شبكة الألوكة
www.alukah.net

المكتبة الأزهرية

مخطوطة

الجزء الثالث من شرح كنز الدقائق (تبيين الحقائق)

ملاحظات

وقف لله تعالى على طلبة العلم بالأزهر برواق السادة الحنفية

كمل الجزء بمسطرة ١٩ سطرا

٢٧٠٦
[redacted]
٦٥٨٧٤
حنفي

الجزء الثالث من شرح
كنز الدقائق للعلامة
الزيلعي رحمه الله
تعالى اسمه
على
تبيين الحقائق

وفقه الله تعالى على طلب العلم العمل عبد الرحمن الحلواني
وفقه بدولة الدارة الحنفية المجيدة في سنة ١٢٨٦ الحلواني
عفى عنه
٢

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نثق

كتاب البيوع

وهو من الاضداد يقال باع كذا اذا اخرجه عن ملكه أو ادخله فيه وفي الخبر قال عليه الصلاة والسلام لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يبيع على بيع اخيه لان النهي عنه الشر الا البيع قاله الفرزدق

ان الشباب لرابح من باعه ... والشيب لبايعه ايجاد

ويقع في الغالب على اخراج المبيع عن الملك قال رحمه الله هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق المبادلة من غير تقييد بالتراضي وكونه مفيدا به ثبت بالكتاب والسنة اما الكتاب في قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا واما السنة فما روي انه عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلسا وكانوا يتبايعون فاقرهم عليه واما الاجماع فان الامة اجمعت على جوازه فانه احد اسباب الملك قال رحمه الله ويلزم بالايجاب والقبول وقال الشافعي لا يلزم بل لهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا اذهما متبايعان بعد البيع وقبله متساومان واما ان العقد تم من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشتري والفسخ بعده لا يكون الا بالتراضي لما فيه من الاضرار بالآخر بابطال حقه كسائر العقود فلما رواه محمول على خيار القبول فانه اذا

اوجب احدهما فلكل منهما الخيار ما داما في المجلس ولم يأخذا في عمل آخر وفي لفظه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة البيع حقيقة وما بعده او قبله مجاز كسائر اسماء الفاعل مثل المتخاذبين والمتضاربين على مال تحصل الفرقة بقبوله هذا تأويل محمد وقال ابو يوسف هو التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول قال عيسى هذا اولى لما عهدنا في الشرع ان الفرقة موجبة للفساد كما في الصرف قبل القبض وما ذكروه يوجب التمام ولا تطير له في الشرع فكان كما ذكرناه لكونه مرادا وما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه كان في بيع وفارقه خطوات تأويل منه وتأويل الصحابي عندنا لا يكون حجة ويجوز ان يكون فعل ذلك لقطع الاحتمال حتى لا يحتج عليه الآخر بذلك فيقطع الاحتمال بيقين احتياطا ليلا يحمله مخالفة عليه لان مذهبه كذلك بدليل انه قال ما ادركت الصفقة حيا فهو من مال المبتاع اي اذا هلك بعدها وقال عليه الصلاة والسلام من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه من غير قيد واما قوله اذهما متبايعان بعد البيع فقد ذكرنا ان الحقيقة فيه حالة البيع ولانه يحتمل انه عليه الصلاة والسلام سماهما متبايعين لقربهما من البيع كما سمي العصير خمرا واسماعيل عليه الصلاة والسلام ذبيحا واما كان له خيار القبول لانه لو لم يكن له خيار للزم البيع من غير اختيار الآخر ودخل في ملكه وليس ذلك في وسع الموجب والموجب أن يرجع في هذه الحالة لانه ليس فيه

ابطال حق الغير بخلاف ما اذا قضى الاصيل بالدين للكفيل
قبل ان يقضي او دفع الزكوة الى الساعي قبل الحول حيث
لايكون لهما ان يرجعا فيه لان حق الكفيل والفقير تعلق به
على تقدير ان يقضي الدين وان يتم الحول والنصاب تمام فلا
يملك ابطاله وينعقد بكل لفظ ينبئ على التحقيق كبعت
واشتريت اورضيت واعطيتكه اوخذه بكذا والارسالة
والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس اداتهما وليس له ان يقبض
بعض المبيع دون بعض وان فصل الثمن الا اذا كرر البايع لفظ
بعت مع ذكر الثمن لكل واحد عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك
وان فصل الثمن بان قال بعت لك هذين كل واحد بكذا او
بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا بنا على ان البيع
يتعدد بتكرر لفظة بعت وعندهما بتفصيل الثمن وكذا ليس
له ان يفرق في القبض عند اتحاد العقد بان يقبض بعض
اوابرائه او باجله قال رحمه الله **وبتعاط** اي بالتزم
بالتعاطي ايضا ولا فرق بين ان يكون المبيع خسيسا او نفيسا
وزعم الكرخي انه ينعقد في شيء خسيس لجريان العادة ولا
ينعقد في النفيس لعدمها والصحيح الاول لان جواز البيع
باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ وقد وجد التراضي من
الجانبين واشار محمد الى انه يكتفي بتسليم المبيع قال رحمه الله
واي قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب معناه
اذا اوجب احدهما البيع ثم قام احدهما الموجب او الآخر قبل

القبول

القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع
فيبطل به كسائر عقود المبادلة بخلاف الخلع والعتق على مال
حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى لانه يمين من جهتهما والقبول
شرط والايمان لا تبطل بالقيام وعند الشافعي خيار القبول
لا يمتد الى اخر المجلس بل هو على الفور ولنا انه يحتاج الى التروي
والفكر والتامل فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة اذ هو
جامع للمتفرقات وبه يندفع الحرج وفيما قاله الشافعي حرج
بين وهو مندفع بالنص قال الله تعالى يريد بكم اليسر ولا يريد
بكم العسر وقال عليه الصلوة والسلام يسروا ولا تعسروا
قال رحمه الله **ولابد من معرفة قدر ووصف** ثمن غير مشار
لان جهالتها تفضي الى النزاع المانع من التسليم والتسلم الحلو
العقد عن الفائدة وكل جهالة تفضي اليه يكون مفسدا **الا مشارا**
اي لا يحتاج الى معرفة القدر والوصف في المشار اليه من الثمن
او المبيع لان الاشارة ابلغ اسباب التعريف وجهالة وصفه
وقدره بعد ذلك لا تفضي الى المنازعة فلا يمنع الجواز لان
العوضين حاضران وصح ثمن حال وباجل معلوم معناه اذا
بيع بخلاف جنسه ولم يجعلا قدر لقوله تعالى واحل الله البيع
من غير فصل وعنه عليه الصلوة والسلام انه اشترى من يهودي الى اجل ورهنه درعه ولابد من ان يكون الاجل معلوما
لان الجهالة تفضي الى المنازعة قال رحمه الله **ومطلقه**
يتبع على النقد الغالب اي مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد

ومراده من الاطلاق هنا ان يكون مطلقا عن قيد البلده
وعن قيد وصف الثمن بعد ان سمي قدره بان قال عشرة دراهم
مثلا فاذا كان كذلك ينصرف الي المتعامل به في بلده قال
رحمه الله وان اختلف النقود فسد ان لم يبين وهذا اذا كان
الكل في الرواج وفي المالية مختلفة لان مثل هذه الجهالات
مفضية الي المنازعة فاذا اشتري بدراهم معلومة فاعطي
من ايها شاء جاز لانها لا منازعة فيها ولا اختلاف في المالية
ويباع الطعام كيلا وجزافا لانه بكل واحد منهما يصير معلوما
اما الكيلات فظاهر واما الجزاف فلما بينا في المشار اليه
ومراده بالجزاف اذا باعه بخلاف جنسه ولم يكن راس مال السلم
وباباء او حجر لا يعرف قدره وكبيع شي لا يعرف وصفه بالاشارة
ولا يتوهم هلاكه قبل التسليم لان تسليمه يجب في المجلس بخلاف
السلم قال رحمه الله ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في
صاع وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز في الكل لان المبيع معلوم
بالاشارة ولو باع ثلاثة اي جماعة ومراده من الغنم او من
الثياب كل شاة بدرهم او كل ذراع بدرهم فسد في الكل وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز في الكل لما ذكرنا ان
رفع هذه الجهالة بايديهما لما ان لهما نهاية ولهذا ذكرنا من
الجهالة لان الواحد متيقن به فينصرف اليه غير ان افراد هذه
الشياه متفاوتة فلا يجوز بيع واحد منها فيفسد وقطع ثوب
ذراع من ثوب يكون ضررا في الباقي فلا يجوز كما لو باع جذعا

سقف جاز في الكل في الفصلين فصل الصبرة وفصل الشاة
ونحوه لزوال المانع وكذا اذا سمي في المجلس بعد العقد لما ذكرنا
وهو يأتي على قوله وعلى قولهما لا يأتي لجواز بيدونه قال رحمه الله
ولو نقص كيلا اخذ بحصته او فسخ وان زاد للبايع يعني لو باع
صبرة وسمى جملتها بان قال بعتكها على انها مائة قفيز بمائة
درهم وجدها ناقصة اخذ الموجود بحصته لانهما من المقدرات
فيتعلق العقد بقدرها وان لم يسم كل قفيز فاذا تعلق بقدرها
فان وجدها ناقصة فله الخيار ان شاء اخذها وان شاء تركها
لتفرق الصفقة عليه وان وجدها زايدة فالزايد للبايع لانه
لم يدخل في البيع الا القدر المسمى فيبقى على ملكه اذ القدر ليس بوصف
قال رحمه الله ولو نقص ذراعا اخذ بكل الثمن او ترك وان زاد
فللمشتري ولا خيار للبايع مذروعا وسمى جملة الذرعان ولم
يسم لكل ذراع ثمنا ثم وجده ناقصا اخذه بكل الثمن وان شاء
ترك الي آخر ما ذكر لان الذراع وصف للمذروع فلا ينقسم
الثمن على الاوصاف فيكون كل الثمن تقابله الاعيان مما بخلاف
الاول غير انه ان وجده ناقصا يثبت له الخيار بفوات وصف
مرغوب فيه مشروط في العقد وان وجده زايدا فهو له بذلك
الثمن لان الوصف لا يقابله شي من الثمن ولا خيار للبايع كما
اذا شرط معينا فوجد سليما وبالعكس وهو ما اذا شرط سليما
فوجده معيبا او للمشتري ان يبيعه بعد القبض قبل ان يزرعه
ولو كان قدر الماجاز لاحتمال ان يزيد فيكون للبايع كما في

المكيل والموزون قال رحمه الله ولو قال كل ذراع بكذا فنقص
اخذ بحصته او ترك وان زاد اخذ كل ذراع كذا او فسخ معناه
انه اذا قال بعتكه على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم مثلا
فوجده ناقصا فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وان
وجده زايدا اخذه كله كل ذراع بدرهم او فسخ لان الذراع يصلح
ان يكون عينا لانه ينتفع باقراده فاذا سمى لكل ذراع ثمنا
جعل اصلا والا فهو وصف فاذا وجده ناقصا اخذ بحصته
وثبت له الخيار لتفريق الصفقة عليه وان وجده زايدا فهو
بالخيار ايضا ان شاء اخذه كله كل ذراع بدرهم وان شاء تركه
لانه حصل له الزيادة في المبيع فلزمه الزيادة في الثمن فكان
فيه نفع يشوبه ضرر فيخير وليس له ان ياخذ القدر المسمى
ويترك الزايد لان التبعيض يضره بخلاف الصبرة الا ترى
انه لا يجوز ان يبيع بعض المذروع ابتداء وفي الصبرة يجوز ه
ولما كان الزايد يصلح ان يكون اصلا اعتبر اصلا في حق ه
انقسام الثمن على الذرعان وبقي وصفا في حق غيره من الاحكام
لدخول الفاضل في البيع وان سمى لكل ذراع ثمنا قال رحمه الله
وفسد بيع عشرة اذرع من دار لا اسهم اي لا يفسد بيع عشرة
اذرع من دار وغيرها ولم قيل من ماية سهم ونحوه يفسد لانه
مجهول لا تعرف نسبته بخلاف ما اذا قال عشرة اسهم من ماية سهم
او ثلاثين من ثلاثين حيث يجوز لانه معلوم عشر وثلاث ولعل الشيخ
رحمه الله قصد هذا ولكن اخفاه في الاختصار ادى اليه ه

وقوله

وقوله فسد بيع عشرة اذرع من دار هذا قول ابي حنيفه واختلف
المشايخ على قولهما فمنهم من قال لا يجوز عندهما للجهالة فيترك
ما لو اشترى سهما او عشرة اسهم منها ولم يقل من كذا سهما
ومنهم من قال يجوز لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع فتعرف
فلا تفضي الى المنازعة بخلاف ما لو اشترى سهما او عشرة
اسهم اذ لا يمكن رفع الجهالة ولو اشترى عشرة اذرع من ماية
ذراع فسد عنده وعندهما يجوز اذا كانت الدار ماية ذراع
لانه عشرها فاشبه عشرة اذرع من ماية ذراع وله ان الذراع
اسم لانه يذرع بها واستعير لما يحله الذراع وهو معين لا شائع
ثم لا يعلم محله من اي الجوانب هو على التعيين فلا يجوز كما لو باع
احد العبدين بخلاف ما اذا باع عشرة اسهم من ماية سهم لانه شائع
فلا يفضي الى المنازعة وذكر الخصاف ان الفساد عنده اذا لم
يعلم جملة الذرعان واما اذا علم جملتها فيجوز عنده فجملتها
تظهر بيع شياه من القطيع كل شاة بدينار فانه اذا علم جملتها
عددا يجوز عنده والا فلا والصحيح انه لا يجوز عنده مطلقا لما ذكر
قال رحمه الله وان عد لا انه عشرة اثواب فنقص او زاد فسد
لانه يعني اذا اشتراه بعشرة دنانير مثلا ولم يبين ثمن كل ثوب
ثم اذا وجده ناقصا او زايدا افسد البيع لجهالة المبيع في الزيادة
لا يحتاج ان يرد الثوب الزايد فيتنازعان في المردود وجهالة
الثمن في فصل النقصان لانه يحتاج ان يسقط حصة ثمن المعدوم
وهو مجهول فيؤدي الى النزاع ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدر

وخير وان زاد فسد لانه اذا كان زايدا بقي الجهالة في المردود
فيؤدي الي المنازعة وفي فصل النقصان ثمن كل واحد من
الثياب معلوم فالموجود يصح فيه البيع ويبطل في المعدوم
قال رحمه الله ومن اشتري ثوبا علي انه عشرة اذرع لكل ذراع
بدرهم اخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار وبتسعة في تسعة
ونصف بخيار رؤيته اذا اشتري ثوبا واحدا علي انه عشرة اذرع
كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصفا وتسعة ونصف اخذه
في الوجه الاول بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني اخذه
بتسعة ان شاء وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
في الاول ياخذه بعشرة وفي الثاني ياخذه بعشرة الا نصف
ويخير فيهما لانه سمي لكل ذراع ثمنا علي حدة فالتحق بالقدر
قال رحمه الله ويدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار والشجر
في بيع الارض بلا ذكر لان اسم الدار للعرصة في الاصل وفي
العرف تتناول البناء تبعا لكونه متصلا بها اتصال قراره
وكذا الشجر متصل بالارض للقرار فيدخل في بيعها تبعا لها
واختلفوا في شجر غير مثمر وفي شجر صغير قيل لا يدخلان لان
غير المثمرة تقلع للحطب والخشب لبنى عليها والصغيرة تنقل
من مكانها فصارا كالزرع وقيل يدخلان فيه لان تمامهما
ليس لها حد معلوم بخلاف الزرع والمراد بالمفاتيح اذا كان
غلقها متصلا بالدار مركبا فيها مثل الكيلون والضبة لانها
تدخل في البيع حينئذ تبعا لها فتدخل المفاتيح تبعا للاغلاق

اذ

اذ لا ينتفع بكل واحد منهما دون الاخر وان لم يكن الغلق
مركبا فيها كالقفل لم يدخل الغلق لعدم الاتصال ولا المفاتيح
لانه في القياس لا يدخل اصلا الا اذا استحسنا ذلك فيما اذا
دخل الغلق تبعا له فاذا لم يدخل بقي علي اصل القياس ثم الاصل
في هذه المسائل ان الشيء اذا كان متصلا بالمبيع اتصال قرار
دخل في البيع والا فلا الا اذا جري العرف بالدخول فيه كالفتا
والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل
لا يدخل والسرير كالسلم هكذا ذكره في الكافي وهذا في عرفهم
وفي عرف اهل مصر ينبغي ان يدخل السلم وان كان منفصلا والظلة
لا تدخل في بيع الدار عند ابي حنيفة وعندهما تدخل اذا كان
منتهاها من داخل وثياب الغلام والجارية تدخل بغير شرط
للعرف الا اذا كانت ثيابا مرتفعة ليست للعرض فلا تدخل الا
بالشرط لعدم العرف اذ العرف في ثياب البذلة والمهنة ثم
البايع بالخيار ان شاء اعطى الذي عليه وان شاء اعطى غيره
لان الداخل بحكم العرف كسوة مثلهما ولهذا لم يكن لها حصة
من الثمن حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع علي البايع بشيء وكذا
اذا وجد بها عيبا ليس له ان يردها ولو وجد بالجارية عيبا
كان له ان يردها بدون تلك الثياب وخطام البعير والحمل
المشدود في عنق الحمار والعذار والاكاف والبرذعة يدخل
للعرف بخلاف سرج الدابة ولجامها والحمل المشدود علي ظهر
البقر والحمل حيث لا يدخل الا بالشرط لعدم العرف الا ان يكون

العرف بخلافه وفصل الناقد وقالوا لركبة وجش الاتان
والعجول والحمل اذا ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه
للعرف والا فلا قال رحمه الله ولا يدخل الزرع في بيع الارض
بلا تسمية وقال عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل
فالثمرة للبائع الا ان يشترطها المبتاع رواه ابو داود
وغيره ولا يلزم عليه الحمل حيث يدخل في البيع تبعا وان كان
للفصل ويقال للبايع اقطعها وسلم المبيع لان ملك المشتري
مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه اذ الحائل
فيه متاع موضوع وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاحه
الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المتعارف وفي
العادة لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة
وفي الارض زرع والحجة عليه ما بيناه وفي الاجارة التسليم
واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض
وانما لا يقطع لان الاجارة للانتفاع وذلك بالترك دون
القلع بخلاف الشراء لانه يملك الرقبة فلا يراعى فيه امكان
الانتفاع الا ترى انه لو اشترى ارضا لا يكون له الطريق
الا بالشرط وفي الاجارة يدخل من غير شرط لما ذكرنا ولا
فرق في الحالين للبائع لان بيعهما منفردا يجوز في الحالين
في الاصح فكذا لا يدخلان في بيع الارض والشجر تبعا واما اذا
بذر في الارض ولم ينبت حتى باع الارض فلم يدخل لانه موضوع
فيها فصار كالمتاع الموضوع ولا يدخل الزرع والثمر بذكر

الحقوق والمرافق لانهما ليسا منها ولو قال بعتكها بكذا
قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها ومن مرافقها
لا يدخل لما قلنا واذا لم يقل من حقوقها أو من مرافقها
دخلا فيه لانهما من الذي له فيها أو منها للاتصال في الحال
وورق التوت والاس والزعفران والعدد بمنزلة الثمار
وفي كل ما ذكرنا من الاحكام واشجارها بمنزلة النخل وعكس
الثمار في حكم الشرب والطريق وكل موضع لا يدخل فيه الشرب
والطريق لان الشرب والطريق ليسا منها ولا فيها لكنهما
من حقوقها والثمر والزرع موجودان فيهما وهما منهما ليسا
من حقوقها فتنعكسا قال رحمه الله ومن باع ثمرا بدا
صلاحها أو لا صح ويقطعها المشتري تعريفا لملك البائع
هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها
على النخلة فسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل
ملك الغير او نقول انه صفقة في صفقة وكذا بيع الزرع
بشرط الترك لما بيناه وكذا اذا تناهى عظمها عندهما لانه شرط
لا يقتضيه العقد وقال محمد رحمه الله لا ينشد استحسانا
للعادة وان تركها بعدما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان
هذا بتغير أحوال فان الشمس لتضجه ويأخذ اللون من
الفجر والطعم من الكواكب بتقدير الله تعالى وان اشتراها
مطلقا ثم اشترى النخيل الى وقت الادراك فتركها
له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة

فبقي الاذن معتبرا بمجرده بخلاف ما اذا استاجر الزرع واستاجر
الارض الي ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل وهو ما
زاده علي الثمن وعلي غير اجر المثل لان الاجارة فاسدة للجهالة ثم
فاورثت خبثا ولو اثمرت ثمرا اخر قبل القبض فسد البيع لعجزه
عن التسليم ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول
قول المشتري في مقدار لانه في يده وكذا اليانع والبطيخ
والخلاف ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة في ملكه ثم بيع
الاصول عند بعضهم بعد قضاء حاجته اذا كان الموجود اكثر
فحاصله ان لهذه المسئلة ثلاث وجوه احدها اذا اخرج الثمار
كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ما مضي وثانيها ان لا
يخرج شيء منها فلا يجوز بيعه اتفاقا وثالثها ان يخرج
بعضها دون بعض فانه لا يجوز في ظاهر الرواية المذهب
وقيل يجوز اذا كان الخارج اكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود
استحسانا لتعامل الناس وللضرورة وكان شمس الائمة
الحلواني وابو بكر بن محمد بن الفضل البخاري يفتيان به وقال
شمس الائمة السرخسي رحمه الله والاصح انه لا يجوز لان المصير
الي مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا
لانه ان يشتري الاصول علي ما بينا او يشتري الموجود ببعض
الثمن ويؤخر العقد في الباقي الي وقت وجوده او يشتري
الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بما يحدث فيحصل مقصوده
بهذا الطريق فلا ضرورة الي تجويز العقد في المعدوم مصادما

للنص وهو ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهي عن بيع ما
ليس عند الانسان ورخص في السلم قال رحمه الله ولو استثني
منها ارطالا معلومة صح كبيع بر في سنبله وباقلا في قشره اي
لو استثني من الثمار المبيعة المجدودة جاز البيع كما يجوز بيع
البر في سنبله والباقلا في قشره اما الارز فلان المبيع صار
معلوما بالاشارة والمستثني معلوما بالاشارة فوجب القول بجوازه
وروي الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز لان الباقي بعد الاستثنا
مجهول وربما لا يبقي بعد شيء فيخلو عن الفائدة او يكون رجوعا
عن العقد قبل القبول فيصح رجوعه علي ما بينا بخلاف ما اذا
استثني نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قلنا هذه
الجهالة لا تفضي الي المنازعة لان المبيع معلوم بالاشارة وجهالة
قدره لا تمنع جواز البيع في المشار اليه علي ما بينا من قبل الا تري ان
بيعه مجازفة جائز وان كان مجهول القدر وهذا هو بعينه لانه
جزاف وقال الشافعي لا يجوز لان المعقود عليه مستور غائب
عن البصر ولا يعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبذر البطيخ وحب القطن
والبذر في الضرع والزيت والزيتون قبل الاستخراج وما رواه
مسلم واحمد وغيرهما انه عليه الصلوة والسلام نهي عن بيع
النخل حتي تزهو وعن بيع السنبل حتي يبيض وبانت العاهة الا
تري الي ما رواه مسلم والبخاري باسناده عن النبي صلي الله عليه
اذا منع الله الثمرة فبم تستحق مال اخيك فيكون حجة لنا في
اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الي حين المحل ولو اجري

على اطلاقه كان حجة لنا ايضا في هذا الموضع لا يقتضي جواز
بيع ما ابيض مطلقا من غير قيد بالقرن ولو كان كما قاله لقال
حتى يقرن قال رحمه الله واجرة الكيل على البائع واجرة نقد
الثمن ووزنه على المشتري وهذه رواية ابي سماعة عن محمد
رحمه الله وفي رواية ابن رستم عنه اجرة نقد الثمن على البائع
لان النقد يكون بعد التسليم والوزن ليعرف المبيع من غيره
فكان هو المحتاج اليه فتكون اجرته عليه وبالاول كان يفتي
الصدر الشهيد وروي محمد ان اجرة النقد على رب الدين بعد
القبض وقبله على المديون لان على المديون ايفاء حقه فتكون اجرة
التمييز عليه وبعد القبض دخل في ضمان رب الدين ويدعي
انه خلاف حقه فيكون تمييزه عليه قال رحمه الله ومن باع
سلعة بثمن سلمه اولا اي سلم الثمن اولا لان العقد يقتضي
المساواة وقد المشتري قد تعين في المبيع فسلم هو الثمن
اولا ليتعين حق البائع فيه كما تعين حقه في المبيع اذ الثمن
لا يتعين الا بالقبض وصورة هذا ان يقال للبائع احضر
المبيع ليعلم انه قائم فاذا احضر قيل للمشتري سلم الثمن اولا
لما ذكرنا وان كان المبيع غائبا فللمشتري ان يمتنع من تسليم
الثمن حتى يحضر البائع المبيع على مثال الاهن مع المرتهن قال
رحمه الله والا معا اي وان لم تكن سلعة بثمن سلما معا
لاستوائهما في التعيين او في عدم التعيين وذلك لانه اما
ثمن بثمن او سلعة بسلعة فالاول كلاهما غير متعين والثاني

قوله وهذا

متعين باب خيار الشرط
قال رحمه الله صح للمتبايعين او احدهما ثلاثة ايام او
اقل اي خيار الشرط لهما جملة او لاحدهما ثلاثة ايام فما دونها
لقوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ الانصاري وكان
يغبن في البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة
ثلاثة ايام قال رحمه الله ولو اكثر لا اي لو شرط اكثر من
ثلاثة ايام لا يجوز وهذا عند ابي حنيفة وبه قال زفر
والشافعي وقالا لا يجوز اذا سمى مدة معلومة لما روي عن
ابن عمر انه رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ولان
الخيار شرع للتروي لدفع الغبن وقد تمس الحاجة الى
الاكثر فشابه التاجيل في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله تعالى
ان شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم وانما
جوزنا بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على
مورد النص فنتقي الزيادة بخلاف اشتراط الاجل لانه
للقدرة على التحصيل وذلك بتطاول المدة وحديث ابن عمر
ليس بنص فيه فانه روي انه اجاز الخيار الى شهرين فيحتمل
ان يكون خيار الرؤية او العيب فاذا انتفت الزيادة
فسد بها العقد قال رحمه الله واذا جاوزا الثلاثة جاز
خلافا لزفر هو يقول ان العقد فاسد فلا يعود صحيحا كما
كالنكاح بغير شهود ولهما ان المفسد قد زال بعد قبل تقرره
فينقلب صحيحا كما في البيع بالرقم واعلمه في المجلس وهذا

عند مشايخ اهل العراق من اصحابنا فان عندهم ينعقد فاسدا
ويرتفع الفساد بحذف الشرط ولان المفسد اتصال اليوم
الرابع بهذه المدة فاذا حذفه قبل اليوم الرابع فقد منع
اتصال المفسد بالعقد فصار كان الخيار لم يكن مشروطا في
اليوم الرابع وهذا عند مشايخ خراسان فعندهم العقد موقوف
على اسقاط الشرط فبمضي جزء من اليوم الرابع فسد العقد فلا
ينقلب صحيحا بخلاف فساد النكاح لعدم الاشهاد لان الفساد
فيه لعدم شرط الجواز فلا تمكن ازالته وهذا الوجه اوجه انتهى
قال رحمه الله ولو باع على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة
ايام فبيع البيع والى اربعة لا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يجوز الى اربعة ايام واكثر وقال زفر لا يجوز هذا
الشرط اصلا وهو القياس لانه شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها
بعدم شرط النقد ولو شرط فيه الصحيحة ههنا فسد فهذا اولى
وجه الاستحسان انه في معنى شرط الخيار بل هو عينه لانه يخير
في الثلاثة ايام بين الفسخ والامضاء غير ان ترك النقد جعله
امارة الفسخ والنقد امارة الامضاء وهذا الشرط محتاج اليه
لدفع المماطلة كما ان شرط الخيار يحتاج اليه لدفع الغبن
غير انه هنا بمضي المدة مع عدم النقد ينفسخ العقد وفي تلك
يتم وذلك لا يوجب اختلافا في الحكم اذ في كل واحد منهما فسخ
على تقدير والاختلاف فيما يقع به الفسخ والاجازة لا في نفس
الفسخ عند ارادة الفسخ ولا في نفس الاجازة عند ارادة الاجازة

فلا

فلا يعدا اختلافا فاشبه ابو حنيفة ومحمد من على اصلهما في
الزيادة على الثلاث في الملحق به وهو شرط الخيار على ما
بينا وهو ابو يوسف مع ابي حنيفة في هذا ومع محمد في شرط
الخيار اخذ بالنص في هذا وبالاثر في ذلك قال رحمه الله
فان نقد في الثلاثة صح يعني فيما اذا اشترط اكثر من ثلاثة
ايام وانما صح لزوال المفسد وهذا بالاجماع ثم هذه المسئلة
على وجوه اما ان لا يبين الوقت وبينا ووقتا مجهولا بان
يقول على انه ينقده اياما او بينا ووقتا معلوما وهو اكثر
من ثلاثة ايام فهو في هذه الصور كلها فاسد الا ان ينقد
في الثلاث لما قلنا او بينا ووقتا معلوما وهو ثلاثة ايام
او دونه فانه يجوز قال رحمه الله وخيار البايع يمنع خروج
المبيع عن ملكه لان تمام البيع لا يكون الا بالتراضي وتمام الرضا
لا يكون مع الخيار قال رحمه الله ويقبض المشتري يملك بالقيمة
يعني اذا قبضه المشتري وهلك في يده مدة الخيار فان
المشتري يضمن قيمته لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان
موقوفا ولا انفاذ بدونه المحل وكان موقوفا في يده على سوم
الشراء وفيه القيمة والمشتري لو هلك في يد البايع انفسخ
ولا شيء على المشتري كما في المبيع الصحيح المطلق ولو تعيب المبيع
في يد المشتري فللبايع ان يلزمه البيع ان شاء وان شاء
فسخ وضمنه النقصان لان البيع لا يمنع الفسخ واذا انفسخ
العقد كان مضمونا على المشتري بجميع اجزائه كالمغصوب

ولو تعيب في يد البايع فهو على خياره قال رحمه الله وخيار المشتري لا يمنع ولا يملكه اي لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع ولا يملكه المشتري ويقبضه يملك بالثمن كتعيبه اي بسبب قبضه يضمن بثمنه اذا هلك كما يضمن اذا تعيب والمراد بالعيب عيب لا يرتفع كقطع اليد وان كان يرتفع كالمرض فهو على خياره فان ارتفع في المدة لا يلزمه والا لزمه لانه بدخول العيب فيه عند المشتري يمنع الرد على البايع عن الرد كما قبضه والهلاك لا يعرف عن مقدمة عيب فيهلك بعد ما انبرم العقد فيلزمه الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع لانه بدخول العيب فيه لا يمنع الرد اذ لا يعجز عن التصرف بحكم الخيار فلا يسقط خياره وان اشرف على الهلاك فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز لانه لم يبق محلا للبيع فكان مضمونا عليه بالقيمة ضرورة قال رحمه الله فلو اشترى زوجته بالخيار بقي النكاح لانه لا يملكها لان خيار المشتري يمنع من دخول المبيع في ملكه على ما بينا قال رحمه الله فان وطئها فله ان يردها فان حكم النكاح لا يحكم ملك اليمين اذ لا يملكها بهذا الشراء الا اذا نقصها الوطي لانها تتغير به وليس له ان يردها مطلقا لان النكاح انفسخ للملك اياها فيكون الوطي بحكم ملك اليمين فيمتنع الرد كما اذا اشترى غير زوجته فوطيها وهذه المسئلة تظهر فيها ثمرة

الخلاف

الخلاف بينهم ولها نظاير منها عتق العبد المشترى على المشتري اذا كان قريبا له ومنها عتقه اذا كان قد حلف بعتقه بل قال ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريته لانه يصير كالمشتري في تلك الحالة في حق تصحيح الجزاء غير حتى لا يجزيه عن الكفارة اذا نواه بخلاف شراء القريب على ما عرف في موضعه ومنها ان الامة المشتراة لو حاضت عند المشتري بعد القبض لا يجتزي به عن الاستبراء لعدم الملك وعندهما يجتزي به ومنها اذا اشتري منكوحته وقد ولدت اولادا حيلي منه لا تصير امولد له بخلافهما وثمرة الخلاف تظهر ايضا فيما اذا ولدت منه قبل القبض في يد البايع وان قبضها المشتري فولدت في مدة الخيار لزم البيع بالاجماع لانها تتغيب بالولادة ولا يملك ردها بعد التغيب في يده بخلاف ما اذا ولدت قبل القبض عند ابي حنيفة رحمه الله ومنها ما اذا قبض المشتري المبيع باذن البايع ثم اودعه عنده فهلك في يده هلك من مال البايع عنده لان قبضه يرتفع بالرد لعدم الملك فهلاكه بعد ذلك في يد البايع ان كان في المدة فهو هلاك قبل القبض وقبل الملك وان كان بعد مضيها فهو هلاك قبل القبض فيكون من ماله كما في البيع البات ومنها مسلم اشترى من مسلم عصيرا بشرط الخيار فتخمر العصير في المدة فسد البيع عندهم ومنها حلال اشترى صيدا بشرط الخيار فقبض ثم احرم والصيد في يده ينتقض البيع

ويرده الى البايع وقالا يلزم المشتري ولو كان الخيار للبايع
ينتقض في قولهم جميعا وان كان الخيار للمشتري وأحرم
البايع فللمشتري ان يرده ومنها ما لو اشترى دارا وهو ساكن
باجارة او عارية فاستدام السكني بعد الشراء لكون اختيارا
عنده وعندهما اختيار لانه ملك العين وقال السرخسي
رحمه الله ابتداء السكني اختيار لان الدار لا تمتحن بالسكنى
بخلاف الاستيجار قال رحمه الله فان أجازه لي له الخيار بغيبة
صاحبه صح ولو فسخ لا وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
له ان يفسخ ايضا مع غيبة صاحبه لان الشرط كان بمساعدته
فصار مسلطا له على الفسخ فلا يتوقف على عمله كالفسخ بالفعل
مثل اعتاق من له الخيار او بيعه او وطيه او تقبيله
بشهوة وكالاجارة فان علم الآخر لا يشترط فيها ولهذا لا يشترط
رضاه فصار كالوكيل بالبيع وتم العقد بموته ومضي المدة
والاعتاق وتوابعه والاخذ بشفعة يعني يتم العقد بواحد
من هذه الجملة اما الاول وهو موت من له الخيار فلان الخيار
يموته يبطل ولا ينتقل الى ورثته عندنا وقال الشافعي رحمه الله
يورث عنه لانه حق لازم له في البيع فيجري فيه الارث كخيار
العيب والتعيين ولنا ان الخيار صفة للميت فلا ينتقل
عنه كسائر اوصافه وانما قلنا انه صفة لانه ليس هو الا
مشيئة وارادة فصار كخيار المجلس عنده بخلاف خيار العيب
لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه ورث

خياره

خيار وهذا لانه بالعيب فات الجزء السليم فللمورث ان
يطالب بذلك الجزء فيقوم الوارث مقامه فيه وهذا يثبت
له الخيار فيما تعيب في يد البايع بعد موت المورث وان
لم يثبت للمورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء
لاختلاط ملكه بملك الغير لان الخيار يورث فاذا بطل
الخيار لزم البيع وتم واما الثاني وهو ما اذا مضت مدة
الخيار فلانه بمضيها يبطل خياره اذا لم يثبت له الخيار الا
في تلك المدة كالمخيرة في وقت مقدر لم يبق لها الخيار بعد
مضيه واما الرابع وهو الاخذ بالشفعة وصورته ان
يشتري دارا بشرط الخيار ثم تباع دار اخرى بجنبها فيأخذ
المشتري بشرط الخيار بالشفعة فلان الاخذ بها لا يكون
الا بالملك فكان دليل الاجازة وهذا لان الاخذ بالشفعة شرعت
نظرا للملاك لدفع ضرر يلحقهم على الدوام فكان اخذه بها
دليل الاستيفاء فيضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت
له الملك فيها من وقت الشراء فيظهر ان الجواز كان سابقا
عليه فيثبت له الملك وكان احق الناس بالتصرف فيها فكان
اولى بالشفعة وان لم يملكها بالمكاتب والعبد المأذون
له في التجارة وهذا التقدم يحتاج اليه لابي حنيفة واما
قولهما فان المشتري بالخيار يملك الدار فلا يحتاج الى هذا
التقدير لثبوت الملك وانما يحتاج اليه لسقوط الخيار لا غير
وهذا لان خياره يسقط به اجماعا بخلاف خيار الرؤية حيث

لا يسقط باخذ الشفعة فيما اذا بيعت دار بجنبها فاخذها
بها لانه لا يسقط بالصريح فكذلك بالدلالة قال رحمه الله
ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح وايهما اجاز او نقض صح
اي اجاز المشتري او من شرط له الخيار او نقضه جاز وقال
زفر رحمه الله لا يجوز اشتراط الخيار لغير العاقد وهو قياس
لان الخيار من واجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه
لغير العاقد كاشتراط الثمن على غيره وهذا لان اشتراط ما
لا يقتضيه العقد مفسد وفيه ذلك فيفسد ولنا ان
اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد لانه لا وجه
لاثبات الخيار لغير العاقد بطريق الاصالة ويمكن اثباته
بطريق النيابة عن العاقد قال رحمه الله فان اجاز احدهما
او نقض صح وان كان معا فالفسخ اي لو فسخ احدهما واجاز
الاخر وخرج الكلامان منهما كان الفسخ اولى من الاجازة من
ايهما كان وهو رواية كتاب المأذون من كتاب المبسوط وفي
رواية كتاب البيوع تصرف المالك اولى فسخا كان او اجازة
لان الاصل اقوى اذ النايب يستفيد الولاية منه فلا يصلح
ان يكون معارضا للاصل ولانه لما قدم على التصرف كان
عزلا له سندا بالعقل وهو ملك ذلك صريحا بالقول فكذا
دلالة بالعقل هذا لان تصرف النايب انما جاز للحاجة ولا
حاجة عند مباشرة التصرف بنفسه فيلغو اخلاف ما اذا
وكله بان يطلق زوجته البتة فطلقها الوكيل والموكل

حيث

حيث يقع عليها طلاق احدهما ولا يتقدم تصرف الموكل
لان الوكيل في باب الطلاق سفير ومعبر فكان الموجود
من الوكيل منسوبا اليه ولهذا يحنث في يمينه لا يطلق
فكان الصادر عن الوكيل صادرا عن الموكل بخلاف الوكيل في
البيع على ما عرف في موضعه وجه الاول وهو الاصح ان
المعارضة من جهة المتصرف مستحقة لان كل واحد منهما
مالك للتصرف فوجب الترجيح بحال التصرف والفسخ لا
يرد على المجاز دون العكس فكان اولى بالاعتبار كنكاح
الحرة والامة اذا وجدا معا ينعقد نكاح الحرة لانه اولى
واقوى لوروده على نكاح الامة دون العكس ولا يقال
المجاز يلحق الفسخ الا ترى انه لو كان الخيار لاحدهما وفسخ بحضرة
صاحبه ثم هلك المبيع في يد المشتري قبل التسليم الى البايع
عاد الحال على ما كان حتى يجب عليه الثمن ان كان الخيار
للمشتري والقيمة ان كان الخيار للبايع كما اذا هلك في يده
قبل الفسخ لانا نقول هذا لا يلزمنا لان كلامنا في اجازة
ترد على ولا اجازة هنا فلا يرد علينا وقيل ما ذكر في المأذون
قول ابي يوسف لانه لا يتقدم تصرف المالك بل يستويان عنده
وما ذكره في البيوع قول محمد رحمه الله لانه يقدم تصرف المالك
على تصرف النايب عنده قال رحمه الله ولو باع عبدين على
انه بالخيار في احدهما ان فصل وعين صح والا لا اي صح ان
فصل ثمن كل منهما وعين الذي فيه الخيار لان الذي فيه

الخيار كالخارج من العقد اذا العقد مع الخيار لا ينعقد
في حق الحكم فكان الداخل في العقد غيره وهذه المسئلة
على اربعة اوجه احدها ان يفصل الثمن وبين الذي فيه
الخيار والثاني ان لا يعين واحدا منهما والثالث ان يبين
الثمن دون الاخر والرابع بالعكس فالعقد فاسد في
الكل اما الجهالة الثمن او الجهالة المبيع او لجهالتهما الا في
الاولى لانتفاء الجهالة عنهما فان قيل لا يخلوا اما ان
يجعل المستثنى داخلا في العقد أو لا فان جعلته داخلا
فيه وجب ان يجوز وان لم يبين ولم يفصل اذ ليس ان كل جزء
من المبيع ولا بيان ثمنه شرطا لجواز البيع وان جعلته غير
داخل فيه وجب ان لا يجوز وان بين وان فصل كما لو جمع بين
حر وعبد او شاة وكلب ميتة ومذكاة فانه لا يجوز وان
بينهما قلنا هو داخل صيغة لا داخل حكما فاذا كان
داخلا من وجه دون وجه فان كان معلوما اعتبرناه
داخلا فيجوز والا فغير داخل فلا يجوز وصح خيار التعيين
فيما دون الاربعة وهو ان يبيع احد العبدين او الثوبين
على ان ياخذ ايهما شا او يبيع احد الثلاثة على ان ياخذ
ايهما شا ولا يجوز ذلك في الاربعة وقال زفر والشافعي
لا يجوز هذا اصلا وهو القياس لجهالة المبيع قال قاضي
خان وضع محمد رحمه الله هذه المسئلة ها هنا يعني في
الجامع الصغير فيما اذا بين مدة الخيار فقال ياخذ

ايهما شا بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة ايام ووضعه
كذا في الماذون ووضعها في الجامع الكبير وغيره على ان
ياخذ ايهما شا ولم يذكر الزيادة واذا لم يذكر خيار الشرط
فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث فيما دونها
عند ابي حنيفة رحمه الله ومدة معلومة على قول الثلاثة
فان ذكر ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فان
ردهما بخيار الشرط في المدة او رد احدهما بخيار التعيين
كان له ذلك وان مضت المدة بطل خيار الشرط وبقي خيار
التعيين للوارث فلا يكون له الا رد احدهما قال العبد
الضعيف عفى الله عنه اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى
للتوقيت ولا خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت
فيه يفيد لزوم العقد عند مضي المدة قال الكرخي في
مختصره انه يجوز استحسانا واليه اشار في الزيادات ووجهه
انه خيار يجوز اشتراطه للمشتري فكذا له قياسا عليه وذكر
في المجرد انه لا يجوز لانه جوز للمشتري للحاجة مخالفا
للقياس ولا حاجة اليه للبايع وفي العتاق والطلاق كذلك
ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقا او مختلفا وكذا لو
هلكا على التعاقب ولا يدري الاول منهما يجب نصف ثمن
كل منهما لما قلنا بخلاف ما اذا بقيا ولم يهلكا حيث يبقى
خيار على حاله وله ان يرد احدهما لانه محل للابتداء البيع
فكذا للتعيين بخلاف الهلاك قال رحمه الله ولو اشترى

على انهما بالخيار فرد احدهما لا يرد الاخر يعني لو اشتري
اثنان بشرط الخيار ليس لاحدهما ان يرد نصيبه اذا اجاز الآخر
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف
خيار الرؤية وخيار العيب لهما ان اثبات الخلو لهما اثبات مستلزم
لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل واحد منهما محتاج الى
دفعه عن نفسه فلو بطل هذا بابطال الآخر خياره لم يحصل
مقصوده ويلحقه به ضرر وله ان المشروط خيارهما لا خيار
كل واحد منهما على الانفراد فلا ينفرد احدهما بالرد والان حق الرد
يثبت لهما على وجه لا يتضرر به البايع وفي رد احدهما نصيبه اضرار
بالبايع اذ المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو
رده احدهما رده معيبا اذ هو عيب في الاعيان لكونه لا يتمكن من
الانتفاع به الا بطريق المهايأة قال رحمه الله ولو اشترى عبدا
على انه خباز او كاتب فكان بخلافه اخذه بالثمن كله او ترك لان
هذا وصف مرغوب فيه فيستحقه بالشرط في العقد ثم فوات الوصف يوجب
التخيير لانه لم يرض بعدمه بخلافه ما لو باع شاة على انها
حامل او بقرا على انها حلوب كذا او كذا رطلا يفسد البيع لانه ليس من قبيل الوصف
وانما هو من قبيل الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك حقيقة لانه
يحتمل انه لبن او حمل او انتفاخ حتى لو شرط حلوب او لبون لا يفسد
لانه وصف ولو قال بخير كذا لكذا صاعا او بكتب كذا وكذا قدرا
يفسد لما ذكرنا وشرطه ان يقدر على الكتابة والخبز قدرها
بنطلق عليه الاسم فله الخيار ان شاء اخذه وان شاء رده لما قلنا

وان

وان قال البايع عند الرد يحسن ذلك لكني نسيت عندك فالقول قول
المشتري لان الاصل عدم الخبز والكتابة وكان الظاهر شاهدا
له ولو اتباعه من غير ان يشترط الكتابة والخبز وكان يحسن ذلك
فنسيه في يد البايع قبل التسليم رده عليه لانه استحق تسليمه
على الصفة التي ورد عليها العقد فاذا بينه فقد تغير المبيع
قبل القبض فيرده وعلى هذا لو اشترى جارية على انها خياطة
او نحوه فيما ذكرنا من الاحكام ثم في كل موضع ثبت له الخيار فبنه
اذا اختار الاخذ اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء
من الثمن لكونها تابعة في العقد اذ الجنس متحد ولهذا يفسد به
العقد ولو اختلف لفسد على ما يجيء بيانه في البيع الفاسد ان
شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى اعلم

باب خيار الرؤية

شرا ما لم يره جاز وله ان يرده اذا راه وان
رضي قبله وقال الشافعي لا يجوز البيع لان المبيع مجهول اذ لم يعرف
منه الا الاسم فصار كما اذا لم يره اليه ولنا الى مكانه او معدوم لما
ذكرنا وقد نهى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند
الانسان اي ما ليس بحاضر عند المتبايعين يريد به المشتري وقوله
قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا
راه ولان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لانه اذا لم يوافقه
رده فصار كجهالة الوصف في المشاهد للعاين والمراد بالنهي عن
بيع ما ليس عند الانسان ما ليس في ملكه بدليل بعض الحديث فان
حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست

عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاجدها فاشتريها
واسلمها له فقال عليه الصلوة والسلام لابتع ما ليس عندك ه
واجمعنا علي انه لو باع عينا حاضرة غير مملوكة له لايجوز وان
ملكها فيما بعد ولو كان كما زعم لجاز ولو باع عينا غائبة
وكان المشتري راها جاز فيبطل الكتب زعمه طردا وعكسا
وقوله واذا رضي قبله متصل بما قبله اي له الخيار اذا رآه
وان كان رضي قبل ان يراه لان الخيار يتعلق بالرويه علي ما
رويناه فلا يثبت قبله ولان الرضا بالشي قبل العلم باوصافه
لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرويه بخلاف فسخه
حيث يعتبر قبل الرويه لكونه عقدا غير لازم فينفسخ كذلك
لا بموجب الخيار قال رحمه الله ولا خيار لمن باع ما لم يره
وكان ابو حنيفة اولا يقول له الخيار لان البيع يتم برضى ه
المتعاقدين فاذا انتفى رضى احدهما لعدم الرويه فكذا رضى
الآخر وقال الشافعي لا يجوز بيع ما لم يره اصلا قولا واحدا
ولنا الرجوع اليه ان عثمان بن عفان رضي الله عنه باع ارضا
بالبصرة من طلحة بن عبد الله فقال له طلحة انك غبت ه
فقال لي الخيار ما لم ار وقيل لعثمان انك قد غبت فقال
لي الخيار لاني قد بعت ما لم ار فحكم بينهما جبير فقضى بالخيار
لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير
نكير فكان اجماعا منهم ولان خيار الرؤية معلق برويته المشتري
لما رويناه فلا يثبت دونه ولان خيار الرؤية انما يثبت للمشتري

باعتبار انه يظنه خيرا مما راي فيرده لفوات الوصف ه
المرغوب فيه ولورده البايع لرده باعتبار انه ازيد مما ظنه
والخيار لا يثبت بمثله كما لو باع عبدا علي انه معيب فاذا هو
سليم لا يثبت للبايع فيه الخيار قال رحمه الله ويبطل بما
يبطل به خيار الشرط اي يبطل خيار الرويه بما يبطل به
خيار الشرط من التصريح والدلالة ومراده بعد الرويه
واما قبلها فلا يسقط وان صرح به الا في ضمن بعض ه
التصرفات لتعذر الفسخ علي ما بين قال بعضهم اذا رآه
وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره وان لم توجد منه
الاجازة صريحا ولا دلالة لان سبب ثبوت هذا الخيار جهالة
اوصاف المبيع بدليل انه لو راه قبل البيع لا يكون له الخيار
والجهالة تزول بالرويه والخيار يسقط بزوال سببه
كخيار العيب يسقط بزوال العيب قال رحمه الله وكفت
رويه وجه الصبرة والرقيق والدابة وكفلها وظاهر
الثوب مطويا وداخل الدار لان رويه ما يستدل به علي ه
المقصود تكفي لعسر رويه الجميع ورويه هذه المواضع من
هذه الاشياء يقع بها العلم بالمقصود فلا معني لاشتراط
رؤية غيرها ولو دخل في المبيع اشياء فان كانت لا تتفاوت
احاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالانموذج
تكفي رويه بعضه لجريان العادة بالاكتفاء ببعض في ه
الجنس الواحد والوقوع به في الباقي الا اذا كان الباقي

ار دي فيكون له الخيار وفيما راي كيلا يلزم تفريق الصفقة
قبل التمام لانها مع الخيار لا تتم وان كانت اصلا تتفاوت ه
وهو الذي لا يباع بالنموذج كالثياب والدواب والعبيد ه
فلا بد من رويته كل واحد من افراده لان برؤية بعضها لا يقع
العلم بالباقي للتفاوت والجوز والبيض من هذا القسم فيما
ذكره الكرخي لتفاوت أحاده فلا يستدل برؤية بعضه
على غيره من جنسه وقال صاحب الهداية ينبغي ان يكون مثل
الحنطة والشعير لكونها متقاربة وكذا النظر الى ظاهر
الثوب مطويا وقال زفر لا يكتفي برؤية ظاهر الثوب ولا بد
من نشر كله فانه ليس من ذوات الامثال فلا يعرف كله برؤية
بعضه قلنا اقل ما تتفاوت جوانب ثوب واحد فيمكن
الاستدلال بالبعض على البعض والوجه هو المقصود من
الادمي ولهذا لا تتفاوت قيم الرقيق بتفاوته وسائر الجيد
تبع له والكفل من الدواب فلا بد من رويتهما ويشترط
بعضهم مع ذلك رؤية القوائم وعن محمد رحمه الله رؤية ه
الوجه كاف كالادمي وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان به
يظهر السمن من الهزل وتعرف به كثرة اللحم وقلته وفي ه
شاة الحلبة لا بد من معرفة ضرعها وفيما يطعم لا بد من الذوق
وفيما يشم لا بد من الشم وفي دفوف المغازي لا بد من سماع ه
صوتها لان العلم بالشيء يقع باستعمال الة او ادراكه فلا
يسقط خياره حتى يدركه وجعل في المختصر رويته داخل الدار ه

كرويتها

كرويتها كلها لانه يستدل به على الباقي وفي عامة الروايات
اذا صحن الدار يسقط خياره لما ذكرنا في خارجها وقال زفر
لا بد من رؤية داخل البيوت وهو الاصح لان بيوتها الشتوية
والصيفية والعلوية والسفلية ومرافقها ومطابخها وسطوحها
تختلف فلا بد من رويته ذلك كله في الاظهر لان كلا منها ه
مقصود فالنظر الى الخارج او الى صحن الدار لا يوقع العلم بهذه
الاشياء وما ذكره في الكتاب مبني على عادة اهل الكوفة فان
في ذلك الزمان دورهم كانت على تقطيع واحد ولم تختلف الا
في الكبر والصغر وكونها جديده او حديدة وذلك يظهر
برويته بعضها فاقتوا كذلك واما اليوم فمخلافها فلا يكتفي
به ورويته اشجار البستان يكتفي فيها بوقوع العلم ولو راى هنا
في قارورة من خارجها لا يبطل خياره في المروي عن ابي حنيفة
رحمه الله وعن محمد انه يبطل قال رحمه الله **ونظر وكيله**
بالقبض كنظره لانه نظر رسوله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يكون كنظره حتى لا يسقط خيار الموكل بقبضه لانه توكيل
بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وبخلاف
الرسول لانه لا يملك شيا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك
القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع والشراء والفرق بين
التوكيل والارسال ان يقول في التوكيل كن وكيلي في القبض ه
وفي الارسال كن رسولي او امرتك بقبضه وقوله ونظر وكيله
بالقبض احتراز عن الوكيل بالشراء فان نظره بالاجماع كنظر

الموكل فقيده بالقبض لما فيه من الاحتراز ولم يقيد الرسول به لان نظره لا يكون كنظر المرسل مطلقا سواء كان الرسول بالقبض او الشراء قال رحمه الله وصح عقد الأعمى وسقط خياره اذا اشترى بجنس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار بوصفه اما صحة عقده فلانه يحتاج فصار كالبصير وقوله يسقط خياره بجنس المبيع الى آخره محمول على ما اذا وجد الجنس منه قبل الشراء واما اذا اشترى قبل ان يحبس فلا يسقط خياره به بل يثبت باتفاق الروايات لما روينا ويمتد الى ان يوجد منه ما يدل على الرضا من قول او فعل في الصحيح على ما بيناه واكتفى بالوصف في العقار لانه لا سبيل له الى معرفته الا به والوصف قد يقام مقام الرؤية في حق البصير كما في السلم حتى لا يكون له خيار الرؤية فيه بعد ما وصف له فكذا في حقه وعن ابي يوسف انه اشترط مع ذلك ان يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه منه لان التشبيه يقام مقام الحقيقة عند العجز كتحريك الشفتين اقيم مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه له وهو يراه وهو اشبه بقول ابي حنيفة رحمه الله لان رؤية الوكيل كرؤية الموكل عنده على ما بيناه وقال بعض ائمة بلخ يشترط مس الحيطان والاشجار مع الوصف وان ابصر بعد الوصف وبعد ما يدل منه على الرضا فلا خيار له لان العقد تم به وانبرم فلا ينتقض بعد ذلك الا برضاهما ولان خياره قد سقط به فلا يعود ولو اشترى البصير ثم عمي قبل الرؤية

انتقل

انتقل الى الوصف بوجود العجز قبل العلم به قال رحمه الله ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر له رد هما لان رؤية احدهما لا تغني عن رؤية الآخر للتفاوت فيبقى خياره فيما لم يره فيجوز رده لما روينا وليس له ان يرده وحده لنهيه عليه الصلوة والسلام عن تفريق الصفقة فيردهما جميعا ضرورة ولا يقال خيار ثبت بالنص فيما لم يره لانا في منع الفسخ وحده فيه ابطال له فكان باطلا لانا نقول نحن لا نمنع خيار الفسخ فيه وانما نقول اذا اختار الفسخ فسخ فيه وفي الآخر احترازا عن التفريق فكان فيه عمل بموجبه وفيه جمع بين الحديثين لان الذي لم يره يرده بالحديث الاول والذي راه بالثاني ان الصفقة لا تتم الا مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وكذا لا تتم مع خيار العيب قبل القبض لان العقد غير تام قبل القبض اذ لا يفيد ملك التصرف وليس له ان يفرق في القبض كما لا يفرق في القبول وبعد القبض لا يمنع تمام الصفقة لانهما قد رضيا بالعقد على تقدير السلامة وهي ثابتة ظاهرا فلزم وتم ولهذا افاد العقد فيه ملك الرقبة والتصرف قال رحمه الله ولا يورث كخيار الشرط اي لا يورث خيار الرؤية كما لا يورث خيار الشرط لان الخيار ثبت بالنص للعاقد والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له ولان الخيار وصف له فلا يجري فيه الارث على ما بيناه قال رحمه الله ومن اشترى ما راى

خيران تغير والا لا اي ان لم يتغير لا يخير لان العلم
بالمبيع قد حصل بالرويه الاولي وقد رضي به مادام تبلك
الصفة الا اذا لم يعلم عند العقد انه كان راه قبل فحينئذ
يثبت له الخيار كما اذا راي جاريته ثم اشتري جاريته منقبة
لا يعلم انها التي كان راها ثم ظهرت اياها يثبت له الخيار
لعدم رضاه لان الرضا بدون العلم باوصافه لا يتصور
وانما يخير اذا وجده متغيرا لان تلك الرويه لم تقع معلمة
له باوصاف المبيع فكانه لم يره قال رحمه الله وان اختلفا
في التغير فالقول قول البايع مع يمينه لان الظاهر يشهد
له اذ الاصل بقاؤه علي ما كان قال رحمه الله والمشتري
لو في الرويه اي لو اختلفا في الرويه كان القول للمشتري
لانها امر حادث والمشتري ينكره فالقول قوله مع يمينه
قال رحمه الله ولو اشتري عدلا وباع منه ثوبا او وهب
رده بعيب لا بخيار رويه او شرط لان الرد قد تعذر فيما
اخرجه عن ملكه ولا يمكنه ان يرده الباقي بخيار الرويه
والشرط سواء كان قبل القبض او بعده لما فيه من تفريق الصفقه
قبل التمام لانهما لم يمنعا تمام الصفقه علي ما ذكرنا
وفي خيار العيب يملك التفريق علي ما بينا قال رحمه الله ومن
وجد بالمبيع عيبا اخذه بكل الثمن او رده لان مطلق العقد
يقتضي السلامه من العيب فكانت السلامه كالمشروطه
في العقد صريحا لكونه مطلوبه عاده فعند فواتها يتخيره

كملا

كيلا يتضرر بالزام ما لا يرضي به كما اذا فات الوصف المرغوب
فيه المشروط في العقد كمن اشتري عبدا انه خباز او نحو
فوجده بخلافه ذلك ولكون السلامه كالمشروطه في العقد
لا يحل ان يبيع المبيع حتي يبين عيبه لقوله عليه الصلوة
والسلام لا يحل لمسلم باع لاخيه بيعا وفيه عيب الا بينه
له رواه ابن ماجه واحمد بمعناه ومر عليه السلام برجل يبيع
طعاما فادخل يده فيه فاذا هو مبلول فقال من غشنا
ليس منا رواه مسلم وغيره وكتب عليه السلام كتابا بعد
ما باع فقال فيه هذا ما اشتري العبد بن خالد بن هودة
من محمد رسول الله صلي الله عليه وسلم اشتري منه عبدا او
امة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم رواه ابن ماجه
والترمذي فاذا اختار الاخذ اخذه بجميع الثمن ولا ينقص
من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد
لكونها تبعا فلا يكون اصلا بخلاف ما اذا كانت مقصودة
بالاتلاف بان العيب بفعل البايع بعد البيع قبل القبض
سقط من الثمن بحصته اذا اختار الاخذ لان الاوصاف
يكون لها حصة بالاتلاف قصدا والمراد به عيب كان عند
البايع وقبضه المشتري من غير ان يعلم به ولم يوجد من المشتري
ما يدل علي الرضا بعد العلم بالعيب قال رحمه الله وما
اوجب نقصان الثمن عند التجار عيب لان الضرر بنقصان
المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف

أهله قال رحمه الله كالاباق والبول في الفراش والسرقة لانها
توجب نقصان القيمة عندهم فاذا وجد شيء من هذه الاشياء
من صغير غير مميز لايكون عيبا وان كان مميزا يكون عيبا وزوال
بالبلوغ فان عاوده بعد البلوغ يكون عيبا حادثا غير
الاول لزوال الاول بالبلوغ فيكونان مختلفين فان البول
قبل البلوغ لضعف في المثانة وبعده لداء في الباطن والاباق
قبل البلوغ لحب اللعب والسرقة قبل البلوغ لقلة المبالاة وهما
بعده لخبث في الباطن حتى لو وجد شيء منهما عند البايع قبل
البلوغ ووجد عند المشتري بعد البلوغ ليس له ان يرده لزوال
الاول بالبلوغ يرده به ما لم يبلغ لاتحاد السبب ولو وجد عند
البايع بعد البلوغ وعند المشتري ايضا بعد البلوغ يرده
ايضا لما ذكرنا قال رحمه الله والسرقة لاتختلف بين ان
تكون من المولى او غيره الا اذا سرق من المولى شيأ للاكل فانه
لايكون عيبا فان التقصير جاء من المولى حيث أوجد اليه
وان سرق طعاما من المولى ليبيعه كان عيبا لانه لايأتمنه في
حفظ ماله ولو سرق الشيء اليسير نحو الفلس والفلسين لايكون
عيبا ولو نقب البيت يكون عيبا وان لم ياخذ وفي الاباق اذا
خرج من البلد يكون عيبا بالاتفاق اي ابق من المولى او من
رجل كان عنده باجارة او عارية او وديعة بخلاف ما اذا ابق
من الغاصب الى المولى او الى غيره اولم يعرف منزله اولم يقدر على
الرجوع اليه وان لم يخرج منه اختلفوا فيه والاشبه ان يقال

ان

ان كانت البلد كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا وان كانت صغيرة
بحيث لايخفى على اهلها اوبيوتها لايكون عيبا قال رحمه الله
والجنون لما ذكرنا وهو فساد في الباطن لان العقل معدنه
القلب وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع
وهو لايختلف باختلاف السن حتى لو وجده عند البايع في صغره
وعاوده عند المشتري بعد الكبر رده وان لم يعاوده عند
المشتري لانه قل ما يزول والصحيح لايرده حتى يعاوده عنده ومقداره
لان الله تعالى قادر على ازالة فلابد من المعاودة عنده
ان يكون اكثر من يوم وليلة وما دونه لايكون عيبا وقال
بعضهم المطبق عيب وما دونه لايكون عيبا قال رحمه الله
والبخر والدوروولد الزنا في الجارية يعني هذه الاربعة
تكون عيبا في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود فيها
وهو الاستفراش وطلب الولد لا في الغلام لان المطلوب منه
الاستخدام وهذه الاشياء لاتخل به ولانه يستخدمه من المولى
او يكون الزنا عادة له لان الفحش من الدفر والبخر يكون من
داء وهو عيب واتباع النساء يشغله عن الخدمة وذلك بان تكرر
منه الزنا اكثر من مرتين والعيوب كلها لابد لها من الاعادة
عند المشتري حتى ترد الا الزنا في الجارية فانه روي عن محمد
رحمه الله في الامالي اشترى جارية وقد كانت زنت عند البايع
فللمشتري ان يردها وان لم تزن عنده للحوق العار بالاولاد
وفي نوادر بشر عن ابي يوسف رجل اشترى جارية فابقت عنده

ثم وجدها واستحقها مستحقة بينة فعيب الاباق لازم لها
ابدا وهذا نقض على ان الاباق ايضا لا يشترط معاودته فيعلى
هذا رجع المستحق بنقصان العيب عليه وان لم يعاوده عنده
وكذا من اشترى منه رد ها عليه من غير معاودة عنده والاول
هو الظاهر وقد ذكرنا وجهه وقال الشافعي رحمه الله الزنا
في الغلام عيب كالسرقة قلت لانه ينقص قيمته بالزنا ولا يعد
عيبا عادة الا اذا كثر منه بخلاف السرقة فان المولى يشق عليه
حفظ ماله ولهذا حده اعظم وهو قطع اليد من حد الزنا وهو
الجلد هنا انتهى قال رحمه الله والكفر يعني في الغلام والجارية
هو عيب لان طبع المسلم ينفر عن صحبته للعداوة الدينية ويتحوز
اعتاقه عن كفارة القتل فتخل الرغبة فيه ولو اشتراه على انه
كافر فوجده مسلما يرده لانه زوال العيب وقال الشافعي رحمه الله
يرده لفوات الوصف المرغوب فيه ولان استعمال الكافر وذلك
مطلوب للمسلم ولحجة عليه ما ذكرنا قال رحمه الله وعدم
الحيض والاستحاضة لان ارتفاعه واستمرار الدم امارة الداء
وهذا لان الحيض مركب في بنات ادم فاذا لم تحض فالظاهر انها
لداء فيها فذلك الداء هو العيب وكذا الاستحاضة لداء فيها لكنه
دعواه بانه ارتفع لا اذا ذكر سببه وهو الداء والحبل ومتى لم
يذكر احدهما لا تسمع دعواه ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ
وهو سبعة عشر سنة عند ابي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك
بقول الامة لانه لا يعرفه غيرها ويستحلف البايع مع ذلك ان

كان

كان بعد القبض فيقضي بنكوله وان كان قبله فكذلك في الصحيح
وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى يرد بلا يمين البايع لضعف
البيع قبل القبض حتى يملك المشتري الرد بلا قضاء ولا رضاء
وصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية
لا يقبل قول الامة فيه ذكره في الكافي ولو ادعى انقطاعه في مدة
يسيرة لا تسمع دعواه وفي المزيدة تسمع واقلها ثلاثة اشهر
عند ابي يوسف واربعة اشهر وعشر عند محمد وعن ابي حنيفة
روايتان واحسن وجلة الامر فيه انه اذا ادعى انقطاعه واحسن
دعواه على ما ذكرنا سؤال القاضي البايع فان اقر بما ادعاه
المشتري رد ها على البايع وان انكر قيام العيب للحال وهو الانقطاع
لا يحلف عند ابي حنيفة على ما يجيء ان شاء الله تعالى وان اقر
ببقيامه في الحال وانكر اته كان عنده يحلف فان حلف برئ وان
نكل رد عليه واذا اقام المشتري البينة على ان الانقطاع كان
عند البايع قال في الكافي لا يقبل لانهم لا يعرفون انقطاعه فيتسوق
القاضي بكذبهم بخلاف ما اذا شهدا انها مستحاضة لان الاستحاضة
دوران الدم فيطلع عليه ذكر في النهاية معزيا الى فتاوى الفضلي
ان المرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء الى قول الاطباء لكثرة
لثبوت العيب فيها قول عدلين منهم وقال بخلاف ما لم يطلع عليه
الرجال حيث يثبت بقول امراة واحدة ثم ذكر بعده مثل ما ذكر في

الكافي وعزاه الى الفوايد الظهيرية ثم اذا ثبت العيب يقول
المراة يحلف البايع على انه لم يكن عنده لان المشتري لا يرده بعيب
حادث عنده وانما يرده بعيب كان عند البايع فلا بد من اليمين
قال رحمه الله والسعال القديم لان دوامه يدل على الداء
وتنقص بسببه قيمته قال رحمه الله والدين لان ما يتقدم يكون
مشغولة به ويتقدم الغرماء على المولى قال رحمه الله والشعر
والماء في العين لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى
قال رحمه الله فلو حدث عيب آخر عند المشتري واطلع
على عيب عند البايع فله ان يرجع بالنقصان وليس له ان يرده
الا برضى البايع لان بالرد اضرارا بالبايع لانه عن ملكه سالما
من العيب الثاني فلا بد من دفع الضرر عنهما فتعين الرجوع
بالنقصان الا ان يرضى البايع باخذه لانه رضي بالتزام الضرر
فيخير المشتري ان شاء رده وان شاء رضي به وليس له ان
يرجع بالنقصان بعد ما رضي البايع به لزوال الموجب لذلك
وهو امتناعه من اخذه بخلاف ما اذا خاط الثوب قميصا ثم
اطلع على عيب حيث يرجع بالنقصان وليس له ان ياخذ الثوب
لان امتناع الرد هناك لحق الشرع كي لا يلزم الزنا فلا يقدر
على اسقاطه وهنا امتنع لحق البايع فسقط باسقاطه ولا
يقال ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فكيف يرجع عليه

بالنقصان

بالنقصان لانا نقول اذا صارت مقصودا باحد امرين
اما به لا تلاف حقيقة كما اذا قطع البايع يده قبل القبض
فانه يسقط من الثمن بقدره وهو النصف واما بالمنع حكما
اذا امتنع الرد لحقه او لحق الشرع بان نقص او زاد لان الجزء
الفايت صار حقا للمشتري بالعقد ووجب عليه تسليمه
فاذا صار مانعا لذلك الجزء حكما فيرد عليه المبيع ان امكن
دفعا للضرر عنه ولا يرجع عليه بالنقصان لاندفاع الضرر
به وان لم يكن يرجع عليه بحصته من الثمن فصار له حصة من
الثمن لكونه مقصودا بالمنع حكما فاعتبر الحكمي للضرورة عند
تعذر دفع الضرر عنه بغيره وطريق معرفته ان يقوم به
هذا العيب ثم يقوم وهو سالم فاذا عرف التفاوت بين
القيمتين رجع عليه بحصته من الثمن حتى اذا كان عشر القيمة
مثلا يرجع عليه بعشر الثمن وان كان ثلثا فبثلثه وقال
مالك يملك المشتري رد المبيع ويرد معه نقصان العيب
الحادث عنده لان رد البدل عند تعذر المبدل فصار رد المبيع
فيرجع عليه بكل الثمن ولنا ان حق الرد ثبت للمشتري ليتنفع
به عن نفسه على وجه لا يتضرر به البايع وبعد ما تعيب عنده او
رد يتضرر به البايع لانه خرج عن ملكه سليما من العيب الحادث
عنده ويعود اليه معيبا به فلا يلزمه وضن المشتري امكن دفعه

بالرجوع عليه بحصته من الثمن فلا يصار اليه اصلا ثم لو
رضي البايع باخذ المبيع بعيبه فقد التزم الضرر باختياره
وليس له ان يرجع علي المشتري كما لا يرجع المشتري بشيء علي البايع
اذا رضي باخذ المبيع ولا يقال مراعاة حق المشتري اولي عند
تعارض الحقين لان البايع دلس عليه وصار مغرورا من جهته
فترجح مراعاة حقه لذلك لانا نقول معصية منه والمعصية
لا تنافي عصمة مال العاصي الا ترى ان من غصب ثوبا فخاطه او
صبغه لا تسقط عصمة صنعته قال رحمه الله ومن اشتري
ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لان القطع عيب حادث
وقد بينا انه يمنع الرد ويوجب الرجوع بالنقصان عند ابي حنيفة
رحمه الله والفرق ان الخرق افساد للمالية لانه يصير به للنتق
والفساد وهذا لا يقطع السارق بسرقته فاشبه ختام ما لينه
بفعله فصار كما لو فعلا ذا كان عبدا او طعاما فقتله او اكله
قال رحمه الله وان قبله البايع كذلك له ذلك لان الامتناع
لحقه وقد رضي به بخلاف ما اذا كان الامتناع لزيادة فيه حيث لا
يكون له اخذه لان الامتناع لحق الشرع علي ما بينا قال رحمه الله
وان باعه المشتري لم يرجع بشيء لانه صار حابسا له بالبيع اذ
الرد غير ممتنع بالقطع برضي البايع علي ما بينا وكان مفوتا للرد
بخلاف ما اذا خاطه او باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان

لانه

لانه لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من
غير علم بالعيب وبيعه بعد امتناع الرد لا تاثير له قال رحمه الله
فلو قطعه او خاطه او صبغه او لته السويق بالسمن فاطلع
علي عيب رجع بنقصانه كما لو باعه بعد رويته للعيب يعني باعه
في هذه الصور كلها وانما يرجع بالنقصان لتعذر الرد بسبب الزيادة
او الفسخ في الاصل بدون الزيادة لا يمكن لانها لا تنفك عنه
ومع الزيادة ايضا لا يمكن لان العقد لم يرد عليها فكذا الفسخ
اذ هو لا يرد الا علي عين ما ورد عليه العقد والا لما كان فسخا ولو
اخذه لكان ربا ايضا علي ما بيناه فان امتنع الرد بسبب الزيادة
لا تاثير للبيع للامتناع قبلها فلا يصير به حابسا بخلاف القطع
من غير خياطة علي ما ذكرنا وبخلاف ما اذا زاد المبيع زيادة متصلة
كالسمن والجمال حيث لا يمتنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية ويصير
بالبيع بعدها حابسا له لان الزيادة في مثلها تبع محض لكونها وصفا
له فلا يمنع الفسخ فحاصله ان الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة
فالمتصلة ضربان متولدة من الاصل كالجمال وغير متولدة منه كالصبغ
وقد ذكرنا حكمها والمتصلة ايضا علي نوعين متولدة من البيع
كالولد والثمر واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد لانه لا وجه له
الي الفسخ فيها مقصودا لان العقد لم يرد عليها ولا تبعا لانفصالها
ولا الي الفسخ بالعيب في الاصل وحده بدون الزيادة لانه يود

الى الربا لان المشتري اذا رد المبيع واخذ الثمن تبقى الزيادة
في ملكه بلا عوض والنوع الثاني من هذا النوع زيادة غير متولدة
من الاصل كالكسب فانه لايمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخه
سلم للمشتري مجانا لانه ليس بمبيع بحال ما لانه متولد من المنافع
والمنافع ليست بمحل للعين ولهذا لايفسخ الكسب الكاسب في الجارية
والكتابة في التدبير والاستيلاد حتى لاتكون اكسابهم مثلهم
ولايلزم من حصولها للمشتري ان تكون مجانا لانه ليس بجزء المبيع
فلم يملكه بالثمن وانما يملكه بالضمان وبمثله يطيب الربح لما روي
انه عليه الصلوة والسلام قضى ان الخراج بالضمان رواه مسلم
والبخاري وغيرهما وفي رواية ان رجلا ابتاع فاستغله ثم وجد به
عيبا فرده بالعيب فقال البايع غلة عبدي فقال النبي صلى الله
عليه وسلم الغلة بالضمان رواه ابو داود واحمد وابن ماجة فاذا
ثبت هذا فنقول ان كل موضع يكون المبيع فيه قايما على ملك
المشتري ويملكه الرد برضى بايعه فاخراجه عن ملكه يمنع الرجوع
بالنقصان لكونه مفوتا له وكل موضع يكون المبيع قايما فيه
لايملكه الرد وان رضي به البايع فاخراجه عن ملكه لايمنع الرجوع
بسبب نقصان العيب لانه لم يصر مفوتا لاخراج بل كان
ممتنعا قبله ولهذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه ثوبا لوالده
الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا لايرجع بنقصان العيب ٥

