مضافاً إلى شهادتهم فوجب عليهم الضمان اثنائي

قوله : في المتن لا شهود الأصل

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ الْأَصْلِ وَقَالُوا : لَمْ نُشْهِدْ شُهُودَ الْفُرْعِ عَلَى شَهَادَتِنَا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ قَالَ الْأَنْقَانِيُّ هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي مُحْتَصَرِهِ وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ الْخِلَافَ بَيْنَ أَصْحَابِنَا وَكَذَلِكَ أَثْبَتَ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ مُطْلَقًا بَلَا ذِكْرَ الْخِلَافِ وَقَالَ فِي شَرْحِ الْقُدُورِيِّ لِلشَّيْخِ الْإِمَامِ أَبِي نَصْرِ الْبَغْدَادِيِّ هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَضْمَنُونَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَى هُنَا لَفْظُهُ رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله فيما إذا قالوا أشهدناهم وغلطنا

اعْلَمْ أَنَّ الْفَرَغَيْنِ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا فِي هَذِهِ الصُّورَةِ بِالتَّائِقِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَرْجِعَا عَمَّا شَهِدَا .

أَنْقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ رَجَعَ الْأَصُولُ ، وَالْفُرُوعُ ضَمِنَ الْفُرُوعُ فَقَطْ) ؛ لِأَنَّ الْإِثْلَافَ حَصَلَ بِالشَّهَادَةِ الْمَوْجُودَةِ فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي وَهِيَ مِنَ الْفُرُوعِ مُبَاشَرَةً مِنْ كُلِّ وَجْهٍ ، وَالْأَصُولُ مُسَبِّبٌ لِلتَّلَفِ مِنْ وَجْهِهِ وَقَدْ عُرِفَ أَنَّ الْمُبَاشِرَ ، وَالْمُسَبَّبَ إِذَا اجْتَمَعَا وَهُمَا مُتَعَدَّيَانِ كَانَ الضَّمَانُ عَلَى الْمُبَاشِرِ دُونَ الْمُسَبَّبِ وَهَذَا عِنْدَهُمَا وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْأَصُولُ ، وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْفُرُوعُ ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَةِ الْفُرُوعِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْقَاضِي عَايَنَ الشَّهَادَةَ مِنَ الْفُرُوعِ وَوَقَعَ بِشَهَادَةِ الْأَصُولِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْفُرُوعَ نَائِبُونَ عَنْهُمْ وَنَقَلُوا شَهَادَتَهُمْ بِأَمْرِهِمْ فَيُخَيَّرُ فِي تَضْمِينِ أَيِّ الْفَرِيقَيْنِ شَاءَ ، وَالْجِهَتَانِ مُتَغَايِرَتَانِ ؛ لِأَنَّ شَهَادَةَ الْأَصُولِ عَلَى أَصْلِ الْحَقِّ وَشَهَادَةَ الْفُرُوعِ عَلَى شَهَادَةِ الْأَصُولِ أَوْ نَقُولُ إِحْدَاهُمَا إِشْهَادٌ ، وَالْأُخْرَى أَدَاءُ الشَّهَادَةِ فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي فَلَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا فِي التَّضْمِينِ بَلْ يُجْعَلُ كُلُّ فَرِيقٍ كَالْمَنْفَرِدِ فَيَكُونُ لَهُ الْخِيَارُ كَالْغَاصِبِ مَعَ غَاصِبِ الْغَاصِبِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ يَثْبُتُ بِالتَّقْلِ ، وَالْإِشْهَادَ ، وَالتَّقْلُ مِنَ الْفُرُوعِ ، وَالْإِشْهَادُ مِنَ الْأَصُولِ فَلَوْلَا إِشْهَادُ الْأَصُولِ لَمَا تَمَكَّنَ الْفُرُوعُ ، وَلَوْلَا تَقْلُ الْفُرُوعِ لَمَا تَمَكَّنَ الْأَصُولُ فَكَانَ فِعْلُ كُلِّ فَرِيقٍ فِي حَقِّ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ سَبَبَ ضَمَانٍ عَلَى سَبِيلِ الْمُبَاشَرَةِ .

أَمَّا الْفُرُوعُ فَظَاهِرٌ ؛ لِأَنَّهُمْ نَقَلُوا شَهَادَةَ الْأَصُولِ عِنْدَ الْقَاضِي عَلَى وَجْهِهِ لَوْ لَمْ يَعْمَلِ الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِمْ يَأْتُمْ وَكَذَلِكَ الْأَصُولُ مُبَاشِرُونَ مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ ؛ لِأَنَّ آدَاءَ الْفُرُوعِ مَقُولٌ إِلَى الْأَصُولِ ؛ لِأَنَّ الْفُرُوعَ مُضْطَرُّونَ مِنْ جِهَةِ الْأَصُولِ إِلَى الْآدَاءِ بَعْدَ الْإِشْهَادِ بَحِثُوا لَوْ امْتَنَعُوا عَنْ

الْآدَاءِ أُنْمُوا فَصَارُوا نَظِيرَ الْقَاضِي لَمَّا أَلْجَأَهُ الشُّهُودُ إِلَى الْقَضَاءِ نُسِبَ إِلَيْهِمْ فَضَمِنُوا ثُمَّ أَيُّ فَرِيقٍ آدَى لَا يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ كُلًّا ضَمِنَ بِجَنَابَتِهِ بِخِلَافِ الْغَاصِبِ إِذَا ضَمِنَ حَيْثُ يَرْجِعُ عَلَى غَاصِبِ الْغَاصِبِ لَمَّا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يُتَقَاتَلُ إِلَى قَوْلِ الْفُرُوعِ كَذَبَ الْأَصُولُ أَوْ غَلَطُوا) يَعْنِي بَعْدَ الْحُكْمِ بِشَهَادَتِهِمْ ؛ لِأَنَّ مَا مَضَى مِنَ الْقَضَاءِ لَا يُنْتَفَضُ بِقَوْلِهِمْ كَمَا لَا يُنْتَفَضُ بِرُجُوعِهِمْ وَلَا يَلْزَمُهُمْ غَرَامَةٌ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَرْجِعُوا ، وَإِنَّمَا شَهِدُوا عَلَى غَيْرِهِمْ بِأَنَّهُمْ كَذَبُوا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَضَمِنَ الْمُزَكُّونَ بِالرُّجُوعِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ لَا يَضْمَنُونَ ؛ لِأَنَّهُمْ أَتَوْا عَلَى الشُّهُودِ خَيْرًا فَصَارَ كَمَا لَوْ أَتَوْا عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ شَهِدُوا عَلَى إِحْصَانِ الزَّانِي ثُمَّ رَجَعُوا وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يُثْبِتُوا سَبَبَ التَّلَفِ وَهُوَ الزَّنَا مَثَلًا وَلَمْ يَتَعَرَّضُوا لَهُ بِالْأَصَالَةِ ، وَإِنَّمَا أَتَوْا عَلَى الشُّهُودِ فَصَارُوا فِي الْمَعْنَى كَشُهُودِ الْإِحْصَانِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُمْ جَعَلُوا مَا لَيْسَ بِمُوجِبٍ مُوجِبًا فَصَارُوا بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَثْبَتَ سَبَبَ الْإِثْلَافِ .

وَيَبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ الشَّهَادَةَ لَا تُوجِبُ شَيْئًا بِدُونِ التَّرَكِيكِ وَسَبَبُ التَّلَفِ الشَّهَادَةُ وَهِيَ لَا تُعْمَلُ إِلَّا بِالتَّرَكِيكِ فَكَانَتْ التَّرَكِيكُ عِلَّةَ الْعِلَّةِ وَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الْعِلَّةِ فِي إِضَافَةِ الْحُكْمِ إِلَيْهَا بِخِلَافِ شُهُودِ الْإِحْصَانِ ، فَإِنَّهُمْ لَمْ يَجْعَلُوا غَيْرَ الْمُوجِبِ مُوجِبًا ؛ لِأَنَّ الْمُوجِبَ هُوَ الزَّنَا وَهُمْ لَمْ يُثْبِتُوهُ وَلِهَذَا

يُنْتَبِهُ الْإِحْصَانُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ بِخِلَافِ التَّزْكِيَةِ لِشُهُودِ الْحَدِّ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَا تُعْمَلُ إِلَّا بِهَا فَصَارَ التَّلَفُ مُضَافًا إِلَيْهَا كَمَا يُضَافُ إِلَى الشَّهَادَةِ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ النِّسَاءُ

مُزَكَّيَاتٍ مَعَ الرَّجَالِ فِي الْحُدُودِ كَمَا لَا تَصْلُحُ لِلشَّهَادَةِ فِيهَا ، وَلَوْلَا إِضَافَةُ الْحُكْمِ إِلَيْهَا لَصَلَحْنَ لِلتَّزْكِيَةِ فِيهَا وَهَذَا ؛ لِأَنَّ التَّأْيِيرَ هُوَ الْمُعْتَبَرُ ، وَالْعِلَّةُ مُؤَثَّرَةٌ فِي إثْبَاتِ الْحُكْمِ وَكَذَلِكَ عِلَّةُ الْعِلَّةِ مُؤَثَّرَةٌ أَيْضًا فِي إِعْمَالِ الْعِلَّةِ إِذْ الشَّهَادَةُ لَا تُوجِبُ الْعَمَلَ إِلَّا بِهَا بِخِلَافِ شُهُودِ الْإِحْصَانِ ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِمُؤَثِّرٍ فِي إثْبَاتِ الزَّنا ، فَإِنَّهُمْ أَتَوْا عَلَيْهِ بِقَوْلِهِمْ إِنَّهُ حُرٌّ مُسْلِمٌ تَزَوَّجَ امْرَأَةً نَكَاحًا صَحِيحًا وَقَدْ أَوْفَى حَقَّهَا شَرْعًا بِالدُّخُولِ عَلَيْهَا وَهَذِهِ الْخِصَالُ تَمْنَعُ الزَّنا فَلَا تَكُونُ مُوجِبَةً لَهُ ؛ لِأَنَّ الزَّنا مَذْمُومٌ وَهَذِهِ الْخِصَالُ مَحْمُودَةٌ فَهُمَا مُتَضَادَّانِ فَكَيْفَ يَكُونُ أَحَدُهُمَا سَبَبًا لِلْآخَرِ فَلَمَّا لَمْ يُوْجِبِ الزَّنا لَا يُوْجِبِ الرَّجْمَ أَيْضًا بَلْ هُوَ مُوجِبُ الزَّنا عِنْدَ وَجُودِ الْإِحْصَانِ

الشرح

قَوْلُهُ : لِأَنَّ شَهَادَةَ الْأَصُولِ عَلَى أَصْلِ الْحَقِّ وَشَهَادَةَ الْفُرُوعِ عَلَى شَهَادَةِ الْأَصُولِ (فَلَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا فِي التَّضْمِينِ بِأَن يُقَالَ يَضْمَنُ الْفَرِيقَانِ حَقَّ الْمُدْعَى عَلَيْهِ أَنْصَافًا بَلْ لَهُ الْخِيَارُ فِي تَضْمِينِ أَيْ الْفَرِيقَيْنِ شَاءَ .

قَوْلُهُ : فَصَارُوا نَظِيرَ الْقَاضِي لَمَّا أَلْجَأَهُ الشُّهُودُ

قَالَ الْعَيْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : وَإِنْ رَجَعَ شُهُودُ الشَّرْطِ وَحَدَّاهُمْ يَضْمَنُونَ عِنْدَ الْبَعْضِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمْ لَا يَضْمَنُونَ بِحَالٍ نَصَّ عَلَيْهِ فِي الزِّيَادَاتِ .

قَوْلُهُ : فِي الْمَثْنِ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى قَوْلِ الْفُرُوعِ كَذِبَ الْأَصُولِ أَوْ غِلْطُوا

قَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ النَّاصِحِيُّ فِي تَهْذِيبِ آدَبِ الْقَاضِي : وَإِنْ قَالَ اللَّذَانِ شَهِدَا عِنْدَ الْقَاضِي قَدْ أَشْهَدَانَا عَلَى شَهَادَتِهِمْ وَلَكِنَّهُمَا كَذَبَا فِي هَذِهِ الشَّهَادَةِ وَهَذَا الْقَوْلُ بَعْدَ الْقَضَاءِ بِشَهَادَتِهِمَا لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ وَلَمْ يُلْزَمْهُمَا الضَّمَانُ وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمَا يَقْرَأْنَ عَلَى غَيْرِهِمَا بِأَنَّهُمَا كَذَبَا فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُمَا فِيهِ .

غَايَةُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَشُهُودُ الْيَمِينِ) أَيْ يَضْمَنُ شُهُودُ الْيَمِينِ وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَشْهَدَا بِتَعْلِيلِ الْعِنَقِ بِشَرْطٍ أَوْ بِتَعْلِيلِ الطَّلَاقِ بِشَرْطٍ قَبْلَ الدُّخُولِ ثُمَّ يَرْجِعَانِ عَنْهَا فَيَجِبُ عَلَيْهِمَا قِيمَةُ الْعَبْدِ وَنِصْفُ الْمَهْرِ ؛ لِأَنََّّهُمَا شُهُودُ الْعِلَّةِ إِذْ التَّلَفُ يَحْصُلُ بِسَبَبِهِ وَهُوَ الْإِعْتِاقُ أَوْ التَّطْلِيقُ وَهُمْ الَّذِينَ أُثْبِتُوا ذَلِكَ بِشَهَادَتِهِمْ ، وَالشَّرْطُ ، وَإِنْ كَانَ مَانِعًا ، فَإِذَا وَجِدَ الشَّرْطُ أَضِيفَ التَّلَفُ إِلَى تِلْكَ الْكَلِمَةِ وَهِيَ الْعِلَّةُ دُونَ زَوَالِ الْمَانِعِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَا شُهُودُ الْإِحْصَانِ ، وَالشَّرْطُ) أَيْ لَا يَضْمَنُ شُهُودُ الْإِحْصَانِ وَلَا شُهُودُ الشَّرْطِ وَفِيهِمَا خِلَافٌ زُفِرَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَمَّا شُهُودُ الْإِحْصَانِ فَهُوَ يَقُولُ إِنَّ الْحِجَابَةَ تَتَغَلَّظُ عِنْدَهُ فَصَارَ كَحَقِيقَةِ الْعِلَّةِ وَلِأَنَّهُ شَرْطٌ لَوْجُوبِ الرَّجْمِ ، وَالشَّرْطُ إِذَا سَلِمَ عَنْ مُعَارَضَةِ الْعِلَّةِ صُلِحَ عِلَّةً

أَلَا تَرَى أَنَّ حَافِرَ الْبَيْتِ يَضْمَنُ عِنْدَ عُدْمِ مَنْ يُلْقِي ، وَالْحَفَرُ شَرْطُ الْوُقُوعِ فَيُضَافُ إِلَيْهِ الْحُكْمُ قُلْنَا : إِنَّ الْإِحْصَانَ عَلَامَةٌ وَلَيْسَ بِشَرْطٍ حَقِيقَةً ؛ لِأَنَّ حَقِيقَةَ الشَّرْطِ أَنْ تُوْجَدَ الْعِلَّةُ بِصُورَتِهَا وَتَتَوَقَّفَ صَيْرُورُهَا عَلَى وُجُودِ الشَّرْطِ كَتَعْلِيْقِ الْعِنَقِ بِالشَّرْطِ ، فَإِنَّ الْعِلَّةَ قَدْ وَجَدَتْ بِصُورَتِهَا وَهِيَ قَوْلُهُ عَبْدُهُ حُرٌّ وَنَحْوُ ذَلِكَ وَتَوَقَّفَتْ صَيْرُورُهَا عَلَى وُجُودِ الشَّرْطِ وَهَذَا لَوْ زَنَى ثُمَّ أَحْصَنَ لَا يُرْجَمُ وَلَكِنْ إِذَا زَنَى وَهُوَ مُحْصَنٌ عَرَفْنَا أَنَّ حُكْمَهُ الرَّجْمُ وَهَذَا مَعْنَى الْعَلَامَةِ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ وَجُوبُ الرَّجْمِ وَلَا وُجُودُهُ إِذْ الْحُكْمُ لَا يُضَافُ إِلَى الْعَلَامَةِ الْمُظْهَرَةِ ، وَأَمَّا شُهُودُ الشَّرْطِ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَرْجِعُوا وَحْدَهُمْ أَوْ مَعَ شُهُودِ الْعِلَّةِ وَهِيَ التَّعْلِيْقُ ، فَإِنْ رَجَعُوا مَعَ شُهُودِ الْيَمِينِ لَا يَضْمَنُونَ وَعِنْدَ زَفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ

يَضْمَنُونَ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِشَهَادَةِ الْفَرِيقَيْنِ جَمِيعًا قُلْنَا شُهُودُ الْيَمِينِ أَثْبَتُوا بِشَهَادَتِهِمُ الْعِلَّةَ الْمُوجِبَةَ لِلْحُكْمِ وَهُوَ قَوْلُهُ أَنْتَ حُرٌّ أَوْ أَنْتَ طَالِقٌ ، وَالْآخَرُونَ أَثْبَتُوا الشَّرْطَ ، وَالشَّرْطُ لَا يُعَارِضُ الْعِلَّةَ فِي إِضَافَةِ الْحُكْمِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ يُضَافُ إِلَى عِلَّتِهِ حَقِيقَةً ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُؤَثِّرُ فِيهِ وَإِلَى الشَّرْطِ مَجَازًا ؛ لِأَنَّهُ مَوْجُودٌ عِنْدَ الشَّرْطِ ، وَالْمَجَازُ لَا يُعَارِضُ الْحَقِيقَةَ ، وَإِنْ رَجَعَ شُهُودُ الشَّرْطِ وَحْدَهُمْ يَضْمَنُونَ عِنْدَ بَعْضِ مَشَايخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ إِذَا لَمْ تُعَارِضْهُ الْعِلَّةُ صَلَحَ لِإِضَافَةِ الْحُكْمِ إِلَيْهِ وَصَارَ عِلَّةً ؛ لِأَنَّ الْعِلَلَ لَمْ تُجْعَلْ عِلَّةً لِذَوَاتِهَا فَجَازَ أَنْ تَخْلُفَهَا الشُّرُوطُ ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ شُهُودَ الشَّرْطِ لَا يَضْمَنُونَ بِحَالٍ نَصَّ عَلَيْهِ فِي الزِّيَادَاتِ وَإِلَيْهِ مَالُ شَمْسِ الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيِّ وَإِلَى الْأَوَّلِ مَالُ فَخْرِ الْإِسْلَامِ عَلِيِّ الْبَزْدَوِيِّ ، وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِالتَّفْوِيضِ وَشَاهِدَانِ بِالْإِبْقَاعِ ثُمَّ رَجَعُوا كَانَ الضَّمَانُ عَلَى شَاهِدَيِ الْإِبْقَاعِ ؛ لِأَنَّهُ الْعِلَّةُ ، وَالتَّفْوِيضُ سَبَبٌ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ : (وَشُهُودُ الْيَمِينِ) قَالَ الْعَيْنِيُّ صَوْرَتُهُ شَهِدًا بِتَعْلِيْقِ الْعِنَقِ بِشَرْطٍ أَوْ بِتَعْلِيْقِ الطَّلَاقِ بِشَرْطٍ قَبْلَ الدُّخُولِ ثُمَّ شَهِدَ آخَرَانِ بِأَنَّ الشَّرْطَ الَّذِي عُلِقَ عَلَيْهِ الْعِنَقُ أَوْ الطَّلَاقُ وَجَدَ وَقَدْ نَزَلَ الْمُعْلَقُ فَحَكَمَ بِذَلِكَ ثُمَّ رَجَعَ الْجَمِيعُ فَالضَّمَانُ عَلَى شُهُودِ الْيَمِينِ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّ الْيَمِينِ هِيَ السَّبَبُ وَالتَّلَفُ إِنَّمَا يُضَافُ إِلَى مَنْ أَثْبَتَ السَّبَبَ دُونَ الشَّرْطِ الْمَحْضِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِالْيَمِينِ وَشَاهِدَانِ بِوُجُودِ الشَّرْطِ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ عَلَى شُهُودِ الْيَمِينِ خَاصَّةً قَالَ الْأَثْقَانِيُّ وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي مُحْتَصَرِهِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْمُعِينِ النَّسْفِيُّ فِي أَوَاخِرِ كِتَابِ الْإِيمَانِ مِنْ شَرْحِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ قُبَيْلَ بَابِ الْيَمِينِ فِي طَلَاقِ السُّنَّةِ وَغَيْرِ السُّنَّةِ إِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ قَالَ لِعَبْدِهِ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ دَخَلَ الدَّارَ وَقَضَى الْقَاضِي بِعَقْبِهِ ثُمَّ رَجَعُوا ضَمِنَ شَاهِدَا الْيَمِينِ دُونَ شَاهِدَيِ الدُّخُولِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ تَلَفَ بِقَضَاءِ الْقَاضِي وَالْقَاضِي قَضَى بِعَقْبِهِ بِشَهَادَةِ شُهُودِ الْعِنَقِ ؛ لِأَنَّ الْعِنَقَ ثَبُتَ عِنْدَ دُخُولِ الدَّارِ بِقَوْلِهِ : أَنْتَ حُرٌّ لَا بِدُخُولِ الدَّارِ فَكَانَ التَّلَفُ مُضَافًا إِلَى مَا أَثْبَتَهُ شَاهِدَا الْيَمِينِ دُونَ شَاهِدَيِ الشَّرْطِ قَالُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا إِذَا شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ تَزَوَّجَ فَلَانَةَ وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ دَخَلَ بِهَا وَقَضَى الْقَاضِي بِجَمِيعِ الْمَهْرِ ثُمَّ رَجَعُوا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى شُهُودِ الدُّخُولِ . وَإِنْ كَانَ وَجُوبُ الْمَهْرِ مُضَافًا إِلَى التَّزْوُجِ ؛ لِأَنَّ شُهُودَ الدُّخُولِ أَثْبَتُوا أَنَّ الزَّوْجَ اسْتَوْفَى عِوَضَ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ مِنَ الْمَهْرِ فَخَرَجَتْ شَهَادَةُ شُهُودِ النِّكَاحِ مِنْ أَنْ تَكُونَ إِثْلَافًا وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْمُعِينِ فِي

شَرْحِ الْجَامِعِ لَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ أَنَّ شَاهِدَيِ الشَّرْطِ لَوْ رَجَعَا عَلَى الْإِنْفِرَادِ هَلْ يَضْمَنَانِ ثُمَّ قَالَ وَبَيَّنَّيْ أَنْ يُقَالَ يَضْمَنَانِ ؛ لِأَنَّ إِيْجَابَ الضَّمَانِ عَلَى مُحْصَلِ الشَّرْطِ عِنْدَ انْعِدَامِ امْكِانِ الْإِيْجَابِ عَلَى صَاحِبِ الْعِلَّةِ وَاجِبٌ وَقَالَ الْعَنَابِيُّ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ ، وَإِنْ رَجَعَ شُهُودُ الشَّرْطِ وَحْدَهُمْ قَالَ بَعْضُهُمْ لَا يَضْمَنُونَ كَشُهُودِ الْإِحْصَانِ إِذَا رَجَعُوا وَحْدَهُمْ وَقَالَ أَكْثَرُ الْمَشَايِخِ يَضْمَنُونَ ؛ لِأَنَّهُمْ تَسَبَّبُوا فِي التَّلَفِ بِغَيْرِ حَقٍّ وَلَهُ أَثَرٌ فِي وَجُوبِ الْعِلَّةِ عِنْدَ الشَّرْطِ فَيَكُونُ سَبَبُ الضَّمَانِ عِنْدَ عَدَمِ الْعِلَّةِ بِخِلَافِ الْإِحْصَانِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤْثِّرُ فِي مَنَعِ وُجُودِ الْعِلَّةِ وَقَالَ شَمْسُ الْأَثَمَةِ

السَّرْحَسِي فِي أَصُولِهِ فِي تَقْسِيمِ الشَّرْطِ قُلْنَا فِي شُهُودِ التَّعْلِيْقِ وَشُهُودِ الشَّرْطِ إِذَا رَجَعُوا الضَّمَانَ عَلَى شُهُودِ التَّعْلِيْقِ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُمْ نَقَلُوا قَوْلَ الْمُؤَلَّى أَنْتَ حُرٌّ وَهَذَا بِإِنْفِرَادِهِ عِلَّةٌ تَامَّةٌ لِإِضَافَةِ حُكْمِ الْعِتْقِ إِلَيْهِ فَلَمْ يَكُنْ الشَّرْطُ هُنَاكَ شَبَهَ الْعِلَّةِ فَلِهَذَا لَا يَضْمَنُ شُهُودُ الشَّرْطِ شَيْئًا سِوَاءَ رَجَعِ الْفَرِيقَانِ أَوْ رَجَعَ شُهُودُ الشَّرْطِ خَاصَّةً وَكَذَلِكَ شُهُودُ التَّخْيِيرِ وَشُهُودُ الْإِخْتِيَارِ ، فَإِنَّ الضَّمَانَ عَلَى شُهُودِ الْإِخْتِيَارِ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّ التَّخْيِيرَ سَبَبٌ وَمَا عَارَضُهُ وَهُوَ الْإِخْتِيَارُ عِلَّةٌ تَامَّةٌ لِلْحُكْمِ مُضَافًا إِلَيْهِ دُونَ السَّبَبِ فَلَمْ يَضْمَنْ شُهُودُ السَّبَبِ شَيْئًا كَمَا لَا يَضْمَنُ شُهُودُ الشَّرْطِ إِلَى هُنَا لَفْظُ شَمْسِ الْأَثَمَةِ

قوله : في المتن لا شهود الإحصان

صُورَتُهُ كَمَا قَالَ الْعَيْنِيُّ أَنْ يَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ بِالزَّنا وَيَشْهَدَ آخَرَانِ أَنَّهُ مُحْصَنٌ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ عَلَى شُهُودِ الزَّنا ؛ لِأَنَّهُ عِلَّةٌ وَلَا ضَمَانَ عَلَى شُهُودِ الْإِخْصَانِ ؛ لِأَنَّهُ عِلَامَةٌ وَلَيْسَ بِشَرْطٍ حَقِيقَةٍ وَقَالَ زُفَرٌ يَجِبُ عَلَيْهِمْ أَيْضًا .

(قوله)

وَالشَّرْطُ (قَالَ الْعَيْنِيُّ صُورَتُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي شُهُودِ الْيَمِينِ .

كِتَابُ الْوَكَاةِ الْوَكَاةُ الْحِفْظُ وَمَنْهُ الْوَكِيلُ فِي أَسْمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى وَلِهَذَا قُلْنَا فِيمَنْ قَالَ وَكَلْتُكَ بِمَالِي يَمْلِكُ الْحِفْظَ فَقَطْ وَقِيلَ تَرْكِيبُهُ يَدُلُّ عَلَى مَعْنَى التَّفْوِيضِ وَالْإِعْتِمَادِ وَمَنْهُ التَّوَكُّلُ يُقَالُ عَلَى اللَّهِ تَوَكَّلْنَا أَيْ فَوَضْنَا أُمُورَنَا ، وَالتَّوَكُّلُ تَفْوِيضُ التَّصَرُّفِ إِلَى الْغَيْرِ وَسَمِّيَ الْوَكِيلُ وَكَيْلًا ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ وَكَّلَ إِلَيْهِ الْقِيَامَ بِأَمْرِهِ أَيْ فَوَضَهُ إِلَيْهِ وَاعْتَمَدَ فِيهِ عَلَيْهِ وَالْوَكِيلُ الْقَائِمُ بِمَا فُوِّضَ إِلَيْهِ وَهُوَ مَشْرُوعٌ بِإِجْمَاعِ الْأُئِمَّةِ وَقَدْ { وَكَّلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ بِشِرَاءِ الْأُضْحِيَّةِ } وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى حِكَايَةً عَنْ أَصْحَابِ الْكَهْفِ { فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ } الْآيَةِ وَكَانَ الْبَعْثُ مِنْهُمْ بِطَرِيقِ الْوَكَاةِ ، وَشَرِيعَةٌ مَنْ قَبَلْنَا شَرِيعَةً لَنَا مَا لَمْ يَظْهَرْ نَسْخُهُ وَلِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَعْجِزُ عَنْ مَبَاشَرَةِ التَّصَرُّفَاتِ وَعَنْ حِفْظِ مَالِهِ فَيَحْتَاجُ إِلَى الْإِسْتِعَانَةِ بِغَيْرِهِ أَشَدَّ الْإِحْتِيَاجِ فَيَكُونُ مَشْرُوعًا دَفْعًا لِلْحَرَجِ وَالْفَاطْهَةِ كُلِّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَى الْإِطْلَاقِ كَقَوْلِهِ وَكَلْتُكَ ، أَوْ هَوَيْتَ أَوْ أَحْبَبْتَ أَوْ رَضِيتَ أَوْ شِئْتَ أَوْ أَرَدْتَ وَلَوْ قَالَ : لَا أَنْهَكَ عَنْ طَلَاقِ الْمَرْأَةِ لَا يَكُونُ تَوْكِيلًا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (صَحَّ التَّوَكُّلُ) لِمَا بَيَّنَّا مِنَ الْأَدَلَّةِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَهُوَ إِقَامَةُ الْغَيْرِ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي التَّصَرُّفِ) أَيْ التَّصَرُّفُ الْجَائِزُ الْمَعْلُومُ هَذَا فِي الشَّرِيعَةِ حَتَّى إِنْ التَّصَرُّفَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعْلُومًا يَثْبُتُ بِهِ أَدْنَى تَصَرُّفَاتِ الْوَكِيلِ وَهُوَ الْحِفْظُ فَقَطْ وَهُوَ فِي اللُّغَةِ مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (مِمَّنْ يَمْلِكُهُ) أَيْ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الْوَكَاةِ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ

يَسْتَفِيدُ وَلَايَةَ التَّصَرُّفِ مِنْ قِبَلِهِ فَلَا يَتَصَوَّرُ أَنْ يَسْتَفِيدَ الْوَلَايَةَ مِنْ لَوْ لَا قُدْرَةٍ لَهُ عَلَى التَّصَرُّفِ ، وَقِيلَ هَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَالشَّرْطُ أَنْ تَكُونَ حَاصِلَةً بِمَا يَمْلِكُهُ الْوَكِيلُ فَأَمَّا كَوْنُ الْمُوَكَّلِ مَالِكًا لِلتَّصَرُّفِ فِيهِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ حَتَّى يَحْجُوزَ عِنْدَهُ تَوْكِيلُ الْمُسْلِمِ الذَّمِّيِّ بَبَيْعِ الْخَمْرِ وَالْخَنِزِيرِ وَتَوْكِيلِ الْمُحْرِمِ الْحَلَالِ بَبَيْعِ الصَّيِّدِ ، وَقِيلَ : الْمُرَادُ أَنْ يَكُونَ مَالِكًا لِلتَّصَرُّفِ نَظَرًا إِلَى أَصْلِ التَّصَرُّفِ وَإِنْ اِمْتَنَعَ فِي بَعْضِ الْأَشْيَاءِ بِعَارِضِ التَّهْيِ وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ مِمَّنْ تَلَزَمُهُ الْأَحْكَامُ ؛ لِأَنَّ الْمَطْلُوبَ مِنَ الْأَسْبَابِ أَحْكَامُهَا ، فَإِذَا كَانَ مِمَّنْ لَا يَثْبُتُ لَهُ الْأَحْكَامُ لَا يَصِحُّ تَوْكِيلُهُ كَالصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِمَا .

الشرح

كِتَابُ الْوَكَالَةِ بِكَسْرِ الْوَاوِ وَفَتْحِهَا .

غَايَةُ أَوْرَدَ كِتَابَ الْوَكَالَةِ عَقِيبَ كِتَابِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنَ الشَّهَادَةِ وَالْوَكَالَةِ إِعَانَةُ الْغَيْرِ بِإِحْيَاءِ حَقِّهِ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ : وَهُوَ الْحِفْظُ فَقَطْ

وَمِنْ فُرُوعِ هَذَا الْأَصْلِ الْفَرْعُ الَّذِي ذَكَرَهُ الشَّارِحُ أَوَّلَ هَذَا الْبَابِ وَقَالَ الْكَمَالُ قَالَ الْإِمَامُ الْمُحْتَوِيُّ إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ أَنْتَ وَكِيلِي فِي كُلِّ شَيْءٍ كَانَ وَكِيلًا بِالْحِفْظِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (إِذَا كَانَ الْوَكِيلُ يَعْقِلُ الْعَقْدَ وَلَوْ صَبِيًّا أَوْ عَبْدًا مَحْجُورًا) يَعْنِي يَصِحُّ التَّوَكُّيلُ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ الْوَكِيلُ مِمَّنْ يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَغَيْرَهُ مِنَ الْعُقُودِ وَلَوْ كَانَ الْوَكِيلُ صَبِيًّا أَوْ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِمَا وَالْمُرَادُ أَنْ يَعْرِفَ أَنَّ الشَّرَاءَ جَالِبٌ لِلْمَبِيعِ وَسَالِبٌ لِلثَّمَنِ وَالْبَيْعَ عَلَى عَكْسِهِ وَيَعْرِفُ الْعَبْنَ الْفَاحِشَ مِنَ الْبَسِيرِ وَيَقْصِدُ بِذَلِكَ ثُبُوتَ الْحُكْمِ وَالرَّبْحَ لَا الْهَزْلَ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُوَكَّلِ فِي الْعِبَارَةِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْعِبَارَةِ لِيَكُونَ قَادِرًا عَلَى التَّصَرُّفِ وَذَلِكَ بِالْعَقْلِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (بِكُلِّ مَا يَعْقِدُهُ بِنَفْسِهِ) أَيُّ يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ بِكُلِّ شَيْءٍ جَازَ أَنْ يَعْقِدَهُ بِنَفْسِهِ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْحَاجَةِ وَالْأَدْلَةِ وَلَا يَرُدُّ عَلَى هَذَا الْوَكِيلُ حَيْثُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُوَكَّلَ فِيمَا وَكَّلَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ أَنْ يَعْقِدَ بِنَفْسِهِ لِنَفْسِهِ لَا مَا اسْتَفَادَهُ مِنْ جِهَةٍ غَيْرِهِ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَّقِيْدُ بِأَمْرِ آمِرِهِ ، وَكَذَا لَا يَرُدُّ حَوَازُ تَوَكُّيلِ الْمُسْلِمِ الذَّمِّيِّ بَبَيْعِ الْخَمْرِ وَنَحْوِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَكْسُ وَالتَّقْضُ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الطَّرْدِ وَيَرُدُّ عَلَيْهِ الْاسْتِقْرَاضُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُبَاشِرَهُ بِنَفْسِهِ وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُوَكَّلَ فِيهِ حَتَّى لَوْ وَكَّلَ بِهِ وَاسْتَقْرَضَ لَهُ الْوَكِيلُ كَانَ لَهُ لَا لِلْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ فِي بَابِ الْقَرْضِ لَا يَجِبُ دَيْنًا فِي ذِمَّةِ الْمُسْتَقْرِضِ بِالْعَقْدِ وَإِنَّمَا يَجِبُ بِالْقَبْضِ وَالْأَمْرُ بِالْقَبْضِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُ الْغَيْرِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ يَثْبُتُ بِالْعَقْدِ فَلَهُ أَنْ يُقِيمَ غَيْرَهُ فِيهِ مَقَامَهُ وَبِخِلَافِ الرَّسَالَةِ بِالْاسْتِقْرَاضِ ؛ لِأَنَّ الرَّسَالََةَ مَوْضُوعَةٌ لِنَقْلِ عِبَارَةِ الْمُرْسِلِ ؛ لِأَنَّ الرَّسُولَ مُعَيَّرَ وَالْعِبَارَةُ مِلْكُ الْمُرْسِلِ فَقَدْ

أَمَرَهُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مِلْكِهِ بِاعْتِبَارِ الْعِبَارَةِ فَيَصِحُّ ، وَأَمَّا الْوَكَالَةُ فَغَيْرُ مَوْضُوعَةٍ لِنَقْلِ عِبَارَةِ الْمُوَكَّلِ فَإِنَّ الْعِبَارَةَ لِلْوَكِيلِ وَلِهَذَا حُقُوقُ الْعَقْدِ تَرْجِعُ إِلَيْهِ ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ التَّوَكُّيلَ بِالْاسْتِقْرَاضِ حَائِزٌ

الشرح

قوله : وكذا لا يرد جواز توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر ونحوه لأنه عكس

وَيَرُدُّ عَلَى طَرْدِهِ نَقْضُ وَهُوَ أَنَّ الذَّمِّيَّ يَمْلِكُ بَيْعَ الْخَمْرِ بِنَفْسِهِ وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُوكِّلَ مُسْلِمًا بِبَيْعِهَا وَالْجَوَابُ أَنَّ الذَّمِّيَّ يَمْلِكُ بَيْعَ الْخَمْرِ بِنَفْسِهِ وَيَمْلِكُ تَمْلِيكَ غَيْرِهِ يَبْعُهَا أَيْضًا حَتَّى لَوْ وَكَّلَ ذِمِّيًّا بِذَلِكَ جَازَ وَإِنَّمَا لَمْ يَجْزُ تَوْكِيلُ الْمُسْلِمِ هُنَا لِمَعْنَى فِي الْمُسْلِمِ وَهُوَ أَنَّهُ مَأْمُورٌ بِاجْتِنَابِهَا وَفِي التَّوْكِيلِ بَيْعُهَا اقْتِرَابُهَا وَالْحُرْمَةُ إِذَا جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ الْمَحَلِّ لَا تَكُونُ مَانِعَةً حَتَّى لَوْ قَالَ قَائِلٌ : كُلُّ مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً نِكَاحًا صَحِيحًا حَلَّ لَهُ وَطُوعًا لَا يَرُدُّ عَلَيْهِ الْحَائِضُ وَالْمَحْرَمَةُ لِأَنَّا نَقُولُ هُنَاكَ جَائِزٌ أَيْضًا إِلَّا أَنَّ الْمَنْعَ مِنَ الْوَطْءِ جَاءَ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ بِمَعْنَى عَارِضٍ حَتَّى إِذَا انْعَدَمَ هَذَا الْمَعْنَى ظَهَرَ الْحَلُّ الَّذِي ثَبَتَ بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَتِ الشَّافِعِيَّةُ : لَا يَجُوزُ تَوْكِيلُ مُسْلِمٍ كَافِرًا بِقَبُولِ نِكَاحِهِ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو عَنْ شَائِئَةِ الْعِبَارَةِ ذَكَرَ فِي التَّائِيْدِ الْخَانِيَّةِ فِي كِتَابِ السِّيَرِ فِي نَوْحٍ آخَرَ إِذَا أَدْنَى الْإِمَامُ لِدِمِّيٍّ أَنْ يُؤْمِنَ أَهْلُ الْحَرْبِ فَأَمْنُهُمْ جَازٌ أَمَانُهُمْ وَلَيْسَ كُلُّ مَنْ لَا يَمْلِكُ الْأَمَانَ بِنَفْسِهِ يَجِبُ أَنْ لَا يَمْلِكُ الْأَمَانَ بِالتَّيَّابَةِ عَنْ الْغَيْرِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُسْلِمَ إِذَا وَكَّلَ ذِمِّيًّا أَنْ يَزَوِّجَ لَهُ مُسْلِمَةً جَازَ وَإِنْ كَانَ الذَّمِّيُّ لَا يَمْلِكُ التَّزْوِجَ بِالْمُسْلِمَةِ لِنَفْسِهِ .

قوله : وبخلاف الرسالة بالاستقراض

بِأَنْ يَقُولَ : أَرْسَلَنِي فَلَانُ إِلَيْكَ يَسْتَقْرِضُ مِنْكَ كَذَا الْوَكِيلُ مِنْ يُبَاشِرُ الْعَقْدَ وَالرَّسُولُ مَنْ يُبْلَغُ الْمُبَاشِرَ وَالسَّلْعَةُ أَمَانَةٌ فِي أَيْدِيهِمَا .

تَهْذِيبٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِالْخُصُومَةِ فِي الْحُقُوقِ بِرِضَا الْخَصْمِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ مَرِيضًا أَوْ غَائِبًا مُدَّةَ السَّفَرِ أَوْ مُرِيدًا لِلسَّفَرِ أَوْ مُخَدَّرَةً) أَيْ يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِالْخُصُومَةِ فِي جَمِيعِ الْحُقُوقِ بِشَرْطِ أَنْ يَرْضَى الْخَصْمُ إِلَّا إِذَا كَانَ مَعْذُورًا بِعُذْرٍ مِنَ الْأَعْدَارِ الَّتِي ذَكَرَهَا فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ بغيرِ رِضَا الْخَصْمِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ وَقَالَ : يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِالْخُصُومَةِ مِنْ غَيْرِ رِضَا الْخَصْمِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِهِ عُذْرٌ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ وَكَّلَ بِمَا هُوَ خَالِصُ حَقِّهِ فَيَصِحُّ بِدُونِ رِضَا الْخَصْمِ كَالْتَّوْكِيلِ بِالْقَبْضِ وَالْإِيْفَاءِ وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ مَاسَّةً إِلَى تَجْوِيزِهِ بِهَا إِذَا لَا يَهْتَدِي إِلَيْهَا كُلُّ أَحَدٍ أَوْ لَا يَرْضَى بِهَا عِنْدَ الْحُكَّامِ كُلِّ أَحَدٍ وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ : كَانَ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ لَا يَحْضُرُ خُصُومَةً أَبَدًا وَكَانَ يَقُولُ : إِنَّ الشَّيْطَانَ يَحْضُرُهَا وَإِنَّ لَهَا فُحْمًا وَكَانَ إِذَا خُوصِمَ فِي شَيْءٍ مِنْ أَمْوَالِهِ وَكُلِّ عَقِيلٍ فَلَمَّا كَبُرَ عَقِيلٌ وَكُلَّ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ فَقَالَ هُوَ وَكِيلِي فَمَا قُضِيَ عَلَيْهِ وَمَا قُضِيَ لَهُ فَهُوَ لِي وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ مُبَاشَرَتَهَا بِنَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ رِضَا خَصْمِهِ فَكَذَا يَمْلِكُ التَّوْكِيلُ بِهَا مِنْ غَيْرِ رِضَا الْخَصْمِ كَسَائِرِ حُقُوقِهِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ إِنَّ التَّوْكِيلَ حَوَالَةً وَهِيَ لَا تَجُوزُ إِلَّا بِرِضَا الْمُحَالِّ عَلَيْهِ فَكَذَا التَّوْكِيلُ وَهَذَا لِأَنَّ الْخُصُومَةَ تَخْتَلِفُ وَالْجَوَابُ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ فَصَارَ تَطْيِيرُ الْحَوَالَةِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَا يُوكَّلُ إِلَّا مَنْ هُوَ أَلَدُّ وَأَشَدُّ إِنْكَارًا وَيَلْحَقُهُ بِذَلِكَ ضَرَرٌ عَظِيمٌ فَلَا يَلْزُمُهُ بِدُونِ التِّرَامَةِ كَالْحَوَالَةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِهِ عُذْرٌ مِنَ الْأَعْدَارِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا ؛ لِأَنَّ

الْجَوَابُ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ فَلَا يَكُونُ فِيهِ إِسْقَاطُ حَقٍّ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهِ وَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُسَافِرَ لَكِنَّ الْقَاضِيَّ يَنْظُرُ فِي حَالِهِ وَفِي عُذْرِهِ فَإِنَّهُ لَا تَخْفَى هَيْئَةُ مَنْ يُسَافِرُ وَالْمُتَأَخَّرُونَ مِنْ أَصْحَابِنَا اخْتَارُوا لِلْقَضَايِ إِذَا عَلِمَ مِنَ الْخَصْمِ التَّعَنُّتَ فِي الْإِبَاءِ مِنْ قَبُولِ التَّوْكِيلِ لَا يُمْكِنُهُ مِنْ ذَلِكَ وَيَقْبَلُ التَّوْكِيلَ مِنَ الْمُوَكَّلِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهِ وَإِنْ عَلِمَ مِنَ الْمُوَكَّلِ قَصْدَ الْإِضْرَارِ بِخَصْمِهِ لَا يَقْبَلُ مِنْهُ التَّوْكِيلَ

إِلَّا بِرِضَاهُ وَهُوَ اخْتِيارُ شَمْسِ الْأَئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَمِنْ الْأَعْدَارِ الْحَيُّضُ مِنَ الْمُدْعَى عَلَيْهَا إِذَا كَانَ الْحُكْمُ فِي الْمَسْجِدِ وَالْحَبْسُ إِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِ الْقَاضِي الَّذِي تَرَأَعُوا إِلَيْهِ

الشَّرْحُ

قوله : وَلِإِنَّ الْحَاجَةَ مَاسَّةً إِلَى تَجْوِيزِهِ بِهَا

أَيَّ إِلَى تَجْوِيزِ التَّوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ .

قوله : فَحَمَّا

بِضَمِّ الْقَافِ وَفَتْحِ الْحَاءِ وَالْفُحْمَةُ الشَّدَّةُ وَالْوَرُطَةُ وَمِنْهُ حَدِيثُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي الْخُصُومَةِ وَإِنَّ لَهَا لَقُحْمًا وَفَتْحُ الْقَافِ خَطَأً كَذَا فِي الْمُعَرَّبِ وَقَالَ ابْنُ الْأَثِيرِ وَمِنْهُ حَدِيثُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِنَّ لِلْخُصُومَةِ قُحْمًا هِيَ الْأُمُورُ الْعَظِيمَةُ الشَّاقَّةُ وَاحِدُهَا قُحْمَةٌ وَفِي الْمَصْبَاحِ وَالْقُحْمَةُ بِالضَّمِّ الْأَمْرُ الشَّاقُّ لَا يَرْكَبُهُ أَحَدٌ وَالْجَمْعُ قُحْمٌ مِثْلُ غُرْفَةٍ وَغُرْفٍ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِإِفَائِهَا وَاسْتِيفَائِهَا إِلَّا فِي حَدٍّ أَوْ قَوْدٍ) أَيَّ يَجُوزُ التَّوَكِيلُ بِإِفَاءِ جَمِيعِ الْحُقُوقِ وَالِاسْتِيفَاءُ لِمَا بَيَّنَّا إِلَّا بِاسْتِيفَاءِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ مَعَ غَيْبَةِ الْمُوَكَّلِ عَنِ الْمَجْلِسِ ؛ لِأَنَّهَا تَسْقُطُ بِالشُّبُهَاتِ فَلَا يُسْتَوْفَى بِمَا يَقُومُ مَقَامَ الْغَيْرِ لِمَا فِيهِ مِنْ نَوْعٍ شُبُهَةِ عَلَى مَا بُيِّنَ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُسْتَوْفَى الْقِصَاصُ فِي حَالِ غَيْبَةِ الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ وَلَنَا أَنَّهُ عُقُوبَةٌ فَيَسْقُطُ بِالشُّبُهَاتِ وَشُبُهَةِ الْعَفْوِ ثَابِتَةً فِي حَالِ غَيْبَةِ الْمُوَكَّلِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ قَدْ عَفَا بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ إِذِ الْعَفْوُ مُنْدُوبٌ إِلَيْهِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ } بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْمُوَكَّلُ حَاضِرًا ؛ لِأَنَّهُ لَا تَتِمَّكُنُ فِيهِ شُبُهَةُ الْعَفْوِ وَقَدْ يَحْتَاجُ الْمُوَكَّلُ إِلَى ذَلِكَ لِقَلَّةِ هِدَايَتِهِ فِي الْاسْتِيفَاءِ أَوْ لِأَنَّ قَلْبَهُ لَا يَحْتَمِلُ ذَلِكَ بِخِلَافِ الْاسْتِيفَاءِ فِي غَيْبَةِ الشُّهُودِ ؛ لِأَنَّ رُجُوعَهُمْ نَادِرٌ فَلَا يَتَوَهَّمُ وَيَجُوزُ التَّوَكِيلُ بِإِبْتِائِ الْقِصَاصِ وَحَدِّ الْقَذْفِ وَالسَّرْقَةِ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ ، فَإِذَا قَامَتْ وَتَبَتِ الْحَقُّ فَلِلْمُوَكَّلِ اسْتِيفَاؤُهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ لَا يَجُوزُ التَّوَكِيلُ بِإِبْتَائِهَا أَيْضًا كَمَا لَا يَجُوزُ بِاسْتِيفَائِهَا وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ مُضْطَرَبٌ وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَّا أَنَّهُ يَجُوزُهُ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ وَلَا رِضَا الْخَصْمِ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِأَحَدِهِمَا وَقِيلَ هَذَا الْخِلَافُ فِي حَالِ غَيْبَةِ الْمُوَكَّلِ ، وَأَمَّا حَالُ حَضْرَتِهِ فَهُوَ جَائِزٌ إجماعًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ كَلَامٍ يُوجَدُ مِنَ الْوَكِيلِ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُوَكَّلِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ عُهْدَةٌ عَلَى الْوَكِيلِ لِمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْوَكِيلَ بِمَنْزِلَةِ الْبَدَلِ عَنْ

الْأَصْلِ وَلَا مَدْحَلٌ لِلِإِبْدَالِ فِي هَذَا الْبَابِ وَلِهَذَا لَا تَجُوزُ فِيهِ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ وَلَا كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَلَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ وَلَا مِنْ الْأَخْرَسِ ؛ لِأَنَّ إِشَارَتَهُ بَدَلٌ عَنِ الْعِبَارَةِ وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْإِبْتَائِ الْاسْتِيفَاءُ ، فَإِذَا لَمْ يَصِحَّ بِهِ لَا يَصِحُّ بِالْإِبْتَائِ أَيْضًا ، وَلَهُمَا أَنَّ التَّوَكِيلَ تَنَاولَ مَا لَيْسَ بِحَدٍّ وَلَا قِصَاصٍ وَلَا يُضَافُ وَجُوبُ الْحَدِّ إِلَى الْخُصُومَةِ فَيَصِحُّ التَّوَكِيلُ فِيهَا كَمَا فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ ، وَهَذَا لِأَنَّ وَجُوبَ الْحَدِّ مُضَافٌ إِلَى الْجَنَائَةِ وَظُهُورُهُ مُضَافٌ إِلَى الشَّهَادَةِ وَالْخُصُومَةُ شَرْطٌ مُحَضَّرٌ لَا أَثَرَ لَهَا فِي الْوُجُوبِ وَلَا فِي الظُّهُورِ إِذِ الْحُكْمُ لَا

يُضَافُ إِلَى الشَّرْطِ وَيُمْكِنُ التَّدَارُكُ إِذَا وَقَعَ فِيهِ الْعَلَطُ بِخِلَافِ الْإِسْتِيفَاءِ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ التَّوَكُّيلُ بِالْجَوَابِ مِنْ جَانِبِ مَنْ عَلَيْهِ الْحَدُّ وَالْقِصَاصُ ، وَكَلَامُ أَبِي حَنِيفَةَ فِيهِ أَظْهَرُ ؛ لِأَنَّ التَّوَكُّيلَ فِيهِ وَقَعَ بِدَفْعِ دَعْوَى الْقِصَاصِ وَالْحُدُودُ وَدَفْعُهَا يَثْبُتُ مَعَ الشُّبْهَةِ حَتَّى يَثْبُتَ الْعَفْوُ عَنْ الْقِصَاصِ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ وَالنِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ غَيْرَ أَنَّ إِقْرَارَ الْوَكِيلِ لَا يُقْبَلُ عَلَيْهِ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ عَدَمِ الْأَمْرِ بِهِ وَالتَّوَكُّلُ بِإِثْبَاتِ حَدِّ الزَّنا ، وَالشُّرْبُ لَا يَصِحُّ اتِّفَاقًا ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِأَحَدٍ فِيهِ ، وَإِنَّمَا تُقَامُ الْبَيِّنَةُ عَلَى وَجْهِ الْحِسْبَةِ ، فَإِذَا كَانَ أَجَنَبِيًّا عَنْهُ لَا يَجُوزُ تَوَكُّيلُهُ بِهِ

الشرح

قوله وكلام أبي حنيفة فيه (أي في هذا الفصل الثاني .

قوله : اظهر

أي من كلامه في الفصل الأول .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْحُقُوقُ فِيمَا يُضَيِّفُهُ الْوَكِيلُ إِلَى نَفْسِهِ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالصُّلْحِ عَنْ إِقْرَارِ تَتَعَلُّقُ بِالْوَكِيلِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَحْجُورًا كَتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ وَقَبْضِهِ ، وَقَبْضِ الثَّمَنِ وَالرُّجُوعُ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ وَالْخُصُومَةِ فِي الْعَيْبِ وَالْمَلِكِ يَثْبُتُ لِلْمُوكِّلِ ابْتِدَاءً حَتَّى لَا يُعْتَقَ قَرِيبُ الْوَكِيلِ بِشَرَائِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ تَتَعَلَّقُ بِالْمُوكِّلِ ؛ لِأَنَّ الْحُقُوقَ تَبِعَ لِلْحُكْمِ وَلَيْسَتْ بِأَصْلٍ ، وَالْوَكِيلُ لَيْسَ بِأَصْلٍ فِي حَقِّ الْحُكْمِ فَلَا يَكُونُ أَصْلًا فِي حَقِّ الْحُقُوقِ الَّتِي هِيَ مِنْ تَوَابِعِ الْحُكْمِ فَصَارَ كَالرَّسُولِ وَالْوَكِيلِ بِالنِّكَاحِ وَأَخَوَاتِهِ وَلَنَا أَنَّ الْوَكِيلَ أَصْلٌ فِي الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَقُومُ بِالْكَلَامِ وَصِحَّةُ كَلَامِهِ بِاعْتِبَارِ كَوْنِهِ أَدَمِيًّا عَاقِلًا فَقَضِيَّتُهُ أَنْ يَكُونَ الْحَاصِلُ بِالتَّصَرُّفِ وَأَفْعَالِهِ غَيْرَ أَنَّ الْمُوكِّلَ لَمَّا اسْتَنَابَهُ فِي تَحْصِيلِ الْحُكْمِ جَعَلْنَاهُ نَائِبًا فِي حَقِّ الْحُكْمِ لِلضَّرُورَةِ كَيْ لَا يَطُلَ مَقْصُودُهُ وَرَاعَيْنَا الْأَصْلَ فِي حَقِّ الْحُقُوقِ إِذْ لَا ضَرُورَةَ فِي حَقِّهَا ، وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ أَصْلٌ فِي الْعَقْدِ اسْتِعْنَاؤُهُ عَنْ إِضَافَتِهِ إِلَى الْمُوكِّلِ وَلَوْ كَانَ سَفِيرًا كَمَا زَعَمَ لَمَّا اسْتَعْنَى عَنْ إِضَافَتِهِ إِلَيْهِ كَالرَّسُولِ وَكَالْوَكِيلِ بِالنِّكَاحِ وَأَخَوَاتِهِ حَتَّى إِذَا أَضَافَهُ إِلَى نَفْسِهِ كَانَ لَهُ دُونَ الْمُوكِّلِ بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّهُ لَا يَتَعَدَّرُ إِضَافَةُ الْعَقْدِ إِلَيْهِ وَإِقْبَاعُ الْحُكْمِ لِلْمُوكِّلِ .

فَإِذَا أَضَافَهُ إِلَيْهِ كَانَ أَصِيلًا فِيهِ فَيَقَعُ لَهُ فِيمَا لَا ضَرُورَةَ فِيهِ وَهِيَ الْحُقُوقُ مِنْ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ وَقَبْضِهِ وَثَمَنِهِ وَالرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ مَا بَاعَ أَوْ رُجُوعُهُ هُوَ بِالثَّمَنِ عَلَى بَائِعِهِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ مَا اشْتَرَى وَالْخُصُومَةُ فِي الْعَيْبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ حُقُوقِ الْعَقْدِ وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّ الْحُكْمَ يَقَعُ

لَهُ فِي رَوَايَةِ بَلِّ يَقَعُ لِلْوَكِيلِ ثُمَّ يَتَقَبَّلُ إِلَيْهِ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ فَلَنَا أَنْ نَمْنَعَ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَقَعُ لِلْمُوكِّلِ ابْتِدَاءً خِلَافَةً عَنْهُ بِمَعْنَى أَنَّ الْوَكِيلَ أَصْلٌ فِي حَقِّ الْكُلِّ لَكِنْ فِي حَقِّ الْحُكْمِ يَخْلُفُهُ الْمُوكِّلُ فَيَقَعُ لَهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ أَصْلًا فِيهِ كَالْعَبْدِ تَبْهَبُ أَوْ يَصْطَلِدُ وَلِهَذَا لَا يُعْتَقُ عَلَى الْوَكِيلِ إِذَا اشْتَرَى قَرِيبَهُ بِالْوَكَاةِ وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ : وَالْمَلِكُ يَثْبُتُ لِلْمُوكِّلِ ابْتِدَاءً إلخ وَكَذَا إِذَا اشْتَرَى زَوْجَتَهُ بِالْوَكَاةِ لَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ لَمَّا ذَكَرْنَا وَفِي حَقِّ الْحُقُوقِ لَمْ يَخْلُفْهُ ، فَإِذَا كَانَ أَصْلًا فِي حَقِّ الْحُقُوقِ جَازَ تَوَكُّيلُهُ فِيهَا وَلَا يَجُوزُ تَوَكُّيلُ الْمُوكِّلِ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ أَجَنَبِيٌّ عَنْهَا ، وَفِي قَوْلِهِ : تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَحْجُورًا إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الْعَبْدَ وَالصَّبِيَّ الْمَأْدُونِ لَهُمَا تَتَعَلَّقُ بِهِمَا الْحُقُوقُ وَتَلَزَمُهُمَا

الْعَهْدَةُ مُطْلَقًا وَفِي الذَّخِيرَةِ إِنْ كَانَ وَكِيلًا فِي الْبَيْعِ بَيْنَ حَالٍ أَوْ مُجَلٍّ جَازَ بَيْعُهُ وَلَزِمَتْهُ الْعَهْدَةُ وَإِنْ كَانَ وَكِيلًا بِالشَّرَاءِ ، فَإِنْ كَانَ بَيْنَ مُوجَلٍّ لَا تَلْزَمُهُ الْعَهْدَةُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا بَلْ تَكُونُ الْعَهْدَةُ عَلَى الْأَمْرِ حَتَّى يُطَالِبَ الْآمِرَ بِالثَّمَنِ دُونَ الْمُبَاشَرِ ؛ لِأَنَّ مَا يَلْزَمُهُ مِنَ الْعَهْدَةِ ضَمَانُ كِفَالَةٍ وَلَيْسَ بِضَمَانِ ثَمَنِ ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ الثَّمَنِ مَا يُفِيدُ الْمَلِكَ لِلضَّامِنِ فِي الْمُشْتَرَى وَهَذَا لَا يُفِيدُهُ فِيهِ وَإِنَّمَا يَلْتَزِمُ مَا لَا فِي ذِمَّتِهِ وَاسْتَوْجَبَ مِثْلَ ذَلِكَ عَلَى مُوَكَّلِهِ .

وَهَذَا هُوَ مَعْنَى الْكِفَالَةِ وَهُوَ لَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ بَيْنَ حَالٍ فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَلْزَمُهُ الْعَهْدَةُ ، وَفِي الْاسْتِحْسَانِ تَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّ مَا يَلْزَمُهُ ضَمَانُ ثَمَنِ ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ الثَّمَنِ مَا يُفِيدُ الْمَلِكَ فِي الْمُشْتَرَى وَهَذَا يَمْلِكُ الْمُشْتَرَى مِنْ حَيْثُ

الْحُكْمُ ، فَإِنَّهُ يَحْبِسُ الْمَبِيعَ بِالثَّمَنِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ مِنَ الْمُوَكَّلِ كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ ثُمَّ بَاعَهُ مِنْهُ هُوَ مِنْ أَهْلِ التَّزَامِ الثَّمَنِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مُوجَلًّا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمُشْتَرَى لَا حَقِيقَةً وَلَا حُكْمًا حَتَّى لَا يَمْلِكَ حَبْسَهُ بِهِ فَكَانَ ضَمَانُ كِفَالَةٍ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى وَفِي الْإِبْضَاحِ إِذَا أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ بِالنَّقْدِ فَاشْتَرَى كَمَا أَمَرَهُ فَالشَّرَاءُ جَائِزٌ وَالْعَهْدَةُ عَلَيْهِ وَكَانَ الْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّهُ تَلْزَمُهُ الْعَهْدَةُ فِي تَسْلِيمِ الثَّمَنِ فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْكِفَالَةِ وَإِنَّمَا جَوَّزْنَاهُ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ لَحِقَتْهُ الْعَهْدَةُ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الَّذِي أَمَرَهُ بِهِ وَيَحْبِسَ الْمَبِيعَ عَنْهُ فَيَصِيرُ الْحَقُّ كَالْمُعْلَقِ بِالْبَيْعِ فَيَخْرُجُ مِنْ أَنْ يَكُونَ مُتَبَرِّعًا وَلَوْ أَمَرَهُ بِالشَّرَاءِ نَسِيئَةً فَاشْتَرَاهُ كَمَا أَمَرَهُ كَانَ مَا اشْتَرَاهُ لَهُ دُونَ الْأَمْرِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ إِذَا كَانَ نَسِيئَةً لَمْ يَمْلِكْ حَبْسَ الْمَبِيعِ فَظَهَرَ مَعْنَى التَّبَرُّعِ بِالتَّزَامِ الدَّيْنِ فَلَا يَصِحُّ وَإِذَا لَمْ تَصَحَّ الْوَكَالَةُ صَارَ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ وَفِيهِ إِشَارَةٌ أَيْضًا إِلَى أَنَّ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ لَا تَتَعَلَّقُ بِهِ الْحُقُوقُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنْهُ التَّزَامُ الْعَهْدَةَ لِقُصُورِ أَهْلِيَّةِ الصَّبِيِّ وَلِحَقِّ مَوْلَى الْعَبْدِ فَتَتَعَلَّقُ بِالْمُوَكَّلِ كَمَا فِي الرُّسُولِ وَالْقَاضِي وَأَمِينُهُ ثُمَّ الْعَبْدُ إِذَا عَتَقَ تَلْزَمُهُ تِلْكَ الْعَهْدَةُ .

وَالصَّبِيُّ إِذَا بَلَغَ لَا تَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّ الْمَنَاعَ مِنْ لُزُومِ الْعَهْدَةِ فِي حَقِّ الْعَبْدِ حَقُّ الْمَوْلَى إِذْ هُوَ مِنْ أَهْلِ التَّزَامِ وَقَدْ زَالَ حَقُّهُ فَيَلْزَمُهُ وَالْمَنَاعُ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ حَقُّ نَفْسِهِ وَلَا يَزُولُ بِالْبُلُوغِ وَلَوْ قَبْضُهُ مَعَ هَذَا يَصِحُّ قَبْضُهُ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْعَاقِدُ فَكَانَ أَصِيلًا فِيهِ فَانْتِفَاءُ اللُّزُومِ لِمَا ذَكَرْنَا لَا يَدُلُّ عَلَى انْتِفَاءِ الْجَوَازِ وَلَوْ

كَانَ الْمَأْمُورُ مُرْتَدًّا جَازَ تَصَرُّفُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الْعِبَارَةِ فَتُغْتَبَرُ عِبَارَتُهُ وَلَكِنْ يَتَوَقَّفُ حُكْمُ الْعَهْدَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، فَإِنْ أَسْلَمَ كَانَتْ عَلَيْهِ وَإِلَّا فَعَلَى الْمُوَكَّلِ وَعِنْدَهُمَا عَلَيْهِ عَلَى كُلِّ حَالٍ وَهِيَ فَرْعٌ اخْتَلَفَ فِيهِمْ فِي تَصَرُّفَاتِهِ لِنَفْسِهِ

الشرح

قوله : فإذا أضافه إليه كان أصيلاً فيه فيقع له فيما لا ضرورة

أَمَّا إِذَا أَضَافَ الْعَقْدَ إِلَى الْمُوَكَّلِ فَقَدْ حَكَى الْعِمَادِيُّ فِي الْفَصْلِ السَّابِعِ وَالْعَشْرِينَ فِيهِ خِلَافًا وَحَكَى ابْنُ فَرِشْتَا التَّافِقَ عَلَى أَنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِالْمُوَكَّلِ وَعَزَاهُ لِلْقُصُولِ وَفِيهِ مَا فِيهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَفِيمَا يُضَيِّفُهُ إِلَى الْمُوَكَّلِ كَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمٍ عَمْدٍ أَوْ عَنْ انْكَارٍ تَتَعَلَّقُ بِالْمُوَكَّلِ فَلَا يُطَالَبُ وَكِيلُهُ بِالْمَهْرِ وَلَا وَكِيلُهَا بِتَسْلِيمِهَا) أَيُّ فِي كُلِّ عَقْدٍ يُضَيِّفُهُ إِلَى الْمُوَكَّلِ فَحُقُوقُهُ تَتَعَلَّقُ بِالْمُوَكَّلِ وَذَلِكَ كَالنِّكَاحِ الْخُ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِيهَا سَفِيرٌ مُحَضَّرٌ وَلِهَذَا لَا يُسْتَعْنَى عَنْ إِضَافَتِهِ إِلَى الْمُوَكَّلِ حَتَّى لَوْ أَضَافَهُ إِلَى نَفْسِهِ وَقَعَ النِّكَاحُ لَهُ فَصَارَ كَالرُّسُولِ فَلَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ السَّبَبُ صَادِرًا مِنْ

شخص على سبيل الأصاله ، والحكم واقع لغيره فجعلناه سفيراً وهذا ؛ لأن الحكم هنا لا يقبل الفصل عن السبب ؛ لأنها من قبيل الإسقاطات ، أما غير النكاح فظاهر وكذا النكاح ؛ لأنها تسقط مالم يثبتها بعقد النكاح ولأن الأصل في البضاع الحرمة فكان النكاح إسقاطاً للحرمة نظراً إلى الأصل وإنما يثبت الملك ضرورة لئتمكن من الوطء ولهذا لا يظهر في حق الفسخ والتملك من الغير وفيما وراء الوطء فهو إسقاط جرياً على الأصل إذ الحرمة تنافي الملك والساقط متلاش فلا يجوز أن يسقط في حق الوكيل ثم يسقط ثانياً في حق الموكل بالانتقال ؛ لأن الساقط لا يعود إلا بسبب جديد فكان حكم النكاح ثابتاً لمن أضيف إليه ابتداءً وهو الموكل بخلاف البيع ، فإن حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز أن يصدر السبب من شخص أصالة ويقع الحكم لغيره . وهذا لأن المحل فيه خلق مباحاً وقابلًا للتمليك بطريق الأصاله ، وذلك الحكم مما يقبل الانتقال من ملك إلى ملك فجاز أن يملكه شخص ثم يتقل عنه إلى شخص وجاز

أن يصدر السبب من شخص ويقع الحكم لغيره فلا حاجة إلى جعله غير أصلي إذ جواز الانتقال عنه يمنع من ذلك ومن أخوات هذا النوع العتق على مال والكتابة والهبه والتصدق والإعارة والإيداع والإقراض والرهن والشركة والمضاربة ؛ لأن الحكم فيها يثبت بالقبض وأنه يُلقي محلاً مملوكاً للغير فلا يجعل أصيلاً فيه بل سفيراً ومعبراً وكذا إذا كان التوكيل من جانب الملتزم لما ذكرنا لكن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت فيه الملك للموكل لما ذكرنا من قبل ولأن المستقرض يلتزم بدّل القرض في ذمته فيصير نظير ما لو قال بع شيئاً من مالك على أن يكون عوضه لي ونظير التوكيل بالشحانة فكان باطلاً وما استقرضه فهو لنفسه وله أن يمنعه من الأمر ولو هلك هلك من ماله بخلاف غيره من هذه الصور ، فإنه ليس له بدّل يلزمه حتى يكون بيع ماله بشرط أن يكون العوض لغيره ، وإنما حكمه يثبت بالقبض والوكيل أجنبي عن المحل فلا يمكن أن يكون أصلاً فيه فصار سفيراً عن المالك بخلاف البيع ؛ لأنه يتعلق بالعبارة حيث يتعلق حكمه وحقوقه بها وهي له فلم يكن أجنبياً بل أصيلاً فيه

الشرح

قوله : لكن التوكيل بالاستقراض باطل (قال قاضي خان رحمه الله وإن وكل بالاستقراض إن أضاف الوكيل الاستقراض إلى الموكل فقال : إن فلاناً يستقرض منك كذا أو قال أقرض فلاناً كذا كان القرض للموكل وإن لم يضيف الاستقراض للموكل يكون القرض للوكيل وكتب ما نصه قال قاضي خان رحمه الله ولا تصح الوكالة بالمباحات كالاحتطاب والاحتشاش والاستقاء واستخراج الجوهر من المعادن فما أصاب الوكيل شيئاً من ذلك فهو له وكذا التوكيل بالتكدي وكتب ما نصه قال في القنية في باب مسائل متفرقة من كتاب الوكالة التوكيل بالاستقراض لا يصح والتوكيل بقبض القرض يصح بأن يقول لرجل : أقرضني ثم يوكل رجلاً بقبضه صح قال قاضي خان في فتاواه : ولو وقعت المنازعة بين الوكيل بالاستقراض وبين موكله فقال الوكيل قبضت المال من المقرض ودفعت إلى الموكل وأكرر الموكل لا يقبل قول الوكيل لأن الوكيل يريد بهذا إلزام المال على الموكل فلا يقبل قوله في إيجاب المال على الموكل .

قوله : وتظير التوكيل بالشحانة

قال في المجمع في باب الدال المعجمة والشحاذ الملح في مسأله وعوام العرافين يقولون شحات بالثاء ويخطئون فيه .

قال رحمه الله : (وللمشتري منع الموكل عن الثمن) يعني إذا وكل رجل رجلاً يبيع شيء فباعه ثم إن الموكل طالب المشتري بالثمن له منعه ؛ لأن الموكل أحبي عن العقد وحقوقه ؛ لأنها تتعلق بالعقد على ما بينا .
قال رحمه الله : (وإن دفع إليه) أي إلى الموكل (صحح ولا يطالبه الوكيل ثانياً) ؛ لأن المقبوض حقه فلا فائدة في نزع منه ثم رده عليه وبرئت ذمة المشتري لو صول الثمن إلى مستحقه بخلاف ما إذا باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن إلى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه أن يدفع الثمن إلى الوصي ثانياً ؛ لأن اليتيم ليس له قبض ماله أصلاً فلا يكون له الأخذ من المدين فيكون الدفع إليه تضييعاً فلا يعتد به ، وأما الموكل في مسألتنا فمتصرف في ماله ولا يتقدم أحد عليه فيه فيكون قبضه معتبراً وبخلاف الوكيل في الصرف إذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يطل الصرف ولا يعتد بقبضه ؛ لأن حواز الصرف معلق بالقبض قبل الافتراق فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول وهما يتعلقان بالعقدين فكذا القبض في الصرف وقبض الثمن في مسألتنا ليس كالإيجاب والقبول وإنما جاز لو صول حقه إليه ولهذا لو كان للمشتري دين على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد لو صول الحق إليه بطريق التقاص ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ، ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل ؛ لأنه قضى دينه بمال الموكل بخلاف

الصرف حيث لا تقع المقاصة بالدين ؛ لأن القبض فيه كالإيجاب والقبول فلا بد من وجوده حقيقة أو حكماً بإضافة العقد إلى الدين وهذا عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا تقع المقاصة بدين الوكيل وهو مبنى على جواز إبراء الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز إبرأؤه فكذا تقع المقاصة بدينه وعنده لا يجوز فلا تقع وجه البناء أن المقاصة إبراء بعوض فيعتبر بالإبراء بغير عوض ولهذا لو كان له عليهما دين كانت المقاصة بدين الموكل أولى عندهما كما لو أبرأه معاً ، فإنه يبرأ بإبراء الموكل حتى لا يلزم الوكيل ضمانه .
وقول أبي يوسف استحساناً وجهه أن الثمن الذي في ذمة المشتري ملك الموكل ؛ لأنه بدل ملكه وإبرأؤه تصرف فيه على خلاف ما أمر به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري ودليل الخلاف ظاهر ولهذا يصير ضامناً وجه قولهما أن الإبراء إسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل ألا ترى أن الموكل ليس له أن يمنعه من ذلك ، ولو أراد أن يقبض بنفسه لا يمكن من ذلك فكان هو بالإبراء ممتنعاً عن القبض مسقطاً حق نفسه فيصبح منه إلا أنه بقبضه يتعين ملك الأمر في المقبوض ، وإذا انسد عليه هذا الباب بإبرائه صار ضامناً له بمنزلة الراهن إذا اعتق المرهون ينفذ إعتاقه لمصادفته ملكه ويضمن للمرتهن لأنسداد باب الاستيفاء عليه من ماله العبد بالإعتاق وعلى هذا الخلاف إبراء الولي والوصي فيما باعاه من مال الصغير

باب الوكالة بالبيع والشراء

الأصل أن الجهالة إذا كانت تمنع الامتثال ولا يمكن دركها تمنع صحة الوكالة وإلا فلا والجهالة ثلاثة أنواع جهالة فاحشة وهي الجهالة في الجنس فتمنع صحة الوكالة سواء بين الثمن أو لم يبين كما لو وكله بشراء ثوب أو دابة أو نحو ذلك والثانية جهالة يسيرة وهي ما

كَانَتْ فِي النَّوعِ الْمَحْضِ كَمَا لَوْ وَكَلَهُ بِشِرَاءِ فَرَسٍ أَوْ حِمَارٍ أَوْ ثَوْبٍ هَرَوِيٍّ أَوْ مَرَوِيٍّ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ تَجَوَزَ الْوَكَالَةَ بِهِ وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنِ الثَّمَنَ وَقَالَ بَشْرًا لَا تَجَوَزُ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوِيَ أَنَّهُ { عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَكُلَّ حَكِيمٍ بَنَ حَزَامٍ بِشِرَاءِ شَاةٍ لِلْأُضْحِيَّةِ } وَلَئِنْ جَهَلَهُ النَّوعُ لَا تُحِلُّ بِالْمَقْصُودِ وَيُمْكِنُ دَفْعُهَا بِصَرْفِ التَّوَكُّلِ إِلَى مَا يَلِيقُ بِحَالِ الْمُوَكَّلِ حَتَّى لَوْ أَنَّ عَامِيًّا وَكَلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ فَرَسٍ فَاشْتَرَى فَرَسًا يَصْلُحُ لِلْمُلُوكِ لَا يَلْزَمُهُ وَالثَّلَاثَةُ جَهَالَةُ بَيْنِ النَّوعِ وَالْجِنْسِ كَمَا لَوْ وَكَلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ أَوْ جَارِيَةٍ إِنْ بَيَّنَّ الثَّمَنَ أَوْ النَّوعَ بَأَنِّ قَالَ عَبْدًا تُرْكِيًّا أَوْ حَبَشِيًّا أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ جَازَتْ الْوَكَالَةُ وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ وَاحِدًا مِنْهُمَا لَمْ تَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ بَيَّانُ الثَّمَنِ يُعْلَمُ مِنْ أَيِّ نَوْعٍ يُرِيدُ وَبَيَّانُ النَّوعِ يُعْلَمُ ثَمَنُهُ فَتَبْقَى الْجَهَالَةُ بَعْدَ ذَلِكَ يَسِيرَةً وَهِيَ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَكَالَةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الْجَهَالَةُ فِي الْجِنْسِ حَيْثُ تَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَكَالَةِ وَإِنْ بَيَّنَّ الثَّمَنَ ؛ لِأَنَّهُ بِذَلِكَ الْقَدْرِ مِنَ الثَّمَنِ يُوجَدُ مِنْ كُلِّ نَوْعٍ فَلَا يُفِيدُ الْمَعْرِفَةَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَمْرُهُ بِشِرَاءِ ثَوْبٍ هَرَوِيٍّ أَوْ فَرَسٍ أَوْ بَعْلِ صَحٍّ سَمَّى ثَمَنًا أَوْ لَا) ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَبْقَ الْجَهَالَةُ بَعْدَ إِعْلَامِ الْجِنْسِ إِلَّا فِي

الصِّفَةِ وَهِيَ مُحْتَمَلَةٌ فِي الْوَكَالَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ قَادِرٌ عَلَى تَحْصِيلِ مَقْصُودِ الْمُوَكَّلِ بِأَنِّ يَنْظُرَ فِي حَالِهِ إِذَا اخْتَلَفَ الصِّفَةُ لَا يُوجِبُ اخْتِلَافَ أَصْلِ الْمَقْصُودِ وَلَا يُشْتَرَطُ فِي مِثْلِهِ تَسْمِيَةُ الثَّمَنِ لِصِحَّةِ الْوَكَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ بَيَّانُ جِنْسِ الثَّمَنِ يَصِيرُ مَعْلُومًا عَادَةً فَصَارَ كَمَا لَوْ وَكَلَهُ بِشِرَاءِ ثَوْبٍ هَرَوِيٍّ عَلَى أَيِّ صِفَةٍ كَانَ وَلَئِنَّا لَوْ شَرَطْنَا الِاسْتِقْصَاءَ فِي الصِّفَةِ وَالبَيَّانِ فِي النَّوعِ رُبَّمَا لَا يَتِمَّكُنُ الْوَكِيلُ مِنَ الْقِيَامِ بِذَلِكَ وَضَاقَ الْأَمْرُ عَلَى النَّاسِ وَخَرَجُوا وَالْحَرَجُ مَدْفُوعٌ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِشِرَاءِ عَبْدٍ أَوْ دَارٍ جَازَ إِنْ سَمَّى ثَمَنًا وَإِلَّا لَا) ؛ لِأَنَّ هَذِهِ جَهَالَةُ مُتَوَسِّطَةٍ بَيْنَ الْجِنْسِ وَالنَّوعِ وَلَيْسَتْ بِفَاحِشَةٍ وَلَا يَسِيرَةٍ ، فَإِذَا بَيَّنَّ ثَمَنُهُ عِلْمٌ مِنْ أَيِّ نَوْعٍ مَقْصُودُهُ ؛ لِأَنَّ ثَمَنَ كُلِّ نَوْعٍ مِنَ الْعَبِيدِ مَعْلُومٌ بَيْنَ النَّاسِ وَالتَّحَقُّقُ بِجَهَالَةِ النَّوعِ بِذَلِكَ فَجَازَتْ الْوَكَالَةُ بِهِ وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ ثَمَنُهُ التَّحَقُّقُ بِجَهَالَةِ الْجِنْسِ فَلَمْ تَجُزْ الْوَكَالَةُ بِهِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ بِاعْتِبَارِ مَنْفَعَةِ الْعَمَلِ جِنْسٌ وَاحِدٌ وَبِاعْتِبَارِ مَنْفَعَةِ النَّظَرِ وَالْجَمَالِ أَجْنَاسٌ مُخْتَلِفَةٌ ، فَإِنَّ الْجَمَالَ مَنْفَعَةٌ مَطْلُوبَةٌ مِنْ بَنِي آدَمَ وَلِهَذَا جُعِلَ رُؤْيَا الْوَجْهِ مِنْ بَنِي آدَمَ كَرُؤْيَا الْكُلِّ لِحُصُولِ الْعِلْمِ بِالْمَقْصُودِ وَهُوَ الْجَمَالُ لِكُونِهِ مَجْمَعُ الْمَحَاسِنِ وَبِاعْتِبَارِ هَذِهِ الْمَنْفَعَةِ يَخْتَلِفُ التُّرْكِيُّ وَالْهِنْدِيُّ وَالسِّنْدِيُّ وَالْحَبَشِيُّ وَالتَّكُرُّورِيُّ وَكَذَا إِذَا بَيَّنَّ نَوْعَهُ تَجَوَزَ الْوَكَالَةُ بِهِ لِحُصُولِ الْعِلْمِ بِمَقْصُودِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا جَازَتْ الْوَكَالَةُ بِهِ إِذَا بَيَّنَّ ثَمَنُهُ لِكُونِهِ مَعْلُومٌ النَّوعُ فَعِنْدَ التَّصْرِيحِ بِنَوْعِهِ أَوَّلَى أَنْ تَجَوَزَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِشِرَاءِ ثَوْبٍ أَوْ دَابَّةٍ لَا وَإِنْ سَمَّى ثَمَنًا) يَعْنِي لَوْ وَكَلَهُ بِشِرَاءِ

دَابَّةٍ أَوْ ثَوْبٍ لَا يَصِحُّ التَّوَكُّلُ وَإِنْ بَيَّنَّ ثَمَنُهُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ جَهَالَةٌ فِي الْجِنْسِ فَلَا يَتِمَّكُنُ الْوَكِيلُ مِنَ الْإِمْتِنَالِ لَتَفَاحُشِ الْجَهَالَةِ ؛ لِأَنَّ مَا مِنْ نَوْعٍ يَشْتَرِيهِ الْوَكِيلُ مِنْ أَنْوَاعِ ذَلِكَ الْجِنْسِ إِلَّا وَيُمْكِنُ الْمُوَكَّلُ أَنْ يَقُولَ : إِنِّي عَيَّيْتُ خِلَافَهُ وَالْأَمْرُ بِمَا لَا يُمَكِّنُ الْإِمْتِنَالُ بِهِ بَاطِلٌ فَتَخَلَّصَ لَنَا مِنْ جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْجَهَالَةَ إِذَا كَانَتْ فِي الْجِنْسِ لَا تَجَوَزُ الْوَكَالَةَ بِهِ مُطْلَقًا ، وَإِنْ كَانَتْ فِي النَّوعِ تَجَوَزُ مُطْلَقًا وَإِنْ كَانَتْ مَا بَيْنَهُمَا بَأَنِّ كَانَتْ أَنْوَاعًا ، فَإِنْ ذَكَرَ الثَّمَنَ أَوْ النَّوعَ جَازَتْ وَالتَّحَقُّقُ بِالثَّانِي ، وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنِ التَّحَقُّقَ بِالْأَوَّلِ فَلَمْ تَجُزْ وَالْجِنْسُ مَا يَدْخُلُ تَحْتَهُ أَنْوَاعٌ مُتَغَايِرَةٌ وَالنَّوعُ اسْمٌ لِأَحَدٍ مَا يَدْخُلُ تَحْتَ اسْمٍ فَوْقَهُ ، وَقِيلَ : الْجِنْسُ اسْمٌ دَالٌّ عَلَى كَثِيرِينَ مُخْتَلِفِينَ بِالنَّوعِ وَالتَّوَعُّ اسْمٌ دَالٌّ عَلَى كَثِيرِينَ مُتَغَايِرِينَ بِالشَّخْصِ وَقِيلَ كُلُّ اسْمٍ مُنْتَظَمٍ أَشْيَاءَ نَوْعٌ بِاعْتِبَارِ مَا فَوْقَهُ جِنْسٌ بِاعْتِبَارِ مَا دُونَهُ ، هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ كُلُّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى الْعُمُومِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى الْعُمُومِ بَأَنِّ قَالَ : ابْتَغِ لِي مَا رَأَيْتَ جَازَتْ الْوَكَالَةُ ؛ لِأَنَّهُ فَوْضَ الْأَمْرِ إِلَى رَأْيِهِ فَأَيُّ شَيْءٍ اشْتَرَاهُ لَهُ يَكُونُ مُمْتَنِلًا .

وَكَذَا لَوْ قَالَ اشْتَرِ لِي بِأَلْفٍ ثِيَابًا أَوْ دَوَابًّا أَوْ أَشْيَاءَ أَوْ مَا شِئْتَ أَوْ مَا رَأَيْتَ أَوْ أَدَتِي شَيْءٍ حَضَرَكَ أَوْ مَا يُوجَدُ أَوْ مَا يَبْقَى جَازَ ؛ لِأَنَّ التَّعْمِيمَ دَلَالَةٌ التَّفْوِيزُ إِلَى رَأْيِهِ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ : اشْتَرِ لِي بِأَلْفٍ أَوْ بَعِ جَازَتْ الْوَكَالَةُ وَيَصِيرُ مُسْتَقْرَضًا لِلْأَلْفِ مِنْهُ وَيَصِيرُ الْبَائِعُ قَابِضًا لِلْأَمْرِ أَوَّلًا بِحُكْمِ الْقَرْضِ ثُمَّ يَصِيرُ قَابِضًا لِنَفْسِهِ ، وَكَذَا إِذَا قَالَ : اجْعَلْهُ بَضَاعَةً لِي ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْبَضَاعَةِ يَدُلُّ عَلَى الْعُمُومِ وَكَذَا

لَوْ قَالَ : اشْتَرَيْ لِي بِهِ وَلَمْ يَزِدْ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّهُ تَفْوِيضٌ عَامٌّ فَكَأَنَّهُ قَالَ اشْتَرِ لِي مَا بَدَا لَكَ أَوْ قَالَ سَلِّطْتُكَ عَلَى الشِّرَاءِ وَكَذَا لَوْ قَالَ أَذِنْتُ لَكَ أَنْ تَشْتَرِيَ بِهِ لِمَا بَيْنَا

الشرح

بَابُ الْوَكَالَةِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ)

قوله : بَابُ الْوَكَالَةِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ

كَذَا تَرَجَّمَ فِي الْهِدَايَةِ وَقَالَ عَقِبَهُ فَصَّلُ فِي الشِّرَاءِ قَالَ الْأَنْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَدَّمَ بَابَ الْوَكَالَةِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ عَلَى سَائِرِ الْأَبْوَابِ لِكَثْرَةِ وَقُوعِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَمَسَاسِ الْحَاجَةِ إِلَى الْوَكَالَةِ فِي ذَلِكَ ثُمَّ قَدَّمَ فَصَّلَ الشِّرَاءَ لِأَنَّ الشِّرَاءَ مُثَبِّتٌ لِمَا هُوَ الْأَصْلُ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ وَهُوَ الْمَبِيعُ وَالْبَيْعُ مُزِيلٌ لَهُ وَالثَّبُوتُ قَبْلَ الزَّوَالِ فَكَانَ الشِّرَاءُ أَوْلَى بِالْتَقْدِيمِ

قوله : كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ فَرَسٍ أَوْ حِمَارٍ

قَالَ الْأَنْقَانِيُّ نَقَلًا عَنِ الْأَصْلِ لِمُحَمَّدٍ وَإِذَا قَالَ لَهُ : اشْتَرِ لِي حِمَارًا وَلَمْ يُسَمِّ الثَّمَنَ فَهُوَ جَائِزٌ عَلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : اشْتَرِ لِي بَعُلاً ، فَإِنْ اشْتَرَى لَهُ شَيْئًا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ لَمْ يَلْزَمْ الْأَمْرَ وَلَزِمَ الْمُشْتَرِي وَإِذَا أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ تَوْبًا ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَلْزُمُ الْأَمْرَ وَإِنْ سَمَّى الثَّمَنَ ، فَإِنَّ ذَلِكَ أَيْضًا لَا يَجُوزُ مِنْ قَبْلِ أَنْ الثَّيَابُ مُخْتَلِفَةٌ ، فَإِنْ قَالَ : اشْتَرِ تَوْبًا هَرَوِيًّا وَلَمْ يُسَمِّ الثَّمَنَ فَهُوَ جَائِزٌ إِذَا اشْتَرَاهُ بِمَا يُشْتَرَى مِثْلُهُ أَوْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ وَكَذَلِكَ كُلُّ جَنْسٍ سَمَّاهُ مِنَ الثَّيَابِ ، فَإِنْ سَمَّى لَهُ ثَمَنًا فَرَادَ عَلَى ذَلِكَ الثَّمَنَ لَمْ يَلْزَمْ الْأَمْرَ وَإِنْ نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ الثَّمَنَ لَمْ يَلْزَمْ الْأَمْرَ ، فَإِنْ وَصَفَ لَهُ صِفَةً وَسَمَّى لَهُ ثَمَنًا فَاشْتَرَى لَهُ تِلْكَ الصِّفَةَ بِأَقْلٍ مِنْ ذَلِكَ الثَّمَنِ جَازَ ذَلِكَ عَلَى الْأَمْرِ .

قوله : وَقَالَ بَشْرٌ لَا تَجُوزُ

أَيُّ وَهُوَ الْقِيَاسُ قَالَ الْأَنْقَانِيُّ وَقَالَ بَشْرٌ الْمَرِيئِيُّ ثُمْنُ وَإِنْ كَانَتْ بَسِيرَةً لِأَنَّهَا تَمْنَعُ الْإِمْتِنَانَ وَيَقُولُ بَشْرٌ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي وَجْهِ وَأَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ

بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ مُعْتَبَرٌ بِنَفْسِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَلَا يَصِحُّ إِلَّا بَيَانُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ كَيْ .

قوله : { وَكَلَّ حَكِيمَ بَنٍ حِزَامَ بِشِرَاءِ شَاةٍ لِلْأَضْحِيَّةِ }

وَجَعَلَ جَهَالَةَ النَّوعِ عَفْوًا وَلِأَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَ النَّوعِ وَالنَّوْعِ يَسِيرٌ فَلَا يَمْنَعُ الْإِمْتِنَانَ لَكِنْ تَنْصَرِفُ الْوَكَالَةُ إِلَى مَا يَلِيْقُ بِحَالِ الْمُوَكَّلِ .

أَنْقَانِي

قوله : وَالثَّالِثَةُ جَهَالَةُ بَيْنِ النَّوعِ وَالْجِنْسِ

قَالَ الثَّقَانِيُّ نَقْلًا عَنْ قَاضِي خَانَ فِي شَرْحِهِ وَالثَّالِثَةُ مَا يَكُونُ بَيْنَ الْجِنْسِ وَالنَّوعِ كَمَا لَوْ وَكَلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ أَوْ جَارِيَةٍ إِنْ بَيَّنَّ الثَّمَنُ أَوْ الصِّفَةُ بَأَنِّ قَالَ : تُرَكِّبًا أَوْ هِنْدِيًّا أَوْ رُومِيًّا صَحَّتْ الْوَكَالَةُ ، وَإِنْ لَمْ يُبَيَّنْ الثَّمَنُ أَوْ الصِّفَةُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الْعَبِيدِ وَالْجَوَارِي أَكْثَرُ مِنْ اخْتِلَافِ سَائِرِ الْأَنْوَاعِ وَعَادَةُ النَّاسِ فِي ذَلِكَ مُخْتَلِفَةٌ فَكَانَتْ بَيْنَ الْجِنْسِ وَالنَّوعِ وَكَذَا الدَّارُ مُلْحَقَةٌ بِالْجِنْسِ مِنْ وَجْهِ لَأَنَّهَا تَخْتَلِفُ بِقِلَّةِ الْمَرَاقِي وَكَثَرَتِهَا ، فَإِنْ بَيَّنَّ الثَّمَنُ أُلْحِقَتْ بِجَهَالَةِ النَّوعِ ، وَإِنْ لَمْ يُبَيَّنْ أُلْحِقَتْ بِجَهَالَةِ الْجِنْسِ وَالْمُتَأَخَّرُونَ قَالُوا فِي دِيَارِنَا لَا يَجُوزُ بَدُونِ بَيَانِ الْمَحَلَّةِ لِأَنَّهَا تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمَحَلَّةِ وَبِمَا سُمِّيَ مِنَ الثَّمَنِ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ : اشْتَرَيْ لِي حِنْطَةً لَا يَصِحُّ مَا لَمْ يُبَيَّنْ عَدَدُ الْقُفْرَانِ أَوْ الثَّمَنِ لِأَنَّ الْحِنْطَةَ تَتَنَاوَلُ الْقَلِيلَ وَالْكَثِيرَ فَمَا لَمْ يُبَيَّنْ الْمِقْدَارُ أَوْ الثَّمَنُ .

قوله وَحَرَجُوا

حَرَجَ صَدْرُهُ ضَاقَ حَرَجًا مِنْ بَابِ لَيْسَ .

مُعَرَّبٌ

قوله فِي الثَّمَنِ وَبِشِرَاءِ عَبْدٍ أَوْ دَارٍ

قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي الْأَصْلِ وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ جَارِيَةً أَوْ عَبْدًا ، فَإِنْ هَذَا لَا يَجُوزُ مِنْ قَبْلِ أَنْ الْعَبِيدَ وَالْجَوَارِيَّ مُخْتَلِفُونَ ، فَإِنْ

وَكَلَّهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ عَبْدًا مُوَلَّدًا أَوْ حَبَشِيًّا أَوْ سِنْدِيًّا أَوْ سَمَى جِنْسًا مِنَ الْأَجْنَسِ ، فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ أَيْضًا وَتَسْمِيَةُ الثَّمَنِ وَتَسْمِيَةُ الْجِنْسِ سَوَاءٌ .

غَايَةٌ .

ثُمَّ قَالَ فِي الْأَصْلِ وَإِذَا وَكَلَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ دَارًا وَلَمْ يُسَمِّ الثَّمَنَ ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَلْزِمُ الْأَمْرَ وَلَا يَجُوزُ عَلَيْهِ وَقَالُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ رَجُلٌ أَمَرَ آخَرَ أَنْ يَشْتَرِيَ جَارِيَةً أَوْ ثَوْبًا أَوْ دَابَّةً أَوْ دَارًا وَلَمْ يُسَمِّ الثَّمَنَ فَهُوَ مُشْتَرٍ لِنَفْسِهِ وَالْوَكَالَةُ بَاطِلَةٌ ، وَإِنْ سَمَى ثَمَنَ الدَّارِ وَبَيَّنَّ جِنْسَ الدَّابَّةِ وَالثَّوْبِ جَازَ .

غَايَةٌ

قوله في المتن جاز إن سمى ثمننا وإلا لنا

أي وإن لم يسم الثمن لا يجوز وهذا إذا اقتصر على ذكر العبد ولم يبين نوعه أما إذا بين فحينئذ يجوز كما سيصرح به الشارح رحمه الله تعالى .

قوله بأن قال ابتع لي ما رأيت جازت الوكالة

أي جازت مع الجهالة كالبضاعة والمضاربة .

أثقاني

قال رحمه الله (وبشراء طعام يقع على البر ودقيقه) لو وكله بشراء طعام ينصرف إلى الحنطة ودقيقها حتى لا يكون له أن يشتري له غيرهما من الطعام والقياس أن يتناول كل مطعوم ؛ لأنه اسم له كما لو حلف لا يأكل طعاما وجه الاستحسان أن الطعام مقرؤنا بالبيع أو بالشراء يراد به البر عادة ودقيقه ولا عرف فيما إذا كان مقرؤنا بالكل فبقي على حقيقته فيحنت بأكل أي طعام كان حتى لو حلف لا يشتري أو لا يبيع طعاما لا يحنت إلا بالبر لما ذكرنا ، وقيل : إن كانت الدراهم كثيرة فعلى البر وإن كانت قليلة فعلى الخبز وإن كانت بين الأمرين فعلى الدقيق والفرق في ذلك العرف ويعرف بالاجتهاد حتى إذا عرف أنه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بأن كان عنده وليمة يتخذها هو جاز له أن يشتري الخبز له ؛ لأن يدل على أنه ما يشتريه للدخار وهو المرجح لجانب الحنطة إذ الخبز لا يقبل الدخار وكذا الدقيق لا يقبله طويلا فتعين البر للدخار وهو في الكثير عادة وقال بعض مشايخ ما وراء النهر : الطعام في عرفنا ينصرف إلى ما يمكن أكله يعني المهيأ للأكل كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه وقال الصدر الشهيد رحمه الله وعليه الفتوى ، وإذا لم يدفع إليه دراهم ، وقال : اشتر لي طعاما ما لم يجز على الأمر ؛ لأنه وكله أن يشتري له مكيلا ولم يبين له مقداره وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث إن الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الأمر بما سمى له

الشرح

قوله في المتن وبشراء طعام إلخ (قال في الهداية ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها

قوله : وجه الاستحسان إلخ

قال الأثقاني وجه الاستحسان أن الطعام في عرفهم يتناول الحنطة ودقيقها إذا ذكر مقرؤنا بالشراء ولهذا يسمى عندهم السوق الذي يباع فيه الحنطة ودقيقها سوق الطعام ، وإذا كان العرف هكذا ترك القياس به لأن العرف أقوى من القياس لأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص .

قوله : وقيل

هَذَا قَوْلُ الْفَقِيهِ أَبِي جَعْفَرٍ الْهَنْدَوَانِيِّ .

غَايَةٌ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلِلْوَكِيلِ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ مَا دَامَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ) يَعْنِي مِنْ غَيْرِ أَمْرِ الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ مِنْ حُقُوقِ الْعَقْدِ وَهِيَ كُلُّهَا تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ دُونَ الْمُوَكَّلِ فَيَسْتَبَدُّ بِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ سَلَّمَهُ إِلَى الْأَمْرِ لَا يَرُدُّهُ إِلَّا بِأَمْرِهِ) ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْوَكَالَةِ قَدْ انْتَهَى بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ وَلِأَنَّ فِي رَدِّهِ بغيرِ إِذْنِهِ إِبْطَالُ مَلِكِهِ وَيدِهِ الْحَقِيقِيَّةِ فَلَا يُمَكِّنُ مِنْهُ بِدُونِ رِضَاهُ وَلِأَنَّهُ أَصِيلٌ فِي حَقِّ الْحُقُوقِ نَائِبٌ فِي حَقِّ الْحُكْمِ عَلَى أَصَحِّ الْأَقْوَالِ فَكَانَ لَهُ جَانِبَانِ فَجَانِبُ النَّيَابَةِ يَمْنَعُهُ الرَّدَّ وَجَانِبُ الْأَصَالَةِ لَا يَمْنَعُهُ فَعَمَلُنَا بِجَانِبِ الْأَصَالَةِ قَبْلَ الدَّفْعِ إِلَى الْمُوَكَّلِ وَبِجَانِبِ النَّيَابَةِ بَعْدَهُ ، وَقَدْ أُمِكَنَ الْعَمَلُ بِهِمَا بِهَذَا الطَّرِيقِ وَلَوْ رَضِيَ الْوَكِيلُ بِالْعَيْبِ جَازَ وَسَقَطَ حَقُّ الرَّدِّ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ أَصِيلٌ فِي الْحُقُوقِ وَهَذَا عَلَى قَوْلِهِمَا ظَاهِرٌ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْإِبْرَاءَ عَنِ الثَّمَنِ فَعَنِ الْعَيْبِ أَوَّلَى وَاخْتَلَفَ الْمَشَايخُ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَعَامَّتُهُمْ صَحَّحُوا إِبْرَاءَهُ وَفَرَّقُوا بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْإِبْرَاءِ عَنِ الثَّمَنِ بِأَنَّ الْإِبْرَاءَ عَنِ الثَّمَنِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُضِرًّا بِهِ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي أَمْلًا مِنَ الْوَكِيلِ ، فَإِذَا بَرَأَ يَبْقَى ذِمَّتُهُ فِي ذِمَّةِ الْوَكِيلِ وَهُوَ مُفْلِسٌ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ بِخِلَافِ الْإِبْرَاءِ عَنِ الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ فِيهِ عَلَى خِيَارِهِ إِنْ شَاءَ رَضِيَ بِالْعَيْبِ وَأَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ عَلَى الْوَكِيلِ إِذْ لَا يَلْزَمُ الْمُوَكَّلُ بِإِبْرَائِهِ وَلَا يَسْقُطُ خِيَارُهُ بِهِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ كَأَنَّ الْوَكِيلَ بَاعَهُ مِنَ الْمُوَكَّلِ وَلِهَذَا يَحْبِسُ الْوَكِيلُ الْمَبِيعَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ مِنَ الْمُوَكَّلِ فَيَسْقُطُ حَقُّهُ فِي الْعَقْدِ الْأَوَّلِ لَا

يَلْزَمُ مِنْهُ سُقُوطُ حَقِّ مَنْ اشْتَرَى مِنْهُ

الشرح

قوله : لِأَنَّ حُكْمَ الْوَكَالَةِ قَدْ انْتَهَى بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ

وَلِهَذَا قَالَ إِذَا سَلَّمَهُ إِلَى الْمُوَكَّلِ لَمْ يَكُنْ لِلشَّفِيعِ أَنْ يُطَالِبَ الْوَكِيلَ لِأَنَّهُ خَرَجَ مِنَ الْوَكَالَةِ وَانْقَطَعَ حَقُّهُ كَذَلِكَ هَكَذَا قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً وَدَفَعَهَا إِلَى الْأَمْرِ ثُمَّ عَلِمَ بِعَيْبٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَرُدُّهَا إِلَّا بِرِضَا الْأَمْرِ ، فَإِنْ لَمْ يَدْفَعْهَا إِلَى الْأَمْرِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهَا ، فَإِنْ رَضِيَ بِالْعَيْبِ أَوْ أَبْرَأَ الْبَائِعَ عَنِ الْعَيْبِ وَقَدْ أَمَرَهُ الْأَمْرُ بِرَدِّهَا صَحَّ رِضَاهُ وَإِبْرَاؤُهُ فِي حَقِّهِ دُونَ الْأَمْرِ حَتَّى كَانَ لِلْأَمْرِ أَنْ يَأْخُذَ الْجَارِيَةَ مَعَ الْعَيْبِ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهَا عَلَى الْمَأْمُورِ وَصَمَّنَهُ الثَّمَنَ قَالُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ حُجَّةٌ لِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ عَلَى أَبِي يُوسُفَ فِي مَسْأَلَةِ الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إِذَا أَبْرَأَ الْمُشْتَرِي عَنِ الثَّمَنِ فَلَوْ لَمْ يَكُنِ الْإِبْرَاءُ عَنِ الثَّمَنِ صَحِيحًا ثَمَّةٌ فِي حَقِّ الْأَمْرِ لَمْ يَصِحَّ الْإِبْرَاءُ عَنِ الْعَيْبِ هَاهُنَا أَيْضًا .

غَايَةٌ

قوله : واختلف المشايخ

قال الأتقاني ومنهم أي المشايخ من قال لا بل صح الإبراء عن العيب عند الكل قبل القبض وبعده وفرقوا لأبي يوسف

قوله : فعامتهم صححوا إبراءه

أي إبراءه عن العيب بخلاف الثمن .

قوله وفرقوا بين هذا

أي بين إبراء الوكيل بالشراء عن العيب .

قوله وبين الإبراء

أي وبين إبراء الوكيل بالبيع عن الثمن .

قوله ، وإن شاء رده على الوكيل

، فإن لم يختَر الأمر شيئاً حتى هلك في يد المأمور ، فإنها تهلك من مال الأمر لأن يده كيد المالك في حق الملك ولم يحدث منعاً يرجع الأمر

على المأمور بنقصان العيب لأن الأمر يشتري منه حكماً وقد وجد بها عيباً وعجز عن ردّها بموتها في يده حكماً ، وكذا إذا لم تمت لكن اعورت في يد الوكيل يرجع الموكل عليه بنقصان العيب لأن الاعورار عيب حدث في يد الأمر حكماً .
غاية .

قوله : ولهذا يحبس الوكيل المبيع حتى يستوفي الثمن إلخ

، وإذا وجد الموكل به عيباً يرده عليه ، وإذا اختلفا في الثمن تحالفا

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَحَبَسَ الْمَبِيعَ بِثَمَنِ دَفَعَهُ مِنْ مَالِهِ) أَيُّ الْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ إِذَا اشْتَرَى وَدَفَعَ الثَّمَنَ مِنْ مَالِهِ لِلْبَائِعِ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ الْمَبِيعَ بِالثَّمَنِ الَّذِي دَفَعَهُ لِلْبَائِعِ مِنْ مَالِهِ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّ الْمُبَادَلَةَ الْحُكْمِيَّةَ قَدْ جَرَتْ بَيْنَهُمَا وَصَارَ الْوَكِيلُ كَالْبَائِعِ وَالْمُوكَّلُ كَالْمُشْتَرِي مِنْهُ وَلِهَذَا لَوْ وَجَدَ الْمُوكَّلُ بِهِ عَيْبًا يَرُدُّهُ عَلَيْهِ ، وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ تَحَالَفًا وَسَلَامَةً الْمَبِيعِ لَهُ مِنْ جِهَةِ الْوَكِيلِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِثَمَنِهِ وَلِأَنَّ تَوَكُّلَهُ إِيَّاهُ مَعَ عِلْمِهِ بِأَنَّ الْحَقَّوَقَ تَرْجِعُ إِلَيْهِ إِذَنْ مِنْهُ بِدَفْعِ الثَّمَنِ عَنْهُ مِنْ مَالِهِ فَصَارَ كَمَا لَوْ أَذِنَ صَرِيحًا فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِهِ وَيَحْبِسُ عَنْهُ الْمَبِيعَ حَتَّى يَدْفَعَ إِلَيْهِ لِنَتَرُكِهِ مَنَزِلَةَ الْبَائِعِ وَقَوْلُهُ بِثَمَنِ دَفَعَهُ مِنْ مَالِهِ وَقَعَ اتِّفَاقًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَدْفَعْ الثَّمَنَ أَيْضًا لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ عَنْهُ وَهَذَا ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا نَزَلَ مَنَزِلَةُ الْمُشْتَرِي مِنْهُ أَخَذَ حُكْمَهُ وَالْمُشْتَرِي لَا يُمَكِّنُ مِنْ أَخْذِهِ حَتَّى يُؤْفِقَهُ ثَمَنُهُ كَمَا لَوْ كَانَ بَائِعًا لَهُ حَقِيقَةً يُحَقِّقُهُ أَنَّ حَبْسَ الْمَبِيعِ عَنِ الْمُوكَّلِ لَيْسَ لِأَجْلِ نَقْدِ الثَّمَنِ عَنْهُ بَلْ لِأَجْلِ أَنَّهُ بَائِعٌ لَهُ حُكْمًا وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ بَيْنَ مَا إِذَا نَقَدَ الثَّمَنَ أَوْ لَمْ يَنْقُدْ وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ : لَيْسَ لِلْوَكِيلِ حَبْسُ الْمَبِيعِ عَنِ الْمُوكَّلِ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ فَتَقَوُّمُ يَدِهِ مَقَامَ يَدِ الْمُوكَّلِ وَيَكُونُ قَبْضُهُ قَبْضَ الْمُوكَّلِ وَلَا يَحْبِسُ الْمَبِيعَ بَعْدَ الْقَبْضِ ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَبِيعَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ وَلَيْسَ لِلْأَمِينِ حَبْسُ الْأَمَانَةِ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَى صَاحِبِهَا .

قُلْنَا : الْمُوكَّلُ مَلِكُ الْمَبِيعِ بَعْدَ بَاشَرَةِ الْوَكِيلِ بِبَدَلِ اسْتَوْجَبِهِ عَلَيْهِ وَهَذَا مَعْنَى الْبَيْعِ فَيَحْبِسُهُ بِهِ كَمَا لَوْ بَاعَهُ إِيَّاهُ حَقِيقَةً وَقَدْ ذَكَرْنَا

أَنَّ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ وَلِهَذَا يَرُدُّهُ الْمُوكَّلُ عَلَى الْوَكِيلِ بِعَيْبٍ وَيَجْرِي التَّحَالُفُ بَيْنَهُمَا عِنْدَ الْاِخْتِلَافِ فِي الثَّمَنِ وَهَذَا مِنْ خَصَائِصِ الْبَيْعِ فَكَذَا هَذَا الْحُكْمُ وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ قَبْضَهُ قَبْضَ الْمُوكَّلِ بَلْ قَبْضُهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِإِحْيَاءِ حَقِّ نَفْسِهِ وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِتَنْمِيمِ مَقْصُودِ الْمُوكَّلِ فَيَتَبَيَّنُ فِي الْآخِرَةِ يَحْبِسُهُ أَنَّ الْقَبْضَ كَانَ لِحَقِّقِهِ وَبِعَدَمِ الْحَبْسِ كَانَ لِلْمُوكَّلِ وَقَبْلَ ذَلِكَ الْأَمْرُ مَوْقُوفٌ فَلَا يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ وَلِأَنَّ هَذَا الْقَبْضَ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ عَنْهُ إِذْ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْقَبْضِ عَلَى وَجْهِ لَا يَصِيرُ الْمُوكَّلُ بِهِ قَابِضًا وَمَا لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ عَنْهُ يَكُونُ عَفْوًا فَلَا يَسْقُطُ بِهِ حَقُّهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ إِذْ فِي سُقُوطِهِ ضَرَرٌ عَلَيْهِ

الشرح

قَوْلُهُ وَلِهَذَا لَوْ وَجَدَ الْمُوكَّلُ بِهِ عَيْبًا يَرُدُّهُ عَلَيْهِ (أَيُّ وَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ إِذَا هَلَكَ عِنْدَ الْمُوكَّلِ .

غَايَةٌ

قَوْلُهُ : وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ تَحَالَفَا

وَالْتَّحَالَفُ مِنْ خَوَاصِّ الْمُبَادَلَةِ .

غَايَةٌ

قَوْلُهُ : لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَدْفَعْ الثَّمَنَ أَيْضًا لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ عَنْهُ

قَالَ صَاحِبُ الدَّخِيرَةِ لَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ فِي شَيْءٍ مِنَ الْكُتُبِ أَنَّ الْوَكِيلَ إِذَا لَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ وَسَامَحَهُ الْبَائِعُ وَسَلَّمِ الْمَبِيعَ إِلَيْهِ هَلْ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ عَنِ الْمَبِيعِ إِلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ ثُمَّ قَالَ حُكْيَ عَنْ الشَّيْخِ الْإِمَامِ شَمْسِ الْأَثَمَةِ الْحُلَوَانِيِّ أَنَّ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ حَقَّ الْحَبْسِ لِلْوَكِيلِ لَيْسَ لِأَجْلِ مَا نَقَدَ بَلْ لِأَجْلِ بَيْعِ حُكْمِيٍّ انْعَقَدَ بَيْنَ الْوَكِيلِ وَالْمُوكَّلِ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ بَيْنَ النَّقْدِ وَقَبْلَهُ قُلْتُ هَذَا كَلَامٌ عَجِيبٌ مِنْ صَاحِبِ

الدَّخِيرَةِ وَكَيْفَ خَفِيَ عَلَيْهِ هَذَا وَقَدْ صَرَحَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ فِي بَابِ الْوَكَالَةِ فِي الشِّرَاءِ فَقَالَ : وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ بَعَيْنَهُ فَاشْتَرَاهُ الْوَكِيلُ وَقَبَضَهُ وَطَلَبَ الْأَمْرَ أَخَذَ الْعَبْدَ مِنَ الْوَكِيلِ وَأَبَى الْوَكِيلُ أَنْ يَدْفَعَ فَلِلْوَكِيلِ أَنْ يَمْنَعَهُ ذَلِكَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ : وَإِنْ كَانَ الْوَكِيلُ نَقَدَ الثَّمَنَ أَوْ لَمْ يَنْقُدْ فَهُوَ سَوَاءٌ إِلَى هُنَا لَفْظُهُ فِي الْأَصْلِ وَقَالَ فِي الْفَتَاوَى الصُّغْرَى الْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ إِذَا اشْتَرَى بِالنَّسِيئَةِ فَحَلَّ عَلَيْهِ الثَّمَنُ بِمَوْتِهِ لَا يَحِلُّ عَلَى الْأَمْرِ وَنَقَلَهُ عَنْ بَابِ الْوَكَالَةِ بِالشِّرَاءِ مِنْ وَكَالَةِ الْكَافِي .

أَتَقَانِي

قوله : وَيَكُونُ قَبْضُهُ قَبْضَ الْمُوَكَّلِ

، وَإِذَا سَلَّمَهُ حَقِيقَةً سَقَطَ حَقُّ الْحَبْسِ فَكَذَا إِذَا سَلَّمَهُ حُكْمًا وَلِأَنَّ الْوَكِيلَ أَمِينٌ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِالْهَلَاكِ عِنْدَهُ

كَالْمُودِعِ فَلَيْسَ لِلْأَمِينِ حَقُّ الْحَبْسِ بَعْدَ طَلَبِ الْمُودِعِ .

غَايَةُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ قَبْلَ حَبْسِهِ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُوَكَّلِ وَلَمْ يَسْقُطِ الثَّمَنُ) ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِي الْقَبْضِ عَامِلٌ لِلْمُوَكَّلِ فَيَصِيرُ قَابِضًا بِقَبْضِ الْوَكِيلِ حُكْمًا فَمَا لَمْ يَمْنَعَهُ مِنْهُ لَا يَكُونُ مُسْتَرَدًّا لَهُ ، فَإِذَا هَلَكَ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْأَمْرِ فَكَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا حَبَسَهُ عَنْهُ ثُمَّ هَلَكَ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُسْتَرَدًّا بِالْحَبْسِ أَوْ تَبَيَّنَ بِهِ أَنَّهُ قَبِضَ لِنَفْسِهِ .
قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِنْ هَلَكَ بَعْدَ حَبْسِهِ فَهُوَ كَالْمَبِيعِ) يَعْنِي يَهْلِكُ بِالثَّمَنِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ كَالْعَصَبِ فَيَضْمَنُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ عِنْدَهُ فَبِالْحَبْسِ يَكُونُ مُتَعَدِّيًا كَالْمُودِعِ يَمْنَعُ الْوَدِيعَةَ عَنْ صَاحِبِهَا وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ : هُوَ كَالرَّهْنِ فَيَكُونُ مَضْمُونًا بِالْأَقْلِ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَضْمُونًا بِالْحَبْسِ لِلِاسْتِيفَاءِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا بِهِ وَهَذَا هُوَ مَعْنَى الرَّهْنِ بِخِلَافِ الْمَبِيعِ ، فَإِنَّهُ مَضْمُونٌ بِنَفْسِ الْعَقْدِ حَبْسَهُ الْبَائِعُ أَوْ لَمْ يَحْبِسْهُ يُحَقِّقْهُ أَنْ حَبْسَهُ لِلِاسْتِيفَاءِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ مَحْبُوسًا بِهِ وَأَنَّ أَصْلَ الْعَقْدِ لَا يَنْفَسِخُ بِهِلَاكِهِ وَهَذَا حُكْمُ الرَّهْنِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ ، فَإِنَّ الْمَبِيعَ فِيهِ يَكُونُ مَحْبُوسًا مِنْ أَوَّلِ مَا يُوْجَدُ وَيَنْفَسِخُ الْبَيْعُ بِهِلَاكِهِ وَلَهُمَا أَنْ يَبْنِيَهُمَا مُبَادَلَةً حُكْمِيَّةً بِذَلِكَ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَحْكَامِ فَيَكُونُ مُعْتَبَرًا بِالْمُبَادَلَةِ الْحَقِيقِيَّةِ وَهُوَ الْبَيْعُ وَلَا تُسَلَّمُ أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسِخُ بَلْ يَنْفَسِخُ بَيْنَهُمَا وَإِنْ لَمْ يَنْفَسِخْ فِي حَقِّ الْبَائِعِ وَكَذَا لَوْ رَضِيَ الْوَكِيلُ بِالْغَيْبِ وَلَمْ يَرْضَ بِهِ الْمُوَكَّلُ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا وَإِنْ لَمْ يَنْفَسِخْ فِي حَقِّ الْبَائِعِ ، وَالذَّلِيلُ عَلَى

أَنَّهُ لَيْسَ كَالرَّهْنِ أَنَّهُ يُثْبِتُ فِي التَّصْنِيفِ الشَّائِعِ ، وَالْحَبْسُ بِحُكْمِ الرَّهْنِ لَا يُثْبِتُ فِيهِ ، فَإِنْ قِيلَ : لَوْ اشْتَرَاهُ الْوَكِيلُ بِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ يُثْبِتُ الْأَجَلَ فِي حَقِّ الْمُوَكَّلِ ، وَلَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةً لَمَا ثَبَتَ كَمَا لَا يُثْبِتُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ .
قُلْنَا : إِنَّ الْوَكِيلَ وَالْمُوَكَّلَ يَمْلِكَانِ الْمَبِيعَ بِعَقْدٍ وَاحِدٍ فَمَا شَرِطَ فِيهِ يَلْزَمُهُمَا بِخِلَافِ الشَّفِيعِ ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ بِعَقْدٍ جَدِيدٍ فَمَا شَرِطَ فِي الْعَقْدِ الْأَوَّلِ لَا يَكُونُ مَشْرُوطًا فِي الثَّانِي

الشَّرْحُ

قوله في الثمن فلو هلك في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن

وذلك لأن المبيع أمانة في يد الوكيل لأنه قبضه للموكل وليس على الأمين شيء ما لم يحدث منعا فلا يضمنه كما إذا هلك الوديعة في يد المودع .

