إذا كان للبائع لبقاء ملكه وإن كان للمشتري فلأن المبيع لم يخرج عن ملك بائعه بالكلية كما في البحر .

أفاده ط .

وقد يقال إن المناسب أن لا يذكر خيار البائع لأن وطأه في حقيقة الملك لا في شبهته نظير ما مر فكان الأولى ما ذكره الشارح ويفهم منه ما إذا كان الخيار لهما أو لأجنبي فافهم .

وفي التتارخانية ولو باع جارية على أنه بالخيار فوطئها المشتري أو كان الخيار للمشتري فوطئها البائع فإنه لا يحد علم بالحرمة أو لم يعلم .

قوله (والتي هي أخته رضاعا) أي ووطء أمته التي هي أخته رضاعا .

قلت ومثلها أمته المجوسية والتي تحته أختها لوجود الملك فيهما أيضا مع أن حرمتهما غير مؤبدة .

تأمل .

قوله (من لم يحرم به) أي بالمذكور من الردة وما بعدها أما الردة فقد تقدم في كتاب النكاح أن مشايخ بلخ أفتوا بعدم الفرقة بردتها وأما فيما بعدها فلخلاف الشافعي رحمه ا تعالى اه ح .

قوله (وغير ذلك) منه ما ذكرناه من المجوسية والتي تحته أختها .

قوله (فدعوى الحصر) أي المفهوم من قول الهداية وغيرها والشبهة في المحل في ستة مواضع .

$ مطلب في بيان شبهة الفعل $ قوله (بشبهة الفعل) أي الشبهة في الفعل الذي هو الوطء حيث كان مما قد يشتبه على حرمته لا في محله وهو الموطوءة لأن حرمة المحل هنا مقطوع بها إذا لم يقم فيه دليل ملك عارضه غيره فلم يكن في حل المحل شبهة أصلا .

قوله (أي شبهة في حق من حصل له اشتباه) هو معنى قول المصنف إن ظن حله لأن من ظن الحل فقد اشتبه عليه الأمر ولذا قال في الفتح إنها تتحقق في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة إذ لا دليل في السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن أن جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال فلا بد من الظن وإلا فلا شبهة أصلا لفرض أن لا دليل أصلا لتثبت الشبهة في نفس الأمر فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة أصلا اه .

قوله (إن ظن حله) شرط لقوله ولا حد الخ فنفي الحد هنا مشروط بظن الحل لما علمت أن هذا الظن هو الشبهة لعدم دليل قائم تثبت به الشبهة فلو لم يظن الحل شبهة أصلا بخلاف ما

مر فإن الشبهة فيه جاءت من دليل حل المحل فلا حاجة فيه إلى ظن الحل فلذا انتفى الحد فيه سواء ظن الحل أو لا .

قوله (العبرة لدعوى الظن الخ) أي لا للظن نفسه فإنه يحد إن لم يدع وإن حصل له الظن ولا يحد إن ادعى وإن لم يحصل له الظن .

ابن كمال .

وفيه تورك على عبارة المصنف لكن لا يخفى أن الظن أمر باطني لا يعلمه القاضي إلا بدعوى صاحبه فقوله إن ظن حله أي إن علم القاضي أنه ظن الحل يدرأ عنه الحد وذلك لا يكون إلا بدعواه وإخباره .

قوله (ولو ادعاه أحدهما الخ) لأن الشبهة إذا تمكنت في الفعل من أحد الجانبين تتعدى إلى الجانب الآخر ضرورة .

بحر .

قوله (كوطء أمة أبويه الخ) لأن بين الإنسان وبين أبويه وزوجته وسيده انبساطا في الانتفاع بمالهم واستخدام جواريهم فكان مظنة حل الوطء على توهم أنه من الاستخدام وكذا بقاء أثر الفراش في المعتدة من وجوب النفقة وحرمة تزوج أختها مظنة لتوهم حل وطئها وقيد بالأمة لما في الخانية لو زنى بامرأة الأب أو الجد فإنه يحد وإن قال ظننت أنها تحل لي .