لان

لانه صار مملوكا له بالقطع قبل الخياطة في وقت لايمنع الرد
ولو كان الولد كبيرا يرجع بالعيب لانه لم يصر ملكا له الا بقبضه
اذ لا ولاية له عليه فحصلت الخياطة من غير علم بالعيب في ملك
الاب وامتنع الرد به ثم حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم فلا
يمنع الرجوع بالنقصان قال رحمه الله اوماتا العبد او اعتقه
اي الخياطة او نحوها لاتمنع الرجوع بنقصان العيب كما لايمنع
الزيادة على ما تقدم وكما لايمنع موت العبد واعتاقه اما الموت
فان ما لايمنع لان الملك ينتهي به لان الملك في محل الحياة ثبت
باعتبارها فينتهي بانتهايها وامتناع رده على المالك حكمي لايمنع
من المشتري فلا يمنع الرجوع بالنقصان واما الاعتاق فالمراد
منه اعتاق وجد منه قبل العلم بالعيب وان اعتقه بعد العلم به
فلا يرجع بالنقصان لان اقدامه على الاعتاق يدل على رضاه
به والقياس فيه ان لايرجع بالنقصان وان كان قبل العلم لايجوز
وهو قول الشافعي رحمه الله لان امتناع الرد بفعله فصار
كالقتل وجه الاستحسان ان الاعتاق انهاء للملك لان الملك
في الادمي يثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشيء
ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه فيجعل كان الملك فيه
باق وتعذر رده وهذا اثبتت الولاية بالعتق وهو من اثار
الملك فقاموه كبقاء الملك والتدبير والاستيلاد كالاعتاق

يتعذر لرد فيهما بالعوار الحكمي مع بقاء الملك حقيقة ولو اعتقه
على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وهو حبس المبدل وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه يرجع لانه انها الملك وان كان بعوض
ولان العوض والمعوض ملكه فكان العتق بلا عوض والكتابة
مثل العتق على مال لحصول العوض فيهما كالبيع وان عجز المكاتب
ينبغي ان يرده بالعيب لزوال المانع وهذا كما قلنا اذا ابق
العبد المبيع ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان الرجوع
خلف عن الرد فلا يصار الى الخلف ما دام حيا لان رجوعه موهوم
فيمكن رده فاذا رجع رده لزوال المانع ولو اشتري المكاتب اباه
او ابنه ثم اطلع على عيب لا يرده لانه لا يكاتب عليه فلا يتمكن
من اخراجه عن ملكه ولا يرجع بالنقصان لانه خلف عن الرد
ولم يقع اليأس عنه بخلاف التدبير والاستيلاد ولو عجز المكاتب
رده مولاه وتولاه العبد لانه الذي اشتراه فكان حقوق
اليه كما لو اشترى عبدا ثم عجز واطلع المولى على ان بالعبد
عيبا فانه يرده ويتولاه المكاتب لانه هو العاقد قال رحمه الله
فان اعتقه على مال او قتله او كان طعاما فاكله او بعضه
لم يرجع بشيء اما العتق على مال فقد ذكرناه واما القتل فلان
الرد امتنع بفعله وهو مضمون عليه وانما سقط الضمان عنه لاعتبار
انه ملكه فصار منتفعا بهذا الملك من حيث دفع الضمان

عن نفسه فصار كان سلم له الضمان الا ترى انه لو لم يكن ملكا
له لوجب عليه ضمانه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع بالنقصان
لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالموت حتف
انفه فيكون آفة للملك واذا اكل بعض الطعام فكذا الجواب عنده
وليس له ان يرد الباقي لان الطعام كشيء واحد ولا ان يرجع بنقصانه
لانه كشيء واحد فلا يرد بعضه دون بعض كما اذا باع البعض
وعندهما يرجع بنقصان العيب في الكل وليس له ان يرد الباقي
لان الطعام كشيء واحد فيتعيب بالتنقيص واكل الكل لا يمنع
الرجوع فالبعض اولى وعنهما ان يرد الباقي ويرجع بنقصان
ما اكل لان التبعيض لا يضر وان باع بعضه ثم اطلع على عيب
لا يرجع بالنقصان لا في الزوال عن ملكه ولا في الباقي لان امتناع
الرد بفعله وهو مضمون عليه وعندهما يرجع بنقصان الباقي
قال رحمه الله ولو اشترى بيضا او قثاء او جوزا ووجده فاسدا
ينتفع به رجع بنقصان العيب لان اكثر عيب حادث الا اذا
رضي به البائع لانه اسقط حقه وقال الشافعي رحمه الله اذا
كسره مقدار ما لا بد له عنه للعلم بالعيب رده لانا البائع
سلطه عليه فكان كفعله بنفسه قلنا رضي بكسره في ملك
المشتري لا في ملك نفسه فيجب رعاية حقهما بالرجوع بنقصان
العيب على ما بينا من قبل فصار كما لو باع ثوبا فقطعه ثم اطلع

علي عيب ولو علم بصنعته قبل الكسر رده لامكانه قال
رحمه الله والا بكل الثمن اي ان لم ينتفع به رجع بكل الثمن لانه
ليس بمال فكان البيع باطلا قالوا وهذا مستقيم في البيض
لانه لا قيمة لقشره وكذا في الجوز اذا لم يكن لقشره قيمة واما
اذا كان لقشره قيمة بان كان في موضع يوقد فيه قشره كما
في مواضع الدجاجين فقيل يرجع بحصة اللب ويصح البيع في
القشر بحصته لانه مال متقوم فصار محلا للبيع وقيل يرد
القشر ويرجع بكل الثمن لان ما لية الجوز باعتبار اللب دون
القشر فان لم ينتفع بلبه فات محله البيع فكان باطلا
وان كان لقشره قيمة فان تناول منه شيا بعد ما ذاقه فلا
يرجع عليه بشي لانه صار اكلا للبعض وينبغي ان يكون على الخلاف
الذي ذكرنا في الطعام هذا اذا كسره من غير علم به ولو كسره بعد
العلم لا يرده ولا يرجع بالنقصان لان كسره بعد العلم يضمن دليل
الرضا وقالوا هذا اذا وجده فان كان فيه قليل لب يأكله
بعض الفقرا او يصح للعلف وهو من قبيل العيب وحكمه ما ذكرنا
وان وجد البعض فاسدا مثل الواحد والاثنين كل مائة فليس
لهذا ان يخاصم البايع بسببه وان كان اكثر من ذلك اختلفوا فيه
باطل عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز بحصة الصحيح
منه لانه بمنزلة ما لو فصل ثمنه لانه ينقسم على اجزايه كالمكيل

والموزون

والموزون على قيمته وقيل العقد لا يجوز عندهم كل لانه لم
يفصل الثمن والاول اصح لما عرف من قواعدهم قال رحمه الله
ولو باع المبيع فرد عليه بعيب يرده على بايعه ولو رضا لا
اي لو اشتري شيا ثم باعه فرد عليه بعيب له ان يرده على بايعه
ان كان رده عليه بقضاء الا ان الرد بالقضاء فسخ في حق الكل
فيكون كانه لم يبعه وان كان الرد بالتراضي من غير قضاء لان
لا يرده على بايعه وقيل في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزايدة
يرده للمشتري بعد البيع الاول والاصح انه لا يرده عليه في الكل
قال رحمه الله وان قبض المشتري المبيع وادعى عيبا لم يجبر على
دفع الثمن لكن يرهن او يحلف بايعه اي لم يجبر المشتري على دفع
الثمن لاحتمال ان يكون صادقا فيه فلا يجب عليه دفع الثمن لانه
لو اجبر واخذ منه الثمن فربما يثبت العيب فيسترد من البايع فيكون
التسليم لا على العيد وفيه نقض القاضي فلا يصير اليه حتى يبين
حاله ولان المشتري ينكر وجوب دفع الثمن اولا ليتعين حق اليمين
فيه وقوله ولكن يرهن اي يقيم البينة لاثبات العيب وكيفية
اثباته ان يقيم البينة بان العيب الذي يدعيه وجد بالمبيع
عند البايع لا عند المشتري لانه اذا لم يوجد العيب عنده ليس له ان يرده
بالعيب وان كان به عند البايع لاحتمال انه زال فاذا اقام البينة
على وجود العيب يحتاج ان يقيم البينة على ان هذا العيب كان به

عند البايع لاحتمال انه وجد عنده فاذا ثبت انه كان عند
البايع فسخ العقد بينهما لثبوته في الحالين عنده وعند البايع
وصورة التحليف ان يحلف البايع ان هذا العيب لم يكن فبيعك
وذلك بعد اقامة المشتري البينة انه وجد فيه عنده اي عند
المشتري لان البايع لا ينتصب حتى يقيم المشتري البينة على قيام
العيب عنده وقيامه في الحال على ما بينا قال رحمه الله وان
قال شهودي بالشام دفع ان حلف بايعه اما اذا قال المشتري
شهودي بالشام استحلف البايع فان حلف دفع اليه الثمن لان في
الانتظار ضررا بالبايع فان حلف دفع وليس في دفع الثمن اليه
كبير ضرر على المشتري لانه على حجته متى اقام البينة رد عليه المبيع
واخذ منه الثمن وان نكل البايع لزم بخلاف الحدود حيث لا يكون
النكول فيها حجة ولهذا لم يحلف فيهما وكيفية التحليف على ما بيناه
قال رحمه الله وان ادعى اباقا لم يحلف البايع حتى يبرهن
المشتري انه ابق عنده فان برهن حلف بالله ما ابق عندك قط
اي اذا كان ادعى المشتري ان العبد الذي اشتراه ابق فانكر البايع
واراد المشتري تحليفه لا يحلف البايع حتى يقيم المشتري البينة
انه ابق عند نفسه فان اقام حلف لما ذكرنا ان البايع لم ينتصب
خصما حتى يثبت المشتري ان العيب وجد فيه عند المشتري وهذا
قول ابي حنيفة وعندهما يحلف وقد بيناه اتفاقا وقوله ما ابق عندك

قط

قط فيه ترك النظر للمشتري والاحوط ان يحلف بالله ما ابق قط
وبالله ما يستحق عليك المرة من وجوه الذي ذكره او بالله لقد سلمه
وما فيه هذا العيب لانه لا يحتمل انه باعه وقد كان ابق عند غيره
ويه يرد عليه وفيما ذكره ذهول عنه اي المصنف في قوله عندك
قط ولو كانت الدعوى في اباق العبد الكبير يحلف بالله ما ابق
منذ بلغ مبالغ الرجال لان الاباق في الصغير يزول بالبلوغ
فلا يوجب الرد على ما بينا من قبل واما العيوب التي لا يحدث مثلها
كالاصبع الزائدة والناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير
تحليف لتيقنه بوجوده عند البايع اذا البايع رضي المشتري به
واثبته بطريقه فحاصله ان العيوب انواع احدها ان يكون
ظاهرا للحاكم حكمه ما ذكرنا والثاني ما لا يعرفه الا الاطباء ولا يزول
كالاباق ونحوها حكمه ما ذكرنا قال رحمه الله والقول في قدر
المقبوض للقابض لانه هو المنكر حتى اذا رد المشتري بعيب جارية
او عبدا بعد القبض فقال البايع كنت بعتك معه غيره وقال المشتري
بعته وحده فالقول قول المشتري لان القول للقابض امينا كان
او ضمينا كالغاصب والمودع ولان البايع يدعي بعض الثمن في ذمته
وهو حصة الاخر والمشتري ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه وكذا لو
اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال
رحمه الله ولو اشترى عبدين صفقة فقبض احدهما ثم وجد باحدهما

عيبا اخذهما او ردهما يعني ليس لمن ياخذ السليم ورد المعيب
بل ياخذهما او يردهما لان في اخذ احدهما تفريق الصفقة قبل
التمام لان الصفقة تم بقبضهما والتفريق في القبض كالتفريق في
القبول لان القبض له شبه بالعقد لكونه مفيدا ملك التصرف
وهو كذا ملك الرقبة وعن ابي يوسف انه اذا وجد العيب بالمقبوض
له ان يرده وحده لان الصفقة لم تم فيه لتناهيهما في حقه
قلنا تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم كله فلا يتعلق في
التجزي في الامام الا ترى ان حبس المبيع لما تعلق بطلانه بقي
الثمن لا يسقط الا بقبض كله ويبقى ببقاء جزء منه فكذا تمام
الصفقة لما تعلق بقبض المبيع لا يتم ببقاء جزء منه اذ لا يتجزى
التجزي في هذا المعنى قال رحمه الله ولو قبضهما رد المعيب
فقط اي لو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب وحده وقال
زفر ليس له ان يرده وحده لان فيه تفريق الصفقة وبيض له
البايع لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل
القبض وخيار الشرط والرؤية ولنا ان تفريق الصفقة بعد
التمام لان الصفقة تم بالقبض والعيب لا يمنع تمام الصفقة
فيكون الفسخ بعده ابتداء في ملك المشتري من كل وجه فلا يمنع
التفريق فيقتصر على ما وجد فيه علة الرد الا ترى انه لو استحق
احدهما بعد القبض لم يخير في الباقي لتمامه بالقبض وان استحق

ذلك قبله كان له ان لا تفرق عليه الصفقة قبل التمام بخلاف
خيار الشرط والرؤية لان الصفقة لا تتم معهما وان كان بعد القبض بعد
تمام الرضا وتصرف البايع من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري
كذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وذكر في المختلف ان له ان
يفرق قبل القبض ان وجد باحدهما العيب عنده فرقا لو وجد به
عيبا بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبله وهذا اشكال وفيه
تفاوت كبير فانه اذا منع التفريق وقبل القبض وقد تم فيه العقد
كان قبله اولى لان الصفقة لم تتم هذا اذا كان كل واحد منهما ملكا
الانتفاع به على الانفراد وان كان لا ينتفع باحدهما دون الاخر كزوجي
الخف ومصراعي الباب ليس له ان يرد احدهما دون الاخر وان كان
بعد القبض بالاجماع وعلى هذا لو اشترى زوجي خف فوجد باحدهما
عيبا بعد القبض فان الف احدهما الاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يتمكن
من رد المعيب وحده قال رحمه الله ولو وجد ببعض المكيل او الموزون
عيبا رده كله او اخذه كله يعني اذا كانا من نوع واحد لان المكيل
والموزون اذا كانا من جنس واحد كشيء واحد حكما وتقديرا وان كانا
اشياء حقيقة لان المالية والتقوم في المكيلات والموزونات ملحوظ
الاجتماع والانضمام اذ الجبة الواحدة ليست بمتقومة حتى يكون بعضها
فاذا كانت المالية باعتبار الاجتماع صار الكل في حق المبيع كشيء واحد
ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه ولذا جعل رويته بعضه كرويته

كل كالثوب الواحد فاذا كان كالشيء الواحد فليس له
ان يأخذ البعض دون الكل سواء كان قبل القبض او بعده كالثوب
الواحد فاذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدين على ما بينا
وقيل اذا كان في وعائين يكون بمنزلة عبدين حتى يرد الواعاء
الذي وجد فيه العيب وحده عند ابي حنيفة رحمه الله ولو استحق
بعضه لم يخير في رد الباقي ولو ثوب خير يعني لو استحق بعض
المكيل والموزون لم يخير في رد الباقي ولو استحق بعض الثوب
خير في رد ما بقي لأن الشركة في المكيل والموزون لا تعد
عيبا لأن التبعيض لا يضرهما والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة
قال رحمه الله واللبس والركوب والمداواة رضا بالعيب
لأنه دليل استيفائه وامساكه وكذا الاجارة والرهن والكتابة
والعرض على البيع والشكي بخلاف خيار الشرط فان اللبس ونحوه
من دليل اختيار الملك فيه فان الاختبار هناك مشروع
للاختيار والركوب واللبس مرة يحتاج اليه للاختبار فلو جعل
الاختيار للاجارة لفات فائدة خيار الشرط واما خيار العيب
فلم يشرع للاختيار وانما شرع للرد ليصل اليه راس ماله عند
العجز الى آخر الثالث فاذا تصرف فيه تصرفا لا يحل بلا ذلك
جعل ممسكا لوجود دليل الامساك والرضا قال رحمه الله
لان الركوب للسقي او للرد او لشراء العلف اي لا يكون الركوب

لسقيها الماء ليرد ها على البايع او ليشتري لها العلف
رضا بالعيب وهذا استحسان لانه يحتاج وقد لا تساق
ولا تنقاد فلا يكون دليل الرضا قال رحمه الله ولو قطع المشتري
بسبب عند البايع رده واسترد الثمن معناه لو اشترى عبدا
قد سرق ولم يعلم بها فقطع عند المشتري له ان يرده ويأخذ
الثمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له ان يرده
لحدوث العيب عنده وهو القطع غايته ان القطع بسبب كان
عنده لكن القطع غير الوجوب وكان بمنزلة عيب حادث عند
المشتري فتعذر الرد وتعين الرجوع بالنقصان فكذا هذا
لان الموجود في يد البايع لسبب القطع وانه لا ينافي المالية
فتعذر البيع فيه لكنه متعيب وقد حدث فيه عند المشتري
عيب فيرجع بنقصانه وهو ان يبين قيمته سارقا الى غير سارق
بل يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن
وقد روي ابن المنذر عن ابي حنيفة انه لو اشترى جارية حلي
فولدت عند المشتري وماتت من الولادة يرجع بجميع الثمن ولم
يجد فيها خلافا قلت ان يمنع ولئن سلم فالسبب الذي كان
عند البايع يوجب انفصال الولد لا موت الام اذ الغالب في
الولادة السلامة ولو مات بسبب القطع عند المشتري ينصف
الثمن لان اليد من الادمي نصفه فيجب عليه من بدله بحسابه لانها
هي المستحقة بالسرقة والنفس غير مستحقة في يد البايع الا ترى
انها تحرم ولا تقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد توقيا

عن الهلاك فقبض المشتري لا ينقض في التصرف وانه
سري الى النفس بخلاف ما اذا قتل عنده بسبب يوجب القتل
ثبت عند البايع لان النفس صارت مستحقة في يد البايع
فينقض فيه قبض المشتري ويرفع بالثمن قال رحمه الله
ولو برئ من كل عيب صح وان لم يسم الكل ورد بعيب وقال
الشافعي لا يصح الا ان يعد العيوب وفي جواز البيع بهذا
الشرط له قولان وعدم صحة البراءة عندهم من كل عيب بنا
على ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا تصح عندنا لان في الابرا
معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالشروط
وتمليك المجهول كبيعه ونحن نقول هذه الجهالة لا تفضي الى
المنازعة فلا تمنع الصحة وكان ابن ابي ليلى يقول لا تصح
البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت بينه
وبين ابي حنيفة في مجلس ابي جعفر الدوانيقي فقال له ابو حنيفة
لو رأيت لو باع جارية في موضع الماتي منها عيب او غلاما في ذكره
عيب اكان يجب على البايع ان يري المشتري ذلك الموضع
منها او منه ولم يزل يعمل به هكذا حتى احمد وضحك الخليفة
وقال محمد لا يدخل فيه العيب الحادث قبل القبض وهو قول
زفر لان البراءة تتناول الثابت قلنا الغرض فيه لزوم العقد
باسقاط حقه على صفة اسلامه وذلك بالبراءة عن الموجود
وعن الحادث وهذا لانه لا حق له قبل البايع وقت البيع
ليملكه او ليريه بل هذا بيان لايجاد العقد على وجه لا يوجب

استحقاق

استحقاق السلامة والعقد قابل لذلك قال رحمه الله تعالى

باب بيع الفاسد

البيع على اربعة اقسام صحيح وهو المشروع باصله ووصفه
وهو يفيد الحكم بنفسه اذا خلا عن الموانع وباطل وهو غير مشروع
اصلا وفاسد وهو مشروع باصله دون وصفه وهو يفيد
الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لاجل غيره وهو بيع ملك الغير
قال رحمه الله لم يجز بيع الميتة والدم والخمر والخنزير والحر
واما الولد والمدبر والمكاتب فلو هلك عند المشتري لم يضمن لان
العقد في الباطل غير مشروع معتبرا في قبض العقد باذن المالك
وقيل يضمن لانه لا يكون اذنا حالا من المقبوض على سوم الشراء
وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما والاصل فيما ان
بيع ما ليس عند احد كالحر والدم والميتة التي ماتت حتف
انفها والمدبر واما الولد والمكاتب باطل وان كان مالا كالخمر
والخنزير والميتة التي لم تمت حتف انفها مثل الموقوذة فان
هذه الاشياء مال عند اهل الذمة فان بيعت بدين في الذمة
فهو باطل وان بيعت بعين فهو فاسد يجب ما بقابلها حتى
يملك ويقبض لانها غير متقومة لما ان الشرع امر باهانتها
وجعل صاحب الهداية وغيره بيع ام الولد والمدبر والمكاتب
من الباطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه
الصلوة والسلام اعتقها ولدها وسبب الحرية العقد في حق
المدبر المطلق في الحال لبطلان اهلية المولى بعد موته والمكاتب

استحق يد اعلى نفسه وخرج من يد المولى ولو ثبت فيه ملك لبطل
ذلك كله ولو بيع المكاتب برضاه صح في الاظهر فتنفسخ الكتابة
اقتضاه لانها تقبله بخلاف المدبر وام الولد وقال في الايضاح
اذا كان في احد البدلين مدبرا وام مكاتب او ام ولد ملك ما
يقابله بالقبض لان الملك قايم بالمحل وانما لا يصح البيع لحقه
في نفسه فاعتبر ذكره في حق ما يقابله فانعقد العقد وهذا
هو الصواب وروي العلي عن ابي حنيفة انه يضمن قيمة المدبر
دون ام الولد كما في الغصب والفرق له على الظاهر ان جهة
البيع هي المعتبرة هنا فابطلت لعدم محله بخلاف القبض باذن مالكه
فلا يجب الضمان بخلاف الغصب قال رحمه الله والسمك قبل
الصيد اي لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد لما روي انه عليه
الصلوة والسلام نهى عن بيع الغرر رواه مسلم واحمد وابو داود
وغيرهم وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام قال لا
تشتروا السمك في الماء فانه غرر رواه احمد ولانه باع ما لا يملكه
فلا يجوز وهو على وجهين فاما ان يبيعه قبل ان ياخذه او بعده
فان باعه قبل الاخذ لا يجوز لما بينا وان اخذه ثم القاه في
الحظيرة فان كانت الحظيرة كبيرة بحيث لا يمكن اخذه الا بحيلة
لا يجوز لانه باع ما لم يقدر على تسليمه فلو سلمه بعد ذلك ينبغي
ان يكون على الروايتين اللتين في بيع الابق بناء على انه باطل فاسد
وان كانت صغيرة بحيث يمكن اخذه بغير حيلة جاز لانه باع ملكه
وهو مقدور التسليم وثبت للمشتري خيار الرؤية عند التسليم له

ولا

ولا يعتد برويته وهو في الماء لان السمك يتفاوت في الماء خفة
وكذا لو دخل السمك الحظيرة باختياره بان سد عليه فوهة النهر
او سد موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج على هذا التفصيل لانه
لما احتبس باختياره صار اخذا له وملكه بمثل ما لو القاه
فيه وقيل لا يجوز لان هذا القدر ليس باحراز له فصار كطير
دخل في البيت فاغلق عليه الباب قال رحمه الله والطير في
الهواء لانه غير مملوك له قبل الاخذ وبعده مقدور التسليم
وهذا اذا كان يطير منه في الهواء ثم يعود اليه جاز بيعه لانه
يمكن اخذه من غير حيلة قال رحمه الله والحمل والنتاج
والحمل ما كان في البطن والنتاج ما كان يحمله هذا الحمل لنهي النبي
صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة رواه مسلم وابو داود واحمد
وفي رواية نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حبل الحبلة وحبل
الحبلة ان تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي تنتج رواه ابو
داود ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون
الانعام حتى تضع وعن بيع ما في بطون الابل وعن بيع ما في ضرعها
الا بكيل وعن شرا العبد وهو ابق وعن شرا المغانم حتى تقسم
وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغايص رواه
احمد وابن ماجه والترمذي ولان فيه غررا وقد نهي عليه الصلوة
والسلام عن بيع هذه الاشيا والغرر هو ما يكون مجهول العاقبة

لايدري ايكون امرا والحبلة هو الحمل وهو مصدر سمي به الجنين
كما سمي بالحمل وهو مصدر وانما دخلت عليه التاء للاشعارية
بالانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما يحمله الجنين ان كان انثى
وكانوا في الجاهلية يتبايعون ذلك فنهى عنه النبي صلى الله
عليه قال رحمه الله واللبن في الضرع لما روينا ولما روي انه
عليه الصلوة والسلام نهى ان تباع ثمرة حتى تطعم وصوف على
ظهر غنم اولبن في ضرع او سمن في لبن رواه الدارقطني ولانه
يدرك ساعة فساعة ولانهم يختلفون في كيفية الحلب فيؤدي
الى النزاع ولا يحتمل ان يكون نفاجا من الريح وليس فيه
لبن قال رحمه الله واللؤلؤ في الصدف لان فيه عزة
وقد نهي عنه عليه الصلوة والسلام الا ترى انه مجهول فيه
ولا يعلم وجوده ولا قدره ولانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو
كسر الصدف وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه لان الصدف لا
ينتفع به الا بالكسر قلنا يعد ضررا قلت هو مجهول بخلاف ما
اذا باع ترابا الذهب والحبوب في غلافها حيث يجوز لكونها
معلومة قال رحمه الله والجذع في السقف وذراع من ثوب
لانه لا يمكن التسليم الا بضرر فيه يلزم مد سواذكر موضع القطع
ام لا وضرب القابض وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة
او بفوض القابض في الماء لما روينا فيه مفصلا ومجملا وهو

ساج بالجيم خشب

المنهي عن الغرر لانه مجهول القدر والصفة قال رحمه الله
والمزابنة وهو بيع الثمر على راس النخل بثمر مجدود مثل كيله
خرصا لحديث ابن انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع المحاقلة
والمحاقلة والمنابذة والملامسة والمزابنة رواه البخاري
والمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة
مثل كيلها خرصا والمحاضرة بيع الثمار قبل ان تنتهي ولانه
باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا
موضوعين على الارض وكذا بيع العنب بالعنب خرصا لا يجوز
وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة اوسق لما روي
انه عليه الصلوة والسلام نهى عن المزابنة بيع الثمر بالتمر الا
اصحاب العرايا فانه قد اذن لهم رواه البخاري والترمذي
وزاد فيه وحسن بيع العنب بالزبيب وقوله عليه الصلوة والسلام
الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير
بالشعير والملح بالملح والتمر بالتمر مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد
او استزاد فقد اربا الاخذ والمعطي فيه سواء رواه البخاري
واحمد وامثاله من النصوص لا تحصى كلها مشهورة ونقلتها
الامة بالقبول فلا يجوز تركها قال رحمه الله والملامسة
والقاء الحجر وهذه من البيوع التي كانت في الجاهلية وهو ان
يتساوم الرجلان السلعة فاذا لمسها المشتري او نبذها

اليد البايع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول
بيع الملامسة والثاني بيع المزابنة والثالث القاء الحجر وقد
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنها بما رويناه وعن ابي سعيد
انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الملامسة والمنابذة
في البيع والملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل او بالنهار
ولا يقلبه والمنابذة ان ينبذ الرجل بثوبه وينبذ الآخر
بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض رواه البخاري
ومسلم واحمد ولان فيه تعليقا للتمليك بالخطر فيكون قمارا
فصار في المعنى كانه قال للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر
فقد بعتكه وفي المغرب بيع الملامسة واللماس هو ان يقول
بعتك هذا المتاع بكذا فاذا المسته لمستك فقد وجب البيع
او يقول المشتري كذلك والمنابذة ان يقول اذا نبذته
اليك أو يقول المشتري اذا نبذته الي فقد وجب البيع
والقاء الحجر ان يقول المشتري او البايع اذا القيت الحجر
وجب البيع وفي سنن ابي داود الملامسة ان يمس ثوبه
ولا ينشره ولا يقلبه قال رحمه الله وثوب من ثوبين او
والمراعي في اجارتها اي لا يجوز بيع المراعي واجارتها للمراد
بها الكلا دون رقبة الارض لان بيع الارض جايز واجارتها
اذا كان مالكها وانما لا يجوز بيع الكلا واجارته لانه ليس

بمملوك له اذ لا يملكه بنيابة ما لم يحرزه لقوله عليه الصلوة
والسلام المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلا والنار
رواه احمد وابن ماجه وابو داود من حديث ابن عباس وزاد
فيه وثمنه حرام وهو محمول على ما اذا لم تحرزه لقوله عليه الصلوة
والسلام لا يمنع الماء والكلا والنار ومعناه ان لهم الانتفاع
بشرب الماء وسقي الدواب والاستسقاء من الآبار والحياض
والآنهار المملوكة وليس له ان يمنع الناس من الدخول في
ارضه واذا طلب أحدا ما يلزمه احد أمرين اما يخليه يدخل
ياخذ الماء ويخرج له هو وكذا لهم الاحتشاش من الارض
المملوكة فان منعهم من الدخول في ارضه فهو على ما ذكرنا في
الماء في الحكم فاذا كان مباحا لا يجوز بيعه واجارته وان كان
في ارضه لعدم الملك فيه لانه استهلاك العين والاجارة لا
تجوز في استهلاك العين المملوكة فغير المملوكة اولى والاجارة
في الطين والصبغ لكونها الة للعمل تبعا وضمنها هذا اذا نبت
الحشيش بنفسه وان انبته صاحب الارض بان سقاها ماء
وهيأها للانبات ملكه وجاز بيعه وقيل لا يملكه حتى لا يجوز
بيعه قبل الاحراز قال رحمه الله والنخل وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد والشافعي يجوز بيعه اذا كان محرزا
لانه حيوان ينتفع به ويباع دونا لقز وبيضه وهذا عند

محمد وعند ابي حنيفة لا يجوز بيعهما وابو يوسف معه في الدود
ومع محمد في بيضه والابق الا ان يبيعه ممن زعم انه عنده اي
الابق اذا باعه ممن يدعي انه عنده جاز وقد ذكرناه قال
رحمه الله ولبن امراة يعني لا يجوز بيعه من حرة او من امة
ويضمن بالاتلاف لانه مشروب طاهر فصار كسائر المائعات
قال رحمه الله وشعر الخنزير وينتفع به للخراز اي لا يجوز
بيع شعر الخنزير ويجوز الانتفاع به للخراز لانه نجس العين
فلا يجوز بيعه اهانة له كالخمر وهذا لان جواز بيعه يشعر
باعزاز في غير الادمي ونجاسته تشعر بهوان المحل وانما جاز
الانتفاع به للأساكفة لان خرز النعال والخفاف لا يتأتى
الا به فكان فيه ضرورة وعن ابي يوسف انه ينكره لان الخرز
يتأتى بغيره والاول هو الظاهر لان الضرورة تبيح لهم فشعر
اولي وقال الفقيه ابو الليث ان كانت الأساكفة لا يحدون
شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء لان ذلك
حالة الضرورة واما البيع فيكره لانه لا حاجة اليه للبائع
ولا باس للاساكفة ان يصلون مع شعر الخنزير وان كان
اكثر من قدر الدرهم ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي
يوسف قال رحمه الله وشعر الانسان يعني لا يجوز بيع شعر
الانسان والانتفاع به لان الادمي مكرم فلا يجوز ان يكون

لهم

لهم جزؤه مهانا وقال عليه الصلوة والسلام لعن الله
الواصلة والمستوصلة وانما لعنا للانتفاع به لما فيه من
اهانة المكرم وعند محمد رحمه الله انه أجاز الانتفاع بشعر
الانتفاع بشعر الادمي استدلالا بما روي أنه عليه الصلوة
والسلام حين حلق رأسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا
يتبركون به ولو كانوا نجسا لما فعل فانه لا يتبرك بالنجس
الا ترى ان أبا طيبة رضي الله عنه حين شرب دم النبي صلى
الله عليه وسلم على قصد التبرك به نهاه ان يعود الى مثله في
المستقبل قلنا حرمة الانتفاع به لكرامته لا لنجاسته حتى
لو وقع في الماء القليل لا يفسده فبطل الاستدلال ورخص
فيما يتخذ من الوبر فيزاد على قرون النساء وذوائبهن قال
رحمه الله وجلد الميتة قبل الدبغ وبعده يباع وينتفع
به كعظم الميتة وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها يعني
بعد الدباغ يجوز بيعه كما يجوز عظم الميتة ووبرها الى آخره
قال رحمه الله وعلو سفل اي لا يجوز بيع علو بعدهما اسقط
لأن له حق التعلي لا غير وهو ليس بمال ومحل لا بيع المال وهو
ما يمكن احرازه وقبضه والهواء لا يمكن احرازه وانما يصح بيعه
قبل الانهدام باعتبار البناء القديم بخلاف الساحة حيث يصح
بيعه تبعا باتفاق الروايات وان سقط العلو بعد البيع

قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع قبل القبض ولا يجوز بيع
المسيل وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته والمسئلة تحتمله
وجهين احدهما بيع رقبة الطريق والمسيل والثاني حق
المرور وحق تسييل الماء فان كان المراد به الأول فالفرق
بينهما ان رقبة الطريق معلوم الطول والعرض فيجوز
بيعه واما رقبة المسيل فمجهول لانه مقدار ما يشغله الماء من
الارض مختلف يختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بين
حدوده مجاز قال رحمه الله وامة تبين انه عبد وكذا عكسه
اي لو اشترى او باع شخصا على انه امة فتبين انه عبد
او على انه عبد فتبين انه امة لم يجز البيع وهذا استحسان
والقياس انه يجوز وهو قول زفر رحمه الله ولانه اختلاف
الوصف اذا المذكورة والأنوثة وصف في الحيوان وهو يوجب
الخيار لا الفساد كما في البهايم فانه اذا اشترى كبشا
فاذا هو نعجة او بالعكس لا يفسد البيع وانما يثبت له
الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه قال رحمه الله وشراء ما
باع لا قل قبل النقد ومعناه انه لو باع شيئا فقبضه
المشتري ولم يقبض البائع الثمن فاشتراه باقل من الثمن
الاول لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز وهو القياس لان
الملك فيه قديم بالقبض فيجوز بيعه باي قدر كان من الثمن

كما اذا باع من غير البايع او منه بثمن مثل الثمن الاول او
باكثر او بعرض او باقل بعد النقد ولنا ما روي عن ابي
اسحاق السبيعي عن امراته انها دخلت على عايشة رضي الله عنها
فدخلت معها ام ولد زيد بن ارقم فقالت يا ام المومنين اني
بعت غلاما من زيد بن ارقم بثمانماية درهم نسيئة واني
ابتعته منه بستماية نقد فقالت لها عايشة بيس ما شريت
وبيس ما اشتريت ان جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
قد بطل الا ان يتوب رواه الدارقطني فهذا الوعيد دليل
على ان العقد فاسد وهو لا يدرك بالرأي فدل على انها قالته
سماعا ولا يدل على انها قالت اني بعته الي العطا فلعلها انكرت
عليها لذلك لانا نقول كانت عايشة رضي الله عنها ترى البيع
الى العطا ولان الثمن لم يدخل في ضمان البايع قبل قبضه
فاذا عاد اليه عين ماله بالصفة التي خرج من ملكه
وصار بعض الثمن قصاصا ببعض بقوله عليه فصل لا عوض
وكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص بخلاف ما اذا
اشترى بمثل الثمن الاول او اكثر لان الربح فيه حصل للمشتري
بعد ما دخل المبيع في ضمانه ولو اشتراه من لا تجوز له شهادته
كولده او والده وعبده ومكاتبه فهو بمنزلة شرا البايع نفسه
وقال ابو يوسف ومحمد يجوز في غير العبد والمكاتب لان الملك

متباينة بخلاف المملوك لان كسبه لسيده وله في كسب مكاتبه
حق الملك وكان تصرفه كتصرفه وله ان شراء هو لا كشراء
البايع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم وهو نظير الوكيل في
البيع اذا عقد مع هؤلاء فانه لايجوز ولذا لو باعه المشتري
او وهبه من رجل او اوصى به لرجل ثم اشتراه البايع الأول
من ذلك الرجل يجوز لان اختلاف الملك كاختلاف العين
أصله حديث بريرة قال عليه الصلاة والسلام هي لها صدقة
ولنا هدية وشرطنا ان يكون المبيع على حاله لم ينقص لانه اذا
تعيب المبيع في يد المشتري فباعه من البايع باقل من الثمن
الأول جاز لان الفائت ربح مالم يضمن وانما لم يظهر الربح اذا
صار اليه المبيع كما خرج عن ملكه فاذا لم يعد اليه كما خرج
عن ملكه فاذا لم يعد اليه كما خرج عن ملكه جعل النقصان
بمقابلة الحادث عند المشتري وكان مشتريا ما باع بمثل
الثمن الاول بعينه وشرطنا ان يكون النقصان من حيث
الذوات لانه لو تقصت قيمته بتغير في السعر لم يجز شراؤه
باقل مما باع لان تغير السعر غير معتبر في حق الاحكام كما في حق
الغاصب وغيره فعاد اليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر
الربح قال رحمه الله ولو امر ذميا بشرب خمر او بيعها صح وهذا
عند ابي حنيفة وقالا لايجوز وعلى هذا الخلاف التوكيل بيع

الخنزير

الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم الحلال ببيع صيده لهما ان
التوكيل يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل في هذا
التصرف فكذا وكيله لمسلم وكل مجوسيا بان يزوج مجوسية
حيث لايجوز بالاتفاق ولانه بين الوكيل والموكل تحرز بحكم
الميتالة حتى يجعل الوكيل بمنزلة البايع والموكل بمنزلة المشتري
الا تري انه يحبس المبيع بالثمن ويرد الموكل عليه بالعيب ويجري
التحالف عندنا لتجاحد ولابي حنيفة رحمه الله ان الوكيل اصل
لنفس التصرف والموكل بحكم التصرف الا تري انه يملك الخمر
والخنزير الارث بان كان الذمي فاسلم قبل ان يسيب الخنزير
ويحل ورثته المسلمون وكذا اذا تخمر عصيره وبقي على ملكه
بخلاف توكيل المسلم المجوسي انه يزوج المجوسية لانه سفير
كالمزوج فيقع الملك فيه للمسلم ابتداء وحقوقه راجعة اليه
ثم يتصرف بثمن الخمر الذي حرم بيعها حرم شراؤها واكل ثمنها
في التوكيل بشراء الخمر تملكها حكما فيتحللها لانه منع عن الانتفاع
بعينها فله ان يتصرف فيها على وجه يتوصل به الى الانتفاع
بها قال رحمه الله وامره على ان يعتق المشتري او يكاتب
او يدبر او يستولد اي يجوز بيع امة على ان يفعل بها المشتري
شيا من هذه الاشيا لهذا عليه الصلوة والسلام عن وشرط
والاصل فيه ان كل شرط يقتضيه العقد وهو غير ملايم له

ولم يرد الشرع بجوازه ولم يجر التعامل فيه وفيه منفعة
لاهل الاستحقاق مفسد لما روينا فان شرط فيه ما يقتضيه
العقد كشرط الملك للمشتري او شرط فيه الملايم للعقد كالرهن
والكفالة جاز لانهما للوثيقة والتاكيد لجانب الاستيفاء
والمطالبة لان استيفاء الثمن يقتضي النقد وموكد ملايم
لهما ان كان معلوما بان كان الرهن والكفالة معينين او
شرط فيه ما ورد الشرع بجوازه كالخيار للاجل او شرط فيه
ما جرى التعامل فيه بين الناس كشراء النعل على ان يحذوها
البايع او شرط فيه ما لا منفعة فيه لاهل الاستحقاق وهم
البايع والمشتري لا يفسد البيع لورود الشرع به او التعامل
او لكونه ملايما وما عدا ذلك من الشروط مفسد لما فيه من
زيادة عرت عن العوض فيفضي الى الربا ولانه يقع بسبب
المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده لان المقصود من شرع
الاسباب في المعاملات قطع النزاع وقال الشافعي رحمه الله
يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
لان بيع العبد نسيئة متعارف في الوصايا وتفسيره ما مر
قلنا ولنا انه لا يقتضيه العقد اذ هو يقتضي الاطلاق
فاشتراط ما فيه منفعة مفسد له كاشتراط التدبير والاستيلاد
والكتابة فيه وتفسير بيع النسمة اي بيع من يعرف انه

لعتقه

يعتقه كما اذا باعه ممن يطلب رقبة للاعتاق عن كفارة
او نذر ولو باع جارية بشرط ان يطأها المشتري او شرط
ان لا يطأها فسد البيع عند ابي حنيفة لان العقد لا يقتضيها
لان مقتضيه اطلاق الانتفاع لا تحريمه ولا الالزام وقال
ابو يوسف صح الاول لان العقد يقتضيه ويفسد في الثاني
لانه لا يقتضيه وعند محمد صح فيهما لان الثاني لم يقتضه العقد
فلا يرجع نفعه الى احد وكان هذا شرطا لا مطالب له فلا يؤدي
الى النزاع فلا يفسد قال رحمه الله والاحمل اي لا يجوز
بيع الامة الا حملها لان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه
منه والحمل لا يجوز افراده بالبيع فكذا استثناؤه لانه بمنزلة
الاطراف فصار شرطا فاسدا وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع
وكذا استثنا الحمل في العقود على ثلاث مراتب في وجه يفسد
العقد والاستثنا كالبيع والكتابة والاجارة والرهن لان
هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة غير ان المفسد في
الكتابة ما يتمكن في صلب العقد من الشروط اي ما يقوم به
العقد حتى لو كان بشرط ان لا يخرج من البلد لا يفسد وله ان
يخرج لان الكتابة لا تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق
المولى وتشبه المال من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا
بالشبهين في الحال وفي وجه العقد صح والاستثنا باطل

٢٧

كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد
فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء ويكون الحمل تابعا للام في
هذه العقود حيث صارت هي وفي وجه يجوز العقد والاستثناء
وهو الوصية حتى لو اوصى بجارية لانسان الا حملها صح وكذا
لو اوصى بحملها لآخر لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري
فيه فكذا الوصية بخلاف الحرمة وفي العتق يتبعها الحمل ولو
اعتق الحمل وحده صح قال رحمه الله او يستخدم البايع شهرا
او دارا على ان يسكن او يقرض المشتري دراهم او يهدي له او
الى كذا او ثوبا على ان يقطعه البايع ويخيطه قميصا لان
هذه الشروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة لاحدهما
فيفسد ولانه ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل الشروط فهو
اجارة مشروطة في بيعه وان لم يكن بمقابلته شيء فهو اعارة
مشروطة فيه ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقة في
صفقة قال رحمه الله وصح ان يبيع نخلا على ان يجدها
او يشركه وقال زفر لا يجوز وهو القياس لان فيه شرطا لا يقتضيه
العقد وجه الاستحسان ان الناس يعاملون وبمثله يترك
القياس ولهذا اجزنا الاستصباغ واستيجار الصباغ والحمام
وان كانت اجارة على استهلاك الاعيان قال رحمه الله
لا المبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود

ان لم يدرك المتعاقدان ذلك يعني لا يجوز البيع الى هذه
الاجال لانها مجهولة فتفضي الى المنازعة وقالوا اذا باع
الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم
بالايام وهي معلومة قال رحمه الله والى قدوم الحاج و
والحصاد والدياس والقطاف لا يجوز البيع الى هذه الاجال
لانها تتقدم وتتاخر فتكون مجهولة وهذا لان الاشياء من
افعال العباد فتثبت بحسب ما يبدو لهم والاجال شرعت
بالاوقات قال الله تعالى يسالونك عن الاهلة قل هي مواقيت
للناس والحج وكذا الى الجداد لما ذكرنا وهو جز الصوف وكذا
الى الجذاذ بالذال المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص
في النخل والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع وقرأ قوله
تعالى واتوا حقه يوم حصاده والقطاف قطف العنب من
الكرم والدياس ان يعطي الطعام الدواب قال رحمه الله
ولو كفل الى هذه الاوقات صح لان هذه جهالة يسيرة وهي
محتملة في الكفالة لكونها تبرعا فيجري التسامح فيها وان
سقط الاجل قبل حلوله صح اي لو باع الى هذه الاجال ثم اسقط
المشتري الاجال قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس
وقدوم الحاج جاز البيع وقال زفر والشافعي لا يجوز لان العقد
انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحا باسقاط المفسد كما اذا باع

سقط الدرهم الزايد عن بيع الدرهم بالدرهمين وكما اذا
تزوج امراة إلى عشرة ايام ثم اسقط الاجل اذ المفسد شرط
خارج عن صلب العقد وهو يسير ولهذا اختلفت الصحابة
فيه فينقلب صحيحا عند ازالته أو نقول انعقد موقوفا ه
فبالاسقاط تبين انه كان جايزا على ما قاله مشايخنا هو الصحيح
لأن فساده باعتبار انه يفضي إلى المنازعة وقد لم يجيء
لا منازعة فلا يفسد والاول اصح قول مشايخ العراق وعلى
هذا الخلاف كل عقد ينقلب صحيحا بازالة المفسد بعده وفا
عندهم وموقوفا عند مشايخنا بخلاف الدرهم الزايد لأن
الفساد فيه في صلب العقد لانه في احد العوضين وبخلاف
الأجل في النكاح لانه عقد غير لنكاح وهو المتعة وقوله
ولو اسقط الأجل قبل حلوله اي اسقاط من له الحق فيه وهو
المشتري لان الاجل حقه فيتفرد باسقاطه ولا يشترط فيه
التراضي قال رحمه الله ومن جمع بين حر وعبد او بين شاة
ذكية وميتة بطل البيع فيهما وان جمع بين عبد ومدبر او عبد
وعبد غيره او بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك اما
الأول فالمذكور على اطلاقه قول ابي حنيفة رحمه الله وعند هما
بين ثمن كل واحد منهما جايز في العبد والزكية والا فلا لانه
اذا بين ثمنهما صار صفقتين فتقدر الفساد بقدر المفسد

بخلاف ما اذا لم يبين لكل واحد منهما ثمنا لانه بقي بعا
ابتداء وهو لا يجوز ولهذا الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها
بالصحة والفساد فيبطل ولهذا لان الحر والميتة لا يدخلان
في العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول العقد في الحر
والميتة شرطا لجواز العقد في العبد والزكية فيبطل واما
الثاني فهو على قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يصح لان محل
العقد المجموع ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية في المدبر وام
الولد وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لصحة العقد في ه
الملك فيفسد كالفعل الاول قال رحمه الله ولو باع
قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لا يصح لما ذكرنا وقال في
المحيط قيل يصح في الملك وهو الاصح لان البيع ينعقد على ه
الفعل الموقف لانه مال متقوم الا ترى أنه يضمن بالاتلاف
وهذا مشكل فان المسجد كالحر على ما بينا فكيف يجوز البيع فيما
ضم اليه ولا سبيل لهذا الا اذا جعل استثنا للمساجد فيكون
كانه باعه غير مواضع المساجد والله اعلم فصل قبض المشتري
المبيع في البيع الفاسد وكل عوض ملك المبيع بقيمته
معناه اذا قبضه ملكه ولزمه قيمته اذا كان القبض بامر البايع
وفي العقد عوضان وكل واحد منهما ما ذكرا القبض لانه
قبله لا يفيد الملك وذكر البيع الفاسد احتراز عن الباطل
فانه لا يفيد الملك وشرط ان يكون القبض بامر البايع والمراد
به اذنه لانه بغير اذنه لا يفيد الملك ولا بد له من اذن

صريح بعد الافتراق وقبله في المجلس يكتفي بالدلالة لان البيع
تسليط منه على القبض اذ مراده انه يتملكه المشتري ولا يكون
ذلك الا بالقبض فكان ذلك تسليطا منه عليه كما في الهبة
بخلاف البيع الصحيح فان الايجاب فيه لا يكون تسليطا منه على
القبض فلا حاجة الى اثباته هذا اذا لم يقبض البائع الثمن او
قبضه وهو مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير وان كان مما يملك
به وقبضه كان اذنا منه بالقبض دلالة فلا حاجة فيه الى
التصريح وقوله ملك المبيع بقيمته يعني قيمته يوم القبض
لانه دخل في ضمانه وعند محمد تعتبر قيمته يوم التلف لانه به
يتقرر عليه اذا كان المبيع من ذوات القيم وان كان من ذوات
الامثال ملك بمثله اذ هو الاعدل لكونه مثلا صورة ومعنى
فلا يعدل عنه مع امكانه كما في الغصب وهذا على قول مشايخ
بلخ وقال مشايخ العراق لا يملك العين وانما يملك فيها التصرف
خاصة بحكم تسليط البايع عليه استدلالا بما قال محمد رحمه
وقال ايضا من اشترى دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها
للشفيع ولو ملكها المشتري لاخذها الشفيع وكذا لو اشترى
له جارية لا يحل له وطئها ولو وطئها يجب عليه العقر اذا
وقع الفساد ورد ها الى البايع وكذا لو اشترى جارية ورد ها
على البايع يجب عليه الاستبراء ولو لم تخرج عنه لما وجب وانما
يحل له التصرفات من الوطئ والاكل ولم تجب الشفعة فيها لان
الاشتغال بالوطئ ونحوه اعراض عن الرد وهو واجب شرعا

قال

قال رحمه الله ولكل منهما فسخه يعني على كل واحد منهما
فسخه لان رفع الفساد واجب عليهما واللام تكون بمعنى على
قال الله تعالى وان اسأتم فلها اي عليها ويتمكن كل واحد من
من الفسخ قبل القبض بعلم صاحبه لان البيع الفاسد لا يفيد
الملك قبل القبض فكان من البيع الذي فيه الخيار فكان كل
واحد منهما سبيل بفسخه من غير رضا الآخر لكنه يتوقف على علمه
لان فيه الزام الفسخ له فلا يلزم بدون علمه واما بعد القبض
فان كان الفساد في صلب العقد بان كان راجعا الى احد
البدلين كالبيع بالخمر والخنزير فكذلك ينفرد احدهما بالفسخ
لقوة الفساد وان كان الفساد لشرط زايد ان كان الى اجل
مجهول او غيره مما فيه منفعة لاحد المتعاقدين يكون لمن له
منفعة الشرط الفسخ دون الآخر عند محمد رحمه الله لان
منفعة الشرط اذا كانت عايدة اليه كان قادرا على تصحيح
بحذف الشرط فكان في حقه بمنزلة الصحيح بقدرته عليه فلو
فسخ الآخر لبطل حقه عليه وعندهما لكل منهما فسخه لانه
مستحق النقض حقا للشرع فاستحق الزوم عند النفوذ ومن
له النفع قادر على تصحيحه بالعرف والكلام على ما قبل القبض
فيفسخه بعلم صاحبه في الكل وعند ابي يوسف لا يشترط علمه
قال رحمه الله الا ان يبيع المشتري او يهبه او يحرر عليه

اي اذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منهما ان
ينسخ لان المشتري ملك المبيع بالقبض فتنفذ فيه تصرفاته
كلها وينقطع به حق البايع في الاسترداد سواء كان تصرفا يقبل
الفسخ او لا يقبله كالاجارة والنكاح فانهما لا يقطعان حق
النكاح البايع في الاسترداد لان الاجارة عقد ضعيف
ينفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر فينفسخ والنكاح لا يمنع
فسخ البيع فينفسخ ويرد على البايع والنكاح على حاله وما
عداهما من التصرفات يقطع الاسترداد لانه تعلق به حق العبد
والفسخ لحق الشرع وما اجتمع حق الله وحق العبد الا وقد غلب
حق العبد لحاجته وغنا الله تعالى بخلاف حق الشفيع حيث
ينقض فيه تصرف المشتري لانه حق العبد فكان اولى بالنقض
ولانه بالعتق قد هلك فيجب قيمته والبيع الثاني مشروع
باصله ووصفه والاول مشروع باصله دون وصفه فكان
الثاني اولى بالاعتبار وكذا الهبة مشروعة باصلها ووصفها
فكانت اولى ولان تصرف المشتري حصل بتسلط البايع فلا
ينقض بخلاف الشفيع حيث ينقض تصرف المشتري عجز المشتري او
فك الرهن يعود حق الاسترداد سواء كان بقضاء او بغير قضاء
لانه يعود اليه ملكه في الوجهين قال رحمه الله وله ان يمنع
المبيع عن البايع حتى يأخذ الثمن منه يعني اذا تفاسخا بعد

قبض

قبض العوضين كان للمشتري ان يحبس المبيع حتى يرد البايع
الثمن الذي قبضه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به
كالرهن واقرب منه المبيع وان مات البايع فالمشتري احق به
حتى يستوفي الثمن لانه يقدم حال حياته فكذا يقدم على تركته
بعد وفاته وعلى هذا ارباب الديون والورثة وعلى هذا لو
استاجر اجارة فاسدة وقبض الاجرة او ارتهن الثمن رهنا فاسدا
او اقرض قرضا فاسدا واخذ به رهنا له ان يحبس ما استأجر
وما ارتهن حتى يقبض ما نفذ اعتبارا بالعقد الجايز اذ
تفاسخا لانهما معاوضة فتوجب التسوية بين البدلين فان
مات الموجر والراهن او المستقرض فهو احق بما في يده من المقبوض
من سائر الغرماء قال رحمه الله وطاب للبايع ما ربح للمشتري
اي لو اشتري شيا يتعين بالتعيين مما لا يتعين كالدراهم والدنانير
وربح كل واحد منهما طاب للبايع ما ربح في الثمن ولم يطب للمشتري
ما ربح في المبيع وعلى هذا لا يطيب له ما ربح في الثمن عندهما كما في
المغصوب قال رحمه الله ولو ادعى على آخر دراهم فقضاها
اياه ثم تصادقا انه لا شيء عليه طاب له ما ربح اي ربحه في
الدراهم وكره البخش والسوم على سوم غيره والبخش بمعجمتين
ويروى بالشكوت ان يستام السلعة بازيد من ثمنها وهو
لا يريد شراءها بل ليراه غيره فيقع فيه وانما كرهها لما روي

عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه الصلاة والسلام نهى ان
يبيع حاضر لباد وان يتناجشوا رواه احمد ومسلم والبخاري
وقال عليه الصلاة والسلام لايخطب الرجل على خطبة اخيه ه
ولايسوم على سوم غيره وفي لفظ لايبع الرجل على بيع اخيه ولا
يخطب على خطبة اخيه رواه احمد ومسلم والبخاري والمراد بالبيع
الشراء وروي احمد عن عمر رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام
قال لايبع احدكم ولايخطب على خطبة اخيه الا ان ياذن له
وروي النسائي انه عليه الصلاة والسلام قال لايبع احدكم
على بيع اخيه حتى يبتاع او يذر ولان في ذلك ايحاشا واضرارا
به فيكره وانما يكره النجش فيما اذا كان الراغب في السلعة
يطلبها بمثل ثمنها واما اذا طلبها بدون ثمنها فلا باس بان
يزيد الى ان يبلغ قيمتها وكذا السوم انما يكره فيما اذا جنح
قلب البائع الى البيع بالثمن الذي سماه المشتري واما اذا لم
يجنح قلبه ولم يرض به فلا باس لغيره ان يشتريه بازيد لان
هذا بيع من يزيد وقد قال انس انه عليه الصلاة والسلام
باع قدحا وحلسا من يزيد رواه احمد والترمذي ولانه بيع
العقار والحاجة ماسة وكذا النهي عن الخطبة محمول على مابعد
الاتفاق والتراضي قال رحمه الله وتلقي الجلب اي كره
تلقي المجلوب وصورته ان واحدا من اهل المصر يتعلق

الميرة فيشتري منهم ثم يبيعه بما شاء من الثمن وانما كره لقول
ابن مسعود انه عليه الصلاة والسلام نهى ان تتلقى الجلب
الحديث رواه احمد ومسلم وغيرهما من ائمة الحديث هذا اذا
كان يضر باهل البلد بان كان في قحط وان كان لايضرهم
فلا باس به الا ان يسأل السعر على الوارد ين قال رحمه الله
وبيع الحاضر للبادي لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
انه عليه الصلاة والسلام قال لاتلقوا الركبان ولا
يبيع حاضر لباد فقيل لابن عباس ما يعني قوله لايبيع حاضر لباد
قال لايكون له سمسارا رواه البخاري ومسلم واحمد وغيرهم
وعن جابر انه عليه الصلاة والسلام قال لايبيع حاضر لبادي
دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض رواه مسلم والبخاري
وابو داود وغيرهم وقال انس رضي الله عنه نهينا ان يبيع
حاضر لباد وان كان اخاه لابيه وامه رواه البخاري ومسلم
واحمد وقال ابن عباس رضي الله عنهما نهي النبي صلى الله عليه وسلم
ان يبيع حاضر لبادي رواه البخاري ومسلم والنسائي وتفسير ما
ذكرنا عن ابن عباس رضي الله عنهما وفي الهداية هذا اذا كان
اهل البلد في قحط وعوز البدو وهو بيع من اهل البلد وطمعا
في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم واما اذا لم يكن كذلك
فلا باس به لانعدام الضرر وفي شرح المختار هو ان يجلب البادي

السلعة فياخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت باغلا
من السعر الموجود وقت الجلب قال رحمه الله والبيع عند
اذان الجمعه لقوله تعالى وذروا البيع ولان فيه اخلالا بالواجب
على بعض الوجوه وهو السعي بان قعدا للبيع او وقفا له
وذكر في النهاية انهما اذا تبايعا وهما يمشيان فلا باس به
وعزاه الى اصول الفقه لابي اليسر وهذا مشكل فان الله
تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فمن اطلقه في بعض الوجوه يكون
تخصيصا وهو فسخ فلا يجوز بالراي مثلا لان المعتبر في
تحريم البيع هو الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار وقد
بيناه في كتاب الصلوة قال رحمه الله لا يبيع بين ذي
ولا يفرق بين صغير وكبير وذي رحم منه سواء كان الاخر صغيرا
مثله او كبيرا لقوله عليه الصلوة والسلام من فرق بين والدة
وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة رواه
احمد والترمذي وعن علي رضي الله عنه انه قال امرني
النبي صلى الله عليه وسلم ان ابيع غلامين اخوين فبعتهما وفرقت
بينهما فذكرت ذلك له فقال ادركهما فارجعهما ولا تبيعهما
الا جميعا رواه احمد وفي رواية وهب الى النبي صلى الله عليه
وسلم غلامين اخوين فبعت احدهما فقال لي ما فعل غلامك
فاخبرته فقال لي رده رواه الترمذي وابن ماجه وعن

ابي موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين
الوالدة وولدها وبين الاخ واخيه رواه ابن ماجه والدارقطني
وعن علي رضي الله عنه انه فرق بين جارية وولدها فرده النبي
صلى الله عليه وسلم ورد البيع رواه ابو داود والدارقطني
ولان الصغير يتانس بالصغير والكبير بالكبير ويشفق
عليه ويقوم بحوايجه باعتبار الشفقة الناشية من قرب
القرابة وفي التفرقة بينهما ايحاش الصغير وترك المرحمة
وقال عليه الصلوة والسلام من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا
فليس منا ولابد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان احدهما له
والاخر لابنه الصغير له ان يبيع احدهما لان الملك متفرق فلا
يتناوله النهي عن التفريق ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة
للنكاح حتى لا يدخل فيه قريب غير محرم ولا محرم غير قريب ولو كان
التفريق بحق مستحق عليه لا يكره كدفع احدهما بالحضانة فوجبه
بالدين ورده بالعيب لان المنع عن التفريق لدفع الضرورة
عن الصغير فلا يمكن من دفع الضرر عنه على وجه يلحق الضرر
بغيره وهو المولى وهذا يتضرر بالزامه القيمة للزمانه والزامه
المعيب من غير اختياره وكذا لا باس بالتفريق اذا تعذر اخراج
احدهما بالتدبير والاستيلاد وكذا لا باس بالتفريق اذا تعذر
اخراج احدهما والكتابة لما ذكرنا وله ان يعتق احدهما وان كان

فيه تفريق لانه انفع له من بقايه على الحر ولانه ليس بتفريق
معنى لان الحر يقدر ان يدور معه حيث دار وكذا له ان يبيع
احدهما من حلف بنفقة اشتراه او ملكه لما ذكرنا في الاعتاق
ولو كان الولد مسلما وامه كافرة بان اسلم ابوه وتبعه وهو لا
كافر يومن بيع الولد وحمن لانه خير له من ابقايه في ذل الكافر
وفي النهاية كلمة اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او
ماذونا له في التجارة واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق
لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع
ولو كان للصغير قريبان مستويان في القرب فان اختلفت
جهة قرابتهما له لا يفرق ولا يباع واحد منهما دونهما وذلك مثل
الاب والام او اخت لاب واخت لام وابوين بان ادعاه رجلان
معا او عمة وخالة لان لكل واحد منهما شفقة ليس للاخر وله
بكل واحد منهما استيناس فلات الاستيناس وان اتحدت جهة
قرابتهما كالاخوين والخالتين او العمتين لاب وام او لاب
او لام يكتفى باحدهما معه لان حق الصغير مراعى به فيبيعه او
يتركه مع الواحد منهما لانه يتانس به ويقوم بحوايجه وان كان
احدهما اقرب من الاخر كما لو كان مع الام والجدة عمة او خالة
او احد الاخوة والاخوات لا يعتد بالابعد لان شفقته مع الاقرب
لا يعتد بها ونفذ البيع في الكل لان النهي لغيره وهو ما فيه

الايحاش للصغير او لاضرار باهل البلد او بالوارثين اذا
اذا لبس لسعر عليهم ونحو ذلك على ما بيناه فلا يوجب الفساد
وعن ابي يوسف انه يفسد في الجميع لقوله عليه الصلاة والسلام
رد البيع في الاولاد وامر بالرد في غيره وهو لا يكون الا في الفاسد
ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فينفذ والرد
لمعنى مجاور له من غير اتصال به فلا يوجب الفساد كالبيع عند
الاذان وكالوشرى ما سامه غيره والمروي محمول على الاقالة
او بيع الاحر من باع منه احدهما قال رحمه الله بخلاف الكبيرين
او الزوجين حيث يجوز تفريقهما لان النص ورد على خلاف القياس
في القرابة المحرمة للنكاح اذا كان صغيرا فلا يلحق به غيره لا
الكبيرين او الزوجين وان كانا صغيرين ليسا في معنى المنصوص
عليه وذكر سلمة بن الاكوع انهم اصابوا من قراة سبايا وفيهم
امراة معها بنتها وكان ابو بكر عليهم اميرا فلما قدموا المدينة
قال له النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المراة فذكر انها
اعجبته ولم يكشف ثوبا ثم قال هي لك يا رسول الله فبعث بها
عليه الصلوة والسلام الى اهل مكة وفي ايديهم اسارا من المسلمين
فقداهم بتلك المراة والحديث فيه طول رواه احمد وسلم وفوت
عليه السلام بين مارية وسرين وكانتا امتين اختين ولو
كان مع امراة مسبية اختا ادعت انه ابنها لا يثبت نسبه

منهما لانهما تحمل النسب على الغير ولا يفرق بينهما وبينه لان قول
الواحد مقبول في الديانات لاسيما في موضع الاحتياط وقد
وجد فيه امارة الصدق والله اعلم **باب الاقالة**
قيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب اي ازال القول
الاول وهو ما جرى بينهما من البيع كاشكى اذا زال شكواه ولا يصح
هذا لانهم قالوا قلته البيع بالكسر ولو كان من القول لقالوا
قلته بالضم وقد قالوا قاله البيع قيلا وهذا ادل من الاول
وهي مشروعة ومندوب اليها لقوله عليه الصلاة والسلام
من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة قال
رحمه الله هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث وهذا
عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله الا ان لا يمكن جعلها فسخا
بان ولدت المبيعة بعد القبض وهكذا المبيع في غير المقابضة
فتبطل الاقالة ويبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ لما ذكرنا في
باب الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ على ما ذكرنا بعدها لاك
المبيع وهذا اذا تقايلا بعد القبض واما اذا كان قبل القبض
فهي فسخ في غير العقار في حق الكل لتعذر جعلها بيعا وقال
ابو يوسف هي بيع الا ان لا يمكن جعلها بيعا كما اذا كانت قبل القبض
في المنقول او كانت بعد هلاك احد العوضين في المقابضة
فتجعل فسخا الا ان لا يمكن جعلها بيعا ولا فسخا بان كانت

قبل

قبل القبض في المنقول او كانت بعد هلاكه باكثر من الثمن
الاول او باقل منه او بجنس اخر وبعد هلاك السلعة في غير
المقابضة فتبطل ويبقى البيع الاول على حاله لان بيع المنقول
قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سميا
خلافه وقال محمد هي فسخ الا اذا تعذر جعلها فسخا بان
تقايلا باكثر من الثمن الاول او بخلاف جنسه او ولدت
المبيعة بعد القبض فتجعل بيعا جديدا في حق الاخر قال
رحمه الله ويصح بمثل الثمن الاول وشر الاكثر والاقل
بلا تعيب وجنس اخر لغو ولزمه عين ما يرد عليه العقد
كان اشتراط خلاف الثمن الاول باطلا وشرط بعدم
اشتراط الاقل عدم التعيب عند المشتري واما اذا تعيب
عنده فيجوز بالاقل فيجعل الحط بازاء ما فات بالعيب
وهذا يشترط ان يكون النقصان بقدر حصة ما فات
بالعيب ولا يجوز ان ينقص اكثر منه ولا يجوز الا بلفظ الاقالة
بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي والاخر عن المستقبل كالنكاح
وعند محمد يشترط ان يعبر بهما عن الماضي ولو كانت الاقالة
بلفظ المفاسخة او الرد المتاركة لا تكون فسخا ثم فائدة
كون الاقالة فسخا في حق المتعاقدين تظهر في خمس مسائل
الاولى منها ان يجب على البائع رد الثمن الاول وما سميا خلافه

بخلافه يكون باطلا والثانية ان الاقالة لا تبطل بالشروط
الفاسدة ولو كانت بيعا في حقهما لفسدت والثانية اذا ه
تقايلا ولم يسترد المبايع المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز ولو
كانت بيعا لفسد لكونه باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشتر
لم يجز لانه بيع جديد في حق غيرهما والثالثة اذا وهب المبيع من
المشتري بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت بيعا
لانفسخ لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبايع قبل القبض والرابعة
لو كان المبيع مكيلا او موزونا وقد باعه منه بالكيل او الوزن
ثم تقايلا واسترد المبيع من غير ان يفيد الكيل او الوزن جاز
قبضه وقوله بيع في حق غيرهما تظهر فايدة ذلك في خمس مسايل
احدها لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا
يقض له بالشفعة لانها بيع جديد في حقه كانه اشتراه
منه والثانية اذا باع المشتري المبيع من اخر ثم تقايلا ثم اطلع
على عيب كان في يد البايع فاراد ان يرده على البايع ليس له ذلك
لانه بيع في حقه فكانه اشتراه من المشتري والثالثة اذا اشتر
شيا فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من اخر ثم تقايلا وعا
الى المشتري فاشتراه منه قبل نقد الثمن باقل من الثمن الاو
جاز ولان في حق البايع كالمملوك بشراء جديد من المشتر الثاني
والرابعة اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له في حق

الواهب

الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه والخامسة اذا اشتر
بعض التجار عبدا للخدمة بعد ما حال عليها الحول فوجد به
عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده فا
لا تسقط عنه الزكاة لانه بيع جديد في حق الثالث وهو الفقر
لان الرد بالعيب بغير قضاء اقالة وقوله بيع في حق ثالث
يجري على اطلاقه وقوله فسخ في حق المتعاقدين غير مجرى على
اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد
وهو ما ثبت بنفس العقد من غير شرط واما اذا لم يكن من
موجبات العقد فانما يجب بشرط زايد فالاقالة فيه تعتبر
بيعا جديدا في حق المتعاقدين ايضا كما اذا اشترى بالدين
المؤجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا يعود الدين حالا
كانه باعه منه وكما اذا تقايلا ثم ادعى رجل ان المبيع ملكه
وشهد المشتري بذلك لم تقبل شهادته كما لو باعه ثم شهد
انه لغيره ولو كان فسخا لقبلت قال رحمه الله وهلاك
المبيع يمنع اي يمنع صحة الاقالة لان شرط الاقالة قيام
العقد لانها ترفع العقد والعقد يقوم به وهو محل فلا يبقى
بعد هلاكه بخلاف هلاك الثمن حيث لا يمنع من صحتها لان
الثمن ليس بمحل للعقد فلا يشترط قيامه وهذا لانه يثبت
له حكم الوجود في الذمة في العقد 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
قال رحمه الله وهلاك بعضه بقدره اي هلاك بعض المبيع
يمنع صحة الاقالة لان الجزء معتبر بالكل فيتقدر بقدره
ولو تقابضا عبدا بجارية فهلك احدهما صحت الاقالة في الباقي
منهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قائما بخلاف ما لو
هلكا جميعا حيث لا يجوز لعدم محله بخلاف ما لو هلك البدلان
في الصرف حيث تجوز الاقالة بعد هلاكهما لان المعقود
عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة صاحبه
وذلك لا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة
الاقالة والله سبحانه وتعالى اعلم باب التولية
وهو ان يجعل غيره واليا فكان المشتري يجعل المشتري منه
واليا بما اشتراه ثم انواع البياعات بحسب الثمن الذي
يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهي التي لا
يلتفت فيها الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة
وهي البيع بانقص من الثمن الاول قال رحمه الله والتولية
بيع بثمن سابق والمرابحة به وبزيادة وهذا احسن من قول
بعضهم مما نقل ما يملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة
ربح لانه لا يشترط فيه ان ينقل ما يملكه بالعقد الاول حتى

لو

لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز
له ان يبيعه مرابحة وتولية على ضمن وان لم يكن فيه نقل ما
ملكه بالعقد والعدوان جائز ان شرعا لاجتماع اشراط البيع
ولتعامل الناس بهما الى يومنا هذا ولان من لا يهتدي الى
التجارة يحتاج ان يعتمد الى فعل الزكي المهتدي فيهما ويطيب
نفسه بالزيادة على ما اشتراه ولهذا كان مبناهما على الامانة
والاحتراز عن الخيانة ومست الحاجة الى هذا النوع من البياعات
فوجب القول بجوازهما ولما اراد عليه الصلاة والسلام الهجرة
ابتاع ابو بكر بعيرين فقال عليه الصلاة والسلام ولي احدهما
فقال ابو بكر هو لك من غير شيء فقال أما بغير ثمن فلا
قال رحمه الله وشرطها كون الثمن الاول مثليا لانه اذا
لم يكن مثليا لم يعرف قدره فلا تتحقق التولية ولا المرابحة
فلا يجوز الا اذا باعه بذلك الثمن اي البدل من يملكه او
وهبه بزيادة ربح معلوم فيجوز لانتفاء الجهالة ولو باعه
به او بعشر قيمته او ثمنه لا يجوز لانه باعه بذلك وبعض قيمة
ذلك البدل وهو مجهول فلا يجوز ولو كان البدل مثليا
فباعه به وبعشره ان كان المشتري يعلم جملة الثمن صح وان لم
يكن عالما به فان علم في المجلس جاز وله الخيار والا فسد
ومن شرطها ان لا يكون صرفا حتى لو باع دنانير بمثلها

لا تجوز فيهما المرابحة ولا التولية لانهما في الذمة فلا تتصور
فيهما المرابحة ولا التولية والمغصوب غيرهما وجب بالعقد
قال رحمه الله وله ان يجري الى راس المال اجر القصار والصبغ
والطراز والقتل وحمل الطعام وسوق الغنم لان العرف جرى
بالحاق هذه الاشياء براس المال وهو المعتبر ولهذا لا يعد
ذلك خيانة اذا تبين لك الاصل في ذلك ان كل ما يزاد في
المبيع او في قيمته يلحق به فهذا الاصل وما ذكرنا بهذه الصفة
لان الصبغ والقتل والقصارة تختلف باختلاف الاماكن
وعلى هذا اذا ان يضيف اليه اجرة العمل والخياطة ونفقة
الدار وطي البئر وكري الانهار والقناة والشاة والكراب وكنس
الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار فان فعل شيئا من ذلك
بيده لا يضمنه وذكر في المحيط انه يضم طعام المبيع وكسوته
واجرته وكراه واجرة السمسار ان كانت مشروطة في العقد
والا فاكثرهم على انها لا تضم ولا يضم اجرة الدلال بالاجماع
وكذا ما هو سبيل لبقائه الى وقت كالطعام وفي المخزن يضم
لانه تزاد قيمته حيث انه يدفع عنه ضرر الحر والبرد قال
رحمه الله ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا احترازا
عن الكذب ولا يضم اجرة الراعي والتعليم وكرا بيت الحفظ للمتاع
العرف بالحاقه براس المال ولان الرعي حفظ وهو لا يزيد في العين