أثقاني

قوله : أو تبين به أنه قبضه لنفسه

أي قبضه لنفسه لا للموكل ، وإذا وقع القبض للوكيل لم يوحّد التسليم منه إلى الموكل .

قوله : وهذا عند أبي حنيفة ومحمد

قال الأثقاني قوله : فإن حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبي يوسف وضمن المبيع عند محمد هذا لفظ القُدوري في مختصره ولم يذكر قول أبي حنيفة فيه كما لم يذكر في المختلف والحصر وغير ذلك وقال الشيخ أبو نصر البغدادى ذكر في الجامع الصغير قول أبي حنيفة مثل قول محمد

قوله : لأنه ليس له أن يحبسه عنده

اعلم أن المضمونات أنواع منها الرهن وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، والمبيع في يد البائع وهو مضمون بالثمن حتى إذا هلك سقط الثمن قل الثمن أو كثر والمعصوب وهو مضمون بالمثل إن كان مثليا وبالقيمة إن كان قيميا بالغة ما بلغت والمشتري إذا حبسه الوكيل لاستيفاء الثمن فهلك ففيه خلاف فقال أبو يوسف هو مضمون بالأقل من قيمته ومن الثمن كالرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الرهن وقال أبو حنيفة ومحمد مضمون بالثمن كالمبيع يهلك قبل القبض وقال زفر : يضمن ضمان الغصب لأن من مذهبه أن ليس له حق الحبس فصار بالحبس غاصبا ولنا أن الوكيل

كالبائع من الموكل لأن الموكل انتقل الملك إليه من جهته ثم الوكيل قد عين حق الموكل في المشتري حيث اشتراه له فوجب على الموكل أيضا أن يعين حق الوكيل في الثمن بالتسليم إليه فكان حبسه لاستيفاء الثمن بحق فلم يكن غاصبا ثم قال أبو يوسف إنه مضمون ضمان الرهن حتى لو كان فيه وفاء بالثمن سقط وإلا رجع بالفضل وقال محمد مضمون ضمان المبيع ، فإذا هلك سقط كل الثمن لأن الوكيل كالبائع وجهه .

قول أبي يوسف أنه ليس ببائع حقيقة إلا أنه يحبس المشتري بدين على الموكل وهو الرهن بعينه لأن الرهن هو الحبس بالدين قال ذلك كله الشيخ قوام الدين الأثقاني رحمه الله ثم قال ثمره الخلاف تظهر فيما إذا كان الثمن خمسة عشر مثلا ، وقيمة المبيع عشرة فعند أبي

يُوسُفَ يَرْجِعُ الْوَكِيلَ عَلَى الْمُوَكَّلِ بِالْفَضْلِ وَهُوَ الْخَمْسَةُ وَتَظْهَرُ فَائِدَةُ الْعَضْبِ فِي عَكْسِ هَذَا أَنْ تَكُونَ قِيَمَةُ الْمَبِيعِ خَمْسَةَ عَشَرَ وَالثَّمَنُ عَشْرَةً فَعِنْدَ زُفَرٍ يَرْجِعُ الْمُوَكَّلُ عَلَى الْوَكِيلِ بِالْخَمْسَةِ وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ لَا يَتَفَاوَتُ الْحَالُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ كَثِيرًا أَوْ قَلِيلًا لِأَنَّهُ يَسْقُطُ بِهِمَا الْمَبِيعُ وَلَا يَجِبُ شَيْءٌ أَصْلًا

وَقَالَ الْكَافِي رَحِمَهُ اللَّهُ وَتَظْهَرُ ثَمَرَةُ الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا كَانَتْ قِيَمَتُهُ عَشْرَةً مَثَلًا وَالثَّمَنُ خَمْسَةَ عَشَرَ يَرْجِعُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكَّلِ بِخَمْسَةِ عَشَرَ أَبِي يُوسُفَ وَلَا يَرْجِعُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ عِنْدَ زُفَرٍ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ أَيْضًا وَلَوْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَالثَّمَنُ عَشْرَةً فَعِنْدَ زُفَرٍ يَرْجِعُ الْمُوَكَّلُ عَلَى الْوَكِيلِ بِخَمْسَةِ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَأَبِي

يُوسُفَ .

قَوْلُهُ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا بِهِ

يَعْنِي لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا فِي الْبَيْعِ كَمَا قَالَ زُفَرٌ ، وَإِنَّمَا صَارَ مَضْمُونًا بِالْحَبْسِ .

قَوْلُهُ : فَلَنَا الْخُ

فِيهِ نَظَرٌ لِقَوْلِهِ قُبَيْلَهُ : إِنَّ الْمُبَادَلَةَ الْحُكْمِيَّةَ الْوَاقِعَةَ بَيْنَهُمَا مُعْتَبَرَةٌ بِالْحَقِيقَةِ فَلَا يَسْتَقِيمُ إِذَا أَنْ يُقَالَ : إِنَّهُمَا يَمْلِكَانِهِ بَعْدَ وَاحِدٍ وَيَتِمُّ بِهِ الْفَرْقُ تَأَمَّلْ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَتُعْتَبَرُ مُفَارَقَةُ الْوَكِيلِ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ دُونَ الْمُوَكَّلِ) ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ فِيهِمَا قَبْضُ الْعَاقِدِ وَالْعَاقِدُ هُوَ الْوَكِيلُ فَيَشْتَرِطُ قَبْضُهُ ، وَإِنْ كَانَ لَا تَتَعَلَّقُ بِهِ الْحُقُوقُ كَالصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ قَبْضَهُ وَتَسْلِيمَهُ صَحِيحٌ ، وَإِنْ لَمْ تَتَوَجَّهْ عَلَيْهِ الْمُطَالَبَةُ فِي حُكْمِ صِحَّةِ التَّقَابُضِ هُوَ كَوَكِيلٍ تَعَلَّقَ بِهِ حُقُوقُ الْعَقْدِ ، فَإِذَا قَبِضَ الْوَكِيلُ تَمَّ الْعَقْدُ لَوْجُودِ شَرْطِهِ ، وَإِنْ فَارَقَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ بَطَلَ لِفَقْدِ شَرْطِهِ ، وَإِنْ فَارَقَهُ الْمُوَكَّلُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَبْطُلُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَاقِدٍ بِخِلَافِ الرَّسُولِ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ الرِّسَالََةَ حَصَلَتْ فِي الْعَقْدِ لَا فِي الْقَبْضِ وَكَلَامُ الرَّسُولِ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُرْسِلِ فَيَكُونُ الْعَاقِدُ هُوَ الْمُرْسِلُ فَيَكُونُ قَبْضُ الرَّسُولِ قَبْضُ غَيْرِ الْعَاقِدِ فَلَا يَجُوزُ وَقَالَ فِي النَّهَائَةِ هَذَا إِذَا كَانَ الْمُوَكَّلُ غَائِبًا عَنِ الْمَجْلِسِ الْعَقْدِ ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ حَاضِرًا فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ يَصِيرُ كَأَنَّ الْمُوَكَّلَ صَارَفَ بِنَفْسِهِ فَلَا تُعْتَبَرُ مُفَارَقَةُ الْوَكِيلِ وَعَزَاهُ إِلَى خَوْاهِرَزَادَةَ وَهَذَا مُشْكِلٌ ، فَإِنَّ الْوَكِيلَ أَصِيلٌ فِي بَابِ الْبَيْعِ حَضَرَ الْمُوَكَّلُ الْعَقْدَ أَوْ لَمْ يَحْضُرْ ثُمَّ ذَكَرَ فِيهِ بَعْدَهُ بِأَسْطَرٍ فَقَالَ الْمُعْتَبَرُ بَقَاءُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فِي الْمَجْلِسِ ، وَغَيْبَةُ الْمُوَكَّلِ لَا تَضُرُّ وَعَزَاهُ إِلَى وَكَالَةِ الْمُبْسُوطِ وَإِطْلَاقِهِ وَإِطْلَاقِ سَائِرِ الْكُتُبِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ مُفَارَقَةَ الْمُوَكَّلِ لَا تُعْتَبَرُ أَصْلًا ، وَلَوْ كَانَ حَاضِرًا وَفِي قَوْلِهِ تُعْتَبَرُ مُفَارَقَةُ الْوَكِيلِ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ التَّوَكِيلَ فِيهِمَا جَائِزٌ وَإِنَّمَا جَازَ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمْلِكُهُ الْمُوَكَّلُ فَجَازَ أَنْ يُوَكَّلَ بِهِ كَسَائِرِ أَنْوَاعِ الْبِيَاعَاتِ وَالْإِجَارَاتِ ، وَهَذَا فِي الصَّرْفِ مُجْرَى عَلَى إِطْلَاقِهِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ التَّوَكِيلُ فِيهِ مِنْ

الْجَانِبَيْنِ ، وَأَمَّا فِي السَّلَمِ ، فَإِنَّمَا يَجُوزُ بِدَفْعِ رَأْسِ الْمَالِ فَقَطْ ، وَأَمَّا بِأَخْذِهِ فَلَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ إِذَا قَبِضَ رَأْسَ الْمَالِ يَتَقَيَّ الْمُسْلِمُ فِيهِ فِي ذِمَّتِهِ وَهُوَ مَبِيعٌ وَرَأْسُ الْمَالِ ثَمَنُهُ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ الْإِنْسَانُ مَالَهُ بِشَرْطٍ أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ لغيرِهِ كَمَا فِي بَيْعِ الْعَيْنِ وَإِذَا بَطَلَ التَّوَكُّلُ كَانَ الْوَكِيلُ عَاقِدًا لِنَفْسِهِ فَيَجِبُ الْمُسْلِمُ فِيهِ فِي ذِمَّتِهِ وَرَأْسُ الْمَالِ مَمْلُوكٌ لَهُ وَإِذَا سَلَّمَ إِلَى الْأَمْرِ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ مِنْهُ كَانَ قَرْضًا

الشرح

قوله وهذا مشكل ، فإن الوكيل أصيل

قلت هذا ليس بمشكل ، فإن الوكيل نائب عنه ، فإذا حضر الأصيل فلا يعتبر النائب ع

قال رحمه الله : (وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَشْرَةِ أَرْطَالٍ لَحِمٍ بِدَرَاهِمٍ فَاشْتَرَى عَشْرِينَ رِطْلًا بِدَرَاهِمٍ مِمَّا يُبَاعُ مِنْهُ عَشْرَةُ بِدَرَاهِمٍ لَزِمَ الْمُوَكَّلُ مِنْهُ عَشْرَةُ بِنِصْفِ دَرَاهِمٍ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا يَلْزَمُهُ الْعَشْرُونَ بِدَرَاهِمٍ وَذَكَرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ مُخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يَذْكُرْ الْخِلَافَ فِي الْأَصْلِ وَجْهٌ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ هَذَا خِلَافٌ إِلَى خَيْرٍ ؛ لِأَنَّ الْمَأْمُورَ بِهِ صَرَفَ الدَّرَاهِمِ فِي عَشْرَةِ أَرْطَالٍ مِنَ اللَّحْمِ ، وَقَدْ صَرَفَهُ فِيهِ مَعَ زِيَادَةِ خَيْرٍ فَيَنْفُذُ عَلَيْهِ كَمَا إِذَا أَمَرَهُ أَنْ يَبِيعَ عَبْدَهُ بِأَلْفٍ فَبَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ بِخِلَافِ مَا لَوْ اشْتَرَى مَا يُسَاوِي عَشْرِينَ رِطْلًا مِنْهُ دَرَاهِمًا بِدَرَاهِمٍ حَيْثُ يَصِيرُ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَهُ إِلَى شَرٍّ ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ تَنَاوَلَ لَحْمًا يُسَاوِي عَشْرَةَ أَرْطَالٍ مِنْهُ دَرَاهِمًا بِدَرَاهِمٍ وَجْهٌ الْأَوَّلُ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِشِرَاءِ عَشْرَةٍ وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِأَكْثَرِ مِنْهُ فَيَنْفُذُ الزَّائِدَ عَلَيْهِ وَالْعَشْرَةَ عَلَى الْأَمْرِ بِخِلَافِ مَا اسْتَشْهَدَ بِهِ ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَ فِيهِ بَدَلٌ مَلَكَهُ وَبِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ ثَوْبًا هَرَوِيًّا بِعَشْرَةِ فَاشْتَرَى لَهُ ثَوْبَيْنِ هَرَوِيَّيْنِ بِعَشْرَةِ يُسَاوِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ حَيْثُ لَا يَلْزَمُ الْمُوَكَّلُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَجْهُولٌ إِذْ لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِالْحَزْرِ وَكَذَا الْمُشْتَرِي لِلْمُوَكَّلِ مَجْهُولٌ بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ اللَّحْمِ ، فَإِنَّهُ مَوْزُونٌ مُقَدَّرٌ فَيَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَى أَجْزَائِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ مُوَافِقًا بِمِثْلِهِ عِنْدَهُ كَمَا إِذَا أَمَرَ أَنْ يُطْلَقَ امْرَأَتُهُ وَاحِدَةً فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا حَيْثُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ عِنْدَهُ وَكَذَا لَوْ اخْتَلَفَ الشُّهُودُ بِمِثْلِ هَذَا الْإِخْتِلَافِ لَا

تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ لِلِاخْتِلَافِ ؛ لِأَنَّ التَّافِقَ فِيهَا شَرْطٌ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ ذَاكَ فِيمَا إِذَا لَمْ يَجِدْ نَفَادًا عَلَى الْوَكِيلِ ، وَأَمَّا إِذَا وَجَدَ فَيَنْفُذُ وَفِي ضَمْنِهِ يَنْفُذُ عَلَى الْأَمْرِ وَهَذَا لِأَنَّ الشِّرَاءَ لَا يَتَوَقَّفُ بَلْ يَنْفُذُ عَلَى الْوَكِيلِ إِذَا وَجَدَ نَفَادًا وَالْعَشْرَةُ دَاخِلَةٌ فِي الْعَشْرِينَ فَيَنْفُذُ الْعَشْرِينَ تَنْفُذَ الْعَشْرَةِ بِخِلَافِ مَا ذَكَرَ فِي مَسْأَلَةِ الطَّلَاقِ وَالشَّهَادَةِ ، فَإِنَّهَا لَا تَنْفُذُ عَلَيْهِ لِعَدَمِ الْمِلْكِ وَلَا عَلَى الْمُوَكَّلِ لِعَدَمِ الْمُوَافَقَةِ وَالْمُوَافَقَةُ شَرْطٌ فِيهِ

الشرح

قوله : ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل

وهذا لأن محمدًا قال في الأصل في آخر باب الوكالة في الشراء ، وإذا وكله أن يشتري له عشرة أرتال لحم بدرهم لزم الأمر منها عشرة بنصف درهم وكان للمأمور عشرة أرتال بنصف درهم إلى هنا لفظ الأصل ولم يذكر الخلاف كما ترى وجه قول أبي يوسف أن النبي صلى الله عليه وسلم { وكل غروة البارقي ليشتري له أضحية واشتري شاتين فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم ذلك } ولأنه أمر

الْوَكِيلَ بِصَرْفِ الدَّرْهِمِ فِي اللَّحْمِ عَلَى ظَنِّ أَنْ سِعَرَ اللَّحْمِ عَشْرَةَ بِدَرْهِمٍ ، فَإِذَا زَادَ فَقَدْ فَعَلَ خَيْرًا فَلَزِمَ الْأَمْرَ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ : لِأَنَّهُ خَالَفَهُ إِلَى شَرٍّ

لِأَنَّ الْوَكِيلَ أَمَرَهُ بِشِرَاءِ السَّمِينِ لَا الْمَهْزُولِ وَهَذَا مَهْزُولٌ .

قَوْلُهُ : فَيَنْقُذُ الزَّائِدُ عَلَيْهِ وَالْعَشْرَةَ عَلَى النَّامِرِ

وَلَا يَلْزَمُ عَلَيْنَا الزِّيَادَةُ الْقَلِيلَةُ كَعَشْرَةِ أَرْطَالٍ وَنِصْفِ رَطْلٍ حَيْثُ يَلْزَمُ الْجَمِيعُ الْأَمْرُ لِأَنَّهَا تَدْخُلُ بَيْنَ الْوَزْنَيْنِ فَلَا يَتَحَقَّقُ حُصُولُ الزِّيَادَةِ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ : وَبِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْخَبْ

ذَكَرَ فِي التَّمَةِ وَقَالَ : إِذَا أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ ثَوْبًا هَرَوِيًّا بِعَشْرَةِ فَاشْتَرَى لَهُ هَرَوِيَّيْنِ بِعَشْرَةٍ وَكُلُّ مِنْهُمَا يُسَاوِي عَشْرَةَ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ فِي وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنِّي لَا أَدْرِي أَيُّهُمَا أُعْطِيَ بِحَصَّتِهِ مِنَ الْعَشْرَةِ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ لَا تُعْرَفُ إِلَّا بِالْحَزْرِ وَالظَّنِّ وَنَقْلَهُ عَنِ الْمُتَقَيِّ .

أَثَقَانِي وَكَتَبَ أَيْضًا قَوْلُهُ وَبِخِلَافِ جَوَابِ إِشْكَالٍ عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ .

قَوْلُهُ : لِأَنَّ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَجْهُولٌ

الْفَرَضُ أَنَّ صُورَةَ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا كَانَ يُسَاوِي كُلَّ

وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَشْرَةَ فَكَيْفَ يُقَالُ بَعْدَ ذَلِكَ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ قَارِئُ الْهِدَايَةِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بَعَيْنِهِ لَا يَشْتَرِيهِ لِنَفْسِهِ) مَعْنَاهُ لَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ بَلْ لَوْ اشْتَرَاهُ يَتَوَيَّ بِالشِّرَاءِ لِنَفْسِهِ أَوْ تَلَفُظَ بِذَلِكَ يَكُونُ لِلْمُوكِّلِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ عَزْلَ نَفْسِهِ وَهُوَ لَا يَمْلِكُ عَزْلَ نَفْسِهِ ، وَالْمُوكِّلُ غَائِبٌ حَتَّى (لَوْ كَانَ الْمُوكِّلُ حَاضِرًا وَصَرَّحَ بِأَنَّهُ يَشْتَرِيهِ لِنَفْسِهِ) كَانَ الْمُشْتَرِي لَهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَعْزَلَ نَفْسَهُ بِحَضْرَةِ الْمُوكِّلِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْزَلَ نَفْسَهُ مِنْ غَيْرِ عِلْمِهِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَعْرِيرًا لَهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَ نَفْسَ الْعَبْدِ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لَهُ مِنْ مَوْلَاهُ أَوْ وَكَّلَ الْعَبْدَ رَجُلًا أَنْ يَشْتَرِيَهُ لَهُ مِنْ مَوْلَاهُ فَاشْتَرَى حَيْثُ لَا يَكُونُ لِلْأَمْرِ مَا لَمْ يُصَرِّحْ بِهِ لِلْمَوْلَى أَنَّهُ يَشْتَرِيهِ فِيهِمَا لِلْأَمْرِ مَعَ أَنَّهُ وَكِيلٌ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بَعَيْنِهِ وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ لِاخْتِلَافِ حُكْمِهِمَا عَلَى مَا بُيِّنَ مِنْ قَرِيبٍ إِنَّ

شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَبِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً مُعَيَّنَةً حَيْثُ جَازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِهَا ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ الَّذِي أَتَى بِهِ الْوَكِيلُ غَيْرُ دَاحِلٍ تَحْتَ أَمْرِهِ ؛ لِأَنَّ الدَّاحِلَ تَحْتَ الْوَكَالَةِ نِكَاحٌ مُضَافٌ إِلَى الْمُوَكَّلِ فَكَانَ مُخَالَفًا بِإِضَافَتِهِ إِلَى نَفْسِهِ فَانْعَزَلَ ، وَفِي الْوَكَالَةِ بِالشَّرَاءِ الدَّاحِلُ فِيهَا شَرَاءٌ مُطْلَقٌ غَيْرُ مُقَيَّدٍ بِالْإِضَافَةِ إِلَى أَحَدٍ فَكُلُّ شَيْءٍ أَتَى بِهِ لَا يَكُونُ مُخَالَفًا بِهِ إِذْ لَا يُعْتَبَرُ فِي الْمُطْلَقَاتِ إِلَّا ذَاتُهُ دُونَ صِفَاتِهِ فَيَتَنَاوَلُ الذَّاتَ عَلَى أَيِّ صِفَةٍ كَانَتْ فَيَكُونُ مُوَافِقًا بِذَلِكَ حَتَّى لَوْ خَالَفَ مُقْتَضَى كَلَامِ الْأَمْرِ فِي جِنْسِ الثَّمَنِ أَوْ قَدْرُهُ كَانَ مِثْلَهُ عَلَى مَا نَذَكُرُ مِنْ قَرِيبٍ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَلَوْ وَكَّلَهُ رَجُلٌ آخَرُ بِأَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ ذَلِكَ الشَّيْءَ بَعِيْنِهِ فَاشْتَرَاهُ لَهُ كَانَ لِلْمُوَكَّلِ الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي ؛

لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَمْلِكِ الشَّرَاءَ لِنَفْسِهِ فَأَوْلَى أَنْ لَا يَمْلِكِ الشَّرَاءَ لِغَيْرِهِ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الثَّمَنِ وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بَعِيْنِهِ لَا يَشْتَرِيهِ لِنَفْسِهِ

وَهَذَا إِذَا لَمْ يُعَيِّنِ الثَّمَنَ أَمَّا إِذَا عَيَّنَ فَخَالَفَ فَسَيَّئِي

قَوْلُهُ : مَعْنَاهُ لَا يُنْصَوِّرُ أَنْ يَشْتَرِيَ لِنَفْسِهِ

وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ فِيهِ الْعَدْرُ بِالْمُسْلِمِ وَهُوَ حَرَامٌ .

غَايَةُ

قَوْلُهُ : حَتَّى لَوْ كَانَ الْمُوَكَّلُ حَاضِرًا وَصَرَّحَ بِأَنَّهُ يَشْتَرِيهِ الْخ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَلِأَنَّهُ لَوْ صَحَّ شِرَاؤُهُ لِنَفْسِهِ يَلْزَمُ مِنْهُ إِخْرَاجُهُ نَفْسَهُ عَنِ الْوَكَالَةِ بِغَيْرِ عِلْمِ الْمُوَكَّلِ فَلَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ فَسَخُ عَقْدٍ فَلَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ عِلْمِ صَاحِبِهِ كَسَائِرِ الْعُقُودِ ، فَإِذَا لَمْ يَصِحَّ عَزْلُهُ نَفْسَهُ عَنِ الْوَكَالَةِ يَقَعُ شِرَاؤُهُ عَنِ الْمُوَكَّلِ حَيْثُ لَمْ يَقَعْ لِنَفْسِهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَلَوْ اشْتَرَاهُ بِغَيْرِ التُّقُودِ أَوْ بِخِلَافِ مَا سُمِّيَ لَهُ مِنَ الثَّمَنِ وَقَعَ لِلْوَكِيلِ) ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ أَمْرَهُ فَيَنْفُذُ عَلَيْهِ فَيَنْعَزِلُ فِي ضِمْنِ الْمُخَالَفَةِ وَكَذَا لَوْ وَكَّلَ هَذَا الْوَكِيلُ رَجُلًا فَاشْتَرَاهُ وَكَيْلُهُ وَهُوَ غَائِبٌ كَانَ الْمَلِكُ لِلْوَكِيلِ الْأَوَّلِ لِمَا قُلْنَا ، وَإِنْ اشْتَرَاهُ بِحَضْرَتِهِ نَفَذَ عَلَى الْمُوَكَّلِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ حَضَرَهُ رَأْيُهُ وَهُوَ الْمَقْصُودُ فَلَمْ يَكُنْ مُخَالَفًا وَلِأَنَّهُ إِذَا كَانَ حَاضِرًا يُمَكِّنُ نَقْلَ كَلَامِهِ إِلَيْهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي النِّكَاحِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ غَائِبًا وَبِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالطَّلَاقِ أَوْ الْعَتَاقِ إِذَا وَكَّلَ غَيْرَهُ فَطَلَّقَ الْوَكِيلُ الثَّانِي أَوْ أَعْتَقَ بِحَضْرَةِ الْأَوَّلِ حَيْثُ لَا يَنْفُذُ وَإِنْ حَضَرَهُ رَأْيُهُ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ كَالرَّسُولِ فَلَا يَتَصَرَّفُ مِنْ عِنْدِهِ بِشَيْءٍ بَلْ يُبَلِّغُ الرِّسَالََةَ ، فَإِذَا تَصَرَّفَ فَقَدْ خَالَفَ فَلَا يَنْفُذُ ، وَالْوَكِيلُ فِي الْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ بِمَنْزِلَةِ الْمَالِكِ وَهُوَ أَصِيلٌ فِيهِ فَلَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ وَلِهَذَا لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ غَيْرُهُ مِنْ غَيْرِ تَوَكُّلٍ مِنْهُ فَأَجَارَهُ الْوَكِيلُ جَازَ وَفِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ لَمْ يَجُزْ وَالنِّكَاحُ وَالْخُلْعُ وَالْكِتَابَةُ كَالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ فِيمَا ذَكَرْنَا

قوله في الثمن فلو اشتراه الخ

قال في تمة الفتاوى الوكيل بشراء شيء بعينه إن اشترى لنفسه بنفسه لا يصح إلا إذا خالف في الثمن لا إلى خير أو إلى جنس غير الذي سمّاه الموكّل ، وإذا وكل غيره بالشراء فاشتراه له صح غاية

قوله أو بخلاف ما سمى له من الثمن

كما إذا وكله بأن يشتري بألف درهم فاشتراه بألف دينار ابن فرشتا

قوله : وبخلاف الوكيل بالطلاق

قال في الفتاوى الصغرى في مسائل الوكيل بالطلاق والخلع والنكاح والإعتاق ، وإذا وكل بالطلاق أو بالعتاق فطلق الأجنبي أو أعتق فأجاز الوكيل ذلك لا يجوز لأن المطلوب عبارة في أول وكالة العيون وفي مسائل شتى من التوازل وكذا لو وكل الوكيل رجلاً فطلق الثاني لا يقع ، وإن كان بحضرة الوكيل الأول بخلاف الوكيل بالبيع والنكاح والخلع والكتابة إذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الأول أو فعل أجنبي ذلك فبلغ الوكيل فأجاز ذلك يجوز .

إلى هنا لفظ كتاب الفتاوى الصغرى والفرق أن الوكالة تفويض الأمر إلى الغير ليعمل فيه برأيه ، فإذا كان الوكيل الثاني فعل المأمور به بحضرة الوكيل الأول وجد رأي الأول وكذا إذا فعل أجنبي فأجازه الوكيل ثم حقيقة الوكالة إنما تتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والنكاح والخلع والكتابة والإجارة ولا تتحقق فيما لا يحتاج فيه إلى الرأي كالطلاق والعتاق بغير مال فكان الوكيل رسولاً ينقل كلام الموكّل ، وطلاق الوكيل الثاني وعتاقه ليس بطلاق الوكيل الأول فلم يقع نقلاً لكلام

الموكّل ، والموكّل إنما وكل بنقل كلامه فلاجل هذا لم يقع طلاق الوكيل الثاني وعتاقه ، وإن كان بحضرة الأول والله أعلم .

أثقاني

قال رحمه الله : (وإن كان بغير عينه فالشراء للوكيل إلا أن ينوي للموكّل أو يشتريه بماله) أي إن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل إلا إذا قال نويت الشراء للموكّل أو يشتريه بماله ، والمراد بقوله أو يشتريه بماله أن يضيف العقد إليه وهذه المسألة على وجهه إما أن يضيف العقد إلى ثمن معين أو إلى مطلق من الثمن ، فإن أضافه إلى معين كان المشتري لصاحب ذلك الثمن ؛ لأن الظاهر أنه يضيف الشراء إلى مال من يشتريه له ؛ وهذا لأن الثمن وإن كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعيين من حيث سلامة المبيع به وتعيين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح إذا اشترى بالدرهم المعصوبة ودينه يمنعه من أن يشتريه لنفسه بإضافة العقد إلى مال غيره ؛ لأن ذلك مستنكر شرعاً وعادة فلا يرتكبه وقد جرى العرف فيما إذا اشترى لنفسه أن يضيف العقد إلى ماله وهو ليس بمستنكر شرعاً وعرفاً فيكون المشتري لمن يملك ذلك الثمن وإن نوى خلاف ذلك جرياً على مقتضى العرف والشرع ثم إذا نقد من مال الموكّل فيما اشتراه

لِنَفْسِهِ يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى ثَمَنِ مُطْلَقٍ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ حَالًا أَوْ مُؤَجَّلًا .

فَإِنْ كَانَ حَالًا فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَتَصَادَقَا عَلَى وُجُودِ النِّبَةِ لِأَحَدِهِمَا أَوْ عَلَى عَدَمِهَا أَوْ يَخْتَلِفَا فِيهِ ، فَإِنْ كَانَ حَالًا وَاتَّفَقَا عَلَى وُجُودِ النِّبَةِ لِأَحَدِهِمَا كَانَ لِمَنْ نُوي لَهُ ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِاتِّفَاقِهِمَا كَالثَّابِتِ عَيْنًا وَاتِّفَاقُهُمَا حُجَّةٌ عَلَيْهِمَا وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى التَّقْدِيرِ وَلَا عِبْرَةٌ بِهِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ

يَشْتَرِيَ لِنَفْسِهِ وَلِلْمُوكِّلِ ، فَإِذَا عَيَّنَهُ بِنَيْتِهِ فَقَدْ تَعَيَّنَ وَيَكُونُ بِالتَّقْدِيرِ مِنْ مَالِ الْمُوكِّلِ غَاصِبًا فِيمَا إِذَا نَوَاهُ لِنَفْسِهِ ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي النِّبَةِ يُحَكَّمُ التَّقْدِيرُ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ دَلَالَتَهُ عَلَى التَّعْيِينِ مِثْلُ دَلَالَةِ إِضَافَةِ الشَّرَاءِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ يَفْعَلُ مَا يَحُوزُ لَهُ شَرْعًا أَوْ يَجْرِي عَلَى عَوَائِدِهِ ، وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ لَمْ تَحْضُرْهُ النِّبَةُ فَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ لِلْعَاقِدِ ؛ لِأَنَّ مَا يُطْلَقُهُ الْإِنْسَانُ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ يَكُونُ لِنَفْسِهِ فَصَارَ كَالْمَأْمُورِ بِالْحَجِّ إِذَا أُطْلِقَ وَلَمْ يَنْوِ أَنَّهُ لِلْمَحْجُوجِ عَنْهُ ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُحَكَّمُ التَّقْدِيرُ ؛ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ يَحْتَمِلُ التَّقْيِيدَ فَيَقِي مَوْقُوفًا فَمِنْ أَيِّ الْمَالِكِينَ تَقَدَّرَ عَيْنُ الْمُحْتَمَلِ بِهِ فَصَارَ كَحَالَةِ التَّكَادُبِ بِخِلَافِ الْمَأْمُورِ بِالْحَجِّ ، فَإِنَّ الْحَجَّ عِبَادَةٌ وَهُوَ لَا يَتَأَدَّى إِلَّا بِالنِّبَةِ فَكَانَ مَأْمُورًا بِأَنْ يَنْوِيَ الْحَجَّ عَنْ الْمَحْجُوجِ عَنْهُ ، فَإِذَا لَمْ يَفْعَلْ كَانَ مُخَالَفًا ، وَأَمَّا الْمُعَامَلَاتُ فَالنِّبَةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهَا فَلَا يَصِيرُ بِتَرْكِهَا مُخَالَفًا فَيَقِي الْحُكْمَ مَوْقُوفًا عَلَى التَّقْدِيرِ وَالتَّوَكُّلِ بِالْإِسْلَامِ فِي الطَّعَامِ عَلَى هَذِهِ الْوُجُوهِ حَتَّى يُحَكَّمُ أَوَّلًا الْإِضَافَةُ فَيَكُونُ الْمُسْلِمُ فِيهِ لِمَنْ أُضِيفَ عَقْدُ السَّلَمِ إِلَى مَالِهِ ثُمَّ النِّبَةُ فَيَكُونُ لِمَنْ نُوي لَهُ بِالْعَقْدِ إِنْ تَصَادَقَا عَلَى النِّبَةِ .

وَإِنْ تَكَادَبَا فَيُحَكَّمُ التَّقْدِيرُ ، وَإِنْ تَصَادَقَا عَلَى أَنَّهُ لَمْ تَحْضُرْهُ النِّبَةُ فَعَلَى الْخِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَا وَمِنْ مَشَايخِنَا مَنْ قَالَ لَا خِلَافَ بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ فِي الشَّرَاءِ فِيمَا إِذَا تَصَادَقَا عَلَى أَنَّ النِّبَةَ لَمْ تَحْضُرْهُ بَلْ بِالْإِجْمَاعِ يَكُونُ لِلْعَاقِدِ ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي السَّلَمِ ؛ لِأَنَّ لِلتَّقْدِيرِ فِيهِ أَثَرًا فِي تَنْفِيدِ الْعَقْدِ فَيُسْتَدَلُّ بِهِ

عَلَى وَقُوعِهِ لِمَنْ تُقَدَّرُ مِنْ مَالِهِ بِخِلَافِ الشَّرَاءِ فَفَرَّقَ هَذَا الْقَائِلُ لِأَبِي يُوسُفَ بِهِذَا الْفَرْقِ ، وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا فَهُوَ لِلْمُوكِّلِ ؛ لِأَنَّ التَّقْدِيرَ تَتَعَيَّنُ فِي الْوُكَالَةِ ، فَإِذَا اشْتَرَى بِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ لَمْ يُضَفْ الْعَقْدُ إِلَى مَا تَعَلَّقَتْ بِهِ الْوُكَالَةُ فَيَكُونُ مُخَالَفًا

الشرح

قوله في المثنى : وإن كان بغير عينه فالشراء للوكيل

قال في التهذيب ولو وكله بغير عينه إنما يصير للموكل بنية الوكيل للموكل أو بصريح ذكره أو يشتري بماله ولو اشترى بغير ماله فهو موقوف على إجازة الموكل

قوله : والمراد بقوله أو يشتريه بماله أن يضيف العقد إليه

لأن الدفع من مال الموكل لأنه إذا اشترى بدراهم مطلقه ثم نقد ، فإن نقد من دراهم الموكل يقع الشراء للموكل ، وإن نقد من دراهم الوكيل يقع الشراء للوكيل غاية واعلم أنه إذا أضاف الوكيل العقد إلى مال الموكل فلا فرق حينئذ بين أن ينوي الوكيل العقد لنفسه أو يطلق في أن العقد يقع للموكل كما يأتي ذلك صريحاً في كلام الشارح آخر هذه الصفحة في قوله فيكون المشتري لمن يملك ذلك الثمن ، وإن نوى خلاف ذلك والله الموفق .

قوله : وإن اختلفا في النية

فَقَالَ الْمُوَكَّلُ : اشْتَرَيْتُهُ لِي وَقَالَ الْوَكِيلُ اشْتَرَيْتُهُ لِنَفْسِي قَوْلُهُ : لَأَنَّ لِلنَّفْدِ فِيهِ أَثَرًا فِي تَنْفِيزِ الْعَقْدِ (حَتَّى إِذَا لَمْ يَنْقُذْ رَأْسَ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ بَطَلَ السَّلْمُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِنْ قَالَ اشْتَرَيْتَ لِلْأَمْرِ وَقَالَ الْأَمْرُ لِنَفْسِكَ فَالْقَوْلُ لِلْأَمْرِ ، وَإِنْ كَانَ دَفَعَ إِلَيْهِ الثَّمَنَ فَلِلْمَأْمُورِ) مَعْنَاهُ أَمْرُهُ بِأَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ عَبْدًا بِأَلْفٍ مِثْلًا ثُمَّ قَالَ الْمَأْمُورُ : اشْتَرَيْتَ لَكَ عَبْدًا وَقَالَ الْأَمْرُ اشْتَرَيْتُهُ لِنَفْسِكَ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْأَمْرِ إِنْ لَمْ يَكُنِ الثَّمَنُ مَدْفُوعًا إِلَى الْوَكِيلِ ، وَإِنْ كَانَ مَدْفُوعًا إِلَيْهِ كَانَ الْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى ثِمَانِيَةِ أَوْجِهٍ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَأْمُورًا بِشِرَاءِ عَبْدٍ بَعِيْنِهِ أَوْ يَغْيِرَ عَيْنَهُ وَكُلَّ وَجْهٍ عَلَى وَجْهَيْنِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا أَوْ غَيْرَ مَنْقُودٍ ، وَكُلُّ وَجْهٍ عَلَى وَجْهَيْنِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ حَيًّا حِينَ أَخْبَرَ الْوَكِيلَ بِالشِّرَاءِ أَوْ مَيِّتًا ، فَإِنْ كَانَ مَأْمُورًا بِشِرَاءِ عَبْدٍ بَعِيْنِهِ ، فَإِنْ أَخْبَرَ بِشِرَائِهِ وَالْعَبْدُ حَيٌّ قَائِمٌ فَالْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ إِنْ كَانَ مَنْقُودًا كَانَ الثَّمَنُ أَوْ غَيْرَ مَنْقُودٍ ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَنْ أَمْرِ يَمْلِكُ اسْتِنْفَافَهُ وَالْمُخْبِرُ بِهِ فِي التَّحْقِيقِ وَالثَّبُوتِ يُسْتَعْنَى عَنْ الْإِشْهَادِ فَيُصَدَّقُ كَقَوْلِهِ لِمُطَلَّقَتِهِ رَاجِعْتُكَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ وَكَذَبْتُهُ ، فَإِنْ الْقَوْلُ لَهُ وَبِهَذَا وَقَعَ التَّقْصِي عَنْ الْوَلِيِّ إِذَا أَقَرَّ عَلَى مَوْلَانِهِ بِالنِّكَاحِ حَيْثُ لَا يَنْبَغُ النِّكَاحُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِثْنَاءَهُ شَرْعًا لِعَدَمِ الشُّهُودِ إِذْ هُوَ لَا يَنْبَغُ إِلَّا بِشُهُودٍ بِخِلَافِ الشَّرَاءِ ، فَإِنَّهُ يَقْدَرُ عَلَى إِثْبَاتِهِ شَرْعًا بِدُونِ الْإِشْهَادِ ، وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ مَيِّتًا حِينَ أَخْبَرَ فَقَالَ هَلَكَ عِنْدِي بَعْدَ الشِّرَاءِ وَأَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ ، فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ غَيْرَ مَنْقُودٍ فَالْقَوْلُ لِلْأَمْرِ ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَمَّا لَا يَمْلِكُ اسْتِنْفَافَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِإِثْنَاءِ الْعَقْدِ فِيهِ ، وَغَرَضُهُ الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ وَالْأَمْرِ مُنْكَرٌ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ .

وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا فَالْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ كَانَ أَمَانَةً فِي يَدِهِ ، وَقَدْ ادَّعَى الْخُرُوجَ عَنْ عَهْدَةِ الْأَمَانَةِ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي أَمْرُهُ بِهِ فَكَانَ الْقَوْلُ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ يَغْيِرَ عَيْنَهُ ، فَإِنْ كَانَ حَيًّا فَقَالَ الْمَأْمُورُ اشْتَرَيْتُهُ لَكَ وَقَالَ الْأَمْرُ لَا بَلْ اشْتَرَيْتُهُ لِنَفْسِكَ ، فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا فَالْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ ؛ لِأَنَّهُ مُخْبِرٌ عَمَّا يَمْلِكُ اسْتِنْفَافَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَنْقُودًا فَالْقَوْلُ لِلْأَمْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا الْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَمَّا يَمْلِكُ اسْتِنْفَافَهُ فَصَحَّ كَمَا فِي الْمُعَيَّنِّ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ الْقَوْلُ لِلْأَمْرِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ تَهْمَةٍ بِأَنْ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ ، فَإِذَا رَأَى الصَّفَقَةَ خَاسِرَةً أَلْزَمَهَا الْأَمْرُ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْخُرُوجِ عَنْ الْعَهْدَةِ وَفِي ضَمْنِهِ يَكُونُ الْعَبْدُ لِلْأَمْرِ تَبَعًا وَكَمْ مِنْ شَيْءٍ يَثْبُتُ ضَمْنًا وَتَبَعًا ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ قَصْدًا وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ مُعَيَّنًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ بِذَلِكَ الثَّمَنِ حَالِ حَضَرَةِ الْمُوَكَّلِ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلِ فَحَاصِلُهُ أَنَّ الثَّمَنَ إِنْ كَانَ مَنْقُودًا فَالْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَنْقُودٍ يُنْظَرُ ، فَإِنْ كَانَ الْوَكِيلُ لَا يَمْلِكُ الْإِثْنَاءَ بِأَنْ كَانَ مَيِّتًا فَالْقَوْلُ لِلْأَمْرِ ، وَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ الْإِثْنَاءَ فَالْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ عِنْدَهُمَا وَكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ التَّهْمَةِ وَفِي مَوْضِعِ التَّهْمَةِ الْقَوْلُ لِلْأَمْرِ

الشرح

قوله : معناه أمره بأن يشتري له عبداً بألف مثلاً فقال المأمور اشتريت لك عبداً

ظاهره يقتضي أن وضع كلام المصنف رحمه الله فيما إذا أمره بشراء عبد غير معين وعلى هذا ، فإن حمل كلام المصنف على أن الاختلاف بين الوكيل والموكل صدر والعبد هالك فيكون ما ذكره المصنف من المسائل التي لا خلاف فيها بين الإمام وصاحبيه رضي الله تعالى عنهم ، وإن حمل كلام المصنف على ما إذا صدر الاختلاف بينهما والعبد حي فيكون قوله فالقول للآمر أي على قول أبي حنيفة أما عندهما فالقول للمأمور ، وأما قول المصنف ، وإن كان دفع إليه الثمن إلخ فمما لا خلاف فيه على كل حال هذا ما ظهر لكاتبه حال المطالعة قبل المراجعة والله الموفق للصواب وكتب أيضاً قال في الهداية قال ومن أمر رجلاً بشراء عبد بألف درهم فقال قد فعلت ومات عندي وقال الأمر : اشتريته لنفسك فالقول قول الأمر قال الأتقاني أي قال محمد في بيع الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يأمر الرجل أن يشتري له عبداً بألف درهم فجاء المأمور فقال : اشتريت لك عبداً بألف درهم وقبضته فمات وقال الأمر اشتريت عبداً بألف درهم وقبضته ومات عندك ، وإنما اشتريته لنفسك قال : القول قول الأمر . إلى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وهي من الخواص وهذه المسألة على أوجه إما أن يكون الوكيل مأموراً بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين إما أن يكون العبد قائماً أو هالكا ، فإن كان العبد بغير

عينه والثمن غير منقود وقال الوكيل : اشتريت وقبضت وهلك لم يقبل قوله وهي مسألة الكتاب .

والظاهر أن صاحب الكنز رحمه الله أراد ما ذكره صاحب الهداية والجامع الصغير من كون العبد بغير عينه وهو هالك فتنبه .

قوله : وهذه المسألة على ثمانية أوجه إما أن يكون إلخ

معيّن حياً والثمن منقود (القول للمأمور) معيّن حياً والثمن غير منقود (القول للمأمور) معيّن هالكا والثمن منقود (القول للمأمور) معيّن هالكا والثمن غير منقود (القول للمأمور) منكر حياً والثمن غير منقود (عنده للآمر) وعندهما للمأمور (منكر هالكا والثمن منقود (القول للمأمور) لأنه أمين ادعى الخروج عن عهدة الأمانة منكر هالكا والثمن غير منقود (القول للآمر اتفاقاً) لأنه أخبر عما لا يملك استئنافه وعرضه الرجوع بالثمن والأمر منكر

قوله حيث لا يثبت النكاح

وكذا وكيل الزوج أو الزوجة ومولى العبد إذا أقر بالنكاح لا يصح إلا ببينة .

غاية

قوله : وبخلاف ما إذا كان العبد موعينا لئانه إلخ

بَقِيَ مِنَ الْوَجْهِ الثَّمَانِيَةِ مَا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَعِيرٍ عَيْنِهِ وَهُوَ هَالِكٌ وَالثَّمَنُ مَنقُودٌ أَوْ غَيْرُ مَنقُودٍ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَذْكُرْهُمَا الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ حُكْمَهُمَا يُعْلَمُ مِمَّا تَقَدَّمَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

قوله حال حضرة الموكَّل

هَكَذَا هُوَ بَخَطُ الشَّارِحِ وَالصَّوَابُ حَالُ غِيْبَةِ الْمُوَكَّلِ فَقَدْ صَرَّحَ الشَّارِحُ فِيْمَا تَقَدَّمَ عِنْدَ قَوْلِهِ وَلَوْ وَكَلَهُ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بَعِيْنِهِ أَنَّ الْمُوَكَّلَ لَوْ كَانَ

حَاضِرًا وَصَرَّحَ الْوَكِيلُ بِشِرَائِهِ لِنَفْسِهِ كَانَ الْمُشْتَرَى لَهُ وَهَكَذَا هُوَ فِي الْهِدَايَةِ وَشَرَحَهَا فَتَأَمَّلْ قَوْلُهُ فَحِينَئِذٍ لَا يَأْخُذُهُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِنْ قَالَ : بَعْنِي هَذَا لِفُلَانٍ فَبَاعَهُ ثُمَّ أَنْكَرَ الْأَمْرَ أَخَذَهُ فُلَانٌ) أَيُّ رَجُلٍ قَالَ الْآخِرُ بَعْنِي هَذَا الْعَبْدَ لِفُلَانٍ ، فَإِنِّي أَشْتَرِيهِ لَهُ فَبَاعَهُ ثُمَّ أَنْكَرَ الْمُشْتَرِي أَنْ يَكُونَ فُلَانٌ أَمْرُهُ فَقَالَ فُلَانٌ أَنَا أَمْرُهُ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ بَعْنِي لِفُلَانٍ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِأَنَّهُ وَكَلَهُ ، فَإِذَا أَنْكَرَ الْوَكَالََةَ بَعْدَهُ صَارَ مُنَاقِضًا فَلَا يُسْمَعُ قَوْلُهُ فَيَكُونُ الْعَبْدُ لِلْمُوَكَّلِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (إِلَّا أَنْ يَقُولَ لَمْ أَمْرُهُ بِهِ) أَيُّ إِلَّا أَنْ يَقُولَ فُلَانٌ الْمُشْتَرَى لَهُ لَمْ أَمْرُهُ بِالشَّرَاءِ فَحِينَئِذٍ لَا يَأْخُذُهُ بَلْ يَكُونُ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَ الْمُشْتَرِي ارْتِدَّ بِرَدِّهِ وَالْإِقْرَارُ مِمَّا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ فَيَنْفِذُ عَلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الشَّرَاءَ إِذَا وَجَدَ نَفَادًا لَا يَتَوَقَّفُ بَلْ يَنْفِذُ عَلَى الْمُشْتَرِي قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَهُ الْمُشْتَرِي إِلَيْهِ) أَيُّ إِلَى فُلَانٍ الْمُشْتَرَى لَهُ فَيَكُونُ لَهُ بِالتَّسْلِيمِ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ الْأَوَّلَ قَدْ ارْتَدَّ بِالرَّدِّ وَصَارَ مِلْكًا لِلْمُشْتَرِي ، فَإِذَا سَلَّمَهُ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَى فُلَانٍ الْمُشْتَرَى لَهُ وَأَخَذَهُ انْعَقَدَ بَيْنَهُمَا بَيْعٌ جَدِيدٌ بِالْمُعَاطَاةِ فَتَكُونُ الْعُهُدَةُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُشْتَرِيًا بِالتَّعَاطِي كَمَنْ اشْتَرَى لغيرِهِ شَيْئًا بغيرِ أَمْرِهِ حَتَّى لَزِمَهُ ثُمَّ سَلَّمَهُ الْمُشْتَرِي إِلَى الْمُشْتَرَى لَهُ وَذَلِكَ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ التَّسْلِيمَ عَلَى وَجْهِ الْبَيْعِ يَكْفِي لِانْعِقَادِ الْبَيْعِ بِالتَّعَاطِي فِي الْخَسِيسِ وَالتَّفْيِيسِ ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ نَقْدُ الثَّمَنِ لِلْعُرْفِ وَلَوْجُودِ التَّرَاضِي بِهِ وَهُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي بَابِ الْمُعَاوَضَاتِ الْمَالِيَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ }

الشرح

(أَيُّ وَإِنْ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ : أَمْرُهُ) لِأَنَّ إِقْرَارَ الْمُفَرِّ ارْتِدَّ بِرَدِّ الْمُفَرِّ لَهُ ، فَإِذَا عَادَ تَصَدِيقُهُ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَنْفَعَهُ لِأَنَّهُ عَادَ حِينَ انْتَفَى الْإِقْرَارُ فَلَمْ يَصِحَّ تَصَدِيقُهُ أَتَقَانِي

قوله : فتكون العهدة عليه

يَعْنِي لَمَّا انْعَقَدَ بَيْنَهُمَا بَيْعٌ بِالتَّعَاطِي كَانَتْ الْعُهُدَةُ لِلْآخِذِ عَلَى الْمُشْتَرِي كَذَا فَسَّرَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ وَفَخْرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ وَهُوَ الْمَفْهُومُ مِنْ كَلَامِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ غَايَةً

قوله فلا بد من أن يبقى من الألف إلخ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ قَالَ : وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرٍ أَلْفٌ فَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا هَذَا الْعَبْدَ فَاشْتَرَاهُ حَازَ قَالَ الْأَنْفَانِيُّ أَيُّ قَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ فِيهِ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رَجُلٍ كَانَ لَهُ عَلَى آخَرٍ أَلْفٌ دَرَاهِمٌ فَأَمَرَهُ الَّذِي لَهُ الْمَالُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ هَذَا الْعَبْدَ فَاشْتَرَاهُ قَالَ حَازَ ، فَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ بِهَا عَبْدًا بَعِيرٍ عَيْنَهُ فَاشْتَرَاهُ ، فَإِذَا قَبِضَهُ الْأَمْرُ فَهُوَ لَهُ ، وَإِنْ مَاتَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ الْأَمْرُ مَاتَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي وَالْأَلْفُ عَلَى الْمُشْتَرِي كَمَا هِيَ وَقَالَ يَعْقُوبُ وَمُحَمَّدٌ ذَلِكَ حَازَ لَأَزِمَ لِلْأَمْرِ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا إِذَا قَبِضَهُ الْمَأْمُورُ إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِنْ أَمَرَهُ بِشِرَاءِ عَبْدَيْنِ مُعَيَّنَيْنِ وَلَمْ يُسَمَّ تَمَنَّا فَاشْتَرَى لَهُ أَحَدَهُمَا صَحَّ) ؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ مُطْلَقٌ غَيْرُ مُقَيَّدٍ بِتَمَنٍّ مُقَدَّرٍ فَيُجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدَرِ قِيَمَتِهِ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ أَقَلِّ أَوْ بِزِيَادَةِ يَتَغَابِنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِمَا لَا يَتَغَابِنُ النَّاسُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ بِالشِّرَاءِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِغَيْرِ فَاحِشٍ بِالْإِجْمَاعِ بِخِلَافِ التَّوَكِيلِ بِالْبَيْعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا يَجِيءُ مِنَ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا لَهُ وَبِخِلَافِ مَا إِذَا قَدَّرَ لَهُ ثَمَنُهُمَا ، فَإِنَّ ذَلِكَ فِيهِ خِلَافٌ فِي بَعْضِ صُورِهِ عَلَى مَا يَجِيءُ وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الَّتِي تَلِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ وَلِأَنَّهُ قَدْ يَتَعَذَّرُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا إِلَّا بِمَا لَا يَتَغَابِنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ فَيَكُونُ شِرَاءُ أَحَدِهِمَا حِيلَةً لِتَحْصِيلِهَا فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِالتَّقَاذِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِشِرَائِهِمَا بِالْأَلْفِ وَقِيَمَتَيْهِمَا سَوَاءً فَاشْتَرَى أَحَدَهُمَا بِنَصْفِهِ أَوْ أَقَلِّ صَحَّ وَبِالْأَكْثَرِ لَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَ الْبَاقِي بِمَا بَقِيَ قَبْلَ الْخُصُومَةِ) أَيُّ لَوْ وَكَلَّهُ بِشِرَاءِ الْعَبْدَيْنِ بِالْأَلْفِ وَقِيَمَتَيْهِمَا سَوَاءً فَاشْتَرَى أَحَدَهُمَا بِنَصْفِ الْأَلْفِ أَوْ أَقَلِّ حَازَ الشِّرَاءُ وَبِالْأَكْثَرِ مِنْ نَصْفِ الْأَلْفِ لَمْ يَجْزِ يَعْنِي لَمْ يَلْزَمْ الْأَمْرُ قَلَّتِ الزِّيَادَةُ أَوْ كَثُرَتْ ؛ لِأَنَّهُ قَابِلُ الْأَلْفِ بِالْعَبْدَيْنِ وَقِيَمَتَيْهِمَا سَوَاءً فَيَنْقَسِمُ عَلَيْهِمَا نَصْفَيْنِ ذَلَالَةً فَيَكُونُ أَمْرًا بِشِرَاءِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخُمُسِمَائَةٍ ضَرُورَةً فَالشِّرَاءُ بِخُمُسِمَائَةٍ مُوَافَقَةٌ وَأَقَلُّ مِنْهَا مُخَالَفَةٌ إِلَى خَيْرٍ وَبِالْأَكْثَرِ مِنْهَا إِلَى شَرٍّ فَلَا يَلْزَمُ الْمُوَكَّلُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَ الْبَاقِي بِمَا بَقِيَ مِنَ الْأَلْفِ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّ غَرَضَهُ الْمُصْرَحَ بِهِ وَهُوَ تَحْصِيلُ الْعَبْدَيْنِ بِالْأَلْفِ قَدْ حَصَلَ وَمَا ثَبَتَ الْإِنْقِسَامُ إِلَّا ذَلَالَةً وَالصَّرِيحُ بِفَوْقِهَا فَلَا تُعْتَبَرُ مَعَهُ عِنْدَ تَعَارُضِهِمَا وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ إِنَّ اشْتَرَى أَحَدَهُمَا بِأَكْثَرِ مِنْ نَصْفِ الْأَلْفِ بِمَا يَتَغَابِنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ ، وَقَدْ بَقِيَ مِنَ الْأَلْفِ مَا يَشْتَرِيَ بِمِثْلِهِ الْعَبْدَ الْبَاقِي فَهُوَ حَازَ ؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ حَصَلَ مُطْلَقًا بِلَا تَقْدِيرٍ تَمَنٍّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخُمُسِمَائَةٍ وَالْمُطْلَقُ يُحْمَلُ عَلَى الْمُتَعَارَفِ وَهُوَ الشِّرَاءُ بِالْقِيَمَةِ أَوْ بِزِيَادَةٍ يَسِيرَةٍ قَدَرِ مَا يَتَغَابِنُ النَّاسُ فِيهِ وَلَكِنْ غَرَضُهُ تَحْصِيلُ الْعَبْدَيْنِ بِالْأَلْفِ فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَبْقَى مِنَ الْأَلْفِ قَدَرٌ مَا يَشْتَرِيَ بِمِثْلِهِ الْبَاقِي لِتَحْصِيلِ غَرَضِهِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَبِشِرَاءِ هَذَا بَدْنَيْنِ لَهُ عَلَيْهِ فَاشْتَرَى صَحَّ ، وَلَوْ غَيْرَ عَيْنٍ نَعَدَ عَلَى الْمَأْمُورِ) أَيُّ لَوْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ عَلَى شَخْصٍ فَوَكَّلَ الدَّائِنَ الْمَدِينُ بِأَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ هَذَا الْعَبْدَ بِذَلِكَ الدَّيْنِ فَاشْتَرَى حَازَ وَلَزِمَ الْمُوَكَّلُ ، وَلَوْ وَكَلَّهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ غَيْرَ مُعَيَّنٍ فَاشْتَرَى لَا يَكُونُ لِلْأَمْرِ بَلْ يَنْفُذُ عَلَى الْمَأْمُورِ حَتَّى لَوْ مَاتَ عِنْدَ الْمَأْمُورِ مَاتَ مِنْ مَالِ الْمَأْمُورِ وَالْأَلْفُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ قَبِضَهُ الْأَمْرُ فَهُوَ لَهُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ هُوَ لَأَزِمَ لِلْأَمْرِ فِي الْوَجْهَيْنِ وَعَلَى هَذَا إِذَا قَالَ الدَّائِنُ لِلْمَدِينِ أَسْلِمَ الدَّيْنُ الَّذِي لِي عَلَيْكَ إِلَى فُلَانٍ حَازَ ، وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ فُلَانًا لَمْ يَجْزِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ كَيْفَمَا كَانَ وَكَذَا لَوْ أَمَرَهُ بِأَنْ يَصْرِفَ مَا عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ وَأَصْلُهُ أَنَّ التَّوَكِيلَ بِالشِّرَاءِ إِذَا أُضِيفَ إِلَى دَيْنٍ لَا يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْبَائِعُ أَوْ الْمَبِيعُ مُتَعَيَّنًا وَعِنْدَهُمَا يَصِحُّ كَيْفَمَا كَانَ لَهُمَا أَنَّ التَّقْدِيرَ لَا يَتَعَيَّنَانِ فِي الْمُعَاوَضَاتِ عَيْنًا كَانَا أَوْ دَيْنًا وَلِهَذَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا بِدَرَاهِمٍ عَلَى الْمُشْتَرِي ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لَا دَيْنَ لَا يَبْطُلُ الشِّرَاءُ وَيَجِبُ عَلَيْهِ مِثْلُهُ ، فَإِذَا لَمْ يَتَّعِنِ صَارَ الْإِطْلَاقُ وَالتَّقْيِيدُ بِهِ سَوَاءً كَمَا فِي غَيْرِ الدَّيْنِ حَتَّى إِذَا وَكَلَّهُ بِأَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ عَبْدًا وَلَمْ يُعَيِّنِ الْأَلْفَ وَلَا الْبَائِعَ وَلَا الْمَبِيعَ حَازَ التَّوَكِيلُ .

فَكَذَا هَذَا فَصَارَ كَمَا لَوْ قَالَ : تَصَدَّقْ بِمَالِي عَلَيْكَ مِنَ الدَّيْنِ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ وَكَذَا لَوْ آجَرَ حَمَامًا بِأَجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ وَأَمَرَ الْمُسْتَأْجَرَ بِالْمَرَمَةِ مِنَ الْأَجْرَةِ أَوْ آجَرَ دَابَّةً وَأَمَرَ الْمُسْتَأْجَرَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِالْأَجْرَةِ عَبْدًا يَسُوقُ الدَّابَّةَ وَيُنْفِقُ عَلَى الدَّابَّةِ فَصَارَ نَظِيرَ مَا لَوْ كَانَ

الْبَائِعُ أَوْ الْمُبِيعُ مُتَعَيِّنًا وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ التُّقُودَ تَتَعَيَّنُ فِي الْوَكَالَاتِ وَلِهَذَا لَوْ قِيدَهَا بِالْعَيْنِ مِنْهَا أَوْ بِالَدَّيْنِ مِنْهَا ثُمَّ هَلَكَ الْعَيْنُ وَأُسْقِطَ الدَّيْنُ بَطَلَتْ الْوَكَالَةُ ، فَإِذَا تَعَيَّنَتْ فِيهَا كَانَ هَذَا تَمْلِيكَ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا وَكَّلَهُ بِقَبْضِهِ لَهُ ثُمَّ بَقْبَضِهِ لِنَفْسِهِ وَتَوَكَّلِ الْمَجْهُولَ لَا يَجُوزُ فَكَانَ بَاطِلًا كَمَا إِذَا اشْتَرَى بَدَيْنَ عَلَى غَيْرِ الْمُشْتَرِي أَوْ يَكُونُ أَمْرًا بِصَرْفٍ مَا لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِالْقَبْضِ قَبْلَهُ وَذَلِكَ بَاطِلٌ كَمَا إِذَا قَالَ أَعْطِ مَا لِي عَلَيْكَ مِنْ شَيْءٍ بِخِلَافِ مَا إِذَا عَيَّنَ الْبَائِعُ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ وَكِيلًا عَنْهُ بِالْقَبْضِ وَهُوَ مَعْلُومٌ فَيَصِحُّ لَتَعْيِينِهِ فَيَصِيرُ الْبَائِعُ أَوَّلًا قَابِضًا لَهُ ثُمَّ يَتَمَلَّكُهُ وَتَعْيِينُ الْمُبِيعِ لَلْبَائِعِ فَكَانَ بِهِ مَعْلُومًا وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَمَرَهُ بِالتَّصَدُّقِ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ مَالَهُ لِلَّهِ تَعَالَى وَهُوَ مَعْلُومٌ وَلِأَنَّ الْفَقْرَ يَنْتَصِبُ نَائِبًا عَنِ اللَّهِ تَعَالَى وَقَبْضُ حَقِّهِ وَاللَّهُ تَعَالَى مُحِيطٌ بِكُلِّ شَيْءٍ عِلْمًا فَيَكُونُ الْفَقِيرُ الَّذِي يَقْبِضُهُ لَهُ مَعْلُومًا فَيَصِحُّ .

وَأَمَّا مَسْأَلَةُ الْحَمَامِ وَنَحْوَهَا فَقِيلَ هُوَ قَوْلُهُمَا وَلَئِنْ كَانَ قَوْلُ الْكُلِّ ، فَإِنَّمَا جَارَ بِاعْتِبَارِ الضَّرُورَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ لَا يَجِدُ الْأَجْرَةَ فِي كُلِّ وَقْتٍ فَأَقِيمَ الْحَمَامُ مَقَامَ الْمُؤَجَّرِ فِي الْقَبْضِ ، وَأَمَّا مَسْأَلَةُ التَّصَادُقِ بَأَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ بَعْدَ الشِّرَاءِ بِهَ فَلِأَنَّ التُّقُودَ لَا تَتَعَيَّنُ فِي الْبَيْعِ دَيْنًا كَانَتْ أَوْ عَيْنًا ، فَإِذَا لَمْ تَتَعَيَّنْ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِطُلَانِ الدَّيْنِ إِذْ لَمْ يَتَقَيَّدْ بِهِ بِخِلَافِ الْوَكَالَةِ ، فَإِنَّ التُّقُودَ تَتَعَيَّنُ فِيهَا وَكَلَامُنَا فِيهَا وَذَكَرَ فِي النَّهَايَةِ أَنَّ التُّقُودَ لَا تَتَعَيَّنُ فِي الْوَكَالَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِالْإِجْمَاعِ وَكَذَا

بَعْدَهُ عِنْدَ عَامَتِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْوَكَالَةَ وَسِيلَةً إِلَى الشِّرَاءِ فَتَعْتَبَرُ بِالشِّرَاءِ وَعَزَاهُ إِلَى الزِّيَادَاتِ وَالذَّخِيرَةِ فَعَلَى هَذَا لَا يُلْزَمُهُمَا مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالتَّغْلِيلُ الصَّحِيحُ لَهُ أَنْ يَقَالَ : إِنَّ تَمْلِيكَ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ لَا يَجُوزُ فَكَذَا التَّوَكُّلُ بِهِ ، وَإِنَّمَا جَارَ فِي الْمُعَيَّنِ لِكَوْنِهِ أَمْرًا لَهُ بِالْقَبْضِ ثُمَّ بِالتَّمْلِيكِ لَا تَوَكُّلًا لِلْمَدِينِ بِالتَّمْلِيكِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعَيَّنًا لَا يَصِحُّ الْأَمْرُ لِلْمَجْهُولِ فَكَانَ تَوَكُّلًا لِلْمَدِينِ بِالتَّمْلِيكِ فِي الْإِسْلَامِ وَالشِّرَاءِ وَالصَّرْفِ فَلَا يَجُوزُ لِمَا ذَكَرْنَا ، فَإِذَا لَمْ يَصِحَّ التَّوَكُّلُ عِنْدَهُ نَفَذَ الشِّرَاءُ عَلَى الْمَأْمُورِ حَتَّى إِذَا هَلَكَ بَعْدَ الْقَبْضِ يَهْلِكُ مِنْ مَالِهِ إِلَّا إِذَا قَبِضَهُ الْأَمْرُ مِنْهُ فَحِينَئِذٍ يَنْعَقِدُ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا بِالتَّعَاطِي فَيَكُونُ لِلْأَمْرِ

الشرح

قوله : فَإِنْ قَبِضَهُ الْأَمْرُ فَهُوَ لَهُ

قَالَ الْأَنْقَايُ ، فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَى الْأَمْرِ فَهُوَ لَهُ لِأَنَّهُ يَقَعُ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا ابْتِدَاءً بِسَبِيلِ التَّعَاطِي لِأَنَّهُ دَفَعَهُ عَلَى جِهَةِ التَّمْلِيكِ وَيَبْعُ التَّعَاطِي جَائِزٌ عِنْدَنَا بِمَا عَزَّ مِنَ الْأَمْوَالِ أَوْ خَسَّ

قوله : وَأَصْلُهُ أَنَّ التَّوَكُّلَ الْخ

قَالَ الْأَنْقَايُ وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ إِذَا أَمَرَ غَرِمَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ بِمَا عَلَيْهِ شَيْئًا ، فَإِنْ عَيَّنَ الْمُبِيعَ أَوْ الْبَائِعَ جَارَ .

قوله : لهما الخ

قَالَ الْأَثْقَانِيُّ لَهُمَا أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالِدَنَانِيرَ لَا يَتَعَيَّنَانِ فِي عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ وَفُسُوحِهَا عِنْدَنَا خِلَافًا لِرُفْرٍ وَالشَّافِعِيِّ وَقَدْ عُرِفَ ذَلِكَ فِي طَرِيقَةِ الْخِلَافِ فِي كِتَابِ الصَّرْفِ فَكَمَا لَا يَتَعَيَّنَانِ إِذَا كَانَتَا عَيْنًا لَا يَتَعَيَّنَانِ إِذَا كَانَتَا دَيْنًا وَلِهَذَا إلخ .

قوله : على المشتري

الْمُرَادُ بِالْمُشْتَرِي هُنَا الْوَكِيلُ وَكَانَ الْأَوَّلَى أَنْ يَقُولَ عَلَى الْبَائِعِ كَمَا قَالَ الْأَثْقَانِيُّ وَنَصُّهُ وَلِهَذَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا بِدَيْنٍ لَهُ عَلَى الْبَائِعِ ثُمَّ تَصَادَفَا عَلَى أَنْ لَا دَيْنَ لَهُ لَا يَبْطُلُ الشِّرَاءُ وَوَجِبَ مِثْلُ ذَلِكَ الدَّيْنِ .

قوله : ثم هلك العين

هَكَذَا بَخَطُ الشَّارِحِ وَهَكَذَا كَانَ فِي نُسخَةِ الْعَلَمَةِ قَارِئِ الْهَدَايَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ ثُمَّ كَشَطَهُ وَكَتَبَ مَكَانَهُ اسْتَهْلَكَ وَكَتَبَ تَحْتَهُ بِخَطِّهِ رَحِمَهُ اللَّهُ مَا نَصُّهُ أَيْ الْأَمْرُ أَوْ الْوَكِيلُ ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِالِاسْتِهْلَاكِ دُونَ الْهَلَاكِ لِأَنَّ بَطْلَانَ الْوَكَاةِ بِالِاسْتِهْلَاكِ لَا بِالْهَلَاكِ ذَكَرَهُ قَاضِي خَانَ فِي فَتَاوَاهُ مَا كَتَبَهُ بِخَطِّهِ وَقَالَ فِي الْهَدَايَةِ مَا نَصُّهُ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قِيدَ الْوَكَاةُ بِالْعَيْنِ مِنْهَا أَوْ بِالْدَّيْنِ مِنْهَا ثُمَّ اسْتَهْلَكَ أَوْ أَسْقَطَ الدَّيْنُ بَطَلَتْ الْوَكَاةُ قَالَ الْأَثْقَانِيُّ قَالَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ إِنَّمَا قِيدَ

بِالِاسْتِهْلَاكِ دُونَ الْهَلَاكِ لِأَنَّ بَطْلَانَ الْوَكَاةِ مَخْصُوصٌ بِالِاسْتِهْلَاكِ دُونَ الْهَلَاكِ وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فِي هَذَا الْمَوْضُوعِ حَيْثُ قَالُوا لَوْ هَلَكَتِ الدَّرَاهِمُ الْمُسَلَّمَةُ إِلَى الْوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ بَطَلَتْ الْوَكَاةُ فَأَقُولُ كَانَ الْمُصَنِّفُ قِيدَ بِالِاسْتِهْلَاكِ حَتَّى لَا يَتَوَهَّمُ مَتَوَهَّمُ أَنَّ الْوَكَاةَ لَا تَبْطُلُ إِذَا اسْتَهْلَكَ الْوَكِيلُ الدَّرَاهِمَ الْمُسَلَّمَةَ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ يَضْمَنُ الدَّرَاهِمَ فَيَقُومُ مِثْلُهَا مَقَامَهَا فَيَصِيرُ كَأَنَّ عَيْنَهَا بَاقِيَةً فَقَالَ بِالِاسْتِهْلَاكِ تَبْطُلُ الْوَكَاةُ كَمَا فِي الْهَلَاكِ لِتَعَيَّنِ تِلْكَ الدَّرَاهِمُ كَمَا فِي هَلَاكِ الْمَبِيعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ .

قوله : كما إذا قال أعط مالي عليك من شئت

أَيُّ أَوْ أَلْقَهُ فِي الْبَحْرِ بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ أَعْطِ مَالِي عِنْدَكَ مِنَ الْعَيْنِ مَنْ شِئْتَ أَوْ أَلْقَهُ فِي الْبَحْرِ كَانَ التَّوَكُّيلُ صَحِيحًا لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ يَمْلِكُهُ غَايَةً

قوله وقبض حقه

هَكَذَا هُوَ بِخَطِّ الشَّارِحِ وَعِبَارَةُ الْكَافِي وَغَيْرِهِ فِي قَبْضِ حَقِّهِ

قوله : الناجرة

كذا يخط الشارح وعبارة غيره الآخر .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِشْرَاءِ أَمَةٍ) أَيَّ وَكَلَهُ بِشْرَاءِ أَمَةٍ (بِأَلْفٍ دَفَعَ إِلَيْهِ فَاشْتَرَى فَقَالَ : اشْتَرَيْتَ بِخَمْسِمِائَةٍ وَقَالَ الْمَأْمُورُ بِأَلْفٍ فَالْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ) يَعْنِي إِذَا كَانَتْ الْأَمَةُ تُسَاوِي أَلْفًا ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ ادَّعَى الْخُرُوجَ عَنْ عَهْدَةِ الْأَمَانَةِ وَالْأَمْرُ يَدْعِي عَلَيْهِ حَقَّ الرَّجُوعِ بِخَمْسِمِائَةٍ وَالْمَأْمُورُ يُتَكَرَّرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَإِنْ كَانَتْ تُسَاوِي خَمْسِمِائَةً لَا تَلْزَمُ الْأَمْرَ ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ أَمْرَهُ إِذْ الْأَمْرُ تَنَازَلَ أَمَةً تُسَاوِي أَلْفًا فَيَنْفُذُ عَلَى الْمَأْمُورِ وَلِأَنَّ فِيهِ غَبْنًا فَاحِشًا فَلَا يَلْزَمُ الْأَمْرَ ؛ لِأَنَّ الْمَأْمُورَ لَا يَمْلِكُ أَنْ يُخَالَفَ الْأَمْرَ وَلَا أَنْ يَشْتَرِيَ بَعْنَ فَاحِشٍ وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَشْتَرِيَهَا بِأَلْفٍ أَوْ بِخَمْسِمِائَةٍ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ مُخَالَفٌ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ فَلِلْأَمْرِ) أَيَّ إِنْ لَمْ يَدْفَعِ الْأَمْرُ الْأَلْفَ إِلَى الْمَأْمُورِ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا كَانَ الْقَوْلُ لِلْأَمْرِ وَتَلْزَمُ الْأَمَّةُ الْمَأْمُورَ وَهَذَا فِيمَا إِذَا كَانَتْ قِيمَةُ الْأَمَّةِ خَمْسِمِائَةً فَظَاهِرٌ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنَ الْمُخَالَفَةِ وَالْغَبْنِ الْفَاحِشِ ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا أَلْفًا فَمَعْنَاهُ أَنَّهُمَا يَتَخَالَفَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي مِقْدَارِ مَا يَجِبُ لِلْوَكِيلِ عَلَى الْمُوَكَّلِ ، وَقَدْ حَرَى بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ ثُمَّ إِذَا حَلَفَا يُفْسَخُ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا وَتَلْزَمُ الْحَارِيَةُ الْمَأْمُورُ لِاتِّقَاضِ مِلْكِ الْأَمْرِ بِالْفَسْخِ

الشرح

قَوْلُهُ : (وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا أَلْفًا) قَالَ الْأَثَقَانِيُّ ، وَإِنْ كَانَتْ تُسَاوِي أَلْفًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَمْرِ أَيْضًا قَالُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ يَتَخَالَفَانِ فِيهِ وَتَلْزَمُ الْحَارِيَةُ الْمُشْتَرِي ، فَإِنَّهُ أَطْلَقَ فِي الْكِتَابِ فِي هَذَا الْفَصْلِ وَقَالَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْأَمْرِ وَلَمْ يُفَصِّلْ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهَا أَلْفًا أَوْ أَقَلَّ وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَأْمُورِ إِذَا كَانَتْ تُسَاوِي أَلْفًا لِأَنَّهُ اشْتَرَاهَا بِأَلْفٍ فَقَدْ وَافَقَ الْأَمْرُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِشْرَاءِ هَذَا) أَيَّ وَكَلَهُ بِشْرَاءِ هَذَا الْعَبْدِ (وَلَمْ يُسَمِّ ثَمَنًا) فَقَالَ الْمَأْمُورُ اشْتَرَيْتَهُ بِأَلْفٍ بِالْفَسْخِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِشْرَاءِ هَذَا) أَيَّ وَكَلَهُ بِشْرَاءِ هَذَا الْعَبْدِ (وَلَمْ يُسَمِّ ثَمَنًا فَقَالَ الْمَأْمُورُ اشْتَرَيْتَهُ بِأَلْفٍ وَصَدَّقَهُ الْبَائِعُ وَقَالَ الْأَمْرُ بِنِصْفِهِ) وَهُوَ خَمْسِمِائَةٍ (تَخَالَفَا) ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ وَلَيْسَ لَهُمَا بَيِّنَةٌ فَوَجَبَ الْمَصِيرُ إِلَى التَّحَالُفِ كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَقِيلَ لَا يَتَخَالَفَانِ هُنَا ؛ لِأَنَّ الْخِلَافَ يَرْتَفِعُ بِتَصَدِيقِ الْبَائِعِ إِذْ هُوَ حَاضِرٌ فَيَجْعَلُ تَصَادُفُهُمَا بِمَنْزِلَةِ إِثْنَاءِ الْعَقْدِ فِي الْحَالِ وَفِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى هُوَ غَائِبٌ فَاعْتَبِرَ الْاِخْتِلَافُ وَإِلَى هَذَا مَالُ الْفَقِيهِ أَبُو جَعْفَرٍ وَقَالَ قَاضِي خَانَ وَهُوَ أَصَحُّ وَمَالُ أَبُو مَنْصُورٍ إِلَى الْأَوَّلِ لَمَّا ذَكَرْنَا وَقَوْلُ الْبَائِعِ لَا يُعْتَبَرُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ اسْتَوْفَى الثَّمَنَ فَهُوَ أَجْتَبَى عَنْهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَوْفِ فَهُوَ أَجْتَبَى عَنِ الْأَمْرِ فَلَا مَدْخَلَ لَهُ بَيْنَهُمَا وَقَالَ فِي الْهَدَايَةِ وَهُوَ أَظْهَرُ وَقَالَ فِي الْكَافِي هُوَ الصَّحِيحُ ، وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ الْقَوْلَ لِلْمَأْمُورِ مَعَ يَمِينِهِ قَالُوا وَمُرَادُهُ التَّحَالُفُ لَكِنَّهُ اكْتَفَى بِذِكْرِ يَمِينِ الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ هُوَ الْمُدَّعِي وَلَا يَمِينُ عَلَى الْمُدَّعِي إِلَّا فِي صُورَةِ التَّحَالُفِ فَكَانَ الْمَقْصُودُ بِالتَّحَالُفِ يَمِينُ الْمُدَّعِي دُونَ الْمُتَكَرِّرِ إِذْ ذَاكَ لَا بُدَّ مِنْهُ وَالْمُوَكَّلُ بِمَنْزِلَةِ الْمُشْتَرِي وَهُوَ مُتَكَرِّرٌ وَلَوْ لَا مُرَادُهُ التَّحَالُفَ لَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْأَمْرِ لِكُونِهِ مُتَكَرِّرًا فَكَانَ يَأْخُذُ الْمَبِيعَ بِمَا ادَّعَى مِنَ الثَّمَنِ إِذَا حَلَفَ وَلَمْ يَذْكُرْ يَمِينَ الْمَأْمُورِ هَكَذَا ذَكَرَهُ الْمَشَائِخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ إِلَّا أَنَّ فِيهِ إِشْكَالًا ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ يَدُلُّ عَلَى مَا ذَكَرُوا مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى

لَكِنَّ لَفْظَهُ لَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ وَلَا عَلَى الْأَوَّلِ ، فَإِنَّ قَوْلَهُ : إِنَّ الْقَوْلَ لِلْمَأْمُورِ مَعَ يَمِينِهِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمَأْمُورَ يُصَدِّقُ فِيمَا قَالَ وَفِي التَّحَالُفِ لَا يُصَدِّقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ، وَلَوْ كَانَ مُرَادُهُ التَّحَالُفَ لَمَّا قَالَ ذَلِكَ وَهَذَا فِيمَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ أَمْرُهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لَهُ بِأَلْفٍ ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِيهِ فَقَالَ الْأَمْرُ : أَمَرْتُكَ أَنْ تَشْتَرِيَهُ لِي بِخَمْسِمِائَةٍ وَقَالَ الْمَأْمُورُ أَمَرْتَنِي بِالشَّرَاءِ بِأَلْفٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَمْرِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ

فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ وَيَلْزَمُ الْعَبْدُ الْمَأْمُورَ لِمُخَالَفَتِهِ ، فَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِبْتِائًا

الشرح

قَوْلُهُ وَقِيلَ لَا يَتَحَالَفَانِ

أَيَّ وَيَلْزَمُ الْعَبْدُ الْأَمْرَ

قَوْلُهُ : وَقَالَ قَاضِي خَانَ وَهُوَ أَصَحُّ

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَمْ يَذْكُرْ الْإِمَامَ فَخَرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ قَوْلَ أَبِي مَنْصُورٍ وَكَأَنَّهُ جَعَلَ قَوْلَ أَبِي جَعْفَرٍ أَصَحَّ وَظَاهِرُهُ أَنَّ قَاضِي خَانَ لَمْ يُصَرِّحْ بِالتَّصْحِيحِ بِخِلَافِ مَا ذَكَرَهُ الشَّارِحُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ ك

قَوْلُهُ : وَإِنْ لَمْ يَسْتَوْفِ فَهُوَ أَجَنَّبِيٌّ عَنِ الْأَمْرِ فَلَا مَدْخَلَ لَهُ

أَيَّ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا فَلَا يَصْدُقُ عَلَى الْمُوَكَّلِ ، فَإِذَا لَمْ يُعْتَبَرْ تَصْدِيقُ الْبَائِعِ بَقِيَّ الْخِلَافِ بَيْنَ الْبَائِعِ وَهُوَ الْوَكِيلُ وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي وَهُوَ الْمُوَكَّلُ فَوَجَبَ التَّحَالُفُ .

غَايَةُ

قَوْلُهُ لِأَنَّ الْوَكِيلَ هُوَ الْمُدْعَى

لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْبَائِعِ مِنَ الْمُوَكَّلِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِشْرَاءِ نَفْسِ الْأَمْرِ مِنْ سَيِّدِهِ بِالْفِ وَدَفَعَ فَقَالَ لِسَيِّدِهِ اشْتَرَيْتَهُ لِنَفْسِهِ فَبَاعَهُ عَلَى هَذَا عَتَقَ وَوَلَاؤُهُ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْتَهُ فَالْعَبْدُ لِلْمُشْتَرِي وَالْأَلْفُ لِسَيِّدِهِ وَعَلَى الْمُشْتَرِي أَلْفٌ مِثْلُهُ) أَيَّ لَوْ وَكَّلَ الْعَبْدُ رَجُلًا بِشْرَاءِ نَفْسِهِ مِنْ سَيِّدِهِ بِالْفِ وَالْأَمْرُ هُوَ الْعَبْدُ وَدَفَعَ الْأَلْفَ إِلَى الْوَكِيلِ فَقَالَ الْوَكِيلُ لِسَيِّدِهِ وَقَتِ الشَّرَاءِ أَنَا اشْتَرَيْتَ عَبْدَكَ لِنَفْسِهِ فَبَاعَهُ عَلَى هَذَا عَتَقَ وَوَلَاؤُهُ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ قَالَ الْوَكِيلُ : اشْتَرَيْتَهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ أَنَّهُ يَشْتَرِيهِ لِنَفْسِ الْعَبْدِ كَانَ الْعَبْدُ مِلْكًا لِلْوَكِيلِ وَهُوَ الْمُشْتَرِي وَالْأَلْفُ الَّذِي أَخَذَهُ مِنَ الْعَبْدِ وَدَفَعَهُ إِلَى الْمَوْلَى كَانَ لِلْمَوْلَى فِيهِمَا مَجَانًا وَجَبَّ عَلَى الْمُشْتَرِي أَوْ عَلَى الْمُعْتَقِ الْأَلْفُ وَأَصْلُهُ أَنَّ بَيْعَ الْعَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ إِعْتَاقٌ عَلَى مَالٍ ، وَبِشْرَاءِ الْعَبْدِ نَفْسُهُ قَبُولُ الْإِعْتَاقِ بَدَلًا ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَهُ بَيْعًا حَقِيقَةً غَيْرُ مُمَكِّنٍ إِمَّا ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْمِلْكِ أَوْ لِمُسْتَحَالَةٍ أَنْ يَمْلِكَ نَفْسَهُ فَجُعِلَ مَجَازًا عَنْ الْإِعْتَاقِ لَوْجُودِ إِزَالَةِ الْمِلْكِ فِيهِ كَالْبَيْعِ .

فَإِذَا اشْتَرَاهُ الْوَكِيلُ لِلْعَبْدِ صَارَ الْبَائِعُ مُعْتَقًا فَيَلْزَمُهُ الْوَلَاءُ وَالْوَكِيلُ بِالْقَبُولِ سَفِيرٌ وَمُعَبَّرٌ عَنْهُ فَلَا تَرْجِعُ الْحُقُوقُ إِلَيْهِ وَإِذَا أَطْلَقَ الْوَكِيلُ وَلَمْ يُبَيِّنْ لِلْمَوْلَى أَنَّهُ يَشْتَرِيهِ لِنَفْسِ الْعَبْدِ يَقَعَ الْعَقْدُ لِلْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ هَذَا اللَّفْظِ لِلْبَيْعِ فَلَا يَحْدِلُ عَنْهُ إِلَى الْعِتْقِ بِغَيْرِ عِلْمِ الْمَوْلَى وَلَعَلَّهُ لَا يَرْضَى بِهِ

لِمَا فِيهِ مِنْ لُزُومٍ وَلِأَنَّهُ وَعَقْلٌ جَنَائِهِ فَلَا يَكُونُ الشَّرَاءُ لِلْعَبْدِ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ مِنْ غَيْرِ الْعَبْدِ حَيْثُ يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْمُوَكَّلِ بِالشَّرَاءِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُبَيِّنَ لِلْمَوْلَى أَنَّهُ يَشْتَرِيهِ لِمَوْلَاكَ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ

الْعَقْدِ فِيهِ لَا يَخْتَلِفُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَوْ لِمَوْلَاكَ إِذْ الْكُلُّ بَيْعٌ وَالْوَكِيلُ أَصِيلٌ فِيهِ فِي الْحَالَيْنِ حَتَّى تَتَعَلَّقَ بِهِ الْحُقُوقُ فِي الْحَالَيْنِ فَلَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْبَيَانِ وَهَذَا أَحَدُهُمَا إِعْتِنَاكَ مُعَقَّبٌ لِلْوَلَاءِ وَلَا تَتَعَلَّقُ بِهِ الْحُقُوقُ بِالْوَكِيلِ وَالْآخَرُ بَيْعٌ وَأَحْكَامُهُ خِلَافُ الْعِنَقِ فَلَا يَدُلُّ رِضَاهُ بِأَحَدِهِمَا عَلَى الرِّضَا بِالْآخَرِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْبَيَانِ ، فَإِذَا لَمْ يُبَيِّنْ ثَبَتَ الْمِلْكُ لِلْوَكِيلِ وَالْأَلْفُ لِلْمَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ كَسَبَ عَبْدَهُ عَلَى الْمُشْتَرِي أَوْ عَلَى الْعَبْدِ إِذَا عَتَقَ أَلْفٌ مِثْلَهَا ثَمَنًا أَوْ بَدَلَ الْعِنَقِ ؛ لِأَنَّ الْأَدَاءَ قَدْ بَطَلَ لَاسْتِحْقَاقِ الْمَوْلَى مَا آدَاهُ بِجَهَةِ أُخْرَى وَهُوَ أَنَّهُ كَسَبَ عَبْدَهُ فَكَانَ مِلْكًا لَهُ قَبْلَ الشَّرَاءِ وَقَبْلَ الْعِنَقِ فَلَا يَصْلُحُ مِلْكُهُ بَدَلًا عَنْ مِلْكِهِ ثُمَّ إِذَا لَمْ يُبَيِّنْ يَرْجِعُ الْمَوْلَى بِالْثَمَنِ عَلَى الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ الْعَاقِدُ وَالْمَالِكُ لِلْعَبْدِ فَتَرْجِعُ الْحُقُوقُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ بَيَّنَّ أَنَّهُ يَشْتَرِي لِلْعَبْدِ فَقَدْ ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي بَابِ الْوَكَالَةِ بِالْعِنَقِ مِنْ كِتَابِ الْوَكَالَةِ أَنَّ الْعِنَقَ يَقَعُ وَالْمَالُ عَلَى الْعَبْدِ دُونَ الْوَكِيلِ وَذَكَرَ فِي وَكَالَةِ الْمَادُونِ وَالْمُكَاتَبِ مِنْ كِتَابِ الْوَكَالَةِ وَفِي وَكَالَةِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ أَنَّ الْعَبْدَ يُعْتَقُ وَالْمَالُ عَلَى الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّ تَوَكِيلَهُ بِشَرَاءِ الْعَبْدِ لِلْعَبْدِ كَتَوَكِيلِهِ بِشَرَاءِهِ لِنَفْسِهِ فَيُطَالَبُ بِبَدَلِهِ الْوَكِيلُ وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ وَكِيلَ الْعَبْدِ فِي الْعِنَقِ سَفِيرٌ وَمُعَبَّرٌ وَلَفْظُ الْبَيْعِ يَكُونُ مُحَازًا عَنْ الْعِنَقِ لِتَعَذُّرِ اعْتِبَارِ مَعْنَى الْبَيْعِ حَقِيقَةً وَلِهَذَا لَا يُسْتَعْنَى عَنْ إِضَافَتِهِ إِلَى الْعَبْدِ الْأَمْرِ لَهُ فَلَا تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ حُقُوقُهُ فَيُطَالَبُ الْأَمْرُ كَمَا إِذَا كَانَ الْأَمْرُ بِبَيْعِ نَفْسِ الْعَبْدِ مِنَ الْعَبْدِ هُوَ الْمَوْلَى حَيْثُ يَكُونُ الطَّلَبُ بِالْبَدَلِ إِلَى الْمَوْلَى

دُونَ الْوَكِيلِ لِمَا قُلْنَا

الشرح

قوله : وَيَجِبُ عَلَى الْمُشْتَرِي

أَيَّ فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ وَهِيَ قَوْلُهُ : وَإِنْ قَالَ اشْتَرَيْتَهُ .

قوله : أَوْ عَلَى الْمُعْتَقِ

أَيَّ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَهِيَ قَوْلُهُ وَبِشَرَاءِ نَفْسِ الْأَمْرِ مِنْ سَيِّدِهِ الْخ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِنْ قَالَ لِعَبْدٍ اشْتَرِ لِي نَفْسَكَ مِنْ مَوْلَاكَ فَقَالَ لِلْمَوْلَى بَعْنِي نَفْسِي لِفُلَانٍ فَفَعَلَ فَهُوَ لِلْأَمْرِ ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ لِفُلَانٍ عَتَقَ) أَيَّ إِذَا قَالَ رَجُلٌ لِعَبْدٍ : اشْتَرِ لِي نَفْسَكَ مِنْ مَوْلَاكَ فَقَالَ الْعَبْدُ لِمَوْلَاهُ بَعْنِي نَفْسِي لِفُلَانٍ فَبَاعَهُ الْمَوْلَى عَلَى هَذَا الشَّرْطِ كَانَ الْعَبْدُ مِلْكًا لِلْأَمْرِ ، وَإِنْ أَطْلَقَ الْعَبْدُ بِأَنْ قَالَ بَعْنِي وَلَمْ يَقُلْ لِفُلَانٍ عَتَقَ ، وَأَصْلُهُ أَنَّ الْعَبْدَ يَصْلُحُ أَنْ يَشْتَرِيَ نَفْسَهُ لِنَفْسِهِ وَلِغَيْرِهِ بِطَرِيقِ الْوَكَالَةِ ؛ لِأَنَّ جَوَازَ الشَّرَاءِ بِاعْتِبَارِ الْمَالِيَّةِ ، وَالْعَبْدُ أَجْنَبِيٌّ عَنْ نَفْسِهِ فِي حُكْمِ الْمَالِيَّةِ إِلَّا أَنْ الْبَائِعَ لَا يَمْلِكُ حَبْسَ الْعَبْدِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْبَدَلَ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ فِي يَدِ نَفْسِهِ فَيَكُونُ قَاطِبًا لِنَفْسِهِ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ كَالْمُودَعِ إِذَا اشْتَرَى الْوَدِيعَةَ لَا يَكُونُ لِلْبَائِعِ حَبْسُ الْمَبِيعِ لَوْ جُودَ الْقَبْضِ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ سَوَاءً اشْتَرَاهُ

لِنَفْسِهِ أَوْ لغيرِهِ إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَنَقُولُ : إِذَا أَضَافَ الْعَقْدُ إِلَى الْمُوَكَّلِ كَانَ مِلْكًا لِلْمُوَكَّلِ .

وَإِذَا أَضَافَ الشَّرَاءُ إِلَى نَفْسِهِ بِأَنْ قَالَ بَعْنِي نَفْسِي لِنَفْسِي عَتَقَ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَا يُقَالُ إِنَّ الْعَبْدَ وَكَيْلُ بَشَرَاءٍ شَيْءٌ مُعَيَّنٌ فَوَجَبَ أَنْ لَا يَجُوزَ لَهُ شِرَاؤُهُ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ أَتَى بِجَنْسٍ آخَرَ مِنَ التَّصَرُّفِ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْعَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ إِعْتِاقٌ عَلَى مَالٍ وَشِرَاؤُهُ قَبُولُ الْعِتْقِ فَيَكُونُ مُخَالَفًا فَيَنْفَذُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ بِشَرَاءٍ شَيْءٌ مُعَيَّنٌ يَنْفَذُ عَلَيْهِ عِنْدَ الْمُخَالَفَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ ، وَإِنْ أَطْلَقَ بِأَنْ قَالَ بَعْنِي نَفْسِي وَلَمْ يَقُلْ لِي وَلَا لِفُلَانٍ عَتَقَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ يَحْتَمِلُ الْوَجْهَيْنِ فَلَا يَقَعُ امْتِنَالًا بِالشَّكِّ فَيَقْتَضِي التَّصَرُّفَ وَقَاعًا لِنَفْسِهِ وَلَا يُقَالُ إِنَّ الْبَيْعَ حَقِيقَةً فِيهِ وَالْعِتْقَ مَجَازٌ فَيَنْبَغِي أَنْ يُحْمَلَ

عَلَى الْحَقِيقَةِ عِنْدَ التَّرَدُّدِ إِذِ الْحَمْلُ عَلَى الْحَقِيقَةِ هُوَ الْأَصْلُ بِاتِّفَاقِ الْعُلَمَاءِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ : الْأَصْلُ أَنَّ الْإِنْسَانَ يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ فَتَعَارَضَ الْأَصْلَانِ فَتَسَاقَطَا فَبَرَجَ إِلَى غَرَضِ الْمُؤَلَّى ، فَإِنَّهُ لَمَّا اخْتَلَفَ التَّصَرُّفَانِ فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْمُؤَلَّى يُرِيدُ الْإِعْتِاقَ إِذْ بَيْعَ الْعَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ مُطْلَقًا إِعْتِاقٌ وَاقْتِصَارُهُ عَلَى إِضَافَتِهِ إِلَى الْعَبْدِ دَلِيلٌ عَلَيْهِ وَلَا يَرْضَى بِخُرُوجِهِ عَنْ مِلْكِهِ لَا إِلَى الْحُرِّيَّةِ لِيُثَبَّتَ لَهُ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ ثُمَّ التَّمَنُّ هُنَا يَكُونُ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ فِي الْوَجْهَيْنِ ذِمَّةُ الْأَمْرِ أَمَّا إِذَا وَقَعَ الشَّرَاءُ لَهُ فَظَاهِرٌ ، وَأَمَّا إِذَا وَقَعَ لِلْأَمْرِ فَلَا أَنَّهُ هُوَ الْمُبَاشِرُ لِلْعَقْدِ فَتَرْجِعُ إِلَيْهِ الْحُقُوقُ فَيُطَالَبُ بِالتَّمَنُّ وَيَرْجِعُ هُوَ عَلَى الْأَمْرِ وَلَا يُقَالُ الْعَبْدُ هُنَا مَحْجُورٌ عَلَيْهِ وَالْوَكِيلُ إِذَا كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ لَا تَرْجِعُ الْحُقُوقُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ زَالَ الْحَجَرُ هُنَا بِالْعَقْدِ الَّذِي بَاشَرَهُ مُقْتَرِنًا بِإِذْنِ الْمُؤَلَّى ثُمَّ إِذَا كَانَ الشَّرَاءُ لِلْأَمْرِ فَلَا بُدَّ مِنْ قَبُولِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ فَلَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ ، وَإِنْ وَقَعَ لِلْعَبْدِ يُكْتَفَى بِقَوْلِ الْمُؤَلَّى بَعْتُ وَلَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى قَبُولِ الْعَبْدِ بَعْدَ قَوْلِهِ بَعْنِي نَفْسِي ؛ لِأَنَّهُ إِعْتِاقٌ فَيَسْتَبْدُّ بِهِ الْمُؤَلَّى بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْوَاحِدَ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ فِي الْعِتْقِ كَالْتَّكَاحِ وَلَا يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ فِي الْبَيْعِ

الشرح

قَوْلُهُ : لَوْجُودِ الْقَبْضِ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ (يُشْكَلُ عَلَيْهِ قَوْلُهُ فِي الْفُصُولِ الْعِمَادِيَّةِ وَلَوْ كَانَتْ وَدِيعَةً فَبَاعَهُ يَحْتَاجُ إِلَى قَبْضٍ حَدِيدٍ لِأَنَّ غَيْرَ الْمُضْمُونِ لَا يَنْبَغُ عَنِ الْمُضْمُونِ .

(فَضْلٌ) قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ لَا يَعْقِدُ مَعَ مَنْ تُرَدُّ شَهَادَتُهُ لَهُ) وَذَلِكَ مِثْلُ قَرَابَةِ الْوَلَادِ وَاحِدِ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ وَعَبِيدِهِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ : يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْهُمْ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ إِلَّا مِنْ عَبْدِهِ أَوْ مُكَاتِبِهِ ؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ مُطْلَقٌ وَلَا تُهْمَةُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْأَمْلَكَ مُتَبَايَنَةٌ وَالْمَنَافِعُ مُنْقَطِعَةٌ فَصَارَ كَالْمُضَارِبِ بِخِلَافِ عَبْدِهِ وَمُكَاتِبِهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ مِلْكِهِ لَهُ وَلَهُ فِي مَالِ مُكَاتِبِهِ حَقٌّ وَيَنْقَلِبُ حَقِيقَةً بِالْعَجْزِ فَيَكُونُ بَيْعًا مِنْ نَفْسِهِ أَوْ تَمَكَّنَتْ شَبْهَتُهُ وَبِخِلَافِ الْعَبْنِ الْفَاحِشِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مَوَاضِعَ التُّهْمِ مُسْتَشْنَاءَةٌ عَنِ الْوَكَالَاتِ وَهَذِهِ مَوَاضِعُهَا ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ بَيْنَهُمْ مُتَّصِلَةٌ فَصَارَ بَيْعًا مِنْ نَفْسِهِ مِنْ وَجْهِ فَلَا يَجُوزُ وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُمْ وَتَبَايُنُ الْأَمْلَكَ لَا يَمْنَعُ الْإِتِّصَالَ مِنْ وَجْهِ آخَرَ بِخِلَافِ الْمُضَارِبِ ؛ لِأَنَّ الْمُضَارِبَ كَالْمُتَصَرِّفِ لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهِ أَلَّا تَرَى أَنَّ رَبَّ الْمَالِ لَا يَمْلِكُ نَهْيَهُ عَنِ التَّصَرُّفِ بَعْدَمَا صَارَ الْمَالُ غُرُوضًا وَأَنَّهُ شَرِيكُهُ فِي الرَّبْحِ فَلَا يَلْحَقُهُ التُّهْمَةُ فِي الْبَيْعِ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ يَبِيعُ مَالَ نَفْسِهِ عَلَى أَنَّهُ عِنْدَ بَعْضِهِمْ هُوَ كَالْوَكِيلِ فَجُوزُوا فِيهِمَا الْبَيْعَ لَهُمْ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ فَعَلَى هَذَا لَنَا أَنْ نَمْنَعَ قَالُوا هَذَا إِذَا لَمْ يُطْلَقْ لَهُ الْمُوَكَّلُ ، وَأَمَّا إِذَا أَطْلَقَ لَهُ بِأَنْ قَالَ لَهُ الْمُوَكَّلُ بَعْ مِمَّنْ شِئْتَ فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ بَيْعُهُ لَهُمْ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ وَذَكَرَ فِي النَّهَايَةِ أَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ إِذَا بَاعَ مِمَّنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ إِنْ كَانَ بِأَكْثَرَ مِنَ الْقِيَمَةِ يَجُوزُ بِلَا خِلَافٍ ، وَإِنْ كَانَ بِأَقَلِّ مِنَ الْقِيَمَةِ بَعْبِنِ فَاحِشٍ لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ ، وَإِنْ كَانَ بَعْبِنِ

يَسِيرُ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ ، وَإِنْ كَانَ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ رَوَاتَانِ فِي رِوَايَةِ الْوَكَّالَةِ وَالْبُيُوعِ لَا يَجُوزُ وَفِي رِوَايَةِ الْمُضَارَبَةِ يَجُوزُ وَيَبْعُ الْمُضَارِبُ وَشِرَاؤُهُ مِمَّنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ يَجُوزُ هُنَا عِنْدَهُ بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ وَفِي الْوَكَّالِ رَوَاتَانِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا الْفَرْقَ عَلَى إِحْدَاهُمَا وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْإِجَارَةُ وَالصَّرْفُ وَالسَّلَامُ وَنَحْوُهَا

الشرح

(فصل) هذا الفصل عقده للبيع وذكره بعد فصل الشراء لأن الإزالة تستدعي سابقة الإثبات .

قوله : وذلك مثل قرابة الولاد

كأبيه وحده وأمه وولده ، وإن سفل قوله : وعبيده (أي ومكاتبه ومُدبره وأُم ولده .

قوله : وقالوا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة

وتخصيص قولهم بمثل القيمة إشارة إلى أنه لا يجوز بالغبن اليسير وإلا لم يكن للتخصيص بمثل القيمة فائدة لكن ذكر في الذخيرة أنه يجوز بالغبن اليسير لأن اليسير ملحق بالقيمة وسيأتي هنا عن النهاية مثل ذلك .

قوله لأن المملك متبائنة

ألا ترى أن اللابن أن يطأ جارية نفسه فلو لم يكن المملك متبائنا لم يكن له ذلك لأن وطء الجارية المشتركة لا يجوز ولا يجوز له أن يطأ جارية أبيه فلما تبأين المملك بين الوكيل وبين هؤلاء كان عقده معهم بيعا وشراء كالعقد مع الأجنبي .
ولهذا لم يحصل للوكيل شيء من المبيع أصلا فكان العقد صحيحا بخلاف ما إذا باع من عبده الذي لا دين عليه لأنه وما في يده ملك موله والبيع منه كالبيع من نفسه فلو باع الوكيل من نفسه لا يجوز فكذا إذا باع من عبده وكذلك إذا باع من مكاتبه لأن الرق باق في المكاتب فصار كالعبد القن وبخلاف ما إذا باع من عبده الصغير لأنه يبيع من نفسه والوكيل لا يملك ذلك .

أثقاني وكتب على قوله في هذه الحاشية ما نصه قوله بخلاف ما إذا باع من عبده الذي لا دين عليه وقيدته في المبسوط من عبده الذي لا دين عليه كما هنا لأن كسبه ملك

مَوْلَاهُ فَبَيْعُهُ مِنْهُ كَبَيْعِهِ مِنْ نَفْسِهِ فَكَانَ فِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَجُوزُ .

قوله : بخلاف عبده ومكاتبه لأن ملكه له وله في مال مكاتبه حق

قَالَ الْإِمَامُ الْإِسْبَاحِيُّ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَلَا يَجُوزُ شِرَاءُ الْوَكِيلِ لِنَفْسِهِ وَلَا يَبْعُهُ مِنْهَا ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَمَرَهُ الْمُوَكَّلُ أَنْ يَبْعَهُ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ يَشْتَرِي مِنْ نَفْسِهِ لَمْ يَجْزْ أَيْضًا وَكَذَلِكَ إِذَا بَاعَهُ الْوَكِيلُ مِنْ ابْنِ لَهُ صَغِيرٍ لَمْ يَجْزْ كَأَنَّهُ بَاعَ مِنْ نَفْسِهِ وَلَوْ بَاعَ مِنْ نَفْسِهِ لَمْ يَجْزْ وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَهُ مِنْ عَبْدِهِ أَوْ مُكَاتَبِهِ لَمْ يَجْزْ بِالْإِجْمَاعِ ، وَإِنْ بَاعَهُ مِنْ أَبِيهِ ، وَإِنْ عَلَا أَوْ بَاعَهُ مِنْ أَوْلَادِهِ ، وَإِنْ سَفَلُوا أَوْ بَاعَهُ مِنْ زَوْجَتِهِ أَوْ الزَّوْجَةِ إِذَا بَاعَتْهُ مِنْ زَوْجِهَا أَوْ بَاعَهُ مِمَّنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ لَهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ وَلَوْ أَمَرَ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ مِنْ هَؤُلَاءِ وَأَجَازَ لَهُ مَا صَنَعَ فَبَيْعُهُ مِنْ هَؤُلَاءِ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ إِلَّا أَنْ يَبْعَهُ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ أَوْ مِنْ عَبْدِهِ وَلَا دَيْنَ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ وَكَذَلِكَ حُكْمُ الْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ إِذَا اشْتَرَى مِنْ هَؤُلَاءِ .
إِلَى هُنَا لَفْظُ شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ .

أَثَقَانِي .

(فَرَعٌ) ثُمَّ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَبْعَ مِنْ نَفْسِهِ عِنْدَنَا وَالشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ فِي ظَاهِرِ مَذْهَبِهِ وَعَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةٍ يَجُوزُ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَالْأَوْزَاعِيُّ إِذَا لَمْ يَجِبْ لِعَدَمِ التُّهْمَةِ وَقُلْنَا لَوْ جَازَ يُؤَدِّي إِلَى التَّضَادِّ فِي الْأَحْكَامِ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ مُسْتَرِيدًا وَمُسْتَنْقِصًا أَيْضًا وَمُخَاصِمًا فِي الْغَيْبِ وَمُخَاصِمًا فِيهِ مِنَ التَّضَادِّ مَا لَا يَخْفَى وَلَوْ قَالَ لَهُ بَعِ مِنْ نَفْسِكَ أَوْ اشْتَرِ مِنْ نَفْسِكَ لَمْ يَجْزْ أَيْضًا كَذَا فِي شَرْحِ الْكَافِي مِنْ خَطِّ قَارِي

الْهِدَايَةِ

قوله : وتبائن المملوك إلخ

أَيُّ قَدَرِ ذَلِكَ التَّبَايُنِ لَمَّا لَمْ يُؤْتَرَفْ فِي قَبُولِ الشَّهَادَةِ عَلِمْنَا أَنَّ ذَلِكَ الْقَدَرُ وَجُودُهُ كَعَدَمِهِ كَأَكْبَرِ

قوله فجوزوا

أَيُّ فَجُوزَ بَعْضُهُمْ لِلْوَكِيلِ وَالْمُضَارِبِ الْبَيْعَ مِنْ هَؤُلَاءِ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ فَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى الْفَرْقِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَصِحُّ بَيْعُهُ بِمَا قَلَّ وَكَثُرَ بِالْعَرَضِ وَالنَّسِيئَةِ) يَعْنِي الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ إِنْ خُذِيَ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِنُقْصَانٍ لَا يَتَغَايِنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ وَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِالْأَرْهَامِ حَالَةً أَوْ إِلَى أَجْلِ مُتَعَارَفٍ ؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ الْوَكَالَةِ يَتَفَقَّدُ بِالتَّعَارُفِ وَالتَّصَرُّفَاتِ لِدَفْعِ الْحَاجَاتِ فَيَتَفَقَّدُ التَّوَكِيلُ بِهَا بِمَوَاقِعِهَا ، وَالتَّعَارُفُ الْبَيْعُ بَيْنَ الْمِثْلِ وَبِالتَّقْوَدِ حَالَةً أَوْ مُؤَجَّلَةً بِأَجْلِ مُتَعَارَفٍ بَيْنَ النَّاسِ ، وَيَبْعُ مَا يُسَاوِي أَلْفًا بِعَشْرَةٍ إِلَى مِائَةِ سَنَةٍ غَيْرَ مُتَعَارَفٍ فَيَتَفَقَّدُ بِالْمُعْتَادِ وَلِهَذَا

يَتَقَيَّدُ التَّوَكِيلُ بِشِرَاءِ الْأَصْحَبَةِ وَالْفَحْمِ وَالْحَمْدِ بِأَيَّامِ الْحَاجَةِ مِنْ تِلْكَ السَّنَةِ وَلِأَنَّ الْبَيْعَ بَعْنِ فَاحِشٍ بَيْعٌ مِنْ وَجْهِ هَبَةٍ مِنْ وَجْهِ وَلِهَذَا لَوْ صَدَرَ مِنَ الْمَرِيضِ أُعْتَبِرَ مِنَ الثُّلُثِ وَلَا يَمْلِكُهُ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ فَصَارَ كَالْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ وَالْبَيْعِ بِالْعَرَضِ شِرَاءٌ مِنْ وَجْهِ وَلَمْ يُوَكَّلْهُ بِهِ وَلَا بِالْهَبَةِ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْأَمْرِ بِالْبَيْعِ وَالْأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ التَّوَكِيلَ بِالْبَيْعِ مُطْلَقٌ فَيَجْرِي عَلَى إِطْلَاقِهِ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ التُّهْمَةِ وَهَذَا لِأَنَّ الْبَيْعَ هُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِنَقْدٍ أَوْ بِقِيَمَةٍ وَالْبَيْعُ بِالْعَبْنِ الْفَاحِشِ أَوْ بِالْعَرَضِ أَوْ بِالنَّسِيبَةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي لَفْظِهِ مَا يَنْفِي ذَلِكَ كَقَوْلِهِ : بَعُهُ وَأَقْضِ بِهِ دَيْنِي أَوْ لِلتَّفَقُّةِ وَنَحْوِ ذَلِكَ مُتَعَارَفٌ عِنْدَ شِدَّةِ الْحَاجَةِ إِلَى الثَّمَنِ وَالتَّضَجُّرِ مِنَ الْعَرَضِ فَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ أَنْ يَكُونَ يَبِيعًا فِي الْعَرَفِ وَلَا فِي الْحَقِيقَةِ وَلِهَذَا لَوْ حَلَفَ أَنْ يَبِيعَ يَحْتُثُّ بِهِ وَيَسْتَحِقُّ الْكُلَّ بِالشُّفْعَةِ

وَالْيَمِينُ تَنْصَرِفُ إِلَى الْمُتَعَارَفِ كَالْوَكَالَةِ وَلَا شُفْعَةَ فِي الْهَبَةِ ، وَإِنَّمَا لَا يَمْلِكُهُ الْأَبُ وَلَا الْوَصِيُّ ؛ لِأَنَّ وَلَايَتَهُمَا مُقَيَّدَةٌ بِشَرْطِ النَّظَرِ وَلَا نَظَرَ فِي الْعَبْنِ الْفَاحِشِ وَحَقُّ الْوَرْتَةِ تَعَلَّقَ بِالْمَالِيَّةِ فِي مَرَضِهِ فَلَا يَكُونُ لَهُ إِطْلَاقُهُ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ وَالْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ مُتَّهَمٌ لِحْتِمَالِ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ وَلَكَمَا رَأَى الصَّفَقَةَ خَاسِرَةً نَسَبَهَا إِلَيْهِ وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ فَلَا يَتَّهَمُ وَالْمَسَائِلُ الْمُسْتَشْهَدُ بِهَا مَمْنُوعَةٌ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالْمَقَايِضَةُ بَيْعٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ شِرَاءٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَبِيعُ مَالَهُ وَيَشْتَرِي مَالَ الْآخَرِ وَلَا تُهْمَةُ فِيهِ لِعَدَمِ احْتِمَالِ الشَّرَاءِ لِنَفْسِهِ فَيَجُوزُ بِالْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بَعْنِهِ حَيْثُ لَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِلْمُوَكَّلِ بِالْعَبْنِ الْفَاحِشِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَمْلِكُ شِرَاءَهُ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ بِالْمُخَالَفَةِ فِيهِ يَكُونُ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ فَكَانَتِ التُّهْمَةُ فِيهِ بَاقِيَةً وَالْوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ إِذَا زَوَّجَهُ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرٍ مِثْلَهَا جَازَ لِعَدَمِ التُّهْمَةِ

الشرح

قوله : وَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِالْدَّرَاهِمِ

أَيُّ أَوْ الدَّنَانِيرِ وَقَالَ فِي الْأَسْرَارِ رَوَى الْحَسَنُ رَوَايَةً عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِلَّا بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ وَتُقْصَانِ بَتَغَابِنِ النَّاسِ فِي مِثْلِهِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ كَقَوْلِهِمَا كَذَا فِي الْمُخْتَلَفِ وَشَرَحَ الْأَقْطَعَ .

أَنْقَانِي (فَرْعٌ) لَوْ وَكَّلَ رَجُلًا بِعَتَقِ عَبْدِهِ غَدًا أَوْ بَيْعِهِ غَدًا فَعَتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ بَعْدَ غَدٍ حَازَ خِلَافًا لِرُفْرَ ذَكَرَهُ الْكِرْمَانِيُّ فِي مَنَاسِكِهِ وَقَدْ نَقَلْتُ عِبَارَتَهُ فُيْبِلَ بَابِ الْهَدْيِ فَارْجِعْ إِلَيْهِ .

قوله : لِأَنَّ مُطْلَقَ الْوَكَالَةِ يَتَقَيَّدُ بِالْمُتَعَارَفِ

قَالَ فِي التَّتِمَّةِ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ الْمُطْلَقِ إِذَا بَاعَ بِشَيْءٍ مُوَجَّلٍ قِيلَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَجُوزُ ، وَإِنْ طَالَتِ الْمُدَّةُ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ بِأَجَلٍ مُتَعَارَفٍ فِي تِلْكَ السَّلْعَةِ وَبِالزَّيَادَةِ عَلَى ذَلِكَ فَلَا وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ إِنَّ وَكْلَهُ بِالْبَيْعِ عَلَى وَجْهِ التَّجَارَةِ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ بِالنَّسِيبَةِ ، وَإِنْ وَكَّلَهُ بِالْبَيْعِ لِحَاجَتِهِ إِلَى التَّفَقُّةِ أَوْ قَضَاءِ الدَّيْنِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ بِالنَّسِيبَةِ وَنَقَلَهُ عَنْ بَابِ الْوَكَالَةِ بِالسَّلَمِ لِلصَّدْرِ الشَّهِيدِ ثُمَّ قَالَ فِي

التَّيَمُّ وَذَكَرَ فِي الْبَابِ الثَّانِي مِنْ شَرْحِ يُبُوعِ الْكَافِي أَنَّ الْوَكِيلَ بِمُطْلَقِ الْبَيْعِ يَمْلِكُ الْبَيْعَ بِالنَّسِيئَةِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ ثُمَّ قِيلَ يَجُوزُ الْبَيْعُ بِالنَّسِيئَةِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ طَالَتِ الْمُدَّةُ أَوْ قَصُرَتْ وَعِنْدَهُمَا لَا يَجُوزُ إِلَّا بِأَجَلٍ مُتَعَارَفٍ فِي تِلْكَ السَّلْعَةِ وَهُوَ الْمَأْخُوذُ .

أَثَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قَوْلُهُ : مُتَعَارَفٌ عِنْدَ شِدَّةِ الْحَاجَةِ

وَإِطْلَاقُ لَفْظِ الْمُوَكَّلِ وَإِقْدَامُ الْوَكِيلِ عَلَى ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ تَهْمَةٍ دَلِيلٌ عَلَى وَفُوعِ الْحَاجَةِ .

غَايَةٌ وَكَتَبَ أَيْضًا عَلَى قَوْلِهِ مُتَعَارَفٌ مَا نَصَّهُ فَالْعُرْفُ

مُشْتَرَكٌ .

