كتاب المجموع

شركة أبناء شريف الأنصاري
للطباعة والنشر والتوزيع
صيدا - بيروت - لبنان

• المكتبة العصرية
الخندق الغميق - ص.ب: 11/8355
تلفاكس: 655015 - 632673 - 659875 1 00961
بيروت - لبنان

• الدار النموذجية
بوليفار د. نزيه البزري - ص.ب: 221
تلفاكس: 720624 - 729259 - 729261 7 00961
صيدا - لبنان

• المطبعة العصرية
كفر جرة - طريق عام صيدا جزين
00961 7 230841 - 07 230195
تلفاكس: 655015 - 632673 - 659875 1 00961
صيدا - لبنان

الطبعة الأولى
هـ 1437 - 2016

Copyright© all rights reserved
جميع الحقوق محفوظة للناشر
لا يجوز نشر أي جزء من هذا الكتاب أو اختزان مادته بطريقة الاسترجاع أو نقله على أي نحو أو بأي طريقة سواء كانت الكترونية أو بالتصوير أو التسجيل أو خلاف ذلك إلا بموافقة كتابية من الناشر مقدما.

E. Mail alassrya@terra.net.lb
alassrya@cyberia.net.lb
info@alassrya.com

موقعنا على الإنترنت
www.alassrya.com

المجموع
شرح المهذب

للإمام أبي زكريا محيي الدين
ابن شرف النووي

ضبط نصّه وعلّق عليه
محمد بن رياض الأحمد

الجزء الثامن

تابع كتاب البيوع

الحمد لله رب العالمين، اللَّهم صلِّ على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا.

قال الشيخ الإمام شيخ الإسلام، قدوة الأعلام، أوحد المجتهدين، قاضي قضاة المسلمين، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي السبكي أثابه الله الجنة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وتثمر، وبفضله يأبى إلا أن يتم نوره ويظهر، أحمده حمد معترف بالعجز مقصر، وأثني عليه بأني لا أحصي ثناء عليه وأستغفر، وأشهد أن لا إلٰه إلا الله وحده لا شريك له شهادة معلن بالإيمان ومظهر، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله المبشر المنذر ﷺ، وشمل أصحابه بالرضوان وعمم.

أما بعد فقد رغب إليَّ بعض الأصحاب والأحباب، في أن أكمل «شرح المهذب» للشيخ الإمام العلامة علم الزهاد، وقدوة العبَّاد، واحد عصره، وفريد دهره، محيي علوم الأولين، وممهد سنن الصالحين، أبي زكريا النووي رحمه الله تعالى، وطالت رغبته إليَّ وكثر إلحاحه علي وأنا في ذلك أقدم رجلًا وأؤخر أخرى، وأستهون الخطب وأراه شيئًا أمرًا، وهو في ذلك لا يقبل عذرًا. وأقول قد يكون تعرضي لذلك مع تقعدي عن مقام هذا الشرح إساءة إليه، وجناية مني عليه، وأنَّىٰ أنهض بما نهض به، وقد أسعف بالتأييد وساعدته المقادير فقربت منه كل بعيد.

ولا شك أن ذلك يحتاج بعد الأهلية إلى ثلاثة أشياء، أحدهما: فراغ البال، واتساع الزمان، وكان رحمه الله تعالى قد أوتي من ذلك الحظ الأوفى، بحيث لم يكن له شاغل عن ذلك من نفس ولا أهل والثاني: جمع الكتب التي يستعان بها على النظر والاطلاع على كلام العلماء، وكان رحمه الله قد حصل له من ذلك حظ وافر لسهولة ذلك في بلده في ذلك الوقت. والثالث: حسن النية وكثرة الورع والزهد والأعمال الصالحة التي أشرقت أنوارها وكان رحمه الله قد اكتال بالمكيال الأوفى، فمن يكون اجتمعت فيه هذه الخلال الثلاث، أنىَّ يضاهيه أو يدانيه من ليس فيه واحدة منها، فنسأل الله تعالى أن يحسن نياتنا، وأن يمدنا بمعونته وعونه.

وقد استخرت الله تعالى وفوضت الأمر إليه واعتمدت في كل الأمور عليه وقلت في نفسي لعل ببركة صاحبه ونيته يعينني الله عليه، إنه يهدي من يشاء إلى

صراط مستقيم، فإن من الله تعالى بإكماله فلا أشك أن ذلك من فضل الله تعالى ببركة صاحبه ونيته، إذ كان مقصوده النفع للناس ممن كان، وقد شرعت في ذلك مستعينا بالله تعالى معتصمًا به ملتجئًا إليه، أنه لاحول ولا قوة إلا به وهو حسبي ونعم الوكيل، وإياه أسأل أن يغفر لي ولوالدي وأهلي ومشايخي وجميع إخواني وأن يكثر النفع به ويجعله دائمًا إلى يوم الدين.

وها أنا أذكر إن شاء الله تعالى المواد التي أستمد منها، فمنها ما هو عندي بكماله ومنها ما هو عندي من الموضع الذي شرعت فيه الآن، وها أنا أسمي لك ذلك كله فمن ذلك على «المهذب»: كتاب «فوائد المهذب» لأبي علي الفارقي تلميذ المصنف، وما عليه لأبي سعيد بن عصرون، وكتاب «بيان ما أشكل في المهذب» لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، وكتاب «السؤال عما في المهذب من الإشكال» للعمراني أيضًا، وكتاب «تجريد شواهد المهذب» لأبي عبد الله بن محمد بن أبي علي القلعي، وكتاب «المستغرب في المهذب» للقلعي أيضًا، وكتاب «الوافي بالطلب في شرح المهذب» تأليف أبي العباس أحمد بن عيسى بن أبي بكر عبد الله، وكتاب «التعليقة في شرح المهذب» للشيخ أبي إسحاق المشهور بالعراقي، وكتاب «التعتب على المهذب» لابن معن، وكتاب «الفص المذهب في غريب المهذب» لابن أبي عصرون، وكتاب «المؤخذات» لجمال الدين بن البدري، وكتاب «شرح مشكلات» منه لأبي الحسن علي بن قاسم الحليمي، وكتاب «في مشكلات المهذب»، لطيف مجهول المصنف، وكتاب آخر كذلك، وكتاب «غاية المفيد ونهاية المستفيد في احترازات المهذب» لأبي محمد عبد الله بن يحيى الصعبي، وكتاب آخر مجهول، وكتاب «تفسير مشكلات من المهذب» مما جمعه ابن الدري، وكتاب «التنكيت» للدمنهوري، وكتاب «المتهب في الرد عليه» لحمزة بن يوسف الحموي، وكتاب «لغة المهذب» مجهول المصنف، وكتاب ابن باطيش، و«شرح المهذب» أبو عمرو الماراني المسمى «بالاستقصاء».

ومن الكتب المذهبية: «الأم للشافعي» رحمه الله، وكتاب «الإملاء» له، وقفت منه على مجلدتين الثانية والثالثة، و«مختصر المزني»، و«مختصر البويطي»، و«شرح مختصر المزني» لأبي داود وشرحه لأبي الحسن الجوزي، وكتاب «شرح المختصر من شرح تعليق الطبري» لأبي على بن أبي هريرة، وكتاب «التلخيص» لابن القاص، وكتاب «المفتاح» له، وشرحه لسلامة بن إسماعيل بن سلامة المقدسي، وشرح آخر له مجهول، و«المولدات» لابن الحداد.

ومن كتب العراقيين وأتباعهم: «تعليقة» الشيخ أبي حامد الإسفراييني،

و«الذخيرة» للبندنيجي، و«الدريق» للشيخ أبي حامد أيضًا، و«تعليقة» البندنيجي أيضًا، و«المجموع» للمحاملي، و«الأوسط» للمحاملي، و«المقنع» للمحاملي، و«اللباب» للمحاملي، و«التجريد» للمحاملي، و«تعليقة» القاضي أبي الطيب الطبري، و«الحاوي» للماوردي، و«الإقناع» له، و«اللطيف» لأبي الحسن بن خيران، و«التقريب» لسليم، و«المجرد» له، و«الكفاية» له، و«الكفاية» للعبدري، و«التهذيب» لنصر المقدسي، و«الكافي»، و«شرح الإشارة» له، و«الكفاية» للمحاجري، و«التلقين» لابن سراقة، و«تذنيب الأقسام» للمرعشي، و«الكافي» للزبيدي، و«المطارحات»لابن القطان، و«الشافي» للجرجاني، و«التجريد» له، و«المعاياة» له، و«البيان» للعمراني، و«الانتصار» لابن أبي عصرون، و«المرشد» له، و«التنبيه»، و«الإشارة» له، و«الشامل» لأبي نصر بن الصباغ، و«العدة» لأبي عبد الله الحسين بن علي الطبري، و«البحر» للروياني، و«الحلية» للشاشي، و«الحلية» للروياني، و«التنبيه» للمصنف، و«شرحه» لابن يونس، و«شرحه» لشيخنا ابن الرفعة، و«دفع التمويه عن مشكلات التنبيه» لأحمد بن كتاسب وغير ذلك مما هو مشهور عليه.

ومن كتب الخراسانيين وأتباعهم: «تعليقة» القاضي حسين، و«الفتاوى» له، و«السلسلة» للجويني، و«الجمع والفرق» له، و«النهاية» لإمام الحرمين، و«التذنيب» للبغوي، و«الإبانة» للفوراني، و«العمدة» للفوراني، و«تتمة الإبانة» للمتولي، و«البسيط»، و«الوسيط» و«الوجيز»، و«الخلاصة»، و«شرح الوسيط» لشيخنا ابن الرفعة، و«إشكالات الوسيط»، و«الوجيز» للعجيلي، و«حواشي الوسيط» لابن السكري، و«إشكالات الوسيط» لابن الصلاح، و«الشرح الكبير» للرافعي، و«الشرح الصغير» له، و«التهذيب» له، و«الروضة» للنووى، و«مختصر المختصر» للجويني، و«شرحه» المسمى «بالمعتبر»، و«المحرر»، و«المنهاج»، و«تذكرة العالم» لإبي علي بن سريج، و«اللباب» للشاشي.

ومن كتب أصحابنا المصنفة في الخلاف: و«الإشراف» لابن المنذر، و«الكفاية في النظر» للصيدلاني، و«الغنية» للجويني، و«النكت» للشيخ أبي إسحاق المصنف، و«مأخذ النظر» للغزالي، و«التحصين» له، و«الرؤيا» للكيا، و«بعض مفردات أحمد» للكيا، و«تعليقة» الشريف المراغي، و«تعليق» الكمال للسِّمناني، و«رؤوس المسائل» للمحاملي، و«سمط المسائل» للتبريزي، و«مختصر» التبريزي، و«الخواطرالشريفة» لهمام بن راجي الله بن سرايا، و«حقيقة القولين» للروياني، و«الكافي في شرح مختصرالمزني» للروياني، و«الترغيب» للشاشي، و«الذخائر»، و«تعليقة» البندنيجي.

ومن كتب المخالفين من مذهب أبي حنيفة: «شرح الهداية» للفرغاني

المرغيناني الوسداني، و«الجامع الصغير»، و«الوجيز» للخضيري.

ومن مذهب مالك: «التلقين» للمازري، و«شرح الرسالة» للقاضي عبد الوهاب، و«التهذيب» للبرادعي، و«التحصيل»، و«البيان» لابن رشد، و«تعليقة» أبي إسحاق التونسي.

ومن مذهب أحمد: «المغني في شرح الخرقي»،لأبي محمد بن عبد الله بن قدامة المقدسي، وهو أحسن كتاب عنده ومن كتب «الآثار» مصنف ابن أبي شيبه.

ومن مذهب الظاهرية: «المحلى لابن حزم»، «الموضح» لأبي الحسن بن أبي المغلس.

كتب متون الحديث: وهي قسمان، منها ما هو على الأبواب كـ «الموطأ»، و«مسند الشافعي»، و«سنن الشافعي»، و«مسند الدارمي»، و«صحيح البخاري»، و«صحيح مسلم»، و«سنن أبي داود»، و«سنن النسائي»، و«جامع الترمذي»، و«سنن ابن ماجه»، و«سنن الدارقطني»، و«المستدرك» للحاكم، و«التقاسيم والأنواع» لابن حبان، وله ترتيب خاص، و«صحيح» أبي عوانه، و«السنن الكبير» للبيهقي، و«معرفة السنن»، والآثار له، و«السنن الصغير»، و«الأحكام» لعبد الحق.

ومنها ما هو على المسانيد، «مسند» أبي داود الطيالسي، و«المنتخب» من مسند عبد بن حميد، و«مسند» أبي بكر بن أبي شيبه، و«مسند» أحمد بن حنبل، و«مسند» أحمد بن منيع شيخ المهدي، و«المعجم» للطبراني.

ومن كتب رجال الحديث وعلله: «معجم الصحابة» للبغوي، و«الاستعاب للصحابة» لابن عبد البر، و«أسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير»، و«تاريخ البخاري الكبير»، و«تاريخ البخاري الصغير»، و«تاريخ ابن أبي حاتم»، و«الجرح والتعديل» لابن أبي حاتم، و«كتاب الكامل» لابن عدي، و«الضعفاء والمتروكين» للبخاري، و«الضعفاء والمتروكين» للنسائي، و«الضعفاء» للعقيلي، و«الضعفاء» لابن شاهين، و«الثقات» لابن حبان، و«تاريخ نيسابور» للحاكم، و«تاريخ بغداد» للخطيب، و«ذيله» لابن المديني، و«ذيله» لابن النجار، و«العلل»، و«الطبقات» لمسلم، و«الضعفاء» لأبي أيوب التميمي، و«الطبقات الكبرى» لابن سعد، و«الطبقات الصغرى» له، وكتاب ابن القطان على «الأحكام»، ومن«شروح الحديث التمهيد»لابن عبد البر، و«الإستذكار» و«المنتقى» للباجي، و«الإكمال» للقاضي عياض، و«شرح مسلم» للنووي، و«شرح العمدة» لابن دقيق العيد.

ومن كتب اللغة: «الصحاح»، و«المحكم»، و«الغريبين» للهروي، والله أعلم.

قال الإمام السبكي رحمه الله تعالى:

قال المصنف والأصحاب: إذا تخايرا في المجلس قبل التقابض فهو كالتفرق فيبطل العقد لما ذكره المصنف، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور، وقال ابن سريج: لا يبطل لظاهر الحديث، فإنه يسمى يدًا بيد.

قلت: هذا آخر ما وجد من شرح أبي زكريا النووي رحمه الله، وأقول بعون الله تعالى:

وفي المسألة وجه ثالث أن الإجارة لاغية والخيار باقٍ بحاله، وبه جزم الماوردي، وقد شذّ عن العراقيين بذلك، فإنهم مطبقون على البطلان. وممن جزم بذلك منهم الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب ونقله عن الأصحاب والمحاملي والمصنف وأتباعه وأكثرهم لم يحكوا خلاف ابن سريج ولا غيره في ذلك إلا سليما في «التقريب» فإنه حكاه وقال: إن المذهب البطلان ورأيته بخطه في «تعليقة أبي حامد»، وقال: إنه حكاه في آخر الرهن.

وأما المراوزة فالفوراني في «العمدة» وافق العراقيين وجزم بالبطلان. وأكثرهم يحكي وجهين مع اختلاف معنييهما. فالقاضي الحسين حكى وجه البطلان ووجه اللزوم في موضعين من كتابه بتلخيص كل منهما مراده كما ذكرناه. وتبعه صاحب «التتمة» وصاحب «التهذيب». وعين أن المخالف هو ابن سريج. وإمام الحرمين حكى عن نقل شيخه وصاحب «التقريب» وجه الغاء الإجارة ووجه اللزوم ولم يذكر وجه البطلان. وتبعه الغزالي في «البسيط» و«الوسيط» مع زيادة ترجيح اللزوم. وقد انفرد بترجيح ذلك من بين المصنفين ووافقه عليه من فضلاء المتأخرين زين الدين الحلبي شيخ صاحب «الوافي». فانتظم من النقلين في طريقة المراوزة الأوجه الثلاثة المذكورة كما هي أيضًا مفرقة في طريقة العراق. وممن ذكرها مجموعة صاحب«البحر». وعزا القول بالبطلان إلى جمهور الأصحاب.

وأما الرافعي رحمه الله تعالى فإنه ذكر الثلاثة مفرقة في موضعين من كتابه على وجه يتوقف في الجمع بينهما. ففي باب الربا قال: والتخاير قبل القبض بمنزلة التفرق يبطل العقد. خلافًا لابن سريج. كما فعل صاحب «التهذيب».

وفي باب خيار المجلس حكي وجهين، أحدهما إلغاء الإجارة والثاني لزوم العقد كما فعل إمام الحرمين. ولم يتعرض للتنبيه على أن كلًا من الوجهين مخالف لما اقتضى كلامه في باب الربا ترجيحه. فاقتصار الرافعي على هذين الوجهين في هذا المكان يوهم الجزم بصحة العقد. والنووي رحمه الله تعالى فعل هنا ـ حيث وقف في باب الربا ـ كما فعل الرافعي فيه، وحكى في باب خيار المجلس فيما تقدم وجهي إلغاء الإجارة ولزوم العقد وقال: إن أصحهما اللزوم. قال: وفيه وجه ثالث

أنه يبطل العقد فجمع الأوجه الثلاثة. لكن بعبارة توهم أن البطلان مرجوح. وهو قال هنا: إنه المذهب. وأما قوله: أصحهما اللزوم فيمكن الاعتذار عنه بأنه الأصح من الوجهين ولا يلزم أنه الأصح مطلقًا فلا منافاة بينه وبين أن يكون الثالث أصح منه.

واعلم أن الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ وكذلك الشارح في هذا الفصل نقل عن ابن سريج أنه لا يبطل العقد. ولم يبين هل مراده بعد ذلك أنه يلزم العقد؟ أم تلغو الإجارة؟ وأن عدم بطلان العقد صادق على كلا الوجهين. لكن سليم في «التقريب» وصاحب «العدة» بينا ذلك صريحًا فقالا: وعن أبي العباس فيه وجه أن العقد يلزم بذلك ولا يبطل، وكذلك يقتضيه كلام صاحب «التهذيب» وكلام سليم وصاحب «العدة» أصرح، وقول سليم وصاحب «العدة» أن القول بالبطلان هو المذهب قد يؤخذ منه أن ذلك منصوص الشافعي رحمه الله، ولم أر هذه المسألة فيما وقفت عليه من نصوص الشافعي وإنما رأيتها في كلام الشيخ أبي حامد فمن بعده، ولأجل إجمال الرافعي ومن وافقه في النقل عن ابن سريج حصل التباس على شيخنا ابن الرفعة في «الكفاية»، فجعل قول ابن سريج كقول الماوردي والصواب ما قدمته، والأصح عند الحنابلة كقول ابن سريج، وعندهم احتمال كمذهبنا، وأما مذهب مالك وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى فلا تأتي هذه المسألة عندهما، لأنهما لا يقولان بخيار المجلس.

توجيه كل وجه من ذلك: أما القول بإلغاء الإجارة فقد استدل له الماوردي بأن اختيار الإمضاء إنما يكون بعد تقصي علقة العقد، وبقاء القبض يمنع من تقصَّي عَلْقِه فمنع من اختيار إمضائه، قال في «البحر» وهذا حسن وليس كما قال فإن اختيار الإمضاء إما أن يكون يستدعي سبق صحة العقد أو سبق تقصِّي ـ عَلْقِه إن كان الأول فهو حاصل، وإن كان الثاني فمن جملة العلق القبض في غير الربوي، ولا تتوقف الإجارة عليه اتفاقًا وتخصيص محل النزاع دون غيره تحكم، ثم إن حديث: «البيعان بالخيار» يدل على أن الخيار معناه ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر، فمن ادعى أن الخيار يبقى بعد التخاير كان مخالفًا لمفهوم الحديث، بل ولمنطوقه على رأيي، فإن فيه: فإذا كان بيعهما عن خيار فقد وجب البيع، والشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ يحمل ذلك على التخاير بعد العقد، فاقتضى أن التخاير موجب للعقد مطلقًا، والله سبحانه أعلم.

وأما قول ابن سريج فوجهه ظاهر، لأن الشرط التقابض قبل التفرق، وقد وجد، وإلحاق التخاير بالتفرق في كل أحكامه ممنوع. والذي ثبت من الشرع مساواة التخاير للتفرق في لزوم العقد لا مطلقا، فمن ادعى ذلك فعليه البيان، وله أن

يتمسك بحديث: «المتبايعان بالخيار» ودلالته على وجوب العقد بالتخاير كما تقدم من غير تفصيل بين عقود الربا وغيرها.

قالت الحنابلة: اشتراط التقابض قبل اللزوم تحكم بغير دليل، لم يبطل بما إذا تخايرا قبل الصرف ما لم يتفرقا، فإن الصرف يقع لازمًا صحيحًا قبل القبض، ثم يشترط القبض في المجلس. ونحن نمنع هذه المسألة على الأصح في مذهبنا، ومن أثبت القول الذاهب إلى ذلك وأجرى ذاك في عقود الربا والسلم استحال القول بأن التخاير مبطل.

واعلم أن من الأصحاب من يثبت أن ذاك قول الشافعي رحمه الله، أعني صحة اشتراط نفي خيار المجلس، فعلى هذا يتعين تخريج قول موافق لابن سريج في مسألتنا هنا ولا سبيل إلى أن يقال: إن ذلك لا يجري في عقود الربا، والله سبحانه أعلم.

وحينئذٍ أقول في توجيه ما اختاره أكثر الأصحاب: أن الدليل على اشتراط التقابض قوله ﷺ: «يدًا بيد» وهذا اللفظ إما أن يكون ظاهرًا في أنه يعطي بيد ويأخذ بأخرى، وإما أن يكون محتملًا له، لكنا خرجنا عن ذلك لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمالك بن أوس لما صرف من طلحة: «لا تفارقه حتى تأخذ منه» فجعلنا ذلك منوطًا بالتفرق وليس اعتبار التفرق لذاته، بل لمعنى يمكن إحالة الحكم عليه، وهو أن العقد قبل التفرق كأنه لم يوجد بدليل قوله ﷺ: «كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار»[1]. رواه البخاري ومسلم كلاهما بهذا اللفظ. اقتضى الحديث تنزيل العقد الذي لم يلزم بالتفرق أو التخاير منزلة العدم، وأنه بعد التفرق أو الخيار ليس كذلك فإذا وجد القبض قبل انقضاء الخيار وجد في وقت كأنه لم تتكامل حقيقة العقد فيه فأشبه القبض الواقع وقت العقد، بأن يعطي بيد ويأخذ بأخرى، فكان أقرب إلى قوله ﷺ: «يدًا بيد» بخلاف ما إذا وجد ذلك بعد اللزوم.

وأما اعتبار التفرق من حيث هو، فلا معنى له ولم يرد في الشرع ما يدل عليه، ولا أن التقابض قبله مطلقًا كافٍ، ويتأيد ذلك بأن الأصل عندنا في بيع الربويات التحريم، إلا ما قام الدليل على اباحته كما سننبه عليه إن شاء الله تعالى فإذا تعارض ما يقتضي إلحاق التخاير بالتفرق، وما يقتضي عدمه، تعين الرجوع إلى الأصل، فكيف ولم يحصل تعارض؟ فإن الشارع لم ينص على أنه متى حصل التقابض قبل التفرق صحّ العقد، ولا على جعل التفرق من حيث هو مظنة بل شرط أن يكون يدًا

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١١٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٣١).

بيد، والعقد بالتخاير موجود حقيقة وحكمًا، وتقدُّمُ صحة العقد على شرطه ممتنع. وأما ما قبل التخاير فالصحة المحكوم بها كلا صحة لما قدمناه فكذلك اكتفى بالقبض فيها، وأيضًا فالتفرق اعتبر للدلالة على تكامل الرضا والتخاير المصرح بذلك أولى.

فإن قلت: التخاير قبل التقابض إما أن يكون صحيحًا أو باطلًا، فإن كان صحيحًا وجب أن يترتب عليه مقتضاه وهو اللزوم كما قال ابن سريج، وإن كان باطلًا وجب أن يلغو ويبقى الخيار بحاله كما قال الماوردي، فالحكم بكونه مبطلا للعقد بعيد. قلت: بطلان العقد لم ينشأ عن التخاير، بل عن عدم التقابض، والتخاير مبين لنا غاية الوقت الذي اشترط فيه التقابض كالتفرق، فالتخاير قاطع للمجلس حقيقة، لوجود حقيقة الرضا الكامل، وإن تخلف لزوم العقد عنه، والله تعالى أعلم.

التفريع إذا قلنا بقول ابن سريج: فتقابضا بعد ذلك قبل التفرق، فقد تم العقد لأنه لزم بالتخاير، وإن تفرقا قبل أن يتقابضا انفسخ العقد، وهل يأثمان بذلك؟ جزم الإمام والغزالي والرافعي رحمهم الله تعالى والنووي رحمه الله تعالى في هذا «المجموع» في باب الخيار أنه باللزوم يتعين عليهما التقابض، وأنهما إن تفرقا قبل التقابض انفسخ العقد بعد اللزوم ولا يعصيان إن كان تفرقهما عن تراضٍ وإن فارق أحدهما انفسخ العقد وعصى بانفراده بما يضمر فسخ العقد وإسقاط المستحق عليه، وما جزموا به من كونهما لا يعصيان إذا تفرقا عن تراض ينافي ما قاله ابن الصباغ والمتولي، ونقله النووي عن الأصحاب فيما تقدم أن التفرق قبل التقابض في عقود الربا يأثمان به، وإن كان الخيار باقيًا، وأنه يكون جاريًا مجرى بيع الربوي نسيئة، وكذلك جزم به القاضي أبو الطيب الطبري، وفي كلام الشافعي رحمه الله تعالى ما يشير إلى ذلك، فإنه قال في «الإملاء» إذا تفرق المتبايعان قبل أن يتقابضا صار ربًا، وانفسخ فيه البيع، وقال في كتاب الصرف من «الأم»: إذا صرف الرجل شيئًا لم يكن له أن يفارق من صرف منه؛ حتى يقبض منه ولا يوكل به غيره إلا أن ينفسخ البيع، ثم يوكل هذا بأن يصارفه.

وقال النووي رحمه الله تعالى فيما تقدم: قال أصحابنا: فلو تعذر عليهما التقابض في المجلس وأرادا أن يتفرقا لزمهما أن يتفاسخا العقد قبل التفرق، لئلا يأثما، فإذا كان هذا في زمان الخيار فبعده أولى بلا شك، ويتجه أن يخرج من كل من الكلامين إلى الآخر، وللنظر في كل منهما مجال يتجه أن يقال: إن ذلك حرام مطلقًا، لأن الشارع نهى عن هذا العقد إلا يدًا بيدٍ، وحكم على كل عقد من هذه العقود بأنه ربا إلا: ها وها، فمتى لم يحصل هذا الشرط حصل المنهي عنه،

وحصل الربا، والربا حرام، وهذا الذي يقتضيه ظاهر إطلاق الأصحاب لفظ الحرمة على هذه الأمور في عقود الربا، كقولهم: حرم النساء والتفرق قبل التقابض، وليس تفرقهما كتفاسخهما، فإنهما بالتفاسخ رفعا العقد فلا يلزمهما شروطه وإذا لم يرفعاه وتفرقا فقد خالفا بالتفرق وجعلاه عقد ربا، والبطلان حكم من الشرع عليهما، ويحتمل أن يقال: إنه ليس المراد ههنا بالحرمة إلا أن هذه الأشياء شروط في الصحة.

قال السمرقندي رحمه الله من الحنفية في كتاب «المطلوب في الخلاف»: إن المعنى بصحة العقد وفساده هنا وقوعه مقتضيًا ثبوت أحكام مخصوصة دون الحرمة المطلقة فإنهما إذا تبايعا وافترقا من غير قبض لا يأثمان، ولكن يمتنع ثبوت هذه الأحكام عند الشافعي رحمه الله، وعندنا لا يمتنع، يعني في بيع الطعام بالطعام. فأفهم كلامه أن الإمامين غير قائلين بالحرمة المطلقة. والأول أرجح وأقرب إلى أصل الشافعية الذي تقدمت الإشارة إليه. ويأتي إن شاء الله تعالى.

أما بعد اللزوم على رأى ابن سريج فرضاهما بالفسخ لا أثر له، ولم يبق إلا صورة التفرق فيتجه الجزم بالتحريم وإن رضيا به، لأنهما رضيا بما يحقق العقد المنهي عنه فالقول بالتحريم في زمان الخيار مع عدم التحريم بعد التخاير مما لا يجتمعان.

فإن قلت: القول بعدم التحريم بعد التخاير إنما ذكروه تفريعًا على رأي ابن سريج، فجاز أن يكون ابن سريج مخالفًا في ذلك الأصل، فلا يلزم أن يجتمع كلامه مع كلام الأصحاب. قلت: القائلون بذلك تفريعًا على رأي ابن سريج لم ينقلوا التفريع المذكور عنه، وإنما فرعوه كسائر التفاريع المذهبية فلذلك حسن الإيراد عليهم، وأيضًا فقد قلنا فيما تقدم إنه يتعين تخريج قول مثل قول ابن سريج، وإذا أثبتنا للشافعي قولًا بصحة العقد والشرط فيما إذا تبايعا على أن لا خيار لهما.

فإن قلت: إنهما في زمان الخيار متمكنان من الفسخ فلهما طريق في رفع العقد قبل التفرق فلا يباح لهما التفرق. وأما بعد اللزوم فلا طريق لهما إلا التفرق قلت: بعد اللزوم لاطريق لهما إلى رفع العقد، وارتفاعه إنما يحصل بغير اختيارهما كتلف المعقود عليه، فإذا تفرقا فقد فعلا ما ليس لهما فعله، وإن كان يرتفع العقد به، والله سبحانه أعلم.

وأما جزمهم بأنه إذا فارق أحدهما يعصي لقطعه ما هو يستحق عليه، فعلى قاعدتهم وقولهم: إنهما إذا تفرقا راضيين لا يعصيان، فيه نظر فإنه لا يمتنع على الإنسان أن يتصرف في نفسه أو خاص ملكه تصرفا ينقطع به حق غيره إذا كان التصرف في نفسه مباحًا، ألا ترى أن المكاتب يعجز نفسه فينقطع به حق السيد عنه،

والزوج يطلق قبل الدخول فينقطع به حق المرأة في نفس الصداق عنه، وإنما يمتنع إذا كان ذلك مقصودًا للشرع، فحينئذٍ يمتنع كل منهما أن يفارقه لاستلزامه تفويت التقابض المستحق بالعقد شرعًا تحرزًا عن الربا. والله أعلم.

هذا كله إذا فرعنا على قول ابن سريج، وإن فرعناه على ما اختاره الماوردي فالخيار باق بحاله، فإن تقابضا بعد ذلك قبل الافتراق صح العقد واستقر وكانا بالخيار ما لم يتفرقا أو يتخيرا، كذلك صرح الماوردي والله أعلم. وعلى ما اختاره أكثر الأصحاب لا إشكال في التفريع، فإن التخاير ملحق بالتفرق من جميع وجوهه، ومقتضى ذلك أن يأثما به كما يأثمان بالتفرق، والتخاير المبطل أن يكون منهما معًا لأنه الذي ينقطع به خيارهما كالتفرق، أما إذا أجاز أحدهما فليس ذلك في معنى التفرق، حتى يبطل به، فإن مجلس العقد باق، فإن أجاز الآخر بعد ذلك قبل التقابض لا إثم كما تقدم، وفي الحكم بإثم السابق بالإجازة من غير مواطأة نظر، وهذا الذي قلته من التفريع على قول أكثر الأصحاب تفقه لم أر شيئًا منه منقولا. والله أعلم.

فرع: ما تقدم من الكلام فيما إذا فارق أحدهما تفريعا على رأي ابن سريج صورته أن يكون بغير إذن صاحبه، كذلك صرح به في «الوسيط» وعبارته في «البسيط»: وإن هرب أحدهما وهي أصرح في المقصود، وعليه يحمل إطلاق الإمام والرافعي، أما لو فارق أحدهما برضى الآخر. فإن حكمه ما لو تفرقا، والله سبحانه أعلم.

فرع: جميع ما تقدم من الخلاف في حكم الإجارة في عقود الربا والصرف التي يشترط فيها التقابض وببطلان العقد بذلك أو لزومه، أو إلغاء الإجارة. وتفاريع ذلك جار بعينه في السلم، لو أجرت الإجارة قبل قبض رأس المال فيه ذكر القاضي حسين المسألتين وتكلم فيهما. وكذلك الإمام وصاحب «التهذيب»، والله تعالى أعلم.

فرع: إذا باع مال ولده من نفسه في عقد الصرف أو غيره مما يشترط فيه القبض في المجلس. وفارق مجلسه ذاك ولم يحصل القبض بطل العقد على أصح الوجهين في أنه إذا فارق المجلس يلزم العقد. وقيل: لا يلزم إلا باختيار اللزوم وذكر الماوردي أنه قول جمهور أصحابنا. فعلى هذا في الصرف يجوز أن يقبض بعد مفارقة المجلس ما لم يبطل الخيار باختيار اللزوم. قاله صاحب «التهذيب» وصاحب «العدة». ولنا وجه في أصل المسألة أنه لا يثبت في هذا العقد خيار مجلس أصلا. وعلى هذا أيضًا يكون المعتبر مجلس العقد. فإذا فارقه بطل. قاله صاحب «العدة». والله أعلم.

فروع: حيث اشتراطنا التقابض، فسواء تركه ناسيًا أم عامدًا في فساد البيع نص عليه الشافعي رحمه الله في «الأم»، وسواء علما فساد العقد بتأخر القبض أم جهلا. قاله الماوردي، وسواء كان ذلك اختيارًا أو كرهًا. نقله صاحب «الإستقصاء» عن «الإيضاح». ولم أر ذلك في غير «الاستقصاء».

ولعلك أن تقول: قد حكوا خلافًا في انقطاع الخيار بالتفرق على وجه الإكراه والصحيح أنه لا ينقطع، فجعلوا الإكراه هناك عذرًا، فهل كان ها هنا عذرًا؟ وكيف يحكم ببطلان العقد مع بقاء الخيار الدال على بقاء المجلس؟ والشرط أن يتقابضا في المجلس لا غير، وأن يكون ذلك التفرق كلا تفرق.

فإن قلت: قد نص الشافعي رحمه الله على أن النسيان في ذلك كالعمد، وهو يشعر بأن الإكراه كالاختيار قلت: النسيان له صورتان: أن ينسى العقد ويفارق المجلس ثم يتذكر. وفي هذا قال إمام الحرمين رحمه الله: لا شك أنه ينقطع خياره وأنه لا وجه لتقريب ذلك من الحنث في اليمين، فإن الحالف جعل اليمين وازعة، واليمين المنسية لا تزع، والناسي إذا فارق مجلس العقد في حكم مضيع حق نفسه بالنسيان، وقصد بهذا الفرق بينه وبين المكره، فهذه الصورة إذا حمل كلام الشافعي رضي الله عنه عليها لا ترد على المكره، لأن الإكراه تعلق بالتفرق، والإكراه يسقط اعتبار المكره عليه، فصار وجود التفرق كعدمه، والنسيان المذكور لم يتعلق بالتفرق، بل التفرق مقصود والنسيان متعلق بالعقد فلا جرم رتب على التفرق المقصود اختيار أثره وأما الصورة الثانية من النسيان فهي أن يوجد منه التفرق غير قاصد له، بل على وجه السهو والغفلة، وإن كان في تسمية هذا نسيانًا نظر، فهذا إذا وقع على هذه الصورة يمكن إلحاقه بالإكراه بل يتعين. وقد قال صاحب «الذخائر»: في الناسي أن بعض أصحابنا قال: ينقطع خياره بالمفارقة ناسيًا، لأنه لا يعدم سوى القصد ولا تأثير للقصد إذ هو غير شرط. قال: وفيه نظر، فإنه حق ثابت لم يرض بإسقاطه فكيف يسقطه؟ ويحتمل تخريجه على من أكره على التفرق وترك التخاير، وكذلك القول في الجاهل، آل القول في ذلك إلى أن القصد في التفرق هل يشترط أم لا؟ فمن لم يشترطه اكتفى بصورة التفرق، ومن اشترطه لم يكتف بذلك ولا يرد عليه الجنون لأنه انتقل عنه الخيار إلى غيره فهو كالميت.

قلت: فإذا تأملت كلام صاحب «الذخائر» وعليه كلام بعض الأصحاب التي نقلها علمت أن ذلك الكلام إنما يظهر في الصورة الثانية، وتقوىٰ فيه حينئذٍ ما قاله: صاحب «الذخائر». ومتى حمل على الأول لا يستقيم عليه صاحب ذلك الوجه. ومتى ثبت أن التفرق على وجه السهو والغفلة لا يقطع الخيار، يجب أن لا يبطل

العقد بالتفرق على ذلك الوجه قبل التقابض، والله عز وجل أعلم.

وأما الفرع الثاني الذي قاله الماوردي رحمه الله تعالى فظاهر. لأن الجهل بالحكم الشرعي لايدفع ثبوته. وقول صاحب «الذخائر» المتقدم فيه نظر إن حمل على الجهل بالحكم يتعين ما قلناه من سقوط الخيار، وإن حمل على الجهل بأن ذلك العقد سمى تفرقا اتجه أن يبقى خياره. والله سبحانه وتعالى وأعلم.

فروع: نص عليها الشافعي في «الأم» قال رضي الله عنه: ومن اشترى فضة بخمسة دنانير ونصف فدفع إليه ستة وقال: خمسة ونصف بالذي عندي ونصف وديعة فلا بأس به. ولا بأس إذا صرف منه وتقابضا أن يذهبا فيزنا الدراهم. وكذلك لا بأس أن يذهب هو على الانفراد فيزنها. وحمله صاحب «البيان» على أن يكون أحدهما عرف الوزن وصدقه الآخر وتقابضا على ذلك وما حمله عليه فيه بحث سأذكره في باب الصبرة بالصبرة والله أعلم.

قال الشافعي رحمه الله: ولا بأس أن يصرف الرجل من الصراف دراهم فإذا قبضها وتفرقا أودعه إياها.

فرع: قال الشافعي رحمه الله تعالى: لابأس أن يقبض بعد الصرف ويدفع ما قبضه منه إلى غيره، أو يأمر الصراف أن يدفع باقيه إلى غيره إذا لم يتفرقا من مقامهما حتى يقبضا جميع ما بينهما مثاله أن يصرف دينارا بعشرين منه. عشرة ثم عشرة قبل أن يتفرقا. وكذلك قال الماوردي رحمه الله: لا يلزم دفع جميعه مرة واحدة. والله تعالى أعلم.

فرع: لو اختلفا بعد الافتراق فقال أحدهما: تفرقنا عن قبض. وقال الآخر بخلافه. كان القول قول من أنكر القبض. ويكون الصرف باطلًا. قاله الماوردي وقال:

فإن قيل: أليس لو اختلفا بعد الافتراق في الإمضاء والفسخ كان القول في أحد الوجهين قول من يدعي الإمضاء، والبيع لازم؟ فهل كان اختلافهما في القبض مثله؟

قيل: الفرق بينهما أن من ادعى الفسخ ينافي بدعواه مقتضى العقد، لأن مقتضاه اللزوم والصحة إلا أن يتفقا على الفسخ، فكان الظاهر موافقًا لقول من ادعى الإمضاء، وليس كذلك من ادعى القبض، لأن الأصل عدم القبض على أن أصح الوجهين أن القول قول مدعي الفسخ.

قلت قوله: إن أصح الوجهين أن القول قول مدعي الفسخ، وافقه عليه ابن أبي عصرون، وهو مخالف لما صححه الرافعي وجماعة: أن القول قول المنكر للفسخ لأنه الأصل.

وأما ما جزم به قول منكر القبض، فقد خالفه فيه ابن أبي عصرون ونقل فقال: إن كان ما باع كل واحد منهما في يده فالقول قول من يدعي عدم حصول القبض، لأن الحال يشهد به، وإن كان المالان في يد أمين لا يعلم الحال أو في موضع البائع، فالقول قول من يدعي حصول القبض، لأن الأصل صحة العقد ووجود ما يقتضيها، وكذلك لو أقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الصحة لأن معها زيادة علم، هكذا ذكر في «الانتصار».