ولا

ولا يضم اجرة الحفظ والعلف والسوق

ولا ينقص ولا في القيمة وثبوت الزيادة في الحفظ والتعليم
لمعنى في نفسه وهو زكاة ورهن ولا يضم حفر البئر وبضم اجرة
من يذبح الحيوان وسلخه واتخاذ الخشب ابوابا وثقب اللؤلؤ
ولو زوج العبد لا يضم المهر الى راس المال ولا يحط مهر الزوجة
ولا يضم اجرة الطبيب والبيطار والحجامة وحمل الابق
ونفقة نفسه وكراه واجرة الختان والنداف في الخياطة
لان التجار يضمون هذه الاشياء الى راس المال ولانهما
لا تزيد شيئا في العين ولا في القيمة فلا يجوز الحاقهما براس المال
والذي يوخذ في الطريق من الظلم لا يضم الا في موضع جرت
العادة فيه بينهم قال رحمه الله وان خان في مرابحة اخذ
بكل ثمنه او رده وحط في التولية وهذا عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف يحطهما وقال محمد يخير فيهما باختيارهما بثمن معلوم
فينعقد بالمسمى فيه كما لو باع مساومة وذكر المرابحة والتولية
للترويج والترغيب فجري مجرى الوصف فاذا فات الوصف
المرغوب فيه تخير كما في سائر الاوصاف وكما اذا وجد معيبا
ولابي يوسف ان الاصل فيه هو المرابحة والتولية ولهذا تفوز
بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول
اذا كان الثمن والربح معلومين وذكر الثمن جار مجرى التقدير
فلا بد من بقاء العقد الثاني على الاول في حق الثمن وقدر خيانته

في العقد الأول لم يكن ثابتا فلا يمكن اثباته في العقد الثاني
فيحط ضرورة غير انه في التولية يحط قدر الخيانة من الثمن
لا غير وفي المرابحة يحط ذلك القدر من رأس المال ويحط من
الربح ايضا بحسابه لأن الربح ينقسم عليهما فما اصاب الخيانة
سقط معه وما اصاب غيره سقط معه ولابي حنيفة في الفرق
بينهما ان التولية بناء على العقد الاول من كل وجه فلا بد من
تقديره بالثمن الاول ولا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا في العقد
الأول والتولية عقد مبتدا باشرايهما باختيارهما وليس مبني
على الاول فينعقد بالثمن المسمى فيه ولهذا لا يحتاج في التولية
الى ذكر الثمن وفي المرابحة لا بد من ذكر الثمن ليتبين قدر الربح
فينعقد بما سميا ولأنه لو لم يحط في التولية لم يبق تولية لأنه
لا يزيد على الثمن الاول فيصير مرابحة فيتغير به الثمن التصرف
ولو لم يحط في المرابحة يبقى مرابحة على حاله الا ان الربح اكثرهما
ظنه المشتري فلم يتغير التصرف فيه فأمكن اعتبار التسمية
فيه وثبت له الخيار لفوات الرضا ولو هلك المبيع قبل ان يرده
او حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع الثمن وسقط خياره عند
ابي حنيفة رحمه الله وهو المشهور في قول محمد لانه مجرد خيار فلا
يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف العيب لأن
المستحق فيه للمشتري الجزء الفائت وعند العجز عن سلمه يسقط

ما يقابله من الثمن قال رحمه الله ومن اشترى ثوبا فباعه
بربح ثم اشتراه فان باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله وان
احاط ثمنه لم يربح يعني اذا باع بربح ثانيا بعد ما اشتراه
ثانيا طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان باعه مرابحة
وان استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الاخير مثاله اذا اشترى
ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة بثلاثين ثم اشتراه بعشرين فانه
يبيعه مرابحة على عشرة ويقول قام علي بعشرة ولو اشتراه
بعشرين وباعه باربعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين لا يبيعه
مرابحة عنده اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرين في ه
الفصلين لان الاخير عقد متجدد فيقطع الاحكام عن الاول فيجوز
بناء المرابحة عليه كما اذا تحلل ثالث بان باعه المشتري
من اجنبي ثم باعه الاجنبي من البايع ثم اشتراه الاول منه
فانه يبيعه مرابحة على الثمن الاخير الا ترى ان شهود الطلاق
قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتاكيدهم ما كان
على شرف السقوط بخلاف ما اذا تحلل ثالث لأن التاكيد
حصل بغيره ويصير في الفصل الثاني كانه اشترى ثوبا
وعشرين بعشرين درهما فصار العشرون درهما بالعشرين
ولم يبق في مقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مرابحة ولو اشترى

ماذون مديون ثوبا بعشرة وباعه من سيده بخمسة ثم لم
يبعه مرابحة على عشرة وكذا المكاتب اي وكذا الوكيل اي لمولى ثوبا
بعشرين ثم باعه من عبده الماذون له في التجارة المستغرق
في الدين بخمسة عشر يبيعه العبد مرابحة على عشرة لان العقد
الذي جرى بينهما وان كان صحيحا افاده ملك العين
او التصرف به شبهة العدم لان العبد ملكه وما في يده لا
يخلو عن حقه فاعتبر عدما في حق المرابحة لابتنائها على
الامانة فبقي الاعتبار للشراء الاول فصار كان العبد
اشتراه المولى بعشرة في الفصل الاول وكاتبه يبيعه للمولى
في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول لا غير لان الزائد عليه
دائر بين المولى والعبد فلم يتم خروجه عن ملك ما كان له
وهذا لان المرابحة بيع امانة لقبول قول من غير بينة ولا يمين
فينتفي عنها كل تهمة وشبهة خيانة والمسامحة بينهما ظاهرة
لكل احد فيكون ما زاد على الثمن الاول باقيا على ملكه فلا يعتبر
خارجا هذا اذا لم يبين وان بين انه اشتراه من عبده او من
سيده جاز لزوال التهمة واشتراط الدين على العبد كانه
وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين ان يبيعه مرابحة
فمع عدم الدين اولى لوجود ملك المولى فيه بالاجماع وذكر في
المبسوط هذه المسئلة ولم يقيده بدين العبد والمكاتب في هذا

كالماذون له لوجود التهمة بينهما قال رحمه الله ولو كان
مضاربا بيع مرابحة رب المال باثني عشر ونصف اي لو كان
من عمل هذا مضاربا بان كان معه عشرة دراهم بضاربه
بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة
عشر فانه يبيعه باثني عشر ونصف لان نصف الربح وهو
درهمان ونصف مسلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط عن
الثمن فبقي اثنا عشر درهما ونصف فيبيعه مرابحة عليها وقال
زفر لا يجوز هذا البيع من رب المال لانه بيع ماله بماله قلنا
يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف وان
كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته ولا يلزم
من جواز البيع افادة ملك الرقبة الا ترى ان المكاتب يجوز تصرفاته
ولا يفيد ملك الرقبة وانما يفيد ملك اليد فعلم بذلك ان
البيع يفيد الفائدة لان الملك عين وقد وجدت الفائدة
هنا اما في حق المضارب فظاهر واما في حق رب المال فلانه
يملك التصرف فيما اشتراه منه بالشراء ولا يملك قبله وان كان
ملكه قال رحمه الله ويراجح بلا بيان بالتعيب ووطئ الثيب
اي اذا تعيب المبيع من غير صنعه او وطئ الثيب يبيعه مرابحة
من غير ان يبين لانه لم يحتبس عنده شيء بمقابلة الثمن ولهذا
لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن غير ان

المشتري بتخيير بين اخذ جميع الثمن او تركه وكذا ضاع
الضبع لايقابلها شيء من الثمن اذ لم يقصدها فالامانة
بالصدق وهو صادق اذا نفي جميع ما يقابله الثمن قال رحمه
الله وبيان ذا التعيب ووطيء البكر اي يبيعه مراجحة بشرط
ان يبين العيب اذا كان حادثا بالتعيب منه سواء كان ذلك
بفعله او بفعل غيره واخذ ارشه لانه من العين صار مقصودا
بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن ووطيء البكر تعيب لان العذرة
جزء من العين فازالتها تعيب فيقابلها جزء من الثمن وان تعيب
بفعل العيب في نفسه كما اذا فقأ عين نفسه فهو بمنزلة ما لو
تعيب بافة سماوية فجاز ان يبيعه مراجحة من غير بيان لان
فعله في نفسه هدر فلا يعتبر ثم اعلم ان المراد بقولهم
يبيعه مراجحة من غير بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم
اصابه العيب عنده بعد ذلك واما بيان نفس العيب فلا بد منه
بان يبين العيب والثمن من غير ان يبين انه اشتراه سليما ثم حدث
به العيب لان بيانا ما فيه من العيب واجب شرعا لقوله عليه
الصلاة والسلام من غشنا ليس منا فلا يجوز اخفاؤه ثم في كل
موضع ليس له ان يبيعه مراجحة الا ببيان فلم يبين فللمشتري
ان يرده عليه اذا علم خيانته وعلى هذا لو اشترى ثوبا
فاصابه قرض فارا وحرق نار يبيعه من غير بيان ولو تكسر

بشرة وطيه لا يبيعه مراجحة حتى يبين لما بينا من المعنى قال
رحمه الله ولو اشترى بالف نسيئة وباعه برخ مائة ولم
يبين خير المشتري لانه زاد على الثمن لاجل الاجل فكانه اشبها
بالمبيع والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار
كانه اشترى شيئين وباع احدهما مراجحة على ثمنهما فثبت له
الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة او نقول ان الثمن المؤجل
انقص من الحالة من الحال ولهذا حرم الشرع الينا في الاموال
الربوية فيكون ما اخذه من المشتري ازيد في الحكم فثبت له الخيار
عند علمه بذلك وكذا في التولية اذا علم ان الثمن كان مؤجلا
يثبت له الخيار لان الخيانة في التولية مثلها في المراجحة لانهما
مبنيان على الثمن الاول قال رحمه الله فان اتلف فعلم
لزم بالف ومائة اي ان اتلف المشتري المبيع في هذه الصورة
ثم علم ان الثمن كان مؤجلا لزمه بالف ومائة لان الاجل ليس بمال
متقوم فلا يقابله شيء من الثمن وانما فيه ترفه فيزاد الثمن لاجله
فيثبت له الخيار فيما اذا كان المبيع قايما نظرا لهذا الجانب
لان اقدامه على المراجحة يقتضي السلامة عن مثل هذه الخيانة
قال رحمه الله وكذا التولية مثل المراجحة فيما ذكرنا من الخيار
ما دام المبيع قايما وبعد الهلاك والاستهلاك لا خيار له بل يلزمه
جميع الثمن لما ذكرنا وعند ابي يوسف رحمه الله يرد قيمة الهالك

وبيتر دكل الثمن كما قال فيما اذا استوفى عشرة زيوفا مكان
عشرة جياد وعلم بعد الافتراق يرد الزيوف ويرجع بالجياد
وقال الفقيه ابو جعفر المختار للفتوى ان يقوم المبيع بثمن حال
وبثمن مؤجل فيرجع عليه بفضل ما بينهما للمتعارف وهذا اذا كان
الاجل مشروطا في العقد وان لم يكن مشروطا فيه بل معتادا متعارفا
بينهم انه يوخذ في كل جمعة قدر معلوم قيل لابد من بيانه لانه
المعتاد كالمشروط والجمهور على انه يبيعه مرابحة بلا بيان لان
الثمن حال وان شا نجمه البايع واستوفى منه الثمن نجما وقد قالوا
في المغبون غبنا فاحشا له ان يرده على بايعه بحكم الغبن وقال
ابو علي النسفي فيه روايتان عن اصحابنا ويفتي برواية الرد
رفقا بالناس وكان صدر الاسلام ابو اليسر يفتي بان البايع اذا
قال للمشتري قيمة متاعي كذا او قال متاعي يساوي كذا
فاشتراه بناء على ذلك قطعا فظهر بخلافه له الرد بحكم انه غبره
وان لم يقل ذلك فليس له الرد وقال بعضهم لا يرد به كيف ما
كان والصحيح ان يفتي بالرد ان غبره والا فلا قال رحمه الله
ومن ولي رجلا شيا مما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه
فسد بجهالة الثمن جهالة تفضي الى المنازعة قال رحمه الله
وان علم في المجلس خير لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد
الا ان في مجلس العقد غير مستقر لان ساعات المجلس كساعة

كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فصار المتاخر
الى اخر المجلس عفوا كما تاخيرا لقبول الى اخر المجلس يرتبط الايجاب
وان تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل في اوله فيصح
على تقدير الابتداء واما بعد الافتراق فاصلا حا لابتداء تقرر
الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح ونظيره
بيع الشيء برقمه فان البيع فيه فاسد فان اعلمه البايع في
المجلس صح والا فلا قال رحمه الله فصل صح بيع العقار
قبل قبضه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله
لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اشتريت شيا فلا تبعه
حتى تقبضه رواه احمد لانه لا يقدر على تسليمه قبل القبض
فلا يجوز بيعه كالمنقول ولهذا لا تجوز اجارته قبل قبضه ولهما
انه لا يتوهم انفصال العقد فيه بالهلاك وهو مقدور التسليم
فصار كالمهر وبدل الخلع والعتق وبدل الصلح عن دم العمد
وهذا لان هلاك العقار نادر ولا يمكن تعيينه ليصير هالكا
حكما حتى لو تصور هلاكه قبل القبض قالوا لا يجوز بيعه وذلك
بان كان على شط البحر ونحوه وما رواه معلول بتعذر الانفساخ
العقد بالهلاك قبل القبض وهذا لا يتصور فيه الا نادرا
والنادر لا حكم له فصار كاحتمال غرر الانفساخ بالاستحقاق
قبل القبض فيه وفي المنقول والدليل على انه معلول بان

التصرف في الثمن قبل القبض جايز لانه لاغرر فيه قال
رحمه الله لا بيع المنقول اي لايجوز بيع المنقول قبل القبض
لما روينا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتعت طعاما
فلا تبعه حتى تستوفيه رواه مسلم واحمد ولان فيه غررا ه
انفساخ العقد على اعتبار الهلاك والغرر حرام لما روينا
لو باع غير المنقول قبل القبض ان كان المشتري الاول نقد
الثمن فالبيع الثاني موقوف وهو الصحيح كبيع المرهون ولو كاتب
العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته فكان للبايع حبسه
بالثمن لان الكتابة محتملة للفسخ فلم ينفذ في حق البايع نظرا له
وان نقد الثمن نفذت الكتابة كزوال المانع ولو ذهب المبيع
قبل القبض او تصدق به او اقرضه او رهنه من غير البايع لم يجز
عند ابي يوسف لانه عقد تمليك بمنزلة البيع والاجارة ويجوز
عند محمد وهو الاصح لان هذه التصرفات لاتجوز الا بعد القبض
وغير البايع يصلح نايبا عن المشتري في القبض فيجوز فيصير
قبضا للامور قبضا له ولاحكم للنيابة ثم يصير قابضا لنفسه
بالتمليك بخلاف البيع لانه يفسد الملك قبل القبض وتملك المبيع
قبل قبضه فاسد وما لايجوز بيعه قبل القبض لايجوز اجارته
لانها بيع المنفعة فلا يجوز ويجوز تزويج الامة المبيعة قبل القبض
لانه يمكن العذر فيه قال رحمه الله ولو اشترى مكيلا كيلا

حرم

حرم بيعه حتى يكيله ومثله الموزون والمعدود اي ولو
اشتري المكيل بشرط الكيل او الموزون بشرط الوزن او المعدود
بشرط العد لايجوز له ان يتصرف فيه قبل الكيل او الوزن او
العد لقول جابر انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الطعام
حتى يجري فيه الصاعان صاع البايع وصاع المشتري رواه
ابن ماجه والدارقطني وعن ابي عثمان انه قال كنت ابتاع التمر
من بطن من اليهود بقال لهم نوفيسقاع وابيعه بربح فبلغ ذلك
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابا عثمان اذا ابتعت فاكتل
واذا بعت فاكتل رواه احمد ولان الكيل والوزن والعد من تمام
القبض فاصل القبض شرط لجواز التصرف فيه على ما بينا فكذا
تمامه ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط في المقدرات والتصرف
في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة
لان الزيادة له اذا وجده اكثر من كيل البايع بان كان له قبل
البيع وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة ولم يسم لكل ذراع
ثمنا لانه بذلك التحق بالعدد في جواز ازدياد الثمن على ما بينا فصار
البيع في هذه الحالة هو الثوب المقدر وذلك يظهر بالذرع و هذا
لان المقدر معقود عليه في المقدرات حتى يجب عليه رد الزيادة
فيما لايضره التبعيض ويلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره
التبعيض وينقص من ثمنه عند انتقاصه هذا اذا كان الموزو

وانما في قبل القبض

في غير الدراهم والدنانير واما الدراهم والدنانير فيجوز التصرف
فيهما بعد القبض قبل الوزن لان الوزن فيهما اخذ معنى بتعيين
المستحق بالعقد وفي غيرهما لم ياخذ كذا في الايضاح وفي المحيط لو
كان المكيل والموزون ثمنا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لان
الوزن والكيل من تمام القبض قال رحمه الله اما المذروع اي
لا يجوز التصرف في المذروع قبل القبض قبل الذرع وان اشتراه
بشرط الذرع لان الذرع وصف له وليس بقدر فيكون كله
للمشتري بلا زيادة ولا نقصان ان وجده زايدا او ناقصا هذا
اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف حتى يذرع
وقد بيناه من قبل فافهم قال رحمه الله وصح التصرف
في الثمن قبل قبضه لان المطلق للتصرف الملك وقد ثبت له فيه
الملك والنهي ورد في المبيع لاحتمال غرر الانفساخ ولا يتصور ذلك
في الثمن لانه في الذمة ولا يتعين بالتعيين ولان ما وجب في الذمة
والقبض لا يرد حقيقة وانما يقبض مثله عينا فيكون مضمونا
عليه فيلتقيان قصاصا وهذا تصرف فيه ولا يتصور خلاف
ذلك ولا فرق في ذلك بين ان يكون المقبوض من جنسه او من خلاف
جنسه اذ الكل معاوضة وقد روي ابن عمر انه قال كنا نبيع الابل
فنأخذ موضع الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فكان
يجوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف السلم حيث لا يجوز ان

يأخذ خلاف جنسه لانه وان كان دينا جعله الشرع كالمبيع المعين
في حق التصرف وكذا ابدل الصرف لما عرف في موضعه والمراد بالتصرف
في الثمن تمليكه ممن عليه الدين بعوض او بغير عوض حتى لا يجوز له
ان يملكه من غير من عليه الدين قال رحمه الله والزيادة فيه
والحط منه والزيادة في المبيع ويتعلق الاستحقاق بكله اي يجوز
للمشتري ان يزيد في الثمن ويجوز للبايع ان يحط من الثمن وان
يزيد في المبيع ويلحق بأصل العقد ويتعلق الاستحقاق بجميع
ذلك حتى لا يكون للمشتري ان يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة
ولا للبايع ان يحبسه حتى يستوفي الزيادة ويملك المشتري
المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم ما بقي من الحط وقال زفر
والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء أصله
لانه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا اذ به يصير ملكه لانه ملك المبيع
وكذا الحط لان جميع الثمن صار مقابلا بجميع المبيع فلا يمكن اخراج
فصار ابراء مستقلا مبتدا الا تري ان الزيادة في المهر لا تلحق بأصل
العقد بل يبتدا فكذا البعض اعتبارا للجزء بالكل ولنا انهما الحط
والزيادة يغيران الصفقة وصف مشروع وهو كونه خاسرا أو
مرابحا او عدلا ولهما ولانه ذكر الاتري انهما ان جعلاه ابراء
باسقاط الخيار او غيره لازم باشتراطه بعد العقد بل ان وقع
العقد على خلافه وهذا لان لهما ولاية الرفع بالكلية بالتقايل

فاولي ان يكون لهما ولاية التعيين لانه دونه لكونه وصفا
له فاذا صح التحق باصل العقد ولزم كلزومه لان وصف الشئ
يقوم لا بنفسه دل عليه قوله تعالى لا جناح عليكم فيما تراضيتم
به من بعد الفريضة وهذا نص على ان حكم الزيادة المفروضة
بعد العقد كحكم المفروضة في العقد الا ما قام الدليل عليه
وقد قام الدليل على ان الابتخصصه بالطلاق قبل الدخول
الا ما كان يسمى عند العقد ولهذا لم يسم في العقد شيا وعلى اعتبار
الالحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ولا المحطوط ثمنا
غير خارج عن العقد بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لانه
ينقلب هبة او بيعا بلا ثمن فيفسد وقد كان من قصدهما التجارة
بعقد مشروع من كل وجه فالالحاق فيه يودي الى تبديله فلا
يلتحق به قال رحمه الله وتاجيل كل دين غير القرض اي يجوز
تاجيل كل دين غير دين القرض لان المطالبة حقه او بوخره
الا ترى انه يملك اسقاطها موقتا بالتاجيل ولو اجله الى اجل
مجهول ينظر فان كانت الجهالة فاحشة كطلوع الريح لا يصح
وان كانت يسيرة كالتاجيل الى الحصاد جاز كما في الكفالة
وقد ذكرناه من قبل وفي دين القرض لا يجوز التاجيل خلافا لمالك
هو يقول انه حقه فيجوز تاخير المطالبة فيه كما في سايرالديون
ولنا ان القرض اعارة وصلة ابتداء ولهذا يصح بلفظة الاعارة

ولا يملكه من لا يملك التبرع كالصبي والولي والمكاتب والعبد
المأذون له في التجارة ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد مثله
فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كالاعارة لان المعير اذا
وقت له ان يرجع فيه قبل الوقت وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوزه
التاجيل لان الجنس باتفراده يحرم النساء لا سيما اذا كملت
العلة وحرم التفاضل بها ولان الاجل لو لزم فيه لصار التبرع
ملزما على المتبرع وهو لا يجوز لقوله تعالى ما على المحسنين من
سبيل بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض فلانا من ماله الف درهم
الى سنة يجوز من الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تمضي المدة لانه
وصية بالتبرع والوصية تسامح في غيرها نظرا للموصي الا ترى
انها تجوز بالسكنى والخدمة وتلزم والله سبحانه وتعالى اعلم

باب الربا

قال رحمه الله هو فضل مال
بلا عوض في مقابلة مال يمال هذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق
الزيادة قال الله تعالى وما آتيتم من ربا ليربو في اموال الناس
فلا يربو عند الله وسمي المكان المرتفع رباة لزيادته على ما يحاذيه
الاصل في اثباته والربا محرم بالكتاب والسنة واجماع الامة
اما الكتاب فقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا واما
السنة فلما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال لعن الله اكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه

رواه ابو داود واحمد والترمذي وصححه وقال علما للا
الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير
بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد
فمن زاد على واستزاد فقد اربى الاخذ والمعطى فيه سواء
رواه البخاري واحمد وعن عبد الله بن حنظلة غسيل
الملائكة انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم اشد من ثلاثة وثلاثين
زنية رواه احمد واجمعت الامة على تحريمه حتى يكفر
جاحده قال رحمه الله وعلته القدر والجنس يعني
بالقدر الكيل في المكيل والوزن في الموزون وعندك
العلة الطعم في انفراده بالمطعومات والثمنية بانفرادها
في الاثمان والجنس شرط عنده لحديث معمر بن عبد الله قال
كنت اسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام
مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه مسلم واحمد
وجه الاستدلال به ان الطعام مشتق من الطعم فذكره
يدل على انه علة اذا ترتب الحكم على الاسم المشتق دليل على
ان من اخذ الاشتقاق علة له كما في قوله والسارق والسارقة
فاقطعوا ايديهما وكما في قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا
كل واحد منهما مائة جلدة فعلة القطع والجلد السرقة والزنا

ولان

ولان قوله عليه السلام فيما رواه البخاري ومسلم لا
تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل الحديث يدل على
تضييق تحصيله لان الابتداء بالنهي مشعر بان حرمة البيع
أصل فيه والجواز يعارضه وهو التقابض والمساواة تخلص
اذ لو اقتصر على قوله لا تبيعوا لما جاز بيعه وتعليق جوازه
على غرته وخطره كملك البضع ضيق تحصيله باشتراط الشهود
والمهر لغرته وخطره فعلل بعلة تناسب الغرة وهو الطعم
في المطعومات لبقاء الانفس به والثمنية في الاثمان لبقاء
الاموال التي هي مناط مصالحها ولا اثر للجنسية والقدر
في زيادة الغرة والخطر لوجودها في خطر وحقير لكي الحكم
لا يثبت الا عند اتحاد الجنس فجعلناه شرطا والحكم يدور مع
الشرط كالرجم مع الاحصان والفرق بين الشرط والعلة ان
العلة مديرة في الحكم دون الشرط فانه يضاف وجوده الى
العلة عند وجود الشرط لا الى الشرط وقال مالك رحمه الله
العلة الاقتيات والادخار لانه عليه الصلاة والسلام خص
بالذكر فيما روينا كل مقتات ومدخر ولان الغرة والخطرية
اكمل فكان اسبب واولى بالاعتبار ولنا ما روي عن عبادة
وابن انه النبي صلى الله عليه وسلم قال ما وزن مثل بمثل اذا
كان نوعا واحدا وما كيل بمثل ذلك فاذا اختلف النوعان

فلا باس بذلك رواه الدارقطني وجه التمسك به انه عليه
الصلاة والسلام رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص
على انهما علة الحكم لما عرف ان ترتيب الحكم على الاسم المشتق
ينبيء على علية ما اخذ الاشتقاق كذلك الحكم فيكون تقديره
المكيل والموزون مثلا بمثل سبب المكيل والوزن مع الجنس
والذي يدلك عليه حديث ابي سعيد الخدري وابي هريرة ه
فيما رواه البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل
رجلا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب فقال اكل تمر خيبر اذا قال
اما نأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة
فقال لا تفعل مع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدرهم جنيبا وقال
في الميزان مثل ذلك اي في الموزون اذ نفس الميزان ليس من
اموال الربا وهو اقوى حجة في غلبة القدر وهو بعمومه يتناول
الموزون كله والمطعوم وغيرهما فيكون حجة عليهما في منعهما
ذلك وكذا في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين
المراد به ما يحل الصاع اذ لا يجري الربا في نفس الصاع وهو
عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليهما
والمراد بقولنا هما علة الربا والقاطع للشغب انه عليه الصلاة
والسلام شرط التماثل بقوله مثلا بمثل والتماثل يكون ه

بالكيل

بالكيل والوزن لا غير فعلم بذلك ان ما لا يكال ولا يوزن لا
يكون من الاموال الربوية ولان الاموال الربوية هي التي تكون
من ذوات الامثال وما لا يكون من ذوات الامثال ليست من
الاموال الربوية اذ الحكم لا يثبت بدون محله ولهذا قالوا لا
يجري الربا فيما لا يدخل تحت العيار كالحفنة من الحنطة ه
والشعير وكالذرة من الذهب والفضة لعدم ما قلنا قال
رحمه الله فحرم الفضل والنساء بهما اي بالجنس والقدر لما
بينا انه علة والنساء فقط باحدهما اي يحرم النساء حال التفاضل
لوجود احدهما اما القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير والجنس
دون القدر كالهروي بالمروي لقوله عليه الصلاة والسلام
الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير
بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء فاذا
اختلفت هذه الاجناس فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد
رواه مسلم واحمد وغيرهما من ائمة الحديث ولان لاجتماعهما حقيقة
العلة فيكون لاحدهما شبهة العلة فيحرم بحقيقة العلة حقيقة
الفضل اي عينا بعين وهو القدر لانه تفاضل حقيقة ه
ويحرم بشبهة العلة شبهة الفضل وهو النساء لان شبهة
الفضل ليس بتفاضل حقيقة اعمالا للدليل بقدره ولا يقال
احدهما جزء العلة وبه لا يثبت الحكم ولا شيء منه فكيف يثبت

باحدهما حرمة النسا لانا نقول حرمة احدهما علة تامة
لهذا الحكم وهو حرمة النسا وان كان بعض العلة في حق ربا
الفضل حقيقة فلا يلزم المحظور ويشترط ان يجمعهما الوزن
من كل وجه وان لم يجمعهما جاز النسا ايضا كالنقدين مع العقق
ونحوه لان كل صفة وزنهما مختلفة اذ النقدان يوزنان
بالصحة ولا يتعينان بالتعيين ويجوز الصرف فيهما قبل
القبض ولانه عليه الصلوة والسلام قال من اسلم فليسلم في كيل
معلوم الحديث اجاز السلم بالوزن مطلقا اذ الدراهم الغالبة
في راس المال ولو لم يجز لكان ردا الدبالراي وهو لا يجوز قال
رحمه الله وحد بعدهما اي حل التفاضل والنساء بعدم
الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة اذ الاصل الجواز
على ما بينا وصح بيع الكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون
كالعقدين وما ينسب الى الرطل بجنسه متساويا لا متفاضلا
اما بيع المكيل والموزون غير المنسوب الى الرطل فقد ذكرنا
وبينا احكامه واما ما ينسب الى الرطل منه فالمراد به كل شئ
وقع عليه كيل الرطل فانه يعتبر موزونا لانه تقدر بطريق الوزن
وذلك مثل الادهان فانه موزون غير انه لما لم يشمل آلي وعاء
شق عليهم وزنه بالامنا والصنجات في كل وقت بالوعا فقدر
بالارطال والامنا فاكتفي به دفعا للحرج فبقي موزونا على ثم

قال في الهداية واذا كان موزونا فاذا بيع بمكيل مثله لا
يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة معناه اذا باع
ما يباع بالاواقي بمكيل غير الاواقي سواسوا لم يجز لانه باع
الموزون بجنسه بمكيل لم يقدر بالاواقي فيكون مجازفة فيطل
لجواز التفاضل بالوزن وهذا مشكل وفي النهاية قال الاسبيجابي
فائدة هذا انه لو باع ما ينسب الى الرطل بجنسه متفاضلا في
المكيل متساويا في الوزن يجوز وهذا احسن وهو قياس الموزونات
فانه لا يعتبر فيه الا الوزن قال رحمه الله وجيده كرديه
ويعتبر التعيين دون التفاضل في غير الصرف حتى لا يجوز
احدهما بالاخر متفاضلا لنهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك
فيما روينا من حديث ابي سعيد وابي هريرة حين قال له انا
نأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاث نبوء
لا تفعل مع الجمع بالدراهم الحديث وقوله ويعتبر التعيين قال
الشافعي رحمه الله يعتبر التقابض قبل الافتراق في بيع الطعام
بالطعام كالنقد بالنقد لما روينا من حديث عبادة بن الصامت
فانه شرط فيه ان يكون يدا بيد ولحديث عمر بن الخطاب رضي
الله عنه انه عليه الصلاة والسلام قال الذهب بالورق ربا
الا هاوها والبر بالبر الا هاوها والشعير بالشعير ربا
الا هاوها والتمر بالتمر ربا الا هاوها رواه البخاري ومسلم

واحد ومعناه ان هذه البياعات لا تجوز الا اذا قال كل واحد
منهما لصاحبه اي خذ والمراد بقوله يدا بيد في الحديث الاول
القبض ولهذا يشترط القبض في الذهب والفضة بالاجماع وان
كان مما لا يتعين بالاشارة كالمصوغ منهما ولان قوله عليه الصلوة
والسلام يدا بيد لفظ واحد لا يجوز ان يراد به القبض في حق غيرهما
لانه اما حقيقة فيهما او حقيقة في احدهما مجاز في الاخر وايهما
لا يجوز كان فلا يجوز الجمع بينهما لما عرف ان المشترك لا عموم له
وان الجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز لانه يودي الى تعاقب القبض
بان يقبض احدهما دون الاخر فاشبه التاجيل وهذا لان للقبض
مزية على غيره فيفوت به التساوي وهو الشرط ولنا انه مبيع
متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ونحوه اذا بيع بجنسه او
بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو التمكن من التصرف بخلاف
الصرف لانه لا يتعين الا بالقبض فيشترط فيه التعيين وتعاقب
القبض لا يعد تفاوتا في المتعين بخلاف الحال والمؤجل والمراد
بما روي التعيين قال رحمه الله **وصح بيع الحفنة بالحفنتين**
والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة
بالجوزتين والتمرة بالتمرتين لان هذه الاشياء ليست بمكيل ولا
موزون فلا تدخل تحت المبيعات فانعدمت العلة بانعدام احد
شرطها وهو القدر ولهذا يضمن بالقيمة عند الاتلاف عندنا

وما دون

وما دون نصف صاع بمنزلة الحفنة لانه لا تقدير فيه في الشرع
بما دونه فلم يكن من ذوات الامثال هذا اذا باع ما دون نصف
الصاع بنصف الصاع او اكثر لم يجز الا مثلا بمثل لوجود المعيار
من احد الجانبين فتحققت الشبهة وعلى هذا لو باع ما لا يدخل
تحتا لوزن كالذرة من الذهب والفضة بما لا يدخل تحته جازه
لعدم التقدير شرعا اذ لا يدخل تحتا لوزن وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز جميع ذلك لان العلة عنده الطعم او الثمنية وقد وجدت
قال رحمه الله **والفلس بالفلسين باعيانهما** اي البدلان باعيانهما بان كان
الفلس معينا والفلسان معينان وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز
لان الفلوس الرائجة اثمان والثمن لا يتعين بالتعيين ولهذا
اذا قابل الفلوس بخلاف جنسها لا يتعين كالدراهم والدنانير كان
له ان يعطي غيرها ولا يفسد البيع هلاكها او يحتمل ان يأخذ بائع
الفلس بالفلسين أولا فيرد احدهما قضاء بدينه ويأخذ الآخر
بغير عوض او يأخذ بائع الفلسين بالفلس ولا ثم يضم اليه فلسا
فيردهما فيرجع عليه فلسه مع آخر بغير عوض وهو ربا فصار كما
لو كانا بغير اعيانهما أو احدهما بعينه والآخر بغير عينه ولهما
ان الفلوس ليست باثمان خلقة وانما كانت ثمنا بالاصطلاح وقد
اصطحبا ببطال الثمنية فتبطل وان كانت ثمنا عند غيرهما
من الناس **قال رحمه الله واللحم بالحيوان** وهذا عند ابي

حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه
الا اذا كان اللحم المغزا كثر مما في الحيوان ليكون بقدره مقابلا
باللحم والزايد بالقسط لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع
اللحم بالحيوان ولانهما من جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع احدهما بالاخر
نسيئة فكذا متفاضلا كالزيت والزيتون ولهما ان بيع المعدود
بالموزون فيجوز متفاضلا لاختلافهما جنسا وهذا لان الحيوان
ليست فيه مالية اللحم اذ هي معلقة بفعل محدث شرعي وهو الزكاة
الا ترى انه لا ينتفع به انتفاع اللحم فصار جنسا اخر غير اللحم
ولهذا قال الله تعالى فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا
اخر اي بنفخ الروح فيه فاذا كان جنسا اخر جاز بيع احدهما
بالاخر نسيئة لان المتاخر منهما لا يمكن ضبطه على ما عرف به في
باب السلم الا ترى انه لا يجوز ذلك اذا بيع بغيره من خلاف الجنس
ايضا ولو كان المذبوح غير المسلوخ وجب ان يجوز عنده ايضا
على وجه الاعتبار بان يجعل لحم كل واحد منهما بجلد الاخر كما اذا
قالا في شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بيعت احداهما بالا
قال رحمه الله والكرباس بالقطن وكذا بالغزل كيف ما كان
لاختلافهما جنسا لان الثوب لا ينقص فيعود غزلا او قطنا وكذا
الغزل والقطن موزونا والثوب ليس بموزون ولو باع القطن
بغزله قال محمد رحمه الله جاز كيف ما كان لاختلاف الجنس بينهما

وقال

وقال ابو يوسف لا يجوز الا متساويا وقال محمد اظهر لو باع المجلوج
بغير المجلوج جاز اذا علم ان الخالص اكثر مما في الاخر وان كان لا
يدري لا يجوز البيع ولو باع القطن لغير المجلوج يجب القطن فلا
بد ان يكون الحب الخالص اكثر من الحب الذي في القطن حتى
يكون قدره مقابلا به والزايد بالقطن وكذا لو باع شاة على
ظهرها صوف او بضرعها لبن بصوف او لبن يشترط ان يكون
الصوف واللبن اكثر مما في الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو
نظير بيع الزيت بالزيتون قال رحمه الله والرطب بالرطب
او بالتمر متماثلا والعنب بالزبيب متماثلا ايضا اما الرطب
بالتمر فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وقالا لا يجوز لقوله عليه
الصلوة والسلام حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل نعم
فقال عليه الصلوة والسلام لا اذا فسد البيع واشار الى العلة
وهي النقصان وفيه اشارة الى انه يشترط لجواز العقد
المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف فصار نظير
بيع الدقيق بالحنطة فانه لا يجوز للتفاوت بعد الطحن
وقوله عليه الصلوة والسلام في الحديث المشهور التمر بالتمر
مثلا بمثل والرطب بتمر يجوز بيعه بالتمر متماثلا والدليل على
انه تمرا ما روي انه أول ما ينعقد الى ان يدرك ولانه كان
تمرا جاز بيعه باول الحديث وهو قوله عليه الصلوة والسلام

اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ولأنهما مستويان
في الحال وانما يتفاوتان في المآل لذهاب جزء منه وهو
الرطوبة بخلاف بيع الحنطة بالدقيق لانهما لا يتفاوتان في
المال ويظهر ذلك بالطحن وما رويناه لا يصح لأن مداره
على زيد بن عياش وهو ضعيف عندنا لنقلة ولئن صح فهو محمول
على ان السائل كان وصيا في مال يتيم او وليا للصغير فلم
يرض عليه السلام بهذا التصرف نظرا اذ هو مقيد على هذا
الاختلاف والوجه ما بيناه من الجانبين وقيل لا يجوز بالاتفاق
كالحنطة المقلية بغير المقلية والفرق بينه وبين الرطب بالتمر
في هذه الرواية ان النص الوارد بلفظ التمر هناك يتناول
الرطب على ما بينا ولم يوجد مثله هنا فبقي محرما حتى يعتدل
واما بيع الرطب بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لانه تمر على ما بينا
ولو باع حنطة رطبة او مبلولة بحنطة رطبة او مبلولة او يابسة
جاز البيع وكذا لو باع منقعا او زبيبا منقعا بتمر مثله او زبيب
مثله او يابسا منهما جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد لا يجوز شيء من ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال
وهو لعدا يبس والفرق له بين الرطب بالرطب ومنع غيره
جميعه ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم
الذي عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك

بالرطب فلما رويناه انه تناوله فجوز
بعد لذلك ولو باع التمر

الاسم

الاسم فيكون تفاوتا في المعقود عليه وابو حنيفة يعتبر
المساواة في الحال ولذلك ابو يوسف لاطلاق قوله عليه الصلاة
والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل الحديث وهو باطلاقه حجة
يتناول الحنطة والشعير على اي صفة كان الا ان ابا يوسف
ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر حتى منعه بما رويناه من حديث
زيد بن عياش على ما بيناه من قبل قال رحمه الله والحبوب
المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ولبن البقر والغنم وخل
الدقل بخل العنب وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه جنس
واحد لاتحاد الاسم والصورة ولنا ان اصولها اجناس مختلفة
باعتبار الاضافة كدقيق البر والشعير والبرابضا تختلف بعض
من يرغب في بعضها دون بعض وقد يضر البعض وينفعه البعض
والمعتبر في الاتحاد في المعنى الخاص دون العام ولو اعتبر
العام لما جاز بيع شيء بشيء اصلا بخلاف لحم الجاموس والبقر
او لبنهما ولحم الراب والبخاتي حيث لا يجوز بيع احدهما بالآخر
متفاضلا لانهما جنس واحد حتى يضم احدهما الى الآخر في تكميل
النصاب في باب الزكاة فكذا اجزاؤهما ما لم تختلف المقصود
كشعر الغنم وصوف الاضان وما يتبدل بالصنعة لانه بالتبدل
تختلف المقصود ولهذا جاز بيع الخبز بالحنطة متفاضلا وكذا
الزبيب المطبوخ بغير المطبوخ او الدهن المربي بالتفسيخ بغير

المربي منه متفاضلا وانما جاز بيع لحم الطير بعضها ببعض
متفاضلا وان كان من جنس واحد ولم يتبدل بالصفة لكونه
غير موزون عادة فلم يكن مقدارا فلم توجد العلة فحاصله ان
الاختلاف باختلاف الاصل او المقصود او تبدل الصفة
قال رحمه الله وشحم البطن بالالية او بالسمن يعني يجوز بيع
بعضها ببعض متفاضلا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز
بيعه به اصلا لان بينهما شبهة المجانسة في الحال ولا يعرف
التساوي بينهما فصار كبيع المقلية بغير المقلية او الدقيق
بالحنطة والاول اصح لان الخبز بالصنعة صارت جنسا
آخر حتى خرج عن ان يكون مكيلا والبر والدقيق مكيل فلم يجتمعا
القدر حتى جاز بيع احدهما بالآخر نسيئة اذا كانت الحنطة هي
المتأخرة لامكان ضبطها وان كان الخبز هو المتأخر والسلم فيه
فلا يجوز عند ابي حنيفة لانه يتفاوت بالطحن والعجن وأما
عندهما فقد ذكر في النهاية معزيا الى المبسوط انه لا يحفظ عنهما
خلاف ذلك ومن اصحابنا من يقول لا يجوز عندهما ومنهم من يقول
يجوز على قياس السلم باللحم وبه يفتي المتأخرون وفي الكافي ان ابن
رستم ذكر في نوادره على قول ابي حنيفة ومحمد لا يصح السلم في الخبز
وعلى قول ابي يوسف يصح وزنا ولا يجوز استقراضه وزنا ولا
عددا لما ذكرنا في السلم بل اولى لان باب السلم اوسع حتى جاز

السلم في الثياب دون القرض وقال محمد يجوز بالوزن والعد
وقال ابو يوسف يجوز بالوزن دون العدد لان احاده تتفاوت
وعليه الفتوى قال رحمه الله لا بيع البر بالدقيق او بالسويق
يعني لا يجوز بيع الحنطة باحدهما لا متفاضلا ولا متساويا
لانه جنسه من وجه وان خص باسم آخر فيحرم لشبهة الربا
لان احدهما بر والآخر اجزاؤه او احدهما دقيق والآخر اجزاؤه
وهذا لانه بالطحن لم يوجد الا تفريق الاجزاء والمجتمع بالتفريق
لا يصير جنسا آخر فبقيت شبهة المجانسة وثبوت الشبهة
يكفي لثبوت حرمة الربا في دهن السمسم مع السمسم غير ان المعيار
فيهما الكيل وهو غير مساوٍ لهما قال رحمه الله والزيتون
بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما
في الزيتون والسمسم اي لا يجوز البيع حتى يكون الدهن الخالص اكثر
مما في الآخر كان التحرير بلا عوض مقابل فيحرم ولو لم يعلم ان
الدهن الخالص اكثر لا يجوز خلافا لزفر هو يقول ان الاصل هو
الجواز والفساد طارئ عند وجود الفضل الخالي عن العوض فلا
يفسد ما لم يعلم ذلك قلنا التوهم في الربا كالتحقق الا ترى
الى ما يروى عن جابر انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الصبرة
من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر رواه مسلم والنسائي
وروي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الربا والربيبة وهي

تثبت الربا وقال محمد بن مسعود رضي الله عنه كنا ندع
تسعة اعشار الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان السلف
رضي الله عنهم ولا يقال ان السمسم مكيل والدهن موزون
فكيف يحرم التفاضل بينهما لانا نقول المقصود منه دهنه
وهو موزون والحرمة باعتباره قال رحمه الله ويستقرض
الجوز وزنا لاعدادا وهو عند ابي حنيفة رحمه الله وعند
يوسف
محمد يستقرض بهما وعند ابي حنيفة لا يستقرض بهما وقد
بيناه من قبل قال رحمه الله ولا ربا بين المولى وعبده
لانه وما في يده ملكه فلا يتحقق الربا هذا اذا لم يكن عليه
دين مستغرق رقبته وما في يده وان كان عليه دين لا
يجوز لان ما في يده ليس بملك للمولى عند ابي حنيفة فصار
كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة
قال رحمه الله وبين الحربي والمسلم ثمة اي لا ربا بينهما
في دار الحرب وكذا اذا تبايعا بيعا فاسدا في دار الحرب فهو
جائز وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي
لا يجوز لان المسلم التزم الايمان ان لا يتملك مالهم الا بالعقد
وهذا العقد وقع فاسدا في دار الحرب فلا يفيد الملك الحل
فصار كما اذا وقع مع المستأمن منهم في دارنا ولهما قوله عليه
الصلوة والسلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان

مالهم مباح وبعقد الامان لم يصر معصوما الا انه التزم
ان لا يغدر بهم ولا يتعرض لما في ايديهم بدون رضاهم فاذا
اخذه برضاهم فقد اخذ ما لا مباحا بلا عذر فيملكه بحكم
الاباحة السابقة اذ تاثير الامان في تحصيل التراضي دون
التملك فكان الملك في حق الحربي زايلا بالتجارة كما رضي به
وفي حق المسلم ثابتا بالاستيلاء على مال مباح بخلاف المستأمن
منهم في دارنا الان ماله صار محظورا بعقد الامان ولو اسلم الحربي
في دار الحرب ولم يهاجر الينا فكذلك الحكم عند ابي حنيفة رحمه الله
لان ماله غير معصوم منه على ما عرف في موضعه والله اعلم

باب الحقوق

العلو لا يدخل بشرا بيت بكل حق
وبشراء منزل لا بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير
هو فيه او منه ودخل بشرا دارا لكنيف اي لا يدخل العلو
بشراء بيت وان قال بكل حق هو له مالم يض عليه وشراء منزل لا
يدخل الا ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير
هو فيه او منه وبشراء الدار يدخل العلو وان لم يذكر شيا من
ذلك كما الكنيف لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوته
والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله ولا يكون من حقوقه
فلا يدخل بدون التنصيص عليه والدار اسم لما دار عليه الحدود
من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف

والمعلوم من اجزايه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذكر المنزل
هو الدار والبيت لانه يشتمل على بيوت وصحن مستوف ومطبخ
يسكنه الرجل باهله مع نوع ضرب قصور فيه فانه ليس فيه
اصطبل فكان له شبه بهما فلشبهه بالدار يدخل تبعًا
عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر توقفا
على الشبهين ولو كان خارج الدار معينا على الظلة يدخل
لانه بعد من الدار عادة ويدخل بين الماء والاشجار في صحنها
والبستان فيها لما ذكرنا وان كان البستان خارج الدار
ان كان اكبر منها او مثلها لا يدخل الا بالشرط لانه خارج عن
حدودها وان كان اصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا
فصار تبعا لها قال رحمه الله لا الظلة الا بكل حق اي لا تدخل
الظلة في بيع الدار الا اذا قال بكل حق وبحقوقه مما ذكرنا
وعند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تدخل من غير ذكر شيء مما
ذكرناه اذا كان منفتحا في الدار لانها من توابع الدار كالعلو
والكنيف ولابي حنيفة انها خارجة عن الحدود مبنية على هوا
الطريق فصارت كالطريق ولانها تابعة للدار من حيث
ان قرار طرفها الآخر على شيء آخر فصارت تابعة من وجه دون
وجه فيدخل ان ذكر الحقوق ونحوه والا فلا قال رحمه الله
ولا يدخل الطريق والميل والشرب الا بنحو كل حق بخلاف الاجارة

اي لا تدخل هذه الاشيا في بيع الارض او المسكن الا بذكر كل
حق ونحوه بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها من غير شرط
لان هذه الاشيا تابعة من وجه حيث انها تقصد للانتفاع
بالمبيع دون عينها اصل من وجه من حيث انه يتصور وجودها
بدونا لبيع فكانت تابعة للمبيع من وجه دون وجه فلا تدخل
في البيع الا بذكر الحقوق والمرافق وهذا لانه قد يشتري للبيع
فلا يلزم الشرا للانتفاع به وقد يشتري الطريق بعد ما
اشتري المبيع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع لا غير
ولهذا تجوز الاجارة فيما لا يمكن الانتفاع به ولو بطل الانتفا
بالغير بعد عقد الاجارة تبطل الاجارة وكذا لو استثنى هذه الاشيا
عند عقد الاجارة تبطل اذ لا يمكن الانتفاع بالعين المستاجرة
الا بهذه الاشيا فوجب دخولها فيها تصحيحا الا ترى انه لو
استاجر الطريق من صاحب العين لا يجوز فتعين الدخول فيها
ولا يدخل مسيل ماء الميزاب اذا كان في ملك خاص ولا بسقط
الثلج فيه وقدور الحمار تدخل لانه مركب بانيا ولو اشترى
يدخل المجرا الاسفل لانه مركب بانيا وكذا الاعلى استحسانا والا
الملصقة بالبيت لان الرحا اسم لبيت فيه حجر دوار والمجرا الاعلى
هو الدوار والله تعالى اعلم باب الاستحقاق
البينة حجة متعينة لا الاقرار لان البينة لاتضيف حجة الا

بقضا القاضي وللقاضي ولاية عامة فنفذ قضاوه في حق
العامة والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على المقر ولاية على نفسه
دون غيره فيقتصر عليه قال رحمه الله والتناقض يمنع
دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق لان القاضي لا يمكنه
ان يحكم بالكلام المتناقض اذ احدهما ليس باولى من الاخر فسقط
غير ان الحرية والنسب مبناه على الحقا فيعذر في التناقض
لان النسب مبني على الخلوق والطلاق والحرية ينفرد بهما
الزوج والمولى فيخفى عليهم قال رحمه الله مبيعة ولدت ٥
فاستحقت ببينة تتبعها ولدها وان اقر بها الرجل لا والفرق
ان البينة حجة مطلقة مبنية كاسمها فثبت بها من الاصل
ولهذا يرجع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع بالبينة
والاقرار حجة قاصرة ثبت به في المقر بضرورة صحة الحمل وقد
اندفعت الضرورة لانبات به بعد الانفصال فلا يظهر استحقاق
المبيع بالاقرار ولان المالك يقدر على انشاء الملك للحال
فيحمل اقراره به على ذلك بخلاف الشهود فانهم لا يقدرون على
اثبات الملك فشهادتهم للمستحق ان لم يكن ما لكا له قبل ذلك
فيكون اظهارا للملك من الاصل فيستحقه ثم قيل يدخل الولد في
القضاء بالام لانه تبع لها فيكيفى به وقيل يشترط القضاء
له بالولد وهو الاصح لان محمدا رضي الله عنه قال اذا قضي

القاضي

القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم
لانه منفصل وقت القضاء وذكر في النهاية ان الولد انما
يتبعها في الاقرار اذا ادعاه المقر له اما اذا ادعاه كان
قال رحمه الله واذا قال لعبد لمشتر اشتريني فانا عبد فاشتراه
فاذا هو حر فان كان البايع حاضرا او غايبا غيبة معروفة
فلا شيء على العبد والرجوع المشتري على العبد والعبد على الغا
بخلاف الرهن يعني اذا قال ارتهني فانا عبد فارتهنه فاذا
هو حر لا يرجع المرتهن على العبد بحال سواء كان الراهن حاضرا او
غايبا وعن ابي يوسف انه لا يرجع في الفصل الاول ايضا لان
ضمان الثمن بالمعاوضة او بالكفالة ولم يوجد واحد منهما
فصار كمسئلة الرهن وكما اذا قال اشتريني او قال انا عبده
ولم يزد على ذلك وهذا لان ما يوجب الضمان لا يختلف بين
ان يكون حاضرا او غايبا ولهذا قلنا فيمن قال لغيره اسلك
الطريق هذا فانه امن او قال له كل هذا الطعام فانه ليس
بمسموم فكان بخلاف ذلك لا يجب عليه ضمان ما عطب بسبب
ذلك لما قلنا وجه الظاهر ان المقر بالعبودية ضمن سلامة
نفسه او سلامة الثمن للمشتري عند تعذر استيفائه من
البايع لانه انما اقدم على الشراء معتمدا على كلامه فصار بذلك
المغرور في المعاوضة يجعل سببا للضمان دفعا للضرر عنه

بقدر الامكان ولان المعاوضات تقتضي سلامة المعوض
واذا ظهر حرمة الاصل واهلية الضمان وتعذر الاستيفاء من
البايع يواخذ هو بذلك كالمولي اذا قال لاهل السوق هذا عبدي
واذنت له في التجارة فبايعوه فلحقته بذلك ديون ظهر انه
حر او استحق رجعوا عليه بقيمته بحكم الغرور دفعا عن الغرماء
فجعل المولي كانه ضمن لهم سلامة المالية منه قال رحمه الله
ومن ادعى حقا في دار فصولح على مايه فاستحق بعضها لا يرجع
بشيء لان دعواه يجوز ان تكون فيما بقي وان قل فما دام في يده
شيء فلا يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا استحق كلها لانا تيقنا بانه
اخذ عوض ما لا يملك فلا يرد ودلت المسئلة على ان الصلح عن
مجهول جايز لانه لا يفضي الى المنازعة والمنع باعتباره
فاذا خلا عنه جاز وقد ذكرناه في الابراء عن كل عيب وذكرنا
الخلاف فيه قال رحمه الله ولو ادعى كلها رجع بقسطها
لان الصلح على مايه وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شيء تبين
ان المدعى لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض قال
رحمه الله ومن باع ملك غيره فللمالك ان يفسخ او يجيز
ان بقي العاقدان والمعقود عليه وله ويدا وعرضا الى الملك
ان يجيز العقد بشرط ان يبقى المتعاقدان والمعقود عليه
والمعقود له وهو المالك بحالهم والاصل فيه ان كل تصرف صدر

من

من الفضولي ولم يجز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة
عندنا وان لم يكن يجيز احال العقد لا يتوقف ويقع باطلا
والشافعي لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا يتوقف كتصرف العبد
والصغير والمحجور عليه وعند الشافعي رحمه الله لا ينعقد تصرفا
الفضولي اصلا ولا يجوز باجازة المالك لانهما وقعتا باطلة
لخلوها عن ولاية شرعية اذ هي بالملك او بتوكيل المالك فيلغو
لان التصرفات الشرعية تتوقف على الولاية كما تتوقف على الاهلية
والمحلية ولنا حديث عروة بن ابي الجعد البارقي ان النبي صلى
الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري به شاة فاشتري به
شاتين فباع احداهما بدينار وجا بشاة ودينار فدعا له
بالبركة في بيعه فكان لو اشتري بها التراب لربح فيه رواه
البخاري واحمد وابو داود وحديث حبيب بن ابي ثابت عن
حكيم بن حزام ان النبي صلى الله عليه وسلم بعثه ليشتري له
اضحية بدينار فاشتري اضحية فاربح فيها دينارا فاشتري
اخرى مكانها فجاء بالاضحية والدينار الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال ضح بالشاة وتصدق بالدينار رواه
الترمذي ولهذا اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعه
ولو كان باطلا لرده وانكر عليه ولان ركن التصرف صدر من
اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده موقوفا فينعقد

ت

ولهذا ان الاهلية بالعقل والتمييز والمحلية بكون المال متقوما وقد وجد وليس فيه ضرر علي المالك لانه مخير فاذا رأى المصلحة فيه نفذه والا فسخه فان قيل نهي رسول الله صلي الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان اي ما لا يملكه كما نهي عن بيع المبيع قبل القبض وعن بيع الابق ثم اذا باع المبيع قبل القبض او باع الابق لا يجوز للنهي الوارد فيه فكذا هذا بل اولي لان الابق او المبيع ملكه ومع هذا لا يجوز بيعه فعند عدم الملك اولي قلنا كلامنا في انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض ينعقد عندنا وان كان فاسدا وكذا الابق في رواية حتي لو سلمه بعد ذلك صح ه فلا يلزمنا والمراد بما روي انه عليه الصلوة والسلام نهي عن بيع ما ليس عند الانسان ان يبيع شيا لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل ه ياتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي وادخل بيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها واسلمها له فقال عليه الصلوة والسلام لا تبع ما ليس عندك رواه ابو داود واحمد وانما شرط لصحة الاجارة بقا المتعاقدين والمعقود عليه والمعقود له لان الاجارة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام هذه الاشيا ولا يشترط بقا الثمن الا اذا كان عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاوه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا

له امانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل حتي لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك بعد الاجازة او قبلها لان الاجازة للاحقة كالوكالة ثم للفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه سفير محض فلا ترجع الحقوق اليه وكذا لا يشترط في النكاح بقا العاقد الفضولي عند الاجازة حتي لو اجاز بعد ما هلك العاقدان وهذا الذي ذكرنا من ان الثمن يكون للمالك فيما اذا كان دينا وان كان عرضا معينا كان الثمن للعرض للفضولي بملكه واجازة المالك اجازة فقد لا اجاز عقده لانه لما كان العرض متعينا كان شرا من وجه والشر لا يتوقف بل ينعقد علي المباشر ان وجد نفاذا يكون ملكا له وباجازة المالك لا ينتقل اليه بل تاثير اجازته في النقد لا في العقد ثم يجب علي الفضولي مثل المبيع ان كان مثليا والا فقيمته لانه لما صار البدل اليه صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له في ضمن الشر افيجب عليه رده كما لو قضي دينه بمال الغير واستقراض غير المثلي جايز ضمنا وان يجز قصدا الا تري ان الرجل اذا تزوج امراة عبدا لغير صح العقد ويجب قيمته عليه لان النكاح علي العبد مشروع فينفذ ومن ضرورته يصير فرضا فكذا هنا وبخلاف ما اذا تزوج امة بغير اذن مولاها وقد وطيها ثم مات المولي حيث تنتقل الاجارة الي ابنه انتهي قال رحمه الله وصح عتق مشتر من غاصب باجازة بيعه

معناه لو غصب رجل عبدا وباعه فاعتقه المشتري فاجاز المالك
البيع جاز عتقه ولو لم يعتقه المشتري ولكن باعه لم يجز بيعه
وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله لا يجوز عتقه ايضا وهو القياس
لانه لم يملكه وقال عليه الصلوة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن ادم
وهذا لان عقد الفضولي موقوف على ما بينا والموقوف لا يفيد
الملك اذ لا نفاذ فيه عند الاجازة ان ثبت الملك بطريق الاسناد
فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق لان المصحح
للاعتاق ملك كامل لما روينا وهذا لانه عليه الصلوة والسلام
ذكر فيه الملك مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل ولو اعتقه الغاصب
ثم ادى الضمان لا يصح العتق مع ان الملك الثابت له بالضمان
اقوى من الملك الثابت للمشتري حتى ينفذ بيع الغاصب اذا ادى
الضمان ولا ينفذ بيع المشتري اذا اجاز المالك بيع الاول وكذا اعتقه
المشتري والخيار للبايع ثم اجاز البيع لا ينفذ عتقه وكذا اذا اداه
قبل المشتري من الغاصب ثم باعه ثم أجاز المالك البيع الاول
ينفذ الثاني مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى يصح بيع
المكاتب والماذون له دون عتقهما وكذا لو باع الغاصب المغصوب
ثم ادى الضمان نفذ بيعه ولو اعتقه ثم ادى الضمان لم ينفذ بيعه
لا ينفذ عتقه لما ذكرنا وكذا لو باعه الغاصب فاعتقه المشتري
منه ثم أدى الغاصب الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه لما بينا

ولهما

ولهما ان الملك ثبت موقوفا يتصرف مطلق مفيد للملك بالوضع
ولا ضرر فيه على مامر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه
فصار كاعتاق المشتري من الوارث والتركة مستغرقة بالدين فقضى
الدين او ابراه الغرماء فانه ينفذ عتقه وهذا لان العتق من
حقوق الملك والشيء اذا توقف توقف بحقوقه واذا نفذ نفذ
بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغاصب لم يوضع لافادة
الملك لكونه عدوانا محضا وانما يملك ضرورة اذ الضمان يجمع
البدلين في ملك واحد فلم يكن الغصب مثبتا للملك في الحال
ولا سببا له ليتوقف هو ويتوقف العتق بتوقفه حكما له بل هو
سبب له ضرورة عند اداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف
ما اذا كان في البيع خيار البايع لانه ليس بمطلق والكلام فيه وشرط
الخيار يمنع من انعقاده في حق الحكم اصلا فكان الملك فيه غير موجود
لوجود الخيار المانع فلم يصادف الاعتاق محله وهو الملك وهنا
البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة ان تعمل في حق الحكم بلا
تراخ والتراخي انما يثبت هنا ضرورة رفع الضرر ولا ضرر في
توقف الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب في حقه قال
رحمه الله ولو قطعت يده عند المشتري وأجبر فارشه لمشتريه
اي لو قطعت يد عبد وباعه الفضولي ثم أجاز مالكه البيع يكون
ارش اليد للمشتري لان الملك ثبت له من وقت الشراء تبين ان

القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع من كسب او
ولد او عقد قبل الاجازة فهو للمشتري لما ذكرنا وهو حجة على محمد
والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الزوائد كالمكاتب
اذا قطعت يده فاخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى
وكذا اذا قطعت يد البايع والخيار للبايع فاجاز البيع يكون
الارش للمشتري لما ذكرنا من استناد ملكه بخلاف الاعتاق ٥
وبخلاف ما اذا غصب عبدا قطعت يده عنده ثم ضمن قيمته حيث
لا يكون الارش له لان الغصب ليس بسبب موضوع للملك
وانما يثبت الملك له ضرورة على ما بينا فلا يظهر في حق استحقاق
الزوائد قال رحمه الله وتصدق ثمنا زاد على نصف الثمن
لان فيه شبهة عدم الملك لانه موجود حقيقة وقت القطع
وانما يثبت بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه
ولانه ان كان قبل القبض لم يدخل في ضمانه فيكون ربح لما
يضمن ويطيب له قدر نصف الثمن لان ارش اليد قائم مقام ٥
نصف الثمن وهذا لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية
وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه ما هو قائم
بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن اوفيه
شبهة عدم الملك لان الملك لا يثبت له يوم قطع اليد حقيقة
قال رحمه الله ولو باع عبد غيره بغير امره فبرهن المشتري

على اقرار البايع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رده
العبد لم تقبل لبطلان دعواه بالتناقض اذا قد اثبتا على
العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر
من حال العاقل المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة
لا تبنى الا على دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا تقبل وهذا
يشكل بما ذكر في الزيادات ان المبيع اذا ادعاه رجل فصدقه
المشتري في دعواه فاخذه المستحق باقراره ثم اقام المشتري البينة
على اقرار البايع ان العبد المستحق يريد بذلك ان يثبت له حق
الرجوع بالثمن تقبل وفرقوا بينهما بان العبد في يد المشتري
في المسئلة الاولى وسئلة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع
بالثمن ان لا تكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع في مسئلة
الكتاب ورجع في مسئلة الزيادات وقيل اختلف الجواب لاختلاف
الموضع فموضوع ما ذكر هنا فيما اذا اقام البينة على ان البايع اقر
قبل البيع بان المبيع للمستحق واقامه على الشرائع في ذلك فيكون
متناقضا فلا تقبل بينته وموضوع ما ذكر في الزيادات فيما اذا
اقام البينة على ان البايع اقر بعد البيع انه للمستحق فلا يصير
متناقضا فتقبل بينته قال رحمه الله ولو اقر البايع في مسئلة
الكتاب عند القاضي بان رب العبد لم يامره بالبيع بطل ان طلب
المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة

فللمشتري ان يباعده فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض
في حقهما لا في حق رب العبد ان كذبهما وادعى انه كان امره فاذا لم
ينتسخ في حقه يطالب البايع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له
ان يطالب المشتري لانه يبرئ بالتصادق وعند ابي يوسف رحمه الله
له ان يطالبه فاذا ادعى رجع به على البايع وهذا بناء على ان ابراء
الوكيل المشتري عن الثمن صحيح عندهما ويضمن للموكل وعنده لا يصح
ولو كان بالعكس بان انكر المالك التوكيل وتصادقا على انه وكيله
فان اقام الوكيل البينة لزمه والا استحلف المالك فان حلف لم
يلزمه وان نكل لزمه لان النكول كالاقرار ولو غاب المالك بعد
الانكار وطلب المشتري الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما لانه ثبت
عند القاضي ان البيع بينهما كان موقوفا فان طلب المشتري
تاخير الفسخ ليحلف المالك على انه لم يامره لم يؤخر لانه سبب
الفسخ قد تحقق فلا يجوز تاخيره لاجل اليمين فلو حضر المالك
وحلف اخذ العبد وان نكل عاد البيع وللبايع ان يحلف رب العبد
انه ما امره ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف ضمن البايع ونفذ
بيعه كالغاصب اذا باع المغصوب ثم ملكه باداء الضمان ولو ما
المالك قبل حضور فورثه البايع واقام البينة على اقرار البايع
المالك بانه لم يامره تقبل لما بينا من التناقض ولو اقامها
على اقرار مشتريه بعد موته تقبل بخلاف ما اذا اقامها على هذا

الوجه

الوجه حال حياة المالك فانها لا تقبل لانها في حال حياته اصل
فيه بالتناقض يمتنع بالتناقض وبعد موته نائب عن الميت
والميت لو ادعى بنفسه حال حياته لا يكون متناقضا فكذا نائبه
ولو ورثه البايع وغيره فان ادعى غيره جحود المالك يسمع لانه
لم يبق منه ما يجعله متناقضا فكذا نائبه بخلاف شريك البايع
حيث يكون متناقضا ولمشتريه ان يحلفه بالله ما يعلم ان المولى
امره ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف اخذ نصف العبد
ورجع المشتري على البايع بنصف الثمن وخير في النصف لتفرق
الصفقة عليه قال رحمه الله ومن باع دار غيره فادخلها
المشتري في بنائه لم يضمن البايع ومعنى المسئلة اذا باع داره
غيره بغير اذنه ثم اعترف البايع بالغصب وانكر المشتري لا
يضمن البايع الدار لان اقرار البايع لا يصدق على المشتري
ولا بد من اقامة البينة حتى ياخذها فاذا لم يقم المستحق وهو
صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى عجزه عن اقامة
لا الى عقد البايع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا التعدي
يعلم ان قوله وادخلها في بنائه وقع اتفاقا اذ لا تاثير للادخال
في البناء في ذلك والله سبحانه وتعالى اعلم باب السلم
قال رحمه الله وهو بمعنى السلف لغة فانه اخذ عاجل باجل
وسمي هذا العقد لكونه عاجلا على وقته فانه اوان البيع بعد

وجود المعقود عليه في ملك البايع والسلم يكون عادة بما ليس بموجود
في ملكه فيكون العقد معجلا وينعقد بلفظ السلم ولا ينعقد
بلفظ البيع في رواية المجرد لانه ورد وهو لا صح لانه بيع الآتي
الى ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند
الانسان ورخص في السلم وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع
الامة قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله تعالى احل
السلم الموجل وانزل فيه اطول آية وهي قوله تعالى يا ايها الذين
آمنوا اذا تداينتم بدين وقد روينا انه عليه الصلوة والسلام
نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس
يابى جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود
غير مملوك ومملوك غير مقدور التسليم لا يجوز فبيع المعدوم
اولى ان لا يجوز وقد تركناه بما ذكرناه قال رحمه الله ما امكن
ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه لانه فيما لا يفضي
الى المنازعة وقد رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اسلم
في تمر فليسلم في كيل معلوم الى اجل معلوم رواه مسلم والبخاري
والضبط يكون بمعرفة القدر وقد شرطه عليه الصلوة والسلام
قال رحمه الله وما لا فلا اي ما لا تضبط صفته ولا يعرف
مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وهو لا يعرف الا بالوصف فاذا
لم يكن مضبوطا به يكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة فلا يجوز

كسائر

كسائر الديون [illegible] فيصح في المكيل والموزون المثمن
لما روينا ولما بينا من المعنى واحتراز بقوله المثمن من الدراهم والدنا نير
لانهما اثمان وليس بمثمن حتى لو اسلم فيهما لا يصح سلما لان السلم
تعجيل الثمن وتأجيل المبيع ولو جاز فيه لانعكس فاذا لم يقع سلما
يكون باطلا عند عيسى بن ابان وقال الاثمن يكون بيعا بثمن
مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة
في العقود للمعاني وقول عيسى اصح لان المعقود عليه في السلم
المسلم فيه وانما يصح في محل اوجب العقد فيه وهذا الخلاف
فيما اذا اسلم فيهما غير الاثمان واما اذا اسلم الاثمان فيهما
كالدراهم في الدنانير او بالعكس فلا يجوز بالاجماع لما عرف
ان القدر بانفراده مجرما لنسا ولو اسلم في المكيل والوزنا اذا اسلم
في الحنطة والشعير بالميزان وروى الطحاوي عن اصحابنا
انه لا يجوز لان الكيل والوزن انما يشترط ليصير معلوم القدر
لا لنفي الربا لانه لا يقابل بجنسه لان المؤدي عين الواجب حكما
في باب السلم فيكون بدلا عن راس المال ولا ربا بينهما وروي
الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لان المسلم فيه دين في الذمة
والمؤدي عين والعين عن الدين حقيقة وان كان عينه حكما
فيكون مشتريا الحنطة بالحنطة فلا يجوز الا كيلا وعلى هذا
الخلاف لو اسلم في الموزون كيلا قال رحمه الله والعدد

المتقارب كالجوز والبيض لانه معلوم مضبوط بمقدور
التسليم فاشبه المكيل والموزون ويستوي فيه الكبير والصغير
لاصطلاح الناس عليه على اقدار التفاوت ولهذا يستوي
قيمتها قيمتها فصار بذلك من ذوات الامثال بخلاف البطيخ
والرمان لان احادها متفاوتة ولهذا تختلف في القيمة
وبها يعرف التفاوت والتساوي وعن ابي حنيفة انه لا يجوز
في بيض النعامة لتفاوت آحاده في القيمة ويجوز السلم في هذه
الاشياء كيلا ايضا وقال زفر رحمه الله لا يصح كيلا لانه عدد
ليس بمكيل فلا يصح اذ المعتبر فيما لا نص فيه العادة وعنه انه
لا يصح عددا ايضا لانه يودي الى التنازع في التسليم والتسليم
لسبب التفاوت وان كان يسيرا فصار كالسلم في الرجل والقثاء
ولنا ان المقدار يعرف بالكيل تارة وبالعدد اخرى فتنقطع
المنازعة بينهما بذكر احدهما أيهما كان اذا كان يعرف قدرهما
قال رحمه الله بالعدد لانه عددي يمكن ضبطه فيصح السلم
فيه وقيل عند محمد لا يجوز السلم فيه لانه ثمن ما دام يروج والسلم
فيه مبيع فلا يصح كالنقدين واذا كسد صار قطعة نحاس فلا
يجوز السلم فيه عددا ولنا ما ذكرنا انه لا يمكن ضبطه به فيصح
كسائر المعدودات وهذه المسئلة مبنية على ان اصطلاح الناس
على الثمنية لا يبطل باصطلاحهما عنده وعندهما يبطل على ما

ذكرناه

ذكرناه في بيع الفلس بالفلسين وذكرنا الفرق هناك بين
الفلسين والنقدين قال رحمه الله واللبن والاجر ان سمي بلبن
معلوم لان احدهما لا يختلف اختلافا يفضي الى المنازعة بعد ذكر
الالة قال رحمه الله والذرعي كالثوب اذا بين الذراع والصفة
والصنعة لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا يودي الى نزاع
وان كان ثوب حري يباع بالوزن لا بد من بيان وزنه مع ذلك لانه
يصير معلوما قال رحمه الله لا في الحيوان وقال الشافعي يجوز
السلم فيه اذا بين الجنس والسن والنوع والصفة لما روي انه
عليه الصلوة والسلام استقرض بكرا ورد رباعيا وقال ان خياركم
عليه الصلوة والسلام نهى عن السلم في الحيوان ولانه تتفاوت آحاده
تفاوتا فاحشا بحيث لا يمكن ضبطه الا تري ان العبدين يستويان
في الجنس والسن وتتفاوت قيمتهما لاختلاف المعاني الباطنة
كالكياسة وحسن الخلق والخلق والسيرة والفصاحة والامانة والشرة
وقلما يتفاوت الاب فرد يعدل الالف زيدا والف تراهم لا يساوي واحدا
وكذا سائر الحيوان لو يختلف اختلافا يؤدي الى اختلاف المالية
فلا يجوز السلم فيه كما في الحلقات والجواهر بخلاف الثياب لانه مصنوع
العباد والعبد انما يصنع بالة فاذا اتحد الالة والصانع يختلف
المصنوع والتفاوت اليسير يعفى لا يضر وما روي ان عليه الصلوة
والسلام استقرض بكرا فالمراد به انه استعجل في الصدقة ثم لم يجب

الزكاة على صاحبها فرد هارباعيا واستقرض لبيت المال فانه
يجوز ان يثبت حق مجهول على بيت المال كما يجب له حق مجهول وما روي
عليه الصلوة والسلام اشترى بعيرا ببعيرين الى اجل فكان ذلك
قبل نزول آية الربا لان الجنس باتفراده يحرم النساء اذ كان ذلك
في دار الحرب اذ 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 واطرافه يعني لا يجوز السلم
في أطراف الحيوان كالراس والاكارع للتفاوت الفاحش وعدم الضابط
ثم قيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يجوز كما في اللحم وقيل لا يجوز
بالاتفاق والفرق لهما بينه وبين اللحم ان السلم فيه هو اللحم دون
العظم والعظم في الراس وفي الاكارع اكثر من اللحم أو مساوي له
فلا يمكن ان يجعل تبعا للحم فيبقى معتبرا ولا يدري قدر فيفضي
قدر المسلم فيه وهو اللحم مجهولا واما العظم الذي في اللحم فقليل
فامكن جعله تبعا للحم لقلته كما في عظم الالية ولو اسلم فيه وزنا
اختلفوا فيه قال رحمه الله والجلود عددا اي لا يجوز السلم فيه
وكذا في الورق لانه يجوز التفاوت الفاحش فيهما الا ان تتبين فيهما
ضربا معلوما وطولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداءة
فح يجوز السلم فيهما لامكان ضبطهما وكذا اذا كانا ينباعان وزنا
يجوز السلم فيهما بالوزن قال رحمه الله والحطب حزما والربطة