كَافِيٌّ وَكَتَبَ أَيْضًا : فَإِنَّ النَّاسَ يَقُولُونَ هَذَا بَيْعٌ رَابِعٌ وَذَلِكَ بَيْعٌ خَاسِرٌ وَذَلِكَ بَيْعٌ عَدْلٌ فَلَوْلَا أَنَّ الْبَيْعَ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ يَكُونُ بَيْعًا لَمْ يَصِحَّ إِطْلَاقُ الْبَيْعِ عَلَيْهِ .

غَايَةٌ .

قَوْلُهُ : وَيَسْتَحِقُّ الْكُلَّ بِالشُّفْعَةِ

قَالَ فِي الْكَافِي وَالْبَيْعُ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ يَبْعُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَمَا مِنْ جُزْءٍ مِنَ الْمَبِيعِ إِلَّا وَيُقَابِلُهُ جُزْءٌ مِنَ الثَّمَنِ وَلِهَذَا يَسْتَحِقُّ الْكُلَّ بِالشُّفْعَةِ .

قَوْلُهُ : وَالْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ الْخ

قَالَ الْأَثَقَانِي وَأَمَّا الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ إِذَا لَمْ يَجْزُ لَهُ الشَّرَاءُ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لِلتَّهْمَةِ لِأَنَّهُ مِنَ الْجَائِزِ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ ثُمَّ لَمَّا رَأَى فِيهِ الْخُسْرَانَ أَلْحَقَهُ بِالْأَمْرِ حَتَّى لَوْ انْتَفَتِ التَّهْمَةُ بِأَنْ كَانَ وَكِيلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ جَازَ شِرَاؤُهُ عَلَى الْأَمْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا لِعَدَمِ التَّهْمَةِ فَقَوْلُهُ حَتَّى لَوْ انْتَفَتِ التَّهْمَةُ إِخْ مُخَالِفٌ لِقَوْلِ الشَّارِحِ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ .

قوله ولما رأى الصفة خاسرة نسبها إليه

نَقَلَ فِي التَّمَةِ وَالْفَتَاوَى الصُّعْرَى عَنْ بَابِ الْوَكَالَةِ بِالسَّلَامِ أَنَّ تَقْيِيدَ التَّوَكِيلِ بِشِرَاءِ الْأُضْحِيَّةِ وَالْحَمْدِ وَالْفَحْمِ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يُعْتَبَرُ الْإِطْلَاقُ يُعْنِي لَا يَتَقَيَّدُ بِزَمَانِ الْأُضْحِيَّةِ وَالصَّيْفِ وَالشَّتَاءِ وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ وَالْمَسَائِلُ مَمْنُوعَةٌ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَكِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ التَّوَكِيلَ يَتَقَيَّدُ فَتَقُولُ إِنَّمَا يُقَيَّدُ بِدَلَالَةِ الْغَرَضِ لَا بِدَلَالَةِ الْعَادَةِ لِأَنَّ الْغَرَضَ مِنْ شِرَاءِ الْفَحْمِ دَفْعُ ضَرَرِ الْبَرْدِ وَذَلِكَ يَخْتَصُّ بِالشَّتَاءِ ، وَالْغَرَضُ مِنْ شِرَاءِ الْحَمْدِ دَفْعُ ضَرَرِ الْحَرِّ وَذَلِكَ يَخْتَصُّ بِالصَّيْفِ حَتَّى لَوْ انْعَدَمَتْ هَذِهِ الدَّلَالَةُ بِأَنَّ

وُجِدَ التَّوَكِيلُ مِمَّنْ يَتَعَادُ تَرْبُصَ الْفَحْمِ كَالْحَدَّادِينَ وَغَيْرِهِمْ أَوْ تَرْبُصَ الْحَمْدِ كَالْفَقَّاعِينَ وَغَيْرِهِمْ لَا يَتَقَيَّدُ كَذَا قَالَ الْإِمَامُ عَلَاءُ الدِّينِ الْعَالِمُ فِي طَرِيقَةِ الْخِلَافِ وَكَذَلِكَ الْأُضْحِيَّةُ تُقَيَّدُ بِأَيَّامِ النَّحْرِ بِالْغَرَضِ لَا بِالْعَادَةِ لِأَنَّ غَرَضَ الْمُوَكَّلِ خُرُوجُهُ مِنْ عَهْدَةِ الْوُجُوبِ الَّذِي يَلْحَقُهُ فِي أَيَّامِ تِلْكَ السَّنَةِ .

غَايَةٌ .

قوله والمسائل

أَرَادَ بِهَا مَسَائِلَ شِرَاءِ الْفَحْمِ وَالْحَمْدِ وَالْأُضْحِيَّةِ

قوله : والمقايضة بيع من كل وجه شراء من كل وجه إلخ

لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْعُوضَيْنِ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مَبِيعًا وَتَمَنًا وَيَفْتَرِقُ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْآخِرِ بِدُخُولِ حَرْفِ الْبَاءِ الَّتِي تَصَحَّبُ الْأَمَانُ فَعَلَى أَيَّهِمَا دَخَلَ الْبَاءُ يُجْعَلُ ذَلِكَ تَمَنًا وَالْآخَرُ مَبِيعًا ، فَإِذَا كَانَ بَيْعُ الْمُقَايَظَةِ بَيْعًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ تَنَاوَلَهُ مُطْلَقُ التَّوَكِيلِ بِالْبَيْعِ .

غَايَةٌ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَقَيَّدَ شِرَاؤُهُ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ وَزِيَادَةِ يَتَعَايَنُ النَّاسُ فِيهَا وَهُوَ مَا يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ) أَيُّ تَقَيَّدَ شِرَاءِ الْوَكِيلِ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ حَتَّى لَا يَجُوزَ شِرَاؤُهُ بِالْعَبْنِ الْفَاحِشِ وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَدْ ذَكَرْنَاهُ وَفَرَّقَ آخَرُ أَنَّ أَمْرَهُ بِالْبَيْعِ يُلَاقِي مَلِكَ نَفْسِهِ وَفِي الشِّرَاءِ مَلِكٌ غَيْرُهُ وَلَهُ فِي مَلِكِ نَفْسِهِ وَلَايَةٌ مُطْلَقَةٌ فَاعْتَبِرَ إِطْلَاقَهُ وَلَيْسَ لَهُ وَلَايَةٌ فِي مَلِكِ غَيْرِهِ فَلَمْ يُعْتَبَرِ فَحَمَلْنَاهُ عَلَى أَخْصِّ الْخُصُوصِ وَهُوَ الشِّرَاءُ بِالتَّقَدُّ وَبِمِثْلِ الْقِيَمَةِ فَيَتَقَيَّدُ بِهَا وَلِأَنَّ اعْتِبَارَ الْإِطْلَاقِ فِي الشِّرَاءِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ فَوَجَبَ حَمْلُهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُحْمَلْ عَلَيْهِ لَاشْتَرَاهُ بِجَمِيعِ مَا يَمْلِكُهُ الْمُوَكَّلُ وَبِزِيَادَةِ فَيَلْحَقُهُ بِذَلِكَ ضَرَرٌ عَظِيمٌ ، وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ لَا يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ فَأَمَّا كُنْ اعْتِبَارُ إِطْلَاقِ الْأَمْرِ فِيهِ فَافْتَرَقَا وَكَذَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ غَيْرِ التَّقْدِيرِ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ ؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ بِالشِّرَاءِ يَتَقَيَّدُ بِالْمُتَعَارَفِ وَهُوَ الشِّرَاءُ بِالتَّقْدِيرِ وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَهُ ذَلِكَ حَتَّى لَوْ اشْتَرَاهُ بِهِ يَنْفَعُ عَلَى الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّهُ شِرَاءٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ إِذَا الْمَوْصُوفُ مِنْهُ تَمَنٌ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مُعَيَّنًا ثُمَّ قَدَّرَ الْعَبْنُ الْيَسِيرَ هُنَا بِمَا يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ وَمَا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ فَاحِشٌ ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ تُعْرَفُ بِالْحَزَرِ وَالظَّنِّ بَعْدَ الْجَهْدِ فَيُعْذَرُ فِيمَا يَشْتَبِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يَسِيرٌ لَا يُمَكِّنُ الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ وَلَا يُعْذَرُ فِيمَا لَا يَشْتَبِيهِ لِفُحْشِهِ وَلِإِمَّاكَانِ الْإِحْتِرَازِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقَعُ فِي مِثْلِهِ عَادَةٌ إِلَّا عَمْدًا وَقِيلَ حَدُّ الْفَاحِشِ فِي الْعُرُوضِ نِصْفُ عَشْرِ الْقِيَمَةِ وَفِي

الْحَيَوَانَ عَشْرُ الْقِيَمَةِ وَفِي الْعَقَارِ خُمُسُ الْقِيَمَةِ وَفِي الدَّرَاهِمِ رُبْعُ عَشْرِ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّ الْغَبْنَ يَحْصُلُ لِقَلَّةِ الْمُمَارَسَةِ فِي التَّصَرُّفِ فَكَلَّمَا كَانَتْ الْمُمَارَسَةُ فِيهِ أَقَلَّ كَانَ الْغَبْنُ فِيهِ أَكْثَرَ فَيُعْفَى عَنِ التَّفَاوُتِ بِحَسَبِ الْمُمَارَسَةِ وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ وَفِي النِّهَايَةِ جَعَلَ هَذَا الْقَدْرَ مَعْفُوًّا وَهُوَ خِلَافُ مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ وَالْكَافِي وَقِيلَ لَا يَتَحَمَّلُ الْغَبْنَ الْيَسِيرَ أَيْضًا وَلَيْسَ بِشَيْءٍ هَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ سَعْرُهُ غَيْرَ مَعْرُوفٍ بَيْنَ النَّاسِ وَيَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ مَعْرُوفًا كَالْخَبِزِ وَاللَّحْمِ وَالْمَوْزِ وَالْجَبْنِ لَا يُعْفَى فِيهِ الْغَبْنُ ، وَإِنْ قَلَّ ، وَلَوْ كَانَ فَلَسًا وَاحِدًا

الشرح

قوله : حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش

قال في شرح الأقطع وعن أبي حنيفة رواية أخرى أنه يجوز بالقليل والكثير للعموم الأمر .

غاية

قوله وفي النهاية جعل هذا القدر معفوًا

وعليه مشى في المجمع فقال : ويجوز للوكيل بالشراء العقد بمثل القيمة وزيادة يتعابن في مثلها كنصف درهم في عشرة في العروض ودرهم في الحيوان ودرهمين في العقار قال شارحه هذا بيان للغبن اليسير .

قوله وهو خلاف ما ذكره صاحب الهداية والكافي

قال في الهداية والذي لا يتعابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يارده وفي العقار ده دوايزده لأن التصرف يكثر وجوده في الأول ويقل في الأخير ويتوسط في الأوسط وكثرة الغبن لقلّة التصرف .

قوله : وليس بشيء هذا كله إلخ

أي حواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتعابن الناس في مثلها وقوله هذا كله نقله الأئقاني عن الإمام خواهرزاده ثم قال في آخره قال في بيوع التتمة وبه يُفتي .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدٍ فَبَاعَ نِصْفَهُ صَحَّ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ مُطْلَقٌ عَنْ قَيْدِ الْجَمْعِ فَيَجُوزُ مُطْلَقًا مُجْتَمِعًا وَمُتَفَرِّقًا فَصَارَ كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَلِأَنَّهُ لَوْ بَاعَ كُلُّهُ بِهَذَا الْقَدْرِ مِنَ الثَّمَنِ جَازَ عِنْدَهُ فَيَنْصِفُهُ أَوَّلَى أَنْ يَجُوزَ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرَ الشَّرِكَةِ وَهُوَ غَيْرُ مُعْتَادٍ أَوْ هُوَ عَيْبٌ وَيُنْتَقَصُ بِهِ الْقِيَمَةُ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْأَمْرِ الْمُطْلَقِ فَلَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَبِيعَ النِّصْفَ الْآخَرَ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا ؛ لِأَنَّ بَيْعَ النِّصْفِ قَدْ يَقَعُ وَسِيلَةً إِلَى الْإِمْتِنَالِ بِأَنْ لَا يَجِدَ مَنْ يَشْتَرِيهِ جُمْلَةً فَيَحْتَاجُ إِلَى التَّفْرِيقِ فَيَتَبَيَّنُ ذَلِكَ بِبَيْعِ الْبَاقِي بَعْدَهُ بِخِلَافِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي تَبْعِيضِهِ وَلَا تَنْقُصُ قِيَمَتُهُ بِذَلِكَ . قُلْنَا : ضَرَرُ الشَّرِكَةِ أَهْوَنُ مِنْ ضَرَرِ بَيْعِ الْكُلِّ بِنِصْفِ الثَّمَنِ وَقَوْلُهُمَا اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشرح

قوله في الثمن ولو وكَّله ببيع عبد فباع نصفه

أي أو جزءاً معلوماً .

غاية

قوله فيجوز مجتمعا ومتفرقا

سواء باع الباقي منه أو لم يبيع .

غاية

قوله : ولأنه لو باع كله بهذا القدر من الثمن جاز عنده

أي عند أبي حنيفة لما تقدم في قوله ويصح بيعه بما قل وكثر .

قوله : فلما يجوز إلّا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما

أي فهما جعلاه كالشراء وهو فرق بينهما .

غاية وكتب أيضاً عليه ما نصه فحينئذ يجوز أيضاً عندهما استحساناً .

غاية

قَوْلُهُ وَقَوْلُهُمَا اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ مَا قَالَهُ الْإِمَامُ الْخ

قَالَ الْأَنْقَايُ وَأَصْلُ ذَلِكَ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ يُعْتَبِرُ الْعُمُومَ وَالْإِطْلَاقَ فِي التَّوَكُّلِ بِالْبَيْعِ ، وَأَمَّا فِي التَّوَكُّلِ بِالشِّرَاءِ فَيُعْتَبِرُ الْمُتَعَارَفَ الَّذِي لَا ضَرَرَ فِيهِ وَلَا تُهْمَةٌ وَعِنْدَهُمَا كِلَاهُمَا سَوَاءٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَفِي الشِّرَاءِ يَتَوَقَّفُ مَا لَمْ يَشْتَرِ الْبَاقِي) أَيِ فِي التَّوَكُّلِ بِشِرَاءِ الْعَبْدِ إِذَا اشْتَرَى نَصْفَهُ يَتَوَقَّفُ شِرَاؤُهُ ، فَإِنْ اشْتَرَى بَاقِيَهُ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمًا لَزِمَ الْمُوَكَّلُ وَإِلَّا لَزِمَ التَّوَكُّلُ وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ شِرَاءَ الْبَعْضِ قَدْ يَقَعُ وَسِيلَةً إِلَى الْإِمْسَاكِ بِأَنَّ كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ جَمَاعَةٍ فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى شِرَاءِ كُلِّهِ دَفْعَةً وَاحِدَةً فَيَحْتَاجُ إِلَى شِرَائِهِ شَقْصًا فَشَقْصًا حَتَّى يَشْتَرِيَ الْكُلَّ ، فَإِذَا اشْتَرَى الْكُلَّ قَبْلَ رَدِّ الْأَمْرِ الشِّرَاءُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَسِيلَةٌ فَيَنْفُذُ عَلَى الْأَمْرِ ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِ حَتَّى رَدَّ الشِّرَاءُ نَفَذَ عَلَى الْمَأْمُورِ بِخِلَافِ التَّوَكُّلِ بِبَيْعِ الْعَبْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَالْفَرْقُ لَهُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الشِّرَاءَ يَنْحَقُّ فِيهِ التُّهْمَةُ دُونَ الْبَيْعِ عَلَى مَا مَرَّ بَيَانُهُ وَلِأَنَّ الْأَمَرَ بِالْبَيْعِ يُصَادَفُ مِلْكُهُ فَيَصِحُّ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ إِطْلَاقُهُ وَالْأَمْرُ بِالشِّرَاءِ صَادَفَ مِلْكَ الْغَيْرِ فَلَمْ يَصِحَّ فَلَمْ يُعْتَبَرُ فِيهِ الْإِطْلَاقُ وَالتَّشْيِيدُ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى شِرَاءِ الْبَاقِي وَلَا يُقَالُ : إِنَّ الشِّرَاءَ لَا يَتَوَقَّفُ بَلْ يَنْفُذُ عَلَى الْمُشْتَرِي فَيَكْفِيهِ يُمَكِّنُ الْقَوْلَ بِالتَّوَقُّفِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ إِنَّمَا لَا يَتَوَقَّفُ إِذَا وَجَدَ نَفَادًا عَلَى الْعَاقِدِ ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَجِدْ فَيَتَوَقَّفُ كَشِرَاءِ الْعَبْدِ وَالصَّبِيِّ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِمَا لِغَيْرِهِمَا بغيرِ أَمْرِهِ ، فَإِنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَارَةِ مَنْ اشْتَرَى لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِدْ نَفَادًا عَلَى الْمُشْتَرِي فَكَذَا هُنَا شِرَاءُ التَّصَنَّفِ لَا يَنْفُذُ عَلَى التَّوَكُّلِ لِعَدَمِ النِّفَادِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَنْفُذُ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ مُخَالَفًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَلَا عَلَى الْأَمْرِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوَافِقْ أَمْرَهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَقُلْنَا بِالتَّوَقُّفِ .

فَإِنْ اشْتَرَى بَاقِيَهُ لَزِمَ الْأَمْرُ وَإِلَّا لَزِمَ الْمَأْمُورُ وَلَا فَرْقَ فِيهِ

بَيْنَ التَّوَكُّلِ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بَعِيْنِهِ أَوْ بغيرِ عَيْنِهِ فَلَوْ اعْتَقَهُ الْأَمْرُ فِي زَمَنِ التَّوَقُّفِ نَفَذَ عِتْقَهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَا يَنْفُذُ عِتْقُ الْمَأْمُورِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ بِالْعَكْسِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ خَالَفَ فِيمَا أَمَرَهُ بِهِ ، وَإِنَّمَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْخِلَافَ يَتَوَهَّمُ رَفْعُهُ بِأَنَّ يَشْتَرِي الْبَاقِيَّ فَيَرْتَفِعُ الْخِلَافُ فَقَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَ بَقِيَّ مُخَالَفًا ، فَإِذَا اعْتَقَهُ الْأَمْرُ لَمْ يَنْفُذْ وَأَبُو يُوسُفَ يَقُولُ : إِنَّ الْعَقْدَ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَارَةِ الْمُوَكَّلِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَجَارَ صَرِيحًا نَفَذَ عَلَيْهِ ، وَالْإِعْتَاقُ إِجَارَةٌ مِنْهُ فَيَنْفُذُ عَلَيْهِ وَلَا يَنْفُذُ إِعْتَاقُ التَّوَكُّلِ ؛ لِأَنَّ الْوَكَالَةَ تَنَاقَلَتْ مَحَلًّا بَعِيْنِهِ فَلَمْ يَمْلِكِ التَّوَكُّلُ شِرَاءَهُ لِنَفْسِهِ وَلَمْ يَتَوَقَّفْ عَلَى إِجَارَتِهِ فَلَا يَنْفُذُ إِعْتَاقُهُ هَكَذَا ذَكَرَهُ فِي النَّهَايَةِ مَعْرِيًّا إِلَى الْإِيضَاحِ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الثَّمَنِ وَفِي الشِّرَاءِ يَتَوَقَّفُ

قَالَ الْأَنْقَايُ يَعْنِي بِاللِّتَفَاقِ .

قوله : وهذا بالإجماع

قَالَ الْعَيْنِيُّ قُلْتُ فِيهِ خِلَافَ زُفَرٍ وَالثَّلَاثَةِ ، فَإِنَّ عِنْدَهُمْ لَا يَنْفُذُ الْبَيْعُ إِلَّا فِي قَوْلٍ لِلشَّافِعِيِّ وَرَوَايَةٍ عَنْ أَحْمَدَ .

قوله : فينفذ على الأمر الخ

قَالَ الْأَنْقَايِيُّ : فَإِنْ اتَّبَعَ الْبَائِي مِنْهُ قَبْلَ الْخُصُومَةِ لَزِمَ الْأَمْرَ عِنْدَنَا وَعِنْدَ زُفَرٍ يَلْزِمُ الْوَكِيلَ دُونَ الْأَمْرِ وَلَوْ اخْتَصَمَ الْوَكِيلُ مَعَ الْمُوَكَّلِ إِلَى الْقَاضِي قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَ الْوَكِيلُ الْبَائِيَّ وَالْزِمَ الْقَاضِي الْوَكِيلَ ثُمَّ إِنَّ الْوَكِيلَ اشْتَرَى الْبَائِيَّ بَعْدَ ذَلِكَ يَلْزِمُ الْوَكِيلَ بِالْإِجْمَاعِ وَكَذَلِكَ هَذَا الْحُكْمُ فِي جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ الَّتِي فِي تَبْعِيضِهَا مَضَرَّةٌ وَيَكُونُ التَّشْقِيقُ فِيهِ عَيْنًا كَالْعَبْدِ وَالْأَمَةِ وَالْدَّائِيَّةِ وَالْثَوْبِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ لَيْسَ فِي تَبْعِيضِهِ مَضَرَّةٌ وَلَا يَكُونُ التَّبْعِيضُ فِيهِ عَيْنًا فَاشْتَرَى بَعْضَهُ لَزِمَ الْأَمْرَ نَحْوُ أَنْ يُوَكَّلَهُ بِشِرَاءِ كُرٍّ مِنْ حِنْطَةٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَاشْتَرَى نَصْفَ الْكُرِّ بِخَمْسِينَ دِرْهَمًا لَزِمَ الْأَمْرَ وَكَذَلِكَ لَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدَيْنِ فَاشْتَرَى لَهُ أَحَدَهُمَا لَزِمَ الْأَمْرَ بِالْإِجْمَاعِ وَكَذَلِكَ لَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ جَمَاعَةٍ مِنَ الْعَدَدِيِّ فَاشْتَرَى وَاحِدًا مِنْهَا لَزِمَ الْأَمْرَ قَوْلُهُ فَلَوْ اعْتَقَهُ الْأَمْرُ فِي زَمَنِ التَّوَقُّفِ نَفَذَ عَقْبُهُ (قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي كِتَابِهِ الْمُسَمَّى بِالتَّقْرِيبِ قَالَ أَبُو يُوسُفَ : إِذَا وَكَّلَ رَجُلٌ رَجُلًا أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ عَبْدًا فَاشْتَرَى نَصْفَهُ جَارَ عَقْبِ الْأَمْرِ فِيهِ وَلَمْ يَجْزُ عَقْبُ الْوَكِيلِ وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَجُوزُ عَقْبُ الْوَكِيلِ دُونَ الْمُوَكَّلِ .

أَنْقَايِيُّ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ رَدَّ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ عَلَى الْوَكِيلِ بِالْعَيْبِ بَيِّنَةٍ أَوْ نُكُولٍ رَدَّهَ عَلَى الْأَمْرِ وَكَذَا بِإِقْرَارٍ فِيمَا لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ) ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ وَالْوَكِيلُ مُضْطَرٌّ فِي التُّكُولِ لِعَدَمِ مُمَارَسَةِ الْمَبِيعِ فَلَزِمَ الْأَمْرَ وَإِقْرَارُهُ لَيْسَ بِحُجَّةٍ عَلَى الْمُوَكَّلِ ، وَإِنَّمَا يَرُدُّهُ عَلَيْهِ إِذَا رَدَّ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ بَعِيْبٍ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ يَعْلَمُ أَنَّ الْعَيْبَ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ فَلَمْ يَكُنْ قَضَاؤُهُ مُسْتَنَدًا إِلَى الْإِقْرَارِ وَلَا إِلَى الْبَيِّنَةِ وَالتُّكُولِ فَحَاصِلُهُ أَنَّ الْعَيْبَ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ لَا يَكُونَ حَادِثًا كَالسِّنِّ الرَّائِدَةِ وَالْإِصْبَعِ الرَّائِدَةِ أَوْ يَكُونَ حَادِثًا لَكِنَّهُ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ فِي مِثْلِ تِلْكَ الْمُدَّةِ أَوْ يَحْدُثُ فِي مِثْلِهَا ، فَإِنْ كَانَ غَيْرَ حَادِثٍ رَدَّهَ الْقَاضِي بِغَيْرِ حُجَّةٍ مِنْ بَيِّنَةٍ أَوْ نُكُولٍ أَوْ إِقْرَارٍ وَكَذَا إِذَا كَانَ حَادِثًا لَكِنَّهُ لَا يَحْدُثُ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْمُدَّةِ رَدَّهَ الْقَاضِي بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ وَلَا نُكُولٍ وَلَا إِقْرَارٍ لِعِلْمِهِ بِكَوْنِهِ عِنْدَ الْبَائِعِ وَتَأْوِيلِ اشْتِرَاطِ الْبَيِّنَةِ أَوْ التُّكُولِ أَوْ الْإِقْرَارِ فِي الْكِتَابِ أَنَّ الْحَالَ قَدْ يَشْتَبِهُ عَلَى الْقَاضِي بَأَنَّهُ لَا يَعْرِفُ تَارِيخَ الْبَيْعِ فَاحْتَاجَ إِلَى هَذِهِ الْحُجَّةِ لِيُظْهِرَ التَّارِيخُ أَوْ كَانَ عَيْنًا لَا يَعْرِفُهُ إِلَّا الْأَطِبَاءُ أَوْ النِّسَاءُ وَقَوْلُهُمْ حُجَّةٌ فِي تَوَجُّهِ الْخُصُومَةِ لَا فِي الرَّدِّ فَيَنْتَقِرُ إِلَيْهَا لِلرَّدِّ حَتَّى لَوْ كَانَ الْقَاضِي عَايِنَ الْبَيْعِ وَكَانَ الْعَيْبُ ظَاهِرًا لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَيْءٍ مِنْهَا ، وَإِنْ كَانَ عَيْنًا يَحْدُثُ مِثْلُهُ فَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِنْ كَانَ بَيِّنَةً أَوْ نُكُولٍ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ ، وَكَذَا التُّكُولُ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ فَيَرُدُّهُ عَلَيْهِ ثُمَّ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كُلِّهَا رَدُّ الْقَاضِي عَلَى الْوَكِيلِ يَكُونُ رَدًّا عَلَى الْمُوَكَّلِ .

وَإِنْ رَدَّ عَلَيْهِ

فِي هَذَا التَّوَجُّهِ بِإِقْرَارٍ بِقَضَاءِ الْقَاضِي لَا يَكُونُ رَدًّا عَلَى الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ فَلَا يَتَعَدَّى بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ وَلَكِنْ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ الْمُوَكَّلَ فَيَرُدُّهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةً أَوْ بُنْكَوْلِهِ ، وَإِنْ رَدَّ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ بِرِضَاهُ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّهُ إِقَالَةٌ وَهِيَ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَالْمُوَكَّلُ ثَالِثُهُمَا بِخِلَافِ مَا إِذَا رَدَّ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ بِقَضَاءٍ قَاضٍ ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ حَصَلَ بِالْقَضَاءِ فَكَانَ مُكْرَهًا

فَأَعَدَمَ التَّرَاضِي وَهُوَ شَرْطٌ فِي الْمُعَاوَضَةِ الْمَالِيَّةِ فَجُعِلَ فَسْخًا فِي حَقِّ الْكُلِّ وَلَكِنَّ الْفَسْخَ اسْتَدَّ إِلَى دَلِيلٍ قَاصِرٍ وَهُوَ الْإِقْرَارُ فَعَمِلْنَا بِهِمَا فَمِنْ حَيْثُ إِنَّ الرَّدَّ فَسَخٌ كَانَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُخَاصِمَ الْمُوَكَّلَ وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ اسْتَدَّ إِلَى دَلِيلٍ قَاصِرٍ لَزِمَ الْوَكِيلُ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ حُجَّةً عَلَى الْمُوَكَّلِ ، وَإِنْ كَانَ الْعَيْبُ غَيْرَ حَادِثٍ أَوْ كَانَ حَادِثًا إِلَّا أَنَّهُ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ فَرَدَّهُ عَلَى الْوَكِيلِ بِإِقْرَارِهِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ لَزِمَ الْوَكِيلُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ الْمُوَكَّلَ فِي عَامَّةِ رَوَايَاتِ الْمَبْسُوطِ .

وَذَكَرَ فِي الْبُيُوعِ أَنَّهُ يَكُونُ رَدًّا عَلَى الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّهُمَا فَعَلَا عَيْنَ مَا يَفْعَلُهُ الْقَاضِي لَوْ رُفِعَ إِلَيْهِ إِذْ لَا يُكَلِّفُهُ الْقَاضِي إِلَى إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَلَا إِلَى الْحَلْفِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ بَلْ يَرُدُّهُ عَلَيْهِ بَلَا حُجَّةٍ فَكَانَ الْحَقُّ مُتَعَيِّنًا فِي الرَّدِّ قُلْنَا : الرَّدُّ بِالتَّرَاضِي يَبْعُ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَالْمُوَكَّلُ ثَالِثُهُمَا وَلَا يُسَلِّمُ أَنْ الْحَقُّ مُتَعَيِّنٌ فِي الرَّدِّ بَلْ يَثْبُتُ حَقُّهُ أَوَّلًا فِي وَصْفِ السَّلَامَةِ ثُمَّ إِذَا عَجَزَ يَنْتَقِلُ إِلَى الرَّدِّ ثُمَّ إِذَا امْتَنَعَ الرَّدُّ بِحُدُوثِ الْعَيْبِ أَوْ بَرِيَادَةِ حُدُوثٍ فِيهِ يَنْتَقِلُ إِلَى الرَّجُوعِ بِالتَّقْصَانِ فَلَمْ

يَكُنْ الرَّدُّ مُتَعَيِّنًا وَهَكَذَا ذَكَرَ الرَّوَايَتَيْنِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَغَيْرِهِ وَبَيْنَ الرَّوَايَتَيْنِ تَفَاوُتٌ كَثِيرٌ ؛ لِأَنَّ فِيهِ نُزُولًا مِنَ الزُّرْمِ إِلَى أَنْ لَا يُخَاصِمَ بِالْكُلِّيَّةِ وَكَانَ الْأَقْرَبُ أَنْ يُقَالَ لَا يَلْزَمُهُ وَلَكِنَّ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ

الشرح

قوله : وتاويل اشتراط البيينة أو النكول أو الإقرار

قَالَ الْأَنْقَايُ ، وَإِنَّمَا شَرْطُ مُحَمَّدٍ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ الْبَيِّنَةُ أَوْ الْإِبَاءُ أَوْ الْإِقْرَارُ لِاشْتِبَاهِ الْأَمْرِ عَلَى الْقَاضِي بِأَنَّ الْعَيْبَ قَدِمَ أَمْ لَا أَوْ يَعْلَمُ الْقَاضِي يَقِينًا أَنَّ مِثْلَ هَذَا الْعَيْبِ لَا يَحْدُثُ فِي مُدَّةِ شَهْرٍ مِثْلًا وَلَكِنَّهُ لَا يَعْلَمُ تَارِيخَ الْبَيْعِ مَتَى كَانَ فَيَحْتَاجُ الْمُشْتَرِي إِلَى وَاحِدَةٍ مِنْ هَذِهِ الْحُجَجِ عَلَى أَنَّ تَارِيخَ الْبَيْعِ مِنْذُ شَهْرٍ حَتَّى يَظْهَرَ عِنْدَ الْقَاضِي أَنَّ هَذَا الْعَيْبَ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ فَيُرَدُّ الْمَبِيعُ عَلَيْهِ ا هـ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ بَاعَ نَسِيئَةً فَقَالَ أَمْرُكَ يَنْقُذُ وَقَالَ الْمَأْمُورُ أَطْلَقْتَ فَأَقُولُ لِلْأَمْرِ) أَيُّ الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ بَاعَ نَسِيئَةً فَقَالَ لَهُ الْمُوَكَّلُ أَمْرُكَ أَنْ تَبِيعَهُ يَنْقُذُ وَقَالَ الْوَكِيلُ أَمْرُتَنِي بِبَيْعِهِ مُطْلَقًا وَلَمْ تَقُلْ شَيْئًا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّ مَبْنَى الْوَكَاةِ عَلَى التَّقْيِيدِ حَتَّى لَا تَصِحَّ بَدُونُ بَيَانِ النَّوْعِ أَوْ الْجِنْسِ أَوْ التَّمَنِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ وَكُلْتُكَ أَنْ تَشْتَرِيَ لِي دَابَّةً لَا يَصِحُّ ، وَلَوْ قَالَ : وَكُلْتُكَ فِي مَالِي لَيْسَ لَهُ إِلَّا الْحِفْظُ ، فَإِذَا كَانَتْ مَبَاهَا عَلَى التَّقْيِيدِ وَهُوَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَةِ الْأَمْرِ كَانَ الْقَوْلُ لَهُ كَمَا إِذَا أَنْكَرَ الْأَمْرَ أَصْلًا

الشرح

قَوْلُهُ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُوَكَّلِ (لِأَنَّ الْإِذْنَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي كَيْفِيَّةِ تَحْقِيقِهِ أَنَّ الْأَمْرَ قَدْ يَقَعُ مُطْلَقًا وَقَدْ يَقَعُ مُقَيَّدًا وَلَمْ يَوْجَدْ دَلِيلٌ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُوَكَّلِ لِأَنَّهُ يَدْعِي الْخُصُوصَ وَالْأَصْلُ فِي الْوَكَاةِ الْخُصُوصُ غَايَةً

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَفِي الْمُضَارَبَةِ لِلْمُضَارِبِ) أَيُّ بَاعَ الْمُضَارِبُ نَسِيئَةً فَقَالَ رَبُّ الْمَالِ أَمْرُكَ أَنْ تَبِيعَهُ يَنْقُذُ وَقَالَ الْمُضَارِبُ أَطْلَقْتَ كَانَ الْقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْمُضَارَبَةِ الْإِطْلَاقُ وَالْعُمُومُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ الْمُعْتَادَ مِنْ شِرَاءٍ وَبَيْعٍ وَإِبْضَاعٍ وَتَوَكِيلٍ وَاسْتِجَارٍ وَإِيدَاعٍ بِذِكْرِ لَفْظَةِ الْمُضَارَبَةِ بِهِ فَقَامَتِ الدَّلَالَةُ عَلَى الْإِطْلَاقِ فَمَنْ ادَّعَاهُ فِيهَا كَانَ مُدْعِيًا لَمَّا هُوَ الْأَصْلُ فِيهَا فَكَانَ الْقَوْلُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يَشْهَدُ لَهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى رَبُّ الْمَالِ الْمُضَارَبَةَ فِي نَوْعٍ وَالْمُضَارِبُ فِي نَوْعٍ آخَرَ حَيْثُ يَكُونُ الْقَوْلُ لِرَبِّ الْمَالِ لِسُقُوطِ الْإِطْلَاقِ

بِاتِّفَاقِهِمَا فَأَشْبَهَتْ الْوَكَالَهَ الَّتِي لَيْسَتْ فِيهَا شَائِبَةُ الشَّرِكَةِ ثُمَّ مُطْلَقُ الْأَمْرِ بِالْبَيْعِ يَقْتَضِيهِ نَقْدًا وَتَسِينَةً إِلَى أَجَلٍ مُتَعَارَفٍ عِنْدَهُمَا وَإِلَى أَيِّ أَجَلٍ كَانَ عِنْدَهُ بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ حَيْثُ يَقْتَضِيهِ بِأَجَلٍ مُتَعَارَفٍ بَيْنَ التُّجَّارِ عَلَى مَا يَجِيءُ فِي مَوْضِعِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

الشرح

قوله : وقال المضارب أطلقت كان القول للمضارب

وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ وَهُوَ الْقِيَاسُ لِأَنَّ الْأَمْرَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَةِ رَبِّ الْمَالِ فَصَارَ كَمَا فِي الْوَكَالَةِ قَالَ أَبُو اللَّيْثِ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَعُلَمَاؤُنَا اسْتَحْسَنُوا فِي الْمُضَارَبَةِ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ بِنَاوُهَا عَلَى الْعُمُومِ وَقَدْ تَصَادَقَا عَلَى الْمُضَارَبَةِ ثُمَّ رَبُّ الْمَالِ ادَّعَى زِيَادَةَ شَرْطٍ وَالْمُضَارِبُ مُنْكَرٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ .

غاية

قوله : فاشبهت الوكالة التي ليست فيها شائبة الشراكة

يُحْتَرَزُ بِذَلِكَ مِنَ الْمُضَارَبَةِ لِأَنَّهَا وَكَالَةٌ وَلَكِنْ تَصِيرُ شَرِكَةً فِي الْآخِرِ إِذَا رَبِحَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ أَخَذَ الْوَكِيلُ بِالثَمَنِ رَهْنًا فَضَاعَ أَوْ كَفِيلًا فَتَوَى عَلَيْهِ لَا يَضْمَنُ) أَيُّ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ فَعَلَ ذَلِكَ لَا يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّهُ أَصِيلٌ فِي الْحُقُوقِ وَقَبْضُ الثَّمَنِ مِنْهَا وَالرَّهْنُ وَالْكَفَالَةُ وَثِيقَةٌ لِحَاثِ الْإِسْتِيفَاءِ فَيَمْلِكُهُمَا وَلِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ كَقَبْضِ الثَّمَنِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ قَائِمٌ مَقَامُهُ ثُمَّ الثَّمَنُ كَانَ أَمَانَةً فِي يَدِهِ بَعْدَ الْقَبْضِ فَكَذَا الرَّهْنُ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ يَقْبِضُ الدِّينَ حَيْثُ لَا يَمْلِكُ أَخْذَ الرَّهْنِ وَلَا الْكَفِيلُ ؛ لِأَنَّهُ يَقْبِضُ نِيَابَةً عَنِ الْأَمْرِ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الْإِبْرَاءَ وَيَمْلِكُ الْأَمْرَ مِنْهُ وَلَا كَذَلِكَ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ وَلَوْ أَنَّ أَصِيلًا فِيهِ لَكَانَ مِثْلُهُ وَفِي النَّهَايَةِ الْمُرَادُ بِالْكَفَالَةِ هُنَا الْحَوَالَةُ ؛ لِأَنَّ التَّوَى لَا يَتَحَقَّقُ فِي الْكَفَالَةِ وَقِيلَ الْكَفَالَةُ عَلَى حَقِيقَتِهَا ، فَإِنَّ التَّوَى يَتَحَقَّقُ فِيهَا بِأَنْ مَاتَ الْكَفِيلُ وَالْمَكْفُولُ عَنْهُ مُفْلِسٌ وَهَذَا كُلُّهُ لَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ هُنَا تَوَى مُضَافًا إِلَى أَخْذِهِ الْكَفِيلَ بِحَيْثُ إِنَّهُ لَوْ لَمْ يَأْخُذْ كَفِيلًا لَمْ يَتَوَ دَيْنُهُ كَمَا فِي الرَّهْنِ وَالتَّوَى الَّذِي ذَكَرَهُ هُنَا غَيْرُ مُضَافٍ إِلَى أَخْذِهِ الْكَفِيلَ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَأْخُذْ كَفِيلًا أَيْضًا لَتَوَى بِمَوْتِ مَنْ عَلَيْهِ الدِّينُ وَحَمْلُهُ عَلَى الْحَوَالَةِ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ الدِّينَ لَا يَتَوَى فِيهَا بِمَوْتِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ مُفْلِسًا بَلْ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُحِيلِ ، وَإِنَّمَا يَتَوَى بِمَوْتِهِمَا مُفْلِسَيْنِ فَصَارَ كَالْكَفَالَةِ وَالْأَوْجَهُ أَنْ يُقَالَ الْمُرَادُ بِالتَّوَى تَوَى مُضَافًا إِلَى أَخْذِهِ الْكَفِيلَ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِالْمُرَافَعَةِ إِلَى حَاكِمٍ يَرَى بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ عَنِ الدِّينِ بِالْكَفَالَةِ وَلَا يَرَى الرُّجُوعَ عَلَى الْأَصِيلِ بِمَوْتِهِ مُفْلِسًا مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي مَالِكِيًّا وَيَحْكُمُ بِهِ ثُمَّ يَمُوتُ الْكَفِيلُ مُفْلِسًا

الشرح

قوله في المتن : ولو أخذ الوكيل بالثمن رهنا إلخ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ قَالَ وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ وَأَخَذَ بِالثَّمَنِ رَهْنًا وَضَاعَ فِي يَدِهِ أَوْ أَخَذَ بِهِ كَفِيلًا فَتَوَى الْمَالَ عَلَيْهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ
قَالَ الْأُتْقَانِيُّ أَيْ قَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ فِيهِ قَالَ يَعْقُوبُ وَمُحَمَّدٌ أَمَرَ رَجُلًا رَجُلًا أَنْ يَبِيعَ لَهُ عَبْدًا فَبَاعَهُ ثُمَّ أَخَذَ بِالثَّمَنِ رَهْنًا
فَضَاعَ فِي يَدِهِ وَأَخَذَ بِهِ كَفِيلًا فَهُوَ جَائِزٌ وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي أَصْلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ فِي شَرْحِ
الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَيْسَ فِي الْمَسْأَلَةِ اخْتِلَافٌ إِلَّا أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَلَمْ يُرَوْ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءُ
النَّيِّمِ مِنْ حُقُوقِ الْعَقْدِ وَهِيَ رَاجِعَةٌ إِلَى الْوَكِيلِ وَكُتِبَ أَيْضًا مَا نَصَّهُ قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ عَلَاءُ الدِّينِ أَبُو الْحَسَنِ عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ الْإِسْبِجَانِيُّ
فِي شَرْحِهِ لِمُخْتَصَرِ الْكَافِي لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ فِي أَوَّلِ بَابِ الْكِفَالَةِ فِي الرَّهْنِ ، وَإِذَا دَفَعَ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ مَتَاعًا فَقَالَ : بَعُهُ وَأَرْتِهِنَّ لِي بِهِ
رَهْنًا فَفَعَلَ فَهُوَ جَائِزٌ لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا أَمَرَهُ بِهِ وَلَوْ فَعَلَهُ بِنَفْسِهِ جَازٌ فَكَذَا إِذَا فَعَلَهُ نَائِبُهُ .

فَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ أَقْلَ مِنَ الثَّمَنِ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ فَهُوَ جَائِزٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَمْ يَذْكُرْ قَوْلُهُمَا وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ عَلَى قَوْلِهِمَا
بِنَاءً عَلَى أَنْ أَخَذَ الرَّهْنُ يُشْبِهُ الْبَيْعَ لِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ قَبْضُ ضَمَانٍ وَيَصِيرُ مُسْتَبَدِّلًا مُسْتَوْفِيًا فِي الْعَاقِبَةِ وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ عِنْدَهُمَا لَا يَمْلِكُ الْبَيْعَ
بِالْبَيْعِ الْفَاحِشِ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَمْلِكُ وَلَوْ بَاعَهُ وَلَمْ يَرْتِهِنَّ لَمْ يَجْزِ الْبَيْعُ بِثَمَنِ مُؤَكَّدٍ بِالرَّهْنِ ، فَإِذَا بَاعَهُ بِثَمَنِ غَيْرِ

مُؤَكَّدٍ يَصِيرُ مُخَالَفًا وَلَوْ قَالَ : بَعُهُ بِثَمَنِ ثِقَةٍ فَارْتِهِنَّ رَهْنًا أَقْلَ مِنْهُ بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ فَهُوَ جَائِزٌ لِأَنَّهُ يَحْصُلُ التَّوَقُّعُ بِهِ لِأَنَّهُ مُمَاتِلٌ لِلدَّيْنِ أَوْ
مُقَارِبٌ لَهُ فَصَلَحَ وَثِيقَةً لَهُ لِأَنَّ الْوَثِيقَةَ مَا يُفْضِي إِلَى الْحَقِيقَةِ ، وَإِنْ كَانَ أَقْلَ مِنْهُ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ لَمْ يَجْزِ لِأَنَّ تَوَثُّقَ الْكَثِيرِ بِحَسِّ
الْقَلِيلِ مِمَّا لَا يُعْمَلُ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْأَمْرِ لِأَنَّ فَائِدَةَ التَّوَقُّعِ مَرْجِعُهُ إِلَيْهِ فَيَكُونُ الْوَكِيلُ بِالرَّدِّ مُبْطِلًا لَهُ فَيُضْمَنُ .

غَايَةٌ

قوله : فتوى عليه

أَيَّ عَلَى الْكَفِيلِ .

غَايَةٌ قَالَ فِي الْوَافِي أَوْ أَخَذَ بِثَمَنِ كَفِيلًا فَتَوَى الْمَالَ عَلَى الْكَفِيلِ قَوْلُهُ : الْمُرَادُ بِالتَّوَى (أَخَذَ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا مِنْ الْكَافِي فَقَدْ
قَالَ فِيهِ بَعْدَ قَوْلِهِ فَتَوَى الْمَالَ عَلَى الْكَفِيلِ بِأَنْ يَرْفَعَ الْأَمْرَ إِلَى قَاضٍ يَرَى بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ بِنَفْسِ الْكِفَالَةِ كَمَا هُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ فَيَحْكُمُ بِبَرَاءَةِ
الْأَصِيلِ فَتَوَى الْمَالَ عَلَى الْكَفِيلِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يَتَصَرَّفُ أَحَدُ الْوَكِيلَيْنِ وَحْدَهُ) ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ رَضِيَ بِرَأْيِهِمَا لَا بِرَأْيِ أَحَدِهِمَا ، وَلَوْ كَانَ الْبَدَلُ مُقَدَّرًا ؛ لِأَنَّ تَقْدِيرَهُ لَا
يَمْنَعُ اسْتِعْمَالَ الرَّأْيِ فِي الزِّيَادَةِ وَالتَّنْقِصَانِ وَفِي اخْتِيَارِ الْبَائِعِ وَالْمُسْتَشْتَرِي وَنَحْوِ ذَلِكَ وَهَذَا فِي تَصَرُّفٍ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ وَأَمَّا مَا لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ بِغَيْرِ عَوْضٍ أَوْ لَا يُمَكِّنُ الْجَمَاعَةَ فِيهِ
كَالْخُصُومَةِ جَازٍ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ دُونَ صَاحِبِهِ وَكَذَا إِذَا كَانَ تَوَكُّلُهُمَا عَلَى التَّعَاقُبِ جَازٍ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَنْفَرِدَ بِالتَّصَرُّفِ ؛ لِأَنَّهُ
رَضِيَ بِرَأْيِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْإِنْفِرَادِ وَقَدْ تَوَكَّلَهُ فَلَا يَتَغَيَّرُ ذَلِكَ بِخِلَافِ الْوَصِيِّ إِذَا أَوْصَى إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِكَلَامٍ عَلَى حِدَةٍ
حَيْثُ لَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَنْفَرِدَ بِالتَّصَرُّفِ فِي الْأَصَحِّ ؛ لِأَنَّ وَجُوبَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَوْتِ وَعِنْدَ الْمَوْتِ صَارَا وَصِيَّتَيْنِ جُمْلَةً وَاحِدَةً وَالْوَكَاةُ

حُكْمُهَا يَنْبَغُ بِنَفْسِ التَّوَكُّلِ فَإِذَا أُفِرِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْعَقْدِ اسْتَبَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالتَّصَرُّفِ وَإِذَا وَكَّلَهُمَا بِكَلَامٍ وَاحِدٍ لَا يَنْفَرِدُ بِهِ أَحَدُهُمَا ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا بِالْعَا عَاقِلًا وَالْآخَرُ عَبْدًا أَوْ صَبِيًّا مَحْجُورًا عَلَيْهِ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَلَوْ بَاعَ أَحَدُهُمَا بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ ، فَإِنْ أَجَارَهُ صَاحِبُهُ جَازَ وَإِلَّا فَلَا ، وَلَوْ كَانَ غَائِبًا فَأَجَارَهُ لَمْ يَجْزُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ ذَهَبَ عَقْلُهُ لَمْ يَجْزُ لِلْآخَرِ أَنْ يَتَصَرَّفَ وَحْدَهُ لِعَدَمِ رِضَاهُ بِرَأْيِهِ وَحْدَهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (إِلَّا فِي خُصُومَةٍ وَطَلَاقٍ وَعَتَاقٍ بِلَا بَدَلٍ وَرَدٍّ وَدِيْعَةٍ وَقَضَاءِ دَيْنٍ) ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا يُحْتَاجُ فِيهَا

إِلَى الرَّأْيِ وَالْخُصُومَةِ ، وَإِنْ كَانَ يُحْتَاجُ فِيهَا إِلَى الرَّأْيِ لَكِنَّ اجْتِمَاعَهُمَا فِي التَّكَلُّمِ فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي مُتَعَدِّرٌ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى التَّلَبُّسِ عَلَى الْقَاضِي وَإِلَى الشَّعْبِ ، وَالرَّأْيُ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ سَابِقًا عَلَى الْخُصُومَةِ وَلَا يَشْتَرُطُ حُضُورُ صَاحِبِهِ وَقَدْ خُصُومَةُ عِنْدَ عَامَّتِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِسَمَاعِهِ الْخُصُومَةُ وَهُوَ سَاكِتٌ فَائِدَةٌ ، وَطَلَاقُ الزَّوْجَةِ وَالْعَتَقُ بِلَا بَدَلٍ لَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ إِلَّا إِذَا قَالَ : طَلَّقَهَا إِنْ شِئْتُمْ أَوْ حَلَّ أَمْرَهَا بِأَيْدِيهِمَا فَحِينَئِذٍ يَكُونُ تَفْوِيضًا فَيَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ لِكُونِهِ تَمْلِيكًا أَوْ يَكُونُ تَعْلِيْقًا فَيَشْتَرُطُ فِعْلَهُمَا لَوْفُوعِ الطَّلَاقِ ؛ لِأَنَّ الْمُعْلَقَ بِشَيْئَيْنِ لَا يَنْزِلُ عِنْدَ وُجُودِ أَحَدِهِمَا وَعَلَى هَذَا لَوْ قَالَ طَلَّقَهَا جَمِيعًا لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يُطَلِّقَهَا وَحْدَهُ وَلَا يَقَعُ عَلَيْهَا طَلَاقُ أَحَدِهِمَا ، وَلَوْ قَالَ طَلَّقَهَا جَمِيعًا ثَلَاثًا فَطَلَّقَهَا أَحَدُهُمَا طَلْقَةً وَالْآخَرُ طَلْقَتَيْنِ لَا يَقَعُ وَرَدُّ الْوَدِيعَةِ لَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ فَرُدُّ أَحَدِهِمَا كَرَدِّهِمَا بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَهُمَا بِاسْتِرْدَادِهَا حَيْثُ لَا يَكُونُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَقْبِضَ بِدُونِ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ اجْتِمَاعَهُمَا فِيهِ مُمَكِّنٌ وَلِلْمُوَكَّلِ فِيهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ حِفْظَ اثْنَيْنِ خَيْرٌ مِنْ حِفْظِ وَاحِدٍ ، فَإِذَا قَبِضَهُ أَحَدُهُمَا ضَمِنَ كُلُّهُ ؛ لِأَنَّهُ قَبْضٌ بَعِيرٌ إِذَنْ الْمَالِكُ إِذَا أَمَرَهُ تَنَاوَلَهُمَا مُجْتَمِعَيْنِ لَا مُتَفَرِّقَيْنِ فَلَمْ يَكُنْ مَأْمُورًا فِي حَالَةِ الْإِنْفِرَادِ بِقَبْضِ شَيْءٍ مِنْهُ وَقَضَاءِ الدَّيْنِ مِثْلُ رَدِّ الْوَدِيعَةِ وَاقْتِضَاؤُهُ مِثْلُ اسْتِرْدَادِ الْوَدِيعَةِ

الشرح

قوله وكان توكيلهما بلفظ واحد

قَالَ فِي الْهَدَايَةِ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وَكَّلَا فِيهِ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ قَالُوا هَذَا إِذَا وَكَّلَهُمَا بِكَلَامٍ وَاحِدٍ دُفْعَةً وَاحِدَةً بَأَنْ قَالَ وَكَّلْتُكُمَا بَيْعَ عَبْدِي وَخُلْعَ امْرَأَتِي أَمَّا إِذَا وَكَّلَهُمَا بِكَلَامَيْنِ كَانَ لِكُلِّ مِنْهُمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسَلِّطٌ عَلَى الْبَيْعِ وَالْخُلْعِ بَانْفِرَادِهِ وَكَتَبَ أَيْضًا مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ الْإِمَامُ الْإِسْبِجَانِيُّ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ الْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ الْوَكِيلَيْنِ بِالْمُبَادَلَةِ إِذَا فَعَلَ أَحَدُهُمَا بِالْمُبَادَلَةِ دُونَ صَاحِبِهِ لَمْ يَجْزُ وَلَا يَنْفُذُ حَتَّى يُجِيزَهُ الْوَكِيلُ الْآخَرُ أَوْ الْمُوَكَّلُ وَلَا يَجُوزُ فِعْلُ أَحَدِهِمَا لِأَنَّ الْمُبَادَلَةَ تَتَعَلَّقُ بِالرَّأْيِ وَالْمَشُورَةِ وَقَدْ رَضِيَ بِرَأْيِهِمَا وَمَشُورَتِهِمَا وَلَمْ يَرْضَ بِرَأْيِ أَحَدِهِمَا سِوَاءَ كَانَ الثَّمَنُ مُسَمًّى أَوْ لَمْ يَكُنْ مُسَمًّى وَالْوَكِيلُ الْآخَرُ حَاضِرٌ أَوْ غَائِبٌ إِلَّا أَنْ فِي الشِّرَاءِ يَنْفُذُ عَلَيْهِ وَلَا يَتَوَقَّفُ لِلَّانَّ الشِّرَاءَ إِذَا وَجَدَ نَفَادًا عَلَى الْعَاقِدِ لَا يَتَوَقَّفُ بِخِلَافِ الْبَيْعِ ، فَإِنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَارَةِ الْمُوَكَّلِ أَوْ الْوَكِيلِ وَكَذَا الْوَكِيلَانِ بِالتَّزْوِيجِ وَالْخُلْعِ وَالْكِتَابَةِ عَلَى مَالٍ إِذَا فَعَلَهُ أَحَدُهُمَا لَا يَجُوزُ حَتَّى يُجِيزَهُ الْمُوَكَّلُ أَوْ الْوَكِيلُ الْآخَرُ وَأَمَّا الْوَكِيلَانِ بِالْعَتَقِ عَلَى غَيْرِ مَالٍ وَالْوَكِيلَانِ بِالطَّلَاقِ عَلَى غَيْرِ مَالٍ فَلِأَحَدِهِمَا أَنْ يَعْتَقَ وَيُطَلِّقَ وَكَذَا الْوَكِيلَانِ بِالْخُصُومَةِ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يُخَاصِمَ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا انْتَهَى إِلَى قَبْضِ الْمَالِ لَا يَجُوزُ قَبْضُ أَحَدِهِمَا حَتَّى يَجْتَمِعَا لِأَنَّ الْخُصُومَةَ مِمَّا لَا يَتَأَتَّى فِيهَا اثْنَانِ بِالْاجْتِمَاعِ وَالْقَبْضُ مِمَّا يَتَأَتَّى فِيهِ الْجَمَاعُ وَكَذَا لَوْ وَكَّلَ اثْنَيْنِ بِتَسْلِيمِ مَا وَهَبَ إِلَى الْمُوَهِّبِ لَهُ فَسَلَّمَ أَحَدُهُمَا

صَحَّتْ الْهَبَةُ وَكَذَا لَوْ وَكَلَّ اثْنَيْنِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ وَسَلَّمَ الْمَالُ إِلَيْهِمَا فَقَضَاهُ أَحَدُهُمَا جَازَ وَأَمَّا الْوَصِيَّانِ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا التَّصَرُّفُ إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ كَالْوَكِيلَيْنِ بِالْبَيْعِ إِلَّا فِي أَشْيَاءَ مَعْرُوفَةٍ فَذَكَرَهَا فِي الْوَصَايَا وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَايَةٌ التَّصَرُّفِ عَلَى حِدَةٍ وَلَوْ دَفَعَ مَالَهُ إِلَى اثْنَيْنِ مُضَارَبَةً فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا التَّصَرُّفُ إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ بِالتَّفَاقُ كَذَا فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ .

قوله : في المتن إنا في خصومة وطلاق إلخ

قَالَ قَاضِي خَانَ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَا يَنْفَرِدُ أَحَدُ الْوَكِيلَيْنِ إِلَّا فِي أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ : الْأَوَّلُ إِذَا وَكَّلَهُمَا بِالطَّلَاقِ وَالثَّانِي إِذَا وَكَّلَهُمَا بِالْعَتَاقِ وَالثَّالِثُ إِذَا وَكَّلَهُمَا بِرَدِّ وَدِيْعَةٍ أَوْ عَارِيَةٍ أَوْ غَضَبٍ أَوْ دَيْنٍ عَلَيْهِ لِرَجُلٍ ، وَالرَّابِعُ إِذَا وَكَّلَهُمَا بِالْخُصُومَةِ لِأَنَّ فِي الثَّلَاثَةِ لَا يُحْتَاجُ إِلَى الرَّأْيِ وَأَمَّا فِي الْخُصُومَةِ فَقَدْ ذَكَرْنَا فِيهَا الْمَعْنَى أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ

قوله : ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة

وَلَكِنَّهُمَا لَا يَقْبِضَانِ إِلَّا مَعًا وَقَالَ زُفَرٌ لَا يَصِحُّ الْإِنْفِرَادُ فِي الْخُصُومَةِ أَيْضًا لِأَنَّهُ يُحْتَاجُ فِيهَا إِلَى الرَّأْيِ وَرَأْيُ الْاِثْنَيْنِ لَا يَكُونُ كَرَأْيِ الْوَاحِدِ فَرِضَاهُ بِرَأْيِهِمَا لَا يَكُونُ رِضًا بِرَأْيِ أَحَدِهِمَا كَمَا فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَلَنَا أَنَّ الْمَعْهُودَ بَيْنَ النَّاسِ هُوَ الْإِنْفِرَادُ بِالتَّكْلِيمِ صِيَانَةً لِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ عَنْ الشَّعْبِ وَتَحْرِيًّا لِلصَّوَابِ إِذْ الْإِنْسَانُ يُتَلَي بِالْغَلْطِ عِنْدَ كَثَرَةِ اللَّغْطِ وَفِي الْجَمْعِ إِخْلَالٌ بِالِاسْتِمَاعِ وَلَكِنَّا وَكَّلَهُمَا بِالْخُصُومَةِ مَعَ عِلْمِهِ بِتَعَذُّرِ اجْتِمَاعِهِمَا صَارَ رَاضِيًا بِخُصُومَةِ أَحَدِهِمَا وَلَكِنْ عَلَى وَجْهِ لَا يُفَوِّتُ فَائِدَةً تَوْكِيلُهُمَا وَذَا بَأَنْ يَتَنَاقَبَا الْأَمْرَ بِرَأْيِهِمَا ، وَإِنَّمَا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالتَّكْلِيمِ .

كَافِي قَوْلُهُ : وَطَلَّاقُ الرُّوْحَةِ وَالْعِتْقُ الْإِلَهِ (قَالَ الْاِثْنَانِي وَذَكَرَ فِي الْجَامِعِ لَوْ قَالَ لِرَجُلَيْنِ طَلَّقَا امْرَأَتِي إِنْ شِئْتُمَا أَوْ أَرَدْتُمَا فَطَلَّقَهَا أَحَدُهُمَا لَمْ يَقَعْ لِأَنَّهُ عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِمَشِيئَتَيْهِمَا فَلَا يَنْزِلُ عِنْدَ مَشِيئَةِ أَحَدِهِمَا وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ أَمْرُ امْرَأَتِي بِأَيْدِيكُمَا فَطَلَّقَ أَحَدُهُمَا لَا يَقَعْ لِأَنَّهُ جَعَلَ الرَّأْيَ إِلَيْهِمَا لَا إِلَى أَحَدِهِمَا

قوله وعلى هذا لو قال طلقاها جميعا ليس لأحدهما أن يطلقها وحده

حَتَّى لَوْ أَنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِلَا رَأْيِ الْآخَرِ لَا يَجُوزُ اتِّفَاقًا .

ابْنُ فَرِشْتَا

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يُوَكَّلُ إِلَّا بِإِذْنٍ أَوْ بِاعْمَلٍ بِرَأْيِكَ) أَيُّ لَا يُوَكَّلُ الْوَكِيلُ فِيمَا وَكَّلَ فِيهِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْمُوَكَّلُ أَوْ يَقُولَ لَهُ : اْعْمَلْ بِرَأْيِكَ ؛ لِأَنَّهُ رِضَا بِرَأْيِهِ وَلَمْ يَرْضَ بِرَأْيِ غَيْرِهِ وَلِأَنَّ الْمُفَوَّضَ إِلَيْهِ التَّصَرُّفُ دُونَ التَّوَكِيلِ بِهِ فَلَا يَمْلِكُهُ بَدُونِ التَّفْوِضِ إِلَيْهِ بِخِلَافِ التَّوَكِيلِ فِي الْحُقُوقِ حَيْثُ يَمْلِكُهُ بَعِيرُ إِذْنِ الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّهُ أَصِيلٌ فِيهِ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُهُ الْمُوَكَّلُ وَلَا نَهْيُهُ عَنْهُ وَيَمْلِكُهُمَا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَلَا يَمْلِكُ التَّوَكِيلُ بَدُونِ رِضَاهُ ، فَإِذَا فَوَّضَ إِلَيْهِ وَوَكَّلَ كَانَ الثَّانِي وَكِيلًا عَنِ الْمُوَكَّلِ حَتَّى لَا يَكُونَ لِلأَوَّلِ أَنْ يَعْزِلَهُ وَلَا يَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ ، وَيَنْعَزِلُ

بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ وَهُوَ نَظِيرُ اسْتِخْلَافِ الْقَاضِي حَيْثُ لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِإِذْنِ الْخَلِيفَةِ ثُمَّ لَا يَنْعَزِلُ بِعَزْلِ الْقَاضِي الْأَوَّلِ وَلَا بِمَوْتِهِ وَيَنْعَزِلَانِ بِعَزْلِ الْخَلِيفَةِ لِهَمَّا لَكِنْ لَا يَنْعَزِلَانِ بِمَوْتِهِ وَالْفَرْقُ أَنَّ الْخَلِيفَةَ عَامِلٌ لِلْمُسْلِمِينَ فَلَا يَنْعَزِلُ بِهِ الْقَاضِي الَّذِي وَلَّاهُ هُوَ أَوْ وَلَّاهُ الْقَاضِي بِإِذْنِهِ وَالْمُوَكَّلُ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ فَيَنْعَزِلُ وَكَيْلُهُ بِمَوْتِهِ لِبُطْلَانِ حَقِّهِ

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ : لِأَنَّهُ رَضِيَ بِرَأْيِهِ

وَالنَّاسُ مُتَّفَاقُونَ فِي الرَّأْيِ .

غَايَةُ

قَوْلُهُ : وَيَمْلِكُهُمَا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ

أَيَّ يَمْلِكُ الْمُوَكَّلُ التَّوَكِيلَ فِيمَا وَكَّلَ فِيهِ وَيَمْلِكُ نَهْيَ الْوَكِيلِ عَنْهُ .

قَوْلُهُ : فَإِذَا فُوضَ إِلَيْهِ وَوَكَّلَ كَانَ الثَّانِي وَكِيلاً

قَالَ قَاضِي خَانَ فِي فَصْلِ التَّوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ رَجُلٌ وَكَّلَ رَجُلًا بِالْخُصُومَةِ ، وَقَالَ لَهُ مَا صَنَعْتَ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ جَائِزٌ فَوَكَّلَ الْوَكِيلُ غَيْرَهُ بِذَلِكَ جَازَ تَوَكِيلُهُ وَيَكُونُ الْوَكِيلُ الثَّانِي وَكَيْلَ الْمُوَكَّلِ الْأَوَّلِ لَا وَكَيْلَ الْوَكِيلِ حَتَّى لَوْ مَاتَ الْوَكِيلُ الْأَوَّلُ أَوْ عَزَلَ أَوْ جُنَّ أَوْ ارْتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ لَا يَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ الثَّانِي وَلَوْ مَاتَ الْمُوَكَّلُ الْأَوَّلُ أَوْ جُنَّ أَوْ ارْتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ يَنْعَزِلُ الْوَكِيلَانِ وَلَوْ عَزَلَ الْوَكِيلُ الْأَوَّلُ الْوَكِيلُ الثَّانِي جَازَ عَزْلُهُ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ رَضِيَ بِصَنِيعِ الْأَوَّلِ وَعَزَلَ الْأَوَّلُ الثَّانِي مِنْ صَنِيعِ الْأَوَّلِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (فَإِنْ وَكَّلَ بِلَا إِذْنِ الْمُوَكَّلِ فَعَقَدَ بِحَضْرَتِهِ أَوْ بَاعَ أَجْنَبِيٌّ فَأَجَازَ صَحَّ) أَيُّ إِنْ وَكَّلَ الْوَكِيلُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُوَكَّلِ فَعَقَدَ الْوَكِيلُ الثَّانِي بِحَضْرَةِ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ أَوْ عَقَدَ أَجْنَبِيٌّ فَأَجَازَهُ الْوَكِيلُ الْأَوَّلُ جَازَ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْمُوَكَّلِ حُضُورُ رَأْيِهِ ، وَقَدْ حَصَلَ بِهِ وَكَذَا لَوْ عَقَدَ الْوَكِيلُ الثَّانِي بِحَضْرَةِ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ جَازَ مِنْ غَيْرِ إِجَازَةٍ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ وَهُوَ حُضُورُ رَأْيِهِ قَدْ حَصَلَ بِنَفْسِ الْعَقْدِ بِإِذْنِهِ ، وَلَوْ قَدَّرَ الْأَوَّلُ الثَّمَنَ لِلثَّانِي جَازَ عَقْدُهُ فِي غَيْبَتِهِ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ بِاسْتِعْمَالِ رَأْيِهِ فِي تَقْدِيرِ الثَّمَنِ بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَ وَكَيْلَيْنِ وَقَدَّرَ لَهُمَا الْبَدَلَ حَيْثُ لَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ بِذَوْنِ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ تَقْدِيرَهُ لَا يَمْنَعُ اسْتِعْمَالَ الرَّأْيِ فِي تَقْصَانِهِ فِي الشِّرَاءِ وَفِي الزِّيَادَةِ فِي الْبَيْعِ وَفِي اخْتِيَارِ مَنْ يُعَامَلُ بِهِ بَلْ هُوَ مَقْصُودُهُ ظَاهِرٌ ؛ لِأَنَّ تَقْوِيضَهُ إِلَيْهِمَا مَعَ تَقْدِيرِ الْبَدَلِ دَلِيلٌ عَلَيْهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْمَأْمُورُ وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ غَرَضَهُ اسْتِعْمَالَ رَأْيِهِ فِي مُعْظَمِ الْأَمْرِ وَهُوَ تَقْدِيرُ الْبَدَلِ ، وَقَدْ حَصَلَ ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ فِي الْوَكَالَاتِ الْاسْتِرْبَاحَ عَادَةً وَهُوَ زِيَادَةُ الْبَدَلِ ،

وَقَدْ حَصَلَ بِتَقْدِيرِ الْبَدَلِ وَمَا عَدَاهُ كَالْفَضْلَةِ فَلَا يَكُونُ مَقْصُودًا بِالتَّوَكُّلِ وَاسْتَحْلَافًا فِي الْعَهْدَةِ فِيمَا إِذَا عَقَدَ الْوَكِيلُ الثَّانِي بِحَضْرَةِ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ فَذَكَرَ الْبَقَالِي فِي فَتَاوِيهِ أَنَّ الْحُقُوقَ تَتَعَلَّقُ بِالْأَوَّلِ وَكَذَا ذَكَرَ الْمُحَبُّوبِيُّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ رَضِيَ بِلزومِ الْعَهْدَةِ لِلْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي وَذَكَرَ فِي حَيْلِ الْأَصْلِ وَالْعُيُونِ أَنَّ الْحُقُوقَ تَرْجِعُ إِلَى الثَّانِي وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْعَاقِدُ وَالْعَقْدُ هُوَ السَّبَبُ لِلزُّومِ ، وَقَدْ صَدَرَ مِنْ

الْمُبَاشِرِ دُونَ غَيْرِهِ وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا عَقَدَهُ وَالْأَوَّلُ غَائِبٌ فَأَجَارَهُ أَوْ عَقَدَهُ أَجَنَّبِيٌّ فَأَجَارَ الْأَوَّلُ وَلَا مَعْنَى لِاسْتِحْرَاطِ حَضْرَتِهِ .

وَالْوَكِيلُ بِالطَّلَاقِ أَوْ الْعَتَاقِ إِذَا وَكَّلَ غَيْرَهُ فَطَلَّقَ الثَّانِي بِحَضْرَةِ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ لَا يَنْفُذُ ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ عُلِّقَهُ بِلَفْظِ الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي وَهُوَ يَتَعَلَّقُ بِالشَّرْطِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَنَحْوِهِ

الشرح

قوله في المتن : فإن وكل بلا إذن الموكل فعقد بحضرته أو باع أجنبي فأجاز صح

قَالَ الْأَنْقَانِيُّ قَالَ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي رَجُلٍ وَكَّلَ رَجُلًا بَبَيْعِ عَبْدٍ فَأَمَرَ الْوَكِيلُ رَجُلًا بَبَيْعِهِ قَالَ : إِنْ بَاعَهُ وَالْوَكِيلُ الْأَوَّلُ حَاضِرٌ جَازَ ذَلِكَ ، وَإِنْ بَاعَهُ وَهُوَ غَائِبٌ عَنْهُ لَمْ يَجْزِ وَقَالَ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رَجُلٍ وَكَّلَ رَجُلًا بَبَيْعِ عَبْدٍ فَبَاعَهُ رَجُلٌ غَيْرَ الْوَكِيلِ فَبَلَغَ الْوَكِيلُ فَسَلَّمَ الْبَيْعَ قَالَ جَائِزٌ .

إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي أَصْلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَالَ فِي شَرْحِ الطُّحَاوِيِّ وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكَّلَ غَيْرَهُ لِمَا وَكَّلَ بِهِ إِلَّا أَنْ يُطْلَقَ لَهُ الَّذِي وَكَّلَهُ أَوْ يُجِيزَ أَمْرَهُ فِيمَا وَكَّلَ بِهِ فَيَكُونُ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ بِنَاءَ الْوَكَالَةِ عَلَى الْخُصُوصِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُفَوِّضَ إِلَى غَيْرِهِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْمُوَكَّلُ بِذَلِكَ أَوْ يَقُولَ لَهُ وَقَدْ تَوَكَّلْتُ : مَا صَنَعْتُ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ جَائِزٌ فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ وَلَوْ وَكَّلَ رَجُلًا بَبَيْعِ عَبْدٍ وَلَمْ يَجْزِ لَهُ مَا صَنَعَ وَلَا أَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ فَوَكَّلَ الْوَكِيلُ غَيْرَهُ بَبَيْعِ ذَلِكَ فَبَاعَهُ الْوَكِيلُ الثَّانِي ، فَإِنَّهُ يَنْظَرُ إِنْ بَاعَهُ بِحَضْرَةِ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ جَازَ الْبَيْعَ وَصَارَ كَأَنَّ الْوَكِيلَ الْأَوَّلَ هُوَ الَّذِي بَاعَهُ .

وَلَوْ بَاعَهُ بِغَيْرِ حَضْرَةِ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ لَمْ يَجْزِ بَبَيْعِهِ حَتَّى يُجِيزَهُ الْوَكِيلُ الْأَوَّلُ أَوْ الْمُوَكَّلُ وَقَالَ زُفَرٌ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَكِيلِ الثَّانِي سِوَاءَ كَانَ بِحَضْرَةِ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ أَوْ بِغَيْرِ حَضْرَتِهِ وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى يَجُوزُ بَيْعُ الْوَكِيلِ الثَّانِي بِحَضْرَةِ الْأَوَّلِ وَبِغَيْرِ حَضْرَتِهِ ، وَأَمَّا الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ إِذَا وَكَّلَ غَيْرَهُ فَاشْتَرَى الثَّانِي فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ إِلَى هُنَا لَفْظُ شَرْحِ الطُّحَاوِيِّ

قوله : وكذا لو

عَقَدَ الْوَكِيلُ الثَّانِي إِلَى قَوْلِهِ جَازَ مِنْ غَيْرِ إِجَازَةِ الْخُ

مُقْتَضَاهُ أَنَّ قَوْلَهُ فِي الْمَتْنِ فَأَجَازَ صَحَّ رَاجِعٌ إِلَى مَسْأَلَتِي الْوَكِيلِ الثَّانِي وَالْأَجَنَّبِيَّ وَإِلَّا لَوْ كَانَ قَوْلُهُ جَازَ رَاجِعًا لِمَسْأَلَةِ الْأَجَنَّبِيِّ فَقَطْ لَمْ يَكُنْ لِقَوْلِ الشَّارِحِ وَكَذَا لَوْ عَقَدَ الْوَكِيلُ الْخُ فَائِدَةً لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ مُسْتَفَادًا مِنَ الْمَتْنِ قَالَ الْأَنْقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَنَقَلَ فِي الْفَتَاوَى الصُّغْرَى عَنْ وَكَالَةِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرُزَادَةَ أَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ أَوْ الْإِجَارَةِ إِذَا وَكَّلَ غَيْرَهُ فَبَاعَ الثَّانِي أَوْ آجَرَ وَالْأَوَّلُ حَاضِرٌ أَوْ غَائِبٌ فَأَجَازَ الْوَكِيلُ الْأَوَّلُ ذَلِكَ جَازَ فَقَدْ شَرَطَ الْإِجَازَةَ مِنَ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ لِلْجَوَازِ ، وَإِنْ حَصَلَ الْبَيْعُ أَوْ الْإِجَارَةُ مِنَ الثَّانِي بِحَضْرَةِ الْأَوَّلِ وَذَكَرَ بَعْدَ هَذَا أَنَّهُ إِذَا

بَاعَ الثَّانِي بِحَضْرَةِ الْأَوَّلِ يَجُوزُ وَلَمْ يَشْتَرِطِ الْإِجَارَةَ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ ذَكَرَ هَاتَيْنِ الرَّوَايَتَيْنِ فِي بَابِ الْوَكَاةِ بِالْقِيَامِ عَلَى الدَّارِ مِنَ الْمَبْسُوطِ لِشَيْخِ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرْزَادَةَ ثُمَّ قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرْزَادَةُ حُكِيَ عَنِ الْكَرْخِيِّ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ لَيْسَ فِي الْمَسْأَلَةِ اخْتِلَافُ الرَّوَايَتَيْنِ لَكِنْ مَا ذَكَرَ مُطْلَقًا فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا أَحَارَ الْوَكِيلُ الْأَوَّلُ ذَلِكَ وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ عَامَّةُ مَشَايخِنَا .
وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ تَوَكِيلَ الْوَكِيلِ لَمَّا لَمْ يَصِحَّ التَّحَقُّقُ بِالْعَدَمِ فَيَكُونُ الثَّانِي فُضُولًا وَعَقْدُ الْفُضُولِيِّ لَا يَتِمُّ بِمَجَرَّدِ حَضْرَةِ الْمُجِزِ مَا لَمْ يُجَزَّ وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَيْنِ فِي رِوَايَةٍ يُشْتَرِطُ فِيهِ الْإِجَارَةَ كَمَا ذَكَرْنَا وَفِي رِوَايَةٍ يَكْفِي حُضُورُ الْأَوَّلِ كَمَا ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرْزَادَةُ وَعَلَى هَذَا أَحَدِ وَكَيْلِي الْبَيْعِ أَوْ الْإِجَارَةِ إِذَا أَمَرَ صَاحِبُهُ

فَبَاعَ بِحَضْرَتِهِ أَوْ آخَرَ جَازَ فِي رِوَايَةٍ وَلَا يَجُوزُ فِي رِوَايَةٍ مَا لَمْ يُجَزَّ الْأَمْرُ الثَّانِي أَوْ الْمَالِكُ كَذَا فِي التَّتِمَّةِ وَالْفَتَاوَى الصُّغْرَى مَا قَالَهُ الْأَثَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ

قَوْلُهُ : وَلَوْ قَدَّرَ الْأَوَّلُ الثَّمَنَ لِلثَّانِي جَازَ عَقْدُهُ فِي غَيْبَتِهِ

أَيُّ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الرَّهْنِ وَفِي رِوَايَةِ كِتَابِ الْوَكَاةِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ تَقْدِيرَ الثَّمَنِ يَمْنَعُ التُّقْصَانَ وَلَا يَمْنَعُ الزِّيَادَةَ وَرَبَّمَا يَزِيدُ الْأَوَّلُ عَلَى هَذَا الثَّمَنِ لَوْ كَانَ هُوَ الْمُبَاشِرَ لِلْبَيْعِ .

كَافِي

قَوْلُهُ وَاخْتَلَفُوا فِي الْعَهْدَةِ فِيمَا إِذَا عَقَدَ الْوَكِيلُ الْبَيْعَ

قَالَ فِي فِتَاوَى قَاضِي خَانَ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ إِذَا لَمْ يَقُلْ لَهُ الْمُوَكَّلُ مَا صَنَعْتَ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ جَائِزٌ لَا يَمْلِكُ التَّوَكِيلُ ، فَإِنْ وَكَّلَ غَيْرَهُ فَبَاعَ الْوَكِيلُ الثَّانِي بِحَضْرَةِ الْأَوَّلِ جَازَ وَحُقُوقُ الْعَقْدِ تَرْجِعُ إِلَى الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ عِنْدَ الْبَعْضِ وَذَكَرَ فِي الْأَصْلِ أَنَّ الْحُقُوقَ تَرْجِعُ إِلَى الْوَكِيلِ الثَّانِي وَهُوَ الصَّحِيحُ .

قَوْلُهُ وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا عَقَدَهُ الْبَيْعَ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَلَوْ بَاعَهُ الْوَكِيلُ الثَّانِي حَالَ غَيْبَةِ الْأَوَّلِ فَلَبَّغَهُ فَأَجَازَ أَوْ بَاعَهُ أَجْنَبِيًّا فَلَبَّغَهُ فَأَجَازَ جَازَ لِأَنَّهُ حَصَلَ رَأْيُهُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِنْ زَوَّجَ عَبْدٌ أَوْ مُكَاتَبٌ أَوْ كَافِرٌ صَغِيرَتَهُ الْحُرَّةَ الْمُسْلِمَةَ أَوْ بَاعَ لَهَا أَوْ اشْتَرَى لَهَا) ؛ لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَهُؤُلَاءِ أَلَّا تَرَى أَنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ إِنْكَاحَ نَفْسِهِ فَكَيْفَ يَمْلِكُ إِنْكَاحَ غَيْرِهِ وَكَذَا الْكَافِرُ لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَى الْمُسْلِمِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا } وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى الْمُسْلِمِ وَلَا شَهَادَةُ الْعَبْدِ أَصْلًا وَالْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ وَلِأَنَّ هَذِهِ الْوَلَايَةَ نَظَرِيَّةٌ فَلَا بُدَّ مِنْ تَفْوِضِهَا إِلَى الْقَادِرِ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى النَّظَرِ ، وَالرَّقُّ يُزِيلُ الْقُدْرَةَ وَالْكَفْرُ يَقْطَعُ الشَّفَقَةَ عَلَى الْمُسْلِمِ فَلَا مَصْلَحَةَ فِي التَّفْوِضِ إِلَيْهِمَا وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْكَافِرُ ذِمِّيًّا أَوْ حَرَبِيًّا ، وَأَمَّا الْمُرْتَدُّ ، فَإِنَّ وَلَايَتَهُ عَلَى أَوْلَادِهِ وَأَمْوَالِهِمْ مَوْفُوقَةٌ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّهَا تُبْنَى عَلَى

النَّظَرِ وَالنَّظَرُ يَحْصُلُ بِاتِّفَاقِ الْمَلَّةِ ؛ لِأَنَّ اتِّحَادَهَا دَاخِلٌ إِلَى النَّظَرِ وَهُوَ مُتَرَدِّدٌ فِي الْحَالِ فَوَجَبَ التَّوَقُّفُ فِيهِ ، فَإِذَا أَسْلَمَ جُعِلَ كَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا فَيَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ وَإِذَا مَاتَ أَوْ قُتِلَ عَلَى رِذَّتِهِ تَقَرَّرَتْ جِهَةٌ انْقِطَاعِ الْوِلَايَةِ فَيُطْلُ تَصَرُّفُهُ بِخِلَافِ تَزَوُّجِهِ بِنَفْسِهِ حَيْثُ لَمْ يَجْزْ ، وَإِنْ أَسْلَمَ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حَوَازَ النِّكَاحِ يَعْتَمِدُ الْمَلَّةَ وَلَا مَلَّةَ لِلْمُرْتَدِّ فَلَا يَتَوَقَّفُ إِذَا لَا مُجِيزَ لَهُ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ شَرْطَ التَّوَقُّفِ أَنْ يَكُونَ لَهُ مُجِيزٌ فِي الْحَالِ فَصَارَ نَظِيرُ إِعْتِاقِ الصَّبِيِّ وَطَلَاقِهِ وَهَيْبَتِهِ حَيْثُ لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى الْبُلُوغِ إِذَا لَا مُجِيزَ لَهَا فِي الْحَالِ وَنِكَاحِ أَوْلَادِهِ الصَّغَارِ لَهُ مُجِيزٌ فِي الْحَالِ وَهُوَ الْوَلِيُّ أَوْ الْقَاضِي فَيَتَوَقَّفُ ، فَإِذَا أَسْلَمَ نَفَذَتْ فَصَحَّ النِّكَاحُ وَإِلَّا بَطَلَ وَبِخِلَافِ

تَصَرُّفَاتِهِ فِي مَالِهِ عِنْدَهُمَا ؛ لِأَنَّهَا تَنْبِيْ عَلَى الْمَلِكِ وَمِلْكُهُ قَائِمٌ ثَابِتٌ فِي أَمْوَالِهِ مَا دَامَ حَيًّا فَيَنْفُذُ بِمَا تَوَقَّفَ وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ وَالتَّقَاضِي لَا يَمْلِكُ الْقَبْضَ) وَهَذَا قَوْلُ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ عُلَمَاؤُنَا الثَّلَاثَةُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ يَمْلِكُ الْقَبْضَ عَيْنًا كَانَ أَوْ دَيْنًا ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ بِالشَّيْءِ وَكَيْلٌ بِإِثْمَامِهِ ، وَإِثْمَامُهُمَا يَكُونُ بِالْقَبْضِ وَمَا لَمْ يَقْبِضْ فَالْخُصُومَةُ قَائِمَةٌ ؛ لِأَنَّهُ يُتَوَهَّمُ إِنْكَارُهُ بَعْدَ ذَلِكَ وَالْمَطْلُ وَرَبِّمَا يَحْتَاجُ إِلَى الْمُرَافَعَةِ ثَانِيًا فَيَكُونُ لَهُ الْقَبْضُ قَطْعًا لِمَادَّتِهَا وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْخُصُومَةِ الْإِسْتِيفَاءُ إِذَا هِيَ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ لِدَاتِهَا وَالْوَكِيلُ بِالشَّيْءِ يَمْلِكُ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ وَمَعْنَى التَّقَاضِي الطَّلَبُ فِي الْعُرْفِ فَصَارَ بِمَعْنَى الْخُصُومَةِ وَهُوَ فِي أَصْلِ اللُّغَةِ الْقَبْضُ ؛ لِأَنَّهُ تَفَاعُلٌ مِنْ قَضَى يُقَالُ قَضَى دَيْنَهُ وَاقْتَضَيْتُ مِنْهُ دَيْنِي أَيْ أَخَذْتُ وَالْعُرْفُ أَمْلِكُ فَكَانَ أَوْلَى إِذَا الْحَقِيقَةُ مَهْجُورَةٌ فَصَارَ بِمَعْنَى الْخُصُومَةِ مَجَازًا فَيَكُونُ التَّوَكِيلُ بِهَا تَوَكِيلًا بِهَا تَوَكِيلًا بِإِثْمَامِهَا إِذَا الْمَطَالِبَةُ لَا تَنْتَهِي إِلَّا بِالْقَبْضِ وَلِزُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْخُصُومَةَ غَيْرُ الْقَبْضِ حَقِيقَةً وَهِيَ لِإِظْهَارِ الْحَقِّ وَيَخْتَارُ فِي التَّوَكِيلِ بِهَا مَنْ هُوَ أَلَدُ النَّاسِ خُصُومَةً وَأَكْثَرُهُمْ كَذِبًا وَخِيَانَةً وَأَقْلَهُمْ دِينًا وَحَيَاءً وَيَخْتَارُ فِي الْقَبْضِ مَنْ هُوَ أَوْفَى النَّاسِ أَمَانَةً وَأَكْثَرُهُمْ وَرَعًا فَمَنْ يَصْلُحُ لِلْخُصُومَةِ عَادَةً لَمْ يَرْضَ بِقَبْضِهِ فَالتَّوَكِيلُ بِخُصُومَتِهِ لَا يَدُلُّنَا عَلَى الرِّضَا بِقَبْضِهِ بَلْ يَدُلُّ عَلَى عَكْسِهِ فَلَا يَكُونُ لَهُ الْقَبْضُ وَكَذَا الْمَطَالِبَةُ غَيْرُ الْقَبْضِ فَالْوَكِيلُ بِهَا لَا يَمْلِكُ الْقَبْضَ لِمَا ذَكَرْنَا وَالْفَتْوَى الْيَوْمَ عَلَى قَوْلِ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلِهَذَا اخْتَارَهُ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللَّهُ لِتَغْيِيرِ أَحْوَالِ النَّاسِ وَكَثْرَةِ الْخِيَانَاتِ فِي الْوُكُلَاءِ وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ

بَيْنَ الدَّيْنِ وَالْعَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ فِيهِمَا

الشرح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

لَمَّا كَانَتْ الْخُصُومَةُ مَهْجُورَةً شَرْعًا لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا تَنَازَعُوا فَعَشَلُوا } حَتَّى تُرِكَتْ حَقِيقَتُهَا إِلَى مُطْلَقِ الْجَوَابِ مَجَازًا إِنْطِلَاقًا لِاسْمِ السَّبَبِ عَلَى الْمُسَبَّبِ آخَرَ ذَكَرَ الْوَكَالَاتِ بِالْخُصُومَةِ عَمَّا لَيْسَ بِمَهْجُورٍ بَلْ هُوَ مُطْلَقٌ مُجْرَى عَلَى حَقِيقَتِهِ .

أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْفَتَاوَى الصُّغْرَى لَوْ قَالَ الرَّجُلُ لآخر وَكَلِّتُكَ بِالْخُصُومَةِ فِي كُلِّ حَقٍّ قَبْلَ أَهْلِ بَلَدِهِ كَذَا فَهُوَ وَكَيْلٌ بِالْخُصُومَةِ فِي

كُلَّ حَقٍّ لَهُ قَبْلَ أَهْلِ تِلْكَ الْبَلَدَةِ يَوْمَ التَّوَكُّلِ وَمَا يَحْدُثُ اسْتِحْسَانًا وَلَوْ قَالَ وَكَثُتْ بِالْخُصُومَةِ قَبْلَ فُلَانٍ يَكُونُ وَكِيلًا بِالْخُصُومَةِ فِي كُلِّ حَقٍّ يَكُونُ مَوْجُودًا يَوْمَ التَّوَكُّلِ خُلَاصَةً الْفَتَاوَى قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ الْخ (قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَالْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ وَكِيلٌ بِالْقَبْضِ قَالَ الْأَثْقَانِيُّ هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ فِي مُخْتَصَرِهِ قَالَ قَاضِي خَانَ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ هَذَا ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ وَقَالَ فِي إِشَارَاتِ الْأَسْرَارِ الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ يَمْلِكُ قَبْضَ الدَّيْنِ عِنْدَنَا خِلَافًا لَزُفَرٍ وَقَالَ شَمْسُ الْأُيْمَةِ الْبَيْهَقِيُّ فِي كِفَايَتِهِ الْوَكِيلُ بِتَقَاضِي الدَّيْنِ لَهُ الْقَبْضُ اتِّفَاقًا قَالَ الْأَثْقَانِيُّ قَالَ فِي الْوَاقِعَاتِ فِي بَابِ الْوَكَالَةِ بِعَلَامَةِ الثُّونِ الْوَكِيلُ بِالتَّقَاضِي أَوْ بِالْخُصُومَةِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبِضَ الدَّيْنَ فِي زَمَانِنَا لِأَنَّ الْخِيَانَةَ ظَهَرَتْ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايِخِ بَلْخِ خُصُوصًا فِي الْوَكَلَاءِ عَلَى بَابِ الْقَاضِي .

قَوْلُهُ : وَالْعُرْفُ أَمْلَكُ

لِأَنَّ وَضْعَ الْأَلْفَاظِ لِحَاجَةِ النَّاسِ وَهُمْ لَا يَفْهَمُونَ الْمَعْنَى الْمَوْضُوعَ بَلْ يَفْهَمُونَ الْمَجَازَ فَصَارَ الْمَجَازُ بِمَنْزِلَةِ الْحَقِيقَةِ الْعُرْفِيَّةِ .

قَوْلُهُ : وَلَزُفَرُ أَنَّ الْخُصُومَةَ الْخ

قَالَ الْأَثْقَانِيُّ وَجْهٌ

قَوْلُهُ زُفَرُ أَنَّهُ رَضِيَ بِهِدَايَتِهِ فِي الْخُصُومَةِ لَا بِأَمَانَتِهِ فِي الْقَبْضِ إِذْ يُؤْتَمَنُ عَلَى الْخُصُومَةِ مَنْ لَا يُؤْتَمَنُ عَلَى الْقَبْضِ فَلَا يَمْلِكُ الْقَبْضَ هـ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيُقْبِضُ الدَّيْنُ بِمِلْكِ الْخُصُومَةِ) أَيِ الْوَكِيلِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ حَتَّى لَوْ أُقِيمَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ عَلَى اسْتِيفَاءِ الْمُوَكَّلِ أَوْ إِبْرَائِهِ تُقْبَلُ وَكَذَا إِذَا جَحَدَ الْعَرِيمُ فَأَقَامَ الْوَكِيلُ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ تُقْبَلُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ لَا يَكُونُ خَصْمًا وَهُوَ رَوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ غَيْرُ الْخُصُومَةِ فَلَمْ يَكُنِ الرِّضَا بِهِ رِضًا بِهَا إِذْ لَيْسَ كُلُّ مَنْ يُؤْتَمَنُ عَلَى الْمَالِ يَهْتَدِي إِلَيْهَا

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَيَقْبِضُ الدَّيْنَ يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ

قَالَ فِي خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى فِي الْأَصْلِ الْوَكِيلُ يَقْبِضُ الدَّيْنَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُوَكَّلَ غَيْرُهُ وَلَوْ وَكَّلَ رَجُلًا بِقَبْضِ كُلِّ دَيْنٍ لَهُ ثُمَّ حَدَّثَ لَهُ دَيْنٌ فَلَهُ قَبْضُهُ اسْتِحْسَانًا وَلَوْ وَكَّلَهُ بِقَبْضِ غَلَّةِ الدَّارِ يَتَنَاوَلُ الْحَادِثَ وَفِي سَرَفَةِ الْجَامِعِ الْوَكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ إِذَا وَكَّلَ مَنْ فِي عِيَالِهِ صَحَّ حَتَّى لَوْ وَكَّلَ فَقَبْضَ فَهَلَكَ فِي يَدِهِ لَا يَضْمَنُ

قوله : حَتَّى لَوْ أَقِيمَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ الْخ

قَالَ الْأَثَنَانِيُّ قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي كِتَابِهِ الْمُسَمَّى بِالتَّقْرِيبِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ الْوَكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ وَكَيلٌ بِالْخُصُومَةِ ، فَإِنْ أَقَامَ الْمَطْلُوبُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ قَضَى الْمُوَكَّلَ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ عَلَيْهِ وَقَالَ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ عَلَى الْقَضَاءِ إِلَّا أَنْ الْخُصُومَةُ تَسْقُطُ قَالَ الْأَثَنَانِيُّ ، وَإِنَّمَا قِيدَ بِالْوَكِيلِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ لِأَنَّ الْوَكِيلَ بِقَبْضِ الْعَيْنِ لَا يَكُونُ خَصْمًا إِجْمَاعًا وَتَقَلَّ فِي الْفَتَاوَى الصُّغَرَى عَنْ شَيْخِ الْإِسْلَامِ خُوَاهِرُ زَادَهُ أَنَّ الْوَكِيلَ بِقَبْضِ الدَّيْنِ لَا يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ إِجْمَاعًا إِنْ كَانَ التَّوَكِيلُ مِنَ الْقَاضِي كَمَا لَوْ وَكَّلَ وَكِيلًا بِقَبْضِ ذِيُونِ الْغَائِبِ وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رَجُلٍ لَهُ فِي يَدَيْ رَجُلٍ عَبْدٌ فَوَكَّلَ رَجُلًا بِقَبْضِهِ مِنَ الَّذِي الْعَبْدُ فِي يَدَيْهِ ثُمَّ غَابَ الْمُوَكَّلُ فَأَقَامَ الَّذِي فِي يَدَيْهِ الْعَبْدَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْغَائِبَ قَدْ بَاعَهُ إِيَّاهُ فَقَالَ أَقْمُهُ حَتَّى يَحْضُرَ الْغَائِبُ وَكَذَلِكَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ وَكُلُّ شَيْءٍ إِلَّا الدَّيْنَ ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ فَوَكَّلَ رَجُلًا بِقَبْضِهِ فَأَقَامَ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ قَدْ يَحْضُرُ الْغَائِبُ وَكَذَلِكَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ وَكُلُّ شَيْءٍ إِلَّا الدَّيْنَ ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى

رَجُلٍ دَيْنٌ فَوَكَّلَ رَجُلًا بِقَبْضِهِ فَأَقَامَ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ قَدْ أَوْفَاهُ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ هَذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فِي أَصْلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِقَبْضِ الْعَيْنِ لَا فَلَوْ بَرَهَنَ ذُو الْيَدِ عَلَى الْوَكِيلِ بِالْقَبْضِ أَنَّ الْمُوَكَّلَ بَاعَهُ وَقِفَ الْأَمْرُ حَتَّى يَحْضُرَ الْغَائِبُ ، وَكَذَا الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ) أَيِ الْوَكِيلِ بِقَبْضِ الْعَيْنِ لَا يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ حَتَّى لَوْ أَقَامَ ذُو الْيَدِ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوَكِيلِ بِقَبْضِ الْعَيْنِ أَنَّ الْمُوَكَّلَ بَاعَهُ الْعَيْنَ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ إِلَّا فِي حَقِّ قَصْرِ يَدِ الْوَكِيلِ عَنِ الْعَيْنِ فَيَتَوَقَّفُ حَتَّى يَحْضُرَ الْغَائِبُ وَكَذَا لَوْ أَقَامَتِ الْمَرْأَةُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوَكِيلِ بِنِفْلِهَا أَنَّ الزَّوْجَ طَلَقَهَا ثَلَاثًا أَوْ أَقَامَ الْعَبْدُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوَكِيلِ بِنَقْلِهِ أَنَّ الْمَوْلَى قَدْ أَعْتَقَهُ لَا تُقْبَلُ فِي حَقِّ وَقُوعِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَتُقْبَلُ فِي حَقِّ قَصْرِ يَدِ الْوَكِيلِ عَنْهُمَا حَتَّى يُوقِفَ الْأَمْرُ إِلَى أَنْ يَحْضُرَ الْغَائِبُ وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ اسْتِحْسَانًا وَالْأَصْلُ فِي جِنْسِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ أَنَّ التَّوَكِيلَ إِذَا وَقَعَ بِاسْتِيفَاءِ عَيْنٍ حَقِّهِ لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا بِالْخُصُومَةِ ؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ وَقَعَ بِالْقَبْضِ لَا غَيْرَ وَيُمْكِنُ حُصُولُهُ بِلَا خُصُومَةٍ بَأَنْ لَا يَجْحَدُ ذُو الْيَدِ مِلْكَهُ فَلَا حَاجَةَ إِلَى جَعْلِهِ وَكِيلًا فِي غَيْرِ مَا وَكَّلَ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ بِالشَّيْءِ إِنَّمَا يَدْخُلُ غَيْرُهُ فِيهِ إِذَا كَانَ لَا يُتَوَصَّلُ إِلَيْهِ إِلَّا بِهِ لِلضَّرُورَةِ .

وَإِنْ وَقَعَ التَّوَكِيلُ بِالتَّمْلُكِ كَانَ وَكِيلًا بِالْخُصُومَةِ ؛ لِأَنَّ التَّمْلُكَ إِثْنَاءُ تَصَرُّفٍ وَحُقُوقُ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْعَاقِدِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ التَّحْصِيلُ إِلَّا بِهَا وَالْخُصُومَةُ مِنْ جُمْلَتِهَا فَكَانَ وَكِيلًا بِهَا ، فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ الْوَكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ وَكَيلٌ بِاسْتِيفَاءِ عَيْنٍ حَقِّهِ حُكْمًا وَلِهَذَا لَوْ قَبَضَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ شَيْئًا مِنَ الدَّيْنِ كَانَ لِلْآخَرِ أَنْ يُشَارِكَهُ فِيهِ وَمَعْنَى التَّمْلُكِ سَاقِطٌ حُكْمًا حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِلَا قَضَاءٍ

وَلَا رِضًا كَمَا فِي الْوَدِيعَةِ وَالْغَصْبِ فَلَا يَنْتَصِبُ خَصْمًا كَمَا فِي الْوَكِيلِ بِقَبْضِ الْعَيْنِ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ الْوَكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ وَكَيلٌ بِالتَّمْلُكِ ؛ لِأَنَّ الدَّيُونَ تَقْضَى بِأَمْثَالِهَا لَا بِأَعْيَانِهَا ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ لَيْسَ بِمِلْكٍ لِلْمُوَكَّلِ بَلْ هُوَ بَدَلُ حَقِّهِ إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ ذَلِكَ طَرِيقًا لِلِاسْتِيفَاءِ فَانْتَصَبَ خَصْمًا كَالْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ وَالْقِسْمَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَالرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ وَالْوَكِيلُ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ ، وَمَسْأَلَتُنَا أَشْبَهَ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ ، فَإِنَّهُ خَصَمٌ قَبْلَ الْقَبْضِ عِنْدَهُ كَمَا أَنَّ الْوَكِيلَ بِطَلَبِ الشُّفْعَةِ خَصَمٌ قَبْلَ الْأَخْذِ ، فَأَمَّا الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ ، فَإِنَّمَا يَصِيرُ خَصْمًا بَعْدَ مُبَاشَرَةِ الشَّرَاءِ ، وَأَمَّا الْوَكِيلُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ فَلَيْسَ بِوَكِيلٍ بِالْمُبَادَلَةِ فَصَارَ رَسُولًا وَأَمِينًا مَحْضًا فَلَمْ تَتَعَلَّقْ الْحُقُوقُ بِالْقَابِضِ وَلَا يَنْتَصِبُ خَصْمًا وَلَا تُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ قِيَاسًا حَتَّى لَا يَجِبَ التَّوَقُّفُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهَا قَامَتْ عَلَى غَيْرِ خَصَمٍ وَفِي الْاسْتِحْسَانِ يَتَوَقَّفُ حَتَّى يَحْضُرَ الْمُوَكَّلُ ، فَإِذَا

حَضَرَ أَمْرَ الْخَصْمِ بِإِعَادَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى مَا ادَّعَى ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ قَامَتْ عَلَى نَفْسِ الْحَقِّ وَعَلَى قَصْرِ الْيَدِ وَالْوَكِيلُ خَصَمٌ فِي حَقِّ الْيَدِ فَحَسَبُ فَيُقْبَلُ فِي حَقِّهِ فَتَقْصُرُ يَدُهُ عَنْهُ كَمَا إِذَا أَقَامَ الْخَصْمُ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْمُوَكَّلَ عَزَلَهُ عَنِ الْوَكَاةِ ، فَإِنَّهَا تُقْبَلُ فِي حَقِّ قَصْرِ الْيَدِ

الشرح

قوله : وكذا لو أقامت المرأة البيينة على الوكيل بنقلها إلخ

قَالَ الْأَنْقَايُ بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِنَقْلِ الْمَرْأَةِ وَالْعَبْدِ وَالْأَمَةِ إِذَا أَقَامَتِ الْمَرْأَةُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ أَوْ أَقَامَ الْعَبْدُ أَوْ الْأَمَةُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْإِعْتِقَاقِ حَيْثُ لَا يَكُونُ الْوَكِيلُ خَصَمًا وَلَا تُسْمَعُ الْبَيِّنَةُ عَلَى الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ إِلَّا لِقَصْرِ الْيَدِ اسْتِحْسَانًا وَيُوقَفُ الْأَمْرُ إِلَى أَنْ يَحْضُرَ الْعَائِبُ وَالْقِيَاسُ أَنَّ لَا يُوقَفُ الْأَمْرُ بَلْ كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُدْفَعَ إِلَى الْوَكِيلِ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ بَطَلَتْ لِقِيَامِهَا عَلَى غَيْرِ خَصَمٍ ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ فِي قَبُولِ الْبَيِّنَةِ فِي قَصْرِ الْيَدِ خَاصَّةً أَنَّ الْوَكِيلَ فِي نَفْسِ الْقَبْضِ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُوَكَّلِ فَجُعِلَ خَصَمًا فِي إِبْطَالِ حَقِّ الْقَبْضِ احْتِيَاظًا ، فَإِذَا حَضَرَ الْعَائِبُ تُعَادُ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ قَالَ فخر الإسلام ذكر الاستحسان والقياس في كتاب الوكالة وأورد القدوري سؤالًا وجوابًا في كتاب التقريب فقال : فإن قيل لو كان الوكيل بالقبض وكيلًا بالتملك لم يجز توكيل المسلم في قبض الخمر كما لا يوكل في تملكها فالجواب أن هذا تملك من طريق الحكم ، والمسلم يصح أن يملك الخمر حكمًا وإلا لم يجز عقده عليها

قوله : لأن الديون تُقضى بأمثالها لا بأعيانها

قَالَ الْأَنْقَايُ لِأَنَّ الدَّيْنَ لَا يُمْكِنُ قَبْضُهُ لِأَنَّهُ وَصْفٌ ثَابِتٌ فِي الدِّمَةِ لَكِنْ لَمَّا أَخَذَ الْمُقْبُوضَ كَانَ عَلَى الْقَابِضِ مِثْلُ مَا عَلَى الْمَطْلُوبِ فَالتَّقْيُّ الدَّيْنَانِ قِصَاصًا

قوله وهذا لأن المقبوض إلخ

إِشَارَةٌ إِلَى مَطْلَعِ نُكْتَةِ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَعْنِي كَأَنَّ وَكَلَهُ بِتَمْلُكٍ مِثْلِ الدَّيْنِ وَذَلِكَ مُبَادَلَةً وَالْمَأْمُورُ بِالْمُعَاوَضَةِ يَكُونُ أَصِيلًا فِي حُقُوقِ الْمُعَاوَضَةِ قَارِي

الهداية

قوله : إنا أن الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء

يَعْنِي أَنَّ الدَّيْنَ ، وَإِنْ كَانَتْ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا لَا بِأَعْيَانِهَا لَمَّا بَيَّنَّا أَنْفَاءً إِلَّا أَنَّ الْمُقْبُوضَ جُعِلَ لَهُ حُكْمٌ عَيْنِ الدَّيْنِ بِدَلِيلِ أَنَّ رَبَّ الدَّيْنِ يُجْبَرُ عَلَى الْقَبْضِ فَلَوْ كَانَ تَمْلِكًا مَحْضًا لَيْسَ فِيهِ مَعْنَى اسْتِيفَاءٍ عَيْنِ الْحَقِّ لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الْقَبْضِ وَكَذَا إِذَا ظَفَرَ بِجِنْسٍ حَقَّهُ حَلُّ لَهُ التَّنَاوُلِ .

غاية

قوله : كالوكيل بالشراء والقسمة

يَعْنِي أَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا وَكَّلَ رَجُلًا بِأَنْ يُقَاسِمَ شَرِيكَهُ فَأَرَادَ الْوَكِيلُ الْمُقَاسِمَةَ فَأَقَامَ الشَّرِيكُ الْآخَرَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْمُوَكَّلَ أَخَذَ نَصِيبَهُ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّ الْوَكِيلَ حَصَمٌ لِأَنَّ فِي الْقِسْمَةِ مَعْنَى التَّمْلِكِ .

غَايَةٌ

قوله : والرد بالعيب

يَعْنِي أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إِذَا وَكَّلَ بَرْدَ الْمُشْتَرِيَ بِسَبَبِ الْعَيْبِ فَأَقَامَ الْبَائِعُ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ رَضِيَ بِذَلِكَ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ .

غَايَةٌ

قوله : والرجوع في الهبة

يَعْنِي إِذَا وَكَّلَ وَكِيلاً بِالرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ كَانَ خَصَمًا حَتَّى إِذَا أَرَادَ الرَّجُوعَ فَأَقَامَ الْمَوْهُوبُ لَهُ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْوَاهِبَ أَخَذَ الْعِوَضَ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ .

غَايَةٌ

قوله : والوكيل بأخذ الشفعة

إِذَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ أَنَّ الْمُوَكَّلَ سَلَّمَ الشُّفْعَةَ صَحَّتْ وَفُضِيَ بِذَلِكَ .

غَايَةٌ

قوله : ومسألتنا أشبه بأخذ الشفعة

أَيُّ مَنْ الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ غَايَةٌ

قوله : حتى لا يجب التوقف فيه

بَلْ كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَدْفَعَ إِلَى الْوَكِيلِ .

غَايَةٌ

أَيَّ بَيِّنَةٍ صَاحِبِ الْيَدِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ أَقَرَّ الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ عِنْدَ الْقَاضِي صَحَّ وَإِلَّا لَا) أَيَّ إِذَا أَقَرَّ عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي لَا يَصِحُّ وَعِنْدَهُ يَصِحُّ وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ وَلَكِنَّهُ يَخْرُجُ بِهِ عَنِ الْوَكَاةِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي أَيْضًا وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ عِنْدَ الْقَاضِي أَيْضًا وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَوَّلًا وَهُوَ الْقِيَاسُ ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالْخُصُومَةِ وَهِيَ مَنَازَعَةٌ وَالْإِقْرَارُ يُضَادُّهَا ؛ لِأَنَّهُ مُسَالَمَةٌ وَالْأَمْرُ بِالشَّيْءِ لَا يَتَنَاوَلُ ضِدَّهُ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الْإِبْرَاءُ وَالصَّلَحُ وَيَصِحُّ إِذَا اسْتَشْنَى الْإِقْرَارَ وَلَوْ كَانَتْ حَقِيقَةُ الْخُصُومَةِ مَهْجُورَةً لَمَا صَحَّ اسْتِثْنَاؤُهُ وَكَذَا لَوْ وَكَلَهُ بِالْجَوَابِ مُطْلَقًا يَتَقَيَّدُ بِجَوَابِ هُوَ خُصُومَةٌ عِنْدَهُمَا لِقَصْدِهِ الْإِنْكَارَ وَلِهَذَا يَخْتَارُ فِيهَا الْأَهْدَى فَالْأَهْدَى فِي الْخُصُومَةِ وَهَذَا هُوَ الْعُرْفُ وَالْوَكَاةُ تَتَقَيَّدُ بِهِ كَمَا تَتَقَيَّدُ بِالتَّقْيِيدِ صَرِيحًا وَلِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بِالْمُؤَكَّلِ فَلَا يَمْلِكُهُ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُهُ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ فِي مَالِ الصَّغِيرِ مَعَ أَنَّ وَلَايَتَهُمَا أَوْفَرُ فَلَنَا التَّوَكِيلُ صَحِيحٌ فَيَدْخُلُ تَحْتَهُ مَا يَمْلِكُهُ الْمُؤَكَّلُ وَهُوَ الْجَوَابُ مُطْلَقًا دُونَ أَحَدِهِمَا عَيْنًا إِذْ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُنْكِرَ إِذَا كَانَ خَصْمُهُ مُحِقًّا وَالْخُصُومَةُ يُرَادُّ بِهَا مُطْلَقُ الْجَوَابِ عُرْفًا مَجَازًا ؛ لِأَنَّهُ سَبَبُهُ .

فَذَكَرَ السَّبَبَ وَإِرَادَةَ الْمُسَبَّبِ شَائِعٌ أَوْ لَخْرُوجِهِ بِمُقَابَلَتِهَا أَوْ لِأَنَّ الْجَوَابَ يَكُونُ فِي مَوْضِعٍ تَكُونُ فِيهِ الْخُصُومَةُ وَهُوَ مَجْلِسُ الْحُكْمِ وَالْجَوَابُ يَتَنَاوَلُ الْإِقْرَارَ وَالْإِنْكَارَ عَمَلًا بِعُمُومِ الْمَجَازِ كَمَا لَوْ قَالَ عَبْدُهُ خَرُّ يَوْمَ يَفْدُمُ فَلَانٌ ، فَإِنَّهُ يُرَادُّ بِهِ مُطْلَقُ الْوَقْتِ مَجَازًا

فَيَتَنَاوَلُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ عَمَلًا بِعُمُومِ الْمَجَازِ ، وَالِدَّلِيلُ أَنَّهُ يُرَادُّ بِهَا الْجَوَابُ مُطْلَقًا أَنَّ الْقَاضِي يَأْمُرُهُ بِالْجَوَابِ فَيَقُولُ لَهُ أَجِبْ خَصْمَكَ وَلَا يَأْمُرُهُ بِالْخُصُومَةِ فَوَجَبَ حَمْلُهُ عَلَى الْجَوَابِ لِيَصِحَّ تَوَكِيلُهُ قَطْعًا وَلَوْ حُمِلَ عَلَى الْإِنْكَارِ لَا يَصِحُّ إِلَّا عَلَى أَحَدِ التَّقْدِيرَيْنِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مُحِقًّا بِالْإِنْكَارِ ، وَإِنْ كَانَ مُبْطَلًا لَا يَصِحُّ وَهَذَا لِأَنَّ الْوَكِيلَ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُؤَكَّلِ وَالْمُؤَكَّلُ لَا يَمْلِكُ الْإِنْكَارَ عَيْنًا ، وَإِنَّمَا يَمْلِكُ مُطْلَقَ الْجَوَابِ وَهُوَ بِنَعْمٍ إِنْ كَانَ خَصْمُهُ مُحِقًّا أَوْ بِلَا إِنْ كَانَ مُبْطَلًا فَكَذَا لَا يَمْلِكُ التَّوَكِيلُ بِالْإِنْكَارِ عَيْنًا فَلَا يُحْمَلُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ فِي حَمْلِهِ عَلَيْهِ فَسَادُهُ مِنْ وَجْهِ وَفِي حَمْلِهِ عَلَى مُطْلَقِ الْجَوَابِ صِحَّتُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَكَانَ أَوْلَى لِصِحَّتِهِ بَيِّنِينَ قَطْعًا بِلَا اِحْتِمَالِ الْفَسَادِ ، وَلَوْ اسْتَشْنَى الْإِقْرَارَ فَعَنَّ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ تَوَكِيلًا بِالْإِنْكَارِ فَقَطْ وَهُوَ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ عَيْنًا فَكَذَا لَا يَصِحُّ التَّوَكِيلُ بِهِ فَلَا يَلْزَمُنَا وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُحِقًّا بِالْإِنْكَارِ فَيَمْلِكُهُ وَنَتَصَيصُهُ عَلَيْهِ يُرَجِّحُ تِلْكَ الْجِهَةَ فَيَجُوزُ تَوَكِيلُهُ بِهِ عِنْدَ التَّصْرِيحِ بِهِ وَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ يُحْمَلُ عَلَى مُطْلَقِ الْجَوَابِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَ الطَّالِبِ وَالْمَطْلُوبِ فَصَحَّحَهُ مِنَ الطَّالِبِ دُونَ الْمَطْلُوبِ ؛ لِأَنَّ الطَّالِبَ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْخُصُومَةِ فَلَهُ أَنْ يُؤَكَّلَ بِشَيْءٍ دُونَ شَيْءٍ عَلَى مَا يَخْتَارُ وَالْمَطْلُوبُ يُجْبَرُ عَلَيْهَا فَلَا يَمْلِكُ التَّوَكِيلُ بِمَا فِيهِ إِضْرَارٌ بِالطَّالِبِ وَلِأَنَّ الطَّالِبَ يَثْبُتُ حَقُّهُ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِنُكُولِ الْمُؤَكَّلِ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَحْلِفُ فَلَا يُفِيدُ اسْتِثْنَاءَ الْإِنْكَارِ فِي حَقِّهِ .

وَفِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ

الْإِنْكَارِ مِنْهُمَا لَمَّا ذَكَرْنَا وَلِأَنَّ الْإِنْكَارَ حَقِيقَةٌ فِي الْخُصُومَةِ فَلَا يُعَارِضُهُ الْمَجَازُ عِنْدَ التَّصْرِيحِ بِالْحَقِيقَةِ ثُمَّ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ الْوَكِيلُ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُؤَكَّلِ بِإِقَامَتِهِ فَيَقْرَأُ لَا يَخْتَصُّ بِمَجْلِسِ الْقَاضِي فَكَذَا إِقْرَارُ مَنْ قَامَ مَقَامَهُ وَهَذَا لِأَنَّ الشَّيْءَ إِنَّمَا يَخْتَصُّ بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُوجِبًا إِلَّا بِإِضْمَامِ الْقَضَاءِ إِلَيْهِ كَالْبَيِّنَةِ وَالتَّكْوِيلِ ، فَأَمَّا الْإِقْرَارُ فَمُوجِبٌ بِنَفْسِهِ فَلَا يَخْتَصُّ بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ بِخِلَافِ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُمَا مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ النَّظَرِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ } وَقَالَ تَعَالَى { قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ

{ وَلَيْسَ فِي إِقْرَارِهِ خَيْرٌ لَهُمْ وَهُمَا يَقُولَانِ : إِنَّ الْمُرَادَ بِالْخُصُومَةِ الْجَوَابُ مَجَازًا عَلَى مَا بَيَّنَّا فَيَمْلِكُ الْإِقْرَارَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ جَوَابٌ لَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِقْرَارٌ وَالْجَوَابُ يَسْتَحِقُّ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ فَيَكُونُ التَّوَكُّلُ مُخْتَصًّا بِهِ فَيَقُومُ مَقَامَ الْمُوَكَّلِ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ لَا غَيْرُ وَلَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِي غَيْرِهِ ، فَإِذَا أَقَرَّ فِيهِ لَا يُعْتَبَرُ إِقْرَارُهُ لِكَوْنِهِ أَجَنَبِيًّا فَلَا يَنْفُذُ عَلَى الْمُوَكَّلِ لَكِنْ يَخْرُجُ بِهِ عَنِ الْوَكَالَةِ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ عَلَى الْمُوَكَّلِ يَتَضَمَّنُ الْإِقْرَارَ عَلَى نَفْسِهِ بِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وَلَايَةُ الْخُصُومَةِ فَيَقْبَلُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ لَا فِي حَقِّ الْمُوَكَّلِ كَالْأَبِ وَالْوَصِيِّ إِذَا أَقَرَّ بِمَالِ الصَّغِيرِ لغيرِهِ ، فَإِنَّهُ يَخْرُجُ عَنِ الْوَلَايَةِ فِي ذَلِكَ الْمَالِ ، وَلَوْ اسْتَنْى الْإِنْكَارَ صَحَّ إِقْرَارُهُ وَكَذَا إِنْكَارُهُ وَلَا يَصِيرُ الْمُوَكَّلُ مُقَرًّا بِالتَّوَكُّلِ بِالْإِقْرَارِ ، وَلَوْ أَقَرَّ الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ فِي حَدِّ الْقَذْفِ وَالْقِصَاصِ لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّ التَّوَكُّلَ بِالْخُصُومَةِ جَعَلَ تَوَكُّلًا بِالْجَوَابِ مَجَازًا بِالْإِجْتِهَادِ

فَتَمَكَّنَتْ فِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ فِي إِقْرَارِ الْوَكِيلِ فَيُورِثُ شُبْهَةً فِي دَرءِ مَا يَدْرَأُ بِالشُّبْهَاتِ

الشرح

قوله في المتن ولو أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح وإلا لا

وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ مَا إِذَا كَانَ الْوَكِيلُ وَكِيلَ الْمُدَّعِي فَأَقَرَّ بِطُلَانِ الْحَقِّ أَوْ كَانَ وَكِيلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَأَقَرَّ بِلزومِ الْحَقِّ عَلَيْهِ .