ووقع في النسخة التي وقفت عليها من «المرشد» في القسم الأول، أن القول قول من يدعي حصول القبض، ونقله ابن الرفعة عنه كذلك فجعل القول قول من يدعي حصول القبض في القسمين، وذلك محمول على غلط من النسخة سقط منها عدم من النسخة التي رأيتها، ومن النسخة التي وقعت لابن الرفعة، وليس في «المرشد» تعليل يرشد إلى المعنى، فلذلك وقع الوهم لابن الرفعة، وهذه من آفة الكتب المختصرة.

وأما «الإنتصار» فوقع الكلام فيه على الصواب وتعليله يرشد إليه على أن ما قاله الماوردي أقوى مما قاله ابن أبي عصرون، لكن ابن الرفعة بعد أن حكى كلام صاحب «المرشد» على ما وجده قال: ويعضد ذلك ما حكاه ابن الصباغ في السلم فيما إذا اختلفا في قبض رأس المال قبل التفرق أو بعده أن القول قول من يدعي الصحة، قال: ولم يحك سواه وطرده فيما إذا كان في يد المسلم. وادعى المسلم إليه أنه أودعه إياه أو غصبه.

قاعدة: الأصل عندنا وعند المالكية في بيع الربويات بجنسها أو ما يشاركها في علة الربا التحريم، إلا ما قام الدليل على إباحته، وهذا الأصل مستفاد من قوله ﷺ: «لاتبيعوا الذهب بالذهب، ولا الورق بالورق إلا وزنًا بوزن، مثلًا بمثل، سواء بسواء»[(١)] لفظ مسلم رحمه الله تعالى في حديث أبي سعيد.

وفي حديث عبادة: «سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، إلا سواء بسواء، عينًا بعين، فمن زاد أو ازداد فقد أربى»[(٢)]. لفظ مسلم أيضًا، ومن

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٧٧) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٨٤).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٨٧) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٤٩) والترمذي في سننه برقم (١٢٤٠) والنسائي في سننه (٧/ ٢٧٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٥٤) وأحمد في المسند (٥/ ٢١٤).

قوله ﷺ في الحديث الذي رواه عمر رضي الله عنه: «الذهب بالورق ربًا إلا ها وها»[١]، الحديث متفق على صحته، ولفظ البخاري: «الذهب بالورق» ولفظ مسلم: «الورق بالذهب»، ومن قوله ﷺ: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدًا بيد»[٢]، لفظ مسلم في حديث عبادة.

وجه الاستدلال أنه ﷺ في الحديث الأول صدره بالنهي ثم استثنى منه، وفي حديث عمر رضي الله عنه صدره بالحكم على ذلك بالربا ثم استثنى. وفي الحديث الآخر وهو بقية حديث عبادة علقه على شرط، والمشروط عدم عند عدم الشرط، والأصل عدمه، وهذه قاعدة شريفة نافعة في مسائل من باب الربا، كمسألة بيع الحفنة بالحفنتين، والجهل بالمماثلة وغير ذلك كما سننبه عليه إن شاء الله تعالى.

وفي مظان الإشتباه وتعارض المأخذ إذا تساوت يجب الحكم بالتحريم عملًا بالأصل، وقد صرح الشافعي رحمه الله تعالى في «الأم» بأن الأصل ذلك. ويخالفنا في ذلك الحنفية، لأن الأصل عندهم في ذلك الجواز لاندراجه في جملة البيع، ويجعلون عقود الربا وسائر ما نهى عنه مخرجًا من ذلك الأصل، ويؤول تحقيق بحثهم إلى أن عقد الربا اشتمل على وصف مفسد فهو كسائر البيوع التي اقترن بها ما يفسدها، وممن صرح بنقل هذين الأصلين عند المذهبين من أصحابنا الخلافيين الشريف المراغي وأبو المظفر بن السمعاني ومحمد بن يحيى وغيرهم، قالوا: واللفظ المراعى: الأصل عندنا في الأموال الربوية التحريم، والجواز ثبت على خلافه رخصة مقيدة بشروط، وعندهم الأصل الجواز، والتحريم ثبت على خلافه عند المفاضلة.

ونقل ابن العربي المالكي عن أبي المطهر خطيب أصفهان قال: قال لنا المنذري: الأصل في الأموال الربوية حظر البيع حتى يتجه تحقيق التماثل، وعند أبي حنيفة رحمه الله الأصل إباحة البيع حتى يمنعه حقيقة التفاضل، وما قلناه أصح، وممن صرح بهذا الأصل من المالكية الطرطوشي وابنه في كلامه، وقد رأيت ما هو منسوب إلى الحنفية في كتبهم وتحقيقه عندهم ما قدمته، وهذه القاعدة يظهر نفعها في مواضع سأنبه عليها إن شاء الله تعالى، وتقدم التنبيه على بعضها.

فإن قلت: كيف تستقيم دعوى هذه القاعدة؟ وقد اشتهر عن الشافعي رحمه الله

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٧٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٨٦) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٤٨) والترمذي في سننه برقم (١٢٤٣) والنسائي في سننه (٧/ ٢٧٣) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٥٣) وأحمد في المسند (١/ ٢٤).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٨٧).

تعالى في كلامه في المعنى قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وأن أظهر معانيها عنده أنها عامة تتناول كل بيع وتقتضي إباحة جميعها إلا ما خصه الدليل وقد تقدم في هذا «المجموع» ذكر أقوال الشافعي رحمه الله تعالى في ذلك، وأن هذا القول أصحها عنده وعند أصحابه، وعقد الربا فرد من أفراد البيوع، فيكون الأصل فيه الجواز كما تقوله الحنفية، وما خرج منها بالتخصيص كان على خلاف الأصل.

قلت: مسلَّم أن الآية شملت دلالتها كل بيع، وأخرج منها عقود الربا بقوله: «لا تبيعوا الذهب بالذهب»[1] الحديث ونظائره، وبقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ان صح الاستدلال منه لما سننبه عليه إن شاء الله تعالى، فصار هذا أصلًا ثابتًا أخص من الأول، لأن هذا خاص بالربويات، ثم استثنى من هذا الأصل أحوال وهو ما إذا حصل المساواة والحلول والتقابض في الجنس الواحد. والحلول والتقابض خاصة في الجنسين. فأبو حنيفة رحمه الله نظر إلى الأصل الأول. وهو إباحة البيوع وجعل صورة المفاضلة في الربويات مخرجة منه. والشافعي رحمه الله نظر إلى الأصل الثاني القريب وهو التحريم في الربويات كلها ثم جعل حالة التماثل مخرجة منه. والحنفية ينازعون في تقرير هذا الأصل الثاني ويقولون: إن قوله: «لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء»[2]، وما أشبهه من هذه الصيغ في معنى.

وقد صرح الشافعي رحمه الله في «الأم»: بأن أصل البيوع كلها مباح إلا ما نهى عنه النبي ﷺ وما في معناه، كل ذلك واحد، ثم تارة يجعلون المقصود فساد البيع عند عدم المماثلة التي هي واجبة؛ قال هؤلاء: لأن الكلام المفيد بالاستثناء يصير عبارة عما ما وراء المستثنى وكلهم يحومون على جعل المعنى كلامًا واحدًا، ولذلك يبنون كلامهم في باب الربا على حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح، مثلًا بمثل يدًا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى»[3]، رواه مسلم رحمه الله تعالى، فلم يأت في هذا اللفظ صيغة نهي واستثناء، فكان المعنى الحكم بإيجاب المماثلة، قالوا: ولا يتصور الحكم بدون محله، ومحله المماثلة، وهو القابل لها، فعرفنا أن المحل الذي لا يقبل المماثلة في الكيل إجماعًا.

والجواب عن هذا أن كلا من خبر أبي سعيد وخبر عبادة ورد بلفظ الإثبات

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٩٢).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٨٤) وأحمد في المسند (٣/ ٤٩) والنسائي في سننه (٧/ ٢٧٧).

فقط، وورد بلفظ النهي والاستثناء، وألفاظهما بذلك كُلها في الصحيح ولا تنافي بينهما، واللفظ الذي فيه نفي وإثبات فيه زيادة على ما فيه إثبات فقط، فيجب العمل بمقتضاه، ودعواهم أن النهي والاستثناء في المعنى كلام واحد، وهو النهي عما وراء المستثنى فقط، وإيجاب المستثنى فقط ممنوع ولا دليل عليهما، وفيهما تعطيل لبعض مدلول الكلام، فهذه قاعدة مهمة ينبغي الاعتناء بها فمن أتقنها وأتقن تحقيق العلة في الربويات، وهل الجنس وصف في العلة أو شرط فيها أو محل لها؟ وحقق النظر في الأجناس، فقد أحاط علما بجميع أصول هذا الباب، ولولا خوف الإطالة لأمعنت الكلام في هذه القاعدة أكثر من هذا، ولكني أرجو أن يكون فيما ذكرته كفاية، وسوف أعود إليها عند الكلام في اعتبار التساوي في الكيل في أول الفصل السادس من كلام المصنف إن شاء الله، وسأنبه على الأمرين الآخرين اللذين أشرت إليهما إن شاء الله تعالى في محلهما، والله تعالى أعلم.

فائدة: تقدم أن الأصح عند الشافعي رحمه الله تعالى أن البيع على عمومه إلا ما خصه الدليل وهو مذهب أكثر الفقهاء. وللشافعي أقوال أخر تقدم نقلها في «المجموع». وفي المسألة قول آخر لبعض الفقهاء لم تتقدم حكايته، فأحببت أن أنبه عليه. وهو أن البيع في الآية من قبيل العموم الذي لا خصوص فيه ولا يدخله الخصوص لأنه لا بيع إلا وهو حلال.

وهؤلاء يمنعون تسمية شيء من البياعات الفاسدة بيعًا، ويقولون: إن نفي الحكم عن الاسم يمنع من وقوع الاسم عليه إلا مجازًا. حكى ذلك القاضي عبد الوهاب المالكي. فعلى هذا لا يبقى للحنفية فيه دليل على ما يدعونه. والله سبحانه تعالى أعلم.

فائدة أخرى: تقدم في كلامي توقف في الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] على تخصيص البيع وذلك لأن الناس اختلفوا في مدلول الربا، فقال ابن داود الظاهري: حقيقة هذه اللفظة الزيادة في نفس الشيء خاصة لقوله تعالى: ﴿فَإِذَآ أَنزَلْنَا عَلَيْهَا ٱلْمَآءَ ٱهْتَزَّتْ وَرَبَتْ﴾ [الحج: ٥] والأرض إنما تربو في نفسها لا فيما يقابلها ولا يطلق على الزيادة في المقابل إلا مجازًا. ولعله ذهب إلى ذلك حتى يسد باب الاحتجاج على أبيه، فقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] هو أنه يشمل الربا فيهما عدا الأشياء الستة المنصوص عليها وقال ابن سريج إنه وإن وضع للزيادة في نفس الشيء يقابله عرفًا ويكون من الأسماء العرفية في الشرع كالصلاة. ومال آخرون إلى انطلاق اللفظ على المعنيين انطلاقًا متساويًا. ومن الناس من ذهب إلى أن هذه التسمية تطلق على كل بيع محرم. وأضيف هذا المذهب إلى عائشة رضي الله عنها

لأجل قولها: «لما نزلت الآيات من آخر سورة البقرة في الربا خرج النبي ﷺ فحرم التجارة في الخمر»[(١)] متفق عليه، أشارت إلى أن بيع الخمر لما كان محرمًا كان ربًا. وأضيف أيضًا إلى عمر رضي الله عنه لقوله: إن من الربا بيع التمر وهي معصفة قبل أن تطيب، ويحتجون بإطلاق اسم الربا على النسيئة في الذهب بالفضة لكونها محرمة وإن كان التفاضل جائزًا ـ حكى هذه الأقوال الأربعة الإمام أبو عبد الله المازري المالكي. فعلى قول ابن داود لا يكون الربا داخلًا في مسمى البيع ألبتة حتى يختص به، بل يكون واردًا في ربا الجاهلية. وهو أن يكون للرجل على الرجل الحق إلى أجل، فإذا حل الأجل قال: أتقضي أم تربي؟ فإن قضاه أخذه وإلا زاده في حقه وزاده الآخر في الأجل.

وقد ذهبت طائفة منهم القاضي أبو حامد من أصحابنا إلى حمل الآية على ذلك وأن الألف واللام في الربا للعهد، وليس هذا موضع تقوية ذلك أو توهينه، ولكن غرضي أن تخصيص قوله: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] بها لا يسلم من نزاع بخلاف تخصيصه بالنسيئة. وهكذا فعل الشافعي رحمه الله. قال في «الأم»: أصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا، إلا ما نهى عنه رسول الله ﷺ منها، وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله ﷺ محرم بإذنه داخل في المعنى المنهي عنه. وما فارق ذلك أبحناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى اهـ، فجعل المخصص هو السنة فحسب.

وممن مال إلى أن المراد بالربا كل بيع فاسد أبو بكر بن العربي المالكي. وقال: إن الآيتين ـ يعني قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ـ اقتضيا كتاب البيوع كله على الشمول دون التفصيل، وفصله النبي ﷺ في ستة وخمسين حديثًا. وقال الروياني: قيل الربا في الشرع اسم لمقابلة عوض بعوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد، أو تأخر في البدلين أو في أحدهما. قلت وهذا حسن في تعريفه، سواء كان حقيقة أم مجازًا.

فصل: في مذاهب العلماء في الأحكام التي ذكرها المصنف في هذا الفصل إلى هذا المكان اقتضى قول المصنف إنه إذا باع الربوي بجنسه حرم فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض، وإذا باعه بما يشاركه في العلة حرم النساء والتفرق فقط، وإن الشعير والحنطة جنسان، فهذه خمسة أحكام منها ما هو مجمع عليه،

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٥٩، ٢٠٨٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٨٠) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٩٠) وابن ماجه في سننه برقم (٣٣٨٢).

ومنها ما هو مختلف فيه، وسأبين ذلك واحدًا واحدًا إن شاء الله تعالى.

الحكم الأول تحريم التفاضل في الجنس الواحد من أموال الربا إذا بيع بعضه ببعض، كبيع درهم بدرهمين نقدًا أو صاع قمح بصاعين، أو دينارًا بدينارين ويسمى ربا الفضل، لفضل أحد العوضين على الآخر، وربا النقد في مقابلة ربا النسيئة. وإطلاق التفاضل على الفضل من باب المجاز. فإن الفضل في أحد الجانبين دون الآخر، وقد أطبقت الأمة على تحريم التفاضل إذا اجتمع مع النساء، وأما إذا انفرد نقدًا فإنه كان فيه خلاف قديم صح عن ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهما إباحته، وكذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما مع رجوعه عنه. وروى عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه وأسامة بن زيد رضي الله عنه. وفيه عن معاوية شيء محتمل. وزيد بن أرقم والبراء بن عازب من الصحابة رضي الله عنهم.

فأما التابعون فصح ذلك أيضًا عن عطاء بن أبي رباح وفقهاء المكيين. وروي عن سعيد وعروة ثم روي عن ابن عباس ما يقتضي رجوعه عن ذلك. وكذلك عن ابن مسعود وانتداب جماعة من العلماء لتبيين رجوع من قال بذلك من الصدر الأول والتشوف إلى دعوى الإجماع على التحريم. وها أنا إن شاء الله تعالى أبين ما روي من الآثار عن القائلين بذلك. ثم ما روي من رجوع من رجع عنه. ثم أذكر كلام من تشوف لجعل المسألة إجماعية. ثم أبين الحق في ذلك بحول الله تعالى وقوته. فهذه أربعة فصول.

القائلون بجوازه: الأول ما روي من الآثار عن القائلين بذلك: روينا عن أبي صالح الزيات أنه سمع أبا سعيد الخدري رضي الله عنه يقول: «الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم فقلت له: فإن ابن عباس لا يقوله. فقال أبو سعيد: سألته فقلت: سمعته من النبي ﷺ أو وجدته في كتاب الله تعالى؟ فقال: كل ذلك لا أقول، وأنتم أعلم برسول الله ﷺ مني، ولكن أخبرني أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال: «لا ربا إلا في النسيئة»[1]. رواه البخاري ومسلم واللفظ للبخاري فيما رويناه عنه. وقد اجتمع في هذا الحديث ثلاثة من الصحابة يروي بعضهم عن بعض.

وروي عن ابي الزبير المكي واسمه محمد بن مسلم بن تدرس ـ بفتح التاء ودال ساكنة وراء مضمومة وسين مهملة قال: «سمعت أبا أسيد الساعدي وابن عباس يفتي الدينار بالدينارين فقال له أبو أسيد الساعدي وأغلظ له. قال: فقال ابن عباس: ما كنت أظن أن أحدًا يعرف قرابتي من رسول الله ﷺ يقول لي مثل هذا يا أبا

(١) تقدم.

أسيد. فقال أبو أسيد: أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول: «الدينار بالدينار، وصاع حنطة بصاع حنطة، وصاع شعير بصاع شعير، وصاع ملح بصاع ملح، لا فضل بينهما في شيء من ذلك». فقال ابن عباس: إنما هذا شيء كنت أقوله برأيي ولم أسمع فيه بشيء»[١] رواه الحاكم في «المستدرك» وقال إنه صحيح على شرط مسلم رحمه الله وفي سنده عتيق بن يعقوب الزبيري. قال الحاكم: إنه شيخ قرشي من أهل المدينة وأبو أسيد ـ بضم الهمزة ـ وروينا في «معجم الطبراني» من حديث أبي صالح ذكوان أنه سأل ابن عباس عن بيع الذهب والفضة فقال: «هو حلال بزيادة أو نقصان، إذا كان يدًا بيد» قال أبو صالح: فسألت أبا سعيد بما قال ابن عباس، وأخبرت ابن عباس بما قال أبو سعيد والتقيا وأنا معهما، فابتدأه أبو سعيد الخدري فقال: يا ابن عباس ما هذه الفتيا التي تفتي بها الناس في بيع الذهب والفضة، تأمرهم أن يشتروه بنقصان أو زيادة يدًا بيد؟ فقال ابن عباس رضي الله عنهما: ما أنا بأقدمكم صحبة لرسول الله ﷺ وهذا زيد بن أرقم والبراء بن عازب يقولان: سمعنا النبي ﷺ، رواه الطبراني[٢] بإسناد حسن.

وروينا في «صحيح مسلم» رحمه الله أيضًا عن أبي نضرة ـ بالنون والضاد المعجمة ـ قال: «سألت ابن عباس رضي الله عنهما عن الصرف فقال: أيدًا بيد؟ فقلت: نعم قال: لا بأس به، فأخبرت أبا سعيد فقلت: إني سألت ابن عباس عن الصرف فقال: أيدًا بيد؟ قلت: نعم قال: فلا بأس به، قال: أو قال ذلك؟ إنا سنكتب إليه فلا يفتيكموه. قال: فوالله لقد جاء بعض فتيان رسول الله ﷺ بتمر فأنكره، فقال: كأن هذا ليس من تمر أرضنا. قال: كان في تمر أرضنا أو في تمرنا العام بعض الشيء، فأخذت هذا وزدت بعض الزيادة، فقال أضعفت أربيت، لا تقربن هذا، إذا رابك من تمرك شيء فبعه ثم اشتر الذي تريد من التمر»[٣].

وقد روي القول بذلك عن ابن عباس من جهة جماعة من أصحابه، منهم أبو الجوزاء وأبو مِجْلَزْ وعبد الرحمٰن بن أبي نعيم وبكر بن عبد الله المزني وزيادتنا ذكر رواياتهم في ذلك إن شاء الله تعالى في فصل رجوعه عن ذلك. أما عبد الله بن عمر فروينا عن أبي نضرة المتقدم ذكره قال: «سألت ابن عمر وابن عباس عن الصرف فلم يريا به بأسًا، فإني لقاعد عند أبي سعيد الخدري فسألته عن الصرف فقال: مازاد فهو ربًا، فأنكرت ذلك لقولهما، فقال: لا أحدثك إلا ما سمعت من رسول الله ﷺ

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٢٠).
(٢) (١/ ١٧٣).
(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٩٤).

جاءه صاحب نخلة بصاع من تمر طيب، وكان تمر النبي ﷺ هذا اللون، فقال له النبي ﷺ: «أنى لك هذا»؟ قال انطلقت بصاعين فاشتريت بهما هذا الصاع، فإن سعر هذا في السوق كذا وسعر هذا كذا، فقال رسول الله ﷺ: «ويلك أربيت، إذا أردت ذلك فبع تمرك بسلعة، ثم اشتر بسلعتك أي تمر شئت». قال أبو سعيد: فالتمر بالتمر أحق أن يكون ربا؟ أم الفضة بالفضة؟ قال: فأتيت ابن عمر بعد فنهاني، ولم آت ابن عباس، قال: فحدثني أبو الصهباء: أنه سأل ابن عباس رضي الله عنهما عنه بمكة فكرهه»[1] رواه مسلم بهذا اللفظ، وهذا لفظ روايتنا فيه، وفي هذا الحديث ما يدل على أن أبا سعيد رضي الله عنه استعمل القياس في إشارته إلى أن الفضة بالفضة أحق بالربا من التمر بالتمر، وأن تحريم الربا في الأشياء الستة معلل، والمراد بالصرف الذي سئل عنه ابن عمر وابن عباس صرف النقد بجنسه مع عدم رعاية التماثل، كذلك حمله عليه جماعة من العلماء، وجعلوا ابن عمر ممن خالف ثم رجع، وسياق الرواية يرشد إلى ذلك، وإن كان يحتمل أن يحمل على الصرف الجائز، ويكون نهيه بعد ذلك تبيينًا لمراده بالإطلاق أولًا لا رجوعًا، لكن السياق وفهم أبي نضرة عنه يأباه والله تعالى أعلم.

وأما عبد الله بن مسعود فروى الإمام الشافعي رحمه الله في كتاب «أحكام علي وابن مسعود» عن أبي معاوية عن الأعمش عن إبراهيم التيمي عن أبيه عن عبد الله قال: «لا بأس بالدرهم بالدرهمين» وهذا إسناد صحيح نقلته من نسخة معتبرة من «الأم»، قال فيها الشافعي: أخبرنا أبو معاوية ـ ولا مانع من ذلك فإنه عاصره ـ وروى البيهقي ذلك في كتاب «المعرفة» فقال: عن الشافعي فيما بلغه عن أبي معاوية. وقد روي أيضًا من طريق سعيد بن منصور عن أبي معاوية بهذا الإسناد، فأيًا ما كان فهو صحيح عن ابن مسعود، ولفظ ابن مسعود في رواية سعيد بن منصور: «لا ربا فيما كان يدًا بيد». ورواه البيهقي في كتابيه «السنن والآثار»، و«معرفة السنن» مع روايته للفظ المتقدم بلفظ آخر ليس بصريح، سأذكره إن شاء الله تعالى في فصل الرجوع عن ذلك، ولا حاجة إلى ذكره هنا للاستغناء بما هو أصرح منه، والله أعلم.

وأما معاوية فلم يحقق ذلك عنه، فإنه روي عنه شيء محتمل لذلك ولغيره، وجرت له في ذلك قصة مع عبادة بن الصامت رضي الله عنهما مشهورة، وروي عن أبي الدرداء رضي الله عنه ولعلها جرت معهما مرتين. أما قصة أبي الدرداء فروى مالك في «الموطأ» عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار: «أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها، فقال له أبو الدرداء: سمعت رسول الله ﷺ ينهى

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٩٤).

عن مثل هذا إلا مثلًا بمثل، فقال له معاوية: ما أرى بهذا بأسا، فقال أبو الدرداء: من يعذرني من معاوية؟ أخبره عن رسول الله ﷺ ويخبرني عن رأيه، لا أساكنك بأرض أنت بها، ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب رضي الله عنه فذكر ذلك له، فكتب عمر بن الخطاب إلى معاوية أن لا يبيع ذلك إلا مثلا بمثل وزنا بوزن». هذا لفظ «الموطأ» ورواه النسائي إلى آخر لفظ النبي ﷺ مثلا بمثل من طريق مالك، والسقاية الإناء يسقى به، والسقاية موضع السقي. قاله في «المحكم».

وروى مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه قصة عبادة مع معاوية عن أبي الأشعث، واللفظ لمسلم، وهذا لفظ روايتنا في «صحيحه» قال: «غزونا غزاة وعلى الناس معاوية فغنمنا غنائم كثيرة، فكان فيما غنمنا آنية من فضة، فأمر معاوية رجلًا أن يبيعها في أعطيات الناس، فتسارع الناس في ذلك، فبلغ عبادة بن الصامت فقام فقال: إني سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، إلا سواء بسواء عينا بعين، فمن زاد أو ازداد فقد أربى، فرد الناس ما أخذوا، فبلغ ذلك معاوية فقام خطيبًا فقال: ألا ما بال رجال يتحدثون عن رسول الله ﷺ أحاديث، قد كنا نشهده ونصحبه، فلم نسمعها منه، فقام عبادة بن الصامت رضي الله عنه فأعاد القصة وقال: لنحدثن بما سمعنا من رسول الله ﷺ وإن كره معاوية، أو قال: وإن رغم، ما أبالي ألا أصحبه في جنده ليلة سوداء»[1]. وفي رواية أبي داود والنسائي في هذا الحديث بأسانيد صحيحة: «الذهب بالذهب تبرها وعينها وزنًا بوزن والفضة بالفضة تبرها وعينها» وفيه عندهما: «فمن زاد أو ازداد فقد أربى» وفي آخره عندهما: «ولا بأس ببيع البر بالشعير، والشعير أكثرهما يدًا بيد، وأما النسيئة فلا»، ولفظ ابن ماجه: «وأمرنا أن نبيع البر بالشعير والشعير بالبر يدًا بيد كيف شئنا».

وهذا المنقول عن معاوية معناه أنه كان لا يرى الربا في بيع العين بالتبر ولا بالمصوغ وكان يخير في ذلك التفاضل، ويذهب إلى أن الربا لا يكون في التفاضل إلا في التبر بالتبر، وفي المصوغ بالمصوغ، وفي العين بالعين، كذلك نقل عن ابن عبد البر، فليس موافقًا ابن عباس مطلقًا، وإن كان الذي ذهب إليه من الشذوذ الذي لا يعول عليه، وسيأتي الكلام عليه قريبًا إن شاء الله تعالى.

وأما أسامة فلا أعلم عنه في ذلك شيئًا إلا روايته عن النبي ﷺ: «إنما الربا في النسيئة»[2] ولا يكفي ذلك في نسبة هذا القول إليه فإنه لا يلزم من الرواية القول

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٧٨) و مسلم في صحيحه برقم (١٥٩٦).

بمقتضى ظاهرها لجواز أن يكون معناها عنده على خلاف ذلك أو يكون عنده معارض راجح، وإنما ذكرته لأن جماعة من أصحابنا وغيرهم كالماوردي من الشافعية وأبي محمد المقدسي صاحب «المغني» من الحنابلة، نقلوه عنه وعن البراء بن عازب وزيد بن أرقم وعبد الله بن الزبير ووافقهم الشيخ أبو حامد الإسفراييني على هذا النقل فيما عدا البراء، ووافقهم الخطابي في أسامة، فإن كان عندهم مسند غير ذلك فالله أعلم.

أما البراء وزيد بن أرقم فكذلك لا أعلم النقل عنهما صريحًا في ذلك إلا ما روينا عن أبي المنهال بشار بن سلامة: «باع شريك لي بالكوفة دراهم بدراهم بينهما فضل، فقلت: ما أرى هذا يصلح، فقال لقد بعتها في السوق فما عاب علي ذلك أحد، فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال: قدم النبي ﷺ المدينة وتجارتنا هكذا، فقال: ما كان يدًا بيد فلا بأس وما كان نسيئًا فلا خير فيه وأت زيد بن أرقم فإنه كان أعظم تجارة مني. فأتيته فذكرت ذلك له فقال: صدق البراء»[(١)]، إسناده صحيح ولكن له علة، وقيل: إنه منسوخ، وسأبسط الكلام عليه إن شاء الله تعالى في ذكر دليل ابن عباس ومن وافقه والجواب عنه.

وأما عبد الله بن الزبير فلم أقف على اسناده إليه بذلك. وإنما الشيخ أبو حامد والماوردي وأبو محمد المقدسي الحنبلي حكوه عنه والله أعلم. فهذا ما بلغني عن الصحابه رضي الله عنهم ممن نسب إليه القول بذلك. وأما التابعون فقال الشافعي رحمه الله في كتاب «اختلاف الحديث»: «كان ابن عباس لا يرى في دينار بدينارين ولا في درهم بدرهمين يدًا بيد بأسًا ويراه في النسيئة» وكذلك عامة أصحابه وكان يروى مثل قول ابن عباس عن سعيد وعروة بن الزبير رأيًا منهما إلا أنه يحفظ عنهما عن رسول الله ﷺ.

قال الشافعي رحمه الله: وهذا قول المكيين. هذا كلام الشافعي بحروفه وجاء عن جرير بن حازم قال: «سألت عطاء بن أبي رباح عن الصرف فقال: يا بني إن وجدت مائة درهم نقدًا فخذه» وقال ابن عبد البر: إن أهل مكة كانوا عليه قديمًا وحديثًا، يجرون التفاضل في ذلك إذا كان يدًا بيد، أخذوا ذلك عن ابن عباس رحمه الله.

الفصل الثاني: فيما نقل من رجوع من قال بذلك من الصدر الأول أما ابن عباس فقد اختلف في رجوعه، ذكرنا من قال إنه رجع عنه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٩٣٩) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٨٩).

قد تقدم قول أبي الصهباء الثابت في «صحيح مسلم» أنه سأله عنه فكرهه، وتقدم أيضًا مناظرة أبي سعيد وأبي أسيد له في قوله بإباحته.

وعن حيان ـ بالحاء المهملة والياء ـ ابن عبيد الله ـ بالتصغير ـ العدوي قال: «سألت أبا مجلز عن الصرف فقال: كان ابن عباس لا يرى به بأسًا زمانًا من عمره ما كان منه عينًا يعني يدًا بيد. وكان يقول: إنما الربا في النسيئة، فلقيه أبو سعيد الخدري فقال له: يا ابن عباس ألا تتقي الله؟ إلى متى تؤكل الناس الربا؟ أما بلغك أن رسول الله ﷺ قال ذات يوم وهو عند زوجته أم سلمة: «إني لأشتهي تمر عجوة» فبعثت صاعين من تمر إلى رجل من الأنصار فجاءت بدل صاعين صاعًا من تمر عجوة فقامت فقدمته إلى رسول الله ﷺ فلما رآه أعجبه فتناول تمرة ثم أمسك فقال: من أين لكم هذا؟ فقالت أم سلمة بعثت صاعين من تمر إلى رجل من الأنصار فأتى بدل صاعين هذا الصاع الواحد. وها هو كل فألقى التمر بين يديه وقال: ردوه لا حاجة لي فيه التمر بالتمر، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والذهب بالذهب، والفضة بالفضة يدًا بيد عينًا بعين، مثلا بمثل، فمن زاد فهو ربا، ثم قال: كذلك ما يكال أو يوزن أيضًا فقال ابن عباس: جزاك الله يا أبا سعيد الجنة فإنك ذكرتني أمرًا كنت نسيته أستغفر الله وأتوب إليه فكان ينهى عنه بعد ذلك أشد النهي»[1]. رواه الحاكم في «المستدرك» وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه بهذه السياقة، وفي حكمه عليه بالصحة نظر، فإن حيان بن عبيد الله المذكور قال ابن عدي: عامة ما يرويه إفرادات يتفرد فيها، وذكر ابن عدي في ترجمته حديثه في الصرف هذا بسياقه، ثم قال: وهذا الحديث من حديث أبي مجلز عن ابن عباس تفرد به حيان، قال البيهقي وحيان تكلموا فيه. واعلم أن هذا الحديث ينبغي الاعتناء بأمره وتبين صحته من سقمه لأمر غير ما نحن فيه، وهو قوله وكذلك ما يكال ويوزن، وقد تكلم فيه بنوعين من الكلام، أحدهما: تضعيف الحديث جملة وإليه أشار البيهقي، وممن ذهب إلى ذلك ابن حزم أعله بشيء أنبه عليه لئلا يغتر به، وهو أنه أعله بثلاثة أشياء أحدها أنه منقطع من أبي سعيد لا من ابن عباس، والثاني لذكره أن ابن عباس رجع واعتقاد ابن حزم أن ذلك باطل، لمخالفة سعيد بن جبير والثالث أن حيان بن عبيد الله مجهول. فأما قوله: إنه منقطع فغير مقبول، لأن أبا مجلز أدرك ابن عباس وسمع منه وأدرك أبا سعيد، ومتى ثبت ذلك لا تسمع دعوى عدم السماع إلا بثبت، وأما مخالفة سعيد بن جبير فسنتكلم عليها في هذا الفصل إن شاء الله تعالى.

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٤٢).

وأما قوله: إن حيان بن عبيد الله مجهول، فإن أراد مجهول العين فليس بصحيح بل هو رجل مشهور، روى عنه غير واحد، روى عنه حديث الصرف هذا محمد بن عبادة، ومن جهته أخرجه الحاكم، وذكره ابن حزم، وإبراهيم بن الحجاج الشامي، ومن جهته رواه ابن عدى ويونس بن محمد ومن جهته رواه البيهقي وهو حيان بن عبيد الله بن حيان بن بشر بن عدي. بصري سمع أبا مجلز ولاحق بن حميد والضحاك، وعن أبيه. وروى عن عطاء وابن بريدة، روى عنه موسى بن إسماعيل ومسلم بن ابراهيم وأبو داود وعبيد الله بن موسى، عقد له البخاري وابن أبي حاتم ترجمة فذكر كل منهما بعض ما ذكرته وله ترجمة في كتاب ابن عدي أيضًا كما أشرت إليه فزال عنه جهالة العين.

وإن أراد جهالة الحال، فهو قد رواه من طريق إسحاق بن راهويه، فقال في إسناده: أخبرنا روح قال: «حدثنا حيان بن عبيد الله وكان رجل صدق» فإن كانت هذه الشهادة له بالصدق من روح بن عبادة فروح محدث نشأ في الحديث عارف به مصنف فيه متفق على الاحتجاج به، بصري بلدي للمشهود له، فتقبل شهادته له، وإن كان هذا القول من إسحاق بن راهويه، فناهيك به، ومن يثني عليه إسحاق. وقد ذكر ابن أبي حاتم حيان بن عبيد الله هذا، وذكر جماعة من المشاهير ممن روى عنه وممن روى عنهم. وقال: أنه سأل أباه عنه فقال: صدوق.

النوع الثاني: من الكلام يتعلق بخصوص قوله: وكذلك ما يكال أو يوزن وإن سلم صحة أصل الحديث، والأولى أن أؤخر ذلك إلى محله إن شاء الله تعالى، فإنه قد طال الكلام في ذلك ههنا. وعن سليمان بن علي الربعي عن أبي الجوزاء أوس بن عبد الله الربعي قال: «سمعته يأمر بالصرف ـ يعني ابن عباس ـ ويحدث ذلك عنه، ثم بلغني أنه رجع عن ذلك، فلقيته بمكة فقلت: أنه بلغني أنك رجعت. قال: نعم إنما كان ذلك رأيًا مني»، وهذا أبو سعيد حدث عن رسول الله ﷺ: «أنه نهى عن الصرف»[1]، رويناه في «سنن ابن ماجه» و«مسند الإمام أحمد» بإسناد رجاله على شرط «الصحيحين» إلى سليمان بن علي، وسليمان بن علي روى له مسلم. وقال ابن حزم: إنه مجهول لا يدرى من هو؟ وهو غير مقبول منه لما تبين. وعن أبي الجوزاء قال: «كنت أخدم ابن عباس رضي الله عنهما تسع سنين إذ جاءه رجل فسأله عن درهم بدرهمين، فصاح ابن عباس وقال: إن هذا يأمرني أن أطعمه الربا، فقال ناس حوله: إن كنا لنعمل بفتياك، فقال ابن عباس: قد كنت أفتي بذلك حتى حدثني أبو

(١) أخرجه أحمد في المسند (٣/٤٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٥٨).

سعيد وابن عمر أن النبي ﷺ نهى عنه، فإني أنهاكم عنه»، رواه البيهقي في «السنن الكبير»[١] بإسناد فيه أبو المبارك وهو مجهول. وروينا عن عبد الرحمٰن بن أبي نعم ـ بضم النون وإسكان العين ـ أن أبا سعيد الخدري لقي ابن عباس فشهد على رسول الله ﷺ أنه قال: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلًا بمثل. فمن زاد فقد أربى»، فقال ابن عباس: «أتوب إلى الله مما كنت أفتي به، ثم رجع»، رواه الطبراني[٢] بإسناد صحيح، وعبد الرحمٰن بن أبي نعم تابعي ثقة متفق عليه، معروف بالرواية عن أبي سعيد وابن عمر وغيرهما من الصحابة. وعن أبي الجوزاء قال: «سألت ابن عباس عن الصرف عن الدرهم بالدرهمين يدًا بيد فقال: لا أدري ما كان يدًا بيد بأسًا، ثم قدمت مكة من العام المقبل وقد نهى عنه» رواه الطبراني[٣] بإسناد حسن.

وعن أبي الشعثاء قال: «سمعت ابن عباس يقول: اللهم إني أتوب إليك من الصرف، إنما هذا من رأيي. وهذا أبو سعيد الخدري يرويه عن النبي ﷺ: رواه الطبراني ورجاله ثقات مشهورون مصرحون بالتحديث فيه من أولهم إلى آخرهم. وعن عطية وهو العوفي ـ بإسكان الواو وبالفاء ـ قال أبو سعيد لابن عباس: تب إلى الله تعالى ـ فقال: أستغفر الله وأتوب إليه. قال: ألم تعلم أن رسول الله ﷺ نهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة وقال: «إني أخاف عليكم الربا»؟ قال فضيل بن مرزوق: قلت لعطية: ما الربا؟ قال: «الزيادة والفضل بينهما» رواه الطبراني[٤] بسند صحيح إلى عطية وعطية من رجال السنن، قال يحيى بن معين: «صالح» وضعفه غيره، فالإسناد بسببه ليس بالقوي.

وعن بكر بن عبد الله المزني: «أن ابن عباس جاء من المدينة إلى مكة وجئت معه، فحمد الله تعالى وأثنى عليه ثم قال: يا أيها الناس إنه لا بأس بالصرف ما كان منه يدًا بيد إنما الربا في النسيئة» فطارت كلمته في أهل المشرق والمغرب، حتى إذا انقضى الموسم دخل عليه أبو سعيد الخدري، وقال له: يا ابن عباس أكلت الربا وأطعمته، قال: أو فعلت؟ قال: نعم قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب وزنًا بوزن مثلًا بمثل تبره وعينه؛ فمن زاد أو استزاد فقد أربى، والشعير بالشعير، والتمر

---

(١) (٥/ ٢٨٢).
(٢) (١/ ١٧٦).
(٣) (١/ ١٧٧).
(٤) (١/ ١٧٧).

بالتمر والملح بالملح مثلًا بمثل، فمن زاد أو استزاد فقد أربى»، حتى إذا كان العام المقبل جاء ابن عباس وجئت معه، فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: «يا أيها الناس إني تكلمت عام أول بكلمة من رأيي وإني أستغفر الله تعالى منه وأتوب إليه». إن رسول الله ﷺ قال: «الذهب بالذهب وزنًا بوزن مثلًا بمثل تبره وعينه، فمن زاد أو استزاد فقد أربى» وأعاد عليهم هذه الأنواع الستة، رواه الطبراني[١] بسند فيه مجهول. وإنما ذكرناه متابعة لما تقدم. وهكذا وقع في روايتنا، فمن زاد واستزاد بالواو لا بأو والله أعلم.

وروى أبو جابر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي في كتاب «المعاني والآثار»[٢] بإسناد حسن إلى أبي سعيد قال: «قلت لابن عباس: أرأيت الذي يقول: الدينار بالدينار؟ وذكر الحديث ثم قال: قال أبو سعيد: ونزع عنها ابن عباس» وروى الطحاوي أيضًا عن نصر بن مرزوق بإسناد لا بأس به عن أبي الصهباء: «أن ابن عباس نزل عن الصرف» وهذه أصرح من رواية مسلم ومسه لهما.

وروى الطحاوي عن أبي أمية بإسناد حسن إلى عبد الله بن حسين أن رجلًا من أهل العراق قال لعبد الله بن عمر: «أن ابن عباس قال: وهو علينا أمير: من أعطى بالدرهم مائة درهم فليأخذها وذكر حديثًا إلى أن قال: فقيل لابن عباس ما قال ابن عمر، قال: فاستغفر ربه وقال: إنما هو رأي مني».