جزرا الا انه مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى لو عرف ذلك بان بين
الحبل الذي يشد به الحطب والربطة وبين طوله وضبطه بذلك
بحيث لا يؤدي الى النزاع جاز قال رحمه الله والجوهر والخرز لان
احاده متفاوتة تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا
يجوز السلم فيها بالوزن لانه مما يباع بالوزن فامكن معرفة قدره به
قال رحمه الله والمنقطع اي لا يجوز السلم في الشيء المنقطع لان شرط
جواز ان يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا
عند العقد موجودا عند المحل او بالعكس او منقطعا فيما بين ذلك لا
وحق الانقطاع ان لا يوجد في الاسواق وان كان في البيوت قال الشافعي
يجوز في المنقطع اذا كان موجودا عند المحل لوجود القدرة عند وجوبه
ولا معنى لاشتراطه قبل ذلك ولنا ما روي عن انس رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي قالوا وما تزهي قال تحمر
وقال اذا منع الله الثمرة فبم يستحل احدكم مال اخيه رواه مسلم والبخاري
وعن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
نهى عن البايع والمبتاع رواه البخاري ومسلم وجماعة آخرون وفي رواية
حتى تبيض وتامن العاهة وهذا نص على انه لا يجوز في المنقطع في
الحال اذ الحديث ورد في السلم لان بيع الثمار بشرط القطع جايز
لانه بيع احد مالين معينين منتفع به في الحال أو في المآل وقوله عليه
الصلوة والسلام فبم يستحل أحدكم مال اخيه وهو اس مال السلم

يدل عليه لان احتمال بطلان البيع بهلاك المبيع ولان القدرة
على التسليم حال وجوده شرط الجواز وفي كل وقت بعد العقد
يحتمل وجوبه بموت المسلم اليه لان الديون تحل بموت من عليه
الدين فيشترط دوام وجوده لتدوم القدرة على التسليم
قال رحمه الله والسمك الطري اي لايجوز السلم في السمك
الطري لانه منقطع عن ايدي الناس في الشتا لانجماد المياه
حتى لو كان في بلد لاينقطع فيه السمك اوسلم فيه في جنبر جاز
وزنا لاعددا وعند ابي حنيفة رحمه الله انه لايجوز في الكبار
التي تنقطع كالسمك في اللحم لاختلاف الناس في عظمها واختلافهم
رغبا تهم في مواضعها قال رحمه الله وصح وزنا لو مالحا
اي ان كان السمك مالحا جاز السلم فيه وزنا لاعددا لان الملح
منه وهو القديد لاينقطع عن ايدي الناس وهو معلوم يمكن
ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه وذكر في النهاية
معزيا الى الايضاح ان الصحيح في الصغار منه يجوز وزنا وكيلا
وفي الكبار روايتان قال رحمه الله واللحم اي يجوز السلم في
اللحم وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجوز ان يبين جنسه ونوعه
وسنه وموضعه وصفته وقدره كشاة خصي ثني سمين من
من الجنب والفخذ مائة رطل لانه موزون مضبوط الوصف
ولهذا يضمن بالمثل عند الاتلاف ويصح استقراره وزنا وهو

لايصح

لايصح الا في ذوات الامثال ويجري فيه ربا الفضل بعلة الوزن
فصار كالالية وشحم البطن بخلاف لحم الطيور فانه لايقدر على وصف
موضع منه وتضمنه غير مقصود وهو العظم لايمنع الجواز لتضمن
الثمن والمثمن النوا ولتضمن الالية العظم ولابي حنيفة ان اللحم
يختلف باختلاف صفته من سمن وهزال ويختلف باختلاف
فصول السنة فما يعد سمينا في الشتا يعد مهزولا في الصيف
ولانه يتضمن عظاما غير معلومة وتجري فيه المماسكة فالمشتري
يأمره بالنزع والبايع ينهاه فيقع في هذا النوع من الجهالة والمنازعة
لاترتفع ببيان الوضع وذكر الوزن فصار كالسلم في الحيوان
بخلاف النوى في الثمار والعظم في الالية فانه معلوم ولهذا لا
تجري فيه المماسكة وفي مخلوع العظم لايجوز على الوجه الاول وهو
الاصح لان الحكم اذا علل بعلتين لاينتفي الحكم بانتفا أحدهما
لما عرف في موضعه والتضمين بالمثل ممنوع فانه من ذوات القيم
في رواية بيوع الجامع وكذا لايجوز استقراضه ولو اسلم فهو فيما
معا بين عند الاتلاف والاستقراض فيمكن ضبطه بالشاهد بخلاف
الموصوف في الذمة وقيل لاخلاف بينهم في جواب ابي حنيفة فيما
اذا اطلق في اللحم وهما لايجوز انه فيه وجوابهما فيما اذا بين موصفا
منه معلوما وهو يجوزه فيه والاصح ان الخلاف فيه ثابت قال
رحمه الله وبمكيال او ذراع لم يثبت قدره اي لايجوز السلم بمكيال

او ذراع معين لايعرف قدره لانه يحتمل ان يضيع فيودي الى
النزاع بخلاف البيع حالا حيث يجوز لان التسليم فيه يجب للحال
ولايتوهم فوته وفي التسليم يتاخر التسليم فيخاف فواته وقد
ذكرناه في اول البيوع وفي الهداية لابد ان يكون المكيال مما
ينقبض ولاينبسط كالقصاع مثلا وان كان مما لاينكبس بالكبس
كالزنبيل والجراب لايجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل
كذا عن ابي يوسف رحمه الله وهذا لايستقيم في السلم لانه
ان كان لايعرف قدره لايجوز السلم فيه كيف ما كان لما ذكرنا
وان كان يعرف قدره فالتقدير به لبيان القدر لا لتعيينه
فكيف يتاتى فيه الفرق بين المنكبس وغيره او التجويز في قرب
الماء وانما يستقيم هذا التفصيل في البيع الا اذا كان يجب
تسليمه للحال حيث يجوز بانا لانعرف قدره ونشترط في ذلك
الاناء ان لاينكبس ولاينبسط ويفيد فيه استثنا قرب الماء
ايضا قال رحمه الله وبرقرية وثمرنخلة بعينه اي لايجوز
السلم فيهما لاحتمال ان يعتريهما افة فلايقدر على تسليمها
والبه اشار عليه الصلوة والسلام بقوله اذا امتنع الثمر فبم يستحل
احدكم مال اخيه ولوكانت المشية لبيان النوع بان كان لرنطر
فلابأس به وكذا اذا نسبه الى اقليم لايتوهم انقطاعه كالشام
والعراق قال رحمه الله وشرط بيان الجنس والنوع والصفة

والقدر

والقدر كقوله حنطة مسقية جيده عشرة اكرار الى شهر لان
الجهالة تنتفي بذكر هذه الاشيا وقال الشافعي رحمه الله الاجل ليس
بشرط لجواز لما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع مالبس عند
الانسان ورخص في السلم مطلقا واشتراط الاجل فيه زيادة على
النص ولانه بيع ما في الذمة فيصح حالا والمعنى فيه انه معاوضة
مال بمال فيكون فيها الاجل جايزا كسائرها لاشتراطه كغيره من انواع
البيوع والاجارات ولان الظاهر ان العاقل لايلتزم مالم يقدر
عليه وكان قادرا على تسليمه ظاهرا ويكفي ذلك لجواز العقد ولو لم
يكن قادرا على التسليم كان قادرا بما يدخل في ملكه من رأس المال
بواسطة التحصيل به ولهذا اوجبنا تسليم راس المال على رب السلم
بخلاف الكتابة على اصله فانه يخرج من يد مولاه غير مالك لشئ
فلا يقدر على الاداء في الحال فيشترط فيها التاجيل ليتمكن من
التحصيل ولنا قوله عليه الصلوة والسلام من اسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فشرط فيه اعلام الاجل
كما شرط فيه اعلام القدر فكان لازما كالقدر وهذا لان المشروع
بصفة لايوجد بدون تلك الصفة كالصلاة شرعت بوضوء فلا توجد
بدونه وهو نظير من قال لمن دخل داري فليدخل غاض البصر لايجوز
له ان يدخلها الا كذلك وكما قال من اراد ان يصلي فليتوضأ ومارواه
حكاية حال فلا عموم لها لاحتمال ان يكون المرخص هو المؤجل ولان القدر

علي تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد فيما يرسيب القدرة
وهو الاجل الذي فيه يتمكن من تحصيله يكون شرطا ضرورة وهذا
لان الواجب في الاصل هو تعيين المعقود عليه ليكون قادرا ونحوه
لايجوز بيعه فعلم بذلك ان البيع من غير تعيين المبيع رخصة لاجل
المفاليس لما روينا والرخصة اسم لما استبيح من قيام الدليل المحرم
تيسيرا علي العباد والعذر هنا هو العجز عن التسليم لغربته والعجز بسبب
العموم لايرتفع الا بالتمليك والامهال الي زمان التحصيل الي الحصاد
فاسقطنا التعيين لحاجة المفاليس وعوضنا الاجل لتقوم القدرة
علي التحصيل مقام القدرة علي التسليم حقيقة بخلاف الكتابة فيها
معقود به لا معقود عليه والشرط ان يقدر علي تسليم المعقود عليه
ولانه كالثمن حتي جاز استبداله قبل القبض والتعيين فلايكب تعيينه
حتي يقام الاجل مقام التعيين ولايدخله رخصة لان عدمه اصل وليس
بعارض للعقد ولان الكتابة عقد ارفاق فيصير عليه المولي ظاهرا
ولايضيق عليه المطالبة بالبدل اذ لو اراد التضييق عليه لما كاتبه
اصلا اذ العبد وكسبه لمولاه والمسلم فقد تجارة وهو مبني علي المماثلة
والمضايقة فالظاهر انه يطالبه بعقب العقد وهو عاجز عن تسليمه
فيتوخر بالتاجيل ليتمكن من التحصيل قال رحمه الله واقله شهرا
ايا الاقل الاجل شهر روي ذلك عن محمد لان ما دونه عاجل والشهر وما
فوقه آجل الاثري ان المدين اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه

قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل
كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة ايام رواه الطحاوي
عن اصحابنا اعتبارا بشرط الخيار وقيل اكثر من نصف يوم وعن
الكرخي انه ينظر الي مقدار السلم فيه والي عرف الناس في التاجيل
في مثله فان اجل فيه قدر ما يوجل الناس جاز والا فلا والاول
اصح وبه ياخذ قال رحمه الله وقدر راس المال في المكيل والموزون
والمعدود بيان قدر راس المال اذا كان العقد يتعلق علي مقداره
مثل المكيل والموزون والمعدود وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لايحتاج الي بيان قدر راس المال اذا كان معينا لانه صار
معلوما بالاشارة فلا يشترط اعلام قدره كما في الثمن والاجرة
والمزارعات والمعنى فيه ان معرفة العوض انما تشترط احترازا
عن المنازعة وجهالة قدره بعد التعيين بالاشارة لاتفضي الي
المنازعة لجهالة اليتمة فلا تشترط معرفته كما لاتشترط معرفة
اليتمة ولابي حنيفة ان جهالة قدر راس المال قد تفضي الي جهالة
المسلم فيه بان ينفق بعضه ثم يوجد بالباقي عيب فيرده ولاينفق
له الاستبدال في مجلس الرد فينفسخ العقد في المردود ويبقي غيره ولا
يدري قدره ليبقي العقد بحسابه فيفضي الي جهالة المسلم فيه فيجب
التحرز عن مثله وان كان موهوما الاثري انه لايجوز بكيل معين لم يعرف
قدره لتوهم هلاكه ولانه ربما يعجز عن تسليم المسلم فيه فيحتاج الي فسخ

العقد بعد ما انفق راس المال فينفسخ انه ولا يدركم يرد فيفضي
الى المنازعة او الى الربا فيجب التحرز عن كل موهوم ومن فروعه اذا
اسلم في جنسين ولم يبين راس مال احدهما بان اسلم مائة درهم في
كر حنطة وكر شعير ولم يبين حصة واحد منهما من راس المال لانه يتقسم
عليهما باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزر فلا يكون معلوما اسلم جنسين
ولم يبين احدهما بان اسلم دراهم ودنانير في مقدار معلوم من الكل
فبين احدهما ولم يبين الاخر لان راس المال لا يكون معلوما بمعرفة
بعضه ولا يعلم ما يخصه من المسلم فيه والمراد بالمعدود ما هنا
ما لا تتفاوت احاده لانه ح يتعلق العقد بقدره لانه من المقدور
قال رحمه الله ومكانا لا بقاء في ماله حمل ومؤنة وهذا عند ابي حنيفة
بيان مكان المسلم فيه ان كان له حمل ومؤنة وهذا عند ابي حنيفة
وقالا ليس بشرط ويوفيه في موضع العقد لان التسليم موجب العقد
فيتعين له موضع وجوده كما في البيع ولهذا وجب تسليم راس مال
السلم في ذلك المكان فكذا البدل الاخر اذ العقد يوجب المساواة
لانه السبب الموجب للاحكام المتعلقة به والتسليم من جملتها فيتعين
له موضع وجوده دلالة ما لم يعينا له مكانا اخر بالنص فيتعين له
ذلك المكان بخلاف البيع حيث يبطل باشتراط تسليم المبيع في غير
موضع العقد لان المشتري ملك المبيع بالعقد فاشتراط النقل عن
البائع شرط فاسد اذ العقد لا يقتضيه او يكون اجارة في بيع فيكون

مفسدا

مفسدا للنهي المعروف في صفقة عن صفقة ورب السلم لا يملك المسلم
فيه قبل التسليم فاشتراطه لا يكون اشتراط العمل في ملكه بل المسلم
فيه في ملك البائع وذلك غير مفسد لانه لا يزاحمه مكان اخر فيتعين
ضرورة كاول اوقات الامكان في الاوامر المطلقة وصار كالقرض و
الغصب لانه في الحال والاتلاف ولابي حنيفة ان يعين مكان العقد ما
بالتعيين صريحا او ضرورة وجوب التسليم عليه في الحال ولم يوجد
اذ السلم لا يجوز مؤجلا فيكون السلم متاخرا ضرورة ولانه لو تعين مكان
العقد لما جاز تغييره كمكان المبيع في بيع العين وكتعيين مكان العقد
فيما عقد في لجة وفساده لا يخفى واذا لم يتعين ولم يعينا مكانا اخر
بقي مجهولا لما له فاحشة فيودي الى المنازعة فيفسد لاختلاف الصفة
لان قيمة ما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الاماكن كما تختلف باختلاف
الصفة الا ترى ان الحطب في المدن اغلى منه في القرى ولهذا قيل الا
في بيان مكان الايفاء يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الصفة
وقيل على عكسه لا تعين المكان بمقتضى العقد عندهما حتى لا يحتاج
فيه الى ذكره فكان اختلافا في موجب العقد فيتحالفان كما لو
اختلفا في البدل وعنده بمقتضى الشرط حتى احتيج فيه الى ذكره
فصار كالاختلاف في شرط الخيار والاجل وعلى هذا الاختلاف الثمن
والاجرة والغصبة اذا كان لها حمل ومؤنة وهي دين في الذمة مؤجل
بان اشترى شيئا او استاجره بغيبة في الذمة موصوفا واقتسما

شيا وجعلا لاحدهما مكانا موصوفا في الذمة الى أجله
فعنده يشترط مكان الايفاء في الصحيح حتى يفسد اذا لم
يبين وعندهما لا يشترط فيسلم في مكان البيع ومكان تسليم
العين المستاجرة في موضع القسمة ثم اذا عين مصرا جاز
لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة في حق هذا الحكم لان قيمة
لا تختلف باختلاف المحلية من مصر واحد ولهذا لو استاجر
دابة ليحمل عليها في المصر فله ان يحمل عليها في اي مكان كان
وكذا لو دفع ماله الى رجل مضاربة ليعمل في المصر فله ان يعمل
في اي مكان كان وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما تبلغ نواحيه
فرسخا ما لم يخبر ببيان ناحية منه لان جهالة مفضية الى
المنازعة ولو شرط ان يوفيه في منزله جاز استحسانا والقياس
ان لا يجوز لان المنزل مجهول وقد يتبدل فلا يعلم وجه الاستحسان
انه يراد به المنزل حال حلول الاجل عادة والظاهر بقاؤه في
منزله اليه ولو شرط الحمل الى منزله قيل يجوز لانه اشتراط الايفاء
فيه وقيل لا يجوز لان الحمل لا يقتضيه العقد وانما يقتضي له بقاء
وهو يتصور بدون الحمل فيكون اشتراطه مفسدا وان شرط
ان يوفيه في موضع ثم يحمله الى منزله لا يجوز لانه لا يملكه بالايفاء
ثم اشتراط الحمل يكون اجارة في بيع فلا يجوز قال رحمه الله
وما لا حمل له يوفيه حيث شاء وهذا على اطلاق قول ابي حنيفة

رحمه الله سواء بينا مكان الايفاء او لم يبينا لان ما ليته لا
تختلف باختلاف الاماكن فلا يفيد تعيينه فيلغو وقيل ان
لم يبين فيه مكان الايفاء يتعين موضع العقد عندهما وهو الاظهر
من قولهما لانه موضع الالتزام وهو رواية الجامع الصغير
والمبسوط وان بين تعين ذلك لانه قد يفيد امر اخطر الطريق
فيعتبر فحاصله ان في ما لا حمل له ولا مؤنة كالمسك والزعفران
وما اشبههما لا يحتاج فيه الى تعيين مكان الايفاء بالاجماع
وان اختلفت رواياتهم فيه في البر في اي مكان يجب تسليمه فيه
على ما بينا قال رحمه الله وقبض رأس المال قبل أن يتفرقا
والمراد شرط بقاؤه على الصحة لانه ينعقد صحيحا ثم يبطل
بالافتراق لا عن قبض وانما شرط قبضه قبل الافتراق لان حكمه
ينبني على اخذ عاجل باجل وذلك بالقبض قبل الافتراق لكون
وقفه على ما يقتضيه اسمه كما في الحوالة والكفالة والصرف
ولا فرق في ذلك بين ان يكون رأس المال مما يتعين او لا لما ذكرنا
ولانه فيما يتعين يلزم الافتراق عن دين بدين وهو منهي عنه
ولانه لا بد من تسليمه اليه ليتصرف فيه فيقدر على تسليم المسلم
فيه ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه لانه يمنع تمام القبض
اذ القبض لا يتم الا اذا كان مبنيا على الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت
الملك لا يمنع العقد وفي حق الحكم فيمنع تمام القبض والافتراق

فيه قبل تمامه مبطل للعقد ولذا لا يثبت في المسلم فيه خيار الرؤية
لانه غير مفيد لانه دين في الذمة فكلما ورد عليه بخيار الرؤية اعطاه
اعطاه غيره لكونه لا يتعين فلا يفيد بخلاف خيار العيب في رأس
المال وخيار الرؤية حيث يثبتان فيه اذا كان مما يتعين بالتعيين
لانهما يفيدان الفسخ بالرد ولان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة
بالقبض وبخلاف الاستحقاق لان الاستحقاق لا يمنع تمام القبض حتى
لو اجاز المالك العقد بعد الافتراق بعد القبض جاز لان السبب فيه
مطلق وامتناع الحكم فيه ليس بمقتضى السبب بل لحق المالك فاذا اجاز
التحق الاجازة بحال العقد بخلاف خيار الشرط لانه يمنع انعقاده
في حق الحكم وهو فرق الافتراق قبل القبض فيكون مبطلا ولو اسقط
خيار الشرط لا يمنع انعقاده في حق الحكم قبل الافتراق جاز اذا كان
رأس المال قائما عند اسقاط الخيار والا فلا لان الاتمام يعتبر بالابتداء
وفيه خلاف زفر وهو مبني على قاعدته ان العقد اذا وقع فاسدا
لا يعود صحيحا على ما بينا من قبل وجملة الشروط جمعوها في قولهم
اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان
الايفاء والقدرة على تحصيله ويدخل تحت قوله اعلام رأس المال جنسه
ونوعه وصفته وقدره وكذا في المسلم فيه والمراد بالقدرة على تحصيله
ان يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل قال رحمه الله فان اسلم
مائتي درهم في كر بر مائة دينا عليه ومائة نقدا والسلم في الدين باطل

اي في حصة الدين لانه دين بدين وصح في صحة العقد بوجود قبض
راس المال في المجلس بقدره ولا يشيع الفساد لانه طارا اذا وقع
صحيحا في الكل ولهذا لو تقابضا بيتين قبل الافتراق صح لان الدين لا ينقلب
في العقد لكنه يبطل بالافتراق قبل نقد المائة الاخرى فلا يشيع
البطلان الطاري كما اذا باع عبدين فهلك احدهما قبل القبض
بطل العقد فيه قبل دون الاخر لما قلنا بخلاف ما اذا جمع بين حر
وعبد وباعهما حيث يبطل فيهما لان البطلان فيهما مقارن فيكون
في العبد بيعا بالحصة ابتدا فلا يجوز لجهالة الثمن اولان العقد الواحد
لا يمكنه وصفه بالصحة والبطلان ولا فرق في ذلك بين ان يضيف
اليهما كما ذكرنا في الكتاب او يضيف الى ما بين مطلقا ثم يجعل المائة
من راس المال قصاصا بما في ذمته من الدين في الصحيح لان العين يحتملهما
وهو كون الفساد طاريا اذا الدين لا يتعين باضافة العقد اليه الا
ترى انه لو باع عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع ولو
تعين لبطل بخلاف ما لو تبايعا عينا بدين وهما يعلمان ان لا دين
حيث يبطل البيع لانه بيع بلا ثمن ولا يقال لو اسلمت اليك هذه المائة
والمائة التي على فلان حيث يبطل العقد في الكل وان نقدا لكل لانا
نقول اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وفساده
مقارن للعقد فيتعدى بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولو كان العين
والدين مختلفي الجنس بان كان له على آخر مائة درهم فاسلماها اليه

وعشرة دنانير في اكرار معلومة لا يجوز في الكل اما حصة الدين
فلما ذكروا ما حصة العين فلجهالة ما يخصه من السلم فيه وهذا
عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في حصة العين وهي مبنية على اعلام
قدر راس المال وقد بيناه وعن زفر رحمه الله ان السلم في الكل باطل
في الجنس الواحد لانه لما بطل في حصة الدين وجب ان يبطل في غيره
لانه جعل البقول فيه شرطا لصحته في الاخر فيفسد في الكل وجوابه
ما بينا ان العقد وقع صحيحا لعدم تعين الدين ثم فساده في
البعض لا يتعدى على ما تقدم قال رحمه الله ولا يصح التصرف
في راس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة او تولية لان السلم فيه
مبيع بدليل ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما ليس
عند الانسان ورخص في السلم والتصرف في المبيع المنقول قبل
القبض لا يجوز على ما عرف في موضعه وراس المال مستحق القبض في المجلس
والتصرف فيه يفوت القبض المستحق فلا يجوز الا تري الى قوله عليه
الصلوة والسلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك فقد امتنع التصرف
فيهما قطعا حيث لم يجز اخذ غيرهما بدلا عنهما ففي التولية تمليك بعوض
وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز ولان راس المال له شبهة
بالمبيع حتى لا يجوز تفويت القبض فيه بالتمليك او بالابراء كالمبيع
فاخذ حكمه قال رحمه الله فان تقايلا المسلم لم يشتر يا من المسلم
اليه شيا براس المال يعني قبل قبضه بحكم الاقالة لقوله عليه الصلوة

والسلام

والسلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي الا سلمك حال قيام
العقد او راس مالك حين انفساخه فامتنع الاستبدال ولان راس
المال اخذ شبهه بالمبيع لان الاقالة بيع في حق غيرهما ولا يمكن جعل
المبيع المسلم فيه مبيعا لسقوطه فتعين ان يجعل راس المال مبيعا
وان كان دينا في الذمة لان كونه دينا لا ينافي ان يكون مبيعا كالمسلم
فيه قبل الفسخ فصار راس المال بعد الاقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها
فيا خذ من حرمة الاستبدال بغيره ولان الاقالة لما صارت بيعا
جديدا من وجه كان حكم راس المال فيها حكمه في البيع الاول وهو البيع
تنزيلا للخلف منزلة الاصل فيحرم استبداله بعد الاقالة كما كان يحرم
قبلها الا انه لا يجب قبضه في المجلس بعدها كما كان يجب قبلها لان
الاقالة ليست ببيع من كل وجه ولهذا جاز ابراؤه عنه وان كان لا يجوز
قبلها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجوز بيعه بعد الاقالة وهو
القياس لانه لما بطل السلم بقي راس المال دينا في الذمة فيصح الاستبدال
به كسائر الديون ووجه الاستحسان ما بينا قال رحمه الله ولو
اشتري المسلم اليه كرا وامر رب السلم بقبضه قضا لم يصح وصح او
قرضا وامره بقبضه لنفسه ثم لنفسه فعمل ومعناه ان يكيله لنفسه
بعد القبض لانه اجتمع هنا صفتان صفة بين المسلم اليه وبين
المشتري منه وصفة بين المسلم اليه وبين رب السلم كلاهما بشرط
الكيل فلا بد من الكيل مرتين قضا للصفتين ولم يوجد في الاولى

وهو ما اذا امر المسلم اليه رب السلم بقبضه من البايع قضا
لحقه فلم يصح ووجد في الثانية وهو ما اذا امره المسلم اليه
بقبضه له ان يكيله ثم يقبضه لنفسه بالكيل ثانيا فلهذا جاء
والاصل فيه ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام
حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري ومحمله
على ما اذا اجتمعت الصفقتان فيه واما في صفقة واحدة
فيكتفي بالكيل فيه مرة في الصحيح انتهى قال رحمه الله ولو امره
رب السلم ان يكيله في ظرفه ففعل وهو غايب لم يكن قبضا بخلاف
المبيع يعني لو دفع رب السلم الى المسلم اليه ظرفا فمثل الغرارة مثلا
وامر المسلم اليه رب السلم ان يكيل الطعام المسلم فيه ويجعله في
الظرف ففعل المسلم اليه ورب السلم غايب لم يكن قبضا ولو كان
مكان السلم مشتري بان اشترى برا معينا ودفع المشتري الى
البايع ظرفا وامره ان يكيله ويجعله في الظرف ففعل البايع
والمشتري غايب صح وهو المراد بقوله بخلاف المبيع والفرق ان
رب السلم حقه في الذمة فلا يملكه الا بالقبض فلم يصادف امره
ملكه فلا يصح فلا يكون المسلم اليه مستعيرا للظرف فيحل فيه
ملك نفسه كالمديان اذا دفع كيسا الى المديون وامره ان يزن دينه
ويجعله فيه فانه لا يصح والمشتري ملك الطعام بنفس الشرا
فيصح امره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله في الظرف ويكون

البايع وكيلا في امساك الظرف فيكون الظرف في يد المشتري
حكما فكان الواقع فيه واقعا في يده حكما ولذلك اكتفي بذلك الكيل
في الصحيح الازري انه لو امره بالطحن او بالغايه في البحر فعمل يكون
على الامر في الشرا ويتقرر عليه الثمن وفي السلم على المامور لما قلنا
فان قبل البايع لا يصلح ان يكون وكيلا في القبض حتى لو وكله
بالقبض نصا لا يصح توكيله ولا يكون قابضا له فكيف يتصور
ان يكون وكيلا له قلنا للصحة امر لكونه مالكا له صار وكيلا له
ضرورة وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ولو كان رب السلم
حاضرا وكاله المسلم اليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير
قابضا لان التخلية تسليم ولو امره في الشرا ان يكيله ويجعله في
ظرف البايع ففعل لم يصر قابضا كما اذا دفع لصايغ فضة ليصيغها
خاتما وامره ان يزيد عليه من عنده فضة قرضا كمن استقرض من
رجل حنطة وامره ان يزرعه في ارضه قبل ان يقبضه فانه يصير
قابضا له بالاتصال بملكه لانه عين ماله والخلط باذنه بخلاف
الصباغ اذا صبغ الثوب حيث لا يصير صاحبه قابضا باتصال
الصبغ بثوبه لان المعقود عليه فيه الفعل وهو الصبغ لا العين
والصبغ لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال ولم يتصل بالثوب
فلهذا لم يصر قابضا لهما اما الدين فلما ذكرنا واما العين فلانه
خلطه بملكه فقد استهلكه قبل التسليم عند ابي حنيفة فينتقض

المبيع وهذا الخلط لم يرض به لجواز ان يكون مراده البداية
بالعين فلم يتعين رضاه به حتى يكون شركة قال رحمه
الله وان اسلم امة في كر وقبضت الامة فتقايلا فماتت او
ماتت الامة قبل الاقالة لغا وصحت وعليه قيمتها والعين
ماتت الامة بعد الاقالة قبل ان يقبضها رب السلم بحكم
الاقالة او ماتت قبل الاقالة ثم تقايلا بعد موتها بقيت
الاقالة على حالها ولم تبطل بموتها في الاولى وصحت الاقالة
بعد موتها في الثانية ويجب على المسلم اليه قيمة الجارية فيهما
يوم قبضها لان شرط صحة الاقالة بقاء العقد وهو يبقى
ببقاء المعقود عليه والمعقود عليه في السلم هو المسلم فيه
وهو باق في ذمة المسلم اليه بعد هلاك الجارية فصحت
الاقالة ابتداء وكذا بعد الهلاك لان البقاء اسهل من الابتداء
فاذا انفسخ العقد يجب عليه رد الجارية وقد عجز عن ردها
فيجب عليه قيمتها لقيامها مقامها كما لو تقايضا عبدا بجارية
ثم تقايلا بعد هلاك احدهما فانه يصح لبقاء احدهما ويجب
رد الباقي منهما ويجب على الآخر قيمة الهالك لما قلنا قال
رحمه الله وعكسها شراؤها بالف اي عكس مسئلة السلم شراء
الجارية فان الحكم فيها لو ماتت الجارية بعد الاقالة قبل شيء
بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد هلاكها ابتداء ولا بقاء لانعدام

المحل

قالة
المحل فكانت عكس الاولى بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الا
ابتداء بعد هلاك احدهما ولا تبطل به لان كل واحد من العوضين
فيه معقود عليه لكونه مبيعا من وجه فيبقى العقد ببقاء
احدهما فحاصله ان هذا الجنس ينقسم الى اربعة اقسام
احدها الاقالة في السلم والثاني الاقالة في بيع المقايضة
والثالثة الاقالة في بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم الثلاثة
والرابع الاقالة في الصرف وحكمه انه اذا تقايلا فيه بعد
هلاك احد البدلين او كلاهما او هلك البدلان او احدهما
بعد الاقالة قبل التراد صحت الاقالة لان المعقود عليه
في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة الآخر وذلك غير
معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه
الاقالة وهذا لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد فلا يرد
على المقبوض وهذا لو كان المقبوض قائما كما لو تقايضا عبدا بجارية
غيره بعد التقايل قال رحمه الله والقول لمدعي الزيادة
والتاجيل لا الناقي الوصف والاجل يعني اذا اختلفا في اشتراط
الوصف في المسلم فيه بان قال احدهما شرطنا رديا وقال
الآخر لم نشرط شيئا كان القول قول من يدعي اشتراط الوصف
والاجل لانه يدعي الصحة اذ السلم لا يجوز الا موجلا موصوفا
فكان الظاهر شاهدا له لان الفاسد حرام والظاهر من حال

من حال المسلم ان يجتنب الحرام ويباشر المباح ثم الاصل في
جنس هذه المسائل انهما اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام
احدهما مخرج التعنت كان باطلا وكان القول قول مدعي
الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك عند ابي حنيفة
ان اتفقا على عقد واحد وعندهما القول للمنكر ثم تفاصيل
المسئلة ان تقول لو اسلم الى رجل في كر حنطة فقال المسلم
اليه شرطنا ردينا وقال رب السلم لم نشرط شيا كان القول
قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكار الصحة اذ
الظاهر ان المسلم فيه مع ردائته يزيد على راس المال وكلام
المتعنت مردود وفي عكسه بان ادعى رب السلم شرط الرديء
وانكر المسلم اليه الشرط اصلا كان القول لرب السلم عند
ابي حنيفة رحمه الله لانه يدعي الصحة وعندهما القول
للمسلم اليه لانه منكر ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال
رب السلم له اجل كان القول لرب السلم عندهم لان المسلم
اليه متعنت في انكار ما ينفعه وهو الاجل وهو حق له
فكان باطلا قال رحمه الله وصح السلم والاستصناع في
نخوخف وقسم اما السلم فلانه يمكن ضبط صفته ومعرفة
قدره فوجب القول بجوازه اذا اجتمعت فيه شرائطه على
ما بينا من قبل والاستصناع فللاجماع الثابت من لدن النبي

صلى

صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو من اقوى الحجج وقد
استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما وسريرا وقال
عليه الصلاة والسلام ما راه المؤمنون حسنا فهو حسن عند
الله وهذا استحسان والقياس انه لا يجوز لانه بيع المعدوم
وهو منهي عنه ولكنا نرى العمل به بما ذكرنا والقياس يترك
بمثله كدخول الحمام والاستجمام باجر وطلب شربة ماء من السقا
بفلس كل ذلك جايز للتعامل وان كان القياس يأباه للجهالة
لانه لا يعرف كم قدر يقعد في الحمام وكم قدر يستعمل او يشرب
من الماء وكم قدر يخرج من الدم اذ لا يعتبر القياس بمقابلة
الاجماع او النص وقد قال عليه الصلاة والسلام لا تجتمع
امتي على الضلالة ولا يشكل هذا على قول ابي حنيفة في المزارعة
فان التعامل فيه موجود ومع هذا لم يأخذ به واخذ بالقياس
لان الخلاف فيها كان موجودا في الصدر الاول ولم يجز التعامل
فيها من غير نكير بخلاف ما نحن فيه ثم انما يجوز اذا جرى فيه
تعامل ولا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه ويكون سلما
اذا اجتمعت فيه شرائطه ثم في الصحيح ان الاستصناع يجوز
بيعا وقال ابو سعيد البردعي المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع
استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على
انه هو المعقود عليه والادم فيه بمنزلة الآلة للعمل ولهذا

يبطل بموت احدهما والاول اصح ولهذا لايشترط ان يعمله بعد
العقد حتى لو جابه لامن صنفته اومن صفته قبل العقد جاز
وكذا لو عمل بعده وباعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز
ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله وكذا محمد رحمه الله
قال اذا جاء به معروفا فللمستصنع الخيار لانه اشترى مالم
يره سماه شراء واثبت فيه خيار الرؤية وهو لايثبت الا
في العين وانما يبطل بموت احدهما لان للاستصناع شبها
بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع فلشبهه بالاجارة قلنا
يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه
ماذكرنا من احكام البيع فجمعنا بينهما على التعاقب لتعذر
جمعهما في حالة واحدة كما قلنا في الهبة بشرط العوض هبة
ابتداء بيع انتهاء والمعنى فيه ان المستصنع طلب منه العين
والدين فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين فان قيل
اذا اعتبرتم فيه معنى الاجارة ومعنى البيع وجب ان يخير
كل واحد منهما على المضي ولايخير قلنا الاجارة تنفسخ
للاعذار وهذا عذر لان الصانع يلزمه الضرر بقطع الصوم
فباعتباره يكون للمستصنع الفسخ لانه اشترى مالم يره
على قول من قال بالتخيير ولان الجواز للضرر فيظهر في حقه
والاضرورة في حق اللزوم فلا يظهر في حقه قال رحمه الله

فاخذه

وله الخيار اي للمستصنع الخيار اذا راى المصنوع لانه
اشترى مالم يره بخلاف السلم لانه لافايدة في اثبات الخيار
فيه لانه كلما رده عليه اعطاه غيره لكونه غير متعين اذ السلم
دين في الذمة فيبقى فيها حتى يقبض وهذا يفيد الفسخ لانه
يتعين كالاحضار ولاخيار للصانع لانه باع مالم يره وعن
ابي حنيفة ان له الخيار ايضا لانه يلحقه الضرر بقطع الصوم
وعن ابي يوسف انه لاخيار لواحد منهما اما الصانع فلما ذكرنا
واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع فربما
لايرغب فيه غيره والصحيح ان للمستصنع الخيار دون الصانع
لانه المشتري لما لم يره والصانع بايع قال رحمه الله والصانع
بيعه قبل ان يراه ومؤجله سلم اي اذا اجل المستصنع صار سلما
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله
ان ضرب له الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع وان ضرب فيما
لاتعامل فيه كالثياب ونحوه لايجوز اجماعا فتعين حمله على السلم
تحريا للجواز واما فيما فيه تعامل كالخف ونحوه فيحتمل الوجهين
لكن لفظ الاستصناع فيه فكان محافظة قضيتها اولى ويحتمل
الاجل على الاستعجال لانه يحتمل ان يكون ذكره للتعجيل ويحتمل ان
يكون للاستمهال ولفظ الاستصناع محكم فيه فيكون على الحكم
فيحتمل المحتمل عليه وان قال ان يفرغ عنه غدا او بعد غد

يكون استصناعا لانه للفراغ لا لتاخير المطالبة وقيل ان
ذكر ادنى مدة يتمكن فيها فهو استصناع وان كان اكثر من
ذلك فهو سلم ويختلف ذلك باختلاف العمل فلا يمكن تقديره
بشيء وعن الهندواني ان ذكر الاجل فان كان من قبيل المتضع
فهو للاستعجال فلا يصير سلما وان كان من قبيل الصانع فهو
للاستمهال فيكون سلما ثم فائدة كونه ان يشترط فيه
شرائط السلم من قبض راس المال قبل الافتراق وعدم
خيار الفسخ لهما الى غير ذلك من احكامه على ما بينا قال
رحمه الله باب المتفرقات صح بيع الكلب
وعن ابي يوسف لا يصح بيع الكلب العقور لانه لا ينتفع به فصار
كالهوام المؤذية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب
اصلا لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الكلب وقال عليه
الصلوة والسلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس
العين فصار كالخنزير ولنا ما روي عن ابن عباس انه عليه
الصلوة والسلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية
وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه الصلوة والسلام قضى
في كلب بار بعين درهما ولانه مال متقوم آلة الاصطياد
فيصح بيعه كالبازي الا ترى ان الشرع اباح الانتفاع به
حراسة واصطيادا فكذا ابيعا ولانه يجوز تملكه بغير عوض كالهبة

والوصية فكذا بعوض بخلاف الخنزير لانه نجس العين كالميتة
الا ترى انه لا يجوز الانتفاع به شرعا والكلب ليس بنجس العين
وبخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها وما رواه الشافعي محمول
على ابتداء الاسلام حين كان عليه الصلوة والسلام امر بقتل
الكلاب لانه روي عن ابراهيم انه قال روي انه عليه الصلاة
والسلام رخص في ثمن الكلب الصيد فلفظ الرخصة يدل على
الاستباح ولا فرق في ذلك بين انواع جميع الكلاب المعلم وغير
المعلم وشرط شمس الائمة لجواز بيع الكلب ان يكون معلما او
قابلا للتعليم قال رحمه الله والفهد والطير والسباع لانها
حيوان يجوز الانتفاع به عادة وتقبل التعليم عادة فجاز
بيعها والحرف ان كان ينتفع به في الحال او في المال وله قيمة
نحو الحمش والطفل جاز بيعه والا فلا ولهذا لا يجوز بيع حبة قمح او
نقطة ماء وكف تراب لانها لا ينتفع بها اذ لا قيمة لها والفيل
يجوز بيعه لانه منتفع به حملا وركوبا وفي بيع القرد روايتان
عن ابي حنيفة رحمه الله في رواية الحسن عنه انه يجوز لانه يمكن
الانتفاع به بجلده وفي رواية ابي يوسف عنه انه لا يجوز لانه
وهو محظور والصحيح الاول والهر يجوز بيعه لانه ينتفع به وكل
ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير يجوز بيعه لما ذكرنا
الا الخنزير فانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به فكذا لا يجوز

لا يجوز بيعه قال رحمه الله والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير
لقوله عليه الصلوة والسلام فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم
مكلفون فيحتاجون الي تبقية انفسهم ليتحملوا اعباء التكاليف
كالمسلمين فيشرع في حقهم الاسباب ليتمكنوا من تحملها بمباشرة
الاسباب لتحصيل تبقي به الانفس حتي لا يبقي لهم عهد في تضييع
حقوق الله تعالي فكل ما جاز للمسلمين من البياعات كالصرف
والسلم وغيرهما من انواع التصرفات جاز لهم وما لا يجوز من
الربا وغيره لا يجوز لهم الا في حق الخمر والخنزير فان عقدهم فيها
كعقد المسلم علي الخمر والشاة فيجوز فيهما ما يجوز منه ولا يجوز
ما لا يجوز لانهما اموال نفيسة عندهم فيلحقان بنظيرهما من امو النا
وهذا لانا امرنا بان نقرهم علي ما يعتقدون وما بذلوا الجزية
الا لذلك ولهذا قال عمر رضي الله عنه ولهم بيعها وخذوا العشر
من اثمانها والصحابة متوافرون ولم يعرف لهم مخالف فصار اجماعا
قال رحمه الله ولو قال بع عبدك من زيد بالف علي اني ضامن لك
مائة سوي الالف فباع صح بالالف وبطل الضمان وان زاد من
الثمن فالالف علي زيد والمائة علي الضامن يعني زاد هذه الكلمة
بان قال بع عبدك من زيد بالف علي اني ضامن لك مائة من الثمن
سوي الالف فانه يصح ويكون الالف علي المشتري والمائة علي الضا
من
وقال زفر والشافعي لا تصح الزيادة ولا تلزمه وهذا مبني علي

شيئين احدهما ان الزيادة تصح وتلحق باصل العقد عندنا
وعندهما لا تصح وقد بينا وجه المذهبين من قبل والثاني ان
اصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله حتي لا يصح اشتراطه علي
غيره اذ لا يفيد بازائه مالا يقابله وفضل الثمن يستغني عن
مال يقابله حقيقة الا تري ان الزيادة تجوز من المشتري وان
لم يسلم له بمقابلتها شيء فكذا تجوز من الاجنبي اذا لم يسلم له شيء
فصارت نظير بدل الخلع فانه يجوز اشتراطه علي المراة اذ لا يسلم
لها شيء بمقابلة البدل لان البضع لا يتقوم حالة الخروج فاستويا
فيه فكذا هنا لكن من شروط صحة الزيادة ان توجد المقابلة
تسمية وصورة حتي يجب حسب وجود الثمن بواسطة المقابلة
صورة فان لم تقابله حقيقة الا تري انه لو باع شيأ باضعاف
قيمته يجوز وان لم يقابله ما زاد علي قيمته مال حقيقة وانما يقابله
صورة فان قال من الثمن فقد وجد شرطها فيصح وان لم يقل لم
يوجد فلا يصح لانه يكون التزاما للمال ابتداء وهو رشوة لا بيعا
وهي حرام فلا يصح فصار الاصل ان كل ما يحصل فيه للاصيل بمقابلة
شيء من البدل لا يجوز اشتراط البدل علي الاجنبي وان لم يحصل لا يجوز
لاستوائهما في عدم الحصول فاذا جازت الزيادة من الاجنبي لا يرجع
بها علي المشتري ولا يظهر في حق البايع وفي الشفيع والمرابحة حتي اذا
اخذ البايع الالف من المشتري لا يحبس المبيع لاجل المائة ويراجع علي

الالف لانه قام عليه وياخذ الشفيع بالالف لان الزيادة لم
تثبت عليه في حقه وان كانت من المشتري لعدم ولايتهما عليه ولو
تقايلا البيع فللأجنبي ان يسترد الزيادة لانها من الثمن وفي قياس
قول ابي يوسف لايسترد لان الاقالة في حق بيع جديد وكذا الوديعة
يهب بغير قضاء وان كان بقضاء يسترد لكونه فسخا ولو ضمن
الزيادة بامر المشتري ظهرت في حق الكل حتى لايرجع الضامن بها
على المشتري ويرجع عليها وعلى الالف ولايطالب المشتري بالزيادة
وان كان بامره لانه لما تفذت من جهته صار هو وكيلا فيها فترجع
اليه الحقوق اولانه لم يلتزمها وانما التزمها الاجنبي فيطالب بها
وحده وهذا كالشرا يطالب هو فقط ثم يرجع على الموكل فكذا هو
في الحاصل للمسئلة ثلاث صور احداها ان يقول بعه بالف علي
اني ضامن لك مايبقى سوى الالف من الثمن والثانية ان يترك قوله
من الثمن وقد ذكرنا الثلاثة وحكمها فافهم وهذا كله فيما اذا
كانت الزيادة في العقد واما اذا زاد الاجنبي بعد العقد فانه لايجوز
الا باجازة المشتري او يعطي الزيادة من عنده او يضمنها الى نفسه
وان زاده بامر المشتري جاز ولايلزمه شيء والمال لازم للمشتري
لانه سفير فيه ومعبر فلا يلزمه الا بالضمان وهو نظير الخلع
والصلح وانما صار سفيرا لانه لا يخلو اما ان اضافه الى المشتري
بان يقول زدتك على ثمن العين الذي اشتراها منك فلان ولا

كالوكيل

يمكنه باضافته اليه كالخلع فلا يكون مباشرا وان كان بامره
بل رسولا قال رحمه الله ووطئ زوج المشتراة قبض لانعدام
يعني لو اشتري امة وزوجها المشتري قبل القبض صح النكاح
لوجود الملك في الرقبة على الكمال بخلاف البيع لانه يبطل بالزنا
ويشترط فيه القدرة على التسليم بخلاف النكاح الا ترى ان تزوج
الابق يجوز دون بيعه ثم اذا جاز النكاح فان وطئها كان
قبضا لها لان الوطئ من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار
منسوبا اليه كانه فعله بنفسه وان لم يطأها لايكون قبضا
استحسانا والقياس ان تقول يكون بنفس التزوج لانه يثبت
حكمي الا ترى انه لو وجد المشتراة متزوجة يردها بالعيب فصار
كالتدبير والاعتاق وكالوطئ وجه الاستحسان ان لم يتصل
بها من المشتري فعل يوجب نقصانا في الذات وانما هو عيب في الحكم
على معنى ان رغبات الناس تقل فيها فينقص الثمن لاجله فصار
كنقصان السعر بخلاف الوطئ لانه فعل حسي اتصل بها واوجب
نقصانا في ذاتها لان منافع البضع تلحق بالجزء ولهذا تضمن
بالاتلاف فصار كما لو اتلف عضوا منها الا ترى انه لو
اقر المشتري بدين على العبد المشتري قبل القبض لايكون قبضا في
وان تعيب من جهته بوجوب الدين عليه حكما وهذا مثله بخلاف
التدبير والاعتاق لان المالية قد تلفت به ومن ضرورته يصير

يمكنه

قابضا قال رحمه الله ومن اشترى عبدا فغاب فبرهن
البايع على بيعه وغيبته معروفة لم يبع بدين البايع ولا ببينة
اي اذا اشترى شخص عبدا فغاب المشتري قبل القبض واقام البايع
البينة ان هذا العبد كان له وباعه من فلان وغاب قبل ان
يقبض الثمن وطلب من القاضي ان يبيعه بدينه فان غاب المشتري
غيبة معروفة لم يبعه القاضي بدينه لانه يتوصل الى حقه بدون بيعه
بالذهاب اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه ابطال حق المشتري
في العين وان لم يدر اين هو اجابه القاضي المنقول ان اقام البينة
لان البينة هنا ليست للخلاف للقضاء على غايب وانما هي لنفي
التهمة وانكشاف الحال لان القاضي نصب ناظرا لكل من عجز عن
النظر ونظرهما في بيعه لان البايع يصل به الى حقه ويبرأ من ضمانه
والمشتري ايضا يتراد منه من دينه ومن تراكم نفقته فاذا انكشف
الحال عمل القاضي بموجب اقراره فلا يحتاج فيه الى خصم حاضر
وانما يحتاج اليه اذا كانت البينة للقضاء وهذا لان العبد في
يده وقد اقر به للغايب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك
للغايب على الوجه الذي اقر به ولا يقدر البايع ان يصل الى حقه
فيبيعه القاضي احتيالا لحقه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات
مفلسا قبل القبض بخلاف ما اذا غاب المشتري بعد القبض حيث لا
يبيعه الحاكم لان حقه غير متعلق به ولا يقال هذا بيع قبل القبض

وهو

وهو غير جايز فكيف يباع لانا نقول من مشايخنا من قال ان
القاضي يوكل من يقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من ابطال
يد البايع قبل ايفاء الثمن والاولى ان يقال ان البيع هنا ليس
بمقصود وانما المقصود احياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه لان
الشيء قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا ثم اذا باع واوفى ثمنه
فان فضل شيء من دينه يمسك للغايب المشتري لانه بدل ملكه
وان لم يف بالدين وبقي شيء منه تبع البايع اذا ظفر به ولو غاب
احد المشتريين الحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى ينفذ
شريكه يعني اذا اشترى رجلان شيا فغاب احدهما قبل القبض
يجوز للحاضر دفع الثمن وقبضه كله ثم اذا حضر شريكه فلدائن
يحبسه عن حق ينقده وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى
وقال ابو يوسف اذا نقد الحاضر الثمن ليأخذ الا بطريق المهاياة
وكان متبرعا فيما اداه عن صاحبه فصار الخلاف في مواضع
احدها في قبض جميع المبيع على تقدير ايفاء الثمن كله والثاني
في حبس نصيب الغايب عنه اذا حضر والثالث في الرجوع عليه
بما اداه والرابع في اجبار البايع على قبول ما ادعاه الحاضر من نصيب
الغايب عندهما يجبر وعنده لا يجبر والخامس في اجبار البايع على
تسليم نصيب الغايب من المبيع الى الحاضر عندنا بقبض الثمن كله
فعندهما يجبر وعنده لا يجبر لابي يوسف رحمه الله ان الحاضر

قضي دينا على الغايب بغير امره فكان متبرعا فيه بالاجماع
ولو كان مضطرا لما اختلف بين حضرته وغيبته كالوكيل بالشرا
وكصغير الرهن وصاحب العلو في قضا الدين قوله في قضا الدين
راجع الى الرهن وبنا السفل راجع الى العلو وهذا يقال له لف
ونشر ولهما ان الحاضر مضطر الى اداء كل الثمن لان للبايع
حق حبس كل المبيع الى ان يستوفي كل الثمن فلا يكون متبرعا مع
الاضطرار اذا قضي نصيب شريكه ليصل الى الانتفاع بنصيبه
فصار كصغير الرهن وصاحب العلو وانما اختلف بين حضرته
وغيبته لانه كالوكيل عن صاحبه من وجه من حيث ان ملكه
الغايب ثبت بقول الحاضر لان من باع شيا من شخصين لا
يثبت
لكل واحد منهما الا بقبول الاخر وليس بوكيل من وجه من حيث ان
كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن فاشبه الاجنبي
والاصل ان الشيء متى تردد بين شبهين توفر عليه حظهما فيشبهه
بالاجنبي يكون متبرعا عند حضوره ويشبهه بالوكيل يكون
مضطرا عند غيبته وهذا اولى من العكس لانه في حالة الحضرة
يمكنه ان يخاصمه الى الحكام فلا يكون مضطرا وفي حال غيبته
لا يمكنه فجعل مضطرا فيرجع بالثمن ويحبس المبيع به كالوكيل
قال رحمه الله ومن باع امة بالف مثقال ذهب وفضة
نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السوا فيجب من كل

منهما خمسماية مثقال لعدم الاولوية فصار كانه قال اعتقت
بخمسماية مثقال ذهب وخمسماية مثقال فضة بخلاف ما اذا
اشتري جارية بالفضة الذهب والفضة حيث يجب من الذهب
مثاقيل ومن الفضة دراهم لانه اضاف الالف اليهما فينصرف
الى الوزن المعهود من كل واحد منهما وعلى هذا لو قال لفلان
علي كر حنطة وشعير وسمسم يجب عليه من الكل الكر من كل ثلثه
وهذه قاعدته في المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة
والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره في الموزون والمكيل
والمعدود والمذروع قال رحمه الله وان قضي زيف عن جيد
فتلف فهو قضا يعني اذا كان له على اخر دراهم جياد فقضاه من
زيوفا وهو لا يعلم فهلكت او انفقها ثم علم بالعيب فهو قضا
فلا يكون له غير ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يرد زيوفه ويرجع بالجياد لان حق صاحب الدين
قال رحمه الله
وان افرخ طيرا او باض او تنكس في ارض رجل فهو لمن اخذه لانه
مباح سبقت يده اليه فكان اولى به لقوله عليه الصلوة والسلام
الصيد لمن اخذه والبيض صيد وهذا يجب على المحرم الجزا لكبره
قال الله تعالى ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله ايديكم ورماحكم
اي البيض والفرخ وهذا اذا لم تكن ارضه مهيئة لذلك وان كا
مهيئة للاصطياد فهو له الا ري ان من نصب شبكة للخفاف

فتعقل بها صيدا او حفر بئرا الماء ووقع فيها صيد لا يملكه
ولا يجب عليه الجزاء ان كان محرما وعلى هذا لو دخل صيد داره
او وقع ما ناثر من الدراهم في ثيابه بخلاف معسل النحل في ارضه
حيث يملكه وان لم تكن ارضه معدة لذلك لانه من اتوال الارض
حتى يملكه تبعا لها كالاشجار النابتة والتراب المجتمع فيها لجريان
الماء اذا لم تكن معدة لذلك ولهذا يجب في العسل العشر اذا اخذ
من ارض العشر قال رحمه الله ما يبطل بالشرط الفاسد ولا
يصح تعليقه ولا بالشرط البيع والقسمة والاجارة والرجعة
والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل والاعتكاف
والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف والحكم والاصل
فيه ان كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة
لما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع وشرط وما
كان مبادلة بغير مال او كان من التبرعات لا يبطل بالشروط
الفاسدة من باب الربا وهو مختص بالمعاوضات المالية
دون غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربا هو الفضل
الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما
لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض
وهو الربا بعينه ولا يتصور ذلك في المعاوضات غير المالية
كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ولا في التبرعات

فبطل

فبطل الشرط وصح تصرفه فيه الاتري انه عليه الصلوة والسلام
اجاز العمري وابطل الشرط واصل الاخر وهو ان التعليق بالشرط
المحض ولا يجوز في التمليكات لانه من باب القمار وانه منهي عنه
وما هو من باب الاسقاط المحض الذي يحلف به يجوز تعليقه
مطلقا وذلك مثل الطلاق والعتاق وما هو من باب الاطلاق
والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملايم وكذا التحريمات
قال عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه وامر رسول
الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة في غزوة فقال ان قتل
زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن ابي رواحة رواه البخاري
فاذا عرفنا هذا رجعنا الى ما ذكر في الكتاب فنقول البيع
معاوضة مال بمال فيفسد بالشروط الفاسدة لما روينا
ولا يجوز تعليقه بالشرط مطلقا ان كان الشرط بكلمة ان قال
ان بعت منك فان كان كذا ويبطل البيع به سواء كان الشرط
نافعا او ضارا اتى في صورة واحدة وهو ان يقول بعت منك هذا
ان رضي فلان فانه يجوز اذا وقته بثلاثة ايام لانه اشتراط
الخيار وهو جائز على ما بينا من قبل وان كان الشرط بكلمة على فان
كان الشرط مما يقتضيه العقد او ملايم له او جرى فيه التعامل
كما اذا شرط تسليم المبيع او الثمن او التاجيل او الخيار لا يفسد البيع
ويجوز الشرط وكذا اذا اشتري البغل او الحمار على ان يحذوها

البايع وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولا جرت
العادة فان كان في الشرط منفعة لاهل الاستحقاق فسد البيع
والا فلا وقد بيناه من قبل والقسمة والاجارة تمليك اما الاجارة
لانها تمليك المنفعة والاجرة والقسمة فيها معنى المبادلة فصار
كالبيع والرجعة استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدائه فلا
يجوز تعليقه بالشرط كما لا يجوز تعليق ابتداء الملك به والصلح
عن مال بمال معاوضة مال بمال على ما نذكر في الصلح ان شا
الله تعالى فيكون بيعا والابراء عن الدين تمليك من وجه حتى يرتد
بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات
فلا يجوز تعليقهما بالشرط والمعاملة وهي المساقاة والمزارعة
اجارة والاقرار والوقف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما
بالشرط وهذا لان الاخبار متردد بين الصدق والكذب فما
كان كذبا لا يكون صدقا يفوات الشرط ولا بالعكس ايضا
وانما التعليق في الايجابات ليتبين انه ليس بايقاع قبل وجود
الشرط بخلاف ما اذا علق الاقرار بموته او بمجيء الوقت فانه يجوز
ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود او دعوى الاجل فلم يرد
للحال على ما نبينه في موضعه والتحكيم لا يصح بان قال الحكمان
اذا هل الشهر او قال لعبد اذا اعتقت او كافر اذا اسلمت فاحكم
بيننا وهذا عند ابي يوسف وقال محمد يجوز تعليقه بشرط واضا

الى الزمان لانه ليس فيه الا تفويض وتولية فصار كالوكالة
والامارة والقضاء قال رحمه الله وما لا يبطل بالشرط الفا سد
القرض والمعاملة الهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع
والعتق والرهن والايصاء والوصية والشركة والمضاربة والقضاء
والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والهبة واذن
العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة وعقد
الذمة وتعليق الرد بالعيب او بخيار الشرط وعزل القاضي هذه
كلها لا تبطل معناه ان يقول ان وجدت به عيبا ارده عليك بالشرو
الفاسدة لما ذكرنا ان الشروط الفاسدة من باب الربا وانه
يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بمعاوضة مالية
فلا توثر فيها الشروط الفاسدة الا ترى انه عليه الصلوة والسلام
اجاز العمرى وابطل شرط العود كذا ابطل شرط الولا لغير المعتق بقو
صلى الله عليه وسلم لعايشة رضي الله عنها ابتاعي فاعتقي فان
الولا لمن اعتق فقاله لها حين اراد مولى بريرة ان يكون الولا
لهم بعد ما اعتقتها لكن الكتابة انما لا تفسد بالشرط الفسد
اذا كان الشرط غير داخل في صلب العقد بان كاتبه على ان لا يخر ج
من البلد او على ان لا يعامل فلانا او على ان يعمل في نوع من التجارة
فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط فلهذا قلنا ان
يخرج من البلد ويعمل ما شاء من انواع التجارة مع اي شخص واما

اذا كان الشرط داخلا في صلب العقد بان كان في نفس البدل كالفا
على خز ونحوه فانها تفسده وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه
البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى ويشبه النكاح من حيث
ان العبد مال في حق نفسه فجعلنا بالشبهين فلشبهها بالبيع
تفسد اذا كان المفسد في صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا تفسد
بالشرط الزايد ومن هذا القسم الذي لا يبطل بالشرط الفاسد
الصلح عن جناية العمد والوديعة والعارية اذا ضمنهما رجل
وشرط فيهما حوالة او كفالة ذكره في النهاية في اخر كتاب الهبة
ثم الشيخ رحمه الله تعالى ذكر هنا ما يبطل بالشروط الفاسدة
وما لا يبطل بها وما لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد ولم يذكرها
ما يجوز تعليقه بالشرط وما لا يجوز اضافته الى الزمان وما
يجوز اضافته اليه ونحن نذكر ذلك بتوفيق الله تكملة لما ذكرنا
من الاقسام فنقول اما الاول وهو ما يجوز تعليقه بالشرط
فهو مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق
والالتزام وكالحج او الصلوة او التمليكات كالقضا والامارة
على ما بيناه والثاني وهو ما يجوز اضافته الى ما يستقبل من
الزمان فاربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة
والوكالة والكفالة والايصا والقضا والامارة والطلاق والوقف
لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع وهي لا يتصور وجودها في الحال

تكون

تكون مضافة ضرورة وهو معنى قول اصحابنا الاجارة تنعقد
ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما يجيء بيانه في موضعه وفسخ
الاجارة معتبر فيجوز مضافا الا ترى ان فسخ البيع وهو الاقالة
معتبر به كالبيع والمزارعة والمعاملة اجارة الا ترى ان من يجيزها
لا يجيزها الا بطريقهما والمضاربة والوكالة من باب الاطلاقات
ومن جملة الاسقاطات لان تصرف الوكيل قبل التوكيل في مال الموكل
كان حقا للمالك فهو بالتوكيل اسقط ذلك فيكون اسقاطا
فيقبل التعليق والكفالة من باب الالتزامات فتجوز اضافتها
الى الزمان وتعليقها بالشرط الملايم على ما نبينه في الكفالة
بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقه بالشرط المتعارف مطلقا لما
ذكرنا والايصا بالمال او باقامة شخص مقام نفسه اما الايصاء
الى شخص فلانه توكيل وقد بينا انه يجوز تعليقه بالشرط واما
الوصية بالمال فلان لفظها نص شخص فجاز اضافتها فتقبل التعليق
بالشرط واما الوصية الثالث وهو ما لا تصح اضافته الى الزمان
فسبعة البيع واجارته والفسخ والقسمة والشركة والهبة والنكاح
والرجعة والصلح عن مال والابرا من الدين لان هذه الاشياء
تمليكات فلا تجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط
لما فيه من معنى القمار والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الصرف

الصرف هو بيع بعض الاثمان ببعض كالذهب والفضة اذا بيع

احدهما بالاخر او بجنسه هذا في الشرع وفي اللغة له تفسيران
احدهما الفضل قاله الخليل ومنه سمي التطوع من العبادة صرفا
لانه زيادة على الفرايض قال عليه الصلوة والسلام من انتمى الى
غير الله لا يقبل الله تعالى منه صرفا ولا عدلا اي لا نفلا ولا
فرضا والثاني النفل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف الله
قلوبهم وسمي به على هذا الاعتبار للحاجة الى النفل في بوليثه
من بدا لي يد قبل الافتراق قال رحمه الله فلو تجانسا شرط
التماثل والتقابض وان اختلفا جودة وصياغة والا شرط
التقابض لقي اذا بيع جنس الاثمان بجنسه كالذهب بالذهب
والفضة بالفضة يشترط فيه التساوي والتقابض قبل
الافتراق لا يجوز التفاضل فيه وان اختلفا في الجودة والصياغة
وان لم يكونا من جنس واحد بان باع الذهب بالفضة يشترط
فيه التقابض لا التساوي لحديث عبادة بن الصامت انهم
عليه الصلوة والسلام قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة
الى ان قال مثلا بمثل سواء سواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه
الاجناس فبيعوا كيف شيتم اذا كان يدا بيد رواهما مسلم واحمد
وغيرهما وقال عمر رضي الله عنه الذهب بالذهب مثلا بمثل
والورق بالورق مثلا بمثل الى ان قال وان استنظرك الى ان
يدخل بيته فلا تنظره ولانه لابد من قبض احدهما قبل الافتراق

كيلا يكون افتراقا عن دينه بدينه ولابد من قبض الاخر لعدم
الاولوية او تحقيقا للمساواة بينهما لان التفاضل من الشيء
ولا فرق في ذلك بين ان يكون مما يتعين بالتعيين كالمصوغ
والتبر ولا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما دون الا
لما روينا لانه اذا كان مما يتعين بالتعيين ففيه شبهة
عدم التعيين لكونه من جنس الاثمان خلقة ثم اختلفوا في
القبض هل شرط صحة العقد او شرط البقاء على الصحة
فقيل هو شرط الصحة فعلى هذا ينبغي ان يشترط القبض
مقرونا بالعقد لان احدهما قبل الافتراق جعل كما لهما
العقد تيسيرا ففي هذا اذا وجد القبض يجعل كانه وجد حالة
العقد فيصح وقيل هو شرط البقاء على الصحة فلا يحتاج الى
هذا التقدير والشرط ان يقبضا قبل الافتراق بالابدان حتى
لو نائما او اغمي عليهما في المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح
بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض قال رحمه الله فلو
باع الذهب بالفضة مجازفة صح ان تقابضا في المجلس لان
المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما روينا فلا
يضره الجزاف فان افترقا قبل قبضهما او قبل قبض احدهما
بطل لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار
والاجل لان الخيار يمنع استحقاق القبض ما دام الخيار باقيا

لان استحقاق قبضه مبني على الملك والخيار يمنعه وبالاجل يفوت
المقبض المستحق شرعا الا اذا اسقط الخيار او الاجل بقول المجلس
فيعود صحيحا لزوال المفسد قبل تقرره قال رحمه الله ولا
يجوز التصرف في ثمن لم تصرف قبل قبضه بان باع دينارا بدراهم
واشترى بها ثوبا فسد بيع الثوب لان في تجويزه فوات القبض
المستحق بالعقد ولا يقال ينبغي ان يجوز لتعدد في الثوب
كما نقل عن زفر اذ النقود لا تتعين في العقود والفسوخ دينا
كانت او عينا الا تري انه لو اسلم دينا على المسلم اليه جاز التسلم
حتى لو اسلم اليه رب السلم قدرا لعين قبل الافتراق تم السلم
ولو تعين لما صح كما اذا اشتري شيا على ان يكون الثمن على غيره
الا تري انه لو كان له دين على شخص فاشتري به شيا من غيره من
عليه الدين لا يجوز بهذا المعنى او نقول كل واحد من بدل الصرف
مبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه هذا اذا لم يكن متعينا
بالتعيين كالمضروب واما اذا كان لا يتعين بالتعيين كالمصوغ
والنبر لا يجوز بالاتفاق لانه يكون بيع المبيع قبل القبض
وهو لا يجوز على ما بينا من قبل قال رحمه الله ولو باع امة
مع طوق قيمته كل الف بالف ونقد من الثمن الفا فهو ثمن الطوق
يعني لو باع امة في عنقها طوق فضة وزنه الف مثقال مع
الطوق وقيمتها الف بالف مثقال ونقد منها الفا كان الالف

المنقود ثمن الطوق وان اشتراها بالف نسيئة والف حالة
كان الحالة ثمن الطوق وفي عبارة الشيخ تسامح فانه قال قيمة كل
الف اي قيمة كل واحد من الجارية والطوق الف درهم قال رحمه الله
ولو باع سيفا حليته خمسون بماية ونقد خمسين فهو حصتها
وان لم يبين او قال من ثمنها يعني يكون المنقود حصة الحلية
وان لم يبين انه حصتها او قال خذها من ثمنها اما اذا لم يبين
فلما ذكرنا ان امرهما يحمل على الصلاح واما اذا قال خذها من
ثمنها اما اذا لم يبين فلان التثنية قد يراد بها الواحد منهما
قال الله تعالى نسيا حوتهما والناسي احدهما وقال تعالى يخرج
منهما اللولو والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حالهما
بالاسلام ولهذا قال لامراته اذا حضتما حيضة او ولدتما
ولدا فانتما طالقان فولدت او حاضت احداهما طلقتا لانه
يراد بها احداهما لاستحالة اجتماعهما في ولد واحد وحيضة
واحدة ولهذا لو قال خذ هذا نصف من الحلية ونصفه من ثمن
السيف لا يكون المقبوض ثمن الحلية لان السيف مع الحلية شيء
واحد فجعل المنقود عوضا منه ولان مراده ان يسلم له كل الثمن ولا
يسلم له الا بهذا الطريق قال رحمه الله ولو افترقا بلا قبض
صح في السيف دونها ان يخلص بلا ضرر ولا بطلا يعني بطل
العقد فيهما لان حصة الصرف يجب قبضها قبل الافتراق واذا

لم يقبض حتى افترقا بطل فيه لفقد شرطه وكذا في السيف
ان كان لا يتخلص الا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر
فصار كبيع جذع من سقف وان كان يتخلص بدونه جاز
للقدرة على التسليم فصار نظير بيع الجارية مع الطوق وذكر
في النهاية معزيا الى المبسوط فقال او قال خذ هذا الحمل
من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم او قال لا وتفرقا على
ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند
المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع
فيكون المدفوع ثمنا للسيف خاصة والقول قوله في ذلك لانه
هو المالك فيكون هو اعرف بجهته قال رحمه الله ولو باع انا
فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض والاناء
مشترك بينهما يعني اذا باعه بفضة او ذهب لانه صرف
وهو يبطل بالافتراق قبل القبض فيتعذر الفساد بقدر ما
لم يقبض ولا يشيع لانه طارئ ولا يكون هذا تفرقا بالصفقة
ايضا لان التفرق من جهة الشرع باشتراط القبض ولا
يثبت للمشتري خيار العيب ايضا بالشركة لان الشركة حصلت
من جهته وهو عدم النقد قبل الافتراق بخلاف ما اذا هلك
احد العبدين قبل القبض حيث ثبت الخيار في اخذ الباقي
لانه لم يوجد منه التسبب قال رحمه الله وان استحق بعض الاناء

اخذ

اخذ المشتري ما بقي بقسطه او رد لان الشركة في الاناء عيب
لان التشقيص يضره وهذا العيب كان موجودا عند البيع
مقارنا بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا اشتري اناء فضة
الى آخره قال رحمه الله ولو باعه قطعة نقرة فاستحق بعضها
اخذ ما بقي بقسطه بلا خيار لان الشركة فيها ليست بعيب
اذ التشقيص لا يضرها بخلاف الاناء لكن ان استحق قبل
القبض بعضه ثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه كما اذا
اشتري عبدين فاستحق احدهما قبل القبض او هلك يثبت
له الخيار قال رحمه الله وصح بيع درهمين ودينار بدرهم
ودينارين وكر بر وشعير بضعفهما بان يبيعهما بكر بر
وكر شعير وانما جاز لانه يجعل كل جنس مقابلا بخلاف جنسه
وقال زفر والشافعي لا يجوز هذا العقد اصلا لان مقابلة
الجمل بالجملة تقتضي الانقسام على الشيوع لا على التعيين
ففي حمله على خلاف الجنس تغيير له الا تسلم فلا يجوز وان
كان تصحيح التصرف كما اذا اشتري عبدا بالف ثم باعه قبل
نقد الثمن من البائع مع عبد الف بالف وخمسمائة لا يصح في
المشتري بالف لانه اشتري ما باع بأقل مما باع وان امكن
تصحيحه بصرف الالف الى المشتري وكذا لو جمع بين عبده
وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يصح التسمية وان امكن

بصرفه الي عبده وكذا لو درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم تفرقا
قبل القبض بطل العقد في الدرهمين لانه صرف فيهما وان
امكن تصحيحه بصرف كل درهم من جانب الى الثوب من الجانب الآخر
ولنا ان في صرف الجنس الى خلافه تصحيح العقد والى جنسه فساده
ولا معاوضة بين الفاسد والصحيح لان الصحيح مشروع باصله
ووصفه والفاسد باصله دون وصفه ولان العقد يقتضي
مطلق المقابلة من غير ان يتعرض بقيد لمقابلة الكل بالكل
بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد من جنسه ولا من غير جنسه
لما عرف ان المطلق غير معترض للمقيد ولكن مع هذا عند الوجود
لا يوجد الا مقيدا لتعذر وجود ذات بدون صفة وان كان
اللفظ غير مقيد للصفة بل للذات فقط على ما عرف في موضعه
فيحمل على المفيد الصحيح عند تعذر العمل بالاطلاق الا ترى انه لو
قال عند المقابلة على ان يكون الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان
منافيا له لما صح فكان حمله على المقيد الصحيح اولى من حمله على
المفيد المفسد وهو مقابلة الكل بالكل شائعا طلبا للصحة
ثم الاصل في هذا الباب ان احد البدلين تجب قسمته على البدل
الآخر وتظهر فائدته في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند
الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة ثم اذا
كان العقد مما لا ربا فيه فان كان لا تتفاوت آحاده فالقسمة

على الاجزاء وان كانت تتفاوت فالقسمة على القيمة وان كان
مما فيه الربا تجب قسمته على الوجه الذي يصح فيه العقد
لا غير قال رحمه الله واحد عشرة درهما بعشرة دراهم ودينار
يعني يجوز فتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم تصحيحا
للعقد على ما بينا قال ودرهم في صحيح ودرهمين غلة بدرهمين
صحيحين ودرهم غلة يعني يجوز بيعه لانهما جنس واحد فيعتبر
التساوي في القدر دون الوصف والغلة هي الدراهم المقطعة
وقيل هو ما يروه بيت المال ويأخذه التجار قوله ولا يناقض
الى آخره الجواب عن سؤال مقدر فقال وهو ان قوله الغلة هو
ما يرده بيت المال ينافيه قوله درهم لاحتمال ان تكون هي
المقطعة قال رحمه الله ودينار بعشرة عليه او بعشرة هي
مطلقة ورفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة اي يجوز
ذلك ومعناه ان يكون لرجل على آخر فباعه عشرة دراهم دين
فباعه الذي عليه دينارا بالعشرة التي عليه بعشرة مطلقة
ورفع الدينار اليه ثم تقاصا العشرة فكلاهما جائز اما اذا
قابل الدينار بالعشرة التي عليه ابتداء فلانه جعل ثمنه دراهم
لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جائز اجماعا لان
احد الوصفين بالقبض في الصرف احترازا عن الدين بالدين
وتعيين الآخر للاحتراز عن الربا في دين سقط وانما الربا

في دين يقع الخطر في عاقبته بان يفوي عليه ويسلم المقبوض
عن الهوي ومعلوم ان السالم يتعين ازيد من الذي علي خطر
التوي فيتحقق الفضل الاتري انهما لو تصارفا دراهم دين
بدنانير يصح لفوات الخطر لكون كل واحد منهما ثابتا قبل القبض
ويشبقط بالبيع قال رحمه الله وغالب الفضة والذهب فضة
وذهب حتى لا يصح بيع المخالطة بها ولا بيع بعضها ببعض لا
متساويا وزنا ولا يصح الاستقراض بها الا وزنا لانهما لا يخلوان
عن قليل غش اذ هما لا ينطبعان عادة بدونه وقد يكون
الغش فيهما خلقة فيعسر التمييز بين المخلوط والخالص فلحق
القليل من الغش بالردآة والردي والجيد فيهما سواء عنده
المقابلة بالجنس فيجعل الغش فيهما معدوما حتى لا يكون له
اعتبار أصلا بخلاف ما اذا كان الغش هو الغالب عليهما حيث
تعتبر الفضة والذهب اللذان فيه على ما نذكر في الفرق ان
قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله وغالب الغش ليس في
حكم الدراهم والدنانير فيصح بيعها بجنسها متفاضلا اي
بالمغشوش مثلها عددا او وزنا لان الغش من كل واحد منهما
مقابل بالفضة او الذهب الذي في الاخري فلا بضر التفاضل
فيهما لاختلاف الجنس وشرط التقابض قبل الافتراق لانه صرف
في البعض لوجود الذهب او الفضة من الجانبين ويشترط