قوله : ولكنّه يخرج به عن الوكالة

اسْتَدْرَاكَ مِنْ قَوْلِهِ إِذَا أَقَرَّ عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي لَا يَصِحُّ قَالَ فِي الْهِدَايَةِ : وَإِذَا أَقَرَّ الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ عَلَى مُوَكَّلِهِ عِنْدَ الْقَاضِي جَازَ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَقَرَّ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ لَمْ يَجْزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ اسْتِحْسَانًا إِلَّا أَنَّهُ يَخْرُجُ مِنَ الْوَكَالَةِ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَجُوزُ إِقْرَارُهُ ، وَإِنْ أَقَرَّ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ الْقُدُورِيِّ وَلَفْظُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ مَالٌ فَوَكَّلَ رَجُلًا بِالْخُصُومَةِ فِيهِ وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَجْحَدُ فَأَقَرَّ الْوَكِيلُ عِنْدَ الْقَاضِي أَنَّ الَّذِي وَكَّلَهُ قَدْ اسْتَوْفَاهُ قَالَ يُقْضَى عَلَى الَّذِي لَهُ الْمَالُ بِإِقْرَارِ الْوَكِيلِ ، وَإِنْ أَقَرَّ عِنْدَ غَيْرِ قَاضٍ فَشَهِدَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ شَاهِدٌ إِنْ لَمْ يَقْضَ عَلَى الَّذِي لَهُ الْمَالُ بِذَلِكَ إِلَّا أَنَّ الْوَكِيلَ لَا يُقْضَى لَهُ بِدَفْعِ الْمَالِ إِذَا شَهِدَتْ الشُّهُودُ بِإِقْرَارِهِ وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ إِقْرَارُهُ يَلْزِمُ الْمُوَكَّلَ عِنْدَ الْقَاضِي وَعِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي وَهُوَ لَازِمٌ إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَالَ فِي الْأَصْلِ ، وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ بِالْخُصُومَةِ فِي شَيْءٍ فَهُوَ جَائِزٌ وَهُوَ خَصَمٌ بِمَنْزِلَةِ الَّذِي وَكَّلَهُ غَيْرُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِقْرَارُ الْوَكِيلِ عَلَى الَّذِي وَكَّلَهُ إِلَّا عِنْدَ الْقَاضِي فَأَمَّا عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي فَلَا يَجُوزُ هَذَا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَجُوزُ إِقْرَارُهُ عِنْدَ الْقَاضِي وَعِنْدَ غَيْرِهِ

وَتُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْأَصْلِ وَقَالَ الْقُدُورِيُّ فِي كِتَابِ التَّقْرِيبِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ يَجُوزُ إِقْرَارُ الْوَكِيلِ عَلَى مُوَكَّلِهِ بِحَضْرَةِ الْحَاكِمِ وَلَا يَجُوزُ بِغَيْرِ حَضْرَتِهِ قَوْلُهُ : وَإِذَا أَقَرَّ الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ الْخُ قَالَ الْكَاسِي أُلْطِقَ الْإِقْرَارَ وَالْمُوَكَّلَ لِيَتَوَلَّوْا اسْمَ الْمُوَكَّلِ الْمُدَّعَى وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِأَنَّ جَوَابَ الْإِقْرَارِ عَلَى الْمُوَكَّلِ لَا يَتَفَاوَتْ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مُوَكَّلُهُ مُدَّعِيًا أَوْ مُدَّعَى عَلَيْهِ سِوَى أَنْ مَعْنَى الْإِقْرَارِ

يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ اخْتِلَافِ الْمُوَكَّلِ فَإِقْرَارُ وَكِيلِ الْمُدَّعِي هُوَ أَنْ يُقَرَّ بِقَبْضِ الْمُوَكَّلِ وَإِقْرَارُ وَكِيلِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ هُوَ أَنْ يُقَرَّ بِوُجُوبِ الْمَالِ عَلَى مُوَكَّلِهِ

قَوْلُهُ : وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ لَنَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ عِنْدَ الْقَاضِي أَيْضًا

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَجْهٌ قَوْلُ زُفَرٍ أَنَّهُ وَكَّلَهُ بِالْخُصُومَةِ وَالْمُنَازَعَةِ وَالْإِقْرَارِ مُسَالَمَةً وَمُسَاعَدَةً فَكَانَ بَيْنَ الْإِقْرَارِ وَالْخُصُومَةِ تَضَادٌّ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ مَا يُضَادُّهُ فَلَا يَجُوزُ إِقْرَارُ الْوَكِيلِ عَلَى مُوَكَّلِهِ كَمَا لَا يَجُوزُ صَلَاحُهُ وَإِبْرَاؤُهُ مَعَ أَنْ الصُّلَحَ أَقْرَبُ إِلَى الْخُصُومَةِ مِنَ الْإِقْرَارِ وَكَمَا لَوْ وَكَّلَهُ بِالْخُصُومَةِ وَاسْتَتْنَى الْإِقْرَارَ بِأَنْ قَالَ وَكَلْتُكَ بِالْخُصُومَةِ بِشَرْطٍ أَنْ لَا تُقَرَّ عَلَيَّ فَأَقَرَّ الْوَكِيلُ لَمْ يَصِحَّ إِقْرَارُهُ لِأَنَّ لَفْظَ التَّوَكُّلِ بِالْخُصُومَةِ لَمْ يَتَنَاوَلَ الْإِقْرَارَ فَلَوْ تَنَاوَلَهُ بَطُلَ الْإِسْتِنَاءُ وَصَحَّ الْإِقْرَارُ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ شَيْءٌ وَاحِدٌ وَالْإِسْتِنَاءُ مِنْ شَيْءٍ وَاحِدٍ لَا يَجُوزُ .

قَوْلُهُ : وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ

وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ وَابْنُ أَبِي لَيْلَى .

قَوْلُهُ : وَلِهَذَا لَنَا يَمْلِكُ

أَيُّ الْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ .

قَوْلُهُ : وَيَصِحُّ إِذَا اسْتَتْنَى الْخ

قَالَ الْعَلَّامَةُ قَارِئُ الْهِدَايَةِ رَحِمَهُ اللَّهُ

وَمِنْ حَظِّهِ نَقَلَتْ الظَّاهِرَ أَنَّهُ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ التَّوَكُّلَ بِالْخُصُومَةِ لَا يَتَنَاوَلُ الْإِقْرَارَ وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ اسْتِنَاؤُهُ كَمَا لَمْ يَصِحَّ اسْتِنَاءُ الْإِنْكَارِ .

قَوْلُهُ : وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِالْجَوَابِ مُطْلَقًا

هَذِهِ مَسْأَلَةٌ مُبْتَدَأَةٌ خِلَافِيَّةٌ لَيْسَ إِيْرَادُهَا عَلَى وَجْهِ الْإِسْتِشْهَادِ مِنْ خَطِّ قَارِئِ الْهِدَايَةِ أَخَذَهُ مِنْ كَلَامِ بَعْضِ الشَّارِحِينَ .

قوله : وَلَئِنْ فِيهِ

أَيُّ فِي الْإِقْرَارِ .

قوله : دُونَ أَحَدِهِمَا عَيْنًا

أَيُّ أَحَدَ الْجَوَابَيْنِ .

قوله : أَوْ لَخُرُوجِهِ بِمُقَابِلَتِهَا

كَمَا سُمِّيَ جَزَاءُ السَّيِّئَةِ سَيِّئَةً فِي قَوْلِهِ تَعَالَى { وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا } لَخُرُوجِ الْجَزَاءِ فِي مُقَابَلَةِ السَّيِّئَةِ .

قوله : وَلَوْ اسْتَشْنَى الْإِقْرَارَ

جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَيَصِحُّ إِذَا اسْتَشْنَى الْإِقْرَارَ .

غَايَةٌ

قوله : فَمَا يَقْبَدُ اسْتِثْنَاءُ الْإِنْكَارِ

صَوَابُهُ الْإِقْرَارُ قَالَ فِي تَبَيُّنِ الْفَتَاوَى إِذَا وَكَّلَ بِالْخُصُومَةِ وَاسْتَشْنَى الْإِقْرَارَ صَحَّتِ الْوَكَالَةُ وَالِاسْتِثْنَاءُ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الْإِقْرَارِ مِنَ الطَّالِبِ لِأَنَّهُ مُخَيَّرٌ وَلَا يَصِحُّ مِنَ الْمَطْلُوبِ لِأَنَّهُ مَجْبُورٌ عَلَيْهِ .

غَايَةٌ

قوله : يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الْإِنْكَارِ

صَوَابُهُ الْإِقْرَارُ

قوله : وَلَئِنْ الْبَايَعُ

صَوَّاهُ الْإِقْرَارُ قَوْلُهُ : فَإِنَّهُ يُخْرِجُ عَنْ الْوَلَايَةِ فِي ذَلِكَ الْمَالِ (وَلَا يَدْفَعُ إِلَيْهِمَا لَأَنْ وَلَايَتُهُمَا بِاعْتِبَارِ النَّظَرِ وَهُوَ حِفْظُ الْمَالِ وَالْإِقْرَارُ لَا يَكُونُ حِفْظًا بَلْ هُوَ إِضَاعَةٌ ، فَإِذَا أُخِذَ الْمَالُ مِنَ الْغَرِيمِ لَا يُدْفَعُ إِلَيْهِمَا لِلتَّنَاقُضِ كَمَا لَوْ ادَّعَى مَالًا لِلصَّغِيرِ عَلَى رَجُلٍ فَأَنْكَرَ فَصَدَّقَهُ الْأَبُ أَوْ الْوَصِيُّ ثُمَّ جَاءَ يَدْعِي الْمَالَ لَا يَدْفَعُ الْمَالُ إِلَيْهِ لَأَنَّهُمَا خَرَجَا مِنْ

الْوَلَايَةِ وَالْوَصَايَةِ فَكَذَا الْوَكِيلُ كَاكِيٌّ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَبْتَطِلُ تَوَكُّلُهُ الْكَفِيلَ بِمَالٍ) مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ دَيْنٌ عَلَى رَجُلٍ وَكَفَلَ بِهِ رَجُلٌ فَوَكَّلَ الطَّالِبُ الْكَفِيلَ بِقَبْضِ ذَلِكَ الدَّيْنِ مِنَ الَّذِي عَلَيْهِ الْأَصْلُ لَمْ يَصِحَّ التَّوَكُّلُ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ هُوَ الَّذِي يَعْمَلُ لِعَیْرِهِ ، وَلَوْ صَحَّحْنَا هَذِهِ الْوَكَاةَ صَارَ عَامِلًا لِنَفْسِهِ سَاعِيًا فِي بَرَاءَةِ ذِمَّتِهِ فَانْعَدَمَ الرُّكْنُ فَبَطُلَ وَلَئِنْ قَبُولُ قَوْلِهِ مُلَازِمٌ لِلْوَكَاةِ لَكُونُهُ أَمِينًا ، وَلَوْ صَحَّحْنَا وَجَبَ أَنْ لَا يُقْبَلَ قَوْلُهُ لَكُونُهُ مُتَّهَمًا فِيهِ بِإِبْرَاءِ نَفْسِهِ فَصَارَ نَظِيرَ مَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ الْمَدِينِ حَتَّى لَزِمَهُ ضَمَانُ قِيَمَتِهِ لِلْغُرَمَاءِ وَلَزِمَ الْعَبْدُ جَمِيعَ الدَّيْنِ ثُمَّ إِنَّ الْمَوْلَى ضَمِنَ الدَّيْنَ لِلْغُرَمَاءِ ، فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ لِمَا ذَكَرْنَا فَكَذَا هَذَا ، فَإِنْ قِيلَ الدَّائِنُ إِذَا وَكَّلَ الْمَدِينِ بِإِبْرَاءِ نَفْسِهِ عَنِ الدَّيْنِ يَصِحُّ ، وَإِنْ كَانَ عَامِلًا لِنَفْسِهِ سَاعِيًا فِي بَرَاءَةِ ذِمَّتِهِ قُلْنَا ذَلِكَ تَمْلِيكٌ وَلَيْسَ بِتَوَكُّلٍ كَمَا فِي قَوْلِهِ لَامْرَأَتِهِ : طَلَّقِي نَفْسَكَ ، فَإِذَا بَطَلَتِ الْوَكَاةُ فَلَوْ قَبَضَهُ مِنَ الْمَدِينِ وَهَلَكَ فِي يَدِهِ لَمْ يَهْلِكْ عَلَى الطَّالِبِ ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ عَنِ الْكِفَالَةِ لَا تَنْقَلِبُ صَحِيحَةً لَوْفُوعَهَا بَاطِلَةً ابْتِدَاءً كَمَا لَوْ كَفَلَ عَنْ غَائِبٍ ، فَإِنَّهُ يَقَعُ بَاطِلًا ثُمَّ إِذَا بَلَغَهُ فَأَجَازَهُ لَمْ يَجْزُ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَا يُقَالُ يَنْبَغِي أَنْ تَبْطُلَ الْكِفَالَةُ وَتَصِحَّ الْوَكَاةُ كَعَكْسِهِ ، فَإِنَّهُ لَوْ وَكَّلَهُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ ثُمَّ ضَمِنَ الْوَكِيلُ الدَّيْنَ صَحَّ الضَّمَانُ وَبَطَلَتِ الْوَكَاةُ ؛ لِأَنَّ نَقُولَ الْكِفَالَةِ أَقْوَى مِنَ الْوَكَاةِ لَكُونِهَا لَازِمَةً فَتَضَلُّحٌ نَاسِخَةٌ لَهَا بِخِلَافِ الْعَكْسِ وَيَجُوزُ أَنْ يُوَكَّلَ الْكَفِيلُ بِالنَّفْسِ بِالْخُصُومَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَاحِدَ يَقُومُ بِهِمَا

الشرح

قوله : فَإِنْ قِيلَ الدَّائِنُ إِذَا وَكَّلَ الْمَدِينِ الْخ

قَالَ فِي الذَّخِيرَةِ فِي الْفَصْلِ الرَّابِعِ مِنَ الْوَكَاةِ مَا نَصُّهُ ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ صَاحِبُ الدَّيْنِ إِذَا وَكَّلَ الْمَدِينُ أَنْ يُبْرِئَ نَفْسَهُ عَنِ الدَّيْنِ صَحَّ ، وَإِذَا أَبْرَأَ نَفْسَهُ بَرِئَ وَذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ فِي شَرْحِ كِتَابِ الْمَأْذُونِ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ، وَإِذَا أَبْرَأَ نَفْسَهُ لَا يَبْرَأُ وَفِي حَوَالَةِ الْأَصْلِ الْمُحْتَالَ لَهُ إِذَا وَكَّلَ الْمُحِيلَ بِقَبْضِ الدَّيْنِ مِنَ الْمُحْتَالَ عَلَيْهِ لَا يَصِحُّ وَكَذَلِكَ رَبُّ الدَّيْنِ إِذَا وَكَّلَ الْمَدِينُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ مِنْ نَفْسِهِ لَا يَصِحُّ وَفِي نَوَادِرِ بَشِيرٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ إِذَا كَانَ بِالْمَالِ كَفِيلٌ فَوَكَّلَهُ الطَّالِبُ بِقَبْضِهِ مِنَ الْمَطْلُوبِ فَقَبَضَ لَمْ يَجْزُ قَبْضُهُ ، وَإِنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ عِنْدَهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ رَسُولٌ وَلَمْ يَقْبِضْهُ لِنَفْسِهِ وَكَتَبَ مَا نَصُّهُ قَالَ فِي شَرْحِ التَّكْمِلَةِ وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِقَبْضِ عَيْدٍ لَهُ فِي يَدٍ آخَرَ وَغَابَ فَأَقَامَ مَنْ فِي يَدِهِ الْبَيِّنَةُ أَنَّ الْمُوَكَّلَ بَاعَهُ إِيَّاهُ وَقَفَّ الْأَمْرُ حَتَّى يَحْضُرَ الْعَائِبُ لِأَنَّ الْخَصْمَ لَيْسَ بِخَصْمٍ عَنِ الْعَائِبِ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ بِالْقَبْضِ لَا بِالْخُصُومَةِ وَكَانَ الْقِيَاسُ أَنْ لَا يُوقَفَ الْأَمْرُ كَمَا لَا يُقْضَى بِالْبَيْعِ لِطُلَانِ الْبَيِّنَةِ إِلَّا أَنَّهُ اسْتَحْسَنَ ذَلِكَ لِقَصْرِ يَدِهِ عَنِ الْقَبْضِ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ بِصُورَةِ الْقَبْضِ وَلِهَذَا لَوْ حَضَرَ الْعَائِبُ ثَقَامَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ وَكَذَلِكَ لَوْ وَكَّلَهُ بِنَقْلِ عَبْدِهِ أَوْ أَمْتِهِ أَوْ امْرَأَتِهِ فَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الْعِنَقِ وَالْمَرْأَةُ عَلَى الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ بِخِلَافِ مَا لَوْ

وَكَلَّهُ بِقَبْضِ دَيْنٍ عَلَى رَجُلٍ وَغَابَ فَأَقَامَ مَنْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ قَضَاهُ حَيْثُ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ وَيَرَى الْعَرِيمُ لَأَنَّ الْوَكِيلَ بِقَبْضِ الدَّيْنِ وَكَيْلٌ بِاتِّمْلِيكَ ، وَاتِّمْلِكْ لِمَا عُرِفَ أَنَّ قَضَاءَ الدُّيُونِ إِنَّمَا يَكُونُ بِأَمْثَالِهَا لَا

بِأَعْيَانِهَا فَصَارَ خَصْمًا كَالْوَكِيلِ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ وَالْقِسْمَةِ ، فَإِنَّهُ لَمَّا كَانَ وَكَيْلًا بِاتِّمْلِيكَ يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنْهُ وَكَتَبَ أَيْضًا مَا نَصَّهُ قَالَ قَاضِي حَانَ وَلَوْ وَكَّلَ الْمَدْيُونُ بِإِبْرَاءِ نَفْسِهِ عَنِ الدَّيْنِ صَحَّ تَوَكُّلُهُ وَلَا يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ وَكَيْلُ الْغَائِبِ بِقَبْضِ دَيْنِهِ فَصَدَّقَهُ الْعَرِيمُ أَمْرٌ بِدَفْعِهِ إِلَيْهِ) ؛ لَأَنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَى نَفْسِهِ ؛ لَأَنَّ مَا يَقْبِضُهُ خَالِصٌ حَقُّهُ إِذِ الدُّيُونُ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا فَيَكُونُ مُقَرَّرًا بِوَجُوبِ دَفْعِ مَالِهِ إِلَيْهِ حَتَّى لَوْ ادَّعَى أَنَّهُ أَوْفَى الدَّيْنِ إِلَى الطَّالِبِ لَا يُصَدَّقُ ؛ لَأَنَّهُ لَزِمَهُ الدَّفْعُ إِلَى الْوَكِيلِ بِإِقْرَارِهِ وَتَبَتِ الْوَكَالَةُ بِهِ وَلَمْ يَثْبُتِ الْإِبْفَاءُ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ فَلَا يُؤْخَرُ حَقُّهُ كَمَا لَوْ كَانَ الْمُوَكَّلُ حَاضِرًا وَادَّعَى ذَلِكَ وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَ رَبَّ الْمَالِ وَيَسْتَحْلِفَهُ وَلَا يَسْتَحْلِفُ الْوَكِيلُ بِاللَّهِ تَعَالَى مَا يَعْلَمُ أَنَّ الطَّالِبَ قَدْ اسْتَوْفَى الدَّيْنِ ؛ لَأَنَّ النَّيَابَةَ لَا تَجْرِي فِي الْأَيْمَانِ بِخِلَافِ الْوَارِثِ حَيْثُ يَحْلِفُ عَلَى الْعِلْمِ ؛ لَأَنَّ الْحَقَّ يَثْبُتُ لِلْوَارِثِ فَكَانَ الْحَلْفُ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ دُونَ النَّيَابَةِ وَفِي الْمَسْأَلَةِ نَوْعٌ إِشْكَالٍ وَهُوَ أَنَّ التَّوَكُّلَ بِقَبْضِ الدَّيْنِ تَوَكُّلٌ بِالِاسْتِقْرَاضِ مَعْنَى ؛ لَأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا فَمَا قَبِضَهُ رَبُّ الدَّيْنِ مِنَ الْمَدْيُونِ يَصِيرُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ وَلَهُ عَلَى الْعَرِيمِ مِثْلُ ذَلِكَ فَالْتَقِيَ قِصَاصًا وَالتَّوَكُّلُ بِالِاسْتِقْرَاضِ لَا يَصِحُّ وَالْجَوَابُ أَنَّ التَّوَكُّلَ بِقَبْضِ الدَّيْنِ رِسَالَةٌ بِالِاسْتِقْرَاضِ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى وَلَيْسَ بِتَوَكُّلٍ بِالِاسْتِقْرَاضِ ؛ لَأَنَّهُ لَا بُدَّ لِلْوَكِيلِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ مِنْ إِضَافَةِ الْقَبْضِ إِلَى مُوَكَّلِهِ بِأَنْ يَقُولَ : إِنَّ فَلَانًا وَكَلَّنِي بِقَبْضِ مَالِهِ عَلَيْكَ مِنْ الدَّيْنِ كَمَا لَا بُدَّ لِلرَّسُولِ فِي الْإِضَافَةِ إِلَى الْمُرْسِلِ بِأَنْ يَقُولَ أَرْسَلَنِي إِلَيْكَ وَقَالَ لَكَ أَقْرِضْنِي فَصَحَّ مَا ادَّعَيْنَاهُ أَنَّ هَذَا رِسَالَةٌ مَعْنَى وَالرَّسَالَةُ بِالِاسْتِقْرَاضِ جَائِزَةٌ هَكَذَا ذَكَرَهُ فِي النِّهَايَةِ وَعَزَاهُ إِلَى الذَّخِيرَةِ وَهَذَا سُؤَالٌ حَسَنٌ وَالْجَوَابُ غَيْرُ مُخْلِصٍ عَلَى قَوْلِ

أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، فَإِنْ لَوْ كَانَ رَسُولًا لَمَّا كَانَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (فَإِنْ حَضَرَ الْغَائِبُ فَصَدَّقَهُ وَإِلَّا دَفَعَ إِلَيْهِ الْعَرِيمُ الدَّيْنَ ثَانِيًا) ؛ لَأَنَّهُ إِذَا صَدَّقَهُ ظَهَرَ أَنَّهُ كَانَ وَكَيْلًا لَهُ وَقَبْضُ الْوَكِيلِ قَبْضُ الْمُوَكَّلِ فَتَبَرَأَ دَمَتُهُ بِهِ ، وَإِنْ كَذَبَهُ لَمْ يَصِرْ مُسْتَوْفِيًا بِالْقَبْضِ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ تَثْبُتْ وَكَالَتُهُ وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لَأَنَّهُ مُنْكَرٌ وَلَا يَكُونُ قَوْلُهُمَا حُجَّةً عَلَيْهِ فَيَأْخُذُ مِنْهُ الدَّيْنَ ثَانِيًا إِنْ لَمْ يَجِرْ اسْتِيفَاؤُهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَرَجَعَ بِهِ عَلَى الْوَكِيلِ لَوْ بَاقِيًا) أَيَّ رَجَعَ الْعَرِيمُ بِمَا قَبِضَهُ الْوَكِيلُ إِنْ كَانَ بَاقِيًا فِي يَدِهِ ؛ لَأَنَّهُ مِلْكُهُ وَانْقَطَعَ حَقُّ الطَّالِبِ عَنْهُ وَلَمْ يَبْقَ الْإِحْتِمَالُ فِيهِ حَيْثُ قَبِضَ دَيْنُهُ مِنْهُ ثَانِيًا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ ضَاعَ لَا) أَيَّ إِنْ ضَاعَ الْمُقْبُوضُ فِي يَدِ الْوَكِيلِ لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ ؛ لَأَنَّ الْعَرِيمَ بِإِقْرَارِهِ صَارَ مُحَقِّقًا فِي قَبْضِهِ الدَّيْنِ ، وَإِنَّمَا ظَلَمَهُ الطَّالِبُ بِالْأَخْذِ مِنْهُ ثَانِيًا وَالْمُظْلَمُ لَا يُظْلَمُ غَيْرَهُ وَيَرُدُّ عَلَى هَذَا مَا لَوْ كَانَ لِرَجُلٍ أَلْفٌ دِرْهَمٍ مِثْلًا وَلَهُ أَلْفٌ آخَرُ دَيْنٌ عَلَى رَجُلٍ فَمَاتَ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ وَاقْتَسَمَا الْأَلْفَ الْعَيْنَ نِصْفَيْنِ فَادَّعَى الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ أَنَّ الْمَيِّتَ اسْتَوْفَى مِنْهُ الْأَلْفَ حَالَ حَيَاتِهِ فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا وَكَذَبَهُ الْآخَرُ فَالْمُكَذَّبُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِخَمْسِمِائَةٍ وَيَرْجِعُ بِهَا الْعَرِيمُ عَلَى الْمُصَدِّقِ وَهُوَ فِي زَعْمِهِ أَنَّ الْمُكَذَّبَ ظَلَمَهُ فِي الرُّجُوعِ عَلَيْهِ وَظَلَمَ هُوَ الْمُصَدِّقُ بِالرُّجُوعِ بِمَا أَخَذَهُ الْمُكَذَّبُ وَذَكَرَ فِي الْأَمَالِيِّ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ ؛ لَأَنَّ الْعَرِيمَ زَعَمَ أَنَّهُ بَرِيءٌ عَنْ جَمِيعِ الْأَلْفِ إِلَّا أَنَّ الْإِبْنَ الْجَاهِدَ ظَلَمَهُ وَمَنْ ظَلَمَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُظْلَمَ غَيْرَهُ وَمَا أَخَذَهُ الْجَاهِدُ دَيْنٌ عَلَى الْجَاهِدِ

وَدَيْنُ الْوَارِثِ لَا يُقْضَى مِنَ التَّرِكَةِ .

وَجَهَ الظَّاهِرُ أَنَّ الْمُصَدِّقَ أَقَرَّ عَلَى أَبِيهِ بِالْدَّيْنِ ؛ لَأَنَّ الْإِقْرَارَ بِالِاسْتِيفَاءِ إِقْرَارٌ بِالْدَّيْنِ ؛ لَأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا ، فَإِذَا كَذَبَهُ الْآخَرُ وَأَخَذَ مِنْهُ خَمْسِمِائَةٍ لَمْ تَسْلَمْ لَهُ الْبَرَاءَةُ إِلَّا عَنْ خَمْسِمِائَةٍ فَبَقِيَتْ خَمْسِمِائَةٌ دَيْنًا عَلَى الْمَيِّتِ فَيَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْمُصَدِّقِ فَيَأْخُذُ مَا أَصَابَهُ بِالْإِرْثِ

حَتَّى يَسْتَوْفِيَ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْإِرْثِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (إِلَّا إِذَا ضَمِنَهُ عِنْدَ الدَّفْعِ) أَيِ إِلَّا أَنْ يُضَمِّنَ الْغَرِيمُ الْوَكِيلَ فَحِينَئِذٍ يَرْجِعُ الْغَرِيمُ عَلَى الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ مُوجِبٌ وَيَجُوزُ فِي قَوْلِهِ ضَمِنَهُ التَّشْدِيدُ وَالتَّخْفِيفُ فَمَعْنَى التَّشْدِيدِ أَنْ يُضَمِّنَ الْغَرِيمُ الْوَكِيلَ وَمَعْنَى التَّخْفِيفِ أَنْ يُضَمِّنَ الْوَكِيلُ الْمَالَ الَّذِي أَخَذَهُ مِنْهُ وَصُورُهُ هَذَا الضَّمَانُ أَنْ يَقُولَ الْغَرِيمُ لِلْوَكِيلِ : نَعَمْ أَنْتَ وَكِيلُهُ لَكِنْ لَا أَمِنْ أَنْ يَجْحَدَ الْوَكِيلُ وَيَأْخُذَ مِنِّي ثَانِيًا وَيَصِيرُ ذَلِكَ ذَيْنَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ مِنِّي ظُلْمًا فَهَلْ أَنْتَ كَفِيلٌ عَنْهُ بِمَا يَأْخُذُهُ مِنِّي ثَانِيًا فَيُضَمِّنُ ذَلِكَ الْمَأْخُودَ فَيَكُونُ صَحِيحًا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ ؛ لِأَنَّهُ مُضَافٌ إِلَى سَبَبِ الْوُجُوبِ وَهُوَ كَقَوْلِهِ مَا غَضَبَكَ فُلَانٌ فَعَلَيَّْ أَوْ مَا ذَابَ لَكَ عَلَيْهِ فَعَلَيَّْ ؛ لِأَنَّ مَا أَخَذَهُ الطَّالِبُ ثَانِيًا غَضَبٌ ، وَأَمَّا مَا أَخَذَهُ الْوَكِيلُ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُضَمِّنَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ لِتَصَادُفِهِمَا عَلَى أَنَّهُ وَكِيلٌ وَالْأَمَانَاتُ لَا تَجُوزُ بِهَا الْكَفَالَةُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فِي مَوْضِعِهِ

الشرح

قوله في المتن فصدقه الغريم إلخ

أَمَّا لَوْ أَنْكَرَ الْغَرِيمُ الْوَكِيلَ الْوَكَالَاتِ وَأَقَرَّ بِالذَّيْنِ فَسَيَأْتِي الْكَلَامُ عَلَيْهِ عِنْدَ قَوْلِهِ فِي الْمَتْنِ أَوْ لَمْ يُصَدِّقْهُ

قوله في المتن بدفعه إليه

قَالَ الْكَاسِيُّ وَبِهِ قَالَ الْمَرْزِيُّ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ وَمَالِكٌ لَا يُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَّا أَنْ يُعْصِمَ الْوَكِيلُ بَيْنَهُ عَلَى وَكَالَتِهِ فَحِينَئِذٍ يُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ فِي الدَّيْنِ الْوَدِيعَةِ وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِأَنَّ هَذَا تَسْلِيمٌ لَا يُبْرِئُهُ عَنِ الدَّيْنِ فَلَا يُؤْمَرُ بِهِ كَمَا لَوْ كَانَ الْحَقُّ عَيْنًا وَكَمَا لَوْ أَقَرَّ أَنْ هَذَا وَصِي الصَّغِيرِ بِخِلَافِ مَا لَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ وَارِثُهُ حَيْثُ يُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إِقْرَارَهُ أَنَّهُ لَا حَقَّ لِسِوَاهُ وَقُلْنَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِأَنَّ لَهُ حَقَّ الْإِسْتِيفَاءِ لِأَنَّ مَا يَقْبِضُهُ خَالِصُ مَالِهِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَالْأَمْرُ بِتَسْلِيمِ الدَّيْنِ إِلَى الْوَكِيلِ مَذْهَبُنَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا يُجْبَرُ عَلَى التَّسْلِيمِ كَذَا فِي شَرْحِ الْأَقْطَعِ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ : فَإِنْ قُلْتُ : يُرَدُّ عَلَى هَذَا الْوَكِيلُ بَقْبُضِ الْوَدِيعَةِ ، فَإِنَّ الْمُودِعَ إِذَا صَدَّقَهُ ثُمَّ أَبَى أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ لَا يُجْبَرُ عَلَى التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ قُلْتُ : إِنَّمَا لَمْ يُجْبَرِ الْمُودِعُ عَلَى التَّسْلِيمِ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِثُبُوتِ الْحَقِّ فِي الْقَبْضِ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ مِلْكُ الْغَيْرِ فَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ فَلِأَجْلِ هَذَا لَمْ يُجْبَرِ الْقَاضِي عَلَى التَّسْلِيمِ بِخِلَافِ الدَّيْنِ ، فَإِنَّ إِقْرَارَهُ بِحَقِّ الْقَبْضِ وَقَعَ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ لَا فِي مِلْكِ الْغَيْرِ لِأَنَّ الدَّيْنَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا

قوله في المتن : فإن حضر الغائب فصدقه

أَيِ صَدَّقَ الْغَائِبُ وَهُوَ رَبُّ الدَّيْنِ الْوَكِيلُ .

قوله : وإلا دفع الغريم إليه الدين ثانيا

لِأَنَّ الْغَائِبَ لَمْ يَلَمْ

يُصَدِّقُهُ فِي دَعْوَى بَرَاءَةِ ذِمَّتِهِ عَنْ الْحَقِّ لَمْ يَصِحَّ الْأَدَاءُ فَأَمَرَ بِالِدَفْعِ ثَانِيًا إِلَى الْمُوَكَّلِ قَالَ فِي شَرْحِ أَدَبِ الْقَاضِي فِي بَابِ إِبْثَاتِ الْوَكَالَةِ كَانَ لِلْغَرِيمِ أَنْ يُحْلِفَهُ بِاللَّهِ مَا قَبِضَ فَلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ هَذَا الْمَالُ بِأَمْرِكَ وَوَكَّالَتِكَ لِأَنَّ الْغَرِيمَ يَدَّعِي عَلَيْهِ مَا لَوْ أَقْرَبَهُ لَزِمَهُ ، فَإِذَا أَنْكَرَ يُسْتَحْلَفُ ، فَإِذَا حَلَفَ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْغَرِيمِ وَالْغَرِيمُ يَرْجِعُ عَلَى الْوَكِيلِ .

غَايَةٌ

قَوْلُهُ : وَلَا يَكُونُ قَوْلُهُمَا حُجَّةً

أَيُّ الْغَرِيمِ وَالْوَكِيلِ

قَوْلُهُ : لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ

لَأَنَّهُ لَمَّا صَدَّقَهُ فِي الْوَكَالَةِ اعْتَقَدَ أَنَّهُ أَمِينٌ فِي الْقَبْضِ وَلَكِنَّ الْمُوَكَّلَ يَظْلِمُهُ فِيمَا يُطَالِبُهُ ثَانِيًا فَلَمَّا كَانَ أَمِينًا كَانَ مُحَقًّا فِي الْقَبْضِ ثُمَّ لَمَّا أَخَذَ الْغَرِيمُ مِنَ الْوَكِيلِ كَانَ ذَلِكَ ظُلْمًا فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يَظْلِمَ غَيْرَهُ ، وَإِنْ كَانَ هُوَ مَظْلُومًا وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ وَالْمَظْلُومُ لَا يَظْلِمُ ، وَإِنْ تَكَلَّ الطَّالِبُ عَنِ الْيَمِينِ كَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْإِقْرَارِ فَلَا يَكُونُ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ سَبِيلٌ لَا عَلَى الْمَظْلُوبِ وَلَا عَلَى أَحَدٍ غَيْرِهِ ثُمَّ الْغَائِبُ إِذَا لَمْ يُصَدَّقْ الْوَكِيلَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُطَالِبَ الْوَكِيلَ وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ إِنْ شَاءَ ضَمَنَ الْوَكِيلُ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو نَصْرٍ وَهَذَا لَا يَصِحُّ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذِمَّةِ الْغَرِيمِ لَمْ يَتَّعِنَ بِالِدَفْعِ فَكَانَ لَهُ اتِّبَاعُ الذِّمَّةِ فَأَمَّا الْوَكِيلُ ، فَإِنَّمَا قَبِضَ مَالِ الدَّافِعِ فَلَا سَبِيلَ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ عَلَيْهِ أَنْفَاتِي

قَوْلُهُ : وَمَعْنَى التَّخْفِيفِ أَنْ يَضْمَنَ الْوَكِيلُ الْمَالَ الَّذِي أَخَذَهُ مِنْهُ

مَعْنَاهُ أَنْ يَضْمَنَ الْكَفِيلُ نَظِيرَ الْمَالِ الَّذِي يَأْخُذُهُ رَبُّ الدَّيْنِ مِنَ الْمَدْيُونِ عَلَى تَقْدِيرِ أَخْذِهِ مِنْهُ وَلَيْسَ الْمُرَادُ كَمَا هُوَ ظَاهِرُ الْعِبَارَةِ أَنَّ الْوَكِيلَ يَضْمَنُ لِلْمَدْيُونِ الْمَالَ

الَّذِي يَأْخُذُهُ الْوَكِيلُ مِنَ الْمَدْيُونِ لِأَنَّهُ سَيَأْتِي قَرِيبًا فِي كَلَامِ الشَّارِحِ أَنَّ الْكَفَالََةَ بِهَذَا الْمَالِ غَيْرُ صَحِيحَةٍ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ وَقَدْ مَرَجَ بِأَكْبَرٍ فِي شَرْحِهِ هَكَذَا (إِلَّا إِذَا ضَمَّنَهُ عِنْدَ الدَّفْعِ) بِأَنَّ قَالَ الْوَكِيلُ إِنْ حَضَرَ الْغَائِبُ وَأَنْكَرَ التَّوَكِيلَ ، فَإِنِّي ضَامِنٌ لِهَذَا الْمَالِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (أَوْ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الْوَكَالَةِ وَدَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى ادِّعَائِهِ) أَيُّ يَضْمَنُ الْغَرِيمُ الْوَكِيلَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى احْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ وَكِيلًا وَلَمْ يَرْضَ بِقَبْضِهِ إِلَّا لِقَضَاءِ ذِمَّتِهِ تَحْصِيلًا لِبَرَاءَةِ ذِمَّتِهِ ، فَإِذَا لَمْ يَحْصُلْ وَانْقَطَعَ الرَّجَاءُ رَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يُكَذِّبَهُ صَرِيحًا أَوْ يَسْكُتَ ؛ لِأَنَّ عَدَمَ التَّصَدِيقِ يَشْمَلُ الصُّورَتَيْنِ وَزَعَمُهُ فِيمَا إِذَا كَذَّبَهُ أَنَّهُ قَبِضَ بِغَيْرِ حَقٍّ وَأَنْ قَبْضُهُ يُوجِبُ الضَّمَانَ وَكَذَا إِذَا لَمْ يُصَدِّقْهُ وَلَمْ يُكَذِّبْهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ التَّصَدِيقِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ الْمَدْفُوعَ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا قَبْلَ أَنْ يَحْضُرَ الطَّالِبُ ؛ لِأَنَّ الْمُؤَدَّى صَارَ حَقًّا لِلطَّالِبِ أَمَّا إِذَا صَدَّقَهُ فَظَاهِرٌ ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَتَصَادَفَانِ ظَاهِرًا إِلَّا عَلَى حَقٍّ ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يُصَدِّقْهُ فَلِاحْتِمَالِ أَنَّهُ وَكَّلَهُ ، وَإِنْ لَمْ يُوَكَّلْهُ يَحْتَمِلُ الْإِجَارَةَ مِنْهُ فَلَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ مَعَ بَقَاءِ هَذَا الْإِحْتِمَالِ وَلِأَنَّ مَنْ بَاشَرَ التَّصَرُّفَ لِعَرْضٍ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْقُضَهُ مَا لَمْ يَقَعْ الْيَأْسُ مِنْهُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا دَفَعَهُ إِلَى فُضُولِيٍّ عَلَى رَجَاءِ الْإِجَارَةِ لَمْ يَمْلِكْ اسْتِرْدَادَهُ لِاحْتِمَالِ أَنْ يُجِيرَ وَكَذَا لَوْ أَقَامَ الْغَرِيمُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ لَيْسَ بِوَكِيلٍ أَوْ عَلَى إِقْرَارِهِ بِذَلِكَ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ وَلَا يَكُونُ لَهُ حَقُّ الاسْتِرْدَادِ ، وَلَوْ أَرَادَ اسْتِحْلَافُهُ عَلَى ذَلِكَ لَا يُسْتَحْلَفُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ يَنْبَنِي عَلَى

دَعَوَى صَحِيحَةٍ وَلَمْ تُوجَدْ لِكَوْنِهِ سَاعِيًّا فِي نَقْضِ مَا أَوْجَبَهُ لِلْعَائِبِ .
وَلَوْ أَقَامَ الْغَرِيمُ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الطَّالِبَ جَحَدَ الْوَكَّالَةِ وَأَخَذَ مِنْ مَالِ الثَّقَلِ ؛ لِأَنَّهُ يُثْبِتُ لِنَفْسِهِ حَقَّ الرُّجُوعِ عَلَى الْوَكِيلِ بِنَاءً عَلَى إِبْطَالِ سَبَبِ
اِثْقَاعِ حَقِّ الطَّالِبِ عَنِ الْمَدْفُوعِ وَهُوَ

فَبُضْهُ الْمَالُ بِنَفْسِهِ مِنْهُ فَانْتَصَبَ الْحَاضِرُ خَصَمًا عَنِ الْعَائِبِ فِي إِبْطَالِ السَّبَبِ فَيُثْبِتُ قَبْضُ الْمُوَكَّلِ فَتَنْقُضُ يَدُ الْوَكِيلِ ضَرُورَةً وَجَازًا أَنْ
يُثْبِتَ الشَّيْءُ ضِمْنًا ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ مَقْصُودًا وَلَوْ ادَّعَى الْغَرِيمُ عَلَى الطَّالِبِ حِينَ رَجَعَ عَلَيْهِ أَنَّهُ وَكَّلَ الْقَابِضَ وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةً تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ
وَتَبَرُّ ذِمَّتُهُ ، وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يُحْلِفَهُ كَانَ لَهُ ذَلِكَ ، فَإِنْ نَكَلَ بَرِّتَ ذِمَّتُهُ وَلَوْ طَلَبَ الْغَرِيمُ أَنْ يَسْتَرِدَّ مِنَ الْوَكِيلِ مَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ بَعْدَ مَا أَدَّى إِلَى
الطَّالِبِ بِنَفْسِهِ فَادَّعَى الْوَكِيلُ هَلَاكَهُ أَوْ دَفَعَهُ إِلَى الْمُوَكَّلِ حَلْفَهُ عَلَى ذَلِكَ ، وَإِنْ مَاتَ الْمُوَكَّلُ وَوَرِثَهُ غَرِيمُهُ أَوْ وَهَبَهُ لَهُ وَهُوَ قَائِمٌ فِي يَدِ
الْوَكِيلِ أَخَذَهُ مِنْهُ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ ، وَإِنْ كَانَ هَالِكًا ضَمَّنَهُ إِلَّا فِي صُورَةٍ وَاحِدَةٍ وَهُوَ مَا إِذَا صَدَّقَهُ فِي الْوَكَّالَةِ ، وَإِنْ أَنْكَرَ
الْغَرِيمُ الْوَكَّالَةَ وَأَقَرَّ بِالذِّينِ فَلِلْوَكِيلِ أَنْ يُحْلِفَهُ بِاللَّهِ مَا يَعْلَمُ أَنَّ الطَّالِبَ وَكَّلَهُ بِقَبْضِ دَيْنِهِ ، فَإِذَا حَلَفَ لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ ، وَإِنْ نَكَلَ قُضِيَ عَلَيْهِ
بِالْمَالِ لِلْوَكِيلِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يُحْلِفُهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ التَّخْلِيفِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ خَصَمٌ وَلَمْ يَثْبُتْ بِلَا حُجَّةٍ وَجْهٌ ظَاهِرٌ الرَّوَايَةِ أَنَّهُ لَوْ
أَقَرَّ بِهِ لَرِمَهُ ، فَإِذَا أَنْكَرَ يُحْلَفُ

الشرح

أَوْ لَمْ يُصَدِّقْهُ (الْغَرِيمُ) (عَلَى الْوَكَّالَةِ وَدَفَعَهُ إِلَيْهِ) بِنَاءً (عَلَى ادَّعَائِهِ) فِيهِ هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ إِنْ أَنْكَرَ الْعَائِبُ فَالْغَرِيمُ يَضْمَنُ الْوَكِيلَ إِنْ ضَاعَ
الْمَالُ أَمَّا فِي الْأَوَّلِ فَلِأَنَّ الْمَأْخُودَ ثَانِيًا مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فِي زَعْمِهِمَا وَهَذِهِ كِفَالَةٌ أُضِيفَتْ إِلَى حَالَةِ الْقَبْضِ فَتَصَحُّ بِمَنْزِلَةِ الْكِفَالَةِ بِمَا ذَابَ لَهُ
عَلَى فُلَانٍ وَأَمَّا فِي الثَّانِيَةِ فَلِأَنَّهُ لَمْ يُصَدِّقْهُ فِي الْوَكَّالَةِ ، وَإِنَّمَا أَذَاهُ رَجَاءُ إِجَازَةِ الْعَائِبِ ، فَإِذَا لَمْ يُجْزِهِ رَجَعَ عَلَيْهِ مَا قَالَهُ بَاكِرٌ وَظَاهِرُ قَوْلِهِ ،
فَإِنِّي ضَامِنٌ لِهَذَا الْمَالِ إِنْ عُقِدَ الضَّمَانُ وَقَعَ عَلَى الْمَالِ الَّذِي قَبْضُهُ الْوَكِيلُ وَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ لِمَا تَقَدَّمَ أَنَّهُ أَمَانَةٌ عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْتَمِسُ مَعَ قَوْلِهِ
أَمَّا فِي الْأَوَّلِ إِنْ فُوجِبَ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ نَظِيرَ الْمَالِ الَّذِي يَأْخُذُهُ الْغَرِيمُ مِنَ الْمَدْيُونِ كَمَا قَدَّمْنَا فَتَنْبَهْ

قوله : وصورة هذا الضمان إلخ

ظَاهِرُهُ أَنَّ هَذِهِ الصُّورَةَ عَلَى مَعْنَى التَّخْفِيفِ وَلَيْسَ بِظَاهِرٍ فُوجِبَ أَنْ يَكُونَ هَذَا عَلَى مَعْنَى التَّشْدِيدِ كَمَا لَا يَخْفَى .

قوله : وزعمه

مُبْتَدَأٌ وَخَبَرُهُ قَوْلُهُ أَنَّهُ قَبْضُهُ بِغَيْرِ حَقٍّ .

قوله : وليس له أن يسترد المدفوع في الوجوه كلها

قَالَ قَاضِي خَانُ رَجُلٌ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنْ فُلَانًا وَكَلَّهُ بِقَبْضٍ دَيْنِهِ عَلَيْهِ فَأَنكَرَ وَدَفَعَ الْمَالَ إِلَيْهِ عَلَى الْإِنكَارِ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَفِي الْمُتَنَقَّى لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا مَا نَصَّهُ وَهِيَ أَرْبَعَةٌ : حَالَةُ التَّصَدِيقِ مَعَ التَّضْمِينِ وَمَعَ عَدَمِهِ وَحَالَةُ التَّكَذِيبِ وَحَالَةُ السُّكُوتِ

قوله : ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس منه

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَسْعَى الْإِنْسَانُ فِي نَقْضِ مَا تَمَّ

مِنْ جِهَتِهِ لِأَنَّهُ عَيْبٌ وَهُوَ حَرَامٌ وَلِهَذَا لَمْ تَكُنْ الشُّفْعَةُ لَوَكِيلِ الْمُشْتَرِي حَتَّى لَا يَلْزَمَ نَقْضُ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ

قوله : إنا في صورة واحدة وهو ما إذا صدقه في الوكالة

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ عَلَاءُ الدِّينِ الْإِسْبِيحَابِيُّ فِي شَرْحِ الْكَافِي لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ فِي بَابِ الْوَكَالَةِ فِي الدِّينِ ، فَإِنْ ضَاعَ الْمَالُ فِي يَدِهِ رَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ الْغَرِيمُ لِأَنَّهُ قَبْضُهُ بغيرِ حَقٍّ فَكَانَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ إِنْ كَانَ كَذِبُهُ أَوْ لَمْ يُصَدِّقْهُ وَلَمْ يُكْذِبْهُ أَوْ صَدَّقْهُ وَضَمَّنَهُ لِأَنَّهُ دَفَعَ إِلَيْهِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهُ وَكِيلٌ ، فَإِذَا أَخْلَفَ ذَلِكَ الظَّنَّ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِقَبْضِهِ ، وَإِنْ صَدَّقْهُ وَلَمْ يَضْمَنْهُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنْ قَبْضُهُ وَقَعَ حَقًّا فَلَا يَسْتَحِقُّ الرُّجُوعَ عَلَيْهِ إِلَى هُنَا لَفْظُ شَيْخِ الْإِسْلَامِ الْإِسْبِيحَابِيِّ .

أَثَقَانِي أَقُولُ وَقَدْ تَلَخَّصَ مِنْ هَذَا أَنَّ الْأَحْوَالَ فِيمَا إِذَا ضَاعَ الْمُقْبُوضُ مِنْ يَدِ الْوَكِيلِ أَرْبَعَةٌ فِي ثَلَاثَةٍ مِنْهَا يَضْمَنُ وَهِيَ مَا إِذَا صَدَّقْهُ عَلَى الْوَكَالَةِ وَضَمَّنَهُ أَوْ كَذَبَهُ أَوْ لَمْ يُصَدِّقْهُ وَلَمْ يُكْذِبْهُ وَحَالَةُ الرَّابِعَةِ لَا ضَمَانَ بِهَا وَهِيَ مَا إِذَا صَدَّقْهُ وَلَمْ يَضْمَنْهُ وَالْكُلُّ مَفْهُومٌ مِنْ عِبَارَةِ صَاحِبِ الْكَتْرِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَمَّا الْأَوَّلَى مِنْ أَحْوَالِ الضَّمَانِ فَهِيَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ إِلَّا إِذَا ضَمَّنَهُ أَيْ مَعَ كَوْنِهِ صَدَّقْهُ عَلَى الْوَكَالَةِ وَأَمَّا الثَّانِيَةُ وَالثَّلَاثَةُ مِنْهَا فَدَاخِلَتَانِ فِي قَوْلِهِ أَوْ لَمْ يُصَدِّقْهُ الْخُ قَالَ الشَّارِحُ لِأَنَّ عَدَمَ التَّصَدِيقِ يَشْمَلُ الصُّورَتَيْنِ وَأَمَّا الرَّابِعَةُ وَهِيَ حَالَةُ عَدَمِ الضَّمَانِ فَهِيَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ وَإِنْ ضَاعَ لَا فَتَبَّهَ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ قَالَ إِنِّي وَكِيلٌ بِقَبْضِ الْوَدِيعَةِ فَصَدَّقَهُ الْمُودِعُ لَمْ يُؤْمَرْ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ) ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِقَبْضِ مَالِ الْغَيْرِ فَلَا يَصِحُّ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِ فِي الْعَيْنِ بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ وَكِيلٌ بِقَبْضِ الدِّينِ فَصَدَّقَهُ حَيْثُ يُؤْمَرُ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِمَالِ نَفْسِهِ إِذَ الدُّيُونُ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا لَا بِأَعْيَانِهَا عَلَى مَا بَيَّنَّا ، وَلَوْ هَلَكَتِ الْوَدِيعَةُ عَنْدَهُ بَعْدَ مَا مَنَعَ قَبْلَ لَا يَضْمَنُ وَقِيلَ يَنْبَغِي أَنْ يَضْمَنَ ؛ لِأَنَّ الْمَنَعَ مِنْ وَكِيلِ الْمُودِعِ فِي زَعْمِهِ بِمَنْزِلَةِ الْمَنَعَ مِنَ الْمُودِعِ وَهُوَ يُوجِبُ الضَّمَانَ فَكَذَا هَذَا ، وَلَوْ سَلَّمَ الْوَدِيعَةُ إِلَيْهِ فَهَلَكَتْ فِي يَدِهِ وَأَنكَرَ الْمُودِعُ الْوَكَالََةَ يَضْمَنُ الْمُودِعُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ وَلَهُ أَنْ يُحْلِفَ الْمُودِعُ أَنَّهُ مَا وَكَلَهُ ، فَإِذَا نَكَلَ بَرِئَتْ ذِمَّتُهُ وَإِذَا حَلَفَ ضَمِنَ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّ فِي زَعْمِهِ أَنَّ الْمُودِعَ ظَالِمٌ فِي تَضْمِينِهِ إِيَّاهُ وَهُوَ مَظْلُومٌ وَالْمَظْلُومُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَظْلِمَ غَيْرَهُ إِلَّا إِذَا ضَمَّنَهُ وَقَدْ دَفَعَ لَهُ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي ذَكَرْنَا فِي الدِّينِ فَحِينَئِذٍ يَرْجِعُ عَلَيْهِ وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ تَصَدِيقٍ لَهُ عَلَى الْوَكَالَةِ رَجَعَ عَلَيْهِ مُطْلَقًا ، وَلَوْ كَانَتِ الْعَيْنُ بَاقِيَةً أَخَذَهَا فِي الصُّورِ كُلِّهَا ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بِأَدَاءِ الضَّمَانِ ، وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يَسْتَرِدَّهَا مِنْهُ بَعْدَ مَا دَفَعَهَا إِلَيْهِ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ سَاعٍ فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ لَمْ يُؤْمَرْ بِالِدَّفْعِ إِلَيْهِ (وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الدَّفْعِ .

غَايَةً

قَوْلُهُ : وَلَوْ سَلَّمَ الْوَدِيعَةَ إِلَيْهِ فَهَلَكَتْ فِي يَدِهِ وَأَنْكَرَ الْمُودِعُ الْخ

قَالَ الْأَنْقَايُ رَحِمَهُ اللَّهُ ، فَإِنْ كَانَتْ ضَاعَتْ فِي يَدِهِ أَيْ يَدِ الْوَكِيلِ فَهَلْ لِلْمُودِعِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ فَهُوَ عَلَى وَجْهِهِ : أَحَدُهَا أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ الْمُودِعُ مَعَ التَّصَدِيقِ بَلَا تَضْمِينٍ فَلَا رُجُوعَ فِيهِ لِأَنَّ فِي زَعْمِهِ أَنَّ الْوَكِيلَ مُحَقِّقٌ فِي الْأَخْذِ وَلَكِنَّ الْمُوَكَّلَ ظَلَمَ فِي الْأَخْذِ ثَانِيًا بِالتَّضْمِينِ وَالْمَرْءُ مُوَاخَذٌ بِزَعْمِهِ وَالثَّانِي أَنْ يَدْفَعَ بِالتَّصَدِيقِ وَشَرَطُ الضَّمَانِ احْتِطَاطًا مِنْ تَكْذِيبِ الْعَائِبِ رَجَعَ عَلَى الْوَكِيلِ لِأَجْلِ ضَمَانِهِ وَالثَّلَاثُ أَنْ يَدْفَعَ مَعَ التَّكْذِيبِ ، فَإِذَا ضَمَّنَهُ الْعَائِبَ كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَى الْوَكِيلِ لِأَنَّ فِي زَعْمِهِ أَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ وَالرَّابِعُ أَنْ يَدْفَعَ بَلَا تَضْمِينٍ وَلَا تَكْذِيبٍ ، فَإِذَا ضَمَّنَهُ الْعَائِبَ كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ أَيْضًا لِأَنَّ الدَّفْعَ كَانَ عَلَى رَجَاءِ الْإِجَازَةِ مِنَ الْعَائِبِ ، فَإِذَا انْقَطَعَ الرَّجَاءُ رَجَعَ عَلَى الْوَكِيلِ وَهَذِهِ الْأَوْجُهُ تُؤْخَذُ مِنْ كَلَامِ الشَّارِحِ لَكِنِّي بَادَرْتُ بِكِتَابَتِهَا قَبْلَ التَّأَمُّلِ فِي كَلَامِ الشَّارِحِ

قَوْلُهُ : وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْوَكِيلِ

أَيِّ فِيهَا إِذَا دَفَعَهَا إِلَيْهِ الْمُودِعُ مَعَ التَّصَدِيقِ بَلَا تَضْمِينٍ

قَوْلُهُ : وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ تَصَدِيقٍ

صَادِقٌ بِمَا إِذَا دَفَعَهَا إِلَيْهِ مَعَ التَّكْذِيبِ وَبِمَا إِذَا دَفَعَهَا إِلَيْهِ بَلَا تَضْمِينٍ وَلَا تَكْذِيبٍ .

قَوْلُهُ : مُطْلَقًا

أَيِّ سَوَاءٌ ضَمَّنَهُ أَوْ لَمْ يَضْمَنْهُ ك

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَكَذَا لَوْ ادَّعَى الشَّرَاءَ وَصَدَّقَهُ) يَعْنِي لَوْ ادَّعَى رَجُلٌ شِرَاءَ الْوَدِيعَةِ وَصَدَّقَهُ الْمُودِعُ لَمْ يُؤْمَرْ بِالِدَّفْعِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ عَلَى الْغَيْرِ غَيْرُ مَقْبُولٍ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ ادَّعَى أَنَّ الْمُودِعَ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ وَصَدَّقَهُ دَفَعَ إِلَيْهِ) ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ قَدْ زَالَ بِمَوْتِهِ وَاتَّفَقَا أَنَّهُ مَالُ الْوَارِثِ فَيَدْفَعُهُ إِلَيْهِ ، وَلَوْ ادَّعَى رَجُلٌ أَنَّ صَاحِبَ الْمَالِ مَاتَ وَلَمْ يَدَعْ وَارِثًا وَأَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِمَا فِي يَدِ رَجُلٍ مِنْ عَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ وَصَدَّقَهُ الَّذِي فِي يَدِهِ الْمَالُ يُؤْمَرْ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ بَعْدَ التَّلَوُّمِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى أَنَّهُ لَمْ يَتْرِكْ وَارِثًا يُنْزَلُ مِنْزِلَةُ الْوَارِثِ فَيَدْفَعُ إِلَيْهِ بَعْدَ التَّلَوُّمِ كَمَا يَدْفَعُ إِلَى الْوَارِثِ بَعْدَ التَّلَوُّمِ

لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ لَهُ وَارِثٌ آخَرُ ، وَلَوْ لَمْ يُقَرَّ مَنْ فِي يَدِهِ الْمَالُ بَلْ أُنْكِرَ مَوْتَهُ أَوْ قَالَ لَا أَدْرِي لَا يُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ مَا لَمْ يُقَمَّ الْبَيِّنَةُ ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ لَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا لَمْ يَكُنْ صَاحِبُ الْيَدِ خَصْمًا وَتَمَامُهُ فِي التَّخْرِيرِ ، وَلَوْ ادَّعَى أَنَّ صَاحِبَ الْمَالِ مَاتَ وَأَوْصَى إِلَيْهِ وَصَّدَّقَهُ ذُو الْيَدِ لَا يُلْتَفَتُ إِلَى تَصَدِيقِهِ وَلَا يُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ إِذَا كَانَ الْمَالُ عَيْنًا فِي يَدِ الْمُقَرِّ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ وَكَيلُ صَاحِبِ الْمَالِ بِقَبْضِ الْوَدِيعَةِ أَوْ الْعَصَبِ بَعْدَ مَوْتِهِ فَلَا يَصِحُّ كَمَا لَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ وَكَلَّهُ حَالِ حَيَاتِهِ بِقَبْضِ الْعَيْنِ ، وَإِنْ كَانَ الْمَالُ دَيْنًا عَلَى الْمُقَرِّ فَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ الْأَوَّلِ يُصَدَّقُ وَيُؤْمَرُ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَى نَفْسِهِ إِذْ الْقَضَاءُ فِي خَالِصِ مَا لَهُ كَمَا لَوْ ادَّعَى أَنَّهُ وَكَلَّهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ وَصَدَّقَهُ الْمَدِينُ يُجْبَرُ عَلَى التَّسْلِيمِ بِخِلَافِ مَا لَوْ صَدَّقَهُ أَنَّهُ وَكَيلُ بِقَبْضِ الْوَدِيعَةِ وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ الْأَخِيرِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُصَدَّقُ وَلَا يُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ إِقْرَارًا عَلَى نَفْسِهِ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَ لَكِنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَى الْغَائِبِ مِنْ

وَجْهِ وَدَعَا لِبَرَاءَةِ نَفْسِهِ يَدْفَعُ الْمَالَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ دَفَعَ الدَّيْنُ إِلَيْهِ وَتَحَقَّقَ مَوْتُ صَاحِبِ الْمَالِ بَرَأَ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ لِصِحَّةِ أَمْرِ الْقَاضِي بِذَلِكَ حَتَّى لَوْ حَضَرَ الْوَارِثُ وَأُنْكِرَ وَصَايَتَهُ لَا يُلْتَفَتُ إِلَيْهِ وَلَا لَهُ وَلَايَةُ إِبْطَاعِ الْغَرِيمِ فَيُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَبْرَأَ مِنَ الدَّيْنِ بِقَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ حُجَّةٍ بِخِلَافِ مَا لَوْ أَقَرَّ بِوَكَايَتِهِ حَالِ حَيَاتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ حَضَرَ رَبُّ الدَّيْنِ وَأُنْكِرَ كَانَ لَهُ أَنْ يَتَّبِعُهُ بِدَيْنِهِ ؛ لِأَنَّ أَمْرَ الْقَاضِي بِالْدَّفْعِ لَمْ يَصِحَّ فِي حَيَاتِهِ ذَكَرَهُ فِي التَّيْسِيرِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ وَكَلَّهُ بِقَبْضِ مَالِهِ فَادَّعَى الْغَرِيمُ أَنَّ رَبَّ الْمَالِ أَخَذَهُ دَفَعَ الْمَالَ) أَيُّ رَجُلٍ وَكَلَّ رَجُلًا بِقَبْضِ دَيْنٍ لَهُ عَلَى غَرِيمِهِ فَقَالَ الْغَرِيمُ لِلْوَكِيلِ إِنَّ رَبَّ الْمَالِ أَخَذَهُ مِنِّي يُجْبَرُ عَلَى دَفْعِ الْمَالِ إِلَى الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّ وَكَايَتَهُ تُثَبِّتُ بِقَوْلِهِ أَخَذَهُ رَبُّ الْمَالِ إِذَا لَمْ يُنْكِرْ الْوَكَاةَ ، وَإِنَّمَا ادَّعَى الْإِيْفَاءَ وَفِي ضِمْنِ دَعْوَاهُ إِقْرَارٌ بِالْدَّيْنِ وَبِالْوَكَاةِ وَهَذَا لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ هُوَ مُحِقًّا عِنْدَهُ فِي طَلَبِ الدَّيْنِ لَمَا اشْتَعَلَ بِذَلِكَ فَصَارَ كَمَا إِذَا طَلَبَ مِنْهُ الدَّيْنُ فَقَالَ أَوْفَيْتُكَ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ إِقْرَارًا بِالْدَّيْنِ ، فَإِذَا كَانَ إِقْرَارًا تُثَبِّتُ الْوَكَاةَ فِي زَعْمِهِ وَلَمْ يَثْبُتِ الْإِيْفَاءُ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ فَيُؤْمَرُ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِالْوَكَاةِ صَرِيحًا عَلَى مَا بَيَّنَّا ، وَلَوْ طَلَبَ الْغَرِيمُ تَحْلِيلَ الْوَكِيلِ أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ الْمُوَكَّلَ اسْتَوْفَى مِنْهُ لَمْ يَحْلِفْ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ لَا تَجْرِي فِيهَا النَّيَابَةُ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ وَفِيهِ خِلَافٌ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَاتَّبَعَ رَبُّ الْمَالِ وَاسْتَحْلَفَهُ) أَيُّ الْغَرِيمِ يَتَّبِعُ رَبُّ الْمَالِ فَيَسْتَحْلَفُهُ ؛ لِأَنَّ قَبْضَهُ يُوجِبُ بَرَاءَةَ دَيْنِهِ وَالطَّلِبُ لَوْ أَقَرَّ بِهِ لَزِمَهُ فَيَسْتَحْلِفُ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ

الشرح

قَوْلُهُ : وَفِيهِ خِلَافٌ زُفَرُ (قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي كِتَابِ التَّقْرِيبِ وَقَالَ زُفَرُ أُحْلَفُ عَلَى عِلْمِهِ ، فَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ خَرَجَ مِنَ الْوَكَاةِ وَلَنَا أَنَّ الْوَكِيلَ قَامَ مَقَامَ الْمُوَكَّلِ فِي الْخُصُومَةِ وَمَنْ قَامَ مَقَامَ غَيْرِهِ لَا يُسْتَحْلَفُ فِيمَا يُدْعَى قَبْلَهُ مِنَ الْإِسْتِيفَاءِ كَالْوَصِيِّ وَلِأَنَّ الْغَرِيمَ يَدْعِي الْإِيْفَاءَ عَلَى الْمُوَكَّلِ وَالْيَمِينَ عَلَيْهِ فَلَمْ تَصِحَّ النَّيَابَةُ فِيهَا وَجْهٌ قَوْلُ زُفَرٍ أَنَّ الْبَيِّنَةَ لَمَّا جَازَ أَنْ تُسْمَعَ عَلَى الْوَكِيلِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِسْقَاطِ حَقِّهِ فِي الْخُصُومَةِ جَازَ أَنْ يُسْتَحْلَفَ لِيُنْكَلَ فَيُثَبِّتَ هَذَا الْمَعْنَى وَكَمَا لَوْ أَقَرَّ سَقَطَتْ خُصُومَتُهُ .

غَايَةُ

قوله في المتن واتبع رب المال واستحلّفه

، فَإِنْ حَلَفَ مَضَى الْأَدَاءُ ، وَإِنْ نَكَلَ يُتْبَعُ الْقَابِضُ فَيُسْتَرَدُّ مَا قَبِضَ .

غَايَةٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ وَكَّلَهُ بِعَيْبٍ فِي أَمَةٍ وَادَّعَى الْبَائِعُ رِضَا الْمُشْتَرِي لَمْ يَرُدَّ عَلَيْهِ حَتَّى يَحْلِفَ الْمُشْتَرِي) أَيَّ وَكَّلَهُ بِرَدِّ جَارِيَةٍ بِسَبَبِ عَيْبٍ فِيهَا فَقَالَ الْبَائِعُ الْمُشْتَرِي رَضِيَ بِالْعَيْبِ لَا يَرُدُّ عَلَى الْبَائِعِ حَتَّى يَحْلِفَ الْمُشْتَرِي بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الدِّينِ ؛ لِأَنَّ التَّدَارُكَ مُمَكِّنٌ هُنَاكَ بِاسْتِرْدَادِ مَا قَبِضَهُ الْوَكِيلُ إِذَا ظَهَرَ الْخَطَأُ عِنْدَ نُكُولِهِ وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِي الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِالْفَسْخِ نَافِذٌ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَيَصِحُّ الْقَضَاءُ وَيَلْزَمُ وَلَا يُسْتَحْلَفُ الْمُشْتَرِي بَعْدَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ إِذْ لَا يَحُوزُ فَسْخُ الْقَضَاءِ وَفِي مَسْأَلَةِ الدِّينِ لَيْسَ فِيهِ قَضَاءٌ ، وَإِنَّمَا فِيهِ الْأَمْرُ بِالتَّسْلِيمِ ، فَإِذَا ظَهَرَ الْخَطَأُ فِيهِ أُمَكِّنَ نَزْعُهُ مِنْهُ وَدَفَعُهُ إِلَى الْعَرِيمِ مِنْ غَيْرِ نَقْضِ الْقَضَاءِ وَلِأَنَّ حَقَّ الطَّلَبِ فِي الدِّينِ ثَابِتٌ بَيِّنٌ لَتَحَقُّقِ الْمَوْجِبِ فَلَا يَمْتَنِعُ عَلَى الْوَكِيلِ اسْتِيفَاؤُهُ مَا لَمْ يَثْبُتِ الْعَرِيمُ مَا يُسْقِطُهُ وَلَا كَذَلِكَ الْعَيْبُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَيَقَّنُ ثُبُوتَ حَقِّ الْمُشْتَرِي فِي الرَّدِّ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَأَى الْعَيْبَ وَرَضِيَ بِهِ وَقَتَ التَّسْلِيمِ فَيَمْتَنِعُ ثُبُوتُ حَقِّهِ فِي الرَّدِّ أَصْلًا وَقَالُوا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يَجِبُ أَنْ لَا يُفَرَّقَ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ بَلْ يَرُدُّ فِيهِمَا لِلْحَالِ ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِالْخَطَأِ لَا يَنْفَذُ إِلَّا ظَاهِرًا عِنْدَهُمَا فَأَمَكِّنَ التَّدَارُكَ فِيهِمَا وَقِيلَ الْأَصَحُّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْ يُؤَخَّرَ فِي الْفَصْلَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَذْهَبِهِ أَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَرُدُّ بِالْعَيْبِ عَلَى الْبَائِعِ مَا لَمْ يَسْتَحْلِفِ الْمُشْتَرِي بِاللَّهِ تَعَالَى مَا رَضِيَ بِهِدَا الْعَيْبِ ، وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ الْبَائِعُ الرِّضَا فَلَا بُدَّ مِنْ حُضُورِ الْمُشْتَرِي وَحَلْفِهِ

الشرح

قوله في المتن لم يرد عليه حتى يحلف المشتري

قَالَ الْكَاتِبُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَبِهِ قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى وَقَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ لَا يُلْتَفَتُ إِلَى قَوْلِ الْبَائِعِ فَيَرُدُّ كَمَا فِي الدِّينِ وَلَا يَمِينُ عَلَى الْوَكِيلِ إِذَا لَمْ يَدَّعِ الْبَائِعُ عِلْمَهُ أَمَّا لَوْ ادَّعَى عِلْمَهُ يَحْلِفُ عَلَى الْعِلْمِ وَبِهِ قَالَ زُفَرٌ وَعِنْدَنَا لَا يَحْلِفُ أَيْضًا

قوله : بخلاف مسألة الدين

قَالَ الْأَنْقَايُ حَيْثُ يَدْفَعُ الْمَالُ إِلَى الْوَكِيلِ بِلَا تَأْخِيرٍ إِلَى حُضُورِ رَبِّ الدِّينِ وَحَلْفِهِ وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ لَا يَرُدُّ الْمَبِيعُ عَلَى الْبَائِعِ بَلْ يُؤَخَّرُ الْأَمْرُ إِلَى أَنْ يَحْضُرَ الْمُشْتَرِي فَيَحْلِفَ أَنَّهُ مَا رَضِيَ بِالْعَيْبِ

قوله : لأن القضاء بالفسخ نافذ

، وَإِنْ ظَهَرَ الْخَطَأُ .

هَدَايَةٌ

قوله : ظاهراً وباطناً عند أبي حنيفة

، فإذا سقط البيع ظاهراً وباطناً لا يمكن إعادته بعد ذلك فلاجل هذا يؤخر الرد إلى أن يحضر المشتري فيحلف غاية

قوله : وقيل الناصح عند أبي يوسف أن يؤخر في الفصلين

نظراً للعزم والبائع .

غاية قوله للعزم أي في مسألة الدين قوله والبائع أي في مسألة الرد بالعيب .

قال رحمه الله (ومن دفع إلى رجل عشرة ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة) وهذا استحسان والقياس أن يكون متبرعاً ؛ لأنه خالف أمره فترد العشرة على الموكل وجه الاستحسان أن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء ؛ لأن الإنفاق لا يكون بدون الشراء فيكون التوكيل به وكيلاً بالشراء والوكيل بالشراء يملك النقد من مال نفسه ثم يرجع به على الأمر وهذا ؛ لأنه لا يستصحب دراهم الأمر في كل مكان وينفق له ما أمره به من غير قصد فيشره له ويحتاج إلى النقد من مال نفسه فلم يجعل متبرعاً تحقيقاً لغرض الأمر ونفياً للخرج عن المأمور وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين ؛ لأنه ليس في معنى الشراء ففي القياس يكون متبرعاً ؛ لأن أمره كان مقيداً بالمال المدفوع إليه ففي دفع مال آخر هو كالأجنبي فيكون متبرعاً في القضاء من مال نفسه ويرد على المطلوب ما أخذه منه ؛ لأنه ملكه ، وقد كان عينه لجهة ، وقد استعنى عنه .

وجه الاستحسان أن مقصود الأمر تحصيل البراءة ، وقد حصلت ولا فرق في ذلك بين المالكين فلم يكن التقييد مفيداً فلا يعتبر ولأن الوكيل قد يتولى بوجود الطالب في موضع ليس معه مال الموكل فيحتاج إلى أن يدفع مثله من مال نفسه ليأخذ بذلك من مال الأمر فكان هذا توكيلاً بالمبادلة من وجه وهذا القدر من المبادلة يكفي لصحة الرجوع عليه والله تعالى أعلم

الشرح

قوله في المثن فالعشرة بالعشرة

ومعنى قوله فالعشرة بالعشرة أي تكون العشرة التي حبسها عنده له بالعشرة التي أنفقها من خالص ماله ولا يكون متبرعاً بالعشرة التي أنفقها ولا ترد العشرة المحبوسة على الموكل ولم يذكر محمد في الأصل مسألة الإنفاق بل ذكر مسألة قضاء الدين فقال في كتاب الوكالة ، وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم فقال ادفعها إلى فلان قضاء علي فدفع الوكيل غيرها واحتبس ألف عنده كان القياس أن يدفع التي حبسها إلى الموكل ويكون متطوعاً في التي دفع ولكني أدع القياس وأستحسن أن أجيزه إلى هنا لفظ الأصل ولم يذكر محمد القياس والاستحسان في الجامع الصغير وقالوا في شروحه هذا الذي ذكره استحسان والقياس أن يردها على الموكل إن كانت قائمة ويضمن إن كان استهلكها وهو قول زفر وجه القياس أن الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالة ، وإن كانتا لا يتعينان في عقود المعاوضات وعندنا حتى لو هلكت الدراهم قبل الإنفاق أو قبل الشراء بها في التوكيل بالشراء بطلت الوكالة .

فَإِذَا أَتَفَقَ عَشْرَةٌ مِنْ عِنْدِهِ كَانَ مُتَبَرِّعًا فَلَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يَرْجَعَ عَلَى الْمُوَكَّلِ وَلِأَنَّهُ خَالَفَ الْأَمْرَ فَيَرُدُّ مَالُ الْمُوَكَّلِ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ أَمَرَهُ بِأَنْ يُنْفِقَ مِنْ مَالِ الدَّافِعِ لَا مِنْ مَالِ نَفْسِهِ فَلَمَّا أَتَفَقَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ خَالَفَ وَكَانَ مُتَطَوِّعًا أَثَقَانِيٌّ وَكَتَبَ أَيْضًا مَا نَصَّهُ قَالَ قَاضِي خَانَ فِي فِتَاوِيهِ رَجُلٌ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ وَأَمَرَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهَا فَأَتَفَقَ الْوَكِيلُ ثُمَّ تَصَدَّقَ عَنِ الْأَمْرِ بِعَشْرَةٍ مِنْ مَالِهِ لَا يَجُوزُ وَيَكُونُ ضَامِنًا

لِلْعَشْرَةِ وَلَوْ كَانَتْ الدَّرَاهِمُ قَائِمَةً فَأَمْسَكَهَا الْوَكِيلُ وَتَصَدَّقَ مِنْ عِنْدِهِ بِعَشْرَةٍ حَازَ اسْتِحْسَانًا وَتَكُونُ الْعَشْرَةُ لَهُ بِعَشْرَتِهِ ، وَلَوْ دَفَعَ رَجُلٌ دِينَارًا إِلَى رَجُلٍ وَأَمَرَهُ أَنْ يَبِيعَهُ فَبَاعَ الْمَأْمُورُ دِينَارًا مِنْ عِنْدِ نَفْسِهِ وَأَمْسَكَ دِينَارَ الْأَمْرِ لِنَفْسِهِ قَالَ أَبُو يُوسُفَ لَا يَجُوزُ وَلَوْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ دِينَارًا لِيَشْتَرِيَ بِهِ ثَوْبًا فَاشْتَرَى بِدِينَارٍ مِنْ عِنْدِ نَفْسِهِ حَازَ شِرَاؤُهُ لِلْأَمْرِ وَيَكُونُ الدِّينَارُ لَهُ وَكَذَا لَوْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ دِينَارًا لِيَقْضِيَ غَرِبًا لَهُ فَقَضَاهُ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ وَأَمْسَكَ الدِّينَارَ لِنَفْسِهِ حَازَ .

قوله : فَيَرُدُّ الْعَشْرَةَ عَلَى الْمُوَكَّلِ

أَيُّ إِنْ كَانَتْ قَائِمَةً وَيُضْمَنُ إِنْ كَانَ اسْتَهْلَكَهَا وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ .

غَايَةٌ

قوله : ثُمَّ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْأَمْرِ

، وَإِذَا ظَفَرَ بَعْضُ حَقِّهِ مِنْ مَالِ الْأَمْرِ كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ غَايَةً قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ عَلَاءُ الدِّينِ الْإِسْبِيحَايِيُّ فِي شَرْحِ الْكَافِي لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ : وَإِذَا دَفَعَ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَقَالَ : ادْفَعْهَا إِلَى فُلَانٍ قَضَاءً عَنِّي فَدَفَعَ الْوَكِيلُ غَيْرَهَا وَاحْتَبَسَهَا عِنْدَهُ كَانَ الْقِيَاسُ أَنْ يَدْفَعَ الْأَلْفَ الَّتِي احْتَبَسَ إِلَى الْمُوَكَّلِ وَيَكُونُ مُتَطَوِّعًا فِيمَا دَفَعَهُ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ بِالْدَّفْعِ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ فَيَكُونُ مُتَطَوِّعًا وَقَدْ بَطَلَتْ جِهَةٌ قَضَاءِ الدِّينِ فَيَلْزَمُهُ الرُّدُّ إِلَى الْمَالِكِ وَلَكِنِّي اسْتَحْسِنُ أَنْ أُجِيزَهُ لِأَنَّ الْمَأْمُورَ بِقَضَاءِ الدِّينِ مَأْمُورٌ بِشِرَاءِ مَا فِي ذِمَّةِ الْأَمْرِ بِالدَّرَاهِمِ وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ إِذَا اشْتَرَى وَتَقَدَّرَ الثَّمَنُ مِنْ عِنْدِ نَفْسِهِ سَلَّمَ الْمَقْبُوضُ لَهُ .

أَثَقَانِيٌّ

قوله : وَيَحْتَاجُ إِلَى النَّقْدِ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ إِنْ خُ

فَكَانَ مِنْ طَرِيقِ الدَّلَالَةِ كَأَنَّ الْمُوَكَّلَ أَمَرَهُ بِأَنْ يُنْفِقَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ ، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ لَهُ حَقُّ

الرُّجُوعِ عَلَى الْمُوَكَّلِ وَلَمْ يَكُنْ مُتَطَوِّعًا فِيمَا فَعَلَ كَالْوَصِيِّ إِذَا قَضَى دَيْنَ الْمَيِّتِ إِمَّا لِنَفْسِهِ أَوْ الْوَارِثِ قَضَى دَيْنَ الْمَيِّتِ بَعِيرٍ إِذْهُنَ الْوَرِثَةِ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ لَا يَكُونُ مُتَطَوِّعًا فَكَذَلِكَ هَاهُنَا قَالُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ مِنَ الْمَشَائِخِ مَنْ قَالَ مَسْأَلَةً كِتَابِ الْوَكَالَةِ فِي قَضَاءِ الدِّينِ وَلَيْسَ فِي قَضَاءِ الدِّينِ مَعْنَى الشِّرَاءِ فَوَرَدَ فِيهِ الْقِيَاسُ وَالِاسْتِحْسَانُ اللَّذَانِ ذَكَرَهُمَا مُحَمَّدٌ فِي كِتَابِ الْوَكَالَةِ .

قَوْلُهُ : لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الشَّرَاءِ

أَمَّا الْإِنْفَاقُ شِرَاءٌ فَلَمْ يَخْتَلِفْ فِيهِ وَجْهًا الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ بَلْ صَحَّ ذَلِكَ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا حَتَّى رَجَعَ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكَّلِ بِمَا أَتَّفَقَ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا .

غَايَةُ

باب عزل الوكيل

اعْلَمْ أَنَّ لِلْمُوَكَّلِ عَزْلَ الْوَكِيلِ عَنِ الْوَكَالَةِ مَتَى شَاءَ ؛ لِأَنَّهُا حَقُّ فِيمِلِكُ إِبْطَالُهَا إِلَّا إِذَا تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ الْغَيْرِ بَأَنْ وَكَّلَهُ بِالْخُصُومَةِ بِالتَّمَّاسِ مِنَ الطَّالِبِ عِنْدَ غَيْبَةِ الْمَطْلُوبِ ، فَإِنَّ الْمُوَكَّلَ لَا يَمْلِكُ عَزْلَهُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا خَلَّى سَبِيلَهُ اعْتِمَادًا عَلَى أَنَّهُ يَتِمَكَّنُ مِنْ إِثْبَاتِ حَقِّهِ مَتَى شَاءَ فَلَوْ جَازَ عَزْلُهُ لَتَضَرَّرَ بِهِ الطَّالِبُ عِنْدَ اخْتِفَاءِ الْمَطْلُوبِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِ فَصَارَ كَالْوَكَالَةِ الْمَشْرُوطَةِ بِبَيْعِ الرَّهْنِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْمَطْلُوبُ حَاضِرًا أَوْ كَانَتْ الْوَكَالَةُ مِنْ غَيْرِ التَّمَّاسِ الطَّالِبِ أَوْ كَانَتْ مِنْ جِهَتِهِ لَتَمَكَّنَهُ مِنَ الْخُصُومَةِ مَعَ الْمَطْلُوبِ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَلَعَدَمَ تَعَلُّقِ حَقِّهِ بِالْوَكَالَةِ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي إِذْ هُوَ لَمْ يَطْلُبْ وَفِي الْوَجْهِ الثَّلَاثِ الْعَزْلُ إِلَى الطَّالِبِ وَهُوَ صَاحِبُ الْحَقِّ فَلَهُ أَنْ يَعْزِلَهُ وَيُيَاشِرَ الْخُصُومَةَ بِنَفْسِهِ وَلَهُ أَنْ يَتْرَكَ الْخُصُومَةَ بِالْكُلِّيَّةِ وَعَلَى هَذَا قَالَ بَعْضُ الْمَشَايِخِ إِذَا وَكَّلَ الزَّوْجُ وَكِيلًا بِطَلَّاقِ زَوْجَتِهِ بِالتَّمَّاسِ ثُمَّ غَابَ لَا يَمْلِكُ عَزْلَهُ وَلَيْسَ بِشَيْءٍ بَلْ لَهُ عَزْلُهُ فِي الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ لَا حَقَّ لَهَا فِي الطَّلَاقِ وَعَلَى هَذَا قَالُوا لَوْ قَالَ الْمُوَكَّلُ لِلْوَكِيلِ كُلَّمَا عَزَلْتُكَ فَأَنْتَ وَكِيلِي لَا يَمْلِكُ عَزْلَهُ ؛ لِأَنَّهُ كُلَّمَا عَزَلَهُ تَجَدَّدَتْ الْوَكَالَةُ لَهُ وَقِيلَ يَنْعَزِلُ بِقَوْلِهِ كُلَّمَا وَكَّلْتُكَ فَأَنْتَ مَعزُولٌ وَقَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ عِنْدِي أَنَّهُ يَمْلِكُ عَزْلَهُ بَأَنْ يَقُولَ عَزَلْتُكَ عَنْ جَمِيعِ الْوَكَالَاتِ فَيَنْصَرِفُ ذَلِكَ إِلَى الْمُعَلَّقِ وَالْمُنْفَذِ ؛ لِأَنَّا لَوْ لَمْ نَجُوزْ ذَلِكَ أَدَّى ذَلِكَ إِلَى تَغْيِيرِ حُكْمِ الشَّرْعِ بِجَعْلِ الْوَكَالَةِ مِنَ الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ وَكِلَاهُمَا لَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ فِي الْأَوَّلِ عَزْلَهُ وَتَوَكِيلَهُ مِنْ

غَيْرِ فَصَلَّ بَيْنَهُمَا دَائِمًا لَا إِلَى نِهَآيَةٍ وَلَيْسَ فِيهِ وَكَالَةٌ تَنْفَعُ وَلَا عَزْلٌ يَمْنَعُ وَلَيْسَ فِي الثَّانِي مَا يُبْطِلُ الْوَكَالَةَ الْمُعَلَّقةَ ؛ لِأَنَّ عَزْلَهُ لَا يَتَنَوَّلُ إِلَّا الْمَوْجُودَةَ إِذْ لَا يُتَصَوَّرُ عَزْلُ الْوَكِيلِ قَبْلَ الْوَكَالَةِ كَمَا لَا يُتَصَوَّرُ عَزْلُ الْقَاضِي أَوْ السُّلْطَانِ قَبْلَ التَّوَلِّيَةِ وَلَكِنَّ الصَّحِيحَ إِذَا أَرَادَ عَزْلَهُ وَأَرَادَ أَنْ لَا تَنْعَقِدَ الْوَكَالَةُ بَعْدَ الْعَزْلِ أَنْ يَقُولَ رَجَعْتُ عَنْ الْمُعَلَّقةِ وَعَزَلْتُكَ عَنِ الْمُتَجَرَّةِ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَكُونُ لَازِمًا يَصِحُّ الرَّجُوعُ عَنْهُ وَالْوَكَالَةُ مِنْهُ

الشرح

باب عزل الوكيل

أَخَّرَ الْعَزْلَ عَنِ الْوَكَالَةِ لِمَا أَنَّهُ يَفْتَضِي سَبْقَ بُبُوتِهَا فَتَنَاسَبَ ذِكْرُهُ آخِرًا غَايَةً

قوله : إِنْ إِذَا تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ الْغَيْرِ بَأْنِ وَكَلَهُ بِالْخُصُومَةِ

أَيُّ وَكَلِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَكَيْلًا بِالْخُصُومَةِ مَعَ الْمُدْعَى بِالتَّمَّاسِ الْمُدْعَى .

قوله : فَإِنَّ الْمُوَكَّلَ لَا يَمْلِكُ عَزْلَهُ

أَيُّ بَلَا رِضَا الْخَصْمِ لَمَّا يَلْزَمُ إِبْطَالُ حَقِّ الْغَيْرِ قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ عَلَاءُ الدِّينِ الْإِسْبِجَائِيُّ فِي شَرْحِ الْكَافِي لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ ، وَإِذَا وَكَلَهُ بِالْخُصُومَةِ فَلَهُ أَنْ يَعْزِلَهُ مَتَى شَاءَ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ اسْتِنَابَةٌ ، فَإِذَا عَزَلَهُ فَقَدْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ اسْتَعْنَى عَنْهُ فَيَمْلِكُ ذَلِكَ إِلَّا فِي خَصْلَةٍ وَاحِدَةٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْخَصْمُ قَدْ أَخَذَهُ حَتَّى جَعَلَ لَهُ وَكَيْلًا فِي الْخُصُومَةِ فَلَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يُخْرِجَهُ إِلَّا بِمَحْضَرٍ مِنَ الْخَصْمِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَصُورُهُ أَنْ يَقُولَ : إِنِّي أَخَافُ أَنْ تَغِيبَ فَوَكَّلْتُ وَكَيْلًا إِنْ غَبَتِ أَخَاصِمُهُ فَيَقْضَى لِي عَلَيْهِ فَقَدْ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ الطَّالِبِ فَلَا يُمْكِنُ إِبْطَالُهَا إِلَّا بِعِلْمِهِ إِلَى هُنَا لَفْظُ شَيْخِ الْإِسْلَامِ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ الْإِمَامُ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ الْإِسْبِجَائِيُّ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَلِلْمُوَكَّلِ أَنْ يَعْزِلَ وَكَيْلَهُ مَتَى شَاءَ وَيَكُونُ بَعْزِلُهُ إِيَّاهُ خَارِجًا عَنْ وَكَالَتِهِ وَهَذَا إِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِوَكَالَتِهِ حَقُّ الْغَيْرِ .

فَأَمَّا إِذَا تَعَلَّقَ بِوَكَالَتِهِ حَقُّ الْغَيْرِ فَلَا يَمْلِكُ الْمُوَكَّلُ عَزْلَهُ بِغَيْرِ رِضَا مَنْ لَهُ الْحَقُّ كَمَا لَوْ رَهَنَ مَالَهُ عِنْدَ رَجُلٍ بَدَيْنَ لَهُ عَلَيْهِ أَوْ وَضَعَهُ عِنْدَ رَجُلٍ عَدْلٍ وَجَعَلَ الْمُتْرَهَنَ أَوْ الْعَدْلَ مُسَلِّطًا عَلَى بَيْعِهِ عِنْدَ مَحَلِّ الْأَحْلِ ثُمَّ عَزَلَ الرَّاهِنُ الْمُسَلِّطَ عَلَى الْبَيْعِ ، فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ عَزْلُ الْمُدْعَى وَكَذَلِكَ لَوْ وَكَلِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ

وَكَيْلًا بِالْخُصُومَةِ مَعَ الْمُدْعَى بِالتَّمَّاسِ الْمُدْعَى ثُمَّ عَزَلَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ بِغَيْرِ حَضْرَةِ الْمُدْعَى فَلَا يَنْعَزِلُ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِذِهِ الْوَكَالَةِ حَقُّ الْغَيْرِ .

أَنْتَقَانِي

قوله : أَوْ كَانَتْ مِنْ جِهَتِهِ

أَيُّ بِأَنَّ وَكَلِ الطَّالِبُ رَجُلًا بِالْخُصُومَةِ فَلَهُ عَزْلُهُ عِنْدَ غَيْبَةِ الْمُطْلُوبِ .

قوله : وَعَلَى هَذَا قَالُوا لَوْ قَالَ الْمُوَكَّلُ لِلْوَكِيلِ الْخُ

قَالَ قَاضِي خَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي فَصْلِ الْوَقْفِ عَلَى الْقَرَابَاتِ مَا نَصَّهُ وَقَدْ اخْتَلَفَ نَصِيرُ بْنُ يَحْيَى وَمُحَمَّدُ بْنُ سَلَمَةَ فِي الرَّجُلِ إِذَا وَكَلِ وَكَيْلًا عَلَى أَنَّهُ مَتَى أَخْرَجَهُ عَنِ الْوَكَالَةِ فَهُوَ وَكَيْلُهُ قَالَ نَصِيرُ تَجَوُّزُ هَذِهِ الْوَكَالَةِ بِهَذَا الشَّرْطِ ، وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ سَلَمَةَ لَا تَجَوُّزُ ، وَإِنَّمَا

اختلفوا لاختلاف تفسير هذا الشرط فمحمد بن سلمة فهم من هذا الكلام أنه متى أخرجه عن هذه الوكالة فهو وكيله بهذه الوكالة وهذا مخالف للشرع لأن حكم الوكالة في الشرع أن لا تكون لازمة ويبرئ عليها العزل ونصير فهم من هذا الكلام أنه متى أخرجه عن هذه الوكالة فهو وكيله وكالة مستقبلية ولو صرح بذلك كان جائزاً قال الفقيه أبو جعفر: لو صرح بذلك إنما تجوز الوكالة في غير الوقف أما في الوقف، وإن صرح بذلك، فإنما تبطله صيانة للوقف عن البطلان ثم في غير الوقف إذا جازت الوكالة بهذا الشرط، فإن أراد أن يخرج عن الوكالة ينبغي أن يقول رجعت عن قولي متى أخرجتك عن الوكالة فأنت وكيلي فيصح رجوعه عن الوكالة المتعلقة ثم يقول أخرجتك عن الوكالة.

قال رحمه الله (وتبطل الوكالة بالعزل إذا علم به الوكيل) وقال الشافعي رحمه الله ينعزل بعزله، وإن لم يبلغه العزل؛ لأنه بالعزل يسقط حق نفسه وجواز الوكالة لحقه، والمرء ينفرد بإسقاط حق نفسه كالطلاق والعنق والعهل الحكمي مثل الموت والجنون ولنا أن العزل خطاب ملزم مقصود وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يبلغه كخطاب الشرع حتى إذا بدل بالنسخ لا يثبت حكم النسخ حتى يبلغ المكلف ولأن في انعزاله إضراراً به؛ لأنه قد يتصرف بعد العزل قبل أن يبلغه فيلزمه الضمان بذلك والضرر مدفوع شرعاً بخلاف الإعتاق والطلاق والعزل الحكمي؛ لأن العزل فيه حكمي لضرورة عدم المحل فلا يتوقف على العلم ويستوي في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره والرسول ينعزل قبل العلم به حتى إذا أرسله في البيع أو غيره فعزله قبل التبليغ انعزل؛ لأنه مبلغ عبارة المرسل ونقل لها فيكون عزله رجوعاً عن الإيجاب وله ذلك قبل القبول كما إذا كان المشتري أو جبه بنفسه بخلاف الوكيل، فإنه يعقد بعبارة من عنده، وإن كانت الحقوق لا ترجع إليه بأن كان سفيراً ومعبراً كما في النكاح وأمثاله وليس بنقل عبارة المرسل فلا يعتبر التوكيل فيه إيجاباً، وإنما الإيجاب من الوكيل فلا ينعزل حتى يبلغه؛ لأنه صار أصيلاً في حق العبارة، وإن لم يكن أصيلاً في حق الحقوق والرسول ليس بأصيل في شيء ما فافترقا، وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المبلغ غير مرة فلا نعيده وكذا لو عزل

الوكيل نفسه عن الوكالة لا يصح من غير علم الموكل ولا يخرج به عن الوكالة، ولو جحد الموكل الوكالة فقال لم أو كله لم يكن ذلك عزلاً

الشرح

قوله في المتن وتبطل الوكالة بالعزل إذا علم به الوكيل

قال في المتن في آخر مسائل شتى قبيل كتاب الشهادات ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه ولا يثبت عزله إلا بعدل أو مستورين

قوله: لأنه قد يتصرف بعد العزل قبل أن يبلغه

أي يبع أو شراء فتصرف حقوق العقد إليه من نقد الثمن من مال الموكل إذا كان وكيلاً بالشراء ومن تسليم المبيع إذا كان وكيلاً بالبيع ثم إذا عقد أو سلم يضمن ما تصرف لأنه فعله بعد العزل.

قَوْلُهُ : بِخِلَافِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْعَزْلِ الْحُكْمِيِّ

قَالَ الْأَثَقَانِيُّ بِخِلَافِ الْعَزْلِ الْحُكْمِيِّ ، فَإِنَّهُ كَمِنْ شَيْءٍ يَثْبُتُ ضِمْنًا وَلَا يَثْبُتُ قَصْدًا .

غَايَةُ

قَوْلُهُ : وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ الْوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ وَغَيْرِهِ

يَعْنِي الْعَزْلَ قَبْلَ الْعِلْمِ لَا يَصِحُّ أَصْلًا وَالْوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ وَغَيْرِهِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ .

قَوْلُهُ وَكَذَا لَوْ عَزَلَ الْوَكِيلُ نَفْسَهُ إِنْ خُ

قَالَ فِي الْخُلَاصَةِ فِي الْوَكَاةِ فِي الْجَنْسِ الَّذِي عَقَدَهُ لِلْعَزْلِ وَفِي التَّوَازُلِ لَوْ قَالَ الْمُوَكَّلُ لِلْوَكِيلِ رُدِّ عَلَيَّ الْوَكَاةَ فَقَالَ رَدَدَتْ الْوَكَاةَ يَنْعَزِلُ وَكَذَا لَوْ لَمْ يَقُلْ الْمُوَكَّلُ رُدِّ عَلَيَّ الْوَكَاةَ وَلَكِنَّ الْوَكِيلَ قَالَ رَدَدْتُ الْوَكَاةَ وَعَلِمَ الْمُوَكَّلُ يَنْعَزِلُ .

قُلْتُ وَاسْتَفَدْنَا مِنْ هَذَا أَنَّ الْوَكِيلَ إِذَا عَزَلَ نَفْسَهُ فِي عَيَّةِ الْمُوَكَّلِ فَهُوَ عَلَى وَكَالَتِهِ حَتَّى يَعْلَمَ الْمُوَكَّلُ ، فَإِذَا عَلِمَ انْعَزَلَ وَهُوَ حِينَئِذٍ نَظِيرُ مَا إِذَا عَزَلَ الْمُوَكَّلُ ، فَإِنَّهُ يَبْقَى عَلَى الْوَكَاةِ حَتَّى يُلْغَهُ خَبَرُ الْعَزْلِ قَالَ فِي الذَّخِيرَةِ فِي الْفَصْلِ الثَّانِي فِي رَدِّ الْوَكَاةِ مَا نَصَّهُ وَكَذَلِكَ الْوَكِيلُ إِذَا عَزَلَ نَفْسَهُ لَا يَصِحُّ عَزْلُهُ مِنْ غَيْرِ عِلْمِ الْمُوَكَّلِ

وَلَا يَخْرُجُ عَنِ الْوَكَاةِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَوْتُ أَحَدِهِمَا وَجُنُودُهُ مُطَبَّقًا وَلُحُوفُهُ مُرْتَدًّا) يَعْنِي تَبْطُلُ بِهِذِهِ الْأَشْيَاءُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْوَكَاةَ عَقْدٌ جَائِزٌ غَيْرُ لَازِمٍ فَكَانَ لِبَقَائِهِ حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ فَيُشْتَرَطُ لِقِيَامِ الْأَمْرِ فِي كُلِّ سَاعَةٍ مَا يُشْتَرَطُ لِلْإِبْتِدَاءِ وَشُرْطُ فِي الْجُنُونِ أَنْ يَكُونَ مُطَبَّقًا أَيْ مُسْتَوْعِبًا مِنْ قَوْلِهِمْ أَطْبَقَ الْغَيْمُ السَّمَاءَ أَيْ اسْتَوْعَبَهَا ؛ لِأَنَّ كَثِيرَهُ كَالْمَوْتِ وَقَلِيلُهُ كَالْإِعْمَاءِ وَحَدُّ الْمُطَبَّقِ شَهْرٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ ؛ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ بِهِ الصَّوْمُ وَعَنْهُ أَكْثَرُ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ ؛ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ بِهِ الصَّلَوَاتُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ حَوْلٌ كَامِلٌ وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ بِهِ جَمِيعُ الْعِبَادَاتِ حَتَّى الزَّكَاةُ ؛ لِأَنَّ اسْتِمْرَارَهُ حَوْلًا مَعَ اخْتِلَافِ فُضُولِهِ آيَةُ اسْتِحْكَامِهِ أَمَّا مَا دُونَ الْحَوْلِ فَلَا يَمْنَعُ وَجُوبَ الزَّكَاةِ فَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى الْمَوْتِ ، وَالْمُرَادُ بِلِحَاقِهِ بَدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا أَنْ يَحْكُمَ الْحَاكِمُ بِلِحَاقِهِ ؛ لِأَنَّ لِحَاقَهُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ، فَإِذَا حَكَّمَ بِهِ بَطَلَتْ الْوَكَاةُ بِالْإِجْمَاعِ .

وَأَمَّا قَبْلَ ذَلِكَ فَمَوْفُوفَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَاتِهِ مَوْفُوفَةٌ عِنْدَهُ فَكَذَا وَكَالَتُهُ ، فَإِنْ أَسْلَمَ نَفَذَتْ ، وَإِنْ قُتِلَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ

الْحَرْبِ بَطَلَتْ ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَتَصَرَّفَاتُهُ نَافِذَةٌ فَلَا تَبْطُلُ وَكَالَتُهُ هَذَا إِذَا كَانَتْ الْوَكَالَةُ غَيْرَ لَازِمَةٍ ، وَإِنْ كَانَتْ لَازِمَةً لَا تَبْطُلُ بِهَذِهِ الْعَوَارِضِ كَمَا إِذَا كَانَتْ الْوَكَالَةُ مَشْرُوطَةً فِي عَقْدِ الرَّهْنِ وَكَذَا إِذَا جَعَلَ أَمْرُ امْرَأَتِهِ بِيَدِهَا ثُمَّ جُنَّ الزَّوْجُ لَا يَبْطُلُ أَمْرُهَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَهَا التَّصَرُّفُ فَصَارَ كَتَمْلِكِ الْعَيْنِ ، وَإِنْ كَانَتْ الْوَكَالَةُ بِالنِّكَاحِ تَبْطُلُ بِالرَّدِّ ؛ لِأَنَّهُ بِالرَّدِّ حَرَجَ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَالِكًا لِلنِّكَاحِ

بِنَفْسِهِ فَتَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِهِ أَيْضًا ثُمَّ لَا تَعُودُ بِالإِسْلَامِ ذِكْرُهُ فِي النَّهْيَةِ وَعَزَاهُ إِلَى الْمَبْسُوطِ وَلَا تَبْطُلُ وَكَالَةُ الْمَرْأَةِ بِارْتِدَادِهَا مَا لَمْ تَلْحَقْ بِدَارِ الْحَرْبِ وَيَحْكُمُ الْحَاكِمُ بِلِحَاقِهَا وَكَذَا يَجُوزُ تَوَكِيلُهَا بَعْدَ ارْتِدَادِهَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا تَبْقَى بَعْدَ الرَّدِّ مَالِكَةً لِلتَّصَرُّفِ بِنَفْسِهَا ، وَرَدَّتْهَا لَا تُؤْتَرُ فِي عُقُودِهَا إِلَّا إِذَا وَكَلَتْهُ بِالتَّزْوِيجِ ثُمَّ ارْتَدَّتْ وَالْعِيَادُ بِاللَّهِ ، فَإِنَّ ذَلِكَ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَمْلِكُ أَنْ تَتَزَوَّجَ بِنَفْسِهَا فَكَذَا لَا يُزَوِّجُهَا وَكِيلُهَا ، وَلَوْ وَكَلَتْ وَكِيلًا فِي حَالِ رَدَّتْهَا فَرُوجَهَا بَعْدَمَا أَسْلَمَتْ صَحَّ كَالْمُعْتَدَةِ إِذَا وَكَلَتْ وَكِيلًا بِأَنْ يُزَوِّجَهَا فَرُوجَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَلَتْهُ قَبْلَ ارْتِدَادِهَا ثُمَّ ارْتَدَّتْ وَأَسْلَمَتْ حَيْثُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُزَوِّجَهَا ؛ لِأَنَّ ارْتِدَادَهَا إِخْرَاجٌ لَهُ عَنِ الْوَكَالَةِ فَصَارَ مَعزُولًا مِنْ جِهَتِهَا وَلَا تَعُودُ الْوَكَالَةُ بَعْدَ الْعَزْلِ ، وَإِنْ عَادَ الْمُرْتَدُّ مُسْلِمًا بَعْدَ اللَّحَاقِ بِدَارِ الْحَرْبِ ، فَإِنْ كَانَ وَكِيلًا فَهُوَ عَلَى وَكَالَتِهِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَا يَعُودُ وَكِيلًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ ؛ لِأَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِ .

وَلِهَذَا لَا يَعُودُ مَلِكُهُ فِي مَدْبَرِيهِ وَأُمَهَاتِ أَوْلَادِهِ وَيُعْتَقَنَ بِهِ كَمَا يُعْتَقَنُ بِالْمَوْتِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ إِبْتِاثٌ وَلَايَةُ التَّنْفِيدِ ؛ لِأَنَّ أَصْلَ التَّصَرُّفِ يَمْلِكُهُ بِأَهْلِيَّتِهِ وَلَايَةُ التَّنْفِيدِ بِالْمَلِكِ وَبِاللِّحَاقِ لِحَقِّ بِأَلْأُمُوتِ فَلَا مَلِكَ وَلَا أَهْلِيَّةَ لَهُ وَجْهٌ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْوَكِيلَ يَتَصَرَّفُ بِمَعَانٍ قَائِمَةٍ بِهِ وَالْعَجْزُ بِعَارِضِ اللَّحَاقِ لِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ وَالتَّوَكِيلُ إِطْلَاقٌ ، فَإِذَا زَالَ الْعَجْزُ وَالْإِطْلَاقُ بَاقٍ عَادَ وَكِيلًا لِبَقَاءِ تِلْكَ الْمَعَانِي وَهُوَ الْعَقْلُ

وَالْقَصْدُ فِي ذَلِكَ التَّصَرُّفِ وَالذِّمَّةُ الصَّالِحَةُ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ صِحَّةَ الْوَكَالَةِ لِحَقِّ الْمُوَكَّلِ وَحَقُّهُ بَاقٍ بَعْدَ لِحَاقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ ، وَإِنَّمَا عَجَزَ عَنِ التَّصَرُّفِ بِعَارِضٍ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ فَلَا يَنْعَزِلُ بِهِ عَنِ الْوَكَالَةِ ، فَإِذَا زَالَ صَارَ كَأَنَّ لَمْ يَكُنْ بَقِيَ الْوَكِيلُ عَلَى وَكَالَتِهِ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ زَمَانًا ثُمَّ أَفَاقَ ، وَإِنْ كَانَ الْعَائِدُ مُسْلِمًا هُوَ الْمُوَكَّلُ لَا تَعُودُ الْوَكَالَةُ فِي الظَّاهِرِ وَعَنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا تَعُودُ كَمَا قَالَ فِي الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عَادَ مَلِكُهُ عَلَيْهِ مِثْلَ مَا كَانَ ، وَقَدْ تَعَلَّقَتْ الْوَكَالَةُ بِقَدِيمِ مَلِكِهِ فَيَعُودُ الْوَكِيلُ عَلَى وَكَالَتِهِ وَالْفَرْقُ لَهُ عَلَى الظَّاهِرِ أَنَّ الْوَكَالَةَ تَعَلَّقَتْ بِمَلِكِ الْمُوَكَّلِ ، وَقَدْ زَالَ مَلِكُهُ بِرِدَّتِهِ وَلِحَاقِهِ فَبَطَلَتْ الْوَكَالَةُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ بِخِلَافِ رَدِّ الْوَكِيلِ ، فَإِنْ مَلَكَ الْمُوَكَّلُ بَاقٍ عَلَى حَالِهِ ، وَقَدْ تَعَلَّقَتْ الْوَكَالَةُ بِهِ ، وَإِنَّمَا انْقَطَعَ تَصَرُّفُهُ لِعَجْزِهِ ، وَقَدْ زَالَ فَيَعُودُ الْوَكَالَةُ كَمَا كَانَتْ

الشرح

قوله في المتن وموت أحدهما وجنونه مطبقا

بِسُكُونِ الطَّاءِ وَكَسْرِ الْبَاءِ أَيْ دَائِمٌ وَمِنْهُ تَسْمِيَةُ الْأَطْبَاءِ الْحُمَى الدَّمَوِيَّةَ اللَّازِمَةَ بِالْمُطَبِّقَةِ أَتَقَانِيَّ قَالَ التَّوَوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي تَحْرِيرِ التَّنْبِيهِ الْمَجْنُونُ الْمُطَبِّقُ يَفْتَحُ الْبَاءَ أَيْ الَّذِي أَطْبَقَ جُنُونَهُ وَدَامَ مُتَّصِلًا وَمِنْهُ قَوْلُ الْعَرَبِ الْحُمَى الْمُطَبِّقَةُ يَفْتَحُ الْبَاءَ وَهِيَ الدَّائِمَةُ قَوْلُهُ : وَإِنْ كَانَتْ لَازِمَةً لَا تَبْطُلُ بِهَذِهِ الْعَوَارِضِ (أَيْ الْمَوْتِ وَالْجُنُونِ وَاللِّحَاقِ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا قَالَ فِي التَّنْمَةِ وَالْفَتَاوَى الصُّعْرَى وَهَذَا كُلُّهُ فِي مَوْضِعِ يَمْلِكُ الْمُوَكَّلُ عَزْلَهُ أَمَّا فِي مَوْضِعِ لَا يَمْلِكُ الْمُوَكَّلُ عَزْلَهُ كَالْعَدَلِ فِي بَابِ الرَّهْنِ وَالْأَمْرِ بِالْيَدِ لِلْمَرْأَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ وَجُنُونِهِ وَالْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ بِالتَّمَسُّقِ بِالْخُصْمِ يَنْعَزِلُ بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ وَجُنُونِهِ ، وَالْوَكِيلُ بِالطَّلَاقِ يَنْعَزِلُ بِجُنُونِ الْمُوَكَّلِ اسْتِحْسَانًا وَلَا يَنْعَزِلُ قِيَاسًا وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ عَلَاءُ الدِّينِ أَبُو الْحَسَنِ عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ الْإِسْبِيحَايُ فِي أَوَائِلِ كِتَابِ الْوَكَالَةِ مِنْ شَرْحِ الْكَافِي ، وَإِذَا

وَكُلَّ الرَّجُلِ وَكِيلًا فِي خُصُومَةٍ أَوْ بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ شَيْءٍ كَانَ لَهُ أَنْ يُخْرِجَهُ مِنَ الْوَكَالَةِ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ صَحَّ لِحَقِّ الْمُوَكَّلِ فَكَانَ لَهُ إِبْطَالُهُ ، فَإِنْ لَمْ يُخْرِجْهُ حَتَّى ذَهَبَ عَقْلُ الْمُوَكَّلِ زَمَانًا دَائِمًا فَقَدْ خَرَجَ الْوَكِيلُ مِنَ الْوَكَالَةِ لِأَنَّ بَقَاءَ النَّيَابَةِ يَسْتَدْعِي بَقَاءَ أَهْلِيَّةِ الْمُتَوَكِّلِ عَنْهُ فَقَدْ بَطَلَتْ وَهَذَا فِي شَيْءٍ يَقْبَلُ الْعَزْلَ فَأَمَّا فِي شَيْءٍ لَا يُمَكِّنُهُ عَزْلُهُ فَلَا يَبْطُلُ مِثْلُ الْأَمْرِ بِالْيَدِ وَمَا أَشْبَهَهُ لِأَنَّ هَذَا تَصَرُّفٌ لَازِمٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى التَّجْدِيدِ فَلَا يُشْتَرَطُ بَقَاءُ الْأَهْلِيَّةِ بِخِلَافِ التَّصَرُّفِ الْجَائِزِ لِأَنَّهُ يَتَلَاشَى

فِي كُلِّ سَاعَةٍ فَاعْتَبِرْ بِقَاوُذِهِ أَهْلًا .

أَتَقَانِي قَالَ قَاضِي خَانَ فِي فِتَاوَاهُ رَجُلٌ وَكُلَّ رَجُلًا بِالْخُصُومَةِ فَطَلَبَ خَصْمُهُ ثُمَّ جَنَّ الْمُوَكَّلُ أَوْ مَاتَ بَطَلَتِ الْوَكَالَةُ وَالرَّاهِنُ إِذَا سَلَّطَ الْعَدْلَ عَلَى الْبَيْعِ ثُمَّ جَنَّ ذَكَرَ شَمْسُ الْأِيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ الْعَدْلُ .

قَوْلُهُ : وَرَدَّتْهَا لَا تُؤْتَرُ فِي عُقُودِهَا

لِأَنَّ الْمُرْتَدَّةَ لَا تُقْتَلُ عِنْدَنَا لِأَنَّ عِلَّةَ الْقَتْلِ الْحِرَابُ وَلَمْ يُوَجَدْ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهَا بَنِيَّةٌ صَالِحَةٌ لِلْحِرَابِ .

غَايَةٌ

قَوْلُهُ : وَلَا يَعُودُ وَكِيلًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ عَلَاءُ الدِّينِ الْإِسْبِيحَابِيُّ فِي شَرْحِ الْكَافِي فِي أَوَّلِ الْبَابِ مِنْ كِتَابِ الْوَكَالَةِ ثُمَّ قَدَّرَ مُدَّةَ اللَّحَاقِ بِأَقْلٍ مِنْ سَنَةٍ قَالَ إِنْ بَقِيَ أَقْلٌ مِنْ سَنَةٍ ثُمَّ عَادَ تَعُودُ الْوَكَالَةُ لَأَنَّ بَقِيَّتَهَا عَلَى احْتِمَالٍ أَنْ يَعُودَ فَأَمَّا إِذَا بَقِيَ أَكْثَرُ مِنْ سَنَةٍ ثُمَّ عَادَ لَا تَعُودُ الْوَكَالَةُ لِأَنَّ احْتِمَالَ الْعُودِ قَدْ بَطَلَ بِالْحَوْلِ ظَاهِرًا وَعَالِبًا فَصَارَ كَالْجُنُونِ إِذَا كَانَ أَقْلٌ مِنْ سَنَةٍ لَا تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ ، وَإِذَا اسْتَوْعَبَ السَّنَةُ تَبْطُلُ إِلَى هُنَا لَفْظُهُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي شَرْحِ الْكَافِي غَايَةٌ

قَوْلُهُ : وَبِاللَّحَاقِ لِحَقِّ بِالْأَمْوَاتِ الْخ

وَالْوَكَالَةُ لَا تَبْقَى بَعْدَ الْمَوْتِ فَبَطَلَ وَالْبَاطِلُ لَا يَعُودُ بِخِلَافِ أَمْلَاكِهِ ، فَإِنَّهَا قَائِمَةٌ بَعْدَ الْمَوْتِ فَجَازَ أَنْ تَعُودَ وَلِأَنَّ اللَّحَاقَ يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الْوَكَالَةِ ، فَإِذَا طَرَأَ عَلَيْهَا أَبْطَلَهَا كَالْجُنُونِ غَايَةٌ

قَوْلُهُ : وَجْهٌ قَوْلِ مُحَمَّدٍ

أَيُّ وَجْهٍ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ عَدَمَ نَفَادِ تَصَرُّفِ الْوَكِيلِ فِي دَارِ الْحَرْبِ لَا بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ انْعَزَلَ بَلْ لِاعْتِبَارِ أَنَّ الْأَمْرَ لَمْ يَتَنَاوَلَ تِلْكَ الْبُقْعَةَ كَمَنْ قَالَ لِعَیْرِهِ بَعِ نَوْبِي بَعْدَ عَدَدٍ فَأَخْرَجَهُ مِنْهَا لَمْ يَجْزِ بَيْعُهُ ، فَإِذَا عَادَ جَازَ بَيْعُهُ

فَكَذَلِكَ هَاهُنَا .

غَايَةٌ

قَوْلُهُ : وَإِنْ كَانَ الْعَانِدُ مُسْلِمًا هُوَ الْمُوَكَّلُ لَا تَعُودُ الْوَكَالَةُ

بِالْإِتِّفَاقِ وَهَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ .

غَايَةُ قَوْلِهِ : وَالْفَرْقُ الْإِنْخ (كَمَا قَالُوا فِيمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِهِ ثُمَّ بَاعَهُ الْمُوَكَّلُ انْعَزَلَ الْوَكِيلُ ، فَإِذَا رُدَّ عَلَى الْمُوَكَّلِ بَعِيْبُ بَقَضَاءٍ عَادَتْ الْوَكَالَةُ لِأَنَّ الْمِلْكَ الْأَوَّلَ عَادَ فَعَادَ حُقُوقُهُ .