وعن أبي هاشم الواسطي واسمه يحيى بن دينار عن زياد قال: «كنت مع ابن عباس بالطائف، فرجع عن الصرف قبل أن يموت بسبعين يومًا»، ذكره ابن عبد البر في «الاستذكار»، وذكر أيضًا عن أبي حرة، قال: «سأل رجل ابن سيرين عن شيء فقال: لا علم لي به، فقال الرجل أن يكون فيه برأيك، فقال: إني أكره أن أقول فيه برأي ثم يبدو إليَّ غيره فأطلبك فلا أجدك، أن ابن عباس قد رأى في الصرف رأيًا ثم رجع»، وذكر أيضًا عن ابن سيرين عن الهذيل ـ بالذال المعجمة ـ ابن أخت محمد بن سيرين قال: «سألت ابن عباس عن الصرف فرجع عنه، فقلت: إن الناس يقولون؛ فقال: الناس يقولون ما شاؤوا» فهذا ما بلغني مما يدل على رجوعه عن ذلك، فإذا تأملت الروايات المذكورة وجدت أصحها إسنادًا قول أبي الصهباء الذي رواه مسلم أنه سأل ابن عباس عنه فكرهه، لكن لفظ الكراهة ليس بصريح فجاز أن يكون كرهه لما وقع فيه من المناظرة الكبيرة شبهة تقتضي التوقف عنه، أو التورع، فإن ثبت عدم

---

(١) (١/ ١٧٧).

(٢) (٤/ ٦٤ وما بعدها).

رجوع ابن عباس تعين حمل هذا اللفظ على ذلك، وإلا فهو ظاهر في الرجوع.

وقد روي عن طاوس عن ابن عباس ما يدل على التوقف إلا أني قدمت من رواية الطحاوي عن أبي الصهباء ما ينفي هذا الاحتمال ويبين أنه نزل عن الصرف صريحًا، وإسناده جيد كما تقدم، والحديث الذي أخرجه الحاكم في «المستدرك» صريح، لكن سنده تقدم الكلام عليه، ولا يقصر عن رتبة الحسن؛ ويكفي في الاستدلال على ذلك أنه لم يعارضه ما هو أقوى منه.

وحديث ابن ماجه الذي قدمته وبينت أنه على شرط مسلم صريح في الرجوع أيضًا، وكذلك رواية ابن أبي نعم المتقدمة عن الطبراني بإسناد صحيح، فهذه عدة روايات صحيحة وحسنة من جهة خلق من أصحاب ابن عباس تدل على رجوعه، وقد روي في رجوعه أيضًا غير ذلك وفيما ذكرته غنية إن شاء الله تعالى.

ذكر من قال أنه لم يرجع عنه

روى ابن حزم أن الإمام أحمد قال: حدثنا هاشم قال: قال أخبرنا أبو بشر عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أنه قال: «ما كان الربا قط في ها وها، وحلف سعيد بن جبير بالله ما رجع عنه حتى مات» وهذا إسناد متفق على صحته، لكنها شهادة على نفي، وأصرح ما ذكره ابن عبد البر عن ابن عيينة عن فرات القزاز قال: «دخلنا على سعيد بن جبير نعوده فقال له عبد الملك بن مبشر الزراد كان ابن عباس نزل عن الصرف، فقال سعيد: عهدي به قبل أن يموت بستة وثلاثين يومًا، وهو يقوله وما رجع عنه»، ذكره هكذا بغير إسناد إلى ابن عيينة، قال ابن عبد البر: رجع ابن عباس أو لم يرجع في السنة كفاية عن قول كل واحد، ومن خالفها رد إليها، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: ردوا الجهالات إلى السنة.

وأما ابن مسعود فيدل على رجوعه ما رواه البيهقي في كتابيه «معرفة السنن والآثار» مختصرًا، و«السنن الكبير» مطولًا بإسناد كله ثقات مشهورون عن أبي عبد الله بن مسعود: «أن رجلًا من بني سمح بن فزارة سأله عن رجل تزوج امرأة فرأى أمها فأعجبته، فطلق امرأته، لتزوج أمها؟ قال: لا بأس فتزوجها الرجل وكان عبد الله على بيت المال، فكان يبيع نفاية بيت المال، يعطى الكثير ويأخذ القليل، حتى قدم المدينة فسأل أصحاب محمد ﷺ فقالوا: لا يحل لهذا الرجل هذه المرأة، ولا تصلح الفضة إلا وزنًا بوزن، فلما قدم عبد الله انطلق إلى الرجل فلم يجده، ووجد قومه فقال: إن الذي أفتيت به صاحبكم لا يحل، فقالوا: إنها قد نثرت له بطنها؛ قال: وإن كان، وأتى الصيارفة فقال: يا معشر الصيارفة إن الذي كنت أبايعكم لا يحل [لا تحل] الفضة إلا وزنًا بوَزن».

النفاية بنون مضمومة وفاء وبعد الألف ياء مثناة من تحت ما نفيته من الشيء لرداءته قاله الجوهري وهذه الرواية صريحة في رجوعه وليست صريحة في موافقة ابن عباس لجواز أن يكون ذلك في خصوص النفاية لرداءتها وأن ذلك ليس بصحيح أيضًا؛ لكن رواية أبي معاوية المتقدمة في الفصل الأول صريحة في بيع الدرهم بالدرهمين، فانتظم منها ومن هذه قوله أولًا ورجوعه ثانيًا والحمد لله.

وأما ابن عمر فقد تقدم رجوعه في الرواية التي دلت على قوله، وأن ذلك في «صحيح مسلم»، واشتهر عنه بعد ذلك من طرق كثيرة قوله بالتحريم ومبالغته في ذلك روايات صحيحة صريحة، ولم يكن قوله الأول قد اشتهر عنه، ولعله لم يستقر رأيه عليه زمانًا، بل رجع عنه قريبًا والله تعالى أعلم.

وأما أسامة وزيد بن أرقم والبراء بن عازب وعبد الله بن الزبير؛ فقد تقدم التوقف في صحة ذلك عنهم.

وأما معاوية فقد تقدم أنه غير قائل بقول ابن عباس مع شذوذ ما قال به أيضًا والظن به لما كتب إليه عمر رضي الله عنه أنه يرجع عن ذلك.

وأما التابعون فلم ينقل في رجوعهم شيء فيما علمت والله تعالى أعلم. غير أني أقول: إن الظن بكل من سمع من الصحابة، ومنهم هذه الأحاديث الصريحة الصحيحة في تحريم ربا الفضل، أن يرجع إليها، والله تعالى أعلم.

الفصل الثالث: في بيان انقراض الخلاف في ذلك ودعوى الإجماع فيه.

قال ابن المنذر: أجمع عوام الأمصار مالك بن أنس ومن تبعه من أهل المدينة وسفيان الثوري ومن وافقه من أهل العراق، والأوزاعي ومن قال بقوله من أهل الشام والليث بن سعد ومن وافقه من أهل مصر، والشافعي وأصحابه وأحمد وإسحاق وأبو ثور والنعمان ويعقوب ومحمد بن علي أنه لا يجوز بيع ذهب بذهب ولا فضة بفضة ولا بر ببر ولا شعير بشعير، ولا تمر بتمر ولا ملح بملح متفاضلًا يدًا بيد ولا نسيئة، وأن من فعل ذلك فقد أربى والبيع مفسوخ. قال: وقد روينا هذا القول عن جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ وجماعة يكثر عددهم من التابعين.

قلت: وممن قال بذلك من الصحابة أربعة عشر، منهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وسعد وطلحة والزبير، روى مجاهد عنهم الأربعة عشر أنهم قالوا: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة، وأربوا الفضل». وروى ذلك ابن أبي شيبة في «مصنفه» عن ابن فضيل عن ليث وهو ابن أبي سليم عن مجاهد وهؤلاء السبعة من العشرة المشهود لهم بالجنة وممن صح ذلك عنه أيضًا غير هؤلاء السبعة عبد الله بن عمر وأبو الدرداء، وروي عن فضالة بن عبيد، وقد تقدم كلام أبي سعيد وأبي أسيد

وعبادة، وقد رويت أحاديث تحريم ربا الفضل من جهة غيرهم من الصحابة، والظاهر أنهم قائلون بها لعدم قبولها للتأويل والله أعلم.

وقال الترمذي بعد ذكره حديث أبي سعيد: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم إلا ما روي عن ابن عباس، وكذلك روي عن بعض أصحابه شيء من هذا، وقد روي عن ابن عباس أنه رجع عن قوله، والقول الأول أصح، والعمل على هذا عند أهل العلم، وهو قول سفيان الثوري وابن المبارك، وروي عن ابن المبارك أنه قال: ليس في الصرف اختلاف: هذا مختصر كلام الترمذي.

وقال ابن عبد البر: لا أعلم خلافًا بين أئمة الأمصار بالحجاز والعراق وسائر الآفاق في أن الدينار لا يجوز بيعه بالدينارين ولا بأكثر منه وزنًا، ولا الدرهم بالدرهمين، ولا بشيء من الزيادة عليه، إلا ما كان عليه أهل مكة قديمًا وحديثًا من إجازتهم التفاضل على ذلك إذا كان يدًا بيد، أخذوا ذلك عن ابن عباس رحمه الله، قال ابن عبد البر: ولم يتابع ابن عباس على قوله في تأويله حديث أسامة أحد من الصحابة، ولا من التابعين، ولا من بعدهم من فقهاء المسلمين إلا طائفة من المكيين أخذوا ذلك عنه وعن أصحابه، وهم محجوجون بالسنة الثابتة التي هي الحجة على من خالفها وجهلها، وليس أحد بحجة عليها، ونقل النووي في «شرح مسلم» إجماع المسلمين على ترك العمل بظاهر حديث أسامة قال: وهذا يدل على نسخه، وقد استدل ابن عبد البر على صحة تأويله بحديث أسامة بإجماع الناس ـ ما عدا ابن عباس ـ عليه والله تعالى أعلم.

الفصل الرابع: في بيان الحق في ذلك، وأن هذه المسألة من المسائل الإجماعية أولا. اعلم أن دعوى الإجماع في ذلك منحصرة في ثلاثة أوجه إما أن يدعى إجماع العصر الأول من غير سبق خلاف استنادًا إلى أن ندرة المخالف لا تضر، وإما أن يسلم سبق الخلاف المعتد به ويدعى رجوع المخالف، وصيرورة المسألة إجماعية قبل انقراض ذلك العصر، وإما أن يقال: انعقد إجماع متأخر بعد انقراض الماضين المختلفين.

أما الأول: فقد اقتضى كلام بعضهم دعواه، وزعموا أن الصحابة أنكرت على ابن عباس في ذلك لمخالفته الجماعة، وقد اختلف علماء الأصول في انعقاد الإجماع مع ندرة المخالف، فالجماهير من جميع الطوائف على أنه لا ينعقد الإجماع مع مخالفة الواحد، لأن المجمعين حينئذٍ ليسوا كل الأمة، والعصمة في الإجماع إنما تثبت لكل الأمة لا لبعضهم، ولأن أبا بكر رضي الله عنه خالف الصحابة وحده

في قتال مانعي الزكاة وكان الحق معه ورجعوا إليه، وخالف ابن مسعود وابن عباس في عدة من مسائل الفرائض جميع الصحابة واعتد بخلافهم إلى اليوم.

وهذا ظاهر على طريقة من يرى إسناد الإجماع إلى النصوص، وهي طريقة الشافعي وكثير من أصحابه، منهم المصنف وأبو حامد الغزالي ومن تبعه وإن كان بين طريقة الشافعي وطريقة الغزالي خلاف يسير، فإن الشافعي يرى التمسك بالكتاب بآيات من جملتها قوله تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعۡدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلۡهُدَىٰ وَيَتَّبِعۡ غَيۡرَ سَبِيلِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ﴾ [النساء: ١١٥] الآية.

ويقال: إنه قرأ القرآن ثلاث مرات حتى وجد هذه الآية، وأنه أول من احتج بها فذكرها للرشيد حين طلب منه حجة من القرآن على الإجماع، والغزالي رحمه الله يقول: التمسك بقوله ﷺ: «لا تجتمع أمتي على خطأ»[1] ونظائره لكونه من حيث اللفظ أدل على المقصود، وكذلك القاضي أبو بكر الباقلاني والكلام في ذلك مستوفى في أصول الفقه، فعلى طريقة هؤلاء متى خالف واحد لم يصدق على الباقين أنهم كل الأمة حقيقة فلا تتناولهم النصوص الشاهدة بالعصمة.

وأما على طريقة من يرى إسناد الإجماع إلى جهة قضاء العادة باستحالة إجماع الخلق العظيم على الحكم الواحد إلا لدلالة أو أمارة، وهو الذي عول عليه إمام الحرمين وابن الحاجب، فيصعب على هذا المسلك تقرير أن مخالفة الواحد للجم الغفير والخلق العظيم يقدح في إجماعهم، فإنهم بالنظر إليهم دونه تقضي العادة باستحالة إجماعهم على ما لا دليل عليه ولا أمارة، فأي فائدة لوفاقه أو خلافه، وكذلك إذا فرضنا أن مجموع علماء الأمة لا يبلغون مبلغًا تقضي العادة باستحالة اجتماعهم على ذلك ينبغي على هذا المسلك أن لا يكون قول كلهم حجة، ولهذا قال إمام الحرمين: إن إجماع المنحطين عن رتبة التواتر ليس بحجة، بناء على أن مأخذ الإجماع يستند إلى اطراد العادة، ومع ذلك وافق على أن مخالفة الواحد والاثنين يقدح في الإجماع.

والطريقة الصحيحة هي التي عول عليها الشافعي وأكثر الأصحاب، وهي التمسك بدليل السمع، فلذلك خلاف الواحد والاثنين قادح في صحة الإجماع، وقد اشتهر الخلاف في ذلك عن ابن جرير الطبري قال: إنه يكون إجماعًا يجب على ذلك المخالف الرجوع إليه، ووافقه أبو بكر أحمد بن علي الرازي من الحنفية وأبو الحسين الخياط من المعتزلة، وابن جرير وابن منداد من المالكية، ثم اختلف النقل

---

(١) انظر التلخيص الحبير (٣/ ٢٩٥).

عن ابن جرير فيما زاد عن الاثنين، ففي «شرح اللمع» للمصنف أبي إسحاق أنه إذا خالف أكثر من ذلك لا يكون إجماعًا. وكذلك قال إمام الحرمين إن ابن جرير طرد مذهبه في الواحد والاثنين، وسلم أن خلاف الثلاثة معتبر، وتبعه الغزالي في «المنخول». ونقل سليم بن أيوب الرازي في «تقريبه الأصولي»: أن ابن جرير لا يعتد بمخالفة الاثنين والثلاثة، وكثير من المصنفين في الأصول كالقاضي عبد الجبار وأبي نصر بن الصباغ في كتاب «عدة العالم» وغيرهم ترجموا المسألة بمخالفة الواحد والاثنين وسكتوا عن الزائد. وأما الغزالي في «المستصفى» فلم يعتد بعدد، بل ترجم المسألة بإجماع الأكثر مع مخالفة الأقل، وتبعه على ذلك جماعة من أصحابنا وغيرهم، تلخيص الخلاف فيه من متفرق كلامهم سبعة مذاهب، أحدها: لا ينعقد الإجماع، وهو قول الأكثرين، والثاني: ينعقد وهو قول ابن جرير والخياط والرازي، وأومأ إليه أحمد على ما نقله ابن قدامة.

قلت: ورأيت الشافعي في كتاب جماع العلم من «الأم» حكاه عمن بحث معه وأمعن في الرد عليه، وسأذكر شيئًا من كلامه قريبًا إن شاء الله تعالى.

والثالث: إن بلغ الأقل عدد التواتر لم يعتد بالإجماع وإلا اعتد به، قال الغزالي رحمه الله: وهذا فاسد.

والرابع: إن سوغت الجماعة الاجتهاد في مذهب المخالف فخلافه معتد به، كخلاف ابن عباس في مسألة العول، فإنها محل اجتهاد وإلا فلا، وكخلاف ابن عباس في مسألة ربا الفضل هذه، ومسألة المتعة، ولذلك أنكر الناس الاجتهاد فيهما، وهذا القول منسوب إلى أبي عبد الله الجرجاني، وهو الذي رأيته في كتب الحنفية منسوبًا إلى أبي بكر الرازي قال: نقل الميرغيناني في «شرح الهداية» أن شمس الأئمة السرخسي قال: والأصح عندنا ما أشار إليه أبو بكر الرازي رحمه الله تعالى أن الواحد إذا خالف الجماعة ـ فإن سوغوا له ذلك في الاجتهاد ـ لا يثبت حكم الإجماع بدون قوله، وإن لم يسوغوا له الاجتهاد وأنكروا عليه قوله فإنه يثبت حكم الإجماع.

والخامس: أن قول الأكثر حجة لا إجماع، واختاره ابن الحاجب رحمه الله. قال الغزالي رحمه الله في «المستصفى»: وهو تحكم لا دليل عليه، وهو ظاهر، لأنه إذا لم يكن إجماعًا فبماذا يكون حجة؟

والسادس: أن اتباع الأكثر أولى وإن جاز خلافه، وضعفه الغزالي وحكى قولًا سابعًا بالفرق بين أصول الدين فلا يضر، والفروع فيضر، ولو ثبت الخلاف الذي قدمته عن كلام سليم وغيره عن قائلين أو قائل واحد في وقتين، صارت الأقوال

ثمانية ولكن أخشى أن يكون أحدها غلطًا على المنقول عنه، أو يكون ذكر ذلك على سبيل التمسك، ويكون مراده الأكثر كما ذكر غيره، وبالجملة فيرجح الأكثر على الأقل فيما طريقه الاجتهاد، ولا معنى له. وكم من مسألة ذهب إليها الشافعي أو مالك أو أبو حنيفة ولم يوافقه عليها إلا الأقلون، وكم من قليل على الحق، وكثير على غيره ﴿كَم مِّن فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةًۢ بِإِذْنِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٤٩] قال الشافعي رحمه الله عمن بحث معه قال: لا أنظر إلى قليل من المتقين، وأنظر إلى الأكثر. قال الشافعي. قلت: أفتصف القليل الذين لا ينظر إليهم أهم إن كانوا أقل من نصف الناس أو ثلثهم أو ربعهم؟ قال: لا أستطيع أن أحُدَّهم ولكن الأكثر.

قلت: العشرة أكثر من تسعة، قال: هؤلاء متقاربون. قلت: فحُدَّهُم بما شئت، قال: ما أقدر على أن أحدهم، قلنا: فكأنك أردت أن تجعل هذا القول مطلقًا غير محدود، فإذا وجد من يقول بقول اختلف فيه، قلت عليه الأكثر وإذا أردت رد قول قلت هؤلاء الأقل، افترضى من غيرك مثل هذا الجواب؟.

وطوَّل الشافعي كثيرًا في الكلام معه بما لا يحتمله هذا المكان، ولا ضرورة تدعو إلى نقله وتمسكهم بالأمر باتباع السواد الأعظم، وأشباه ذلك كله لا دليل فيه، وقد بُيِّنَ ذلك في أصول الفقه ويلزم هؤلاء أنه إذا اتفق نصف الأمة وانضاف إليهم واحد من النصف الآخر أن يوجبوا على الباقين اتباعهم، قال القاضي عبد الجبار: وهذا معلوم الفساد.

وأما من اعتبر عددًا معينًا كما حكي عن ابن جرير، فعلى ما نقل عنه سليم لا أعلم له وجهًا يعول عليه في أن خلاف الثلاثة لا يقدح، إن كان يقول: إن خلاف الأربعة بخلافه، وبالضرورة نسبة الثلاثة من ثلاثة آلاف كنسبة الأربعة من أربعة آلاف. وعلى ما نقله إمام الحرمين وغيره من أن خلاف الثلاثة يقدح وما دونها لا يقدح فلا أعلم له وجهًا إلا ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب بالجابية فقال: «قام فينا رسول الله ﷺ مقامي فيكم فقال: أكرموا أصحابي، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يظهر الكذب، فيحلف الرجل ولا يستحلف، ويشهد ولا يستشهد، فمن سره دخول الجنة فليلزم الجماعة، فإن الشيطان مع الفذ وهو من الاثنين أبعد»[(١)]، رواه الشافعي في كتاب «الرسالة» من حديث ابن سليمان بن يسار عن أبيه عن عمر، ولم أعرف ابن سليمان هذا، وهو حديث مشهور في «السنن»

(١) أخرجه النسائي في سننه الكبرىٰ (٥/ ٣٨٧) وأحمد في المسند (١/ ٢٦) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٦٣) وعبد بن حميد في مسنده برقم (٢٣).

و«المسانيد»، رويناه في «مسند علي بن حميد» من حديث ابن الزبير عن عمر، ورواه النسائي بإسناد صحيح من حديث جابر بن سمرة عن عمر، وقال الترمذي: حسن صحيح غريب من هذا الوجه، وذكره الدارقطني في «العلل» وذكر فيه اضطرابًا لكنه غير قادح وفي مسند الإمام الجليل عبد الله بن سعيد بن المسيب قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الشيطان يهم بالواحد ويهم بالاثنين فإذا كانوا ثلاثة لم يهم بهم»، صحيح إلى سعيد، وهو من مرسلاته، وفي معناهما قوله ﷺ: «الواحد شيطان والاثنان شيطانان والثلاثة ركب»[1]، رواه أبو داود والنسائي بلفظ الراكب.

وروي من طريق ابن وهب، قال: حدثني أبو فهر قال: قال رسول الله ﷺ: «الأقلون من العلماء الأكثرون» وهذا مرسل باطل بلا شك ولذلك تمسكوا بأن مخالفة الواحد والاثنين شذوذ، والشذوذ منهي عنه وبإنكار الصحابة على ابن عباس في هذه المسألة أعني ربا الفضل، وأجاب الأصحاب وغيرهم عن الأول: أن المراد به الشاذ أو الخارج عن الإمام بمخالفة الأكثر على وجه يثير الفتنة، وعن الحديث الثاني بأنه محمول على السفر وفي ذلك ورد، فإن الحديث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عمرو بن العاص: أن رجلًا قدم من سفر فقال له رسول الله ﷺ: «من صحبك»؟ قال: ما صحبت أحدًا قال رسول الله ﷺ: «الراكب شيطان والراكبان شيطانان والثلاثة ركب» كذا رواه ابن وهب في «مسنده»، وهكذا لفظ أبي داود والنسائي، فإن الحديث فيهما بلفظ الراكب لا بلفظ الواحد، وعن كون ذلك شذوذًا بأن الشاذ عبارة عن الخارج من الجماعة بعد الدخول فيها، وأما الذي لا يدخل أصلًا فلا يسمى شاذًا وعن الإنكار على ابن عباس بأنهم إنما أنكروا ذلك لمخالفته خبر أبي سعيد لا للإجماع والله أعلم.

وأما من فرق بين عدد التواتر وغيره فهو يناسب طريقة من جعل مأخذ الإجماع حكم العادة باستحالة الخطأ على الجمع العظيم، وهو بعيد، وأما من فرق بين أن تسوغ الجماعة الاجتهاد في ذلك الحكم أولًا فضعيف، لأن قول الجماعة غير المخالف إن لم يكن حجة فلا أثر لتسويغهم وعدمه، وإن كان حجة فهو محل النزاع فليس إنكارهم عليه بأولى من إنكاره عليهم، نعم ههنا أمر يجب التنبه له وهو أن الخلاف المعتد به هو الخلاف في مظان الاجتهاد، كالمسائل التي لا نص فيها، أو فيها نص غير صريح، وبالجملة ما يكون الخلاف فيه له وجه محتمل.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٦٠٧) والترمذي في سننه برقم (١٦٧٤) وأحمد في المسند (٢/ ١٨٦).

وأما هذه المسألة فإن النصوص التي فيها صريحة غير قابلة للتأويل بوجه قريب ولا بعيد، ولا للنسخ لما سيأتي إن شاء الله تعالى، وهي مع ذلك كالمتواترة عن النبي ﷺ أعني ما يدل على النهي عن ربا الفضل، ولا تستبعدون دعوى التواتر فيها، فمن تتبع الروايات عن النبي ﷺ حصل له العلم بذلك أو كاد. قال الطحاوي بعد أن ذكر ما رواه من الأحاديث، فثبت بهذه [الآثار] المتواترة عن رسول الله ﷺ النهي عن بيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب متفاضلًا» وسأعقد فصلًا جامعًا أشير فيه إلى أطراف الروايات في ذلك، وإذا كان في المسألة نصوص قطعية المتن قطعية الدلالة لم يكن مظان للاجتهاد، بل الحق فيها واحد قطعًا، غاية الأمر أن المجتهد المخالف لم يطلع عليها، والتواتر قد يحصل في حق شخص ولا يحصل في حق آخر، فإذا خالف مجتهد لعدم اطلاعه على مثل هذه النصوص يكون معذورًا في مخالفته إلى حيث يطلع على النص، ولا يحل العمل بقوله ذلك، ولا يقلد فيه، وينقض الحكم به، ولو لم تصل إلى حد التواتر مع صراحة دلالتها كان الحكم كذلك والله أعلم.

فإن قلت: ليس القول بذلك خاليًا عن وجه، وغاية الأمر أن الأحاديث المقتضية لتحريم ربا الفضل صحيحة صريحة، لكن الأحاديث المقتضية لجوازه أيضًا كذلك كما سيأتي وقد مضى شيء منه، والترجيح معنا، فإن القرآن وقوله تعالى: ﴿وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟﴾ [البقرة: ٢٧٨] يبين أن الذي نهى عنه ما كان دينًا، وكذلك كانت العرب تعقد في لغتها، وقد دل النبي ﷺ على أن النقد ليس الربا المتعارف عندأهل اللسان بقوله: «ولا تبيعوا الذهب بالذهب» الحديث فسماه بيعًا، وقد قال تعالى: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰا۟ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: ٢٧٥] فذم من قال: إنما البيع مثل الربا، ففي تسمية النبي ﷺ الزيادة في الأصناف بيعًا دليل على أن الربا في النسَّاء لا في غيره.

قلت: أما التعارض فسنبين إن شاء الله تعالى الجواب عنه، ووجه الجمع بينهما بأوضح شيء يكون، وكون الآية الكريمة وردت في تحريم نوع من الربا ـ إن سلم اقتصارها عليه ـ لا يدل على نفي غيره، والتعلق بكون ذلك يسمى بيعًا لا ربًا تعلق بالألفاظ، مع تصريح الأحاديث بالنهي والتحريم، وإثبات الربا فيه، ومثل هذه التعلقات الضعيفة يجل ابن عباس ومن وافقه من الأئمة المجتهدين عن التعلق بها، ولو لم أرها مذكورة، ولكن أبا الحسن ابن المغلس ذكرها عن القائلين بذلك، والله سبحانه وتعالى أعلم.

القسم الثاني: أن يدعى إجماع العصر الأول بعد اختلافهم لما روي من رجوع

من قال بذلك منهم، وممن تعرض لذلك من الأصحاب القاضي أبو الطيب في «تعليقه»، والعبدري في «الكفاية» قالا: «روي عن ابن عباس أنه رجع عن ذلك»، فتكون المسألة إجماعًا وابن عبد البر في «التمهيد» قال: لم أعده خلافًا لما روي عنه من رجوعه، وقد قدمت أن من الصحابة من صح النقل عنه بذلك، فرجع عنه يقينًا كابن عمر وابن مسعود، ومنهم من اختلف عنه في رجوعه كابن عباس، وبقيتهم كأسامة وزيد بن أرقم والبراء وابن الزبير لم أثبت النقل عنه بذلك، ولم يرد عنهم رجوع، فإن كانوا قائلين بذلك ولم يرجعوا فقد تعذر دعوى هذا الوجه إلا [ما] ثبت [من] رجوع ابن عباس ولم يبق فيهم مخالف فقد اختلف الأصوليون في هذه المسألة إذا اختلف علماء العصر ثم اتفقوا ورجع المتمسكون بأحد القولين إلى الآخر وصاروا مطبقين عليه، هل يكون ذلك إجماعًا أولًا؟

وتلخيص القول في ذلك أنه إما أن يكون قد استقر أولًا، وإن لم يكن قد استقر كاختلافهم في قتال مانعي الزكاة، ثم إجماعهم كلهم على رأي أبي بكر، فهذا يجوز قولًا واحدًا، ويكون إجماعًا، وهذا القسم لا خلاف فيه، وإن كان الخلاف قد استقر وبرد ففيه خلاف مرتب على أنه هل يشترط انقراض العصر الأول أولًا، إن قلنا العصر شرط وهو ظاهر كلام أحمد بن حنبل وقول ابن فورك وأحد الوجهين لأصحابنا؛ ونسبه عبد الجبار إلى أصحاب الشافعي وغيرهم ورجحه سليم في «التقريب الأصولي»، وأطنب في الانتصار له وذهب إليه [من] المالكية أبو تمام البصري، فعلى هذا يجوز اتفاقهم بعد اختلافهم، ويكون كونه إجماعًا موقوفًا أيضًا على انقراضهم.

وإن قلنا: إن انقراض العصر الأول ليس بشرط، وهو قول أكثر أصحابنا على ما نقله ابن الصباغ وغيره، وأصحاب أبي حنيفة وأصحاب مالك والأشاعرة ومن جملتهم القاضي أبو بكر بن الطيب والمعتزلة، وأومأ إليه أحمد بن حنبل، واختاره أبو الخطاب من أصحابه، وهو الصحيح في «شرح اللمع» للمصنف رحمه الله وهو الذي اختاره الغزالي وأبو عبد الله بن الخطيب وأتباعه وأبو عمرو بن الحاجب قال البندنيجي في مقدمة كتابه «الذخيرة»: وقد غلط بعض أصحابنا فقال: يعتبر انقراض العصر وليس بشيء، ومن هؤلاء من يطلق أو يعمم الحكم في الاجماع القولي والسكوتي، وهو الذي يقتضي كلام المصنف في «التبصرة» ترجيحه.

ومنهم من يفصل ويخص ذلك بالقولي، وأما السكوتي فيعتبر فيه انقراض العصر، وهو الذي قاله البندنيجي، واختيار الأستاذ أبي إسحاق، ومقتضى كلام المصنف في «اللمع» وفصل إمام الحرمين بين أن يكون الاجماع مقطوعًا به فلا يعتبر

انقراضًا، أو يتفقوا على حكم ويسندوه إلى ظن فلا ينبرم ما لم يطل الزمان.

إذا عرف ذلك فإن لم يعتبر انقراض العصر فهل يجوز الاجماع بعد الاختلاف؟ قيل: إنه ممتنع، لأنه ينافي ما أجمعوا عليه أولًا من تجويز الأخذ بكل واحد من القولين. نسب هذا القول إلى الصيرفي وأحمد بن حنبل وأبي الحسن الأشعري، ومال إليه الغزالي وداود وإمام الحرمين على امتناعه، لكن لمدرك آخر، وهو أن ذلك مستحيل عادة، والغزالي ومن وافقه يقولون: إنه يستحيل سمعًا، وقيل: يجوز وإذا وقع لا يكون حجة، وهو بعيد؛ وقيل: يجوز، ويكون حجة تحرم مخالفته وهو المختار.

فتلخص من هذا أن الاتفاق بعد الاختلاف في العصر الواحد حجة، واجماع على المختار، وهو الذي أطلقه طوائف من الأصوليين والفقهاء، والمنقول عن القاضي أبي بكر أنه لا يكون إجماعًا، والأول هو الحق الذي لا يتجه غيره، والقول بأنهم بالاختلاف أجمعوا على تجويز الأخذ بكل واحد من القولين ممنوع وهو قول باطل لم يقم عليه دليل والله أعلم.

واعلم أن دعوى هذين الاجماعين بعيدة لما قدمته من جهة النقل، وأيضًا فلو سلم أن ابن عباس وجميع الصحابة صح رجوعهم، فقد لحق زمان ابن عباس جماعة من أصحابه، ممن وافقه على ذلك، ولم ينقل عنه رجوع والصحيح المختار: أن قول التابعي الذي نشأ في عصر الصحابة وصار من أهل الاجتهاد قبل إجماعهم لا ينعقد إجماعهم بدونه، وهذا قول أكثر أصحابنا، وهو المنسوب إلى الحنفية وأكثر الحنابلة وأكثر المتكلمين. وقال بعض أصحابنا المتكلمين والقاضي من الحنابلة: لا يعتد به، وأومأ أحمد إلى القولين، والحق أنه يعتد به.

والثاني: قول ضعيف جدًا، فإن كثيرًا من فقهاء التابعين ماتوا في عصر الصحابة، منهم علقمة ومسروق وشريح وسلمان بن ربيعة والأسود وسعيد بن المسيب ﷺ، وسعيد بن جبير وإبراهيم النخعي، وخلائق لا يحصون وهؤلاء الذين سميت من علية الفقهاء وأئمة المجتهدين، وعصر الصحابة وعصر التابعين متداخلان؛ فإن عصر التابعين ابتداؤه من قبل الهجرة، وكل من سمع بالنبي ﷺ ولم يره بالمدينة الذين أسلموا على يدي أهل العقبة الأولى واليمن والبحرين وعمان والطائف والحبشة وغيرها، يعد من التابعين، فمن المستحيل أن يقال: أن هؤلاء كلهم لا يعتد بقول أحد ممن تفقه منهم ووصل إلى رتبة الاجتهاد إلى انقراض الصحابة في سنة مائة من الهجرة، والأعصار كلها متداخلة بعضها في بعض، لا يوجد كل منها دفعة واحدة، فعدم اعتبار قول التابعي قول ضعيف لا معنى له،

والتابعون قد ثبت عنهم الاختلاف في هذه المسألة، أعني ربا الفضل كما تقدم. فالظاهر أن الخلاف في هذه المسألة إلى عصر التابعين لم ينقرض. وهذا الذي يفهم من كلام الشافعي حيث حكي الخلاف عن الصحابة والتابعين، وعول على الترجيح دون التمسك باجماع.

وقد تضمن كلام الشافعي في جماع العلم من «الأم» أن ابن المسيب روى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه في الصرف شيئًا وأخذ به، وله فيه مخالفون من الأمة، فلا أدري أيشير الشافعي إلى تحريم ربا الفضل أم لا؟ فإن كان فهو مولد لثبوت الخلاف، وقال الترمذي بعد أن ذكر مذهب ابن عباس: ولذلك روي عن بعض أصحابه شيء من هذا. وقد ادعى الشيخ أبو حامد الإسفراييني رحمه الله تعالى أن تحريم ربا الفضل قول التابعين أجمعين، وقد عرفت ما فيه، والله تعالى أعلم.

القسم الثالث: أن يدعى اجماع متأخر بعد انقراض المختلفين، وذلك لا يمكن في أوائل عصر التابعين لما عرفت من قولهم به، ومن جملة القائلين به عطاء بن أبي رباح، وقد توفي سنة خمس عشرة ومائة أو بعدها، فإن ادعىٰ إجماع بعد ذلك إما من بقية التابعين وإما ممن بعدهم فلا أستحضر خلافًا يرده، ولكن الأصوليين والأصحاب مختلفون في حكم ذلك فأصح الوجهين ـ وهو الذي ذهب إليه أبو بكر الصيرفي وابن أبي هريرة وأبو علي الطبري وأبو حامد المرُّوذي أنه إذا اتفق التابعون على أحد قولي الصحابة لا تصير المسألة إجماعية ولا يحرم القول بالقول الآخر، وهو مذهب أبي الحسن الأشعري. وقال المصنف أبو إسحاق: إنه قول عامة أصحابنا، وقال سليم: إنه قول أكثر أصحابنا وأكثر الأشعرية. وقال إمام الحرمين: إن ميل الشافعي إليه، واختاره الغزالي. وقال ابن بَرْهان: ذهب الشافعي رحمه الله إلى أن حكم الخلاف لا يرتفع. وقال عبد الوهاب المالكي: ليس عن مالك فيه شيء؛ والجيد من مذهبه الذي كان يختاره شيخنا أبو بكر أن الخلاف باق. وذهب إليه من الحنابلة القاضي، وهو المرجوح عندهم.

والوجه الثاني: وبه قال أبو علي بن خيران وأبو بكر القفال والقاضي أبو الطيب، ورجحه ابن الصباغ وأكثر أصحاب أبي حنيفة وكثير من المعتزلة كالجبائي وابنه، وإليه ذهب المحاسبي من المتقدمين وأبو عبد الله بن الخطيب من المتأخرين، وأبو الخطاب الحنبلي، أنه يصير إجماعًا، لا تجوز مخالفته، هذا الخلاف مترتب على أن الميت هل له قول؟.

فإن قلنا: أن له قولًا لم يكن إجماعًا، وإلا كان إجماعًا، والحنفية مع قولهم بأنه إجماع يقولون: إنه من أدنى مراتب الاجماع. ولذلك قال محمد بن الحسن

فيمن قال لامرأته أنت خلية، ونوى ثلاثًا ثم جامعها في العدة وقال: علمت أنها حرام، لا يحل، لأن عمر ﷺ كان يراها واحدة رجعية، وقد أجمعنا بخلافه، وشبهة الثلاث صحيحة بلا خلاف بين الأمة اليوم، لكن الحد يسقط بالشبهة، وقد اختلف الناس في هذا الإجماع أهو حجة أو لا؟ فلا يصير موجبًا علمًا بلا شبهة. هكذا قال أبو زيد الدبوسي في التقويم من كتبهم.

وصورة المسألة عند الغزالي بما إذا لم يصرح التابعون بتحريم القول الآخر، فإن صرحوا بتحريمه فقد تردد ـ أعني الغزالي ـ هل يمتنع ذلك أو لا ولا يجب اتباعهم فيه؟ والله أعلم.

والفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا حصل الإجماع بعد الاختلاف مع بقاء العصر حيث كان الصحيح هناك أنه يكون إجماعًا أن المجمعين هناك كل الأمة؛ وأهل العصر الثاني بعض الأمة لا كلهم، لأن الأمة اسم يعم الحي والميت؛ فعلى ما قلناه من قول أكثر أصحابنا امتنع دعوى الإجماع في تحريم ربا الفضل بوجه من الوجوه، وهذا مقتضى صنع أبي الحسين المحاملي رحمه الله، فإنه ذكر مسألة ربا الفضل في مسائل كتاب «الأوسط» الذي صنفه في مسائل الخلاف بين الشافعي وسائر الفقهاء، ولو كانت عنده إجماعية لم يذكرها، لكنا بحمد الله تعالى مستغنون عن الإجماع في ذلك بالنصوص الصحيحة الصريحة المتضافرة كما قدمته وأقوله إن شاء الله تعالى، وإنما يحتاج إلى الإجماع في مسألة خفية مسندها قياس أو استنباط دقيق. والله أعلم.

فصل فيما يتعلق به ابن عباس وموافقوه والجواب عنه

تعلقوا في ذلك بحديثين: أحدهما: حديث أسامة المتقدم، وقد ورد بألفاظ مختلفة معناها سواء أو متقارب، منها: «لا ربا إلا في النسيئة»، ومنها: «إنما الربا في النسيئة»، ومنها: «أن الربا في النسيئة» ومنها: «لا ربا فيما كان يدًا بيد». وهذه الألفاظ كلها صحيحة ومنها: «ليس الربا إلا في النسيئة والنَّظِرَة»، ومنها: «لا ربا إلا في الدَّين» رواهما الطبراني ومنها: «الربا في النسيئة». واتفق الأئمة على حديث أسامة وإن اختلفوا في تأويله، والحديث الثاني حديث البراء بن عازب وزيد بن أرقم، وقد رويناه بطرق مختلفة وألفاظ متباينة، فألفاظه التي في الصحيح لا متعلق لهم بها.

ومنها: لفظ في طريق خارج «الصحيحين» لهم فيه متعلق، وهو ما رواه عبد الله بن الزبير الحميدي صاحب الشافعي وشيخ البخاري عن سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار أنه سمع أبا المنهال يقول: «باع شريك لي بالكوفة دراهم بدراهم

بينهما فضل، فقلت: ما أرى هذا يصلح، فقال: لقد بعتها في السوق فما عاب ذلك عليَّ أحد فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال: قدم النبي ﷺ المدينة وتحادثنا هكذا وقال: ما كان يدًا بيد فلا بأس، وما كان نسيئًا فلا خير فيه، وأت زيد بن أرقم فإنه كان أعظم تجارة مني، فأتيته فذكرت ذلك فقال: صدق البراء».