في الغش ايضا لانه لا تتعين الا بضرر بخلاف بيع درهم وثوب
بدرهم وثوب حيث لا يشترط القبض الا في الدرهمين وكذا اذا
بيعت الفضة الخالصة او الذهب الخالص لابد ان يكون الخالص
اكثر من الفضة او الذهب الذي في المغشوش حتى يكون قدره
بمثله والزايد بالغش على مثال بيع الزيتون بالزيت والجار
وطوقها فاعتبر الفضة او الذهب المغلوب بالغش هنا
حتى لا يجوز بيعه بجنسه الا بطريق الاعتبار ولم يعتبر الغش
المغلوب بالفضة او الذهب فجعل كانه كله فضة او ذهب
ومنع بيعه متفاضلا والفرق بينهما أن الفضة المغلوبة أو
الذهب المغلوب موجود حقيقة لا من حيث اللون وما لا
بالاذابة فان الفضة او الذهب يخلصان منه بالاذابة
فكانا موجودين حقيقة وحكما حتى يعتبر ما فيه من الفضة
والذهب بخلاف الغش المغلوب بهما فانه يحترق ويهلك ولا لون
في الحال ايضا فلا يمكن اعتباره أصلا قال رحمه الله والتبايع
والاشتراض لما يروج عددا او وزنا او بهما لان صار كالفلوس
فيعتبر فيها عادات الناس كما يعتبر في المعاملات بها حتى
اذا كانت تروج بالوزن وان كانت تروج بالعدد يعتبر العدد
وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما قال رحمه الله ويتعين
بالتعيين ان كانت لا تروج لزوال المفتضي للثمنية وهو

الأصلاح وهذا لانهما في الاصل سلعة وانما صارا ثمنا
بالاصلاح فاذا تركوا المعاملة بهما رجعت الى اصلها وان كان
ياخذها البعض فهي مثل الدراهم لا يتعلق العقد بعينها بل
بجنسها قال رحمه الله والمساوي كغالب الفضة في التبايع
والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش يعني الذي استوى غشه
وفضته او غشه وذهبه حكمه في التبايع والاستقراض حكم
الدراهم التي غلب عليها الفضة حتى لا يجوز البيع بها ولا اقراضها
الا بالوزن بمنزلة الدراهم الردية لان الفضة فيها موجودة
حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب اعتبارها بالوزن شرعا
في سبلها الا ان يشير اليها بالمبايعة فيكون بيانا لقدرها
ووزنها كما لو اشار الى الدراهم الجيدة ولا ينتقض العقد بهلاكها
قبل التسليم ويعطيه مثلها لانها ثمن فلا تتعين وفي الصرف حكمه
حكم فضة غلب عليها الغش حتى اذا باعها بجنسها جاز على وجه
الاعتبار ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى لا تكون
الخالصة اكثر مما فيه من الفضة لانه لا غلبة لاحدهما على الآخر
فيجب اعتبارها فصار كما لو جمع بين فضة وقطعة نحاس
فباعهما بمثلهما او فضة فقط قال رحمه الله ولو اشترى
به او بفلوس نافقة شيأ وكسد بطل البيع اي لو اشترى بالدراهم
التي غلب عليها الغش او بالفلوس وكان كل واحد منهما نافقا

حتى جاز البيع لقيام الاصطلاح على التسمية ولعدم الحاجة
الى الاشارة لانتفاحها بالثمن ثم كسدت بطل البيع وكذا اذا
انقطعت عن ايدي الناس بطل البيع ويجب على المشتري رد
المبيع ان كان قايما والا فمثله ان كان مثليا والا قيمته وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا يبطل لان العقد
قد صح لبقاء الاصطلاح على التسمية بالرواج فصار كما
لو اشترى شيأ بالرطب ثم انقطع عن ايدي الناس واذا لم
يبطل البيع عندهما وقد تعذر تسليمه تجب قيمته لكن تعتبر
قيمته يوم البيع عند ابي يوسف قال رحمه الله وصح بالفلوس
النافقة وان لم تتعين لانها اموال معلومة وصار ثمنا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت في الذمة كالدراهم والدنانير
وان عينها لا تتعين لانها لما صارت ثمنا باصطلاح الناس
وله ان يعطيه غيرها لان الثمنية لا تبطل بتعيينها لان التعيين
يحتمل ان يكون لبيان قدر الواجب ووصفه كما في الدراهم
قال رحمه الله وبالكاسدة لا حتى يعينها اي اذا باع بالفلوس
الكاسدة لا يجوز البيع حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها
قال رحمه الله ولو كسدت فلوس القرض يجب رد مثلها وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه تعذر ردها كما قبضها لان المقبوض
ثمن والمردود ليس بثمن فغابت المماثلة فيجب القيمة كما لو استقرض

مثليا فانقطع عن ايدي الناس لكن عند ابي يوسف يعتبر
يوم القبض وعند محمد يعتبر يوم الكساد وقول محمد انظر في
حق المستقرض لأن قيمته يوم الانقطاع اقل وكذا في حق
المقرض بالنظر الى قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف اسر لأن
قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف الا بحرج
ولابي حنيفة رحمه الله ان القبض اعادة وموجبها رد
العين بعينه وذلك يتحقق برد مثله والقيمة زيادة فيه
لان صحة القرض لا تعتمد القيمة بل تعتمد المثل وبالكساد
لم يخرج من ان يكون مثليا ولهذا صح استقراضه بعد
الكساد وصح استقراض ما ليس بثمن كالجوز والبيض والمكيل
والموزون ولو لم يكن ثمنا ولو لا انه اعارة في العيني لما صح
لانه يكون مبادلة الجنس بالجنس نسيئة فانه حرام فصار
المردود غير المقبوض حكما فلا يشترط فيه التواجد كرد
العين المغصوبة والقرض كالغصب اذ هو مضمون مثله
والاختلاف مبني على الاختلاف في من غصب مثليا كالرطب
مثليا ثم انقطع عن ايدي الناس يجب عليه قيمته بالاجماع
قال رحمه الله ولو اشتري شيأ بنصف درهم فلوس صح
وعليه فلوس تباع بدرهم بنصف درهم وعلى هذا لو قال
بثلث درهم او بربعه او بدانق فلوس او بقيراط فلوس؟

وقال

وقال زفر لا يجوز لانه بيع اما بقيمة نصف درهم وكلاهما
لا يجوز اما الاول فلانه باع بقيمة غيره ولو باعه بقيمة
نفس المبيع لا يجوز بقيمة غير اولى فصار نظير ما لو باع
جارية بقيمة عبد واما الثاني فلان الفلوس تقدر بالعدد
لا بالوزن ولهذا لا يجوز في الكثير بهذا الطريق فكذا في
القليل او يكون اشتري بفضة على أن يعطي بدلها فلوسا
فيفسد قلنا التبايع بهذا الطريق متعارف في القليل
وهو معلوم بين الناس لتفاوت قيمة الفضة فلا يؤدي
الى النزاع ولو اشتري بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد لأن
الجواز للعادة ولم يوجد في الدرهم وقال ابو يوسف يجوز
في الكل لانه معلوم عند الناس ولا تتفاوت قيمة الفضة من
الفلوس فصار كما لو بين عدد الفلوس قلنا أن نمنع قال رحمه الله
ومن اعطى صرا فادرهما فقال اعطني به نصف درهم فلوس
ونصفا الاحية صح لأنه قابل الدرهم بنصف درهم فلوس
ونصف درهم الاحية بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة
بمقابلة الفلوس ولو قال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا
الاحية بطل في الكل على قياس قول ابي حنيفة وعندهما صح
البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة لان الفساد عندهما
يتقدر بقدر المفسد وعنده يفسد واصل الخلاف ان العقد

يتكرر عنده بتكرر اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى
لو قال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الاحبة جاز
في الفلوس وبطل في النصف بالاجماع وقد مر نظيره ثم
ان افترقا في هذه المسئلة قبل ان يقبض الفلوس و
الاحبة بطل في النصف الاحبة لان العقد فيه صرف وقد
أفترقا قبل قبض احد البدلين ولا يبطل في الفلوس لان العقد
فيها بيع فيكفي قبض احد البدلين ولو لم يعطه الدرهم ولا
ياخذ هو الفلوس حتى افترقا بطل في الكل لانهما أفترقا
عن دين بدين فثبت بمجموع ما مضى ان الاموال انواع ونوع
كل ثمن بكل حال كالنقدين صحبة أو لا قوبل بجنسه أو
بغير جنسه ونوع مبيع بكل حال كالثياب والدواب ونوع
ثمن من وجه مبيع من وجه كالكيل والموزون غير النقدين
فانه ان كان معينا في العقد كان مبيعا وان لم يكن معينا
وصحبه الباء وقوبل بالمبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح
وهو سلعة في الاصل فان كان رائجا فهو ثمن وان كان كاسدا
فهو سلعة بثمن وهذا لان الثمن ما يثبت دينا في الذمة
فكانت ثمنا بكل حال والعروض لا تتعين بالعقد تارة ودينا
اخرى فكانت ثمنا في حال مبيعا في حال من حكم الثمن ان لا يشترط
وجوده في ملك البائع عند العقد ولا يبطل العقد فوات

تسليمه

تسليمه ويصح الاستبدال به في غير الصرف ومن حكم المبيع
ان يشترط وجوده قبل العقد في غير السلم ولا يصح الاستبدال
به قبل قبضه ومن شرطهما ان لا يجوز التفاضل عند المقابلة
بالجنس في المقدرات ان كانا يتعينان بالتعيين ان جمعهما
القدر كالحنطة والشعير وان كانا لا يتعينان يجب قبضهما
كالذهب والفضة وان لم يجمعهما القدر كالحنطة والفضة
او الفلوس مع احد النقدين او كان احدهما مقدرا والآخر
غير مقدر كالثياب مع النقدين او غيرهما من المقدرات
يجب تعيين احد البدلين دون الآخر كيلا يكون كالئا
بكالئ والله اعلم

كتاب الكفالة

وهو
مطلق الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها
الى نفسه وقال عليه الصلوة والسلام انا وكافل اليتيم
كهاتين في الجنة اي ضام اليتيم الى نفسه قال رحمه الله
هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة هذا في الشرع وقيل ضم ذمة
الى ذمة في الدين لانه مطالب بالدين والمطالبة به ولا دين
محال وهذا لان المطالبة بايفاء الدين فرع وجوب الدين
ولا يتصور الفرع بدون الاصل والاحكام تشهد بهذا الا
ترى انه لو وهب الطالب الدين من الكفيل صح ورجع به على
الاصيل وهبة الدين من غير من عليه لا يصح وكذا لو اشترى

المطالب بالدين شيأ من الكفيل صح والشراء بالدين لا يصح
الا ممن عليه الدين ولا يلزم من وجوب الدين عليهما ان يتكرر
الاستيفاء لأن الدين الواحد لا يمكن استيفاؤه مرتين
ويمكن وجوبه على شخصين كالغاصب وغاصب الغاصب
فان الدين واجب عليهما ولا يستوفيه الا من احدهما ايهما شاء
والاول اصح لانه يستحيل ان يجب دينان ولا يستوفي الا احدهما
واما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن الا ترى ان الوكيل
بالشراء يطالب بالثمن وهو على الموكل حتى لو ابراه البائع صح
وكذا الولي والوصي يطالبان بدين على الصغير وليس هو
عليهما دين والمولى يطالب بقضاء دين عبده المأذون أو
ببيعه عند طلب الغرماء ببيعه ولا دين عليه فاذا امكن
ايجاب المطالبة عليه من غير لزوم الدين فلا حاجة الى
ايجاب الدين عليه لأنه محال في الحقيقة لما فيه من جعل
الدين الواحد دينين فلا يصار اليه الا عند الضرورة
فلهذا اختار احدهما فليس له ان يطالب الآخر لتضمنه التمليك
منه وهذا تفسير للكفالة وسببها مطالبة من له الحق
المتوثق بتكثير محل المطالبة او تيسير وصول حقه اليه
وركنها الايجاب والقبول عندهما خلافا لابي يوسف آخرا
وشرطها ان يكون الدين ثابتا صحيحا بخلاف بدل الكتابة

على ما يجيء في موضعه وان يكون المكفول به ممكن الاستيفاء
من الكفيل وشرطها ان يكون الكفيل من اهل التبرع حتى
لا يصح كفالة من لا يملك التبرع كالعبد المأذون له في التجارة والمكاتب
والصغير وكذا من المريض لا يصح الا من الثلث لانه لا يملك التبرع
باكثر منه وانواعها في الأصل نوعان كفالة بدين وكفالة بعين
والكفالة بالمال نوعان كفالة بالديون فتجوز مطلقا اذا
كانت صحيحة وكفالة بالاعيان وهي نوعان كفالة باعيان
مضمونة فتصح الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمبيع على
المخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك وكفالة باعيان هي امانة
غير واجبة التسليم كالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك
من ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها أصلا وكفالة
هي واجب التسليم كالعارية والمستأجرة او بعين مضمونة بغيره
كالمبيع فان الكفالة بها لا تصح وبتسليمها تصح والفاظها
مذكورة في المتن قال رحمه الله وتصح بالنفس وان تعذرت
الكفالة بان اخذ منه كفيلا ثم كفيلا وكذا تجوز اذا تعذرت
النفوس المكفول بها ايضا كما تجوز بالديون الكثيرة وقال الشافعي
رحمه الله لا تجوز الكفالة بالنفس لانه لا قدرة له على تسليمه
اذ لا ولاية له عليه لاسيما اذا تكفل بغير امره لانه لا ينقاد له
ولا يلزم طاعته وكذا اذا كان بامره لان امره بالكفالة بالمال

لا يثبت له ولاية في ماله ليؤدي عنه من ماله فالنفس اولى
فصار كالوباع طيرا في الهوى بخلاف الكفالة بالمال لانه ان
لم يكن له ولاية في مال الامر فله ولاية على مال نفسه فيؤدي
من ماله ولنا قوله عليه الصلوة والسلام الزعيم غارم من غير
فصل بين الكفالة بالنفس والمال فيقتضي شرعيتها ولا
يقال الكفالة بالنفس لا غرم فيها فلا يتناولها الحديث لانا
نقول الغرم عبارة عن ضرر يلزمه قال رحمه الله وفي ذلك
ان الحاجة ماسة اليها ضرورة احيا حقوق العباد وقد امكن
العمل بموجبها بان يعلمه بمكانه فيخلي بينه وبينه اذا تحلل
سليم او يوافقه اذا دعاه او يكرهه بالحضور الى مجلس القاضي
والتزامه لذلك ورضاه خصمه به دليل على قدرته فيصح وان
لم يقدر عليه استعان باعوان القاضي وكانت مقبولة ولانه
التزم ما هو حق على الاصيل اذ تسليم النفس على المدعى عليه واجب
بمعنى انه يجب عليه الحضور الى مجلس الحاكم فتصح كالكفالة بالمال
والدليل عليه انه تجب عليه الاجابة اذا دعي وعن الصحابة رضي
الله عنهم اجازوا الكفالة بالنفس وضمنت ام مكتوم عليا
حين جرى بينه وبين عمر رضي الله عنهم خصومة وكفل رسول الله
صلى الله عليه وسلم رجلا بتهمة والكفيل اخذ الكفيل بالنفس وليتق
شرط صحة الالتزام ان يكون الملتزم مملتا وجوده عقلا لا

حتى

لا حقيقة الا ترى انه لو التزم الف حجة بالنذر يصح ويلزم
وان لم يتات منه حقيقة لقصر عمره وقدرته على احضار يمكن
فتصح واذا صحت تصح مقدرة ايضا لان حكمها استحقاق
وهي تحتمل التعدد والالتزام الاول لا يمنع الالتزام الثاني
اذ المقصود منها التوثق فلا تنافي قال رحمه الله تكفلت
بنفسه وبما عبر به عن البدن وبحز شايع اي تصح الكفالة
بقوله كفلت بنفس فلان او بما يعبر به عن اعضائه عن جميع
البدن كراسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده وبدنه
فان قال تكفلت برأسه او بوجهه الى آخره او تكفلت بجزء
منه بان قال تكفلت بثلثه او بربعه كل ذلك جايز لان هذه
الاشيا يعبر بها عن جميع البدن عرفا وقد بيناه في الطلاق
قال رحمه الله وبضمنته اي تصح بقوله ضمنته لكن لا تصريح
بمقتضى الكفالة لانه يصير ضامنا للتسليم والعقد ينعقد
بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك كقوله علي
لان كلمة على للوجوب والي لانها بمعنى على في هذا المقام قال عليه
الصلاة والسلام من ترك كلا او عيالا فالي قال رحمه الله وانا
زعيم لان الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف
وانا به زعيم اي كفيل وقيل به لان الزعيم هو الكفيل ولهذا سمي
الصك قبالة لانه يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل قال رحمه الله

١٠٢

لا بانا ضامن لمعرفته اي لا يصير كفيلا بقوله انا ضامن لك بمعرفة فلان وقال ابو يوسف يصير ضامنا للعرف لانهم يريدون به الكفالة وجه الاول انما التزم معرفته دون المطالبة فصار كالتزامه دلالته عليه وقال أوقعك عليه قال رحمه الله وان شرط تسليمه في وقت بعينه احضره فيه ان طلبه لانه التزمه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفا به ان طلبه في ذلك الوقت او بعده كالدين المؤجل اذا طلبه صاحبه بعد حلول الاجل قال رحمه الله فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفا ما وجب عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لاحتمال انه ما عرف لما ذا يدعي فيمهله حتى يظهر له مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم من قبيل المماطلة قال العبد الفقير ينبغي ان يفصل كما فصل بالحبس بالدين فان هناك قيل اذا اثبت الحق باقراره لا يعجل بحبسه وامر بدفع ما عليه لان الحبس دليل المماطلة فلم يظهر بأول وان ثبت بالبينة حبسه كما وجب لظهور المماطلة بالانكار فكذا هنا ينبغي ان يفصل على عكس هذا التفصيل وقال في النهاية معزيا الى الايضاح هذا اذا لم يظهر عجزه واما اذا ظهر عجزه فلا معنى لحبسه قال رحمه الله فان مضت ولم يحضره حبسه اذا مضت المدة ولم يحضره حبسه لانه ظهر مطله والحبس جزاؤه وان غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب

به لانه عاجز وقد صدقه الطالب عليه فصار كالمديون اذا ثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب نعرف ينظر فان كانت له حرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجار في وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر يشهد للطالب وان لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل لانه تمسك بالاصل وهو العجز وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضي الى ان يظهر عجزه لان الطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يدعي وكذا الوارث ولحق بدار الحرب لانقطاع الكفالة فيؤجل الكفيل من ذهابه ومجيئه ولا يقال يعد اللحاق بدار الحرب صار كالموت وهذا يقسم ماله بين ورثته فينبغي ان يبرأ الكفيل كما لو مات حقيقة لانا نقول هذا ليس كموته حقيقة وانما هو موت حكمي في قسمة ماله بين ورثته واما في حق نفسه فهو حي تطالبه بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فينبغي للكفيل على حاله هكذا ذكر في النهاية معزيا الى المبسوط قال رحمه الله فان اسلمه بحيث يقدر المكفول له ان يخاصمه كمصري لانه اتى بما التزم اذا لم يلتزم تسليمه الا مرة واحدة وحصل مقصود الطالب ايضا بذلك فلا حاجة الى ايفا الكفالة فيقول له هذا خصمك فان اعلم

بشانه فحتى ان ثبت تم لا يخلو اما ان يسلمه بعد طلبه اولا
فان كان بعد طلبه برئ وان لم يقل سلمته اليك بحكم الكفالة
لانه لا يتضمن اعادة قول الطالب وان سلمه بغير طلبه فلا
يبرا حتى يقول سلمته اليك بحكم الكفالة قال رحمه الله
ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه ثم لان الشرط مقيد
فيلزمه تسليمه على الوجه الذي التزمه فاذا سلمه اليه
برئ كما ذكرنا وكذا اذا سلمه في السوق لحصول المقصود
وقيل لا يبرا وهو قول زفر وبه يفتي في زماننا لتهاون الناس
في اقامة الحق وان سلمه في بريته او سواد لا يبرا لانه لا يقدر
على مخاصمته في ذلك المكان وكذا لو لم يشترط التسليم في
مجلس الحاكم لا يبرا بمثل هذا التسليم لما ذكرنا قال رحمه الله
وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب يعني الكفالة تبطل
بموت المكفول بنفسه وبموت الكفيل ولا تبطل بموت المكفول له
لان المطلوب بموته برات موته وبرائه توجب براءة الكفيل لانه
أصل والكفيل تبع فاذا عجز عن الحضور بالموت سقط عنه فكذا
عن التبع قلنا وبعد موت الكفيل لا يتحقق التسليم منه وورثته
لا يقومون مقامه لانهم يخلفونه فيما له لا فيما عليه وماله
لا يصلح لايفاء هذا الحق وهو احضار المكفول به بخلاف الكفيل
بالمال اذا مات لان ماله صالح وحكمه بعد موته ممكن فيوفي

من ماله ثم ترجع الورثة على المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره
والا فلا شيء لهم كما اذا ادى هو بنفسه حال حياته واذا مات الطالب
يخلفه وصيه او وارثه فلا يبطل حقه اذ هم قايمون مقامه في
استيفائه قال رحمه الله وبرئ بدفعه وان لم يقل اذا دفعته
اليك فانا برئ لان موجب التسليم البراءة فتثبت بدونه
لم ينص عليها اذ موجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه
ولا بد من ان يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل لا يبرا
لان التسليم قد يكون بحكم الكفالة واستعارة او اجارة الا
ان كان بطلبه فلا يحتاج فيه الى ان ينص لتقدم ما يدل
عليه وكذا اذا اقر الطالب بالقبض لا يحتاج فيه الى النفي
لان الظاهر انه لا يقر الا باستيفاء حقه ولو سلم المكفول به الى
الطالب فابى الطالب ان يقبله فيجبر على القبول قال رحمه الله
ويسلم المطلوب بنفسه من كفالته وتسليم وكيل الكفيل ورسوله
يعني بتسليم هؤلاء يبرا الكفيل لان المكفول به مطالب بالتسليم
وواجب عليه ان يسلم نفسه فاذا سلم فقد حصل المقصود فلا
معنى لبقاء الكفالة بعد ذلك ووكيل الكفيل يقوم مقامه
ورسوله سفير عنه فيكون فعلهما كفعله وشرط براءته ان
يقول كل واحد من هؤلاء سلمت اليك بحكم الكفالة على ما بينا قال
رحمه الله فان قال ان لم اوافك به غدا فهو ضامن لما عليه فلم

يوافي به او مات المطلوب ضمن المال لان الكفالة بالمال
معلقة بعدم شرط الموافاة فاذا وجد الشرط لزم المال ولا
يبرأ عن الكفالة بالنفس لانها كانت ثابتة قبل وجوب المال
عليه فلا تنتفي بوجودها الا ترى انه لو كفلها جملة في وقت
واحد صحت ولو تنافيا لما صحت وانما قلنا يجوز تعليقه
بشرط متعارف ولا يجوز بغيره عملا بالشبهين والتعليق
بالموافاة متعارف ولا نسلم انه تعليق لوجوب المال وانما
هو تعليق لوجود المطالبة في الصحيح على ما مر من قبل فيصح
فاذا صح تعليقه بعدم الموافاة ولم يوافه مع قدرته او
لعجزه بموته او جنونه فقد وجد الشرط فيلزمه المشروط لان
عدم الموافاة لا يختلف باختلاف السبب قال رحمه الله
ومن ادعى على آخر مائة دينار فقال رجل ان لم اوافك به غدا
فعليه المائة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف آخرا ولا فرق
بين ان يبين المائة او لم يبينها بان تعلق رجل على رجل فقال له
فقال لي عليك حق ولم يدع عليه ما لا مقدرا فقال له رجل آخر
دعه فانا اكفل بنفسه فان لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار
فادعى المدعي واثبتها لزم الكفيل وقال محمد ان لم يبينها وادعى
وبينها لا يلزمه وله فيه وجهان احدهما ما قاله ابو منصور
الماتريدي وهو ان الكفيل علق ما لا مطلقا بخطر حيث لم يقل

التي لك عليه فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل عند عدم
الموافاة به فهذا يوجب ان لا يصح وان بينها المدعي لان النسبة
اليه هو الذي اوجب البطلان والثاني ما قاله الكرخي وهو
ان المدعي لما لم يبين لم تصح دعواه فلم يجب احضار الى مجلس
القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس ايضا لعدم صحة الدعوى
ولم تصح الكفالة بالمال ايضا لانها مبنية على الكفالة
بالنفس فاذا بطل الاصل بطل الفرع وهذا الوجه يوجب ان
تصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى ولهما ان هذه
كفالة امكن تصحيحها فتصح اما اذا بين المال عند الدعوى
فلان المال ذكر معرف فينصرف الى ما على المدعى عليه لان الها
بالارسال والمراد ما عليه والمراد ما عليه واما اذا لم يبين
فلان العادة بالاتمام في الدعاوي في غير مجلس القاضي م
فيجعلونها اجمالا اولا يبينونها الا عند القاضي دفعا لحيل
الخصوم وصونا لكلامهم الى وقت الحاجة فصحت الدعوى
والملازمة على احتمال البيان من جهته فاذا بين انصرف م
بيانه الى ابتداء الدعوى فظهر بيان الكفالة بالنفس فصحت
فتصح الكفالة بالمال ايضا لانها مبنية عليها قال رحمه الله
ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد وقود وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يجبر في حد القذف والقصاص وغيرهما

دة

من الحدود ولا يحبس ولو سمحت به نفس من غير طلب يجوز بالاتفاق
لهما ان الكفالة بالنفس شرعت لتسليم النفس وتسليمه
النفس واجب على الأصيل هنا فصحت الكفالة به كما في دعوى
المال بخلاف الحدود الخالصة لانها محض حق الله تعالى
وله قوله عليه الصلوة والسلام لا كفالة في حد مطلقا ولان
الكفالة للاستيثاق ومبناها على الرد فالاجبار على اعطاء
الكفيل فيها يفضي الى فساد الوضع بخلاف سائر الحقوق
لانها لا تسقط بالشبهات قال رحمه الله ولا يحبس فيما يخفى
يشهد شاهدان مستوران او واحد عدل يعرفه القاضي
بالعدالة لان الحبس هنا لتهمة الفساد وشهادة المستورين
تصلح للحكم به فيصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة في
الديانات والمعاملات فتثبت بشهادة العدل التهمة وان
لم يثبت به أصل الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لانه عليه
الصلوة والسلام حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث
لا يحبس فيها ما لم يثبت لانه نهاية العقوبة فيه فلا يثبت
الا بحجة تامة كالحد نفسه وعنهما لانه لا يحبس في الحدود
والقصاص ايضا لحصول المقصود وهو الاستيثاق بالكفالة
قال رحمه الله وبالمال ولو مجهولا اذا كان دينا صحيحا
كقوله عند بالف ومالك عليه وبما يدركك في هذا البيع وما

بايعت فلانا فعلي وما داب عليه فعلي وما غصبك فلان علي
اي تصح الكفالة بالمال ولو كان المكفول به مجهولا كقوله كفلت
لان الكفالة مشروعة فيه اجماع الامة وهي مبنية على التوسع
فتحتمل فيها الجهالة اليسيرة وغيرها بعد ان يكون متعارفا
وعلى الكفالة بالدرك انعقد الاجماع مع انه لا يعلم لكم قد يستحق
من المبيع وكفى به حجة وشرط ان يكون دينا صحيحا لانه اذا
لم يكن الدين صحيحا كبدل الكتابة لا تجوز الكفالة وتجوز
الكفالة بالصفة وقطع الاطراف اذا لم تكن موجبة للقصاص
لان الارش دين صحيح لا يسقط بالموت بخلاف بدل الكتابة
فانه ليس بدين صحيح الا ترى ان المكاتب يملك اسقاطه
وطلب الكفيل او المديون الا اذا شرط البراءة فحينئذ تكون حوالة
كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل كفالة اي للطالب
خيار ان شاء طالب الكفيل وان شاء طالب الاصيل وكذا له أن
يطالبهما معا لانه موجب الكفالة اذ هي تنبئ عن الضم وذلك
يقتضي بقاء الاول لا البراءة الا اذا شرط براءة الاصيل فحينئذ
تكون حوالة فلا يطالب الاصيل كما اذا احال بشرط ان لا يبرأ
المحيل فله ان يطالبه لما عرف ان العبرة للمعاني لا للالفاظ
قال رحمه الله ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر لما ذكرنا
ويصح تعليق الكفالة بشرط ملايم كشرط وجوب الحق كان استحق

المبيع اولامكان الاستيفا كان قدم زيد وهو مكفول او لتعذ
كان غاب عن المصر اي يجوز تعليق الكفالة بشروط ملايمة لا
الشروط والملايمة تثبت بكون الشرط سببا لوجوبه كقوله ان استحق
فعلي الثمن او بكونه ممكنا من الاستيفا كقوله ان قدم فلان فعلي
ما عليه من الدين فهذه جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها
والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فوجه
التمسك بالاية انه علق الكفالة بالشرط وذلك الشرط سبب
لوجوب الحمل وهو المجيء بالصاع وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم
تنسخ ولا يقال الكفيل من يكون منازعا عن غيره وهذا الكفيل
ضامن عن نفسه لانه هو الذي تجب عليه الجعل ولا يقال ان الاية
تدل على ان الكفالة للمجهول جايزة فلا يبقى لكم حجة لاجماع الامة
على ان ضمان الدرك جايز ولو كان منسوخا لما جاز ثم الاصل فيه
ان الجهالة في المال المكفول به لا تمنع صحة الكفالة كقولك ما
غصبك فلان فعلي وجهالة المكفول له والمكفول عنه تمنع حتى
لو قال من غصبك من الناس او بايعك او قتلك فانا كفيل عنه
او قال من قتلته انت او غصبته فانا كفيل عنه لا يجوز الا اذا
كانت الجهالة في المكفول عنه يسيرة مثل ان يقول كفلت بما لك عن
احد هذين فح تجوز فالتعيين الى المكفول له لانه صاحب الحق قال
رحمه الله ولا تصح بخوان هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا

يعني لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ونحوه كنزول المطر فان
علق به تصح الكفالة ويجب المال حالا هكذا ذكر في الكافي والهداية
وهذا سهو فان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان
الشرط غير ملايم فصار كما لو علقه بدخول النار ونحوه مما ليس بملا
ذكره قاضي خان وغيره ولو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح لا
يصح التاجيل ويجب المال حالا ولذا الكفالة بالنفس يجوز تعليقها
بشرط ملايم ويجوز تاجيلها الى اجل معلوم والجهالة اليسيرة
فيها متحملة كالتاجيل الى العطاء وقدوم الحاج ولا تجوز الى هبوب
الريح او هبوب المطر فان اجله اليه بطل الاجل ولزمه تسليم النفس
حالا قال رحمه الله فان كفل بما له عليه فبرهن على الف لزمه والا
لا يعني اذا تكفل رجل بما له على فلان فاقام الطالب البينة على ان
له الف درهم لزمه ما كفل لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا
وان لم يقم فلا يجب عليه شيء لان قول الطالب لا يكون حجة على المطلوب
وهو المكفول عنه ولا على الكفيل لانه مدعي ولا يقبل قوله الا بالبينة
قال رحمه الله صدق الكفيل بما اقر به يحلفه ولا ينفذ قول المطلوب
على الكفيل يعني اذا اقر الكفيل بشيء والمسئلة بحالها وادعى الطالب اكثر
من ذلك كان القول قول الكفيل لانه منكر ولو اقر المكفول عنه باكثر
من ذلك لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته عليه لان الاقرار على الغير
لا ينفذ الا اذا كان عن ولاية وهذا بخلاف ما اذا قال ما ذا ب لك

علي فلان فعلي فاقر فلان علي نفسه مثلاً بالف فانكر الكفيل
ما اقر به حيث يلزمه ما اقر به المطلوب استحساناً والقياس لا يلزمه
شيء لما بيّنا قوله فان كفل بامره رجع بما ادّي عليه لانه قضى دينه
بامره معناه اذا ادّي ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبيّ او
عبد محجور عليهما اما اذا ادّي خلافه بان كان الدين المكفول
به جيداً فأدّي رديئاً او بالعكس يرجع بالمال المكفول به لا بما ادّى
لانه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة
او بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه او وهبه له حال حياته
وهي جائزة للكفيل وان كانت لا تجوز لغير من عليه الدين لانه
ينتقل الدين اليه مقتضى الهبة ضرورة ولو نقله بالحوالة
او بجعل كالدينين للضرورة او نقول بوجوبه عليه فلا يجب
عليه ان يسامح الاصيل بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع
بما ادّي ان ادّي الردي في الدين وان ادّي اجود منه لا يرجع
الا بالدين لانه لم يلتزم ولم يجب عليه شيء في ذمته وانما ثبت
له حق الرجوع بالاداء بامره ولهذا لو وهب له الدين لا يملكه
فيرجع عليه بما ادّى ما لم يخالف امره بالزيادة وما لم يخالف ما
اذا صالح على اقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع الا بقدر
ما أدّى واما اذا تكفل بامر الصبي او العبد المحجور عليهما فلان
الامر بالكفالة استقراض منه من المامور واستقراضهما لا

يصح

لا يصح ولا يوجب الضمان وانما لزم الكفيل المال بالتزامه لان
صحة الكفالة تعتمد التزامه باختياره لا امر الامر بخلاف الصبي
والعبد المأذون لهما لان أمرهما بالكفالة يالمال والنفس صحيح
وانما لم يملكا تكفلا عن احد لكونه تبرعاً فيرجع عليهما الكفيل
قال رحمه الله وان كفل بغير امره لم يرجع عليه لانه متبرع بادائه
عنه وفيه خلاف مالك رحمه الله قال رحمه الله ولا يطالب
الاصيل بالمال قبل ان يودي عنه لانه التزم المطالبة وانما تملك
الدين بالاداء فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشراء حيث
يملك قبل الاداء لان الوكيل من الموكل بمنزلة البايع من المشتري
فيما يرجع الى الحقوق والاصح انه انعقد بينهما مبادلة حكمية
حتى لو اختلفا في مقدار الثمن تحالفا وان كان للوكيل ولانه
حبس المبيع عن الموكل الى ان يوفي الثمن كما كان كذلك للبايع
اذ هو استفاد الملك من جهته فكذا له ان يطالبه بالثمن
قبل ان يودي كما كان للمشتري ان يطالب المشتري منه اذا
باع منه ان يوفي الثمن الى البايع قال رحمه الله فان لو زم
لازمه اي ان لو زم الكفيل من جهة الطالب لازم هو الاصيل
حتى يخلصه وكذا اذا حبس له ان يحبسه لانه هو الذي أدخله
في هذه العهدة ولحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله حتى
يخلصه من ذلك اذ تخليصه واجب عليه قال رحمه الله ويرى

بادائه الاصيل اي برئ الكفيل بأداء الأصيل لان الأصيل
يبرأ بالاداء وبرأنه توجب براءة الكفيل لانه ليس عليه دين
صحيح وانما عليه المطالبة فقط ويستحيل ان تبقى المطالبة
بدون الدين قال رحمه الله ولو أبرأ الأصيل او أخر عنه برئ
الكفيل وتأخر عنه اي لو ابرأ الطالب الاصيل او اجل دينه
برئ الكفيل وتأجل الدين في حقه أيضا كما ذكرنا قال رحمه الله
ولا ينعكس اي براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل ولا تأخير
عنه يوجب التأخير عن الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين على
ما بينا الا ترى ان للدين وجودا بدونه ابتدا فكذا بقاء
وبخلاف ما اذا تكفل بالدين الحال مؤجلا الى شهر حيث يتأجل
عن الاصيل ايضا لانه لا مطالبة للكفيل حال وجود الكفالة
فانصرف الأجل الى الدين قال رحمه الله ولو صالح احدهما
المال على الف على نصفه برئ اي صالح الاصيل او الكفيل الطالب
على خمسمائة عن الف التي عليه برئ الكفيل والأصيل اما اذا صالح
الاصيل فظاهر لأنه بالصلح يبرأ هو وبرأته توجب براءة الكفيل
على ما بينا واما اذا صالح الكفيل فلان اضافة الصلح الى الالف
اضافة الى ما على الأصيل لأن الكفيل ليس عليه دين وانما عليه
المطالبة على ما بينا فبرأته توجب براءة الكفيل قال رحمه الله
وان قال الطالب للكفيل برئت الى من المال رجع الى المطلوب اي

الكفيل

الكفيل رجع على المكفول عنه لان هذا اقرار منه بالقبض من
الكفيل لان البراءة التي يكون ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها
الى الطالب لا يكون الا بالايفاء منه فصار كانه قال دفعت
الي او انقدتني او قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع الطالب
على واحد منهما لاقراره بالاستيفاء من الكفيل قال رحمه الله وبطل
تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لأن في الابراء معنى التمليك
كالابراء عن الدين وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل
ظاهر وكذا على قول من يقول بثبوت المطالبة لا غير لان فيها
تمليك المطالبة وهي كالدين قال رحمه الله والكفالة بحد
وقود ومبيع ومرهون وامانة يعني الكفالة بهذه الاشياء
باطلة اما الكفالة باستيفاء الحد او القصاص فلان الكفالة
انما تصح بمضمون تجري النيابة في ايفائه ولا تجري النيابة
في العقوبات لان المقصود من شرعها زجر المفسدين عن الفساد
فلا يمكن اقامتها على غير الجاني لعدم الفائدة واما الكفالة
بالمبيع والمرهون والامانات كلها فلان الكفالة من شرط صحتها
ان يكون المكفول به مضمونا على الأصيل بحيث لا يمكنه ان يخرج
عنه الا بدفعه او دفع بدله لان الكفالة التزام المطالبة بما
على الاصيل فلا بد ان يكون واجبا على الاصيل ومضمونا عليه
حتى يتحقق معنى الضم والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه

واغا هو مضمون بالثمن الاترى انه لو هلك لا يجب عليه شيء بل
ينفسخ البيع وكذلك الرهن غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط
دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل وليس هو
بواجب على الاصيل وكذلك الامانة ليست بمضمونة على الاصيل
لاعيانها ولا تسليمها وهي كالودائع والمضاربات والشركات فلا
يمكن جعلها مضمونة على الكفيل فلا تصح الكفالة بها قال رحمه الله
وصح لو ثمنا ومغصوبا ومقبوضا على سوم الشراء ومبيعا فاسدا
يعني ان كان ثمن المبيع يجوز الخ لان الثمن دين صحيح مضمون
مضمون على المشتري والمغصوب والمقبوض على سوم الشراء
والمبيع في البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلك عنده
يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فامكن ايجابه
على الكفيل بخلاف الاعيان المضمونة لغيرها كالمبيع والرهن
وبخلاف الامانات على ما تقدم ويجوز في الحمل ان يتكفل
بتسليم العين سواء كانت مضمونة او امانة لان تسليم
العين واجب على الاصيل فامكن التزامه فصار نظير التكفل
بالنفس لانه ما دام قائما يجب عليه تسليمه وان هلك يبرأ
كالكفالة بالنفس وقيل ان كان تسليمه واجبا على الاصيل
كالعارية جازت الكفالة بتسليمه وان كان غير واجب
كالوديعة والاجارة لا تجوز الكفالة بتسليمه لان التسليم

غير

غير واجب عليه فلا يمكن ايجابه على الكفيل قال رحمه الله وحمل
دابة معينة مستاجرة وخدمة عبد استوجب للخدمة يعني
لا تجوز الكفالة بالحمل فيما اذا استاجر دابة معينة للحمل
عليها ولا بالخدمة فيما اذا استاجر عبدا للخدمة لان من شرطها
ان يكون قادرا على التسليم وهنا لا يقدر لانه استحق عليه الحمل
على دابة معينة والكفيل لو اعطى دابة من عنده لا يستحق
الاجرة لانه اتى بغير المعقود عليه وكذا العبد للخدمة بخلاف
ما اذا كانت الدابة غير معينة للحمل لان المستحق على المؤجر
الحمل والكفيل يقدر على ذلك بان يحمله على دابة نفسه ولو
تكفل بتسليم الدابة اذا كانت معينة جاز لما ذكرنا في
المبيع قال رحمه الله وبلا قبول الطالب في مجلس العقد وقال
ابو يوسف تصح والخلاف في الكفالة بالنفس والمال سواء
وقيل عنده بشرط القبول والاول اظهر عنده وفي البزازية
الفتوى على قول الثاني لكنه لا يشترط في المجلس بل اذا بلغه
بعد القيام من المجلس فاجاز ذكر في المبسوط في موضعين شرط
الاجازة في احدهما دون الاخر قال رحمه الله الا ان يكفل وارث
المريض عنه يعني لا تجوز الكفالة بقبول المكفول له في المجلس
عندهما الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لورثته أو بعضهم
تكفلوا عني بما علي من الديون لغرمائي فتكفلوا عنه مع غيبة الغرماء

ف

فانه جايز استحسانا وان كان القياس بابا ه على قولهما
اذ لا يتم الا بقبوله فصار كما لو قال ذلك في حالة الصحة
وجه الاستحسان ان هذه وصية منه لورثته بان يقضوا
عنه دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض لدين وغرماؤه لا
الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا لا يصح اذا لم يخلف
مالا ولان المريض في هذه الحالة قايم مقام الطالب لحاجة
اليه من الطالب تفريغا لذمته بقضاء الدين من تركته و
لانه لما تعلق فيه حق الغرماء والورثة بماله صار كالاجنبي
عن ماله حتى لا تنفذ تصرفاته وتوجهت المطالبة عليه
الورثة بقضاء ديونه من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب
مقام الطالب او نايبه كان الطالب قال اضمن عن فلان او
كانه حضر وقبل قال رحمه الله وعن ميت لم يترك مالا
وعليه ديون وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
يجوز لما روي انه عليه الصلاة والسلام ابى بجنازة رجل
من الانصار فسال هل عليه دين قالوا نعم درهمان اوديناران
فامتنع من الصلاة عليه وقال صلوا على اخيكم فقام ابو
قتادة رضي الله عنه وقال ذلك علي فصلى عليه صلى الله
عليه وسلم ولان الدين واجب عليه في حياته وهذا لا يسقط
الا بالايفاء والابراء او انفساخ سبب الوجوب وان لم يوجد

شيء من ذلك فلا يسقط ولهذا يبقى في حق حكم الاخرة ولو
تبرع به انسان يصح ولو لم يكن عليه دين لما جاز للطالب
اخذه من المتبرع قال رحمه الله وبالثمن للموكل ولرب المال
اي لا تجوز الكفالة بالثمن للموكل ولا لرب المال معناه اذا
وكل رجل رجلا ببيع شيء فباعه الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل عن
المشتري او ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه عن
المشتري لم يجز لان حق القبض الى الوكيل والمضارب بجهة
الاصالة في البيع ولهذا لا تبطل بموت الموكل او بموت رب
المال وبعزله ولو وكل الموكل بقبض الثمن ثم عزله صح عزله
لان الثمن وجب للوكيل او للمضارب على المشتري اذ حقوق
العقد راجعة الى العاقد قال رحمه الله وللشريك اذا باع
عبد صفقة اي اذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما
واحدة وضمن احدهما الشريك نصيبه من الثمن لا يجوز لانه
يصير ضامنا لنفسه لازما من جزء يؤديه المشتري والكفيل
من الثمن الاول شريك فيه بنصيبه ولانه يؤدي الى قسمة الدين
قبل القبض فانه لا يجوز اذ القسمة عبارة عن الافراز والجواز
وهو ان يصير حق كل واحد منهما مفرزا في حين على حدة وذا لا
يتصور في غير المعين لان الفعل الحسي يستدعي حيزا والدين
حكمي فلا يرد عليه الفعل الحسي فاذا لم تصح قسمته يكون كل

يوديه الى شريكه مشتركا بينهما فيرجع المودي بنصف ما
ادي لكونه مشتركا بينهما ثم يرجع ايضا بنصف الباقي الا
ان لا يبقى في يده شيء فيؤدي تجويزه ابتداء الى ابطاله انتهاء
بخلاف ما اذا باعاه صفقتين بان سمى كل واحد منهما
ممتازا عن نصيب الآخر فلا شركة الا ترى ان المشتري لو
قبل نصيب احدهما ورد نصيب الآخر فلا شركة الا ترى ان
المشتري لو قبل نصيب احدهما ورد نصيب الآخر صح وكذا
لو قبل الكل ونقد حصة احدهما للناقد قبض نصيبه
ولهذا لو استوفى احدهما نصيبه من المشتري او بعضه لا
يشاركه الآخر وفي الفصل الاول يشاركه قال رحمه الله
وبالعهدة اي لا تجوز الكفالة بالعهدة وانما لا تجوز لان العهدة
اسم مشترك قد يقع على الصك المقوم لانه وثيقة بمنزلة
كتاب العهدة وهو ملك البايع ولا يلزمه التسليم فاذا ضمن
تسليمه الى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح وقد يطلق
على العقد لانها ماخوذة من العهد والعقد والعهدة والعقد
وعلى حقوق العقد لانها من ثمرات العقد ففي الخبر عهدة
الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه لتعذر العمل لها
قبل البيان فبطل الضمان للجهالة بخلاف الدرك فانه
ضمانه صحيح لانه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع

وهو

وهو معلوم مقدور التسليم ولا يقال ينبغي ان يصح في
ما يجوز به الضمان وهو الدرك تصحيحا للتصرف قال رحمه الله
والخلاص اي لا تجوز الكفالة بالخلاص وهو عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد يجوز لانه ضمان لان تفسيره
عندهما تخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه
وهذا ضمان الدرك في المعنى وابو حنيفة يقول تفسيره
تخليص المبيع ان قدر عليه لا محالة وهو لا يقدر على ذلك
لان المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع او رد الثمن
جاز قال رحمه الله ومال الكتابة لانه دين ثبت مع المنافي
فلا تجوز الكفالة به وهو دين المولى عليه على مملوكه فلا يظهر
في حق الكفالة ولانه مخير بين ان يعجز نفسه وبين ان يوفي
فلا يفيد ايجابه على الكفيل على هذه الصفة لعدم الفائدة
قال رحمه الله ولو اعطى المطلوب الكفيل قبل ان يعطي الكفيل
الطالب لا يسترد منه اي لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل
قبل ان يعطي الكفيل للمكفول منه ليس للمكفول عنه ان يسترد
منه لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضاء الدين فلا
يسترجع منه ما دام هذا الاحتمال باقيا كمن عجل الزكوة ودفعها
الى الساعي او كمن اشترى شيئا بشرط الخيار ونقد الثمن قبل
المدة ثم اراد ان يسترد قبل نقض البيع ليس له ذلك لان الدفع

كان لعرض وهو ان تصير زكاة وثمنا عند مضي الحول ومضي
مدة الخيار فما دام هذا الاحتمال قايما لا يسترد ملكه بالقبض
لان المطلوب دفعه اليه علي وجه القضاء واخذ الكفيل
علي وجه الاقتضاء بان قال له وقت الدفع اني لا آمن ان ياخذ
الطالب حقه منك فانا اقبضك المال قبل ان تؤديه فخلا
ما اذا كان الدفع علي وجه الرسالة بان قال الاصيل للكفيل
خذ هذا المال وادفعه الي الطالب حيث لا يصير المؤدي ملكا
للكفيل بل هو امانة في يده ولكن لا يكون للاصيل ان يسترده
من الكفيل قال رحمه الله وما ربح الكفيل له اي اذا ربح الكفيل
بالمال الذي قبضه من المطلوب قبل ان يعطي هو للطالب طاب
له الربح لانه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدق
به سواء قضي الدين هو او الاصيل لانه بالكفالة وجب علي
الاصيل الا تري انه تاخر مطالبته به حتي يدفع فنزل منزلة
الدين المؤجل فيملكه بالقبض علي ما بينا قال رحمه الله وينبغي
رده علي المطلوب لو شيا يتعين بيعي يستحب رد الربح علي الكفيل
عنه اذا كان المقبوض شيا يتعين كالحنطة والشعير وهذا
اذا قضي الاصيل الدين وهو قول ابي حنيفة وعنه انه يتصدق
به وقالا لا يطيب له الربح رواية عنه لانه ملكه بالقبض علي
مثال ما لو قضي الدين الموجل وربح فيه وله ان الخبث فيما

يتعين لان اقتضاه قاض لا تري ان المكفول عنه يتمكن من قضاء
دينه واسترداده العين المقبوضة فلا يخلو عن الشبهة
فاذا لم يطب له يتصدق به في رواية علي الفقراء وفي رواية
يرده علي الاصيل لان الكراهية لحقه ثم ان كان الاصيل فقيرا
يطيب له وان كان غنيا فقيه روايتان والاشبه ان يطيب
له هذا اذا اعطاه علي وجه القضاء لدينه وان دفع اليه
علي وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق قال رحمه الله ولو
امر كفيله ان يتعين عليه حريرا فالمرا للكفيل والربح عليه
وتفسيره ان الاصيل امر الكفيل ببيعه العينة وهو ان
يقول له المشتري من الناس حريرا او غيره ثم بعه فما ربح الباع
منك وخسرت انت فعلي وصورته ان ياتي هو الي تاجر فيطلب
منه القرض ويطلب التاجر الربح ويخاف من الربا فيبيعه
التاجر ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر نسيئة ليبيعه هو في السوق
بعشرة فيصل الي العشرة ويجب عليه للبايع خمسة عشر الي اجل
ويقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوي عشرة
بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التي اقرضه منه علي انها من الثوب
فيبقي عليه الخمسة عشر قرضا فاذا فعل ذلك نقل عليه والربح
الذي ربحه التاجر عليه يلزمه ولا يلزم الامر شيء من ذلك لانه
اما ضامن لما بخسره قال بعضهم نظرا الي قوله علي لانها للوجوب

فلا يجوز كما لو قال لرجل بايع فلانا في السوق فما خسرت فعلي وامّا توكيل
بالشراء فقال البعض نظرا الى الامر به فلا يجوز ايضا لجهالة نوع
الحرير وثمنه وسمّي هذا النوع من البيع عينة لما فيه من السلف
يقال باعه بعينه بعينٍ نسيئة من غير الميزان وهو مبيلة ٩
لانها زيادة وقيل لانها تبيع العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض
شراء ما باع باقل مما باع وقيل لما فيه من الاعراض عن الدين
الى العين لما فيه من الاعراض عن ٣ الاقراض مطاوعة لشح
النفس وهذا مذموم شرعا اخترعه اكلة الربا وقال عليه
الصلوة والسلام اذا تبايعتم بالعينة وابتعتم اذناب البقر
ذللتم وظهر عليكم عدوكم قال رحمه الله ومن كفل عن رجل بما ذاب
له عليه او بما قضي له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعي ٥
على الكفيل ان له على المدعي المطلوب الف درهم لانه كفل ما لا يجب
في المستقبل بالقضا او باي سبب كان وذلك لم يوجد لان
القضا على الغايب لا يجوز فلم يوجد شيا ولم يوجد شرطه وهو ٦
لو اقر الكفيل على الاصيل بالف درهم لا يجب على الكفيل لانه اقرار
لا يوجب على الاصيل وشرط لزوم الكفيل في هذه الكفالة الوجوب
على الاصيل فكذا القضا وهو غايب ولانه يحتمل ان يكون واجبا
قبل الكفالة فلا يجب عليه ويحتمل ان يكون واجبا بعده فيجب
عليه فلا يدخل تحت الكفالة بالشك حتى لو ادعى الوجوب بعد

الكفالة

الكفالة بان قال لرجل حكم لي عليه القاضي فلان بكذا بعد الكفالة
واقام البينة قبلت بيّنته لانه ادعى عليه ما لا دخل في الكفالة
ولزمه المال قال رحمه الله ولو برهن ان له على زيد كذا وان هذا
كفيل عنه بامره قضي به عليهما ولو بلا امر على الكفيل فقط
اي لو احضر شخصا عند القاضي فاقام البينة ان له على زيد
الف درهم وان هذا الشخص كفيل بامره قبلت البينة وقضي على
الاصيل والكفيل جميعا ولو اقام البينة انه كفيل عنه بغير امره
قضي على الكفيل فقط ولا يقضي على الغايب لان المدعي هنا ما
مطلق فامكن اثباته بخلاف ما تقدم على ما بيناه فان قيل
كيف يقضي على الغايب اذا كانت الكفالة بامره والقضا على
الغايب لا يجوز قلنا اذا لم يتوصل الى حقه على الحاضر الا باثباته ٤ تد
على الغايب يجوز القضا على الغايب كما اذا ادعى عبدا ان الحاضر
اشتراه من الغايب ثم اعتقه فانكر الحاضر الشراء والاعتاق كان
الحاضر خصما عن مولاه حتى اذا اثبت العبد الشرا والعتق نفذ
على الغايب حتى اذا حضر ليس له ان يدعيه قال رحمه الله وكفالة
بالدرك تسليم معناه اذا باع رجل دارا مثلا فكفل رجل للمشتري
عن البايع بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فكفالته
تسليم للمبيع واقرار منه لانه لا حق له فيها حتى لو ادعى ان الدار
ملكه او ادعى الشفعة او الاجارة لا تسمع دعواه لان الكفالة

ان كانت مشروطة في البيع توقف جوازه على قبول الكفيل الكفالة
في المجلس فان قبل وانبرم بقبوله ثم ادعى الملك او غيره صار
ساعيا في نقض ما تم من جهته ضل سعيه في الحياة الدنيا
وان لم تكن مشروطة في البيع فالمطلوب من هذه الكفالة
اتمام البيع واحكامه بان لا يرغب فيها المشتري لاجل الكفالة
خوفا من الاستحقاق فيكون اقرارا منه بان البايع مالك
لها وقت البيع فلا تصح دعواه بعد ذلك قال رحمه الله وختمه
وشهادته لاي كتابة شهادته وختمه لا يكون تسليما
حتى اذا ادعاه بعده تقبل دعواه لان الشهادة ليس فيها
ما يدل على انه اقر للبايع بالملك اذ البيع يوجد من غير
المالك كما يوجد من المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة
او ينظر في البيع حتى اذا راى فيه مصلحة باعه وليس فيه ما
يدل على فساده بخلاف ضمان الدرك لان مقصوده الالتزام
على ما بينا قال رحمه الله ومن ضمن عن خراجه او رهن به او
ضمن ثوابه وقسمته صح اما الخراج فلانه دين له مطالب
من جهة العباد فصار كسائر الديون وهذا لانه يجب حقا
للمقاتلة بدلا عن الذب عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة
الاجرة بخلاف الزكاة في الاموال الظاهرة لان الواجب فيها
جزء من النصاب وهو عين غير مضمون بدليل انه لو هلك لا

يوخذ

يوخذ منه شيء والكفالة باعيان غير مضمونة لا تجوز ولان
الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محله ثم قيل المراد بالخراج
الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام
كل سنة في مال على ما يراه لا الخراج المقاسمة وهو الذي يقسمه
الامام من غلة الارض لانه غير واجب في الذمة فلم يكن في معنى
الدين والرهن كالكفالة لان كل واحد منهما للتوثق فيجوز
في كل موضع تجوز الكفالة فيه واما النوائب فقد اختلفوا في
صورته فقال بعضهم اريد به ما يكون بحق كاجرة الحراس وكرا
النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى
قال بعضهم اريد به ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا
ياخذها الظلمة بغير حق فان كان مراده الاول جازت الكفالة
لانه واجب مضمون وان كان مراده الثاني ففيه اختلاف
المشايخ قال بعضهم لا تجوز الكفالة فيه منهم صدر الاسلام
البزدوي لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وفي
الدين وهنا لا دين ولا مطالبة على الاصيل فلا يتحقق معنى
الضم وقال بعضهم يجوز منهم فخر الاسلام لانها في المطالبة مثل
سائر الديون بل فوقها والعبرة في باب الكفالة للمطالبة
لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه
النوائب على المسلمين بالقسط بوجر وان كان الاجر بالاخذ

ظلما وقلنا ان من قضي نايبه غيره بامر رجع عليه وان
لم يشترط الرجوع كمن قضي دين غيره بامره قال رحمه الله ومن
قال لاخر ضمنت لك علي فلان مايه الي شهر فقال هي حالة
فالقول للضامن يعني اذا اقر انه كفيل بدين عن فلان
وادعى فصدقه المقر له وهو الطالب في الدين وكذبه في الاجل
كان القول قول المقر لانه اقر له بثبوت حق المطالبة بعد
شهر والمقر عليه المطالبة في الحال وهو ينكر فكان القول قوله
بخلاف ما اذا اقر بالدين المؤجل فصدقه المقر له في الدين
وكذبه في الاجل حيث يكون القول فيه قول المقر له لان المقر اقر
بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله الا ببينة
ولان الاجل في الكفالة نوع حتى يثبت فيما ان غير شرط بان
كان الدين مؤجلا على الاصيل وفي الدين عارض حيث لا يثبت الا
بشرط فكان القول لمن ينكر العوارض وفي النوع الاول للمقر لانه
صفة للدين وقال الشافعي رحمه الله القول فيهما للمقر لان الاجل
وصف فيهما يقال دين مؤجل وحال وفي الاوصاف القول للمقر
وقال ابو يوسف رحمه الله القول للمقر في الفصلين رواه عنه
ابراهيم بن يوسف لان المقر مقر بحق ثم ادعى قاضيه فلا يصدق
الا بحجة لانه ادعى ان له على صاحبه حقا وهو التاخير الا ترى
انه لو اقر بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة وبطل

الخيار لما قلنا ونحن بينا الفرق بين الفصلين قال رحمه الله
ومن اشترى امة وكفل له رجل بالدرك ثم استحقت لم يأخذ
المشتري الكفيل حتى يقضي له بالدين لثمن على البايع لان
الكفالة بالدرك هو الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق
وهو لم يخرج عن ملكه ما لم ينفسخ البيع ويحكم على البايع برد الثمن
على المشتري وبمجرد الاستحقاق لا ينفسخ ولهذا لو اجاز المستحق
البيع قبل الفسخ جاز فلو كان منتقضا لما جاز فاذا لم يجب
لم يجب الثمن على البايع ولم يخرج عن ملكه لان بدل المستحق
ملوك الا ترى انه لو كان ثمنها عبدا فاعتقه البايع لم يخرج
عن الحالة الاولى عتق وكذا لو باع المشتري باع الجارية من
انسان فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الاول ان يرجع
على بايعه ما لم ينقض عليه بالثمن للثاني كيلا يجتمع البدلان في
ملك واحد فاذا حكم الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط
احتمال الاجازة ولزم البايع رد الثمن فلان مركفيله ضرورة
بخلاف القضا بالجزية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية
فيرجع على البايع والكفيل به وعن ابي حنيفة رحمه الله ان البيع
ينتقض بمجرد الاستحقاق لان الخصومة من المستحق وطلب
الحكم من القاضي دليل النقض فينتقض به البيع كما ينتقض
بالنقض صريحا فلا تعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف

ان العين اخذها الحكم دليل الفسخ والظاهر هو الاول
والله اعلم باب كفالة الرجلين والعبدين

دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما اداه احدهما لم يرجع به
على شريكه فاذا زاد على النصف رجع بالزيادة معناه اذا كان
لرجل دين على اثنين بان اشتريا منه عبدا وتكفل كل واحد
منهما عن صاحبه فما اداه احدهما لا يرجع به على شريكه حتى
يزاد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد
منهما اصيل في النصف وفي النصف كفيل فما يؤديه ينصرف
الى ما عليه اصالة اذ لا معارضة بين ما عليه بطريق الاصالة
وبين ما عليه بطريق الكفالة لان الاول دين ومطالبة
والثاني مطالبة فقط فلا يعارض الاول لذا سبب الاول
وهو الشراء اقوى من سبب الثاني وهو الكفالة ولهذا ينفذ
الاول من المريض جميع ماله وان كان عليه دين والثاني لا ينفذ
الا من الثلث بشرط ان لا يكون عليه دين وان كان عليه دين
مستغرق لا يجوز اصلا فكان الاول فلا يعارضه الضعيف وهو
نظير ما لو اشترى ثوبا وفضة بفضة فقبضهما وقبض
الاخر من الفضة الخالصة قدر فضته ثم افترقا قبل قبض
الباقي يجعل المقبوض ثمن الفرق لان الفرق قوي واكد حتى اوجب
القبض قبل الافتراق ولان الكفالة توجب المطالبة وهي بيع

للدين

للدين ولا معارضة بين الاصل والتبع قال رحمه الله وان كفلا
عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما اداه رجع بنصفه على شريكه
او بالكل على الاصيل معناه اذا كان على رجل دين الف درهم مثلا
فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل
كل واحد من الرجلين عن صاحبه بما لزمه من الكفالة لان
الكفالة عن الكفيل جايزة كما تجوز عن الاصيل فما اداى احدهما
رجع بنصفه ثم يرجعان على الاصيل ان شاء وان شاء رجع هو
بالكل على الاصيل لان ما عليهما مستويان فلا ترجيح للبعض
على البعض اذ الكل كفالة فيكون المودي شافعا عنهما فيرجع
بنصفه على شريكه اذ لا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستوا
وقد حصل برجوع احدهما بنصفه وليس لصاحبه ان ينقض
الاستواء بالرجوع عليه مراعاة لما اقتضاه العقد اذ الاستواء
في السبب يوجب الاستواء في الحكم وهو الغرم بخلاف المسئلة الاولى
لان الترجيح فيها حاصل من الابتدا فلا يضره الرجوع فيؤدي
الى الدور ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه دينه بامره
احدهما بنفسه والاخر بنايبه قال رحمه الله ولو افترق المتعاوضان
اخذ الغريم ايا شاء بكل الدين لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر
على ما بينا في الشركة قال رحمه الله ولا يرجع حتى يؤدي اكثر
من النصف لما بينا من الوجهين في كفالة الرجلين قال رحمه الله

وان كاتب عبدين كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه فما ادي احدهما
رجع بنصفه وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان فيه كفالة
المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما بانفراده باطل
فعند الاجتماع اولى فصار كما لو اختلفت كتابتهما وجه الاستحسان
ان تصرفات الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن تصحيح
هذه الكفالة بان يجعل المال كله على واحد منهما في حق المولى وفي حق
نفسه وعتق الآخر معلق بادائه فيطالب المولى كل واحد منهما بجميع
المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فايهما ادى عتق وعتق
الآخر تبعا له كما في ولد المكاتب لكن كل واحد كفيل في حق صاحبه لا
المال في الحقيقة متقابلين بهما حتى انقسم عليهما فصار كفالته
بما عليه اصلية وكفالة المكاتب بما عليه اصل جائز فكان كل واحد
منهما اصيلا في الكل كفيلا عن صاحبه في حق صاحبه بالكل ولا
تظهر الكفالة الا في حق صاحبه لانها ضرورية فتتقدر بقدرها
حتى تكون مطالبة المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة
لا بحكم الكفالة فاذا ادى احدهما شيئا وقع عن البدلين فينفع
ذلك عن صاحبه لاستوائهما فيرجع به عليه ولو رجع بالكل لا تتحقق
المساواة بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما ثم المسئلة على ثلاثة اوجه
احدها ان يكاتبهما كتابة واحدة فكل واحد منهما يلزمه حصته
على حدة وكل واحد كفيل عن صاحبه بحكم ما ذكرنا والثاني ان

يكاتبهما

يكاتبهما كتابة واحدة على الف ولم يزد على هذا فحكمه ان كل واحد
منهما يلزمه حصته ويعتق باداء حصته والثالث يكاتبهما
كتابة واحدة على انهما ان ادّيا عتقا واذا عجزا ردا في الرق
ولم يذكر كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فعند زفر جواب هذا
مثل الفصل الثاني لكنا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل
المال الى المولى لان شرط المولى في العقد تجب مراعاته اذا كان
صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند اداءهما جميع المال نصا فلو
عتق واحد منهما باداء حصته كان مخالفا لشرطه وما استدل
به زفر ممنوع فان هذا عندنا كالفصل الاول في جميع ما ذكرنا
قال رحمه الله ولو حرر احدهما اخذ ايّهما شاء بحصته ما لم يعتق
معناه لو اعتق احد العبدين فيما اذا كان بينهما وشرط كفالة كل
واحد منهما عن صاحبه صح العتق لوجود الصحيح للعتق وهو الملك
في الرقبة ويأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء فان شاء أخذ
المعتق بالكفالة وان شاء اخذ صاحبه بالاصالة قال رحمه الله
فان اخذ المعتق رجع على صاحبه وان اخذ الآخر لانه غير المعتق
اصيل فلا يرجع على احد اذا ادى والمعتق كفيل عنه بامره فيرجع
به عليه فان قيل كيف يكون المعتق كفيلا عنه والكفالة ببدل
الكتابة لا تجوز قلنا هذا في حالة لانه لم يكن في الابتداء كفيلا فقط
وانما كان بدل الكتابة واجبا عليه اصالة وقدرنا الكفالة فيه

في حق صاحبه احتيالا لتصحيح الاداء عن صاحبه وبعد العتق لا يمكن ايجاب البدل عليه لاستغنائه فلا يمكن تقرير الاصالة فيه فبقي كفيلا قال رحمه الله ومن ضمن عن عبد مالا يؤخذ منه بعد عتقه فهو حال وان لم يسمه المراد به دين لم يظهر في حق المولى كما اذا لزمه بالاقرار او بالاستقراض او بالوطئ او استهلاك وديعة فان هذه الديون لا تظهر في حق المولى فلا يؤاخذ بها في الحال وانما يؤاخذ بها بعد الحرية فلو ان انسانا تكفل بهذه الديون يلزمه ويطالب به في الحال لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا ان المطالبة تاخرت عنه لعسرته فصار كما لو كفل عن غائب او مفلس بخلاف ما اذا كفل بدين موجل حيث يلزم الكفيل حالا لانه التزم المطالبة بدين والطالب ليس له ان يطالب بالدين المؤجل في الحال ثم اذا ادي عنه يرجع به بعد العتق ان كان بامره لان الكفيل بالاداء ملك الدين واقام مقام الطالب فلا يطالبه قبل الحرية وقوله بدين يؤخذ به المعتق احتراز عما يؤخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك عيانا او دين لزمه بالتجارة باذن المولى فانه يجوز الكفالة به بلا شبهة قال رحمه الله ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعي انه له ضمن قيمته ولو ادعى على

عبد

عبد ما لا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل والفرق ان المطالبة تتكفل عن العبد بتسليم نفسه فاذا مات العبد وهو المكفول به برئ وهو برأته توجب برأة الكفيل على ما بينا من قبل ولا يختلف ذلك بين ان يكون المكفول حرا او عبدا وفي الاولى تكفل عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد والكفالة بالاعيان المضمونة جائزة فيجب على ذي اليد رد العين فان هلكت يجب عليه قيمتها فكذا على الكفيل اذا اثبت المدعي بالبينة انه له لانه يقوم مقام الاصيل والبينة كما تسمع مبينة فيظهر بها ان العبد ملكه بخلاف ما اذا اثبت الملك باقرار ذي اليد او بنكوله لان اقراره على الاصيل لا يصح في حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر هو به بنفسه قال رحمه الله ولو كفل عبد عن سيده فعتق فاداه الكفيل وكفل سيده عنه واداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر ومعنى الاول ان لا يكون على العبد دين لان امر المولى بالتكفل يصح اذا لم يكن عليه دين ثمرة فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين من سائر امواله وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته

كتاب الحوالة

هي لغة التحويل والنقل ومنه حوالة الغراش اي نقله قال رضي الله عنه رضي المختار والمحال عليه وهذا من شرائطها والقبول

وفيه خلاف ابي يوسف كما في الكفالة وهي مشروعة باجماع
الامة وقال عليه الصلوة والسلام من احيل علي ملي فليتبع
والامر بالاتباع دليل الجواز ولانها لتزام ما يقدر على تسليمه
فوجب القول بصحته دفعا للحاجة وانما اختصت بالدين
لانها تنبئ عن النقل والتحويل وهو في الدين لا في العين لان
الدين وصف شرعي وهذا النقل حكم شرعي يظهر اثره في المطالبة
فيجوز ان يوثر النقل الشرعي في الثابت شرعا واما الشرعي العين
فحسي فلا ينتقل النقل الحكمي بالنقل الحسي وانما اشترط
رضاها لان المحتال هو صاحب الحق ويختلف الناس فلا بد من
رضاه لاختلاف الناس في الايفاء فمنهم من قال مع الغدر ومنهم
من يوفي تاقصا ومنهم من هو بالعكس فلا يلزمه بدون رضاه
والمحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطلب والناس تفاوتوا
فيه فمنهم من يعنف فيه ويستعجل ومنهم من يتساهل ويمهل ويسامح
ولم يذكر الم المحيل لان الحوالة تصح بدون رضاه للرجوع عليه
او يسقط دينه ونظيرها الكفالة فانها تصح بدون المكفول
عنه قال رحمه الله ويبرئ المحيل بالقبول من الدين وهذا
حكمها وقال زفر لا يبرا لان المقصود بها التوثق وهو بازدياد
المطالبة كالكفالة لانا نورث في سقوط ما كان له من المطالبة
وقال ابن ابي ليلى يبرأ في الكفالة ايضا اعتبارا بالحوالة

ولنا

ولنا ان الاحكام الشرعية تثبت على وفق المعاني اللغوية
ومعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل
لان الدين متى انتقل من ذمته لا يبقى فيها والكفالة معناها
الضم فيقتضي ان يكون موجبها ضم الذمة ولا يتحقق ذلك
مع براءة ذمة الاصيل والاستيثاق فيهما بالضم وبالحوالة من
باختيار من هو الاملى من المحيل واحسن من المحيل في القضاء
ولا يقال لو براء لما اجبر المحتال على القبول اذا قضا المحيل
الدين كما لو قضاه الاجنبي قال رحمه الله ولم يرجع المحتال
على المحيل الا بالنوي وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع عليه عند
النوي لان ذمة المحيل قد برئت براءة مطلقة بالحوالة فلا يعود
الدين الى ذمته الا بسبب جديد كالغاصب وغاصب الغاصب
واذا اختار المغصوب منه تضمين احدهما برئت ذمة الآخر
ثم بالنوي عنه لا يعود الحق على الآخر وكالمولى اذا اعتق عبده
المديون فان الغرماء يخيرون بين تضمين المولى قيمته وبين
اتباع المعتق فان اختاروا احدهما وقوي ما عليه رجعوا
على الآخر ولنا ما روي عن عثمان رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا
في المختار اذا مات مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وقالا
يبرئ على مال امرئ مسلم ولان المقصود من شرعه الوصول الى الحق
بالاستيفاء من الثاني لتجرد الوجوب لان الذمم لا تختلف في

نفس الوجوب وانما تختلف في الايفاء فهذا هو المعلوم بين
الناس والمعلوم كالمشروط فعند فواته يجب الرجوع قال رحمه الله
وهو ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا هو
اي التوي يكون باحد هذين الامرين اما ان يجحد المحال عليه
الحوالة ويحلف ولا بينة للمحيل ولا للمحتال او يموت مفلسا بان
يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا لان التوي هو العجز عن الوصول
الى حقوقه ويتحقق ذلك بهما وهذا اذا ثبت موته مفلسا
بتصادقهما فان اختلفا فيه فقال المحتال مات مفلسا
وانكر الاخر فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم لتمسكه
بالاصل وهو العسرة كما اذا كان موجبا وانكر اليسر ولو فلسه
الحاكم بعد ما حبسه لا يكون توي عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا هو توي لانه عجز عن الاخذ عنه بتفليس الحاكم وقطعه
عن ملازمته عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود او بموته
مفلسا ولابي حنيفة رحمه الله ان الدين ثابت في ذمته وتعذر
الاستيفاء لا يوجب الرجوع الا ترى ان الدين لا يتصور تحققه
وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من ان يكون محلا صالحا
للوجوب بموته معدوما او بالجحود لان الافلاس لا يتحقق عنده
لان المال غاد ورائح يسمى انسانا فقيرا او يصيح او بالعكس ويحتمل
انه استغنى في مجلس الحكم بان مات له قريب ورثه وهذا نظير

مالو جرح الخصم الشهود واقام البينة عليه لا تقبل لانه لا
يتحقق لاحتمال توبته في المجلس وقبل هذه المسئلة مبنية على
تحقق الافلاس وعدمه ولو مات وترك رهنا رهنه غير بامره
او بغير امره وسلطه على البيع او لم يسلطه يعود الدين الى ذمة
المحيل لان عقد الرهن لم يبق بموت المحال عليه مفلسا اذا لم يتوى
الدين عليه والرهن بدين ولا دين محال وبخلاف ما اذا ترك
كفيلا بامره او بغير امره لان الكفيل خلف عنه قال رحمه الله
فان طلب المحتال عليه المحيل بما احال فقال المحيل احلتك بدين
لي عليك ضمن المحيل مثل الدين اي ضمن المحيل لان سبب الرجوع قد
تحقق باقرار المحيل وهو قضاء دينه بامره فيرجع عليه ولا يقبل
قوله في دعوى الدين على المحال عليه لانه ينكره المحال عليه والقول
قول المنكر ولا يكون الاقرار من المحال عليه بالحوالة اقرارا منه
بالدين عليه ولا قوله للحوالة يدل على ان عليه دينا لان الحوالة
قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة بما اذا على المحال عليه بل
حقيقة الحوالة ان تكون مطلقة اذ المقيدة توكيل بالاداء
والقبض فلم يوجد ما يدل على وجوب الدين عليه فيضمن له
قال رحمه الله وان قال المحيل للمحتال احلتك بقبضه لي
فقال المحتال احلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال
يدعي عليه الدين وهو ينكر والقول للمنكر ولا يكون الاقرار من