غَايَةٌ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَافْتِرَاقُ الشَّرِيكَيْنِ) أَيُّ تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِافْتِرَاقِ الشَّرِيكَيْنِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْوَكِيلُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَزَلَ حُكْمِي وَالْعَزْلُ الْحُكْمِيُّ لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْعِلْمُ ثُمَّ هَذَا الْكَلَامُ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ : أَحَدُهُمَا أَنَّ يَنْعَزَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ الْوَكَالَةِ الَّتِي تَضَمَّنْهَا عَقْدُ الشَّرِكَةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ بِالتَّصَرُّفِ فَيَنْعَزِلُ بِالْإِفْتِرَاقِ عَنْ هَذِهِ الْوَكَالَةِ الَّتِي تَضَمَّنْهَا عَقْدُ الشَّرِكَةِ ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ ثَابِتَةً فِي ضِمْنِ الشَّرِكَةِ فَتَبْطُلُ بِطُلَانِهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مُصَرِّحًا بِهَا وَفِيهِ إِشْكَالٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَنْفَرِدَ أَحَدُهُمَا بِفَسْخِ الشَّرِكَةِ بِدُونِ عِلْمِ صَاحِبِهِ بَلْ يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَزَلَ قَصْدِيٌّ فَكَيْفُ يُتَصَوَّرُ أَنْ يَنْعَزَلَ بِدُونِ عِلْمِهِ وَيُمْكِنُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى مَا إِذَا هَلَكَ الْمَالَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الشَّرَاءِ ، فَإِنَّ الشَّرِكَةَ تَبْطُلُ بِهِ وَتَبْطُلُ الْوَكَالَةُ الَّتِي كَانَتْ فِي ضِمْنِهَا عِلْمًا بِذَلِكَ أَوْ لَمْ يَعْلَمَا ؛ لِأَنَّهُ عَزَلَ حُكْمِيٌّ إِذَا لَمْ تَكُنْ الْوَكَالَةُ مُصَرِّحًا بِهَا عِنْدَ عَقْدِ الشَّرِكَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي كِتَابِ الْوَكَالَةِ وَالثَّانِي أَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ أَوْ كِلَيْهِمَا لَوْ وَكَّلَ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِي الْمَالِ جَازَ عَلَى مَا عُرِفَ فَلَوْ افْتَرَقَا انْعَزَلَ هَذَا الْوَكِيلُ فِي حَقِّ غَيْرِ الْمُوَكَّلِ مِنْهُمَا إِذَا لَمْ يُصَرِّحَا بِالْإِذْنِ فِي التَّوَكِيلِ

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ : تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِافْتِرَاقِ الشَّرِيكَيْنِ

يَعْنِي أَحَدَ شَرِيكِي الْعِنَانِ أَوْ الْمُفَاوَضَةِ

قَوْلُهُ : فَلِلْوَكِيلِ أَنْ يُطْلَقَهَا أُخْرَى لِبَقَاءِ الْمَحَلِّ

بِخِلَافِ مَا إِذَا طَلَّقَهَا بِنَفْسِهِ ثَلَاثًا حَيْثُ لَا يَكُونُ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُطْلَقَهَا بَعْدَ ذَلِكَ لَا فِي الْعِدَّةِ وَلَا بَعْدَهَا .

أَثَقَانِي

قوله : حَيْثُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَرْوِّجَهَا مِنَ الْمُوَكَّلِ لِبَقَاءِ الْحَاجَةِ

وَلَوْ ارْتَدَّتْ وَلَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ سُبِّتَ وَأَسْلَمَتْ فَرَوَّجَهَا إِيَّاهُ الْوَكِيلُ جَازَ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَمْ يَجُزْ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّهَا صَارَتْ أُمَّةً وَنِكَاحُ الْأُمَّةِ لَيْسَ بِمَعْهُودٍ وَغَيْرُ الْمَعْهُودِ خَارِجٌ عَنْ مُرَادِ الْمُتَكَلِّمِ عِنْدَهُمَا .

غَايَةُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعَجَزَ مُوَكَّلُهُ لَوْ مُكَاتَّبًا وَحَجَرَهُ لَوْ مَأْذُونًا) مَعْنَاهُ لَوْ كَانَ الْمُوَكَّلُ مُكَاتَّبًا أَوْ عَبْدًا مَأْذُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ يَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ بِعَجَزِ الْمُكَاتَّبِ وَحَجَرِ الْعَبْدِ عَلِمَ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَ الْوَكَالَةِ مُعْتَبَرٌ بِإِبْتِدَائِهَا لِكُونِهَا غَيْرَ لَازِمَةٍ ؛ لِأَنَّ الْعُقُودَ الَّتِي لَا تَلْزُمُ لِبَقَائِهَا حُكْمُ الْإِبْتِدَاءِ فَيُشْتَرَطُ فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ قِيَامُ الْأَمْرِ كَمَا فِي الْإِبْتِدَاءِ ، وَقَدْ بَطَلَ بِالْعَجَزِ وَالْحَجَرِ قَبْطُلُ الْوَكَالَةِ وَيَسْتَوِي فِيهِ عِلْمُ الْوَكِيلِ وَجَهْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْبُطْلَانَ حُكْمِيٌّ كَمَا إِذَا تَصَرَّفَ الْمُوَكَّلُ فِي الشَّيْءِ الَّذِي وَكَّلَ فِيهِ هَذَا إِذَا كَانَ وَكِيلًا فِي الْعُقُودِ وَالْخُصُومَاتِ ، وَأَمَّا الْوَكِيلُ فِي قَضَاءِ الدِّينِ وَاقْتِضَائِهِ فَلَا يَنْعَزِلُ بِعَجَزِ الْمُكَاتَّبِ وَلَا بِحَجَرِ الْمَأْذُونِ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْعَجَزَ أَوْ الْحَجَرَ يُوجِبُ الْحَجَرَ عَلَيْهِ مِنْ إِنْشَاءِ التَّصَرُّفِ فَيَخْرُجُ وَكِيلُهُ عَنِ الْوَكَالَةِ وَلَا يُوجِبُ الْحَجَرَ عَلَيْهِ مِنْ قَضَاءِ الدِّينِ وَاقْتِضَائِهِ فَكَذَا لَا يُوجِبُ عَزْلُ وَكِيلِهِ عَنْ ذَلِكَ ، فَإِنْ كُتِبَ بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ أُذِنَ لِلْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لَمْ تُعَدَّ الْوَكَالَةُ الَّتِي بَطَلَتْ ؛ لِأَنَّ صِحَّتَهَا كَانَتْ بِاعْتِبَارِ مِلْكِ الْمُوَكَّلِ التَّصَرُّفِ عِنْدَ التَّوَكُّلِ ، وَقَدْ زَالَ ذَلِكَ بِالْعَجَزِ وَالْحَجَرِ بَعْدَ الْوَكَالَةِ فَلَمْ يُعَدَّ بِالْكِتَابَةِ الثَّانِيَةِ وَالْإِذْنِ الثَّانِي ، وَلَوْ عَزَلَ الْمَوْلَى وَكِيلَ الْعَبْدَ الْمَأْذُونِ لَهُ لَا يَنْعَزِلُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَجَرٌ خَاصٌّ وَالْإِذْنُ فِي التَّجَارَةِ لَا يَكُونُ إِلَّا عَامًّا فَكَانَ بَاطِلًا أَلَّا تَرَى أَنَّ الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ نَهْيَهُ عَنْ ذَلِكَ مَعَ بَقَاءِ الْإِذْنِ فَكَذَا لَا يَنْفَعُ فِعْلُهُ الْحُكْمِيُّ فِيهِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتَصَرَّفُهُ بِنَفْسِهِ) أَيُّ تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِتَصَرُّفِ الْمُوَكَّلِ بِنَفْسِهِ فِيمَا وَكَّلَهُ بِهِ لِفَوَاتِ الْمَحَلِّ وَالْمُرَادُ بِتَصَرُّفِهِ مَا يَعْجَزُ الْوَكِيلُ عَنِ الْإِمْتِثَالِ بِهِ مِثْلُ أَنْ يُوَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدٍ ثُمَّ يَبِيعَهُ الْمُوَكَّلُ بِنَفْسِهِ أَوْ يُدْبِرُهُ أَوْ يُكَاتِّبُهُ ، وَإِنْ لَمْ يُعْجِزْهُ عَنِ الْإِمْتِثَالِ فَالْوَكَالَةُ بَاقِيَةٌ عَلَى حَالِهَا وَهَذَا أَصْلُهُ حَتَّى لَوْ وَكَّلَهُ بِطَلَاقِ امْرَأَتِهِ فَطَلَّقَهَا هُوَ ثَلَاثًا أَوْ وَاحِدَةً فَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِطَلَبِ الْوَكَالَةِ لِعَجْزِهِ عَنِ الْإِمْتِثَالِ ، وَلَوْ تَرَوَّجَهَا بَعْدَ ذَلِكَ لَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُطَلِّقَهَا لِتَحَقُّقِ عَجْزِ الْمُوَكَّلِ عَنِ الْإِيقَاعِ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَكَذَا الْوَكِيلُ ، وَإِنَّمَا تَمَكَّنَ مِنَ الْإِيقَاعِ بَعْدَهُ بِسَبَبٍ جَدِيدٍ وَلَمْ يَحْصُلْ ذَلِكَ لِلْوَكِيلِ ، وَلَوْ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً وَلَمْ تَنْقُضْ عِدَّتُهَا فَلِلْوَكِيلِ أَنْ يُطَلِّقَهَا أُخْرَى لِبَقَاءِ الْمَحَلِّ ، وَلَوْ وَكَّلَهُ بِتَزْوِيجِ امْرَأَةٍ فَتَزَوَّجَهَا بِنَفْسِهِ ثُمَّ طَلَّقَهَا لَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَرْوِّجَهَا إِيَّاهَا ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ قَدْ انْقَضَتْ بِخِلَافِ مَا إِذَا تَزَوَّجَهَا الْوَكِيلُ بِنَفْسِهِ ثُمَّ أَبَانَهَا حَيْثُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنَ الْمُوَكَّلِ لِبَقَاءِ الْحَاجَةِ ، وَلَوْ وَكَّلَهُ بِطَلَاقِ امْرَأَتِهِ ثُمَّ ارْتَدَّتِ الزَّوْجُ فَطَلَّاقُ الْوَكِيلِ يَقَعُ عَلَيْهَا مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ لِبَقَاءِ تَمَكُّنِ الزَّوْجِ مِنَ الْإِيقَاعِ ، وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ فَذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِ .

وَلَوْ وَكَّلَهُ بِالْخُلْعِ ثُمَّ خَلَعَهَا الزَّوْجُ بِنَفْسِهِ خَرَجَ الْوَكِيلُ مِنَ الْوَكَالَةِ ؛ لِأَنَّ الْخُلْعَ بَعْدَ الْخُلْعِ لَا يَصِحُّ فَتَعَدَّرَ التَّصَرُّفُ عَلَى الْوَكِيلِ بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثُمَّ خَالَعَهَا الزَّوْجُ حَيْثُ يَقَعُ عَلَيْهَا طَلَّاقُ الْوَكِيلِ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ ؛ لِأَنَّ طَلَّاقَ الزَّوْجِ يَقَعُ عَلَيْهَا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ فَيَبْقَى الْوَكِيلُ عَلَى وَكَالَتِهِ

وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ مَا كَانَ الْمُوَكَّلُ فِيهِ قَادِرًا عَلَى الْإِيقَاعِ كَانَ وَكِيلُهُ أَيْضًا قَادِرًا عَلَى الْإِيقَاعِ فَتَبْقَى الْوَكَالَةُ عَلَى حَالِهَا وَمَا لَا فَلَا ، وَلَوْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ شَيْءٍ فَبَاعَهُ الْمُوَكَّلُ ثُمَّ رَدَّ عَلَيْهِ بِمَا يَكُونُ فَسَخًا كَخِيَارِ رُؤْيَةٍ أَوْ خِيَارِ شَرْطٍ أَوْ عَيْبٍ بِقَضَاءٍ أَوْ لِفَسَادِ بَيْعِ الْوَكِيلِ بَاقٍ عَلَى وَكَالَتِهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ الْقَدِيمَ قَدْ عَادَ إِلَيْهِ بِالْفَسَخِ فَتَعُودُ الْوَكَالَةُ ، وَإِنْ رَدَّ عَلَيْهِ بِمَا لَا يَكُونُ فَسَخًا كَالرَّدِّ بِعَيْبٍ بَعِيرٍ قَضَاءٍ أَوْ إِقَالَةٍ لَا تَعُودُ الْوَكَالَةُ ؛ لِأَنَّهُ

يَبْعُ فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَالْوَكِيلُ ثَانِيَهُمَا وَالْوَكَالَةُ تَعْلَقُ بِالْمَلِكِ الْأَوَّلِ وَهَذَا مَلِكٌ جَدِيدٌ بِخِلَافِ مَا إِذَا رَدَّ عَلَيْهِ بِمَا يَكُونُ فَسَخًا وَلَوْ بَاعَهُ الْوَكِيلُ ثُمَّ رَدَّ عَلَيْهِ بِمَا يَكُونُ فَسَخًا فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ ثَانِيًا كَمَا إِذَا كَانَ الْبَائِعُ هُوَ الْمُوَكَّلُ فَرَدَّهُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ .
وَلَوْ وَكَّلَهُ بِهَيْبَةٍ شَيْءٍ فَوَهَبَهُ الْمَالِكُ ثُمَّ رَجَعَ بِالْهَيْبَةِ فَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَهَبَهُ ؛ لِأَنَّ الْوَاهِبَ مُخْتَارٌ فِي الرُّجُوعِ فَكَانَ ذَلِكَ دَلِيلَ عَدَمِ حَاجَةِ الْوَاهِبِ إِلَى الْهَيْبَةِ ، وَلَوْ وَهَبَهُ الْوَكِيلُ فَرَجَعَ الْمُوَكَّلُ فِي هَيْبَتِهِ لَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَهَبَهُ ثَانِيًا لِمَا ذَكَرْنَا قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تُشْبِهُ الْهَيْبَةُ الْبَيْعَ ؛ لِأَنَّ الْوَكَالَةَ بِالْبَيْعِ لَا تَنْقُضِي بِمُبَاشَرَةِ الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ بَعْدَ مَا بَاعَ يَتَوَلَّى حُقُوقَ الْعَقْدِ وَيَتَصَرَّفُ فِيهَا بِحُكْمِ الْوَكَالَةِ ، فَإِذَا فُسِّخَ الْبَيْعُ وَالْوَكَالَةُ قَائِمَةٌ جَازَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ ثَانِيًا بِحُكْمِهَا أَمَّا الْوَكَالَةُ بِالْهَيْبَةِ تَنْقُضِي بِمُبَاشَرَةِ الْهَيْبَةِ حَتَّى لَا يَمْلِكَ الْوَكِيلُ الْوَاهِبَ الرُّجُوعَ وَلَا يَصِحُّ تَسْلِيمُهُ ، فَإِذَا رَجَعَ فِي هَيْبَتِهِ فَقَدْ عَادَ إِلَيْهِ الْعَبْدُ وَلَا هَيْبَةَ وَلَا وَكَالَةَ فَلَا يَتِمَكَّنُ الْوَكِيلُ مِنَ الْهَيْبَةِ ثَانِيًا ، وَلَوْ

وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَأَسْرَهُ الْعَدُوُّ وَأَدْخَلُوهُ فِي دَارِهِمْ ثُمَّ رَجَعَ إِلَى الْمُوَكَّلِ بِمِلْكٍ جَدِيدٍ بَأَنِ اشْتَرَاهُ مِنْهُمْ لَمْ تَعُدْ الْوَكَالَةُ وَلَوْ أَخَذَهُ مِنَ الْمُسْتَشْرَى مِنْهُمْ بِالثَّمَنِ أَوْ بِالْقِيمَةِ مِمَّنْ وَقَعَ فِي سَهْمِهِ مِنَ الْعَانِينَ فَهُوَ عَلَى وَكَالَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ بِالْأَخْذِ بِهَذَا الطَّرِيقِ عَادَ إِلَى قَدَمِ مَلِكِهِ ، وَقَدْ كَانَتْ الْوَكَالَةُ مُتَعَلِّقَةً بِهِ ، فَإِذَا عَادَ عَادَتْ الْوَكَالَةُ ، وَلَوْ وَكَّلَهُ بِإِعْتِاقِ أَمَتِهِ فَأَعْتَقَهَا الْمُوَكَّلُ ثُمَّ ارْتَدَّتْ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ وَلَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ سَبَيْتِ وَمَلَكَهَا لَا تَعُودُ الْوَكَالَةُ ؛ لِأَنَّهُ مَلِكٌ جَدِيدٌ غَيْرُ الْأَوَّلِ بِسَبَبِ جَدِيدٍ .
وَلَوْ وَكَّلَهُ بِأَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً مُعَيَّنَةً وَهِيَ ذَاتُ زَوْجٍ فَمَاتَ زَوْجُهَا أَوْ طَلَّقَهَا وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا جَازَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنَ الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ وَكَالَةٌ مُضَافَةٌ لِانْعِدَامِ الْمَحِلِّ وَقَتِ التَّوَكِيلِ وَهِيَ جَائِزَةٌ ، وَلَوْ وَكَّلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً مُعَيَّنَةً فَارْتَدَّتْ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ ثُمَّ أُسْرِتْ وَأُسْلِمَتْ جَازَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُزَوِّجَهُ إِيَّاهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ خِلَافًا لَهَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ تَسْمِيَةَ الْمَرْأَةِ مُطْلَقًا تَنْصَرِفُ إِلَى الْحُرَّةِ عِنْدَهُمَا وَلَا تَنْصَرِفُ عِنْدَهُ بَلْ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ الْأَمَةَ ، وَلَوْ وَكَّلَهُ بِالْبَيْعِ ثُمَّ رَهَنَهُ الْمُوَكَّلُ أَوْ آجَرَهُ فَسَلَّمَهُ فَالْوَكِيلُ عَلَى وَكَالَتِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَخْرُجُ عَنِ الْوَكَالَةِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

الشرح

قَوْلُهُ : وَلَوْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ شَيْءٍ فَبَاعَهُ الْمُوَكَّلُ ثُمَّ رَدَّ عَلَيْهِ بِمَا يَكُونُ فَسَخًا كَخِيَارِ رُؤْيَةِ الْخَبْرِ (قَالَ فِي الْقُنْيَةِ فِي مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَةٍ مِنْ كِتَابِ الْوَكَالَةِ وَكَّلَهُ بِأَنْ يُؤَاجِرَ دَارِهِ ثُمَّ آجَرَهَا الْمُوَكَّلُ بِنَفْسِهِ ثُمَّ انْفَسَخَتْ الْإِجَارَةُ يَعُودُ عَلَى وَكَالَتِهِ .

قَوْلُهُ : وَلَوْ وَكَّلَهُ بِأَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً مُعَيَّنَةً الْخَبْرُ

قَالَ فِي الْقُنْيَةِ فِي بَابِ الْوَكَالَةِ فِي الطَّلَاقِ وَالنِّكَاحِ بَعْدَ أَنْ رَفَعْنَا لَشَرْحِ السَّرْحَسِيِّ لَهَا زَوْجٌ فَوَكَّلْتُ رَجُلًا بِأَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْ نَفْسِهِ فَلَمَّا طَلَّقَهَا وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا زَوَّجَهَا الْوَكِيلُ مِنْ نَفْسِهِ جَازَ قُلْتُ فَقَدْ صَحَّ تَوَكِيلُهَا بِهِ مَعَ عَجْزِهَا عَنْهُ وَقَتِ التَّوَكِيلِ

قَوْلُهُ : جَازَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنَ الْمُوَكَّلِ

لِأَنَّهُ أَمْرُهُ بِإِنْكَاحِهَا إِيَّاهُ وَهُوَ مُتَّصِرٌ بِوَاسِطَةِ الْمَوْتِ وَانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَانْصَرَفَ التَّوَكِيلُ إِلَيْهِ وَصَارَ كَأَنَّهُ نَصَّ عَلَى إِضَافَةِ التَّوَكِيلِ إِلَى تِلْكَ الْحَالَةِ وَالْوَكَالَاتُ مِمَّا تَقْبَلُ التَّعْلِيلَ وَالْإِضَافَةَ إِلَى زَمَانٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (هِيَ إِضَافَةُ الشَّيْءِ إِلَى نَفْسِهِ حَالَةَ الْمُنَازَعَةِ) أَيْ الدَّعْوَى أَنْ يَدْعُوَ الشَّيْءُ إِلَى نَفْسِهِ فِي حَالَةِ الْخُصُومَةِ وَهَذَا فِي الشَّرِيْعَةِ وَلِهَذَا قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ } ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْبَيِّنَةِ وَالْيَمِينِ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ عِنْدَ إِضَافَةِ الشَّيْءِ إِلَى نَفْسِهِ إِذَا كَانَ تَمَّ مُنَازَعٌ وَهِيَ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنْ إِضَافَةِ الشَّيْءِ إِلَى نَفْسِهِ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِمُنَازَعَةٍ أَوْ مُسَالَمَةٍ مَأْخُودٍ مِنْ قَوْلِهِمْ : ادْعَى فُلَانٌ شَيْئًا إِذَا أَضَافَهُ إِلَى نَفْسِهِ إِذَا قَالَ لِي وَمِنْهُ دَعْوَةُ النَّسَبِ بِالْكَسْرِ وَالِدَعْوَةُ بِالْفَتْحِ فِي الْمَادِيَةِ وَقِيلَ الدَّعْوَى فِي اللُّغَةِ قَوْلٌ يَقْصِدُ بِهِ الْإِنْسَانُ إِيْجَابَ الشَّيْءِ عَلَى الْغَيْرِ إِلَّا أَنْ اسْمَ الْمُدْعَى يَتَنَاوَلُ مَنْ لَا حُجَّةَ لَهُ فِي الْعُرْفِ وَلَا يَتَنَاوَلُ مَنْ لَهُ حُجَّةٌ ، فَإِنَّ الْقَاضِيَ يُسَمِّيهِ مُدْعِيًا قَبْلَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَبَعْدَهَا يُسَمِّيهِ مُحِقًّا لَا مُدْعِيًا وَيُقَالُ لِمُسْلِمَةِ الْكَذَابِ لَعَنَهُ اللَّهُ مُدْعِي الثُّبُوتِ ؛ لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنْ إِثْبَاتِهَا وَلَا يُقَالُ لِلرَّسُولِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مُدْعِي الثُّبُوتِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اثْبَتَهَا بِالْمُعْجَزَةِ .

وَالدَّعْوَى اسْمٌ وَلَيْسَ بِمَصْدَرٍ وَالْفِعْلُ ادَّعَى افْتَعَلَ وَالْمَصْدَرُ ادِّعَاءٌ افْتِعَالٌ وَأَلْفُ دَعْوَى لِلتَّائِيثِ فَلَا بُنُوْنَ وَجَمْعُهَا دَعَاوَى بِفَتْحِ الْوَاوِ لَا غَيْرُ كَقَتَوَى وَقَتَاوَى وَاسْمُ الْفَاعِلِ مُدْعٍ وَالْمَفْعُولُ مُدْعَى عَلَيْهِ وَالْمَالُ مُدْعَى وَالْمُدْعَى بِهِ خَطَأٌ ثُمَّ شَرَطُ حَوَازِ الدَّعْوَى أَنْ تَكُونَ فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي وَلَا تَصِحُّ فِي غَيْرِ مَجْلِسِهِ حَتَّى لَا يَسْتَحِقَّ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ جَوَابُهُ وَأَنْ يَكُونَ الْخَصْمُ حَاضِرًا حَتَّى لَوْ ادَّعَى عَلَى غَائِبٍ لِلْإِيْجَابِ وَأَنْ يَكُونَ الْمُدْعَى شَيْئًا مَعْلُومًا لِيُمْكِنَ

إِثْبَاتُهُ بِالْبَيِّنَةِ وَيَتِمَّكَنَ الْقَاضِي مِنَ الْحُكْمِ بِهِ حَتَّى لَا يَجِبَ الْجَوَابُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ إِذَا كَانَ الْمُدْعَى مَجْهُولًا ، وَحُكْمُهَا وَجُوبُ الْجَوَابِ عَلَى الْخَصْمِ إِذَا صَحَّتْ وَتَرْتَّبَتْ عَلَى صِحَّتِهَا وَجُوبُ إِخْضَارِ الْخَصْمِ وَالْمُطَالَبَةُ بِالْجَوَابِ بِلَا أَوْ نَعَمْ وَإِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ وَالْيَمِينِ إِذَا أَنْكَرَ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْمُدْعَى مَنْ إِذَا تَرَكَ تَرَكَ وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ بِخِلَافِهِ) أَيْ لَا يَتْرَكَ إِذَا تَرَكَ بَلْ يُجْبَرُ هَذَا لِمَعْرِفَةِ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا وَهِيَ مِنْ أَهَمِّ مَا يَنْبَغِي عَلَيْهِ مَسَائِلُ الدَّعْوَى .

وَقَدْ اخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُ الْمَشَايِخِ فِي حَدِّهِ فَمِنْهَا مَا ذَكَرْهُنَا وَهُوَ حَدٌّ صَحِيحٌ لِكَوْنِهِ جَامِعًا لِلْمَحْدُودِ مَانِعًا مِنْ دُخُولِ غَيْرِهِ فِيهِ وَقِيلَ الْمُدْعَى مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا بِحُجَّةٍ كَالْخَارِجِ وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ مَنْ يَسْتَحِقُّ بِقَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ حُجَّةٍ كَصَاحِبِ الْيَدِ وَقِيلَ الْمُدْعَى مَنْ يَلْتَمِسُ غَيْرَ الظَّاهِرِ وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ مَنْ يَتَمَسَّكُ بِالظَّاهِرِ وَقِيلَ الْمُدْعَى مَنْ يَشْتَمِلُ كَلَامُهُ عَلَى الْإِثْبَاتِ فَلَا يَصِيرُ خَصْمًا بِالتَّكَلُّمِ فِي التَّنْفِي ، فَإِنَّ الْخَارِجَ لَوْ قَالَ لِدِي الْيَدُ : هَذَا الشَّيْءُ لَيْسَ لَكَ لَا يَكُونُ خَصْمًا وَمُدْعِيًا مَا لَمْ يَقُلْ هُوَ لِي وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ مَنْ يَشْتَمِلُ كَلَامُهُ عَلَى التَّنْفِي فَيَكْتَفِي بِهِ مِنْهُ ، فَإِنَّ ذَا الْيَدِ لَوْ قَالَ لَيْسَ هَذَا لَكَ كَانَ خَصْمًا بِهَذَا الْقَدْرِ وَقَوْلُهُ هُوَ لِي فَضْلَةٌ فِي الْكَلَامِ غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ وَقِيلَ كُلُّ مَنْ يَشْهَدُ بِمَا فِي يَدِ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ فَهُوَ مُدْعٍ وَكُلُّ مَنْ يَشْهَدُ بِمَا فِي يَدِ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ فَهُوَ مُنْكَرٌ وَمُدْعَى عَلَيْهِ وَكُلُّ مَنْ يَشْهَدُ بِمَا فِي يَدِ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ فَهُوَ مُنْكَرٌ وَالْآخِرُ هُوَ الْمُدْعَى وَهَذَا

صَحِيحٌ غَيْرُ أَنْ التَّمْيِيزَ بَيْنَهُمَا يَحْتَاجُ إِلَى فِقْهِ وَحِدَةٍ ذَكَاءُ إِذِ الْعِبَرَةُ لِلْمَعْنَى دُونَ الصُّورَةِ ، فَإِنَّهُ قَدْ يُوْجَدُ الْكَلَامُ مِنْ شَخْصٍ فِي صُورَةِ الدَّعْوَى وَهُوَ إِنْكَارٌ فِي الْمَعْنَى كَالْمُودَعِ إِذَا ادَّعَى رَدَّ الْوَدِيعَةِ ، فَإِنَّهُ مُدْعٍ لِلرَّدِّ صُورَةً وَهُوَ مُنْكَرٌ لِلْوُجُوبِ مَعْنَى فَيَحْلِفُهُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ رَدُّهُ وَلَا ضَمَانُهُ وَلَا يُحْلِفُهُ عَلَى أَنَّهُ رَدَّهَا ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ تَكُونُ عَلَى التَّنْفِي لِيَتَحَقَّقَ الْإِنْكَارُ ؛ لِأَنَّهُ يُنْكَرُ الْوُجُوبَ عَلَيْهِ وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ فَكَانَ الْقَوْلُ لَهُ وَلَا يَرِدُ عَلَى هَذَا الْمَدِينِ إِذَا ادَّعَى قَضَاءَ الدِّينِ أَوْ إِبْرَاءَ الطَّالِبِ ، فَإِنَّ الْقَوْلَ لِلطَّالِبِ مَعَ أَنَّهُ يَدْعِي شَعْلَ ذِمَّتِهِ وَالْمَدِينُ الْبَرَاءَةُ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ لَمَّا اتَّفَقَا عَلَى وَجُوبِ الدِّينِ صَارَ الشَّعْلُ هُوَ الْأَصْلُ وَالْمَدِينُ بِدَعْوَاهُ الْإِبْرَاءُ أَوْ الْإِبْرَاءُ صَارَ مُدْعِيًا خِلَافَ الْأَصْلِ وَالطَّالِبُ يُنْكَرُ فَكَانَ الْقَوْلُ لَهُ أَوْ نَقُولُ إِنَّ الْمُودَعِ أَمِينٌ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي وَضْعِ الْأَمَانَةِ مَوْضِعَهَا كَمَا فِي الْقَاضِي وَأَمِينِهِ وَكَالْمُطْلَقَةِ إِذَا ادَّعَتْ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ أَوْ بَقَاءَهَا

لَمَّا كَانَتْ الْوَكَالَةُ بِالْخُصُومَةِ مِنْ أَنْوَاعِ الْوَكَالَاتِ وَهِيَ سَبَبٌ دَاعٍ إِلَى الدَّعْوَى وَالْخُصُومَةِ نَاسَبٌ ذِكْرُ كِتَابِ الدَّعْوَى عَقِيبَ كِتَابِ الْوَكَالَةِ لِأَنَّ الْمُسَبَّبَ يَفْتَضِي سَابِقِيَّةَ السَّبَبِ أَتَقَانِي

قوله في المتن هي إضافة الشيء إلخ

هَذَا رُكْنُهَا لِأَنَّ رُكْنَ الشَّيْءِ مَا يَقُومُ بِهِ الشَّيْءُ وَالدَّعْوَى إِنَّمَا تَقُومُ بِإِضَافَةِ الْمُدَّعِي إِلَى نَفْسِهِ فَكَانَ رُكْنًا .

قوله : ولهذا

أَيَّ وَلِأَجْلِ أَنَّ الدَّعْوَى لَا تَكُونُ إِلَّا حَالَ الْمُنَازَعَةِ لَا حَالَ الْمُسَالَمَةِ .

قوله : يقصد به الإنسان إيجاب إلخ

لِأَنَّهُ يُضِيفُهُ إِلَى نَفْسِهِ فَيَقُولُ إِنِّي .

غَايَةٌ

قوله : بفتح الواو ولا غير

هَكَذَا قَالَ فِي الْكَافِي قَوْلُهُ : أَوْ نَعَمْ) أَيَّ فَإِذَا أَحَابَ بِنَعَمْ يَجِبُ مَا ادَّعَاهُ الْمُدَّعِي بِإِقْرَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَإِنْ قَالَ لَا يَقُولُ الْقَاضِي لِلْمُدَّعِي أَلَمْ يَبَيَّنْ ، فَإِنْ قَالَ لَا يَقُولُ لَكَ يَمِينُهُ ، فَإِنْ طَلَبَ الْمُدَّعِي يَمِينَهُ اسْتَحْلَفَهُ ، فَإِنْ حَلَفَ بَرِيءٌ عَنِ الدَّعْوَى ، وَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ الدَّعْوَى .

غَايَةٌ

قوله في المتن والمدعي من إذا ترك إلخ

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ وَقَالَ بَعْضُهُمْ صُورَةُ ذَلِكَ هُوَ أَنَّهُ إِذَا تَرَكَ دَعْوَاهُ تَرَكَ وَالْمُنْكَرُ هُوَ الَّذِي إِذَا تَرَكَ دَعْوَاهُ لَا يُتْرَكُ

قوله : كالمودع الخ

سَيَاتِي قُبِيلَ قَوْلِهِ وَلَوْ افْتَدَى الْمُتَكِرُّ يَمِينَهُ أَنَّ الْمَوْدَعَ إِذَا قَالَ : إِنَّ الْوَدِيعَةَ قَبَضَهَا صَاحِبُهَا يَحْلِفُ عَلَى الْبَتَاتِ .

قوله : وهو منكّر للوجوب

أَيُّ لَوْجُوبِ الضَّمَانِ لِأَنَّهُ يَتَمَسَّكُ بِالْأَصْلِ إِذَا الْأَصْلُ فِي الذَّمِّ الْبَرَاءَةُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا تَصِحُّ الدَّعْوَى حَتَّى يَذْكُرَ شَيْئًا عُلِمَ جِنْسُهُ ، وَقَدَرُهُ) ؛ لِأَنَّ فَائِدَتَهَا الْإِلْزَامُ بِوَاسِطَةِ الْإِشْهَادِ وَلَا يَتَحَقَّقُ الْإِشْهَادُ وَلَا الْإِلْزَامُ فِي الْمَجْهُولِ فَلَا يَصِحُّ وَلَا يَجِبُ الْجَوَابُ عَلَى الْخَصْمِ ، فَإِذَا بَيَّنَّ جِنْسَهَا وَنَوْعَهَا ، وَقَدَرَهَا وَصِفَتَهَا وَسَبَبَ وَجُوبَهَا صَحَّتْ الدَّعْوَى فَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا أَحْكَامُهَا مِنْ وَجُوبِ الْإِحْضَارِ وَالْحُضُورِ وَالْمُطَالَبَةِ بِالْجَوَابِ وَوُجُوبِ الْجَوَابِ وَالْيَمِينَ وَإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَلُزُومِ إِحْضَارِ الشَّيْءِ الْمُدْعَى إِنْ لَمْ يَكُنْ دَيْنًا وَلَا يَتَعَلَّقُ بِالدَّعْوَى الْمَجْهُولَةِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لِفَسَادِهَا ، وَإِنَّمَا وَجِبَ إِذَا صَحَّتْ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ } الْحَقَّ الْوَعِيدَ بِمَنْ أَمْتَنَعَ عَنِ الْحُضُورِ بَعْدَمَا طُولَبَ بِهِ فَذَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْحُضُورَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (فَإِنْ كَانَ عَيْنًا فِي يَدِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ كُلفَ إِحْضَارُهَا لِئُشِيرَ إِلَيْهَا بِالدَّعْوَى وَكَذَا فِي الشَّهَادَةِ وَالِاسْتِخْلَافِ) ؛ لِأَنَّ الْإِعْلَامَ بِأَقْصَى مَا يُمَكِّنُ شَرْطًا وَذَلِكَ بِالْإِشَارَةِ بَعْدَ الْإِحْضَارِ فِيمَا يُمَكِّنُ إِحْضَارَهُ مِنَ الْمُنْقُولِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَالرَّحَى حَضَرَهُ الْحَاكِمُ أَوْ بَعَثَ أَمِينَهُ

الشرح

قوله : وسبب وجوبها الخ

لِأَنَّ أَحْكَامَ الدُّيُونِ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ أَسْبَابِهَا ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ بِسَبَبِ السَّلَمِ يَحْتَاجُ إِلَى بَيَانِ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ لِيَقَعَ التَّحَرُّزُ عَنِ الْإِخْتِلَافِ وَلَا يَجُوزُ الْاسْتِبدَالُ بِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ مَبِيعٍ يَجُوزُ الْاسْتِبدَالُ بِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَلَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ .

كأكي

قوله : لفسادها

وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا إِلَّا فِي الْوَصِيَّةِ ، فَإِنَّ الْأَئِمَّةَ الثَّلَاثَةَ يُجَوِّزُونَ دَعْوَى الْمَجْهُولِ فِي الْوَصِيَّةِ ، فَإِنْ ادَّعَى حَقًّا مِنْ وَصِيَّةٍ أَوْ إِفْرَارٍ ، فَإِنَّهُمَا يَصِحَّانِ بِالْمَجْهُولِ وَيَصِحُّ دَعْوَى الْإِفْرَارِ بِالْمَجْهُولِ بِلَا خِلَافٍ وَلَا يُشْتَرَطُ لِسَمَاعِ الدَّعْوَى الْمُخَالَطَةُ وَالْمُعَامَلَةُ وَلَا فَرْقٌ فِيهِ بَيْنَ طَبَقَاتِ النَّاسِ وَعَنْ مَالِكٍ لَا تُسْمَعُ دَعْوَى الدَّيْنِيِّ عَلَى الشَّرِيفِ إِذَا لَمْ يُعْرِفْ بَيْنَهُمَا سَبَبٌ .

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ ، فَإِنْ كَانَ عَيْنًا

قَالَ الْأُسْرُوشَنِيُّ فِي فُصُولِهِ فِي الْفَصْلِ الثَّاسِعِ : إِنَّ الدَّعْوَى لَا تَخْلُو إِذَا أَنْ تَقَعَ فِي الدَّيْنِ أَوْ فِي الْعَيْنِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ فِي الْعَيْنِ فَلَا يَخْلُو إِذَا كَانَ عَقَارًا أَوْ مَنَقُولًا .

فَإِنْ كَانَ مَنَقُولًا فَلَا يَخْلُو أَمَّا إِنْ كَانَ قَائِمًا أَوْ هَالِكًا ، فَإِنْ ادَّعَى مَنَقُولًا قَائِمًا ، فَإِنْ أَمَكَّنَ إِحْضَارَهُ مَجْلِسَ الْحُكْمِ فَالْقَاضِي لَا يَسْمَعُ دَعْوَى الْمُدَّعِي وَلَا شَهَادَةَ شُهُودِهِ إِلَّا بَعْدَ إِحْضَارِ مَا وَقَعَ فِيهِ يُشِيرُ إِلَيْهِ الْمُدَّعِي وَالشُّهُودُ لِنَقْطِيعِ الشَّرَكَةِ بَيْنَ الْمُدَّعِي وَغَيْرِهِ قَالَ شَمْسُ الْأَلَمَةِ السَّرْحَسِيُّ وَمِنَ الْمَنَقُولَاتِ مَا لَا يُمَكِّنُ إِحْضَارُهُ عِنْدَ الْقَاضِي كَالصُّبْرَةِ مِنَ الطَّعَامِ وَالْقَطِيعِ مِنَ الْغَنَمِ فَالْقَاضِي بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ حَضَرَ ذَلِكَ الْمَوْضِعَ لَوْ تيسَّرَ لَهُ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَتَهَيَّأُ لَهُ الْحُضُورُ وَكَانَ مَأْذُونًا بِالِاسْتِخْلَافِ يَبْعَثُ خَلِيفَتَهُ إِلَى

ذَلِكَ الْمَوْضِعِ وَهُوَ نَظِيرُ مَا إِذَا كَانَ الْقَاضِي فِي دَارِهِ وَوَقَعَتْ الدَّعْوَى فِي حِمْلٍ وَلَا يَسَعُ بَابُ دَارِهِ ، فَإِنَّهُ يَخْرُجُ إِلَى بَابِ دَارِهِ أَوْ يَأْمُرُ نَائِبَهُ حَتَّى يَخْرُجَ لِيُشِيرَ إِلَيْهِ الشُّهُودُ بِحَضْرَتِهِ وَفِي الْقُدُورِيِّ إِذَا كَانَ الْمُدَّعَى شَيْئًا يَتَعَذَّرُ نَقْلُهُ كَالرَّحَى فَالْحَاكِمُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ حَضَرَ وَإِنْ شَاءَ بَعَثَ أَمِينًا كَذَا ذَكَرَهُ فِي الذَّخِيرَةِ وَذَكَرَهُ الْقَاضِي الْإِمَامُ ظَهِيرُ الدِّينِ وَهَذَا إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ إِذَا كَانَ الْعَيْنُ الْمُدَّعَى فِي الْمَصْرِ أَمَّا إِذَا كَانَ خَارِجَ الْمَصْرِ كَيْفَ يَقْضِي الْقَاضِي بِهِ وَالْمَصْرُ شَرْطُ لِحَوَازِ الْقَضَاءِ فِي ظَاهِرِ الرُّوَايَةِ لَكِنَّ الطَّرِيقَ فِيهِ أَنْ يَبْعَثَ وَاحِدًا مِنْ أَعْوَانِهِ حَتَّى يَسْمَعَ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَةَ وَيَقْضِي ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يُمَضِي قَضَاءَهُ

قَوْلُهُ : وَكَذَا فِي الشَّهَادَةِ وَالِاسْتِخْلَافِ

يَعْنِي إِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ عَلَى الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ أَوْ اسْتَخْلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ كُلِّفَ إِحْضَارُهَا .

غَايَةُ وَكَبَّ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَيَتَعَلَّقُ بِالدَّعْوَى أَيْضًا وَجُوبُ إِحْضَارِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ مَجْلِسَ الْقَاضِي عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِذَا كَانَتْ مَنَقُولَةً قَائِمَةً فِي يَدِهِ حَتَّى يُشِيرَ الْمُدَّعَى أَوْ الشُّهُودُ إِلَيْهَا أَوْ يُشِيرَ إِلَيْهَا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عِنْدَ الْإِسْتِخْلَافِ هـ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ تَعَذَّرَ ذَكَرَ قِيمَتَهَا) أَيُّ إِنْ تَعَذَّرَ إِحْضَارُ الْمَنَقُولَاتِ بِأَنْ كَانَتْ هَالِكَةً أَوْ غَائِبَةً ذَكَرَ قِيمَتَهَا ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْمُقَدَّرِ لَا يُمَكِّنُ ضَبْطَهُ بِالْوَصْفِ وَيُمَكِّنُ بِالْقِيَمَةِ فَوَجِبَ الْمَصِيرُ إِلَيْهَا ؛ لِأَنَّهَا هِيَ الْمُدَّعَاةُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ لِصَيْرُورَتِهَا دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ وَقَالَ أَبُو اللَّيْثِ يُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ فِي الْحَيَوَانَ ذَكَرَ الذُّكُورَةَ وَالْأُنثَى ، وَإِنْ لَمْ يُبَيَّنْ الْقِيَمَةُ فَقَالَ غَضَبَ مِنِّي عَيْنًا كَذَا وَلَا أَدْرِي أَنَّهُ هَالِكٌ أَوْ قَائِمٌ وَلَا أَدْرِي كَمْ كَانَتْ قِيمَتُهُ قَالَ فِي الْكَافِي ذَكَرَ فِي عَامَةِ الْكُتُبِ أَنَّهُ يَسْمَعُ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ رَبُّمَا لَا يَعْرِفُ قِيَمَةَ مَالِهِ فَلَوْ كُلَّفَ بَيَانُ الْقِيَمَةِ لَتَضَرَّرَ بِهِ وَعَزَاهُ إِلَى الْقَاضِي فَخَرَّ الدِّينَ وَإِلَى صَاحِبِ الذَّخِيرَةِ وَإِذَا سَقَطَ بَيَانُ الْقِيَمَةِ عَنِ الْمُدَّعَى سَقَطَ عَنِ الشُّهُودِ أَيْضًا بَلْ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُمْ أَبْعَدُ عَنْ مُمَارَسَتِهِ

الشرح

قوله : ذكر قيمتها

أَيُّ ذَكَرَ الْمُدَّعِي قِيمَتَهَا حَتَّى تَصِحَّ الدَّعْوَى بِوُقُوعِهَا عَلَى مَعْلُومٍ لِأَنَّ عَيْنَ الْمُدَّعَاةِ تَعَدَّرَ مُشَاهَدَتُهَا وَلَا يُمَكِّنُ مَعْرِفَتُهَا بِالْوَصْفِ فَاشْتَرَطَ بَيَانُ الْقِيَمَةِ لِأَنَّهَا شَيْءٌ تُعْرَفُ الْعَيْنُ الْهَالِكَةُ بِهِ .

قوله : لأن غير المقدّر

أَيُّ الْمُقَدَّرِ بِالْكَيْلِ أَوْ الْوَزْنِ .

قوله : يشترط مع ذلك

أَيُّ مَعَ بَيَانِ قِيمَتِهَا .

قوله : ذكر النكورة

وَبَعْضُهُمْ لَمْ يَشْتَرِطْ ذَلِكَ .

قوله : فلو كلف بيان القيمة لتضرر به

قَالَ الْكَافِيُّ وَفِي الْمُجْتَبَى قَالَ الْإِسْبِيجِيُّ فِي مَسْأَلَةِ سَرَقَةِ الْبَقَرَةِ لَوْ اخْتَلَفَا فِي لَوْنِهَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَنْهُ خِلَافًا لُهُمَا وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ إِحْضَارَ الْمَنْقُولِ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِلشَّهَادَةِ وَالِدَّعْوَى إِذْ لَوْ شَرَطَ لِأَحْضَرَتْ وَلَمَّا وَقَعَ الْإِخْتِلَافُ عِنْدَ الْمُشَاهَدَةِ ثُمَّ قَالَ وَالنَّاسُ عَنْهَا غَافِلُونَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ ادَّعَى عَقَارًا ذَكَرَ حُدُودَهُ) ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ تَعْرِيفُهُ بِالْإِشَارَةِ لِتَعَدُّرِ نَقْلِهِ إِلَى مَجْلِسِ الْحُكْمِ فَتَعَيَّنَ التَّحْدِيدُ إِذْ الْعَقَارُ يُعْرَفُ بِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَكَفَتْ ثَلَاثَةٌ) أَيُّ كَفَى ذِكْرُ ثَلَاثٍ مِنَ الْحُدُودِ وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَكْفِي وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْحُدُودِ الْأَرْبَعَةِ ؛ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ لَمْ يَتِمَّ بِذِكْرِ الثَّلَاثَةِ كَمَا لَا يَتِمُّ بِذِكْرِ الثَّانِيَيْنِ وَلَكِنَّا أَنْ لَلْكَثَرِ حُكْمَ الْكُلِّ بِخِلَافِ مَا إِذَا غَلَطَ فِي الرَّابِعَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِهِ الْمُدَّعِي

وَلَا كَذَلِكَ تَرَكَهَا وَنَظِيرُهُ إِذَا ادَّعَى شِرَاءَ شَيْءٍ بِنَمْنٍ مَقْبُولٍ ، فَإِنَّ الشَّهَادَةَ تُقْبَلُ ، وَإِنْ سَكَتُوا عَنْ بَيَانِ جِنْسِ الثَّمَنِ ، وَلَوْ ذَكَرُوا ذَلِكَ وَاخْتَلَفُوا فِيهِ لَمْ تُقْبَلْ وَكَمَّا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْحَدِّ فِي الدَّعْوَى يُشْتَرَطُ فِي الشَّهَادَةِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَعْلُومًا لِلْقَاضِي

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الثَّمَنِ : وَإِنْ ادَّعَى عَقَارًا الْخ

ذَكَرَ هُنَا فُصُولًا ثَلَاثَةً : الْأَوَّلُ تَحْدِيدُ الْعَقَارِ وَهُوَ بَيَانُ حُدُودِهِ ، وَالثَّانِي ذَكَرَ الْمُدَّعِي أَنَّ الْمُدَّعَى فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَالثَّلَاثُ ذَكَرَ الْمُدَّعَى أَنَّهُ يُطَالِبُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْمُدَّعَى أَمَّا الْفَصْلُ الْأَوَّلُ فَنَقُولُ إِنَّمَا شَرَطُ التَّحْدِيدِ لِأَنَّ الدَّعْوَى لَا تَصِحُّ فِي الْمَجْهُولِ وَالْعَقَارُ لَا يُعْلَمُ إِلَّا بِالتَّحْدِيدِ فَاشْتَرَطَ التَّحْدِيدَ حَتَّى تَقَعَ الشَّهَادَةُ عَلَى مَعْلُومٍ قَالَ فِي شَرْحِ الْأَقْطَعِ لَوْ وَقَعَتِ الدَّعْوَى فِي غَيْرِ مَحْدُودٍ لَمْ تَصِحَّ حَتَّى يَحْضُرَ الْحَاكِمُ عِنْدَ الْأَرْضِ فَيَسْمَعَ الدَّعْوَى عَلَى عَيْنِهَا وَيُشِيرُ الشُّهُودُ إِلَيْهَا بِالشَّهَادَةِ قَالَ فِي شَرْحِ أَدَبِ الْقَاضِي يَجِبُ عَلَى الْمُدَّعَى وَعَلَى الشُّهُودِ الْإِعْلَامُ بِأَقْصَى مَا يُمَكِّنُ وَأَقْصَى مَا يُمَكِّنُ فِي الدَّارِ الْبَلَدَةِ ثُمَّ الْمَحَلَّةُ الَّتِي فِيهَا الدَّارُ فِي تِلْكَ الْبَلَدَةِ ثُمَّ يُبَيِّنُ حُدُودَ الدَّارِ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ بِأَقْصَى مَا يُمَكِّنُ وَأَقْصَى مَا يُمَكِّنُ هَذَا وَهُوَ أَنْ يُبَيِّنَ أَوَّلًا الْأَسْمَ الْعَامَّ وَهُوَ الْبَلَدَةُ ثُمَّ يُبَيِّنُ مَا هُوَ الْأَخْصَصُ مِنْهُ وَهُوَ الْمَحَلَّةُ ثُمَّ يُعَرِّفُ بِمَا هُوَ أَخْصَصُ مِنَ الْمَحَلَّةِ وَهُوَ الْحُدُودُ الْأَرْبَعَةُ لِيَحْصَلَ التَّعْرِيفُ وَالْإِعْلَامُ بِأَقْصَى مَا يُمَكِّنُ ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ وَشَهِدَ الشُّهُودُ عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ قَبِلَ الْقَاضِي وَقَضَى بِهِ .

وَقَالَ الْأَسْرُوسَنِيُّ فِي الْفَصْلِ الثَّامِنِ مِنْ فُصُولِهِ ذَكَرَ الشَّيْخُ الْإِمَامُ الْفَقِيهَ الْحَاكِمُ أَبُو نَصْرِ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ السَّمَرْقَنْدِيُّ فِي شَرْوْطِهِ إِذَا وَقَعَتِ الدَّعْوَى فِي الْعَقَارِ لَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْبَلَدَةِ الَّتِي فِيهَا الدَّارُ ثُمَّ مِنْ ذِكْرِ الْمَحَلَّةِ ثُمَّ مِنْ ذِكْرِ السَّكَّةِ فَيَبْدَأُ الْكَاتِبُ بِذِكْرِ الْكُورَةِ ثُمَّ بِذِكْرِ الْمَحَلَّةِ اخْتِيَارًا لِقَوْلِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ ، فَإِنَّ الْمَذْهَبَ عِنْدَهُ أَنْ يُبَدَأَ بِالْأَعْمِ ثُمَّ

يَنْزِلَ مِنَ الْأَعْمِ إِلَى الْأَخْصَصِ وَقَالَ أَبُو زَيْدٍ الْبَغْدَادِيُّ يُبَدَأُ بِالْأَخْصَصِ ثُمَّ بِالْأَعْمِ فَيَقُولُ دَارٌ فِي سَكَّةٍ كَذَا فِي مُحَلَّةٍ كَذَا فِي كُورَةٍ كَذَا وَقَاسَهُ عَلَى النَّسَبِ حَيْثُ يَقُولُ فُلَانٌ ثُمَّ يَقُولُ ابْنُ فُلَانٍ ثُمَّ يَذْكُرُ الْجَدَّ فَيَبْدَأُ بِمَا هُوَ أَقْرَبُ ثُمَّ يَتَرَقَّى إِلَى مَا هُوَ الْأَبْعَدُ لَكِنْ مَا قَالَهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ أَحْسَنُ لِأَنَّ الْعَامَّ يُعْرَفُ بِالْخَاصِّ وَلَا يُعْرَفُ الْخَاصُّ بِالْعَامِّ وَفَصَّلُ النَّسَبِ حُجَّةٌ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْأَعْمَ اسْمُهُ ، فَإِنْ جَعَلْنَا فِي الدُّنْيَا كَثِيرًا ، فَإِنْ عُرِفَ وَإِلَّا تَرَقَّى إِلَى الْأَخْصَصِ فَيَقُولُ ابْنُ مُحَمَّدٍ وَهَذَا أَخْصَصٌ ، فَإِنْ عُرِفَ وَإِلَّا تَرَقَّى إِلَى الْجَدِّ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْفُصُولِ وَقَالَ هَذَا الْفَصْلُ أَيْضًا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ وَذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ إِذَا ادَّعَى مَحْدُودًا فِي مَوْضِعٍ كَذَا وَبَيَّنَ الْحُدُودَ وَلَمْ يُبَيِّنْ أَنَّ الْمَحْدُودَ مَا هُوَ كَرَمٌ أَوْ أَرْضٌ أَوْ دَارٌ وَشَهِدَ الشُّهُودُ كَذَلِكَ هَلْ تُسْمَعُ وَهَلْ تَصِحُّ الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةُ حَكَى فَتَوَى شَمْسُ الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيِّ أَنَّهُ لَا تَصِحُّ الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةُ وَحَكَى فَتَوَى شَمْسُ الْإِسْلَامِ الْأَوْزَجَنْدِيُّ أَنَّ الْمُدَّعَى إِذَا بَيَّنَّ الْمَصْرَ وَالْمَحَلَّةَ وَالْمَوْضِعَ وَالْحُدُودَ تَصِحُّ الدَّعْوَى وَلَا يُوجِبُ تَرْكُ بَيَانِ الْمَحْدُودِ جَهْلًا فِي الْمُدَّعَى وَكَانَ ظَهِيرُ الدِّينِ الْمَرْغِينَانِيُّ يَكْتُبُ فِي جَوَابِ الْفَتَوَى لَوْ سَمِعَ قَاضٍ هَذِهِ الدَّعْوَى تَجَوُّزٌ وَقِيلَ ذَكَرُ الْمِصْرِ وَالْقَرْيَةِ وَالْمَحَلَّةِ لَيْسَ بِلَازِمٍ وَذَكَرَ رَشِيدُ الدِّينِ أَنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ يَكْتُبَ بِأَيِّ قَرْيَةٍ وَبِأَيِّ مَوْضِعٍ لِيَرْتَفَعَ الْجَهْلُ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْفُصُولِ .

أَتَقَانِي .

وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ عَقَارًا مَا نَصُّهُ قَالَ الْأَثْقَانِيُّ الْعَقَارُ بِالْفَتْحِ الْأَرْضُ وَالضِّيَاعُ وَالنَّحْلُ وَمِنْهُ قَوْلُهُمْ مَا لَهُ دَارٌ وَلَا عَقَارٌ كَذَا فِي الصَّحاحِ وَقِيلَ
الْعَقَارُ اسْمٌ لِلْعَرْصَةِ

الْمَبْنِيَّةِ وَالضِّيَعَةُ اسْمٌ لِلْعَرْصَةِ لَا غَيْرُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَأَسْمَاءُ أَصْحَابِهَا) أَيِ ذَكَرُ أَسْمَاءِ أَصْحَابِ الْحُدُودِ ؛ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ يَحْصُلُ بِذَلِكَ وَذَكَرُ أَسْمَائِهِمْ لِيَتَمَيَّزُوا عَنْ غَيْرِهِمْ
قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْحَدِّ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَشْهُورًا) أَيِ لَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ حَدِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَصْحَابِ الْحُدُودِ إِنْ لَمْ يَكُنِ الرَّجُلُ
مَشْهُورًا بَيْنَ النَّاسِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ؛ لِأَنَّ تَمَامَ التَّعْرِيفِ يَحْصُلُ بِهِ فِي الصَّحِيحِ مِنْ مَذْهَبِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ غَيْرَ مَرَّةٍ ، وَإِنْ
كَانَ الرَّجُلُ مَشْهُورًا يُكْتَفَى بِذِكْرِهِ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ بِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنَّهُ فِي يَدِهِ) أَيِ وَذَكَرَ أَنَّ الْعَقَارَ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَا
يَكُونُ خَصْمًا إِلَّا إِذَا كَانَ الْعَقَارُ فِي يَدِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِبْتَائِهِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا تَثْبُتُ الْيَدُ فِي الْعَقَارِ بِتَصَادُفِهِمَا بَلْ بَيِّنَةٌ أَوْ عِلْمُ الْقَاضِي
بِخِلَافِ الْمَنْقُولِ) أَيِ لَا تَثْبُتُ الْيَدُ فِيهِ بِتَصَادُقِ الْمُدَّعَى وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّ الْعَقَارَ فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ فِيهِ غَيْرُ مُشَاهَدَةٍ وَلَعَلَّهُ فِي
يَدِ غَيْرِهِمَا تَوَاضَعًا فِيهِ لِيَكُونَ لَهُمَا ذَرِيعَةٌ إِلَى أَخْذِهِ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ فِيهِ أَوْ عِلْمِ الْقَاضِي لِنَتْنَفِي تَهْمَةِ الْمُوَاضَعَةِ بِخِلَافِ
الْمَنْقُولِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ فِيهِ مُعَايَنَةٌ فَلَا حَاجَةَ إِلَى اشْتِرَاطِ الزِّيَادَةِ

الشرح

قَوْلُهُ : وَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ مَشْهُورًا يُكْتَفَى بِذِكْرِهِ

كَأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ وَابْنُ أَبِي لَيْلَى وَأَبِي حَفْصٍ الْكَبِيرُ الْبُخَارِيُّ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَأَنَّهُ يُطَالَبُ بِهِ) أَيِ ذَكَرَ لِلْقَاضِي أَنَّهُ يُطَالَبُ بِالشَّيْءِ الْمُدَّعَى ؛ لِأَنَّ الْقَاضِي لَا يَعْلَمُ لِمَاذَا ذَكَرَ حَقَّهُ عِنْدَهُ فَبِذِكْرِهِ أَنَّهُ
طَالِبٌ يَبَيِّنُ لَهُ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّنْبِيهِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَنْصَ عَلَى الطَّلَبِ لَحَسِبَ الْقَاضِي أَنَّهُ إِنَّمَا ذَكَرَ لَهُ عَلَى سَبِيلِ الْحِكَايَةِ فَيُزِيلُ ذَلِكَ الْوَهْمَ
بِالنَّصِّ عَلَى الطَّلَبِ وَلِأَنَّ الْقَاضِي لَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُجِيبَهُ لِحْتِمَالِ مَا ذَكَرْنَا إِلَّا إِذَا طَلَبَ ؛ لِأَنَّهُ نَصَّبَ لِقَطْعِ الْخُصُومَاتِ لَا لِلِإِنْشَائِهَا ، فَإِذَا
بَيَّنَّ طَلَبَهُ أَحَابَهُ وَإِلَّا فَلَا لِحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ عِنْدَهُ بَرَهْنٌ أَوْ وَدِيعَةٌ أَوْ إِجَارَةٌ وَنَحْوُ ذَلِكَ فَلَا يَزُولُ الْإِحْتِمَالُ بِدُونِ طَلَبِهِ وَلِهَذَا قَالُوا يَجِبُ فِي
الْمَنْقُولِ أَنْ يَقُولَ هُوَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ كَانَ دَيْنًا ذَكَرَ وَصَفَهُ وَأَنَّهُ يُطَالَبُ بِهِ) لِمَا ذَكَرْنَا وَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِهِ عَلَى وَجْهِ لَا
يَقْبَى فِيهِ خِفَاءٌ وَكَذَا فِي الشَّهَادَةِ ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ صَحَّتِ الدَّعْوَى سَأَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنْهَا) أَيِ عَنِ الدَّعْوَى
لِيَنْكَشِفَ لَهُ وَجْهُ الْقَضَاءِ إِنْ ثَبَتَ حَقُّهُ ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِالْبَيِّنَةِ يُخَالِفُ الْقَضَاءَ بِالْإِقْرَارِ وَهَذَا لِأَنَّ الْإِقْرَارَ حُجَّةٌ مُلْزِمَةٌ بِنَفْسِهِ وَلَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى
الْقَضَاءِ ، وَإِطْلَاقُ اسْمِ الْقَضَاءِ فِيهِ مَجَازٌ ، وَإِنَّمَا هُوَ أَمْرٌ بِالْخُرُوجِ عَمَّا لَزِمَهُ بِالْإِقْرَارِ بِخِلَافِ الْبَيِّنَةِ ، فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ إِلَّا إِذَا اتَّصَلَ بِهَا
الْقَضَاءُ فَيَسْقُطُ احْتِمَالُ الْكَذِبِ بِالْقَضَاءِ فِي حَقِّ الْعَمَلِ فَيَصِيرُ حُجَّةً يَجِبُ الْعَمَلُ بِهِ كَسَائِرِ الْحُجَجِ الشَّرْعِيَّةِ

الشرح

قوله في المتن وأنه يطالبه به

يَعْنِي إِذَا كَانَ الْمُدْعَى دَيْنًا لَا عَيْنًا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْإِحْضَارُ إِلَى مَجْلِسِ الْقَاضِي كَمَا يُشْتَرَطُ فِي الْعَيْنِ الْقَائِمَةِ لِأَنَّ الْإِحْضَارَ إِنَّمَا أُشْتَرَطَ ثَمَّةَ لِيَمْتَنَزَ الْمُدْعَى مِنْ غَيْرِهِ بِالْإِشَارَةِ الَّتِي عِنْدَ الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ وَعِنْدَ اسْتِحْلَافِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ لِأَنَّ الْعَيْنَ قَدْ تَشْتَرِكُ مَعَ عَيْنٍ أُخْرَى فِي الْوَصْفِ وَالْحَلِيَّةِ فَلَا يَنْقَطِعُ الشُّكُّ مَا لَمْ تَكُنْ الْإِشَارَةُ إِلَيْهَا فِي الْحُضُورِ وَالِدَيْنِ لَا يُمَكِّنُ إِعْلَامُهُ بِالْإِشَارَةِ إِلَيْهِ فَلَا يَلْزَمُ إِحْضَارُهُ بَلْ أَكْثَفِي بَيَانَ الْجِنْسِ وَالْقَدْرِ وَالْوَصْفِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الْعَيْنُ مُسْتَهْلَكَةً حَيْثُ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ إِشَارَةٍ لِأَنَّ الدَّعْوَى فِي قِيَمَتِهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وَفِي مِثْلِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وَالْمِثْلُ وَالْقِيَمَةُ دَيْنٌ فِي الذِّمَّةِ وَالشَّهَادَةُ عَلَى الدَّيُونِ تُقْبَلُ بِلَا إِشَارَةٍ إِلَيْهَا بَلْ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ الْجِنْسِ وَالْقَدْرِ وَإِلَى هَذَا أَشَارَ الْقُدُورِيُّ عِنْدَ قَوْلِهِ وَلَا تُقْبَلُ الدَّعْوَى حَتَّى يَذْكُرَ شَيْئًا مَعْلُومًا فِي جِنْسِهِ وَقَدْرِهِ لِأَنَّ ذَلِكَ يَشْمَلُ الْعَيْنَ وَالِدَيْنِ جَمِيعًا وَلَكِنْ إِنْ كَانَ تَقْلِيًا قَائِمًا بِعَيْنِهِ يُشْتَرَطُ الْإِحْضَارُ ، وَإِنْ كَانَ عَقَارًا يَجِبُ التَّحْدِيدُ بِخِلَافِ الدَّيْنِ فَافْهَمْ .

أَتَقَانِي .

(فُرُوعٌ) فِي التَّمَتُّةِ لَوْ ادَّعَى دَيْنًا فِي التَّرَكَةِ وَقَالَ كُلُّ التَّرَكَةِ فِي يَدِ هَذَا يَحْلِفُ وَحَدَهُ بِاللَّهِ مَا وَصَلَ إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنَ التَّرَكَةِ وَلَا يَعْلَمُ أَنَّ لَهُ دَيْنًا عَلَى أَبِيهِ وَقِيلَ يَحْلِفُ يَمِينَيْنِ عَلَى الْوُصُولِ عَلَى الْبَيِّنَاتِ وَعَلَى الدَّيْنِ عَلَى الْعِلْمِ وَبِهِ قَالَ عَامَّةُ الْمَشَايِخِ وَأَجْمَعُوا أَنَّ الْمُدْعَى بَعْدَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ يَحْلِفُ أَنَّهُ مَا اسْتَوْفَاهُ وَلَا أَبْرَاهُ ، وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ الْخَصْمُ وَلَا يَعْلَمُ فِيهِ خِلَافٌ ١ هـ

قَالَ الْوَلَوَالِجِيُّ فِي أَوَاخِرِ الْفَصْلِ الْخَامِسِ مِنْ كِتَابِ الدَّعْوَى رَجُلٌ ادَّعَى دَيْنًا فِي التَّرَكَةِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ ، فَإِنَّ الْقَاضِيَّ يَحْلِفُهُ بِاللَّهِ مَا اسْتَوْفَيْتُهُ وَلَا شَيْئًا مِنْهُ وَهَذَا لَيْسَ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ خَاصَّةً بَلْ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ يَدَّعِي حَقًّا فِي التَّرَكَةِ وَأَثْبَتَهُ بِالْبَيِّنَةِ ، فَإِنَّهُ يَحْلِفُ مِنْ غَيْرِ خَصْمٍ أَنَّهُ مَا اسْتَوْفَى حَقَّهُ وَهُوَ مِثْلُ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى مِنْ غَيْرِ دَعْوَى

قَالَ الْإِمَامُ النَّاصِحِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي آدَبِ الْقَضَاءِ مَا مَلَّخَصَهُ رَجُلٌ ادَّعَى عَلَى مَيِّتٍ شَيْئًا وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى وَارِثٍ وَاحِدٍ أَوْ عَلَى الْوَصِيِّ فَذَلِكَ جَائِزٌ عَلَى جَمِيعِ الْوَرَثَةِ لِأَنَّ أَحَدَ الْوَرَثَةِ خَصَمٌ فِيمَا يَجِبُ لِلْمَيِّتِ وَعَلَيْهِ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى رَجُلٍ لِلْمَيِّتِ قَبْلَهُ دَيْنٌ ، فَإِنَّهُ يُقْبَلُ وَيُقْضَى بِجَمِيعِ الدَّيْنِ وَبِدَلِيلٍ أَنَّ لَهُ أَنْ يُرَدَّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَإِذَا كَانَ خَصَمًا فِي الْجَمِيعِ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ فِي ذَلِكَ وَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ لِأَنَّ الْوَصِيَّ خَصَمٌ عَنِ الْمَيِّتِ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يُخَاصِمُ عَنْهُ وَيُرَدُّ بِالْعَيْبِ فَهَذِهِ بَيِّنَةٌ أَقَامَهَا خَصَمٌ فَوَجَبَ أَنْ تُقْبَلَ ، وَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى غَرِيمٍ أَوْ مُوصَى لَهُ لَمْ يَقْضَ بِهَا وَلَا يَكُونُ الْخَصَمُ عَنِ الْمَيِّتِ إِلَّا وَارِثًا أَوْ وَصِيًّا لِأَنَّ الْغَرِيمَ لَيْسَ بِخَصَمٍ عَنِ الْمَيِّتِ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَا يُرَدُّ بِالْعَيْبِ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ خَصَمًا فَهَذِهِ بَيِّنَةٌ أُفِيضَتْ مِنْ غَيْرِ خَصَمٍ فَلَا تُقْبَلُ ، وَإِذَا كَانَ الْوَرَثَةُ صِغَارًا نَصَّبَ لَهُمْ وَصِيًّا وَيَجُوزُ إِثْبَاتُ الْحَقِّ الْمُدَّعَى عَلَى الْمَيِّتِ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ يَلِي عَلَيْهِمْ فَصَارَ كَالْأَبِ وَاللَّابِ أَنْ يُنْصَبَ عَلَيْهِمْ وَصِيًّا كَذَلِكَ هَذَا وَلِأَنَّ وَلَايَةَ الْقَاضِيَّ أَبْسَطُ مِنْ وَلَايَةِ الْوَصِيِّ وَلِلْوَصِيِّ أَنْ يُقِيمَ غَيْرَهُ مَقَامَهُ كَذَلِكَ لِلْقَاضِيَّ أَنْ يُنْصَبَ لَهُمْ وَصِيًّا ثُمَّ

إِذَا دَفَعَ الْمَالُ إِلَى الْغَرِيمِ اسْتَحْلَفَهُ الْقَاضِيَّ بِاللَّهِ مَا قَبِضَ هَذَا الْمَالُ الَّذِي ثَبَتَ لَهُ وَلَا شَيْئًا مِنْهُ مِنْ فُلَانٍ بِنِ فُلَانٍ وَلَا مِنْ أَحَدٍ آدَاهُ إِلَيْهِ وَلَا قَبِضَ لَهُ قَابِضٌ بِأَمْرِهِ وَلَا أَبْرَاهُ مِنْهُ وَلَا عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ وَلَا حَطَّ عَنْهُ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا وَلَا احْتَالَ بِهِ وَلَا بِشَيْءٍ مِنْهُ عَلَى أَحَدٍ وَلَا أَحَالَ بِذَلِكَ وَلَا بِشَيْءٍ مِنْهُ عَلَى فُلَانٍ الْمَيِّتِ وَلَا ارْتَهَنَ بِذَلِكَ وَلَا بِشَيْءٍ مِنْهُ عَلَى فُلَانٍ الْمَيِّتِ ، فَإِذَا حَلَفَ دَفَعَ إِلَيْهِ لِأَنَّ الْحَلْفَ يَجِبُ لِتَسْلِيمِ الْمَالِ فَوَجَبَ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُمْ وَكَذَلِكَ السَّبِيلُ فِيمَا يَدَّعِي فِي يَدِ الْمَيِّتِ مِنْ ضَيْعَةٍ أَوْ عَقَارٍ

قَالَ قَاضِي خَانَ آخِرَ كِتَابِ الْوَصِيَّةِ قَالَ أَصْحَابُنَا : إِنَّ الرَّجُلَ إِذَا ادَّعَى دَيْنًا عَلَى الْمَيِّتِ وَأَثْبَتَهُ بِالْبَيِّنَةِ فَإِنَّ الْقَاضِيَّ يُحْلِفُهُ بِاللَّهِ مَا اسْتَوْفَيْتَ مِنْهُ شَيْئًا وَلَا أَبْرَأْتَهُ يُحْلِفُهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ نَظَرًا لِلْمَيِّتِ وَالْوَارِثِ الصَّغِيرِ وَكُلِّ مَنْ عَجَزَ عَنِ النَّظَرِ بِنَفْسِهِ لِنَفْسِهِ فَقَوْلُهُ نَظَرًا لِلْمَيِّتِ الْخُ يَفِيدُ أَنَّ التَّحْلِيفَ وَاجِبٌ وَاللَّهُ الْمُؤَقِّفُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ أَقَرَّ أَوْ أَنْكَرَ فَبَرَهَنَ الْمُدَّعِي قُضِيَ عَلَيْهِ) لَوْجُودِ الْحُجَّةِ الْمُلْزِمَةِ لِلْقَضَاءِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِلَّا حَلَفَ بِطَلْبِهِ) أَيَّ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ حَلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِذَا طَلَبَ الْمُدَّعِي يَمِينَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ لِلْمُدَّعِي أَلَمْ يَبَيِّنْ قَالَ لَا فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَكَ يَمِينُهُ فَقَالَ يُحْلِفُ وَلَا يُبَالِي فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَيْسَ لَكَ إِلَّا هَذَا شَاهِدُ لَكَ أَوْ يَمِينُهُ فَصَارَ الْيَمِينُ حَقًّا لَهُ لِإِضَافَتِهِ إِلَيْهِ فَاللَّامُ التَّمْلِيكُ ، وَإِنَّمَا صَارَ حَقًّا لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُنْكَرَ قَصَدَ إِثْوَاءَ حَقِّهِ عَلَى زَعْمِهِ بِالْإِنْكَارِ فَمَكَّنَهُ الشَّارِعُ مِنْ إِثْوَاءِ نَفْسِهِ بِالْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ وَهِيَ الْغُمُوسُ إِنْ كَانَ كَاذِبًا كَمَا يَزْعُمُ وَهُوَ أَعْظَمُ مِنْ إِثْوَاءِ الْمَالِ وَأَلَّا يَحْصُلَ لِلْحَالِفِ الثَّوَابُ بِذِكْرِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ صَادِقٌ عَلَى وَجْهِ التَّعْظِيمِ

الشرح

قَوْلُهُ : وَإِلَّا يَحْصُلُ لِلْحَالِفِ الثَّوَابُ

سَيَأْتِي عِنْدَ قَوْلِهِ فِي الْمَتْنِ وَلَا يُسْتَحْلَفُ فِي نِكَاحٍ الْخُ أَنَّ الْيَمِينَ الصَّادِقَةَ فِيهَا الثَّوَابُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا تُرَدُّ يَمِينٌ عَلَى مُدَّعٍ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ لَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ } رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَأَحْمَدُ جَعَلَ جِنْسَ الْيَمِينِ عَلَى الْمُنْكَرِ ؛ لِأَنَّ الْأَلْفَ وَاللَّامَ لِلِاسْتِعْرَاقِ وَلَيْسَ وَرَاءَهُ شَيْءٌ آخَرُ حَتَّى يَكُونَ عَلَى الْمُدَّعِي ، وَنَظِيرُهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : { الْآثِمَةُ مِنْ فُرَيْشٍ } وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ } قَسَمَ بَيْنَهُمَا وَالْقِسْمَةُ تُنَافِي الشَّرْكَهَ وَفِيهِ الْأَلْفُ وَاللَّامُ أَيْضًا تَدُلُّ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فَيَفِيدُ اسْتِعْرَاقَ الْبَيِّنَةِ وَالْيَمِينِ وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ وَلَا يُقَالُ : إِنَّمَا يَصِحُّ الِاسْتِدْلَالُ بِهِذَا الْحَدِيثِ عَلَى مَا ذَكَرْتُمْ أَنَّ لَوْ كَانَ الْمُنْكَرُ هُوَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَالْخَارِجُ هُوَ الْمُدَّعِي وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعٍ وَمُنْكَرٌ ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ هُوَ لِي وَيَقُولُ لِصَاحِبِهِ هُوَ لَيْسَ لَكَ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ الْمُعْتَبَرُ فِيهِ الْمَقْصُودُ وَمَقْصُودُ الْخَارِجِ إِبْتَاتُ الْمَلِكِ لِنَفْسِهِ ، وَالنَّفْيُ يَدْخُلُ ضِمْنًا وَتَبَعًا وَمَقْصُودُ ذِي الْيَدِ نَفْيُهُ وَلِهَذَا يَقُولُ الْخَارِجُ أَوَّلُ مَا يَنْطِقُ هُوَ لِي وَيَقُولُ ذُو الْيَدِ لَيْسَ لَكَ فَالْأَوَّلُ هُوَ الْمُعْتَبَرُ فَسُمِّيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِأَوَّلِ مَا يَصْدُرُ مِنْهُمَا عِتْبَارًا لِلْقَصْدِي دُونَ الضَّمْنِيِّ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ يُحْلِفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَإِذَا نَكَرَ تُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعِي ، فَإِنْ حَلَفَ قُضِيَ لَهُ ، وَإِنْ نَكَرَ لَا يُقْضَى لَهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ صَارَ شَاهِدًا لِلْمُدَّعِي بِنُكُولِهِ فَتُعْتَبَرُ يَمِينُهُ كَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَمَّا كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ أُعْتَبِرَ يَمِينُهُ ، وَقَالَ أَيْضًا إِذَا أَقَامَ الْمُدَّعِي

شَاهِدًا وَاحِدًا وَعَجَزَ عَنِ الْآخَرِ يُحْلِفُ الْمُدَّعَى وَيُقْضَى لَهُ لِمَا رَوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { قَضَى بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ } يُرْوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ } وَلَنَا مَا رَوَيْنَا وَمَا رَوَاهُ ضَعِيفٌ رَدَّهُ يَحْيَى بْنُ مَعِينٍ فَلَا يُعَارِضُ مَا رَوَيْنَا وَلِأَنَّهُ يَرَوِيهِ رِبْعَةُ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ وَأَنْكَرَهُ سُهَيْلٌ فَلَا يَبْقَى حُجَّةٌ بَعْدَ مَا أَنْكَرَهُ الرَّاوي فَضُلًّا أَنْ يَكُونَ مُعَارِضًا لِلْمَشَاهِيرِ وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ

قَضَى تَارَةً بِشَاهِدٍ يَعْنِي بِجَنْسِهِ وَتَارَةً بِيَمِينٍ فَلَا دَلَالَةَ فِيهِ عَلَى الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَهَذَا كَمَا يُقَالُ رَكِبَ زَيْدُ الْفَرَسَ وَالْبَعْلَ وَالْمُرَادُ عَلَى التَّعَاقُبِ وَلَكِنْ سُلِّمَ أَنَّهُ يُقْتَضَى الْجَمْعُ فَلَيْسَ فِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّهُ يَمِينُ الْمُدْعَى بَلْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِهِ يَمِينُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَنَحْنُ نَقُولُ بِهِ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ الْوَاحِدَ لَا يُعْتَبَرُ فَوْجُودُهُ كَعَدَمِهِ فَيَرْجِعُ إِلَى يَمِينِ الْمُنْكَرِ عَمَلًا بِالْمَشَاهِيرِ

الشرح

قوله : وقال أيضا إذا أقام المدعى الخ

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يُقْضَى بِيَمِينِ الْمُدْعَى فِي مَوْضِعَيْنِ وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ وَأَحْمَدَ وَأَهْلِ الْحِجَازِ جَمِيعًا أَحَدُهُمَا إِذَا أَبَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ عَنِ الْحَلْفِ يَحْلِفُ الْمُدْعَى ، فَإِنْ حَلَفَ يُقْضَى عَلَيْهِ بِمَا ادَّعَى ، وَإِنْ أَبَى عَنِ الْمُنَازَعَةِ وَالثَّانِي إِذَا أَقَامَ الْمُدْعَى شَاهِدًا وَاحِدًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ شَاهِدٌ آخَرُ وَحَلَفَ قُضِيَ لَهُ وَعِنْدَنَا لَا يُقْضَى بِيَمِينِ الْمُدْعَى أَصْلًا فِيهِ الْفَصْلُ الْأَوَّلُ يُقْضَى بِنُكُولِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَفِي الْفَصْلِ الثَّانِي يَحْلِفُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ ، فَإِنْ نَكَلَ يُقْضَى بِهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا بَيِّنَةٌ لِدَى الْيَدِ فِي الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ وَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَحَقُّ) أَيُّ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ فِي الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ ، وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَةً فَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَوْلَى وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ أَوْلَى مِنْ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ لِتَأْكُدهَا بِالْيَدِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى النَّسَاجِ أَوْ عَلَى نِكَاحِ امْرَأَةٍ وَالْمَرْأَةُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، فَإِنَّهُ يَكُونُ أَوْلَى ، وَلَوْ ادَّعَى أُمَةٌ وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهَا أُمَتُهُ دَبَّرَهَا أَوْ أَعْتَقَهَا أَوْ اسْتَوْلَدَهَا وَأَقَامَا بَيِّنَةً كَانَ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ أَوْلَى ، وَلَنَا أَنَّ الْبَيِّنَاتِ شَرَعَتْ لِلْإِبْتَاتِ ؛ لِأَنَّهَا ، وَإِنْ كَانَتْ فِي الْحَقِيقَةِ مُبَيِّنَةً مُظْهَرَةً لَكِنَّهَا أَخَذَتْ حُكْمَ الْإِبْتَاتِ لِمَا آتَا لَا عِلْمَ لَنَا بِهِ إِذِ الْأَحْكَامُ تَثْبُتُ بِأَسْبَابِهَا فَصَارَتْ كَالْعِلَلِ الشَّرْعِيَّةِ ، فَإِنَّهَا أَمَارَاتٌ فِي حَقِّ الشَّارِعِ وَفِي حَقِّهَا حُكْمُ الْإِبْتَاتِ .

وَلِهَذَا وَجَبَ الضَّمَانُ عَلَى الشُّهُودِ عِنْدَ الرُّجُوعِ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ يُحَالُ إِلَى شَهَادَتِهِمْ إِبْجَابًا ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ بَيِّنَتُهُ أَكْثَرَ إِبْتَاتًا ؛ لِأَنَّهُ بَيِّنَتُهُ يَسْتَحِقُّ عَلَى ذِي الْيَدِ الْمَلِكِ الثَّابِتِ بِظَاهِرِ يَدِهِ وَذُو الْيَدِ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَى الْخَارِجِ بَيِّنَتَهُ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ لَا مَلِكَ لِلْخَارِجِ قَبْلَ الْقَضَاءِ بَوَاحٍ مَا ، وَقَدَرُ مَا أَثْبَتَتْ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ كَانَ ثَابِتًا بِظَاهِرِ يَدِهِ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ رَأَى شَيْئًا فِي يَدِ إِنْسَانٍ حَازَ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِأَنَّهُ لَهُ وَإِذَا نَازَعَهُ أَحَدٌ فِي الْمَلِكِ بَعِيرٍ بَيِّنَةٍ دَفَعَ الْقَاضِي عَنْهُ وَلَمْ تَثْبُتْ بَيِّنَتُهُ شَيْئًا لَمْ يَكُنْ ، وَأَمَّا بَيِّنَةُ الْخَارِجِ ، فَإِنَّهَا أَثْبَتَتْ شَيْئًا لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا لَهُ فَكَانَتْ أَوْلَى إِذِ الْبَيِّنَاتُ لِلْإِبْتَاتِ بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ النَّسَاجِ ، فَإِنَّ بَيِّنَةَ صَاحِبِ الْيَدِ فِيهِ

مُتَضَمِّنَةٌ لِدَفْعِ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ ؛ لِأَنَّهَا تَقُومُ عَلَى أَوَّلِيَّةِ الْمَلِكِ وَأَوَّلِيَّةِ الْمَلِكِ لَا تَثْبُتُ إِلَّا لِأَحَدِهِمَا ، فَإِذَا قَدَرْنَا ثُبُوتَهَا لِصَاحِبِ الْيَدِ كَانَتْ بَيِّنَتُهُ مُتَضَمِّنَةً دَفْعَ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ فَوُجِدَ التَّعَارُضُ بَيْنَ الْبَيِّنَتَيْنِ فَتَرَجَّحَتْ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ بِالْيَدِ وَفِي الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ لَمْ يُوْجَدْ التَّعَارُضُ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ لَمْ تَثْبُتْ الْمَلِكِ قَبْلَ الْقَضَاءِ حَتَّى تُعَارِضَهَا بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ بِالْإِدْعَاءِ وَالتَّرْجِيحُ إِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ التَّعَارُضِ .

وَيُتَصَوَّرُ فِيهِ أَيْضًا أَنَّ يَثْبُتَ الْمَلِكُ بِهِمَا عَلَى التَّعَاقُبِ فَلَمْ يَكُنْ فِي بَيِّنَتِهِ مَا يَدْفَعُ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ فَلَا تُقْبَلُ وَبِخِلَافِ التَّدْبِيرِ وَالْإِعْتِاقِ وَالِاسْتِيلَادِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَا تَدُلُّ عَلَى هَذِهِ الْأَشْيَاءِ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْبَيِّنَتَيْنِ مُثْبِتًا فَتَعَارَضَتَا فَتَرَجَّحَتْ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ بِالْيَدِ وَبِخِلَافِ دَعْوَى النَّكَاحِ ؛ لِأَنَّهَا دَعْوَى سَبَبِ الْمَلِكِ أَيْضًا فَصَارَتْ كَالنَّسَاجِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا وَكَلَامُنَا فِي دَعْوَى الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ لَا فِي الْمَلِكِ بِسَبَبٍ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ذَا الْيَدِ

أُولَى بِاللِّتَّفَاقِ إِذَا كَانَ سَبِيًّا لَا يَتَكَرَّرُ فِي الْمَلِكِ عَلَى مَا يَجِيءُ بَيَانُهُ فِي مَوْضِعِهِ وَلَا يُقَالُ : إِنَّهُمَا لَوْ لَمْ يَذْكُرَا سَبَبَ الْمَلِكِ بِأَنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهَا أَمْرُهُ وَلَمْ يَذْكُرَا السَّبَبَ كَانَ الْحُكْمُ كَذَلِكَ فَبَطَلَ مَا ذَكَرْتُمْ ؛ لَأَنَّا نَقُولُ : السَّبَبُ فِيهِ مُتَعَيِّنٌ إِذْ لَا طَرِيقَ لِهَذَا الْمَلِكِ إِلَّا بِهِ فَيَكُونُ دَعْوَى الْمَلِكِ فِيهِ دَعْوَى لِلْسَّبَبِ أَلَا تَرَى أَنََّّهُمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي وَلَاءِ شَخْصٍ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ كَانَتْ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ أُولَى لِتَعَيِّنِ سَبَبِهِ وَهُوَ الْعِنَقُ فِي مِلْكِهِ وَلَا كَذَلِكَ مَا نَحْنُ فِيهِ وَلِأَنَّ الْخَارِجَ هُوَ الْمُدَّعِي ، وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُدَّعِي بِالنَّصِّ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَجْهَهُ مِنْ

الاسْتِعْرَاقِ فَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ مَا لَمْ يَكُنْ مُدَّعِيًا بِدَعْوَى السَّبَبِ

الشرح

قوله في المتن ولا بيينة لذي اليد في الملك المطلق

أَرَادَ بِالْمَلِكِ الْمُطْلَقِ أَنْ يَدَّعِيَ الْمَلِكُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَدَّعِيَ السَّبَبَ بِأَنْ يَقُولَ هَذَا مِلْكِي وَلَمْ يَقُلْ هَذَا مِلْكِي بِسَبَبِ الشَّرَاءِ أَوْ الْإِرْثِ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ وَهَذَا لِأَنَّ الْمُطْلَقَ مَا يَتَعَرَّضُ لِلذَّاتِ دُونَ الصِّفَاتِ لَا بِالنَّفْيِ وَلَا بِالْإِثْبَاتِ وَجْهٌ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ أَنَّ الْخَارِجَ وَذَا الْيَدِ تَسَاوَيَا فِي الْبَيِّنَةِ وَانْفَرَدَ ذُو الْيَدِ بِالْيَدِ فَكَانَ أُولَى .

أَثَقَانِيُّ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ ثُمَّ يَسْتَوِي الْجَوَابُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا أَوْ مُسْتَأْمِنًا أَوْ عَبْدًا أَوْ حُرًّا أَوْ امْرَأَةً أَوْ رَجُلًا وَالْمُدَّعِي قَبْلَهُ كَذَلِكَ وَالْمُدَّعَى بِهِ أَيُّ مَالٍ كَانَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ } قَوْلُهُ : وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَةً فَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ أُولَى (قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرُزَادَةُ فِي مَبْسُوطِهِ وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ بِأَنْ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ أُولَى وَقَوْلُ مَالِكٍ كَقَوْلِ الشَّافِعِيِّ كَذَا فِي التَّفْرِيعِ وَقَوْلُ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ حَنْبَلٍ كَقَوْلِنَا كَذَا فِي الْحَرَقِيِّ .

أَثَقَانِيُّ

قوله : لِيَنَّ الْيَدَ لَا تَدُلُّ عَلَى هَذِهِ الْأَشْيَاءِ

أَيُّ كَمَا لَا تَدُلُّ الْيَدُ عَلَى النَّتَاجِ فَكَانَتْ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ أُولَى لِأَنَّهَا قَامَتْ عَلَى غَيْرِ مَا دَلَّتْ عَلَيْهِ الْيَدُ فَتَرَحَّصَتْ بِالْيَدِ .

أَثَقَانِيُّ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقُضِيَ لَهُ إِنْ نَكَلَ مَرَّةً بَلَا أَحْلَفُ أَوْ سَكَتَ) أَيُّ قُضِيَ لِلْمُدَّعِي إِنْ نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَرَّةً صَرِيحًا بِقَوْلِهِ لَا أَحْلَفُ أَوْ دَلَالَةً بِسُكُوتِهِ وَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ اللَّامُ فِي قَوْلِهِ وَقُضِيَ لَهُ بِمَعْنَى عَلَى أَيُّ قُضِيَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَاللَّامُ تَأْتِي بِمَعْنَى عَلَى قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { إِنْ أَحْسَنْتُمْ أَحْسَنْتُمْ أَنْفُسَكُمْ وَإِنْ أَسَاءْتُمْ فَلَهَا } أَيُّ فَعَلَيْهَا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُقْضَى بِنُكُولِهِ بَلْ تُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعِي إِذَا نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَإِنْ حَلَفَ يُقْضَى لَهُ بِالْمَالِ ، وَإِنْ نَكَلَ انْقَطَعَتِ الْمُنَازَعَةُ بَيْنَهُمَا لِمَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ أَنَّهُ حَلَفَ الْمُدَّعَى بَعْدَ نُكُولِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَلِأَنَّ الْيَمِينَ إِنَّمَا وَجَبَتْ فِي الْإِبْدَاءِ عَلَى الْمُنْكَرِ لِكُونَ الظَّاهِرِ يَشْهَدُ لَهُ ، فَإِذَا نَكَلَ هُوَ كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا

لِلْمُدَّعِي فَيَحْلِفُ وَلَئِنْ التُّكُولَ مُحْتَمَلٌ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِأَجْلِ اسْتِثْنَاءِ الْحَالِ أَوْ لِأَجْلِ التَّوَرُّعِ عَنْ الْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ أَوْ لِأَجْلِ التَّرَفُّعِ عَنْ الصَّادِقَةِ كَمَا فَعَلَ عُثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَإِنَّهُ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ وَقَالَ أَخَافُ أَنْ يُوَافِقَهُ قَضَاءُ فَيَقَالَ إِنَّ عُثْمَانَ حَلَفَ كَاذِبًا فَلَا يَكُونُ حُجَّةً مَعَ الْإِحْتِمَالِ فَلَا يُقْضَى بِهِ وَلَنَا إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ وَرُوي عَنْ عَلِيٍّ أَيْضًا أَنَّهُ وَافَقَ إِجْمَاعَهُمْ فَإِنَّهُ رُوي عَنْ شُرَيْحٍ أَنَّ الْمُنْكَرَ طَلَبَ مِنْهُ رَدَّ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعِي فَقَالَ لَيْسَ لَكَ إِلَيْهِ سَبِيلٌ وَقَضَى بِالتُّكُولِ بَيْنَ يَدَيَّ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ فَالْوَنَ وَمَعْنَاهَا بِالرُّومِيَّةِ أَصَبْتَ وَرُوي عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ أَنَّ امْرَأَةً ادَّعَتْ عِنْدَهُ عَلَى زَوْجِهَا أَنَّهُ قَالَ لَهَا حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ

فَحَلَفَ عُمَرُ الزَّوْجَ بِاللَّهِ مَا أَرَدْتَ طَلَقًا فَنَكَلَ فَقَضَى عَلَيْهِ بِالْفَرْقَةِ وَكَذَا رُوي عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ وَلَئِنْ التُّكُولَ دَلَّ عَلَى كَوْنِهِ بَاطِلًا أَوْ مُقَرَّرًا إِذْ لَوْ لَا ذَلِكَ لَأَقْدَمَ عَلَى الْيَمِينِ أَذَاءً لِلْوَاجِبِ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ فَتَرَجَّحَتْ هَذِهِ الْجِهَةُ عَلَى غَيْرِهَا مِنَ التَّرَفُّعِ وَالتَّوَرُّعِ وَالِاسْتِثْنَاءِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَأْتِي بِالْوَاجِبِ فَلَا يَتَرَفَّعُ عَنْ الصَّادِقَةِ وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ الْمُسْلِمِ أَنَّهُ لَا يَكْذِبُ فَلَا يَكُونُ نُكُولُهُ تَوَرُّعًا عَنِ الْكَاذِبَةِ ظَاهِرًا بِاعْتِبَارِ حَالِهِ ، وَلَوْ كَانَ لِاسْتِثْنَاءِ الْحَالِ لَأَسْتَمَهَلَ حَتَّى يَنْكَشِفَ لَهُ الْحَالُ فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ لِأَجْلِ الْبَدْلِ وَلَا وَجْهَ لِرَدِّ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعِي لِمَا رَوَيْنَا مِنْ أَنَّ الْيَمِينِ عَلَى الْمُنْكَرِ

الشرح

قوله في المتن وقضى له إن نكل

قَالَ الْإِمَامُ عَلَاءُ الدِّينِ الْعَالِمُ فِي طَرِيقَةِ الْخِلَافِ قَالَ عَلَمَاؤُنَا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ التُّكُولَ حُجَّةٌ يُقْضَى بِهَا فِي بَابِ الْأَمْوَالِ .

قوله : وَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ النَّأَمُ فِي قَوْلِهِ وَقَضَى لَهُ بِمَعْنَى عَلَى

وَعَلَى هَذَا فَيَكُونُ الضَّمِيرُ الْبَارِزُ فِي قَوْلِهِ لَهُ وَالضَّمِيرُ الْمُسْتَتِرُ فِي قَوْلِهِ نَكَلَ رَاجِعِينَ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَعَلَى الْأَوَّلِ فَضْمِيرُ لَهُ رَاجِعٌ لِلْمُدَّعَى وَضْمِيرُ نَكَلَ رَاجِعٌ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ

قوله : أَوْ لِأَجْلِ التَّوَرُّعِ عَنْ الْيَمِينِ

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ وَلَئِنْ التُّكُولَ عَنِ الْيَمِينِ يَحْمِلُ التَّوَرُّعُ عَنِ الْيَمِينِ الصَّادِقَةِ وَالتَّحَرُّزُ عَنِ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ وَالتَّوَرُّعُ لِاسْتِثْنَاءِ الْأَمْرِ ، وَالْمُحْتَمَلُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً .

قوله : كما فعل عثمان رضي الله عنه

أَيَّ حِينَ ادَّعَى عَلَيْهِ الْمَقْدَادُ مَا لَمْ يَدْعُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ

قوله : ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم

قَالَ الْأَثْقَانِيُّ وَلَنَا إجماعُ الصَّحَابَةِ عَلَى الْقَضَاءِ بِالتُّكُولِ ، فَإِنَّ شَيْخَ الْإِسْلَامِ أَبَا بَكْرٍ الْمَدْعُوَّ بِخَوَاهِرِ زَادِهِ قَالَ فِي مَبْسُوطِهِ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَأَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ قَضَوْا بِالتُّكُولِ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْهُمْ بِالْفَاطِ مُخْتَلِفَةً وَلَمْ يَرَوْا عَنْ أَقْرَانِهِمْ خِلَافَ ذَلِكَ فَحَلَّ مَحَلَّ الإجماعِ قَوْلُهُ : وَلِأَنَّ التُّكُولَ (لِخ) قَالَ الْأَثْقَانِيُّ وَلِأَنَّ التُّكُولَ وَهُوَ الْإِمْتِنَاعُ عَنِ الْيَمِينِ جُعِلَ بَدَلًا عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ أَوْ إِفْرَارًا عَلَى مَذْهَبِ صَاحِبِيهِ فَلَوْلَا ذَلِكَ حَلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَمَلًا بِالْوَجِبِ عَلَيْهِ وَحَيْثُ لَمْ يُقَدِّمْ عَلَى الْيَمِينِ دَلَّ أَنَّهُ بَدَلَ الْحَقِّ أَوْ أَقَرَّ ، فَإِذَا بَدَلَ أَوْ أَقَرَّ وَجَبَ عَلَى الْقَاضِي

الْحُكْمَ بِذَلِكَ فَكَذَلِكَ إِذَا نَكَلَ وَلَا يُقَالُ كَيْفَ يُعْتَبَرُ التُّكُولُ إِفْرَارًا وَتَكَرُّارُ التُّكُولِ شَرْطُ دُونِ الْإِفْرَارِ لِأَنَّا نَقُولُ لَا يُعْتَبَرُ التَّكَرُّارُ شَرْطًا فِي التُّكُولِ عَلَى مَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ وَلَكِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ التَّكَرُّارَ شَرْطٌ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْخَصَّاصُ فَتَقُولُ لَا يَمْتَنِعُ أَنْ يُعْتَبَرَ التَّكَرُّارُ فِي التُّكُولِ دُونَ الْإِفْرَارِ مَعَ تَسَاوِيهِمَا فِي الْإِسْتِحْقَاقِ كَالْبَيِّنَةِ مَعَ الْإِفْرَارِ وَلَا يُقَالُ يُقْبَلُ الرَّجُوعُ عَنِ التُّكُولِ دُونَ الْإِفْرَارِ لِأَنَّا نَقُولُ يُقْبَلُ الرَّجُوعُ عَنِ الْإِفْرَارِ أَيْضًا فِي الْحُدُودِ الْوَاجِبَةِ لِلَّهِ تَعَالَى ، فَإِنَّهُ إِذَا أَقَرَّ ثُمَّ رَجَعَ يُقْبَلُ بِخِلَافِ الْإِفْرَارِ بِحَدِّ الْقَذْفِ وَالْقِصَاصِ ، فَإِنَّ الرَّجُوعَ عَنْهُ لَا يَصِحُّ لَتَعَلَّقَ حَقُّ الْعَبْدِ .

قوله : بأذنا

أَيَّ حَقِّ الْمُدَّعَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

قوله : أو مقرراً

أَيَّ بِحَقِّ الْمُدَّعَى عِنْدَهُمَا .

قوله : لما رويناه من أن اليمين على المنكر

يَبَيِّنُهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَعَلَ الْيَمِينَ عَلَى الْمُنْكَرِ لِإِقْدَامِ الْعَهْدِ فَمَنْ قَالَ بِرَدِّهَا عَلَى الْمُدَّعَى كَانَ ذَلِكَ مِنْهُ رَدًّا لِحُكْمِ الْحَدِيثِ وَهُوَ فَاسِدٌ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعَرَضَ الْيَمِينَ ثَلَاثًا نَدْبًا) أَيَّ عَرَضَ الْقَاضِي الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ وَهُوَ مُسْتَحَبُّ يَقُولُ لَهُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ
إِنِّي أَعْرِضُ عَلَيْكَ الْيَمِينَ ، فَإِنْ حَلَفْتَ وَإِلَّا قَضَيْتُ عَلَيْكَ بِمَا ادَّعَاهُ إِغْلَامًا لَهُ لِلْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ خَفَاءٍ لِاخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ
الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَرَاهُ ، فَإِذَا كَرَّرَ عَلَيْهِ الْإِنذَارَ وَالْعَرَضَ وَلَمْ يَحْلِفْ حَكَمَ عَلَيْهِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ لَا آفَةَ بِهِ مِنْ طَرَشٍ وَخَرَسٍ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ
وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى أَنَّ التَّكَرَّارَ حَتْمٌ حَتَّى لَوْ قَضَى الْقَاضِي بِالتَّكْوُلِ مَرَّةً لَا يَنْفُذُ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَنْفُذُ ، وَالْعَرَضُ ثَلَاثًا مُسْتَحَبُّ وَهُوَ
نَظِيرُ إِمْهَالِ الْمُرْتَدِّ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، فَإِنَّهُ مُسْتَحَبُّ فَكَذَا هَذَا مُبَالَغَةٌ فِي الْإِنذَارِ وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ التَّكْوُلُ فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ يَمِينٌ
قَاطِعٌ لِلْخُصُومَةِ وَلَا مُعْتَبَرَ بِالْيَمِينِ عِنْدَ غَيْرِهِ فِي حَقِّ الْخُصُومَةِ فَلَا يُعْتَبَرُ وَهَلْ يُشْتَرَطُ الْقَضَاءُ عَلَى فَوْرِ التَّكْوُلِ فِيهِ اخْتِلَافٌ ثُمَّ إِذَا حَلَفَ
الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَالْمُدَّعَى عَلَى دَعْوَاهُ وَلَا يَبْطُلُ حَقُّهُ يَمِينِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ مَا لَمْ يَقُمْ الْبَيِّنَةُ عَلَى وَفْقِ دَعْوَاهُ ، فَإِنْ وَجَدَ بَيِّنَةُ أَقَامَهَا
عَلَيْهِ وَقَضَى لَهُ بِهَا وَبَعْضُ الْقَضَاةِ مِنَ السَّلَفِ كَانُوا لَا يَسْمَعُونَ الْبَيِّنَةَ بَعْدَ الْحَلْفِ وَيَقُولُونَ يَتَرَجَّحُ جَانِبُ صِدْقِهِ بِالْيَمِينِ فَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ
الْمُدَّعَى بَعْدَ ذَلِكَ كَمَا يَتَرَجَّحُ جَانِبُ صِدْقِ الْمُدَّعَى بِالْبَيِّنَةِ حَتَّى لَا يُعْتَبَرَ يَمِينُ الْمُنْكَرِ مَعَهَا وَهَذَا الْقَوْلُ مَهْجُورٌ غَيْرُ مَأْخُوذٍ بِهِ وَلَيْسَ
بِشَيْءٍ أَصْلًا ؛ لِأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَبِلَ الْبَيِّنَةَ مِنَ الْمُدَّعَى بَعْدَ يَمِينِ الْمُنْكَرِ وَكَانَ شَرِيحٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ الْيَمِينُ الْفَاجِرَةُ أَحَقُّ

أَنْ تُرَدَّ مِنَ الْبَيِّنَةِ الْعَادِلَةِ وَهَلْ يَظْهَرُ كَذِبُ الْمُنْكَرِ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ وَالصَّوَابُ أَنَّهُ لَا يَظْهَرُ كَذِبُهُ حَتَّى لَا يُعَاقَبَ عُقُوبَةَ شَاهِدِ الزُّورِ وَلَا يَحْنُثُ فِي
يَمِينِهِ إِنْ كَانَ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفٌ فَادَّعَى عَلَيْهِ فَأَنْكَرَ فَحَلَفَ ثُمَّ أَقَامَ الْمُدَّعَى الْبَيِّنَةَ أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ أَلْفًا وَقِيلَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَظْهَرُ كَذِبُهُ وَعِنْدَ
مُحَمَّدٍ لَا يَظْهَرُ وَفِي النَّهْيَةِ لَوْ اصْطَلَحَا عَلَى أَنَّ الْمُدَّعَى لَوْ حَلَفَ فَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ ضَامِنٌ لِلْمَالِ وَحَلَفَ فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُدَّعَى
عَلَيْهِ

الشرح

قوله : حكم عليه إذا علم الخ

اعْلَمْ أَنَّ الرُّوَايَاتِ اخْتَلَفَتْ فِيمَا إِذَا سَكَتَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَ عَرَضِ الْيَمِينِ عَلَيْهِ وَلَمْ يَقُلْ أَحْلَفُ فَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا إِذَا سَكَتَ سَأَلَ
الْقَاضِي عَنْهُ هَلْ بِهِ خَرَسٌ أَوْ طَرَشٌ ، فَإِنْ قَالُوا لَا جَعَلَهُ نَاكِلًا وَقَضَى عَلَيْهِ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ يُحْبَسُ حَتَّى يُجِيبَ وَالْأَوَّلُ هُوَ الصَّحِيحُ كَذَا فِي
شَرْحِ الْأَقْطَعِ وَالْخَرَسُ آفَةٌ بِاللِّسَانِ تَمْنَعُ الْكَلَامَ أَصْلًا وَيُقَالُ طَرَشُ طَرَشُ طَرَشًا مِنْ بَابِ عَلِمَ أَيَّ صَارَ أَطْرُوشًا وَهُوَ الْأَصَمُّ .

أَتَقَانِي وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ فِي خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى فِي الْفَصْلِ السَّابِعِ مِنْ كِتَابِ الْقَضَاءِ مَا نَصَّهُ وَفِي الْأَقْضِيَةِ رَجُلٌ ادَّعَى عَلَى آخَرَ مَالًا فَلَزِمَهُ
السُّكُوتُ فَلَمْ يُجِبْ أَصْلًا يُؤْخَذُ مِنْهُ كَفِيلٌ ثُمَّ يَسْأَلُ جِيرَانَهُ عَسَى بِهِ آفَةٌ فِي لِسَانِهِ أَوْ سَمِعَهُ ، فَإِنْ أَخْبَرُوا أَنَّهُ لَا آفَةَ بِهِ يُحْضَرُ مَجْلِسُ
الْحُكْمِ ، فَإِنْ سَكَتَ وَلَمْ يُجِبْ يُنْزَلُ مِنْزِلَةُ مُنْكَرٍ قَالَ الْإِمَامُ السَّرْحَسِيُّ هَذَا قَوْلُهُمَا أَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَيُحْبَسُ حَتَّى يُجِيبَ .

قوله : وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَظْهَرُ

قَالَ فِي الدَّرَاجَةِ وَالْفَتَاوَى فِي دَعْوَى الدِّينِ إِنَّ ادَّعَاهُ مِنْ غَيْرِ سَبَبٍ فَحَلَفَ ثُمَّ أَقَامَ بَيْنَهُ يَظْهَرُ كَذِبُهُ ، وَإِنْ ادَّعَى الدِّينَ بِسَبَبٍ وَحَلَفَ ثُمَّ أَقَامَ الْمُدَّعِي بَيْنَهُ عَلَى السَّبَبِ لَا يَظْهَرُ كَذِبُهُ لِحُجُوزِ أَنَّهُ وَجَدَ الْقَرْضَ ثُمَّ وَجَدَ الْإِبْرَاءَ أَوْ الْإِيْفَاءَ كَذَا فِي الْفُصُولِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يُسْتَحْلَفُ فِي نِكَاحٍ وَرَجْعَةٍ وَفِيءٍ وَاسْتِيلَادٍ وَرِقٍّ وَنَسَبٍ وَوَلَاءٍ وَحَدٍّ وَلِعَانٍ وَقَالَ الْقَاضِي الْإِمَامُ فَخْرُ الدِّينِ (رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى) الْفَتَاوَى عَلَى أَنَّهُ يُسْتَحْلَفُ الْمُنْكَرُ فِي الْأَشْيَاءِ السَّتَةِ) يَعْنِي فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ الَّتِي عَدَّهَا سَوَى الْحَدِّ وَاللِّعَانِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا وَالْأَوَّلُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَهُمَا أَنَّ هَذِهِ حُقُوقٌ تَثْبُتُ مَعَ الشُّبُهَاتِ فَيَجْرِي فِيهَا الِاسْتِحْلَافُ كَالْأَمْوَالِ بِخِلَافِ الْحُدُودِ وَاللِّعَانِ ، وَهَذَا لِأَنَّ فَائِدَةَ الْحَلْفِ ظُهُورُ الْحَقِّ بِالتَّكْوِيلِ وَالتَّكْوِيلُ إِفْرَارٌ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ وَاجِبٌ فَتَرْكُهُ ذَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ بَازِلٌ أَوْ مُفَرِّقٌ وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْعَلَ بَازِلًا ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ مِمَّنْ لَا يَجُوزُ الْبَذْلُ مِنْهُ كَالْمُكَاتِبِ وَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي التَّجَارَةِ وَكَذَا يَجُوزُ فِي الدِّينِ وَلَا يَجُوزُ بِذَلِكَ وَيَجِبُ عَلَى الْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِالتَّكْوِيلِ وَيَصِحُّ إِجَابَتُهُ فِي الذِّمَّةِ ابْتِدَاءً ، وَلَوْ كَانَ بَذْلًا لَمَا صَحَّ وَلَا وَجَبَ وَكَذَا يَجِبُ الْفَصَاصُ بِهِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ وَيَصِحُّ فِي الشَّائِعِ فِيمَا يُقْسَمُ ، وَلَوْ كَانَ بَذْلًا لَمَا صَحَّ وَلَا وَجَبَ فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ مُفَرِّقًا وَالْإِفْرَارُ يَجْرِي فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ لَكِنَّهُ إِفْرَارٌ فِيهِ شُبُهَةٌ الْبَذْلِ فَلَا يَثْبُتُ بِهِ مَا يَسْقُطُ بِالشُّبُهَاتِ كَالْحُدُودِ وَاللِّعَانِ .

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا تَثْبُتُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ وَلَا بِكِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَلَا بِشَهَادَةِ النَّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ لِمَا فِيهَا مِنَ الشُّبُهَاتِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ نُكُوهَهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ كَاذِبٌ فِي الْإِنْكَارِ وَلَوْ لَا ذَلِكَ لَمَا نَكَلَ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ الصَّادِقَةَ فِيهَا الثَّوَابُ بِذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهِ التَّعْظِيمِ وَصِبَاةِ مَالِهِ وَعَرْضِهِ بِدَفْعِ تَهْمَةِ الْكَذِبِ عَنْ نَفْسِهِ ، وَالْعَاقِلُ يَمِيلُ إِلَى مِثْلِ هَذِهِ وَالْيَمِينُ الْكَاذِبَةُ فِيهَا

هَلَاكُ النَّفْسِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَعْرَضَ عَنْهَا مَخَافَةَ الْهَلَاكِ وَمُخَالَفَةَ لِهَوَاهُ وَشَحَّ نَفْسِهِ وَإِثَارًا لِلرُّجُوعِ إِلَى الْحَقِّ إِذْ هُوَ أَوْلَى مِنَ التَّمَادِي عَلَى الْبَاطِلِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { وَمَنْ يُوقِ شَحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ } فَيَكُونُ إِفْرَارًا ضَرُورَةً وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ بَذْلٌ وَإِبَاحَةٌ وَهَذِهِ الْحُقُوقُ لَا يَجْرِي فِيهَا الْبَذْلُ وَالْإِبَاحَةُ فَلَا يَقْضَى بِهَا بِالتَّكْوِيلِ كَالْفَصَاصِ فِي النَّفْسِ وَكَالْحُدُودِ وَاللِّعَانِ وَفِي حَمْلِهِ عَلَى الْبَذْلِ صِبَاةٌ عَرَضِيَّةٌ عَنِ الْكَذِبِ فَكَانَ أَوْلَى وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي وَقَضَائِهِ وَلَوْ كَانَ إِفْرَارًا لِحَازَ مُطْلَقًا بِدُونِ الْقَضَاءِ وَكَذَا لَوْ كَفَلَ رَجُلٌ لِرَجُلٍ بِمَا يَقْرُّ لَهُ بِهِ فَلَانَ فَادَّعَى الْمَكْذُوبُ لَهُ عَلَى فَلَانٍ دَيْنًا فَاسْتَحْلَفَهُ فَتَكَلَّ لَا يَجِبُ عَلَى الْكَفِيلِ شَيْءٌ ، وَلَوْ كَانَ إِفْرَارًا لَوَجَبَ عَلَيْهِ وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى نِصْفَ عَبْدٍ ثُمَّ اشْتَرَى نِصْفَهُ الْبَاقِي فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَخَاصَمَهُ فِي النِّصْفِ الْأَوَّلِ فَاسْتَحْلَفَهُ فَتَكَلَّ فَقَضَى عَلَيْهِ بِالرَّدِّ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَرُدَّ النِّصْفَ الْآخَرَ يَحْتَاجُ إِلَى خُصُومَةٍ وَاسْتِحْلَافٍ جَدِيدٍ إِذَا أَنْكَرَ ، وَلَوْ كَانَ إِفْرَارًا لَمَا اسْتَحْلَفَ ثَانِيًا بَلْ كَانَ يَلْزَمُهُ كُلُّهُ بِالتَّكْوِيلِ الْأَوَّلِ وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّ الْيَمِينَ وَاجِبَةٌ مَعَ الْبَذْلِ فَلَا يَكُونُ تَارِكًا لِلْوَاجِبِ بِهِ .

وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ تَجِبُ عَلَيْهِ إِذَا طَلَبَ تَحْلِيْفَهُ لِنَتَهِي بِهِ الْخُصُومَةَ وَمَعَ الْبَذْلِ لَا خُصُومَةَ وَلَا طَلَبَ فَلَا تَجِبُ ، وَإِنَّمَا حَازَ مِنَ الْمُكَاتِبِ وَالْعَبْدِ وَالصَّبِيِّ الْمَأْذُونِ لَهُمَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً فَيَدْخُلُ تَحْتَ الْإِذْنِ فِي التَّجَارَةِ كَمَا تَدْخُلُ الضِّيَافَةُ الْيَسِيرَةُ وَالْهَدْيَةُ الْيَسِيرَةُ لِلضَّرُورَةِ إِذْ لَا بُدَّ لِلتَّجَارِ مِنْ ذَلِكَ ، وَإِنَّمَا حَازَ فِي الدِّينِ بِنَاءً عَلَى دَعْوَى الْمُدَّعِي وَمَعْنَى الْبَذْلِ تَرَكُ

الْمَنْعِ وَتَرَكُ الْمَنْعَ جَائِزٌ فِي الْمَالِ ؛ لِأَنَّ أَمْرَ الْمَالِ هَيْنٌ بِخِلَافِ الْأَشْيَاءِ السَّبْعَةِ ، وَإِنَّمَا وَجَبَ عَلَى الْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِالتَّكْوِيلِ بِحُكْمِ الشَّرْعِ لِمَا أَنَّ الْمُدَّعِي كَانَ لَهُ الشَّيْءُ الْمُدَّعَى ظَاهِرًا وَأَبْطَلَهُ الْمُنْكَرُ بِالنِّزَاعِ وَالشَّرْعُ أَبْطَلَ نِزَاعَهُ إِلَى الْيَمِينِ ، فَإِذَا امْتَنَعَ الْيَمِينُ عَادَ الْأَصْلُ بِحُكْمِ الشَّرْعِ ، وَإِنَّمَا صَحَّ إِجَابَتُهُ فِي الذِّمَّةِ ابْتِدَاءً بِنَاءً عَلَى زَعْمِ الْمُدَّعِي أَنَّهُ مُحِقٌّ وَأَنَّ مَعْنَى الْبَذْلِ تَرَكُ الْمَنْعِ وَلَكِنْ كَانَ بَذْلًا حَقِيقَةً فَالْمَالُ

يَجِبُ فِيهِ فِي الذِّمَّةِ ابْتِدَاءُ كَالْكَفَالَةِ وَالْحَوَالَةِ ، وَإِنَّمَا وَجَبَ الْقِصَاصُ بِهِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ مَا دُونَ النَّفْسِ يُسَلِّكُ بِهِ مَسَلِّكُ الْأَمْوَالِ فَيَجُوزُ بِذَلِكَ إِذَا كَانَ مُفِيدًا أَلَّا تَرَى أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ قَطْعُ يَدِهِ الْمُتَاكِلَةِ لِلْفَائِدَةِ فَكَذَا يَجُوزُ بِذَلِكَ لِدَفْعِ الْيَمِينِ عَنْ نَفْسِهِ وَأَيُّ فَائِدَةٍ أَعْظَمُ مِنْهُ وَلِهَذَا نَكَلَ عُثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ الصَّادِقَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا فَهَذَا هُوَ الْجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِمْ فِي الْيَمِينِ صِيَانَةُ مَالِهِ وَعَرْضُهُ إِلَى آخِرِهِ ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ فِي مُشَاعٍ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِبَدَلٍ صَرِيحًا ، وَإِنَّمَا صَارَ بَدَلًا فِي الْمَعْنَى عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ تَرَكُ مَنَعَ وَأَنَّ الْمُدْعَى يَأْخُذُهُ مُحِقًّا فَلَا يَمْتَنِعُ بِالشُّيُوعِ .