قال الحميدي: هذا منسوخ لا يؤخذ بهذا؛ وهذا الإسناد من أصح الأسانيد فإن رواته كلهم أئمة ثقات، وقد صرح سفيان بأنه سمعه من عمرو فانتفت شبهة تدليسه. ولكن سنذكر ما علل به، فشرط الحكم بصحة الحديث سلامته من التعليل؛ فنذكر الجواب عن كل واحد من الحديثين والله المستعان.

أما حديث أسامة فجوابه من خمسة أوجه يجمعها ثلاثة أنواع، تأويل وادعاء نسخ وترجيح، واعلم أنه متى أمكن الأول لا يعدل إلى الثاني، ومتى ثبت موجب الثاني لا يعدل إلى الثالث، فاعتمد هذا في كل نصين مختلفين ونحن نذكر الأوجه التي نقلت في الجواب، منها: وجهان تضمنهما كلام الشافعي رحمه الله، فإنه قال في كتاب «اختلاف الحديث» بعد أن ذكر خبر أسامة، وأخبار عبادة بن الصامت وأبي هريرة وأبي سعيد وعثمان بن عفان الدالة على التحريم، ذكرها ثم قال: فأخذنا بهذه الأحاديث التي توافق حديث عبادة، وكانت حجتنا في أخذنا بها وتركنا حديث أسامة بن زيد إذ كان ظاهره يخالفها، وقول من قال: إن النفس على حديث الأكثر أطيب، لأنهم أشبه أن يحفظوا من الأقل، وكان عثمان بن عفان وعبادة بن الصامت أسن، وأشد تقدم صحبة من أسامة، وكان أبو هريرة وأبو سعيد الخدري أكثر حفظًا عن النبي ﷺ فيما علمنا من أسامة.

فإن قال قائل: فهل يخالف حديث أسامة حديثهم؟ قيل: إن كان يخالفها فالحجة فيها دونه لما وصفنا فإن قيل: فأنى يرى هذا؟ قيل: الله أعلم قد يحتمل أن يكون سمع رسول الله ﷺ يُسأل عن الربا في صنفين مختلفين، ذهب بفضة وتمر بحنطة. قال: «إنما الربا في النسيئة» فحفظه فأدى قول النبي ﷺ ولم يؤد مسألة السائل، فكان ما أدى عند من سمع أن لا ربا إلا في النسيئة. هذا جواب الشافعي رحمه الله، وهو مشتمل على الترجيح والتأويل فهما جوابان يعني أنه إن كان حديث أسامة جوابًا لمن سأل عن صنفين فهو موافق لبقية الأحاديث لا يخالفها، وإن لم يكن كذلك وكان مخالفًا لها فالعمل بالراجح متعين، ورواية جماعة أرجح من رواية واحد، ولم يجزم الشافعي رحمه الله بالتأويل المذكور؛ لأجل أن ابن عباس راوي الحديث، وهو قائل به.

وروى الحاوي كلام الشافعي بأبسط مما في «اختلاف الحديث»، وهو يبين ما

شرحت به كلامه. وهذا التأويل الذي ذكره الشافعي هو الذي ذكره ابن عبد البر وقال: إنه معنى الحديث عند العلماء. قال: والدليل على صحة هذا التأويل، بل إجماع الناس ـ ما عدا ابن عباس ـ عليه، وما صح عن النبي ﷺ وذكر الحديث والأحاديث الدالة على تحريم ربا الفضل.

الجواب الثالث: أنه محمول على الجنسين، الواحد يجوز التماثل فيه نقدًا، ولا يجوز نساء، ذكره الماوردي.

الجواب الرابع: أن يكون محمولًا على غير الربويات، كبيع الدين بالدين مؤجلًا، بأن يكون له عنده نقد موصوف، فيبيعه بعرض موصوف مؤجلًا، ذكره النووي، فهذه ثلاثة تأويلات، أوضحها وأشهرها ما قاله الشافعي رحمه الله تعالى أنه محمول على الجنس وليس من شرط حمله على ذلك أن يثبت كونه جوابًا لسؤال سائل عنده، بل قد يكون اللفظ عامًا، ويحمل على الخصوص بدليل يقتضيه أي دليل كان، ولو لم يكن إلا الجمع بين الأحاديث.

واعلم أن هذه التأويلات الثلاثة متفقة في الجمع بين الحديثين، وقد نبهت فيما تقدم على أنه أولى من الترجيح فيما أمكن، وكلام ابن الصباغ يقتضي أن هنا مانعًا من الجمع بين الحديثين، فإنه قال في كتاب «عدة العالم في أصول الفقه»: أنه إن أمكن الجمع بين الحديثين جمع إلى أن يقع الإجماع على تعارضهما، مثل حديث ابن عباس: «إنما الربا في النسيئة» وحديث أبي سعيد قال: فإنه يمكن أن يحمل حديث ابن عباس على الجنسين المختلفين، إلا أن الجماعة اتفقوا على تعارض الخبرين، فالأكثر تركوا حديث ابن عباس، والقليل أجروا حديث ابن عباس على العموم، فعلى طريقة ابن الصباغ هذه يتعين المصير إلى الترجيح أو النسخ، والله أعلم.

الجواب الخامس: دعوى النسخ كما أشار إليه الحميدي في حديث البراء بن عازب وزيد بن أرقم المتقدم. قال الحاوي: من ادعى نسخ ذلك ذهب إلى حديث فيه مقال، وذكر حديثًا من رواية بحر السقاء عن عبد العزيز بن أبي بكرة عن أبيه أن النبي ﷺ: «نهى عن الصرف قبل موته بشهر» قال الحاوي: هذا حديث واهي الإسناد وبحر السقاء لا تقوم به الحجة. ثم في حديث عبادة ما يدل على أن التحريم كان يوم خيبر. وذكر حديثًا من رواية محمد بن إسحاق عن يزيد بن عبد الله بن قسيط، أنه حدث عن عبادة بن الصامت، قال: «نهانا رسول الله ﷺ أن نبيع أو نبتاع تبر الذهب بالذهب، وتبر الفضة بالفضة العين. قال: وقال لنا: ابتاعوا تبر الذهب بالورق، وتبر الفضة بالذهب العين».

قال في الحاوي: هذا الحديث بهذا الإسناد وإن كان فيه مقال من جهة ابن إسحاق غير أنه له أصلًا من حديث عبادة، ثم يسنده حديث فضالة بن عبيد، فإن كان أسامة سمعه من النبي ﷺ قبل خيبر فقد ثبت النسخ، وإلا فالحكم ما صار إليه الشافعي جمعًا بين الأخبار فبحثنا هل نجد حديثًا يؤكد رواية أبي بكرة ويبين تقديم حديث أسامة إن كان ما سمعه متقدمًا على ما سمعه؟ فرأيناه ذكر حديث الحميدي الذي تقدم وكلام الحميدي ولم يزد عليه.

قلت: وحديث فضالة ظاهر في أن التحريم كان يوم خيبر، فإنه قال: «كنا مع رسول الله ﷺ يوم خيبر نبايع اليهود، وفيه الذهب بالدينارين والثلاثة؛ فقال رسول الله ﷺ: «لا تبايعوا الذهب إلا وزنًا بوزن»[1] وهو مخرج في «صحيح مسلم»، لكن النووي قال: إنه يحتمل أنهم كانوا يتبايعون الأوقية من ذهب وخز وغيره بدينارين، ظنًا منهم جوازه للاحتياط، حتى يبين النبي ﷺ أنه حرام حتى تميز، وها أنا أتكلم على حديث الحميدي إن شاء الله تعالى.

أما حديث الحميدي فادعى فيه أمران أحدهما: النسخ كما قال راويه الحميدي، وناهيك به علمًا، واطلاعًا، لكن الصحيح عند الأصوليين أن قول الراوي هذا منسوخ لا يرجع إليه لجواز أن يكون قال ذلك من طريق الاجتهاد، بخلاف ما إذا صرح بأنه متأخر فإنه يقبل كما إذا مر على ماء قليل فقال عدل: قد ولغ فيه كلب، يقبل. فلو قال: هو نجس ولم يبين لم يقبل. وممن صرح بذلك سليم والغزالي وابن بَرْهان، خلافًا لأصحاب أبي حنيفة فيما نقله ابن برهان مطلقًا؛ وابن الخطيب نقله عن الكرخي فيما إذا لم يعين الناسخ وجعل أبو العباس القرطبي المالكي قوله: نسخ كذا بكذا في معنى ذكره تقدم التاريخ، ومحل الخلاف فيما إذا كان ذلك القول من صحابي، كذلك فرض الغزالي وابن برهان وابن الخطيب المسألة.

وأطلق القرطبي الفرض في الراوي، فإن كان ذلك عن سائل سأل في العبارة وإلا فهو بعيد، فإن ثبت خلاف في غير الصحابي كان قول الحميدي هنا من هذا القبيل وإلا فلا، غير أنه قد عرف من موضع آخر تقدم تاريخ الإباحة من حديث البراء وزيد بن أرقم، وتأخر التحريم من حديث أبي بكرة في رواية ابن إسحاق كما تقدم قريبًا، فإذا صح ذلك ظهر مستند الحميدي رحمه الله وصح النسخ. والماوردي جزم بالنسخ في حديث البراء وزيد قال: لأنه مروي عن أول الإسلام قبل تحريم الربا.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٩١).

وههنا دقيقة، وهي أن دعوى النسخ إذا سلم يظهر بين الأحاديث بأن تكون أحاديث التحريم ناسخة لأحاديث الإباحة، أما أن الآية تكون ناسخة لأحاديث الإباحة ففيه نظر لأمرين أحدهما: أن الكتاب لا ينسخ السنة على أحد قولي الشافعي، وإن كان الأصح عند الشافعية وغيرهم الجواز. والثاني: أن الأحاديث المبيحة خاصة بالنقد والآية عامة وعند الشافعي وأكثر العلماء تقدم الخاص على العام، ولو تأخر العام لا يكون ناسخًا للخاص، وإذا ظهر أن النسخ إنما هو بين فحينئذٍ أقول: إما أن نقول إن الآية محمولة على ربا الجاهلية أو لا. فإن قلنا بذلك فلا إشكال وصار النظر مقصورًا على السنة، وإن نقل به وحملناها على العقود الربوية إما عامة فيها وإما مجملة، فإن كان نزولها متأخرًا عن جميع الأحاديث المبيحة والمحرمة فيكون مجموع الأحاديث المنسوخة والناسخة أو الناسخة فقط، مبينة أو مخصصة للآية. وهذا يوافق قول عمر وابن عباس ﷺ: أن آخر آية نزلت آية الربا، وإن كان نزول الآية متوسطًا بين المبيحة والمحرمة، وهو ما يشعر به قول عائشة ﷺ لما نزلت الآيات في آخر سورة البقرة في الربا «خرج رسول الله ﷺ فحرم التجارة في الخمر»[1] متفق عليه، وتحريم الخمر في السنة الثالثة والرابعة، على أنه يحتمل أن يكون المراد جدد تحريم التجارة في الخمر، ولا يكون ذلك أول تحريمها.

فإن كان الأمر كذلك وأن نزول آية الربا بعد الأحاديث المبيحة وقبل المحرمة فالمبيحة مبينة أو مخصصة للآية كما تقدم، وحينئذٍ فنتصدى النظر في أن العام المخصص هل أريد به القدر الباقي بعد الإخراج مع قطع النظر عن المخرج؟ أو أريد به الباقي وخروج غيره، والظاهر الأول، فتكون الآية مرادًا بها تحريم النَّساء، والأحاديث المبينة المتقدمة تقتضي حكمين أحدهما: تحريم النَّساء وهو موافق للآية. والثاني: إباحة النقد، وهو ثابت بالسنة الخاصة، وهو المنسوخ بالسنة، مع كون الآية باقية على كون المراد بها النسيئة، ولا يستدل بها فيما عداه وتحريم النقد بالسنة زائد عليها، وقد يقال: أنه يأتي بحث الحنفية في أن الزيادة على النص إذا كان لها تعلق به نسخ عندهم، والصواب أن ذلك لا يأتي ههنا، لأن إباحة النقد لم تفهم من الآية. وهم إنما يقولون ذلك فيما إذا كانت الزيادة تدفع مفهوم اللفظ، فهذا ما يتعلق بدعوى النسخ في ذلك.

الأمر الثاني: مما ادعى في حديث البراء وزيد بن أرقم هذا أنه معلول فيمتنع

---

(١) تقدم.

الحكم بصحته. وهذه الطريقة التي سلكها الحافظ أبو بكر البيهقي، وذلك أن لفظه الذي في الصحيح عن أبي المنهال قال: «سألت البراء بن عازب وزيد بن أرقم عن الصرف فقالا: كنا تاجرين على عهد رسول الله ﷺ فسألنا رسول الله ﷺ عن الصرف فقال: «إن كان يدًا بيد فلا بأس، وإن كان نساء فلا يصلح»[١] رواه البخاري بهذا اللفظ من حديث ابن جريج عن عمرو بن دينار وعامر بن مصعب، ورواه مسلم بلفظ آخر عن أبي المنهال قال: «باع شريك لي ورقًا نسيئة إلى الموسم أو إلى الحج، فجاء إليَّ فأخبرني فقلت: هذا الأمر لا يصلح قال: فقد بعته في السوق، فلم ينكر ذلك على أحد، فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال: قدم النبي ﷺ المدينة ونحن نبيع هذا البيع فقال: ما كان يدًا بيد فلا بأس به، وما كان نسيئة فهو ربا وأت زيد بن أرقم فإنه أعظم تجارة مني فأتيته فسألته فقال مثل ذلك»[٢] وكذلك رواه البخاري عن علي بن المديني ومسلم عن محمد بن حاتم، والنسائي عن محمد بن منصور ـ ثلاثتهم عن سفيان ـ وهذان اللفظان اللذان في الصحيح لا منافاة بينهما ولا إشكال ولا حجة لمتعلق فيهما لأنه يمكن حمل ذلك على أحد أمرين إما أن يكون المراد بيع دراهم بشي ليس ربويًا، ويكون الفساد لأجل التأخير بالمواسم أو الحج فإنه غير محرر؛ ولا سيما على ما كانت العرب تفعل.

والثاني: أن يحمل ذلك على اختلاف الجنس، ويدل له رواية أخرى عن أبي المنهال قال: «سألت البراء بن عازب وزيد بن أرقم عن الصرف فكلاهما يقول: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق دينًا»[٣] رواه البخاري ومسلم وهذا لفظ البخاري ومسلم بمعناه، وفي لفظ مسلم «نهى عن بيع الورق بالذهب دينًا»[٤] فهو يبين أن المراد صرف الجنس بجنس آخر.

وهذه الرواية ثابتة من حديث شعبة عن حبيب بن أبي صالح عن أبي المنهال؛ والروايات الثلاث الأول رواية الحميدي واللتان في الصحيح، وكلها أسانيدها في غاية الجودة، ولكن حصل الاختلاف من الحميدي وعلي بن المديني ومحمد بن حاتم ومحمد بن منصور، وكل من الحميدي وعلي بن المديني في غاية التثبت.

ويترجح ابن المديني هنا بمتابعة محمد بن حاتم ومحمد بن منصور له وبشهادة ابن جريج لروايته، وشهادة رواية حبيب بن أبي ثابت لرواية شيخه، ولأجل ذلك قال البيهقي رحمه الله: إن رواية من قال: إنه باع دراهم بدراهم خطأ عنده فهذا جواب

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.
(٤) تقدم.

حديثي، وقد لا يجسر الفقيه على الحكم لتخطئته بمجرد ذلك. ونقول إنه لا منافاة بين روايات عمرو بن دينار، فإن منها ما أطلق فيه الصرف، ومنها: ما بين أنها دراهم بدراهم، فيحمل المطلق على المقيد جمعًا بين الروايتين فإن أحدهما بين ما أبهمه الآخر. ويكون حديث حبيب بن أبي ثابت حديثًا آخر واردًا في الجنسين وتحريم النساء فيهما. ولا تنافي في ذلك ولا تعارض، وحينئذٍ يضطر إلى النسخ إن ثبت موجبه أو ترجيحه. وهو حاصل هنا بأمور، منها: أن رواية أحاديث التحريم أكثر كما سبقت عليهم. والقاعدة الترجيح بالكثرة. وهذا قد نص عليه الشافعي رحمه الله تعالى في هذه المسألة التي نتكلم عليها. فإنه روي تحريم الفضل عن عمر وعثمان وأبي سعيد وأبي هريرة وعبادة وقال: رواية خمسة أولى من رواية واحد.

وقال سليم الرازي: إن الشافعي رحمه الله أومأ في موضع إلى أنه لا ترجح بالكثرة في أحد الخبرين، وهما سواء، وإليه ذهب قوم من أصحاب أبي حنيفة اعتبارًا بالشهادة حيث لم يرجح فيها بكثرة العدد، ونقله في «شرح اللمع» المصنف عن بعض أصحابنا. ومنها: أنهم أسن، فإن فيهم عثمان وعبادة وغيرهم، ممن هم أسن من البراء وزيد كما قاله الشافعي رحمه الله في أسامة. ومنها: بالحفظ فإن فيهم أبا هريرة وأبا سعيد وغيرهما، ممن هو مشهور بالحفظ أكثر من البراء وزيد لهذا الحديث في زمان الصبا، وهو مرجوح بالنسبة إلى الأول، وإنما قلت: أن تحمل البراء وزيد في حالة الصبا لأنهما قالا: «قدم النبي ﷺ المدينة وتحادثنا» هكذا قال، وعند قدوم النبي ﷺ كان سن كل منهما عشرًا أو نحوها لما ذكر ابن عبد البر عن منصور بن سلمة الخزاعي أنه روى بإسناده إلى زيد بن حارثة أن رسول الله ﷺ استصغره يوم أحد، والبراء بن عازب وزيد بن أرقم وأبا سعيد الخدري وسعيد بن حبيبة وعبد الله بن عمر. وعن الواقدي أن أول غزوة شهداها الخندق.

ومن المرجحات أيضًا أن حديث البراء وزيد مبيح، وأحاديث عبادة وأصحابه محرمة، وإذا تعارض المقرر والناقل فالمرجح الناقل عن حكم الأصل عند الجمهور وهو الذي جزم به المصنف وسليم، لأنه يفيد حكمًا شرعيًا خلافًا لأبي عبد الله بن الخطيب حيث قال: يقدم المقرر، وإن حصل التعارض في التحريم والإباحة من غير اعتضاد بأصل، فالمحرم راجح على المبيح على أصح الوجهين عند أصحابنا، ووافقهم الكرخي من الحنفية وأبو يعلى من الحنبلية للاحتياط خلافًا للغزالي منا وعيسى بن أبان من الحنفية وأبي هاشم وجماعة من المتكلمين، حيث قالوا: هما سواء، وثم وجوه أخر من الترجيح لا تخفى عن الفطن والله تعالى أعلم.

واعلم أن ترجيح أحد الدليلين على الآخر كالمتفق عليه بين الأئمة، وهو

المعلوم من استقراء أحوال الصحابة والسلف وأنكره بعض المتكلمين وقال: يتعين المصير إلى دليل آخر سواهما أو للتخيير، والأول هو الصواب والله أعلم. فقد اتضح بحمد الله تعالى الجواب عن ذلك، ولعلك ترى أني أطلت في ذكر هذه المسألة الأصولية فاعلم أني متى جاءت قاعدة من هذه القواعد حددتها، وأقوال الأئمة فيها والراجح منها، ثم إذا عاد ذكرها في موضع آخر حملت على الموضع الأول والله أعلم.

فصل في الأحاديث الواردة في تحريم ربا الفضل

روي ذلك من حديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه وعمر بن الخطاب رضي الله عنه وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وسعد بن أبي وقاص وعبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري وأبي هريرة وعبد الله بن عمر بن الخطاب وفضالة بن عبيد وأبي بكرة ومعمر بن عبد الله ورافع بن خديج وأبي الدرداء وأبي أسيد الساعدي وبلال وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك ورويفع بن ثابت وبريدة رضي الله عنهم أجمعين. أما حديث أبي بكر رضي الله عنه فمشهور عن محمد بن السائب الكلبي عن سلمة بن السائب عن أبي رافع عنه قال: «سمعت النبي ﷺ يقول: الذهب بالذهب وزنًا بوزن والفضة بالفضة وزنًا بوزن والزائد والمستزيد في النار»[(١)] رواه أبو بكر بن أبي شيبة وعبيد بن حميد وغيرهما. واختلف عن الكلبي فيه ففي «سنن أبي قرة» عن محمد بن السائب عن أبي رافع والكلبي ضعيف. وروي من طريق غيره ولم يصح.

وأما حديث عمر رضي الله عنه فرواه أبو حمزة ميمون القصاب عن سعيد بن المسيب عن عمر عن النبي ﷺ قال: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، مثلًا بمثل، من زاد أو ازداد فقد أربى» وأبو حمزة ضعيف. وقد اضطرب عنه في هذا الحديث. قال الدارقطني في كتاب «العلل»[(٢)]: وأبو حمزة مضطرب الحديث والاضطراب في الإسناد من قبله، والله تعالى أعلم.

وأما حديث عثمان بن عفان فصحيح أخرجه مسلم[(٣)]. ولفظه في روايتنا أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين» وأما حديث علي بن أبي طالب فأخرجه ابن ماجه والدارقطني في «سننهما»، والحاكم في «المستدرك» من طريق محمد بن العباس جد الشافعي عن عمر بن محمد عن أبيه

---

(١) أخرجه عبد بن حميد في مسنده برقم (٦) والبزار في مسنده برقم (١٣١٨) وأبو يعلى في مسنده كما في المجمع (٤/ ١١٨) ولا يصح.

(٢) (٢/ ١٥٨).

(٣) برقم (١٥٨٥).

وهو ابن الحنفية عن جده وهو علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم، لا فضل بينهما من كانت له حاجة بورق فليصرفها بذهب، وإن كانت له حاجة بذهب فليصرفها بورق والصرف ها وها»[١] وقال الحاكم: إنه غريب صحيح.

وأما حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه فمخرج في كتب «السنن الأربعة» والدارقطني و«المستدرك على الصحيحين» للحاكم، وهذا لفظ «المستدرك» قال سعد: سئل رسول الله ﷺ عن اشتراء الرطب بالتمر فقال رسول الله ﷺ: «أَيَنْقُصُ إِذَا يَبِسَ؟» قالوا: نعم الرطب ينقص، فقال رسول الله ﷺ: فلا يصح هذا»[٢]، وإن لم يكن في معنى الأحاديث المتقدمة فهو يدل على معناها من جهة أنه دل على معنى الفضل، فهؤلاء خمسة من العشرة فيهم الخلفاء الراشدون.

وأما حديث عبادة فهو أتم الأحاديث وأكملها، ولذلك جعله الشافعي العمدة في هذا الباب، وعبادة أسن وأقدم صحبة من أبي سعيد، وقد تقدم أن حديث عبادة من أفراد مسلم، ورواه معه من أصحاب السنن، أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه، ولفظه في مسلم من رواية أبي الأشعث عنه قال: «سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، إلا سواء بسواء وعينًا بعين، فمن زاد أو ازداد فقد أربى»[٣] وهذا اللفظ هو الذي أورده المصنف أولًا في الفصل الأول من هذا الباب، ولم يخرجه بهذا اللفظ هكذا أحد من أصحاب الكتب الستة غيره، وقد اشتبه على ابن معن المتكلم على هذا الكتاب فنسبه إلى مسلم وأبي داود والترمذي ونسب الثاني إلى مسلم وحده فأردت التنبيه على ذلك لئلا يغتر به، فإن المحدث إذا نسب الحديث إلى كتاب مراده منه أصل الحديث فيحتمل منه ذلك، وأما الفقيه فمراده ذلك اللفظ الذي يستدل به فلا بد من الموافقة فيه والله تعالى أعلم.

ورواه النسائي بقريب من هذا اللفظ من حديث مسلم بن يسار وعبد الله بن عبيد عن عبادة قال: «نهانا رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالذهب والورق بالورق، والبر بالبر والشعير بالشعير، والتمر بالتمر ـ قال أحدهما: والملح بالملح، ولم يقله الآخر ـ إلا مثلًا بمثل، يدًا بيد، وأمرنا أن نبيع الذهب بالوَرِق والوَرِق بالذهب والبر

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٢٦١) والحاكم في المستدرك (٢/ ٤٩).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٣٥٩) والترمذي في سننه برقم (١٢٢٥) والنسائي في سننه (٧/ ٢٦٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٦٤) وأحمد في المسند (١/ ١٧٩).

(٣) تقدم.

بالشعير والشعير بالبر يدًا بيد كيف شئنا ـ قال أحدهما: فمن زاد أو ازداد فقد أربى»[1] ورواه ابن ماجه كذلك بهذا اللفظ، وقدم الورق على الذهب وبعض قوله: «وأمرنا أن نبيع الذهب» وقوله: «من زاد أو ازداد» ورواية مسلم بن يسار هذه منقطعة، فإنه لم يسمع ذلك من عبادة، وإنما سمعه من أبي الأشعث عنه. وأما رواية عبد الله بن عبيد ويقال له: ابن هرمز فمتصلة فيما أظن والله أعلم، وذكره المزني في «مختصره» عن الشافعي رحمه الله كذلك من حديث مسلم بن يسار ورجل آخر عن عبادة، ولفظه فيه أن النبي ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا الورق بالورق، ولا البر بالبر، ولا الشعير بالشعير، ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح، إلا سواء بسواء عينًا بعين، يدًا بيد ولكن بيعوا الذهب بالورق، والورق بالذهب. والبر بالشعير، والشعير بالبر، والتمر بالملح، والملح بالتمر. يدًا بيد كيف شئتم». قال: ونقص أحدهما التمر والملح وزاد الآخر: فمن زاد أو استزاد فقد أربى».

وكذلك رويناه في «مسند الشافعي» من رواية الربيع حرفًا بحرف إلا أنه قال: وزاد أحدهما: من زاد أو ازداد» ورواه البيهقي في «المعرفة» من رواية المزني عن الشافعي أيضًا من طريق أبي قلابة عن أبي الأشعث متصلًا بلفظ قريب من اللفظ الأول. وهذه الألفاظ كلها متفقة في تصدير الحديث بالنهي، وفي استيفاء الأجناس الستة، وانفردت رواية الشافعي بالجمع بين قوله: «عينًا بعين يدًا بيد». ولم أقف على ذلك في حديث عبادة إلا من هذه الرواية. ولا في أكثر الأحاديث إلا في حديث أبي سعيد الخدري الذي تقدم، وفيه جمع بينهما. فهذا اللفظ الواحد الذي أورده المصنف في الفصل الأول. والظاهر أنه أورده من مسلم أو ممن نقل عنه، ونعم ما فعل، إلا أن قوله في آخره: استزاد ليس في مسلم بل في لفظ الشافعي في «المختصر». والنسائي في رواية من لفظ عبادة وإنما جاء لفظ: استزاد في مسلم من حديث أبي سعيد ولفظ عبادة ازداد. هذا الذي رأيته في روايتنا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وفي لفظ آخر لمسلم عن عبادة قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح. مثلًا بمثل سواء بسواء، يدًا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد، وهذا اللفظ هو الذي أورده المصنف في هذا الفصل. لكنه قدم التمر على البر ولم يقل: سواء بسواء. فإنه تأكيد لقوله: «مثلًا بمثل». ورواه بقريب من هذا اللفظ أبو داود والترمذي والنسائي من طريق أبي الأشعث. ولفظ أبي داود فيه: «الذهب

(١) تقدم.

بالذهب تبرها وعينها والفضة بالفضة تبرها وعينها والبر بالبر مدًا بمد والشعير بالشعير مدًا بمد، والتمر بالتمر مدًا بمد، والملح بالملح مدًا بمد، فمن زاد أو ازداد فقد أربى، ولا بأس ببيع الذهب بالفضة ـ والفضة أكثرهما ـ يدًا بيد، وأما نسيئة فلا، ولا بأس ببيع البر بالشعير ـ والشعير أكثرهما ـ يدًا بيد وأما النسيئة فلا»، ولفظ الترمذي: «الذهب بالذهب مثلًا بمثل والفضة بالفضة مثلًا بمثل، والتمر بالتمر مثلًا بمثل، والملح بالملح مثلًا بمثل والشعير بالشعير مثلًا بمثل، فمن زاد أو ازداد فقد أربى. بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدًا بيد، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يدًا بيد» وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يدًا بيد، قال الترمذي: حديث عبادة حديث حسن صحيح. قال: وقد روى بعضهم هذا الحديث عن خالد بهذا الإسناد، وقال: «بيعوا البر بالشعير كيف شئتم يدًا بيد». وروى بعضهم هذا الحديث عن خالد عن أبي قلابة عن أبي الأشعث عن عبادة عن النبي ﷺ. الحديث. وزاد فيه: قال خالد: قال أبو قلابة: «فبيعوا البر بالشعير كيف شئتم» فذكر الحديث، ولفظ النسائي قريب من لفظ أبي داود مختصرًا. وهذه الألفاظ مشتركة في تصدير الحديث بالإثبات لا بالنهي وفيها زيادة تصريح بالأصناف المختلفة، وعند النسائي[1] من حديث حكيم بن جابر عن عبادة قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: الذهب الكفة بالكفة، والفضة الكفة بالكفة، حتى قال: الملح الكفة بالكفة» وقد روى ما توهم أن حكيمًا لم يسمعه من عبادة، فهذه ألفاظ الكتب الخمسة في حديث عبادة والله تعالى أعلم.

وإنما أطلت الكلام على هذا الحديث لكونه الذي ذكره المصنف. وأما حديث أبي سعيد الخدري فهو أتمها وأحسنها بعد حديث عبادة، لا سيما وهو المناظر لابن عباس في ذلك، وهو في أصله متفق على صحته. وقد اعتمد عليه أبو حنيفة رحمه الله، فإنه رواه عن عطية العوفي عنه، ولفظه الذي اتفقا عليه مختصرًا: «أن رسول الله ﷺ قال: لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلًا بمثل، ولا تبيعوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلًا بمثل، ولا تبيعوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائبًا بناجز» وفي رواية البخاري: «إلا يدًا بيد» ولفظه عند البخاري: «كنا نرزق بجمع تمر الجمع وهو الخلط من التمر، وكنا نبيع صاعين بصاع، فقال النبي ﷺ لا صاعين بصاع ولا درهمًا بدرهمين» وكذلك في «مسند أحمد» «لا صاعي تمر بصاع، ولا صاعي حنطة بصاع، ولا درهمين بدرهم»[2] قال أحمد: قال زيد: «ولا صاعا

(١) (٧/ ٢٧٨).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٠٨٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٩٥) وأحمد في المسند (٣/ ٤٨) والنسائي في سننه (٧/ ٢٧٢).

تمر بصاع، ولا صاعا حنطة بصاع» وفي رواية للبخاري: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الذهب بالذهب مثلًا بمثل، والورق بالورق مثلًا بمثل» ولفظه عند مسلم: «قال رسول الله ﷺ: الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح، مثلًا بمثل يدًا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء»[١] وهو أتم ألفاظه. وكذلك رواه أحمد في «المسند»، وقد تقدم من ألفاظه عن ذكر مذهب ابن عباس غير هذا، وأما حديث أبي الدرداء وأبي سعيد رضي الله عنهما فقد تقدما.

وأما حديث أبي هريرة رضي الله عنه فرواه البخاري ومسلم مقرونًا بحديث أبي سعيد «أن رسول الله ﷺ استعمل رجلًا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال له رسول الله ﷺ: أكل تمر خيبر هكذا؟ قال: لا والله يا رسول الله أنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين؛ والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبًا»[٢] ورواه مسلم وحده قال: قال رسول الله ﷺ: «التمر بالتمر، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والملح بالملح، مثلًا بمثل يدًا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، إلا ما اختلفت ألوانه»[٣] وفي أخرى: «الذهب بالذهب وزنًا بوزن مثلًا بمثل، والفضة بالفضة وزنًا بوزن مثلًا بمثل، فمن زاد أو استزاد فهو ربا» وفي رواية عنده قال: «الدينار بالدينار لا فضل بينهما، والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما». وفي رواية في «مسند أحمد» صحيحة: «الذهب بالذهب، والورق بالورق، ولا تفضلوا بعضها على بعض»[٤] وأما حديث ابن عمر رضي الله عنهما فرواه مالك في «الموطأ»: أنه جاءه صائغ فقال: يا أبا عبد الرحمٰن إني أصوغ الذهب ثم أبيع الشيء من ذلك بأكثر من وزنه، فأستفضل في ذلك قدر عمل يدي، فنهاه عبد الله بن عمر عن ذلك، فجعل الصائغ يردد عليه المسألة وعبد الله ينهاه، حتى انتهى إلى باب المسجد أو إلى دابته، يريد أن يركبها. ثم قال عبد الله بن عمر: الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما. هذا عهد نبينا ﷺ إلينا وعهدنا إليكم» هكذا رواه مالك في «الموطأ»[٥] فجعله من مسند ابن عمر، ورواه من جهته النسائي فذكره

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٧٦) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٨٤) وأحمد في المسند (٣/ ٤٩، ٦٦، ٨١).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٢٠١) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٩٢).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٨٨).

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٣/ ٤٧).

(٥) (٢/ ٤٩٢).

هكذا في كتابه «الكبير» من مسند ابن عمر، وذكره في كتاب «المجتبى» أيضًا من جهته، لكن وقع في روايتناعنه عن مجاهد قال: قال عمر، وأخذ بظاهره ابن الأثير في «جامع الأصول» وقال: إن النسائي جعله من مسند عمر والذي أظن أن الذي وقع في روايتنا عنه عن مجاهد قال: قال عمر، وأخذ بظاهره ابن الأثير في «جامع الأصول» وقال: إن النسائي جعله من مسند ابن عمرو، الذي أظن أن الذي وقع في روايتنا غلط سَقْط (ابن) وكذلك من النسخة التي وقعت لابن الأثير. والله تعالى أعلم.

وقال الشافعي رحمه الله عقب روايته له عن مالك: هذا خطأ؛ ثم رواه عن سفيان بن عيينة عن وردان الدوي عن ابن عمر فقال فيه: هذا عهد صاحبنا إلينا وعهدنا إليكم. قال الشافعي رحمه الله: يعني بصاحبنا عمر بن الخطاب ﷺ قال البيهقي في «المعرفة»: وهو كما قال، فالأخبار دالة على أن ابن عمر لم يسمع في ذلك من النبي ﷺ شيئًا، ثم قال يعني الشافعي: يجوز أن يقول: هذا عهد نبينا إلينا، وهو يريد إلى أصحابه بعدما ثبت له ذلك عن النبي ﷺ من حديث أبي سعيد وغيره.

وقد تكلم ابن عبد البر هنا بما لا أستحسن أن أقابله بمثله لما ألزمت نفسي من الأدب مع العلماء. ونسب الشافعي إلى الغلط، ورأى أن رواية سفيان مجملة، ورواية مالك مبينة، فيكون مراده بقوله: صاحبنا هو النبي ﷺ والصواب ما قاله الشافعي رحمه الله، فإن في «صحيح مسلم» عن نافع قال: «كان ابن عمر يحدث عن عمر في الصرف، ولم يسمع من النبي ﷺ فيه شيئًا» ولكن لرواية ابن عمر أصل في تحريم ربا الفضل؛ فإنه روي عنه قال: «كان عند رسول الله ﷺ أناس فدعا بلالًا بتمر عنده فجاء بتمر أنكره رسول الله ﷺ فقال: ما هذا التمر؟ قال: التمر الذي كان عندنا أبدلناه صاعين بصاع. فقال: رد علينا تمرنا» رويناه في «مسند عبد بن حميد» من حديث أبي دهقانة عن ابن عمر.

وفي «مسند أحمد»[1] عن شرحبيل: أن ابن عمر وأبا هريرة وأبا سعيد حدثوا: أن رسول الله ﷺ قال: «الذهب بالذهب مثلًا بمثل، والفضة بالفضة مثلًا بمثل عينًا بعين، فمن زاد أو ازداد فقد أربى» قال شرحبيل: «إن لم أكن سمعته منهم فأدخلني الله النار». ويحتمل أن يكون ابن عمر أرسل ذلك لما ثبت له من جهة أبي سعيد وغيره وأما حديث فضالة بن عبيد. فصحيح رواه مسلم قال: «كنا مع

(١) (٣/ ٨٥).

رسول الله ﷺ يوم خيبر نبايع اليهود الأوقية الذهب الذهب بالدينارين والثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: لاتبيعوا الذهب بالذهب إلا وزنًا بوزن»[١].

وأما حديث أبي بكرة فرواه البخاري ومسلم قال: «نهى رسول الله ﷺ عن الفضة بالفضة، والذهب بالذهب إلا سواء بسواء، وأمرنا أن نبتاع الذهب بالفضة كيف شئنا والفضة بالذهب كيف شئنا»[٢] رواه بهذا اللفظ.

وأما حديث معمر بن عبد الله فصحيح أخرجه مسلم: «أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال: بعه ثم اشتر شعيرًا، فذهب الغلام فأخذ صاعًا وزيادة بعض صاع؛ فلما جاء معمرًا أخبره بذلك، فقال له معمر: لم فعلت ذلك؟ انطلق فرده، ولا تأخذن إلا مثلًا بمثل، فإني كنت سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الطعام بالطعام مثلًا بمثل»، وكان طعامنا يومئذٍ الشعير، قيل له: فإنه ليس بمثله قال: إني أخاف أن يضارع»[٣] وقد ذكر المصنف المسند منه في الفصل الأول، وسيأتي الكلام على القمح والشعير.

وأما حديث رافع بن خديج فرواه أبو جعفر الطحاوي في «شرح معاني الآثار»[٤] عن أبي بكرة ثنا عمير بن نفير نا عاصم بن محمد حدثني: زيد بن محمد قال: حدثني نافع قال: «مشى عبد الله بن عمر إلى رافع بن خديج في حديث بلغه عنه في بيان الصرف، فأتاه فدخل عليه فسأله عنه، فقال رافع: سمعته أذناي وأبصرته عيناي رسول الله ﷺ يقول: لا تشفوا الدينار على الدينار، ولا الدرهم على الدرهم، ولا تبيعوا غائبًا منها بناجز، وإن استنظرك حتى يدخل عتبة بابه»، وأما حديث بلال رضي الله عنه فرويناه في «مسند الإمام أبي محمد الدارمي»[٥] ورواه عن عثمان بن عمر أنا إسرائيل عن أبي إسحاق عن مسروق عن بلال قال: «كان عندي مد تمر للنبي ﷺ فوجدت أطيب منه صاعًا بصاعين، فأتيت به النبي ﷺ قال: من أين لك هذا يا بلال؟ قلت: اشتريته صاعًا بصاعين. قال: رده ورد علينا تمرنا».

وأما حديث جابر بن عبد الله فرواه الإمام أبو محمد بن عبد الله بن وهب في «مسنده» قال: أخبرني ابن لهيعة عن أبي الزبير عن جابر قال: «كنا في زمان رسول الله ﷺ نعطي الصاع من حنطة في ستة آصع من تمر، فأما سوى ذلك من

---

(١) تقدم.
(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٨٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٩٠).
(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٩٢)
(٤) (٤/٦٦).
(٥) (٢/٢٥٧).

الطعام فيكره ذلك إلا مثلًا بمثل». وفي «مسند أحمد» وغيره عن جابر بن عبد الله وأبي سعيد الخدري وأبي هريرة ﷺ أنهم نهوا من الصرف، رفعه رجلان منهم إلى رسول الله ﷺ. الصرف هنا محمول على الفضل في بيع النقد بمثله والله أعلم، هذا وإن كان ظاهر لفظه فيه إشكال فإنه يفيد كراهة الطعام بجنسه إلا مثلًا بمثل. وهو المقصود.

وأما حديث أنس بن مالك فرواه الدارقطني في «سننه»[١] من حديث أبي بكر بن عياش عن الربيع بن صبيح ـ بفتح الصاد ـ عن الحسن عن عبادة وأنس بن مالك عن النبي ﷺ قال: «ما وُزِن مثلًا بمثل إذا كان نوعًا واحدًا، وما كيل فمثل ذلك، فإذا اختلف النوعان فلا بأس به». قال الدارقطني: لم يروه غير أبي بكر عن الربيع هكذا وخالفه جماعة فرووه عن الربيع عن ابن سيرين عن عبادة وأنس عن النبي ﷺ بلفظ غير هذا اللفظ.