المحيل بالحوالة واقدامه عليها اقرار منه بان عليه دينا
للمحتال لان لفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة قال محمد رحمه الله
اذا ضارب مال المضاربة ديونا وامتنع المضارب عن التقاضي
وليس في المال ربح ولكن يقال له احل رب المال اي وكله
فاذا احتمل التوكيل لا يحكم له بالدين على المحيل بدعواه بل يكون
القول للمحيل اذ هو متمسك بالاصل لان فراغ الذمة هو الاصل
ولو لم يدع الدين على المحيل بان ادعى ان الدين الذي على المحال
عليه ثمن ماله باعه المحيل له بطريق الوكالة وادعى
ان الدين له ووصل اليه عين حقه لا يقبل قوله ايضا اذا انكر
المحيل ذلك لانه لما اقر له باليد والتصرف له في ذلك المال
والانسان ان تصرف لنفسه ظاهرا لا يسمع ان ذلك المال كان
له بلا بينة فيكون القول للمحيل قال رحمه الله ولو احال بما
له عند زيد وديعة صحت فان هلكت بريء اي اذا كان له
وديعة دراهم عند شخص فاحال بها غريمه صحت الحوالة لانه
اقدر على التسليم فكانت اولى بالجواز فان هلكت بريء لان الحوالة
مقيدة بما اذا لم يلتزم التسليم الا منها بخلاف ما اذا كانت
مقيدة بالمغصوب حيث لا يبرأ به لانه تخلفه القيمة والفوات
الى خلف كلا فوات حتى لو هلك المغصوب لا يأتي خلف فان استحق
بالبينة صار مثل الوديعة وقد يكون مقيدا بالدين فحاصله

ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة ان
يقيدها بدين له عليه او العين في يده وديعة او غصب او
نحوه والمطلقة ان يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيدها بشيء مما عنده
من وديعة او غصب او دين او يحيله على رجل ليس له عليه مال ولا دين
ولما ذكرنا من المعنى ولان كلا منهما يتضمن امورا جائزة عند الانفراد
وهي تبرع المحتال عليه بالالتزام في ذمته والايفاء وتوكل المحتال
بقبض الدين او العين من المحال عليه وامر المحال عليه بتسليم ما
عنده من العين او الدين الى المحتال فكذا عند الاجتماع وحكم
المطلقة ان لا يتقطع حق المحيل من الدين والعين ولكن المحتال
عليه يرجع على المحيل بعدا وايدا اذا كانت الحوالة برضاه وليس له
ان يرجع قبل الاداء ولكن له ان لا يلازمه اذا الوزم ويحبسه حتى
يخلصه كما في الكفالة ولو كان الدين مؤجلا على المحيل كان مؤجلا
في حق المحال عليه كما في الكفالة ثم لا يصير الدين حالا بموت المحيل
لانه خرج من الدين وصار اجنبيا ويحل بموت المحال عليه لان الاجل
كان حقه وقد استغنى عنه وحكم المقيدة ان لا يملك المحيل مطالبة
المحال عليه بما احاله عليه من دين او غيره لانه تعلق به حق المحتال
على سبيل الرهن ولو ملك الرهن المطالبة لبطل حق المحتال على سبيل
الرهن ولا يملك ذلك كما لا يملك المطالبة حق المرتهن بخلاف المطلقة
لانه تعلق حقه بالعين او الدين بل تعلق بذمة المحال عليه فلا

تبطل الحوالة باخذ ما عنده او عليه من العين او الدين الا
ترى انها لا تبطل بهلاكه فكذا باخذه بخلاف المقيدة وبخلاف
المطلقة اذا المحيل بالحوالة بريء من دين المحتال وصار المحتال
من غرماء المحيل عليه فلم يتعلق له حق بماله فلا يزاحم غرماء المحيل
اذا قسم الدين بين غرماء المحيل فلا يرجع المحتال على المحيل بحصة
الغرماء لأن الدين الذي على المحال عليه صار مستحقا ولهذا
له ان يرجع عليه به كما لو استحق الرهن ولا بما بقي من دينه بعد
المخاصمة لانه صار ناويا فلا يرجع به على احد قال رحمه الله
وكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض امن خطر الطريق
وصورته ان يقرض ماله اذا خاف عليه الغوائل ليرد عليه في
موضع الأمان وهو تقرب سفينة وسمي هذا القرض به لاحكام
امره وانما كره لما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن قرض
جر نفعا وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس والله اعلم

كتاب القضاء

والقضاء في اللغة الاحكام والاتقان
قال قايلهم ، وعليهما مسرودتان قضاهما ، داود أو صنع السوابغ تبع
اي احكم صنعتهما وهو في الشرع فصل الخصومات وانه أفضل
العبادات وبه امر كل نبي قال الله تعالى انا انزلنا التوراة
فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال تعالى وان احكم بينهم ولا
تتبع اهواءهم والحاكم نايب الله تعالى في أرضه في انصاف المظلوم

من الظالم وايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم عن العباد
والامر بالمعروف والنهي عن المنكر كل ذلك من الصفات الحميدة يميل
اليها كل لبيب ومحاسنه لا تخفى على أحد ولولا ذلك لفسد البلاد
والعباد قال رحمه الله اهله اهل الشهادة لان كل واحد منهما
يثبت الولاية على غير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم ان يحكم والحاكم
يحكمه يلزم الخصم ومن صلح شاهدا صلح قاضيا فكانا من باب
واحد فيستفاد احدهما من الآخر قال رحمه الله والفاسق أهل
للقضا كما هو اهل للشهادة الا انه لا ينبغي ان يولد ولو كان
القاضي عدلا ففسق يأخذ الرشوة لا ينعزل ويستحق العزل
فاذا اخذ القضا بالرشوة لا يصير قاضيا وكذا لو قضا بالرشوة
لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق
ابتدا يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لأن المقلد اعتمد
عدالته فلم يكن راضيا بردته كالعبد المأذون له في التجارة اذا
ابق ينعزل ولو اذن له وهو ابق جاز وعن علمائنا الثلاثة في
النوادر ان الفاسق لا يصلح قاضيا والظاهر هو الاول وان العدا
شرط الاولوية وكذا الاجتهاد حتى ولي الجاهل صح وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز الا أن يكون عالما عدلا مأمونا لقوله عليه الصلوة
والسلام القضاة ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة الحد
فسر القاضيين احدهما جاهل يحكم بالجهل والآخر عالم يحكم بالجور

والثالث العالم العادل يحكم بعلمه ولانه مامور بالقضاء
بالحق والجاهل عاجز عنه ولا يكلف الله نفسا الا وسعها والفاسق
غير مامون فلا يجوز ولنا ان المقصود ايصال الحق الى المستحق وهو
يحصل بالعمل بفتوى غيره ولا حجة لهم في الحديث فانه على الصلوة
والسلام سماه قاضيا ولولا ان التولية تصح لما سماه قاضيا
ولان الصحابة رضي الله عنهم اجازوا تقليد الاعمال منه وصلوا
خلفه ولولا ان توليته صحيحة لما فعلوا ذلك قال رحمه الله
والفاسق يصلح مفتيا وقيل لا يصلح لانه من امور المسلمين وخبره
غير مقبول في الديانات وجه الاول انه يجتهد قال رحمه الله
ولا ينبغي للقاضي ان يكون فظا غليظا جبارا عنيدا وينبغي
ان يكون موثوقا به في عفافه وعقله وفهمه وصلاحه وعلمه
بالسنة والآثار ووجوه الفقه ويكون سديدا من غير عنف لينا
من غير ضعف لان المقصود من القضاء دفع الفساد وايصال
الحقوق الى مستحقيها واقامة حقوق الله تعالى وهو من اهم
امور المسلمين فكل من كان اقوى واعرف واوجه واهيب وأصبر
على ما اصابه من الناس كان أولى وينبغي للمولي أن يتفحص في ذلك
ويولي من هو اولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد انسانا
عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة
المسلمين قال رحمه الله والاجتهاد وشرطه الاولوية لانه اقدر

على الحكم بالحق واختلفوا في حد الاجتهاد قيل ان يعلم الكتاب
بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمها علم ما يتعلق بالاحكام
منها ومعرفة الاجماع والقياس ليمكنه استخراج الاحكام الشرعية
واستنباطها من ادلتها بطريقها ولا يشترط معرفة الفروع التي
استخرجها المجتهدون بارائهم وقال بعضهم يشترط مع هذا
ان يكون عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كابي حنيفة
والشافعي وغيرهما وقال بعضهم من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين
فهو من اهل الاجتهاد والاشبه ان يقال ان يكون صاحب حديث
له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث
لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل لا بد مع هذا من ان
يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام
مبني عليها قال رحمه الله والمفتي ينبغي ان يكون هكذا يعني في
العلم والامانة لانه اقدر على المقصود وابعد من الغلط واكثر
ان يعتمد عليه قال رحمه الله وكره التقليد لمن خاف الحيف
الظلم وان امنه لا اي ان امن الظلم لا يكره التقليد لان كبار
الصحابة والتابعين وكبراهم يتقلدوه وكفى بهم قدوة قال رحمه الله
ولا يسال القضاء لقوله عليه الصلوة والسلام من طلب القضاء
وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل اليه ملك يسدده ولان من طلبه
يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه وكن بعض

الشارع ان يدخل في القضا مختارا لقوله عليه الصلاة والسلام
من ابتلي بالقضا فقد ذبح بغير سكين وكان في بني اسرائيل
من فرغ نفسه سنة للعبادة ترجي له النبوة فاذا اشتغل بالقضا
ايسوا من نبوته فهذا دليل على انه مسقطة وان تعين هو للقضا
بان لم يكن احد غيره يصلح للقضا وجب عليه الطلب صيانة
لحقوق المسلمين ودفعا لظلم الظالمين قال ويجوز تقليد
القضا من السلطان العادل والجايز ومن اهل البغي لأن
الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية في نوبة على
وكان الحق بيد علي يومئذ وقد قال علي رضي الله عنه اخواننا
بغوا علينا وعلماء السلف تقلدوه من الحجاج الا اذا تمكنه
من القضا بالحق فيحرم عليه لانه يحصل به ضرر للمسلمين قال
فان تقلد يسال ديوان قاض قبله وهو الخزايط التي بها السجلات
والمحاضر وغيرها من الصكوك ونصب الاوصيا والقيما في
الاوقاف وتقدير النفقات المفروضات لان الديوان يكون
حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضا وهذا لأن
القاضي يكتب نسختين احداهما في يده لاحتمال الحاجة اليها
والاخرى في يد الخصم وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير
بزيادة او نقص ثم ان كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال
في وجوب تسليمها الى الجديد لانها انما كانت في يد الاول لعلمه

وقد

وقد انتقل العمل الى غيره ولا معنى لتركها في يده بعد العزل
وكذا اذا كان من مال الخصوم او من مال القاضي في الصحيح لان
الخصوم وضعوها في يده لعلمه وكذا القاضي يحمل على انه من عمل
ذلك تدينا لا تمولا فيجب تسليمه اليه ويبعث عدلين من امنائه
او عدلا واحدا والاثنان احوط ليقتضيان ديوان المعزول بحضرته
او بحضرة امينه ويسالان المعزول شيأ فشيأ فما كان فيها من نسخ
الجلاب في خريطة وما كان من نصيب الاوصيا في اموال اليتامى
بجماعاته في خريطة وما كان من الصكوك بجماعاته في خريطة لان
هذه النسخ كانت تحت يد المعزول فلا تشتبه عليه متى احتاج الى
نسخة منها واما الجديد فيشتبه عليه ما لم يجمع كل نوع منها
في خريطة وبالجمع تسهل وانما يسالان المعزول وان لم يكن قوله
حجة لينكشف عنهما ما اشكل عليهما فاذا قبضا ذلك ختما عليه تحرزا
من التغيير قال ونظر في حال المحبوسين اي القاضي الجديد
ينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا للمسلمين قال فمن
اقر بحق او قامت عليه بينة الزمه لان كل واحد منهما حجة ولا يقبل
قول المعزول لانه بالعزل التحق بواحد من الدعا وشهادة الفرد
غير مقبولة لا سيما على فعل نفسه وان لم تقم عليه بينة ولم يقر
هو وادعى انه حبس ظلما لا يعجل التخلية قال والا نادى عليه
الا ان تقم عليه بينة اي ان لم يقر نادى عليه لان المعزول

حبسه بحق ظاهر فلا يعجل بتخليته حتى ينكشف له ويناديه عليه
اذا جلس للحكم اياما ويقول المنادي من كان يطالب فلان بن فلان
الفلاني المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر له فيها
خصم والا اخذ منه كفيلا واطلقه والفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى
بين هذه وبين ما لو قسمة التركة حيث لا يؤخذ من الورثة كفيل اذا
اراد والقسمة عنده ان الورثة ظاهر حقهم في المال فلا يوضع الى يد القاضي
لاحتمال ان يكون لهم وارث غيرهم لان ذلك ظاهر وهم فلا يعارض التحقق
وفي هذه المسئلة ان القاضي لا يحبسه الا بحق ظاهر واحتمال حبسه
بغير حق موهوم فلا يعارض الظاهر وهذا لان فعل المسلم يحمل على الصلاح
ممكن فيحمل عليه حتى يظهر خلافه قال وعمل في الودائع وغلات
بينة او اقرار لان كل واحد منهما حجة والمراد بالاقرار اقرار من في يده
لان اقرار الاجنبي غير مقبول قال ولم يعمل بقول المغزول الا ان
يقر ذو اليد انه سلمها اليه فيقبل قوله فيهما اي في الودائع وغلات
الوقف لان المغزول المتحفظ بالرعايا فلا يقبل قوله الا ان يعترف بالذي
في يده ان القاضي سلمها اليه فيقبل قوله فيهما لانه يثبت باقراره انه
مودع للقاضي ويد المودع كيده فصار كانه في يده فيقبل قوله فيهما
لانه يثبت الا ذا بدا صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم قر بتسليم القاضي
اليه والقاضي يقر به لغيره فسلم الى المغزول الاول ويضمن المقر للقاضي
باقراره الثاني والمسئلة على اربعة اوجه اما ان يقر انه سلمه اليه بعد

ما اقر به لغيره او ينكر التسليم فحكمهما ما ذكرناه او يقر بان المغزول
سلمه اليه ثم يقر به لغيره فلا يقبل اقرار الثاني لانه لما اقر بان القاضي
سلمه اليه ثم يقول لا ادري لمن هو فحكمه ظاهر قال ويقضي في المسجد
وكذلك السلطان يجلس للحكم في المسجد وقال الشافعي رحمه الله يكره
لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا
الحرام والحايض وهو ممنوع من دخوله لانه انما ينهى لذكر الله تعالى واقامة
الصلوات لا للخصومات في معكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون
للحكم في المساجد ولان الحكم فيه عبادة على ما بينا من قبل فيجوز اقامتها
في المسجد وليس في بدن المشرك نجاسة تلوث وانما ذلك في اعتقاده
والحايض تخبر بحالها فيخرج لها القاضي كما اذا كانت الخصومة على
الدابة والجامع اولى لانه اشهر واسهل على الناس اذا كان وسط البلد
وان كان في الطرف تتخذ مسجدا اخر وسط البلد قال او دار لان الحكم
عبادة لا تختص بمكان فجاز ان يحكم في منزله فاذا جلس للحكم في منزله
اذن للناس في الدخول اليه ولا يمنع احدا من الدخول ويجلس معه من كان
يجلس معه في المسجد ثم لا بأس به ان كان منزله في وسط البلد والا
فيقعد في وسط البلد لما ذكرنا فحاصله ان المجلس للحكم يكون في
اشهر الاماكن ومجامع الناس وليس فيه حاجب ولا بواب افضل ولو حكم في
اي مكان شاء جاز ولا يحكم وهو ماش ولو حكم وهو متكئ لا بأس ولكن القضاء
مستوي الجلوس افضل تعظيما لامر القضاء وعن ابي يوسف رحمه الله انه

في مسيلة متكي فاستوى وارتدي وتعمم ثم افتى تعظيما لامر
الفتوى ولا باس ان يجلس وحده اذا كان عالما بالقضا وان
كان جاهلا يستحب ان يجلس معه اهل العلم لانه لا يومن ان ينزل
عن الحق فينبهونه عليه ويجلسهم قريبا منه للمشورة وكذا اهل
العدل للشهادة عليه بخلاف الاعوان حيث يكونون بعيدا عنه
لاجل الهيبة قال رحمه الله ويرد هدية الامن قريب او ممن جرت
عادته بذلك لان الاولى وصلة ورد ها قطيعة وهي حرام والرا د
بالقريب وهو ذو الرحم والثانية ليست لاجل القضا وانما جرت
العادة فلا يتوهم فيهما الرشوة حتى لو كان لها خصومة اوزاد
على العادة يرده لانه لاجل القضا فتكون كالرشوة فيجتنب
عنها وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم قال رحمه الله ودعوة
خاصة اي لا يحضر دعوي خاصة لانها شرعت لاجله والخاصة
هي التي لا يتخذها صاحبها ولو لا حضور القاضي وكل دعوة اتخذ
في غير العرس والختان فهي خاصة ولم يفصل في الخاصة بين ان تكون
للقريب او غيره وبين ما اذا جرت له عادة بها او لم تجر وقالت
الكافي وان كان بين القاضي وبين المضيف قرابة يجيبه في الدعوة
الخاصة للقريب لان اجابته صلة للرحم قال كذا ذكره الخصاف
وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يجيب الدعوة
الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب الدعوة الخاصة للاجنبي ان

ان لم يتخذ الدعوة لاجله فعلى هذا لا فرق بينها وبين الهدية
وهو القياس قال رحمه الله ويشهد الجنازة ويعود المرضى لقوله
عليه الصلوة والسلام للمسلم على المسلم ستة حقوق اذا دعاه
ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضر واذا لقيه
ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته
وحق المسلم لا يسقط بالقضا لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان وان
كان لم يض خصومة مع احد لا يعوده قال رحمه الله ويسوي
بينهما جلوسا اي يسوي بين الخصمين في الجلوس لقوله عليه الصلوة
والسلام اذا ابتلي احدكم بالقضا فليسو بينهم في المجلس والاشارة
والنظر ولانه اذا قدم احدهما يجتري على خصمه وتنكسر همة
صاحبه فيودي ذلك الى ترك حقه وينبغي للخصمين اذا حضرا
بين يدي القاضي ان يجثوا بين يديه ولا يتربعا ولا يتعوان
ولا يتجنبا ان وان فعلا ذلك منعا تعظيما لامر الحكم بل يجلسا
كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم ويكون بينهما وبين القاضي
قدر ذراعين او نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف باصغا
او رفع صوت ولا يقعد احدهما من جانب اليمين والاخر من اليسار
لان جانب اليمين افضل فيكون تقديما له على صاحبه بفعله
ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب فيه ان يسوي بين الاب
وابنه وبين الخليفة والرعية وبين الذمي والشريف وهذا

دليل على ان للقاضي ان يقضي على الملك الذي ولاه القضا
وهكذا فعل شريح مع علي رحمهما الله وكان خصمه رجلا من الرعية
وعلي خليفة فاذا سوى بينهما في الفعل فالاحرج فيما يجري في
قلبه من الميل الى احدهما بعد ان حكم بينهما بالعدل لان ذلك لا
قدرة له عليه كما في العدل بين نسائه قال رحمه الله وليتق
عن مسارة احدهما واشارته وتلقين حجته وضيافته والمزاح
اي يجتنب هذه الاشيا مطلقا ويجتنب المزاح معهما او مع غيرهما
في مجلس الحكم ولا يكثر في غيره لانه يذهب بالمهابة فحاصله انه
لا يكلمهما بغير ما تقدم لاجله فانه يذهب حشمة مجلس القضا
فاذا حضرا فهو بالخيار ان شا بدا هما فقال ما لكما وان شا تركهما
حتى يبتدأ بالنطق وهو احسن كي لا يكون مهيجا للخصومة لانه
قد لقطعها واذا تكلم المدعي سكت الآخر واستمع حتى يفهم ما يقول
حتى فرغ المدعي فاذا سكت استنطق الآخر لانهما اذا تكلما جملة
لا يفهم كلامهما فاذا انكر المدعي عليه سأله البينة فان عجز عنها
استحلف المدعي عليه اذ طلب المدعي يمينه ورتب في الفصل
على مراتب فيبدأ بالسابق ويجعل في ذلك امينا يخبره ولا يجمع بين
الرجال والنساء في زحمة بل يجعل الرجال في ناحية والنساء ناحية
الا اذا كان لاحدهما على الآخر دعوة فيجلسان بين يديه وقت
الدعوى قال رحمه الله وتلقين الشاهد اي يجتنب تلقين

الشاهد

الشاهد ايضا لان فيه اعانة احد الخصمين فيوهم الميل اليه
فيكون فيه كسر قلب الآخر فصار كتلقين احد الخصمين واستحسنه
ابو يوسف في غير موضع التهمة لانه قد يحضر وقد يقول اعلم بكان
اشهد لهما بداية المجلس فكان في تلقينه احيا الحق ولا تهمة في مثله
فكان من باب التعاون على البر كاشخاص العزيمة وتكفيله وحيلولته
بينه وبين اشغاله قبل ثبوت الحق عليه وهذا النوع رخصة عند
رجع اليه بعد ما تولى القضا والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو عن
نوع تهمة فصل في الحبس ولما كان بعض الناس يستحق
العقوبة بسبب دعاويه والحبس يصلح للعقوبة ذكره في تمام
القضا وجعله من جملته وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع
اما الكتاب فقوله تعالى في قطاع الطريق او ينفوا من الارض والمراد
به الحبس واما السنة فلانه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا ثم خلى
وحبس رجلا آخر من جهينة اعتق شخصا له في مملوك واما الاجماع
فلان الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم اجمعوا عليه الا ان في زمن
النبي صلى الله عليه وسلم وزمن ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لم يكن
لهم سجن وكان يجلس في المسجد والدهليز بالربط ولما كان في زمن علي
رضي الله عنه بنى السجن وكان هو اول من بناه في الاسلام وسمى السجن
نافعا ولم يكن حصينا فانفلت الناس منه فبنى سجنا آخر وسماه
مخيسا وقال رضي الله عنه فيه شعرا

ه الا تري اني كيسا مكيسا ه بنيت بعد تا قع مخيبسا قال
رحمه الله واذا ثبت الحق للمدعي امره بدفع ما عليه فان ابي حبسه
في الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة معناه يحبسه
في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده او التزمه بعقد اذا طلب
المدعي حبسه بعد اباية من الدفع لانه بالاباء ظهر مطله وبالمال
الذي حصل في يده او التزمه بعقد باختياره ظهرت قدرته
لانا تيقنا بحصول المال والظاهر يقافه بالتقلب فيه وكذا لا
يلتزم الانسان باختياره ما لا يقدر عليه عادة فاذا ظهر مطله
مع القدرة وهو ظلم لقوله عليه الصلاة والسلام مطل الغني ظلم
استحق العقوبة ثم شرط الحبس رحمه الله لا تاولم يفصل بين ما
اذا ثبت الحق عليه ببينة او اقرار وفرق بينهما في الهداية فقال
اذا ثبت بالبينة يحبسه كما ثبت لظهور مطله بانكاره واذا ثبت
باقراره لم يثبت حبسه لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة
فلعله طرء في الاثناء فلم يتصحل المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه
لظهور مطله وهذا حكي عن الصدر الشهيد والحاكي عن شمس الائمة
عكس ذلك لانه ثبت بالبينة يتعذر فيقول ما علمت له دينا الا
الساعة فاذا علمت قضيت قبل ان يتبين له حاله بالامر والمطالبة
بذلك والصواب لا يحبسه فيهما اذا طلب المدعي ذلك حتى يسأله
فان اقر ان له ما لا امره بالدفع فان ابي حبسه لظهور مطله قال

رحمه الله

رحمه الله لا في غيره ان ادعى الفقر الا ان يثبت غريمه غناه فيحبسه
بما راى اي لا يحبسه في غير ما ذكر من الديون وذلك مثل ارش
الجنايات وديون النفقات وضمان الاعتاق لان ذلك ليس ببدل
المال ولا ملتزم بعقد ان ادعى الفقر الا ان يثبت المدعي المال
بالبينة فح يحبسه بقدر ما يرى وقال بعضهم كل دين لزمه بما
كان القول فيه قول المدعي اذ لا يلتزم ما لا يقدر عليه والا فالقول
للمنكر لتمسكه بالاصل وذكر في كتاب النكاح ان المراة اذا ادعت
ان الزوج موسر وطلبت نفقة الموسر وادعاها لفقر كان القول
قوله قال رحمه الله ثم يسأل عنه اي القاضي يسأل عن المحبوس
بعد ما حبسه قدر ما يراه فان قامت بينة على اعساره اخرجه
من الحبس ولا يحتاج فيه الى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفي
في هذا والاثنان احوط وكيفيته ان يقول الشاهدان حاله
حال المعسرين في تفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا
حاله في السر والعلانية وقال شيخ الاسلام رحمه الله هذا السوال
من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياطا وليس بواجب
لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست
بحجة فكان للقاضي ان لا يسال ويعمل برايه ولكن لو سال فمع هذا
كان احوط قال رحمه الله فان لم يظهر ماله خلاه ولم يحل بينه
وبين غرمائه اي لا يمنعهم عن ملازمته وهذا عند ابي حنيفة

رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد وزفر يسلمهم لانه منتظر
باتنظار الله تعالى الى الميسرة قال رحمه الله ساعة فيلازمونه
كي لا يخفيه وردا البينة علي افلاسه قبل حبسه لانها بينة على
النفي فلا تقبل ما لم تتأيد بمؤيد وهو الحبس وهو يقبل على سبيل
الاحتياط لا على الوجوب على ما بينا وعن محمد انها تقبل وبه كان
يفتي الفقيه ابو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى وعامة
المشايخ على الاول قال رحمه الله وبينة اليسار يعني اذا
اقام المدعي البينة على اليسار واقام المدعي عليه البينة على
الاعسار كانت بينة اليسار اولى لان اليسار عارض والبينة
للاثبات قال رحمه الله وأبدا يحبس الموسر لان الحبس جزاء الظلم
فاذا امتنع عن ايفاء الحق مع القدرة عليه خلد في الحبس وفي الجامع
الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه
فان كان موسرا ابقى حبسه وان كان معسرا خلى سبيله قال في
الاسلام يعني المسئلة اذا كان جاحدا فاقرا للقاضي بجحوده عند
غيره وبما طلته او ظهرت له مماطلته بعد ما اقر عند غيره فحينئذ
يحبسه لما مر قال ويحبس من الرجل بنفقة زوجته لانه
ظالم بالامتناع عن الانفاق بخلاف نفقة الماضية لانها تسقط
بمضي الزمان وان لم تسقط بان حكم الحاكم بها واصطلح الزوجان
عليها فانها ليست ببدل عن مال والا لزمته على ما بينا قال

رحمه الله

رحمه الله لا في دين ولده اي لا يحبس الوالد في دين ولده لان الوالد
لا يستحق العقوبة بسبب ولده لا ترى انه لا يجب عليه القصاص
بقتله ولا يقتل مورثه ولا يجب عليه الحد بقذفه ولا بقذف امه
الميتة بطلبه قال رحمه الله الا اذا ابا من الانفاق علته يعني
لا يحبس بسبب الابن الا اذا امتنع من الانفاق فانه يحبس لان
النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصدا هلاكه فيحبس لدفع
الهلاك عنه الا ترى ان له ان يدفعه بقتله اذا شهر عليه السيف
ولم يمكنه دفعه الا بالقتل لان دين النفقة يسقط بمضي الزمان
ان لم يكن على العبد دين لان ماله للمولى ان كان عليه دين يحبس
لان هذا الحبس لحق الغرماء وهم اجانب فلا يمتنع ولا يحبس بدين بكا
اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس لوقوع
المقاصة به ولانه اذا كان من جنسه فقد ظفر بجنس حقه فله
اخذه ولا يخرج من السجن لمعالجة لانه يمكنه المعالجة في السجن وان
احتاج الى الجماع لا يمنع من دخول امراته او جاريته عليه ان كان في
السجن موضع يستره لان اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة
وقيل يمنع لان الوطء من فضول الحوائج بخلاف الاكل والشرب فان
منعه يؤدي الى الهلاك وهو يرخص له تناول مال الغير حالة
خوف الهلاك فكيف يجوز قبله لاجل الدين ولا يمنع من دخول
قرابته وجيرانه لانه يحتاج اليهم للمشاورة والتدبير في قضاء الدين

تبه

ولكن لا يمكنوت من المكث طويلا والمال الذي يحبس فيه غير مقدر
حتى يحبس في درهم لان ما نعد ظالما متعنت والله سبحانه وتعالى اعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي اعلم ان هذا الباب
ليس من كتاب القاضي لانه اما نقل شهادة او نقل حكم وكل ذلك ليس
منه وانما اورده فيه لانه من القضا فكان ذكره فيه انسب قال
رحمه الله ويكتب القاضي الى القاضي في غير حد وقود وهذا
استحسان والقياس لا يجوز لان كتابه لا يكون اقوى من عبارته
فلو حضر بنفسه الى القاضي المكتوب اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب
لم يعمل به فكتابه اولى لان الكتاب قد يزول والخط يشبه الخط وكذا
الخاتم يشبه فكان اكتراحتمالا من البينة وجه الاستحسان ما
روي ان عليا كرم الله وجهه اجاز ذلك لحاجة الناس اليه لانه
قد يتعذر على الانسان الجمع بين شهوده وخصمه ثم هو على ضربين
نقل حكم وهو المسمى سجلا وسيأتيك بيانه ونقل شهادة وهو المراد هنا
ولا يقال يستغني عنه بالشهادة على الشهادة فلا حاجة اليه لانا
نقول يحتاج القضاة في الشهادة على الشهادة الى تعديل الاصول
وقد يتعذر ذلك لا سيما في بلاد الغربة ولا يجوز ذلك في الحدود
والقصاص لما فيه من الشبهة بزيادة الاحتمال وقوله في غير
حد وقود يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق
والشفعة والوكالة والوفاء والوراثة والقتل اذا كان موجبه المال

والنسب

والنسب من الحي والميت والغصب والامانة المجحودة والمضاربة
المجحودة والاعيان المنقولة كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار
روي ذلك عن محمد رحمه الله وعليه المتاخرون وهو الذي ينبغي به
للضرورة وفي ظاهر الرواية لا يجوز في المنقول للحاجة الى الاشارة
اليها عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار وغيره من الحقوق
لانها تعرف بالوصف اذ لا يمكن الاشارة الى الدين واشاله وعن ابي
يوسف انه اجاز في الامة بشرايطه وهو ان يكلف المدعي ان كان له
عبد ابق وهو اليوم في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف حتى
واسمه وسنه وقيمته ويكتب القاضي ويقول انه شهد عنده فلان
وفلان بان العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا
وكذا وسنه كذا وكذا ملك فلان المدعي هذا وقد ابق الى كذا وهو
اليوم عند فلان بغير حق فاذا وصل الكتاب اليه وثبت ان من
عند الكاتب سلم العبد الى المدعي من غير ان يقضي له بالملك لان
الذين شهدوا بحضرة العبد ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد
ويجعل خاتما من رصاص في عنق العبد حتى لا يتعرض له متعرض في
الطريق انه سرقة ويكتب كتابا الى الكاتب بذلك ويشهد شاهدان
على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب اذا وصل الكتاب الى القاضي
الكاتب وشهد الشهود ان هذا كتابه وختمه امر المدعي ان يحضر شهوده
الذين شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة بالاشارة الى العبد

انه ملكه فاذا شهدوا حكم به وكتب الى المكتوب اليه اولا ليبراء
كفيله وقيل لا يحكم له به لان الحكم على الغايب لا يجوز والذي عنده
العبد خصم وهو غايب ولكن يكتب ما جرى عنده ويشهد شاهدين
على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد والكتاب معه الى ذلك
الحاكم حتى يقضي له بحضرة المدعي عليه فاذا وصل اليه الكتاب
فليفعل هو كذلك ويبرأ الكفيل والجارية كالعبد فيما ذكرنا الا
انه لا يسلمها للمدعي بل يبيعها مع امين معه فان شهد واعلى خصم
حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة والحضور الخصم قال رحمه الله
وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا اي كتاب الحكم يسمى سجلا وانما يكتب
حتى لا تنسى الواقعة على طول الزمان ولتكون الكاتب مذكرا
لها والا فلا يحتاج الى كتابة الحكم قال والا لم يحكم اي ان لم يكن
الخصم حاضرا لا يحكم لان الحكم على الغايب لا يجوز لما عرف في موضعه
ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذ بخلاف كتاب الحاكمي
حيث لا ينفذ خلافا لمذهبه لان الاول محكوم به والثاني ابتداء حكم
قال رحمه الله وكتب الشهادة ليحكم بها المكتوب اليه ولهذا
يحكم المكتوب اليه برايه وان خالف رايه راي الكاتب بخلاف السجل
فانه ليس له ان يخالفه قال رحمه الله وقراءاتهم وختم عندهم وسلمه
اليهم اي القاضي الكاتب يفعل ذلك كله وهو من شرايطه لانهم
يشهدون عند الثاني فلا بد من ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما

فيه

فيه لانهم يشهدون به كما في سايرالشهادات ومن شرايطه ان يكون
للكتاب عنوان وهو ان يكتب فيه اسمه واسم ابيه وجده حتى لو ادخل
شيء منها لا يقبل الكتاب ويكتب العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان
على الظاهر لا يقبل وقيل هذا في عرفهم واما في عرفنا فالعنوان يكون
الظاهر فيعمل به ويكتب اسم المدعي والمدعي عليه على وجه يقع به
التمييز وذلك بذكر جدهما او بذكر الحي فيه ويذكر الشهود ان شاء
وان شاء اكتفى بذكر شهادتهم ولا على القاضي سوى كتابة الحاجة التي
لا بد من معرفتها قال رحمه الله فان وصل المكتوب اليه نظر الى
ختمه ولم يقبله بلا خصم وشهود لان هذا الكتاب للحكم به فلا
يقبله الا بحضور الخصم كالشهادة بخلاف القاضي الكاتب حتى يسمع
الشهادة ويكتبها والخصم غايب لانه للنقل وتظهر الشهادة على
الشهادة حيث يشترط فيها حضور الخصم عند الاداء عند التحمل ويجوز
ان يرد الكتاب فلا يقبله الا ببينة عند انكار الخصم انه كتاب القاضي
وان اقر فلا حاجة الى اقامة البينة انه كتابه قال رحمه الله فان
شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراءه
علينا وختمه فتحه القاضي وقراه على الخصم والزمه ما فيه يعني اذا
ثبتت عدالتهم عنده بان كان يعرفهم بالعدالة او وجد في الكتاب
عدالتهم بان كان القاضي الكاتب كتب عدالتهم او سال من يعرفهم من
الثقات وذكر الخصاف انه لا يفضه الا بعد ظهور عدالتهم وقوله

سلمه البنا الخ شرط الحكم به حتى اذا قالوا لم يسلمه الينا
ولم يقراه علينا او لم يختمه بحضرتنا ولم يعمل به وشرط في
الذخيرة حضور الخصم بقبول البينة بانه كتاب فلان لا
لا بقبول الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز ثم لابد
من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي واختلفوا
في تلك المسافة فمنهم من قال هي معتبرة بالشهادة وهي
مسيرة ثلاثة ايام في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان كان في
مكان لو غدا الى اداء الشهادة وان كان الاصل صحيحا في المصر
وذكر الكرخي في اختلاف الفقها ان كتاب القاضي الى القاضي
مقبول وان كان في مصر واحد فكانهما اعتبراه بالتوكيل
وفي الظاهر اعتبر العجز قال رحمه الله ويبطل الكتاب بموت
الكاتب وعزله هذا اذا مات او عزل قبل وصول الكتاب الى
الثاني او قبل ان يقراه عليهم لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة
فموت الاصل قبل اداء الفرع فكذا هذا وكذا اذا جن الكاتب
او ارتد او قذف بحد وقال ابو يوسف لا يبطل بل المكتوب اليه
يقضي به ذكر قوله في الامالي وهو قول الشافعي لهما ان القاضي
الكاتب بمنزلة شهود الفرع وكتابته بمنزلة اداء شهود الفرع
الشهادة لانه ينقل شهادة الذين شهدوا بالحق الى القاضي
المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فصار بمنزلة شهود الفرع

اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضا بها فانه لا يمنع
فكذا هذا وكذا الحكم في كل شاهد مات قبل اداء الشهادة قبل
الحكم ولنا ان القاضي الكاتب وان كان ينقل شهادة الذين
عنده الا ان بهذا النقل حكم القضا الا ترى ان هذا النقل يصح
الا من القاضي ولا يشترط فيه عدد ولا لفظ الشهادة ويجب على
القاضي الكاتب هذا النقل بسماع البينة وما يجب على القاضي
بسماع البينة قضا فثبت ان لهذا النقل حكم القضا ولم يتم بعد
لان تمامه بوجوب القضا على المكتوب اليه ولا يجب القضا على
المكتوب قبل وصوله الكتاب اليه وقبل قراته لان العلم بالقضي
به شرط لوجوب القضا فلم يكن النقل تاما فيبطل بموت القاضي
كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل تمامها بخلاف شهود
الفرع اذا مات الاصول بعد اداهم الشهادة لانهم اوجبوا الحكم
على القاضي بشهادتهم فلا يسقط عنه الوجوب بموت الاصول او بموت
الفروع كما في سائر الشهادات اذا ماتت الشهود بعد الاداء قبل
الحكم بشهادتهم فانه لا يسقط عنه الوجوب فكذا هذا ولو قلد
هذا الحكم او حكم به ثم رفع الى قاض آخر وامضاه جاز لان قضاه
صادف محلا مجتهدا فيه لان هذا القضا مختلف فيه واذا كان
الاختلاف في نفس القضا ينفذ بالتنفيذ من قاض آخر بخلاف
ما اذا كان الاختلاف قبل القضا حيث ينفذ بنفس القضا لما

عرف في موضعه ولو مات الكاتب بعد قراءة الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية
ويحكم به المكتوب اليه لانه وجب عليه القضاء بالقراءة فلا يبطل بالموت
كما لو مات الشاهد بعد اداء الشهادة قبل الحكم بها وفي اختلاف زفر
ويعقوب انه لا يقضي به اذا مات قبل قضائه قال رحمه الله وموت
المكتوب اليه الا اذا كتب بعد اسمه والى كل من يصل اليه من قضاة
المسلمين اي يبطل الكتاب بموت القاضي المكتوب اليه الا اذا كتب
الى فلان القاضي او الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فحينئذ
لا يبطل بموت القاضي المكتوب اليه والضمير في قوله بعد اسمه عايد
على القاضي المكتوب اليه وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل وان لم يتم
ذلك ويحكم القاضي الذي جا بعده به كما لو قال والى كل من يصل اليه
من قضاة المسلمين حيث لا يجوز ان يحكم به احد لان اعلام ما في
الكتاب والمكتوب اليه شرط وتمام الاعلام لا يحصل بهذا القدر واذا
عين واحد حصل التعريف وصح كتاب القاضي الى القاضي وصار غيره
بمنزلة ولاجاز ابو يوسف رحمه الله من غير تعيين احد من القضاة
حين ابتلي بالقضا واستحسنه كثير من المشايخ تسهيلا على الناس
ولا يقبل القاضي رسالة قاض آخر وان قامت عليها بينة لانه لا يمكنه
عبارته فيكون كان القاضي حضر وتكلم بدلا سمع كلامه لانه كواحد
من الرعية في غير موضع ولا ينبغي بخلاف الكتاب لانه كتبه في موضع حكمه
فكان الكتاب منه كالخطاب من القاضي المكتوب اليه مشافهة ونقول

ان

مثل القضا بشاهد ويمين او بالقصاص بتعيين الولي واحدا
من اهل المحلة ويمينه او بصحة نكاح المتعة او الموقت او بصحة
بيع عبد معين البعض او بجواز نكاح الجن أو امراة الجد او الدين
بمضي سنين او بجواز بيع جنين ذبحت أمه او مات في بطنها
او بحل المطلقة ثلاثا للاول قبل ان يدخل بها الثاني او بابطال
عفو المراة عن القود او بعدم وقوع الطلاق الثلاث جملة او
وقوع الطلاق على حلي او حايض او قبل الدخول كل ذلك لا ينفذ
فيه حكم الحاكم لوقوعه باطلا ولا ينفذ بالتنفيذ وبيع ام الولد
من هذا القبيل عند محمد حتى لو قضى بجواز لا يجوز وعندهما يجوز
واصل الخلاف فيما اذا وقع الخلاف في قضية في عصر ثم اجمع العلما
على احد القولين في عصر آخر بعدهم هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا
فعندهما يرتفع فلم يعتبر خلاف المتقدم وعنده لا يرتفع فيكون
باقيا على حاله قال شمس الائمة يرتفع بلا خلاف وانما ينفذ حكم
الحاكم فيه عندهما لان هذا الاجماع ضعيف فينفذ قضا القاضي
بخلافه لضعفه قال رحمه الله وينفذ القضا بشهادة الزور
في العقود والفسوخ ظاهرا وباطنا في الاملاك المرسلة اي لا في
الاملاك المطلقة وهي التي لم يذكر سببها مفتيا وهذا عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع عنه فقال
لا ينفذ الا ظاهرا وهو قول محمد والشافعي لهما ان شهادة الزور

ظاهر الا باطنا فكان كما لو كان الشهود عبيدا او كفارا او
محدودين في قذف وكذا اذا قضى في نكاح لرجل على امراة وهي
منكوحته لغيره أو معتدة وكما في الاملاك المرسلة ولنا قول علي
رضي الله عنه لتلك المراة شاهداك زوجاك ولان القضا لقطع
المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا كان تمهيدا
للمنازعة بينهما وقد عهدنا نفوذ مثل ذلك في الشرع ه
واذا ادعت المراة ان زوجها ابانها ثلاثا وبواحدة فجحد
الزوج فحلفه القاضي فحلف ان علمت ان الامر كما قالت لا يسعها
الاقامة معه ولا ان تاخذ من ميراثه شيا وهذا لاشكل فيما اذا كان
الطلاق ثلاثا لبطلان المحلية للاستمتاع قبل زوج آخر وفيما
دون الثلاث مشكل لانه يقبل انشا النكاح فينبغي ان يثبت ه
الانشا على قول ابي حنيفة رضي الله عنه وجوابه ان يقال ان
الانشا انما يثبت اذا قضى القاضي بانكار نكاح وهنا لم يقض
به لاعتراف الزوجين بالنكاح الا ان المراة ادعت الفرقة بينهما
وعجزت عن اثباتها عند الحاكم فبقي ما كان عليه ما كان فلم يحتج
القاضي الى القضا بالنكاح قال رحمه الله ولا يقضي على غايب
الا ان يحضر من يقوم مقامه كالوكيل والوصي او يكون ما يدعى على
الغايب سببا لما يدعى على الحاضر كمن ادعى عينا في يد غيره انه
اشتراه من فلان الغايب وقال مالك والشافعي يجوز القضا على

الغايب

الغايب وان لم يحضر من يقوم مقامه لانه عليه الصلوة والسلام
قضى لهند امراة ابي سفيان بالنفقة وابو سفيان غايب فقال
لها خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف وقوله
عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي مطلقا من غير اشتراط
خصم ولان الحجج وجد على التمام وهي البينة وهي مبينة كاسمها فجاز
القضا بها كما اذا كان الخصم حاضرا ولنا قوله عليه الصلوة والسلام
لعلي حين بعثه لا تقضي لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر فانك اذا
سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي رواه ابو داود واحمد والترمذي
بمعناه ولان القضا لقطع المنازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح ولان
وجه القضا يشتبه في هذه الحالة لانه يحتمل ان يقر الخصم وان ينكر
واحكامها مختلفة لما روي انه عليه الصلوة والسلام قال فانك اذا
سمعت كلام الاخر علمت كيف ما تحكم فهذا دليل على ان العلم بوجه القضا
شرط لصحة القضا وان الجهل به يمنع القضا ولانه لا يرتفع الا
بكلامهما ولان البينة لا تكون حجة الا اذا عجز المنكر عن الطعن في
الشهود ومع غيبته لا يتحقق عجزه فلا يكون حجة ولا حجة لهما في حديث
هند لانه لم يكن قضا وانما هو فتوى واعانة على اخذ ماله لانها
لم تدع الزوجية وان لم تتم البينة ولم يكن على وجه القضا اصلا
وكذا قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي ليس لهما فيه حجة
وكذا لو اقام المدعي البينة على خصم حاضر وزكيت بينته ثم غاب

المدعى عليه لا يقضي عليه حتى يحضروا ومن يقوم مقامه فيقضي
عليه بتلك البينة من غير اعادتها وكذا لو غاب قبل التزكية وكذا لو
اقر عند الحاكم فغاب قبل ان يقضي عليه قضي عليه وهو غائب لان
له ان يطعن البينة فيبطل به دون الاقرار وعن ابي يوسف انه يقضي
بالبينة ايضا لانه من يقوم مقامه قد يكون بانا بانه او بانا بيه
الشرع كالوصي من جهته القاضي وكلاهما ظاهر وكذا لو اشترى رجل دارا
ثم ادعى ان مولاها زوجها فلانا الغائب او اودعها فلانا الغائب او اعارها
لا يقبل منه لاحتمال انه طلقها وزال العيب ولو كان ما يدعيه على
الغائب شرطا ما يدعيه على الحاضر والغائب مثل ان تقول المرأة لزوج
انك علقت طلاقي بطلاق فلان الغائب زوجته ثلاثا لم تقبل بينتها لانه يتضمن
واقامت بينة ان فلانا طلق زوجته ثلاثا لم تقبل بينتها لانه يتضمن
بذلك وان كان لا يتضمن تقبل بأن قالت علقت طلاقي بدخولك
الغائب الدار فاقامت بينة انه دخل الدار تقبل لانه لا ضرر عليه ومن
المتأخرين من قال في الشرط ايضا يقبل مطلقا كما في السبب منهم علي
البردوي لان دعوى المدعي كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط
قال رحمه الله ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب لصك لا الوصي ولا
لان القاضي يقدر على تحصيل المال من المستقرض والوصي والاب لا يقدران
فيضمنان باقراض مال الصغير وهذا لان الاقراض تبرع الا ترى انه
يجوز التأجيل فيه كسائر التبرعات فلا يملكانه ولانه باقراضهما

يكون

يكون على شرف التوى بان يجحد المستقرض اقراض القاضي حيث
يكون الاقراض احسن تصرف في حقه لان القاضي كثير الاشتغال فلا
يملكه بباشر الحفظ بنفسه وانما يدفعه الى امينه ودفعه اليه بطريق
القرض انظر لليتيم لانه لا يكون مضمونا عليه والوديعة امانة
ان هلكت هلكت بغير شيء ويؤمن التوى بجحود المستقرض لكونه
معلوما للقاضي ولكونه لا يقرض لديانته ومعرفته باحوال الناس
الا من امين يؤتمن ولا يخاف منه الجحود وانما يكتبه في الصك لتحفظ
لانه لكثرة اشتغاله يخاف ان ينساه قال شمس الائمة في الاب
روايتان اظهرهما انه ليس له ان يقرض والمعنى ما بينا وليس له
ان ياخذ مال ولده الصغير قرضا لنفسه فيما روي الحسن عن
ابي حنيفة رحمه الله وقيل له ذلك ثم ينبغي للقاضي ان يتفقد
احوال الذين اقرضهم مال الايتام حتى لو اختل حال احدهم
اخذ منه المال لان القاضي وان كان قادرا على الاستخلاص
انما يقدر على الغني لا من الفقير الا ترى انه ليس له ان يقرض المرة
ابتداء فكذا ليس له ان يتركه انتهاء والله اعلم

كتاب التحكيم

لما كان المحكم من انواع الحكام ذكره في كتاب القضاء
وهو جائز بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى
فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها نزلت في تحكيم الزوجين واما
واما السنة فما روي انه عليه الصلوة والسلام نزل على حكم سعد

ابن معاذ في بني قريظة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم
قال رحمه الله حكما رجلا ليحكم بينهما فحكم بينة او اقرار او نكول
في حد وقود وديته على العاقلة صح لو صلح الحكم قاضيا لما تلونا
ورويناه ولان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ
حكمه عليهما لانه بمنزلة الحاكم في حقهما وشرط ان يكون حكمه
بالبينة والاقرار والنكول ليكون موافقا لحكم الشرع وشرط
النفوذ بينهما وليس لهما ولاية على دمهما وهذا لانه لا يملك ان يأتي
وكذا الولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكم من حكماه على عاقلته
ولا على العاقلة لعدم التزام العاقلة حكمه ولكونه مخالفا
لحكم الشرع لان الدية تجب على العاقلة لا على القاتل ولو ثبت
القتل باقراره او ثبتت جراحة بينة وارشها اقل مما تتحمله
العاقلة خطأ كانت الجراحة او عمدا او كان قدر ما يتحمله ولكن
الجراحة عمد لا توجب القصاص نفذ حكمه عليه لان العاقلة
لا تعقله واجاز في المحيط التحكيم في القصاص لانه من حقوق
العباد والاول ذكر الخصاف وشرط ان يكون للقضاء لانه
بمنزلة القاضي فيما بينهما يشترط فيه ما يشترط في القاضي حتى
لو حكما كافرا او عبدا او محدودا في قذف او صبيا لا يجوز لانه
لا يصلح قاضيا لانعدام اهلية الشهادة فكذا حكما وان حكما
فاسقا او امرأة جاز كما في القضاء لانهما اهل للشهادة في حقه

وكذا

وكذا يجوز تقليده القضاء بين اهل الذمة قال رحمه الله
ولكل واحد من الحكمين ان يرجع قبل حكمه لانه معزول من جهتهما
فكان لهما عزله قبل ان يحكم بينهما كما ان المقلد من جهة الامام
له ان يعزله قبل ان يحكم بين الناس ولا يقال ان التحكيم ثبت
بتراضيهما فوجب ان لا يصح عزله الا باتفاقهما قال رحمه الله
فان حكم لزمهما حكمه صدر عن ولاية شرعية عليهما كالقاضي
اذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هذا قال رحمه الله
وامضى القاضي حكمه ان وافق مذهبه والا ابطله يعني اذا رفعا
حكمه اليه وتحاكما عنده نفذه وان وافق مذهبه لانه لا فائدة
في نقضه ثم هذا الامضاء ان لا يكون القاضي الحرجي خلافه ثم
اذا رفع اليه لان امضاءه بمنزلة قضائه ابتداء ولو لم يمضه قال
رحمه الله والا ابطله اي ان لم يوافق مذهبه ابطله لانه حكم بما
لا يلزمه لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما اذا رفع اليه حكم حاكم
حيث لا يبطله وان خالف مذهبه الا ان يخالف الكتاب والسنة
واجماع الامة على ما تقدم لان الموجب من جهة الامام له ولاية
على الناس كافة فكان نائبا له فيكون قضاؤه حجة في حق الكل
فلا يتمكن احد من نقضه لحكم الامام نفسه بخلاف التحكيم لانه
باصطلاح الخصمين فلا يكون له ولاية على غيرهما ولا يلزم القاضي
حكمه بمنزلة اصطلاحهما في المجتهدات حتى كان له نقض

اصطلاحهما اذا راى خلاف ذلك بخلاف هذا وهذا لانه اعطى
له حكم القاضي في حقهما حتى اشترط فيه شرائط القضا وفي حق غيرهما
كواحد من الرعايا وقال ابن ابي ليلى هو بمنزلة المولى من جهته المولى
حتى لا يكون لاحدهما ان ينقض حكمه وهما على حالهما يقبل قوله ان الولاية
قايمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضا الولاية هذا ذكر صاحب
الهداية ولو حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما حتى لو حكم احدهما
دون الاخر لا يجوز لانهما رضيا برايهما لا براي احدهما قال رحمه الله
وبطل حكمه لابويه وولده وزوجته بحكم القاضي بخلاف حكمه فيهم
وهذا كالشهادة حيث لا تجوز لهم وتجوز عليهم لما ذكرنا ويجوز ان
يقضي لابي امراته وامها وكذا الامراة ابنها ولزوج ابنته اذا كان
القضي له بالخيار لان شهادته جايزة فهذا هو الحرف وان كان
لم يجز لان القضاء لهم قضا لزوجته وولده اذا كانوا يتوارثون
لعدم التهمة ويجوز القضا للاخوة واولادها والاعمام لان شهادته
لهم جايزة والله اعلم مسايل شتى قال رحمه الله لا ينقد
ذو سفل ولا ينقب كوة فيه بلا رضى ذي العلو معناه اذا كان لرجل
سفل ولاخر علو فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه
كوة هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو
وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على العلو بنيانا او
يضع عليه جذوعا او يحدث كنيفا قيل ما يحكى عنهما تفسير لقول ابي

حنيفة

حنيفة رحمه الله وهو ان الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في
ملكه وهو مطلق والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير فما اشكل يبقى على
اصل الاباحة وعنده هو الحظر لانه تصرف في محل هو تعلق الغير من
الرهن والعين والمستاجرة والاطلاق لعارض وهو عدم الضرر
بيقين فما اشكل يبقى على اصل الحظر وهذه الاشيا من المشكل فظهر
ثمرة الخلاف ولا خلاف فيما لا اشكال فيه ولو انهدم السفل من غير
صاحبه لا يجبر على البنا لعدم التعدي ولكن لصاحب العلو ان يبني
شيا ويبني عليه علوه ثم يرجع بقيمة البنا عليه ويمسكه من السكنى
فيه حتى يدفع اليه قيمته يوما بنا لانه مضطر في ذلك فصار كمرتهن
الرهن اذا قضى الدين بغير اذن صاحبه حيث لا يرجع لانه متبرع
اذ هو ليس بمضطر لانه يمكنه وهي في نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك
حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة
كان له ان يرجع وعلى هذا لو انهدم بعض الدار او بعض الحمام فاصلحه
احد الشريكين له ان يرجع لانه مضطر اذ لا يمكنه قسمة بعضه ولو انهدم
كله فعلى التفصيل الذي ذكرنا ولو هدم صاحب السفل بنفسه يجبر
على اعادته لتعديه بمحل تعلق به حق الغير كالراهن يعتق العبد المرهون
او مولى العبد الجاني يتصرف فيه بعتق ونحوه وذكر الحلواني ان كل
من احب ان يفعل مع شريكه فاذا فعل احدهما بغير امر الاخر لا يرجع
لانه متطوع كمسئلة انهدام العلو والسفل لانه لا يتوصل الى حقه الا

ولم يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باصطلاح فصار مضطرا
وذكر في النهاية معزيا الى المحيط قاضي خان ولو تصرف صاحب
السفل في مساحة السفل بان حفر بئرا عند ابي حنيفة رحمه الله له
ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر
قال رحمه الله رابعة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة
لا يفتح فيها اهل الاولى بابا بخلاف المستديرة معناه سكة طويلة
يتشعب منها سكة اخرى طويلة وهي غير نافذة فليس لاهل السكة
الاولى ان يفتحوا بابا الى السكة الاخرى لان الباب يقصد للمرور
ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك لاهلها على
الخصوص لانه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لاهل
الاولى فلو مكنوا من فتح الباب ليخرجوا منه اليها اذا لا يمكنهم المنع
في كل ساعة ويخاف ان يسد بابه الاصلي ويكتفي بالباب المفتوح
ويجعل دار من تلك السكة فيمنع منه لانها ملكهم فيمنع بخلاف ما
اذا كانت نافذة لان الاستطراق حق العامة وهم من جملتهم وقيل لا
يمنعون من فتح الباب لانه رفع جداره وهو له ان ينقض كله فاولى
ان يكون له نقض البعض والصحيح هو الاول لما ذكرنا ولانه
ركب عليه بابا ويدعي حق المرور على طول الزمان فيستدل بالباب
على ان له حق المرور فيحكم له به وقوله بخلاف المستديرة يعني بخلاف
ما اذا كانت الرابعة الثانية مستديرة حيث يكون لكل واحد من

اهل

للاولى ان يفتحوا فيها ويلحقوهم ولانه يتخوفهم فيسترون ان بعضهم يعلم

ان الكتاب لا يقبل قياسا وقيل للضرورة ولا ضرورة الى الرسالة
لان في الكتاب غنية عنه فبقي على اصل القياس ويجوز للقاضي المكتوب
اليه ان يكتب كتابا الى اخر اذا تعذر حضور خصمه عنده وكذا
المكتوب اليه ثانيا أن يكتب الى اخر الى ما لا يتناهى لان الشهادة
الواقعة عند الاول صارت منقولة الى المكتوب اليه حكما فصار
كانهم شهدوا عنده حقيقة فجاز له ان ينقلها الى غيره اذ الحاجة الى
نقلها مراراً ماسة وهي المجوزة للنقل قال رحمه الله لا يموت الخصم اي
لا يبطل الكتاب بموت الخصم لان وارثه يقوم مقامه فينعقد عليه
وعلى هذا لو مات المدعى ينبغي ان لا يبطل لان قريبه يقوم مقامه فينفذ
له وكما يجوز كتاب القاضي الى القاضي يجوز كتاب القاضي الى الامير
ان كان في مصره اقتضى على قوله اصلح الله الامير ولا يكتب اكثر من
من ذلك وان كان في مصر اخر فلا بد من ذكر الاسم والنسبة والحلية
كما في كتاب القاضي الى القاضي والقياس ان لا يجوز في مصره الا به ولكن
استحسنوا ذلك للعادة فان القاضي يكتب الى الوالي ويستعين به
فيما عجز عن اقامته في كل وقت ولو شرط ذلك لحرجوا لان كل واحد
مجلس الامير والامير لا يمكنه ان يخص عن احوال الشهود فتقبل الكتاب
للضرورة ولكن هذه الضرورة والعادة فيما اذا كان الامير في مصر
غير المصر الذي فيه قال رحمه الله وتقضي المرأة في غير حد وقود لان
القضاء يستقى من الشهادة على ما بينا وشهادتها جائزة في غير الحدود

فكذا يجوز قضاؤها فيه ولا يجوز في الحدود والقصاص كشهادتها
لما فيها من شبهة البدلية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز ان تولى المرأة
لقصور عقلها قلنا هي من اهل الولاية وبه تصير اهلا للشهادة ه
فكذا القضا كالرجل قال رحمه الله ولا يستخلف قاض لان يفوض
اليه ذلك بخلاف الماموربالجمعة لان فوض اليه القضا الا التقليد
فلا يتصرف في غير ما فوض اليه كالوكيل لا يوكل بدون اذن الموكل وفي
الجمعة جوزنا للمامور بادائها ان يستخلف لكونها على شرف الفوات
ثم ان احدث قبل ان يشرع في الجمعة لم يجز له ان يستخلف الا ان شهد
الخطبة لانها شرط فيها فلا تنعقد دونها وان كان شرع فيها جاز ان
يستخلف من لم يدرك الخطبة لانها انعقدت بالاصل فكان الثاني
بانيا فلا يشترط للبنا ما يشترط للافتتاح ولانه لما دخل معه في
الصلاة وجاز تصلاته معه التحق من شهد الخطبة حكما اذ هي لا تخلو
الا بالخطبة ولو فوض اليه الامام ان يستخلف بان قال ولي من شئت
لك ان يولي من شاء فيصير نايبا عن الامام في التولية حتى لا يملك
عزله كالوكيل اذا اذن له الموكل بالتوكيل فوكل صار وكيلا عن الموكل
ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل بخلاف الوصي حيث لا يملك
الا يصا الى غيره ويملك العزل والتوكيل في حياته ولو فوض اليه العزل
بان قال له استبدل من شئت كان له العزل لانه ملكه بالتفويض
اليه وهذا لانه نايب عن الامام فلا يملك الا ما اطلق له لان رضا

يتصرفه

بتصرف لا يدل على رضاه بتولية غيره لان الناس يتفاوتون في
الامانة والتصرف قال رحمه الله واذا رفع اليه حكم قاض امضاه
ان لم يخالف الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع لانه لا مزية لاحد
الاجتهادين على الاخر وقد ترجح الاول باتصال القضا به فلا ينقض
لما هو دونه ولانه لو لم ينفذ الاول لما نفذ الثاني ايضا وكذا
الثالث والرابع الى ما لا يتناهي لاحتمال ان يجيء قاض يرى خلاف
ذلك فكان نافذا ضرورة وقد صح ان عمر رضي الله عنه لما كثر
اشتغاله قلد القضا ابا الدرداء رضي الله عنهما واختصم اليه رجلان
فقضى لاحدهما ثم لقي عمر المقضي عليه فساله عن حاله فقال قضي علي
فقال عمر لو كنت انا مكانه لقضيت لك فقال المقضي عليه وما منعك
عن القضا قال ليس هنا نص والراي مشترك وروي عن عمر رضي الله
عنه انه قضى في حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له
في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي وفي الجامع الصغير
وما اختلف فيه الفقها فقضي به القاضي ثم جا، قاض اخر يرى غير ذلك
امضاه قيده بكون الثاني يرى خلاف ما حكم به الاول وليس فيما ذكره
في الكتاب التقييد به يوهم انه انما يمضيه اذا كان موافقا لرايه ه
وقالوا شرط ان يكون عالما باختلاف العلما حتى لو قضى في فصل ه
مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه
الثاني ذكره في النهاية معزيا الى المحيط وقال فيه شمس الايمة هذا

هو الظاهر فلو قضي في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه
نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان في رواية
ينفذ لانه ليس بخطا بيقين وفي اخرى لا ينفذ لانه خطا عنده وقد
نهي عن اتباع هوى غيره بقوله تعالى ولا تتبع اهواءهم وعندهما
لا ينفذ في الوجهين وعليه الفتوى وقيد بالسنة المشهورة
احترازا عن الغريب والمراد بالاجماع ما ليس فيه خلاف يستند
الى دليل شرعي كالكتاب والسنة والاجماع فلا كلام فيه واما
ان يكون مختلفا فيه اختلافا يستند كل واحد الى دليل شرعي
فكذلك حكمه لا يتعرض له بنقض بعد ما حكم به حاكم مثاله اذا وقع
للحاكم من اصحاب الشافعي اليمين بالطلاق المضاف فانطل
اليمين نفذ ولا يقع الطلاق اما ان يكون الخلاف في نفس القضا
فاذا قضي في محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء احد
احدهما وذلك مثل القضاء على الغائب ولو قضي على الغائب او
قضي المحدود او الفاسق في الاصح لا ينفذ الا اذا رفع الى حاكم آخر
فقضي بصحة حكمه فح يلزم ولو فسخه انفسخ لان الخلاف في نفس القضا
فقبل القضا لم يوجد محله واما ان يكون مخالفا للعمل لا لدليل شرعي
وهو النوع الرابع فانه لا ينفذ قضاؤه ولا ينفذ بتنفيذ قاض
اخر ولو رفع الى الحاكم ونفذ لان قضاه وقع باطلا لمخالفته
الكتاب او السنة او الاجماع فلا يعود صحيحا بالتنفيذ وذلك

لعله للدليل

مثل

اصل الاولى فتح الباب اليها لانها لما كانت مستديرة وهي التي قيها
اعوجاج حتى بلغ عوجها راس السكة صارت كلتاهما سكة واحدة
وهي بينهم على الشركة حتى اذا بيع دار فيها يجب حق الشفعة وهذا اذا
كانت السكة غير نافذة ايضا وان كانت نافذة فلجميع المسلمين
فيها حق المرور قال رحمه الله ثم اعلم ان للانسان ان يتصرف في
ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا فيجوز
له ان يتخذ في داره حماما لان ذلك لا يضر بالجيران وما فيه
من النداوة يمكن التحرز عنه بان يبني بينه وبين جاره حائطا
وعن ابي يوسف ان الجيران اذا تضرروا من دخانه فلهم منعه الا ان
يكون دخان الحمام مثل دخانهم ولو اتخذ داره حظيرة غنم والجيران
يتأذون من نتن السرقين ليس لهم الحكم منعه ولو حفر في داره بئرا
فنزهنا حائط جاره لم يكن له منعه وقيل ان كان يعلم ذلك يقينا
فله منعه وهو قول اصحابنا رحمهم الله ولو اراد بناء تنور في داره
للخبز كما يكون في الدكاكين او الرحا للطحن او مدقات للقصارين
لم يجز لان ذلك يضر بالجيران ضررا ظاهرا فاحشا فلم يمكن التحرز عنه
والقياس ان يجوز لانه تصرف وترك ذلك استحسانا لاجل المصلحة
ولو سقط حائط بين دارين ولاحدهما عورات فطلب من جاره ان يساعده
في البنا قال اصحابنا لا يجبر وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله يجبر
في زماننا لانه لا بد من ستر بينهما وقال قاضيخان الحائط تحتمل

القسمة ويبني كل واحد في نصيبه لاجل السترة لايجبر والاجير
ان كان يقع بصره في داره فله منعه عن الصعود حتى تتخذ
سترة وان كان يقع في سطحه فلا يمنعه قال رحمه الله ادعى دارا
في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني بها و
فاشتريتها فبرهن على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة
وشهوده يشهدون له به قبلها وهذا تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق
بينهما الوجه الثاني يمكن ان الشراء وجد بعد الوقت الذي يدعي فيه
الهبة فلا يكون متناقضا ولم يقل احد في الهبة والمسئلتان
بحالهما لا تقبل في الاولى وتقبل في الثانية لما ذكرنا من الامكان
وعزمه قال رحمه الله من قال لاخر اشتريت مني هذه الامة وانكر
فللبايع ان يطأها ان ترك الخصومة لان المشتري لما جحد الشراء
كان ذلك فسخا منه اذ الجحود كناية عن الفسخ لان الفسخ رفع العقد
من الاصل والجحود انكار للعقد من الاصل فكان بينهما مناسبة
فجازت الاستعارة فكان فسخا من جهته فاذا ساعده البايع بترك
الخصومة تم الفسخ فحل له وطؤها وله ان يردها على بايعها بالعيب
ان وجدها عيبا قديما بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضي حتى اذا
قام المشتري بينة بعد ذلك انه اشتراها منه لا تقبل بينته وفي
النهاية اذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف المشتري ليس له ان
يردها على بايعها لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لاحتمال ان

ينكر

ان ينكر عند التحليف فاعتبر بيعا جديدا في حق ثالث والاشبه ان
هذا التفصيل بعد القبض واما قبل القبض فينبغي ان يرد عليه
لانه فسخ من كل وجه في غير العقار فلا يمكن حمله على البيع لان المبيع
لا يجوز بيعه قبل القبض وقد بيناه من قبل فان قيل الحكم لا يثبت
بمجرد العزم فكيف يكون فسخا قلنا نحن لا نثبته بالعزم وانما نثبته
بالعزم واليمين او بالعزم والفعل وهو التصرف في الجارية بالنقل
من موضع الخصومة الى بيته او بالاستخدام او بامساكها بيده لان
التصرف فيها لا يحل بالفسخ فكان فسخا دلالة اذا الفعل قد يوجد
دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول قال في النهاية
ولو اقر بقبض حقه ثم قال انها مستوقة او رصاص يصدق موصولا
لا مفصولا قال ذكره شيخ الاسلام ثم الزيوف ما يرفيه بيت المال
والبهرجة ما يرده التجار والمستوقة ما يغلب عليه الغش وقيل
الزيوف من المغشوشة والبهرجة هي التي تضرب في غير دار السلطان
والمستوقة صفر مموه وعن الكرخي المستوقة عندهم ما كان غالبه الصفر
او النحاس هو الغالب قال رحمه الله ومن قال لآخر لك علي الف فردده
ثم صدقه فلا شيء عليه يعني اذا اقر لغيره بالف فردده المقر له ثم
بان قال ما كان لي عليك شيء او قال بل هو لفلان ثم صدقه فقال
بل كان لي عليك في مكانه او بعده فلا شيء على المقر لان الاقرار هو الاول
وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوة فلا بد من الحجة او تصديق

الخصم بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر حيث كان له ان يصدقه
لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لان العقد
حقهما فبقي على حاله فعمل فيه التصديق اما المقر له فينفرد برد
الاقرار فافترقا وبخلاف ما اذا اقر بسبب عبد لغيره فكذبه
المقر له حين لا يرتد بذلك عند ابي حنيفة حتى اذا ادعاه المقر
لا يصح لان الاقرار بالسبب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد
ولو قبل الاقرار والابراء عن الدين او وهبته له ثم رده لا يرتد
بذلك لانه بالقبول قد تم وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك
فرد لا يرتد بالرد لان هبة العبد من نفسه اعتاق وهو لا يرتد ولو
اقر بشيء لانسان كالدين وغيره فصدقه ثم رجع المقر عن اقراره لا
يقبل ولو اراد تحليف المقر له لا يحلف عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
اذا ادعى انه وجد لان اقراره حجة عليه كالشهادة فصار نظير ما
لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى ان له دينا واراد تحليفه لا
يحلف عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف اذا ادعى انه اقر كاذبا واراد
تحليف المقر له يحلف **قال رحمه الله** ومن ادعى على آخر مالا فقال ما
كان لك علي شيء قط فبرهن المدعي على الف وهو برهن على القضاء
والابراء قبل اي ادعى رجل على آخر الف درهم واقام المدعي عليه البينة
انه قضاه او ابراه المدعي تقبل بينة المدعي عليه وقال زفر لا تقبل
لان القضاء والابراء يكونان بعد الوجوب **قال رحمه الله** ولو زاد ولا

اعرفك

اعرفك او زاد هذه الكلمة على ما ذكر بان قال مالك علي شيء قط ولا
اعرفك لا تقبل بينة المدعي عليه على القضاء والابراء لتوقف بينة
قوله لانه لا يكون بين اثنين معاملة من دفع واخذ وعطاء من غير معرفة
احدهما صاحبه وذكر الفقيه ابو الليث انه يقبل ايضا لان المحتجين من
الرجال والمخدرة قد يوذي بالسب على بابه في يوم بعض وكلائه بارضاء
بالدفع اليه ولا يعرفه فيمكن التوفيق بهذا الطريق **قال رحمه الله**
ومن ادعى على آخر انه باعه امة فقال لم ابعها منك قط فبرهن على
الشراء فوجد بها عيبا ورد ها عليه فاقام البائع البينة انه ابراه من
كل عيب بها لا تقبل بينة البائع وعند ابي يوسف انها تقبل لان
ممكن بان لم يبعها هو وانما باعها منه وكيله وابراه عن العيب فيكون
صادقا بذلك **قال رحمه الله** ويبطل الصك بان شاء الله اي يبطل
صك الشراء والاقرار اذا كتب في آخره ان شاء الله حتى يبطل الشراء
والاقرار بذلك ولا يلزمه شيء لان الاستثناء يبطل على ما عرف ولو
كتب في آخر الصك فمن قال بهذا الحق فهو وكيل ان شاء الله تعالى او كتب
فما ادرك فلان من درك فعلي فلان خاصة بطل الصك كله عند ابي
حنيفة رحمه الله حتى يبطل الاقرار والشراء وقالا ينصرف الى ما يليه
وهي الاجير والصك يكتب للاستيثاق الا ترى انه لو كتب كتابا الى
بعض اخوانه او وكلائه وقال في آخره يفعل كذا وكذا ان شاء الله تعالى
ينصرف الاستثناء الى ما يليه حتى لا يبطل الكتاب كله فكذا هذا ان

الكل لشيء واحد فحكم العطف فيه ينصرف الى الكل كما في الكلمات
المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله
الحرام ان شاء الله وما ذكراه من العادة انما جرى بان يترك زوجة
او يكتب بخطه على حدة فلو فعل هنا ذلك انصرف الى ما يليه ولا
يبطل الشراء ولا الاقرار لان الفرجة كالسكوت حالة النطق ولان
الاستثناء انما يكتب في كتب الرسالة ولهذا لا يبطل فيه ما يليه ايضا
وفي الصك مبطل بالاجماع ثم انما ذكر ذلك في الكتاب لان العادة
جرت بينهم ان يكتب في اسفل الصك من قام بهذا الحق فهو وليّ ما
فيه اي وكيل بالخصومة باثبات ما فيه من الحق وقاية هذه
ان يثبت به رضي الخصم بالتوكيل لان التوكيل بالخصومة لا يجوز
الا برضى الخصم عند ابي حنيفة قال رحمه الله فان مات ذمي فقالت
زوجته اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول
لهم وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث والقول في الحوادث
ان تضاف الى اقرب اوقاتها واقرب اوقاتها ما بعد الموت فتضاف
اليه قلنا سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما
للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر يعتبره للدفع وما
ذكره وهو يعتبره للاستحقاق وهو الظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح
للدفع ولو مات مسلم وتحته نصرانية فجاءت مسلمة قبل موته وقالت
الورثة اسلمت بعده فالقول للورثة ايضا ولا يحكم للحال لان الظاهر