ثُمَّ الدَّعْوَى فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ تُتَصَوَّرُ مِنْ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ أَتَاهُمَا كَانَ إِلَّا الْحَدَّ وَاللَّعَانَ وَالِاسْتِيلَادَ ، فَإِنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ الْمُدْعَى فِيهَا إِلَّا الْمَقْدُوفَ وَالْمَوْلَى وَاخْتَارَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ عَلِيُّ الْبَزْدَوِيُّ قَوْلَهُمَا لِلْفَتَوَى عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْمُخْتَصَرِ وَاخْتَارَ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنْ مَشَايِخِنَا عَلَى أَنَّ الْقَاضِيَ يَنْظُرُ فِي حَالِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ ، فَإِنْ رَأَاهُ مُتَعَتِّيًا يُحْلِفُهُ أَخْذًا بِقَوْلِهِمَا ، وَإِنْ رَأَاهُ مَظْلُومًا لَا

يُحْلِفُهُ أَخْذًا بِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَهُوَ نَظِيرُ مَا اخْتَارَهُ شَمْسُ الْأَيْمَةِ فِي التَّوَكُّلِ بِالْخُصُومَةِ بِغَيْرِ رِضَا الْخَصْمِ إِنْ رَأَى مِنْ الْخَصْمِ التَّعَتُّتَ وَقَصَدَ الْإِضْرَارَ بِالْآخِرِ قَبْلَ بَغْيِ رِضَاهُ وَإِلَّا فَلَا وَذَكَرَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْحُدُودَ لَا يُسْتَحْلَفُ فِيهَا بِالْإِجْمَاعِ إِلَّا إِذَا تَضَمَّنَ حَقًّا بَأَنَّ عُلُقَ عَتَقَ عَبْدَهُ بِالزَّنا وَقَالَ : إِنْ زَنَيْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَأَدْعَى الْعَبْدُ أَنَّهُ قَدْ زَنَى وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ عَلَيْهِ يُسْتَحْلَفُ الْمَوْلَى حَتَّى إِذَا نَكَلَ ثَبَتَ الْعَتَقُ دُونَ الزَّنا ثُمَّ إِذَا لَمْ يَحْلِفِ الْمُنْكَرُ فِي النَّسَبِ عِنْدَهُ هَلْ تُقْبَلُ بَيِّنَةُ الْمُدْعَى يُنْظَرُ ، فَإِنْ كَانَ نَسَبًا يَثْبُتُ بِالْإِقْرَارِ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ وَذَلِكَ مِثْلُ الْوَلَدِ وَالْوَالِدِ ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ بِإِقْرَارِهِ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ مِثْلُ الْحَدِّ وَوَلَدِ الْوَلَدِ وَالْأَعْمَامِ وَالْإِخْوَةِ وَأَوْلَادِهِمْ ؛ لِأَنَّ فِيهِ حَمْلَ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ بِخِلَافِ دَعْوَى الْمَوْلَى الْأَعْلَى أَوْ الْأَسْفَلِ حَيْثُ تُقْبَلُ ، وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ مُعْتَقٌ جَدَّهُ وَنَحْوَ ذَلِكَ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ النَّسَبَ لَا يَثْبُتُ فِيهِمْ إِلَّا بِوَاسِطَةٍ فَيَكُونُ فِيهِ تَحْمِيلٌ عَلَى الْوَاسِطَةِ أَمَّا الْوَلَاءُ فَلَا يَثْبُتُ بِوَاسِطَةٍ بَلْ يُجْعَلُ فِي الْحُكْمِ كَأَنَّهُ هُوَ الْمُعْتَقُ وَلِهَذَا لَا تَرِثُ النِّسَاءُ الْوَلَاءَ ، وَلَوْ كَانَ بِوَاسِطَةٍ لَثَبَتَ لَهُنَّ وَكَذَا يَكُونُ الْوَلَاءُ لِلْكَبِيرِ .

وَلَوْ كَانَ بِطَرِيقِ الْإِرْثِ لَمَا كَانَ لَهُ كَمَا فِي الْمَالِ وَكَذَا لَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلَى عَنْ ابْنَيْنِ ثُمَّ مَاتَ الْابْنَانِ أَحَدُهُمَا عَنْ ابْنٍ وَاحِدٍ وَالْآخَرُ عَنْ عَشْرَةٍ ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتَقُ ، فَإِنَّ مَالَهُ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى أَحَدٍ عَشَرَ مِنْهُمْ يُجْعَلُ كَأَنَّهُمْ أَعْتَقُوهُ ، وَلَوْ كَانَ بِطَرِيقِ الْإِرْثِ لَكَانَ لِلابْنِ الْوَاحِدِ النِّصْفُ وَلِلْعَشْرَةِ النِّصْفُ نَصِيبُ أَبِيهِمْ وَعِنْدَهُمَا

يَثْبُتُ بِالتَّكْوِيلِ إِذَا كَانَ نَسَبًا يَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِ وَإِلَّا فَلَا

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ : وَلَا يُسْتَحْلَفُ إِلَى قَوْلِهِ وَوَلَاءَ

قَالَ صَدْرُ الشَّرِيعَةِ اأَعْلَمُ أَنَّ فِي هَذِهِ الصُّورِ لَا يُسْتَحْلَفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يُسْتَحْلَفُ وَصُورُهَا ادَّعَى الرَّجُلُ النِّكَاحَ وَأَنْكَرَتِ الْمَرْأَةُ أَوْ بِالْعَكْسِ أَوْ ادَّعَى الرَّجُلُ بَعْدَ الطَّلَاقِ وَانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ الرَّجْعَةَ فِي الْعِدَّةِ وَأَنْكَرَتِ الْمَرْأَةُ أَوْ بِالْعَكْسِ أَوْ ادَّعَى الرَّجُلُ بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِلْيَاءِ الْفَيْءَ فِي الْمُدَّةِ وَأَنْكَرَتِ الْمَرْأَةُ أَوْ بِالْعَكْسِ أَوْ ادَّعَى الرَّجُلُ عَلَى مَجْهُولٍ النَّسَبَ أَنَّهُ عَبْدُهُ أَوْ وَلَدُهُ وَأَنْكَرَ الْمَجْهُولُ أَوْ بِالْعَكْسِ أَوْ اخْتَصَمَا فِي وَلَاءِ الْعَتَاقَةِ أَوْ وَلَاءِ الْمُوَالَاةِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ أَوْ ادَّعَتِ الْأُمَةُ عَلَى مَوْلَاهَا أَنَّهَا وَلَدَتْ مِنْهُ وَلَدًا أَوْ ادَّعَاهَا وَقَدْ مَاتَ الْوَلَدُ وَلَا يَجْرِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ الْعَكْسُ لِأَنَّ الْمَوْلَى إِذَا ادَّعَى ذَلِكَ تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ بِإِقْرَارِهِ وَلَا غَيْرُهُ بِإِنْكَارِ الْأُمَةِ .

قوله في المتن وحد ولعان

كَمَا إِذَا ادَّعَى عَلَى آخَرَ أَنَّكَ قَدَفْتَنِي بِالزَّنا وَعَلَيْكَ الْحَدُّ لَا يُسْتَحْلَفُ بِالْإِجْمَاعِ وَكَذَا إِذَا ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ عَلَى الزَّوْجِ أَنَّكَ قَدَفْتَنِي بِالزَّنا وَعَلَيْكَ اللَّعَانُ .

صَدْرُ الشَّرِيعَةِ سَيِّئَاتِي عِنْدَ قَوْلِهِ فِي الْمَتْنِ وَيُسْتَحْلَفُ السَّارِقُ إِنْ حَاشِيَةً نَافِعَةً هُنَا فَرَاغِهَا وَاللَّهُ الْمُوفُّ

قوله : قال القاضي الإمام فخر الدين

الْمُرَادُ بِهِ قَاضِي خَانَ كَذَا فِي شَرْحِي الْمَجْمَعِ وَغَيْرِهِمَا

قوله : يستحلف المنكر في الأشياء الستة

النَّسَبُ وَالْإِسْتِيلَادُ شَيْءٌ وَاحِدٌ فَلَذَا قَالَ فِي الْأَشْيَاءِ السَّتَةِ لَكِنَّ الشَّارِحَ بَعْدَ قَوْلِهِ فِي الشَّرْحِ وَمَعْنَى الْبَذْلِ إِنْ قَالَ بِخِلَافِ الْأَشْيَاءِ السَّبْعَةِ

قوله : ولا يجوز بدله

إِذْ الْبَذْلُ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْأَعْيَانِ .

قوله : ولابي

حَنِيفَةً أَنَّهُ (

أَيُّ التَّكْوِيلِ .

قوله : فلا يقضى فيها

الَّذِي بِخَطِّ الشَّارِحِ فَلَا يُقْضَى بِهَا بِالتَّكْوِيلِ .

قوله : وَإِنَّمَا جَازَ

هَذَا جَوَابٌ عَنْ سُؤَالٍ مُّقَدَّرٍ تَقْدِيرُهُ لَوْ كَانَ بَدَلًا لِمَا مَلَكَهُ الْمُكَاتَبُ وَأَخَوَاهُ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى التَّبَرُّعِ وَهُمْ لَا يَمْلِكُونَهُ فَاجَابَ بِمَا ذَكَرَ مِنْ أَنَّهُ مِنْ ضَرُورَةِ التَّجَارَةِ .

قوله : عَنْ قَوْلِهِمْ

كَذَا بِخَطِّ الشَّارِحِ وَصَوَابُهُ عَنْ قَوْلِهِمَا قَوْلُهُ : وَالْمَوْلَى (لِأَنَّ الْمَوْلَى لَوْ ادَّعَى الْإِسْتِيلَادَ يَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى إِنْكَارِهَا

قوله : وَاخْتَارَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ عَلِيُّ الْبَزْدَوِيُّ قَوْلَهُمَا لِلْفَتْوَى

قَالَ الْكَاكِيُّ وَفِي جَامِعِ قَاضِي خَانَ وَالْوَاقِعَاتِ وَالْفُصُولِ الْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا .

قوله : عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْمُخْتَصَرِ

لَمْ يَذْكُرْ فِيهِ الْبَزْدَوِيُّ ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْقَاضِي الْإِمَامُ فَخْرُ الدِّينِ وَمُرَادُهُ قَاضِي خَانَ ، فَإِنَّهُ ذَكَرَ ذَلِكَ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ وَكَتَبَ عَلَى قَوْلِهِ الْمُخْتَصَرُ هُوَ مَتْنُ الْكَتَبِ .

قوله : فَادَّعَى الْعَبْدُ أَنَّهُ قَدْ زَنَى الْخ

يَعْنِي أَنْ يَقُولَ الْعَبْدُ فِي دَعْوَاهُ إِنَّهُ قَدْ أَتَى مَا عَلَّقَ عَلَيْهِ عَقْبِي وَلَا يَقُولُ إِنَّهُ قَدْ زَنَى كَيْ لَا يَصِيرَ قَاضِيًا مَوْلَاهُ

قوله : ثُمَّ إِذَا لَمْ يَحْلِفِ الْمُتَكْرِرُ فِي النَّسَبِ الْخ

قَالَ فِي الْهِدَايَةِ ، وَإِنَّمَا يُسْتَحْلَفُ فِي النَّسَبِ الْمُجَرَّدُ عِنْدَهُمَا إِذَا كَانَ يَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِ قَالَ الْأَنْعَانِيُّ يَعْنِي يَثْبُتُ الْإِسْتِحْلَافُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ فِي النَّسَبِ الْمُجَرَّدِ بِدُونِ دَعْوَى حَقٍّ آخَرَ وَلَكِنْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَثْبُتَ النَّسَبُ بِإِقْرَارِ الْمُقَرَّرِ أَمَّا إِذَا كَانَ بِحَيْثُ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ بِإِقْرَارِ الْمُقَرَّرِ فَلَا يَجْرِي الْإِسْتِحْلَافُ فِي النَّسَبِ الْمُجَرَّدِ عِنْدَهُمَا أَيْضًا بَيَّانُهُ أَنَّ إِقْرَارَ الرَّجُلِ يَصِحُّ بِخَمْسَةِ بِالْوَالِدَيْنِ

وَالْوَلَدَ وَالزَّوْجَةَ وَالْمَوْلَى لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ بِمَا يَلْزَمُهُ وَلَيْسَ فِيهِ تَحْمِيلُ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِمَا سِوَاهُمْ وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَرْأَةِ بِأَرْبَعَةٍ بِالْوَالِدَيْنِ وَالزَّوْجِ وَالْمَوْلَى وَلَا يَصِحُّ بِالْوَلَدِ وَمَنْ سِوَى هَؤُلَاءِ لِأَنَّ فِيهِ تَحْمِيلَ النَّسَبِ عَلَى الْغَيْرِ إِلَّا إِذَا صَدَّقَهَا الزَّوْجُ فِي إِقْرَارِهَا بِالْوَلَدِ أَوْ

تَشْهَدُ بِوِلَادَةِ الْوَلَدِ قَابِلَةً قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ الْمَعْرُوفُ بِخَوَاهِرَ زَادَهُ فِي مَبْسُوطِهِ فِي بَابِ الْإِسْتِحْلَافِ فِي الدَّعَاءِ : الْأَصْلُ فِي هَذَا الْبَابِ أَنَّ الْمُدْعَى قَبْلَهُ النَّسَبُ إِذَا أَنْكَرَ هَلْ يُسْتَحْلَفُ إِنْ كَانَ بِحَيْثُ لَوْ أَقَرَّ بِهِ لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ لَا يُسْتَحْلَفُ عَنْهُمْ جَمِيعًا لِأَنَّ الْيَمِينَ لَا يُفِيدُ ، فَإِنْ فَائِدَةُ الْيَمِينَ التَّكْوِيلُ حَتَّى يُجْعَلَ التَّكْوِيلُ بَدَلًا أَوْ إِقْرَارًا فَيُقْضَى عَلَيْهِ ، فَإِذَا كَانَ لَا يُقْضَى عَلَيْهِ لَوْ أَقَرَّ ، فَإِنَّهُ لَا يُسْتَحْلَفُ عَنْهُمْ جَمِيعًا ، وَإِنْ كَانَ الْمُدْعَى قَبْلَهُ بِحَيْثُ لَوْ أَقَرَّ بِهِ لَزِمَهُ مَا أَقَرَّ بِهِ ، فَإِذَا أَنْكَرَ هَلْ يُسْتَحْلَفُ عَلَى ذَلِكَ فَالْمَسْأَلَةُ عَلَى الْإِخْتِلَافِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يُسْتَحْلَفُ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يُسْتَحْلَفُ ، فَإِنْ حَلَفَ بَرِيءٌ عَنِ الدَّعْوَى ، وَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينَ لَزِمَهُ الدَّعْوَى فَعَلَى هَذَا الْأَصْلِ يُخْرَجُ مَسَائِلُ الْبَابِ .

إِلَى هُنَا لَفْظُ خَوَاهِرَ زَادَهُ وَقَالَ أَيْضًا ثُمَّ جَمِيعُ مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا يَمِينَ فِي النَّسَبِ إِذَا وَقَعَ الدَّعْوَى فِي مُجَرَّدِ النَّسَبِ ، فَأَمَّا إِذَا وَقَعَ فِي النَّسَبِ وَالْمِيرَاثِ وَالنَّفَقَةِ وَأَنْكَرَ الْمُدْعَى قَبْلَهُ ، فَإِنَّهُ يُسْتَحْلَفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِلْمَالِ لَا لِلنَّسَبِ يُسْتَحْلَفُ بِاللَّهِ مَا لَهُ فِي ذَلِكَ الْمَالِ الَّذِي يَدْعِي حَقَّ وَعِنْدَهُمَا يُسْتَحْلَفُ لِلنَّسَبِ وَالْمَالِ جَمِيعًا وَهَذَا لِأَنَّ الدَّعْوَى وَقَعَ فِي النَّسَبِ وَالْمَالِ جَمِيعًا وَالْمَالُ مِمَّا

يَجْرِي فِيهِ الْإِسْتِحْلَافُ عَنْهُمْ جَمِيعًا فَيُسْتَحْلَفُ لِلْمَالِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يُسْتَحْلَفُ لِلنَّسَبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَكَانَ الْجَوَابُ فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَالْجَوَابِ فِي السَّرْقَةِ عِنْدَ الْكُلِّ إِذَا أَنْكَرَ السَّارِقُ ، فَإِنَّهُ يُسْتَحْلَفُ لِلْمَالِ بِاللَّهِ مَا لَهُ قَبْلَكَ ضَمَانُ هَذَا الْمَالِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يُسْتَحْلَفُ لِلْقَطْعِ لِأَنَّ الدَّعْوَى وَقَعَ فِي الْحَدِّ وَالْمَالِ جَمِيعًا فَيُسْتَحْلَفُ لِلْمَالِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يُسْتَحْلَفُ لِلْقَطْعِ فَكَذَلِكَ هَذَا .

قَوْلُهُ : وَكَذَا يَكُونُ الْوَلَاءُ لِلْكَبِيرِ

قَالَ فِي الْمَصْبَاحِ وَالْوَلَاءُ لِلْكَبِيرِ بِالضَّمِّ أَيْ لِمَنْ هُوَ أَقْعَدُ بِالنَّسَبِ وَأَقْرَبُ وَفِي الْمُعْرَبِ وَقَوْلُهُمُ الْوَلَاءُ لِلْكَبِيرِ أَيْ لأكْبَرِ أَوْلَادِ الْمُعْتَقِ وَالْمُرَادُ أَقْرَبُهُمْ نَسَبًا لَا أَكْبَرُهُمْ سِنًا يُقَالُ : هُوَ أَكْبَرُ الْقَوْمِ أَيْ أَقْعَدُهُمْ فِي النَّسَبِ وَأَقْرَبُهُمْ إِلَى الْجَدِّ الْأَكْبَرِ وَفِي الْحَدِيثِ وَهُوَ أَنْ يَمُوتَ الرَّجُلُ وَيَتْرَكَ ابْنًا وَابْنًا ابْنِ ابْنٍ فَالْوَلَاءُ لِلابْنِ دُونَ ابْنِ ابْنِهِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيُسْتَحْلَفُ السَّارِقُ ، فَإِنْ نَكَلَ ضَمِنَ وَلَمْ يُقْطَعْ) ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ فِعْلِهِ شَيْئَانِ الضَّمَانُ وَهُوَ يَجِبُ مَعَ الشُّبْهَةِ فَيَجِبُ بِالتَّكْوِيلِ ، وَالْقَطْعُ وَهُوَ لَا يَجِبُ مَعَ الشُّبْهَةِ فَلَا يَجِبُ بِالتَّكْوِيلِ فَصَارَ نَظِيرَ مَا إِذَا ثَبَتَتِ السَّرْقَةُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ أَوْ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ أَوْ بِكِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي ، فَإِنْ ضَمَانَ الْمَالِ يَجِبُ بِهَا دُونَ الْقَطْعِ وَيَقُولُ فِي الْإِسْتِحْلَافِ بِاللَّهِ مَا لَهُ عَلَيْكَ هَذَا الْمَالُ وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْقَاضِي يَقُولُ لِلْمُدْعَى مَاذَا تُرِيدُ ، فَإِنْ قَالَ أُرِيدُ الْقَطْعَ قَالَ لَهُ إِنَّ الْحُدُودَ لَا يُسْتَحْلَفُ فِيهَا فَلَيْسَ لَكَ يَمِينُهُ ، فَإِنْ قَالَ أُرِيدُ الْمَالُ قَالَ لَهُ دَعِ دَعْوَى السَّرْقَةِ وَادْعِ الْمَالُ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ (وَيُسْتَحْلَفُ السَّارِقُ الْخ) هَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ ، وَصُورُهَا فِيهِ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ لَا يَمِينَ فِي حَدٍّ إِلَّا لَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ سَرِقَةً اسْتَحْلَفُهُ ، فَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ ضَمِنَهُ السَّرِقَةُ قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي شَرْحِ كِتَابِ الْإِسْتِحْلَافِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَا يُسْتَحْلَفُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْحُدُودِ لَا فِي الزَّنا وَلَا فِي السَّرِقَةِ وَلَا الْقَذْفِ وَلَا شَرْبِ الْخَمْرِ

وَلَا السُّكْرَ إِلَّا إِنْ طَالَبَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ بِضَمَانِ الْمَالِ اسْتَحْلَفَهُ ، فَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ ضَمَنَهُ الْمَالُ وَلَمْ يَقْطَعْهُ وَذَلِكَ لِأَنَّ الدَّعْوَى تَتَضَمَّنُ أَمْرَيْنِ : الضَّمَانَ وَالْقَطْعَ ، وَالضَّمَانُ يُسْتَوْفَى بِالتَّكْوِيلِ فَوْجِبَ إِثْبَاتُ أَحَدِهِمَا وَإِسْقَاطُ الْآخَرِ وَأَصْلُ ذَلِكَ مَا قَالُوا فِي شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ الِاسْتِحْلَافَ شَرَعَ لِلتَّكْوِيلِ وَالتَّكْوِيلُ إِمَّا بَذَلٍ أَوْ إِقْرَارٍ فِيهِ شُبْهَةٌ وَكُلُّ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً فِي الْحُدُودِ وَلِأَنَّ الِاسْتِحْلَافَ لَاسْتِخْرَاجَ الْحَقُّوقِ عَلَى وَجْهِ الْمُبَالَغَةِ وَالْحُدُودُ يُحْتَالُ لِدَرْئِهَا فَلَا يَتَكَلَّفُ لَاسْتِخْرَاجُهَا فَلَا يُشْرَعُ الْيَمِينُ فِيهَا إِلَّا فِي السَّرِقَةِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْمَالُ فَيُسْتَحْلَفُ فِيهَا وَيُقْضَى بِالْمَالِ عِنْدَ التَّكْوِيلِ كَمَا يُقْضَى بِهَا بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ فِي الْمَالِ دُونَ الْقَطْعِ .

أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَالزَّوْجُ إِذَا ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ طَلَاقًا قَبْلَ الْوَطْءِ ، فَإِنْ نَكَلَ ضَمِنَ نِصْفَ الْمَهْرِ) أَيُّ يُسْتَحْلَفُ الزَّوْجُ إِذَا ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ الِاسْتِحْلَافَ يَجْرِي فِي الْمَالِ بِالتَّفَاقُ لَآ سِيَّمَا إِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ هُوَ الْمَالُ وَكَذَا فِي النِّكَاحِ إِذَا ادَّعَتْ الصَّدَاقَ أَوْ التَّفَقُّةَ ؛ لِأَنَّهُ دَعْوَى الْمَالِ ثُمَّ يَثْبُتُ الْمَالُ بِكُؤْلِهِ وَلَا يَثْبُتُ النِّكَاحُ وَكَذَا يُسْتَحْلَفُ فِي النَّسَبِ إِذَا ادَّعَى حَقًّا كَالِإِرْثِ وَالْحَجَرِ وَالتَّفَقُّةِ وَالْعَتَقِ بِسَبَبِ الْمَلِكِ وَامْتِنَاعِ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ، فَإِنْ نَكَلَ ثَبَتَ الْحَقُّ وَلَا يَثْبُتُ النَّسَبُ إِنْ كَانَ نَسَبًا لَا يَصِحُّ الْإِقْرَارُ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ يَصِحُّ الْإِقْرَارُ بِهِ فَعَلَى الْخِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَا

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ وَالزَّوْجُ إِذَا ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ طَلَاقًا قَبْلَ الْوَطْءِ

قَالَ صَدْرُ الشَّرِيعَةِ لِأَنَّهُ يَحْلِفُ فِي الطَّلَاقِ إِجْمَاعًا .

قَوْلُهُ فِي الْمَثْنِ ، فَإِنْ نَكَلَ ضَمِنَ نِصْفَ الْمَهْرِ

أَيُّ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ ذَكَرَهَا فِيهِ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ هَذِهِ الدَّعْوَى هُوَ الْمَالُ وَهُوَ نِصْفُ الْمَهْرِ لَا التَّزْوُجَ وَالِاسْتِحْلَافَ يَجْرِي فِي الْمَالِ .

غَايَةُ

قَوْلُهُ : وَكَذَا فِي النِّكَاحِ إِذَا ادَّعَتْ الصَّدَاقَ

يَعْنِي إِذَا كَانَ مَعَ النِّكَاحِ دَعْوَى الْمَالِ يَجْرِي الِاسْتِحْلَافُ بِالتَّفَاقُ لَآ الْمَقْصُودَ هُوَ الْمَالُ ثُمَّ بِالتَّكْوِيلِ يَثْبُتُ الْمَالُ وَلَا يَثْبُتُ النِّكَاحُ لِأَنَّ الْبَذْلَ يَجْرِي فِي الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ : وَكَذَا يُسْتَحْلَفُ فِي النَّسَبِ إلخ

يَعْنِي إِذَا ادَّعَى فِي النَّسَبِ حَقًّا آخَرَ سِوَى النَّسَبِ كَالْمَسَائِلِ الْمَذْكُورَةِ يُسْتَحْلَفُ بِالتَّفَاقِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يُسْتَحْلَفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي دَعْوَى النَّسَبِ الْمُجَرَّدِ .

أَثَقَانِي

قَوْلُهُ : كَالْبَارِثِ

بِأَنْ ادَّعَى عَلَى شَخْصٍ أَنَّهُ أَخُوهُ لِأَبِيهِ وَأَنَّ أَبَاهُمَا مَاتَ وَتَرَكَ مَالًا فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ يُسْتَحْلَفُ عَلَى النَّسَبِ بِالتَّفَاقِ ، فَإِنْ حَلَفَ بَرِيءً ، وَإِنْ نَكَلَ يُقْضَى بِالْمَالِ دُونَ النَّسَبِ .

قَوْلُهُ : وَالْحَجَرُ

بِأَنْ التَّقَطَ رَجُلٌ صَبِيًّا لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ فَادَّعَتْ امْرَأَةٌ أَنَّهُ أَخُوها تُرِيدُ قَصْرَ يَدِ الْمُتَقَطِّ وَأَخَذَهُ بِالْحَضَانَةِ وَأَنكَرَ الْمُتَقَطُّ ذَلِكَ ، فَإِنْ نَكَلَ ثَبَتَ لَهَا حَقُّ نَقْلِ الصَّبِيِّ إِلَى حَجَرِهَا وَلَا يَثْبُتُ النَّسَبُ

قَوْلُهُ : وَالتَّفَقَّةُ

أَيُّ إِذَا قَالَ الْمُدَّعِي وَهُوَ زَمِنٌ إِنَّهُ أَخُو الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَافْرِضْ لِي التَّفَقَّةَ وَأَنكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنْ يَكُونَ هَذَا أَخَاهُ ، فَإِنَّهُ يُسْتَحْلَفُ عَلَى النَّسَبِ ، فَإِنْ حَلَفَ بَرِيءً ،

، وَإِنْ نَكَلَ يُقْضَى بِالتَّفَقَّةِ دُونَ النَّسَبِ .

قَوْلُهُ : وَامْتِنَاعُ الرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ

صُورَتُهُ مَا إِذَا أَرَادَ الْوَاهِبُ الرَّجُوعَ فِي الْهَبَةِ فَقَالَ الْمَوْهُوبُ لَهُ أَنَا أَخُوكَ فَأَنكَرَ الْوَاهِبُ ، فَإِنَّهُ يُسْتَحْلَفُ ، فَإِنْ نَكَلَ ثَبَتَ الْإِمْتِنَاعُ وَلَمْ تَثْبُتِ الْأُخُوَّةُ .

أَثَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَجَاحِدُ الْقَوَدِ فَإِنْ نَكَلَ فِي النَّفْسِ حُبْسَ حَتَّى يُقَرَّ أَوْ يَحْلِفَ وَفِيمَا دُونَهُ يُقْتَصُّ) أَيُّ يُسْتَحْلَفُ جَاحِدُ الْقِصَاصِ ، فَإِنْ نَكَلَ فِي النَّفْسِ حُبْسَ حَتَّى يَحْلِفَ أَوْ يُقَرَّ وَلَا يُقْتَصُّ مِنْهُ وَفِيمَا دُونَ النَّفْسِ يُقْتَصُّ مِنْهُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ يَجِبُ عَلَيْهِ الْأَرْضُ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ التُّكُولَ إِقْرَارَ فِيهِ شُبْهَةٌ عِنْدَهُمَا ؛ لِأَنَّ فِي امْتِنَاعِهِ عَنِ الْيَمِينِ احْتِمَالًا يَحْتَمِلُ لِأَجْلِ التَّرَفُّعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا فَلَا تَجِبُ بِهِ الْعُقُوبَةُ كَالْحُدُودِ ، فَإِذَا امْتَنَعَ وَجُوبُ الْقِصَاصِ يَجِبُ عَلَيْهِ الْأَرْضُ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَامَ عَلَى ذَلِكَ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ حَيْثُ لَا يُقْضَى فِيهِ بِشْيءٌ وَكَذَا بِالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ فِيهِ لَا يُقْضَى بِشْيءٍ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ سَقَطَ فِيهِ لِمَعْنَى مِنْ جِهَةٍ مَنْ لَهُ فَلَا يَجِبُ شَيْءٌ وَفِي التُّكُولِ لِمَعْنَى مِنْ جِهَةٍ مَنْ عَلَيْهِ فَيَصَارُ إِلَى الْأَرْضِ وَنَظِيرُهُ إِذَا أَقْرَبَ بِالْقَتْلِ خَطَأً وَالْوَلِيُّ يَدْعِي الْعَمْدَ تَجِبُ الدِّيَّةُ وَبِالْعَكْسِ لَا يَجِبُ شَيْءٌ بِخِلَافِ الضَّمَانِ فِي السَّرِقَةِ حَيْثُ يَجِبُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ وَأَمثَالِهِ كَمَا يَجِبُ بِالتُّكُولِ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ فِيهِ أَصْلٌ ثُمَّ يَتَعَدَّى إِلَى الْحَدِّ ، فَإِذَا قَصَرَ يَتَقَى الْأَصْلَ عَلَى حَالِهِ وَهُنَا الْأَصْلُ الْقِصَاصُ ثُمَّ يَتَعَدَّى إِلَى الْمَالِ إِذَا وَجَدَ شَرْطَهُ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ أَنَّ الْأَطْرَافَ يُسَلِّكُ بِهَا مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ حَتَّى أُبَيِّحَ قَطْعُهَا لِلْحَاجَةِ وَلَا يَجِبُ عَلَى الْقَاطِعِ الضَّمَانُ إِذَا قَطَعَهَا بِأَمْرِهِ بِخِلَافِ النَّفْسِ ، فَإِنَّهُ لَوْ قَتَلَهُ بِأَمْرِهِ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ فِي رِوَايَةٍ وَالدِّيَّةُ فِي أُخْرَى ، فَإِذَا سَلَّكَ بِهَا مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ يَجْرِي فِيهَا الْبَدْلُ كَالْأَمْوَالِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قَطْعُهَا بِلَا فَائِدَةٍ وَهَذَا الْبَدْلُ مُفِيدٌ لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ فَصَارَ كَقَطْعِ الْيَدِ

لِللَّكَلَةِ وَقَلَعَ السِّنَّ لِلْوَجَعِ وَإِذَا امْتَنَعَ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ وَالْيَمِينُ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ يُحْبَسُ فِيهِ كَمَا فِي الْقَسَامَةِ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَجَاحِدُ الْقَوَدِ

قَالَ الْأَثَنَانِيُّ وَهَذَا فِي دَعْوَى الْقَتْلِ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ وَفِيهِ يَرَى بِالْيَمِينِ الْوَاحِدَةَ وَلَا يَجِبُ شَيْءٌ آخَرَ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ دَعْوَى الْقَتْلِ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ أَوْ عَلَى بَعْضِهِمْ فَفِيهِ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَّةُ جَمِيعًا وَسَجِيءٌ فِي بَابِ الْقَسَامَةِ مِنْ كِتَابِ الدِّيَّاتِ تَمَامُ الْبَيَانِ ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ أَوْ فِي الطَّرَفِ يَحْلِفُ بِالتَّفَاقُ ، فَإِنْ حَلَفَ بَرِيءٌ ، وَإِنْ نَكَلَ يُقْتَصُّ فِي الطَّرَفِ وَلَا يُقْضَى بِشْيءٍ فِي النَّفْسِ وَلَكِنْ يُحْبَسُ حَتَّى يُقَرَّ أَوْ يَحْلِفَ أَوْ يَمُوتَ جُوعًا وَعِنْدَهُمَا يُقْضَى بِالْمَالِ فِي النَّفْسِ وَالطَّرَفِ جَمِيعًا .

قَوْلُهُ : يُسْتَحْلَفُ جَاحِدُ الْقِصَاصِ

أَيُّ بِالْإِجْمَاعِ قَوْلُهُ : وَلَا يَجِبُ عَلَى الْقَاطِعِ الضَّمَانُ إِذَا قَطَعَهَا بِأَمْرِهِ (أَيُّ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُبَاحُ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ يَعْنِي إِذَا قَطَعَ يَدَ مَنْ قَالَ : أَقْطَعُ يَدِي لَا يَجِبُ الضَّمَانُ وَلَكِنْ لَا يُبَاحُ الْقَطْعُ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ كَمَا إِذَا قَالَ لِعَبْرَةٍ أُخْرَقَ ثَوْبِي أَوْ أَتْلَفَ مَالِي لَا يُبَاحُ لَهُ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ .

أَثَنَانِيُّ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ قَالَ الْمُدَّعِي لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ وَطَلَبَ الْيَمِينَ لَمْ يُسْتَحْلَفْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُسْتَحْلَفُ وَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةٍ وَمَعَ أَبِي يُوسُفَ فِي أُخْرَى وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا كَانَتْ حَاضِرَةٌ فِي الْمِصْرِ ، وَإِنْ كَانَتْ خَارِجَ الْمِصْرِ يَحْلَفُ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كَانَتْ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ لَا يَحْلَفُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْيَمِينَ حَقُّهُ بِالْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَا وَلَهُ غَرَضٌ صَحِيحٌ فِي الِاسْتِحْلَافِ وَهُوَ أَنْ يَدْفَعَ بِهِ مُؤَنَةَ الْمَسَافَةِ وَيَتَوَصَّلَ إِلَى حَقِّهِ فِي الْحَالِ بِإِقْرَارِهِ أَوْ نُكُولِهِ وَفِي الْبَيِّنَةِ احْتِمَالٌ فَلَعَلَّهَا لَا تُقْبَلُ فَيُجِبُّهُ إِذَا طَلَبَهُ كَمَا إِذَا كَانَتْ خَارِجَ الْمِصْرِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ ثُبُوتَ الْحَقِّ فِي الْيَمِينَ مُرْتَبِّ عَلَى الْعَجْزِ عَنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى مَا رَوَيْنَا فَلَا يَكُونُ حَقُّهُ دُونَهُ كَمَا إِذَا كَانَتْ الْبَيِّنَةُ حَاضِرَةً فِي الْمَجْلِسِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ خَارِجَ الْمِصْرِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَعَدَّرُ عَلَيْهِ الْجَمْعُ بَيْنَ خَصْمِهِ وَشُهُودِهِ فَيَكُونُ عَاجِزًا وَلِأَنَّ فِي اسْتِحْلَافِهِ مَعَ حُضُورِ الشُّهُودِ هَتَكَ الْمُسْلِمِ إِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ بَعْدَ مَا حَلَفَ فَيَجِبُ أَنْ يَتَوَقَّاهُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقِيلَ لَخَصْمِهِ أَعْطَاهُ كَفِيلًا بِنَفْسِكَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ) كَيْ لَا يَضِيعَ حَقُّهُ بِتَعْيِيهِ نَفْسَهُ وَفِيهِ نَظَرٌ لِلْمُدَّعِي وَلَيْسَ فِيهِ كَثِيرٌ ضَرَرٌ بِالْمُدَّعَى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْحُضُورَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ إِذَا طَلَبَهُ لِمَا تَلَوْنَا حَتَّى يُعْذِيَ عَلَيْهِ وَيَشْخَصَ إِلَى الْقَاضِي وَيُحَالِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَشْغَالِهِ فَيَصِحُّ التَّكْفِيلُ بِإِحْضَارِهِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى كَاسْتِحْلَافِهِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْكَفِيلُ ثِقَةً مَعْرُوفًا بَيْنَ النَّاسِ لَا يُتَوَهَّمُ اخْتِفَاؤُهُ حَتَّى يَحْصُلَ بِهِ فَائِدَةُ التَّكْفِيلِ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَلْزَمَ التَّكْفِيلُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ بَعْدُ بِخِلَافِ مَا بَعْدَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ ، وَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ الصَّحِيحُ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ مُقَدَّرٌ بِمَا بَيْنَ مَجْلِسَيْ الْقَاضِي حَتَّى إِذَا كَانَ يَجْلِسُ فِي كُلِّ يَوْمٍ يَكْفُلُ إِلَى الْيَوْمِ الثَّانِي ، وَإِنْ كَانَ يَجْلِسُ فِي كُلِّ عَشْرَةِ أَيَّامٍ يَوْمًا يَكْفُلُ إِلَى عَشْرَةِ أَيَّامٍ وَلَا فَرْقَ فِي الظَّاهِرِ بَيْنَ الْوَجْهِ وَالْخَامِلِ وَبَيْنَ الْحَقِيرِ مِنَ الْمَالِ وَالْخَطِيرِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَعْرُوفًا وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِهِ أَنَّهُ لَا يُخْفِي نَفْسَهُ بِذَلِكَ الْقَدْرِ مِنَ الْمَالِ لَا يُجْبَرُ عَلَى إِعْطَاءِ الْكَفِيلِ وَكَذَا لَوْ كَانَ الْمُدَّعَى حَقِيرًا لَا يُخْفِي الْإِنْسَانُ نَفْسَهُ لِأَجْلِهِ لَا يُجْبَرُ عَلَى التَّكْفِيلِ لَكِنْ إِذَا أُعْطِيَ هُوَ بِاخْتِيَارِهِ يُؤْخَذُ مِنْهُ وَهَذَا إِذَا قَالَ لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ ، وَإِنْ قَالَ لَيْسَ لِي بَيِّنَةٌ أَوْ شُهُودِي غَيْبٌ لَا يُؤْخَذُ مِنْهُ كَفِيلٌ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي التَّكْفِيلِ ؛ لِأَنَّ الْعَائِبَ كَالْهَالِكِ مِنْ وَجْهِهِ وَلَيْسَ كُلُّ غَائِبٍ آتِيًا وَيُمْكِنُهُ الِاسْتِحْلَافُ فِي الْحَالِ فَلَا مَعْنَى لِلِاسْتِعَالِ بِالتَّكْفِيلِ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَقِيلَ لَخَصْمِهِ أَعْطَاهُ كَفِيلًا بِنَفْسِكَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ

أَيَّ إِذَا كَانَ الْمَطْلُوبُ مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ وَهَذَا هُوَ مُرَادُ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللَّهُ يَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ بَعْدَ وَلَوْ كَانَ غَرِيًّا إلخ .

قَوْلُهُ : وَفِيهِ

أَيَّ فِي إِعْطَاءِ الْكَفِيلِ نَظَرٌ لِلْمُدَّعِي وَهَذَا هُوَ وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ .

قوله : ولا فرق في الظاهر

أي في ظاهر الرواية

قوله : والخطير

لأن إعطاء الكفيل لما كان مستحقاً عليه لا يقع الفرق بينهما إذا كان معروفاً أو لم يكن أو كان المال خطيراً أو حقيراً كاليمين .

أثقاني

قال رحمه الله (فإن أبى لازمته) أي دار معه (حيث سار) أي إن أبى أن يكفل لا يجبره القاضي على التكفيل بل يأمره بملازمته مقدار مدة التكفيل على القولين حتى لا يغيب قال رحمه الله (ولو) كان (غريباً لازمته مقدار مجلس القاضي) أي إلى أن يقوم من مجلسه ؛ لأنه يلحقه الضرر بالزيادة على ذلك فلا يزاؤ عليه ولا ضرر في هذا القدر ظاهراً وكذا إذا أخذ منه كفيل لا يؤخذ منه إلا مقدار مجلس الحاكم لما ذكرنا وله أن يطلب التوكيل بخصوصيته حتى لو غاب الأصل يُقيم البينة على الوكيل فيقضي عليه ، وإن أعطاه وكفلاً فله أن يطالب بالكفيل بنفس الوكيل ، وإن أعطاه كفلاً بنفس الوكيل فله أن يطالبه بالكفيل بنفس الأصل إن كان المدعى ديناً ؛ لأن الدين يستوفى من ذمة الأصل دون الوكيل ، ولو أخذ كفلاً بالمال فله أن يطالب كفلاً بنفس الأصل ؛ لأن المقصود الاستيفاء ، وقد يكون من الأصل أيسر ، وإن كان المدعى منقولاً فله أن يطالبه مع ذلك كفلاً بالعين ليحضرها ولا يعيها المدعى عليه ، وإن كان المدعى عقاراً لا يحتاج إلى ذلك ؛ لأنه لا يقبل التغيب

الشرح

قوله في المتن : فإن أبى لازمته

قال في الفتاوى الصغرى في مسائل العدوي المدعي إذا طلب من القاضي أن يأخذ من المدعى عليه كفلاً وأبى المدعى عليه إعطاء الكفيل فالقاضي يأمر المدعي بملازمته ثم قال وتفسير الملازمة

قوله في المتن ولو كان غريباً إلخ

قال الأثقاني وأما إذا كان المطلوب غريباً لا يجبر على إعطاء الكفيل ولكن إن أعطى كفلاً بنفسه مختاراً يقبل ذلك منه ، وإن لم يعط لا يجبر على ذلك لأن الكفيل يمنعه من السفر والذهاب (فرغ) ذكر في الوقعات الحسامية في كتاب أدب القاضي في الباب المعلم بعلامة الواو إذا شك الرجل فيما يدعى عليه ينبغي أن يرضي خصمه بشيء ويصالحه ولا يعجل باليمين اختاراً عن الوقوع في الحرام وهو اليمين الكاذبة ، وإن أبى الخصم إلا أن يحلفه ، فإن كان أكبر رأيه أنه ليس على الحق وسعه ذلك وتذكر هنا نبداً من مسائل ذكرها الخصاص في أواخر كتاب الحيل إن قال : كل امرأة لي طالق ونوى كل امرأة أتزوجها باليمين أو بالهتد أو بالسند أو في بلد من البلدان له نيته في ذلك ولا يحث وقال : إن ابتدأ اليمين بالله يحتال ويقول هو الله ويدغم ذلك حتى لا يفهم المستحلف .

فَإِنْ قَالَ الْمُسْتَحْلِفُ إِنَّمَا أَحْلَفْتُ بِمَا أُرِيدُ وَقُلْتُ أَنْتَ نَعَمْ كُلَّمَا أَوْفَعْتُ أَنَا كَيْفَ يَحْتَالُ فِي ذَلِكَ ، وَقَدْ كَتَبَ الْيَمِينُ فِي كِتَابٍ وَيُرِيدُ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ بِاللَّهِ وَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْمَشْيِ وَصَدَقَهُ مَا يَمْلِكُ قَالَ نَعَمْ وَيَتَوَيَّ بِنَعَمْ مِنَ النَّعَمِ أَيْ مِنَ الْأَنْعَامِ ، فَإِذَا أَجَابَهُ بِنَعَمْ يَتَوَيَّ نَعَمْ مِنَ الْأَنْعَامِ لَمْ يَكُنْ

عَلَيْهِ شَيْءٌ وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ نَسَاؤُكَ طَوَالِقُ وَتَوَيَّ نِسَاءَهُ الْعُورَ أَوْ الْعَمَيَانَ أَوْ الْعَرَجَانَ أَوْ الْمَمَالِكِ أَوْ الْيَهُودِيَّاتِ أَوْ النَّصْرَانِيَّاتِ وَيَقْصِدُ إِلَى صِفَةٍ مِنْ تِلْكَ الصِّفَاتِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا وَكَذَلِكَ الْمَمَالِكِ وَجَمِيعُ مَا يَمْلِكُ مِنْ نَوْعٍ مِنْ تِلْكَ الْأَنْوَاعِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا يَقْصِدُ بِنَيْتِهِ إِلَى مَا شَرَحْتُ لَكَ فَيَكُونُ لَهُ نَيْتُهُ وَلَا يَحْتُثُ وَقَالَ : إِنْ كَانَ يُسْتَحْلَفُ عَلَى فِعْلٍ مَضَى وَأَرَادَ أَنْ يَحْلِفَ لَهُ أَنَّهُ لَمْ يَفْعَلْ كَذَا وَكَذَا وَأَخْضَرَ الْمَمْلُوكُ قَالَ يَضَعُ رَأْسَهُ عَلَى رَأْسِ الْمَمْلُوكِ وَظَهَرَهُ وَيَقُولُ : هَذَا حُرٌّ يَعْنِي ظَهَرَهُ حُرٌّ إِنْ كَانَ فَعَلَ كَذَا وَكَذَا وَلَا يُعْتَقُ الْمَمْلُوكُ ، وَإِنْ حَلَفَ بَعْتُ الْمَمْلُوكُ أَنَّهُ لَمْ يَفْعَلْ كَذَا يَعْنِي لَمْ أَفْعَلْ ذَلِكَ الشَّيْءَ بِمَكَّةَ أَوْ فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَوْ فِي مَسْجِدِ الرَّسُولِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَوْ فِي بَلَدٍ مِنَ الْبُلْدَانِ وَيَتَوَيَّ ذَلِكَ فَلَا يَحْتُثُ إِنْ كَانَ مَرَّ فِعْلُ ذَلِكَ الشَّيْءِ فِي غَيْرِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ الَّذِي تَوَيَّ وَقَصَدَ ، وَإِنْ حَلَفَ بِطَّلَاقِ امْرَأَتِهِ قَالَ يَقُولُ امْرَأَتِي طَالِقٌ ثَلَاثًا وَيَتَوَيَّ عَمَلًا مِنَ الْأَعْمَالِ مِثْلَ الْخُبْزِ وَالْعَسَلِ أَوْ طَالِقٌ مِنْ وَثَاقٍ وَيَتَوَيَّ بِقَوْلِهِ ثَلَاثًا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ أَوْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ أَوْ ثَلَاثَ جُمُعٍ فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ حَنْثٌ .

قَالَ قُلْتُ : أَرَأَيْتَ سُلْطَانًا بَلَغَهُ عَنْ رَجُلٍ كَلَامٌ فَأَرَادَ أَنْ يَحْلِفَ الرَّجُلُ عَلَى ذَلِكَ الْكَلَامِ الَّذِي بَلَغَهُ فَمَا الْوَجْهُ فِيهِ قَالَ الْوَجْهُ فِيهِ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ الَّذِي أُسْتَحْلَفَ مَا الَّذِي بَلَغَكَ عَنِّي ، فَإِذَا قَالَ بَلَغَنِي عَنْكَ أَتَكَ قُلْتُ كَذَا وَكَذَا وَحَكَى الْكَلَامَ ، فَإِنْ شَاءَ حَلَفَ لَهُ بِالْعَتَاقِ وَالطَّلَاقِ أَنَّهُ مَا قَالَ هَذَا الْكَلَامَ الَّذِي حَكَاهُ هَذَا وَلَا سَمِعَ بِهِ إِلَّا السَّاعَةَ يَعْنِي مَا تَكَلَّمَ بِهِذَا الْكَلَامِ الَّذِي حَكَاهُ وَلَا سَمِعَ بِهِ بِهِذَا الْكَلَامِ

بَعَيْنِهِ قَبْلَ السَّاعَةِ فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ إِثْمٌ ، وَإِنْ شَاءَ تَوَيَّ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ مَا شَرَحْنَاهُ ، وَإِنْ شَاءَ حَلَفَ أَنَّهُ لَمْ يَتَكَلَّمَ بِهِذَا الْكَلَامِ بِالْكُوفَةِ أَوْ بِالْبَصْرَةِ أَوْ فِي الْيَمَنِ أَوْ فِي بَلَدٍ مِنَ الْبُلْدَانِ غَيْرِ الْبَلَدِ الَّذِي كَانَ تَكَلَّمَ بِهِذَا فِيهِ وَتَوَيَّ بِاللَّيْلِ إِنْ كَانَ تَكَلَّمَ بِالنَّهَارِ ، وَإِنْ تَكَلَّمَ بِاللَّيْلِ تَوَيَّ أَنَّهُ لَمْ يَتَكَلَّمَ بِالنَّهَارِ أَوْ تَوَيَّ فِي دَارِ فُلَانٍ أَوْ فِي الْمَسْجِدِ الْجَامِعِ أَوْ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ وَمَا أَشَبَّهُ ذَلِكَ وَالْبَاقِي يُعْلَمُ فِي كِتَابِ الْحَيْلِ أَتَقَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ (فَرَعَ آخِرُ) قَالَ الْأَتَقَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَرَأَيْتُ فِي مُحِيطِ شَمْسِ الْأَيْمَةِ الْحُلَوَانِيِّ وَاسْتَحْلَفُ الْآخَرَسِ أَنْ يَقُولَ الْقَاضِي عَلَيْكَ عَهْدُ اللَّهِ إِنْ كَانَ لِهَذَا عَلَيْكَ هَذَا الْحَقُّ وَيُشِيرُ الْآخَرَسُ بِرَأْسِهِ أَيْ نَعَمْ وَلَا يُسْتَحْلَفُ بِاللَّهِ مَا لِهَذَا عَلَيْكَ حَقٌّ فَيُشِيرُ الْآخَرَسُ بِرَأْسِهِ أَيْ نَعَمْ لِأَنَّ الْإِشَارَةَ مِنَ الْآخَرَسِ إِذَا كَانَتْ مَعْرُوفَةً مِنَ النَّفْيِ وَالْإِثْبَاتِ بِمَنْزِلَةِ الْعِبَارَةِ مِنَ التَّلَطُّعِ فِي سَائِرِ الْأَحْكَامِ فَكَذَا فِي حَقِّ الْحَلْفِ وَالْقَاضِي لَوْ اسْتَحْلَفَ النَّاطِقَ بِاللَّهِ مَا لِهَذَا عَلَيْكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ نَعَمْ لَا يَكُونُ يَمِينًا لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ احْلِفْ وَذَلِكَ لَا يَكُونُ يَمِينًا فَكَذَلِكَ الْآخَرَسُ وَلَوْ قَالَ عَلَيْكَ عَهْدُ اللَّهِ فَقَالَ نَعَمْ يَكُونُ يَمِينًا لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ عَلَيَّ عَهْدُ اللَّهِ إِنْ كَانَ لِهَذَا عَلَيَّ كَذَا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْيَمِينُ بِاللَّهِ تَعَالَى لَا بِطَّلَاقٍ وَعَتَاقٍ إِلَّا إِذَا أَلَحَّ الْخَصْمُ) لَمَّا رَوَى ابْنُ عُمَرَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سَمِعَ عُمَرَ وَهُوَ يَحْلِفُ بِأَبِيهِ فَقَالَ : إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَنْهَاكُمْ أَنْ تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ فَمَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْمُتْ رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ وَأَحْمَدُ وَفِي لَفْظٍ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { مَنْ كَانَ حَالِفًا فَلَا يَحْلِفُ إِلَّا بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْمُتْ وَكَانَتْ قُرَيْشٌ تَحْلِفُ بِآبَائِهَا فَقَالَ لَا تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ } رَوَاهُ أَحْمَدُ وَمُسْلِمٌ وَنَسَائِيُّ وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { لَا تَحْلِفُوا إِلَّا بِاللَّهِ وَلَا تَحْلِفُوا إِلَّا وَأَنْتُمْ صَادِقُونَ } رَوَاهُ النَّسَائِيُّ وَهَذَا الْحَدِيثُ بِإِطْلَاقِهِ يَمْنَعُ الْحَلْفَ بِالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَقَالَ بَعْضُهُمْ يَسُوغُ لِلْقَاضِي أَنْ يَحْلِفَ بِهِمَا إِذَا أَلَحَّ الْخَصْمُ لِقَلَّةِ مِبَالَةِ النَّاسِ بِالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى فِي زَمَانِنَا لَكِنْ إِذَا نَكَلَ لَا يُقْضَى عَلَيْهِ بِالتَّكْوِيلِ ؛ لِأَنَّهُ امْتَنَعَ عَمَّا هُوَ مِنْهِيٌّ عَنْهُ شَرْعًا ، وَلَوْ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالتَّكْوِيلِ لَا يَنْفَعُ ، وَلَوْ طَلَبَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ تَحْلِيفَ الشَّاهِدِ أَوْ الْمُدْعَى أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّ الشَّاهِدَ كَاذِبٌ لَا يُجِيبُهُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّا أَمَرْنَا

بِإِكْرَامِ الشُّهُودِ وَالْمُدَّعِي لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْيَمِينُ لَا سِيمَا إِذَا أَقَامَ بَيْنَهُ

الشرح

قوله في المتن وعناق

أي وحج .

غاية

قوله : ولو قضى عليه بالتكول لا ينفذ

كذا في الخلاصة .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَتُعْلَظُ بِذِكْرِ أَوْصَافِهِ) أَيِ تُوَكَّدُ الْيَمِينُ بِذِكْرِ أَوْصَافِ اللَّهِ تَعَالَى وَذَلِكَ مِثْلُ قَوْلِهِ وَاللَّهُ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ عَالِمُ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ الَّذِي يَعْلَمُ مِنَ السِّرِّ مَا يَعْلَمُ مِنَ الْعَلَانِيَةِ مَا لِفُلَانٍ هَذَا عَلَيْكَ وَلَا قَبْلَكَ هَذَا الْمَالُ الَّذِي ادَّعَاهُ وَهُوَ كَذَا وَكَذَا وَلَا شَيْءَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ أَحْوَالَ النَّاسِ شَتَّى فَمِنْهُمْ مَنْ يَمْتَنِعُ عَنِ الْيَمِينِ بِالتَّغْلِيظِ وَيَتَجَسَّرُ عِنْدَ عَدَمِهِ فَيُعْلَظُ عَلَيْهِ لَعَلَّهُ يَمْتَنِعُ بِذَلِكَ وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ عَلَى هَذَا إِنْ شَاءَ وَلَهُ أَنْ يَنْقُصَ عَنْهُ إِلَّا أَنَّهُ يُحْتَاطُ وَيَحْتَرَزُ عَنْ عَطْفِ بَعْضِ الْأَسْمَاءِ عَلَى الْبَعْضِ كَيْ لَا يَتَكَرَّرَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ ، وَلَوْ أُمِرَ بِالْعَطْفِ فَأَتَى بِوَاحِدَةٍ وَتَكَلَّ عَنْ الْبَاقِي لَا يَقْضِي عَلَيْهِ بِالتَّكُولِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ عَلَيْهِ يَمِينٌ وَاحِدَةً ، وَقَدْ أَتَى بِهَا ، وَلَوْ لَمْ يُعْلَظْ جَازَ وَقِيلَ لَا يُعْلَظُ عَلَى الْمَعْرُوفِ بِالصَّلَاحِ وَيُعْلَظُ عَلَى غَيْرِهِ وَقِيلَ يُعْلَظُ فِي الْخَطِيرِ مِنَ الْمَالِ دُونَ الْحَقِيرِ ، وَلَوْ غَلَطَ عَلَيْهِ فَحَلَفَ مِنْ غَيْرِ تَغْلِيظٍ وَتَكَلَّ عَنْ التَّغْلِيظِ لَا يَقْضَى عَلَيْهِ بِالتَّكُولِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْحَلْفَ بِاللَّهِ تَعَالَى ، وَقَدْ حَصَلَ

الشرح

قوله : وَيَحْتَرَزُ عَنْ عَطْفِ بَعْضِ الْأَسْمَاءِ (أَيِ فَإِنَّهُ مَتَى حَلَفَهُ بِاللَّهِ تَعَالَى الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ يَكُونُ يَمِينًا وَاحِدَةً ، فَإِذَا حَلَفَهُ بِاللَّهِ وَالرَّحْمَنِ وَالرَّحِيمِ يَكُونُ ثَلَاثَةَ أَيْمَانٍ وَالْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ فَيُرَاعَى الْقَاضِي هَذَا .

أُنْقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (لَا بَرَمَانَ وَمَكَانَ) أَيِ لَا يُؤَكَّدُ عَلَيْهِ الْيَمِينُ بَرَمَانَ وَلَا بِمَكَانٍ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنْ كَانَتْ الْيَمِينُ فِي قَسَامَةِ أَوْ لَعَانٍ أَوْ فِي مَالٍ عَظِيمٍ يَبْلُغُ مِائَتِي مِثْقَالٍ تُعْلَظُ بِالْمَكَانِ فَيَحْلَفُ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْمَقَامِ إِنْ كَانَ بِمَكَّةَ وَعِنْدَ قَبْرِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنْ كَانَ فِي الْمَدِينَةِ وَعِنْدَ الصَّخْرَةِ إِنْ كَانَ فِي بَيْتِ الْمَقْدِسِ وَفِي الْجَوَامِعِ فِي غَيْرِهَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمَسَاجِدِ وَيَكُونُ ذَلِكَ فِي يَوْمِ الْجُمُعَةِ بَعْدَ الْعَصْرِ وَلَنَا إِطْلَاقُ قَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ { الْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَتَكَرَ } وَالتَّخْصِيصُ بِالْمَكَانِ وَالزَّمَانِ زِيَادَةٌ عَلَى النَّصِّ وَهُوَ

نَسَخَ وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ تَعْظِيمُ الْمُقْسَمِ بِهِ وَهُوَ يَحْصُلُ بِدُونِ ذَلِكَ وَلِأَنَّ فِيهِ حَرَجًا عَلَى الْقَاضِي حَيْثُ يُكَلَّفُ حُضُورَهَا وَهُوَ مَدْفُوعٌ وَلِأَنَّ فِيهِ تَأْخِيرَ حَقِّ الْمُدَّعِي فِي الْيَمِينِ فَلَا يُشْرَعُ وَلِأَنَّهُ أَحَدُ مَا تَنْقَطِعُ بِهِ الْخُصُومَةُ فَلَا يَخْتَصُّ بِهِمَا كَالْبَيِّنَةِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيُسْتَحْلَفُ الْيَهُودِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَةَ عَلَى مُوسَى) عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ (وَالتَّصْرَانِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ الْإِنْجِيلَ عَلَى عِيسَى) عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ (وَالْمَجُوسِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي خَلَقَ النَّارَ وَالْوَتْنِيُّ بِاللَّهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لِأَبْنِ صُورِيَا الْأَعُورَ الْيَهُودِيَّ أَنْتَشُدُكَ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَةَ عَلَى مُوسَى عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إِنَّ حُكْمَ الزَّنا فِي كِتَابِكُمْ هَذَا } وَلِأَنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ يَعْتَقِدُونَ نُبُوَّةَ نَبِيِّهِمْ فَيُؤَكِّدُ عَلَيْهِمْ بِذِكْرِ الْمُنْزَلِ عَلَى نَبِيِّهِمْ وَالْمَجُوسِيُّ يَعْتَقِدُ تَعْظِيمَ النَّارِ فَيُؤَكِّدُ عَلَيْهِ بِذِكْرِ خَالِقِهَا وَالْوَتْنِيُّ وَهُوَ الَّذِي يَعْبُدُ غَيْرَ اللَّهِ تَعَالَى يَعْتَقِدُ أَنَّ اللَّهَ خَالِقُهُ ، وَإِنَّمَا يُشْرِكُ مَعَ اللَّهِ تَعَالَى غَيْرَهُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { وَلَقَدْ سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ } وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يُحْلَفُ أَحَدٌ إِلَّا بِاللَّهِ تَعَالَى خَالِصًا اخْتِرَازًا عَنْ إِشْرَاكِ غَيْرِهِ فِي التَّعْظِيمِ مَعَ اللَّهِ تَعَالَى وَذَكَرَ الْخَصَافُ أَنَّهُ لَا يُحْلَفُ غَيْرَ الْيَهُودِيِّ وَالتَّصْرَانِيِّ إِلَّا بِاللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ مَشَايخِنَا ؛ لِأَنَّ فِي ذِكْرِ النَّارِ فِي الْيَمِينِ تَعْظِيمًا لَهَا ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ تُشْعِرُ بِذَلِكَ وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُعْظَمَ النَّارُ بِخِلَافِ التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ ؛ لِأَنَّ كُتُبَ اللَّهِ تَعَالَى وَاجِبُ التَّعْظِيمِ وَمَا ذَكَرَهُ هُنَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْأَصْلِ فَكَأَنَّهُ وَقَعَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُمْ يُعْظَمُونَهَا تَعْظِيمَ الْمُسْلِمِ الشَّعَائِرَ وَلَا يَعْبُدُونَهَا حَقِيقَةً قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَا يُحْلَفُونَ فِي بَيِّوتِ عِبَادَتِهِمْ) ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَعْظِيمَهَا وَالْقَاضِي مَمْنُوعٌ مِنْ حُضُورِهَا مَعَ مَا عَلَيْهِ مِنَ الْحَرَجِ وَهُوَ مَدْفُوعٌ عَنْهُ أَيْضًا

الشرح

قوله في المتن ويستحلف اليهودي بالله إلخ

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ أَهْلُ الذِّمَّةِ وَأَهْلُ الْإِسْلَامِ وَالْعَبْدُ التَّاجِرُ وَالْمُكَاتِبُ وَالصَّبِيُّ التَّاجِرُ وَالْمَرْأَةُ فِيمَا ادَّعَوْا أَوْ ادَّعِيَ عَلَيْهِمْ سَوَاءٌ أَمَّا الذِّمِّيُّ ، فَإِنَّهُ لَا يُفَارِقُ الْمُسْلِمَ فِي أَحْكَامِ الْمَعَامَلَاتِ لِأَنَّهُمْ مَحْمُولُونَ عَلَى أَحْكَامِنَا إِلَّا مَا اسْتَشْنِي بِعَقْدِ الْأَمَانِ وَأَمَّا الْعَبْدُ فَلِأَنَّهُ مِمَّنْ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ فَجَازَ أَنْ يُسْتَحْلَفَ وَكَذَلِكَ الصَّبِيُّ التَّاجِرُ عَلَى أَصْلِنَا إِذِ الْإِذْنُ فِي التَّجَارَةِ لَهُ جَائِزٌ فَيَصِيرُ كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ وَالْمُكَاتِبِ فِي يَدِ نَفْسِهِ فَهُوَ فِي بَابِ الْمَعَامَلَاتِ كَالْحُرِّ وَالْمَرْأَةُ لَا تُفَارِقُ الرَّجَالَ فِي بَابِ التَّصَرُّفِ فَجَرِيًّا مَجْرَى وَاحِدًا إِلَى هُنَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ وَقَالَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَيُسْتَحْلَفُ التَّصْرَانِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ الْإِنْجِيلَ عَلَى عِيسَى وَيُسْتَحْلَفُ الْيَهُودِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَةَ عَلَى مُوسَى وَلَا يُسْتَحْلَفُ الْمَجُوسِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي خَلَقَ النَّارَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ بِاللَّهِ الَّذِي خَلَقَ النَّارَ إِلَى هُنَا لَفْظُ الْإِمَامِ الْإِسْبَاحِيِّ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَقَالَ فِي الْأَحْنَسِ قَالَ فِي الْمُجَرَّدِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إِنْ لَمْ يَتَّهِمْ الْقَاضِي افْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، وَإِنْ اتَّهِمَهُ حَلَفَهُ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ عَالِمُ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ الَّذِي يَعْلَمُ مِنَ السِّرِّ مَا يَعْلَمُ مِنَ الْعَلَانِيَةِ الَّذِي يَعْلَمُ خَائِنَةَ الْأَعْيُنِ وَمَا تُخْفِي الصُّدُورُ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِينَ وَأَمَّا فِي حَقِّ الْيَهُودِ يُحْلَفُ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَةَ عَلَى مُوسَى وَفِي حَقِّ التَّصَارِي بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ الْإِنْجِيلَ عَلَى عِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ ، وَإِنْ كَانَ مَجُوسِيًّا بِاللَّهِ الَّذِي خَلَقَ النَّارَ وَيُحْلَفُ غَيْرُهُمْ مِنْ أَهْلِ الشِّرْكِ بِاللَّهِ

تَعَالَى وَلَا يُحْلَفُ فِي كَنِيسَةِ الْيَهُودِ وَلَا يَتَّبِعُ التَّصَارِي وَلَا يَبَيِّتُ نَارَ الْمَجُوسِيِّ ، وَإِنَّمَا يَسْتَحْلَفُهُ عِنْدَ الْقَاضِي وَتَقْلَهُ عَنْ أَدَبِ الْقَاضِي وَالْأَصْلُ أَنَّ فَائِدَةَ الْيَمِينِ التَّكْوِيلُ الَّذِي هُوَ إِقْرَارٌ أَوْ بَذْلٌ وَالْكَافِرُ يَصِحُّ مِنْهُ الْإِقْرَارُ وَالْبَذْلُ فَيَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ الْيَمِينُ كَمَا فِي الْمُسْلِمِ .

أَتَقَانِي ۞

قوله في المتن على موسى

أَيُّ لَأَنَّهُ يُقَرُّ بِنُبُوَّةِ مُوسَى وَيَعْتَقِدُ الْحُرْمَةَ لَهُ .

أَتَقَانِي ۞

قوله : على عيسى

أَيُّ لَأَنَّ النَّصْرَانِيَّ يُقَرُّ بِنُبُوَّةِ عِيسَى وَيَعْتَقِدُ الْحُرْمَةَ لَهُ ، وَإِنْ اِخْتَلَفُوا فِيمَا بَيْنَهُمْ أَنَّهُ ابْنُ اللَّهِ وَالْمَسِيحُ هُوَ اللَّهُ وَنَالَتْ ثَلَاثَةٌ فَيَمْتَنِعُ مِنَ الْإِقْدَامِ عَلَى الْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ .

أَتَقَانِي ۞

قوله : صوريا

بِالْقَصْرِ اسْمُ أَعْجَمِي ۞

غَايَةً

قوله : أنشدك

أَيُّ أَسْأَلُكَ .

قوله : بذكر خلقها

كَذَا بَحْطُ الشَّارِحِ وَفِي بَعْضِ الشُّرُوحِ بِذِكْرِ خَالِقِهَا (فَرَعٌ) قَالَ فِي شَرْحِ الْأَقْطَعِ وَأَمَّا الصَّابِنَةُ فَإِنْ كَانُوا يُؤْمِنُونَ بِإِدْرِيسَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أُسْتَحْلِفُوا بِالَّذِي أُنْزِلَ الصُّحُفَ عَلَى إِدْرِيسَ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، وَإِنْ كَانُوا يَعْبُدُونَ الْكَوَاكِبَ أُسْتَحْلِفُوا بِالَّذِي خَلَقَ الْكَوَاكِبَ .

أَتَقَانِي ۞

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَيَحْلِفُ عَلَى الْحَاصِلِ أَيُّ بِاللَّهِ مَا بَيْنَكُمَا نِكَاحٌ قَائِمٌ وَبَيْعٌ قَائِمٌ وَمَا يَجِبُ عَلَيْكَ رَدُّهُ وَمَا هِيَ بَائِنٌ مِنْكَ الْآنَ فِي دَعْوَى النِّكَاحِ وَالْبَيْعِ وَالْغَضَبِ وَالطَّلَاقِ) وَلَا يُقَالُ بِاللَّهِ مَا نَكَحْتُ وَلَا بِاللَّهِ مَا بَعْتُ وَلَا بِاللَّهِ مَا غَضَبْتُ وَلَا بِاللَّهِ مَا طَلَّقْتُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ قَدْ

تَقَعُ ثُمَّ تَرْتَفِعُ بِرَافِعٍ كَالطَّلَاقِ وَالْإِقَالَةِ وَالْهَبَةِ وَالتَّكَاحِ الْجَدِيدِ فَلَا يُمَكِّنُ تَحْلِفُهُ عَلَى السَّبَبِ فَيَحْلِفُهُ عَلَى الْحَاصِلِ كَيْ لَا يَتَضَرَّرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَلَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ بِالسَّبَبِ ثُمَّ ادَّعَى طُرُوءَ الرَّافِعِ لَا يَقْبَلُ مِنْهُ فَيَحْتَالُ بِهَذَا الطَّرِيقِ إِذْ لَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى الْمُدَّعَى ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْأَسْبَابِ أَحْكَامُهَا فَيَحْلِفُ عَلَى نَفْيِهَا لَا عَلَى نَفْيِ السَّبَبِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَحْلِفُ عَلَى السَّبَبِ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ حَقُّ الْمُدَّعَى فَيَحْلِفُ عَلَى وَفْقِ دَعْوَاهُ وَالْمُدَّعَى هُوَ السَّبَبُ إِلَّا إِذَا عَرَضَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِأَنْ قَالَ قَدْ وَقَعَ الْبَيْعُ ثُمَّ تَقَايَلْنَا وَنَحْنُ ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ حِينَئِذٍ يَحْلِفُ عَلَى الْحَاصِلِ نَظَرًا لَهُ كَيْ لَا يَفُوتَ حَقُّهُ وَعَنْهُ أَنَّهُ يُنْظَرُ إِلَى إِنْكَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَإِنْ أَنْكَرَ السَّبَبَ يَحْلِفُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَنْكَرَ الْحُكْمَ يَحْلِفُ عَلَى الْحَاصِلِ وَقَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامُ يُفَوِّضُ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا كَانَ السَّبَبُ يَرْتَفِعُ بِرَافِعٍ وَلَيْسَ فِي تَحْلِفِهِ عَلَى الْحَاصِلِ ضَرَرٌ بِالْمُدَّعَى ، فَإِنْ كَانَ سَبَبًا لَا يَرْتَفِعُ بِرَافِعٍ ، فَإِنَّهُ يَحْلِفُ عَلَى السَّبَبِ بِالْإِجْمَاعِ كَالْعَبْدِ الْمُسْلِمِ إِذَا ادَّعَى الْعِتْقَ عَلَى مَوْلَاهُ بِخِلَافِ الْأَمَةِ وَالْعَبْدِ الْكَافِرِ ؛ لِأَنَّ الرِّقَّ يَتَكَرَّرُ عَلَيْهِمَا بِالْإِرْتِدَادِ وَنَقُضِ الْعَهْدِ ثُمَّ اللَّتِحَاقِ بِدَارِ الْحَرْبِ وَلَا يَتَكَرَّرُ عَلَى الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ إِذْ لَا يَقْبَلُ مِنْهُ إِلَّا الْإِسْلَامُ أَوْ السَّيْفُ عِنْدَ ارْتِدَادِهِ وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي التَّحْلِيفِ عَلَى الْحَاصِلِ ضَرَرٌ بِالْمُدَّعَى مِثْلُ أَنْ يَدَّعِيَ شَفْعَةً بِالْجَوَارِ وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَا يَرَاهَا وَمِثْلُ أَنْ تَدَّعِيَ الْمُبْتُوتَةُ التَّفَقُّةَ وَالزَّوْجُ لَا يَرَاهَا ، فَإِنَّهُ يَحْلِفُ حِينَئِذٍ عَلَى السَّبَبِ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ فِي تَحْلِفِهِ عَلَى الْحَاصِلِ تَرَكَ النَّظَرِ فِي حَانِبِ الْمُدَّعَى إِذْ هُوَ يَحْلِفُ بِنَاءً عَلَى اعْتِقَادِهِ فَيَبْطُلُ حَقُّ الْمُدَّعَى

الشرح

قَوْلُهُ : بِاللَّهِ مَا يَبْتَكَمُ نِكَاحٌ قَائِمٌ (قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَهَذَا عَلَى مَذْهَبِهِمَا لِأَنَّ الْإِسْتِحْلَافَ لَا يَجْرِي فِي التَّكَاحِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

قَوْلُهُ : الْآنَ

قِيدَ فِي جَمِيعِ مَا تَقَدَّمَ وَلَيْسَ مُحْتَصًا بِالسَّأَلَةِ الْأَخِيرَةِ .

قَوْلُهُ : فَإِنْ أَنْكَرَ السَّبَبَ

أَيُّ بِأَنْ قَالَ مَا اسْتَفْرَضْتُ مَا غَضِبْتُ .

قَوْلُهُ : وَإِنْ أَنْكَرَ الْحُكْمَ

أَيُّ بِأَنْ قَالَ لَيْسَ لَهُ عَلَى هَذَا الْمَالِ وَلَا شَيْءٌ مِنْهُ .

قوله : ثُمَّ الْتَحَقَ بِدَارِ الْحَرْبِ

أَيَّ وَالسَّبِيَّ بَعْدَ ذَلِكَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِنْ ادَّعَى شَفْعَةً بِالْجَوَارِ أَوْ نَفَقَةً الْمَبْتُوتَةِ وَالْمُشْتَرِي أَوْ الزَّوْجَ لَا يَرَاهُمَا يَحْلِفُ عَلَى السَّبَبِ) لِمَا ذَكَرْنَا فَحَاصِلُهُ أَنَّ التَّحْلِيفَ عَلَى الْحَاصِلِ هُوَ الْأَصْلُ عِنْدَهُمَا إِلَّا إِذَا أَدَّى إِلَى الْإِضْرَارِ بِالْمُدَّعِي أَوْ كَانَ سَبَبًا لَا يَتَكَرَّرُ فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ عَلَى السَّبَبِ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ التَّحْلِيفُ عَلَى السَّبَبِ هُوَ الْأَصْلُ إِلَّا إِذَا عَرَضَ فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ عَلَى الْحَاصِلِ لِمَا بَيَّنَّا قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعَلَى الْعِلْمِ لَوْ وَرَثَ عَبْدًا فَادَّعَاهُ آخَرُ) أَيَّ يَحْلِفُ عَلَى الْعِلْمِ إِذَا وَرَثَ عَبْدًا وَادَّعَى آخَرُ أَنَّهُ لَهُ وَلَا يَحْلِفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ لَا يَعْلَمُ بِمَا فَعَلَ الْمَوْرَثُ فَيَمْتَنِعُ عَنِ الْيَمِينِ فَيَلْحَقُهُ بِذَلِكَ ضَرَرٌ وَهُوَ مُحِقٌّ ظَاهِرًا فَلَا يُصَارُ إِلَيْهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعَلَى الْبَيِّنَاتِ لَوْ وَهَبَ لَهُ أَوْ اشْتَرَاهُ) يَعْنِي يَحْلِفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ إِنْ كَانَ مَلَكُهُ بِالْهَبَةِ أَوْ بِشِرَائِهِ إِيَّاهُ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ وَالشِّرَاءَ سَبَبٌ مُوضُوعٌ لِلْمَلِكِ بِاخْتِيَارِ الْمَالِكِ وَمُبَاشَرَتِهِ ، وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مَلِكٌ لِلْمَمْلُوكِ لَهُ لَمَّا بَاشَرَ السَّبَبَ ظَاهِرًا فَيَحْلِفُ عَلَى الْعِلْمِ وَهَذَا ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ بِاخْتِيَارِهِ لَا يَكُونُ إِلَّا بَعْدَ التَّفْحُصِ ظَاهِرًا فَيُطْلَقُ لَهُ الْحَلْفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ .

فَإِذَا امْتَنَعَ عَمَّا أُطْلِقَ لَهُ يَكُونُ بَازِلًا أَمَّا الْوَارِثُ ، فَإِنَّهُ لَا اخْتِيَارَ لَهُ فِي الْمَلِكِ وَلَا يَدْرِي مَا فَعَلَ الْمَوْرَثُ فَلَمْ يُوجَدْ مَا يُطْلَقُ لَهُ الْيَمِينُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ وَلِأَنَّ الْوَارِثَ خَلَفَ عَنِ الْمَيِّتِ وَالْيَمِينُ لَا تَجْرِي فِيهَا النَّيَابَةُ فَلَا يَحْلِفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ وَالْمُشْتَرِي وَالْمَوْهُوبُ لَهُ أَصْلٌ بِنَفْسِهِ فَيَحْلِفُ عَلَيْهِ وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الْيَمِينَ مَتَى وَقَعَتْ عَلَى فِعْلِ الْغَيْرِ فَالْيَمِينُ عَلَى الْعِلْمِ وَمَتَى وَقَعَتْ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ تَكُونُ عَلَى

الْبَيِّنَاتِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حَلَفَ الْيَهُودِيُّ بِاللَّهِ مَا قَتَلْتُمْ وَلَا عَلِمْتُمْ لَهُ قَاتِلًا فَحَلَفَهُمْ عَلَى الْبَيِّنَاتِ فِي الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلُهُمْ وَفِي الثَّانِي عَلَى الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ غَيْرَهُمْ قَالَ الْحَلَوَانِيُّ هَذَا الْأَصْلُ مُسْتَقِيمٌ فِي الْمَسَائِلِ كُلِّهَا إِلَّا فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، فَإِنَّهُ إِذَا ادَّعَى الْمُشْتَرِي أَنَّ الْعَبْدَ أَبَقَ وَنَحْوَ ذَلِكَ فَأَرَادَ الْمُشْتَرِي تَحْلِيفَ الْبَائِعِ ، فَإِنَّهُ يَحْلِفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ مَعَ أَنَّهُ فَعَلَ غَيْرَهُ ، وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ ضَمِنَ تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ سَالِمًا عَنْ الْعُيُوبِ فَالتَّحْلِيفُ يَرْجِعُ إِلَى مَا ضَمِنَ بِنَفْسِهِ فَيَحْلِفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ الْحَلْفُ عَلَى فِعْلِ الْغَيْرِ عَلَى الْعِلْمِ إِذَا قَالَ الْمُتَكَرَّرُ لَا عِلْمَ لِي بِذَلِكَ ، وَأَمَّا إِذَا ادَّعَى الْعِلْمَ فَيَحْلِفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ أَلَّا تَرَى أَنَّ الْمُودَعَ إِذَا قَالَ : إِنَّ الْوَدِيعَةَ قَبَضْتُهَا صَاحِبُهَا يَحْلِفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ وَكَذَا الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ إِذَا ادَّعَى قَبْضَ الْمُوَكَّلِ الثَّمَنَ ، فَإِنَّهُ يَحْلِفُ عَلَى الْبَيِّنَاتِ لِادِّعَائِهِ الْعِلْمَ بِذَلِكَ ثُمَّ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ وَجَبَ الْيَمِينُ فِيهِ عَلَى الْبَيِّنَاتِ فَحَلَفَ عَلَى الْعِلْمِ لَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا حَتَّى لَا يُقْضَى عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ وَلَا يَسْقُطُ الْيَمِينُ عَنْهُ وَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ وَجَبَ الْيَمِينُ فِيهِ عَلَى الْعِلْمِ فَحَلَفَ عَلَى الْبَيِّنَاتِ يُعْتَبَرُ الْيَمِينُ حَتَّى يَسْقُطَ الْيَمِينُ عَنْهُ وَيُقْضَى عَلَيْهِ إِذَا نَكَلَ ؛ لِأَنَّ الْحَلْفَ عَلَى الْبَيِّنَاتِ أَكْثَرُ فَيُعْتَبَرُ مُطْلَقًا بِخِلَافِ الْعَكْسِ

الشرح

قوله في المتن : وإن ادعى شفعة الخ

قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي شَرْحِ كِتَابِ الْإِسْتِحْلَافِ رُويَ أَنَّ رَجُلًا ادَّعى عَلَى رَجُلٍ عِنْدَ إِسْمَاعِيلَ بْنِ حَمَادِ بْنِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ اشْتَرَى دَارًا فِي جَوَارِهِ وَأَنَّهُ يُطَالِبُ بِالشُّفْعَةِ فِيهَا وَأَنَّكَرَ الْمُدَّعى عَلَيْهِ الشَّرَاءَ فَأَرَادَ إِسْمَاعِيلُ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ بِاللَّهِ مَا اشْتَرَيْتَ فَقَالَ قَدْ يَشْتَرِي الْإِنْسَانُ وَيُسْقِطُ الشَّفِيعُ شَفْعَتَهُ فَأَرَادَ اسْتِحْلَافَهُ بِاللَّهِ مَا لَهُ عَلَيْكَ شُفْعَةٌ فِي هَذِهِ الدَّارِ فِي الْحَالِ فَقَالَ الْمُدَّعى إِنَّ هَذَا يَعْتَقِدُ أَنَّ شُفْعَةَ الْجَوَارِ غَيْرُ وَاجِبَةٍ ، فَإِنْ اسْتَحْلَفْتَهُ تَأَوَّلَ ذَلِكَ فَقَالَ إِسْمَاعِيلُ لِلْمُدَّعى عَلَيْهِ إِنْ كَانَ الْأَمْرُ عَلَى مَا يدَّعى مِنَ الشَّرَاءِ فَقَدْ حَكَمْتُ عَلَيْكَ بِالشُّفْعَةِ ثُمَّ اسْتَحْلَفَهُ بِاللَّهِ مَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْكَ شُفْعَةٌ فِي هَذِهِ الدَّارِ فِي الْحَالِ فامْتَنَعَ مِنَ الْيَمِينِ .

أَتَقَانِي

قوله في المتن والمُشتري أو الزوج لا يراهما

أَيَّ كَمَا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ أَوْ الْمُشْتَرِي شَافِعِي الْمَذْهَبِ

قوله : ومباشرتُهُ

خَرَجَ بِهَذَا الْإِرْثُ ، فَإِنَّهُ سَبَبٌ مَوْضُوعٌ لِلْمَلِكِ لَكِنْ لَيْسَ بِاخْتِيَارِ الْمَالِكِ وَمُبَاشَرَتِهِ .

قوله : إذا ادعى قبض الموكِّل الثمن

أَيَّ وَأَنَّكَرَ الْمُوَكِّلُ يَحْلِفُ الْوَكِيلُ بِاللَّهِ لَقَدْ قَبِضَ الْمُوَكِّلُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ افْتَدَى الْمُنْكَرُ يَمِينَهُ أَوْ صَالَحَهُ مِنْهَا عَلَى شَيْءٍ صَحَّ وَلَمْ يَحْلِفْ بَعْدَهُ) لِمَا رُويَ أَنَّ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ ادَّعى عَلَيْهِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا فَأَعْطَى شَيْئًا وَافْتَدَى يَمِينَهُ وَلَمْ يَحْلِفْ فَقِيلَ أَلَا تَحْلِفُ وَأَنْتَ صَادِقٌ فَقَالَ أَخَافُ أَنْ يُوَافِقَ قَدْرُ يَمِينِي فَيُقَالُ هَذَا بِسَبَبِ يَمِينِهِ الْكَاذِبَةِ وَقِيلَ كَانَ لَهُ عَلَى مِقْدَادِ بْنِ الْأَسْوَدِ سَبْعَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ أَقْرَضَهَا إِيَّاهُ فَقَضَاهُ مِنْهَا أَرْبَعَةُ آلَافٍ فَرَفَعَا إِلَى عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ فَلَمْ يَحْلِفْ وَلَئِنْ بِالْإِفْتِدَاءِ صِيَانَةُ عَرْضِهِ وَهُوَ مُسْتَحْسَنٌ عَقْلًا وَشَرْعًا ، وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { ذُبُوا عَنْ أَعْرَاضِكُمْ بِأَمْوَالِكُمْ } وَقَالَ عَلِيُّ كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ إِيَّاكَ وَمَا يَقَعُ عِنْدَ النَّاسِ إِثْكَارُهُ ، وَإِنْ كَانَ عِنْدَكَ اعْتِدَارُهُ وَلَئِنْ الْمُنْكَرُ يَدْفَعُ بِهِ الْخُصُومَةَ وَتُهِمَةَ الْكَذِبِ عَنْ نَفْسِهِ وَالْمُدَّعى يَأْخُذُهُ عَلَى أَنَّهُ حَقُّهُ أَوْ عِوَضٌ عَنْهُ فَيَجُوزُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْحَقُّ مَالًا كَالْقِصَاصِ وَحَازَ أَنْ يَكُونَ لِعَقْدٍ وَاحِدٍ جِهَتَانِ كَمَنْ أَقْرَبَ بِحَرِيَّةٍ عَبْدٌ ثُمَّ اشْتَرَاهُ فَمَا يُعْطَى مِنَ الثَّمَنِ بَدَلُ مَلِكِ الرِّقَبَةِ فِي زَعْمِ الْبَائِعِ وَهُوَ فِدَاءٌ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي حَتَّى يَعْتَقَ الْعَبْدُ وَكَمَا فِي الصُّلْحِ عَنِ الْإِنْكَارِ ، فَإِنَّهُ بَدَلُ حَقِّهِ فِي حَقِّ الْمُدَّعى وَلِلْفِتْدَاءِ الْيَمِينِ وَقَطْعِ الْخُصُومَةِ فِي حَقِّ الْمُنْكَرِ ثُمَّ لَمَّا أَبْطَلَ حَقَّهُ فِي الْيَمِينِ فِي لَفْظِ الصُّلْحِ وَالْفِدَاءِ لَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَبَدًا بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى يَمِينَهُ بِمَالٍ حَيْثُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الشَّرَاءَ عَقْدٌ تَمْلِكُ الْمَالَ بِالْمَالِ وَالْيَمِينُ لَيْسَتْ بِمَالٍ فَبُطِلَ وَبَقِيَ حَقُّهُ فِي الْيَمِينِ عَلَى حَالِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

قَوْلُهُ فِي الْمَتْنِ وَلَوْ افْتَدَى الْمُتَكْرِ إِلْخَ (هَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ ذَكَرَهَا فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ قَالَ الْأَثَقَانِيُّ وَصُورُهَا فِيهِ مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رَجُلٍ يَدْعِي عَلَيْهِ الْمَالَ فَيَفْتَدِي يَمِينَهُ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ قَالَ جَائِزٌ وَلَيْسَ لِلْمُدْعَى أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ عَلَى ذَلِكَ الْيَمِينِ بَعْدَ ذَلِكَ وَكَذَلِكَ إِنْ صَلَحَ مِنْ يَمِينِهِ عَلَى عَشْرَةِ دَرَاهِمَ أَمَّا جَوَازُ الْإِفْتِدَاءِ فَلَمَّا إِلْخَ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ فَلَا فِتْنَةَ قَدْ يَكُونُ بِمَالٍ مِثْلَ الْمُدْعَى أَوْ أَقَلَّ مِنَ الْمُدْعَى وَالصُّلْحُ إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى أَقَلِّ مِنَ الْمُدْعَى فِي الْعَالِبِ لِأَنَّ الصُّلْحَ يُبْنَى عَنْ الْحَطِيطَةِ وَكِلَاهُمَا مَشْرُوعٌ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الصُّلْحِ عَلَى الْإِنْكَارِ فَيَجُوزُ عِنْدَنَا وَمَالِكٌ وَأَحْمَدُ وَلَا يَجُوزُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ .

قَوْلُهُ : وَقِيلَ كَانَ عَلَى مَقْدَادٍ

كَانَ لِعُثْمَانَ عَلَى الْمَقْدَادِ سَبْعَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ فَادَّعَى أَنَّهُ أَوْفَاهَا لِعُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا .

قَوْلُهُ : وَإِنْ كَانَ عِنْدَكَ اعْتِدَارُهُ

تَمَامُهُ فَلَيْسَ كُلُّ سَامِعٍ تُكْرَأُ تَسْتَطِيعُ أَنْ تُوسِعَهُ عُذْرًا .

قَوْلُهُ : وَالْيَمِينُ لَيْسَتْ بِمَالٍ

ذَكَرَهُ قَاضِي خَانَ وَالْمَرْغِينَانِي وَالْمَحْبُوبِيُّ .

مِعْرَاجُ

باب التحالف

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (اِحْتِلَافًا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ أَوْ الْمَبِيعِ قُضِيَ لِمَنْ بَرَهَنَ) أَيِ لِمَنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ لِأَنَّهُ نَوَّرَ دَعْوَاهُ بِالْبَيِّنَةِ إِذْ الْبَيِّنَةُ مُبَيَّنَةٌ كَاسْمِهَا فَبَقِيَ فِي الْجَانِبِ الْآخِرِ مُجَرَّدُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَةُ أَقْوَى مِنْهَا إِذْ هِيَ مُتَعَدِّيَةٌ حَتَّى تُوجِبَ الْقَضَاءَ عَلَى الْقَاضِي فَلَا يُعَارِضُهَا مُجَرَّدُ الدَّعْوَى قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ بَرَهْنَا فَلَمْ تُثَبِّتِ الزِّيَادَةُ) أَيِ إِذَا أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً كَانَتْ الْبَيِّنَةُ الْمُثَبَّتَةُ لِلزِّيَادَةِ أَوْلَى لِأَنَّ الْبَيِّنَاتُ شُرِعَتْ لِلْإِثْبَاتِ وَلَا

مُعَارَضَةً فِي قَدْرِ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ وَلَا فِي الزِّيَادَةِ فَيَجِبُ كُلُّهُ وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ وَالْمَبِيعِ جَمِيعًا فَبَيِّنَةُ الْبَائِعِ أَوْلَى فِي الثَّمَنِ وَبَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي أَوْلَى فِي الْمَبِيعِ لَمَّا ذَكَرْنَا وَفِي النِّهَايَةِ إِذَا قَالَ الْبَائِعُ بَعْتُكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ بَعْدَكَ هَذَا وَقَالَ الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتَهَا مِنْكَ بِمِائَةِ دِينَارٍ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَبَيِّنَةُ الْبَائِعِ أَوْلَى لِأَنَّهَا تُنْبِتُ الْحَقَّ لَهُ فِيهِ وَالْأُخْرَى تَنْفِيهِ وَالبَيِّنَةُ لِلْبَائِطِ دُونَ التَّنْفِي

الشَّرْحُ

باب التحالف

قوله في الثمن اختلفا في قدر الثمن أو المبيع

أَيُّ فَادَعَى أَحَدُهُمَا ثَمَنًا وَادَعَى الْبَائِعُ أَكْثَرَ مِنْهُ أَوْ اعْتَرَفَ الْبَائِعُ بِقَدْرِ مِنَ الْمَبِيعِ وَادَعَى الْمُشْتَرِي أَكْثَرَ مِنْهُ هِدَايَةً

قوله في الثمن وإن برهنا فلمثبت الزيادة

يَعْنِي ادَّعَى الْمُشْتَرِي أَنَّهُ اشْتَرَى هَذِهِ الْعَيْنَ بِعَشْرَةِ وَادَّعَى الْبَائِعُ أَنَّهُ بَاعَهَا بِخَمْسَةِ عَشَرَ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً عَلَى دَعْوَاهُ أَوْ ادَّعَى الْمُشْتَرِي أَنَّهُ اشْتَرَى الْكُرَّيْنِ بِعَشْرَةِ وَادَّعَى الْبَائِعُ أَنَّهُ بَاعَ الْكُرَّ بِعَشْرَةِ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً عَلَى مَا ادَّعَى فَالْبَيِّنَةُ الْمُثَبِّتَةُ لِلزِّيَادَةِ أَوْلَى .

غَايَةٌ

قوله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعًا

أَيُّ فِي قَدْرِهِمَا .

قوله وبينة المشتري أولى في المبيع

صُورَتُهُ مَا قَالَ فِي الشَّامِلِ فِي قِسْمِ الْمَبْسُوطِ قَالَ الْبَائِعُ بَعْتُكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ وَحَدَّهَا بِمِائَةِ دِينَارٍ وَقَالَ الْمُشْتَرِي لَا بَلْ مَعَ هَذَا الْعَبْدِ بِخَمْسِينَ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ يُقْضَى بِهِمَا جَمِيعًا لِلْمُشْتَرِي بِمِائَةِ دِينَارٍ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَثَبَّتَ بَيِّنَتَهُ زِيَادَةً فَتَقَبَّلُ فِي حَقِّ تِلْكَ الزِّيَادَةِ .

غَايَةٌ

قوله وفي النهاية الخ

هذا الفرع وقع الاختلاف فيه في جنس الثمن .

قوله والآخرى تنفيه

أما حق المشتري فثبت في الجارية باتفاقهما فلم تثبت يئنه له شيئاً وإنما الاختلاف في حق البائع فبيئته أولى بالقبول اهـ

قال رحمه الله (وإن عجزاً ولم يرضياً بدعوى أحدهما تحالفاً) أي إن عجزاً عن إقامة البيئته ولم يرض واحد منهما بما قاله صاحبه بعد ما قيل لكل واحد منهما إما أن ترضى بما قاله صاحبك وإلا فسحنا البيع عليك تحالفاً وإنما يقول له ذلك لأن المقصود قطع المنازعة وهذا طريق فيه فلعلهما يرغبان في البيع دون الفسخ فيرضيان به إذا علما ذلك

الشرح

قوله وإلا فسحنا البيع عليك (فيقال في الاختلاف في الثمن للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع وإلا فسحنا وفي صورة الاختلاف في المبيع يقال للبائع إما أن تسلم ما ادعاه المشتري وإلا فسحنا وفي صورة ما إذا اختلفا فيهما يقال لكل واحد منهما ما ذكر له .

قال رحمه الله (وبدئ يمين المشتري) وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وأبي يوسف آخرًا ورواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لأن المشتري أشدهما إنكاراً إذ هو المطالب بالثمن أولاً فينكر عند المطالبة فيكون بادئاً بالإنكار وعند نكوله يطالب بالثمن كما نكل من غير تأخر فيتعجل به فائدة اليمين وهو الإقرار أو البذل عند النكول وبنكول البائع تتأخر الفائدة لأن تسليم المبيع يتأخر إلى زمان تسليم الثمن لأنه يمسك المبيع حتى يستوفي الثمن فكان ما يتعجل به فائدته أولى وعن أبي يوسف أنه يبدأ يمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام { إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع } خصه بالذكر فكان ينبغي أن يكتفي بيمينه فإن تقاصر عن إفادته فلا يتقاصر عن إفادة التقديم وقيل يقرع بينهما في البداءة هذا إذا باع سلعة بثمن وإن باع ثمنًا بثمن أو سلعة بسلعة بدأ القاضي بأيهما شاء لاستوائيهما في فائدة النكول

الشرح

قوله في المتن وبدئ بيمين المشتري

هذا إذا اختلفا في الثمن أما إذا اختلفا في المبيع بدئ بيمين البائع يدل عليه ما سيذكره في الاختلاف في الإجارة .

قوله وهو قول محمد وزفر

قال الأثقاني وعند زفر يُبدأ بيمين البائع كقول أبي يوسف أولاً كذا في التقريب .

قوله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يبدأ بيمين البائع

قال الأثقاني وجه قول زفر هو قول أبي يوسف أولاً قوله عليه الصلاة والسلام { إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع } ولأن المبيع مستحق على البائع وهلاكه يوجب فساد العقد وله أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكان تقلب من في حبه المبيع أولى .

غاية وكتب ما نصه قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف وقد ذكر في هذا الكتاب رواية أخرى عن أبي يوسف في كتاب الاستحلاف وهي أن المشتري إن كان ابتداء بالخصومة وادعى على البائع ابتداء بيمين البائع وإن كان البائع ابتداء بالدعوى ابتداء بيمين المشتري .

غاية

قوله لاستوائيهما في فائدة النكول

أي لأن كل واحد منهما إذا نكل لا يلزم تسليم شيء في الحال .

غاية

قال رحمه الله (فسح القاضي بطلب أحدهما) لقوله عليه الصلاة والسلام { إذا اختلف المتبايعان تحالفا وتراذا } ولأنهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع يمين مجهول أو بلا بدل فيفسخ لأن البيع بلا ثمن أو يمين مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه وقيل يفسخ بنفس التحالف والصحيح الأول بدليل ما ذكره في الميسوط أن وطء الجارية المبيعة يحل بعد التحالف قبل فسح القاضي المبيع بينهما ولو كان يفسخ لما حل وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بما ادعاه المشتري ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بما ادعاه البائع وذكر في الزيادات أنه يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف بضم الإثبات إلى النفي تأكيداً والأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت ألا ترى أنه اقتصر عليه في القسامة بقولهم

مَا قَتَلْنَاهُ وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا وَالْمَعْنَى فِيهِ أَنَّ الْيَمِينَ تَجِبُ عَلَى الْمُنْكَرِ وَهُوَ النَّفْيُ فَيَحْلِفُ عَلَى هَيْئَةِ النَّفْيِ إِشْعَارًا بِأَنَّ الْحَلْفَ وَجِبَ عَلَيْهِ لِإِنْكَارِهِ وَإِنَّمَا وَجِبَ عَلَى الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُنْكَرٌ لِأَنَّ الْبَائِعَ يَدَّعِي زِيَادَةَ الثَّمَنِ وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُ وَيَدَّعِي زِيَادَةَ الْمَبِيعِ وَالْبَائِعُ يُنْكِرُ إِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِيهِمَا وَإِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي أَحَدِهِمَا فَأَحَدُهُمَا يَدَّعِي زِيَادَةَ الْبَدَلِ وَالْآخَرُ يُنْكِرُهُ وَالْمُنْكَرُ مِنْهُمَا يَدَّعِي وَجُوبَ تَسْلِيمِ الْمُبْدَلِ عَلَى صَاحِبِهِ عِنْدَ تَسْلِيمِهِ الْبَدَلِ وَالْآخَرُ يُنْكِرُهُ فَصَارَا مُدَّعِيَيْنِ وَمُنْكَرَيْنِ فَتَقْبَلُ

بَيِّنَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِكَوْنِهِ مُدَّعِيًا وَيَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِكَوْنِهِ مُنْكَرًا وَهَذَا إِذَا كَانَ قَبْلَ قَبْضِ أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ فَظَاهِرٌ وَهُوَ قِيَاسٌ وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ فَمُخَالَفٌ لِلْقِيَاسِ لِأَنَّ الْقَابِضَ مِنْهُمَا لَا يَدَّعِي شَيْئًا عَلَى صَاحِبِهِ وَإِنَّمَا يُنْكِرُ مَا ادَّعَاهُ الْآخَرُ وَلَكِنْ عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسَّلْعَةُ قَائِمَةٌ بَعَيْنُهَا تَحَالَفًا وَتَرَادًا }

الشرح

قوله في المتن وفسخ القاضي إلخ

قَالَ شَمْسُ الْأَثَمَةِ فِي شَرْحِ أَدَبِ الْقَاضِي فِي بَابِ الْيَمِينَ وَإِنْ حَلَفَا جَمِيعًا انْتَفَى الثَّمَانُ فَبَقِيَ بَيْعًا بِلَا ثَمَنِ فَيَفْسُدُ فَيَنْقُضُ الْعَقْدُ فِيمَا بَيْنَهُمَا وَإِنَّمَا يَنْقُضُ الْقَاضِي فِيمَا بَيْنَهُمَا إِذَا طَلَبَا أَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْقَاضِي التَّقْضَ فِيمَا بَدُونِ الطَّلَبِ لَا يَنْقُضُ وَفَرْقٌ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ اللَّعَانِ وَهُوَ أَنَّ الزَّوْجَيْنِ إِذَا فَرَعَا مِنَ اللَّعَانِ فَإِنَّ الْقَاضِي يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا سَوَاءً طَلَبَا مِنَ الْقَاضِي أَوْ لَمْ يَطْلُبَا لِأَنَّ حُرْمَةَ الْمَحِلِّ قَدْ تَبَيَّنَتْ شَرْعًا عَلَى مَا قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { الْمُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا } وَهَذِهِ الْحُرْمَةُ حَقُّ الشَّرْعِ فَلَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى طَلَبِ الْعَبْدِ وَأَمَّا الْعَقْدُ وَفَسْخُ الْعَقْدِ حَقُّهُمَا فَشَرُطُ طَلَبِ الْعَبْدِ لِهَذَا وَقَالَ الْإِمَامُ النَّاصِحِيُّ فِي تَهْذِيبِ أَدَبِ الْقَاضِي وَإِنْ حَلَفَا لَمْ يَنْقُضِ الْقَاضِي الْبَيْعَ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَطْلُبَا ذَلِكَ أَوْ يَطْلُبَ أَحَدُهُمَا لِأَنَّ الْفَسْخَ حَقٌّ لَهُمَا بِذَلِكَ مَا رَوَى { عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ تَحَالَفًا وَتَرَادًا }

قوله في المتن بطلب أحدهما

يَعْنِي إِذَا اسْتَحْلَفَ الْحَاكِمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَحَلَفَا فُسِخَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا وَكُتِبَ عَلَى قَوْلِهِ بِطَلَبِ أَحَدِهِمَا مَا نَصَّهُ حَتَّى لَوْ رَضِيََا بِتَرْكِ الدَّعْوَى لَا يُفْسَخُ .

قوله أو بتمن مجهول فاسد

أَيُّ وَالْعَقْدُ الْفَاسِدُ لَا بُدَّ لَهُ مِنَ الْفَسْخِ .

غَايَةٌ

قوله وقيل ينسخ بنفس التحالف

لَمْ يَتَعَرَّضِ الشَّارِحُ رَحِمَهُ اللَّهُ لِتَعْلِيلِ اشْتِرَاطِ طَلَبِ أَحَدِهِمَا الْفَسْخَ مَعَ أَنَّ رَفَعَ الْفَسَادَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْهُ أَحَدٌ وَوَجْهَ اشْتِرَاطِهِ أَنَّ الْفَسَادَ هُنَا وَقَعَ بَعْدَ صِحَّةِ الْبَيْعِ بِخِلَافِ الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ لِأَنَّهَا وَقَعَتْ فَاسِدَةً

ابْتِدَاءً .

قوله وصفة اليمين الخ

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ وَأَمَّا صِفَةُ التَّحَالُفِ فَقَدْ ذَكَرَ فِي الْأَصْلِ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَحْلِفُ عَلَى دَعْوَى الْآخَرِ وَهَذَا يَفْتَضِي أَنْ يَحْلِفَ الْبَائِعُ بِاللَّهِ مَا بَاعَهُ بِمِائَةِ وَيَحْلِفُ الْمُشْتَرِي بِاللَّهِ مَا اشْتَرَاهُ بِمِائَتَيْنِ .

قوله والناصح بالافتصار الخ

قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ وَمَا ذَكَرَ فِي الْأَصْلِ مَوْضُوعُ الْيَمِينِ لِأَنَّهَا لَا تَقَعُ عِنْدَنَا إِلَّا بِالْتَّفِي فَلَوْ جَمَعْنَا بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ لَتَضَمَّنَتْ الْإِثْبَاتَ وَالتَّنْفِي وَهَذَا لَا يَصِحُّ وَوَجْهٌ مَا ذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ تَأْكِيدٌ لِلْتَّفِي وَلَيْسَ بِمُتَمَنِّعٍ أَنْ يَكُونَ الْيَمِينُ مَوْضُوعُهَا التَّنْفِي وَيُضَمُّ إِلَيْهَا الْإِثْبَاتُ عَلَى طَرِيقِ التَّأْكِيدِ فَيَقُولُ الشَّاهِدُ أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا مَاتَ وَهَذَا وَارِثُهُ وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ وَقَالَ فِي شَرْحِ الْأَقْطَعِ جَوَابًا عَنْ الْحَدِيثِ الَّذِي رَوَاهُ زُفَرٌ وَإِنَّمَا خُصَّ الْبَائِعُ بِالذِّكْرِ لِأَنَّ يَمِينَ الْمُشْتَرِي مَعْلُومَةٌ لَا يُشْكَلُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ } فَسَكَتَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَمَّا تَقَدَّمَ بَيَانُهُ وَبَيَّنَّ مَا يُشْكَلُ وَلَمْ يَتَقَدَّمَ بَيَانُهُ .

قوله لأن الأيمان على ذلك وضعت

أَيُّ وَضِعَتْ لَا عَلَى الْإِثْبَاتِ أ —

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَمَنْ تَكَلَّلَ لَزِمَهُ دَعْوَى الْآخَرِ) لِأَنَّهُ صَارَ مُقَرَّرًا بِهِ أَوْ بَادِلًا فَلَزِمَهُ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْقَضَاءُ وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ لَزِمَهُ دَعْوَى الْآخَرِ لِأَنَّهُ بَدُونِ اتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ لَا يُوجِبُ شَيْئًا أَمَّا عَلَى اعْتِبَارِ الْبَدَلِ فَظَاهِرٌ وَأَمَّا عَلَى اعْتِبَارِ أَنَّهُ إِفْرَارٌ فِيهِ شُبْهَةُ الْبَدَلِ فَلَا يَكُونُ مُوجِبًا بَانْفِرَادِهِ وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْتَاهُ فِي التَّحَالُفِ إِذَا كَانَ اخْتِلَافُهُمَا فِي الْبَدَلِ مَقْصُودًا وَأَمَّا إِذَا كَانَ فِي ضِمْنِ شَيْءٍ آخَرَ نَحْوُ أَنْ يَشْتَرِيَ الرَّجُلُ مِنْ آخَرَ سَمْنًا فِي زَقٍّ وَوَزْنُهُ مِائَةٌ رَطْلٍ ثُمَّ جَاءَ بِالزَّقِّ لِيُرِدَّهِ عَلَى صَاحِبِهِ وَوَزْنُهُ عَشْرُونَ فَقَالَ الْبَائِعُ لَيْسَ هَذَا زَقِّي وَقَالَ الْمُشْتَرِي هُوَ زَقُّكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي سَوَاءٌ سَمِيَ لِكُلِّ رَطْلٍ ثَمْنًا أَوْ لَمْ يُسَمَّ فَجَعَلَ هَذَا اخْتِلَافًا فِي الْمَقْبُوضِ وَفِيهِ الْقَوْلُ قَوْلُ الْفَائِضِ فِي نَفْسِ الْقَبْضِ وَالْمَقْبُوضِ فَكَذَا فِي مِقْدَارِ الْمَقْبُوضِ وَإِنْ كَانَ فِي ضِمْنِهِ اخْتِلَافٌ فِي الثَّمَنِ لِأَنَّ الثَّمَنَ يَزْدَادُ بِنُقْصَانِ الزَّقِّ وَيَنْقُصُ بِزِيَادَتِهِ فَالْبَائِعُ يَدْعِي زِيَادَةَ الثَّمَنِ

وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُ وَلَمْ يُعْتَبَرْ هَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي إِجَابِ التَّحَالُفِ لِأَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِيهِ وَقَعَ مُقْتَضَى اِخْتِلَافِهِمَا فِي الرِّقِّ

الشَّرْحُ

قوله في المثن ومن نكل لزمه دعوى الآخر

قَالَ فِي شَرْحِ أَدَبِ الْقَاضِي إِذَا اِخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ وَالسَّلْعَةِ قَائِمَةً مَقْبُوضَةً كَانَتْ أَوْ لَمْ تَكُنْ فَإِنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ يَخْلِفُ الْبَائِعُ عَلَى دَعْوَى الْمُشْتَرِي فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ الْبَيْعُ بِالْفِ دَرَاهِمٍ وَيَخْلِفُ الْمُشْتَرِي عَلَى دَعْوَى الْبَائِعِ فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَاهُ وَهُوَ الْبَيْعُ بِالْفِ دَرَاهِمٍ وَإِنْ حَلَفَا جَمِيعًا فَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ أَنْفَاءً وَأَصْلُ ذَلِكَ أَنَّ التُّكُولَ فِي مَعْنَى الْبَدَلِ وَبَدْلُ الْأَعْوَاضِ صَحِيحٌ إِذَا كَانَ التَّائِكِلُ بِأَدْلًا لَمْ تَبْقَ دَعْوَاهُ مُعَارِضَةً لِدَعْوَى صَاحِبِهِ فَيُثْبِتُ دَعْوَى صَاحِبِهِ لِسَلَامَتِهِ عَنِ الْمُعَارِضِ .

أَتَقَانِي

قوله لائنه

أَيُّ التُّكُولِ .