وأما حديث رويفع بن ثابت فرواه الطحاوي[٢]: حدثنا فهد قال: حدثنا ابن أبي مريم أنا نافع بن يزيد أنا ربيعة بن سليم مولى عبد الرحمٰن بن حسان التجيبي أنه سمع حنشًا الصنعاني يحدث عن رويفع بن الحارث في غزوة أناس قبل المغرب يقول: إن رسول الله ﷺ قال في غزوة خيبر: «بلغني أنكم تبتاعون المثقال بالنصف والثلثين، وأنه لا يصلح إلا المثقال بالمثقال والوزن بالوزن» ورويفع بن ثابت هذا أنصاري صحابي قال البخاري في «التاريخ الكبير»: يعد في المصريين وذكره ابن أبي خيثمة في «تاريخه» في الأنصار، وروى له حديثًا سمعه من النبي ﷺ.

وأما حديث بريدة فرواه الطحاوي[٣] بسند فيه الفضل بن حبيب السراج إلى بريدة: «أن رسول الله ﷺ اشتهى تمرًا فأرسل بعض أزواجه ولا أراها إلا أم سلمة بصاعين من تمر، فأتوا بصاع من عجوة، فلما رآه النبي ﷺ أنكره فقال: من أين لكم هذا؟ قالوا: بعثنا بصاعين فأتينا بصاع فقال: ردوه فلا حاجة لي فيه» فهؤلاء من حضرني رواياتهم من الصحابة ﷺ، عشرون صحابيًا، ورواه مرسلًا يحيى بن سعيد الأنصاري قال: «أمر رسول الله ﷺ السعدين يوم خيبر أن يبيعا آنية من المغنم من ذهب أو فضة، فباعا كل ثلاثة بأربعة عينًا، أو كل أربعة بثلاثة عينًا، فقال لهما: أربيتما فردَّا» رواه مالك في «الموطأ»، والسعدان: سعد بن مالك وسعد بن عبادة، وروي أيضًا مرسلًا بزيادة على الستة عن مالك بن أوس بن الحدثان أن النبي ﷺ

---

(١) (٣/ ١٨).
(٢) (٤/ ٦٩).
(٣) (٤/ ٦٦).

قال: «التمر بالتمر والزبيب بالزبيب والبر بالبر، والسمن بالسمن، والزيت بالزيت والدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم، لا فضل بينهما» وهو مرسل وإسناده في غاية الضعف، فيه رجل وضاع وآخر مجهول.

فهذه اثنان وعشرون حديثًا، منها في «الصحيحين» حديث أبي سعيد وأبي بكرة وفي مسلم وحده حديث عبادة وأبي هريرة وعثمان بن عفان وفضالة وعلى الخمسة الأول اقتصر الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ ومنها: خارج «الصحيحين» وهو صحيح حديث أبي أسيد وأبي الدرداء وسعد بن أبي وقاص والله أعلم. وفي بقية ذلك ما ينظر فيه، والله أعلم.

الحكم الثاني: تحريم النسيئة وهو حرام في الجنس والجنسين، إذا كان العوضان جميعًا من أموال الربا كالذهب بالذهب، والذهب بالفضة، والحنطة بالحنطة، والحنطة بالتمر، وذلك مجمع عليه بين المسلمين، وممن نقل الإجماع عليه صريحًا الشيخ أبو حامد، ونقل جماعة عدم الخلاف فيه فقال أبو محمد بن حزم في كتاب «مراتب الإجماع»: واتفقوا أن بيع الذهب بالذهب بين المسلمين نسيئة حرام، وأن بيع الفضة بالفضة نسيئة بين المسلمين حرام إلا أنَّا وجدنا لعلي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه باع من عمرو بن حريث جبة منسوجة بالذهب بذهب إلى أجَلٍ، وأن عمرًا أحرقها، وأخرج منها من الذهب أكثر مما ابتاعها به، ووجدنا للمغيرة المخزومي صاحب مالك أن دينارًا وثوبًا بدينارين أحدهما نقدًا والآخر نسيئة جائز، واتفقوا أن بيع القمح بالقمح نسيئة حرام، وأن بيع الشعير بالشعير كذلك نسيئة حرام، وأن بيع الملح بالملح نسيئة حرام، وأن بيع التمر بالتمر نسيئة حرام، ا هـ. كلام ابن حزم.

وقد رأيت المسألة التي أشار إليها عن المغيرة المخزومي في «تعليقة أبي إسحاق التونسي» من المالكية وذلك مما لا يعرج عليه، ولعل له تأويلًا أو وقع وهم في النقل. ومن الأدلة على التحريم في ذلك الأحاديث المتقدمة كحديث أسامة وحديث البراء وزيد بن أرقم وحديث أبي سعيد الخدري.

أما حديث أسامة فقوله: «إنما الربا في النسيئة»[1] إن جعلناه منسوخًا فالمنسوخ منه الحصر خاصة، كما قيل مثله في: «إنما الماء من الماء»[2] فإن الحكم بالإثبات مستمر لم ينسخ، وإن حملناه على أنه جواب عند اختلاف الجنسين فيكون

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

دالًا على تحريم النَّساء في الجنسين، وفي الجنس الواحد بطريق أولى، لأن تحريم النساء آكد بدليل تحريمه في الجنسين، فإذا حرم التفاضل فالنساء أولى وإن حملناه على التأويل الثالث وهو بيع الدين بالدين فلا تبقى فيه دلالة، وحديث البراء وزيد صريح في النهي عن بيع الذهب بالورق دينًا، ففي الجنس الواحد أولى كما تقدم.

وفي حديث أبي سعيد: «ولا تبيعوا منها غائبًا بناجز» وهذا صريح في منع الأجل في الجنس الواحد، بل عمومه شامل لكل المذكور، سواء كان جنسًا أو جنسين. وقد أخذ هذا الحكم أيضًا من قوله ﷺ: «ها وها» أما لأن اللفظة تقتضي ذلك ابتداء. وأما لأنها تقتضي التقابض، ومن ضرورته الحلول غالبًا. وإما فرض أجل يسير ينقضي في المجلس فنادر غير مقصود، ومنع الماوردي أخذه من هذا، وقال هو والغزالي: إنه مأخوذ من قوله: عينًا بعين، إذ العين لا يدخل فيها الأجل ولا يمكنهما الوفاء بمقتضى هذا الاستدلال. لأنهما وجميع الشافعية لا يشترطون التعيين بل يجوزون أن يرد على موصوف في الذمة كما سيأتي إن شاء الله تعالى. لكنه قد يقال: إن غلب إطلاق الدينية في الأجل والعينية في مقابله. وإن لم يكن معينًا. وفي تسليم هذه الغلبة نظر والله أعلم.

الحكم الثالث: تحريم التفرق قبل التقابض ويسمى ذلك ربا اليد ويستوي في ذلك الجنس الواحد والجنسان، أما في الذهب والورق فذلك مما لا خلاف فيه، عن ابن المنذر قال: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد.

وقال النووي في «شرح مسلم» جوز إسماعيل بن عُلَيَّة التفرق عند اختلاف الجنس وهو محجوج بالأحاديث والإجماع. ولعله لم يبلغه الحديث، ولو بلغه لما خالفه. وأما الطعام فقد خالف فيه أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ وقال: إنه إذا باع الطعام بعضه ببعض وافترقا من المجلس، ثم تقابضا بعد، لم يضر العقد، إلا إذا كان المبيع جزءًا مشاعًا من صبرة، وفرق بينه وبين الصرف.

وفي الحقيقة ليس التقابض عنده من قاعدة الربا في شيء، لا في الصرف ولا في الطعام وإنما اشترط في الصرف لأجل التعيين، فإن من أصله أن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين، وإنما تتعين بالقبض، فلو تفرقا قبل القبض لصار دينًا ولكان في ذلك بيع الكالىء بالكالىء وذلك منهي عنه على الإطلاق في الربويات وغيرها، ويجعلون قوله: يدًا بيد لمنع النساء، وقوله: عينًا بعين تأكيدًا بخلاف ما يفعل أصحابنا، وزعموا أن هذا احتمال يترك به الظاهر إذا تأيد بدليل وقد دل عليه الكتاب والقياس.

أما الكتاب فهو أن المحرم في الآية هو الربا، والربا هو الزيادة، وذلك إما في المقدار، وإما في الميعاد للاستحقاق وهو النساء أو الجودة، أما في الجودة فقد أسقطها الشرع حيث قال: جيدها ورديئها سواء، رواه. . . . .[1] ولسقوط قيمتها تحققت المماثلة وفي هذا بنوا أن من فوت جودة الحنطة لا يضمنها على حالها وكذلك كل مكيل وموزون لأن قيمة الجودة في الربويات ساقطة بزعمهم على خلاف القياس، والتفاضل في المقدار أو في الميعاد في الاستحقاق هو الربا فليس التقابض من الربا في شيء، إذ قيمة المقبوض بعد كونه نقدًا كقيمة غير المقبوض في المجلس، بخلاف قيمة المؤجل فإنه يخالف قيمة الحال، فلو حرم ترك التقابض بحكم الربا لكان زيادة على كتاب الله تعالى.

وأما القياس فهو أن القبض موجب للعقد إذ بالعقد يجب الإقباض فكيف يكون شرطًا فيه؟ لأن حق الشرط أن يقترن بالعقد فالواجب التعيين فقط لا القبض. ووجه الكناية عن هذا المعنى بقوله: يدًا بيد أن اليد آلة الإحضار والإشارة والتعيين، كما أنها آلة القبض، فكما يكنى بها عن القبض يجوز أن يكنى بها عن التعيين، وإذا كان المعنى محتملًا وتأيد بدليل فلا بد من قبوله. فالتعيين هو المقصود في الربويات وفي السلم أيضًا، فإذا أسلم دراهم في حنطة وجب إقباض الدراهم ليتعين، فلا يكون بيع الكالىء بالكالىء والأصل في السلم أن يجري بالأثمان، فيكون الثمن مسلمًا فيه وهو دين والثمن رأس المال، وهو دين، فيجب تعيينه، ثم لما عسر على العوام التفرقة بين ما يجب تعيينه وما لا يجب، أوجب الشرع القبض في رأس المال مطلقًا باسم السلم، وأوجب في الأثمان باسم الصرف تيسيرًا لمرادهم، وتحقيقًا للغرض، قالوا: ولو كان المراد التقابض لقال يدًا من يد، فلما قال: يدًا بيد كان مثل قوله عينًا بعين. والجواب عن ذلك: أنه لو كان التقابض في الصرف للخلاص عن بيع الكالىء بالكالىء لوقع الاكتفاء بالقبض في أحد الجانبين، لأن بيع العين بالدين جائز كما في السلم، فوجوبه في الجانبين لا مسند له إلا الحديث، فإن قلت: ليس أحدهما بأولى من الآخر فلذلك وجب فيهما، قلت: الوجوب عندهم هنا ليس معناه أنه يأثم بتركه على ما تقدم بل معناه أنه متى لم يحصل انفسخ العقد. وتعليق انفساخ العقد على عدم قبض أحدهما غير ممتنع. وقد تمسكوا في الوجوب فيهما بالتسوية بين العوضين. قال أصحابنا: التسوية لحق المتعاقدين فينبغي إذا أسقطاها أن يسقط وأن ذلك يبطل بما إذا باع درهمًا بثوبين يجوز الاقتصار على قبض أحد البدلين مع فقدان التسوية.

---

(١) سقط بالأصل.

وأما قولهم أن عينًا بعين تأكيد لقوله: يدًا بيد فذلك يستدعي أن يكون جمع بينهما في حديث واحد، وأن يكون عينًا بعين متأخر حتى يصلح أن يكون مؤكدًا وهو في حديث أبي سعيد كما تقدم. وفي لفظ «المستدرك» بتقديم «يدًا بيد» على «عينًا بعين».

وأما في حديث عبادة فلم أقف عليه إلا في رواية الشافعي. وفيها تقديم قوله: عينًا بعين على: يدًا بيد. والمؤكَّد لا يكون سابقًا على المؤكِّد. فإن جعلوا يدًا بيد تأكيدًا فالجواب ما قاله الإمام محمد بن يحيى تلميذ الغزالي حيث سبق قوله: عينًا بعين يمنع هذا التأويل فإن الصريح في معنى، يستغني عن التأكيد بمحتمل، كيف وتنزيل اللفظ على فائدتين أولى من الحمل على واحدة. وقولهم: أن اليد آلة للتعيين كما هي آلة للإقباض فالجواب أنها متعينة للإقباض.

وأما التعيين فيشاركها فيه الإشارة بالرأس والعين وغير ذلك. وقولهم: لو كان كذلك لقال: يدًا من يد؛ ليس بصحيح، لأن قوله: يدًا بيد معناه مقبوضًا بمقبوض فعبر باليد عن المقبوض لأنها إليه من باب التعبير بالسبب الفاعلي على المسبب وانتصابه على الحال، أي حال كونه مقبوضًا بمقبوض، والباء للسببية، فيدل على اشتراط القبض من الجانبين، ولو قال: من يد لم يفد ذلك، ثم اشتهر هذا المجاز حتى صار حقيقة عرفية حيث أطلق يدًا بيد. لا يفهم منه في العرف غير التقابض وقد اعتضد أصحابنا في المسألة بالأثر والمعنى.

أما الأثر فحديث عمر رضي الله عنه مع مالك بن أوس وطلحة بن عبيد الله لما تصارفا، وقوله: لا تفارقه فقد نهى عمر مالكًا عن مفارقة طلحة حتى يقبض منه واستدل على ذلك بقوله ﷺ: «إلا ها وها» ودل على أنه فهم منه التقابض لا مجرد الحلول. وأنه أخذه من قاعدة الربا لا من قاعدة التعيين وبيع الكالىء بالكالىء. وهذا الحديث سيأتي مستوفى إن شاء الله تعالى، وفهم الراوي أولى من فهم غيره، لا سيما مثل عمر بن الخطاب رضي الله عنه. ولهم أن يقولوا بعد تسليم الاحتجاج بمثل خلاف الظاهر والله أعلم.

وأما المعنى فهو أن ترك التقابض ربا، لأن الربا عبارة عن الفضل المطلق. والفضل يكون من وجوه كثيرة. يكون قدرًا في الصاع بالصاعين. ونقدًا في العين بالنساء. وقبضا في المقبوض وغير المقبوض.

قال أصحابنا: بل الزيادة من حيث اليد فوق الزيادة من حيث العينية. لأن الأعيان إنما تطلب ليتوصل إليها بالأيدي، ولأن اليد تقصد بنفسها في كثير من العقود والعينية لا تقصد بنفسها، وإذا ثبت أنه ربا فيجب التقابض نفيًا للربا. ومتى

جاز تأخير أحد العوضين أمكن الربا، فلا يؤمن ذلك إلا بإيجاب التقابض فيهما. وهذا ملخص سؤال وجواب، ذكره ابن السمعاني رحمه الله. وسيأتي القول في تعيين الأثمان الذي جعلوا بناء كلامهم عليه إن شاء الله تعالى والله أعلم.

والمالكية والحنبلية موافقون لنا في المسألة، يشترطون التقابض في بيع الطعام بالطعام كما هو في الصرف، وقد أطال كل من الفريقين الحنفية ومقابليهم من أصحابنا وغيرهم في الاستدلال والإلزامات بما لم أر تطويل الكتاب بذكره. وعمدة الحنفية في الجواب مبني على أن الأثمان لا يتعين بالتعيين، وسيأتي الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى، فمتى لم يتم لهم ذلك الأصل انحل كلامهم في هذه المسألة بقيام الإجماع على اشتراط القبض في الصرف، وحينئذٍ لا يبقى فرق بينه وبين الطعام، والله تعالى أعلم.

فائدة: قال نصر المقدسي رحمه الله: فتحصل في القبض ثلاث مسائل، ما يعتبر فيه القبض بالإجماع وهو الصرف، وما لا يعتبر فيه بالإجماع، وهو بيع المطعوم بنقد، ومختلف فيه، وهو المطعوم بعضه ببعض.

الحكم الرابع: جواز التفاضل عند اختلاف الجنس مع تحريم النَّساء والتفرق قبل التقابض ولا خلاف في جواز المفاضلة، عند اختلاف الجنس للأحاديث الصريحة السابقة؛ وكذلك تحريم النساء عند الاتحاد في علة الربا كما تقدم. أما في المنصوص عليه فبالإجماع، وأما في غيره فبإجماع القايسين والتفرق قبل التقابض حرام كذلك عندنا وعند المالكية والحنبلية خلافًا للحنفية فيما عدا الصرف كما قدمته، وقد مضى الكلام في ذلك ومضت الأحاديث الدالة على وجوب التقابض عند اتحاد الجنس. وأما الأحاديث الدالة على وجوب التقابض عند اختلاف الجنس واتحاده فحديث عمر رضي الله عنه، وهو حديث مجمع على صحته، خرجه مالك والشافعي والبخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه في كتبهم. وهذا لفظ البخاري: «عن مالك بن أوس أنه التمس صرفًا بمائة دينار؛ قال: فدعاني طلحة بن عبيد الله فتزاودنا حتى اصطرف مني وأخذ الذهب يقلبها في يده ثم قال: حتى يأتي خازني من الغابة وعمر بن الخطاب رضي الله عنه يسمع، فقال عمر رضي الله عنه: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه. ثم قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب ربا إلا هَا وَهَا، والبر بالبر ربًا إلا ها وها، والتمر بالتمر ربًا إلا ها وها، والشعير بالشعير ربًا إلا ها وها»[1] وفي رواية في «الصحيح» أيضًا من قول عمر قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول»، فذكره.

(١) تقدم.

وفي رواية: قال عمر: «والذي نفسي بيده ليردَّنَّ إليه ذهبه، ولينْقُدنَّه وَرِقَهُ» يقول عمر ذلك لمالك بن أوس. وفي الكلام التفات. قال سفيان بن عيينة» هذا أصح حديث روي عن النبي ﷺ في هذا. يعني في الصرف. وفي رواية في هذا الحديث: «الوَرِق بالوَرِق ربا إلا ها وها، والذهب بالذهب ربا إلا ها وها» رواها ابن أبي ذئب عن الزهري عن مالك بن أوس وأسانيد الروايات المتقدمة أصح وهي في صرف النقد بغير جنسه.

وعن عمر رضي الله عنه قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلًا بمثل، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلًا بمثل، ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز، وإن استنظرك حتى يلج بيته فلا تنظره إلا يدًا بيد هات وهذا، إني أخشى عليك الربا».

ومما هو نص في المسألة في الصرف حديث ابن عمر قال: «كنت أبيع الذهب بالفضة أو الفضة بالذهب فأتيت رسول الله ﷺ فأخبرته بذلك فقال ﷺ: إذا بايعت صاحبك فلا تفارقه وبينك وبينه لبس»[1] لفظ النسائي: والحديث مشهور مما انفرد به سماك، وأكثر ما يروى بلفظ في أخذ البدل عما في الذمة.

الحكم الخامس: إن البر والشعير جنسان، فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلًا. هذا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة رحمه الله والثوري وأحمد وإسماعيل بن عُلَيَّة وإسحاق وأبو ثور وداود، وهو مذهب عطاء وإبراهيم النخعي والشعبي والزهري والحسن البصري وأهل البصرة، وأكثر أهل الكوفة، وقال به من الصحابة ابن عمر وعبادة بن الصامت وأبو هريرة وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك.

وخالف مالك رحمه الله والأوزاعي والليث بن سعد فقالوا: لا يجوز بيع الحنطة بالشعير إلا مثلًا بمثل، وبه قال ربيعة وأبو الزناد والحكم وحماد وأبو عبد الرحمٰن السلمي وسليمان بن بلال، وروي ـ ولم يصح ـ عن القاسم وسالم وسعيد بن المسيب، وهو رواية عن أحمد. قال ابن عبد البر وهو قول أكثر أهل المدينة وأهل الشام. ودليلنا في المسألة قوله ﷺ في حديث أبي هريرة الثابت في مسلم قال: قال رسول الله ﷺ: «التمر بالتمر، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والملح بالملح، مثلًا بمثل يدًا بيد، فمن زاد أو ازداد فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه»[2].

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٢/ ٣٣) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٥٤) والنسائي في سننه (٧/ ٢٨١) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٦٢) وضعفه العلامة الألباني رحمه الله في الإرواء برقم (١٣٢٦).

(٢) تقدم.

وقوله في حديث عبادة: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد»[1] وأيضًا فإنه نص على الأشياء الستة، وأفرد كل واحد منها باسم، وإنما قصد الأجناس فدل على أن البر جنس والشعير جنس، ويدل على المسألة صريحًا قوله ﷺ في حديث عبادة من رواية مسلم: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد» ومن رواية النسائي: «وأمرنا أن نبيع الذهب بالورق والورق بالذهب، والبر بالشعير والشعير بالبر، يدًا بيد كيف شئنا» وهذا نص.

وأما تأويل الحنفية فقد تقدم الجواب عنه وفي حديث عبادة الذي في «سنن أبي داود»: «ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما، يدًا بيد، وأما النسيئة فلا»، وكذلك عند النسائي: «ولا بأس ببيع الشعير بالحنطة يدًا بيد والشعير أكثرهما» رواه من طريقين، وروى النسائي أيضًا وابن ماجه من طريق ثالثة إلى عبادة أيضًا فقال في آخر حديثه: «وأمرنا أن نبيع الذهب بالورق، والورق بالذهب، والبر بالشعير والشعير بالبر يدًا بيد كيف شئنا» وكل هذه الطرق ترجع إلى مسلم بن يسار وعبيد الله بن عبيد عن عبادة، وقد تقدم التنبيه على أن مسلم بن يسار سمعه من أبي الأشعث عن عبادة، لكن الترمذي في «جامعه» ذكر اختلافًا في هذه اللفظة فذكر أولًا بإسناده من رواية خالد الحذاء عن أبي قلابة عن أبي الأشعث عن عبادة عن النبي ﷺ وقال فيه: «وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يدًا بيد» ثم قال عن حديث عبادة حديث حسن صحيح، وقد روى بعضهم هذا الحديث عن خالد بهذا الإسناد وقال: «بيعوا البر بالشعير كيف شئتم يدًا بيد». وروى بعضهم هذا الحديث عن خالد الحذاء عن أبي قلابة عن أبي الأشعث عن عبادة عن النبي ﷺ الحديث وزاد فيه قال خالد: قال أبو قلابة: بيعوا البر بالشعير كيف شئتم فذكر الحديث. انتهى كلام الترمذي. فقد حصل الاختلاف على خالد الحذاء هل المذكور في مقابلة الشعير التمر أو البر؟ فإن كان التمر فلا دليل فيه على المالكية لأنهم قائلون به، وأنهما جنسان، وإن كان البر فالخلاف في ذلك أيضًا، هل هذا من كلام النبي ﷺ أو مدرج في الحديث من كلام أبي قلابة؟ كما ذكره الترمذي في الرواية الأخيرة، ولذلك أو نحوه قال أبو بكر الأبهري من المالكية في «شرح كتاب ابن عبد الحكم»: أن قوله في حديث عبادة: «بيعوا الشعير بالحنطة كيف شئتم» ليس هذا من حديث متفق على صحته، ولا يلزمنا حجة به، وقال أبو الوليد بن رشد من المالكية أيضًا في «مختصره لكتاب الطحاوي»: أن قوله: «بيعوا البر بالشعير كيف شئتم يدًا بيد» زيادة لم يتفق عليها

(١) تقدم.

جميع الرواة، فاحتمل أن تكون من قوله قياسًا على قول النبي ﷺ في بعض الروايات: «فإذا اختلف الصنفان فبيعوا كيف شئتم».

والجواب عن هذه العلة أن هذا الاختلاف عن خالد الحذاء، ورواية التمر بدل البر وردت عنه من طريق سفيان الثوري، ولم يصرح بأنه سمعها منه، وقد انفرد الترمذي عن الكتب الخمسة بهذه الروايات عن سفيان عن خالد، والمعروف عن سفيان من رواية الأشجعي عنه: «البر بالشعير». رواه البيهقي.

وكذلك رأيته في حديث سفيان لابن بشر الدولابي من رواية عبد الله وهو ابن الوليد العدني عن سفيان وقال فيه: «بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم، والبر بالشعير مثل ذلك» قال سفيان عن خالد «ثنا» فزالت شبهة التدليس. ورواه جماعة عن سفيان فلم يذكروا فيه شيئًا من اللفظين مثل أبي قرة موسى بن طارق رواه في «سننه» عن سفيان فقال فيه: والملح بالتمر، ولم يذكر برًا ولا شعيرًا فيه، فإذا نظرت ما في الترمذي مع ما ذكرته عن الدولابي والبيهقي علمت أن الخلاف وقع على سفيان، والراجح عنه رواية البر بالشعير، لأن الأشجعي من أثبت الناس فيه وقد تابعه عبد الله بن الوليد وصرح بالتحديث. فهذا موضع الاختلاف على خالد، يوهن رواية: «التمر بالشعير» ولو لم يحصل رجحان في الخلاف على سفيان ولا على خالد، فالذي يقتضيه النظر الرجوع إلى غير روايات خالد. وقد رأينا غير خالد، مثل محمد بن سيرين عن مسلم بن يسار وعبد الله بن عبيد ومثل قتادة عن مسلم بن يسار عن أبي الأشعث رويا خلاف ما روي عن خالد، وقالا: «الشعير بالبر» وفي حديث ابن سيرين: «وأمرنا أن نبيع الذهب بالورق والبر بالشعير والشعير بالبر بدًا بيد كيف شئنا».

وقوله: أمرنا محمول على أن الآمر هو النبي ﷺ لا عبادة فلا وجه لتحمل الإدراج فيه فوجب أن يحكم بصحة ذلك، ولا ينظر إلى التعارض والاختلاف على خالد، ويتأيد ذلك بما في الصحيح من قوله: «إلا ما اختلفت ألوانه» في حديث أبي هريرة رضي الله عنه، فإن ظاهر ذلك أن التمر بالتمر، والشعير بالشعير يجوز متفاضلًا إذا اختلفت ألوانه، صدنا عن ذلك الإجماع والنصوص، فتبقى في البر بالشعير على مقتضى الدليل، وبقوله: «إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم».

والذي عولت المالكية عليه أمران: أحدهما: ما روي عن معمر بن عبد الله: «أنه أرسل غلامه بصاع قمح، فقال: بعه ثم اشتر به شعيرًا، فذهب الغلام فأخذ صاعًا وزيادة بعض صاع، فلما جاء معمر أخبره بذلك فقال له معمر: لم فعلت ذلك؟ انطلق فرده ولا تأخذ إلا مثلًا بمثل، فإني كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول:

«الطعام بالطعام مثلًا بمثل» وكان طعامنا يومئذٍ الشعير، قيل: فإنه ليس بمثله قال: إني أخاف أن يضارع». رواه مسلم وفي «الموطأ» عن مالك أنه بلغه أن سليمان بن يسار قال: «فني علف دابة سعد بن أبي وقاص فقال لغلام له: خذ من حنطة أهلك فابتع بها شعيرًا، ولا تأخذ إلا بمثله» وهذا الأثر منقطع في «الموطأ». وقد روي من طريق ابن أبي شيبة موصولًا عن شبابة عن ليث عن نافع عن سليمان بن يسار، وروى زيد أبو عياش أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن البيضاء بالسلت، فقال له سعد: أيهما أفضل؟ قال: البيضاء فنهاه عن ذلك وقال: «سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن شرى التمر بالرطب فقال رسول الله ﷺ: أينقص الرطب إذا يبس؟ قالوا: نعم فنهاه عن ذلك» أخرجه أبو داود وغيره مما رواه الشافعي عن مالك.

قال ابن عبد البر: والبيضاء والشعير معروف ذلك عند العرب بالحجاز، كما أن السمراء عندهم البر، قال مالك: وبلغني عن القاسم بن محمد عن معيقيب الدوسي مثل ذلك هكذا هو في «موطأ» العقبي عن معقيب وفي «موطأ» يحيى بن يحيى عن معيقيب وقال مالك أيضًا عن نافع أن سليمان بن يسار أخبره: أنه فني علف دابة عبد الرحمٰن بن الأسود بن عبد يغوث فقال لغلامه: «خذ من حنطة أهلك طعامًا فابتع به شعيرًا ولا تأخذ إلا مثله» وروي عن يحيى بن أبي كثير عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أرسل غلامًا له بصاع من بر ليشتري له به صاعًا من شعير، وزجره أن زاد أو يزداد.

قال ابن عبد البر: وقد روي عن عمر بن الخطاب أنه رأى معيقيبًا ومعه صاع من شعير وقد استبدله بمد من حنطة، فقال له عمر رضي الله عنه: «لا يحل لك، إنما الحب مدّ بمد، وأمره أن يرده إلى صاحبه» قال ابن عبد البر فاحتمل أن يكون عمر رأى الحبوب كلها صنفًا واحدًا، واحتمل أن يكون البر عنده والشعير فقط صنفًا واحدًا، فهؤلاء أربعة من الصحابة عمر وسعد بن أبي وقاص ومعمر ومعيقيب الدوسي، وعبد الرحمٰن بن الأسود بن عبد يغوث وهو من كبار التابعين منعوا التفاضل بينهما، مع ظاهر قوله ﷺ: «الطعام بالطعام مثلًا بمثل» فهذا وجه من التمسك بالأثر، وهو مغن عن تحقيق كونها جنسًا واحدًا أو جنسين.

والثاني: إثبات كونهما جنسًا واحدًا بالنظر فيما بينهما من التقارب، وإذا ثبت ذلك امتنع التفاضل بينهما، ولم يشملهما منطوق قوله ﷺ: «فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم» بل يكون مفهومه مانعًا من التفاضل بينهما على تقدير كونهما جنسًا، قالوا: لأن تقارب الأغراض والمنافع في الشيء يصيره كالجنس الواحد، بدليل اتفاقهم في الحنطة والعلس، وإن اختلفت أسماؤهما وأجناسهما وما بين

الحنطة والشعير من التقارب أشد مما بينهما وبين العلس هذا مع اتفاق القمح والشعير في المنبت والمحصد وأن أحدهما لا يكاد ينفك عن الآخر، فلولا أنهما جنس واحد لم يجز بيع البر وفيه شيء من الشعير، لأنه لابد من تفاوتهما، فهما نوعان لجنس واحد، كالحنطة الحمراء مع السمراء والاعتبار في الجنسية مع التقارب في الأحكام كالتقارب بين التمر والزبيب في الخرص، وكذلك التقارب في الأثمان والحلاوة لأن أغراض النفس تختلف في كل نوع منها؛ وذكر القاضي عبد الوهاب هذا جوابًا عن قول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: «إن تقارب التمر والزبيب أشد من تقارب الحنطة والشعير، وقال: إن الأمر بالعكس، ورجحوا مع هذين الأمرين مذهبهم بأنه أحوط وأبعد عن الربا».

والجواب عن أثر معمر أن فيه التصريح بأنه ليس مثله، وإنما تركه تورعًا وخشية أن يضارعه. قال ابن العربي المالكي: وقد ثبت عن النبي ﷺ أنهما صنفان، وجواز التفاضل بينهما، فلا وجه للمضارعة، والاحتراز من الشبهة، مع وجود النص، وأما الأثر عن عمر ومعيقيب فمنقطعان.

وأما الأثر عن سعد، فعلى ظاهر رواية سليمان بن يسار لا دليل فيه، لجواز أن يكون فعل سعد ذلك على سبيل الورع، كما فعل معمر، وعلى رواية ابن عباس أن سعدًا سئل عن البيضاء بالسلت فقال سعد: أيهما أفضل؟ قال البيضاء فنهى عن ذلك إلى آخره. فقد أجاب الشافعي رحمه الله تعالى عنه في «الأم» فقال في باب بيع الطعام بالطعام على الحديث: رأى سعد نفسه أنه كره البيضاء بالسلت فإن كان كرهها نسيئة فذلك موافق لحديث رسول الله ﷺ وبه نأخذ ولعله إن شاء الله تعالى كرهها لذلك، وإن كرهها متفاضلة، فإن رسول الله ﷺ قد أجاز البر بالشعير متفاضلًا، فليس في قول أحد حجة مع النبي ﷺ وهو القياس على سنة النبي ﷺ أيضًا، وهذا الكلام من الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ لا مزيد على حسنه وفيه تسليم أن البيضاء بالسلت هي البر بالشعير.

وقد رأيت في كتاب «غريب الحديث» لإبراهيم الحربي أن السلت حبة بيضاء مضرسة وأهل العراق يسمون جنسًا من الشعير لا قشر له السُّلت، ذكر ذلك في الحديث السادس أن سعدًا سئل عن السلت بالذرة فكرهه وهذا الذي قاله الحربي مع الذي قاله ابن عبد البر يبين أن البيضاء والسلت اللذين سئل عنهما سعد نوعان من الشعير، لا سيما وسعد كان بالعراق فيحمل السلت الذي سئل عنه على ما يتعارفه أهل العراق، وحينئذ لا يجوز بيعه بالشعير متفاضلًا، لأنه نوع منه كما أن الرطب والتمر نوعان من جنس واحد لا يجوز بيعهما متفاضلًا لكن رواية الحربي تقتضي أن

سعدًا كره السلت بالذرة أيضًا، فلعله يطرد ذلك في جميع المطعومات، أو يكون مذهبه كما سنذكره من مذهب الليث بن سعد، لكن ابن عبد البر جعل ذكر الذرة في حديث سعد من وهم وكيع عن مالك، وليس كذلك فإن الحربي رواه عن أحمد بن يونس وخالد بن خداش كلاهما عن مالك، وقالا فيه: السلت بالذرة والله أعلم.

وقال صاحب «المحكم»: السلت ضرب من الشعير، قال: وقيل في السلت: هو الشعير بعينه، وقيل: هو الشعير الحامض، وقال أبو عبيد الهروي في «الغريبين» في هذا الحديث: البيضاء الحنطة وهي السمراء. وإنما كره ذلك لأنهما عنده جنس واحد، هذا قول الهروي، وعنه أن السلت هو حب من الحنطة والشعير لا قشر له، رواه البيهقي عنه في بعض نسخ «السنن الكبير»، وروى البيهقي بإسناده في هذا الحديث عن سعد أنه سئل عن رجلين تبايعا بالسلت والشعير، وإذا كان كذلك، والسلت هو الشعير، فلا حجة فيه لذلك والله أعلم.

وقال الخطابي: البيضاء نوع من البر أبيض اللون، وفيه رداءة يكون ببلاد مصر، والسلت نوع غير البر وهو أدق حبًا منه، وقال بعضهم: البيضاء هي الرطب من السلت، والأول أعرف، لأن هذا القول أليق بمعنى الحديث وعليه يبنى موضع التشبيه من الرطب بالتمر، وإذا كان الرطب منهما جنسًا واليابس جنسًا آخر لم يصح التشبيه، انتهى كلام الخطابي. فإن صح أن البيضاء الرطب من السلت فمنع سعد ظاهر كالرطب وعبد الرحمٰن بن الأسود ليس بصحابي بل هو تابعي كبير، ولد على حياة رسول الله ﷺ ولو صح القول بذلك عن أحد من الصحابة معارضًا.

وأما قوله ﷺ: «الطعام بالطعام مثلًا بمثل» فأما أن يكون الطعام جنسًا خاصًا، أو كل ما يطعم، فإن كان جنسًا خاصًا ـ إما الحنطة وحدها أو الشعير كما قد يفهمه قوله: «وكان طعامنا يومئذٍ الشعير» ـ فلا دليل فيه على المسألة وإن كان الطعام كل ما يطعم لزم ألا يباع القمح بالتمر، ولا بغيره من المطعومات إلا مثلًا بمثل، وهم لا يقولون به ولا أحد، فتعين حمله على ما إذا كان من جنسه بدليل قوله: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم» وحينئذ تقف الدلالة من الحديث، ويحتاج في تحقيق كونها جنسين أو جنسًا واحدًا إلى دليل منفصل.

فإن قلت: هل هذا الحمل من باب تخصيص العموم؟ أو من باب حمل المطلق على المقيد؟ قلت: من باب تخصيص العموم، والمخصوص هو من قوله: بالطعام كأنه قال: الطعام بالطعام المجانس له مثلًا بمثل، والتجانس في اللفظ يشعر بالتجانس في المعنى، وأما حمل المطلق على المقيد فمتعذر فيما إذا كان الحكمان نهيين فإذا كان المراد بالحديث النهي عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلًا بمثل، وهو

المتبادر إلى الفهم، والموافق لبقية الأحاديث، فإنه ههنا حمل المطلق على المقيد، وإن كان المراد بالحديث بيان وجوب المماثلة في الطعام بالطعام.

فإن قلنا: إن المراد المعرف بالألف واللام العموم، كما هو رأي أكثر الفقهاء، فأيضًا لا إطلاق ولا تقييد، ويتعين المصير إلى التخصيص، وإن قلنا: لا يعم فيمكن أن يقال به على بعد: لأن إيجاب وصف في مطلق ماهية لا يستدعي وجوبه في كل أفرادها ووجه بعده لا يخفى.

وأما ما تمسكوا به من جهة المعنى وتحقيق كونهما جنسًا واحدًا، تتقارب المنفعة فيهما، والأمور التي ذكروها فقد أجاب أصحابنا بأن القمح والشعير مختلفان في الصفة والخلقة والمنفعة، فإن القمح يوافق الآدمي ولا يوافق البهائم والشعير بالعكس، يوافق البهائم ولا يوافق الآدمي غالبًا، ولا يغلب اقتياتهما في بلد واحد، وإنما يغلب اقتيات الشعير في موضع يعز القمح فيه، وهذه الذرة يقتاتها خلق من الناس، والأرز يقتات غالبًا في بعض البلاد، وهما عند مالك صنفان جائز التفاضل بينهما وبين كل منهما وبين البر، وجعل الليث بن سعد الذرة والدخن والأرز صنفًا، وسلم في القطاني كالعدس والحمص والفول والجلبَّاب فنلزمه بالفول، لأنه يقتات في بعض الأوقات ويختبز، وقد جعل ذلك هو العلة فيما نقل عنه، وقد حصل اختلاف المالكية في القطاني، وسأذكر خلافهم في ذلك في فصل جامع أتكلم فيه على تحقيق الأجناس إن شاء الله تعالى، وهذا الذي ألزمناهم به ههنا قول مالك الذي لا اختلاف عنه فيه.

وأما إلغاء القاضي عبد الوهاب ما ألزمهم الشافعي به من التقارب بين التمر والزبيب في أنهما حلوان ويخرصان، وتجب الزكاة فيهما فإلغاء على وجه التحكم وإلا فما الدليل على إبطال هذه الشبه واعتبار ما ادعاه هو؟ وأما احتجاجهم ببيع البر بالبر وفيه شيء من الشعير، فإن كان الشعير المخالط قدرًا لو ميز لظهر على المكيال فإنه يمنع الحكم وعندنا أن البيع لا يجوز والحالة هذه، وإن كان الشعير المخالط لا يظهر على المكيال لو ميز، فجواز البيع حينئذٍ لعدم ظهوره في المكيال لا لموافقته في الجنس ألا ترى أن التراب الذي لا يظهر في المكيال لا تضر مخالطته وليس بجنس للطعام. وقولهم: إن ذلك بمنزلة الحنطة الحمراء مع السمراء ممنوع فإن الحنطتين ليس لكل منهما اسم خاص بخلاف الشعير مع القمح. وأما العلس فإنه يصدق عليه اسم الحنطة، بخلاف الشعير لا يصدق عليه حنطة لا في لغة ولا غيرها.

ثم إن ما يحاولونه من المعنى ينكسر بالذهب والفضة فإن قيام كل منهما مقام الآخر أعظم من قيام الشعير مقام البر ومع ذلك هما جنسان وبالجملة فالنص مغن

عن الالتفات إلى المعنى، وقد ثبت ذلك في جانبنا كما تقدم صريحًا من رواية أبي داود والترمذي وغيرهما وظاهرًا من رواية مسلم في حديث أبي هريرة وعبادة، وقد قاس أصحابنا على ما إذا أتلف له حنطة أو أقر له أو صالحه عليها أو ضربها الإمام جزية أو وجب عشر حنطة لم يقم الشعير مقامها في شيء من ذلك.

التفريع على هذه الأحكام: **فرع:** على تحريم التفاضل في الجنس الواحد.

قال أصحابنا: لا يجوز بيع الذهب بالذهب متفاضلًا، ولا الفضة بالفضة كذلك، سواء كانا مصوغين أو تبرين أو عينين، أو أحدهما مصوغًا والآخر تبرًا أو عينًا، أو جيدين أو رديئين أو أحدهما جيدًا والآخر رديئًا أو كيف كان، وهو مذهب الأوزاعي وأبي حنيفة وأحمد وأكثر العلماء، وعلى ذلك مضى السلف والخلف.

قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في كتاب الصرف من «الأم»: «ولا خير في أن يصارف الرجل الصائغ الفضة بالحلى الفضة المعمولة، ويعطيه إجارته، لأن هذا الورق بالورق متفاضلًا، ولا نعرف في ذلك خلافًا إلا ما روي عن معاوية أنه: «كان لا يرى الربا في بيع العين بالتبر ولا بالمصوغ، ويذهب إلى أن الربا لا يكون في التفاضل إلا في التبر بالتبر، وفي المصوغ بالمصوغ، وفي العين بالعين»، كذلك حكاه ابن عبد البر، ويشهد له ما تقدم وقد أشرت إليه هناك.

وحكى بعض أصحاب أحمد عن أحمد أنه لا يجوز بيع الصحاح بالمكسر، لأن للصناعة قيمة. وحكى أصحابنا وغيرهم عن مالك رحمه الله تعالى جواز بيع المضروب بقيمته من جنسه، كحلى وزنه مائة يشتريه بمائة وعشرة، وتكون الزيادة في مقابلة الصنعة، وهي الصياغة.

قال الشيخ أبو حامد: قال الأوزاعي: كان أهل الشام يجوزون ذلك، فنهاهم عمر بن عبد العزيز، والمالكية ينكرون هذا النقل عن مالك، قال القاضي عبد الوهاب في «شرح الرسالة»: وحكى بعضهم عنا في هذا العصر أنه يجوز أن يستفضل بينهما قدر قيمة الصياغة. وهذا غلط علينا، وليس هذا بقول لنا ولا لأحد على وجه. والدليل على منع ذلك عموم الظواهر التي قدمناها، وليس فيها فرق بين المصوغ والمضروب.

وصرح القاضي عبد الوهاب بأن زيادة قيمة الصنعة إنما لا تراعى إلا في الإتلاف دون المعاوضات، فلا وجه لنصب الخلاف معهم وهم موافقون. وقد نصب أصحابنا الخلاف معهم، وكان شبهة النقل عنه في ذلك مسألة نقلها الشافعي رحمه الله عن مالك فكأن الأصحاب أخذوا منها ذلك لما كان لازمًا بيِّنًا منها، وهنا أنا أنقل المسألة من كلام المالكية:

قال ابن عبد البر في «الاستذكار»: رواها جماعة من أصحاب مالك عن مالك وهي مسألة سوء منكرة لا يقول بها أحد من فقهاء المسلمين. وقد روي عن مالك في غير مسألة ما يخالفها. قال مالك في التاجر يأتي دار الضرب بورقه فيعطيهم أجر الضرب ويأخذ منهم وزن ورقه مضروبة. قال: إذا كان ذلك لضرورة خروج الرقعة ونحوه فأرجو ألا يكون به بأس. وقال سحنون عن ابن القاسم: أراه خفيفًا للمضطر ولذي الحاجة؛ قال ابن وهب: وذلك ربا ولا يحل شيء منه وقال عيسى بن دينار لا يصلح هذا ولا يعجبني ا هـ.

وقد ذكر ابن رشد هذه المسألة في كتاب «البيان والتحصيل»، ونقل عن مالك أنه قال: إني لأرجو أن يكون خفيفًا، وقد كان يعمل به بدمشق فيما مضى، وتركه أحب إلى أهل الورع من الناس فلا يفعلون ذلك وقال ابن رشد: إنها على وجهين مذمومين أخفهما خلط أذهاب الناس، فإذا خرجت من الضرب أخذ كل إنسان منهم على حساب ذهبه، وأعطي الضرَّاب أجرته. ونقل عن مالك رحمه الله أنه كان يعمل به في زمان بني أمية لأنها كانت سكة واحدة والتجار كثير والناس مجتازون والأسواق متقاربة، فلو جلس كل واحد حتى يضرب ذهب صاحبه فاتت الأسواق، فلا أرى بذلك بأسًا؛ فأما اليوم فإن الذهب يغش، وقد صار لكل مكان سَكة تضرب، فلا أرى ذلك يصلح، وإلى هذا ذهب ابن الموَّاز من رأيه أن ذلك لا يجوز اليوم لأن الضرورة ارتفعت، وقال سحنون: لا خير فيه، وإليه ذهب ابن حبيب، وحكي أنه سأل عن ذلك من لقي من المدنيين والمصريين فلم يرخصوا فيه على حال.

والوجه الثاني: استعمال الدنانير ومبادلتها بالذهب بعد تخليصها وتصفيتها مع زيادة عملها قال فقال ابن حبيب: إن ذلك حرام لا يحل لمضطر ولا لغيره، وهو قول ابن وهب وأكثر أهل العلم؛ وخفف ذلك مالك رحمه الله في وسم بدر سعة مصرفها بعد هذا لما يصيب الناس في ذلك من الحبس عن حقوقهم في ذلك، كما جوز المعري جواز العرية بخرصها وكما جوز دخول مكة بغير إحرام لمن يكثر التردد إليها، ثم قال: ما هو من عمل الأبرار، وقال ابن القاسم: أراه خفيفًا للمضطر وذوي الحاجة، والصواب أن ذلك لا يجوز إلا مع الخوف على النفس الذي يبيح أكل الميتة، وإنما خفف ذلك مالك ومن تابعه مع الضرورة التي تبيح أكل الميتة مراعاة لقول من لا يرى الربا إلا في النسيئة روي ذلك عن ابن عباس.

ثم قال ابن رشد في آخر كلامه: ولم يجز مالك ولا أحد من أصحابه شراء حلى الذهب والفضة بوزنه من الذهب والفضة وزيادة قدر الصياغة، وإن كان معاوية يجيز تبر الذهب بالدنانير متفاضلًا، والمصوغ من الذهب بالذهب متفاضلًا إذ لا

ضرورة في ذلك فراعى فيه قوله. انتهى ما أردت نقله من كلامه، فقد ظهر بذلك تحرير مذهب مالك. ووجه الاشتباه في النقل عنه، ولا فرق بين معنى ما نقل عنه ومعنى ما قاله إلا للضرورة، وقد ذكر أصحابنا لما نقلوا عنه حجتهم في ذلك وجوابها فنذكرها ليستفاد ويحصل بها الجواب عن مذهب معاوية، وعما ذهبوا إليه في حالة الضرورة، فنقلوا من احتجاج من نص قولهم: إنه لو أتلف على رجل حليًا وزنه مائة وصياغته تساوي عشرًا فإنه يجب عليه مائة وعشرة، ولا يكون ذلك ربًا، فكذلك إذا اشتراه. وقد ذكر أصحابنا عن ذلك وأبسطهم جواب القاضي أبي الطيب، قال: الجواب عن احتجاجهم بقياس البيع على الإتلاف أن أصحابنا قالوا: إذا أتلف على رجل ذهبًا مصوغًا، فإن كان نقد البلد من غير جنس المتلف مثل أن يكون نقد البلد فضة والمتلف ذهبًا فإنه يقوَّم بنقد البلد ولا يكون ربا، وإن كان نقد البلد من جنس المتلف، مثل أن يكون جميعًا ذهبًا أو يكون فضة، فاختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: يقوَّم بغير جنسه، وإن لم يكن من نقد البلد فعلى هذا لا يصح ما قالوه. ومن أصحابنا من قال: يقوم بنقد البلد، وإن كان من جنس المتلف بالغًا ما بلغت قيمته، وإن زادت على وزنه، فعلى هذا يكون الفرق بين ضمان الإتلاف وضمان البيع من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه إذا بذل في مقابلة الذهب المصوغ أكثر من وزنه كانت الزيادة في مقابلة الصياغة، والصياغة إنما هي تأليف بعض الذهب إلى بعض، والتأليف لا يأخذ قسطًا من الثمن، ألا ترى أنه لو باع دارًا مبنية بثمن معلوم ثم انهدمت قبل تسليمها إلى المشتري فإن العقد لا ينفسخ؟ ويقال للمشتري: إما أن تأخذها بجميع الثمن أو تفسخ العقد، وليس لك أن تسقط من الثمن جزءًا لأجل زوال تأليف الدار، فلم يصح قول مالك: إن زيادة الثمن تكون في مقابلة الصياغة.

والثاني: أنه لا يمتنع أن يجري التفاضل في قيمة المتلف ولا يجري في البيع ألا ترى أنه لو أراد أن يبيع درهمًا صحيحًا بأكثر من درهم مكسر لم يجز؟ ولو أتلف على رجل درهمًا صحيحًا ولم يوجد له مثل فإنه يقوم بالمكسر، وإن بلغت قيمته أكثر من درهم ولا يكون ربًا، فدل على الفرق بين البيع والإتلاف.

والثالث: أن الإتلاف قد يضمن به ما لا يضمن بالبيع. ألا ترى أن من أتلف حرًا أو أم ولد لزمه قيمتها، ولو باعها لم تصح ولم تجب عليه قيمتها. فدل على الفرق بالضمانين وبطل اعتبار أحدهما بالآخر. هذا كلام القاضي نقلته بلفظه لحسنه، والله أعلم.

فرع: على تحريم التفاضل أيضًا.

نقلت المالكية عن مالك أنه أجاز مبادلة الدنانير أو الدراهم الناقصة بالوازنة على وجه المعروف يدًا بيد، كرجل دفع إلى أخ له ذهبًا أو ورقًا ناقصًا أو طعامًا مأكولًا فقال له: أحسن إليَّ أبدل هذا بأجود منه وأنفقه فيما ينفق. قال الأبهري: قال ذلك لأنه على وجه المعروف فجاز، كما يجوز أن يقضي في القرض خيرًا مما أخذه. قال ابن رشد: ومعنى ذلك في الذهب والورق بأقل منه الديناران والثلاثة إلى الستة على ما في «المدونة»، وإن كان سحنون قد أصلح الستة وردها ثلاثة. قال ابن رشد: وقوله: بأجود منه يدل على جواز بدلها بأوزن وأجود، خلاف قول مالك في «المدونة»، مثل قول ابن القاسم فيها. ثم قال: منع ذلك أشهب كالدنانير الكثيرة النقص بالوازنة، فلم يجز المعفون بالصحيح، ولا لكثير الغش بالخفيف الغش، وأجاز ذلك سحنون في المَعْفُون وقال: إنه لا يشبه الدنانير، لأن بين الدنانير الكثيرة النقص بالوازنة تفاضلًا بالوزن، ولا تفاضل في الكيل بين المعفون والصحيح وأصحابنا لا يجيزون شيئًا من ذلك ولا يغترفون من التفاضل شيئًا.

قال الشافعي رحمه الله تعالى في كتاب الصرف في «الأم»: «ولا خير في أن يأخذ منه شيئًا بأقل منه وزنًا على وجه البيع، معروفًا كان أو غير معروف، والمعروف ليس يحل بيعًا ولا يحرمه، فإن كان وهب له دينارًا وأثابه الآخر دينارًا وأوزن منه أو أنقص فلا بأس فإنه أسلفه ثم اقتضى منه أقل فلا بأس، لأنه مقطوع له بهبة الفضل، وكذلك إن تطوع له القاضي بأكثر من وزن ذهبه فلا بأس في هذا فإنه ليس من معاني البيوع» ا هـ والله أعلم.

فرع: نص عليه الشافعي والأصحاب له تعلق بالتماثل والتفاضل: إذا قال رجل لصائغ صُغْ لي خاتمًا من فضة لأعطيك درهم فضة وأجرة صياغتك، ففعل الصائغ ذلك، قال القاضي أبو الطيب ونصر المقدسي وغيرهما: لم يصح ذلك وكان الخاتم على ملك الصائغ لأنه شراء فضة مجهولة بفضة مجهولة وتفرق قبل التقابض وشرط العمل في الشراء، وذلك كله يفسد العقد، فإذا صاغه فإن أراد أن يشتريه اشتراه بغير جنسه كيف شاء وبجنسه بمثل وزنه.

وقال الشافعي في كتاب الصرف من «الأم»: «ولا خير في أن يأتي الرجل بالفص إلى الصائغ، فيقول له: اعمله لي خاتمًا حتى أعطيك ذلك وأعطيك أجرتك، وقاله مالك»، انتهى كلام الشافعي.

وقالت الحنبلية: «للصائغ أخذ الدرهمين» أحدهما في مقابلة الخاتم والثاني أجرة له فيما إذا قال: صغ لي خاتمًا وزنه درهم وأعطيك مثل زنته وأجرتك درهمًا. والله تعالى أعلم.

فإن أراد أن للصائغ أخذ الدرهمين بحكم العقد الأول فهو فاسد، لما قاله القاضي أبو الطيب من عدم القبض والشرط، وإن أرادوا بحكم عقد جديد يورده على الخاتم المصوغ بعد صياغته، فهذا عين ما تقدم في المنسوب إلى مالك فلا اتجاه لهذا الفرع إلا عليه، والله أعلم.

قال في «الذخائر»: وكذا لو قال: يعني درهمًا بدرهم وصنعة وأجرتك كذا، وتفرقًا على ذلك لم يجز أيضًا لما فيه من التفرق قبل القبض وشرط العمل، والله أعلم. وفي معنى هذا الفرع وإن لم يكن من باب الربا:

فرع: لو نسج الحائك من ثوب بعضه كقال له: بعني هذا الثوب بكذا وكذا على أنك تتمه لم يجز، نقله المحاملي وغيره عن نصه في الصرف قال: لأنه ليس بمعين ولا موصوف في الذمة.

فرع: ومن كان معه قطوع مكسرة من الذهب أو الفضة أو نقرة فأراد أن يبيعها بجنسها صحاحًا، أو كان معه صحاح فأراد أن يبيعها بجنسها قطوعات فإما أن يتراضيا على المساواة بينهما في الوزن، وإما أن يبيع أحد النقدين بعرضين ويتقابضا، ثم يشتري بالعرضين من النقد الآخر، فأما مع الزيادة أو النقص فهو الربا كذلك قال نصر في «تهذيبه» وهو مما لا خلاف فيه. قال: نصر: وهكذا الدينار الرومي بالعربي والخراساني بالمغربي، والدراهم الرومية مع العربية، والخراسانية مع المغربية. وكذلك في الصقلي مع المصري وسائر ما يكون من ذلك.

فرع: وهكذا في المطعوم بلا خلاف، قال نصر في «التهذيب»: إذا باع صاع حنطة جيدة لها ريع وافر بصاع حنطة رديئة ليس لها ريع وافر جاز، ولا تجوز الزيادة فيه لأجل الريع، وكذلك في سائر الحبوب، وهكذا إذا باع صاعًا صحيحًا أو معقليًا بصاع دقل أو صاع جمع جاز، وإن كان أحدهما أجود من الآخر، وكذلك في سائر أجناس المطعومات، لأن المساواة المأمور بها قد وجدت فلا يجوز خلافها لأمر آخر، كما لو باع دينارًا صرفه خمسون درهمًا بدينار صرفه أربعون درهمًا، فإنه يصح لما ذكرنا انتهى. والله أعلم.

فرع: على تحريم التفاضل لا يجوز بيع العلس بالحنطة لعدم التماثل بينهما، وكذلك الشعير بالسلت، لأن على العلس قشرتين.

فرع: من فروع اشتراط التقابض في المجلس. قال الشافعي رحمه الله في كتاب الصرف من «الأم»: إذا اشترى دينارًا بدينار وتقابضا، ومضى كل واحد منهما يستعير الدينار الذي قبضه بالوزن جاز. قال صاحب «البيان»: وهذا يقتضي أن يكون كل واحد منهما قد عرف وزن الدينار وصدقه الآخر وتقابضا على ذلك، فأما إذا

جهل وزن الدينار لم يجز البيع، فإن وزن أحدهما الدينار الذي أخذه فنقص يبطل الصرف، لأنه وقع العقد على عوضين متفاضلين.

فرع: من فروع التقابض إذا باع دينارًا بعشرين في ذمته فأحاله المشتري على إنسان بالعشرين وتفرقا لم تقم الحوالة مقام القبض وبطل الصرف بتفرقهما قاله نصر في «التهذيب».

فرع: على التقابض أيضًا. قد عرف فيما تقدم أن التقابض شرطه أن يكون في المجلس، ولا يشترط عندنا أن يكون زمن العقد قصيرًا، بل سواء طال المجلس أم قصر للأثر المروي عن عمر رضي الله عنه في مصارفة طلحة. ووافقنا على ذلك الحنفية والحنبلية. ولم يسمح مالك رحمه الله بالاكتفاء بالتقابض في المجلس إذا طال. والله أعلم.

فرع: على تحريم النَّسا في الجنس الواحد والجنسين المتفقي العلة.

لا فرق في ذلك بين قليل الأجل وكثيره. وليس الحلول ملازمًا للتقابض. فقد يؤجل بساعة ويحصل القبض في المجلس، ومع ذلك هو فاسد لعدم الحلول، وهذا لا خلاف فيه، وممن صرح به في اليوم والساعة ونحوهما الغزالي ومحمد بن يحيى. وقد تكرر في كلام صاحب «الذخائر» أن المعنى بالنسيئة تأخر القبض، وأنكر أن يكون المقصود به الحلول، وليس بصحيح. والعقود المشتملة على عوض مالي ثابت في الذمة بالنسيئة إلى الحلول وعدمه على أقسام:

منها: ما يشترط فيه الحلول بالإجماع وهو عقود الربا، ومنها: ما يشترط فيه الأجل وهو الكتابة، ومنها: ما يجوز حالًا مؤجلًا، وهو أكثر العقود، ومنها: ما يجوز مؤجلًا بالإجماع، وفي جوازه حالًا، خلاف بين العلماء.

فرع: من فروع اشتراط الحلول في الربويات ـ إذا بيع منها الشيء بجنسه ـ امتناع السلم فيها كذلك، ولذلك قال الغزالي في «الوسيط» لما تكلم في التماثل في الحلول قال: ونعني به معنى الأجل والسلم، يعني أن كل عوضين مجتمعين في علة تحريم التفاضل فلا يجوز إسلام أحدهما في الْاخر كالحنطة مع الشعير والدراهم مع الدنانير، وهذا هو المشهور المنصوص. أما المؤجل فظاهر، وأما الحال فلأن الغالب على جنس السلم الأجل، والغالب على الأجل أنه يتأخر عن المجلس، فلما اشترط التقابض كان ظاهرًا في إخراج ما يتأخر فيه التقابض غالبًا، والله أعلم. وكذلك لا يجوز إسلام أحدهما فيما هو من جنسه بطريق أولى.

قال الشافعي رحمه الله تعالى في «الأم»: ولا يسلم مأكولًا ومشروبًا في مأكول ومشروب وقال أيضًا: ولا يجوز أن يسلم ذهبًا في ذهب ولا فضة في فضة، ولا

ذهبًا في فضة، ولا فضة في ذهب، وبه جزم الماوردي وابن الصباغ والمصنف في هذا الباب وغيرهم. ولم يفصلوا بين أن يكون مؤجلًا أو حالًا، والقاضي أبو الطيب فإنه حكاه عن الأصحاب.

ثم قال: قلت: إنه إن أسلم ذلك مطلقًا كان حالًا، فإن تقابضا في المجلس جاز عندي، واقتضى كلام الغزالي في «البسيط» ترجيح هذا. وجعله بيعًا بلفظ السلم. على أن كلام الغزالي في «الوسيط» الذي حكيته استشكله جماعة وتكلموا عليه، وحمله بعضهم على السلم المؤجل، وجعل عطفه على الأجل من عطف الخاص على العام، وبعضهم اعترف بأن المراد ألا يعقد بصيغة السلم، وهذا هو الحق.

وأما إسلام النقدين في المطعومات فصحيح، إذ لم يجتمعا في علة واحدة. قال محمد بن يحيى: فإن قيل: ينبغي ألا يصح لأن الحديث أخذ علينا شرطين، الحلول والتقابض عند اختلاف الجنس. قلنا: ظاهر هذا الكلام يقتضي هذا تنزيلًا على اختلاف الجنسين في هذه السنة المذكورة، غير أن الأمة أجمعت على أن السنة المذكورة في الحديث جملتان متفاضلتان النقدان، والأشياء الأربعة تنفرد كل جملة بعلتها، والمراد بالحديث اختلاف الجنسين من جملة واحدة، كالذهب بالفضة والحنطة بالشعير، وحاصله تخصيص عام أو تقييد مطلق بالإجماع. وهذا الإجماع الذي قاله محمد بن يحيى هو الذي قاله المصنف في آخر هذا الفصل. وسأذكر من نقله غيرهما إن شاء الله تعالى.

قاعدة: لعلك تقول قد تقرر أن العلة في الربويات الأربعة عند الشافعي الطعم، وذلك مشترك في الجنس والجنسين، فما السبب في اختلاف الحكم حيث كان المحرم عند اتحاد الجنس ثلاثة أشياء، وعند اختلاف الجنسين شيئين فقط؟ فاعلم أن الوصف المحكوم بكونه علة تارة لا يعتبر معه أمر آخر أصلًا، فهذا متى ثبت الحكم، وتارة يعتبر معه أمر آخر. أما شرط في تأثره، وأما محل يؤثر فيه دون محل آخر، وهذا إذا وجد في محله أو مع شرطه أثر، وإذا وجد بغير شرطه أو في غير محله لا يؤثر ذلك الحكم الخاص، وقد يؤثر في حكم من جنس ذلك الحكم.

مثاله: الزنا علة للرجم في المحصن فإذا فقد الإحصان لا يؤثر الرجم ولكنه يؤثر في حكم من جنسه وهو الجلد. فالطعم علة في تحريم الثلاثة: التفاضل والنَّساء والتفرق قبل التقابض إذا كان في جنس واحد. أما إذا كان في جنسين فيؤثر في النَّساء والتفرق فقط. فمطلق الطعم علة لتحريم هذين الشيئين من غير شرط.

وعلة لتحريم التفاضل بشرط كونه في جنس واحد فعليِّته مشتركة بين الثلاثة لكن في واحد منها بشرط وفي اثنين بغير شرط. وعند هذا أذكر تقسيمًا في مطلق العقود. وهي تنقسم إلى أربعة أقسام. لأنه إما أن يحصل في العوضين اشتراك في علة الربا والجنسية، أو لا يحصل واحد منهما. أو يحصل الاشتراك في العلة فقط أو في الجنسية فقط.

فالقسم الأول: يحرم فيه النَّساء إجماعًا والتفاضل والتفرق قبل القبض.

والثاني: يجوز فيه التفاضل والنساء، والبدل قبل التقابض. سواء كانا من أموال الربا كالذهب والحنطة أم لا. كإسلام عبد في ثوبين وفي ثوب واحد.

والثالث: تحريم النَّساء والتفرق، ولا يحرم التفاضل، كالذهب بالفضة والملح بالحنطة.

والرابع: يجوز التفاضل فيه نقدًا كبيع عبد بعبدين، ولا خلاف عندنا في جوازه نسَاء، ولبقية العلماء اختلاف فيه، كما إذا أسلم ثوبًا في ثوبين، فالقسم الرابع وأحد نوعي القسم الثاني ذكرهما المصنف في الفصل الذي قبل هذا الفصل.

إذا عرفت ذلك فاعتبار الجنسية في القسم الأول، هل نقول الجنسية شرط لعمل العلة؟ فالجنسية وحدها لا أثر لها عندنا أو وصف من أوصافها فتكون مركبة أو مجمل فيه العلة، فالذي يوجد في كلام المتقدمين من أصحابنا كالشيخ أبي حامد وغيره أنه وصف وأن العلة مركبة، وتبعه على ذلك جماعة من العراقيين منهم المصنف، وهو الذي يقتضيه كلام «الكفاية» في تخريج أبي بكر الصيدلاني من طريقة ناصر العمري. وزعم القاضي عبد الوهاب المالكي اتفاق أصحابهم ممن صنف في الخلاف. وأصحابنا وأصحاب أبي حنيفة على مر الأعصار إلى وقته أن الجنس أحد وصفي علة الربا. قال: وخالف قوم من أهل هذا العصر من أهل المذهبين جميعًا في ذلك، يعني الحنفية والشافعية، فمن أصحاب الشافعي من قال: العلة هي الطعم بمجرده، ولكن الجنس من شرطه فكان يقول؛ العلة الطعم في الجنس، سمعت القاضي أبا القاسم بن كج الشافعي بالدينور يقول هذا ويذهب إليه، ثم قال: ليس عن مالك رحمه الله ولا عمن عاصره من أصحابه في ذلك شيء يتحرر، ولم يدققوا في النظر ولا تعلقوا فيه إلى هذا التضييق والتحقيق ثم اختار عبد الوهاب أن الجنس شرط، كما نقله عن الشافعي والحنفية. وذكر عن ابن أبي زيد ما يدل على ذلك وأما المراوزة من أصحابنا فأطبقوا على أن الجنسية ليست بوصف، وأطنب الغزالي وغيره في تحقيق ذلك وفرعوا عليه أن الجنسية لا أثر لها لأن المحل لا أثر له، والحنفية جعلوا الجنسية وصفًا في العلة، ففرعوا عليه أن الجنسية وحدها تحرم

النَّساء؛ فلا يجوز إسلام ثوب في ثوبين، ومعنى المحل ما يعين لعمل العلة، ولا يؤثر في الحكم.

ثم اختلفت المراوزة هل هي محل أو شرط؟ فاختار إمام الحرمين والغزالي وتلميذه ابن يحيى أنها محل، واختار الشريف المراغي، والفقيه القطب أنها شرط قال الرافعي: وليس تحت هذا الاختلاف كبير طائل، ومنع أنه إذا كان وصفًا يلزم إفادته، والله أعلم، والغزالي قد تعرض لهذا المنع أيضًا في «التحصين».

قاعدة: العقود بالنسبة إلى التقابض على أربعة أقسام:

منها: ما يجب فيه التقابض قبل التفرق بالإجماع وهو الصرف.

ومنها: ما لا يجب بالإجماع كبيع المطعومات وغيرها من العروض بالنقدين الذهب والفضة.

ومنها: ما يشترط عندنا وعند مالك وأحمد، خلافًا لأبي حنيفة، وهو بيع الطعام بالطعام.

ومنها: ما يشترط عندنا وعند أبي حنيفة خلافًا لمالك، ولا يشترط عنده فيه قبض رأس المال في المجلس والله أعلم.

فصل: في التنبيه على ما يحتاج إليه من ألفاظ الحديث الذي ذكره المصنف، «الذهب» يذكر ويؤنث، وجمعه أذهاب، والورق الفضة، وفيه أربع لغات ـ فتح الواو مع كسر الراء وإسكانها، وكسر الواو مع إسكان الراء ـ وهذه الثلاث مشهورة والرابعة ـ فتح الواو والراء معًا ـ حكاهما الصاغاني في كتاب «الشوارد في اللغات» قال: وقرأ أبو عبيد: ﴿أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ﴾ [الكهف: ١٩] ونقلت ذلك من خط شيخنا الحافظ أبي محمد الدمياطي وضبطه. وقوله ﷺ: «مثلًا بمثل» أكثر الروايات هكذا بالنصب وهو على الحال، ففي الحديث المصدر بالنهي التقدير: لا تبيعوا الأشياء المذكورة في حاله من الأحوال إلا في حالة المماثلة، وفي الحديث الآخر التقدير: الذهب مبيع بالذهب في حالة المماثلة، ورأيت في كلام جماعة من الفقهاء أنه روي في هذا الحديث: «مثل بمثل» بالرفع فيكون مثل بمثل مبتدأ وخبر، وهي جملة مبينة للجملة الأولى، وهي قوله: الذهب بالذهب وأخواتها والتقدير: مثل منه بمثل، وحذفت منه ههنا كما حذفت منوان منه بدرهم والمثل في اللغة النظير قاله ابن فارس.

قوله: «سواء بسواء» قال الأزهري: مستويًا بمستوٍ لا فضل لأحدهما على الآخر، قاله الله تعالى: ﴿لَيْسُوا سَوَآءً﴾ [آل عمران: ١١٣] أي مستوين وكذلك قوله: ﴿سَوَآءً لِّلسَّآئِلِينَ﴾ [فصلت: ١٠] أي مستويًا وهذا مصدر وضع موضع الفاعل فاستوى

الجمع والواحد والمذكر والمؤنث فيه، ويكون السواء بمعنى العدل، والنصفة بمعنى الوسط.

قوله: «عينًا بعين» منصوب على الحال يريد مرئيًا بمرئي، لا غائبًا بغائب، ولا غائبًا بحاضر، فيجوز أن يراد بالعين عين المرئي لأنها سبب الرؤية. قال الأزهري: أي حاضرًا بحاضر، وهو في معنى الأول، وقد يؤخذ من الكلمتين كلمة واحدة منصوبة على الحال أي معاينة كما في مثل قولهم: «كلمته فاه إلى في» أي مشافهة، والعين في اللغة تطلق على معانٍ، حاسة البصر والعين والمعاينة والنظر والعين الذي ينظر للصُّوَى وهو الربيئة، والغين الذي تبقيه ليتجسس لك الخبر، والعين ينبوع الماء وعين الركية مصب مائها، والعين من السحاب ماء عن يمين قبلة العراق وقد يقال: العين ماء عن يمين قبلة العراق إلى الناحية والعين مطر أيام لا يقلع وقيل: هو المطر يدوم خمسة أيام أو ستة، والعين الناحية، كذا أطلقه ابن سيده، وعين الركية نقرة في مقدمتها وعين الشمس شعاعها الذي لا تثبت عليه العين، قاله ابن سيده: والعين المال الحاضر.

ومن كلامهم عين غير دبر، والعين الدينار، والعين الذهب عامة. قال سيبويه وقالوا: عليه مائة عينًا، والرفع الوجه. والعين في الميزان الميل، وجئتك بالحق من عين صافية أي من فضة، وجاء بالحق بعينه أي خالصًا واضحًا، وعين المتاع خياره وعين الشيء نفسه وشخصه، وأصله العين والعينة السلف وقال ابن فارس: العين الثقب في المزادة والعين المال النَّاض، قاله ابن فارس وقال الخطابي: المضروب من الدراهم والدنانير والعين الإصابة بالعين. والعين عين الشمس في السماء قالها الأزهري. فهذه نيف وعشرون للعين مجموعة من كلام الأزهري وابن سيده وابن فارس والهروي وأكثرها في كلام ابن سيده.

وقوله: «يدًا بيد» إعرابه كما تقدم أي مقابضة وهو منصوب على الحال مثل كلمته «فاه إلى في» أي مشافهة عن سيبويه. قال: واعلم أن هذه الأسماء التي في هذا الباب لا يفرد منها شيء دون شيء فلا تقل: بعته يدًا حتى تقول: بيد، وكذلك الثاني. ومن العرب من يرفع هذا النحو. وقد تقدم الكلام في الجمع بينهما ومن جمع من الرواة بينه وبين قوله: عينًا بعين ومن اقتصر على أحدهما ودعوى الحنفية أن الثانية مؤكدة للأولى، ودعوى الشافعية: أن كلاًّ منهما بمعنى، فالعين لإفادة الحلول واليد لإفادة التقابض، أي مقبوضًا بمقبوض، ويعبر عنه بكلمة واحدة كما تقدم، فنقول: مناجزة، قال الأزهري: أي يعطي بيد ويأخذ بأخرى، قال الفراء: العرب تقول: باع فلان غنمه باليدين يريد تسليمها بيد فأخذ ثمنها بيد؛ قال: ويقال: أبيعت الغنم باليدين أي بثمنين مختلفين؟ أخبرني بذلك المنذر عن أبي طالب عن

أبيه عن الفراء، وقوله في بعض الروايات: «ها وها» معناه التقابض، قال الخطابي: أصحاب الحديث يقولون: «ها وها» مقصورين، والصواب مدهما، ونصب الألف منهما وجعل أصله هاك، أي خذ فأسقطوا الكاف وعوضوا عنها المد، يقال للواحد: ها وللاثنين ها، وأما بزيادة الميم للجماعة فهاؤم، قال الله تعالى: ﴿هَآؤُمُ ٱقْرَءُواْ كِتَٰبِيَهْ﴾ [الحاقة: ١٩] وهذا قول الليث بن المظفر، وذكر أبو بكر بن العربي هذا القول وقال: ومن العرب من يقول: هاك وهاكما وهاكم، وجرى في ذلك قول كثير لبابه عنده أن ها تنبيه وحذف خذ وأعط لدلالة الحال عليه والكاف للخطاب، وأما هاؤما وهاؤم فقيل فيه معنى أما وأموا أي اقصدوا، ويعترض عليه أنه لم يستعمل في الواحد إلا بالكاف، فهي الأصل، ولذلك أجرت بعض العرب الاثنين على الواحد في لحوق الكاف والله أعلم.

وقوله: «من زاد أو ازداد فقد أربى» قال الأزهري: يقول من زاد صاحبه على ما أخذ، وازداد لنفسه على ما دفع، فقد أربى، أي دخل في الربا المنهي عنه.

وقوله: «الأصناف» سيأتي الكلام على تحقيقه عند الكلام في الأجناس إن شاء الله تعالى.

وقوله: «كيف شئتم» كيف ههنا اسم شرط، أي كيف شئتم فبيعوا، فالجواب محذوف يدل عليه قوله: فبيعوا المتقدم، ولا يصح أن يكون كيف هنا للاستفهام كما هو أغلب أحوالها، وكونها تأتي اسم شرط قد ذكره النحاة، قال ابن مالك: وجوابك بكيف معنى لا عملًا خلافًا للكوفيين، يعني أن الكوفيين يجعلونها اسم شرط معنى وعملًا ومن مجيء كيف شرطية قوله تعالى: ﴿يُنفِقُ كَيْفَ يَشَآءُ﴾ [المائدة: ٦٤] أي كيف يشاء ينفق، ومعناها في ذلك عموم الأحوال.

وذكر أصحابنا فرعًا في كتاب الوكالة، إذا قال لوكيله، بعه كيف شئت، فله البيع بالنسيئة، ولا يجوز بالغبن، وبغير نقد البلد، وعن القاضي حسين تجويز الكل فيمكن اعتضاده بالحديث في إدراج الزيادة والنقصان تحت الكيف. لكن بين هذا المثال وبين ما جاء به الحديث فرق، فإن في الحديث المبيع والثمن معًا كقوله: «لا تبيعوا الذهب بالذهب، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا الصنف بصنف آخر كيف شئتم على أحدهما زيادة» فشمل، أي فبيعوا في الثمن، وذلك مقابلة المبيع بالكيفية إلى أحوال ونقصانه عنه.

وأما المثال المذكور في الوكالة فالكيفية راجعة إلى نفس البيع، فلا جرم شمل النقد والنسيئة، ولم يشمل قلة الثمن وكثرته، وبيان جنسه لعدم دخوله تحت مسمى البيع، وقوله تعالى: ﴿يُنفِقُ كَيْفَ يَشَآءُ﴾ وموقع كيف في الحديث أن التماثل والتفاضل

صفتان للمبيع، يرجعان إلى أحوال مقابلته لغيره. وذلك من الكيف لا من الكم، فلذلك جاء الحديث بها والله أعلم.

وقوله: «إذا كان يدًا بيد» قد تقدم الكلام عليه. وذكره ﷺ له ثانيًا واهتمامه به يبعد أن يكون المراد به في الأول التأكيد كما زعم بعضهم وإنما اقتصر عليه دون قوله عينًا بعين، لأن قوله: «يدًا بيد» يدل على التقابض صريحًا، وعلى الحلول ظاهرًا، كما تقدم في كلام محمد بن يحيى، ففي الأول أتى باللفظين ليدلا على المعنيين صريحًا، وفي الأخير اكتفى بما يدل عليهما في الجملة والله تعالى أعلم. والضمير في كان للبيع أي إذا كان البيع «يدًا بيد»، أي مناجزة فههنا لا يستقيم أن يكون حالًا من المبيع. وفي الأول يحتمل أن يكون حالًا من المبيع كما تقدم. ويحتمل أن يكون المراد: لا تبيعوا إلا مناجزة فيكون نعتًا لمصدر محذوف أي بيعًا مناجزة والله أعلم.

وقوله في بعض الروايات: «تبرها وعينها» قال الأزهري: التبر من الدرهم والدنانير ما كان غير مصوغ ولا مضروب، وكذلك من النحاس وسائر الجواهر وما كان كسارًا أو غير مصوغ ولا مضروب فلوسًا، وأصل التبر من قولك تبَّرت الشيء أي كسرته جدًا، وظاهر الحديث أنه يجوز التبر بالتبر وبالعين، ويمكن حمل ذلك على الحاصل بعد التصفية وقبل الضرب. وأما التبر المأخوذ من المعدن قبل التصفية فقد أخبرني بعض أهل المعرفة بذلك أنه لا يخلو عن فضة، ولا يوجد تبر ذهب خالصًا من فضة ولا ينفصل منه إلا بالتصفية، فإذا كان كذلك فيكون بيع التبر المذكور بمثله أو بخالص كبيع مدّ عجوة ودرهم، فيمتنع عند الشافعي والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن تبايعا دراهم بدنانير في الذمة وتقابضا، ثم وجد أحدهما بما قبض عيبًا نظرت فإن لم يتفرقا جاز أن يرد ويطالب بالبدل، لأن المعقود عليه ما في الذمة وقد قبض قبل التفرق، وإن تفرقا ففيه قولان: أحدهما: يجوز إبداله، لأن ما جاز إبداله قبل التفرق جاز بعده كالمسلم فيه، والثاني: لا يجوز، وهو قول المزني، لأنه إذا أبدله صار القبض بعد التفرق، وذلك لا يجوز.

الشرح: هذه المسألة فرع جواز الصرف في الذمة وأنه لا يشترط التعيين في العوضين ولا أحدهما إذا حصل التعيين في المجلس. فلنتكلم على هذه المسألة أو لا ثم نرجع إلى مسألة الكتاب فنقول: إن عقد الصرف تارة يرد على معين، وتارة يرد على الذمة، والوارد على الذمة إما أن يرد على شيء يستحق بالعقد، وإما على شيء كان ثابتًا قبل العقد فيتحول به عما كان عليه. فهذه ثلاثة أقسام: الأول: المعين، والثاني: الموصوف أو ما في معناه، والثالث: الدين. ومن المعلوم أن

الصفقة تشتمل على عوضين والحاصل من ضربهما في الأقسام الثلاثة ستة؛ وترتيبها أن يأخذ كل قسم مع نفسه ومع ما بعده. وقد رتبها هكذا:

الأول: أن يكونا معينين، الثاني: موصوفين، الثالث: أن يكونا دينين، الرابع: معين وموصوف، الخامس: معين ودين، السادس: موصوف ودين. فلنتكلم على كل قسم وما يجوز منها وما يمتنع:

أما الأول: وهو أن يكونا معينين فذلك مما لا خلاف بين الأئمة في جوازه كما إذا قال: بعتك أو صارفتك هذه الدنانير بهذه الدراهم، وكذلك جميع أموال الربا كبعتك هذه الحنطة بهذه الحنطة أو بهذا الشعير، فالإجماع على صحة ذلك، وقد تقدم إطلاق ذلك وتفاصيله.

ومن أحكام هذا القسم أن العوضين يتعينان بالعقد عندنا. وفائدة ذلك أنه ليس لكل منهما أن يعطى غير المتعين، كما صرح به الشافعي والأصحاب، ومتى تلف قبل القبض انفسد العقد، وإذا خرج مستحقًا تبين بطلان العقد، حيث استحق الرجوع به إما بمقابلة وإما برد بعيب حيث ثبتت فإنه يجب رد عين تلك الدراهم إن كانت باقية. وهذا هو المشهور عن مالك وأحمد، ولم يكن له أن يبدله سواء كان العيب بكل المبيع أو ببعضه، وسواء كان قبل التفرق أو بعد التفرق. صرح به الشيخ أبو حامد وغيره وعن صاحب «التقريب»: أنه يجوز قبل التفرق أخذ بدلها من غير فسخ العقد، حتى لو كان العقد بثمن مجهول فاعله قبل التفرق صح، حكاه الفوراني في «العمدة» وغيره. وهذا الوجه المحكي عن صاحب «التقريب» في هذا يشبه أن يكون فرعه على قوله: إنه يجوز الصرف في الثمن المعين قبل قبضه، فإن القاضي حسين نقل ذلك عنه. قال في كتاب «الأسرار» في جواز التصرف في الثمن: إذا كان معينًا قبل القبض أخطأ من جوزه؛ وهو صاحب «التقريب».

وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ ـ وهي رواية عن أحمد: الدراهم والدنانير لا تتعين بالعقد، ويجوز للمشتري أن يدفع مثل الدراهم التي وقع العقد عليها، وإن تلفت قبل القبض لم يبطل العقد. واحتجوا له من جهة اللغة بقول الفراء: إن الثمن له شرطان؛ أن يصحبه البائع، وأن يكون في الذمة، كقوله: بعتك هذا الثوب بدينار، قيل: إنه ذكر ذلك في معاني القرآن، ومن جهة الشرع بحديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه قال: «يا رسول الله إني أبيع الإبل بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، فقال: لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء»[1] ولم يفصل بين أن يكون الثمن مطلقًا أو معينًا.

(١) تقدم.

والجواب عن الحديث: أنه محمول على الغالب، وهو كون الأثمان مطلقة وعن قول الفراء بأن التعيين حكم شرعي لا مجال للغة فيه، فإن قال: إن هذا لا يسمى ثمنًا صار بحثًا لفظيًا، وصار كما إذا باع عبدًا بثوب، فعند بعضهم أن الصفقة خالية عن الثمن، وذلك من حيث التسمية فقط، فكما أن الثوب متعين بالعقد كذلك النقد. وقال القاضي أبو الطيب: إن الفراء خلط في هذا الكتاب اللغة بالفقه، وعول على فقه الكوفيين، فلا حجة في قوله: قال: ولا خلاف بيننا فيما تقتضيه اللغة، وإنما الخلاف فيما يقتضيه الشرع، وقد اتفقوا على أن النقدين يتعينان بأجناسهما، فإذا باع بدراهم يتعين جنس الدراهم، أو بدنانير يتعين جنس الدنانير، نقل الاتفاق على ذلك الطاوسي في طريقته وحجتنا في التعيين من الحديث قوله ﷺ في حديث الربا «عينًا بعين».

قال أصحابنا القاضي أبو الطيب وغيره: ولو كانا لا يتعينان لما كانا عينًا بعين، والقياس على ما إذا كان عوضًا بجامع ما بينهما من أن كلاً منهما عوض مشار إليه في العقد ويتعين بالقبض وعلى القرض والوديعة والغصب والوصية والإرث والصداق والوكالة. وكذلك إذا كان حليًا فإنها تتعلق بعين النقد بخصوصه. وقد وافقونا على ذلك فكذلك البيع، لكنهم اعتذروا عن العقود المذكورة بأنه ليس مقتضاها وجوبها في الذمة إذا كان الثمن معينًا. ولأن هذا العقد المعين إن صلح للعوضية لم يجز إبداله لتعلق الملك به. وإن لم يصلح فلا يتعلق العقد به، والفرض أنهما لم يذكرا ثمنًا في الذمة فلا يتعلق بها، فلا يبطل العقد.

فإن قيل: إن الثمن متعلق بالذمة. ومعنى التعيين أنه يوفي ذلك المطلق في الذمة من هذا المعين، فنقول: إن ما كان كذلك ينبغي أن يبطل العقد فيه بالتعيين كالسلم إذا عين ثمرة نخلة بعينها. وهذه حجة ابن سريج وربط العقد بغير المعين لا وجه له فإن العقد قد يتعلق بخصوصه لعلمه بحله أو لغير ذلك من الأغراض. وذكر أصحابنا رحمهم الله فوائد ومقاصد في تعيين الثمن.

منها: للبائع الرجوع في عينه عند الفلس وتبرئة ذمته لقصر الحق على تلك العين. ومنها: للمشتري تكميل ملكه إذ الملك في العين آكد منه في الدين. ولهذا أجبر المشتري على تسليم الثمن ليساوي البائع في بيع العين. فبالتسليم يصير ما عليه عينًا مثل المبيع. قال ذلك القاضي حسين في كتاب «الأسرار». وقد ذكر النووي رحمه الله تعالى تعيين الدراهم والدنانير في هذا «المجموع»، في باب ما نهي عنه من بيع الغرر مختصرًا، ولا فرق في تعيين الدراهم بين أن يكون في عقد الصرف أو غيره، والله أعلم.

فرع: لو استبدل عين المعين بعد التقابض والتخاير صح بلا خلاف، أو

قبلهما لم يصح على المذهب المشهور، كما هو مبين في موضعه أو بعد التقابض، وقبل التخاير صح على قول ابن سريج، فإنه جعل اتفاقهما على العقد الثاني كالتفرق. وهو الصحيح عند القاضي أبي الطيب والرافعي وضعفه الماوردي، والثاني: وهو الذي نقله الخراسانيون عن صاحب «التقريب» أنه إذا قلنا لا يملك المشتري إلا بانقضاء الخيار لا يصح. أو بعد التخاير وقبل التقابض، فقد سبق أنه يبطل العقد، فلا يصادف الاستبدال محلًا، خلافًا لابن سريج، والله تعالى أعلم.

فرع: لو وهب الصيرفي الدراهم المعينة لباذلها ـ فإن كان قبل قبضها ـ لم يجز لأن الملك لها لم يستقر، وإن كانت الهبة بعد قبضها ففيها وجهان كالبيع. قاله الماوردي. ومقصوده أنه بعد قبضها وقبل التفرق وانقضاء الخيار الذي فيه الخلاف المنقول عن حكاية صاحب «التقريب»، فإنه طرد ذلك في البيع والهبة والتزويج أيضًا لو كان المبيع جارية فزوجها المشتري من البائع في المجلس.

قال: إن قلنا: المشتري ملك صح التزويج وإلا فلا، ويسقط الخيار ويلزم البيع.

فرع: إذا تعاقدا على معينين يجوز جزافًا عند اختلاف الجنس. نص عليه الشافعي رحمه الله تعالى والأصحاب.

القسم الثاني: أن يكونا موصوفين أو في معنى الموصوفين. وهو المطلق في موضع فيه نقد متعارف. كما إذا قال: بعتك أو صارفتك دينارًا مصريًا في ذمتي بعشرين درهمًا من الضرب الفلاني في ذمتك فقد اتفق جمهور الأصحاب على جواز ذلك إذا تواصفا العوضين أو أطلقا وكان للبلد نقد واحد لا يختلف أو نقود مختلفة إلا أن أحدهما غالب فيرجع الإطلاق إليه. ثم يعينان ويتقابضان قبل التفرق. وإن لم يكن معهما فاستقرضا وتقابضا جاز. وكذلك في قيم المتلفات إنما يقوَّم بالغالب، فإن لم يكن للبلد نقد غالب بأن كان فيها نقود مختلفة وليس بعضها أغلب من بعض اشترط تعيين النوع، كقوله عشرة دراهم راضية أو ناصرية بدينار مطبقي أو ماسياني أو أهوازي أو سابوري. وفي التقويم يعين القاضي واحدًا للتقويم، قاله في «التهذيب»، فإن وقع من غير تعيين فسد العقد ولا خلاف بين الأصحاب في ذلك إلا ما حكاه صاحب «التتمة» والروياني عن أبي عاصم العبادي أنه حكى أن هذا بمنزلة بيع الأعيان بعضها ببعض.

فإن جوزنا بيع الغائب فالعقد صحيح وإلا فلا، لأن الشرع حرم بيع الدين فقد نهى صلوات الله عليه عن بيع الكالىء بالكالىء قال: فلو لم يقدر العوض عينًا غائبة

لما كان إلى تصحيح العقد سبيل، واستضعف الروياني هذا، ونظير هذا الوجه الذي حكاه صاحب «التتمة» عن أبي عاصم وجه حكاه الماوردي عن أبي العباس بن صالح المصري من أصحابنا أنه لا يصح السلم إلا أن يكون رأس المال معينًا ثم يقبض في المجلس فلو عقد على موصوف ثم أحضره وأقبضه في المجلس لم يصح لأن كلا البدلين موصوف.

قال ابن أبي الدم: فهذان وجهان غريبان في المذهب لم يحكهما في المسألتين غير هذين المصنفين يعني صاحب «التتمة» والماوردي فيما أعلم، ولست أدري هل يوافق كل واحد من هذين الإمامين ـ يعني أبا عاصم العبادي وأبا العباس المصري صاحبي الوجه صاحبه في مسألته أم لا؟ والمساواة متجهة وقد يتكلف فرق بينهما.

قال القاضي أبو الطيب: فإن قيل: هذا خلاف السنة التي رويتم عن النبي ﷺ أنه قال: لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ـ إلى قوله: سواء بسواء عينًا بعين، يعني: يدًا بيد، فالجواب أنهما إذا عينا في المجلس صار عينًا بعين، كما إذا تقابضا في المجلس كان يدًا بيد؛ فلم يرد التعيين والتقابض في نفس العقد ا هـ. وهذا مذهب أبي حنيفة رحمه الله وأحمد.

وقال مالك: لا يجوز الصرف حتى يكون العينان حاضرتين. وعنه لا يجوز حتى يظهر إحدى العينين ويعين. وعن زفر رحمه الله مثله. وقال مالك: على هذه الرواية يحتاج أن يكون قبضه لما لم يعينه قريبًا متصلًا بمنزلة النفقة يحلها من كيسه قال ابن عبد البر: قال الطحاوي: واتفقوا يعني هؤلاء الفقهاء الثلاثة يعني أبا حنيفة ومالكًا والشافعي رحمهم الله على جواز الصرف إذا كان أحدهما دينًا وقبضه في المجلس، فدل على اعتبار القبض في المجلس، دون كونه عينًا ا هـ.

ومما يدل على أنه لا يشترط التعيين في العوضين حين العقد حديث ابن عمر في تقاضيه الدراهم عن الدنانير والدنانير عن الدراهم، فإن أخذ أحدهما عن الآخر صرف والمأخوذ عنه ليس معينًا، وسنذكر ذلك في الكلام في القسم الخامس إن شاء الله تعالى.

فإن قلت: حكمتم هنا بجواز الصرف على الموصوفين على المشهور، وحرمتم فيما تقدم أن إسلام أحد النقدين في الآخر لا يجوز، ولنا خلاف مشهور على النظر إلى المعين أن يحكم بفساده لأنه سلم، أو يحكم بصحة السلم فيه حالًا، كما قال القاضي أبو الطيب، قلت: امتناع إسلام أحد النقدين في الآخر والكلام فيه مختص بما إذا كان بلفظ السلم، فإنه ينبيء عن الأجل، والمانع من صحة الصرف.

فإن قلت: هذا نظر إلى جانب اللفظ والسؤال إذا نظرنا إلى المعنى، ثم إن إشعار اللفظ بالأجل يزول بشرط الحلول. وحينئذ يلزم أحد الأمرين، إما تصحيح السلم فيها كما قال القاضي أبو الطيب، وإما فساد هذا العقد، ولم يقل به أحد من الأصحاب. قلت: الصرف والسلم قسمان من أقسام البيع، فهما خاصان تحت أعم وبينهما أعني الصرف والسلم عموم وخصوص من وجه، فإن بيع الموصوف في الذمة قد يكون نقدًا وقد لا يكون، وبيع النقد قد يكون في الذمة وقد لا يكون. ففي محل صدقهما، وهو ما إذا كان النقد موصوفًا في الذمة يجب النظر في الأحكام، فحكم الصرف وجوب التقابض من الجانبين، وحكم السلم قبض الثمن.

وأما المثمن، فإما أن تقول: إن السلم يقتضي جواز تأخره، فيكون بين مقتضاه ومقتضى الصرف تضاد، أو تقول: إن السلم لا يقتضي ذلك ولا عدمه بل مقتضاه بالنسبة إلى المسلم فيه ثبوته في الذمة فقط.

فإن قلنا: بالأول فيرجح باللفظ، فإن عقد بلفظ السلم بطل، وإن عقد بلفظ البيع أو الصرف صح، وكان صرفًا، وإن لم يكن بينهما تضاد وكان السلم غير مانع من لزوم التقابض فيجب أن يوفي الصرف حكمه، ضرورة وجود المقتضي السالم عن المعارض، فإن كونه صرفًا يقتضي التقابض وكونه سلمًا غير مانع على هذا التقدير.

فإن قلت: الترجيح باللفظ فيما إذا جرى العقد بلفظ الصرف فيصح، أو بلفظ السلم فيبطل لما بين اللفظين على ذلك التقدير من التضاد. أما إذا جرى بلفظ البيع وهو أعم من السلم والصرف، فيبقى تعارض المعنيين بغير مرجح ضرورة اشتراكهما في مسمى البيع. قلت: بل لفظ البيع وإضافته إلى هذا المبيع الخاص مرجح، لأن الشارع اعتبره بقوله: لا تبيعوا الذهب إلى آخره، وإنما العلماء سموا هذا النوع باسم الصرف لما ستعرفه. وهذا البحث لا يختص بهذا القسم، بل يجري فيما إذا كان البيع موصوفًا. والثمن معين أو دين في القسم الرابع والسادس، والله أعلم.

والإمام رحمه الله استشعر هذا البحث فقال لما تكلم في الصرف على الذمة: ولا يكون هذا من السلم، فإن وضع السلم على اشتراط تسليم رأس المال في المجلس فيحسب، والصرف يجوز عقده على وصف، ثم لا بد من التقابض، وهذا الذي قاله رحمه الله إنما هو ذكر حكم السلم والصرف، وحكم العقد زائد على حقيقته فلا يجوز أن يجعل جزءًا منها، وفيما قدمته كفاية، والله أعلم.

فرع: لم يجزم الأصحاب بجواز بيع الطعام الموصوف في الذمة، بالطعام الموصوف كما جزموا في الصرف، بل حكوا في الطعام وجهين، وقال الرافعي: إن

الأشبه بكلام الشيخ أبي علي والأئمة أن وجه الجواز أظهر.

فرع: هل يسوغ الاستبدال في هذا القسم أو لا؟ إعلم أن الاستبدال عن الثمن الثابت في الذمة في غير الصرف يجوز على الجديد المشهور؛ وأما في الصرف فالصواب المقطوع به أن ذلك لا يجوز لأنه لو استبدل عنه لم يحصل مدلول قوله ﷺ: «عينًا بعين» لا عند العقد ولا في المجلس، فوجب البطلان والفرق بينه وبين الثمن في غير الصرف؛ أن الثمن في الصرف غير مستقر لأنه بعرضية البطلان بالتفرق قبل قبضه، بخلاف الثمن في غير الصرف، ولهذا جزم بعض الأصحاب أن محل الخلاف فيما إذا كان المبيع قد قبض، أما إذا كان المبيع لم يقبض فإنه لا يجوز الاستبدال عنه قولًا واحدًا، وللقائل الآخر أن يقول: أنه غير قابل للانفساخ من جهته، بأن يتلف قبل قبضه فينفسخ العقد به. والثمن في الصرف قابل للانفساخ الآتي من جهته بعدم قبضه، وأيضًا فهو غير لازم على المذهب لأن العقد لا يلزم على المذهب ما لم يتقابضا بخلاف الثمن في غير الصرف فإنه يتصور فيه اللزوم قبل القبض، ولو فرعنا على رأي ابن سريج في اللزوم قبل التقابض أو على وجه القائل بصحة بيع المبيع في زمان الخيار، لم يلزم أن يطرد ذلك في الصرف لما أشرت إليه من دلالة الحديث على اشتراط التعيين فإن لم يكن في العقد فلا بد من المجلس، وقد خرج شيخنا أبو العباس بن الرفعة جواز الاستبدال فيما إذا كان العوضان نقدين على أن الثمن ماذا؟ وحكم بأنا إذا قلنا: الثمن النقد ولا مبيع هنا، فيجري الخلاف في الاستبدال عن كل منهما وهو سهو لا ينبغي التعريج عليه والله أعلم.

فرع: الإبراء عن هذا العوض الثابت في الذمة في الصرف لا يصح، فإن افترقا قبل قبضهما بطل الصرف. لأنه إبراء مما لا يستقر ملكه عليه قاله الماوردي.

فرع: جريان الصرف في الذمة عند اختلاف الجنس لا إشكال فيه كذلك يجوز عند اتفاق الجنس كأن يبيع دينارًا بدينار في الذمة أو دراهم بدراهم في الذمة وصرح به الجرجاني في «الشافي» وابن أبي عصرون في «المرشد» و«الانتصار» والخوارزمي في «الكافي».

فرع: ظاهر المذهب جواز المعاملة بالدراهم المغشوشة. قال في «التهذيب»: فلو باع بدرهم مطلقًا ونقد البلد مغشوش يجب درهم من ذلك. ومن أصحابنا من قال: لأن المقصود ما فيه من النقرة، وهو مجهول كتراب الصاغة. وإن كان نقد البلد فلوسًا أو دراهم عطر بقية يجوز التصرف فيها، ومطلق العقد ينصرف إليها.

فرع: جريان هذا القسم في صرف النقد بغير جنسه لا إشكال فيه، وهل يجوز في الجنس الواحد حيث يكون هناك غرض صحيح؟ ويمكن فرض ذلك فيما إذا

اختلفت الصفة كأن يبيع دنانير مغربية بدنانير مشرقية، أو دراهم لينة بدراهم خشنة، لم أره منقولًا، والظاهر الجواز.

فرع: لو باع في هذا القسم طعامًا بطعام في الذمة، ثم عين وسلم في المجلس فوجهان، أحدهما: المنع، لأن الوصف فيه يطول بخلاف الصرف، فإن الأمر في النقود أهون؛ وهكذا يكفي فيها الإطلاق، والثاني: الجواز، قال الرافعي رحمه الله: والأشبه بكلام الشيخ أبي علي والأئمة أن هذا أظهر.

القسم الثالث: أن يكونا دينين، كما إذا قال: بعتك الدينار الذي لي في ذمتك بالعشرة الدراهم التي لك في ذمتي، حتى تبرأ ذمة كل منا، وهذه المسألة تسمى بتطارح الدينين، قال الشافعي رحمه الله في كتاب الصرف من «الأم»: ومن كانت عليه دراهم لرجل، وللرجل عليه دنانير فحلت أو لم تحل، فتطارحاها صرفًا فلا يجوز، لأن ذلك دين بدين، وقال مالك: إذا حل فهو جائز، وإذا لم يحل فلا يجوز. انتهى. قال أصحابنا: ولكن طريقهما أن يبرىء كل منهما صاحبه، فمذهب الشافعي رحمه الله وجميع أصحابه أنه لا يجوز. وبه قال جماعة منهم: الليث بن سعد وأحمد، ومذهب أبي حنيفة كمذهب مالك رحمه الله أن ذلك جائز، ومنشأ الخلاف في ذلك أن هذا هل يدخل في بيع الدين بالدين أو لا؟ وقد أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز، نقل ذلك ابن المنذر، وقال: قال أحمد إجماع الأئمة أن لا يباع دين بدين.

قلت: وناهيك بنقل أحمد الإجماع، فإنه معلوم سنده فيه مع الحديث الذي روي أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الكالىء بالكالىء»[1] وإن كان ابن المنذر قال: إن إسناده لا يثبت، والحديث مشهور عن موسى بن عبيد، وهو ضعيف، ونقل عن أحمد أنه سئل أيصح في هذا حديث؟ قال: لا، فلو ثبت الحديث أمكن التمسك به، فإن الكالىء بالكالىء هو الدين بالدين، وكذلك فسره نافع راوي الحديث، والدين بالدين حقيقة فيما نحن فيه.

أما إذا لم يثبت فالإجماع لا يمكن التمسك به مع وجود الخلاف في هذه الصورة الخاصة، فإنه يؤول هذا إلى تفسير بيع الدين بالدين المجمع على منعه، يعني ما نحن فيه، وهو أن يكون للرجل على الرجل دين فيجعله عليه في دين آخر مخالف له في الصفة أو في القدر، فهذا هو الذي وقع الإجماع على امتناعه، وهو

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٣١٩) والحاكم في المستدرك (٢/ ٥٧) والبيهقي في سننه (٥/ ٢٩٠) وضعفه العلامة الألباني رحمه الله في الإرواء برقم (١٣٨٢).

في الحقيقة بيع دين بما يصير دينًا وإذا لم يكن في الحديث متمسك بضعفه ولا في الإجماع لعدم التوارد على محل واحد، واحتجت الحنفية والمالكية بحديث ابن عمر رضي الله عنهما، وتقاضيه الدراهم عن الدنانير وبالعكس، ولا دليل فيه لأنه إنما يدل على الدين بالعين أو بالموصوف، والله أعلم.

فرع: قال الصيمري: فلو وجب لزيد في ذمة عمرو دينار أهوازي ووجب لعمرو في ذمة زيد دينار أهوازي جاز أن يجعل ذلك قصاصًا.

القسم الرابع: معين وموصوف، كما إذا قال: بعتك هذا الدينار بعشرة دراهم، فهذا جائز عندنا، وعند جمهور العلماء إلا ما تقدم من النقل عن مالك رحمه الله، فلو جرى هذا القسم بلفظ السلم كان باطلًا أيضًا كالقسم الثاني ورأى شيخنا ابن الرفعة القطع بالجواز في هذا القسم، للبعد عن بيع الكالىء بالكالىء، وهذا غلط مخالف.

القسم الخامس: دين بعين، كما إذا كان له عليه دينار، فقال: بعتك الدينار الذي لي عليك بهذه العشرة الدراهم فيجوز أيضًا بشرط أن يكون ذلك الدين مما يجوز الاستبدال عنه، وهذا قسمان أحدهما: ألا يكون ثمنًا ولا مثمنًا كدين القراض والإتلاف، والثاني: أن يكون ثمنًا على الجديد في غير الصرف، فلو كان في الصرف فقد تقدم ما فيه، ويشترط أن يكون الدين حالًا أيضًا، فإن كان مؤجلًا فسيأتي حكمه إذا عرف ذلك فيجوز أخذ الدراهم عن الدنانير، والدنانير عن الدراهم الثابتة في الذمة. حكي عن عمر وابنه والحسن والحكم وحماد وطاوس والزهري والقاسم بن محمد وقتادة، وإبراهيم وعطاء على اختلاف عنهما، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق وعبد الله بن الحسن وأبي ثور. وروي كراهة ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وأبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود وأبي سلمة بن عبد الرحمٰن وسعيد بن المسيب وابن شبرمة، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله.

ثم اختلف الأولون فمنهم من قال: يشترط أن يكون بسعر يومها. وقال أبو حنيفة رحمه الله: يؤخذ بسعر يومها، وبأعلى وبأرخص. قال أحمد بن حنبل رحمه الله: إنما يقضيه إياها بالسعر. وقال ابن قدامة: لم يختلفوا في أنه يقضيه إياها بالسعر إلا ما قال أصحاب الرأي، ووجه الأول قوله صلى الله عليه وسلم: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها» واستدل له بأن هذا جار مجرى القضاء فيقيد بالمثل كما لو أحصيناه من الجنس، والتماثل، بينما هو متعذر من حيث الصورة فاعتبر من حيث القيمة، والعمدة فيه حديث ابن عمر الذي تقدمت الإشارة إليه، وهو ما رواه أبو داود والترمذي والنسائي

وابن ماجه من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال: «كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع الدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه عن هذه، وأعطي هذه عن هذه، فأتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة فقلت: يا رسول الله رويدك أسألك، إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه عن هذه، وأعطي هذه عن هذه، فقال رسول الله ﷺ: «لا بأس من أن تأخذ بسعر يومها، ما لم تفترقا وبينكما شيء»[(١)] وهذا لفظ أبي داود، وقد تفرد سماك بن حرب بهذا الحديث، لا يروى من غير جهة سماك.

وقد وقع في ابن ماجه من رواية عمر بن عبيد وهو الطنافسي قال: ثنا عطاء بن السائب أو سماك على الشك قال: ولا أعلم إلا سماكًا، والحديث معروف بسماك من أفراده لم يرفعه أحد غيره، وسماك اختلف الناس فيه، فضعفه شعبة والثوري وابن المبارك، ونقل عن علي نحوه، وقال أحمد: مضطرب الحديث أنه كان يقبل التلقين، وإن شعبة شهد عليه بذلك ووثقه يحيى بن معين. وقال أبو حاتم: صدوق روى له مسلم وقال ابن عدي: ولسماك حديث كبير مستقيم إن شاء الله تعالى كله، وقد حدث عنه الأئمة وهو من كبار تابعي الكوفيين وأحاديثه حسان عمن يروى عنه وهو صدوق لا بأس به، وفي كتاب ابن أبي حاتم عن علي بن المديني قال: سمعت أبا داود الطيالسي قال: سمعت خالد بن طليق يسأل شعبة فقال: يا أبا بسطام حدثني بحديث سماك في اقتضاء الورق عن الذهب حديث ابن عمر فقال: أصلحك الله، وهذا حديث ليس يرفعه أحد إلا سماك، قال: فتذهب أن أروي عنك؟ قال: لا، ولكن حدثنيه قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر ولم يرفعه، وأخبرنيه أيوب عن نافع عن ابن عمر ولم يرفعه، وحدثني داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير ولم يرفعه ورفعه سماك، فأنا أفْرَقُ به.

قلت: وقد روى شعبة عن سماك، فمن جملة ما روى عنه حديث سويد بن قيس قال: جلبت أنا ومخرمة العبدي بزًا من هجر أو البحرين[(٢)]، حديث ليس لزيد رواه الحاكم في «المستدرك»، فهذا ما حضرني من حال سماك، وهو إن شاء الله تعالى إلى التوثيق أقرب. وحديثه هذا يدخل في قسم الحسن كما اقتضاه كلام ابن عدي وقد أخرجه الحاكم في «المستدرك» وقال: إنه صحيح على شرط مسلم. فإن

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٣٣٦) والترمذي في سننه برقم (١٣٠٥) والنسائي في سننه (٧/ ٢٨٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٢٠) وأحمد في المسند (٤/ ٣٥٢).

لم يكن كما قال فلا أقل من أن يكون حسنًا، وسماك بن حرب رجل صالح، قال: قد أدركت ثمانين رجلًا من أصحاب رسول الله ﷺ روى عنه قال: «ذهب بصري فرأيت إبراهيم الخليل عليه أفضل الصلاة والسلام في النوم فقلت: ذهب بصري، قال: انزل إلى الفرات فاغمس رأسك فيه وافتح عينيك فإن الله تعالى يرد عليك بصرك. قال: ففعلت ذلك فرد الله تعالى عليَّ بصري».

وقد جعل قوم حديث ابن عمر هذا معارضًا لحديث أبي سعيد، وشبهه في قوله: «ولا تبيعوا منها غائبًا بناجز»[1] قال ابن عبد البر: وليس الحديثان بمتعارضين عند أكثر الفقهاء لأنه يمكن استعمال كل واحد منهما، فحديث ابن عمر مفسر، وحديث أبي سعيد الخدري مجمل، فصار معناه لا تبيعوا منها غائبًا ليس في ذمة بناجز. وإذا حملا على هذا لم يتعارضا ا هـ. وإذا ثبت هذا الحديث فهو نص في أخذ المُعَيَّن عن الدين، وأما الاستدلال به على الموصوف عن الدين فمحتمل، فإن كلام ابن عمر محتمل لأن يكون يعتاض عن الدنانير دراهم معينة، ويحتمل أن يعتاض عنها دراهم غير معينة فلم يعينها، ويترجح الأول بقوله: وآخذ فإنه ظاهر في القبض لا في مجرد المعاوضة ويمكن ترجيح الثاني بقوله ﷺ ويفسده الجواب، ورفع البأس مما إذا تفرقا، وليس بينهما شيء، ولو حصل التقابض لم يبق بينهما شيء، وإن لم يتفرقا فلا يحتاج إلى تقييده بالشرط.

وقد رد ابن حزم هذا الحديث ومنع جواز ذلك، ورد الحديث لأجل ما تقدم وقد مضى الكلام فيه، ولأجل أنه قد روى هذا الحديث بعينه في النسائي عن ابن عمر قال: «كنت أبيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب فأتيت رسول الله ﷺ فأخبرته بذلك فقال: إذا بايعت صاحبك فلا تفارقه وبينك وبينه لبس»[2] والجواب عن هذا بعد تسليم كونه حديثًا واحدًا، وأن هذه القصة مختصرة من تلك، فإن مضمون لفظ الحديث المتقدم أنه كان يبيع الإبل بالدنانير ثم يبيع الدنانير بالدراهم وبالعكس، فاقتصر في رواية النسائي على ذكر ما يفعل في الثمن دون شرح القصة بكمالها فلا تعارض ولا منافاة، ومن زاد حجة على من اقتصر والله أعلم. ويشترط في هذا القسم الخامس القبض في المجلس، وبنى مسألة ما إذا صالح بدين على عين.

فرع: يشترط في هذا القسم أن يكون الدين حالًا، فلو أراد أن يأخذ على الدين المؤجل عوضًا قبل حلول الدين لم يصح. أما تقديم الدين فيجوز، وقد تقدمت مسألة الاستبدال في كلام الشيخ، ولكني ذكرت هنا منها ما يتعلق بالصرف،

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

والذي صححه الماوردي هنا أنه إذا اعتاض عرضًا عن النقد الذي في الذمة لا يلزم فيه قبض العرض في المجلس، وادعى أن ذلك ظاهر المذهب وأنه لو اعتاض عرضًا ونقدًا ففيه قولًا الجمع بين ولا يسلم له ما ادعى أنه ظاهر المذهب، وليس هذا موضع تحقيق ذلك، وإنما ذكرت هنا ما يتعلق بالصرف وممن صرح بأنه لا يجوز الاعتياض عن الدين المؤجل الماوردي قال: لأن المؤجل لا يجوز أخذ العوض عنه.

فرع: قال في «التهذيب»: لا فرق في جواز الاستبدال بين أن يكون بعد تسليم المبيع أو قبله، ولو باع شيئًا بغير الدراهم والدنانير في الذمة.. قال في «التهذيب»: إنه كالدراهم والدنانير في جواز الاستبدال.

فرع: ولا بد في ذلك من لفظ البيع أو ما في معناه. قال: ومن كان له على رجل ذهب حال فأعطاه على غير بيع مسمى من الذهب فليس ببيع، والذهب وعلى هذا دراهم مثل الدراهم التي أخذ.

القسم السادس: دين بموصوف كما إذا قال: بعتك الدينار الذي لي في ذمتك بعشرة دراهم موصوفة أو مطلقة في بلد فيها نقد غالب، فيصح ذلك عندنا أيضًا على الأصح بشرط التعيين في المجلس. وهي مسألة ما إذا صالح من دين على دين وحديث ابن عمر محتمل له كما تقدم، ولا فرق في المعنى بين هذا القسم وبين الموصوفين، فقد تلخصت هذه الأقسام الستة، وكلها جائزة عند الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ إلا القسم الثالث فقط وهو بيع الدين بالدين والله أعلم.

إذا عرف ذلك فالصرف في الذمة واقع في ثلاث صور، القسم الثاني والرابع والسادس وصوره بمسألة الكتاب في القسم الثاني، وهو ما إذا كانا موصوفين، وقد علمت أن المطلقين المعلومين حكمهما حكم الموصوفين، فإذا تبايعا دراهم في الذمة بدنانير في الذمة ووصفا كلا من العوضين أو أطلقا، وكان في البلد نقد واحد أو غالب وتقابضا، صح العقد على ما تقدم، لا خلاف في المذهب فيه، إلا ما حكيته عن أبي عاصم وإنما صورة مسألة الكتاب فيما إذا كان العوضان في الذمة.

وإن كان صدر كلامه محتملًا لما إذا كانت الدنانير في الذمة فقط، لإطلاقه بعد ذلك أن لأحدهما أن يرد ويطالب بالبدل وتعليله بأن المعقود عليه ما في الذمة ولو كان أحد العوضين معينًا لم يأت هذا الحكم والتعليل إلا في العوض الآخر فقط، فلذلك قلت: إن صورة مسألة الكتاب فيما إذا كان في الذمة، فإذا وجد أحدهما بما قبضه عيبًا وهما في المجلس لم يتفرقا ولم يناجزا جاز أن يرده، لا على سبيل الفسخ للعقد، بل على أنه يطالب ببدل المقبوض، ويطالب بالبدل، لأن

العقد وقع على ما في الذمة، وما في الذمة صحيح لا عيب فيه.

فإذا قبض معيبًا كان له أن يطالب بما في ذمته مما يتناوله العقد، كما إذا قبض المسلم فيه ثم وجد به عيبًا، فإن له أن يطالب ببدله بخلاف المعين، فإن العقد تناوله بعينه، فلو طالبه ببدله لطالبه بشيء لم يتناوله العقد، فكان له فسخه واسترجاع ثمنه فقط، وهذا الحكم من كونه يرد العوض المقبوض عما في الذمة، ويطالب ببدله نص عليه الشافعي رحمه الله والأصحاب وجزموا به قولًا واحدًا، وممن صرح بذلك القاضي أبو الطيب والشيخ أبو محمد وغيرهم؛ ولا فرق في ذلك بين أن يكون العيب من جنسه مثل أن يكون فضة خشنة، أو صكتها مضطربة مخالفة لصكة السلطان أو بها صدع أو ثلم، أم من غير جنسه، مثل أن يشتري دنانير فتخرج نحاسًا أو فضة مطلية بذهب أو شبهها، أو يشتري دراهم فتخرج رصاصًا، كذلك صرح الشيخ أبو حامد والمحاملي والماوردي والقاضي أبو الطيب والروياني وصاحب «العدة» وغيرهم والقاضي حسين والمصنف وغيرهما وسواء كان العيب بكل المقبوض أم ببعضه نص عليه الشافعي رحمه الله والأصحاب.

فإذا رد العوض المذكور وقبض بدله وهما في المجلس صح، لأنه قد قبض قبل التفرق، هكذا ينبغي أن يفهم كلام المصنف وسكوته عن صحة قبض البدل إذا أخذ بشرطه، لأنه لازم لجواز المطالبة بالبدل، فيكون التقدير: يطالب بالبدل لأن المعقود عليه ما في الذمة، فكان له المطالبة به كالمسلم فيه وإذا قبضه صح، لأنه قد قبض قبل التفرق، فيكون الكلام متضمنًا حكمين وعلتين، أو يجعل تقدير الكلام فيطالب بالبدل، لأن المعقود عليه ما في الذمة، فإذا قبض والحالة هذه فقد قبض المعقود عليه قبل التفرق، أو يقتصر على الحكم الأول فقط، وحينئذ لا يحتاج إلى قياسه على المسلم فيه، بل يكون التقدير، يطالب بالبدل لأن المعقود عليه ما في الذمة، فإذا قبضه فقد قبض قبل التفرق، فلم ينفسخ العقد، وهذه العلة كافية في بقاء العقد الموجب لجواز المطالبة.

ولا بد من أخذ هذين النقدين وإلا فلا يحسن أن يجعل علة جواز المطالبة بالبدل أنه قد قبض قبل التفرق، لأنه إلى الآن لم يقبض، وهذا الخلاف قريب ظاهر من معنى الكلام، لا يخفى على متأمل، وإذا قدرت جملة شرطية محذوفة كما ذكرت صار المعنى: فإذا قبض قبل التفرق فقد قبض قبل التفرق، وظاهر هذا أنه كلام لغو، فإن المغايرة بين الشرط والجزاء واجبة، فاعلم أن المغايرة تحصل باختلاف الضميرين فالضمير في قبض الأول عائد على البدل، والضمير في قبض الثاني عائد على المعقود عليه الذي قبضه من حيث هو شرط والله أعلم.

والقاضي أبو الطيب ذكر الجملة الأولى وقاسه على المسلم فيه، ولم يحتج بعد ذلك أن يصرح بأنه إذا قبضه يصح لوضوحه، ولم يذكر القبض قبل التفرق في العلة، وكذلك الشيخ أبو حامد فاحتمل كلام المصنف بهذه الزيادة من البحث والتقدير ما لم يحتمله كلامهما، والله أعلم، ومذهب أحمد في ذلك كمذهبنا.

فإن قلت: كيف جزموا بأن له أن يرد ويطالب بالبدل؟ ولنا خلاف في رأس مال السلم أن تعيينه في المجلس هل يكون كتعيينه في العقد؟ والأصح على ما قاله الغزالي والرافعي في كتاب السلم أن المعين في المجلس كالمعين في العقد، وإن له المطالبة بعينه عند الفسخ، وليس للمسلم إليه الإتيان ببدله فهلا كان كذلك ههنا؟.

قلت: قد تخيل ذلك بعض شيوخنا وقال: إنه يلزم على هذا التقدير أنه إذا وجد به عيبًا ورده في المجلس ألا يجوز له أخذ البدل على وجه، كما إذا ورد العقد على عينه، قال: ولم أره وهذا التخيل ضعيف والأصحاب كلهم مطبقون على الجزم بهذه المسألة وألزموا بها المزني في قوله: أنه لا يرد بعد التفرق وجعلوا هذه المسألة ناقصة لدعوى أن المعين في المجلس كالمعين في العقد مطلقًا. وإذا تأملت الفرق بين المعين وما في الذمة ظهر لك الجواب عن هذا الإلزام، فإن امتناع الاستبدال في المعين، لأنه نقل للعقد من محل إلى محل وليس كذلك في الموصوف بل هو مطالبة بالمستحق، فإن العقد لم يرد على هذا المقبوض قطعًا، وإن قلنا: بأنه بعينه قام مقامه تعيينه في العقد، والاكتفاء به، وفي الرجوع إلى عينه عند الانفساخ، فإنه يلزم من ارتفاع العقد الملك فيه، لكونه من أثره وإنما ورد العقد على الموصوف ولا تتعين حقيقته بالقبض والله أعلم.

والذي ذكره الأصحاب هنا من الفرق بين ما قبل التفرق وبعده جار بعينه في المسلم فيه، كذلك صرح صاحب «التتمة» والروياني؛ وجزما في السلم والصرف بجواز الاستبدال عند ظهور العيب قبل التفرق وإجراء الخلاف بعده، والذي ذكروه في السلم من أنه إذا فسخ بسبب يقتضيه ـ وكان رأس المال موصوفًا ثم عجل في المجلس وهو باق ـ له المطالبة بعينه على الأصح تفريعًا على أن له حكم المعين في العقد، الذي يظهر بأنه يجري بعينه في الصرف، وإن لم أره منقولًا، حتى لو تقايلا في الصرف بعد التفرق لو جرى سبب يقتضي الفسخ كان له الرجوع إلى عين العوض الذي سلمه في المجلس، فلا منافاة بين هاتين المسألتين فزال الإيراد والتخريج الذي يخيل، والله أعلم.

وقد علل المحلى في «الذخائر» جواز الإبدال قبل التفرق بأن ما في الذمم باقٍ لا تبرأ بالمعيب صحيح وإن جاز رده، والله تعالى أعلم.

فرع: لو قبض المعقود عليه في الصرف في الذمة، وتلف في المجلس، ثم اطلع على عيب فيه، وهما في مجلس العقد قال في «التهذيب»: غرم ما تلف عنده ويستبدل.

فرع: لا شك أنه لو رضي به بعيبه جاز في هذا القسم إذا كان العيب من جنسه، وإن اختار أخذ أرشه لم يجز. وقال الحنابلة: إن كان من جنسين جاز والله أعلم. هذا كله إذا لم يتفرقا. ومن المعلوم أنه يجوز الرضا بالعيب إذا كان العيب من الجنس كرداءة الفضة وما أشبه ذلك والله أعلم.

أما إذا تفرقا ثم ظهر العيب ـ فإن كان العيب من حيث اختلاف الجنس بأن يسلمه على أنه دراهم فإذا هي رصاص، أو على أنه ذهب فإذا هي تبر، والفرض أن العيب الجميع ـ فقد بطل العقد، لأن الذي قبضه غير العوض الذي وقع عليه العقد. ولا يجوز له إمساكه فإذا عقد عقد الصرف وتفرقا قبل القبض بطل. نص عليه الشافعي رحمه الله في «البويطي» واتفق عليه الأصحاب لا خلاف بينهم فيه. وقال أبو علي الطبري: أنه يبطل قولًا واحدًا على هذا القول يعني قول منع الاستبدال فأوهم أن في ذلك خلافًا على القول الآخر. ولا يكاد يصح وكذلك قال القاضي حسين أنه لا خلاف فيه، والله أعلم.