لا يصلح للاستحقاق ومقصودها ذلك واما الورثة فمرادهم
الدفع وشهودهم ظاهر الحديث ايضا فحاصله ان الظاهر لا يصلح
للاستحقاق وهي تدعي به الاستحقاق في المسئلتين ويصلح للدفع
وهم يدعونه الدفع فكان القول قولهم في المسئلتين ولا يرد على
هذا مسائل ذكرت على سبيل النقض منها ما اذا كان في يد رجل عبد
فقال رجل ففقئت عينه وهو في ملك البائع وقال المشتري فقأته
وهو في ملكي كان القول للمشتري فيأخذ ارشه منه فاستحق الظاهر
لانا نقول لا يجوز ان يكون العبد لرجل وارشه لغيره فلهذا استحقه
هؤلاء بالظهور ومنها ان المرأة اذا ادعت ان زوجها أبانها
وصار فارا فورثت وقالت الورثة ابانها في الصحة فلا ترث كان
القول قولها وترث لان الظاهر يضاف الى اقرب اوقاته لانا نقول
انما ترث لانها تنكر المانع وهو الطلاق في الصحة والاصل عدمه في
الصحة قال رحمه الله وان قال المودع هذا ان مودعي لا وارث له
غيره دفع المال اليه يعني اذا مات رجل وله مال عند رجل وديعة
فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يجب عليه دفع
المال اليه لاقراره بان ما في يده ملك الوارث خلافة على الميت
كما اذا اقر انه ملك المورث وهو حجة أصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل
انه وكيل المودع بالقبض وانه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه
لان فيه ابطال حق المودع في العين بازاء المتلف به لان يد

كيد المالك فلا يقبل اقراره عليه ولا كذلك بعد الموت قال
على الدين ليس له ان يسترد من الوكيل لانه ساع في نقض ما
اوجبه وكان ينبغي له ان يسترد لان اقراره ليس بحجة في حق
المودع والحفظ واجب عليه فيكون بالدفع متعديا ولهذا
اذا جاء المودع وانكر الوكيل ولو لم يسلم إلى الوكيل حتى ضاعت
عنده قال في النهاية قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لانه
زعمه وكيل كالمنع منه ولو ادعى انه وصي لميت فصدقه مودع
الميت او غاصبه او وصيه لا يوما بالدفع إليه قال رحمه الله
وان قال لآخر هذا ابنه ايضا وكذبه الاول قضي للاول بينة
قال مودع الميت لرجل آخر بعد ما أقر للاول هذا ايضا ابنه
وكذبه الاجنبي الاول قضي بالمال للاجنبي لاول لان اقراره قد صح
وانقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الغير لا يصح كما لو كان
الاول ابنا معروفا فبخلاف اقراره للاول حيث قبل لعدم من يكذبه
فان قيل ينبغي ان يضمن المودع هنا للمقر له الثاني كما قلنا في
مودع القاضي المعزول اذا ابداء باقرار ما في يده لانسان ثم اقر
بان القاضي المعزول سلمه اليه فانه يضمن للقاضي على ما مر من
قبل قلنا هنا ايضا يضمن نصيبه اذا دفع المقر له الاول بغير
قضاء القاضي ذكره في النهاية قال رحمه الله ميراث قسم بين
الورثة لا يكفل منهم ولا مى وارث وهذا شيء احتاط به بعض

القضاه

القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يأخذ
الكفيل منهم والخلاف فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم
يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لا يؤخذ منهم كفيل باتفاق ه
وتفصيل ما يقسم من التركة بقولهم وما لا يقسم وما يحتاج فيه
الى اقامة البينة على عدد الورثة وما لا يحتاج فيه وما فيه الخلاف
وما لا خلاف فيه من ذلك يذكر في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى
لهما ان القاضي ناظر للغيب ويحتمل ان يكون له وارث او غريم
غايب بل هو الظاهر لان الموت يأتي بغتة فيحتاط بالكفالة تحقا
اذا دفع اللقطة او الابق الى صاحبه او اعطى امرأة الغايب النفقة
من ماله وجها ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا
والظاهر افا دون حق الغايب لاجل الموهوم الى ان يعطى الكفيل كما اذا ثبت
السرقة من هو في يده او ثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لان العبد
القاضي مامور بما ظهر عنده لا بطلب ما لم يظهر فلا يجوز تاخيره
اراب انه لو لم يجد كفيلا كان يمنع حقه لان المكفول له مجهول فصار
كما اذا اكفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو
معلوم والابق واللقطة على الخلاف في الاصح ان كان الدفع اليه
باقامة البينة لانه لما اثبت ببينته حق فتاخير حقه ولا كذلك
الدفع لان الدفع اليه في هذه الحالة غير واجب ولهذا جاز منعه
فلا تاخيره لعدما لانتحقاق بخلاف الاثبات بالبينة لان

مستحق فيه ولا يقال ان القاضي متلوم في هذه الصورة ولا يدفع
اليه حتى يغلب على ظنه انه لا وارث لغيرهم ولا مزيم بالاتفاق ولو كان
الناجز ظلما لما فعل ذلك لانا نقول لا يجوز للقاضي منع حق المستحق
الى ميعاد آخر بعد ظهوره يقينا شرعا لاجل موهوم غير بات وان قال
لا نعلم له وارثا آخر وقوله وهو ظلم اي ميل عن سواء السبيل وفيه دليل
على ان المجتهد يخطي ويصيب وان ابا حنيفة برئ عن الاعتزال لا كما
ظنه البعض بسبب ما نقل عنه انه قال ليوسف خطأ الذي سميتم كل مجتهد
يصيب والحق عند الله واحد قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد
اذ المامور به وهو جهده في حق عمله بحكم بصحته ولا يجوز له العدول عنه
وان اخطاء الحق هو الذي هو عند الله فكانه الذي اصاب صاحب
الحق قال رحمه الله ولو ادعى دارا ارثا له ولاخ له غايب وبرهن عليه
اخذ نصف المدعى فقط يعني اخذ النصف الذي هو نصيب الحاضر
وترك نصيب الغايب في يد ذي اليد ولا يستوثق من ذي اليد بكفيل
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هو في يده جاحدا
اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لان الجاحد خائن
فلا يترك في يده اذ لا يؤمن من الجحود ثانيا والقاضي نصب ناظرا
للغايب وليس في تركه في يده معنى ولابي حنيفة ان الحاضر ليس بخصم
عن الغايب في استيفاء نصيبه وليس للقاضي ان يتعرض لوديعة انسان
ولا لعينها حتى ياخذها من ايدي من هي عنده فصار نظير ما لو عرف

القاضي ملكا لانسان ثم راه في يد غيره فانه لا يتعرض له ولا ياخذ
ما لم يحضر خصمه فكذا هذا وهذا لان القبض وقع للميت مقصودا
وهذا على ذي اليد بكل الدار بحضور البعض من الورثة ويقضي بها
ديونه وينفذ بها وصاياه وصاحب اليد مختار الميت ويحتمل ان
لا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد لا ينفع بقضاء القاضي
فالظاهر انه لا يضربه ولا يمكنه الجحود بعد ذلك لكون الحادثة
معلومة له وللقاضي وجعله في حريطة القاضي ولا يقال يحتمل ان
يموت القاضي فيعود الى الانكار لانا نقول موت القاضي الذين هم
عاينوا القضاء والذين شهدوا باصل الحق ونسيانهم من الندر بما يكون
فلا يعتبر وان كانت الدعوى في المنقول فقد قيل لا يترك النصف
الذي هو للغايب بالاتفاق بل ينزع منه ويدفع الى عدل يحفظه
الى الحفظ بخلاف العقار لانه محض بنفسه ولهذا يملك الوصي بيع المنقول
على الكبير الغايب لان له ولاية الحفظ عليه كما للاب ذلك وكذا حكم
وصي الام والاخ والعم على الصغير فيما ورثه منهم لانهم يملكون
حفظه على الصغير دون التصرف فيه ووصيهم قايم مقامهم
فيملك ما يملكونه وقيل المنقول ايضا على الخلاف وقول ابي حنيفة
فيه اظهر يعني انه مضمون ولو اخذ ودفع الى امين القاضي كان ما
فعل ان لا يترك ابعد من النوي وانما لا يؤخذ الكفيل منه لان فيها انشاء
خصومة والقاضي نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغايب

لايحتاج الى اقامة البينة ثانيا ولا القضاء لان احد الورثة
خصما عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث
عنهم وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه دينا كان او عينا فيقوم
مقام سائر الورثة في ذلك بخلاف نفس الاستيفاء فانه عامل فيه لنفسه
عن الميت فلا يصلح لهم نائبا ايضا لعدم التوكيل منهم ولعدم
فيه مقام الميت بخلاف الاثبات فانه نائب فيه عن الميت فيما له
وعليه فيكون لهم نائبا ايضا في ضمنه وذكر في الجامع الكبير انما
يكون قضاؤه على جميع الورثة اذا كان المدعي في يد وارث الحاضر
ولو كان البعض في يده تنفذ وينفذ بقدره لان دعوى العين
لاتتوجه الا على ذي اليد فيكون خصما عنهم الا في قدر ما في يده
بخلاف ما اذا كان المدعي على الميت دينا حيث ينصب فيه بعض الورثة
خصما عن الكل مطلقا قال رحمه الله ومن قال مالي او ما املك
صدقة في المساكين فهو على مال الزكاة ولو اوصى بثلث ماله فهو
على كل شيء والقياس ان يكون على وجه الوصية فيلزمه التصدق
بالكل وبه قال زفر رحمه الله لان اسم المال يتناول الكل قال الله
تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وجه الاستحسان ان ايجاب العبد
معتبر بايجاب الله تعالى في باب الصدقات فايجاب العبد منصرف
الى البعض كما في قوله تعالى وفي اموالهم حق معلوم وقوله خذ من اموالهم
صدقة تطهرهم فكذا ما يوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها

فلا يكون

اخت

اخت الميراث والارث يجري في جميع الاموال فكذا هي ولان العادة
ان الانسان يلتزم الصدقة من فضول ماله وهو مال الزكاة حال
حياته وجميع المال حال وفاته ويدخل فيه جنس ما يجب فيه الزكاة
وهي السوائم والنقدان وعروض التجارة سواء بلغت نصابا او لم تبلغ
قدر النصاب وسواء كان عليه دين او لا لان المعتبر جنس ما تجب فيه
لا قدرها ولا شرائطها ويدخل فيها الاراضي العشرية عند ابي
وابي يوسف رحمهما الله تعالى لانه سبب الصدقة الا ترى ان مصرفه
مصارف الزكاة فكانت جهة الصدقة فيها راجحة وعند محمد رحمه الله
تعالى لانها سبب المؤنة ولهذا يجب في ارض الصبي والمكاتب وفي ارض
لا مالك لها كالاوقاف فكانت جهة المؤنة راجحة عنده وذكر في
النهاية قول ابي حنيفة مع قول محمد قال ذكره الثمرتاشي معه ولا تدخل
الارض الخراجية لانها تخصها مؤنة ولا يدخل الرقيق المخدمة ولا العقار
واساس المنازل وثياب البذلة وسلاح الاستعمال ونحو ذلك مما ليس من
اموال الناس لما ذكرنا ومن مشايخنا من قال في قوله ما املك في المساكين
صدقة يجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملك قياسا واستحسانا وانما
القياس والاستحسان في قوله مالي صدقة وجميع مالي صدقة لان الملك
اعم من المال الا ترى ان الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح
وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا
كان لفظ الملك اعم تناول جميع ما يتصدق به كما لو نص عليه بان

قال كل ما املكه مما يتصدق به فهو صدقة والصحيح هو الاول لانهما
يستعملان استعمالا واحدا فيكون النص الوارد في احدهما واردا في الآخر
فيكون قبله لقياس والاستحسان ولان الانسان عادة يلتزم التصدق
بالفاضل عن الحاجة فينصرف فيهما الى جنس ما تجب فيه الزكاة ثم اذا
لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قدر قوته فاذا
أصاب شيئا بعد ذلك تصدق بمثل ما امسك لان حاجته تقدمت وهمته
ولم يملك قدر حاجته لتكفي الناس من ساعته ولم يبين في المبسوط قدر
ما يملك لان ذلك يختلف باختلاف العيال وباختلاف ما يتجدد
له من التحصيل فبعض اهل الحرف يحصل لهم كل يوم وبعضهم كل ثلاثة
ايام وبعضهم اكثر وبعضهم اقل وكذا اهل التجارة واهل الزرع
يتجدد لهم في كل سنة واهل الغلة في كل شهر عادة وهم الذين لهم دور
وحوانيت وخانات يوجرونها فيمسك اهل كل صنعة ما يكفيه الى ان
يتجدد له حاصله قال رحمه الله ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية فهو
وصي بخلاف الوكيل حتى لو باع الوصي شيئا من التركة قبل العلم بالوصية
جاز البيع ولو باع الوكيل مال الموكل قبل العلم بالوكالة ثم علم لم يجز
وعن ابي يوسف انه لا يجوز في الوصية ايضا حتى يعلم لان كل واحد منهما
اباية الا ان احدهما في حالة الحياة والاخر بعد الممات وجه الاول ان الوصية
خلافة لانه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصي فلا تتوقف على العلم
كتصرف الوارث وكثبوت الملك له والولاية الا ترى ان ابا الصغير لو

مات

مات وباع الجد ماله من غير علم بموته جاز فكذا هذا اما الوكالة
فاثبات ولاية التصرف في ماله وليس باستخلاف لبقاء ولاية الموكل
فلا يصح به علم من تثبت له الولاية كاثبات الولاية باثبات الملك
بالبيع ولان الموكل قادر فيتصرف بنفسه فلا يفوته التنظر فلا حاجة
الى اثباته بدون العلم بخلاف الميت والاذن بالتجارة للعبد والصغير
بمنزلة الوكالة حتى لا يثبت الا بعد العلم ولا يجوز تصرف المأذون له
فيه لان الاذن ماخوذ من الاذان وهو الاعلام فلا يتصور بدون
العلم قال رحمه الله ومن اعلمه بالوكالة صح تصرفه اي اذا وكل رجلا
وهو لا يعلم فاعلمه واحد من الناس كان وكيلا وجاز تصرفه سواء
بذلك عدل او غير عدل صغيرا او كبيرا لانه من المعاملات وليس فيه
الزام وانما فيه الاطلاق فلا تشترط فيه العدالة كسائر المعاملات
وكذا لا تشترط فيه الحرية ولا الاسلام وحاصله انه من المعاملات
فلا يشترط فيه الا التمييز قال رحمه الله ولا يثبت عدله الا بعدل او
مستورين كالاخبار للسيد بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي
لا يمارس يعني لا يثبت عزله عن الوكالة الا بخبر عدل واحد او اثنين
غير عدل الى آخره وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله
لا يشترط في المخبر هذه الاشياء الا التمييز لانها من المعاملات فصار
كالاخبار بالتوكيل على ما بيناه ولابي حنيفة ان في هذه الاشياء الزاما
من وجه فيشترط فيه حد شطري الشهادة اما العدد واما العدالة

بيان الالزام ان الوكيل تلزمه العهدة على تقدير ان يتصرف ولا
يلزمه شيء على تقدير عدم التصرف وكذا الشفيع يلزمه سقوط
الشفعة على تقدير سقوطه وعلى تقدير الطلب لا يلزمه شيء وكذا
البكر على تقدير السكوت يلزمها النكاح وعلى تقدير الرد لا يلزمها
وكذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعتق وغيره يلزمه الأرش
وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه ففي كل موضع يلزمه من كل وجه
لا يشترط فيه العدد والعدالة كما في المنازعات عند الحكام وفيما
لا يلزمه من كل وجه لا يشترط فيه العدد ولا العدالة فاذا كان
فيه الزام من وجه دون وجه يشترط فيه احدهما وقد بيناه
في النكاح واما المسلم الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فالاصح
انه يقبل فيه خبر الفاسق حتى يجب عليه الاحكام بخبره لأن
المخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله عليه الصلاة والسلام
ليبلغ الشاهد منكم الغايب الحديث وفي الرسول لا تشترط العدالة
كالبكر اذا اخبرها رسول المولي بالتزويج وهذا الخلاف فيما اذا
عزله الموكل وبلغه واما اذا لم يبلغه هو على وكالته حتى يبلغه
بالاجماع لان نهي العبد معتبر بنواهي الشرع فكما لا يثبت النهي
بالشرع بعد عبد الاطلاق قبل البلوغ الى المكلف حتى لا يحرم عليه
قبله وكذا نهي العبد قبله هذا في القول القصدي واما اذا كان
حكميا فيثبت وينزل قبل العلم به وذلك مثل موت الموكل وجنونه

مطلقا

مطبقا قال رحمه الله ولو باع القاضي او امينه عبدا للغرماء
واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن القاضي ولا امينه الثمن
للمشتري لان امين القاضي قايم مقام القاضي والقاضي قائم
مقام الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان لانه لو لزمه الضمان
لتعاقدوا على قبول هذه الامانة وكيلا يلزمهم الضمان وتعطلت
مصالح المسلمين وكذا لو قبض الثمن وضاع في يده وهلك العبد
قبل التسليم الى المشتري لا يضمن القاضي ولا امينه الثمن لما ذكرنا
قال رحمه الله ورجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فتكون
عهدته عليهم عند تعذر جعلها على القاعد كما تجعل العهدة على
الموكل اذا تعذر جعلها على الوكيل بان كان الوكيل عبدا او صبيا
محجورا لان العقد واقع له قال رحمه الله وان امر القاضي الوصي بيبيعه
لهم فاستحق ومات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي
لان الوصي هو العاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا
وكله حال حياته وهذا اذا كان الميت اوصى اليه فظاهر وكذا اذا
نصبه القاضي لان القاضي انما نصبه ليكون قايما مقام القاضي
فصار كمن وصي اليه الميت قال رحمه الله وهو على الغرماء اي يرجع الوصي
على الغرماء لانه عامل لهم ومن عمل لغيره عملا وحقه بسببه ضمان يرجع
به على من ينفع له العمل ولو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع الغريم فيه
بدينه لان دينه لم يصل اليه ويرجع بما ضمن للوصي والمشتري في المسئلة

وهو ما اذا كان البايع هو امينه لانه قضي ذلك وهو مضطر فيه
وقيل لا يرجع فيه لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض الوصي كقبضه
والاول اصح لما ذكرنا والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه
اذا لم يكن في التركة دين لان العاقد عامل له فيرجع عليه بما لحقه
من العهدة ان كان هو وصي الميت وان كان القاضي وامينه هو العاقد
رجع على المشتري لما ذكرنا انتهى قال رحمه الله ولو قال قاض عدل
علم قضيت علي هذا بالرجم او بالضرب فاقطعه وسعك فعله قيده
هنا بكونه عدلا عالما وفي الجامع الصغير لم يقيده بهما وهو الظاهر
وانما يسعه فعله لان اطاعة ولي الامر واجبة قال الله تعالى اطيعوا
الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم وفي تصديقه طاعة ولانه اخبر
عن امر يملك انشاءه في الحال فيقبل قوله في الخلو عن التهمة ولانه لا
يولي في موضع الا قاض واحد في الاعصار كلها ولو لم يقبل قوله لولي
في مكان قاضيان فعلم بذلك ان قوله حجة ثم رجع محمد رحمه الله عن هذا
فقال لا يوخذ بقوله الا أن يعاين الحجة او يشهد بذلك مع القاضي عدل
وبه اخذ مشايخنا رحمهم الله تعالى لفساد قضاة اهل زماننا
والتدارك غير ممكن ولان قبول خبر الواحد تنزيه الانبيا عليهم الصلوة
والسلام وغيرهم غير معصومين عن الكذب والغلط الا في تهاب القاضي
لضرورة احيا الحقوق ولان الجناية في مثله قل ما تقع وقال ابو نصر
الماتريدي رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الجناية

واحتمال

واحتمال الخطا لانه لعدالته يومن الميل بالرشوة وبفقهه يومن
الغلط ظاهرا وان كان عدلا يستفسر لان الجاهل يظن غير الدليل
دليلا فان احسن بان ذكر شرايطه مثل ان يحكم بحد الزنا مثلا باقرار
او بينة فبباقي شرايطه عند التفسير وجب تصديقه لان عدالته
تمنعه عن الكذب وان لم يحسن بان اخل في شرايطه من نصاب الشهادة
او التكرار في الاقرار ونحو ذلك لا يقبل قوله وان كان فاسقا فكذلك
الا ان يعاين الحجة والمصر رحمه الله اختار هذا القول لاحتمال الخطا
والخيانة قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا واذا لم يتبين
فلا يمين على القاضي لان اليمين يجب على الخصم والقاضي ليس بخصم
وانما هو امين ولو صار خصما لما نفذ قضاؤه قال رحمه الله وان
قال قاض عدل لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى زيد قضيت
به عليك فقال الرجل اخذته ظلما فالقول للقاضي ولكنا نقول قد
قضيت بقطع يمينك في حق اذا كان المقطوع يده والماخوذ منه
ماله مقرا انه فعله وهو قاض لان المقضي عليه لما اقر انه فعله في
حالة قضايه صار معترفا باستيفاء الظاهر للقاضي لان فعل القاضي
على سبيل القضا لا يوجب عليه الضمان بحال فجعل القول قوله ولا
يحتاج في ذلك قال رحمه الله لانه ثبت ذلك في حال قضايه بتصا
ولا يمين على القاضي لما ذكرنا ولو اقر الاخذ والقاطع بما اقر به القاضي
لم يضمنا ايضا لان قول القاضي حجة ودفعه صحيح فصار اقراره

به كفعله معاينا ولو زعم المقطوع يده والماخوذ منه ماله انه
لم يكن قاضيا يومئذ وانما فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل كان
القول للقاضي ايضا لانه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان
فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون كان معهودا
منه وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى اذا زعم المدعي ان القاضي
فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لان هذا الفعل حادث
فيضاف الى اقرب اوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا
بحجة لان الاصل متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال كما اذا
اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه
الضمان فلا يصدق في الاسناد الى حالة منافية الا بحجة بخلاف
الاولى لانه يثبت الاسناد بمصادقتهما والصحيح هو الاول لما ذكرنا وهو
اختيار فخر الاسلام علي البزدوي والصدر الشهيد رحمهما الله تعالى
ونظيره اذا قال العبد لغيره بعد العتق قطعت يدك وانا عبد
وقال المقر له بل قطعتها وانت حر كان القول قول العبد وكذا لو
قال المولى لعبده قد اعتقتك اخذت منه كل شهر غلة خمسة دراهم
وانت عبد فقال المعتق بعد العتق كان القول قول المولى وكذا الوكيل
بالبيع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل
كان القول للوكيل ان كان البيع مستهلكا وان كان قائما فالقول
قول الموكل لانه اخبر عما لا يملك الانشاء فيه فيصير مدعيا وكذا

في

في مسئلة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لانه اقر بالاخذ وبالاضافة
يدعي عليه التمليك ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر به
القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع
الضمان عن نفسه لا في الابطال سبب ضمان على غيره بخلاف الاول لانه
يثبت فعله في قضايه بالتصادق فان قيل قد وجد الاسناد
ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان فوجب لا يضمنا ايضا كالقاضي
قلنا ان هذه حجة عارضها ما هو اقوى منها يقتضي وجوب الضمان
وهو الاقرار بسبب الضمان لان هذه حجة قطعية لان اقرار كل مقر حجة
قطعية على نفسه وما ذكرتم من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة لا
قطعية والظاهر لا يعارض القطعي وكان ينبغي ان يكون في حق القاضي
كذلك ويجب عليه الضمان لكن لو اوجبنا عليه الضمان لامتنع القاضي
عن تقلد القضاء خشية الزمان بعد العزل فتركنا كذلك ولو كان المال
في يد الاخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه المال
صدقا القاضي في انه فعل في قضايه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كان له
فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه وهو
نظير مسئلة الغلة على ما بينا ومن نظير هذه المسائل ما لو قال الوصي
بعد ما بلغ اليتيم انفقت عليه كذا وكذا من المال واكل اليتيم ذلك
كان القول قول الوصي لما انه اسند الى حالة منافية للضمان اورد في
النهاية على المسائل المتقدمة ما اذا اعتق المولى امته ثم قال لها قطعت

بدك وانت ميتي وقالت هي قطعتها وانا حرة كان القول قولها واذا وكذا في كل شيء اخذه منها عند ابي حنيفة وابي يوسف مع انه منكر للضمان باسناده الفعل الى حالة منافية لها فاجابا بالفرق بينهما من حيث ان المولى اقر باخذها ثم ادعى التمليك لنفسه فيصدق وفي اقرار لا يصدق في دعواه التمليك له وكذا لو قال لرجل اكلت طعامك باذنك فانكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمخلص والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الشهادة

قال رحمه الله هي اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان هذا في اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة من الاحتضار والمشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وسمي الاداء شهادة لاطلاق اسم السبب على المسبب وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر القاضي ومجلس الواقعة وهي في اصطلاح اهل الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظ الشهادة وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه وركنها لفظ اشهد بمعنى الخبر دون القسم وحكم وجوب الحكم على القاضي بما تقتضيه الشهادة والقياس يابى ان تكون الشهادة حجة ملزمة لانه خبر محتمل للصدق والكذب ولكن ترك ذلك بالنصوص والاجماع قال رحمه الله ويلزم بطلب المدعي اي يلزم اداء الشهادة ولا يسع كتمانها اذا طلب المدعي لقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن

يكتمها فانه اثم قلبه وهذا وان كان غنيا عن الايراد عن الكتمان لكن النهي عن الشيء يكون امرا بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتهاء لا يكون الا بالاشتغال به فكان اداء الشهادة فرضا قطعا كفريضة الانتهاء عن الكتمان فصار كالامر به بل اكد ولهذا اسند الاثم الى القلب التي وقع بها الفعل وهو القلب لان اسناد الفعل الى محله اقوى من اسناده الى كله وقوله ابصرته بعيني اكد من قولهم ابصرته واسناده الى اشرف الجوارح يدل على ان اعظم الجرائم بعد الكفر بالله تعالى شهادة الزور ثم اذا علم ان القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الاداء او ان علم ان القاضي لا يقبل شهادته او كانوا جماعة فاذا اعتبره ممن تقبل شهادته فقبلت قالوا لا يأثم وان ادى غيره وان لم تقبل شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان ممن تقبل شهادته لان امتناعه يؤدي الى تضييع الحقوق هذا اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القاضي وان كان بعيدا بحيث لا يمكنه ان يغدو لاداء الشهادة ويرجع في يومه ذلك قالوا لا يأثم لانه لا يلحقه الضرر بذلك وقالوا لا بصار كاتب ولا شهيد ثم ان كان الشاهد شيخا كبيرا لا يقدر على المشي الى مجلس الحاكم وليس له شيء للركوب فيركبه المدعي من عنده قالوا لا بأس به وتقبل شهادته لانه من باب الاكرام للشهود لقوله عليه الصلوة والسلام اكرموا الشهود وان كان يقدر وركبه المدعي من عنده قالوا لا تقبل قال رحمه الله وستر هاهنا في

الحدود واجب لقوله عليه الصلوة والسلام للذي شهد عنده لو
سترته بثوبك لكان خيرا لك وهذا الحديث ولفظ المختصر يدل على
انه مخير بين الستر والاظهار ولكن الستر افضل لما روينا ولقوله عليه
الصلوة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة
وفيما نقل من تلقين المقر للذنب وعن النبي صلى الله عليه وسلم دلالة
ظاهرة على ان الستر افضل وان شاء اظهر لان فيه حسنة ايضا
لان فيه ازالة الفساد وتقليله فكان حسنا ولا يلزم على هذا
قوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا لان
ظاهر الاية والله اعلم يقتضي انهم يحبون ان تشيع فيهم الفاحشة
لاجل انهم اسوة ذلك صفة الكافر فلذلك وعد بعذاب اليم ولان
مقصود الشاهد ارتفاع الفاحشة من العباد ولهذا امر الله
تعالى بالاشهاد به بقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم
فهذا حسن والاول وهو الستر احسن لما بينا ولا يلزم عليه قوله تعالى
ومن يكتمها فانه آثم قلبه لان المراد بها حقوق العباد بدليل قوله
تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا اي دعاهم المدعي اذا دعاهم
المدعي الى الحدود وليس لها مدع يدعيها ولان الحدود حق الله تعالى
والله تعالى غني عن كل شيء مع كرمه ولطفه بعباده والعبد محتاج فيرجح
فلا يقاس احد الحقين على الآخر قال رحمه الله ويقول اخذ لاسرق
لان الشهادة بالمال واجب اذا طلبه المدعي والستر في الحد فضل

على ما بينا وامكنه الجمع بينهما بإقامة الحقين بقوله اخذ لانه به
يحيي حق المدعي ولا يجب عليه الحد ولان الحد ميتي ويجب عليه سقط
الضمان اذ لا يجتمعان فلا يحصل مقصود المدعي بقوله سرق ع
فيتوقاه مراعاة لحقه اذ هو محتاج اليه وفيه صيانة يد السارق
والله تعالى غني عن كل شيء فلا ضرورة الى اقامته قال رحمه الله وشرط
للزنا اربعة رجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم
فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولقوله عليه الصلوة والسلام ايت باربعة
يشهدون على صدق مقالتك وهذه الالفاظ موضوعة للمذكرين دون
المونث وقد انعقد الاجماع على اشتراط الذكورة فيه ولان الله تعالى
يحب الستر على عباده واوعد بالعذاب من احب اشاعة الفاحشة على
المومنين بما تلونا وفي اشتراط الاربع مع وصف الذكورة تحقيق
معنى الستر وقوف الاربع على هذه الفاحشة فلا يتحقق واجب على
من ينسب الى هذه الفاحشة الحد ان كان اجنبيا واللعان ان كان
زوجا كل ذلك يوكد معنى الستر ويمنع من الاظهار ولا يقال ليس في
هذه النصوص الا بيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيه ما يمنع
العمل بما قل منه لانا نقول هو كذلك لان التخصيص بالذكر لا يدل
على انتفاء الحكم عند انتفاء المذكور ولكن لا يوجبه ايضا فمن ادعى
جواز ما دونه يحتاج الى دليل كما ان النافي للحكم عند انتفاء العدد

المذكور هنا وهو اجماع الصحابة ومن بعدهم الى يومنا هذا على ان
الشهود على الزنا اذا انقصوا عن الاربعة يجب عليهم الحد لكونهم
قذفوه الا تري ان عمر رضي الله عنه حد الثلاثة الذين شهدوا على
المغيرة بالزنا ولهذا شرع الرجم لان الزنا أعظم الجرائم ولو كان
الزنا يثبت بما دونه لما وجب عليهم الحد بل كان يجب على المتسور الزنا
ولا يمكن القياس على غيره من الحقوق لعدم التساوي ولوجوده
النص في الفرع وشرط القياس المساواة في الأصل والفرع وان لا
يكون في الفرع نص يمكن العمل به قال رحمه الله وكيفية القصاص
والحدود رجلان لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله
صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا تقبل شهادة النساء
في الحدود والقصاص وقال تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم
ولان شهادة النساء فيها لشبهة البدلية لان كل اثنتين منهن قائمة مقام
رجل فيما تقبل فيما يدرأ بالشبهات كما لا يجوز فيها كتاب القاضي
الى القاضي وانما كانت فيها شبهة البدلية لاحتمالها لان البدل
المحتمل لا يصار اليه مع القدرة على الاصل غالبا وشهادة امرأتين
مع رجل تقبل مع وجود الشهود من الرجال ومعنى قوله تعالى فان لم
يكونا رجلين فرجل وامرأتان قالوا ان لم يشهد احدكونهما رجلين
فليشهد رجل وامرأتان ولولا هذا التأويل لما اعتبر شهادتهن مع
وجود الرجال وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط بالرجال

ايضا

ايضا حتى اذا شهد رجال ونسوة بشيء يضاف الحكم الى الكل حتى
يجب الضمان على الكل عند الرجوع قال رحمه الله والولادة والبكارة
وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه رجل وامرأة يعني يشترط لثبوت
هذه الاشياء شهادة امرأة لقوله عليه الصلاة والسلام شهادة
النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالألف
واللام اذا لم يكن ثمة معهود يراد به الجنس فيتناول الاقل وقد
حذيفة رضي الله عنه أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة
القابلة على الولادة وقال الشافعي رضي الله عنه يشترط فيه ان
يشهد فيه اربعة من النساء لان كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد
في الشهادة وقال ابن ابي ليلى يشترط ان يشهد فيه ثنتان من النساء
لان المعتبر في باب الشهادة شبه العدد والذكورة وتعذر
اعتبار واحد منهما فبقي العدد على حاله ولنجز عليهما ما روينا ولانه
انما سقط اشتراط صفة الذكورة ليتحقق النظر لان نظر الجنس احق
فلذا سقط اعتبار العدد لان نظر المرأة احق والاحوط اثنتان
او اكثر لما فيه من معنى الالزام ويشترط فيها سائر شرائط الشهادة
من الحرية والاسلام والعقل والبلوغ والعدالة وحكم شهادتهن
في الولادة والبكارة والعيوب قد ذكرنا كل واحد منها في موضعه
من الطلاق والبيوع واما شهادتهن في استهلاك الصبي لا تقبل
في حق الارث عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه مما يطلع عليه الرجال

وتقبل في حق الصلوة عليه لانه من امور الدين كشهادتهما في هلال
رمضان وروايتهما الاخبار وهذا عندهما تقبل لان استهلاك علامة
حياته ولا يعرفه الا من حضره ولا يحضره الرجال عادة فصار كشهادة النساء
على نفس الولادة شهادة رجل ولحوا يضا لانه لما قبل فيه شهادة المرأة
كان الرجل بالطريق الاولى ثم اختلفوا فيما اذا قال نغرت النطفة
قال بعضهم يقبل كما في الزنا قال رحمه الله ولغيرها رجلان او
رجل وامرأتان اي يشترط لغير الحدود والقصاص وما يطلع
عليه الرجال شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير
مال كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصايا ونحو ذلك
مما ليس بمال وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء
مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل
عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور
الولاية لانها لا تصلح للخلافة ولهذا لا تقبل شهادتهن وحدهن
وان كثرن ولا مع الرجال في الحدود والقصاص وانما قبلت في الاموال
وتوابعها للضرورة لكثرة وقوعها وقلة حضورها ولا كذلك غير المال
ولنا ما روي ان عمر وعليا رضي الله عنهما اجازا شهادة النساء
الرجال في النكاح والفرقة ولانها حجة اصلية لا ضرورية والاصل
فيها القبول لوجود ما يبنى عليه اهلية الشهادة وهو الولاية وهي
تبنى على انتفاء التهمة بالكذب والغلط فالكذب ينتفي بالعدالة

والغلط

ينتفي بانتفاء المعاينة والضبط والاداء لان الاول يحصل العلم
للشاهد وبالثاني يحصل البقاء والدوام وبالثالث يحصل العلم
للقاضي ولهذا تقبل روايتهما في الاخبار وكان ينبغي ان تقبل
شهادتهن مطلقا كالرجال ولكن جاء النص بخلافه وهذه الحقوق
تثبت مع الشبهة كالمال فوقه الاتري ان النكاح يثبت مع الهزل
وكذا الطلاق والعتاق والمال لا يثبت به وايّ شبهة اقوى من
الهزل بخلاف الحدود والقصاص لانها لا تثبت مع الشبهة قال
رحمه الله والكل لفظ الشهادة والعدالة اي يشترط لجميع مراتب
الشهادة وهي اربع مراتب على ما مضى بيانه لفظ الشهادة والعدالة
لكن تقبل حتى لو قال اشهد اعلم او اتيقن لا تقبل شهادته لان
النصوص ناطقة بالاستشهاد فلا يقوم غيرها مقامها لما فيها
من زيادة توكيد لانها من الفاظ اليمين فيكون معنى اليمين
ملاحظا فيها وامتناعه عن الكذب بهذا اللفظ اشد اذ لا يوجد
هذا المعنى في غيرها من الالفاظ بخلاف غيرها من الاوامر حيث لا
يراعى فيها اللفظ الذي ورد به الامر بل يتأتى بكل امر يعطي ذلك
المعنى كالتكبير والايمان حتى صح الدخول في الصلاة بلفظ الاكبر
وغيره مما هو في معناه وكذا هو الايمان تجوز باي لفظ كان لحصول
المقصود به ولان في الشهادة الزام الحاكم الحكم وثبت ذلك على
خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص والعراقيون لا يشترطون

لفظ الشهادة في شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال وجعلوه من باب الاخبار لا من باب الشهادة والصحيح هو الاول لان من باب الشهادة ولهذا اشترط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرهما والعدالة هي المعينة للصدق قال الله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء والعدل هو المرضي ولان من يباشر غيره الكذب من المعاصي وهذا لان الخبر يحتمل الصدق والكذب وبالعدالة ترجح جهة الصدق وهو الانزجار عما تعتقد حرمته والحجة هو الخبر الصادق ولا يلزم حجة دونها وفي شرط لزوم العمل بالشهادة لان شرط اهلية الشهادة اذا الفاسق اهل لولاية القضاء والسلطنة فيكون اهلا للشهادة الا ان فسقه اوجب التوقف في خبره لنهمة قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا امر بالتبيين والتثبت لاباحته حتى غلب على ظننا انه صادق في الشهادة جاز ان يحكم به وعن ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق اذا كان ذا مروءة وجيها في الناس تقبل شهادته لعدم تمكن تهمة الكذب في شهادته لانه لو جاهته لا يتجاسر واحد على استئجاره لاداء الشهادة وكرويه يمتنع عند الكذب من غير منفعة له في ذلك والاول اصح لما ذكرنا ولان في قبول شهادته اكراما له قال عليه الصلوة والسلام اكرموا الشهود فان الله يحيي الحق بهم وفي حق الفاسق امرنا بخلافه قال عليه الصلوة والسلام اذا لقيت الفاسق

فالقه

فالقه بوجه منكر ومن يكون معلنا بالفسق فلا مروءة له شرعا فلا يلزم قبول شهادته على وجه لا بد له منه قال رحمه الله ويسئل عنهم الشهود سرا وعلنا في سائر الحقوق وهذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة يقتصر على ظاهر عدالة المسلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم فيه فان طعن فيه سرا وجهرا الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عنه في السر والعلانية وان لم يطعن الخصم فيه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا المحدود في قذف ومثل ذلك على عمومه وظاهر قوله تعالى وكذلك جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهداء على الناس يشهد له وظاهر قوله تعالى وكذلك جعلناكم ولان الظاهر هو الانزجار لان عقله ودينه يمنعانه عن مباشرة القبيح فاكتفى بالظاهر لعدم المنازع وان كان الموضع موضع استحقاق كالشفيع يستحق الشفعة بظاهره اذا لم يكن له منازع ولهذا لا يمكن الوصول الى القطع لحقارتها ولو زكى فالمزكي يخبر عن عدالته متمسكا بظاهر حاله لان اقصى ما يستدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية فلا حاجة الى اشتراط السؤال الا اذا طعن الخصم فيه لانه لا يطعن كاذبا ظاهرا فيقابل الظاهر ان توجب الترجيح بالاستقصاء بخلاف الحدود والقصاص لانهما يدرآن بالشبهة ويحتاط لاسقاطهما فيستقصى فيهما ابتداء من غير طعن خصم رجاء ان يسقطا ولهما ان القضاء مبني على الحجة

ولا تقبل الحجة الا شهادة العدول على ما بينا والعدالة قبل السؤال
ثابتة بالظاهر وهو لا يصلح حجة للاستحقاق فوجب التعرف عنها
صيانة لقضائه عن البطلان واسنادا الحكم الى البرهان وقيل هذا
اختلاف عصر زمان لان ابا حنيفة رحمه الله كان في القرن الثالث
وهم ناس شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والصلاح لقوله
عليه الصلوة والسلام خير الناس قرني الذين انا فيهم ثم الذين يلونهم
ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل ان يستحلف ويشهد
قبل ان يستشهد والاية التي تلوناه والحديث الذي رويناه يدلان على
ذلك وهما حالتان في القرن الرابع بعد ما تغيرت احوال الناس وظهرت
الخيانات والكذب فافتى كل واحد بما شاهد في زمانه والفتوى اليوم
على قولهما لان الفساد في هذا العصر اكثر والتعديل في المجلس يبعث
المستورة وهي الورعة وانما سميت الرقعة التي فيها اسما الشهود سترة
لانها تخفى عن نظر العوام وهي الورعة الى المعدل فيها اسم الشاهد ونسبته
وحليته ومسجده الذي يصلي فيه ومحلته وسوقه ان كان سوقيا فيما
مزجيرانه واصدقائه فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة تكتب تحت
اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق سكت
ولا يكتب احترازا عن الهتك ويقول الله اعلم الا اذا عدله غيره وخاف
ان يحكم القاضي بشهادته فح يصرح به ومن لم يعرف حاله يكتب تحت اسمه
انه مستور ويرد المحضر المستور سترا كيلا يظهر فيؤذي ولا بد في التعديل

في العلانية من ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل
غيره عن القاضي لاحتمال ان يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم
وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لان الشر كان كان لاهل
الخير ولم يقدر عليهم اهل الشر ويكتفي بالسر في زماننا لما ذكرنا وقال
محمد رحمه الله تزكية العلانية بلا فتنة ولا بد ان يقول المعدل هو عدل
جائز الشهادة لان العبد والمحدود في قذف اذا تاب يكون عدلا
والاصح انه يكتفي بقوله هو عدل لان من نشأ في دار الاسلام في زماننا
كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لا يسأل القاضي عن حرية
الشاهد واسلامه ما لم ينازعه الخصم وذكره في الجامع ان الناس
احرار الا في الشهادة والحدود والقصاص والعقل فانه لا يكتفي بظاهر
الحرية في هذه بل يسأل عنها محمول على ما اذا طعن الخصم بالرق فان ابا
الحسن ذكر في مختصره لهلال ان الناس احرار الا في اربع مواضع الشهادة
والحدود والقصاص والعقل فانه لا يكتفي بظاهر الحرية في هذه
المواضع اذا قال المدعى عليه ان الشاهد عبد او قال المدعى عليه او قال
القاذف للمقذوف عبد او قال الشاج للمشجوج عبد او قالت العاقلة
القاتل عبد لا تقبل شهادته ولا يجب حد القذف ولا القصاص فيما
دون النفس ولا الدية على العاقلة حتى يقيم البينة انه حر وهي
نظير العدالة عند ابي حنيفة رحمه الله فان القاضي يحكم بظاهر
العدالة لكونه من المسلمين ما لم يطعن الخصم فيهم فاذا طعن الخصم سأل

على ما بيناه قال رحمه الله وتعديل الخصم لا يصح هكذا قال ابو حنيفة
رحمه الله يعني تعديل المدعي عليه الشهود لا يصح ومراده على قول من
يرى السؤال عن الشهود واما على قوله قلا نيتاني ذلك لانه لا يرى السؤال
عن الشهود ونظيره المزارعة فانه لا يراها ومع ذلك فرع عليها على
قول من يرى وانما لا يصح تعديله الا من زعم المدعي وشهوده ان المدعى
عليه ظالم كاذب في الجحود فتزكية الكاذب الفاسق لا يصح وعن ابي
يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله ان تزكيته تجوز اذا كان من اهله
بان كان عدلا لكن عند محمد رحمه الله لا بد من ضم آخر اليه لانه لا يجوز
تعديل الكافل الواحد وابو يوسف يجوز على ما يجيء من قريب والمراد به
فيما اذا كانوا قالوا هم عدول لكنهم اخطاوا او نسوا اما اذا قالوا
صدقوا او هم عدول صدقه فقد لزمه الحق لاقرار ولو قالوا هم
عدول ولم يزيدوا على ذلك لا يلزمه شيء لانهم مع كونهم عدولا لا يتوهم
منهم النسيان والخطأ فلا يلزم من كونهم عدولا ان يكون كلامهم
صوابا قال رحمه الله والواحد يكفي للتزكية والرسالة والترجمة
لان التزكية من امور الدين فلا يشترط فيه الا العدالة كما في
تجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى والمحدود في القذف اذا تاب
لان خبره هؤلاء مقبول في الامور الدينية الا ترى ان رواياتهم في
الاخبار مقبولة وهذا عندهما وقال محمد يشترط في التزكية
ما يشترط في الشهادة من العدد ووصف الذكورة حتى يشترط

في

في التزكية ما يشترط في الشهادة من العدد ووصف الذكورة
حتى يشترط في تزكية شهود الزنا اربعة ذكور وفي غيره
من الحدود والقصاص رجلان وفي غيرها من الحدود والحقوق ف
ويجوز رجلان او رجل وامراتان وفيما لا يطلع عليه الرجال
امراة واحدة بناها على مراتب الشهادة لان التزكية في معنى
الشهادة لان ولاية القضاء تبنى على ظهور العدالة وهو
بالتزكية ويشترط فيها ما يشترط في الشهادة وجه انه ليس
في معنى الشهادة وانما هو في معنى الاخبار وجه هذا لا يشترط فيه
لفظ الشهادة ولا مجلس الحكم وجاز تزكية من لا تقبل شهادته
له كتزكية احد الزوجين للآخر وتزكية الوالد لولده وبالعكس
واشتراط العدد في الشهادة امر تعبدي ثبت على خلاف القياس
لان رجحان الصدق حتى العمل بقوله بالعدالة لا بالعدد بخلاف
كما في رواية الاخبار حتى قالوا فيما لا يرجح بكثرة الرواية ما لم
تبلغ حد التواتر فلا يعني لاشتراط العدد في الشهادة ولكن ترك
ذلك النص فيقي ما وراءها على الاصل وفي المحيط جاز تزكية
وقالوا اشترط المذكورة وعدد الشهود في تزكية شهود الحدود
والمراد بالرسالة والترجمة رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشهود
وكل ذلك على الخلاف الذي ذكرنا والمعنى الذي بينا من الجانبين
والاحوط في الكل اثبات وينبغي للقاضي ان يتخير في المسئلة عن

الشهود من هو اخبر باحوال الناس واكثرهم اختلاطا بالناس مع
عدالته عارفا بما يكون تجريحا وما لا يكون جرحا غير طماع ولا فقير كيلا
يخدع بالمال فان لم يكن في جيرانه ولا اهل سوقه من يثق به سال اهل
محلته وان لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيهم تواتر الاخبار وهذا الذي ذكرنا
كله في تزكية السر واما تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في
الشهادة من الحرية وغير ذلك سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى
الشهادة فيها اظهر وانما تختص بمجلس القضا قال رحمه الله وله
ان يشهد بما سمع واراي في مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب
والقتل وان لم يشهد عليه ويجوز له ان يشهد في كل ما يتم بنفسه
اذا عاين السبب كالبيع الى اخر ما ذكرنا وان لم يشهد عليه بل يجب عليه
اذا دعي اليه لما تلونا ورويناه وهذا لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو
الشرط لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه الصلوة
والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ويقول اشهد انه
باع واقر لانه عاين السبب فتجب عليه الشهادة بما عاين وهذا اذا
كان المبيع بالعقد فظاهر واما اذا كان بالتعاطي فكذلك لان
حقيقة البيع هو مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل لا يشهد ون
على البيع بل يشهدون على الاخذ والعطا لانه بيع حكمي وليس ببيع
حقيقي ولا يقول اشهد في لما ذكرنا ولو سمع من وراء الحجاب لا يسعه ان
يشهد لاحتمال ان يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة الا اذا كان في

الداخل

الداخل وحده ودخل الشاهد وعلم انه ليس فيه غيره ثم جلس على
المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقراره من الداخل ولا يراه لانه يحصل
به العلم وينبغي للقاضي اذا قرر له ان لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة
وليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التقرير لا يقبل وقالوا
اذا سمع صوت امراة من وراء الحجاب لا يجوز ان يشهد عليها الا اذا كان يرى
شخصا وقت الاقرار قال رحمه الله ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد
عليه لان الشهادة لا تثبت حكمها بنفسه ولا يصير حكما الا بالنقل الى
مجلس القضا ولهذا تعتبر عدالة الاصول فلا يكون لغيره ان يجعل كلا
حجة الا بامره فلا يسعه ان يشهد على شهادته لانه لم يحمله وانما حمل غيره
فصار نظير ما لو سمع شخصا وكل حيث لا يجوز للسامع ان يتصرف ما لم
يوكله لان الموكل لم يرض برايه قال رحمه الله ولا يعمل شاهد وقاض
وراو وبالخط ان لم يتذكروا اي لا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد حتى
يتذكر ولا للقاضي اذا كان في ديوانه مكتوبا شهادة شهود ولا يحفظ
انهم شهدوا بذلك الا في قضية قضاها ان يحكم بتلك الشهادة ولا ان
يمضي تلك القضية ولا للراوي اذا وجد مكتوبا بخطه او بخط غيره وهو
معروف انه اقر على فلان ونحو ان يروي حتى يذكر الشهادة او القضية
او الرواية وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة رحمه الله ووجهه قوله تعالى
الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه الصلوة والسلام اذا علمت مثل
الشمس فاشهد شرط ان يكون عالما ولا يتصور العالم بدون تذكر

الواقعة ولان الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة لاحتمال انه مزور وهذا
لان فائدة الكتاب ان يتذكر اذا نظر فيه واذا لم يقدر القلب تذكر اما
وجوده كعدمه وقال محمد رحمه الله يكون لكل واحد منهم ان يعمل بالكتاب
ان يتيقن به وان لم يتذكر الواقعة توسعة للامر على الناس وقال ابو
يوسف رحمه الله يجوز للراوي ان يعمل به بدلالة القاضي وكذا للقاضي
ان يحكم بالشهادة وان يمضي القضاء بذلك وليس للشاهد ان يشهد
برؤية خطه ما لم يتذكر الشهادة لان القاضي لكثرة اشغاله يعجز عن حفظ
كل حادثة ولهذا يكتب كل حادثة فلو لم يكتب واتخذه في فكره لتغطل
احوال الناس ولان سجله في قمطرة وهو في يده تحت ختمه فيؤمن من
التبديل والتزوير وكتابة الرواية تكون في ايدي خصوم فيؤمن من التزوير
ايضا بخلاف كتابة الشهادة لانها لا تكون في يد الخصوم فلا يؤمن
من التبديل ولو نسي القاضي قضاءه ولم يكن له سجل شهد عنده شاهدان
بانه قضى بذلك فعلى الخلاف المذكور وقيل عند ابي يوسف لا يعتمد ذلك
وعلى هذا لو اخبره قوم يثق بهم انه كان شاهدا لا يسعه ان يشهد ولو على
هذا لو سمع حديثا من غيره ثم نسي راوي الاصل فسمعه ممن روى عنه
فعند ابي يوسف لا يعتمده ولا يجوز له ان يعمل به وعند محمد له ان يعتمد
ذلك في الكل ولو تذكر مجلس الشهادة لا يسعه ان يشهد قال رحمه الله
ولا يشهد بما لم يعاينه الا في النسب والموت والنكاح والدخول والاتلاف
واصل الوقف فله ان يشهد بها اذا اخبره بها من يثق والقياس ان لا يجوز

لان

لان الشهادة لا تجوز الا بعلم على ما بينا من قبل ولا يتحقق العلم الا
بالمشاهدة او باخبار المتواتر ولم يوجد فصار كالبيع والاجارة بل
اولى لان حكم المال احق من حكم النكاح ولهذا لا يجوز للقاضي ان يحكم
بالتسامع والحكم يجب بما يجب به الشهادة ولهذا لو فسر للقاضي لا
يقبله وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها
وخواص الناس ويتعلق بها احكام تبقى على تقضي القرون وانقراض
الاعصار فلو لم يقبل فيها التسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام
ولان الاسباب يقترن بها ما تشتهر به فان السبب يشتهر بالتهنئة
ونسبة كل واحد الى الاخر عند المخاطبات والمناداة والموت بالتعزية
وقسمة التركات واندراس الابيات والنكاح بالشهود والولائم والدخول
يتعلق باحكام مشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الاحصان
والقضاء بقراءة المنشور واختلاف الخصوم اليه وازدحامهم عليه
فتنزلت الشهرة فيها منزلة العيان فلا يشترط فيها المشاهدة
بخلاف البيع والهبة والاجارة وامثالها لانها لا تختص بمشاهدة انسان
الخواص من الناس بل يحضره الخاص والعام وبه خرجت العادة ولان الناس
قاطبة محمولون على انهم يشهدون بهذه الاشياء بالشهرة الا ترى ان الناس
ان عليا تزوج بفاطمة ودخل بها وشربا كان قاصيا وعن الخطاب
تزوج بنت علي ولو تعلقت بحقيقة علم النسب ادى الى عدم الشهادة
بها اصلا لان سبب النسب العلوق ولا علم للبشر فيه وسبب القضاء

التولية ولا يحضره الا الوزير وامثاله وكذا الدخول لا يعرفه الا الرجل
فاكتفي بالدليل الظاهر في الكل ثم انما يجوز له ان يشهد بهذه
بالتواتر باخبار من يثق به واذا راى امراة يدخل عليها رجل وينبسطان
انبساط الازواج ويسمع من الناس انها زوجته جاز له ان يشهد بها
وان لم يعاين عقد النكاح وكذا اذا راى شخصا جالسا يفصل الخصومات
جاز له ان يشهد بانه قاض قالوا وفي الاخبار يشترط ان يخبره رجال او
رجل وامراتان وهم عدول ليحصل لهم نوع علم او غلبة ظن وقيل في الموت
يكتفي باخبار واحد عدل او واحدة لانه قد يتحقق في موضع ليس فيه
الا واحد بخلاف غيره لانه لا يشترط فيه العدد فكذا لفظ الشهادة
في غير الموت والموت لا يشترط ولو لم يحضر الموت الا شخص واحد واراد
ان يشهد بموته عند الحاكم اخبر بذلك رجلا ثم * يشهد اذا بذلك عند
الحاكم وهو من اعجب المسائل ولو شهد انه حضر دفنه فهو معاينة وقوله
واصل الوقف يحترز به عن شرائطه لان اصله هو التهدد دون شرائطه
فلا يقبل فيها بالتسامع وذكر المرغيناني انه لا بد من بيان الجهة
بان يشهد وا انه وقف على هذا المسجد او الفقراء وما اشبهه حتى لو لم
يذكروا في شهادتهم الجهة لا تقبل شهادتهم ثم قصر الاستثناء على هذه
الاشياء يفتي باعتبار التسامع في الولاء وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز
بمنزلة النسب لقوله عليه الصلوة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب ولان
ولان الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد الموت كالحكم المتعلق بالنسب فان

لم يجز بالتسامع لتعطل الاحكام ووجه قول ابي حنيفة ومحمد ان
العتق ينبني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا ما ينبني
عليه وذكر ثمس الائمة ثابت فيه ايضا ينبغي ان لا يفسر انه يشهد
بالتسامع فلو فسره لا يقبله كمعاينة شيء في انسان نطلق له الشهادة
واذا فسره لا تقبل قال رحمه الله ومن في يده شيء سوى الرقيق لك ان
تشهد انه له لان اليد بلا منازع اقصى ما يستدل به على الملك اذ
الدليل لمعرفة الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان غايته ما
في الباب ان يعاين اسباب الملك من الشراء وغيره وذلك راجع الى اليد
لان المالك ثبت ملكه باليد بلا منازع ولو لا ذلك لما صح التمليك من
المشتري فثبت بهذا ان لا دليل على الملك سوى اليد فلان معتمد الشاهد
اليد اعتبارا للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة فمنعه الشهادة
باليد يؤدي الى سد باب الشهادة اذ لا دليل للشاهد سوى اليد
وبابها مفتوح وهي مشروعة فيما يؤدي الى انتفائها فهو المنتفي
وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له ليحصل له
نوع علم او غلبة ظن لان الشهادة بلا علم لا تجوز لما تلونا ورويناه
ولهذا لو راى عينه في يد كناس او كتابا في يد جاهل وليس في
ابابه من هو اهل لذلك ليس له ان يشهد له قالوا يحتمل ان يكون هذا
تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله بقوله ويسعك ان تشهد انه له وقال
الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وقال الخصاف لان اليد

متنوعة الى ملك واعارة واجارة ووديعة ورهن فلا يتمارا لا
بالتصرف قلنا التصرف متنوع الى وكالة واصالة وشرط النفي
التصرف مع اليد وان يقع في قلبه انه له لان الاصل في الشهادة الاحاطة
والتيقن لما بينا وجوابه ان العلم القطعي متعذر فيشترط فيه
غاية ما يمكن وهو اليد لان الملك لا يعرف بالدليل حقيقة وان رآه
ليشتريه لاحتمال ان المال لا يملكه فيكتفي بظاهر اليد اذ الاصل
ان تكون الاملاك في يد ملاكها وكينونتها في يد غيره رجحانا بالاصل
ولهذا يقضي له القاضي باليد قضا ثم المسئلة على اربعة اقسام
احدها ان يعاين المالك والملك بان عرف المالك باسمه ونسبه
ووجهه وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا منازعة احد في يد
غيره بعد جاز له ان يشهد للاول بالملك اذا ادعاه شاعلى يده
والثاني ان يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده
ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جا
الذي ينسب اليه الملك وادعى ان الحدود ملكه على شخص حل له ان
يشهد احتياطا لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما
بالتسامع والملك بالمعاينة ولو لم يسمع مثل هذا لضاع حقوق الناس
لان فهم المحجوب ولا يبرز اصلا ولا يتصور ان يراه متصرفا فيه وليس
هذا اثبات الملك بالتسامع وانما هو اثبات النسب بالتسامع
وفي ضمنه اثبات الملك به وهو لا يمتنع وانما يمتنع اثباته قصدا

والثالث

والثالث ان لا يعاين الملك ولا المالك لكن سمع الناس انهم قالوا الفلا
ابن فلان ضيعة في قرية كذا احدودها كذا وهو لا يعرف الضيعة بعينها
لا يسعه ان يشهد لانه لم يحصل له العلم بالحدود وهو شرط الشهادة على
ما بينا وقوله سوى الرقيق اشارة الى انه لا يجوز له ان يشهد له في الرقيق
اذا راه في يده لان للرقيق يدا على نفسه حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان
القول قوله فلا يثبت لغيره عليه يد على الحقيقة حتى يعتبر لاطلاق
الشهادة لان الحر ايضا يستخدمه طايعا كالعبد فلا يصلح دليلا على
الملك وفي الكافي عن ابي يوسف ومحمد انه يجوز له ان يشهد في الرقيق ايضا
وفي الهداية جعل ذلك عن ابي حنيفة ووجهه ان اليد دليل الملك تاما
الا ترى ان من ادعى رقيقا في يد غيره يدعي لنفسه كان القول لذي اليد
لان الظاهر شاهد له بالملك وهو قيامه بيده عليه هذا اذا كان ممن يعبر
بعين نفسه ولم يعرف بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه وان كان ممن يعبر
بالرق جاز له الشهادة بالملك اذا راه في يده لان الرقيق او الصغير
الذي لا يعبر عن نفسه يكون في يد غيره اذ لا بد له عن نفسه فصار كسائر
الاموال قال رحمه الله وان فسر للقاضي ان يشهد له بالتسامع او
بمعاينة اليد لا نقبل اي ان فسر للقاضي ان يشهد بالتسامع في
موضع يجوز بالتسامع او فسر انه يشهد له بالملك في موضع يجوز له
الشهادة برؤيته في يده لان التسامع او الرؤية في اليد تجر للشهادة
بالملك والقاضي يلزمه القضا بالملك بالشهادة اذا كانت عن

عيان و مشاهدة او اطلاق لاحتمال المشاهدة فيحمل ما اذا كان
عن تسامع او رؤية في يده علما فلا يجوز له ان يحكم بها الا ترى انه
لا يجوز له ان يحكم بسماع نفسه و لو تواتر عنده و لا يجوز برؤية نفسه فاولى
ان لا يجوز بسماع غيره او رؤية غيره و هذا لان القضاء يجب بما يثبت
به الشهادة و بما لا يجب فكذا ينبغي ان لا يجوز الشهادة فيما لا يجوز
القضاء فيما لا يجوز القضاء به الا اذا استحسنا في المواضع الذي تقدم
ذكرها للضرورة التي ذكرناها و بقي القضاء على اصل القياس قال رحمه الله
و ان حضر دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي
قبل لانه لا يشهد الا بما علم فوجب قبولها لدخولها تحت قوله تعالى الا من
شهد بالحق و هم يعلمون و قوله تعالى و ما شهدنا الا بما علمنا و الله تعالى اعلم

باب من تقبل شهادته و من لا تقبل قال رحمه الله

و لا تقبل شهادة الاعمى و قال زفر تقبل فيما جرى فيه التسامع و هو
رواية عن ابي حنيفة لانه يساوي البصير في السماع اذ لا خلل في
سمعه و قال ابو يوسف و الشافعي رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا
وقت التحمل لحصول المقصود بالمعاينة و هو العلم و الاداء يختص
بالقول و لسانه صحيح فصيح و التعريف يحصل بالنسبة كما في الشاهد
على غياب او على الميت و فيما يتين و لا خلل في حفظه و لم يبق في
حقه الا الاشارة و ذكر الاسم يقوم مقامها عند تعذرها كما في
الشهادة على الميت و قال مالك تقبل شهادته مطلقا كالبصير

و لنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بين الخصمين و لا يفرق بينهما الا
بالنغمة فيختفي عليه التلقين من الخصم اذ النغمة تشبه النغمة
و ربما شاركه غيره في الاسم و النسب فكان فيه شبهة و هذه يمكن التحرز
عنها بحبس الشهود لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود
و القصاص بخلاف وطي امرأته حيث يجوز له مع هذه الشبهة لانه لا يمكن
التحرز عنه و فيه ضرورة ايضا لانه يحتاج الى اقتضاء الشهوة
و بقاء النسل و لانه يقبل فيه خبر الواحد فيعتمد على خبر المرأة و كذا
اذا عمي قبل الحكم بها و بعد الاداء لان قيام الاهلية شرط وقت
التصيير حجة فصار كما اذا عزل او حد او فسق او ارتد و بقي على تلك الصفة
بالله تعالى بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية تنتهي بالموت
و بالغيبة باقية على حالها قال رحمه الله و المملوك و الصبي لان
لان الشهادة من باب الولاية لما فيه من الزام الغير و ليس معنى
الولاية سوى هذا و الاصل ولاية المرء على نفسه و لا ولاية لهما على
أنفسهما فأولى ان لا يكون لهما الولاية على الغير قال رحمه الله الا
ان يتحملا في الرق و الصغر و اديا بعد الحرية و البلوغ لانهما أهل
التحمل بالمشاهدة و السماع و يبقى الى وقت الاداء بالضبط و هما
لا ينافيان ذلك و عند الاداء هما اهل للشهادة و الله اعلم قال
رحمه الله و المحدود في قذف و ان تاب لقوله تعالى و لا تقبلوا
لهم شهادة ابدا و اولئك هم الفاسقون و قال الشافعي تقبل

شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا والاستثنا اذا
تعقب جملة بعضها معطوف على بعض ينصرف الى الكل كقول القائل
امرأته طالق وعبده حر وعليه حجة الا ان يدخل الدار فهو منصرف الى
جميع ما تقدم ولان هذا افترا على عبد من عباد الله تعالى والافترا
على الله تعالى وهو كفر لا يوجب رد الشهادة على التابيد بل اذا اسلم
تقبل شهادته فهذا اولى ولانه لو تاب قبل اقامة الحد عليه هي تقبل
رد الشهادة لانه فعل الغير به وهو مظهر ايضا فلا يصلح من رد
فتعين الرد لفسقه ولنا ما تلونا وجه ان يكون رد ما اقتضاه
النص فيكون مردودا والقياس على الكفر وغيره من الجرايم لا يجوز لان
العمل بالمخالف للنص لا يصلح ولان رد الشهادة معطوف على الجملة
المتقدمة وهي حد وكذا هذا فصار من تمام الحد اذ العطف للاشتراك
وتغايرهما بالامر والنهي لا يمنع من ذلك كقولهم اجلس ولا تتكلم فكان
الكل جزاء جريمته ولا نسلم ان الجملة الاخيرة معطوفة على ما قبلها لان
ما قبلها حدود ولهذا امر الائمة به وقوله تعالى واولئك هم الفاسقون
ليس بحد وانما هو اخبار عن وصف قايم بالذات فلا يصلح حدا لان
الحد يقع بفعل الائمة لا بوصف قايم بالذات فلا ينصرف الاستثنا اليه
لجميع ولو انصرف لبطل الحد ولم يقل به احد فتبين بهذا ان الواو في قوله
تعالى واولئك هم الفاسقون واو نظم لا واو عطف فيكون منقطعا
عن الاول فينصرف الاستثنا الى ما يليه ضرورة لقوله تعالى والذين

في

في العلم الاتري انه لا يصلح جزاء لجريمته والجلد ورد الشهادة يصلحان
جزاء لان كل واحد منهما مما لم زاجر عن ارتكاب هذه الجريمة فصار رد
الشهادة قطعا للالة الخاينة معنى وهي اللسان كقطع اليد خيفة
في السرقة فصار الرد من تمام الحد والحد لا يرتفع بالتوبة فاذا لم يرتفع
الواو للعطف لا ينصرف الاستثنا الى الجميع بخلاف ما ذكر في المثال
لان الواو فيه للعطف الاتري انها كلها جمل انشائية فتتوقف كلها
على اخرها حتى اذا وجد المغير في الاخر تغير الكل والقياس على الكفر
وغيره ممتنع لفقد شرطه وهو ان لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به
وهنا نص على التابيد فكيف يمكن القياس عليه ولا يجوز ان يكون
رد شهادته لفسقه لان الثابت بالنص في خبر الفاسق هو التوقف
ان جاكم فاسق بنبا فتبينوا الا الرد لانه لو كان الرد لاجل فسقه
للزم عطف العلة على حكمها وهو لا يجوز فتبين بهذا ان رد الشهادة
لاجل انه حد لا للفسق ولهذا لو اقام اربعة بعد ما حد على انه زنى به
تقبل شهادته بعد التوبة والصحيح لانه بعد اقامة البينة لا يحد
فكذا لا ترد شهادته قال رحمه الله الا ان يحد الكافر في قذف ثم
اسلم فانه تقبل شهادته بعد الاسلام لان هذه شهادة استفادها
بعد الحد بالاسلام فلم يلحقها رد لان التي ردت غيرها الاتري ان الرد
لا يقبل على المسلم وهذه تقبل فترد الاولى لا ترد الثانية بخلاف العبد
اذا حد ثم عتق حيث لم تقبل لانه لم يكن له شهادة على احد وقت الجلد

فلم يتم الرد الا بعد الاعتاق في حقه فلا يتصور قبولها من غير اقا
البينة على المقذوف انه زنى على مامر وهذا لان الرد من تتمة الحد
فهو اكما فوتم في حال كفره وفي العبد لم يتم الا بعد الحرية ولو ضرب الذمي
في حد القذف سوطا فاسلم ثم ضرب الباقي بعد الاسلام تقبل شهادته
لان ردة الشهادة من تمام الحد والموجود بعد الاسلام ليس بحد
بل هو بعضه فلا يترتب عليه رد الشهادة وعن ابي حنيفة رحمه الله
اذا ضرب السوط الاخير بعد الاسلام لا تقبل شهادته لان الحكم
اذا تعلق بحكم بعلة ذات اجزاء تعلق الحكم بالجزء الاخير لما عرف في
موضعه وعنه اذا ضرب الاكثر بعد الاسلام لا تقبل شهادته وان
كان دون ذلك لان للاكثر حكم الكل وفي المبسوط لا تبطل شهادة
القاذف ما لم يضرب تمام الحد لان اقامة الحد مسقطة للشهادة
والحد لا يتجزى فما دونه لا يكون تحقيقا بل يكون تعزيرا وهو لا يسقط
الشهادة وروي عنه انها تسقط اذا اقيم عليه الاكثر وروي عنه
انه اذا ضرب سوطا سقطت شهادته وهي نظير مسئلة اسلام
الذمي في حالة الحد على ما بينا قال رحمه الله والولد لابويه وجده
وعكسه واحد الزوجين للاخر والسيد لعبده ومكاتبه لقوله عليه
الصلاة والسلام لا تقبل شهادة الولد لوالد ولا الوالد لولده ولا
المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده
ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بينهم هو لا متصلة ولهذا لا يجوز

آداء بعضهم الزكوة الى بعض فتكون شهادته لنفسه من وجه فلا
تقبل ولا فرق بين ان يكون على العبد دين اولم يكن لان له حقا في
ماله كيف ما كان والمراد بالاجير في الحديث التلميذ الخالي الذي
يعد ضرر استادة ضرر نفسه وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام
لا شهادة للقانع باهل البيت واصل القنوع السؤل والمراد من ان
يكون تبعا للقوم كالخادم والاجير والتابع لانه بمنزلة السايل
يطلب معايشه منهم وهو من القنوع لا من القناعة وقيل المراد
به الاجير مشاهدة لانه اجير فيستوجب الاجر على منافعه فاذا
شهد له في مدة الاجارة كانه شهد له باجر ومالك بن الفنا في قرابة
الاولاد وهو يعتبرها بالشهادة عليهم والشافعي بن الفنا في
الزوجين فيقول لا قرابة بينهما والزوجية قد تكون سببا
والعداوة وقد تكون سببا للميل والايثار فصارت نظير الاخوة
ولهذا يجري القصاص بينهما والحبس بالدين ولا معتبر بالمنفعة
التابتة ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا
من الحديث وما بينا من المعنى وهو ان المنافع متصلة ولهذا يعد
احدهما غنيا بغنا صاحبه وقيل هو المراد بقوله تعالى ووجدك عائلا
فاغنى بمال خديجة فاذا كان هذا في الزوجين ففي الاولاد اولى
وروي ان الحسن بن علي رضي الله عنهما شهد لعلي مع قنبر عند شريح
فرد عليه فقال شريح لعلي ايت بشاهد اخر فقال مكان الحسن او

مكان فتير فقال لابل مكان الحسن فقال اما سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول للحسن والحسين هما سيدا شباب اهل
في الجنة قال سمعت لكن ابت بشاهد اخر للقصة الى اخرها وفيها انه
استحسنه وزاده في الرزق ومثل هذا لا يقدح في العدالة لانه انما
يرى شهادة لنفسه من وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة قال
رحمه الله والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من
وجه لاشتراكهما وهذا لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وشهادة
المرء لنفسه غير مقبولة فاذا بطل في نصيبه بطل في نصيب شريكه ايضا
لانهما شهادة واحدة فلا يتجزى وليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة
قال في النهاية هذا في حق الشريكين شركة عنان ظاهر واما شهادة
احد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح
لان ما عداها مشترك بينهما وهذا سهو فلا يدخل في الشركة الا الدراهم
والدنانير ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب
لاحدهم مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة فيه
ليس بشرط قال رحمه الله والمخنث اي لا تقبل شهادته وهو الذي في
كلامه لين وتكسر ومراده اذا كان يتعمد ذلك تشبها بالنساء وفي
عرف الناس هو الذي يباشر الردي من الافعال ويلين كلامه عمدا في
كل ذلك معصية فلا تقبل شهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله
المؤنثين من الرجال والمذكرات من النساء واما اذا كان في كلامه لين

وفي

وفي اعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشيء من الافعال الردية فهو عدل
مقبول الشهادة واما شهادة احد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل
الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما وهذا
سهو فانه لا يدخل في الشركة الا الدراهم والدنانير ولا يدخل فيه
العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب لاحدهما مال غير الدراهم
والدنانير لا تبطل الشركة قال رحمه الله والنائحة والمغنية لانه
عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الاحمقين المغنية والنائحة
اطلقه في المرأة ولم يقيده بكونها تغني للناس وفيه به في حق الرجل
لان نفس رفع الصوت حرام في حقها بخلاف الرجال فيما بين قالوا المراد
بالنائحة هي التي تنوح في مصيبة غيرها لانها ترتكب المحظور لاجل
الطمع في المال وتجعله مكسبة اما التي تنوح في مصيبتها فلا تسقط
عدالتها قال رحمه الله والعدو ان كانت عداوته دينية لان العداوة
لاجل الدين حرام فتزداد تكلما لا يؤمن من القول عليه واما اذا كانت
العداوة دينية فتقبل شهادته لانها من الدينين فتدل على قوة
وعدالة وهذا لان المعاداة قد تكون واجبة بان رأى فيه منكرا شرعيا
ولم ينته بنهيه وهذا يوضح لك هذا المعنى ان المسلمين يجمعون على قبول
شهادة المسلم على الكافر والعداوة الدينية قائمة كانت مانعة لما
قال رحمه الله ومدمن الشرب على اللهو اي مداوم شرب الخمر لاجل اللهو
لان شربها كبيرة وفي الكافي قال انما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا

منه فان شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك منه لا يخرج من ان يكون عدلا
وان شربها كثيرا وانما تسقط عدالته اذا كان ذلك يظهر منه ويخرج
سكران فيغلب بدا الصبيان فانه لا مروءة لمثله ولا يحترز عن الكذب
عادة وقال في النهاية اطلاق الشرب على اللهو في حق المشروب
جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان شرط في
الخمر ايضا في حق سقوط العدالة وذكر في فتاوى قاضيخان لا تقبل
شهادة مدمن الخمر ثم قال شرط الادمان ولم يرد به الادمان في
الشرب وانما اراد به الادمان في النية يعني شرب ومن نيته ان
يشرب بعد ذلك اذا وجد ولا تجوز شهادة مدمن السكر واراد
به السكر بسائر انواع الاشربة سوى الخمر لان المحرم في سائر الاشربة
السكر فيشترط الادمان على السكر والمحرم في الخمر نفس الشرب فشرط
الادمان على الشرب وكذلك من يجلس مجالس اللهو والشرب لا تقبل
شهادته وان لم يشرب لانه تشبه بهم ولم يحترز ان يظهر عليه ما
يظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة الزور قال رحمه الله ولا من يلعب
بالطنبور لانه من اللهو ويقال انه لم يرد به الطنبور وهو ايضا مثله وتورث
الغفلة ايضا وقد قال عليه الصلاة والسلام ما انا من مزمار ولا المزمار
مني ولان الغالب فيه ان يصعد الى السطوح فيطير طيره فينظر
الى عورات النساء وهو فسق ولو كان يقتني الحمام في بيته يتناسى به
ويطير فلا باس به ولا تسقط عدالته بمثله لان امساك الحمام في البيوت