قوله نحو أن يشتري الرجل من آخر سمنا في رق الخ

هَذَا الْفَرْعُ مَذْكُورٌ فِي مَتْنِ الْكَتَرِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَرَاجِعُ الْحَاشِيَةِ الَّتِي فِي خِيَارِ الرُّؤْيَةِ ثَقُلًا عَنِ الْكَمَالِ عِنْدَ قَوْلِهِ وَلِلْمُشْتَرِي لَوْ فِي الرُّؤْيَةِ

قوله فكذا في مقدار المقبوض

يَعْنِي الْقَوْلُ فِيهِ لِلْقَابِضِ هَذَا الْفَرْعُ ذَكَرَهُ فِي الْمَتْنِ فِي خِيَارِ الْعَيْبِ حَيْثُ قَالَ وَالْقَوْلُ فِي مِقْدَارِ الْمَقْبُوضِ لِلْقَابِضِ فَلْيُرَاجَعْ مَا قَالَهُ الشَّارِحُ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْأَجَلِ أَوْ شَرَطِ الْخِيَارِ أَوْ فِي قَبْضِ بَعْضِ الثَّمَنِ أَوْ بَعْدَ هَلَاكِ الْمَبِيعِ أَوْ بَعْضِهِ أَوْ فِي بَدَلِ الْكِتَابَةِ أَوْ فِي رَأْسِ الْمَالِ بَعْدَ إِقَالَةِ السَّلَمِ لَمْ يَتَحَالَفَا) وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ أَمَّا الْاِخْتِلَافُ فِي الْأَجَلِ أَوْ فِي شَرَطِ الْخِيَارِ أَوْ فِي قَبْضِ بَعْضِ الثَّمَنِ فَلِأَنَّهُ

اِخْتِلَافٌ فِي غَيْرِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَالْمَعْقُودُ بِهِ فَاشْتَبَهَ الْاِخْتِلَافُ فِي الْحِطِّ وَالْإِبْرَاءِ وَلِهَذَا لَا يَخْتَلُ الْعَقْدُ بِإِعْدَامِهِ بِخِلَافِ الْاِخْتِلَافِ فِي وَصْفِ الثَّمَنِ وَجَنَسِهِ حَيْثُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْاِخْتِلَافِ فِي الْقَدْرِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ التَّحَالُفُ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى نَفْسِ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ يُعْرَفُ بِالْوَصْفِ لَا غَيْرُ لِكَوْنِهِ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ وَلَا كَذَلِكَ الْأَجَلُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَصْفٍ لَهُ أَلَّا تَرَى أَنَّ لِلثَّمَنِ وَجُودًا بِدُونِهِ وَكَذَا مُسْتَحَقُّهُمَا مُخْتَلِفٌ فَإِنَّ الثَّمَنَ حَقُّ الْبَائِعِ وَالْأَجَلُ حَقُّ الْمُشْتَرِي وَلَوْ كَانَ وَصْفًا لِلثَّمَنِ لَكَانَ حَقُّ الْبَائِعِ وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ يَتَحَالَفَانِ فِي الْأَجَلِ إِذَا اِخْتَلَفَا فِي أَصْلِهِ أَوْ قَدَرِهِ لِأَنَّ هَذَا فِي مَعْنَى الْاِخْتِلَافِ فِي مِقْدَارِ مَالِيَةِ الثَّمَنِ فَإِنَّ الْمُوَجَّلَ أَنْقَضَ مِنَ الْحَالِ فِي الْمَالِيَةِ وَلِأَنَّ النَّصَّ أَوْجَبَ التَّحَالُفَ عِنْدَ اِخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعِينَ وَلَمْ يُفَصِّلْ قُلْنَا وَجُوبُ التَّحَالُفِ مُعَلَّقٌ بِاِخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعِينَ وَهُوَ اسْمٌ مُشْتَقٌّ مِنَ الْبَيْعِ فَيَتَعَلَّقُ وَجُوبُهُ بِاِخْتِلَافِهِمَا فِيمَا يَثْبُتُ بِهِ الْبَيْعُ وَهُوَ يَثْبُتُ بِالْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ لَا بِالْأَجَلِ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ إِذَا اِخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فِي الْمَبِيعِ أَوْ الثَّمَنِ تَحَالَفَا وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الْأَجَلَ لَيْسَ بِوَصْفٍ لِلثَّمَنِ إِذْ لَوْ كَانَ وَصْفًا لَهُ لَذَهَبَ عِنْدَ ذَهَابِهِ إِذْ الشَّيْءُ لَا يَبْقَى بِدُونِ وَصْفِهِ وَفُرَّقَ بَيْنَ الْأَجَلِ فِي السَّلَمِ وَبَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ جَعَلَ هُنَاكَ الْقَوْلَ قَوْلَ مَنْ يَدَّعِي الْأَجَلَ وَجَعَلَ الْقَوْلَ هُنَا لِمُنْكَرِهِ وَالْفَرْقُ أَنَّهُ شَرَطُ فِي السَّلَمِ وَتَرْكُهُ فِيهِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ وَإِقْدَامُهُمَا عَلَيْهِ يَدُلُّ عَلَى الصَّحَّةِ فَكَانَ الْقَوْلُ لِمَنْ يَدَّعِيهِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يَشْهَدُ لَهُ بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ لِأَنَّهُ لَا تَعَلُّقَ لَهُ فِي الصَّحَّةِ وَالْفَسَادِ فِيهِ فَكَانَ الْقَوْلُ لِنَافِيهِ لِأَنَّ الْأَجَلَ أَجَنَّبِيٌّ عَنِ الْعَقْدِ وَلِهَذَا لَوْ شَهِدَ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ بِأَنَّهُ بَاعَهُ بِأَلْفٍ إِلَى شَهْرٍ وَشَهِدَ الْآخَرُ بِأَنَّهُ بَاعَهُ بِأَلْفٍ وَلَمْ يَذْكُرِ الْأَجَلَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا كَمَا لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ بَاعَهُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ إِلَى ثَلَاثٍ وَلَمْ يَذْكُرِ الْآخَرَ الْخِيَارَ وَلَوْ كَانَ وَصْفًا لِلثَّمَنِ لِمَا قَبْلَ وَكَذَا إِذَا اِخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الْبَيْعِ أَوْ فِي مَكَانِ إِيفَاءِ الْمُسْلِمِ فِيهِ لَا يَتَحَالَفَانِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا انْفَرَدَ فِي إنْكَارِ أَصْلِ الْبَيْعِ وَالاِخْتِلَافِ فِي مَكَانِ الْإِيفَاءِ وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ فِي الْبُيُوعِ وَأَمَّا اِخْتِلَافُهُمَا بَعْدَ هَلَاكِ الْمَبِيعِ فَالْمَذْكُورُ هُنَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يَتَحَالَفَانِ وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ عَلَى قِيَمَةِ الْهَالِكِ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا خَرَجَ الْمَبِيعُ عَنْ مِلْكِهِ أَوْ صَارَ بِحَالٍ لَا يُمَكِّنُ رَدُّهُ لَهُمَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إِذَا اِخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفَا وَتَرَادَا } مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطِ قِيَامِ السَّلْعَةِ وَالْمَرَادُ بِاشْتِرَاطِهِ فِي الْحَدِيثِ الْآخَرِ التَّنْبِيهُ عَلَى عَدَمِ سُقُوطِهِ فِي حَالَةِ أَدْنَى مِنْهَا كَأَنَّهُ يَقُولُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ تَحَالَفًا وَإِنْ كَانَتْ السَّلْعَةُ قَائِمَةً لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ تَمْيِيزُ الصَّادِقِ مِنَ الْكَاذِبِ إِذَا كَانَتْ السَّلْعَةُ قَائِمَةً بِتَحْكِيمِ قِيَمَتِهَا فِي الْحَالِ وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ بَعْدَ الْهَلَاكِ فَإِذَا كَانَ يَجْرِي

التَّحَالُفُ بَيْنَهُمَا مَعَ إِمْكَانِ الْمَعْرِفَةِ فَأُولَئِكَ أَنْ يَجْرِيَ عِنْدَ عَدَمِ الْإِمْكَانِ وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي عَقْدًا غَيْرَ الْعَقْدِ الَّذِي يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ إِذِ الْبَيْعُ بِأَلْفٍ غَيْرُ الْبَيْعِ بِأَلْفَيْنِ أَلَّا تَرَى أَنَّ الشَّاهِدَيْنِ فِي الْبَيْعِ إِذَا اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا لِعَدَمِ كَمَالِ النَّصَابِ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْبَيْعَيْنِ فَصَارَ كَمَا لَوْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا الْبَيْعَ وَالْآخَرُ الْهَبَةَ أَوْ كَانَ الْبَيْعُ مُقَاضِيَةً فَهَلَكَ أَحَدُ الْبَدَلَيْنِ أَوْ اِخْتَلَفَا فِي جَنَسِ الثَّمَنِ وَفِي التَّحَالُفِ فَائِدَةٌ وَهُوَ تَسْلِيمُ مَا يَدَّعِيهِ الْبَائِعُ لَهُ عَلَى تَقْدِيرِ نُكُولِ الْمُشْتَرِي أَوْ سُقُوطِ الثَّمَنِ كُلِّهِ عَنِ الْمُشْتَرِي عَلَى تَقْدِيرِ عَدَمِ نُكُولِهِ . وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إِذَا اِخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسَّلْعَةُ قَائِمَةٌ تَحَالَفَا وَتَرَادَا } بِشَرْطِ أَنْ تَكُونَ السَّلْعَةُ قَائِمَةً وَمَا رَوَاهُ مِنَ الْمُطْلَقِ مَحْمُولٌ عَلَيْهِ وَلَفْظُ التَّرَادِّ فِيهِ يَدُلُّ عَلَيْهِ لِأَنَّ التَّرَادَّ يَكُونُ فِي الْقَائِمِ دُونَ الْهَالِكِ وَلِأَنَّهُ يُحْمَلُ الْمُطْلَقُ عَلَى الْمُقْبَدِ إِذَا كَانَ الرَّاوي لهُمَا عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَاحِدًا بِالْإِجْمَاعِ وَيُحَالُ تَرْكُ الرَّاوي عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْقَيْدَ إِلَى غَفْلَتِهِ وَقِلَّةِ ضَبْطِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا اِخْتَلَفَ الرَّاويَانِ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَيْثُ يُتْرَكُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى حَالِهِ فَيُعْمَلُ بِهِمَا مَا لَمْ يَكُنِ الْإِطْلَاقُ وَالتَّقْيِيدُ فِي حُكْمٍ وَاحِدٍ وَمَحَلٍّ وَاحِدٍ وَهَذَانِ الْحَدِيثَانِ هُنَا يَرَوِيهِمَا ابْنُ مَسْعُودٍ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَيُؤْخَذُ بِالْمُقْبَدِ لِمَا ذَكَرْنَا وَالتَّحَالُفُ بَعْدَ الْقَبْضِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ عَلَى مَا بَيَّنَّا فَلَا يَلْحَقُ بِهِ غَيْرُهُ فَلَا يَتَعَدَّى إِلَى حَالِ هَلَاكِ السَّلْعَةِ

لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ إِذْ لَا يُؤْخَذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى رَأْسِ مَالِهِ وَلَا يَدَّعِي الْمُشْتَرِي فِيهِ شَيْئًا بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الْقَبْضِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَلِأَنَّهُ بِالتَّحَالُفِ يُفْسَخُ الْعَقْدُ وَالْفُسْخُ يَرُدُّ عَلَى عَيْنٍ مَا وَرَدَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ فَيُشْتَرَطُ قِيَامُهُ كَالْعَقْدِ وَلِهَذَا لَا تَجُوزُ الْإِقَالَةُ وَلَا الرَّدُّ بِالْغَيْبِ بَعْدَ هَلَاكِهِ

وَلَا مَعْنَى لِقَوْلِهِمَا إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْعِي عَقْدًا غَيْرَ مَا يَدْعِيهِ الْآخَرُ فَإِنَّ الْعَقْدَ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ قَدْرِ الثَّمَنِ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أَلَا تَرَى أَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ بِالْفِ بَيْعُهُ بِالْفَيْنِ وَأَنَّ الْبَيْعَ بِالْفِ يَصِيرُ بِالْفَيْنِ بِالزِّيَادَةِ فِي الثَّمَنِ وَبِخَمْسِمِائَةٍ بِالْحَطِّ وَإِنَّمَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْقَدْرِ مَعَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ لِأَنَّ الْمُدْعَى أَحَدُهُمَا لَا لِاخْتِلَافِ الْعَقْدِ بِخِلَافِ مَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي جِنْسِ الثَّمَنِ لِأَنَّ الْبَائِعَ يَدْعِي عَلَيْهِ الدَّانِيرَ وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُ وَالْمُشْتَرِي يَدْعِي الشَّرَاءَ بِالذَّرَاهِمِ وَالْبَائِعُ يُنْكِرُ وَإِنْكَارُهُ صَحِيحٌ وَكَذَا دَعْوَاهُ لَأَنَّ الْمَبِيعَ لَا يُسَلِّمُ لَهُ إِلَّا بِثَمَنِ فَكَانَ دَعْوَاهُ الثَّمَنِ دَعْوَى الْمَبِيعِ وَلَمْ يَتَّفَقَا عَلَى ثَمَنِ وَهَذَا اتَّفَقَا عَلَى الْفِ وَهُوَ يَكْفِي لِلصَّحَّةِ وَلِهَذَا لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ جَارِيَةً جَارَ وَطُوعًا قَبْلَ الْفَسْخِ بَعْدَ التَّحَالُفِ وَلَوْ كَانَ مُخْتَلِفًا لَمَّا صَحَّ كَمَا لَوْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا هَبَةً وَالْآخَرُ يَبِيعُ لِمُخْتَلِفَتِهِمَا حَقِيقَةً وَبِخِلَافِ بَيْعِ الْمُقَابِضَةِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ فَكَانَ الْبَيْعُ قَائِمًا ببقاء الْمُعْقُودِ عَلَيْهِ وَلِهَذَا تَجُوزُ الْإِقَالَةُ فِيهِ وَيُرَدُّ بِالْعَيْبِ فَإِذَا كَانَ بَاقِيًا رَدُّهُ وَرَدَّ الْآخَرُ مِثْلَ الْهَالِكِ إِنْ كَانَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وَإِلَّا فَمِثْمَتُهُ وَلَا يُسَلِّمُ أَنْ فِي التَّحَالُفِ هُنَا فَائِدَةٌ لِأَنَّ الْمُقْصُودَ فِي الْفَسْخِ أَنْ لَا يُسَلِّمَ

لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا الْعَوْضَ وَيَرْجِعُ إِلَيْهِ عَيْنُ مَالِهِ الَّذِي وَرَدَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ وَهَذَا يُسَلِّمُ الْمَبِيعَ لِلْمُشْتَرِي بِقِيمَتِهِ كَمَا يُسَلِّمُ لَهُ بِالثَّمَنِ إِذَا لَمْ يُفْسَخْ فَلَا يَعْتَدُ بِاخْتِلَافِ سَبَبِ السَّلَامَةِ بَعْدَ حُصُولِ الْمُقْصُودِ كَمَنْ أَقْرَبَ بِالْفِ مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ فَقَالَ الْمَقْرُ لَهُ هِيَ غَضَبٌ فَإِنَّهُ يُؤْمَرُ بِالْإِقَالَةِ لِلاتِّحَادِ الْحُكْمِ بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ بِعْتَنِي هَذِهِ الْجَارِيَةَ فَأَنْكَرَ وَقَالَ مَا بَعْتُكَهَا وَإِنَّمَا زَوَّجْتُكَهَا فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَطَّأَهَا لِاخْتِلَافِ الْحُكْمِ فَإِنَّ حُكْمَ مَلِكِ الْيَمِينِ خِلَافُ حُكْمِ الزَّوْجِيَّةِ وَكَذَا لَا يَرْجِعُ إِلَى الْبَائِعِ بِالْفَسْخِ عَيْنُ مَالِهِ الَّذِي وَرَدَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ فَلَا يَكُونُ فِي الْفَسْخِ فَائِدَةٌ لِأَنَّ مَا يُعْتَبَرُ مِنَ الْفَائِدَةِ هُوَ عَوْدُ مَا وَرَدَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ إِلَى صَاحِبِهِ لَا أَيْ فَائِدَةٌ كَانَتْ وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمَا بَعْدَ هَلَاكِ بَعْضِ الْمَبِيعِ فَالْمَذْكُورُ هُنَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَصُورَتُهُ أَنَّهُ بَاعَ عَبْدَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً ثُمَّ هَلَكَ أَحَدُهُمَا عِنْدَ الْمُشْتَرِي ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ قَالَ الْقُدُورِيُّ فِيهَا لَا يَتَحَالَفَانِ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَتْرُكَ حِصَّةَ الْهَالِكِ وَجَعَلَ هَذَا فِي النَّهَايَةِ لَفْظُ الْمَبْسُوطِ وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ الْقَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ الْحَيَّ وَلَا شَيْءَ لَهُ وَقَالَ قَاضِيخَانٌ وَذَكَرَ فِي الْأَصْلِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ الْحَيَّ وَلَا يَأْخُذُ مِنْ ثَمَنِ أَلَمِيتَ شَيْئًا وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَتَحَالَفَانِ فِي الْحَيِّ وَيُفْسَخُ الْعَقْدُ فِيهِ وَلَا يَتَحَالَفَانِ فِي الْهَالِكِ وَيَكُونُ الْقَوْلُ فِي ثَمَنِ قَوْلِ الْمُشْتَرِي وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَتَحَالَفَانِ عَلَيْهِمَا وَيُفْسَخُ الْعَقْدُ فِيهِمَا وَيُرَدُّ الْحَيُّ وَقِيمَةُ الْهَالِكِ لِأَنَّ

هَلَاكَ كُلِّ السَّلْعَةِ لَا يَمْنَعُ التَّحَالُفَ عِنْدَهُ فَهَلَاكَ الْبَعْضُ أَوَّلَى أَنْ لَا يَمْنَعُ وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ امْتِنَاعَ التَّحَالُفِ لِلْهَالِكِ فَيَقْدَرُ بِقَدْرِهِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ التَّحَالُفَ بَعْدَ الْقَبْضِ ثَبَتَ بِالنَّصِّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ وَرَدَّ الشَّرْعُ بِهِ فِي حَالِ قِيَامِ السَّلْعَةِ وَالسَّلْعَةُ اسْمٌ لِجَمِيعِهَا فَلَا تَبْقَى السَّلْعَةُ بَعْدَ فَوَاتِ جُزْءٍ مِنْهَا وَلِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ التَّحَالُفُ فِي الْقَائِمِ إِلَّا عَلَى اعْتِبَارِ حَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ وَلَا بُدَّ مِنَ الْقِسْمَةِ عَلَى قِيمَتَيْهِمَا وَالْقِيمَةُ تُعْرَفُ بِالْحَزْرِ وَالظَّنِّ فَيُؤَدِّي إِلَى التَّحْلِيلِ مَعَ الْجَهْلِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَتْرُكَ حِصَّةَ الْهَالِكِ فَحِينَئِذٍ يَكُونُ الثَّمَنِ كُلُّهُ بِمُقَابَلَةِ الْحَيِّ وَيَخْرُجُ الْهَالِكُ عَنِ الْعَقْدِ فَيَكُونُ كَأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ عَلَى هَذَا فَيَتَحَالَفَانِ فَإِنْ حَلَفَا فُسِخَ الْعَقْدُ فِيهِ وَأَخَذَهُ وَلَا يَأْخُذُ مِنْ ثَمَنِ الْهَالِكِ وَلَا مِنْ قِيمَتِهِ شَيْئًا وَأَيُّهُمَا نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى الْآخَرِ وَلَفْظُ الْمَبْسُوطِ يَدُلُّ عَلَى هَذَا لِأَنَّ الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ عَدَمُ التَّحَالُفِ لِأَنَّ الْمَذْكُورَ فِيهِ قَبْلَ الْإِسْتِثْنَاءِ قَوْلُهُ لَمْ يَتَحَالَفَا وَلَفْظُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ يَدُلُّ عَلَى أَنََّّهُمَا لَا يَتَحَالَفَانِ وَأَنْ لَا يَخْلِفَ الْمُشْتَرِي وَحْدَهُ لِأَنَّ الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ يَمِينُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ الْمَذْكُورُ قَبْلَهُ وَقَالَ فِي النَّهَايَةِ وَتَكَلَّمُوا أَنَّ هَذَا الْإِسْتِثْنَاءُ إِلَى مَاذَا يَنْصَرِفُ قَالَ مَشَايخُ بَلَّخَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ يَنْصَرِفُ إِلَى يَمِينِ الْمُشْتَرِي وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْبَائِعَ يَأْخُذُ الْحَيَّ مِنْهُمَا صُلْحًا عَمَّا يَدْعِيهِ قَبْلَ الْمُشْتَرِي مِنَ الزِّيَادَةِ وَيُجْعَلُ صُلْحُهُمَا عَلَى هَذَا الْعَبْدِ كَصُلْحِهِمَا عَلَى عَبْدٍ آخَرَ وَصَارَ تَقْدِيرُ مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ عَلَى قَوْلِ هَؤُلَاءِ لَا يَتَحَالَفَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَيَكُونُ الْقَوْلُ

قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ الْبَائِعُ الْحَيَّ وَلَا يَأْخُذُ شَيْئًا آخَرَ فَحِينَئِذٍ لَا يَخْلِفُ الْمُشْتَرِي قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ الْمَعْرُوفُ بِخَوَاهِرِ زَادَهُ هَذَا لَا يَقْوَى لِأَنَّ الْأَخَذَ مُعْلَقٌ بِمَشِيئَةِ الْبَائِعِ وَلَوْ كَانَ أَخَذَ الْحَيَّ بِطَرِيقِ الصُّلْحِ لَكَانَ مُعْلَقًا بِمَشِيئَتَيْهِمَا قَالَ الرَّاجِي عَفْوُ رَبِّهِ لَيْسَ فِي هَذَا

الْأَخْذَ فَائِدَةً لَهُ أَيْضًا وَلَا يَحْتَمِلُهَا فَلَا يُصَارُ إِلَيْهِ لِأَن تَرَكَ حِصَّةَ الْهَالِكِ مِنَ الثَّمَنِ مِنْ غَيْرِ بَدَلٍ يُقَابِلُهُ لَيْسَ مِنَ الْحِكْمَةِ ثُمَّ قَالَ وَعَامَّةُ الْمَشَايِخِ عَلَى أَنَّ الاسْتِنَاءَ مُنْصَرَفٌ إِلَى التَّحَالِفِ وَصَارَ تَقْدِيرُ مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ عَلَى قَوْلِ هَؤُلَاءِ لَا يَتَحَالَفَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ الْحَيَّ وَلَا يَأْخُذُ مِنْ ثَمَنِ الْمَيِّتِ شَيْئًا فَحِينَئِذٍ يَتَحَالَفَانِ لِأَنَّ الْمَذْكُورَ قَبْلَ الاسْتِنَاءِ التَّحَالِفُ دُونَ يَمِينِ الْمُشْتَرِي فَكَانَ صَرَفُ الاسْتِنَاءِ إِلَى الْمَذْكُورِ أَوَّلَى وَبَعْضُهُمْ قَالُوا لَا بَلْ يَنْصَرَفُ إِلَى يَمِينِ الْمُشْتَرِي عَلَى مَعْنَى أَنَّ الْبَائِعَ إِذَا رَضِيَ أَنْ يَأْخُذَ الْحَيَّ وَلَا يَأْخُذُ مِنْ ثَمَنِ الْمَيِّتِ شَيْئًا فَحِينَئِذٍ لَا يَحْلِفُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْبَائِعَ إِذَا أَعْرَضَ عَنْ دَعْوَاهُ لَا مَعْنَى لِتَحْلِيفِ الْمُشْتَرِي وَهَذَا مِثْلُ الْأَوَّلِ فِي عَدَمِ الْفَائِدَةِ ثُمَّ قَالَ وَقَالَ الْإِمَامُ الْكَيْسَانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَأْخُذُ الْبَائِعُ فِي حَقِّ الْهَالِكِ مِنَ الْمُشْتَرِي مَا يَقْرُ بِهِ الْمُشْتَرِي فَحِينَئِذٍ لَا يَحْلِفُ لِأَنَّ الاسْتِحْلَافَ إِنَّمَا شَرَعَ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ يُنْكِرُ مَا يَدْعِيهِ الْبَائِعُ مِنَ الزِّيَادَةِ إِذَا تَرَكَ الْبَائِعُ دَعْوَى الزِّيَادَةِ وَأَخَذَ الْحَيَّ وَرَضِيَ بِهِ الْمُشْتَرِي فَلَا حَاجَةَ إِلَى اسْتِحْلَافِ الْمُشْتَرِي وَالصَّحِيحُ هُوَ تَرَكَ دَعْوَى الزِّيَادَةِ فِي الثَّمَنِ لَا تَرَكَ ثَمَنِ الْهَالِكِ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَا يَتْرُكُ ثَمَنَ الْهَالِكِ كُلَّهُ

وَأَمَّا يَتْرُكُ الزَّائِدَ عَلَى مَا يَقْرُ بِهِ الْمُشْتَرِي وَمَعْنَى قَوْلِهِ لَا يَأْخُذُ شَيْئًا أَيْ لَا يَأْخُذُ مِنَ الزِّيَادَةِ الَّتِي يَدْعِيهَا شَيْئًا وَعَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ يَكُونُ الاسْتِنَاءُ مُنْصَرَفًا إِلَى يَمِينِ الْمُشْتَرِي وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ يَنْصَرَفُ الاسْتِنَاءُ إِلَى التَّحَالِفِ وَهُوَ الْأَظْهَرُ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ التَّحَالِفِ وَهُوَ الْهَالِكُ قَدْ زَالَ بِخُرُوجِهِ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَبِيعًا فَصَارَ كَأَنَّ الْمَبِيعَ هُوَ الْحَيُّ وَخِذَهُ أَوْ بَرَضَاهُ بِمَا أَقْرَبَ بِهِ الْمُشْتَرِي مِنْ ثَمَنِ الْهَالِكِ فَلَمْ يَبْقَ الْاِخْتِلَافُ بَيْنَهُمَا إِلَّا فِي ثَمَنِ الْحَيِّ فَيَتَحَالَفَانِ فَأَيُّهُمَا نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى الْآخَرِ ثُمَّ تَفْسِيرُ التَّحَالِفِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ ظَاهِرٌ لِأَنَّ الْهَالِكَ عِنْدَهُ لَا يُؤْتَرُ فَصَارَ كَأَنَّهُمَا حَيَّانٍ وَاخْتَلَفُوا فِي تَفْسِيرِهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَقَالَ بَعْضُهُمْ يَتَحَالَفَانِ عَلَى الْقَائِمِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ دُونَ الْهَالِكِ لِأَنَّ التَّحَالِفَ لِلْفُسْخِ وَالْفُسْخُ لَا يُرَدُّ عَلَى الْهَالِكِ وَهَذَا لَا يَقْوَى لِأَنَّ الْمُشْتَرِي لَوْ حَلَفَ بِاللَّهِ مَا اشْتَرَى الْقَائِمَ بِالْفِ كَوْنُ صَادِقًا لِأَنَّ مَنْ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ بِالْفِي دَرَاهِمٍ ثُمَّ حَلَفَ أَنَّهُ مَا اشْتَرَى أَحَدَهُمَا بِالْفِ كَانَ صَادِقًا فَلَمْ يَمْتَنِعْ عَنِ الْحَلْفِ فَلَمْ يُفِذْ التَّحَالِفُ فَائِدَتَهُ وَالصَّحِيحُ أَنَّ يَحْلِفُ الْمُشْتَرِي بِاللَّهِ مَا اشْتَرَاهُمَا بِالْفَيْنِ فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى الْآخَرِ وَإِنْ حَلَفَ يَحْلِفُ الْبَائِعُ بِاللَّهِ مَا بَاعَهُمَا بِالْفِ فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى الْمُشْتَرِي وَإِنْ حَلَفَ فُسِخَ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا فِي الْقَائِمِ وَسَقَطَ حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ وَيَلْزَمُ الْمُشْتَرِي حِصَّةَ الْهَالِكِ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي يَقْرُ بِهِ الْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ يُقْسِمُ عَلَى قِيمَتِهِمَا يَوْمَ الْقَبْضِ فَمَا أَصَابَ الْحَيَّ سَقَطَ وَمَا أَصَابَ الْهَالِكِ لَزِمَ الْمُشْتَرِي وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ

الْهَالِكِ فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَبَيِّنَةُ الْبَائِعِ أَوَّلَى لِأَنَّهَا تُنْبِتُ الزِّيَادَةَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُنْكِرُ لِأَنَّ الثَّمَنَ كُلَّهُ كَانَ وَاجِبًا عَلَى الْمُشْتَرِي ثُمَّ الْمُشْتَرِي يَدْعِي زِيَادَةَ السُّقُوطِ بِدَعْوَى قَلَّةِ قِيمَةِ الْهَالِكِ وَالْبَائِعُ يُنْكِرُ ذَلِكَ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ وَهُوَ قِيَاسٌ مَا ذَكَرَ فِي الْأَصْلِ فِي رَجُلٍ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ وَقَبَضَهُمَا ثُمَّ رَدَّ أَحَدَهُمَا بَعِيْبٌ وَهَلَكَ الْآخَرُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي سَقَطَ عَنْهُ ثَمَنُ مَا رَدَّ وَيَجِبُ عَلَيْهِ ثَمَنُ مَا هَلَكَ عِنْدَهُ وَيَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَى قَدَرِ قِيمَتَيْهِمَا وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الْهَالِكِ وَأَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَبَيِّنَةُ الْبَائِعِ أَوَّلَى لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى وَجُوبِ كُلِّ الثَّمَنِ ثُمَّ الْمُشْتَرِي يَدْعِي زِيَادَةَ السُّقُوطِ بِدَعْوَاهُ أَنَّ قِيمَةَ الْهَالِكِ أَقَلُّ وَالْبَائِعُ يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ لَهُ أَيْضًا وَهَذَا الْفَقْهُ وَهُوَ أَنَّ الْإِيْمَانَ يُعْتَبَرُ فِيهَا الْحَقِيقَةُ لِأَنَّهَا تَتَوَحَّهْ عَلَى أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ وَهُمَا يَعْرِفَانِ حَقِيقَةَ الْحَالِ فَيُبَيِّنِي الْأَمْرَ عَلَيْهَا وَالْبَائِعُ مُنْكِرٌ حَقِيقَةَ فَكَانَ الْقَوْلُ لَهُ وَفِي الْبَيِّنَاتِ يُعْتَبَرُ الظَّاهِرُ لِأَنَّ الشَّاهِدَيْنِ لَا يَعْلَمَانِ حَقِيقَةَ الْأَمْرِ فَاعْتَبِرَ الظَّاهِرُ فِي حَقِّهِمَا وَالْبَائِعُ مُدَّعٍ ظَاهِرًا فَلِهَذَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ أَيْضًا وَتَرَجَّحَتْ بِالزِّيَادَةِ الظَّاهِرَةِ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْبَائِعَ إِذَا رَضِيَ أَنْ يَتْرُكَ حِصَّةَ الْهَالِكِ مِنَ الثَّمَنِ يَتَحَالَفَانِ عِنْدَ بَعْضِهِمْ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَا لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا إِذَا هَلَكَ بَعْضُهُ بَعْدَ الْقَبْضِ وَإِنْ هَلَكَ قَبْلَهُ

يَتَحَالَفَانِ بِالِاتِّفَاقِ وَكَذَا لَوْ رَدَّ أَحَدُهُمَا بَعِيْبَ لِأَنَّ الْكُلَّ يَعُودُ إِلَى مَلِكِهِ فَلَا يُوْدِي إِلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ عَلَى الْبَائِعِ فَعُلِمَ بِهَذَا أَنَّ التَّغْلِيلَ بِأَنَّ السَّلْعَةَ اسْمٌ لِجَمِيعِهَا غَيْرُ سَدِيدٍ وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمَا فِي بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَالْمَذْكُورُ هُنَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ يَتَحَالَفَانِ وَتُفْسَخُ الْكِتَابَةُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ تَقْبَلُ الْفَسْخَ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعٍ عَلَى الْآخَرِ لِأَنَّ الْمَوْلَى يَدَّعِي بَدْلًا زَائِدًا وَالْعَبْدَ يُنْكِرُهُ وَالْعَبْدَ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ الْعِنْتِ عَلَى الْمَوْلَى عِنْدَ أَدَاءِ مَا يَقْرُ بِهِ وَالْمَوْلَى يُنْكِرُهُ فَيَتَحَالَفَانِ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ وَهُوَ قَبْلَ الْقَبْضِ مُوَافِقٌ لِلْقِيَاسِ فَيَتَعَدَّى إِلَيْهِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْبَدْلَ فِي الْكِتَابَةِ مُقَابِلُ بَفَكِّ الْحَجَرِ وَهُوَ مَلِكٌ التَّصَرُّفِ وَالْيَدُ لِلْحَالِ وَقَدْ سَلِمَ ذَلِكَ لِلْعَبْدِ وَلَا يَدَّعِي عَلَى مَوْلَاهُ شَيْئًا وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ التَّحَالَفَ بَعْدَ الْقَبْضِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَلَا يَتَحَالَفَانِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْعَبْدِ لِكَوْنِهِ مُنْكَرًا وَإِنَّمَا يَصِيرُ مُقَابِلًا بِالْعِنْتِ عِنْدَ الْأَدَاءِ وَقَبْلَهُ لَا يُقَابِلُهُ أَصْلًا حَتَّى يُقَالَ فِيهِ أَنَّهُ اخْتِلَافٌ قَبْلَ الْقَبْضِ وَهَذَا نَظِيرُ الْأَجْرَةِ فَإِنَّهَا مُقَابِلَةٌ بِالْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ عِنْدَ الْعَقْدِ ثُمَّ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمَنْفَعَةِ عِنْدَ الِاسْتِيفَاءِ وَكَذَا الْكِتَابَةُ لَيْسَتْ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ صُورَةً وَمَعْنَى لِأَنَّ صُورَةَ الْبَيْعِ لِلِاسْتِرْبَاحِ وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّضْيِيقِ وَالْكِتَابَةُ بِخِلَافِهِ وَالْبَيْعُ يَقْبَلُ الْفَسْخَ بَعْدَ تَمَامِهِ وَالْكِتَابَةُ لَا تَقْبَلُ الْفَسْخَ بَعْدَ التَّمَامِ فَلَا تَكُونُ فِي مَعْنَاهُ فَلَا يَتَحَالَفَانِ يَوْضَحُهُ أَنَّ الْبَيْعَ لَزِمَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَالْمَصِيرُ إِلَى التَّحَالَفِ فِيهِ مُفِيدٌ حَتَّى

إِذَا نَكَلَ أَحَدُهُمَا لَزِمَهُ دَعْوَى الْآخَرِ وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي الْكِتَابَةِ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا نَكَلَ لَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ لَتَمَكُّنِهِ مِنَ الْفَسْخِ بِالتَّعْجِيزِ وَالذِّئْنِ فِيهِ غَيْرُ لَزِمٍ حَتَّى لَا تَجُوزَ الْكَفَالَةُ بِهِ وَلَا نُسَلَّمَ أَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مُطْلَقًا لِأَنَّ الْكُلَّ مَالُ الْمَوْلَى مِنْ وَجْهِ فَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ فَإِذَا انْعَدَمَ التَّحَالَفُ وَجَبَ اعْتِبَارُ الدَّعْوَى وَالْإِنْكَارِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ لِلْمُنْكَرِ وَهُوَ الْعَبْدُ وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّهُ نَوَّرَ دَعْوَاهُ بِهَا وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ كَانَتْ بَيِّنَةُ الْمَوْلَى أَوْلَى لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ الزِّيَادَةَ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَدَّى قَدْرَ مَا أَقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ يَعْتَقُ لِأَنَّهُ أُثْبِتَ الْحُرِّيَّةَ لِنَفْسِهِ عِنْدَ أَدَاءِ هَذَا الْقَدْرِ فَوَجَبَ قَبُولُ بَيِّنَتِهِ عَلَى ذَلِكَ فَصَارَ نَظِيرُ مَا لَوْ كَاتَبَهُ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنَّهُ إِنْ أَدَّى خَمْسَمِائَةٍ يَعْتَقُ وَلَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ بَدْلُ الْكِتَابَةِ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ كَمَا ذَكَرْنَا كَمَا لَوْ اسْتَحَقَّ بَدْلُ الْكِتَابَةِ فَإِنَّ الْحُرِّيَّةَ لَا تَرْتَفِعُ بَعْدَ التَّزْوُلِ وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْبَدْلُ وَأَمَّا إِذَا اخْتَلَفَ فِي رَأْسِ الْمَالِ بَعْدَ إِقَالَةِ السَّلَامِ فَلِأَنَّ الْإِقَالََةَ فِي بَابِ السَّلَامِ لَيْسَ بِبَيْعٍ بَلْ هُوَ إِبْطَالٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَإِنْ رَبَّ السَّلَامِ لَا يَمْلِكُ الْمُسْلِمَ فِيهِ بِالْإِقَالََةِ بَلْ يَسْقُطُ فَلَمْ يَكُنْ فِيهَا مَعْنَى الْبَيْعِ حَتَّى يَتَحَالَفَا فَاعْتَبِرَ فِيهِ حَقِيقَةُ الدَّعْوَى وَالْمُسْلِمَ إِلَيْهِ هُوَ الْمُنْكَرُ حَقِيقَةً فَكَانَ الْقَوْلُ لَهُ وَلَا يَعُودُ السَّلَامُ وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ التَّحَالَفِ فَسْخُ الْعَقْدِ حَتَّى يَعُودَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى رَأْسِ مَالِهِ وَإِلَيْهِ الْإِشَارَةُ النَّبَوِيَّةُ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَحَالَفَا وَتَرَادَا وَالتَّحَالَفُ فِي الْإِقَالََةِ فِي السَّلَامِ لَا يُفِيدُ هَذَا الْمَقْصُودَ وَهُوَ فَسْخُ الْإِقَالََةِ

لِأَنَّ الْإِقَالََةَ فِي السَّلَامِ بَعْدَ نَفَاذِهَا لَا تَحْتَمِلُ الْفَسْخَ بِسَائِرِ أَسْبَابِ الْفَسْخِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُمَا لَوْ قَالَا نَقَضْنَا الْإِقَالََةَ لَا تُنْقَضُ وَكَذَا لَوْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ عَرْضًا فَقَبِضَهُ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ ثُمَّ رَدَّهُ عَلَيْهِ بَعِيْبَ بِقَضَاءٍ قَاضٍ ثُمَّ هَلَكَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى رَبِّ السَّلَامِ لَا يَعُودُ السَّلَامُ فَكَذَا بِالتَّحَالَفِ لَا تُنْقَضُ الْإِقَالََةُ وَلَا يَعُودُ السَّلَامُ بِخِلَافِ الْإِقَالََةِ فِي الْبَيْعِ حَيْثُ تُنْقَضُ بِهَذِهِ التَّوَاقُضِ وَالْفَقْهُ فِيهِ أَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ سَقَطَ بِالْإِقَالََةِ فَلَوْ انْفَسَخَتْ الْإِقَالََةُ لَكَانَ حُكْمُ انْفِسَاحِهَا عَوْدَ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَالسَّاقِطُ لَا يَحْتَمِلُ الْعُودَ بِخِلَافِ الْإِقَالََةِ فِي الْبَيْعِ لِأَنَّهُ عَيْنٌ فَأَمَكَنَ عَوْدَهُ إِلَى مَلِكِ الْمُشْتَرِي

الشرح

قوله في الثمن أو في قبض بعض الثمن

ذكر البعض ليس بقيد إذ الحكم فيما إذا اختلفا في قبض كل الثمن كذلك يكون اليمين على البائع لا غير .

قوله والبراء

يعني إذا اختلفا في حط بعض الثمن أو إبراء كل الثمن لم يتحالفا فكذا إذا اختلفا في الأجل وشرط الخيار .

(قوله ولهذا لا يحتل العقد بائعاده) أي بائعادم الأجل وشرط الخيار

قوله بخلاف الاختلاف في وصف الثمن

أعني في جودته أو ردائه .

غاية

قوله وجنسه

أي بأن قال أحدهما دراهم والآخر دنانير غاية

قوله لكونه ديناً في الدمة إلخ

والتحقيق هنا أن يقال إن التحالف شرع بالنص إذا وقع الاختلاف في الثمن أو المثل إذا أمكن الفسخ بعد التحالف ليتوصل كل منهما إلى رأس ماله إذا لم يصل له ما ادعى قبل صاحبه وهذا ممكن عند الاختلاف في الثمن أو المثل لانهما إذا تحالفا لم يثبت واحد من الثمنين أو المثلين فيبقى البيع بغير ثمن أو مثل وهو فاسد فيجب الرد والتاركة بسبب الفساد وفيما نحن فيه اختلفا في شرط زائد وهو الأجل والخيار فإذا تحالفا لم يثبت الشرط والبيع يبقى صحيحاً بدونه كما لو عقد البيع بدونه في الابتداء فلا يمكن أن يفسخ مع بقاءه على الصحة وتمرة التحالف الفسخ فلا تحالف في موضع لا يؤدي إلى الفسخ ويعمل أيضاً لخيار الشرط فنقول نوع خيار فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف كخيار العيب وقال الإمام الإسجاني في بيوع شرح الطحاوي والأصل في هذا أن العاقدين متى اختلفا في

المملوك بالعقد يتحالفان ومتى اختلفا في المملوك بالشرط لم يتحالفا أو نقول متى اختلفا في كلمة العقد تحالفا ومتى لم يختلفا في كلمة العقد لم يتحالفا والأجل مملوك بالشرط وليس في كلمة العقد والثلث والمثل مملوك بالعقد وهو من كلمة العقد أثقاني وكتب ما نصه قال الأثقاني ثم الاختلاف في أجل الثمن لا يخلو إما أن يختلفا في أصله أو في قدره أو في مضيه فإن اختلفا في أصله فالقول قول البائع لأنه يستفاد من جهته وإن اختلفا في قدره فالقول قوله أيضاً والبينة في المسألتين جميعاً بينة المشتري لأنه يثبت الزيادة وإن اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على القدر فالقول قول المشتري أنه لم يمتض والبينة بينته أيضاً لأنه يثبت الزيادة وإن اختلفا في المضى والقدر

فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِي الْمُضِيِّ وَفِي الْقَدْرِ قَوْلُ الْبَائِعِ فَيَجْعَلُ شَهْرًا لَمْ يَمُضِ وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي وَهَذَا إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ عَيْنًا فَأَمَّا إِذَا كَانَ دَيْنًا يَعْنِي السَّلَمَ فَالْاِخْتِلَافُ فِيهِ لَا يُوْجِبُ التَّحَالَفَ وَالتَّرَادُّ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ لَأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي الْمَمْلُوكِ بِالشَّرْطِ وَعِنْدَ زُفَرٍ يَتَحَالَفَانِ وَيُتَرَادَّانِ لِأَنَّ السَّلَمَ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِهِ فَالْاِخْتِلَافُ كَالِاخْتِلَافِ فِي صِفَةِ السَّلَمِ .

قوله وُفِرُقْ بَيْنَ النَّاجِلِ فِي السَّلَمِ إلخ

ثُمَّ الْاِخْتِلَافُ فِي أَجْلِ السَّلَمِ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ اخْتَلَفَا فِي أَصْلِهِ أَوْ فِي قَدْرِهِ وَفِي مُضِيِّهِ أَوْ فِيهِمَا جَمِيعًا أَمَّا إِذَا اخْتَلَفَا فِي أَصْلِهِ فَإِنَّهُ يُنْظَرُ إِنْ كَانَ مُدَّعِي النَّاجِلِ هُوَ رَبُّ السَّلَمِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا وَيَجُوزُ السَّلَمُ وَإِنْ كَانَ مُدَّعِي النَّاجِلِ

هُوَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ أَيْضًا اسْتِحْسَانًا وَيَجُوزُ السَّلَمُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ السَّلَمِ وَيُفْسَدُ الْمُسْلِمُ وَهُوَ الْقِيَاسُ وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ السَّلَمِ وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي مُضِيِّهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَالْبَيِّنَةُ أَيْضًا بَيِّنَتُهُ وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِهِ وَمُضِيِّهِ فَالْقَوْلُ فِي الْقَدْرِ قَوْلُ رَبِّ السَّلَمِ وَالْقَوْلُ فِي الْمُضِيِّ قَوْلُ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ وَلَوْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ عَلَى إِبْطَالِ الزِّيَادَةِ وَأَنَّهُ لَمْ يَمُضِ .

غَايَةُ قَالِ فِي الْمَجْمَعِ وَالْمُسْلِمُ إِلَيْهِ فِي دَعْوَى التَّاجِيلِ مُصَدِّقٌ كَرَبِّ السَّلَمِ .

قوله تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا

أَيُّ وَيُقْضَى بِالْبَيْعِ بِأَلْفِ حَالَةٍ غَايَةُ

قوله وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمَا بَعْدَ هَلَاكِ الْمَبِيعِ

أَيُّ بَعْدَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي إِذَا قَبِلَ قَبْضَهُ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِهِلَاكِهِ .

كَأَكْبَرُ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ فِي الْمَجْمَعِ أَوْ فِي الثَّمَنِ بَعْدَ هَلَاكِ الْمَبِيعِ أَمْرٌ بِالتَّحَالَفِ وَالْفَسْخِ عَلَى قِيمَتِهِ وَجَعَلَ الْقَوْلَ لِلْمُشْتَرِي قَالَ الْأَنْقَاوِيُّ وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ السَّلْعَةَ إِذَا كَانَتْ قَائِمَةً يَتَحَالَفَانِ سَوَاءً كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَ الْقَبْضِ وَحَاصِلُ الْخِلَافِ فِي تَحْلِيلِ الْبَائِعِ عِنْدَنَا لَا يَحْلِفُ الْبَائِعُ وَعِنْدَهُمَا يَحْلِفُ قَوْلُهُ أَوْ فِي الثَّمَنِ أَيْ لَوْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ شَرَحَهُ

قوله وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا خَرَجَ الْمَبِيعُ عَنْ مِلْكِهِ

أَيُّ يَبِيعُ أَوْ هَبَهُ لِأَنَّ خُرُوجَ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِ الْمُشْتَرِي هَلَاكٌ حُكْمًا وَالْهَلَاكُ لَا يَمْنَعُ التَّحَالَفَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لَهُمَا

قَوْلُهُ بِشَرْطٍ أَنْ تَكُونَ السَّلْعَةُ قَائِمَةً

أَيُّ لِأَنَّ الْوَاوَ لِلْحَالِ وَالْأُحْوَالَ شُرُوطٌ

قَوْلُهُ ثُمَّ هَلَكَ أَحَدُهُمَا عِنْدَ الْمُشْتَرِي

أَيُّ

قَبْلَ تَقَدُّ الثَّمَنِ قَوْلُهُ لِأَنَّ الْمُسْتَشْتَى مِنْهُ عَدَمُ التَّحَالُفِ (أَيْ لِأَنَّ قَوْلَهُ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ مُسْتَشْتَى مِنْ عَدَمِ التَّحَالُفِ .

قَوْلُهُ وَأَنْ لَا يَحْلِفَ

كَذَا هُوَ بِخَطِّ الشَّارِحِ .

قَوْلُهُ وَتَكَلَّمُوا أَنَّ هَذَا الْإِسْتِثْنَاءَ

أَيُّ وَهُوَ قَوْلُهُ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْبَائِعُ .

قَوْلُهُ وَصَارَ تَقْدِيرُهُ مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ

أَيُّ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ .

قَوْلُهُ وَلَا يَأْخُذُ شَيْئًا آخَرَ

أَيُّ لَا مِنْ قِيَمَةِ الْهَالِكِ وَلَا مِنْ ثَمَنِهِ

قَوْلُهُ كَانَ صَادِقًا

أَيُّ وَكَذَا لَوْ حَلَفَ الْبَائِعُ بِاللَّهِ مَا بَعَثَ الْقَائِمَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي يَدَّعِيهِ الْمُشْتَرِي كَانَ صَادِقًا قَوْلُهُ فَيَنْبِئُ الْأَمْرُ عَلَيْهَا (أَيْ لَوْلَا يَلْزَمُ الْإِقْدَامُ عَلَى الْقَسَمِ بِجَهَالَةٍ .

قوله لَان الشَّاهِدَيْنِ لَا يَعْلَمَان حَقِيقَةَ النَّامِر

أَي فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْحَالُ فِي الْوَاقِعِ عَلَى خِلَافِ مَا ظَهَرَ عِنْدَهُمَا بِهِزْلٍ أَوْ تَلَجُّةٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي مَقْدَارِ الثَّمَنِ بَعْدَ الْإِقَالَةِ تَحَالَفَا) مَعْنَاهُ إِذَا اِخْتَلَفَا بَعْدَ مَا تَقَالَمَا قَبْلَ قَبْضِ الْمَبِيعِ بِحُكْمِ الْإِقَالَةِ فَإِنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِهَمَا بَيِّنَةٌ وَيَعُودُ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ لِأَنَّ التَّحَالَفَ قَبْلَ الْقَبْضِ مُوَافِقٌ لِلْقِيَاسِ لِمَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعٍ وَمُنْكَرٌ فَيَتَعَدَّى إِلَى الْإِقَالَةِ كَمَا يَتَعَدَّى إِلَى الْإِجَارَةِ وَإِلَى الْوَارِثِ وَإِلَى قِيَمَةِ الْمَبِيعِ فِيمَا إِذَا اسْتَهْلَكَ الْمَبِيعَ غَيْرُ الْمُشْتَرِي وَلَوْ قَبْضَ الْبَائِعِ الْمَبِيعَ بَعْدَ الْإِقَالَةِ فَلَا يَتَحَالَفَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَتَحَالَفَانِ لِأَنَّهُ يَرَى النَّصَّ مَعْلُولًا بَعْدَ الْقَبْضِ أَيْضًا

الشرح

قوله فيما إذا استهلك المبيع غير المشتري (أي واختار المشتري بقاء العقد وأخذته القيمة ثم اختلفا في الثمن .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْمَهْرِ قَضَى لِمَنْ بَرَهَنَ) أَي لِمَنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ لِأَنَّهُ نَوَّرَ دَعْوَاهُ بِهَا وَهِيَ كَاسْمِهَا مُبَيَّنَةٌ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ بَرَهَنَّا فَلِلْمَرْأَةِ) أَي إِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ كَانَتْ بَيِّنَةُ الْمَرْأَةِ أَوْلَى لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ الزِّيَادَةَ وَالْبَيِّنَاتُ لِلْإِنِّاتِ فَكَانَتْ أَوْلَى هَذَا إِذَا كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ يَشْهَدُ لِلزَّوْجِ بِأَنْ كَانَ مِثْلُ مَا يَدَّعِي الزَّوْجُ أَوْ أَقَلَّ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يَشْهَدُ لِلزَّوْجِ وَبَيِّنَةُ الْمَرْأَةِ تُثَبِّتُ خِلَافَ الظَّاهِرِ فَكَانَتْ أَوْلَى وَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ يَشْهَدُ لَهَا بِأَنْ كَانَ مِثْلُ مَا تَدَّعِيهِ أَوْ أَكْثَرَ كَانَتْ بَيِّنَةُ الزَّوْجِ أَوْلَى لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ الْحَطَّ وَهُوَ خِلَافُ الظَّاهِرِ وَالْبَيِّنَاتُ لِلْإِنِّاتِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَإِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلَهَا لَا يَشْهَدُ لَهَا وَلَا لَهُ بِأَنْ كَانَ أَقَلَّ مِمَّا ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ أَوْ أَكْثَرَ مِمَّا ادَّعَاهُ الزَّوْجُ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا يَتَهَاتَرَانِ لِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي الْإِنِّاتِ لِأَنَّ بَيِّنَتَهَا تُثَبِّتُ الزِّيَادَةَ وَبَيِّنَتُهُ تُثَبِّتُ الْحَطَّ فَلَا تَكُونُ إِحْدَاهُمَا أَوْلَى مِنَ الْأُخْرَى قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ عَجَزَا) أَي عَنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ (تَحَالَفَا وَلَمْ يُفْسَخِ النِّكَاحُ) لِأَنَّ يَمِينَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْتَفِي بِهِ مَا يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ مِنَ التَّسْمِيَةِ فَيَبْقَى الْعَقْدُ بِلَا تَسْمِيَةٍ وَذَلِكَ غَيْرُ مُفْسَدٍ لِلنِّكَاحِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْفُسْخِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (بَلْ يُحْكَمُ مَهْرُ الْمِثْلِ فَقَضَى بِقَوْلِهِ لَوْ كَانَ كَمَا قَالَ أَوْ أَقَلَّ وَيَقُولُهَا لَوْ كَانَ كَمَا قَالَتْ أَوْ أَكْثَرَ وَبِهِ لَوْ بَيَّنَّهُمَا) أَي بَيَّنَ مَا قَالَتْهُ هِيَ وَبَيَّنَ مَا قَالَهُ هُوَ لِأَنَّهُ لَمَّا اتَّفَقَا بِبَيِّنَتَيْهِمَا التَّسْمِيَةَ أُحْتِجَ إِلَى تَحْكِيمِ مَهْرِ الْمِثْلِ فَيَقْضَى بِقَوْلِ مَنْ يَشْهَدُ لَهُ مَهْرُ الْمِثْلِ وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بِأَنْ كَانَ أَقَلَّ

مِمَّا ادَّعَتْ أَوْ أَكْثَرَ مِمَّا أَقَرَّ بِهِ هُوَ قَضَى بِذَلِكَ وَهَذَا تَخْرِيجُ الْكَرْحِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَتَخْرِيجُ الرَّازِيِّ خِلَافَ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يَبْدَأُ بِالْيَمِينِ أَوَّلًا فَيَجْعَلُ الْقَوْلَ لِمَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ وَهُوَ مَهْرُ الْمِثْلِ مَعَ يَمِينِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بِأَنْ كَانَ بَيْنَهُمَا تَحَالَفًا وَيَبْدَأُ بِبَيِّنِ الزَّوْجِ لِتَعْجِيلِ الْفَائِدَةِ وَقَدْ بَيَّنَّا مُفْصَلًا فِي النِّكَاحِ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَتَحَالَفَانِ وَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِشَيْءٍ مُسْتَنَكِرٍ وَقَدْ بَيَّنَّا فِي النِّكَاحِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ

(وَلَوْ اِخْتَلَفَا فِي الْإِجَارَةِ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ تَحَالَفَا) يَعْنِي قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ لَأَنَّ الْإِجَارَةَ قَبْلَ قَبْضِ الْمَنْفَعَةِ تَظِيرُ الْبَيْعِ قَبْلَ قَبْضِ الْمَبِيعِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعٍ عَلَى صَاحِبِهِ وَمُنْكَرٌ لِمَا يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُمَا يَحْتَمِلَانِ الْفَسْخَ وَهُمَا عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ فَإِنْ قِيلَ قِيَامُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ شَرْطٌ لِلتَّحَالُفِ وَالْمَنْفَعَةُ مَعْدُومَةٌ فَوَجِبَ أَنْ لَا يُجْرَى فِيهَا التَّحَالُفُ قُلْنَا فِي الْمَعْدُومِ يُجْرَى التَّحَالُفُ كَمَا فِي السَّلَامِ وَلِأَنَّ الْعَيْنَ الْمُسْتَأْجَرَ أَقِيمَتْ مَقَامَ الْمَنْفَعَةِ فِي حَقِّ إِيرَادِ الْعَقْدِ عَلَيْهَا فَصَارَتْ كَأَنَّهَا قَائِمَةٌ ثُمَّ إِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي الْأَجَرَةِ بُدِئَ بِيَمِينِ الْمُسْتَأْجِرِ وَإِنْ وَقَعَ فِي الْمَنْفَعَةِ بُدِئَ بِيَمِينِ الْمُؤْجِرِ وَإِيْهُمَا نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى الْآخَرِ وَإِيْهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةُ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ وَإِنْ أَقَامَاهَا فَبَيِّنَةُ الْمُؤْجِرِ أَوْلَى إِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي الْأَجَرَةِ وَإِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي الْمَنْفَعَةِ فَبَيِّنَةُ الْمُسْتَأْجِرِ أَوْلَى وَإِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِيهِمَا فَبَيِّنَةُ الْمُؤْجِرِ أَوْلَى فِي الْأَجَرَةِ وَبَيِّنَةُ الْمُسْتَأْجِرِ أَوْلَى فِي الْمَنْفَعَةِ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لِلْإِثْبَاتِ فَمَا كَانَ أَكْثَرَ إِبْتِائًا كَانَ أَوْلَى

الشرح

قوله ثم إن كان الاختلاف في الأجرة

أي بأن قال المؤجر أجرتك بعشرة وقال المستأجر بل بخمسة .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبَعْدَهُ لَا وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ) أَيِ إِنْ اِخْتَلَفَا بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ لَا يَتَحَالَفَانِ وَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُسْتَأْجِرِ مَعَ يَمِينِهِ لِأَنَّ فَائِدَةَ التَّحَالُفِ الْفَسْخُ وَالْمَنَافِعُ الْمُسْتَوْفَاةُ لَا يُمَكِّنُ عَقْدَ الْفَسْخِ فِيهَا فَا مَتَنَعَ التَّحَالُفُ وَهَذَا عِنْدَهُمَا ظَاهِرٌ لِأَنَّ هَلَاكَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ يَمْنَعُ التَّحَالُفَ عِنْدَهُمَا وَكَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ الْهَلَاكَ إِنَّمَا لَا يَمْنَعُ عِنْدَهُ فِي الْمَبِيعِ لِمَا أَنَّ لَهُ قِيَمَةً تَقُومُ مَقَامَهُ فَيَتَحَالَفَانِ عَلَيْهَا وَلَوْ جَرَى التَّحَالُفُ هُنَا وَفُسِخَ الْعَقْدُ فَلَا قِيَمَةَ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تَتَقَوَّمُ بِنَفْسِهَا بَلْ بِالْعَقْدِ وَبِالْفَسْخِ يَرْتَفِعُ الْعَقْدُ فَيَبْيُنُ أَنَّهُ لَا عَقْدَ فَإِذَا ا مَتَنَعَ التَّحَالُفُ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُسْتَأْجِرِ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُنْكَرُ

الشرح

قوله لا يمنع عنده

أي التَّحَالُفَ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالْبَعْضُ مُعْتَبَرٌ بِالْكُلِّ) مَعْنَاهُ إِذَا اسْتَوْفَى بَعْضَ الْمَنَافِعِ وَبَقِيَ الْبَعْضُ يُعْتَبَرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْكُلِّ حَتَّى يَمْتَنَعَ التَّحَالُفُ فِي الْمُسْتَوْفَى وَيَكُونُ الْقَوْلُ فِيهِ قَوْلَ الْمُسْتَأْجِرِ كَمَا لَوْ اسْتَوْفَى الْكُلَّ وَيَجْرِي التَّحَالُفُ فِي الْبَاقِي وَيُفْسَخُ الْعَقْدُ فِيهِ كَمَا إِذَا لَمْ يَسْتَوْفَ شَيْئًا وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ فَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ فِي هَلَاكَ بَعْضِ الْمَبِيعِ فَإِنَّ التَّحَالُفَ فِيهِ عِنْدَهُ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الْبَاقِي فَكَذَا هُنَا وَهُمَا خَالِفَا أَصْلِهِمَا فِي الْمَبِيعِ وَالْفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ مَا بَيَّنَّاهُ فِي اسْتِيفَاءِ الْكُلِّ مِنْ أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تَتَقَوَّمُ إِلَّا بِالْعَقْدِ فَلَوْ تَحَالَفَا لَا يَبْقَى الْعَقْدُ فَلَمْ

يُمْكِنُ إِيْجَابُ شَيْءٍ وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْعَقْدَ فِي الْبَايَعَةِ يَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً عَلَى حَسَبِ حُدُوثِ الْمَنَافِعِ فَيَصِيرُ كُلُّ جُزْءٍ مِنَ الْمَنَافِعِ كَالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ عَقْدًا مُبْتَدَأً عَلَى حِدَةٍ فَلَا يُلْزَمُ مِنْ تَعَدُّرِ التَّحَالُفِ فِي الْمَاضِي التَّعَدُّرُ فِيمَا بَقِيَ إِذْ هُمَا فِي حُكْمِ عَقْدَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ فَيَتَحَالَفَانِ فِيهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا هَلَكَ بَعْضُ الْمَبِيعِ حَيْثُ يَمْتَنِعُ التَّحَالُفُ فِيهِ عَنْهُ فِي الْكُلِّ لِأَنَّهُ عَقْدٌ وَاحِدٌ فَإِذَا امْتَنَعَ فِي الْبَعْضِ امْتَنَعَ فِي الْكُلِّ ضَرُورَةً كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ عَلَى الْبَايَعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ النِّبْتِ فَالْقَوْلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا يَصْلُحُ لَهُ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ يَشْهَدُ لَهُ وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ التَّكَاحُ قَائِمًا بَيْنَهُمَا أَوْ لَمْ يَكُنْ قَائِمًا وَمِمَّا يَصْلُحُ لِلرَّجُلِ الْعِمَامَةُ وَالْقَبَاءُ وَالْقُلُوسُ وَالطِّيلَسَانُ وَالسَّلَاحُ وَالْمِنْطَقَةُ وَالْكُتُبُ وَالْقُوسُ وَالذَّرْعُ الْحَدِيدُ فَيَكُونُ الْقَوْلُ فِيهَا قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ لِمَا بَيَّنَّا وَمِمَّا يَصْلُحُ لِلْمَرْأَةِ الْخِمَارُ وَالذَّرْعُ وَالْأَسَاوِرُ وَخَوَاتِمُ النِّسَاءِ وَالْحُلِيِّ وَالْخُلْخَالُ وَأَمْثَالُ ذَلِكَ فَإِنَّ الْقَوْلَ فِيهَا قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا لِمَا ذَكَرْنَا إِلَّا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ يَبِيعُ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ فَلَا يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُهَا لِتَعَارُضِ الظَّاهِرَيْنِ وَكَذَا إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ تَبِيعُ مَا يَصْلُحُ لِلرَّجَالِ لَا يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَهُ فِيمَا يَصْلُحُ لَهُمَا) أَيُّ إِذَا اخْتَلَفَا فِيمَا يَصْلُحُ لَهُمَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ لَأَنَّ الْمَرْأَةَ وَمَا فِي يَدِهَا فِي يَدِ الزَّوْجِ وَالْقَوْلُ لِصَاحِبِ الْيَدِ فِي الدَّعَاوَى بِخِلَافِ مَا يَخْتَصُّ بِالْمَرْأَةِ لِأَنَّ ظَاهِرَهُ يُقَابِلُهُ ظَاهِرُ آخَرٍ مِنْ جِهَتِهَا فَيَتَعَارَضَانِ فَتَرْجَحُ بِالِاسْتِعْمَالِ مِنْ جِهَتِهَا وَالَّذِي يَصْلُحُ لَهُمَا الْفُرْشُ وَالْأَمْتَعَةُ وَالْأَوَانِي وَالرَّقِيقُ وَالْعَقَارُ وَالْمَوَاشِي وَالثَّقُودُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا فَلِلْحَيِّ) أَيُّ إِذَا مَاتَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ وَاخْتَلَفَ الْحَيُّ مِنْهُمَا مَعَ وَرَثَةِ الْآخَرِ كَانَ الْمَتَاعُ لِلْحَيِّ وَمُرَادُهُ مِنَ الْمَتَاعِ مَا يَصْلُحُ لَهُمَا وَهُوَ الْمُسْكَلُ وَمَا لَا إِشْكَالَ فِيهِ وَهُوَ مَا يَصْلُحُ لِأَحَدِهِمَا وَلَا يَصْلُحُ لِلْآخَرِ فَهُوَ عَلَى مَا كَانَ قَبْلَ الْمَوْتِ وَتَقُومُ وَرَثَتُهُ مَقَامَهُ فِيهِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَخَالَفَهُ أَبُو يُوسُفَ فِي الْمُسْكَلِ فَقَالَ يُدْفَعُ إِلَى الْمَرْأَةِ مِنْ

الْمُسْكَلِ مَا يُجَهِّزُ بِهِ مِثْلَهَا وَالْبَاقِي لِلزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ وَلِوَرَثَتِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَالَ مُحَمَّدٌ مِثْلُ مَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ أَنَّ مَا يَصْلُحُ لِأَحَدِهِمَا فَهُوَ لَهُ وَمَا يَصْلُحُ لَهُمَا فَهُوَ لِلزَّوْجِ إِلَّا أَنْ قَوْلَهُ هَذَا لَا يَخْتَلِفُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ فِي حَيَاتِهِمَا أَوْ بَعْدَ مَوْتِ أَحَدِهِمَا فَحَاصِلُهُ أَنَّهُمْ اتَّفَقُوا أَنَّ مَا يَصْلُحُ لِأَحَدِهِمَا فَهُوَ لِمَنْ يَصْلُحُ لَهُ فِي الْحَيَاةِ وَالْمَوْتِ حَتَّى تَقُومَ وَرَثَتُهُ مَقَامَهُ وَاخْتَلَفُوا فِيمَا يَصْلُحُ لَهُمَا قَابِو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ جَعَلَهُ لِلزَّوْجِ فِي حَالِ حَيَاتِهِمَا وَلِلْبَاقِي مِنْهُمَا بَعْدَ مَوْتِ أَحَدِهِمَا وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ جَعَلَهُ لِلزَّوْجِ فِي الْحَالَتَيْنِ وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ جَعَلَ مِنْهُ لِلْمَرْأَةِ قَدْرَ مَا يُجَهِّزُ بِهِ مِثْلَهَا فِي الْحَالَتَيْنِ لِأَنَّهُمَا تَأْتِي بِالْجِهَازِ عَادَةً فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهَا وَهُوَ أَقْوَى مِنْ ظَاهِرِ يَدِ الزَّوْجِ فَيُطْلَبُ بِهِ ظَاهِرُهُ وَلَا مُعَارَضَ فِي الْبَاقِي فَيُعْتَبَرُ وَلَهُمَا فِي الْإِسْتِوَاءِ بَيْنَ الْحَالَتَيْنِ أَنَّ الْوَرَثَةَ يَقُومُونَ مَقَامَ الْمَيِّتِ لَأَنَّهُمْ خُلُفَاؤُهُ فَلَا يَتَغَيَّرُ الْحُكْمُ فِي الْمُسْكَلِ بِالْمَوْتِ كَمَا لَا يَتَغَيَّرُ فِي غَيْرِ الْمُسْكَلِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ يَدَ الْبَاقِي مِنْهُمَا أَسْبَقُ إِلَى الْمَتَاعِ لِأَنَّ الْوَارِثَ ثَبَتَ يَدُهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْرَثِ فَيَقَعُ بِهِ التَّرْجِيحُ كَمَا يَقَعُ بِالصَّلَاحِيَةِ لِلِاسْتِعْمَالِ عَلَى مَا بَيَّنَّا بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ الْيَدَ رُجْحَانًا مُطْلَقًا حَتَّى يُرْجَحَ بِهِ فِي غَيْرِ هَذَا الْبَابِ بِخِلَافِ الصَّلَاحِيَةِ وَلِأَنَّ يَدَ الْبَاقِي مِنْهُمَا يَدَ نَفْسِهِ وَيَدَ الْوَارِثِ خَلْفَ عَنْ يَدِ الْمَوْرَثِ فَلَا يُعَارِضُ الْأَصْلَ وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ الْمُسْكَلُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَالْبَاقِي مِثْلُ مَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعَنْهُ أَنَّ الْمَتَاعَ كُلَّهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ

لَأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي سَبَبِ الْإِسْتِحْقَاقِ إِذْ هُمَا سَاكِنَانِ فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ وَالنِّبْتُ مَعَ مَا فِيهِ فِي أَيْدِيهِمَا وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالشُّبْهَةِ فِي الْخُصُومَاتِ أَلَّا تَرَى أَنَّ إِسْكَافًا وَعَطَارًا لَوْ اخْتَلَفَا فِي آلَةِ الْأَسَاكِفَةِ أَوْ آلَةِ الْعَطَارِينَ وَهِيَ فِي أَيْدِيهِمَا قُضِيَ بِهَا بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَلَا يُنْظَرُ إِلَى مَا يَصْلُحُ لِأَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ قَدْ يَتَّخِذُهُ لِنَفْسِهِ أَوْ لِلْبَيْعِ فَلَا يَصْلُحُ مُرْجَحًا وَقَالَ الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ الْمَتَاعُ كُلُّهُ لِلْمَرْأَةِ وَلَيْسَ لِلرَّجُلِ إِلَّا مَا عَلَيْهِ مِنْ ثِيَابٍ بَدَنَهُ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ هِيَ السَّاكِنَةُ فِيهِ وَلِهَذَا تُسَمَّى قَعِيدَتُهُ وَيَدُ صَاحِبِ النِّبْتِ عَلَى مَا فِي النِّبْتِ أَقْوَى وَأَظْهَرُ مِنْ يَدِ غَيْرِهِ وَفِي الدَّعَاوَى يُقَدِّمُ صَاحِبُ الْيَدِ وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى الْمَتَاعُ كُلُّهُ لِلزَّوْجِ كَيْفَمَا كَانَ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ فِي يَدِ الزَّوْجِ فَمَا فِي النِّبْتِ أَيْضًا يَكُونُ فِي يَدِهِ وَإِنْ كَانَ الْبَيْتُ لَهَا أَلَّا تَرَى أَنَّهُ صَاحِبُ الْبَيْتِ وَأَنَّ الْبَيْتَ يُضَافُ إِلَيْهِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الْمُوَجَّرِ مَعَ الْمُسْتَأْجِرِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي مَتَاعِ الْمَنْزِلِ فَإِنَّ الْقَوْلَ لِلْمُسْتَأْجِرِ لِكُونِهِ مُضَافًا إِلَيْهِ

بِالسُّكْنَى وَلَيْسَ لِلْمُزَجَّرِ سِوَى مَا عَلَيْهِ مِنْ ثِيَابٍ بَدَنَهُ فَكَذَا هَذَا وَهَذِهِ هِيَ الْمُسَبِّعَةُ وَقَدْ ذَكَرْنَا الْقَاوِيلَ السَّبْعَةَ بِحَمْدِ اللَّهِ تَعَالَى

الشرح

قَوْلُهُ إِلَّا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ يَبِيعُ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ (أَيْ أَوْ كَانَ صَانِعًا لَهَا .

قَالَ (وَلَوْ أَحَدُهُمَا مَمْلُوكًا فَلِلْحُرِّ فِي الْحَيَاةِ وَلِلْحَيِّ فِي الْمَوْتِ) أَيْ لَوْ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مَمْلُوكًا وَآخَرُهَا فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ كَانَ الْمَتَاعُ لِلْحُرِّ فِي حَالِ حَيَاتِهِمَا وَلِلْحَيِّ مِنْهُمَا بَعْدَ مَوْتِ أَحَدِهِمَا أَيهُمَا كَانَ لِأَنَّ يَدَ الْحُرِّ أَقْوَى لِأَنَّهَا يَدُ مَلِكٍ وَلَا كَذَلِكَ يَدُ الْمَمْلُوكِ وَأَمَّا إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا فَلَا يَدَ لِلْمَيِّتِ فَخَلَّتْ يَدُ الْحَيِّ عَنِ الْمُعَارَضِ فَكَانَ لِلْحَيِّ مِنْهُمَا هَكَذَا ذِكْرُ الْحُكْمِ فِي الْهِدَايَةِ وَالْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلصَّدْرِ الشَّهِيدِ وَصَدْرُ الْإِسْلَامِ وَشَمْسُ الْأُتَمَّةِ الْحُلَوَانِيِّ وَفَخِرُ الْإِسْلَامِ وَقَاضِي خَانَ وَقَالَ شَمْسُ الْأُتَمَّةِ السَّرْحَسِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا كَانَ الْمَتَاعُ لِلْحُرِّ مِنْهُمَا ثُمَّ قَالَ وَفِي بَعْضِ النُّسخِ لِلْحَيِّ مِنْهُمَا وَهُوَ سَهْوٌ وَهَذَا عَلَى إِطْلَاقِهِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ الْعَبْدُ الْمَأْدُونُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ وَالْمُكَاتَبُ كَالْحُرِّ لِأَنَّ لَهُمَا يَدًا مُعْتَبَرَةً فِي الْخُصُومَاتِ وَلِهَذَا لَوْ اخْتَصَمَ الْحُرُّ وَالْمُكَاتَبُ فِي شَيْءٍ وَهُوَ فِي أَيْدِيهِمَا يُقْضَى بِهِ بَيْنَهُمَا لاسْتَوَانِهِمَا فِي الْيَدِ وَلَوْ كَانَ فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ اسْتَوَيَا فِيهِ حَتَّى يُقْضَى بِهِ بَيْنَهُمَا فَكَذَا فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ إِنَّ يَدَ الْمَمْلُوكِ لَا تَكُونُ مُسَاوِيَةً لِيَدِ الْحُرِّ فَإِنَّ يَدَهُ يَدُ نَفْسِهِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَيَدُ الْمَمْلُوكِ يَدُ الْغَيْرِ وَهُوَ الْمَوْلَى مِنْ وَجْهِ وَلِأَنَّ يَدَ الْحُرِّ يَدُ مَلِكٍ حَقِيقَةً وَيَدُ الْمَمْلُوكِ لَيْسَتْ بِيَدِ مَلِكٍ فَكَانَتْ يَدُ الْحُرِّ أَقْوَى فَتَرَجَّحَتْ بِهِ فِي حَقِّ مَتَاعِ الْبَيْتِ أَلَا تَرَى أَنَّهَا تَتَرَجَّحُ بِالصَّلَاحِيَّةِ فَهَذَا أَوَّلَى أَنْ يَتَرَجَّحَ بِهِ بِخِلَافِ سَائِرِ الْخُصُومَاتِ فَإِنَّهَا لَا تَتَرَجَّحُ بِالصَّلَاحِيَّةِ فَكَذَا لَا تَتَرَجَّحُ بِالْحُرِّيَّةِ لِأَنَّ

الظَّاهِرَ هُنَا يَشْهَدُ بِالِاسْتِعْمَالِ فَكَانَتْ الصَّلَاحِيَّةُ وَالْمُلْكُ فِيهِ أَقْوَى دَلَالَةً عَلَيْهِ فَتَرَجَّحَتْ وَبِهَذَا يُجَابُ عَنْ قَوْلِ زُفَرٍ وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِ فِي اسْتِدْلَالِهِمْ عَلَى التَّنْصِيفِ بِاخْتِلَافِ الْعُطَارِ وَالِاسْتِكَافِ فِي آلَةٍ أَحَدِهِمَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الشرح

قَوْلُهُ وَفَخِرُ الْإِسْلَامِ (لَيْسَ كَذَلِكَ بَلِ الَّذِي ذَكَرَهُ فَخِرُ الْإِسْلَامِ أَنَّهُ لِلْحُرِّ هَكَذَا نَقَلَهُ لَمْ يَكْتُبِ الْمُحَشِّي

(فَصْلٌ) قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ هَذَا الشَّيْءُ أَوْ دَعَنِيهِ أَوْ آجَرَنِيهِ أَوْ أَعَارَنِيهِ فُلَانُ الْعَائِبُ أَوْ رَهْنَهُ أَوْ غَصَبَهُ مِنْهُ وَبَرَهَنَ عَلَيْهِ دَفَعْتُ خُصُومَةَ الْمُدَّعِي) لِأَنَّهُ أَثْبَتَ بَيِّنَتَهُ أَنَّ الْعَيْنَ وَصَلَتْ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةِ الْعَائِبِ وَأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِيَدِ خُصُومَةٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ الْمُدَّعِي بِذَلِكَ أَوْ أَثْبَتَ ذُو الْبَيْدِ إِقْرَارَهُ بِهِ وَالشَّرْطُ اثْبَاتُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ ذُونَ الْمَلِكِ حَتَّى لَوْ شَهِدُوا بِالْمَلِكِ لِلْعَائِبِ ذُونَ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ لَمْ تَنْدَفِعِ الْخُصُومَةُ وَبِالْعَكْسِ تَنْدَفِعُ وَقَالَ ابْنُ شُبْرُمَةَ لَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ وَلَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ لِأَنَّهُ بَظَاهِرٍ يَدِهِ صَارَ خَصَمًا وَلَا يَخْرُجُ عَنْهُ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَا يَثْبُتُ بِهِا لِلْعَائِبِ لِعَدَمِ الْخَصَمِ عَنْهُ وَلَا وَلَايَةَ لِأَحَدٍ فِي إِدْخَالِ الشَّيْءِ فِي مَلِكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ رِضَا وَخُرُوجِهِ مِنْ أَنْ يَكُونَ خَصَمًا فِي ضِمْنِ ثُبُوتِ الْمَلِكِ لِعَیْرِهِ فَلَا يَثْبُتُ الْمُتَضَمَّنُ بِغَيْرِ أَصْلِهِ كَالْوَصِيَّةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمْنِ النِّبْعِ بِالْمُحَابَاةِ تَبْطُلُ بِطُلَانِ النِّبْعِ فَصَارَ نَظِيرُ مَا لَوْ ادَّعَاهَا بَعْدَ هَلَاكِهَا أَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ الْفِعْلُ كَالْعَصَبِ وَنَحْوِهِ وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ بِإِقْرَارِهِ لِلْعَائِبِ مِنْ غَيْرِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لِأَنَّ كَلَامَهُ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْمَلِكِ لِلْعَائِبِ وَالْإِقْرَارُ مُوجِبٌ لِلْحَقِّ بِنَفْسِهِ لِيُخْلَوْهُ عَنْ التُّهْمَةِ فَالتَّحْقُّقُ بِالْبَيِّنَةِ فَيَثْبُتُ مَا أَقَرَّ بِهِ بِمُجَرَّدِ الْإِقْرَارِ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِعَيْنِ لِعَائِبٍ ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا لِخَاصِرٍ فَرَجَعَ الْعَائِبُ وَصَدَّقَهُ يُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ وَكَذَا الصَّحِيحُ لَوْ أَقَرَّ لِعَیْرِهِ شَيْءٍ فَمَرِضَ فَصَدَّقَهُ الْمُقَرُّ لَهُ فِي مَرَضِهِ كَانَ إِقْرَارُهُ إِقْرَارُ الصَّحِيحِ وَكَذَا لَوْ أَقَرَّ بِشَيْءٍ لِشَخْصٍ ثُمَّ غَابَ يُقْضَى عَلَيْهِ بِهِ وَيُؤْخَذُ مِنْ

مَالَهُ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ إِقْرَارُهُ مُوجِبًا بِنَفْسِهِ لَمَا كَانَ كَذَلِكَ وَلِأَنَّهُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ صَادِقًا أَوْ كَاذِبًا فَإِنْ كَانَ صَادِقًا فَلَا خُصُومَةَ بَيْنَهُمَا وَإِنْ كَانَ كَاذِبًا فَإِقْرَارُهُ عَلَى نَفْسِهِ صَحِيحٌ فَيُثْبِتُ بِهِ أَنَّ يَدَهُ يَدُ حَفِظٍ لَا يَدُ خُصُومَةٍ فَلَمَّا إِنْ بَيَّنَّتْهُ أَثْبَتَتْ أَمْرَيْنِ الْمَلِكِ لِلْعَائِبِ وَهُوَ لَيْسَ بِخَصْمٍ فِيهِ فَلَا يَثْبِتُ وَدَفَعَ الْخُصُومَةَ عَنْ نَفْسِهِ وَهُوَ خَصْمٌ فِيهِ فَيُثْبِتُ فِي حَقِّهِ كَالْوَكِيلِ بِقَبْلِ الْمَرْأَةِ أَوْ الْأَمَةِ إِذَا أَقَامَتْ بَيِّنَةً عَلَى الطَّلَاقِ أَوْ الْعَتَاقِ تُقْبَلُ فِي حَقِّ قَصْرِ يَدِ الْوَكِيلِ دُونَ ثُبُوتِ الطَّلَاقِ أَوْ الْعَتَاقِ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلِ فَصَارَ كَأَنَّ الْمُدَّعِيَ أَقَرَّ بِذَلِكَ أَوْ أَثْبِتَ إِقْرَارُهُ بِهِ وَهَذَا لِأَنَّ مَقْصُودَ ذِي الْيَدِ اثْبَاتُ يَدِ حَافِظَةٍ لِنَفْسِهِ لَا اثْبَاتُ الْمَلِكِ لِلْعَائِبِ وَهُوَ خَصْمٌ فِي اثْبَاتِ يَدِهِ فَيُثْبِتُ دُونَ الْمَلِكِ لِلْعَائِبِ وَلَا يُمكنُ دَفْعُهَا بِمُجَرَّدِ إِقْرَارِهِ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ بِظَاهِرِ يَدِهِ وَلِهَذَا يُجْبَرُ بِالْحُضُورِ وَيُؤْخَذُ مِنْهُ الْكَفِيلُ فَلَا يَقْدَرُ عَلَى دَفْعِهَا إِلَّا بِحُجَّةٍ كَمَا إِذَا ادَّعَى إِحَالَةَ غَرِيمِهِ عَلَى غَيْرِهِ وَلَئِنْ دَفَعَهَا بِلَا بَيِّنَةٍ يُؤَدِّي إِلَى إِثْوَاءِ الْحَقُوقِ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يَعْجِزُ عَنْهُ وَقَوْلُهُ وَخُرُوجُهُ مِنْ أَنْ يَكُونَ خَصْمًا فِي ضَمَنِ ثُبُوتِ الْمَلِكِ لِعَظِيمِهِ إِخْلُوقًا فَلَمَّا ثُبُوتُ الْمَلِكِ يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولِهِ فَيَتَوَقَّفُ بِمُوجِبِهِ وَانْدِفَاعِ الْخُصُومَةِ مِنْهَا فَيَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ حَتَّى إِذَا صَدَقَهُ تَبَيَّنَ أَنَّ مَلِكَهُ كَانَ ثَابِتًا مِنْ وَقْتِ الْإِقْرَارِ وَأَنَّ يَدَهُ كَانَتْ حَافِظَةً لَا يَدُ خُصُومَةٍ وَلِهَذَا يُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ إِذَا حَضَرَ وَيُعْتَبَرُ حَالُهُ مِنْ الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ وَيُسَلِّمُ الْقَاضِي الْمُقَرَّرَ بِهِ إِلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ إِذَا غَابَ الْمُقَرَّرُ بَعْدَ إِقْرَارِهِ عِنْدَهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا

ادَّعَى الْعَيْنَ بَعْدَ هَلَاكِهَا عِنْدَهُ حَيْثُ لَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ عَنْهُ وَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى أَنَّهَا كَانَتْ وَدِيعةً عِنْدَهُ بِالْإِتِّفَاقِ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ بَعْدَ هَلَاكِ الْعَيْنِ يَدَّعِي عَلَيْهِ الْقِيَمَةَ وَهِيَ فِي ذِمَّتِهِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْقَاضِي يَقْضِي بِهَا عَلَى مُودِعِ الْعَاصِبِ فَلَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ ذِمَّتَهُ كَانَتْ لِعَظِيمِهِ وَفِي الْعَيْنِ يَتَبَيَّنُ وَبِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى الْفِعْلَ عَلَيْهِ كَالْغَضَبِ وَغَيْرِهِ لِأَنَّ ذَا الْيَدِ صَارَ خَصْمًا لِلْمُدَّعِيَ بِاعْتِبَارِ دَعْوَى الْفِعْلِ عَلَيْهِ فَلَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ أَنَّ الْعَيْنَ لِعَظِيمِهِ أَلَا تَرَى أَنَّ دَعْوَى الْفِعْلِ تَجُوزُ عَلَى غَيْرِ ذِي الْيَدِ فَلَا تَنْدَفِعُ بِالتَّحْوِيلِ وَدَعْوَى الْمَلِكِ لَا تَجُوزُ فَتَنْدَفِعُ بِالتَّحْوِيلِ لِأَنَّهُ صَارَ خَصْمًا لَهُ بِاعْتِبَارِ يَدِهِ إِذَا أَثْبِتَ بِالْبَيِّنَةِ أَنَّ يَدَهُ حَافِظَةٌ وَلَيْسَتْ بِيَدِ خُصُومَةٍ انْدَفَعَتْ الْخُصُومَةُ عَنْهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ آخِرًا إِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ صَالِحًا فَالْجَوَابُ كَمَا ذَكَرْنَا وَإِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِالْحِيلِ وَالْإِفْعَالِ لَا تَنْدَفِعُ عَنْهُ الْخُصُومَةُ وَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّ الْعَيْنَ لِلْعَائِبِ لِأَنَّ الْمُحْتَالَ مِنَ النَّاسِ يَأْخُذُ مَالَ غَيْرِهِ غَضَبًا وَيَدْفَعُهُ سِرًّا إِلَى غَرِيبٍ يُرِيدُ أَنْ يَغِيبَ مِنَ الْبَلَدَةِ وَيُؤَاعِدَهُ أَنْ يَرُدَّهُ إِلَيْهِ عَلَى رُغُوسِ الْأَشْهَادِ لِيُمْكِنَهُ الْإِشْهَادُ عَلَى أَنَّ هَذَا الشَّيْءَ أَوْدَعَهُ غَيْرُهُ عِنْدَ مَا يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ فَيَضِيعُ بِذَلِكَ مَالُهُ فَيَجِبُ عَلَى الْقَاضِي أَنْ يَنْظُرَ فِي أَحْوَالِ النَّاسِ وَيَعْمَلَ بِمُقْتَضَى حَالِهِمْ رَجَعَ إِلَى هَذَا الْقَوْلِ بَعْدَ مَا وَلِيَ الْقَضَاءُ وَابْتُلِيَ بِأُمُورِ النَّاسِ وَلَيْسَ الْخَبَرُ كَالْعَيَانِ وَهَذَا كُلُّهُ فِيمَا إِذَا قَالَ الشُّهُودُ نَعْرِفُ صَاحِبَ الْمَالِ وَهُوَ الْمُودِعُ أَوْ الْمُعِيرُ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ وَوَجْهِهِ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ يُمْكِنُهُ أَنْ يَتَّبِعَهُ وَإِنْ قَالُوا لَا

نَعْرِفُهُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ لَا يَقْبَلُ الْقَاضِي شَهَادَتَهُمْ وَلَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ عَنْ ذِي الْيَدِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُمْ مَا أَحَالُوا الْمُدَّعِيَ عَلَى رَجُلٍ مَعْرُوفٍ يُمكنُ مُحَاصِنَتُهُ وَلَعَلَّ الْمُدَّعِيَ هُوَ ذَلِكَ الرَّجُلُ وَلَوْ انْدَفَعَتْ لَبَطَلَ حَقُّهُ وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الْمُدَّعِيَ هُوَ الْمُودِعُ لَا يَبْطُلُ وَإِنْ كَانَ غَيْرُهُ يَبْطُلُ فَلَا يَبْطُلُ بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ وَلَوْ قَالُوا نَعْرِفُهُ بِوَجْهِهِ وَلَا نَعْرِفُهُ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ لَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ عَنْهُ مُحَمَّدٌ لِأَنَّهَا تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ بِالْيَدِ فَلَا تَنْدَفِعُ عَنْهُ إِلَّا إِذَا أَحَالَهُ عَلَى مَعْرُوفٍ يُمكنُ الْوُصُولِ إِلَيْهِ كَيْ لَا يَضُرَّ الْمُدَّعِيَ وَالْمَعْرِفَةُ بِوَجْهِهِ فَقَطْ لَا تَكُونُ مَعْرِفَةً أَلَا تَرَى { قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِرَجُلٍ أَتَعْرِفُ فَلَنَّا فَقَالَ نَعَمْ فَقَالَ هَلْ تَعْرِفُ اسْمَهُ وَنَسَبَهُ فَقَالَ لَا فَقَالَ إِذَا لَا تَعْرِفُهُ { وَكَذَا لَوْ حَلَفَ لَا يَعْرِفُ فَلَمَّا وَهُوَ لَا يَعْرِفُهُ إِلَّا بِوَجْهِهِ لَا يَحْتَنُ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَعْرُوفًا إِلَّا بِوَجْهِهِ عِنْدَ الشُّهُودِ لَا يُمْكِنُ الْمُدَّعِيَ مِنْ اتِّبَاعِهِ فَيَضُرُّ بِانْدِفَاعِهَا عَنْهُ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ عَنْهُ لِأَنَّ ذَا الْيَدِ أَثْبِتَ بَيِّنَتَهُ أَنَّ الْعَيْنَ أَخَذَهَا مِنْ غَيْرِ الْمُدَّعِيَ وَأَنَّ يَدَهُ يَدُ حَفِظٍ إِذْ الشُّهُودُ يَعْرِفُونَ الْمُودِعَ بِوَجْهِهِ وَيَقُولُونَ إِنَّهُ غَيْرُ هَذَا الْمُدَّعِيَ وَمَقْصُودُ ذِي الْيَدِ اثْبَاتُ يَدِ حَافِظَةٍ وَأَنَّ الْعَيْنَ لَيْسَتْ لِهَذَا الْحَاضِرِ وَهَذِهِ الْبَيِّنَةُ كَافِيَةٌ لِهَذَا الْمَقْصُودِ وَحُصُولُ الضَّرَرِ لِلْمُدَّعِيَ بَعْدَ التَّمَكُّنِ مِنْ اتِّبَاعِهِ مُضَافٌ إِلَى نَفْسِهِ حَيْثُ نَسِيَ خَصْمَهُ أَوْ إِلَى شُهُودِهِ حَيْثُ لَمْ يَعِينُوا لَهُ خَصْمَهُ فَأَضَرُّوا بِهِ وَنَحْنُ لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ بِمِثْلِهِ لَا يَثْبِتُ التَّعْرِيفُ وَلَكِنْ لَيْسَ تَعْرِيفُ خَصْمِهِ عَلَى ذِي الْيَدِ وَإِنَّمَا عَلَيْهِ أَنْ

يُنْبِتَ أَنَّهُ لَيْسَ بِخَصْمٍ وَأَنَّ يَدَهُ يَدُ حِفْظٍ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِمِثْلِهِ وَلَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى مَعْرِفَتِهِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَيَبْغِي أَنْ يَكُونَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ الَّذِي ذَكَرْنَا وَتُسَمَّى هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مُخَمَّسَةً كِتَابِ الدَّعْوَى لِأَنَّ فِيهَا خَمْسَ صُورٍ مِنْ دَعْوَى الْوَدِيعَةِ وَالْعَارِيَةِ وَغَيْرِهِمَا أَوْ فِيهَا اخْتِلَافَ خَمْسَةٍ مِنَ الْأَنَمَةِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ بِحَمْدِ اللَّهِ تَعَالَى

الشرح

(فَصْلٌ أَيْ فِيمَنْ لَا يَكُونُ خَصْمًا) لَمَّا ذَكَرَ أَحْكَامَ مَنْ يَكُونُ خَصْمًا شَرَعَ فِيمَنْ لَا يَكُونُ خَصْمًا وَقَدَّمَ الْأَوَّلَ لِأَنَّ الْكِتَابَ كِتَابُ الدَّعْوَى وَهِيَ عِبَارَةٌ عَنِ الْخُصُومَةِ فَجَرَّ الْكَلَامَ إِلَى ذِكْرِ مَنْ لَا يَكُونُ خَصْمًا فَذَكَرَ بَعْدَهُ .

أَتَقَانِي

قوله في المتن وبرهن عليه

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ عَلَى ذَلِكَ لَمْ تَنْدَفِعْ عَنْهُ الْخُصُومَةُ إِلَّا عَلَى قَوْلِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي ذَلِكَ لِذَفْعِ الْخُصُومَةِ عَنْ نَفْسِهِ فَلَا يَسْمَعُ مِنْ غَيْرِ حُجَّةٍ

قوله في المتن دُفِعَتْ خُصُومَةُ الْمُدَّعِي

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ هَذِهِ مَسْأَلَةُ الْقُدُورِيِّ ثُمَّ قَالَ هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ إِذَا كَانَ الْعَيْنُ قَائِمًا أَمَا إِذَا هَلَكَ فَلَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ بِدَعْوَى هَذِهِ الْأَشْيَاءِ أَلَا تَرَى إِلَى مَا ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ فِي بَابِ الرَّجُلِ يَكُونُ خَصْمًا فِيمَا لَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ عَبْدٌ فَأَدَّعَى إِنْسَانٌ عَلَيْهِ ضَمَانُ الْعَبْدِ وَأَقَامَ ذُو الْيَدِ بَيِّنَةً أَنَّهُ كَانَ وَدِيعَةً فَلَانِ وَنَحْوَهُ لَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ عَنْهُ لِأَنَّهُ يَدَّعِي الدِّينَ فِي ذِمَّتِهِ وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ هُوَ مُودِعُ الْعَاصِبِ فَيَكُونُ ضَامِنًا وَقَدْ نَصَّ الشَّارِحُ عَلَى حُكْمِ هَلَاكِ الْعَيْنِ قَرِيبًا مِنْ هَذِهِ الْقَوْلَةِ فِي الشَّرْحِ بِقَوْلِهِ فَصَارَ نَظِيرَ مَا لَوْ ادَّعَاهَا بَعْدَ هَلَاكِهَا يَعْنِي فَإِنَّهُ لَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ فِيهِ بِالِاتِّفَاقِ فَقَدْ قَاسَ ابْنُ شُبْرُومَةَ الْمُخْتَلَفَ فِيهِ عَلَى الْمُتَّفَقِ .

قوله دون هذه الأشياء

أَيُّ الْإِبْدَاعِ وَالْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ .

قوله وكذا لو أقر بشيء لشخص

أي عند القاضي كما سيأتي في صفحة هذه القولة في الشرح .

قوله قلنا

هذا جواب عن قول ابن شبرمة قوله وقال أبو يوسف آخرًا إلخ (وقول أبي يوسف أولًا كقول أبي حنيفة ومحمد إذا أقام
البينة أن فلانا أودعه يعرفه باسمه ووجهه حيث تُقبل الشهادة أو تندفع الخصومة .

أثقتاني

قوله وإن كان معروفًا بالحيل

أي بالتزوير .

غاية

قوله رجع إلى هذا القول

أي أبو يوسف .

قوله لأن الخصومة توجهت

الذي بخط الشارح لأنها توجهت

قوله وعند أبي حنيفة تندفع الخصومة إلخ

قال الأثقتاني فإن قال الشهود عرف فلانا الغائب بوجهه ولكن لا نعرف اسمه ونسبه فكذلك تندفع الخصومة في قول أبي حنيفة وأبي
يوسف لأنه ثبت وصول العين إلى ذي اليد من جهة غير المدعي فثبت أن يده يد غيره وأنه ليس بخصم وهذا يكفي لدفع الخصومة كما
لو أقر المدعي بذلك تندفع الخصومة فكذلك هذا وعند محمد لا تُسمع هذه البينة ما لم يذكرُوا اسم الغائب ونسبه لأن ذا اليد خصم
باعتبار اليد وهو يملك نقل الخصومة إلى غيره أما لا يملك إبطال الخصومة لأنه حق المدعي ومتى صار الغائب معروفًا بالاسم والنسب
كان نقلًا وإذا لم يصِر معروفًا لا يتمكن المدعي من الخصومة معه فيكون إبطالًا لحق المدعي وإن قال الشهود أودعها رجل لا نعرف

اسْمُهُ وَلَا نَعْرِفُهُ بِوَجْهِهِ وَقَالَ ذُو الْيَدِ أَعْرِفُهُ بِوَجْهِهِ لَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ لِأَنَّ هَذِهِ شَهَادَةُ لِلْمَجْهُولِ وَلَعَلَّ الْمُودِعَ هُوَ الْمُدْعِي فَعَلَى اعْتِبَارِ كَوْنِ الْمُدْعِي هُوَ الْمُودِعُ لَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ وَالْيَدُ دَلِيلُ الْخُصُومَةِ فَلَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ بِالشَّكِّ وَإِنْ قَالَ الشُّهُودُ نَعْرِفُهُ بِوَجْهِهِ وَقَالَ ذُو الْيَدِ لَا أَعْرِفُهُ بِوَجْهِهِ لَا تُقْبَلُ لَأَنَّهُمْ شَهِدُوا بِزِيَادَةِ عَلَى مَا يَدَّعِيهِ ذُو الْيَدِ فَصَارَ مُكَذِّبًا لَهُمْ

فِي بَعْضِ شَهَادَتِهِمْ فَإِنْ قَالَ ذُو الْيَدِ أَعْرِفُهُ بِوَجْهِهِ وَشُهِودُهُ شَهِدُوا أَنَّهُ أَوْدَعَهَا رَجُلٌ فَالْقَاضِي يَسْأَلُ الشُّهُودَ هَلْ تَعْرِفُونَهُ بِوَجْهِهِ فَإِنْ قَالُوا نَعَمْ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ وَإِلَّا فَلَا تُقْبَلُ وَإِنْ شَهِدُوا عَلَى الْمُدْعِي أَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّ رَجُلًا دَفَعَ إِلَيْهِ تُقْبَلُ وَتَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالْبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً وَلَوْ أَقَرَّ الْمُدْعِي عِنْدَ الْقَاضِي أَنَّ رَجُلًا دَفَعَهُ إِلَيْهِ لَا أَعْرِفُهُ بِوَجْهِهِ وَنَسِيَهُ تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ فَكَذَا هَذَا وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ حَصَلَتْ بِالْمَعْلُومِ وَهُوَ إِقْرَارُ الْمُدْعِي فَتُقْبَلُ لَكِنَّ الْمَقْرُوءَ مَجْهُولٌ وَجَهَالَةُ الْمَقْرُوءِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ فَأَمَّا جَهَالَةُ الْمَشْهُودِ لَهُ تَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَدِي الْيَدِ بَيِّنَةٌ عَلَى الْإِيْدَاعِ عِنْدَهُ حَتَّى قَضَى الْقَاضِي بِهِ لِلْمُدْعِي ثُمَّ وَجَدَ ذُو الْيَدِ بَيِّنَةً عَلَى الْإِيْدَاعِ لَا تُسْمَعُ وَالْقَضَاءُ لِلْمُدْعِي مَاضٍ وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَامَ الْخَارِجُ بَيِّنَةً عَلَى النَّجَاحِ أَوْ عَلَى الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ عَلَى ذِي الْيَدِ وَقَضَى بِهِ الْقَاضِي ثُمَّ أَقَامَ ذُو الْيَدِ الْبَيِّنَةَ عَلَى النَّجَاحِ حَيْثُ يُبْطَلُ الْقَضَاءُ لِلْخَارِجِ لِأَنَّهُ ظَهَرَ بِهِ بُطْلَانُ الْقَضَاءِ

قَوْلُهُ فِيهَا

أَيَّ فِي دَعْوَى الْفِعْلِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ قَالَ ابْتِغْتَهُ مِنَ الْعَائِبِ أَوْ قَالَ الْمُدْعِي غَضَبْتُهُ أَوْ سُرِقَ مِنِّي وَقَالَ ذُو الْيَدِ أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ وَبَرَّهَنَ عَلَيْهِ لَا) أَيَّ لَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ فِي هَذِهِ الصُّورِ وَإِنْ أَقَامَ الْمُدْعِي عَلَيْهِ بَيِّنَةً أَنَّهُ أَوْدَعَهُ فُلَانًا لِأَنَّ ذَا الْيَدِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى بَدَعَوَاهُ الشَّرَاءَ مِنَ الْعَائِبِ صَارَ مُعْتَرِفًا بِأَنَّ يَدَهُ يَدُ مَلِكٍ فَيَكُونُ مُعْتَرِفًا بِأَنَّهُ خَصَمٌ وَفِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ الْمُدْعِي لَمَّا قَالَ لِصَاحِبِ الْيَدِ غَضَبْتُهُ مِنِّي صَارَ ذُو الْيَدِ خَصَمًا بِاعْتِبَارِ دَعْوَى الْفِعْلِ عَلَيْهِ وَفِيهِ لَا يُمَكِّنُهُ الْخُرُوجُ عَنْهَا بِالْإِحَالَةِ عَلَى غَيْرِهِ لِأَنَّ الْيَدَ فِي الْخُصُومَةِ فِيهَا لَيْسَ بِشَرْطٍ حَتَّى تَصِحَّ دَعْوَاهُ عَلَى غَيْرِ ذِي الْيَدِ وَلَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ بِاتِّفَاعِ يَدِهِ حَقِيقَةً بِخِلَافِ دَعْوَى الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ وَلَوْ أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ فَقَضِيَ لَهُ بِهِ ثُمَّ جَاءَ الْمَقْرُوءُ لَهُ الْعَائِبُ وَأَقَامَ بَيِّنَتَهُ عَلَى ذَلِكَ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّ الْعَائِبَ لَمْ يَصِرْ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ وَإِنَّمَا قَضَى عَلَى ذِي الْيَدِ خَاصَّةً وَفِي الْمَسْأَلَةِ الثَّالِثَةِ قَوْلُ الْمُدْعِي سُرِقَ مِنِّي يَكُونُ دَعْوَى الْفِعْلِ عَلَيْهِ فِي الْمَعْنَى اسْتِحْسَانًا وَإِنَّمَا جَعَلَهُ بِالْبِنَاءِ لِلْمَفْعُولِ لِأَجْلِ السِّرِّ عَلَيْهِ كَيْ لَا يُقْطَعَ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ لَهُ سَرَقْتَهُ مِنِّي وَقَالَ مُحَمَّدٌ تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ عَنْهُ وَهُوَ الْقِيَاسُ لِأَنَّهُ لَمْ يَدَّعِ عَلَيْهِ الْفِعْلَ فَصَارَ كَمَا لَوْ قَالَ غَضِبَ مِنِّي عَلَى الْبِنَاءِ لِلْمَفْعُولِ وَوَجْهَ الِاسْتِحْسَانِ مَا بَيَّنَّاهُ وَهَذَا بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْغَضَبِ لِأَنَّهُ لَمْ يَدَّعِ عَلَيْهِ الْفِعْلَ وَلَيْسَ فِيهِ مَا يُوجِبُ الْعُدُولَ عَنْهُ إِذْ الْحَدُّ لَا يَجِبُ عَلَى فَاعِلِهِ فَلَا يُحْتَزُّ عَنْ كَشْفِهِ وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ ذِي الْيَدِ وَقَبَضَهَا وَنَقَدَ الثَّمَنَ وَأَقَامَ ذُو الْيَدِ

الْبَيِّنَةَ أَنَّ فُلَانًا أَوْدَعَهَا إِنَّمَا دَفَعَتْ الْخُصُومَةُ وَإِنْ ادَّعَى عَلَى ذِي الْيَدِ فِعْلًا لِأَنَّ الْمُدْعِي عَقْدًا اسْتَوْفَى أَحْكَامَهُ فَصَارَ كَالْعَدَمِ فَكَانَ كَدَعْوَى مَلِكٍ مُطْلَقٍ حَتَّى لَوْ لَمْ يَشْهَدُوا عَلَى قَبْضِهِ لَمْ تَنْدَفِعْ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ قَالَ الْمُدْعِي ابْتِغْتَهُ مِنْ فُلَانٍ وَقَالَ ذُو الْيَدِ أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ ذَلِكَ سَقَطَتْ الْخُصُومَةُ) لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى أَنَّ أَصْلَ الْمَلِكِ لِغَيْرِ الْمُدْعِي فَيَكُونُ وَصُولُهُ إِلَى يَدِهِ مِنْ جِهَةٍ غَيْرِ الْمُدْعِي ضَرُورَةً فَلَمْ يَكُنْ ذُو الْيَدِ خَصَمًا وَلَا لِلْمُدْعِي أَخْذُهُ مِنْ يَدِهِ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ فُلَانًا وَكُلَّهُ بِقَبْضِهِ فَيَأْخُذُهُ لِكَوْنِهِ أَحَقَّ بِالْحِفْظِ وَلَوْ صَدَّقَهُ ذُو الْيَدِ فِي شِرَائِهِ مِنْهُ لَا يَأْمُرُهُ الْقَاضِي بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ حَتَّى لَا يَكُونَ قَضَاءً عَلَى الْعَائِبِ بِإِقْرَارِهِ وَهِيَ عَجِيبَةٌ وَلَوْ قَالَ ذُو الْيَدِ أَوْدَعَنِيهِ وَكَيْلُ فُلَانٍ ذَلِكَ لَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ لِأَنَّ وَصُولَ الدَّارِ إِلَى يَدِ ذِي الْيَدِ لَمْ يَثْبُتْ مِنْ جِهَةٍ مَنْ اشْتَرَى هُوَ مِنْهُ لِإِنْكَارِ ذِي الْيَدِ وَلَا مِنْ جِهَةٍ وَكَيْلِهِ لِإِنْكَارِ

الْمُدَّعِي وَكَذَا لَوْ أُثْبِتَ بِالْبَيِّنَةِ أَنَّهُ دَفَعَهَا إِلَى الْوَكِيلِ وَلَمْ يَشْهَدُوا أَنَّ الْوَكِيلَ دَفَعَهَا إِلَى ذِي الْيَدِ بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ لِأَنَّ وُصُولَ الْعَيْنِ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةِ الْغَائِبِ ثَبَتَ بِتَصَادُقِهِمَا بِإِقْرَارِ ذِي الْيَدِ نَصًّا وَإِقْرَارِ الْمُدَّعِي ضَرُورَةً لِأَنَّ الشَّرَاءَ مِنْهُ لَا يَصِحُّ مَا لَمْ يَكُنِ الْمُسَبِّعُ فِي يَدِهِ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ وَلَوْ قَالَ ذُو الْيَدِ إِنَّ فُلَانًا أَوْدَعَنِي الْعَيْنَ فَقَالَ الْمُدَّعِي كَانَ أَوْدَعَكَ إِيَّاهَا ثُمَّ وَهَبَهَا مِنْكَ أَوْ بَاعَكَ إِيَّاهَا وَأَنْكَرَ ذُو الْيَدِ اسْتَحْلَفَ بِاللَّهِ مَا وَهَبَهَا لَهُ وَلَا بَاعَهَا مِنْهُ فَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ جَعَلَهُ خَصْمًا لِأَنَّ نُكُولَهُ كِإِقْرَارِهِ بِذَلِكَ

وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ إِقْرَارَهُ بِالشَّرَاءِ اعْتِرَافٌ مِنْهُ بِأَنَّهُ خَصَمٌ وَإِنْ حَلَفَ لَمْ يَكُنْ خَصْمًا وَلَا يَحْتَاجُ لِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ الْوَدِيعَةِ لِإِقْرَارِ الْمُدَّعِي بِهَا وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ .

الشرح

قوله سقطت إلخ

وَلَوْ طَلَبَ الْمُدَّعِي يَمِينَهُ عَلَى مَا ادَّعَى مِنَ الْإِدِّاعِ يَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ .

كأكي

قوله لا تدفع الخصومة إلّا ببينة

أَيُّ لَأَنَّ الْوَكَالَهَ لَا تُثَبِّتُ بِقَوْلِهِ .

باب ما يدعيه الرجلان

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (بَرَهْنَا عَلَى مَا فِي يَدِ آخَرَ قُضِيَ لَهُمَا) يَعْنِي إِذَا ادَّعَى اثْنَانِ عَيْنًا فِي يَدِ غَيْرِهِمَا وَزَعَمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهَا مِلْكُهُ وَلَمْ يَذْكُرَا سَبَبَ الْمِلْكِ وَلَا تَارِيخَهُ قُضِيَ بِالْعَيْنِ بَيْنَهُمَا لِعَدَمِ الْأُولَوِيَّةِ وَعَنِ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُمَا يَتَهَاتَرَانِ وَعَنْهُ أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا لِأَنَّ إِحْدَى الطَّائِفَتَيْنِ كَاذِبَةٌ بَيِّنِينَ لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { أَقْرَعَ بَيْنَ رَجُلَيْنِ تَنَازَعَا فِي أَمَةٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهَا لَهُ فَقَالَ اللَّهُمَّ أَنْتَ تَقْضِي بَيْنَ عِبَادِكَ بِالْحَقِّ ثُمَّ قُضِيَ بِهَا لِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ } وَلِأَنَّ الْقُرْعَةَ لَتُعَيِّنَ الْمُسْتَحَقَّ أَصْلًا فِي الشَّرْعِ كَمَا فِي الْقِسْمَةِ وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقْضِي لِأَعْدَلِهِمَا بَيِّنَةً لِأَنَّ الشَّهَادَةَ تَصِيرُ حُجَّةً بِالْعَدَالَةِ فَالْأَعْدَلُ أَقْوَى فِي الْحُجَّةِ فَلَا يُزَاحِمُهُ الضَّعِيفُ وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ يَقْضَى لِمَنْ كَانَ شَهِودُهُ أَكْثَرَ عَدَدًا لِأَنَّ طُمَآنِينَةَ الْقَلْبِ الْحَاصِلَةَ بِهِ أَرْجَحُ وَلَنَا مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي مُوسَى أَنَّ { رَجُلَيْنِ ادَّعَيَا بَعِيرًا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَبَعَثَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِشَاهِدَيْنِ فَحَسَمَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ } رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَعَنْ أَبِي مُوسَى

أَنَّ { رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي دَائِبَةٍ لَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ فَجَعَلَهَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ { رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيُّ وَأَحْمَدُ وَغَيْرُهُمْ وَلِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي سَبَبِ الْإِسْتِحْقَاقِ وَهُوَ قَابِلٌ لِلِاشْتِرَاكِ

فَيَسْتَوِيَانِ فِي الْإِسْتِحْقَاقِ كَالْمُوصِي لِهَمَا بِأَنْ أَوْصَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالثُّلُثِ فَإِنَّهُ يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَكَذَا الْغَرِيمَانِ فِي التَّرِكَةِ بِخِلَافِ النِّكَاحِ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الْإِشْتِرَاكَ فَتَعَيَّنَ التَّهَاتُرُ وَلِأَنَّ الْبَيِّنَاتِ مِنْ حُجَجِ الشَّرْعِ فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا مَا أَمَكَنَ وَقَدْ أَمَكَنَ هُنَا لِأَنَّ الْأَيْدِيَ قَدْ تَتَوَالَى فِي عَيْنٍ وَاحِدَةٍ فِي أَوْقَاتٍ مُخْتَلِفَةٍ فَيَعْتَمِدُ كُلُّ فَرِيقٍ مَا شَاهَدَ مِنْ السَّبَبِ الْمَطْلُوقِ لِلشَّهَادَةِ وَهُوَ الْيَدُ فَيَحْكُمُ بِالتَّنْصِيفِ بَيْنَهُمَا وَلَا يَجُوزُ التَّرْجِيحُ بِكَوْنِ الشُّهُودِ أَعْدَلَ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْكُلِّ وَهُوَ الْإِمْتِنَاعُ عَنِ الْكَذِبِ وَكَذَا لَا يَجُوزُ التَّرْجِيحُ بِكَثْرَةِ الْعَدَدِ لِأَنَّ التَّرْجِيحَ يَكُونُ بِقُوَّةِ الدَّلِيلِ لَا بِكَثْرَتِهِ وَمَا رُوِيَ { أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَفْرَعَ بَيْنَهُمَا { إِنْ صَحَّ فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ فِي وَقْتِ كَانَ الْقِمَارُ مُبَاحًا ثُمَّ انْتَسَخَ بِإِنْسَاخِ الْقِمَارِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْقُرْعَةَ لَتُعَيِّنَ الْإِسْتِحْقَاقَ بِهَا لَا يَجُوزُ لِكُونِهَا قِمَارًا فَكَذَا التَّعْيِينُ الْمُسْتَحَقُّ وَإِنَّمَا يُفْرَغُ فِي الْفِسْمَةِ لِتَطْيِيبِ الْقَلْبِ وَنَفْيِ التُّهْمَةِ لَا لِلِاسْتِحْقَاقِ أَلَا تَرَى أَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَقْسِمَ بِمَا قُرْعَةً فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ مِنْ بَابِ الْقِمَارِ

الشرح

باب ما يدعيه الرجلان

لَمَّا ذَكَرَ فِيمَا تَقَدَّمَ دَعْوَى الْوَاحِدِ شَرَعَ فِي دَعْوَى الْآخَرِ لِأَنَّ الْمُتَنَّى بَعْدَ الْوَاحِدِ .

غَايَةٌ

قوله وعن الشافعي أنهما تتهاتران

أَيَّ وَتَجِبُ الْقِسْمَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَوْلِهِ .

غَايَةُ قَوْلِهِ وَعَنْهُ أَنَّهُ يُفْرَغُ بَيْنَهُمَا) قَالَ الْإِسْنَانِيُّ بَعْدَ حِكَايَةِ هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ عَنِ الشَّافِعِيِّ وَيَتَوَقَّفُ إِلَى الصُّلْحِ عَلَى قَوْلِ كَذَا فِي وَجْهِهِمْ

قوله فتعين التهاثر

أَيَّ لِأَنَّ الْقَاضِيَ يَتَقَنَّ بِكَذِبِ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ فَلَمْ يُمْكِنَهُ تَعْيِينُ الصَّادِقَةِ مِنَ الْكَاذِبَةِ .

غَايَةٌ

قوله كما في دعوى النكاح

يَعْنِي لَوْ شَهِدَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاهِدَانِ عَلَى نِكَاحِ امْرَأَةٍ

قَوْلُهُ وَلِأَنَّهُمَا اسْتَوِيََا الْخ

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خُوَاهِرُ زَادَهُ فِي مَبْسُوطِهِ وَكَذَلِكَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ خَارِجَانِ ادَّعِيَا نِتَاجَ دَابَّةٍ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ جَمِيعًا وَكَذَلِكَ إِذَا ادَّعِيَا الشَّرَاءَ مِنْ وَاحِدٍ وَأَقَامَا جَمِيعًا الْبَيِّنَةَ وَالذَّارُ فِي يَدِ ثَالِثٍ وَلَمْ يُعْرِفْ سَبْقُ أَحَدِهِمَا .

أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعَلَى نِكَاحِ امْرَأَةٍ سَقَطَا وَهِيَ لِمَنْ صَدَقَتْ أَوْ سَبَقَتْ بَيِّنَتُهُ) يَعْنِي لَوْ أَقَامَ اثْنَانِ بَيِّنَةً عَلَى أَنَّ هَذِهِ الْمَرْأَةَ زَوْجَتُهُ تَهَاتَرَتِ الْبَيِّنَتَانِ لِتَعَدُّرِ الْقَضَاءِ بِهِمَا إِذَا النِّكَاحُ لَا يَقْبَلُ الْإِشْتِرَاكَ وَهِيَ زَوْجَةٌ لِمَنْ صَدَقَتْهُ مِنْهُمَا لِأَنَّ النِّكَاحَ مِمَّا يُحْكَمُ بِهِ بِتَصَادُقِ الزَّوْجَيْنِ فَيَرْجِعُ إِلَى تَصَدِيقِهَا فَيَجِبُ اعْتِبَارُ قَوْلِهَا أَنَّ أَحَدَهُمَا زَوْجَهَا أَوْ أَسْبَقَهُمَا نِكَاحًا إِلَّا إِذَا كَانَتْ فِي بَيْتِ أَحَدِهِمَا أَوْ دَخَلَ بِهَا أَحَدُهُمَا فَيَكُونُ هُوَ أَوْلَى وَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُهَا لِأَنَّ تَمَكُّنَهُ مِنْ نَقْلِهَا أَوْ مِنَ الدُّخُولِ بِهَا دَلِيلٌ عَلَى سَبْقِ عَقْدِهِ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا قَبْلَهُ فَيَكُونُ هُوَ أَوْلَى لِأَنَّ الصَّرِيحَ يُفَوِّقُ الدَّلَالَهَ فَلَا يُعْتَبَرُ مَعَهُ فَصَارَ نَظِيرَ مَا لَوْ ادَّعَى رَجُلٌ نِكَاحَ امْرَأَةٍ فَأَقَامَ بَيِّنَةً فَحُكِمَ لَهُ بِهِ حَتَّى لَا يَقْبَلَ دَعْوَى أَحَدِ النِّكَاحِ فِيهَا بَعْدَهُ لَكُونِهَا أَقْوَى لِلتَّصَالِ الْقَضَاءِ بِهَا وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ أَوْ سَبَقَتْ بَيِّنَةُ أَحَدِهِمَا لِأَنَّهَا لَمَّا سَبَقَتْ وَحُكِمَ بِهَا تَأَكَّدَتْ فَلَا تُنْقَضُ بِغَيْرِ الْمُؤَكَّدَةِ إِلَّا إِذَا أُثْبِتَتِ الثَّانِيَةُ أَنَّ نِكَاحَهُ أَسْبَقَ فَحِينَئِذٍ تَكُونُ أَوْلَى لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالْبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ عَيْنًا فَحَاصِلُهُ أَنََّّهُمَا إِذَا تَنَازَعَا فِي امْرَأَةٍ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَإِنْ أَرَخَا وَكَانَ تَارِيخُ أَحَدِهِمَا أَقْدَمَ كَانَ هُوَ أَوْلَى وَإِنْ لَمْ يُوَرِّخَا أَوْ اسْتَوَى تَارِيخُهُمَا فَإِنْ كَانَ مَعَ أَحَدِهِمَا قَبْضٌ كَالدُّخُولِ بِهَا أَوْ نَقْلِهَا إِلَى مَنْزِلِهِ كَانَ هُوَ أَوْلَى وَإِنْ لَمْ يُوَحِّدْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ يَرْجِعُ إِلَى تَصَدِيقِ الْمَرْأَةِ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الْمَنْ أَوْ سَبَقَتْ بَيِّنَتُهُ

لَوْ قَالَ كَمَا لَوْ سَبَقَتْ بَيِّنَتُهُ لَكَانَ أَوْلَى تَأْمَلْ

قَوْلُهُ وَهِيَ زَوْجَةٌ لِمَنْ صَدَقَتْهُ مِنْهُمَا

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ عَلَاءُ الدِّينِ الْإِسْبِجَابِيُّ فِي آخِرِ بَابِ اخْتِلَافِ الْأَوْقَاتِ فِي الدَّعْوَى مِنَ الشَّرْحِ الْكَافِي وَلَوْ ادَّعَى رَجُلَانِ عَبْدًا فِي أَيْدِيهِمَا وَلَا بَيِّنَةَ لَهُمَا فَقَالَ الْعَبْدُ أَنَا لِأَحَدِهِمَا هَذَا بَعِيْنُهُ لَمْ يُصَدَّقْ وَهُوَ لَهُمَا لِأَنَّ أَيْدِيَهُمَا دَلِيلُ الْمَلِكِ عَلَى الْعَبْدِ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ يَدٌ دَافِعَةٌ فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ بِخِلَافِ مَا لَوْ ادَّعِيَا امْرَأَةً فِي أَيْدِيهِمَا فَأَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا حَيْثُ يُقْضَى بِهَا لَهُ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ لَيْسَتْ فِي يَدِ أَحَدٍ لِأَنَّهَا فِي يَدِ نَفْسِهَا فَيُعْتَبَرُ إِفْرَارُهَا بِالزَّوْجِيَّةِ .

أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَعَلَى الشَّرَاءِ مِنْهُ لِكُلِّ نِصْفِهِ بَدَلُهُ إِنْ شَاءَ) أَيْ لَوْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْخَارِجِينَ بَيْنَهُ عَلَى الشَّرَاءِ مِنْ ذِي الْيَدِ بِلَا تَارِيخٍ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ بِنِصْفِ الثَّمَنِ إِنْ شَاءَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لَأَنَّهُمَا لَمَّا اسْتَوَيَا فِي السَّبَبِ وَجَبَ عَلَى الْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِهِ بَيْنَهُمَا لَتَعَذُّرِ الْقَضَاءِ بِكُلِّهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى مَا بَيَّنَّا فَيَتَخَيَّرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِتَغْيِيرِ شَرْطِ عَقْدِهِ عَلَيْهِ فَصَارَ نَظِيرَ الْفُضُولِيِّينَ إِذَا بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَبْدًا وَاحِدًا مِنْ رَجُلٍ وَأَجَازَ الْمُوَلَّى الْبَيْعِينَ وَهَذَا لِأَنَّهُ لَمَّا جُهِلَ التَّارِيخُ جُعِلَ كَأَنَّهُ بَاعَ كُلَّهُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ حُكْمًا وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ ذَلِكَ حَقِيقَةً أَوْ يُحْمَلُ عَلَى أَنَّ الْبَيْعَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَدَرَ مِنْ وَكِيلِهِ وَذَلِكَ مُمَكِّنٌ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ

الشرح

قوله لتعذر القضاء بكليه لكل واحد منهما

أَيَّ فَإِنْ اخْتَارَ الْأَخَذَ رَجَعَ كُلُّ مِنْهُمَا عَلَى الْبَائِعِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ إِنْ كَانَ نَقَدَهُ الثَّمَنَ وَإِنْ لَمْ يَنْقُدْهُ أَدَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ الثَّمَنِ وَإِنْ اخْتَارَ الرَّدَّ سَلَّمَ الدَّارَ كُلَّهَا لِلْبَائِعِ وَرَجَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْبَائِعِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ إِنْ كَانَ نَقَدَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ نَقَدَ فَلَا شَيْءَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْبَائِعِ .

غَايَةُ قَوْلِهِ لِتَغْيِيرِ شَرْطِ عَقْدِهِ عَلَيْهِ (فَلَعَلَّ رَغْبَتَهُ فِي تَمْلُكِ الْكُلِّ) .