مباح الا ترى ان الناس يتخذون بروجا للحمام من غير نكير الا اذا كان
يجر حمامات الغير مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فيأكل ويبيع منه لانه
مملوك الغير فلا يحل له ذلك وتسقط عدالته بذلك قال رحمه الله
او يغني للناس لانه يجمع الناس عليه لهو ولعب ولا يخلو عن ارتكاب كبيرة
بالمجازفة والكذب وقبيحه يكون تغنيه للناس اي يسمعهم لانه لو كان
لاسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير ان يسمع غيره لا باس
ولا تسقط عدالته في الصحيح لما روي ان ابن مالك دخل على انس
انس بن مالك وهو يغني وابن مالك كان من زهاد الصحابة رضي الله
عنهم اجمعين وان انشد شعرا فيه ذكر امراة غير معينة فلا باس به
وان كانت معينة وهي حية يكره ومن المشايخ من اجاز الغناء في العرس
الا ترى انه لا باس بضرب الدف فيه اعلانا بالنكاح وقد قال عليه الصلوة
والسلام اعلنوا النكاح ولو بالدف ومن مشايخنا من قال اذا كان يتغنى
ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان لا باس ومن المشايخ
من كرهه مطلقا ومنا الناس من اباحه مطلقا وفي بيان الصحيح من
الاقاويل بحمد الله تعالى قال رحمه الله او يرتكب ما يوجب الحد لانه من
الكبائر ومن يرتكبها لا يبالي بالكذب وكل من يرتكب الكبائر ترد شهادته
واختلفوا في الكبائر قال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع المذكورة في
الحديث المشهور وهي الاشراك بالله تعالى والفرار من الزحف وعقوق
الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد

بعضهم عليها اكل الربا واكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما
ثبتت حرمته بدليل قطعي فهو كبيرة وما استقر عنه فهو صغيرة لقوله
عليه الصلوة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار
وقال بعضهم كل ملك ان عمدا فهو كبيرة والاوجه ما ذكره المتكلمون
لان الكبيرة والصغيرة اسمان اضافيان لا يعرفان بذاتهما وانما
يعرفان بالاضافة فكل ذنب اذا نسبته الى ما دونه فهو كبيرة واذا
نسبته الى ما فوقه فهو صغيرة وقال بعضهم كل معصية اوعد عليها
في القرآن او في الحديث المشهور بمنع قبول الشهادة لان شاهد الزور
موعود عليه فمن يرتكب مثله من الذنوب يرتكبه فصلح دليلا على
ارتكابه الكذب لان من ارتكب شيئا من المحرمات ارتكب نظيره عادة
وقيل اذا ارتكب ما يكون شنيعا عادة فليس بعدل وقيل ما كان حراما
لعينه فكبيرة والا فصغيرة وقيل ما سمي في الشرع فاحشة فكبيرة
قال رحمه الله ويدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام
وقال عليه الصلوة والسلام لعن الله الناظر والمنظور ورأى ابو حنيفة
رجلا في الحمام بغير ازار فقال الا ايها الناس خافوا الله ولا تدخلوا
الحمام من غير مئزر وذكر الكرخي ان من يمشي في الطريق من غير بالسراويل
وحده وليس عليه غيره لا تقبل شهادته لانه تارك للمروءة قال رحمه الله
او ياكل الربا لانه من الكبائر وشرط في الاصل ان يكون مشهورا به وذلك
بالادمان لانه لا يمكن التحرز عنه اي عن المقصود الفاسد وهو ربا بخلاف

اكل

اكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه لان التحرز عنه ممكن ولانه لم يدخل
في ملكه وفي الربا يدخل فيشترط فيه الادمان قال رحمه الله او يقامر
بالنرد او الشطرنج او تفوته الصلاة بسهو لان كل ذلك فسق وكذا
اذا كان يكثر عليه الحلف كاذبا لان كل ذلك من الكبائر وقال في النرد
شير شهادته بمجرد اللعب فيه من غير اشتراط القمار ولا غيره لان
نفس اللعب فيه فسق وقال عليه الصلاة والسلام ملعون من لعب
بالنرد ومن يكون ملعونا لا يكون عدلا بخلاف الشطرنج لان للاجتهاد
فيه مساغا فلا ترد شهادته ما لم يضم اليه احد المعاني الثلاث
التي ذكرناها آنفا قال رحمه الله او يبول او ياكل على الطريق او
يظهر سب السلف يعني الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون
والعلماء كابي حنيفة واصحابه لان هذه الاشياء تدل على قصور
عقله وقلة مروءته ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع عن الكذب عادة
بخلاف ما اذا كان يخفي التب وكذا لا تقبل شهادة من ياكل في السوق
بين ايدي الناس وقال بعض المشايخ لا تقبل شهادة اهل الحرف
لكثرة الايمان الفاجرة منهم واكثرهم على انه تقبل شهادة من عرف منهم
بالعدالة ولا تقبل شهادة من يكثر شتم اهله ولا من يشتم الناس
قال رحمه الله وتقبل لاخيه وعمه وابويه رضاعا وامرأته وبنته
وزوج بنته وامرأة ابيه وابنه لان الأملاك بينهم متميزة والايدي
متميزة والاسوطة لبعضهم في مال البعض فلا تتحقق التهمة بخلاف

شهادته لقرابته ولاداء ولاحد الزوجين للاخر على ما بينا قال
رحمه الله واهل الاهواء الخطابية وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل
شهادة اهل الاهواء لانهم فسقة اذا الفسق من حيث الاعتقاد اغلظ
من الفسق من حيث المعاطي ولا شهادة للفاسق ولنا ان الفاسق
انما ترد شهادته لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على
ذلك بل اوقعه فيه الابتداء الا ترى ان فيهم من يكفر بالذنب ومنهم
من يجعل منزلة بين الايمان والكفر فيكون هو اقوى اجتنابا عن الكذب
حذرا عن الخروج عن الدين ولانه مسلم عدل لابتعاطي الكذب توجب
قبول شهادته على غير صاحب الهوى هواه عن تاويل ودين فلا تبطل
عدالته به لكن يستثنى المثلث او متروك التسمية واستدل محمد رحمه الله
على قبول شهادته فقال رايت ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم ساعدوا معاوية على مخالفته عليا رضي الله تعالى عنه ولو شهدوا
بين يدي علي لكان يرد شهادتهم ومخالفته علي بعد عثمان بدعة
وهوا فكيف الخروج عليه بالسيف ولكن لما كان عندهم تاويل
وتدين لم يمتنع قبول شهادته وشرط في الذخيرة لقبول شهادته
ان يكون هوى لا يكفر به صاحبه وفي النهاية ان اصول اهل الاهواء
الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد
يصير اثنتي عشر فرقة والخطابية قوم من الروافض ينسبون الى
ابي الخطاب محمد بن وهب الاجدع يستجيزون ان يشهد والمدعي

اذا

دهم

اذا حلف عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فباعتبار
هذا يمكن شبهة في شهادتهم فلعله اقدم على الشهادة بهذا
وقيل انهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان يشهد
له بقية شيعته وذكر الاقطع انهم قوم الى ابي الخطاب رجل كان
بالكوفة قتله موسى بن عيسى وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم ان
عليا بن ابي طالب الاله الاكبر وجعفرا الصادق الاله الاصغر قال
رحمه الله والذمي على مثله وقال مالك والشافعي لا تقبل شهادة
الذمي على ذمي مثله ولا على الحربي لانهم فسقة بتبين الله تعالى فيهم
في ايات من القرآن وهو اغلظ من الفسق تعاطيا فكان اولى برد
شهادته ولان الله تعالى قال ممن ترضون من الشهداء والكافر
غير مرضي ولان شهادة الرقيق ترد لما ان الرق اثر الكفر فكيف
تقبل شهادة من به حقيقة الكفر ولان قبول شهادته يودي الى
الزام الحاكم القضاء بشهادته ولا يجوز ان يلزم المسلم بشهادة
الكافر ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم بالاجماع كيلا يلزمه شيء
بتضرر به بشهادة الكافر ولانهم لا يجتنبون الكذب لان الله
تعالى اخبر عنهم انهم ينكرون الايات عنادا مع علمهم بانه حق قال
الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلما وعلوا فكان
ذلك كذبا منهم والكذاب لا تقبل شهادته فلم يكن اهلا لها كالمرتد
ولانه ليس باهل للشهادة على المسلم فكذا على الكافر كالعبد لان من

كان اهله لها لا يختلف بين شخص وشخص وقال ابن ابي ليلى ان
اتفقت ملتهم تقبل شهادة بعضهم على البعض وان اختلفت لا
تقبل لقوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لاهل ملة على ملة اخرى
الا المسلمون فان شهادتهم مقبولة على اهل الملل كلهم ولنا ما
روي انه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين بشهادة يهود عليهما
بالزنا وعن ابي موسى الاشعري وجابر بن عبد الله انه عليه الصلاة
والسلام اجاز شهادة النصاري بعضهم على بعض وعليه اجماع
وقوله تعالى او اخران من غيركم اي من غير اهل دينكم وهو مبني على
قوله تعالى يا ايها الذين امنوا فهذا نص على ان شهادة الكافر مقبولة في
وصية المسلم في حق المسلم لاجل
ان ولايتهم على المسلمين انتسخت لانه دل على انتساخه في حق الكافر
ولاية بعضهم على بعض لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض
والمراد بها الولاية دون الموالاة لانه معطوف على قوله تعالى ما لكم من
بقيت ولاية بعضهم على بعض بقيت الشهادة ايضا لانها نوع ولاية
لما فيها من اكرام الغير فدل ذلك على ان الاية غير منسوخة في حقهم
وكيف يقال ذلك وقد عمل بها بعض الصحابة في حق المسلمين ايضا فان
اباموسى الاشعري رضي الله عنه امضى شهادة الكافرين في وصية
فيما رواه ابو داود والدارقطني وقالت عايشة رضي الله عنها لجبير
ابن نفير هل تقرأ سورة المايدة قال نعم قالت فانها اخر سورة نزلت

فما وجدتم فيها من حلال فاحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه
احمد فهذا يدل بذلك على انها ليست بمنسوخة في حق المسلم ايضا ولان
من حيث الاعتقاد لا يمنع القبول لانه يمتنع عن محظور دينه اشد الامتناع
والكذب محظور في الاديان كلها والرضي يثبت في حق الكافر في حق المعاملات
بصفة الامانة لان الله تعالى وصفهم بذلك ومن اهل الكتاب من ان
تامنه بقنطار يؤده اليك فخرجت الاية مخرج الوصف لهم بالامانة
والامانة مرضية وان لم يكن الكافر مرضيا لكفره وانما كان مؤتمنا في
المعاملات كان مؤتمنا في الشهادة لانها من آداء الامانة والفرق بينه
وبين العبد ان العبد ليس من اهل الولاية على احد كالصبي والشهادة
من باب الولاية والكافر اهل للولاية على جنسه فيكون اهلا للشهادة
ايضا على جنسه والقاضي لم يلزمه القضا بقول الكافر وانما لزم
عند قيام الحجة والقضا امانة عنده فيجب عليه اداؤه كما يلزمه النظر
للغيب والصغار منهم ومن المسلمين من غير ان ينظر باي سبب وجب
لهم الحق واستناعهم عن الكذب شاهد والعناد والجحود الذي حكي انه
عنهم في حق من كان في ذلك الزمان مع علمهم لا يوجب ان يكون في عصرنا
منهم ان يكون عالما بالحق بل الظاهر ان يعتقدوا الكفر جهلا به ولو
علم لاسلم وقد كان في ذلك الزمان ايضا من لا يعلم الاثري الى قوله تعالى
ومنهم اميون لا يعلمون الكتاب الا اماني وان هم الا يظنون وقال تعالى
وان فريقا منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون وقولهم من كان أهلا للشهادة

لا يختلف بين شخص وشخص قلنا انما اختلفت شهادته بين المسلم والكافر لما ذكرنا ومثل هذا غير منكر شرعا الا ترى ان شهادة المسلم على عدوه لا تقبل وعلى غيره تقبل وكذا شهادته لقرابته ولاد لا تقبل ولغيرهم لا تقبل فلا يبعد رد الشهادة بالنسبة الى الشخص للتهمة فكذا هذا والمرتد لا ولاية له على احد فلا تقبل كالعبد والصبي ومثل الكفر كله ملة واحدة فتقبل شهادة بعضهم على بعض وان اختلفت لما ليس في قهر بعض فلا يؤدي الى التقول عليه قال رحمه الله والحربي على مثله لا على الذمي لانه لا ولاية له على الذمي وله ولاية على الحربي والذمي على الحربي لانه من اهل دارنا فجازت شهادته ولا تجوز شهادة الحربي على الذمي والحربي مثل الحربي فتجوز شهادة احدهما على الآخر الا اذا كانا من دارين مختلفين كالروم والحبش لانقطاع الولاية بينهما ولهذا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المنعة والملك لانقطاع النصرة بينهما واستباحة كل منهما دم الآخر وماله قال رحمه الله ومن لم يصغر اذا اجتنب الكبائر والصغائر والمراد اذا اذنب ما دون الفواحش وتقبل شهادته اذا اجتنب الكبائر كلها وكانت حسناته اغلب من سيئاته وقد مضى ذكر الكبائر والصغائر فبقي الكلام في العدالة والاصل ان العدالة شرط لقبول الشهادة وهي الاستقامة يقال طريق عدل اي مستقيم والاستقامة بالاستقامة واعتدال العقل ويعارض العقل هوى يضله ويصده عن الاستقامة وليس لذلك

حد يدرك مداه ويكتفي لقبول الشهادة بادناه كيلا يؤدي الى تضييع الحقوق واوناه رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة واختلفوا في ذلك فقيل من ارتكب كبيرة او اصر على صغيرة سقطت عدالته وصار متهما بالكذب لظهور رجحان الهوى على العقل واحسن ما قيل فيه ما نقل عن ابي يوسف ان العدل في الشهادة ان يكون مجتنبا عن الكبائر ولا يكون مصرا على الصغائر ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطاياه لان الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار عليها ولا يوثق بكلام من كثر منه الخطا والفساد فلم يوجد ما يدل على الاجتناب عن الكذب والامام من غير اصرار ولا يقدح في العدالة اذ لا يوجد من البشر من هو معصوم سوى الانبياء عليهم الصلاة والسلام ويؤدي الى انسداد باب الشهادة وهو ممنوع بقوله تعالى وكذلك جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهداء على الناس اي عدولا وقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف قال رحمه الله والاقلف لاطلاق المضي من غير تقييد بالختان ولانه يخل بالعدالة هذا اذا ترك لعذر به من كبر او خوف هلاك وان تركه من غير عذر استخفافا بالدين لا تقبل شهادته لانه لم يبق عدلا مع الاستخفاف بالدين وعن ابي علي انه لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا تركه استخفافا بالدين لسنته ولم يقدر ابو حنيفة للختان وقتا معلوما لانه لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولم ينقل فيه اجماع الصحابة رضي الله

عنهم وطريق معرفة المقادير بالسماع وليس للرأي فيه مدخل
وقدره المتأخرون واختلفوا في وقته فقال بعضهم من تسع سنين
الى عشرين وقال بعضهم اليوم السابع من ولادته او بعد السابع
بعد ان يكون الصبي محتملا ولا يهلك لما روي ان الحسن والحسين
رضي الله تعالى عنهما ختنا في اليوم السابع او بعد السابع لكنه سنة
وهو سنة للرجال عند تاركي السنة وقال بعض العلماء انه فرض
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة
قال الحلواني رحمه الله كان الناس في زمن اصحاب النبي صلى الله عليه
وسلم يختتنون وانما كان ذلك مكرمة لانها تكون الذكاة عند
الموافق قال رحمه الله والخصي وولد الزنا والخنثى لتحقق
منهم لان قطع العضو زيادة او جناية ابويه لا توجب قدحا
في العدالة وقبل عمر رضي الله عنه شهادة علقمة الخصي والخنثى
اما رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة ثم هو ان لم يكن مشكلا
فلا اشكال فيه وان كان مشكلا يجعل امرأة في حق الشهادة
حتى لا يجوز ان يشهد مع رجل ما لم ينضم اليه امرأة ولا مع النساء بلا رجل
معهن قال رحمه الله والعمال والمراد به عمال السلاطين الذين
ياخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية والصدقات عند
عامة العلماء وقيل هم الامراء وقيل هم الذين يعملون بايديهم ويوجرون
انفسهم وايا ما كانوا تقبل شهادتهم لان نفس العمل ليس بفسق

وبعض

وبعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بل اكبرهم كانوا عمالا
لان العمل عبادة وله الاجر على ذلك الا اذا كانوا اعوانا على الظلم
وقيل اذا كان العامل وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه فتقبل
شهادته كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لوجاهته لا
يتجاسر احد على استيجاره للشهادة الكاذبة ولمهابته لا يقدم على
الكذب حفظا للمروة وروي ان فضيل بن ربيع وزير الخليفة
شهد عند ابي يوسف رحمه الله في حادثة فرد شهادته فشكاه الى
فقال للخليفة ايها القاضي ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور
فلما ردت شهادته قال لاني سمعته يوما قال للخليفة انا عبدك
فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك ايضا
لانه اذا كان كاذبا لا يبالي بالكذب في مجلسك لا يبالي به في مجلسي
ايضا فعذر الخليفة فيه وفي الكافي في هذا الزمان في زماننا لان الغالب
عليهم الصلاح وفي زماننا لا تقبل شهادة العمال لغلبة ظلمهم وفي
النهاية معزيا الى الجامع الصغير للدوري ان من قام بتوزيع
النوائب على المسلمين بالقسط والعدالة كان ماجورا وان كان اصله
من جهة باطلة ثم قال فعلى هذا تقبل شهادة من قام بالتوزيع
وان كان مجازفا وان كان المراد بالعمال اهل الحرف فقد ذكرنا حكمهم
فيما تقدم وبايع الكفن لا تقبل شهادته لانه يتمنى كثرة الموت بالطاعون
وغيره وفي النهاية شهادة البخيل لا تقبل فالظاهر انه اراد به من يتجنب

بالواجبات كالزكاة ونفقة الزوجات والاقارب قال رحمه الله
والمعتق للمعتق اي تقبل شهادة المعتق للذي اعتقه وكذا بالعكس
لعدم التهمة وقد بينا ان قنبرا ولحسن شهدا لعلي عند شريح فقبل
شهادة قنبر وهو كان عتيق علي رضي الله عنهم قال رحمه الله ولو شهدا
ان اباهما اوصى اليه والوصي يدعي جاز وان انكر لانهما لو شهدا ان اباهما
وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل او انكر يعني اذا مات رجل وترك ابنين
فادعيا ان اباهما اوصى لرجل والرجل يدعي الوصية جازت شهادتهما
كما تجوز شهادتهما ان اباهما الغايب قد وكل هذا الرجل بقبض ديونه
سواء ادعى الرجل الوكالة او انكر والقياس ان لا تجوز لوصية ايضا
وان ادعى وكذا اذا شهد الموصي لهما او لهما او العريمان لهما على انه
او عليهما له دين او انه اوصى الى هذا الرجل تجوز الشهادة استحسانا
والقياس ان لا تجوز لانها تجر منفعة الى الشاهد باقامة من يحفظ
ماله او من يستوفي منه او من يبري ذمته بالتسليم اليه او من يعينه
بالقيام على الوصية والشهادة التي لا تجر منفعة لا تقبل فصار كما
مسئلة الوكالة وجه الاستحسان ان للقاضي نصب الوصي اذا كان
الوصي طالبا وكان الموت معروفا فيكفي القاضي يمين الشهادة
التعيين وزكياه بشهادتهما اذ لو لا شهادتهما كان يتأمل فيمن
وفيمن يصلح فتعين من ثبتت صلاحيته نظر الميت وان لم يوص لانه
نصب ناظرا فلم يثبت بيمين الشهادة شيء لم يكن له فعله ونظيرها

القرعة فانها ليست بموجبة شيئا لم يكن له لولا القرعة ومع هذا جاز
استعمالها تطييبا للقلوب ونفيا للتهمة عن القاضي ولا يقال اذا
كان للميت وصيان لا يحتاج القاضي الى وصي ثالث فكيف يصح ما
قلتم لانا نقول اذا اقر الوصيان ان معهما ثالثا كان له ان يضم
اليهما ثالثا لعجزهما عن القيام بامور الميت باقرارهما ان معهما
بخلاف ما اذا كان الوصي جاحدا لان القاضي لا يملك اجبار احد على
قبول الوصية وبخلاف ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه حينئذ لا يملك
القاضي نصب الوصي الا بهذه البينة فتصير الشهادة موجبة
على القاضي فتبطل لمعنى التهمة وهو جر المنفعة الى الشاهد على ما
بينا وبخلاف مسئلة الوكالة وهي ما اذا اقام شخصان البينة
ان اباهما الغايب وكل فلانا بقبض حقوقه حيث لا تقبل وان اقر
الوكيل بذلك لان القاضي لا يملك نصب الوكيل على الغايب فلو ثبت
بشهادتهما وهي غير موجبة لاجل التهمة فبطلت وفي الكافي في الغريمين
للميت عليهما دين تقبل شهادتهما وان لم يكن الموت ظاهرا لانهما
يقران على انفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة
وثبت موت رب الدين باقرارهما في حقهما وقيل معنى القول ان يأمر
القاضي اباهما باداء ما عليهما اليه لان يبرأ عن الدين بهذا الاداء
لان استيفاء الدين منهما حق عليهما فيقبل في حقه والبراءة حقهما
فلا تقبل في حقهما قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح اي على

جرح مجرد من غير ان يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع او من حقوق
العباد لان الفسق المجرد مما لا يدخل تحت الحكم لان الفاسق يدفع
بالتوبة ولعله قد تاب في مجلسه فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك
الستر واشاعة الفاحشة من غير ضرورة وهو حرام والضرورة جايز
على ما يبين ولا يقال فيه ضرورة وهو منع الظالم عن الظلم فينبغي
ان يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام انصر اخاك ظالما او مظلوما
لانا نقول لا ضرورة لهذه الشهادة لتمكنه من الاخبار الى القاضي
سرا حتى يرد شهادتهما فامكن الامتناع عن الظلم بذلك اما اذا كان
الجرح غير مجرد بان كان فيه اثبات حق الله تعالى كقولهما زنوا
او شربوا الخمر او سرقوا او كان فيه من اثبات حق العبد كقولهما اخذوا
المال او قتلوا النفس عمدا فتقبل شهادتهما ضرورة اخبار الحقوق
وان كان فيه هتك لان مقصودها ايجاب حق الله تعالى وهو الحد
او ايجاب حق العبد وهو ضمان يدخل تحت الحكم وفي ضمنه يثبت
الجرح وكذا اذا قال صلحت الشهود بكذا من المال على ان لا يشهدوا
على هذا الباطل وقد شهدوا بذلك علي واقام عليه بينة وطلب
استرداد المال تقبل بينته وكذا اذا قال اعطاهم المدعي من مالي
الذي كان عنده حتى يشهدوا له بالزور وطلب استرداده تقبل لان
دعواه صحيحة لما فيها من ايجاب رد المال على الشهود وهو مما يدخل
تحت الحكم حتى لو قال صالحتهم على كذا من المال على ان لا يشهدوا على

ولم

ولم ادفع اليهم المال او قال استاجرهم المدعي بكذا من المال على ان
يشهدوا له لا تقبل لان الدعوى غير صحيحة اذ المدعي مجرد لانه لم
يدع قبله حقا يمكن القضاء به ودعوى الاستيجار وان كانت صحيحة لكنه يدعيها
لغيره وليس له ولاية الزام غير لغيره فكان جرحا مجردا ولو اقام البينة
على اقرار المدعي ان الشهود فسقة تقبل بينته لانه اقر بانه لا حق له
في المعنى وكذا اذا اقام البينة على اقراره انه استاجر الشهود او على
الشهود انهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق وكذا اذا اقام البينة
ان المشهود عبيد او محدودون في قذف لان في التعبيد اثبات الحق لهم
وهو الرق وفي غيره ليس فيه اشاعة الفاحشة من عندهم وانما حكموا
فاحشة من غيرهم وذكر في الكافي انه لو اقام البينة على اقرار الشهود
انهم شهدوا بالزور او على اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الحادثة او على
اقرارهم ان لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة لم تقبل الشهادة
وفيه انه اذا اقام البينة ان الشهود زنوا او شربوا خمرا لا تقبل ولو اقام
البينة انهم زنوا او وصفوا المزنا او شربوا الخمر او سرقوا مني كذا ولم
يشهدوا تقبل شهادتهم قيد بكونه غير متقادم لانه لو كان متقادما لا
تقبل لعدم اثبات الحد به لان الشهادة بحد متقادم مردودة وما ذكره
الخصاف في قوله ان الشهادة على الجرح المجرد مقبولة وعلى هذا ما ذكره في
الكافي وغيره من ان الشهود لو شهدوا ان الشهود زنوا او شربوا خمرا لم تقبل
وان شهدوا انهم زنوا او شربوا الخمر او سرقوا تقبل شهادتهم يحمل الاول على انه

اذا كان متقاد ما والا فلا فرق بين قولهم زناة اوشربوا الخ قال رحمه الله
ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي تقبل لو عدلا قوله
اوهمت اي اخطات بذكر زيادة كانت باطلة اوبنسيان بعض ما كان
يجب عليه ذكره لان الشاهد قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضي فوضح
العدل فتقبل شهادته اذا تداركه في اوانه وهو عدل وان قال ذلك بعد
ما قام عن المجلس لا تقبل شهادته لجواز ان دغرم احد الخصمين بالرشوة ثم
قيل يقضي بجميع ما شهد به اولا حتى لو شهد بالف ثم قال غلطت في
خمسمائة يقضي بالف لان المشهود به اولا صار حقا للمدعي ووجب على
القاضي القضاء به فلا يبطل برجوعه وقيل يقضي بما بقي لان ما حدث
بعد الشهادة قبل القضاء بحدوثه عند الشهادة واليه مال شمس الائمة
السرخسي رحمه الله هذا اذا كان موضع شبهة كما بينا اما اذا لم يكن موضع شبهة
فلا يلتفت الى اعادة الكلام مثل ان يدع لفظ الشهادة او اسم المدعي او المدعى
عليه او يترك الاشارة الى احد الخصمين ونحو ذلك ان قام عن المجلس
بعد ان يكون عدلا ماضيا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قوله
يقبل في غير المجلس في الكل والاول هو الظاهر وذكر في النهاية ان الشاهد
اذا قال اوهمت في الزيادة او في النقصان يقبل قوله اذا كان عدلا ولا
يتفاوت بين ان يكون قبل القضاء او بعده رواه الحسن عن ابي حنيفة وبشر
عن ابي يوسف وعلى هذا لو وقع الغلط في تعيين حدود العقار او في بعض
ثم تذكر ذلك يقبل لانه قد يبتلى به في مجلس القضاء فذكره ذلك القضاء

دليل على صدقه واحتياطه في الامور والله سبحانه وتعالى اعلم **باب**
الاختلاف في الشهادة قال رحمه الله الشهادة ان وافقت الدعوى
قبلت والا فلا لان تقدم الدعوى في حق العبد شرط لقبول الشهادة لان
القاضي انما نصب لفصل الخصومات بين الخصوم وفصله يفتقر الى تقدم
احد الشيئين بعد الدعوى اما الشهادة واما اليمين وقد وجد تقدم الدعوى
فيما اذا وافقت الشهادة الدعوى فامكن الفصل بالشهادة ولم يوجد فيما
اذا خالفتها فلم يكن القضاء بها وهذا لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى
فاذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لا يعتبر وجودها فانعدم
الشرط وهو تقدم الدعوى فلا يحكم بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى فيها
ليس بشرط لان حقوق الله تعالى واجبة على كل احد فكان كل واحد خصما
في اثباتها فصار كان الدعوى موجودة ولانه يقال لما أمر بإقامتها كان طالبا
لها فلم يبق الا اقامتها وفي حقوق العباد لابد من طلبها بالدعوى اذ لا يعرف
القاضي حقوقهم ولا يجبرهم على استيفائها قال رحمه الله ولو ادعى دارا
فشهد اثنان انها ملك مطلق لغت اي لا تقبل بينة لانهما باكثر مما ادعاه
المدعي لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان
الملك في المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق المدعي بزوائده ولا كذلك في
الملك الحادث وترجح الباعة بعضهم على بعض فيه فصار غيرين والتوفيق
متعذر لان الحادث لا يتصور ان يكون قديما ولا القديم حادثا فلا تقبل قال رحمه الله
وبعكسه لاي بعكس ما مضى وهو ما اذا ادعى ملكا مطلقا

فشهدا علك بسبب معين لايكون لغوا بل تقبل الشهادة لانهم شهدوا
باقل مما ادعي وذلك لايمنع قبول الشهادة قال رحمه الله ويعتبر اتفاق
الشاهدين لفظا ومعنى لان القضا لايكون الا بحجة وهي شهادة اثنين
فما لم يتفقا فيما شهدا به لاتثبت الحجة مطلقا والموافقة المطلقة
باللفظ والمعنى وهذا عند ابي حنيفة وقالا الاتفاق في المعنى هو المعتبر
لاغير والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على اعادة المعنى
بطريق الوضع لابطريق التضمين حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد
شاهد بدرهم وآخر بدرهمين واخر بثلاثة وآخر بخمسة واخر باربعة
لم تقبل عند ابي حنيفة لعدم الموافقة في اللفظ وعندهما يقضي بالاربع
وكذا لو شهد احدهما بالف وآخر بالفين والمدعي يدعي الالفين وعلى هذا الخلاف
المائة والمائتين والطلقة والطلقتين او الثلاث وهما انهما اتفقا
على الاقل وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اتفقا عليه لوجود
الحجة دون ما انفرد به احدهما لعدمها وذلك ليس باختلاف الا
ترى أن المدعي لو ادعى الاكثر وشهد بالاقل تقبل ولو كان اختلافا
لما قبلت لان شرط القبول ان توافق البينة الدعوى فصار كما اذا
شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الالف و
خمسمائة بخلاف ما اذا ادعى الاقل حيث لايثبت شيء لان المدعي كذب من يشهد
بالزيادة وبشهادة الفرد لايثبت الحق ولابي حنيفة ان اختلاف اللفظ
يدل على اختلاف المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف

غير

غير لفظ الالفين ولهذا لايراد باحدهما الاخر ولم يثبت واحد من
اللفظين لانه لم يشهد على كل واحد منهما الا واحد ولا يقال ان الالف
موجود في الالفين لانا نقول لغير موجود فيه اذ ثبت الالفان بشت
الالف ضمنا فاذا لم يثبت المتضمن لايثبت المتضمن الاترى لو شهد
أحدهما انه قال لامرأته انت خلية وشهد الاخر انه قال لها بريئة لايقع
شيء وان اتفق اللفظان في المعنى لعدم ثبوت واحد منهما فعلم بذلك
ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول بخلاف الدعوى
والبينة حيث لايشترط اتفاقهما في اللفظ الاترى ان المدعي لو
ادعى الغصب او القتل فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك تقبل ولو
شهد احدهما بالغصب او القتل والاخر بالاقرار به لاتقبل وبخلاف الالف
والخمسمائة لان الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى وتفرد احدهما
بالزيادة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما
اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقة ونصف والمائة والمائة
والخمسون بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لايقبل لانه مركب كالالفين
اذ ليس بينهما حرف العطف ولو لم يدع المدعي الاكثر فشهادة من شهد
بالاكثر باطلة لانه كذبه المدعي بالزيادة الا ان توقف فيقول
أصل حقي كان كما قال الا اني استوفيت الزايد او ابرأته عنه فحينئذ يقبل
في الاقل لظهور التوفيق وفي النهاية ان كانت المخالفة بينهما في اللفظ
دون المعنى تقبل شهادته وذلك نحو ان شهد احدهما على الهبة والآخر على

العطية وهذا لان اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل المقصود
ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة
في ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها هكذا ذكرها ولم يحك فيه خلافا
وكذا اذا شهد احدهما بالنكاح والآخر بالتزويج تقبل شهادتهما ذكره
في المحيط ولم يحك فيه خلافا قال رحمه الله فان شهد احدهما بالف
والآخر بالفين لم تقبل وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يقبل بناء على ان المعتبر
في اللفظ والمعنى عندهم وعندهما في المعنى لا غير وقد بينا الوجه من الجانبين
والذي يبطل مذهبهما ان الشاهد لو شهد بتطليقة وشهد آخر بثلاث
تطليقات وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق
على شاهد الثلاث دون شاهد الواحدة ولو كان كما قالا اذا الواحدة تو
في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقتي نفسك
ثلاثا فطلقت واحدة حيث تقع واحدة لان ذلك لكون الثلاث صار بيدها
فلها ان توقع كلها او بعضها ولا يلزم ما اذا طلقها الزوج الفاحشة يقع
الثلاث لانه ينصرف عن ملكه فله ان يوقع اي عدد شاء الا انه لا ينعقد الا
بقدر المحل قال رحمه الله وان شهد الآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي
قبلت على الالف يعني فيما اذا شهد احدهما بالف وشهد الآخر بالف وخمسمائة
تقبل شهادتهما بالف اذا كان المدعي يدعي الالف فقط حيث لا تقبل شهادتهما
لان المدعي كذب من شهد بالزيادة على ما بينا من قبل وهذا كله فيما اذا ادعى
دينا واما اذا ادعى العقد فلا تقبل الشهادة على ما يجيء من بعد قال رحمه

ولو شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة تقبل بالف ولم يسمع قوله
انه قضاه الا ان يشهد معه آخر لانهما اتفقا على وجوب الالف فتقبل
وانفرد احدهما بقضاء النصف فلا يقبل لعدم كمال النصاب ولا يكون بقوله
قضاه خمسمائة مناقضا لشهادته بالف لان قضاء الدين طريقة للقاء
معناه ان الدين يجب عليه ما قبض فلا ينافي بقاء دينه فلا يكون كاذبا ولا
يقال ان المدعي كذب شاهده بالقضاء فينبغي ان لا تقبل كما اذا شهد بالف
وخمسمائة والمدعي يدعي الف لانا نقول لم يكذبه فيما شهد له وانما كذبه فيما
شهد عليه وذلك لا يقدح كما اذا شهد له اثنان بحق ثم شهد عليه بحق لآخر
آخر فان شهادتهما لا تبطل وان كذبهما فكذا هذا بخلاف ما اذا استشهد به
لان التكذيب فيه فيما شهد له فيكون قادحا وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة
فقط لان مضمون شهادة شاهد القضاء ان الدين الا خمسمائة في المعنى وهو المعتبر
عنده على ما مر وينبغي ان يكون قول محمد كذلك لان مذهبه في اعتبار المعنى كمذهب
ابي يوسف لكنه خالفه لانه لم يشهد بخمس المائة ابتداء بل انفق الشاهدان على وجوب
الالف عليه للمدعي ثم انفرد الآخر بالقضاء فلا تسمع قال رحمه الله وينبغي
ان لا يشهد حتى يقر المدعي بما قبض يعني يجب عليه ان لا يشهد بالالف كلها
اذا علم انه قضاه منها خمسمائة حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير
معينا على الظلم قال رحمه الله ولو شهدا بقرض الف وشهد احدهما انه قضاه
جازت الشهادة على القرض لتمام الحجة في القرض وعدمها في القضاء وذكر
عن اصحابنا انه لا يقضي بها القاضي وهو قول زفر لان في زعم احد الشاهدين

انه لاشئ له عليه من المال ولو قضى لكان قضاء بشهادة الواحد وهو لا يجوز
ولان المدعي كذب شاهدا القضاء والاشبه ان يكون قول ابي يوسف رحمه الله
على ما ذكرنا في المسئلة الخلاف بين المسئلتين الا من حيث ان احد الشاهدين
شهد بقضاء كل الدين في هذه وفي الاولى بقضاء البعض والجواب ما ذكرنا
في الاولى واذا اختلف الشاهدان في الزمان او المكان في البيع والشراء
والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة
والحوالة والقذف يقبل واذا اختلفا في الجناية والغصب والقتل
والنكاح لا يقبل والاصل ان المشهود به ان كان قولا كالبيع ونحوه فاختلاف
الشاهدين فيه في الزمان او المكان لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد
ويكرر وان كان المشهود به فعلا كالغصب او قولا لكن الفعل فيه شرط كما في
كالنكاح فانه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في الزمان
او المكان يمنع القبول لان الفعل في زمان او مكان غير الفعل في زمان او مكان
آخر فاختلف المشهود به ثم قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اختلف
شاهدا القذف في زمانه او مكانه لا يقبل وان كان قولا لان كل واحد منهما
ان كان انشأهما غيران وليس على كل قذف شاهدان وان كان احدهما انشأ
والآخر اخبارا فهما لا يتفقان لان الانشاء ان يقول زنيت وانت زان ونحو
ان تقول قد قذفك بالزنا وابو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل ان يكون احدهما
سمع الانشاء والآخر سمع الاقرار به ويثبت عنده قذفهما شاهدان به قال
رحمه الله ولو شهد انه قتل زيدا يوم النحر بمكة واخر ان انه قتله بمصر قتلا

يعني

يعني طايفتين كل واحدة منهما نصاب الشهادة اجتمعا عند الحاكم يحكم
على نحو ما ذكره تزد الطايفتان لان احداهما كاذبة بيقين وليست احداهما
باولى بالقبول من الاخرى وهذا لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد
لا يتكرر لان الاول حركات العرض لكونه عرضا لا يبقى زمانين والثاني حركات
اخر غير الاول يحدثها الله في ذلك المحل ولا يمكن ان يجعل الثاني اخبارا عن
حتى يصير تكرارا الاول واعادته لان الاخبار عن الفعل بالفعل لا يتصور وكذا
في الزمان والآلة التي وقع بها القتل لا تقبل لما بينا قال رحمه الله ولو
شهد ان سرق بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف الذكورة والانوثة والغصب
يعني لو شهد شاهدان على رجل بقرة واختلفا في لون البقرة بان قال احدهما
سرق بقرة بيضاء وقال الآخر بقرة سوداء تقبل شهادتهما وتقطع به بخلاف
ما اذا قال احدهما سرق ذكرا والآخر قال انثى او اختلفا في لون البقرة
في الغصب حيث لا تقبل شهادتهما فيهما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا رحمهما الله لا تقبل شهادتهما في السرقة ايضا لان البقرة البيضاء
غير السوداء فكانا سرقتين مختلفتين ولم يشهد على فعل واحد فصار نصاب الشهادة
فلم يثبت وصار كما اختلفا فيما في الذكورة والانوثة وكما اختلفا في اللون في
الغصب بل اولى لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهة والثابت
بالسرقة حد يسقط بها فصار نظير اختلافهما في قيمتها ولهما انهما اختلفا
فيما لم يكلفا نقله لان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف فصار كما اختلفا
في ثياب السرقة الا ترى انها لو سكتا عن بيان اللون جازت شهادتهما

قوله انثى او اختلفا الخ من الصفحة الثانية بعد اربعة اسطر من الكتاب عند قوله وعشرون سطرا الخ وقد نبهنا على ذلك في محله

بخلاف بيان القيمة لان ذلك من نفس الشهادة حتى يعلم انها قبل
بلغت نصابا ولان التوفيق ممكن لان السرقة تكون في الليالي غالبا
ويكون التحمل فيها ممكنا فيتشابه عليهما اللونان ويجتمعان في بقرة
واحدة بان كان احد جانبيها ابيض والآخر اسود فيشهد كل منهما على
ما وقع عنده بخلاف وصف الذكورة والانوثة لانهما لا يجتمعان
في بقرة واحدة قال رحمه الله ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان
بالف وشهد آخر بالف وخمسمائة بطلت الشهادة لان المقصود اثبات
السبب وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف وخمسمائة فاختلفت
المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولان
المدعي يكذب شاهديه وكذا اذا كان المدعى هو البائع ولا فرق بين
ان يكون المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا ان المقصود اثبات
السبب على معنى انه الاصل والحكم يثبت تبعا لثبوته وان كان الحكم
هو المقصود حقيقة في حق الانتفاع والسبب وسيلة اليه لكن هو
مقصوده وهو الحكم لا يحصل الا به فكان في اثباته اثبات الحكم اذ
لا يمكن اثبات الحكم الا بسبب معين وذكر علاء الدين السمرقندي
رحمه الله ان الشهادة تقبل لان التوفيق ممكن انتهى واختلفا
في لون البقرة في الغصب حيث لا تقبل شهادتهما فيهما وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله لا تقبل شهادتهما في السرقة
ايضا لان البقرة السوداء غير البيضاء فكانا شاهدين مختلفين

الى هنا

ولم

ولم يتم على واحد نصاب الشهادة فلم يثبت وصار كما اختلفا
في الذكورة والانوثة وكما اختلفا في اللون في الغصب بل اولى
لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت بالسرقة
حد يسقط بها فصار نظير اختلافهما في قيمتها وله انهما اختلفا
فيما لم يكلفا نقله لان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف فصار
كما اختلفا فيما في ثياب السارق الا ترى انهما لو سكتا عن بيان اللون
جازت شهادتهما وبخلاف بيان القيمة لان ذلك من نفس الشهادة
حتى يعلم انها تبلغ نصابا ولان التوفيق ممكن لان السرقة تكون في
الليالي غالبا ويكون التحمل فيها من بعيد فيتشابه عليهما اللونان
او يجتمعان في بقرة واحدة وكذا الوقوف على تلك الصفة يكون
بالقرب فلا تشتبه فيكونان سرقتين مختلفتين فلم يتم في واحدة
منهما نصاب الشهادة وبخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار لان
الغصب يقع بالنهار وهو يقرب منه غالبا فلا تشتبه عليه الحال
فتكون الشهادة على تحقيق وتأمل لتمكنه من ذلك فلا يشتبه عليه
فان قيل في التوفيق احتمال لايجاب الحد وهو يحتال لدرئه لا
لايجاب قلنا القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا
نقله على ما بينا وما يوجب الدرء يكون في نفس الموجب لا في غيره
فان قيل على هذا تكون البقرة المسروقة بلقاء والمشهود بسرقتها
اما سوداء او بيضاء ولم يقل واحد منهما انها بلقاء فتكون غيرها.

قلنا نعم ولكن ذلك في خف من يعرف اللونين اما في خف من لا يعرفهما
فهي عنده على ذلك اللون فسماها بيضا او سوداء بناء على ما شاهد من
موضعها وهذا الخلاف فيما اذا كان المدعي يدعي بقرة مطلقا من غير
بوصف واما اذا ادعى سرقة بقرة سوداء او بيضاء لا تقبل شهادتهما
بالاجماع لان المدعي كذب احدهما وقيل هذا في لونين متشابهين
كالسواد والحمرة واما في لونين غير متشابهين كالسواد والبياض لا
تقبل الشهادة والاصح من الكل على الخلاف ذكره في المبسوط وعلى هذا
الخلاف فيما اذا اختلفا في لون فقال احدهما هروي وقال الآخر
مروي وان اختلفا في الزمان او المكان لم تقبل الشهادة وقد بيناه من
قبل قال رحمه الله ومن شهد لرجل انه اشتري عبد فلان بالف و شهد
آخر بالف وخمسمائة بطلت الشهادة لان المقصود اثبات السبب و هو
العقد فالبيع بالف غير البيع بالف وخمسمائة فاختلف المشهود به
لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولان المدعي يكذب
احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البايع ولا فرق بين ان يكون
المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا من ان المقصود اثبات السبب
على معنى انه الاصل والحكم يثبت تبعا لثبوته وان كان الحكم هو المقصود
حقيقة في حق الانتفاع والسبب وسيلة اليه لكن مقصوده وهو الحكم
لا يحصل الا به فكان في اثباته اثبات الحكم اذ لا يمكن اثبات الحكم الا
لسبب معين وذكر علاء الدين السمرقندي رحمه الله ان الشهادة تقبل

لان

لان التوفيق ممكن لان الشراء الواحد قد يكون بالف ثم يصير بالف
وخمسمائة بان يشتريه بالف ثم يزيده عليه خمسمائة فهما اتفقا
على شراء واحد ولو اختلفا في الجنس بان شهد احدهما انه اشتراه بالف
درهم وشهد الآخر انه اشتراه بمائة دينار بطلت لعدم امكان التوفيق
لان الشراء الواحد لا يتصور ان يكون بالف درهم ثم يصير بمائة دينار
قال رحمه الله وكذا الكتابة والخلع اي اذا اختلفا في مقدار البدل
فيهما لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا ان المقصود اثبات السبب وهذا
اذا كان المدعي هو العبد فظاهر لانه يدعي السبب ليحصل له مقصوده
وهو العتق بالاداء فصار نظير الشراء وان كان المدعي هو المولى فكذلك
لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وهذا
لان البدل في ابتداء العقد مقابل بفك الحجر ثم ينتقل عند اداء المال
فيصير مقابلا بالعتق فقبل الاداء بمنزلة الاجارة فكان مقصوده
اثبات العقد وقيل ان كان المدعي هو المولى لا يفيد تبيينه لان العقد
غير لازم في حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والمراد بالخلع ما اذا
كانت المرأة هي المدعية للخلع لان مقصودها اثبات السبب دون المال
فلا يثبت مع اختلافهما فيه فصار نظير البيع وخلاف دعوى الدين
لان المقصود فيه المال دون السبب فيثبت قدر ما اتفقا عليه دون
ما انفرد به احدهما وان كان المدعي هو الزوج يقع الطلاق باقراره
فيكون بمنزلة دعوى الدين فيثبت اقلهما وهو الذي اتفقا عليه لتمام

نصاب الشهادة فيه وكذا الصلح عن دم العمد والعتق على مال فان
كان المدعي هو العبد او القاتل لا تقبل شهادتهما لان مقصود العبد
والقاتل العقد دون المال لما ذكرنا من الاختلاف فيه وان كان
المدعي هو المولى ولم يثبت العفو والعتق باقرارهما فتكون دعوى الدين
فتقبل شهادتهما فيما اتفقا عليه على نحو ما ذكرنا في الخلع وفي الرهن
اذا كان المدعي هو المرتهن فهو كذلك دعوى الدين يثبت اقلهما لما ذكرنا
وان كان المدعي هو الراهن فلا تقبل الشهادة لانه ليس لدان يلزمه
الرهن اذ الرهن غير لازم في حق المرتهن وله ان يفسخه اي وقت شاء فلا
فائدة في اقامة البينة ولانه حق عليه والانسان لا يقيم البينة على حق
عليه وانما يقيمها على حق له وصورة دعوى الرهن انه رهنه ألفا
وخمسمائة وادعى انه قبضه ثم اخذ الراهن فيطلب الاسترداد منه
وان اقام بينة فشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة يثبت القدر
وفي الاجارة ان كان قبل استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فهو نظير
البيع فلا تقبل شهادتهما لما ذكرنا في البيع وان كان البيع بعد
المدة ففي كالدين يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعي يدعي الاكثر
وان كان يدعي الاقل لا تقبل شهادة من شهد بالاكثر لانه كذيب المدعي
وكذا في جميع هذه الصور كما في الدين قال رحمه الله فاما النكاح
فيصح بألف يعني بأقل المالين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
من الزوج او من المرأة وسواء ادعى الاقل او الاكثر وقال ابو يوسف ومحمد

رحمهما

رحمهما الله تبطل الشهادة ولا يقضي بشيء لان المقصود من الجناية
اثبات السبب والنكاح بألف غير النكاح بالف وخمسمائة فتبطل الشهادة
كما في البيع سواء كان الزوج هو المدعي او المرأة هي المدعية لاستلزام ثبوت
النكاح باقرارهما بخلاف العتق على مال والخلع والعفو عن دم العمد
حيث تكون دعوى الدين اذا كان المدعي هو الزوج والمولى والولي لانه
باقرارهم يسقط القصاص ويقع الطلاق والعتق فتبقى دعوى المال
المجرد عن السبب ولابي حنيفة ان التسمية في النكاح كما تصح عند العقد
تصح بعده فانه لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم سمى لها مهرا صحت التسمية
وصحة التسمية لا يحتاج الى انشاء العقد وانما يحتاج الى قيامه
وقيامه تارة يكون حالة الابتداء وتارة يكون حالة البقاء فلم يلزم
من اختلاف التسميتين اختلاف العقد لان التسمية وجدت في
حالة البقاء ولا يتصور وجود العقد في حالة البقاء والبينة على التسمية
في حال يستحيل العقد لا يكون بينة على العقد بل على التسمية المجردة
فكان الثابت بشهادتهما المال حال بقاء النكاح فيثبت ما اتفقا
عليه كالدين فحاصل القضية ان شهادتهما لم تقم الا على المال حال بقاء
النكاح فيثبت بهذه التسمية وبقي النكاح لا غير ولان المال في النكاح
تابع والاصل فيه الحل والازدواج ومن حكم التبع ان لا يغير الاصل وهذا
لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه فبقي
العقد سالما عن الاختلاف فلزم وما وقع فيه الاختلاف وهو المال

يقضي بالاقل كما في الدين قال رحمه الله وملك المورث لم يقض لوارثه
بلا جزاء الا اذ يشهدا بملكه او يد مستعير وقت الموت يعني
اذا اثبت شيء انه ملك المورث بان ادعى الوارث عينا في يد انسان انها
ميراث ابيه واقام شاهدين فشهدا ان هذه كانت لابيه لا يقضي له
حتى يجزا الميراث فيقولان مات وتركها ميراثا له او يقولا كانت
لأبيه يوم موته او كانت في يده او يد من يقوم مقامه من المستعير
وغيره والاصل فيه ان الجزء شرط وهو ان يقول الشاهد مات وتركها
ميراثا له او يقولا ولكن اذا اثبت ملكه او يده عند الموت كان جزءا
لانه اثبت اوان الانتقال الى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة
فيكون اثباتا للانتقال وكذا اذا اثبت يده عند الموت لان يد
ان كانت يد ملك فهو على ما بيناه وان كانت يد امانة فكذلك الحكم
لان الايدي في الامانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان
اذ الامانات محتملة لتركه الحفظ والمضمون يملكه الضامن على ما عرف
اثبات اليد في ذلك الوقت اثباتا للملك واثبات من يقوم مقامه
كالمودع المستعير والمستاجر والمرتهن والغاصب وغيرهم اثباتا لليد
فينفي اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجزا فاكتفى به عنه وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله الجزء ليس بشرط
بل اذا اثبت الوارث ان العين كانت للمورث يكفي لان ملك الميت قد ثبت
وهو يقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافه عنه ولهذا يرد بالعيب

ويرد

ويرد عليه به ويصير مغرورا فيما اشتراه المورث فيكون ملك
الوارث غير ملك المورث مستمرا لهذا الوقت لا ملكا آخر غيره كما في
اذا اثبت انها كانت له يحكم له بها ولا يكلف اقامة البينة على ان ملكه
ثابت في هذا الوقت وكما اذا ادعى عينا في يد انسان انه اشتراها
من فلان غير ذي يد واقام البينة على اشترائه وانكر ذو اليد انها
ملك البايع واقام المشتري البينة انها كانت له يكتفي بذلك ويقضي
له بها ولا يكلف اقامة البينة انها كانت للبايع من وقت البيع وهذا
لان ما ثبت فهو باق الى ان يوجد ما يزيله لاستغنا البقا عن دليل
ولهما ان ملك الوارث متجدد ويثبت له بعد ان لم يكن ثابتا الا ترى
انه يثبت في حقه احكام لم تكن ثابتة في حق المورث من استيلاد الجارية
وحل وطيها لو كانت حراما بان كانت موطوءة ابن الميت او موطوءة ابن
الوارث على المورث او بالعكس وكذا يحل للوارث الغني اكل صدقة ورد
من الفقير ولولا تجدد الملك لما حل له فاذا كان متجددا فلا بد من اثبات
النقل اليه وذلك بما ذكرنا من الجزء لا باثبات ملك الميت قبل الموت لان
بقا ملكه الى الموت ثبت باستصحاب الحال وهو حجة لابقا ما كان على
ملكان لا باثبات ما لم يكن وحاجتنا اليه لان ملكية الورثة لم يكن
ثابتا قبل موت المورث فكان متجددا ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال
الا ترى ان الشفيع لا يستحق الشفعة بظاهر يده في الدار المشفوع بها
وان كان يدفع دعوى غيره لما ذكرنا بخلاف ما اذا اثبت الحي انها كانت

كانت له حيث يحكم له بها لانا اعتبرنا فيه استصحاب الحال للبقا
ماكان على ماكان وهو حجة فيه على ما بينا وبخلاف ما اذا اقام
البينة انه اشتراها من فلان حيث لا يكلف اقامة البينة انه كان
مالكا لها وقت البيع لان ملك المشتري مضاف الى المشتري بالبينة
لا الى استصحاب الحال ببقاء ملك البايع لان السبب
موضوع للملك حتى لا يتحقق بدون اثبات الملك فيكون ثابتا
واما في الموت فينوب الملك للوارث مضافا الى كون المال ملك
المورث وقت الموت لا الى الموت لان الموت ليس بسبب موضوع للملك
بل موضوع لابطاله فكم من موت ليس فيه ايجاب الملك لاحد الا
ترى ان الوارث لو علق العتق بموت مورثه بان قال ان مات سيدك
فانت حر لا يصح ولو كان سببا للملك لصح كما اذا قال لعبد الغير ان
اشتريتك فانت حر قال رحمه الله ولو شهد ابن حر منذ شهر ردت
اي اذا شهد شاهدان ان هذه العين كانت في يد فلان منذ شهر
وهو حي ردت الشهادة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله
وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك فوجب ان تقبل
كما اذا شهدا انها كانت ملكه منذ شهر وهذا لان الملك متى ثبت يبقى
الى ان يوجد ما يزيله فكذا اليد ولهذا صار كما اذا شهدا بالاخذ من
المدعي او بالاقرار منه باليد له ولهما ان الشهادة قامت بمجهول
لان اليد مقتضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فلا

يحسن القضا بالمجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير متنوع على
الاخذ لانه معلوم ايضا وحكمه معلوم وهو وجوب الرد لقوله
عليه الصلاة والسلام على اليد ما اخذت حتى ترد وكذا الاقرار باليد
معلوم على ما يجيء بيانه ولان يد صاحب اليد مغاير ويد المدعي مشهود
به فلا يعارض المحقق لان العيان يوجب العلم والشهادة توجب
غلبة الظن فكان اكثر بيانا قال رحمه الله ولو اقر المدعى عليه بذلك
او شهد شاهدان انه اقر انه كان في يد المدعي دفع الى المدعي اي اقر
المدعى عليه باليد للمدعي او شهد شاهدان بانه اقر باليد للمدعي
منذ اشهر ودفع ذلك الى المدعي لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة
به وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار الا ترى انه لو قال لفلان
علي شيء صح ويجب عليه البيان ولا تصح الشهادة به والله سبحانه
وتعالى اعلم بالصواب **باب الشهادة على الشهادة** قال
رحمه الله تقبل فيما لا يسقط بالشبهة ان شهد رجلان على شهادة
شاهدين اي يجوز الشهادة بشرط ان يشهد شاهدان على شهادة كل
واحد من الاصلين وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة
عبادة بدنية وجبت على شاهد الاصل وليست بحق للمشهود له بدليل
انه لا يجوز الخصومة فيها ولا اجبار على اقامتها والنيابة لا تجري في العبادة
ولان فيها زيادة احتمال لان الاحتمال فيها في موضعين فيها في الاصول
وفي الفروع وفيها شبهة من حيث البدلية ولهذا لا يصار الى الفروع الا

عند العجز عن الأصول وجه الاستحسان ان الحاجة ماسة اليها اذ شاهد
الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لموت او مرض او بعد مسافة فلو لم تجز
الشهادة على الشهادة ادى الى ابطال الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على
شهادة الفروع وعلى شهادة فروع الفروع الى غير نهاية فصار ككتاب
القاضي الى القاضي وقوله فيها لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود و
لانها يسقطان بالشبهة وفيها شبهة على ما ذكرنا فلا يثبتان كما لا يثبتان
بشهادة النساء لما فيها من شبهة البدلية بل اولى لانه في الشهادة على الشهادة
حقيقة البدلية ويدخل تحته جميع الحقوق وذكر الناطفي انها لا تجوز في
الوقف والصحيح انها تجوز فيه احتياله وصونا عن اندراسه وقوله ان
رجلا على شهادة شاهدين يعني ان شهد على كل واحد من الشاهدين
رجلان لان كل واحد من الشهادتين قضية من القضايا فلا بد من
تمام النصاب على كل واحد منهما ليثبت عند الحاكم ولا يشترط
تغاير الفروع حتى لو شهد احدهما على شهادته رجلين واشهد هما
الآخر بعينهما جاز وقال الشافعي لا يجوز حتى يشهد على كل واحد منهما
رجلان غير الذي اشهدهما صاحبه لان كل شاهدين قائمان مقام
رجل لانتظم لحجة القضاء بما كالمراتين لما قامت بشهادتهما ولان الفرع
لما تحمل الشهادة صار شاهدا وليس للشاهد ان يشهد على تلك الشهادة
على غير الاترى ان احد الاصلين لما كان شاهدا لا يجوز له ان يشهد
صاحبه على شهادته مع رجل آخر وقال مالك رحمه الله يجوز شهادة

الواحد

الواحد على شهادة الواحد لان الفرع قائم مقام الاصل معبرا عنه
بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر و شهد
بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد
مقبولة ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة
رجلين مطلقا من غير تقييد بان يكون بآرائك واحد من الاصلين
حتى من جملة الحقوق والحق عند القاضي لا يثبت الا بحجة تامة لانها
ملزمة للقاضي القضاء فلا بد من النصاب فاذا تم وشهد على شهادة
احدهما جاز ان يشهد على الآخر ايضا لان الشاهدين يجوز لهما ان يشهدا
على قضيات كثيرة تخلاف امراتين لان النصاب لم يتم بهما وشطر
العلة لم يثبت به شيء لان المراتين كرجل واحد وبخلاف ما اذا شهد احد
الاصلين على صاحبه مع رجل آخر لان شاهد الاصل يعلم الحادثة يقينا
فلا يتقيد باستشهاد صاحبه اياه ولان معنى الاصالة يقتضي
مشاهدة الحق ومعنى الفرعية يقتضي عدم المشاهدة فيتنافيان فلا
يجوز ولان الفرع بدل عن الاصل فلا يتصور ان يكون الشخص الواحد
بدلا واصلا في حالة واحدة ولان شاهد الاصل يثبت نصف الحق
نصفه ولو جازت شهادته على شهادة صاحبه لا يثبت شهادة ثلاثة
أرباع الحق ولا نظير له في الشرع ولا يقال لو كان الفرع بدلا لما جاز ان
يشهد مع احد الاصلين اذ لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل لانا
لم نجمع بينهما لان الفرعين ليسا ببدل على الذي شهد معهما بل عن الذي

الواحد على شهادة الواحد لان الفرع قائم مقام الاصل معبرا عنه

لم يحضر وقوله ان شهد رجلان وقع اتفاقا لانه يجوز ان يشهد على الشهادة
رجل وامراتان لتمام النصاب وكذا لا يشترط ان يكون المشهود على شهادته
رجلا لان للمراة ايضا ان يشهد على شهادتها رجلان او رجل وامراتان
ويجوز ان يشهد على شهادة كل امراة نصاب الشهادة على ما بينا وقال
ولا تقبل شهادة واحد اي لا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد وقد
بيناه وبينا الخلاف قال والاشهاد ان يقول اشهد على شهادتي
اني اشهد ان فلانا اقر عندي بكذا وهذه صفة الاشهاد ولا بد منه او
ما يقوم مقامه لانه كالتاييب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل ولا بد
من ان يشهد عند كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء
ذلك بما ذكرنا ويقول له عند التحميل اشهد علي بذلك فاشهد علي نفسه ان شاء ليس
بلازم لان من عاين الحق حل له ان يشهد وان لم يشهد على نفسه ولو قال
اشهد اني سمعت ان فلانا يقر لفلان بكذا فاشهد انت على شهادتي
بذلك او قال اشهد ان لفلان على فلان كذا فاشهد انت على شهادتي
بذلك جاز لحصول المقصود به ولا يقول اشهد علي بذلك لانه لفظ
محتمل فانه يحتمل ان يكون الاشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون
امرا بالكذب وكذا لا يقول اشهد بشهادتي لانه يحتمل ان يكون امرا بان
يشهد بمثل شهادته فيكون امرا له بان يشهد على اصل الحق وهو كذب قال
رحمه الله وآداء الفرع ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته
ان فلانا اقر عنده بكذا او قال لي اشهد على شهادتي بذلك وهذا صفة

آدا

آداء الفرع عند الحاكم لانه يبدا بذكر شهادة الاصل وشهادته وذكر
التحميل والجملة تحصل بذلك ولهذا لفظ اطول منه واقصر كلاهما طرفي الامور
ذميم واوسطها صميم فالاطول منه ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني
على شهادته انه شهد ان فلانا ابن فلان اقر عنده واشهده على نفسه
ان لفلان بن فلان عليه الف درهم وقال لي اشهد على شهادتي اني
ان فلانا شهد عندي بكذا واشهدني على شهادته بذلك وانا اشهد
على شهادته بذلك فيذكر فيه ست شينات وما ذكر في المتن فيه خمس
شينات والاقصر منه ان يقول امرني فلان ان اشهد على شهادته ان
لفلان على فلان كذا وانا اشهد على شهادته بذلك فيذكر فيه اربع
شينات او يقول اشهد على شهادة فلان بكذا فيذكر فيه شينين
لان ذكره محمد في السير الكبير وهو اختيار الفقيه ابي الليث وابي جعفر
وشمس الائمة السرخسي رحمهم الله وهو اسهل واسرع واقصر وروى ان الفقيه
ابا جعفر رحمه الله كان يخالفه فيه على ما عصر فاخرج لهم الرواية من
السير فانقادوا له رحمهما الله قال رحمه الله والشهادة للفرع الا
بموت اصله او مرضه او سفره لان جوازها للحاجة عند عجز الاصل والعجز
يتحقق بهذه الاشياء والمراد بالمرض ما لا يستطيع الحضور معه الى مجلس الحكم
لان آداء الشهادة فرض فلا يسقط الا بالعجز فاذا مات جاز له ان يحمل
غيره كيلا يفوت حقه وهذا لان تكليف ما لا يطاق غير جائز وامر القاضي
بالحضور الى موضع المريض شنيع ولانه يؤدي الى الحرج وربما لا يتفرغ

المقصود في مجلس الحكم عند كثرة الامراض والحرج مدفوع والسفر عذر
ظاهر الاترى انه تعلقت به احكام جمة من قصر الصلاة والفطر في الصوم
وامتداد مدة المسح وسقوط الجمعة والاضحية وحرمة خروج المراة من غير محرم
اوزوج وغير ذلك من الاحكام فكذا هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله
انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يقدر ان يثبت في منزله حتى
الاشهاد احيا لحقوق الناس والاول احسن لان العذر يتحقق بذلك كما
في سائر الاحكام والثاني وهو ما روى عن ابي يوسف ارفق لان احياء
الحقوق واجب ما امكن والشاهد ايضا محتسب فلا يكلف ما فيه حرج
وفي البيتونة في غير اهله حرج عظيم فيجوز الاشهاد على شهادته دفعا
للحرج عنه واحيا لحقوق الناس واخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية
وروي عن محمد رحمه الله تفاريع انها تجوز كيف ما كان حيث روي عنه انه
اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهدا الفروع على شهادته كما في فروع
اخر ي من ذلك المسجد تقبل شهادتهم وقال في النهاية ذكر شمس الائمة
الرخسي والقاضي الامام علي السعدي في شرح ادب القاضي للخصاف
رحمهم الله اذا شهد الفروع على شهادة الاصول والاصول في المصر
يجب ان يجوز على قولهما وعلى قول ابي حنيفة لا يجوز بناء على ان التوكيل
بغير رضا الخصم لا يجوز وعندهما يجوز وجه البيان ان المدعي
عليه لا يملك اقامة غير مناب نفسه في الجواب من غير عذر فكذا في
الحضور الى مجلس الحاكم قال رحمه الله فان عدلهم الفروع صح لان

الفروع

لان الفروع من اهل التزكية فصح تعديلهم شهود الاصل وكذا اذا
عدل احد الشاهدين صاحبه لما ذكرنا ولا تهمة فيه بتنفيذ شهادته
على نفس الحق وكان ينسد باب الشهادة وهو مفتوح وكيف يتهم
به وشهادته لم ترد شهادة صاحبه بل تقبل بضم اخر معه وان اتفق
الرد فهي اما ترد لعدم كمال النصاب وذلك لا يضر وقيل لا يقبل
تعديل صاحبه للتهمة والاول اصح لان العدل لا يتهم بمثله قال
رحمه الله والاعدلوا اي ان لم يعدلهم الفروع عدلوا بسؤال غير
الفروع عن الاصول لان الماخوذ عن الفروع النقل دون التعديل م
ولانه قد يخفى عليهم فاذا نقلوا شهادتهم يعرف القاضي عدالتهم كما
اذا حضروا بانفسهم وشهدوا عنده وهذا قول ابي يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانهم ينقلون الشهادة ولا شهادة بدون
عدالة فحاصله ان القاضي ان كان يعرف الاصول والفروع بالعدالة
قضى بشهادتهم وان عرف احدا لفريقين بالعدالة دون الآخر سال عن
الذين لم يعرفهم فان عدل الاصول الفروع او بالعكس جاز قال وقال
في النهاية في ظاهر الرواية عن محمد انه لا يثبت عدالة الاصول بتعديل
الفروع والصحيح ظاهر الرواية ولا فرق في ذلك بين ان يقول الفروع
للقاضي لا نعرف بحالهم ولا نخبرك بحالهم قال رحمه الله وتبطل شهادة
الفرع بانكار الاصل الشهادة ايجاب الاشهاد ومعناه اذا قال شهود الاصل
لم نشهدهم على شهادتنا فانوا او غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم

لم تقبل شهادتهم لان التحمل شرط ولم يثبت للمعارض بين خبر الاصول
وبين خبر الفروع لان الاصول يحتمل ان يكونوا صادقين بذلك فلا
يثبت التحمل مع الاحتمال قال رحمه الله ولو شهدوا على شهادة رجلين
فلان على فلانة بنت فلان الفلانية بالف وقالا اخبرتنا انهما يعرفانها
فجاءا بامرأة فقالا لا نعلم اهي هذه ام لا قبل للمدعي لهما تشهدين انها
فلانة لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي ان
تلك النسبة للحاضرة ويحتمل ان تكون لغيرها فلا بد من اثبات
تلك النسبة للحاضرة ونظيره اذا شهد واببيع محدود بذكر حدوده
من غير معرفة عينه وشهدوا على الخصم فلا بد من اخرين يشهدان
ان الحدود تلك الحدود التي بيد المدعي عليه ليصح القضاء به وكذا
اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدودما في
يده فلا بد من شاهدين يشهدان ان الحدود المذكورة في الشهادة
حدودما في يده قال رحمه الله وكتاب القاضي الى القاضي معناه ان
القاضي اذا كتب الى القاضي الآخر ان فلانا وفلانا شهدا عندي بكذا
من المال على فلانة بنت فلان الفلانية واحضر المدعي امرأة عند القاضي
المكتوب اليه وانكرت المرأة ان تكون هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد
من شاهدين آخرين يشهدان انها هي المنسوبة بتلك النسبة كما في
الاولى لما ذكرنا ولا فرق بينهما الا من حيث ان القاضي الكاتب لا
ينفرد بنقل الشهادة اليه وفي الشهادة على الشهادة لا بد من اثنين

على كل اصل لما بينا قال ولو قالا لا نعلم انها التميمية لم يجز حتى ينسباها
الى جدها اي لو قال الشاهدان في الشهادة على الشهادة وفي كتاب
القاضي الى القاضي فلانة بنت فلان التميمية لم يجز حتى ينسباها الى
جدها وهو الجد الاعلى لان التعريف شرط فيه ولا يحصل ذلك
الى العامة وهي عامة ويحصل بالنسبة الى الخاصة والنسبة الى
الجد خاصة لان اول النسب الشعب ثم القبيلة ثم العمارة
ثم البطن ثم الفخذ فكان اخص من الكل ذكره في النهاية
وعزاه الى الصحاح وجعل الزمخشري فيما حكاه صاحب النهاية
الفصيلة آخر الكل فالشعب مجمع القبايل والقبيلة مجمع العمائر
والعمارة مجمع البطون والبطن مجمع الافخاذ والفخذ مجمع الفصايل
خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ
والعباس فصيلة وسمي الشعب شعبا لان القبايل تتشعب منه
والمقصود من النسب حصول العلم بالمنسوب وذلك يحصل بالنسب
الى الخاص دون العام وبنو تميم عام فلا يحصل العلم بالنسبة اليه
والعرعابنة نسبة عامة وكذا السمرقندية والبخارية والمصرية والاورجندية
خاصة وكذا النسبة الى السكة الصغيرة بخلاف المحلة الكبيرة ثم
التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد فذكر الفخذ او
الفصيلة على اختلاف القولين يقوم مقام الجد قال رحمه الله
ومن اقر انه شهد زورا يشهر ولا يعزر اي لا يضرب وهذا عند ابي حنيفة

رحمه الله وقالا يوجع ضربا ويحبس وهو قول الشافعي افصل بشهاد
القضا اولم يتصل لانه ارتكب كبيرة وفيها ضرر على المسلمين وليس
فيها حد مقدر فوجب التعزير ازالة للفساد وانما قلنا انها كبيرة
لقوله عليه الصلاة والسلام ايها الناس عدلت شهادة الزور الاشراك
بالله تعالى ثم تلى قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا
قول الزور وساله رجل عن الكبائر فقال عليه الصلاة والسلام
الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل نفس بغير حق وقول الزور
فاذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالاجماع وانما اختلفوا في
كيفية تعزيره فقط لهم ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب
شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان شريحا كان يشهر ولا يضرب وكان يبعثه الى سوقه ان كان
سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما يكونون
ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور
فاحذروه وحذروه الناس وشريح رضي الله عنه وان كان تابعيا
الا انه زاحم الصحابة في الفتوى وسوغوا له في الاجتهاد ورجعوا اليه
قوله في المناظرة فمن كان بهذه المنابة من ائمة التابعين فحكمه حكم
حتى روي عن ابي حنيفة انه تقلدهم وعدهم فقال مثل مسروق
والحسن وعلقمة وشريح ومن كان في رتبتهم من التابعين فيكون
في الحقيقة على هذا تقليد الصحابة رضي الله عنهم لتجويزهم فعلهم

وقولهم

وقولهم لا سيما شريح فانه كان قاضيا في زمن عمر رضي الله عنه ومن
بعده من الخلفا فيكون فعله مشهورا بينهم فكيف لا يكون وهو
بحضرتهم فيكون تقليدهم تقليدهم ضرورة وما روي عن عمر
رضي الله عنه كان سياسة بدليل تبليغه اربعين وهو حد العبيد
في القذف وبدليل تسخيمه وهو مثلة لم يجز بالاجماع وكذا لم يقولوا
بحرمته عليها الصلاة والسلام عن المثلة ولو في الكلب العقور
ولان الضرب الشديد والتسخيم يمنعان من الرجوع بعد الوقوع
فلا يشرعان وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه يشهر
عندهما ايضا وقال الامام ملك الحكام ابو محمد الكاتب رحمه الله
وهذه المسئلة على ثلاثة اوجه احدها ان يرجع على سبيل التوبة
والندامة فانه لا يعزر بالاجماع والثاني ان يرجع من غير توبة وهو
مصر على ما كان فانه يعزر بالاجماع والثالث ان لا يعلم رجوعه
باي سبب فانه على الاختلاف الذي ذكرنا قوله ومن اقر انه شهد
زورا بصريح بيانه انما يجب التشهير او التعزير على الاختلاف الذي
ذكرنا على من اقر على نفسه انه شهد كاذبا متعمدا واما اذا قال
اوهمت او نسيت او اخطات او ردت شهادته لتهمة او لمخالفة بين الشهادة
والدعوى او بين شهادتين فانه لا يعزر فانا لا ندري من هو لكاذب
الشاهد الى الكذب ولا يمكن اثباته بالبينة لانه من باب النفي
والبينة حجة وتهمته في اقراره على نفسه فيقبل اقراره ويجب

عدد الكراريس
١٨٨ كراسة
عدد الأسطر
١٩ سطر

عليه موجبه من الضمان والتعزير وكذا اذا شهد وابتل شخص
اوموته ثم جا المشهود بموته اوقتله حيا لتيقنا بكذبهم والرجا
والنساء والرجال واهل الذمة في شاهد الزور سوا وهل تقبل
شهادته بعد ذلك اذا تاب قالوا ان كان فاسقا تقبل لان
الذي حمله على الشهادة الباطلة فسقه فاذا تاب وظهر صلاحه
يقبل لزوال الفسق واختلفوا في مقدار مدة التوبة فقدره
بعضهم بسنة اشهر وعند بعضهم بسنة والصحيح انه مفوض
الى راي القاضي فان كان عدلا او مستورا لا تقبل شهادته ابدا
لان القاضي عدله لا تعتمد وروى الفقيه ابو جعفر عن
ابي يوسف ان شهادته تقبل وبه يفتي فتلخص لنا من جميع
ما ذكرنا في هذا الكتاب ان الشهادة ترد بسبب التهمة وبينها
انواع اما بينة في الشاهد وهو الفسق والعجب واما بينة في المشهود
له وهو وصلة خاصة بينه وبين الشاهد كقرابة في وهو في
حق الحدود في القذف بعد التوبة لان الله تعالى جعل عجزه عن
الاتيان باربعة شهداء دليل كذبه بقوله تعالى فاذلم ياتوا
فاولئك عند الله هم الكاذبون والله سبحانه وتعالى اعلم

وهذا خر تكملة الجزا الثالث من الزيلعي
شرح الكنز وذلك في يوم السبت
١٩ شهر جمادا الاخر من شهور
سنة ست وخمس
ومايتة
والف
بحمد