هَدَايَةُ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَبِإِبَاءِ أَحَدِهِمَا بَعْدَ الْقَضَاءِ لَمْ يَأْخُذْ الْآخَرُ كُلُّهُ) أَيْ لَوْ قَضَى الْقَاضِي بَيْنَهُمَا وَأَبَى أَحَدُهُمَا أَنْ يَأْخُذَ الْمَبِيعَ بَلْ اخْتَارَ الْفَسْخَ فَلَيْسَ لِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَهُ كُلُّهُ لِأَنَّهُ صَارَ فِي النِّصْفِ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ فَانْفَسَخَ الْبَيْعُ فِيهِ وَإِنَّمَا قُلْنَا ذَلِكَ لِأَنَّهُ بَيَّنَّتْهُ اسْتِحْقَاقُ جَمِيعِهِ وَكَانَ يُسَلِّمُ لَهُ لَوْ لَا بَيِّنَةُ صَاحِبِهِ وَلَمَّا قَضَى الْقَاضِي بِهِ بَيْنَهُمَا صَارَ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ وَانْفَسَخَ الْبَيْعُ فِي النِّصْفِ فَلَا يَكُونُ لَهُ أَخْذُهُ بَعْدَ الْإِنْفِسَاخِ بِخِلَافِ مَا لَوْ تَرَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْقَضَاءِ بِهِ بَيْنَهُمَا حَيْثُ يَكُونُ لِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ جَمِيعَهُ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ بَيِّنَتَهُ أَنَّهُ اشْتَرَى الْكُلَّ وَإِنَّمَا يُرْجَعُ إِلَى النِّصْفِ بِالْمُزَاحِمَةِ ضَرُورَةً الْقَضَاءِ بِهِ بَيْنَهُمَا وَلَمْ يُوْجَدْ فَصَارَ نَظِيرَ تَسْلِيمِ أَحَدِ الشَّفِيعِينَ فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَضَاءِ فَلِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ كُلَّ الْمَبِيعِ وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا النِّصْفَ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ بِالسَّبَبِ كُلَّهُ وَالْإِنْفِسَاخَ لِلْمُزَاحِمَةِ ضَرُورَةً الْقَضَاءِ بِهِ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا بَيَّنَّا

الشرح

قوله فلا يكون له أخذه بعد الانفساخ

أَيَّ إِلَّا بِتَجْدِيدٍ وَلَمْ يُوْجَدْ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ أَرَخَا فَلِلسَّابِقِ) لِأَنَّهُمَا لَمَّا ادَّعَيَا الشَّرَاءَ مِنْ ذِي الْيَدِ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ مَالِكٌ لِلْمَبِيعِ ثُمَّ أُثْبِتَ أَحَدُهُمَا الشَّرَاءَ مِنْهُ فِي وَقْتٍ لَا يَنَازَعُهُ فِيهِ أَحَدٌ فَانْدَفَعَ بِهِ الْآخَرُ بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشَّرَاءَ مِنْ رَجُلٍ آخَرَ غَيْرِ الَّذِي يَدَّعِي الشَّرَاءَ مِنْهُ الْآخَرُ حَيْثُ لَا يَتَرَجَّحُ فِيهِ صَاحِبُ التَّارِيخِ الْأَسْبَقِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيهِ خَصْمٌ عَنْ بَائِعِهِ فِي إِبْطَالِ الْمَلِكِ لَهُ وَمِلْكُ بَائِعِيهِمَا لَا تَارِيخُ فِيهِ فَصَارَ كَأَنَّ الْبَائِعَيْنِ حَضَرَا وَأُثْبِتَا الْمَلِكُ لَأَنفُسِهِمَا مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ تَارِيخٍ وَكَذَا لَوْ أَرَخَتْ إِحْدَاهُمَا وَلَمْ تُؤَرِّخْ الْآخَرَى كَانَ صَاحِبُ التَّارِيخِ أَوْلَى لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ لِلْبَائِعِ وَلَمْ يَثْبُتْ الْمَلِكُ لَهُمَا إِلَّا بِاتِّلَاقِي مِنْهُ وَأَنَّ شِرَاءَهُمَا حَدَثَ وَالْحَادِثُ يُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ إِلَّا إِذَا أُثْبِتَ التَّارِيخُ فَيَثْبُتَ تَقْدِمُهُ بِهِ فَلِهَذَا كَانَ الْمُؤَرِّخُ أَوْلَى بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَ بَائِعُهُمَا عَلَى مَا بَيَّنَّا وَبِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَيَا الْمَلِكَ وَلَمْ يَدَّعِيَا الشَّرَاءَ مِنْ ذِي الْيَدِ حَيْثُ لَا يَكُونُ صَاحِبُ التَّارِيخِ أَوْلَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ عَلَى مَا بَيَّنَّ فَرْقَهُ مِنْ قَرِيبٍ إِنْ شَاءَ اللَّهُ

الشرح

قوله في المتن وإن أرخا فللسابق

أَي لَنَا لَمَّا حَكَمْنَا لِلْبَيْعِ لِلأَوَّلِ مَلِكُهُ الْأَوَّلُ فَيَكُونُ الْبَائِعُ بَعْدَ ذَلِكَ بَائِعًا مِلْكَ غَيْرِهِ فَلَا يَصِحُّ .

أثقاني

قوله كان صاحب التاريخ أولى

فِي الْهِدَايَةِ لثُبُوتِ مِلْكِهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ وَاحْتِمَالِ الْآخَرِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ فَلَا يُقْضَى لَهُ بِالشَّكِّ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِلَّا فَلِذِي الْقَبْضِ) أَيِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا تَارِيخٌ وَمَعَ أَحَدِهِمَا قَبْضٌ كَانَ صَاحِبُ الْقَبْضِ أَوْلَى لِأَنَّ تَمَكُّنَهُ مِنْ قَبْضِهِ دَلِيلٌ عَلَى سَبْقِ شِرَائِهِ وَلِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي إِبْطَالِ الشَّرَاءِ مِنْ ذِي الْيَدِ وَتَرَجَّحَ أَحَدُهُمَا بِالْقَبْضِ فَلَا يُنْقَضُ قَبْضُهُ الْمُعَايِنُ الْمُتَحَقِّقُ بِالْإِحْتِمَالِ وَالشَّكِّ حَتَّى لَا يُنْقَضَ بِتَارِيخِ الْآخَرِ أَيْضًا لِبَقَاءِ الْإِحْتِمَالِ فِيهِ إِلَّا إِذَا أُثْبِتَ شِرَاءُهُ قَبْلَ شِرَاءِ ذِي الْيَدِ فَحِينَئِذٍ يَكُونُ هُوَ أَوْلَى لِانْقِطَاعِ الْإِحْتِمَالِ وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَ بَائِعُهُمَا وَلِأَحَدِهِمَا قَبْضٌ حَيْثُ يَكُونُ فِيهِ غَيْرُ الْقَابِضِ أَوْلَى لِأَنَّهُمَا يَحْتَاجَانِ إِلَى إِبْطَالِ الشَّرَاءِ أَوَّلًا فَإِذَا يَجْتَمِعُ فِيهِ فِي حَقِّ الْبَائِعَيْنِ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ وَبَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ فَكَانَتْ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَوْلَى وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَا يَحْتَاجَانِ إِلَى إِبْطَالِ الْمَلِكِ لِلْبَائِعِ لثُبُوتِهِ بِتَصَادُفِهِمَا فَكَانَ الْمَنْظُورُ إِلَيْهِ سَبَبُ الاسْتِحْقَاقِ لَهُمَا فَقَطُّ وَالسَّبَبُ فِي حَقِّ الْقَابِضِ أَقْوَى لِتَأْكُدهُ بِالْقَبْضِ .

الشرح

قوله في المتن وإلا فلدي القبض

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ عَلَاءُ الدِّينِ الْإِسْبِجَانِيُّ فِي شَرْحِ الْكَافِي لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ وَإِنْ لَمْ يُوقَّتْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا وَقْتًا وَكَانَتْ الدَّارُ فِي يَدِ أَحَدِ الْمُدَّعِيَيْنِ قَدْ قَبَضَهَا قَضَيْتْ بِهَا لِلَّذِي فِي يَدَيْهِ لَأَنَّ الْقَبْضَ دَلَالَةُ السَّبْقِ فِي حَقِّهِ لَأَنَّ الْقَبْضَ إِنَّمَا يَكُونُ صَحِيحًا إِذَا تَقَدَّمَهُ عَقْدٌ فَكَانَ أَوْلَى وَرَدَّ الْبَائِعُ الثَّمَنَ عَلَى الْآخَرِ

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالشِّرَاءُ أَحَقُّ مِنَ الْهَبَةِ) مَعْنَاهُ إِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا شِرَاءً مِنْ شَخْصٍ وَادَّعَى الْآخَرُ هَبَةً وَقَبَضَا مِنْ ذَلِكَ الشَّخْصِ بَعِيْنِهِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ وَلَا تَارِيخَ مَعَهُمَا كَانَ الشِّرَاءُ أَوْلَى لِأَنَّهُ أَقْوَى لِكَوْنِهِ مُعَاوَضَةً مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَمُثْبَتًا لِلْمَلِكِ بِنَفْسِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَ الْمُמَلِكُ لَهَا أَوْ كَانَ مَعَهُمَا تَارِيخٌ حَيْثُ لَا يَكُونُ الشِّرَاءُ فِيهِ أَوْلَى لَأَنَّهُمَا عِنْدَ اخْتِلَافِ الْمُمَلِكِ يَصِيرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصْمًا عَنِ مُمْلَكِهِ لِحَاجَتِهِ إِلَى إِبْطَالِ الْمَلِكِ وَهُمَا فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ وَفِيمَا إِذَا اتَّحَدَ الْمُمَلِكُ لَا يَحْتَاجَانِ إِلَى إِبْطَالِ الْمَلِكِ لَهُ لِثُبُوتِهِ بِاتِّفَاقِهِمَا وَإِنَّمَا حَاجَتُهُمَا إِلَى إِبْطَالِ سَبَبِ الْمَلِكِ لَأَنفُسِهِمَا وَفِيهِ يُقَدَّمُ الْأَقْوَى وَفِيمَا إِذَا كَانَ مَعَهُمَا تَارِيخٌ وَالْمُلْكُ لَهَا وَاحِدٌ كَانَ لَأَقْدَمِهِمَا تَارِيخًا لثُبُوتِ مَلِكِهِ فِي وَقْتٍ لَا يُنَازَعُهُ فِيهِ أَحَدٌ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْمُمَلِكُ لَهَا مُخْتَلَفًا حَيْثُ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ سَبْقُ التَّارِيخِ عَلَى مَا بُيِّنَ مِنْ قَرِيبٍ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَكَذَا الشِّرَاءُ مَعَ الصَّدَقَةِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَحْكَامِ لِمَا بَيَّنَّا مِنَ الْمَعْنَى وَدَعَاؤِ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ مَعَ الْقَبْضِ فِيهِمَا مُسْتَوِيَانِ لاسْتَوَائِهِمَا فِي وَجْهِ التَّبَرُّعِ وَلَا تَرْجِيحَ لِلصَّدَقَةِ بِاللِّزُومِ لِأَنَّ أَثَرُ اللَّزُومِ يَظْهَرُ فِي ثَانِي الْحَالِ وَهُوَ عَدَمُ التَّمَكُّنِ مِنَ الرُّجُوعِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَالتَّرْجِيحُ يَكُونُ بِمَعْنَى قَائِمٍ فِي الْحَالِ وَلِأَنَّ الرُّجُوعَ إِنَّمَا أُمْتِنِعَ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ بِهَا وَهُوَ الْأَجْرُ لَا لِقُوَّةٍ فِي السَّبَبِ وَلَوْ حَصَلَ الْمَقْصُودُ بِالْهَبَةِ لَا يَرْجَعُ أَيْضًا كَمَا إِذَا كَانَتْ لِدِي الرَّحِمِ الْمُحَرَّمِ أَوْ عَوَضَهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ عَنْهَا وَالصَّدَقَةُ قَدْ لَا تَكُونُ لَازِمَةً بَأَنَّ كَانَتْ لِعَيْنِي وَهَذَا فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ

مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ لَأَنَّ الشُّيُوعَ لَا يَضُرُّهُ وَاخْتَلَفُوا فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ لَأَنَّهُ تَنْفِيذُ الْهَبَةِ فِي الشَّائِعِ فَصَارَ كَقِيَامَةِ الْبَيِّنَتَيْنِ عَلَى الْبَارْتِهَانِ وَقِيلَ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ هَبَةَ الْوَاحِدِ مِنْ اثْنَيْنِ جَائِزٌ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ وَهَذَا لِأَنَّ الْمَلِكَ يُسْتَفَادُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي وَقَضَاؤُهُ كَهَبَةِ الْوَاحِدِ مِنْ اثْنَيْنِ وَقِيلَ يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ لَأَنَّ الشُّيُوعَ طَارِئٌ إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَثْبَتَ قَبْضَ الْكُلِّ ثُمَّ حَصَلَ الشُّيُوعُ بَعْدَ ذَلِكَ وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ لَوْ قَضَيْنَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالنِّصْفِ يُقْضَى لَهُ بِالْعَقْدِ الَّذِي شَهِدَ بِهِ شُهُودُهُ وَعِنْدَ اخْتِلَافِ الْعُقَدَيْنِ لَا تَجُوزُ الْهَبَةُ مِنْ رَجُلَيْنِ بِالْإِجْمَاعِ وَهَذَا فِيمَا إِذَا لَمْ تُوقَّتْ الْبَيِّنَتَانِ وَلَمْ يَكُنْ مَعَ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَبْضٌ وَأَمَّا إِذَا وَقَّتَا فَصَاحِبُ الْوَقْتِ الْأَقْدَمِ أَوْلَى وَإِنْ لَمْ يُوقَّتَا وَمَعَ أَحَدِهِمَا قَبْضٌ كَانَ هُوَ أَوْلَى وَكَذَا إِنْ وَقَّتْ صَاحِبُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي الشِّرَاءِ مِنْ ذِي الْيَدِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالشِّرَاءُ وَالْمَهْرُ سَوَاءٌ) يَعْنِي إِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا شِرَاءً عَيْنٍ مِنْ رَجُلٍ وَادَّعَتْ امْرَأَةٌ أَنَّ ذَلِكَ الرَّجُلَ تَزَوَّجَهَا عَلَى ذَلِكَ الْعَيْنِ فَهُمَا سَوَاءٌ لاسْتَوَاءِ الْبَيِّنَتَيْنِ فِي الْقُوَّةِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ وَمُثْبِتٌ لِلْمَلِكِ بِنَفْسِهِ بِخِلَافِ الْهَبَةِ وَالْبَيْعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا ثُمَّ لِلْمَرْأَةِ نِصْفُ الْعَيْنِ وَنِصْفُ قِيَمَةِ الْعَيْنِ عَلَى الرُّوْجِ لاسْتِحْقَاقِ نِصْفِ الْمُسَمَّى وَلِلْمُشْتَرِي نِصْفُ الْعَيْنِ وَيَرْجَعُ بِنِصْفِ الثَّمَنِ إِنْ شَاءَ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَّ الْعَقْدُ لِتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ الشِّرَاءُ أَوْلَى

وَلَهَا عَلَى الرُّوْجِ قِيَمَةُ الْعَيْنِ لِأَنَّ الْعَمَلَ بِالْبَيِّنَتَيْنِ مُمَكِّنٌ فَيَصَارُ إِلَيْهِ إِذْ الْبَيِّنَةُ مِنْ حُجَجِ الشَّرْعِ وَالْعَمَلُ بِهَا مَهْمَا أَمَكَّنَ وَاجِبٌ وَقَدْ أَمَكَّنَ الْعَمَلُ بِهِمَا بِتَقْدِيمِ الشِّرَاءِ إِذْ النِّكَاحُ عَلَى عَيْنٍ مَمْلُوكَةٍ لِلْغَيْرِ جَائِزٌ وَتَجِبُ قِيَمَتُهُ عِنْدَ تَعَدُّرِ تَسْلِيمِهَا بِخِلَافِ الْعَكْسِ لِأَنَّ تَقْدِيمَ النِّكَاحِ مُبْطِلٌ لِلْبَيْعِ إِذْ لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَلِكِ الْغَيْرِ مِنْ غَيْرِ إِجَارَةِ الْمَالِكِ قُلْنَا الْمَقْصُودُ مِنَ السَّبَبِ حُكْمُهُ وَحُكْمُ النِّكَاحِ مَلِكُ الْمُسَمَّى فِيهِ وَمَتَى قَدَّرَ مُتَأَخِّرًا لَمْ يَوْجِبْ حُكْمُهُ فَلَا يُصَارُ إِلَيْهِ كَمَا لَا يُصَارُ إِلَى تَأَخُّرِ الشِّرَاءِ فَيَجْعَلُ كَأَنَّهُمَا وَقَعَا مَعًا وَهُمَا سَوَاءٌ فِي إِفَادَةِ مَلِكِ الْعَيْنِ فَلَا يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا

عَلَى الْآخِرِ كَدَعَوَى الشَّرَاءِ مِنْهُمَا بَلِّ الْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ النِّكَاحُ أَوْلَى مِنَ الشَّرَاءِ لِأَنَّهُ أَقْوَى أَلَّا تَرَى أَنَّهُ يُفِيدُ مِلْكَ الْعَيْنِ وَالتَّصَرُّفَ بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَلَا يَطُلُّ بِالْهَلَاكِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَّا أَنَا سَوَيْنَا بَيْنَهُمَا لِمَا ذَكَرْنَا وَلِأَنَّ فِيْمَا قَالَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إِبْطَاتُ تَارِيخٍ لَمْ يَشْهَدْ بِهِ أَحَدٌ وَهُوَ لَا يُمَكِّنُ إِبْطَاتُهُ إِلَّا بِحُجَّةٍ

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ وَلَا تَارِيخَ مَعَهُمَا

أَيُّ لَأَنَّهُمَا إِذَا لَمْ يُؤَرَّخَا صَارَ كَأَنَّهُمَا وَقَعَا مَعًا وَالشَّرَاءُ أَقْوَى مِنَ الْهَبَةِ .

قَوْلُهُ وَمُنْتَبَهَا لِلْمَلِكِ بِنَفْسِهِ

أَيُّ وَالْمَلِكُ فِي الْهَبَةِ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَبْضِ .

قَوْلُهُ حَيْثُ لَا يَكُونُ الشَّرَاءُ فِيهِ أَوْلَى

أَيُّ بَلِّ يَكُونُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِقَوْلِ الشَّارِحِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيْمَا يَأْتِي وَهُمَا فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ قَوْلُهُ بَلِّ يَكُونُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ كَذَا قَالَ الْأَنْقَايُ .

قَوْلُهُ لِثَبُوتِ مِلْكِهِ فِي وَقْتٍ لَا يَنَازَعُهُ فِيهِ أَحَدٌ

وَأِنْ أَرَّخَ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يُؤَرَّخِ الْآخَرُ فَالْمُؤَرَّخُ أَوْلَى أُيُّهُمَا كَانَ فَإِنْ كَانَ الْمُؤَرَّخُ هُوَ الْمُشْتَرِي فَلَا إِشْكَالَ لِأَنَّ الشَّرَاءَ مِنْ غَيْرِ تَارِيخٍ أَوْلَى فَمَعَ التَّارِيخِ أَوْلَى وَإِنْ كَانَ أَرَّخَ الْهَبَةَ فَالْهَبَةُ أَوْلَى لِأَنَّ الشَّرَاءَ مُتَأَخِّرٌ مَعْنَى فَيَعْتَبَرُ بِمَا لَوْ كَانَ مُتَأَخِّرًا حَقِيقَةً بِأَنَّ أَرَّخَ صَاحِبُ الشَّرَاءِ مُنْذُ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَصَاحِبُ الْهَبَةِ مُنْذُ سَنَةٍ وَإِنَّمَا قُلْنَا ذَلِكَ لِأَنَّ الشَّرَاءَ حَدَثٌ وَالْأَصْلُ فِي الْحَوَادِثِ إِذَا لَمْ يُعْرَفْ حَالُ حَدُوثِهَا أَنَّهُ يُحْكَمُ بِحُدُوثِهَا

قَوْلُهُ وَلَا تَرْجِيحَ لِلصَّدَقَةِ بِالزُّوْمِ

جَوَابٌ عَنْ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ بِأَنَّ يُقَالُ إِنَّ الْهَبَةَ مَعَ الْقَبْضِ وَالصَّدَقَةُ مَعَ الْقَبْضِ سَوَاءٌ حَتَّى يَكُونَ الْعَيْنُ بَيْنَ الْمُدَّعِيَيْنِ نِصْفَيْنِ وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ الصَّدَقَةُ أَوْلَى لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ الْمِلْكَ اللَّازِمَ مِنَ الْهَبَةِ لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ مِلْكًا غَيْرَ لَازِمٍ فَأَجَابَ عَنْهُ بِمَا قَالَ وَهُوَ أَنَّ لُزُومَ الصَّدَقَةِ بِاعْتِبَارِ الْمَالِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهَا لَا بِاعْتِبَارِ الْحَالِ وَالتَّرْجِيحُ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْأَمْرِ الثَّابِتِ فِي الْحَالِ فَلَا تَتَرَجَّحُ الصَّدَقَةُ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ وَهَذَا فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ

أَيُّ كَوْنِ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ سَوَاءً فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ كَالْعَبْدِ
وَالدَّابَّةِ صَحِيحٌ هَذَا بِالِاتِّفَاقِ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ وَاخْتَلَفُوا فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ قَوْلُهُ وَكَذَا فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ عِنْدَ الْبَعْضِ أَيُّ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ سَوَاءً أَيْضًا عِنْدَ الْبَعْضِ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ كَالدَّارِ وَنَحْوَهَا
وَيُقْضَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا لِأَنَّ الشُّيُوعَ طَارِئٌ وَعِنْدَ الْبَعْضِ لَا يَصِحُّ وَلَا يُقْضَى لَهُمَا بِشَيْءٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ تَنْفِيزُ الْهَبَةِ فِي
الشَّائِعِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ الْإِمَامُ الْإِسْبِيجَابِيُّ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ كَالدَّارِ وَنَحْوَهَا فَلَا يُقْضَى لَهُمَا بِشَيْءٍ عِنْدَ
أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يُقْضَى بَهَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَلَوْ كَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا قُضِيَ لَهُ بِالِاجْتِمَاعِ إِلَى هُنَا لَفُظُهُ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ فَهُمَا سَوَاءٌ

هَذَا إِذَا لَمْ يُؤَرَّخَا أَوْ أُرَّخَا وَتَارِيخُهُمَا عَلَى السَّوَاءِ أَمَّا إِذَا أُرَّخَا وَتَارِيخُ أَحَدِهِمَا أَسْبَقُ فَالسَّابِقُ أَوْلَى كَمَا فِي دَعْوَى الْهَبَةِ مَعَ الشَّرَاءِ .

غَايَةُ

قَوْلُهُ وَالْعَمَلُ بِهَا مَهْمَا أُمِكنَ وَاجِبٌ

حُسْنًا لِلظَّنِّ بِالشُّهُودِ .

أَتَقَانِي

قَوْلُهُ لَمْ يَشْهَدْ بِهِ أَحَدٌ

أَيُّ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ الشَّرَاءَ مُقَدِّمًا عَلَى التَّكَاحِ وَلَمْ يَشْهَدْ بِتَقْدِيمِهِ أَحَدٌ كَمَا هُوَ فَرْضُ الْمَسْأَلَةِ .

كَأَكِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالرَّهْنُ أَحَقُّ مِنَ الْهَبَةِ) يَعْنِي لَوْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا رَهْنًا وَقَبْضًا وَالْآخَرُ هَبَةً وَقَبْضًا مِنْ صَاحِبِ الْيَدِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ وَلَمْ يَكُنْ مَعَ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَارِيخٌ وَلَا قَبْضٌ كَانَ الرَّهْنُ أَوْلَى وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ أَنَّ تَكُونَ الْهَبَةُ أَوْلَى لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الْمِلْكَ وَالرَّهْنُ لَا يُثْبِتُهُ فَكَانَتْ الْبَيِّنَةُ الْمُثْبِتَةُ لِلزِّيَادَةِ أَوْلَى وَهَذَا رَوَايَةُ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ ، وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ الرَّهْنَ مَضْمُونٌ وَالْهَبَةُ أَمَانَةٌ وَالْمَضْمُونُ أَقْوَى فَكَانَ أَوْلَى بِخِلَافِ الْهَبَةِ بِشَرْطِ الْعَوَضِ لِأَنَّهَا بَيْعٌ انْتِهَاءٌ وَالْبَيْعُ أَوْلَى لِكَوْنِهِ عَقْدٌ ضَمَانَ يُثْبِتُ الْمِلْكَ لِلْحَالِ صُورَةً وَمَعْنَى وَالرَّهْنُ لَا يُثْبِتُهُ إِلَّا عِنْدَ الْهَلَاكِ مَعْنَى لَا صُورَةً قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ بَرَهَنَ الْخَارِجَانِ عَلَى الْمِلْكِ وَالتَّارِيخِ أَوْ عَلَى الشَّرَاءِ مِنْ وَاحِدٍ فَلَا سَبْقُ أَحَقُّ) أَيُّ لَوْ أَقَامَ الْخَارِجَانِ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمِلْكِ الْمَطْلُوقِ وَالتَّارِيخِ أَوْ عَلَى الشَّرَاءِ مِنْ وَاحِدٍ غَيْرِ ذِي الْيَدِ وَعَلَى التَّارِيخِ كَانَ أَسْبَقُهُمَا تَارِيخًا أَوْلَى فِيهِمَا أَمَّا الْأَوَّلَى فَلِأَنَّ مَا ذَكَرَهُ فِي أَوَّلِ الْبَابِ وَإِنَّمَا أَعَادَهُ هُنَا لِأَجْلِ ذِكْرِ التَّارِيخِ وَإِنَّمَا كَانَ أَسْبَقُهُمَا تَارِيخًا فِيهَا أَوْلَى لِأَنَّهُ أُثْبِتَ مِلْكُهُ فِي وَقْتٍ لَا يُبَازَعُهُ فِيهِ أَحَدٌ وَجَعَلَ الْكَرْخِي هَذَا الْقَوْلَ مُتَّفَقًا عَلَيْهِ لِأَنَّ دَعْوَى مِلْكِ مَطْلُوقٍ دَعْوَى التَّمْلُكِ مِنْ جِهَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِأَنَّ مَا يَسْتَحِقُّهُ عَلَى ذِي الْيَدِ مِنْ الْمِلْكِ الثَّابِتِ بظَاهِرِ يَدِهِ يُعْتَبَرُ اسْتِحْقَاقًا لِلْمِلْكِ عَلَى ذِي الْيَدِ فَيَكُونُ تَمْلُكًا مِنْ جِهَتِهِ وَالتَّارِيخُ مُعْتَبَرٌ فِي دَعْوَى التَّمْلُكِ فَصَارَ كَمَا لَوْ ادَّعَى التَّمْلُكُ بِالشَّرَاءِ مِنْ جِهَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَجَعَلَ صَاحِبُ الْأَمَالِي أَنَّ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ

أَوَّلًا وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ آخِرًا وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ آخِرًا وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا هُوَ بَيِّنُهُمَا لِأَنَّهُ لَا عِبْرَةَ لِلتَّارِيخِ فِي دَعْوَى الْمِلْكِ الْمَطْلُوقِ لِأَنَّهُ دَعْوَى أَوْلِيَّةِ الْمِلْكِ مَعْنَى حَتَّى يَسْتَحِقَّ بِزَوَائِدِهِ الْمُنْفَصِلَةِ كَالنَّجَاحِ وَالْمَقْصُودُ مِنْ إِبْطَالِ التَّارِيخِ إِبْطَالُ زِيَادَةِ الْاسْتِحْقَاقِ عَلَى خَصْمِهِ لِتَرْجَحَ بَيِّنَتُهُ عَلَى بَيِّنَةِ الْخَصْمِ فَإِثْبَاتُ زِيَادَةِ الْاسْتِحْقَاقِ لَا تُتَصَوَّرُ فِي دَعْوَى أَوْلِيَّةِ الْمِلْكِ فَكَانَ التَّقْدُّمُ وَالتَّأَخُّرُ فِيهِ سَوَاءً وَلَوْ أَرَّخْتَ إِحْدَاهُمَا دُونَ الْآخَرَى فَهُمَا سَوَاءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ الْمُؤَرِّخُ أَوْلَى وَقَالَ مُحَمَّدٌ الْمُبْتَهَمُ أَوْلَى لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمِلْكِ الْمَطْلُوقِ تَدُلُّ عَلَى الْمِلْكِ مِنَ الْأَصْلِ عَلَى مَا بَيَّنَّا أَلَّا تَرَى أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ بِهِ الْأَوْلَادَ وَالْإِكْسَابَ وَمِلْكَ الْأَصْلِ أَوْلَى مِنَ التَّارِيخِ وَلِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُؤَرِّخَ مِلْكُهُ مُتَيَقِّنٌ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ وَلَمْ يُتَيَقِّنْ بِمِلْكِ الْآخَرِ فَكَانَ الْمُتَيَقِّنُ أَوْلَى مِنَ الْمُحْتَمَلِ فَصَارَ نَظِيرَ مَا لَوْ ادَّعَى الشَّرَاءَ مِنْ وَاحِدٍ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُبْتَهَمَ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَقْدَمَ فَلَا يَتَرَجَّحُ الْمُؤَرِّخُ مَعَ الْإِحْتِمَالِ بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى الشَّرَاءَ مِنْ وَاحِدٍ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى الْحُدُوثِ فَيُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ أَوْقَاتِهِ مَا لَمْ يُؤَرَّخْ فَإِذَا أُرِّخَ دَلَّ عَلَى سَبْقِ مِلْكِهِ فَتَرْجَحُ بِهِ عَلَى الْآخَرِ وَإِنْ لَمْ يُؤَرَّخْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا فَهُمَا سَوَاءٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي أَوَّلِ الْبَابِ وَكَذَا إِذَا أَرَّخَا تَارِيخًا وَاحِدًا لِعَدَمِ الْمُرَجَّحِ وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَلِأَنَّهُمَا لَمَّا ادَّعَى الشَّرَاءَ مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ فَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الْمِلْكَ لَهُ فَمَنْ أُثْبِتَ مِنْهُمَا التَّلَقِّيَ مِنْ جِهَتِهِ فِي زَمَانٍ لَا يُرَاحِمُهُ فِيهِ أَحَدٌ

كَانَ أَوْلَى لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى أَنَّ الْمِلْكَ لَا يُثْبِتُ إِلَّا بِالتَّلَقِّيِ مِنْهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي الشَّرَاءَ مِنْ شَخْصٍ آخَرَ غَيْرِ الَّذِي يَدَّعِي مِنْهُ صَاحِبُهُ الشَّرَاءَ عَلَى مَا يَجِيءُ مِنْ قَرِيبٍ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَلَوْ لَمْ يُؤَرَّخَا فَهُمَا سَوَاءٌ وَإِنْ أَرَّخْتَ إِحْدَاهُمَا دُونَ الْآخَرَى فَالْمُؤَرِّخُ أَوْلَى لِمَا بَيَّنَّا وَإِنْ كَانَ مَعَ أَحَدِهِمَا قَبْضٌ كَانَ هُوَ أَوْلَى وَلَوْ أَرَّخَ الْآخَرُ مَا لَمْ يُثْبِتْ أَنَّهُ أَقْدَمُ تَارِيخًا فَحَاصِلُهُ أَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مِثْلُ الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ وَهِيَ إِذَا ادَّعَى الشَّرَاءَ مِنْ ذِي الْيَدِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَحْكَامِ حَتَّى لَوْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا الشَّرَاءَ وَالْآخَرُ الْهَبَةَ وَالْقَبْضَ أَوْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا الشَّرَاءَ وَالْآخَرُ الْمَهْرَ أَوْ أَحَدُهُمَا الرَّهْنَ وَالْآخَرُ الْهَبَةَ كَانَ الْجَوَابُ فِيهَا فِي جَمِيعِ صُورِهَا كَالْجَوَابِ فِي تِلْكَ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْمُدَّعِيَيْنِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ اتَّفَقَا بِدَعْوَاهُمَا الشَّرَاءَ مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ عَلَى أَنَّ الْمِلْكَ كَانَ لَهُ وَأَنَّ الْمِلْكَ لِعَیْرِهِ لَا يُثْبِتُ إِلَّا بِالتَّلَقِّيِ مِنْهُ فَكَانَ حُكْمُهُمَا وَاحِدًا

الشرح

قوله والرهن لا يثبت

أي بل يثبت اليد والملك أقوى من اليد .

قوله بخلاف الهبة بشرط العوض

أي فإنها أولى من الرهن أثقاني

قال رحمه الله (وعلى الشراء من آخر وذكرنا تاريخاً استويا) يعني لو أقام كل واحد منهما بينة على الشراء من رجل غير الذي يدعي الشراء منه صاحبه كانا سواء حتى يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن لأن كل واحد منهما يثبت الملك لبائعه وملك بائعه مطلق ولا تاريخ فيه فيثبت لكل واحد من البائعين ملك مطلق فيكون بينهما فصار كما إذا حضر البائعان وأدعى الملك من غير تاريخ وكذا لو ذكر أحدهما تاريخاً دون الآخر فهما سواء لأنه لا يترجح بالتقدم حقيقة فكيف يترجح بالاحتمال بخلاف ما إذا كان المملك لهما واحداً حيث يكون أقدمهما تاريخاً أولى لأن ملك بائعهما يثبت بإقرارهما فلا يتصور التملك إلا من جهته فإذا ملكه لأحدهما خرج عن ملكه فكان البيع الثاني من غير مالك فلا يجوز وكذا لو أرخ أحدهما كان المؤرخ أولى به لما ذكرنا من قبل ولو ادعى شخص هبة وقبضاً من رجل وأدعى آخر شراء من غيره وأدعى ثالث ميراثاً من غيرهما وأدعى رابع صدقة وقبضاً من غيرهم وأقاموا البينة قضى بينهم أربعاً سواء كان معهم تاريخ أو مع بعضهم أو لم يكن لما ذكرنا أنهم يثبتون الملك للملكهم وذلك لا تاريخ فيه ولا يقدم الأقوى هنا لما ذكرنا من قبل

الشرح

قوله للملكهم (هو بالإنفراد في خط الشارح .

قال رحمه الله (ولو برهن الخارج على ملك مؤرخ وتاريخ ذي اليد أسبق أو برهننا على النجاج وسبب ملك لا يتكرر أو الخارج على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أحق) يعني في المسائل الثلاث أما في الأولى فالمذكور قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ورواية عن محمد رحمه الله ثم رجع عنه فقال لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق أصلاً لأن البينة في الملك المطلق تثبت أولية الملك فيستوي فيها التقدم والتأخر فصاراً كأنهما قامتا على الملك المطلق بخلاف ما إذا ذكرنا السبب كالشراء ونحوه لأنهما يثبتان الحدوث وفيه الأقدم أولى ما لم يدع المتأخر التلقي من جهة المتقدم وحده قولهما أن البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره في وقت التاريخ وبينه ذي اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعده إلا بالتلقي من جهته وهو لم يدع ذلك ولو استوى تاريخهما أو لم يكن معهما تاريخ أو كان مع أحدهما دون الآخر كان الخارج أولى لأن بينته تثبت غير الظاهر وبينه ذي اليد لا تثبت غير ما ظهر باليد والبيئات للبيئات فكانت بينة الخارج أولى ما لم يثبت ذو اليد التقدم عليه صريحاً بلا احتمال وفيما إذا أرخت بينة ذي اليد وحدها خلاف أبي يوسف فإنه يقول بينة ذي اليد أولى فيها وهو رواية عن أبي حنيفة لأن ملكه ثبت في وقت متقدم بيقين وملك الآخر محتمل فلا يراحم المتيقن فصار كما إذا أرخت أحدهما في دعوى الشراء من واحد قلنا بينة ذي اليد لا تقبل إلا إذا

تَضَمَّنَتْ الدَّفْعَ وَلَمْ تَتَضَمَّنْ هُنَا لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الْمَلِكُ الْخَارِجُ أَقْدَمَ بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى الشَّرَاءَ مِنْ وَاحِدٍ حَيْثُ يَكُونُ صَاحِبُ الْيَدِ أَوْلَى فِي الصُّورِ كُلِّهَا إِلَّا إِذَا أَرَخَا وَكَانَ تَارِيخُ الْخَارِجِ أَقْدَمَ لَأَنْ تَمَكَّنَهُ مِنَ الْقَبْضِ يَدُلُّ عَلَى سَبْقِهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَلَوْ كَانَ الْمُدَّعَى فِي أَيْدِيهِمَا وَأَرَخَا كَانَ أَقْدَمُهُمَا تَارِيخًا أَوْلَى عِنْدَهُمَا لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ بَيِّنَةَ ذِي الْيَدِ مَقْبُولَةٌ عِنْدَهُمَا لِلدَّفْعِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ هُوَ بَيِّنُهُمَا لِأَنَّهُ لَا يَعْتَبَرُ الْوَقْتُ فِي الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ وَلَوْ أَرَخَتْ إِحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَى وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا كَانَ بَيْنَهُمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَمُحَمَّدٍ لَأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ لَا يَعْتَبِرُ التَّارِيخَ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ فِي الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ لِلِاحْتِمَالِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَعْتَبِرُهُ بِالْكُلِّيَّةِ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ لِلْمُؤَرِّخِ مِنْهُمَا لَأَنَّ تَارِيخَ الْوَاحِدِ مُعْتَبَرٌ عِنْدَهُ لِتَيَقُّنِ مَلِكِهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ وَاحْتِمَالِ الْآخَرِ عَلَى مَا بَيَّنَّا فَرُجِحَ بِالْتَيَقُّنِ وَأَمَّا الثَّانِيَةُ وَهِيَ مَا إِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى النَّجَاحِ أَوْ عَلَى سَبَبٍ آخَرَ لَا يَتَكَرَّرُ فَلَأَنَّ بَيِّنَتَهُمَا قَامَتَا عَلَى مَا لَا تَدُلُّ عَلَيْهِ الْيَدُ فَاسْتَوَيَا فِي الْإِبْطَاتِ وَتَرَجَّحَتْ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ بِالْيَدِ فَيَقْضَى لَهُ بِهِ وَلَا غَيْرَهُ لِلتَّارِيخِ لَأَنَّ أَوْلِيَّةَ الْمَلِكِ تَسْتَوْعِبُ كُلَّ تَارِيخٍ فَلَا يُفِيدُ ذِكْرُهُ مِنْ أَحَدِهِمَا أَوْ مِنْهُمَا اتِّحَادَ التَّارِيخَانِ أَوْ اخْتِلَافَهُمَا لَمْ يَذْكُرْ تَارِيخًا مُسْتَحِيلًا بَأَنَّ لَمْ يُوَافِقْ سِنَّ الْمُدَّعَى وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ أَوْلَى لِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي إِبْطَاتِ أَوْلِيَّةِ الْمَلِكِ وَتَرَجَّحَ الْخَارِجُ بِإِبْطَاتِ مَا لَا تَدُلُّ عَلَيْهِ الْيَدُ وَهُوَ الْمَلِكُ لِنَفْسِهِ فَكَانَ أَوْلَى بِهِ

قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى وَقَالَ عِيسَى بْنُ أَبَانَ تَهَاتَرَتِ الْبَيِّنَتَانِ وَيُتْرَكُ فِي يَدِ ذِي الْيَدِ لَا عَلَى وَجْهِ الْقَضَاءِ لَأَنَّ أَحَدَهُمَا كَاذِبٌ يَبْقَيْنِ لِاسْتِحْصَالِ نَتَاجِ دَائِبَةٍ مِنْ دَائِبَتَيْنِ فَصَارَ نَظِيرُ الشَّهَادَةِ بِالْقَتْلِ فِي مَكَائِنَ وَجْهِ الِاسْتِحْصَانِ مَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى لِدِي الْيَدِ بِنَاقَةِ بَعْدَ مَا أَقَامَ الْخَارِجُ بَيِّنَةً أَنَّهَا نَافَقَتْهُ تَنَجَّحَهَا وَأَقَامَ ذُو الْيَدِ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا نَافَقَتْهُ تَنَجَّحَهَا وَلَأَنَّ الْيَدَ لَا تَدُلُّ عَلَى أَوْلِيَّةِ الْمَلِكِ فَكَانَ مُسَاوِيًا لِلْخَارِجِ فِيهَا فَيُثَبِّتُهَا يَنْدَفِعُ الْخَارِجُ وَبَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ مَقْبُولَةٌ لِلدَّفْعِ أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا لَوْ أَرَخَا فِي دَعْوَى الشَّرَاءِ وَبَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ أَقْدَمُ تُقْبَلُ بِالْإِجْمَاعِ وَكَذَا فِي الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِمَا فِيهَا مِنْ تَضَمُّنٍ مَعْنَى الدَّفْعِ فَكَذَا هُنَا وَلَا يَلْزَمُ مَا إِذَا ادَّعَى الْخَارِجُ الْفِعْلَ عَلَى ذِي الْيَدِ كَالْعَصَبِ وَالْإِجَارَةِ وَالْعَارِيَةِ حَيْثُ تَكُونُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَوْلَى وَإِنْ ادَّعَى ذُو الْيَدِ النَّجَاحَ لَأَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ فِي هَذِهِ الصُّورِ أَكْثَرُ إِبْطَاتًا لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ الْفِعْلَ عَلَى ذِي الْيَدِ وَهُوَ الْعَصَبُ وَأَشْبَاهُهُ إِذْ هُوَ غَيْرُ ثَابِتٍ أَصْلًا وَأَوْلِيَّةُ الْمَلِكِ إِنْ لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا بِالْيَدِ فَأَصْلُ الْمَلِكِ ثَابِتٌ بِهَا ظَاهِرًا فَكَانَ ثَابِتًا بِالْيَدِ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ فَكَانَ إِبْطَاتٌ غَيْرُ الثَّابِتِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ أَوْلَى إِذْ الْبَيِّنَةُ لِلْإِبْطَاتِ وَمَا قَالَهُ عِيسَى غَيْرُ صَحِيحٍ لَأَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ فِي خَارِجَيْنِ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَى النَّجَاحِ أَنَّهُ يَقْضَى بِهِ بَيْنَهُمَا وَلَوْ كَانَ الطَّرِيقُ مَا قَالَهُ هُوَ لَتَهَاتَرَتَا وَكَذَا لَوْ كَانَتْ الشَّاةُ الْمَذْبُوحَةُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا وَالسَّوَاقِطُ فِي يَدِ الْآخَرِ وَأَقَامَ كُلُّ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَى النَّجَاحِ يَقْضَى

بِهَا وَبِالسَّوَاقِطِ لِمَنْ فِي يَدِهِ أَصْلُ الشَّاةِ وَلَوْ كَانَ الطَّرِيقُ مَا ذَكَرَهُ لَتَرَكَ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِهِ وَتَمَرَّةٌ مَا قَالَهُ تَظْهَرُ فِي التَّحْلِيلِ لِأَنَّهُمَا إِذَا تَهَاتَرَا يُصَارُ إِلَى التَّحْلِيلِ وَلَوْ أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْ فُلَانٍ وَأَنَّهُ وَلَدَ عِنْدَهُ وَأَقَامَ ذُو الْيَدِ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْ فُلَانٍ آخَرَ وَأَنَّهُ وَلَدَ عِنْدَهُ كَانَ ذُو الْيَدِ أَوْلَى لَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصَمٌ فِي إِبْطَاتِ نَتَاجِ بَائِعِهِ كَمَا أَنَّهُ خَصَمٌ فِي إِبْطَاتِ الْمَلِكِ لَهُ وَلَوْ حَضَرَ الْبَائِعَانِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى النَّجَاحِ كَانَ صَاحِبُ الْيَدِ أَوْلَى فَكَذَا مَنْ قَامَ مَقَامَهُمَا وَلَوْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْمَلِكِ وَالْآخَرُ عَلَى النَّجَاحِ كَانَ صَاحِبُ النَّجَاحِ أَوْلَى أَثُمَّمَا كَانَ لِأَنَّهُ يُثَبِّتُ أَوْلِيَّةَ الْمَلِكِ وَبَعْدَهُ لَا يَمْلِكُهُ غَيْرُهُ إِلَّا بِالتَّلَقِّيِّ مِنْ جِهَتِهِ وَكَذَا لَوْ كَانَ الدَّعْوَى بَيْنَ الْخَارِجَيْنِ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَوْ قَضَى بِالنَّجَاحِ لِصَاحِبِ الْيَدِ ثُمَّ أَقَامَ ثَالِثُ الْبَيِّنَةَ عَلَى النَّجَاحِ يَقْضَى لَهُ إِلَّا أَنْ يُعِيدَهَا ذُو الْيَدِ لَأَنَّ الثَّالِثَ لَمْ يَصِرْ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ فَجَارَ لَهُ أَنْ يَدْعِيَهُ وَكَذَا الْمَقْضِيُّ عَلَيْهِ بِالْمَلِكِ الْمُطْلَقِ لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى النَّجَاحِ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ وَيُنْقَضُ الْقَضَاءُ لَأَنَّ الْخَارِجَ لَمْ يَسْتَحِقْ عَلَى ذِي الْيَدِ شَيْئًا لَأَنَّ مَلِكَ ذِي الْيَدِ ثَبِتَ بِالنَّجَاحِ صَرِيحًا وَبَعْدَ مَا ثَبِتَ الْمَلِكُ لَهُ بِهِ لَا يَتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ لِلْخَارِجِ بِذَلِكَ السَّبَبِ لَأَنَّ النَّجَاحَ لَا يَتَكَرَّرُ فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْعَلَ مَا اسْتَحَقَّهُ الْخَارِجُ مِنَ الْمَلِكِ الثَّابِتِ لِذِي الْيَدِ بظَاهِرِ الْيَدِ مُسْتَحَقًّا عَلَى ذِي الْيَدِ بِخِلَافِ دَعْوَى الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ لِأَنَّهُ كَمَا يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ لَهُ مِنَ الْأَصْلِ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ لَهُ مِنْ جِهَةِ صَاحِبِ الْيَدِ فَأَمَكَّنَ أَنْ يُجْعَلَ مَا اسْتَحَقَّهُ

الْخَارِجُ مِنَ الْمَلِكِ الثَّابِتِ لِذِي الْيَدِ بَظَاهِرِ الْيَدِ مُسْتَحَقًّا عَلَى ذِي الْيَدِ فَجَعَلَ كَذَلِكَ فِي حَقِّ تَرْجِيحِ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ عَلَى بَيِّنَةِ ذِي الْيَدِ فَإِذَا لَمْ يَصِرْ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ فِي حَقِّ النَّتَاجِ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ كَمَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ الْأَجْنَبِيِّ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ نَصٍّ تُرِكَ بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى ذُو الْيَدِ الْمَلِكُ الْمُطْلَقَ حَيْثُ لَا يُحْكَمُ لَهُ بِهِ لِلْإِحْتِمَالِ الَّذِي ذَكَرْنَا أَنْفَاءً فَصَارَ الْأَصْلُ أَنَّ مَنْ صَارَ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ فِي حَادِثَةٍ لَا يُقْضَى لَهُ فِيهَا وَإِلَّا قُضِيَ لَهُ فِيهَا وَقَوْلُهُ وَسَبَبُ مَلِكٍ لَا يَتَكَرَّرُ مَعْنَاهُ كُلُّ سَبَبٍ لَا يَتَكَرَّرُ فِي الْمَلِكِ إِذَا ادَّعَاهُ صَاحِبُ الْيَدِ كَانَ حُكْمُهُ حُكْمُ النَّتَاجِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَحْكَامِ وَذَلِكَ مِثْلُ حَلْبِ اللَّبَنِ وَاتِّخَاذِ الْجُبْنِ وَاللَّبْدِ وَحَزِّ الصُّوفِ وَالْمِرْعَزَى وَغَزْلِ الْقُطْنِ وَالْكَتَّانِ وَنَسْجِ الثَّوْبِ مِنْ غَزْلِهِمَا وَإِنْ كَانَ يَتَكَرَّرُ قُضِيَ بِهِ لِلْخَارِجِ وَهُوَ مِثْلُ الْخَزْرِ وَالْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ وَزِرَاعَةِ الْحِنْطَةِ وَالْجُبُوبِ لِأَنَّ تَوْبَ الْخَزْرِ وَالصُّوفِ وَالشَّعْرِ إِذَا بَلِيَ يُنْقَضُ وَيُغْزَلُ مَرَّةً أُخْرَى ثُمَّ يُنْسَجُ فَيُحْتَمَلُ أَنَّ ذَا الْيَدِ نَسَجَهُ ثُمَّ غَصَبَهُ الْخَارِجُ وَتَقَضَّهَ ثُمَّ نَسَجَهُ فَيَكُونُ مَلِكًا لَهُ بِهَذَا الطَّرِيقِ فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَى النَّتَاجِ بَلْ بِمَنْزِلَةِ الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ وَكَذَا غَيْرُهُ لِأَنَّ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ وَالزَّرَاعَةَ يَتَأْتِي فِيهَا التَّكَرُّارُ وَإِنْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ يُسْأَلُ عُذُولُ أَهْلِ الْخَبَرَةِ بِذَلِكَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ } وَالْوَاحِدُ مِنْهُمْ يَكْفِي وَالْأَحْوَطُ الْإِثْنَانِ وَإِنْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ قُضِيَ بِهِ لِلْخَارِجِ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ وَالْعُذُولُ عَنْهُ بِخَبَرِ النَّتَاجِ فَلَا يُلْحَقُ بِهِ إِلَّا مَا هُوَ فِي مَعْنَاهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ بِشَرْطِ أَنْ يُبَيِّنَ فِي الدَّعْوَى نَصًّا أَنَّ ذَلِكَ السَّبَبُ وَجِدَ فِي مَلِكِهِ

حَتَّى إِذَا قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوْ ذُو الْيَدِ وَحْدَهُ نَسَجَتْ هَذَا الثَّوْبَ أَوْ تُنَجَّتْ هَذِهِ الدَّابَّةُ عِنْدِي كَانَ الْخَارِجُ أَوْلَى لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَنْسِجُ لِعَیْرِهِ وَتَلْدُ دَابَّةُ الْغَيْرِ عِنْدَهُ فَلَمْ يَكُنْ فِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّ الثَّوْبَ نَسَجَهُ فِي مَلِكِهِ وَأَنَّ الدَّابَّةَ وَلَدَتْ فِي مَلِكِهِ فَبَقِيَ دَعْوَى مُطْلَقِ الْيَدِ وَفِيهِ الْخَارِجُ أَوْلَى وَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ فِيهِ حَتَّى يَنْصُرَ عَلَيْهِ وَيَقُولَ نَسَجْتُهُ فِي مَلِكِي أَوْ نُسِجَ فِي مَلِكِي أَوْ وَلَدَتْ الدَّابَّةُ فِي مَلِكِي وَعَلَى هَذَا لَوْ قَالَ هَذَا جُبْنِي اتَّخَذْتُهُ أَنَا أَوْ قَالَ اللَّبْنُ الَّذِي اتَّخَذْتُ مِنْهُ هَذَا الْجُبْنُ مَلِكِي أَوْ الشَّاةُ الَّتِي حَلَبْتُ مِنْهَا لَبْنُهُ مَلِكِي كَانَ الْخَارِجُ أَوْلَى لِمَا ذَكَرْنَا وَلَوْ قَالَ اتَّخَذْتُهُ فِي مَلِكِي أَوْ حَلَبْتُ لَبْنُهُ فِي مَلِكِي كَانَ ذُو الْيَدِ أَوْلَى وَعَلَى هَذَا لَوْ أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ أَنَّ فَلَانًا الْقَاضِي قُضِيَ لَهُ بِهَا بِالْبَيِّنَةِ وَأَقَامَ ذُو الْيَدِ أَنَّهَا تَنَجَّتْ فِي مَلِكِهِ كَانَ ذُو الْيَدِ أَوْلَى عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لِمَا ذَكَرْنَا وَعِنْدَهُمَا الْخَارِجُ أَوْلَى لِأَنَّ الْقَضَاءَ قَدْ صَحَّ ظَاهِرًا وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْ ذِي الْيَدِ فَلَا يُنْقَضُ قَضَاؤُهُ مَا لَمْ يَظْهَرْ خَطْوُهُ بَيِّعِينَ وَأَمَّا الثَّالِثَةُ وَهِيَ مَا إِذَا أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمَلِكِ وَأَقَامَ ذُو الْيَدِ الْبَيِّنَةَ عَلَى الشَّرَاءِ مِنْهُ فَلِأَنَّ الْخَارِجَ اثْبَتَ الْمَلِكَ لِنَفْسِهِ بَيِّنَتِهِ وَاثْبَتَ ذُو الْيَدِ التَّلَقِّيَ مِنْهُ فَكَانَ لَهُ بِحُكْمِ التَّلَقِّيِ مِنْهُ وَإِقْرَارُهُ بِأَنَّهُ لَهُ فِي ضَمَنِ دَعْوَى الشَّرَاءِ مِنْهُ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ دَعْوَاهُ وَقَبُولَ بَيِّنَتِهِ كَمَا إِذَا أَقَرَّ لَهُ بِالْمَلِكِ صَرِيحًا ثُمَّ ادَّعَى بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ فِي زَمَانٍ يُمَكِّنُ الشَّرَاءَ مِنْهُ لِأَنَّهُ لَا تَنَافِي إِذِ التَّوْفِيقُ مُمَكِّنٌ

الشرح

قوله ثم رجع عنه

قال القدوري في التفریب ذکر ابن سماعه عن محمد أنه رجع عن هذا بعد عودہ من الرقة سنة ثلاث وثمانین ومائة وقال الخارِجُ أَوْلَى

أثقاني

قوله وفيه الأقدم

أَيُّ سَوَاءَ كَانَ الْبَيْعُ وَاحِدًا أَوْ اثْنَيْنِ .

قوله ولو كان المدعي الخ

الْحَاصِلُ أَنَّ الْخِلَافَ مُتَّحِدٌ فِيمَا إِذَا كَانَ الْمُدَّعَى فِي أَيْدِيهِمَا وَوَقْتًا وَتَارِيخًا أَحَدُهُمَا أَسْبَقُ وَفِيمَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا وَوَقْتًا وَتَارِيخًا أَحَدُهُمَا أَسْبَقُ .

قوله والمسألة بحالها

يَعْنِي بِهِ قَوْلُهُ وَلَوْ كَانَ الْمُدَّعَى فِي أَيْدِيهِمَا كَأَكِي

قوله وهي ما إذا أقاما

أَيُّ الْخَارِجِ وَذُو الْيَدِ وَكَتَبَ مَا نَصَّهُ قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ عَلَاءُ الدِّينِ الْإِسْبِيحَابِيُّ فِي شَرْحِ الْكَافِي وَإِذَا كَانَتْ الدَّائِبَةُ فِي يَدَيِ رَجُلٍ فَادَّعَى رَجُلٌ أَنَّهَا دَائِبَتُهُ تَنَجُّهَا عِنْدَهُ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى ذَلِكَ وَأَقَامَ الَّذِي فِي يَدَيْهِ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا دَائِبَتُهُ تَنَجُّهَا عِنْدَهُ فَإِنَّهُ يَقْضَى بِهَا لِلَّذِي هِيَ فِي يَدَيْهِ أُخَذَ هَذَا بِالسُّنَّةِ وَالْقِيَاسِ أَنْ لَا يُقْضَى بِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا لِأَنَّهُمَا تَعَارَضَا فِي الْإِبْطَاتِ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ لَكِنَّا نَرُدُّ الْقِيَاسَ بِالسُّنَّةِ وَهُوَ مَا رَوَى مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عَنْ الْهَيْثَمِ عَنْ رَجُلٍ عَنْ جَابِرٍ { أَنَّ رَجُلًا ادَّعَى نَاقَةً فِي يَدَيِ رَجُلٍ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا نَاقَتُهُ تَنَجُّهَا عِنْدَهُ وَأَقَامَ الَّذِي هِيَ فِي يَدَيْهِ أَنَّهَا نَاقَتُهُ تَنَجُّهَا عِنْدَهُ فَقَضَى بِهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلَّذِي هِيَ فِي يَدَيْهِ }

قوله لا على وجه القضاء

حَتَّى يَخْلِفَ ذُو الْيَدِ لِلْخَارِجِ عَلَى مَا سَجَّيْءٌ قَرِيبًا

قوله فكان مساويًا للخارج فيها

أَيُّ فِي دَعْوَى التَّاجِ قَوْلُهُ وَمَا قَالَهُ عِيسَى إِنْ خُ (هَذَا

الَّذِي ذَكَرَهُ الشَّارِحُ مِنَ الرَّدِّ إِنَّمَا يَتَوَجَّهُ عَلَى عِيسَى لَوْ كَانَ عِيسَى شَارِحًا لِكَلَامِ مُحَمَّدٍ أَمَّا إِذَا كَانَ مَا قَالَهُ عِيسَى مَذْهَبًا لَهُ لَا لِمُحَمَّدٍ كَيْفَ يَرُدُّ عَلَيْهِ بِمَذْهَبِ مُحَمَّدٍ قَارِئُ الْهِدَايَةِ

قوله يُصَارُ إِلَى التَّحْلِيفِ

أَيُّ تَحْلِيفٍ ذِي الْيَدِ لِلخَارِجِ عِنْدَ عِيسَى وَعِنْدَنَا لَا يَحْلِفُ لِأَنَّهُ يُقْضَى بِهَا لِذِي الْيَدِ قَضَاءَ اسْتِحْقَاقٍ .

قوله وَسَبَبُ مَلِكٍ لَا يَتَكَرَّرُ

يَعْنِي إِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى نَسَجِ ثَوْبٍ فِيمَا لَا يَتَكَرَّرُ نَسَجُهُ كَعَزْلِ الْقُطْنِ كَانَ ذُو الْيَدِ أَوَّلَى لِأَنَّ مَا لَا يَتَكَرَّرُ فِي مَعْنَى النَّسَاجِ وَهُوَ لَا يَتَكَرَّرُ وَكَذَلِكَ حَلَبُ اللَّبَنِ فَإِذَا أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّ هَذَا اللَّبَنَ حُلَبَ فِي مَلِكِهِ وَكَذَلِكَ اتَّخَاذُ الْجُبْنِ بَأَنَّ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْجُبْنَ لَهُ صَنَعُهُ فِي مَلِكِهِ وَكَذَا اتَّخَاذُ اللَّبَدِ وَالْمَرْعَزَى أَنَّهُ صَنَعُهُ فِي مَلِكِهِ وَكَذَا الصُّوفُ إِذَا أَقَامَ رَجُلُ الْبَيِّنَةِ أَنَّهُ صُوفُهُ حَزَّهُ مِنْ غَنَمِهِ وَأَقَامَ ذُو الْيَدِ بَيِّنَةً عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ كَانَ ذُو الْيَدِ أَوَّلَى .

أَتَقَانِي

قوله وَذَلِكَ مِثْلُ حَلَبِ اللَّبَنِ

أَيُّ كَمَا إِذَا قَالَ حَلَبَ هَذَا اللَّبَنِ فِي مَلِكِي فَرِشَتَا

قوله وَاتَّخَاذِ الْجُبْنِ وَاللَّبَدِ إلخ

قَالَ الْأَتَقَانِيُّ وَكَذَلِكَ الْعَرَسُ وَزِرَاعَةُ الْحُبُوبِ فَتَكَرَّرَ فَإِنَّهُ يَعْرِسُ فِي مَوْضِعٍ ثُمَّ يَقْلَعُ وَيَعْرِسُ ثَانِيًا وَكَذَلِكَ الْحُبُوبُ تُزْرَعُ ثُمَّ تُعْرَبَلُ فَتُزْرَعُ مَرَّةً أُخْرَى .

قوله إِذَا بَلََا

كَذَا بِحِطِّ الشَّارِحِ وَصَوَابُهُ إِذَا بَلََا قَالَ فِي الْمَصْبَاحِ بَلََا الثَّوْبُ يَبْلَى مِنْ بَابِ تَعَبَ بَلََا بِالْكَسْرِ قَالَ الْكََاكِيُّ وَالْخَزُّ اسْمُ دَابَّةٍ ثُمَّ سُمِّيَ الثَّوْبُ الْمَتَّخِذُ مِنْ وَبَرِهِ خَزًّا قِيلَ هُوَ يُنْسَجُ فَإِذَا بَلََا يُعْزَلُ مَرَّةً أُخْرَى ثُمَّ يُنْسَجُ .

قوله وَإِقْرَارُهُ

أَيُّ وَإِقْرَارُ

ذِي الْيَدِ بِالْمَلِكِ لِلخَارِجِ .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ بَرَهَنَ كُلُّ عَلَى الشَّرَاءِ مِنَ الْآخِرِ وَلَا تَارِيخَ سَقَطَا وَتُرِكَ الدَّارُ فِي يَدِ ذِي الْيَدِ) أَيُّ لَوْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْخَارِجِ وَذِي الْيَدِ أَوْ الْخَارِجِينَ أَوْ ذَوِي الْأَيْدِي الْبَيِّنَةَ عَلَى الشَّرَاءِ مِنْ صَاحِبِهِ وَلَا تَارِيخَ لَهُمَا تَهَاتَرَتِ الْبَيِّنَتَانِ وَتُرِكَ الْمُدْعَى فِي يَدِ ذِي الْيَدِ لَا عَلَى وَجْهِ الْقَضَاءِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إِنْ كَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا يُقْضَى بِالْبَيِّنَتَيْنِ وَتَكُونُ لِلْخَارِجِ لِإِمْكَانِ الْعَمَلِ بِهِمَا بِجَعْلِ ذِي الْيَدِ مُشْتَرِيًا مِنَ الْخَارِجِ وَقَبْضُهُ ثُمَّ بَاعَهُ مِنْهُ وَلَمْ يَقْبِضْهُ فَيُؤْمَرْ بِالِدْفَعِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ تَمَكَّنَهُ مِنَ الْقَبْضِ دَلَالَةُ السَّبْقِ عَلَى مَا مَرَّ وَلَا يُعْكَسُ لِأَنَّ الْبَيْعَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ فِي الْعَقَارِ عِنْدَهُ وَلَهُمَا أَنْ الْإِقْرَارَ بِالشَّرَاءِ مِنْ صَاحِبِهِ إِقْرَارًا مِنْهُ بِالْمَلِكِ لَهُ فَصَارَتْ بَيِّنَةٌ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَأَنَّهَا قَامَتْ عَلَى إِقْرَارِ الْآخِرِ وَفِيهِ التَّهَاتُرُ بِالْإِجْمَاعِ لَتَعَذُّرِ الْجَمْعِ فَكَذَا هَذَا وَلِأَنَّهُ يَلْزَمُ مِنَ الْقَضَاءِ بِهِمَا الْقَضَاءُ لِذِي الْيَدِ بِمُجَرَّدِ السَّبَبِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَتَرْتَّبَ عَلَيْهِ حُكْمُهُ وَهُوَ الْمَلِكُ وَذَلِكَ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى بُطْلَانِ السَّبَبِ إِذْ السَّبَبُ لَمْ يُشْرَعْ إِلَّا لِحُكْمِهِ فَإِذَا لَمْ يُعَدْ حُكْمُهُ لَمْ يَكُنْ مَشْرُوعًا كَطَّلَاقِ الصَّيِّ وَعَتَاقِهِ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَشْرُوعًا يَخْرُجُ مِنْ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا لِأَنَّ سَبَبِيَّتَهُ بِالشَّرْعِ وَإِنَّمَا قُلْنَا ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الْحُكْمُ لِذِي الْيَدِ إِلَّا بِمَلِكٍ مُسْتَحَقٍّ فَيَلْزَمُ مِنْهُ الْقَضَاءُ لَهُ بِمُجَرَّدِ السَّبَبِ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ ثُمَّ لَوْ شَهِدَتْ الْبَيِّنَتَانِ بِقَبْضِ الثَّمَنِ تَقَاصًا إِنْ كَانَ الثَّمَنَانِ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ وَتَسَاوِيًا وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَكْثَرَ رَجَعَ بِالرَّيَادَةِ وَإِنْ

اِخْتَلَفَا جِنْسًا رَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا قَبِضَ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَشْهَدُوا بِقَبْضِ الثَّمَنِ لَا يَتَأْتِي الْقِصَاصُ عِنْدَهُمَا لِعَدَمِ الْوُجُوبِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَتَأْتِي لَوْجُوبِهِ عِنْدَهُ وَلَوْ شَهِدَ الْفَرِيقَانِ بِالْبَيْعِ وَقَبِضَ الْمَبِيعُ تَهَاتَرَتِ الْبَيِّنَتَانِ بِالْإِجْمَاعِ لَتَعَذُّرِ التَّوْفِيقِ أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَأَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلِأَنَّ الْبَيْعَيْنِ وَإِنْ كَانَا جَائِزَيْنِ لَوْجُودِهِمَا بَعْدَ الْقَبْضِ لَكِنْ لَيْسَ فِيهِمَا ذِكْرُ التَّارِيخِ وَلَا ذَلِكَ حَتَّى يُجْعَلَ أَحَدُهُمَا سَابِقًا وَالْآخَرُ لَحَاقًا بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَذْكُرَا قَبْضَ الْمَبِيعِ لِأَنَّهُ أُمْكِنَ هُنَاكَ أَنْ يُجْعَلَ شِرَاءُ ذِي الْيَدِ مُتَقَدِّمًا لِلدَّلَالَةِ الْيَدِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَهَكَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ وَذَكَرَ فِي الْمُحِيطِ أَنَّهُ يُقْضَى لَهُمَا عِنْدَهُ فَيُجْعَلُ الْقَبْضُ الْمَعَانِي أَوْ الْغَيْرُ الْقَبْضَيْنِ وَيُجْعَلُ ذُو الْيَدِ آخِرَ الْمُشْتَرِيَيْنِ كَأَنَّ الْخَارِجَ اشْتَرَى وَقَبِضَ ثُمَّ بَاعَهَا مِنْ ذِي الْيَدِ وَقَبِضَ فَيُقْضَى بِالْأَدَارِ لَهُ وَمِثْلُهُ فِي الْجَامِعِ وَشَرَحَ الْكَرْخِيُّ وَالْمَبْسُوطُ وَالْمُخْتَلَفُ وَإِنْ وَقَّتْ الْبَيِّنَتَانِ فِي الْعَقَارِ وَلَمْ تُثَبِّتَا قَبْضًا فَإِنْ كَانَ وَقْتُ الْخَارِجِ أَسْبَقَ يُقْضَى بِهَا لِصَاحِبِ الْيَدِ عِنْدَهُمَا فَيُجْعَلُ كَأَنَّ الْخَارِجَ اشْتَرَى أَوَّلًا ثُمَّ بَاعَ قَبْلَ الْقَبْضِ مِنْ صَاحِبِ الْيَدِ وَهُوَ جَائِزٌ فِي الْعَقَارِ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يُقْضَى لِلْخَارِجِ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَقِيَ عَلَى مِلْكِهِ وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُقْضَى بِهَا لِذِي الْيَدِ عِنْدَهُ أَيْضًا فَيُجْعَلُ الْخَارِجُ كَأَنَّهُ قَبِضَهَا ثُمَّ بَاعَهَا مِنْ بَائِعِهِ وَهُوَ ذُو الْيَدِ تَصَحُّيحًا لِلْعَقْدِ وَإِنْ أُثْبِتَا قَبْضًا يُقْضَى بِهَا لِصَاحِبِ الْيَدِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْبَيْعَيْنِ جَائِزَانِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ لِأَنَّ

الْخَارِجَ بَاعَهَا مِنْ بَائِعِهِ بَعْدَ مَا قَبِضَهَا وَذَلِكَ صَحِيحٌ وَإِنْ كَانَ وَقْتُ صَاحِبِ الْيَدِ أَسْبَقَ يُقْضَى بِهَا لِلْخَارِجِ سَوَاءً شَهِدُوا بِالْقَبْضِ أَوْ لَمْ يَشْهَدُوا لِأَنَّ صَاحِبَ الْيَدِ قَابِضٌ وَقَدْ أُثْبِتَ شِرَاؤُهُ سَابِقًا فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ اشْتَرَى أَوَّلًا كَمَا شَهِدَ بِهِ شُهُودُهُ ثُمَّ بَاعَهَا مِنْ بَائِعِهِ وَهُوَ الْخَارِجُ فَيُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ إِلَيْهِ إِنْ لَمْ يَشْهَدُوا بِالْقَبْضِ أَوْ سَلَّمَ إِلَيْهِ ثُمَّ عَادَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ آخَرَ إِنْ شَهِدُوا بِالْقَبْضِ

الشَّرْحُ

قَوْلُهُ وَذَكَرَ فِي الْمُحِيطِ (أَيُّ وَفِي الْكَافِي هَذَا بِخِلَافِ مَا ذَكَرَ فِي الْمَبْسُوطِ وَالْجَامِعِ الْكَبِيرِ وَغَيْرِهِمَا قَوْلُهُ هَذَا أَيُّ مَا فِي الْهِدَايَةِ .

قوله وإن وقفت البينتان في العقار

قيد بالعقار ليظهر ثمره الخلاف كما ذكر والله أعلم

قال رحمه الله (ولا يرجح بزيادة عدد الشهود) معناه أن أحد الخصمين إذا أقام شاهدين والآخر أكثر لا يرجح بكثرة شهوده لأن الترجيح يكون بقوة في العلة لا بكثرة العلل لأن ما يصلح دليلاً مستقلاً لا يصلح للترجيح وإنما يرجح بالوصف ولهذا لا ترجح الآية بآية أخرى ولا الخبر بالخبر وإنما يرجح بقوة فيها بأن كان أحدهما متواتراً والآخر من الأحاد أو كان أحدهما مفسراً والآخر مجملاً فيرجح المفسر على المجمل والمتواتر على الأحاد لقوة وصف فيه وكذا لا يرجح أحد القياسين بالقياس لما ذكرنا

قال رحمه الله (دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهننا فللأول رُبُعها والباقي للآخر) لأن مدعي الكل لا يَنازعه أحد في النصف فسلم له من غير منازعة ثم استوت منازعتهم في النصف الآخر فيكون بينهما فسلم لمدعي الكل ثلاثة الأرباع ولمدعي النصف سلم له الربع وهذا بطريق المنازعة وهو قول أبي حنيفة رحمه الله وقالوا يُقسم الدار بينهما أثلاثاً فالثلثان لمدعي الكل والثلث لمدعي النصف لأن مدعي الكل يدعي النصفين والآخر النصف الواحد وليس لشيء واحد ثلاثة أنصاف فيقسم بينهما أثلاثاً على قدر حقهما وهذا بطريق العول ولها نظائر وأضداد نبينها مختصراً فنقول إن جنس القسمة على أربعة أنواع : نوع منها يُقسم بطريق العول إجماعاً وهي ثمان مسائل الميراث والديون والوصية بما دون الثلث إذا اجتمعت وزادت على الثلث والمحابة والدراهم المرسلة والسعاية والعبد إذا قلع عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما والمدير إذا جنى على هذا الوجه فدفعت قيمته بهما .

وتنوع منها ما يُقسم بطريق المنازعة إجماعاً وهي مسألة واحدة فضولي باع عبداً لغيره من رجل وفضولي آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين فاختار المشتريان الأخذ يكون لمشتري الكل ثلاثة أرباعه ولمن اشترى النصف الربع بطريق المنازعة .

وتنوع منها ما يُقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق العول وهي ثلاث مسائل : إحداها إذا ادعى أحدهما نصف الدار والآخر كلها وهي مسألة الكتاب ،

والثانية إذا أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصف ماله وأجازت الورثة ، والثالثة إذا أوصى لرجل بعبده وبعينه وآخر بنصف ذلك العبد وليس له مال غيره ومنها ما يُقسم بطريق العول عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس مسائل : إحداها عبداً مأذون له في التجارة بين رجلين أدانه أحدهما مائة وأدانه أجنبي مائة فدين المولى سقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده ونبت نصفه الذي في نصيب شريكه فإذا بيع بالدين يفتسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرنا والثانية إذا أدانه أجنبيان أحدهما مائة والآخر مائتين يفتسمان ثمنه على هذا ، والثالثة عبداً قتل رجلاً خطأ وآخر عمداً وللمقتول عمداً وليان فعفا أحدهما فدفع بهما كان بينهما على الخلاف ، والرابعة لو كان الجاني مدبراً على هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك ، والخامسة أم ولد قتلت مولها وأجنيباً عمداً ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما على التعاقب فإثبات تسعى في ثلاثة أرباع قيمتها فتقسم بين الساكنتين فيعطى الربع لشريك العافي آخراً والنصف الآخر بينه وبين شريك العافي أولاً أثلاثاً ثلثاه لشريك العافي أولاً والثلث لشريك العافي آخراً عنده وعندهما أرباعاً ثم الأصل عنده أن القسمة متى وجبت لحق ثابت في الذمة أو لحق ثابت في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل كانت القسمة عويية ومتى وجبت القسمة لحق ثابت على وجه التمييز أو كان حق أحدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل كانت القسمة على المنازعة والأصل عندهما أن الحقيقتين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت القسمة على العول وإن ثبتا على التمييز أو في وقتين كانت القسمة على المنازعة ويبان طرق هذه المسائل وتخريجها على هذه الأصول وتام تفريعها المذكور في

الشرح

قوله في المتن ادعى رجلاً (لفظ رجل ليس في خط الشارح وهو ثابت في المتن .

قوله وهذا بطريق المنازعة

قال شيخ الإسلام خواجهزاده في مبسوطه إذا كانت الدار في يد رجل ثالث إن لم يقيم لهما بينة فإنه يحلف ذو اليد فإذا حلف ترك الدار في يده لأنه لما حلف انقطع دعواهما فكأنهما لم يدعيا وإن أقاما البينة فبينة كل منهما مسموعة على ما ادعى لأن كل واحد منهما فيما ادعى لنفسه خارج وبينة الخارج مسموعة على ذي اليد وإذا سمعت بينة كل واحد منهما فسمت الدار بينهما عند أبي حنيفة على طريق المنازعة أرباعاً أصله من سهمين لحاجتك إلى النصف فمدعي الجميع يدعي الجميع ومدعي النصف لا يدعي إلا سهماً فقد تفرّد مدعي الجميع بدعوى سهم واحد فيكون له بلا منازعة بقية سهم واحد استوت منازعتهم فيه فيكون بينهما فينكسر فيضعف فيصير أربعة وإن شئت قلت إنا نحتاج إلى حساب له نصف ولنصفه نصف صحيح وأقل ذلك أربعة أسهم .

قوله ولها نظائر

أي فمن نظائرها رجل أوصى لرجل بكل ماله ولاخر بنصف ماله وأجارت الورثة أو لم يكن له ورثة يكون المال بينهما بطريق المنازعة أرباعاً عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما أثلاثاً بطريق العول

قوله وأضداد

يعني به الخلاف على العكس كمدبر قتل رجلاً خطأ وآخر عمداً وله وليان فعفا أحد وليي العمد ودفع المولى القيمة كانت القيمة بين وليي الخطأ والذي لم يعف من وليي العمد عنده أثلاثاً على طريق العول وعندهما

أرباعاً على طريق المنازعة وكتب ما نصه قال في شرح الأقطع وصورة المنازعة أن كل جزء فرع من دعوى قوم سلم للآخر بلا منازعة فها هنا صاحب النصف يدعي النصف فالنصف خلا من دعواه وسلم لصاحب الجميع والنصف الآخر استوعب منازعتهم فيه فيقتضي بينهما نصفين لصاحب الجميع ثلثة أرباعها ولصاحب النصف الربع وصورة العول أن يضرب كل واحد منهم بسهمه فتجمع السهام كلها وتقسّم العین على مبلغ السهام فها هنا صاحب الجميع يدعي الجميع وصاحب النصف يدعي النصف فيحتاج إلى حساب له نصف وأقل ذلك سهمان فصاحب الجميع يدعي سهمين وصاحب النصف يدعي سهماً فيقسم بينهما على ذلك .

أَتَقَانِي

قوله الميراث

كَمَا فِي امْرَأَةٍ مَاتَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجًا وَأُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ وَأُخْتًا لِأَبٍ لِلزَّوْجِ النَّصْفُ وَلِلْأُخْتِ لِأَبٍ وَالْأُمِّ النَّصْفُ وَلِلْأُخْتِ لِأَبٍ السُّدُسُ تَكْمِلَةً
لِلثُلُثَيْنِ فَتَعُولُ الْفَرِيضَةُ إِلَى سَبْعَةٍ وَكَانَتْ فِي الْأَصْلِ مِنْ سِتَّةٍ .

أَتَقَانِي

قوله والديون

إِذَا اجْتَمَعَتْ وَضَاقَتِ التَّرَكَةُ عَنْهَا .

كَرَجُلٍ مَاتَ وَتَرَكَ أَلْفًا وَلِرَجُلٍ عَلَيْهِ أَلْفٌ دِرْهَمٍ وَلِآخَرَ عَلَيْهِ خَمْسُمِائَةٍ فَالْأَلْفُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا عَلَى طَرِيقِ الْعَوْلِ لِأَنَّ حَقَّهُمْ كَانَ فِي الذِّمَّةِ ثُمَّ
انْتَقَلَ إِلَى الْعَيْنِ .

أَتَقَانِي

قوله إذا اجتمعت وزادت على الثلث

أَيُّ بَأْنٍ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ وَلِآخَرَ بِرُبْعِ مَالِهِ وَلِآخَرَ بِسُدُسِ مَالِهِ وَلَمْ تُجْزِ الْوَرَثَةُ حَتَّى عَادَتْ إِلَى الثُّلُثِ

قوله والعبد

أَيُّ إِذَا أَوْصَى بِأَنْ يَعْتِقَ مِنْ هَذَا الْعَبْدِ وَمِنْ الْآخَرَ نِصْفَهُ وَلَا يَخْرُجُ ذَلِكَ مِنَ الثُّلُثِ .

قوله فأجاز المولى البيعين

يُخَيَّرُ

الْمُشْتَرِيَانِ فَإِنْ اخْتَارَا الرَّدَّ فَلَا كَلَامَ .

قَوْلُهُ وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ

أَيُّ وَأَجَازَتْ الْوَرَّةُ أَوْ كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ وَلَمْ تُجَزِ الْوَرَّةُ .

قَوْلُهُ عَلَى الْخِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَا

أَيُّ فَيَأْخُذُ الْمَوْلَى ثُلُثَ الثَّمَنِ وَالْأَجَنِبِيُّ ثُلُثَيْهِ قَوْلُهُ كَانَ بَيْنَهُمَا عَلَى الْخِلَافِ (أَيُّ عِنْدَهُ اثْنَانِ وَعِنْدَهُمَا أَرْبَاعًا وَإِنْ فَدَاهُ الْمَوْلَى يَفْدِيهِ بِخَمْسَةِ عَشَرَ أَلْفًا خَمْسَةَ آلَافٍ لِشَرِيكِ الْعَافِي وَعَشْرَةَ آلَافٍ لَوْلِيِّ الْخَطَا .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا فَهِيَ لِلثَّانِي) أَيُّ لَوْ كَانَتْ الدَّارُ فِي أَيْدِي الْمُدَّعِيَيْنِ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا كَانَتْ كُلُّهَا لِمُدَّعِي الْكُلِّ لِأَنَّ مُدَّعِيَ النِّصْفِ تَنْصَرَفُ دَعْوَاهُ إِلَى مَا فِي يَدِهِ لِتَكُونَ يَدُهُ يَدًا مُحَقَّةً لِأَنَّ حَمْلَ أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ عَلَى الصَّحَّةِ وَاجِبٌ وَلَوْ لَا ذَلِكَ لَكَانَ ظَالِمًا بِالْإِمْسَاكِ فَاقْتَصَرَتْ دَعْوَاهُ عَلَى مَا فِي يَدِهِ وَلَا يَدْعِي شَيْئًا مِمَّا فِي يَدِ صَاحِبِهِ وَمُدَّعِيَ الْكُلِّ يَدْعِي مَا فِي يَدِ نَفْسِهِ وَمَا فِي يَدِ الْآخَرِ وَلَا يُنَازِعُهُ أَحَدٌ فِيمَا فِي يَدِهِ فَيُتْرَكُ فِي يَدِهِ لَا عَلَى وَجْهِ الْقَضَاءِ وَاسْتَوَتْ مُنَازَعَتُهُمَا فِيمَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ فَكَانَتْ بَيْنَهُمَا أُولَى لِأَنَّهُ خَارِجٌ فِيهِ فَيَقْضَى لَهُ فِي ذَلِكَ النِّصْفِ فَسَلَّمَ لَهُ الْكُلُّ نِصْفُهَا بِالْتَّرُكِ لَا عَلَى وَجْهِ الْقَضَاءِ وَالنِّصْفُ الْآخَرُ بِالْقَضَاءِ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ بَرَهْنَا عَلَى نِتَاجِ دَابَّةٍ وَأَرْخَا قُضِيَ لِمَنْ وَافَقَ سَنَئَهَا تَارِيخُهُ) لِأَنَّ عَلَامَةَ الصَّدَقِ ظَهَرَتْ فِيمَنْ وَافَقَ تَارِيخَهُ سَنَئَهَا فَتَرَجَّحَتْ بَيْنَهُمَا بِذَلِكَ وَفِي الْآخَرَى ظَهَرَتْ عَلَامَةُ الْكَذِبِ فَيَجِبُ رَدُّهَا وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الدَّابَّةُ فِي أَيْدِيهِمَا أَوْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا أَوْ فِي يَدِ ثَالِثٍ لِأَنَّ الْمَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الدَّعْوَى فِي النِّتَاجِ مِنْ غَيْرِ تَارِيخٍ حَيْثُ يُحْكَمُ بِهَا لِذِي الْيَدِ إِنْ كَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا أَوْ لَهَا إِنْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا أَوْ فِي يَدِ ثَالِثٍ

الشرح

قَوْلُهُ فِي الثَّمَنِ وَلَوْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا

سَلَّمَ لِصَاحِبِ الْجَمِيعِ نِصْفَهَا عَلَى وَجْهِ الْقَضَاءِ وَنِصْفَهَا لَا عَلَى وَجْهِ الْقَضَاءِ وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ وَذَلِكَ لِأَنَّ الدَّارَ فِي أَيْدِيهِمَا وَالْيَدُ مِنْ أَسْبَابِ الْاسْتِحْقَاقِ وَالتَّسَاوِي فِي سَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ يُوجِبُ التَّسَاوِي فِي نَفْسِ الْاسْتِحْقَاقِ فَصَارَ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا النِّصْفُ ثُمَّ دَعْوَى مُدَّعِيَ النِّصْفِ تَنْصَرَفُ إِلَى النِّصْفِ الَّذِي فِي يَدِهِ دُونَ النِّصْفِ الْآخَرِ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ غَاصِبًا فِي إِمْسَاكِ النِّصْفِ الَّذِي فِي يَدِهِ وَأُمُورُ الْمُسْلِمِينَ يَجِبُ حَمْلُهَا عَلَى الصَّلَاحِ مَا أَمَكْنَ وَقَدْ أَقَامَ الْخَارِجُ وَذُو الْيَدِ الْبَيِّنَةُ عَلَى ذَلِكَ النِّصْفِ فَكَانَ الْخَارِجُ أُولَى وَهُوَ مُدَّعِيَ الْكُلِّ وَالنِّصْفِ الَّذِي فِي يَدِ مُدَّعِيَ الْجَمِيعِ سَلَّمَ لَهُ لَا عَلَى طَرِيقِ الْقَضَاءِ لِأَنَّهُ لَا مُنَازَعَةَ لَهُ فِيهِ فَإِنْ لَمْ تَقُمْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ فَإِنَّهُ يَخْلِفُ مُدَّعِيَ النِّصْفِ لِمُدَّعِيَ الْجَمِيعِ وَلَا يَخْلِفُ مُدَّعِيَ النِّصْفِ لِمُدَّعِيَ النِّصْفِ لِأَنَّ مُدَّعِيَ النِّصْفِ لَا يَدْعِي لِنَفْسِهِ شَيْئًا مِمَّا فِي يَدِ صَاحِبِ الْجَمِيعِ وَصَاحِبُ الْجَمِيعِ يَدْعِي النِّصْفَ الَّذِي فِي يَدِ صَاحِبِ النِّصْفِ وَهُوَ يُنْكَرُ فَيَخْلِفُ فَإِنْ حَلَفَ انْقَطَعَ دَعْوَى صَاحِبِهِ وَصَارَ الْحَالُ

بَعْدَ الْحَلْفِ كَالْحَالِ قَبْلَهُ وَقَبْلَ الْحَلْفِ كَانَتْ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا نَصَفَيْنِ فَبَعْدَ الْحَلْفِ كَذَلِكَ .

أَتَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَإِنْ أَشْكَلَ ذَلِكَ فَلَهُمَا) أَيِ إِنْ أَشْكَلَ سِنَّ الدَّابَّةِ فِي مُوَافَقَةِ أَحَدِ التَّارِيخَيْنِ يُقْضَى لَهُمَا بِهَا لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَيْسَ بِأَوَّلَى بِهَا مِنْ الْآخَرِ وَهَذَا إِذَا كَانَا خَارِجَيْنِ بِأَنْ كَانَتْ الدَّابَّةُ فِي يَدٍ ثَالِثٍ وَكَذَا إِذَا كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدٍ أَحَدِهِمَا قُضِيَ بِهَا لِصَاحِبِ الْيَدِ لِأَنَّهُ لَمَّا أَشْكَلَ الْأَمْرُ سَقَطَ التَّارِيخَانِ فَصَارَ كَأَنَّهُمَا لَمْ يُوَرِّخَا وَإِنْ خَالَفَ سِنَّ الدَّابَّةِ التَّارِيخَيْنِ بَطَلَتِ الْبَيِّنَتَانِ لِأَنَّهُ ظَهَرَ كَذِبُ الْفَرِيقَيْنِ فَيَتَرَكُ فِي يَدٍ مَنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُمَا لَا يَنْطَلِقَانِ بَلْ يُقْضَى بِهِمَا بَيْنَهُمَا إِنْ كَانَا خَارِجَيْنِ أَوْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدٍ أَحَدِهِمَا يُقْضَى بِهَا لِذِي الْيَدِ لِأَنَّ اعْتِبَارَ ذِكْرِ الْوَقْتِ لِحَقِّهِمَا وَحَقِّهِمَا هُنَا فِي إِسْقَاطِ اعْتِبَارِهِ لِأَنَّ فِي إِسْقَاطِ حَقِّهِمَا فَلَا يُعْتَبَرُ فَصَارَ كَأَنَّهُمَا ذَكَرَا النَّجَاحَ مِنْ غَيْرِ تَارِيخٍ وَفِيهِ صَاحِبُ الْيَدِ أَوَّلَى إِنْ كَانَتْ فِي يَدٍ أَحَدِهِمَا وَإِلَّا فَهِيَ بَيْنَهُمَا كَمَا إِذَا أَشْكَلَ فِي مُوَافَقَةِ سِنَّهَا أَحَدَ التَّارِيخَيْنِ وَهَكَذَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ وَالْأَوَّلُ ذَكَرَهُ الْحَاكِمُ وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ الْمَشَايخِ وَلَيْسَ بِشَيْءٍ

الشرح

قوله في المتن وإن أشكل

أَيِ إِنْ لَمْ يَظْهَرْ سِنَّ الدَّابَّةِ .

فرشتا

قوله وإن خالف سن الدابة التاريخين

أَيِ فِي دَعْوَى الْخَارِجَيْنِ

قوله والأول ذكره الحاكم

أَيِ وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ سَابِقًا بَطَلَتِ الْبَيِّنَتَانِ قَالَ فِي شَرْحِ الْأَقْطَعِ فَإِنْ خَالَفَ سِنَّ الدَّابَّةِ الْوَقْتَيْنِ قُضِيَ بِهَا لِصَاحِبِ الْيَدِ ثُمَّ قَالَ الْحَاكِمُ الصَّحِيحُ أَنْ تَبْطُلَ الْبَيِّنَتَانِ وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ عَلَاءُ الدِّينِ الْإِسْبِجَابِيُّ فِي شَرْحِ الْكَافِي لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ وَإِنْ كَانَتْ عَلَى غَيْرِ الْوَقْتَيْنِ أَوْ كَانَتْ مُشْكَلَةً قُضِيَتْ بَيْنَهُمَا نَصَفَيْنِ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتِ الْوَقْتُ فَصَارَا كَأَنَّهُمَا لَمْ يُوقَّتَا وَفِي رِوَايَةِ أَبِي اللَّيْثِ الْخَوَارِزْمِيِّ إِذَا كَانَ سِنَّ الدَّابَّةِ عَلَى غَيْرِ الْوَقْتَيْنِ فَالْبَيِّنَتَانِ بَاطِلَتَانِ لِأَنَّهُ ظَهَرَ كَذِبُهُمَا إِلَى هُنَا لَفْظُ شَيْخِ الْإِسْلَامِ الْمَذْكُورُ وَقَدْ مَرَّ مَرَّةً وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ أَبُو بَكْرٍ الْمَعْرُوفُ بِخَوَاهِرِ زَادِهِ فِي مَبْسُوطِهِ فَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ الْوَقْتَيْنِ أَوْ كَانَتْ مُشْكَلَةً فَإِنِّي أَقْضِي بَيْنَهُمَا نَصَفَيْنِ ثُمَّ قَالَ هَكَذَا ذَكَرَ أَيُّ ذَكَرَ مُحَمَّدٌ ثُمَّ قَالَ قَالُوا مَا ذَكَرَ مِنَ الْجَوَابِ يَسْتَقِيمُ جَوَابًا لِلْإِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ وَهِيَ قَوْلُهُ أَوْ كَانَتْ مُشْكَلَةً لِأَنَّهَا مَتَى كَانَتْ مُشْكَلَةً يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ سِنَّ الدَّابَّةِ مُوَافِقًا لَوَقْتٍ كُلِّ وَاحِدٍ وَمُخَالَفًا فَلَمْ يَثْبُتْ بِكَذِبِ أَحَدِ الْفَرِيقَيْنِ وَقَدْ اسْتَوَى فِي الدَّعْوَى وَالْحُجَّةِ فَيَقْضَى بَيْنَهُمَا نَصَفَيْنِ فَأَمَّا مَتَى

كَانَ عَلَى غَيْرِ الْوَقْتَيْنِ فَإِنَّهُ لَا يُقْضَى لَهُمَا بِشَيْءٍ لِأَنَّ الْقَاضِيَ تَيَقَّنَ بِكَذِبِ شَهَادَةِ كُلِّ فَرِيقٍ وَهَذَا مَانِعٌ مِنْ قَبُولِ الشَّهَادَةِ حَالَةَ الْإِنْفِرَادِ
فَيَمْتَنِعُ حَالَةَ الْجَمْعِ أَيْضًا ثُمَّ قَالَ خَوَاهِرُ زَادَةَ وَالِدِيلُ عَلَى صِحَّةِ هَذَا مَا رَوَى أَبُو اللَّيْثِ الْجَوَابَ عَنْ

مُحَمَّدٍ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ قَالَ إِذَا كَانَ سِنَّ الدَّابَّةِ مُشْكِلًا يُقْضَى بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ وَإِنْ كَانَ مُخَالَفًا لِلْوَقْتَيْنِ لَا يُقْضَى لَهُمَا بِشَيْءٍ وَيَتْرَكُ فِي يَدِ
ذِي الْيَدِ قَضَاءَ تَرْكٍ فَكَأَنَّهُمَا لَمْ يُقِيمَا الْبَيِّنَةَ وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ بَأَنَّ الْأَلْفَ فِي قَوْلِهِ : أَوْ كَانَتْ مُشْكِلَةً زِيَادَةً وَقَعَتْ غَلْطًا مِنَ الْكَاتِبِ فَكَأَنَّهُ
قَالَ وَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ الْوَقْتَيْنِ عَلَى سَبِيلِ الشَّكِّ لَا عَلَى سَبِيلِ الْيَقِينِ يَعْنِي يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُوَافِقًا لِلْوَقْتَيْنِ وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُخَالَفًا فَأَمَّا
مَتَى كَانَ مُخَالَفًا لِلْوَقْتَيْنِ بَيِّنِينَ فَإِنَّهُ لَا يُقْضَى لَهُمَا بِشَيْءٍ وَيَتْرَكُ فِي يَدِ ذِي الْيَدِ كَمَا فِي حَالَةِ الْإِنْفِرَادِ إِذَا خَالَفَ سِنَّ الدَّابَّةِ الْوَقْتَ بَيِّنِينَ
فَيَحْمَلُ مَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ عَلَى أَحَدِ هَذَيْنِ التَّأْوِيلَيْنِ كَذَا قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرُ زَادَةَ فِي مَبْسُوطِهِ .

أَنْقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَلَوْ بَرَهَنَ أَحَدُ الْخَارِجِينَ عَلَى الْغَضَبِ وَالْآخَرُ عَلَى الْوَدِيعَةِ اسْتَوَيَا) مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ عَيْنٌ فِي يَدِ رَجُلٍ فَأَقَامَ رَجُلَانِ عَلَيْهِ
الْبَيِّنَةَ أَحَدُهُمَا بِالْغَضَبِ وَالْآخَرُ الْوَدِيعَةَ اسْتَوَتْ دَعْوَاهُمَا حَتَّى يُقْضَى بَهَا بَيْنَهُمَا نَصْفَانِ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ تَصِيرُ غَضَبًا بِالْجُحُودِ حَتَّى يَجِبَ عَلَيْهِ
الضَّمَانُ وَلَا يَسْقُطُ بِالرُّجُوعِ إِلَى الْوِفَاقِ بِخِلَافِ مَا إِذَا خَالَفَ بِالْفِعْلِ مِنْ غَيْرِ جُحُودٍ عَلَى مَا بُيِّنَتْهُ فِي مَوْضِعِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

الشرح

قَوْلُهُ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ تَصِيرُ غَضَبًا بِالْجُحُودِ

أَيَّ فَصَارَ دَعْوَى الْوَدِيعَةِ وَالْغَضَبِ سَوَاءً .

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَالرَّائِبُ وَاللَّائِسُ أَحَقُّ مِنْ أَخِيذِ اللَّجَامِ وَالْكُمُّ) مَعْنَاهُ إِذَا تَنَازَعَ فِي دَابَّةٍ أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِلِجَامِهَا أَوْ تَنَازَعَ
فِي فَمِيصٍ أَحَدُهُمَا لَابِسُهُ وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِكُمِّهِ كَانَ الرَّائِبُ وَاللَّائِسُ أَوْلَى مِنَ الْمُتَعَلِّقِ بِاللِّجَامِ وَالْكُمِّ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُمَا أَظْهَرَ فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ
بِالْمَلِكِ فَكَأَنَّا صَاحِبِي يَدٍ وَالْمُتَعَلِّقُ خَارِجٌ فَكَأَنَّا أَوْلَى بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ حَيْثُ تَكُونُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَوْلَى لَأَنَّهَا حُجَّةٌ مُطْلَقًا وَبَيِّنَةُ
الْخَارِجِ أَكْثَرُ إِبْتِائًا عَلَى مَا بَيْنَنَا وَمَا التَّعَلُّقُ فَلَيْسَ بِحُجَّةٍ وَكَذَا التَّصَرُّفُ لَكِنَّهُ يُسْتَدَلُّ بِالتَّمَكُّنِ مِنَ التَّصَرُّفِ عَلَى أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِهِ وَالْيَدُ دَلِيلُ
الْمَلِكِ حَتَّى جَازَتْ الشَّهَادَةُ لَهُ بِالْمَلِكِ فَيَتْرَكُ فِي يَدِهِ حَتَّى تَقُومَ الْحُجَجُ وَالتَّرَاجِيحُ وَكَذَا لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا رَاكِبًا عَلَى السَّرَجِ وَالْآخَرُ
رَدِيفًا لَهُ كَانَ الرَّائِبُ أَوْلَى لِأَنَّ تَمَكُّنَهُ مِنْ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ دَلِيلٌ عَلَى تَقَدُّمِ يَدِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا رَاكِبَيْنِ عَلَى السَّرَجِ حَيْثُ يَكُونُ بَيْنَهُمَا
لِاسْتَوَائِهِمَا فِي التَّصَرُّفِ وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُتَعَلِّقًا بِذَنْبِهَا وَالْآخَرُ مُسَكًّا بِلِجَامِهَا قَالُوا يَنْبَغِي أَنْ يُقْضَى بِهَا لِمَنْ يُمَسِّكُ لِجَامِهَا لِأَنَّهُ لَا
يَتَعَلَّقُ بِاللِّجَامِ غَالِبًا إِلَّا الْمَالِكُ بِخِلَافِ التَّعَلُّقِ بِالذَّنْبِ وَلَوْ تَنَازَعَ فِي بَسَاطٍ أَحَدُهُمَا قَاعِدٌ عَلَيْهِ وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نَصْفَانِ بِحُكْمِ
الِاسْتَوَاءِ بَيْنَهُمَا لَا بِطَرِيقِ الْقَضَاءِ لِأَنَّ الْجُلُوسَ لَيْسَ بِيَدٍ عَلَيْهِ بِخِلَافِ الرُّكُوبِ وَاللِّبْسِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَصِيرُ بِهِمَا غَاصِبًا لِثُبُوتِ يَدِهِ عَلَيْهِ وَلَا
يَصِيرُ غَاصِبًا بِالْقُعُودِ عَلَى الْبَسَاطِ وَكَذَا إِذَا كَانَا جَالِسَيْنِ عَلَيْهِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا جَالِسَيْنِ فِي دَارٍ وَتَنَازَعَ فِيهَا

حَيْثُ لَا يُحَكَّمُ لَهُمَا بِهَا لِاحْتِمَالِ أَنَّهَا فِي يَدِ غَيْرِهِمَا وَهُنَا عُلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِ غَيْرِهِمَا

الشرح

قوله فإنه يختص بالملك

أَيُّ فَصَارَ كَمَا لَوْ تَنَازَعَا فِي الدَّارِ أَحَدُهُمَا سَاكِنُهَا وَالْآخَرُ أَخَذَ بِحَلْقَةِ الْبَابِ إِنَّ السَّاكِنَ أَوْلَى وَكَذَلِكَ إِذَا تَنَازَعَا فِي بَعِيرٍ وَعَلَيْهِ حِمْلٌ لِأَحَدِهِمَا كَانَ صَاحِبُ الْحِمْلِ أَوْلَى لِأَنَّهُ لَهُ يَدٌ ظَاهِرَةٌ وَتَصَرُّفًا .

أثقاني

قوله حتى جازت الشهادة له

أَيُّ لِصَاحِبِ الْيَدِ .

قوله وكذا لو كان أحدهما الخ

قَالَ الْإِمَامُ الْإِسْبِجَانِيُّ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَلَوْ كَانَا جَمِيعًا رَاكِبِينَ أَحَدُهُمَا فِي السَّرَجِ وَالْآخَرُ خَارِجَ السَّرَجِ قُضِيَ بِالْذَّابَّةِ بَيْنَهُمَا بِالْإِجْمَاعِ وَرُوي عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ يُقْضَى بِالْذَّابَّةِ لِلرَّاكِبِ فِي السَّرَجِ إِلَى هُنَا لَفْظُهُ فِي كِتَابِ الصُّلْحِ مِنْ شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَنَقَلَ النَّاطِقِيُّ فِي الْأَجْنَاسِ عَنْ نَوَادِرِ الْمُعَلَّى رَجُلَانِ عَلَى ذَابَّةٍ أَحَدُهُمَا رَاكِبٌ فِي السَّرَجِ وَالْآخَرُ رَدِيفٌ فَادَّعَى الذَّابَّةَ فَهِيَ لِرَّاكِبِ السَّرَجِ فَإِنْ كَانَا فِي السَّرَجِ فَهِيَ بَيْنَهُمَا نَصْفَانِ فَعَلِمَ بِمَا ذَكَرَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَالْأَجْنَاسِ أَنَّ الذَّابَّةَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ وَمَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ بِقَوْلِهِ وَكَذَا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا رَاكِبًا فِي السَّرَجِ وَالْآخَرُ رَدِيفَهُ فَالرَّاكِبُ أَوْلَى مِنَ الرَدِيفِ فَذَاكَ عَلَى رِوَايَةِ النَّوَادِرِ .

أثقاني

قوله دليل على تقدم يده

أَيُّ وَلَئِنْ الْعَادَةَ حَرَتْ بِأَنَّ الْمُلَّاكَ يَرَكِبُونَ فِي السَّرَجِ وَغَيْرُهُمْ يَكُونُ رَدِيفًا مِنْ حِطِّ قَارِي الْهِدَايَةِ

قوله بخلاف التعلق بالدنْب

أَيُّ فَإِنَّهُ قَدْ يَتَعَلَّقُ بِهِ غَيْرُ الْمَالِكِ .

قوله لَأَنَّ الْجُلُوسَ لَيْسَ بِيَدٍ عَلَيْهِ

وَكَذَا التَّوَمُّ عَلَى الْبَسَاطِ لَيْسَ بِدَلِيلٍ عَلَى الْيَدِ .

أَثَقَانِي

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَصَاحِبُ الْحِمْلِ وَالْجُدُوعِ وَالْإِتِّصَالِ أَحَقُّ مِنَ الْغَيْرِ) فَمَعْنَى الْأَوَّلِ أَنْ يَتَنَازَعَ فِي دَابَّةٍ وَعَلَيْهَا حِمْلٌ لِأَحَدِهِمَا كَانَ صَاحِبُ الْحِمْلِ أَوْلَى لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَصَرِّفُ فِيهَا التَّصَرُّفُ الْمُعْتَادُ فَكَانَتْ فِي يَدِهِ كَمَا إِذَا ادَّعَى جَمَاعَةٌ سَفِينَةً وَكَانَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ رَاكِبَهَا وَالْآخَرُ مُمَسِّكٌ بِسُكَّانِهَا وَآخَرُ يُجَدِّفُ فِيهَا وَآخَرُ يَمْدُهَا فَهِيَ بَيْنَهُمَا إِلَّا مَنْ يَمْدُهَا فَإِنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ فِيهَا فَإِنَّهُ لَا يَدَ لَهُ فِيهَا لِأَنَّ الْبَاقِينَ هُمْ الْمُتَصَرِّفُونَ فِيهَا التَّصَرُّفُ الْمُعْتَادُ وَلَوْ كَانَ الْحِمْلُ لَهُمَا كَانَتْ بَيْنَهُمَا لاسْتَوَاهُمَا وَلَا يُرَجَّحُ بكَثْرَةِ مَا فِي الْحِمْلِ لِأَحَدِهِمَا لِأَنَّ التَّرْجِيحَ يَقَعُ بِالْقُوَّةِ لَا بِالْكَثْرَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَمَعْنَى الثَّانِي أَنْ يَكُونَ حَائِطٌ عَلَيْهِ هَرَادِيٌّ لِرَجُلٍ وَلَاخَرٌ عَلَيْهِ جُدُوعٌ أَوْ مُتَّصِلٌ بِنَائِهِ فَهُوَ لِصَاحِبِ الْجُدُوعِ وَالْإِتِّصَالِ دُونَ الْهَرَادِيِّ لِأَنَّ صَاحِبَ الْجُدُوعِ هُوَ الْمُسْتَعْمِلُ وَصَاحِبُ الْهَرَادِيِّ مُتَعَلِّقٌ وَالْبِنَاءُ يُبْنَى لِلْجُدُوعِ عَادَةً لَا لَوْضَعِ الْهَرَادِيِّ فَصَارَ نَظِيرُ دَابَّةٍ تَنَازَعَا فِيهَا وَلِأَحَدِهِمَا عَلَيْهَا حِمْلٌ وَلِلْآخَرِ كُوزٌ مُعَلَّقٌ أَوْ مَخْلَاةٌ مُعَلَّقَةٌ فَإِنَّهَا تَكُونُ لِصَاحِبِ الْحِمْلِ دُونَ صَاحِبِ الْكُوزِ وَالْمُرَادُ بِالْإِتِّصَالِ اتِّصَالُ تَرْبِيعٍ وَهُوَ أَنْ يَتَدَاخَلَ لَبِنُ الْبِنَاءِ الْمُتَنَازِعِ فِيهِ فِي لَبِنِ جِدَارِهِ وَلَبِنِ جِدَارِهِ فِي لَبِنِ الْبِنَاءِ الْمُتَنَازِعِ فِيهِ وَسَاجُ أَحَدِهِمَا مُرَكَّبٌ عَلَى سَاجِ الْآخَرِ لِأَنَّ الْإِتِّصَالَ بِهِدِهِ الْمَثَابَةِ لَا يَكُونُ إِلَّا عِنْدَ الْبِنَاءِ فَذَلِكَ عَلَى أَنَّ بَانِيَهُمَا وَاحِدٌ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ فَتَرْجَحُ بِهِ وَكَانَ الْكَرْحِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ صِفَةُ هَذَا الْإِتِّصَالِ أَنْ يَكُونَ الْحَائِطُ الْمُتَنَازِعُ فِيهِ مُتَّصِلًا بِحَائِطَيْنِ لِأَحَدِهِمَا مِنَ الْجَانِبَيْنِ جَمِيعًا وَالْحَائِطَانِ مُتَّصِلَانِ بِحَائِطٍ لَهُ بِمُقَابَلَةِ الْحَائِطِ الْمُتَنَازِعِ فِيهِ حَتَّى يَصِيرَ مُرَبَّعًا شَبَهُ الْقُبَّةِ فَحِينَئِذٍ يَكُونُ الْكُلُّ فِي حُكْمِ شَيْءٍ وَاحِدٍ وَالْمُرْوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ اتِّصَالَ جَانِبِي الْحَائِطِ الْمُتَنَازِعِ فِيهِ بِحَائِطَيْنِ لِأَحَدِهِمَا يَكْفِي وَلَا يَشْتَرُطُ اتِّصَالُ الْحَائِطَيْنِ بِحَائِطٍ لَهُ بِمُقَابَلَةِ الْحَائِطِ الْمُتَنَازِعِ فِيهِ وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ مَشَايِخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ لِأَنَّ الرُّجْحَانَ يَقَعُ بِكَوْنِ مُلْكِهِ مُحِيطًا بِالْحَائِطِ الْمُتَنَازِعِ فِيهِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَذَلِكَ يَتِمُّ بِالْإِتِّصَالِ بِجَانِبِي الْحَائِطِ الْمُتَنَازِعِ فِيهِ وَإِنْ كَانَ الْجِدَارُ مِنْ خَشَبٍ فَالتَّرْبِيعُ أَنْ يَكُونَ سَاجُ أَحَدِهِمَا مُرَكَّبًا فِي الْآخَرِ وَأَمَّا إِذَا نُقِبَ وَأُدْخِلَ فَلَا يَكُونُ مُرَبَّعًا فَلَا عِبْرَةَ بِهِ وَلَا بِاتِّصَالِ الْمُلَازِقَةِ مِنْ غَيْرِ تَرْبِيعٍ لِعَدَمِ الْمُدَاخَلَةِ فَلَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمَا بُنِيََا مَعًا وَلَا بَوَاضِعِ الْهَرَادِيِّ وَلَا الْبُورَارِيِّ لِأَنَّ الْحَائِطَ لَا يُبْنَى لِأَجَلِهِ عَادَةً فَلَا يَكُونُ تَصَرُّفًا فِيهِ فَلَا يُعْتَبَرُ أَصْلًا كَوَضْعِ الثُّوبِ عَلَى الْجِدَارِ حَتَّى لَوْ تَنَازَعَا فِي حَائِطٍ وَلِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ هَرَادِيٌّ وَلَا شَيْءَ لِلْآخَرِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا إِذَا عُلِمَ أَنَّهُ فِي أَيْدِيهِمَا وَلَا يُرَجَّحُ صَاحِبُ الْهَرَادِيِّ لِعَدَمِ الْإِسْتِعْمَالِ بِخِلَافِ اتِّصَالِ التَّرْبِيعِ لِأَنَّ الْإِسْتِعْمَالَ فِيهِ مَوْجُودٌ مِنْ وَجْهِهِ وَلِأَنَّ الْبِنَاءَ لِلتَّسْقِيفِ وَهُوَ بِالْجُدُوعِ دُونَ الْهَرَادِيِّ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُرَجَّحُ بَوَاضِعِ الْجُدُوعِ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ مُلْكُهُ وَعَارِيَّةٌ وَغَضَبٌ فَلَا يَكُونُ حُجَّةً مَعَ الْإِحْتِمَالِ فَلَنَا صَاحِبُ الْجُدُوعِ مُسْتَعْمِلٌ لِلْحَائِطِ فَكَانَ فِي يَدِهِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْيَدِ فَصَارَ نَظِيرُ الْحِمْلِ عَلَى الدَّابَّةِ وَلِأَنَّ الْحَائِطَ يُبْنَى لِلْجُدُوعِ فَوَضْعُهُ عِلَامَةٌ مُلْكِهِ وَمِثْلُ هَذَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عِلَامَةً كَمَا إِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَنَاعِ الْبَيْتِ حَتَّى جُعِلَ التَّرْجِيحُ بِالصَّلَاحِيَّةِ وَلَوْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ جُدُوعٌ ثَلَاثَةٌ فَهُوَ بَيْنَهُمَا لاسْتَوَاهُمَا فِي أَصْلِ الْعِلَّةِ وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْكَثْرَةِ وَالْقَلَّةِ بَعْدَ أَنْ يَبْلُغَ ثَلَاثًا لِأَنَّ التَّرْجِيحَ بِالْقُوَّةِ لَا بِالْكَثْرَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَإِنَّمَا اشْتَرَطْنَا أَنْ يَبْلُغَ ثَلَاثًا لِأَنَّ الْحَائِطَ يُبْنَى

لِلتَّسْقِيفِ وَذَلِكَ لَا يَحْصُلُ بِمَا دُونَ الثَّلَاثِ غَالِبًا فَصَارَ الثَّلَاثُ كَالنَّصَابِ لَهُ وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ جُدُوعٌ لِأَحَدِهِمَا ثَلَاثَةٌ وَلِلْآخِرِ أَقَلُّ فَهُوَ لِصَاحِبِ
الْثَلَاثَةِ اسْتِحْسَانًا وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالْقِيَاسُ وَهُوَ مَرُويٌّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ يَكُونُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِأَنَّ التَّرْجِيحَ لَا يَكُونُ بِالْكَثَرَةِ
بَلْ بِالْقُوَّةِ فَيَسْتَوِيَانِ فِيهِ كَمَا إِذَا كَانَ لَهُمَا حِمْلٌ عَلَى دَابَّةٍ لِأَحَدِهِمَا مِائَةٌ مِنْهُ وَلِلْآخِرِ مِنْهُ أَوْ مِثْلَانِ فَإِنَّهُمَا نِصْفَانِ وَوَجْهُهُ الْإِسْتِحْسَانُ
أَنَّ مَا دُونَ الثَّلَاثِ حُجَّةٌ نَاقِصَةٌ إِذْ لَا يُبْنَى الْحَائِطُ لِلْوَاحِدِ أَوْ الثَّانِي عَادَةً وَالْحُجَّةُ النَّاقِصَةُ لَا تَظْهَرُ بِمُقَابَلَةِ الْكَامِلَةِ ثُمَّ لِصَاحِبِ
الْجُدُوعِ الْوَاحِدِ أَوْ الثَّانِي حَقُّ الْوَضْعِ بِاتِّفَاقِ الرُّوَايَاتِ لَأَنَّا حَكَمْنَا بِالْحَائِطِ لِصَاحِبِ الْجُدُوعِ بِالظَّاهِرِ وَهُوَ يَصْلُحُ لِلدَّفْعِ لَا لِلِاسْتِحْقَاقِ فَلَا
يُؤْمَرُ بِالْقَلْعِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَثْبَتَ الْحَائِطُ لَهُ بِالْبَيِّنَةِ حَيْثُ يُؤْمَرُ بِالْقَلْعِ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ تَصْلُحُ لِلدَّفْعِ وَالِاسْتِحْقَاقِ وَهُوَ نَظِيرُ الشُّفْعَةِ
حَتَّى لَا يَسْتَحَقَّ بِمَا ثَبَتَ مَلِكُهُ بِالْيَدِ وَبِخِلَافِ مَا إِذَا تَنَازَعَا فِي دَابَّةٍ وَلِأَحَدِهِمَا عَلَيْهَا حِمْلٌ وَلِلْآخِرِ كُوزٌ مُعَلَّقٌ أَوْ نَحْوُهُ حَيْثُ يُؤْمَرُ بِالْقَلْعِ
وَإِنْ كَانَ اسْتِحْقَاقُهُ بِالْيَدِ وَوَجْهُهُ الْفَرْقُ أَنَّ وَضْعَ الْكُوزِ لَا يُمَكِّنُ اسْتِحْقَاقَهُ عَلَى مَلِكِ الْغَيْرِ ابْتِدَاءً

2	المقدمة
3	كتاب الطهارة
90	باب التيمم
117	باب المسح على الخفين
144	باب الحيض
185	باب الأنجاس
210	كتاب الصلاة
236	باب الأذان
251	باب شروط الصلاة
278	باب صفة الصلاة
364	باب الإمامة والحدث في الصلاة
422	باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها
461	باب الوتر والنوافل
490	باب إدراك الفريضة
506	باب قضاء الفوائت
518	باب سجود السهو
540	باب صلاة المريض
554	باب سجود التلاوة
563	باب صلاة المسافر
584	باب صلاة الجمعة
602	باب صلاة العيدين
611	باب الكسوف
616	باب الاستسقاء
619	باب الخوف
624	باب الجنائز
661	باب الشهيد
670	باب الصلاة في الكعبة

671	كتاب الزكاة.....
693	باب صدقة السوائم.....
702	باب : صدقة البقر.....
744	باب زكاة المال
765	باب العاشر
779	باب الركاز
806	باب المصرف
830	باب صدقة الفطر.....
847	كتاب الصوم.....
869	باب ما يفسد الصوم وما لا يفسده
934	باب الاعتكاف
948	كتاب الحج
962	باب الإحرام
1048	باب القران
1117	باب مجاوزة الميقات بغير إحرام
1129	باب الإحصار
1145	باب الحج عن الغير
1158	باب الهدي
1170	كتاب النكاح
1242	باب الأولياء والأكفاء
1293	باب المهر
1362	باب نكاح الرقيق
1414	باب القسم
1417	كتاب الرضاع
1435	كتاب الطلاق.....
1457	باب الطلاق
1506	باب الكنايات
1519	باب تفويض الطلاق.....
1554	باب التعليق
1586	باب المريض
1599	باب الرجعة.....
1620	باب الإيلاء

1636	باب الخلع
1654	باب الظهار
1680	باب اللعان
1700	باب العين وغيره
1708	باب العدة
1739	باب ثبوت النسب
1763	باب الحضانة
1772	باب النفقة
1812	كتاب الإعتاق
1823	باب العبد يعتق بعضه
1866	باب الحلف بالدخول
1924	باب اليمين في الدخول والخروج والسكنى والإتيان وغير ذلك
1984	باب اليمين في الطلاق والعتاق
1999	باب اليمين في البيع والشراء والتزوج والصوم والصلاة وغيرها
2020	باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك
2037	كتاب الحدود
2067	باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه
2097	باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها
2116	باب حد الشرب
2125	باب حد القذف
2155	كتاب السرقة
2217	باب قطع الطريق
2234	كتاب السير
2253	باب الغنائم وقسمتها
2286	باب استيلاء الكفار
2301	باب المستأمن
2313	باب العشر والخراج والجزية
2343	باب المرتدين
2368	باب البغاة
2376	كتاب اللقيط
2389	كتاب اللقطة
2403	كتاب الآبق

2409	كتاب المفقود
2413	كتاب الشراكة
2439	كتاب الوقف
2454	كتاب البيوع
2481	باب خيار الشرط
2505	باب خيار الرؤية
2523	باب خيار العيب
2550	باب البيع الفاسد
2613	باب الإقالة
2621	باب التولية
2681	باب الحقوق
2685	باب الاستحقاق
2712	باب السلم
2748	باب المتفرقات
2770	كتاب الصرف
2791	كتاب الكفالة
2849	كتاب القضاء
2861	باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره
2880	باب التحكيم
2883	باب مسائل شتى
2910	كتاب الشهادة
2935	باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل
2936	باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل
2959	باب الاختلاف في الشهادة
2980	باب الشهادة على الشهادة
2992	كتاب الرجوع عن الشهادة
3020	باب الوكالة بالبيع والشراء
3063	باب الوكالة بالخصومة والقبض
3084	باب عزل الوكيل
3093	كتاب الدعوى
3124	باب التحالف
3147	باب ما يدعيه الرجال

To PDF: www.al-mostafa.com