ثم ينظر: فإن كان العيب في الكل بطل عقد الصرف لما قلناه وإن كان في بعضه بطل العقد فيه. وقال الماوردي: وصح في السلم على الصحيح من المذهب، وكان أبو إسحاق المروزي رحمه الله يخرجه على قولين من تفريق الصفقة قال: وليس بصحيح لأن الفساد وإنما القولان فيما إذا كان الفساد مقترنًا بالصفقة وهذا التخريج الذي قاله أبو إسحاق هو الذي جزم به القاضي أبو الطيب والمحاملي. وقال الروياني: أن تخريجهما على تفريق الصفقة هو اختيار القفال وليس كمسألة العبدين إذا تلف أحدهما قبل القبض حيث لا يبطل في الباقي على الصحيح من المذهب قولًا واحدًا لأن عدم القبض في الصرف فساد في نفس العقد، إذ تمام الصرف بالقبض فيكون في الباقي قولان، فعلى هذا إن أبطلناه في الكل رجع بجميع الثمن، وإن قيل بجوازه في السليم كان المشتري بالخيار لتفريق الصفقة عليه بين أن يفسخ في السليم فيرجع بجميع الثمن أو يمضيه، فإن أمضاه في السليم فبماذا يمضيه؟ نظر إن كان الصرف جنسًا واحدًا أمضاه بحصته من الثمن قاله المحاملي.

وإن كان جنسين فقولان، أحدهما: بحصته، والثاني: بجميع الثمن قاله المحاملي. قال الماوردي: وكان أبو إسحاق يخرج قولًا ثانيًا أنه يأخذه بجميع الثمن وإلا فسخ على معنى قوله في تفريق الصفقة. قلت: وما قال من الحكم

بالصحة محله إذا كان يغير الجنس كالدراهم والدنانير، أما في الجنس الواحد كما مثلناه في الفرع السابق، فمتى أجاز بكل الثمن يدخل في الـ كما سيأتي نظيره في الصرف المعين. هذا كله إذا كان العيب يخرجها من الجنس، وإن كان العيب لا يخرجها من الجنس بل من حيث رداءة الجوهر وخساسة المعدن، أو قبح السكة والطبع فالبيع لا يبطل بذلك قولًا واحدًا، ولا خلاف أن له إمساكه والرضى به، نص عليه الشافعي والأصحاب. وممن صرح بنفي الخلاف عليه الشيخ أبو حامد وله رده واسسترجاع ثمنه، وهل له إبداله؟ لا يخلو إما أن يكون العيبن بكل العوض أو ببعضه، فإن كان الكل معيبًا ففيه قولان حكاهما المصنف والأصحاب، وهما منصوصان في «مختصر المزني»، أصحهما: أن له الاستبدال، وهو الذي رجحه الشيخ أبو حامد والمحاملي في «المجموع» و«التجريد» و«المجرد» وأبو الحسن بن خيران في «اللطيف» والجرجاني في «المعاياة» والخوارزمي في «الكافي»، والغزالي في «الخلاصة»، والبغوي في «التهذيب»، والرافعي وغيرهم، وهو قول أبي يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل في أصح روايتيه وروي ذلك عن الحسن وقتادة.

واحتج الأصحاب له بالقياس الذي ذكره المصنف، وهو مأخوذ من كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، فإنه قال في «المختصر»: لأنه بيع صفة أجازها المسلمون إذا قبضت قبل التفرق، ويشبه أن يكون من حجته، كما لو اشترى سلمًا بصفة ثم قبضه فأصاب به عيبًا، أخذ صاحبه بمثله. وهذا القياس الذي ذكره الشافعي رحمه الله وجه الشبه فيه ظاهر فإن كلًا منهما موصوف في الذمة، وقد تعين بالقبض، لكن للمزني أن يقول: إن التعيين بعد التفرق لا يصيره كالمعين في العقد، فلهذا جاز إبدال المسلم فيه. ولو فرضنا أن المسلم فيه حصل قبضه في مجلس عقد السلم ثم اطلع على عيب فيه بعد التفرق يجوز إبداله أيضًا، فإن إقباضه في المجلس لا يكون واجبًا كإقباض عوض الصرف فلا فرق بين إقباضه في المجلس وبعده بخلاف الصرف.

فزاد الشيخ في القياس تبعًا للشيخ أبي حامد كلمة على سبيل الإلزام للمزني، فجعل الجامع بينه وبين المسلم فيه جواز الإبدال قبل التفرق وجعله ملزومًا بجواز الإبدال بعده، ولا يمكن المزني أن يعترض عليه بما قدمته لأنه يلزمه أن يقول بعد جواز الإبدال في الصرف قبل التفرق، وهو لا يقول به، وهذا القياس أحد أنواع قياس الدلالة، وهو أعنى هذا النوع منه أن يستدل بالنظير على النظير كقوله: من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم. فإن الطلاق نظير الظهار، فيدل أحدهما على الآخر، كذلك هنا الإبدال بعد التفرق، فيدل أحدهما على الآخر، وهذا الإبدال بعد

التفرق نظير الإبدال قبل التفرق، لكن للمزني أن يقطع النظير ويقول: إن الإبدال قبل التفرق لا يلزم منه محظور بخلاف الإبدال بعد التفرق فإنه يلزم منه حصول التقابض بعد التفرقة، والتسوية بينهما في السلم لا محظور فيها أيضًا ولا يلزم من استوائهما في السلم استواؤهما في الصرف إلا بعد بيان استواء حكم السلم والصرف، وأنه غير ثابت فتقف الدلالة.

وفي كلام الشيخ أبي حامد زيادة يندفع بها هذا السؤال، وهو أنه قال: إذ لو لم يجز الرد بعد المجلس لما جاز فيه كالمعين بالعقد، وهذه الزيادة كافية من غير قياس على المسلم فيه، وللمزني أن يمنع الملازمة والقياس على المعين بالعقد، فإن الامتناع فيه لأجل نقل العقد من محل إلى محل، وهو مشترك بين ما قبل التفرق وبعده، وأما الموصوف فالمنع فيه عنده بعد التفرق لعلة قاصرة عليه، وهو كونه قصر القبض في الصرف بعد التفرق، وهذا منتف فلا يصح القياس، ولهذا قال في تعليق الطبري على القول الذي اختاره المزني في التسوية بين المعين والموصوف أنهما متفقان في الجواز مختلفان في الاعتلال. قال: لأن في بيوع الأعيان إنما لم يجعل له الاستبدال لأن العقد وقع بعينه، وفيما إذا كان موصوفًا في الذمة إنما لم يجعل له الاستبدال، لأنه كان يؤدي إلى أن يقع التقابض بعد الافتراق؛ فيؤدي إلى دخول الربا فيه. فأشار رحمه الله بهذا إلى خلاف العلة، ومع اختلاف العلة لا يصح القياس والله أعلم.

فلم يبق إلا النظر في دليل المزني فإن لم يسلم فالقياس يقتضي جواز الإبدال مطلقًا، فلنذكر ما ذهب إليه المزني وتوجيهه. وهو القول الأخير من القولين اللذين نص عليهما الشافعي، أنه ليس له الاستبدال. قال الشافعي: كالجواب في المعين. ورجح المزني هذا القول، فلهذا نسبت البحث المتقدم إليه، وممن رجحه أبو علي الفارقي تلميذ المصنف والروياني في «الحلية» و«البحر» قال: إنه الصحيح ونسبه صاحب «العدة» إلى أبي حنيفة وابن أبي عصرون في «الانتصار» و«المرشد»، وجزم به الفوراني والقاضي حسين. قال إمام الحرمين رحمه الله: وعبر الأئمة عن حقيقة القولين فقالوا: إذا فرض رد على قصد الاستبدال فتبين أن القبض الذي هو ركن العقد لم يجر؟ أم لا يستند البعض إلى ما تقدم من القبض فعلى قولين. وهذا بمثابة الاختلاف في نظير هذا من السلم، فلو أسلم رجل في جارية ثم قبض جارية فوجدها دون الوصف، فإن قنع بها فذاك، وإن ردها فلا شك أنه يطلب جارية على الوصف المستحق، ولكن المسلم إليه هل يجب عليه استبراء الجارية التي ردت عليه؟ فعلى قولين مأخوذين من الأصلين اللذين مهدنا الآن ا هـ.

قال المزني في «المختصر» بعد حكاية كلام الشافعي رحمه الله: إذا كان بيع الأعيان والصفات من الدينار بالدراهم فيما يجوز بالقبض قبل الافتراق سواء، وفيما يفسد به البيع من الافتراق قبل القبض سواء لزم عندي أن يكون في حكم المعيب بعد القبض سواء، وقد قال: يرد الدرهم بحصته من الدينار. قال الشيخ أبو حامد وغيره: للقول الذي اختاره المزني ثلاثة أدلة:

أحدها: أنا إذا جوزنا الاستبدال فإنه يرد المعيب ويأخذ العوض الذي استحقه بالعقد فيكون ذلك قبضًا لعوض الصرف بعد التفرق، وهذا يوجب فساد عقد الصرف فوجب أن لا يجوز. وقال الشيخ أبو حامد فيما علق عنه البندنيجي: إن هذه العلة أجود الثلاثة وهي التي أشار إليها إمام الحرمين في كلامه المتقدم.

الثاني: أن ما عين بالقبض بمنزلة ما عين بالعقد، بدليل أنه يتعين به كما يتعين المعين بالعقد.

الثالث: دلالة المزني يعني في الكلام المتقدم، ومعناه التسوية بين الصرف المعين والصرف في الذمة في الاستبدال، قياسًا على استوائهما في التقابض.

وأجاب الشيخ أبو حامد والأصحاب عن الأول بأن القبض الذي حصل كان قبضًا صحيحًا، بدليل أنهما لما تفرقا لم يبطل العقد، ويجوز إمساكه بلا خلاف ولو تلف لكان من ضمان القابض فالقبض صحيح، لكن هو جائز وليس بلازم فإذا أراد الرد فإنه يفسخ العقد في الحال، لأن الفسخ رفع العقد من حينه، زاد المحاملي وقام القبض الثاني مقامه، فهما قبضان تعقب أحدهما الآخر، فلم يكن في ذلك تفرق قبل القبض بوجه. وأما الثاني فباطل إذا وجد العيب قبل التفرق فإنه قد يعين بالقبض كما يعين بالعقد ثم له الاستبدال، وإن لم يكن له ذلك في المعين بالعقد، لأنه يطلب منه غير ما ابتاعه. قال: وما قاله المزني: ينكسر بالاستبدال في المجلس لأنهما اتفقا فيما قال: وافترقا في ذلك، فهذا ما ذكره المزني وجوابه.

وأنت إذا تأملت ذلك وجدته جوابًا إلزاميًا، فإنهم وجدوا المزني وافق على أنه يجوز الإبدال قبل التفرق، هكذا أومأ إليه كل من تكلم في المسألة، ورأيت ذلك عينه في تعليق الطبري عن أبي علي بن أبي هريرة صريحًا، ووافق أيضًا على أنه يجوز له إمساكه، كما يقتضيه كلام الشيخ أبي حامد وغيره، فلزمه بمقتضى ذلك، وإلا فلو أن ذاهبًا ذهب إلى أنه إذا خرج معيبًا بعد التفرق بان بطلان العقد كان للبحث فيه مجال فإن أصحابنا ذكروا خلافًا في السلم في أن المعيب المقبوض هل يملك من حين القبض أم لا يملك إلا من حين الرضى بالعيب؟ وخرجوا على ذلك مسائل. وكذا قال إمام الحرمين فإنه قال فيما إذا قبض في الصرف ثم ظهر العيب

قبل التفرق أنه بان أن المقبوض ليس ذلك الموصوف في الذمة، فكأن القابض لم يقبض، والمجلس بعد جامع.

هذا توجيه إمام الحرمين لجواز الإبدال قبل التفرق فكان على مقتضى ذلك ينبغي إذا قبض المعيب في عقد الصرف من غير علم بالعيب ألا يملكه قبل العلم به على أحد القولين، فإذا تفرقا والحالة هذه بطل العقد، والعذر عن هذا أن الخلاف في أن المعيب المقبوض هل يملك من حين القبض؟ أو من حين الرضى؟ يدل ألا يؤخذ بظاهره بل يكون معناه. اللهم إلا أن يقال: إن المعتبر في الصرف التقابض لا حصول الملك به، وهذا التقابض جرى صحيحًا بدليل حصول الملك عند الرضى بلا خلاف، ولو لم يكن القبض صحيحًا لاحتاج إلى قبض ثان، وحينئذٍ يستقيم كلام الأصحاب ولا يبقى تناقض بين ما جزموا به وبين ما اختلفوا فيه ولا مانع يمنع من ذلك. فإن الشرط في الربويات حصول التقابض وقد وجد ذلك، والله أعلم.

قال إمام الحرمين رحمه الله: فإن قلت: الصرف أضيق من غيره، ونص الشرع يقتضي ألا يبقى بينهما علقة أصلًا، والملك أقوى العلق، وإن كان الأمر كذلك، لكن الأمور التي سبق اعتبارها تغتفر، وحصول العلم بِكَوْن المقبوض لا عيب فيه مما يشق فلذلك لم يشترط وصحح العقد بالتفرق على هذه الصورة والله أعلم.

وقال القاضي حسين: أن القولين يلتقيان على أصل، وهو أن المستوفى عن الذمة إذا رد بالعيب هل يجعل كأنه لم يوجد الأخذ أو لا؟ أو كأنه وجد وزال الملك عنه ثم تجدد الملك ثانيًا بالرد؟ وفيه قولان، فائدتهما في مسألتين:

إحداهما: إذا كان المسلم فيه جارية فردها بعيب، هل يجب استبراؤها؟

والثانية: إذا كان المسلم فيه عبدًا فاستكسبه وأخذ كسبه وغلته ثم رده بعيب فهل يجب رد الكسب والغلة؟ فعلى القولين قال القاضي حسين رحمه الله: إن قلنا بأنه جعل كأنه لم يوجد القبض والأخذ فههنا يفسخ العقد، لأنه حصل التفرق بينهما قبل القبض في مجلس العقد، وإن قلنا هذا ملك آخر أي وتجدد الملك به فلا ينفسخ العقد به، وهذان القولان اللذان نقلهما القاضي وإن كانا قد تبين من القولين اللذين حكيناهما عن الأصحاب في أنه هل يملك المعيب من حين القبض؟ أو من حين الرضى؟ فهما غيرهما، ولا يرد عليهما السؤال، كما ورد على قائل القولين، لأن كلام القاضي مفروض فيما إذا رد واحد البدل هل يقول: أنه انتقض الملك في الأول. ويثبت في البدل أو يقدر أنه لم يوجد الملك في الأول أصلًا، وهذا أمر تقديري لا أنه بطريق اليقين وهو في الحقيقة يدل إلى القول بأن الفسخ يرفع العقد من أصله. فكذلك هذا رفع حكم القبض من أصله والعامل الآخر يرفعه من حينه،

فكذلك تقول: إنه زال الملك في الأول وعاد في الثاني، هكذا ينبغي أن يفهم كلام القاضي، وليس يلزم إثبات خلاف في أنه إذا لم يرد ورضي بالعيب في حصول الملك ومن حين الرضى، أو من حين القبض؛ فذلك الخلاف على الأصح الذي أورده القاضي سالم على الإشكال. وإنما ورد على من غيَّره بالعبارة الأولى، وقد أورد أبو علي الفارقي على المصنف فقال: إطلاق الإبدال على ما يوجد عما في الذمة لا يجوز، فإن الإجماع منعقد على أنه يجوز إبدال المسلم فيه قبل قبضه.

قال: فإن قيل: لو لم يكن المقبوض بدلًا عما ثبت في الذمة لكان إذا تلف في يده يلزمه قيمته، ولا يرجع بماله في الذمة. قلنا: إنما يسقط حقه بما في الذمة إذا تلف المقبوض، لأنه قبضه بصفة المسلم فيه لا أنه بدل عنه، ولهذا لو قبضه على أنه بصفته ثم وجده معيبًا فرضي به جاز، وما كان بطريق البدل، بل لأنه أخذ على أنه بصفة ماله في الذمة فكذلك إذا تلف، فعلى هذا الصحيح قول المزني وهو أنه لا يجوز الإبدال بعد التفرق لأنه يصير القبض في المستحق واقعًا بعد التفرق وذلك لا يجوز بحال ا هـ. وما ذكره مبني على أن المراد إبدال ما في الذمة، وليس كذلك بل المراد أن الذي يؤخذ ثانيًا بدل عن المأخوذ أولًا فالإبدال المقبوض عما في الذمة لا لما في الذمة والممتنع في السلم إبدال ما في الذمة. فأين أحدهما من الآخر؟ واعلم أن ما في الذمة موصوف ينطلق على أفراد كثيرة كالمبهم بينها ولا يتأتى تسليمه كذلك لكنه يعينه في فرد من أفراده فيتعين فيه، ويكون مسلمًا لما في الذمة في ضمن ذلك المعين، إذ لا يتأتى تسليم ما في الذمة مجردًا، فإذا رد ذلك المعين وأخذ البدل فقد انتقض ذلك التعيين وانتقل إلى معين آخر، وما في الذمة صادق عليهما لم يقع فيه إبدال وإنما الإبدال لقيام المعين الثاني مقام المعين الأول، وليس المعنى بالإبدال ههنا المبادلة والاعتياض، وإنما المراد أخذ ما يسد مسد الأول فقد بان أن الذي ذكره الفارقي وفرع عليه ترجيح قول المزني غير متوجه والله أعلم.

التفريع إذا قلنا بالصحيح وهو جواز الاستبدال بعد التفرق فإنه يرد ويأخذ بدله في المجلس. كذلك قال الشيخ أبو حامد. ويوافقه ما تقدم من قول المحاملي أنهما قبضان تعقب أحدهما الآخر. وبه صرح الغزالي في «الخلاصة» والبغوي في «التهذيب». وحكى القاضي حسين في «تعليقه» مع ذلك وجهًا أنه لا يشترط إلا إن وجد في العقد الأول، ولا خيار في الفسخ واسترجاع الثمن على هذا القول. قال الماوردي وابن الصباغ وغيرهما: من غير أرش. قال القاضي أبو الطيب: أن له رده واسترجاع ثمنه وكذلك الروياني في «البحر» ذكر أن له فسخ العقد ومال ابن الرفعة إلى ما قاله الماوردي في ذلك من غير أن يقف عليه. ونقله عن صاحب «التتمة» لأن

المعقود عليه باقٍ في الذمة كما في المسلم فيه إذا رد بسبب العيب. ثم ذكر أنه يشكل على بناء الإمام فإنا إنما جوزنا الإبدال بناء على أنه ملك بالقبض ومتى ملك المعيب بالقبض امتنع أن يكون باقيًا في الذمة، والأصح ما قاله الماوردي وابن الصباغ وممن جزم به ابن أبي عصرون في «الانتصار» والله أعلم.

وإن قلنا بالقول الآخر فيخير بين أن يرضى به معيبًا وأن يرده ويفسخ العقد ويرجع بما دفع كالصرف المعين، فإن أراد أن يمسك البعض ويرد البعض ففيه وجهان مذكوران في «تعليق ابن أبي هريرة». أحدهما: لا سبيل له إلى ذلك قال: وهو أقوى. والثاني: له ذلك على قول من يفرق الصفقة. ومن أصحابنا من قال قولًا واحدًا أن لا سبيل له إلى ذلك. فهذه طريقان في جواز رد البعض إذا كان الكل معيبًا، وهما غريبان لم أرهما إلا في «تعليق أبي علي الطبري» عن ابن أبي هريرة. هذا إذا كان الكل معيبًا فإن كان العيب ببعضه وفرض أن العيب لا يخرجها من الجنس فقد بناه الأصحاب والشيخ أبو حامد والقاضي والمحاملي على القولين السابقين ـ إن قلنا هناك له الاستبدال ـ فههنا له أن يرد القدر الذي هو معيب ويطالبه ببدله سليمًا وقال المحاملي: أنه ههنا أولى.

وعبارتهم مشعرة بأنه ليس له أن يرد الجميع، وبه صرح في «تعليق أبي علي الطبري» فإنه قال فيما إذا وجد بعضه جيدًا وبعضه رديئًا أنه ليس له أن يرد الجيد، ويكون له الرديء بالخيار بين أن يرضى به وبين أن يستبدل وهو يوافق ما قدمناه أنه لا خيار له إذا كان الكل معيبًا، وقلنا بجواز الاستبدال، وإن قلنا: إنه ليس له الاستبدال فيما إذا كان كله معيبًا فههنا كذلك. ونقلت من خط سليم الدارمي عن الشيخ أبي حامد أنه ههنا أولى فإن اختار إمساكه فلا كلام وإن اختار الرد بالعيب نظرت ـ فإن رد الكل ـ كان له ذلك وإن أجاز رد البعض الذي هو معيب وإمساكه السليم بنى على تفريق الصفقة، فإن قلنا: لا يجوز تبعيض الصفقة لم يجز، فيخير بين الإمساك بجميع الثمن والرد، وليس له البدل، وإن قلنا: تبعض الصفقة يجوز رد ذلك القدر بالعيب، وإمساك السليم ويخير بين ثلاثة أشياء: إمساك الكل ورده، وإمساك السليم بالحصة قولًا واحدًا، كذلك بناه الشيخ أبو حامد وأبو علي الطبري والمحاملي والماوردي والشاشي والبغوي.

وإذا أمسك السليم أمسكه بالحصة قولًا واحدًا، قاله المحاملي قال: لأن العيب من جنسه، وفي هذا التعليل نظر فيحصل في هذا القسم الآخر، وهو ما إذا أصاب ببعض ما معه بعد التفرق ثلاثة أقوال جمعها الشافعي رحمه الله في «المختصر» ولخصها الأصحاب، أحدها: أنه يبدل البعض المعيب، والثاني

والثالث: قولا تفريق الصفقة، فعلى قول ليس له أن يبدل، ولكنه إن شاء رد الكل واسترجع الثمن، وإن شاء رضي به بجميع الثمن، فيكون بالخيار بين شيئين وعلى قول الصفقة في الرد فإن شاء رد البعض وأمسك الباقي بحصته من الثمن، وإن شاء رد الجميع أو أمسك الجميع فهو مخير بين ثلاثة أشياء والله أعلم.

فرع: لو ظهر العيب بعد التصرف وبعد تلف المقبوض المعيب ذكر في «التهذيب» أنه إن جوزنا الاستبدال غرم ما تلف عنه ويستبدل، وإن لم نجوز الاستبدال ـ فإن كان الجنس مختلفًا ـ يسترد من الثمن بقدر العيب، وإن كان الجنس متفقًا فعلى الأوجه الثلاثة، يعني التي نقلها عنه في نظيره في الصرف المعين وأصحها عنده أنه يأخذ الأرش وبه جزم القاضي حسين في الصرف المعين خلافًا لما جزم به كثيرون كما ستعرفه إن شاء الله تعالى.

وقد أطلق الماوردي أنه إذا اشترى دينارًا فقبضه ثم وجده معيبًا بعد تلفه أنه إذا اشتراه بجنسه لا يجوز الرجوع بالأرش، وبغير جنسه فيه وجهان، وسيأتي ذكرهما مبسوطين في الصرف المعين. ثم قال بعد ذلك تفريعًا على امتناع أخذ الأرش: فإذا رد مثل الدينار المعيب فيما له مثل أو رد قيمته ورقًا فيما ليس له مثل نظر فإن كان قد اشترى الدينار الذي بان عيبه بعينه لم يكن له المطالبة ببدله وإن كان اشتراه في الذمة من غير متعين فهل له الرجوع ببدله سليمًا؟ فيه قولان مضيا فافهم كلام الماوردي امتناع من أخذ الأرش فيما نحن فيه من الجنس الواحد، وجريان الخلاف فيه في الجنسين كما سيأتي في الصرف المعين والله أعلم.

وهو عكس ما قاله صاحب «التهذيب»، هذا كله في مسألة الكتاب وهي ما إذا كان الصرف في الذمة، ومثله جار فيما إذا كان أحد العوضين موصوفًا والآخر معينًا. أما إذا كانا معينين فقد ذكرهما المصنف في «التنبيه»، ولم يذكرهما ههنا. وتلخيص القول أن الصرف قسمان صرف للنقد بغير جنسه كالدراهم بالدنانير فالعيب إما أن يكون من الجنس أو لا، فإن كان من غير الجنس فإما أن يكون بالكل أو بالبعض، فإن كان بالكل كما إذا اشترى دنانير فخرجت نحاسًا فقد نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ على أن العقد باطل، وتبعه على ذلك معظم الأصحاب كالشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والمحاملي في «المجموع» و«التجريد» و«المجرد»، والماوردي وابن الصباغ والروياني والشاشي وغيرهم، عن أبي علي الطبري في «الإفصاح» أنه قال: من أصحابنا من قال: البيع صحيح ويثبت فيه الخيار، لأن العقد قدر على عينه وهي رواية عن أحمد وهو مخالف لنص الشافعي، فإنه قال في كتاب الصرف من «الأم»: وإن كان رأى من قبل أنه نحاس أو شيء غير فضة فلا يكون للمشتري أن يقبله من

قبل أنه غير ما اشترى، والبيع منتقض بينهما. قال القاضي أبو الطيب: هذا نص يبطل كل تخريج قال الرافعي: وهذا إذا كان له قيمة فإن لم يكن لم يجيء هذا الخلاف. وفي مذهب أحمد رواية ثالثة ضعيفة عن أحمد أن العقد صحيح لازم، وليس له رد ولا بدل، وهو بعيد والله أعلم.

وقال الشيخ أبو حامد: لم يقتصر الشافعي على بطلان البيع باختلاف الجنسين إلا في هذا الموضع. وجعل القاضي حسين الخلاف في ذلك قولين وهو غريب أو توسع في الإطلاق ولهذه المسألة أمثلة يجمعها الاختلاف في النظر إلى الإشارة أو العبارة.

منها: إذا قال: بعتك هذه البغلة فخرجت حمارًا وفي البغال نوع يشبه الحمير يكون بطبرستان.

ومنها: إذا اشترى ثوبًا على أنه من قطن فإذا هو كتان، نقله أبو حامد وابن الصباغ عن الأصحاب، أو على أنه قز فخرج كتانًا، لأن الكتان الخام يشبه القز، قاله القاضي أبو الطيب.

ومنها: إذا اشترى فصًا على أنه ياقوت فخرج زجاجًا. نقله الحوزي عن الشافعي. ومنها: إذا اشترى غلامًا فكان جارية. قاله الماوردي في آخر شطر من باب الربا، ففي هذه الصور كلها البيع باطل على المذهب وفيه الوجه الذي تقدمت حكايته، وينبغي أن يكون محل الوجه الذي حكاه صاحب «الإفصاح» ما إذا جرى العقد بلفظ البيع، أما إذا جرى بلفظ الصرف فيبطل قولًا واحدًا لأن بيع النقد بالنحاس لا يشمله اسم الصرف، والله أعلم.

فإن قلنا بالصحة قال القاضي حسين: فحكمه حكم ما إذا كان العيب من جنسه فإن رضي به فذاك، وإن رده ينفسخ العقد ويأخذ ما دفعه إليه، وليس له الاستبدال وهذه الصورة التي حكم فيها بالبطلان شرطها أن يقع الاختلاف في الجنس كما رأيت أما لو وقع الاختلاف مع اتحاد الجنس فلا يبطل، كما إذا اشترى دنانير على أنها مغربية فخرجت مشرقية، أو على أنها ذهب أحمر فخرجت أصفر أو ثوبًا على أنه هروي فإذا هو غير هروي، صرح به الماوردي. وقد ذكر المصنف بعض هذه المسائل في باب بيع المصراة وذكر فيها وجهين، والقاضي حسين ذكر ذلك قولين، ولعله أثبت ما حكاه صاحب «الإفصاح» قولًا. وقد وقع في «الكفاية» لابن الرفعة وهم في النقل عن أبي الطيب والماوردي في الإجازة بكل الثمن أو بالقسط فقال عن الماوردي أنه جزم بالقسط، وعن أبي الطيب أنه خرجه على الخلاف، وذلك تخليط نشأ من عدم التمييز بين الأقسام، واختلاف أبي الطيب

والماوردي ليس في هذا القسم، بل في قسم يأتي بعد ذلك. هذا إذا كان العيب بالجميع. أما إذا كان ببعضها والفرض أنه من غير الجنس كما إذا اشترى دراهم فوجد بعضها نحاسًا بطل البيع في النحاس على ما تقدم وفي الباقي قولا تفريق الصفقة.

فإن قلنا: لا تفريق بطل في الجميع واسترد جملة الثمن، وإن قلنا: يفرق وهو الصحيح كان له إمساك الباقي، وبماذا يمسكه؟ وفرض المسألة في صرف النقد بغير جنسه، هل يمسك الباقي بحصته من الثمن أو بالجميع؟ فيه قولان حكاهما القاضي أبو الطيب والماوردي وآخرون، وهما القولان فيما عداها من صور تفريق الصفقة، والأصح أنه يأخذه بالحصة، فعلى هذا يثبت له الخيار، لأن الصفقة قد تفرقت عليه. وممن صرح بذلك القاضي أبو الطيب والماوردي. وإن كان العيب من جنس المعقود عليه كخشونة الفضة ورداءة المعدن وما أشبه ذلك فالبيع صحيح لما تقدم «التنبيه» عليه، ثم إما أن يظهر العيب والمعيب باقٍ أو بعد تلفه فإن ظهر والمعيب باقٍ فهو بالخيار بين أن يرد ويسترجع الثمن وبين أن يرضى به، نص عليه الشافعي والأصحاب. وحكم الرد انفساخ العقد، وليس له أن يطالب ببدله ولا يستبدل عنه قولًا واحدًا، سواء قبل التفرق وبعده فإن مورد العقد معين، اتفقت كلمة الأصحاب على ذلك، ولا أن يأخذ أرش المعيب، لأن الأرش لا يستحق مع القدرة على الرد، قاله الماوردي وغيره، وذلك معروف في موضعه، وسيأتي إن شاء الله تعالى تفاصيل ذلك وأحكامه في باب الرد بالعيب.

ومذهب أحمد في هذا القسم أنه يجوز أخذ الأرش في المجلس، والفرض في صرف النقد بغير جنسه، ولا يجوز بعد المجلس إلّا أن يجعل الأرش في غير الأثمان.

إذا ثبت ذلك، فإن كان العيب بالجميع كان بالخيار بين رده وبين الرضى به معيبًا بالثمن كله، وإن كات العيب بالبعض كان له رد الجميع لوجود العيب في الصفقة، وحكى الغزالي رحمه الله في «الوسيط» وجهًا في مسألة العبدين أنه لا يردهما إلا إذا كانا معيبين وسأتكلم على ذلك في باب الرد بالعيب إن شاء الله تعالى.

وهل له أن يرد المعيب ويمسك السليم؟ قال الشافعي رحمه الله في كتاب الصرف من «الأم»: فإن رده رد البيع كله، لأنها صفقة واحدة، وهذا الكلام قد يوهم أنه ليس له التفريق، وهو الذي جزم به الشيخ أبو حامد في مسألة العبدين. وأكثر الأصحاب أطبقوا على تخريجه على قولي تفريق الصفقة في الدوام. وسيأتي

التنبيه في باب الرد بالعيب على أن الصحيح عدم التفريق هنا، وإن كان الصحيح أن الصفقة تفرق فالخلاف وإن كان مخرجًا على الخلاف لكن الصحيح غير الصحيح، فإن قلنا لا يتبعض كلًّا يتخير بين شيئين إمساك الجميع ورد الجميع، وإن قلنا تفرق، فإن قلنا أنه يخير بحصته من الثمن كان له رد العيب وإمساك السليم بحصته من الثمن، وإن قلنا يخير بكل الثمن لم يكن حظه في رد المعيب لأنه لا يسترجع بإزائه من الثمن شيئًا فيكون رده سفهًا لأن تبقيته على ملكه أصلح له من رده هكذا قال القاضي أبو الطيب.

وليس في هذا اللفظ بيان أنه هل يمتنع عليه إفراد المعيب بالرد على قول الإجازة بكل الثمن لإفضائه إلى هذا المحذور؟ أو أنه يجوز له رده وإمساك السليم لأن العقد قد صح على الكل، فإذا ارتفع في بعضه يسقط بقدره من الثمن، بخلاف تفريق الصفقة في الابتداء، ولا يجري قول الإجازة بالكل ههنا. الأول مقتضى كلام الشيخ أبي حامد والمحاملي في «المجموع» والجرجاني فإنهم قالوا واللفظ الثاني هو مقتضى كلام المحاملي في «التجريد» فإنه قال: إن قلنا تفرق الصفقة فله رد المعيب وإمساك السليم بحصته من الثمن قولًا واحدًا، وكذلك قال الماوردي وصاحب «التهذيب». وعبارة الرافعي قريبة منهم. ذكر ذلك في فروع في آخر باب الرد بالعيب وهو الأقرب.

فعلى الأول يخير بين شيئين خاصة رد الجميع وإمساك الجميع، ويمتنع عليه التفريق لهذا المحذور وعلى الثاني يكون مخيرًا بين ثلاثة، رد الجميع وإمساك الجميع، وإمساك السليم بالحصة ليس إلا، وهو الذي صرح به الماوردي والمحاملي قال الماوردي: فإن قيل: ما الفرق بين هذا حيث أخذه بحسابه من الثمن قولًا واحدًا وبين أن يكون عيب بعضها يخرجها من الجنس قبل التفرق بينهما؟ إن ههنا قد كان له المقام على الكل بجميع الثمن، وإنما فسخ في البعض المعيب، وأقام على البعض السليم طلبًا للحظ. فلو قيل: يأخذه بجميع الثمن كان فسخ البيع سفهًا وليس كذلك إذا كان العيب من غير الجنس، لأن البيع فيه قد بطل فلم يكن له أن يأخذه بجميع الثمن، فجاز في أحد القولين أن يأخذ السليم بجميع الثمن وقد ذكر هذا الفرق غير واحد من الأصحاب. وهذا لا اختصاص له بالصرف والربا، بل هو في مسألة العبدين أيضًا إذا ظهر بأحدهما عيب وأراد رد المعيب وحده وإمساك السليم لا يمكن أن يمسكه بجميع الثمن، لأنه يصير رد المعيب سفهًا بخلاف تفريق الصفقة في الابتداء إذا اشترى عبدًا وحرًا، فإنه لا يمكنه إمساك الحر مع العبد.

وكذلك إذا اشترى عبدين فتلف أحدهما قبل القبض؛ وقلنا بالتفريق فإنه

يمسكه بحصته من الثمن قطعًا على الشمهور الذي ذكره المصنف وغيره وحكى صاحب «التتمة» طريقة ضعيفة أنه على قولين أيضًا، وصاحب هذه الطريقة يلزمه أن يجري ذلك في الصرف. وهذه الطريقة لا يعرج عليها. فالحاصل أنه لا يمسك السليم وحده بجميع الثمن. وأما امتناع التفريق أو جوازه والقطع بالتوزيع ففيه ما قدمته من البحث ولم أر من صرح به إلا ما فهمته من اختلاف عبارات الأصحاب كما قدمت لك. والله سبحانه أعلم.

فهذه أربع مسائل فيما إذا كان الصرف المعين في جنسين.

القسم الثاني: إذا كان في جنس واحد كالدراهم بالدراهم أو الدنانير بالدنانير فإما أن يكون العيب في بعض المبيع أو في كله. وإذا كان في كله فإما أن يكون من الجنس أو من غيره، وإذا كان من الجنس فإما أن يتبين قبل التلف أو بعده فهذه أربع مسائل أيضًا:

المسألة الأولى: إذا كان بعضها معيبًا كما إذا اشترى دراهم بدراهم أو دنانير بدنانير فوجد ببعضها عيبًا؛ قال القاضي أبو الطيب وصاحب «الشامل»: إن البيع باطل، سواء كان العيب من جنسها أو من غير جنسها لكونه ربًا. فإنه باع جيدًا ومعيبًا بجنسه فينقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما فيؤدي إلى التفاضل؛ كما في قاعدة مدّ عجوة. وفي كلام المحاملي والماوردي ما يقتضي النزاع فيه، فإنهما قالا فيما إذا كان الصرف في جنس واحد؛ وفرعنا على أن الصفقة تفرق: أنه يمسك السليم بحصته من الثمن قولًا واحدًا لأنه إذا كان الصرف دراهم بدراهم أو دنانير بدنانير وأمسك البعض بجميع الثمن كان ربًا. وهذا الكلام منهما يقتضي الحكم بصحة العقد بناء على تفريق الصفقة. وكذلك الشيخ أبو حامد وإن كان لم يصرح بالمسألة، لكنه قال في صدر كلامه: إن الجنس الواحد والجنسين في الحكم سواء فاقتضى إطلاقه الحكم بالصحة.

وكذلك قال في «المجرد»: فإن تصارفا عينًا بعين جنسًا واحدًا أو جنسين لا فرق بينهما وذكر الأقسام إلى أن قال: فإن كان بعضه معيبًا بني على تفريق الصفقة. وكذلك قال الجرجاني في «المعاياة»: كل من ملك الجملة بعقد إذا وجد ببعضه عيبًا، وقلنا ـ له في أحد القولين ـ أن يفرق الصفقة في الرد فإنه يمسك الباقي بجميع الثمن في قول وبقسطه من الثمن في القول الآخر، في الصرف، وفي مال الربا إذا باع جنسًا بجنس فإنه يمسكه بقسطه من الثمن قولًا واحدًا، لئلا يؤدى إلى التفاضل، وقد أقام صاحب «البيان» ما قاله كل من الفريقين وجهًا، فجعل البطلان قول ابن الصباغ، والآخر قول الشيخ أبي حامد وأثبتهما وجهين وما قاله القاضي أبو الطيب

ومن وافقه أوفق لإطلاقهم في قاعدة مدّ عجوة. ولعل الآخرين لاحظوا ما يقتضيه تفريق الصفقة من حيث العموم ولم يلاحظوا هذا العقد الخاص وأنه من صورة مدّ عجوة، ولا يأتي الوجه الآخر إلا على وجه بعيد حكاه الفوراني وآخرون في قاعدة مدّ عجوة أن اختلاف النوع أو الوصف لا يؤثر، والمذهب خلافه. والمحاملي من المصرحين باشتراط اتحاد النوع في الجنس الواحد في الصرف، وقد صرح بذلك في «اللباب»، وجزم في «المجرد» بأن بيع الذهب الجيد بالوسط لا يجوز، ويكون المدرك في ذلك أن امتناع بيع الجيد والرديء مشروط بما إذا كانا متميزين. أما إذا خلطا ولم يتميز أحدهما من الآخر فإن ذلك جائز على ما سيأتي عن صاحب «التتمة» و«التهذيب»، ولنستدل له بحديث إن شاء الله تعالى، لكن في كون ذلك في المطعوم خاصة أو يجري فيه وفي النقد نظر، وأطلق صاحب «التهذيب» فيها، وأما الروياني رحمه الله فإنه ذكرها وأخرج المعيب من غير الجنس بالبعض وقال: إن المذهب البطلان قولًا واحدًا، ولا يخرج على تفريق الصفقة فوافق القاضي أبا الطيب ثم ذكر خروج العيب من الجنس بالبعض، وجعله من تفريق الصفقة فوافق في ذلك أبا حامد والمحاملي، فلا أدري أذلك عن عمد أو لا؟ وسيأتي تحقيق قاعدة مدّ عجوة إن شاء الله تعالى، والله أعلم.

قول أبي حامد: يكون حكمه كما تقدم من أنه مخير. إما أن يكون العيب من الجنس أو من غيره؟ إن كان من الجنس فيخير بين رد الجميع وإمساكه، وفي رد المعيب وإمساك السليم بما يخصه ما سبق، ولا يجيء ههنا قول الإجازة بكل الثمن لكن يخير بالحصة قطعًا كما قلنا هناك بتلك العلة ولعلة أخرى وهي أنه ربًا فإنه يتحقق التفاضل، وإن كان العيب من غير الجنس فيبطل في المعيب بناء على المذهب فيما تقدم وفي الثاني قولا تفريق الصفقة، فإن أجاز فيتعين أن يخير بالقسط قطعًا وقد يؤخر. رأيت في «الكافي» للخوارزمي أنه لو تصارفا عينًا بعين بأن تبايعا دينارًا معينًا بدينار معين فظهر أحدهما مستحقًا أو نحاسًا لا قيمة له بالبيع، ولو أخر بعضه لا ينعقد. وفي الباقي قولان، فإن قلنا: ينعقد فللمشتري الخيار، فلو أجاز يخير بحصته من الثمن على أصح القولين، فأجرى قول الإجازة بالكل هنا، وهذا وهم لم أره لغيره، ولا يأتي وجه الإجازة بالكل حذرًا من الربا كما تقدم. وأما على الوجه الذي حكاه صاحب «الإفصاح»، فيمكن تخريجه على هذا الوجه على تفريق الصفقة في الأحكام فإن النحاس مبيع لا يشترط فيه التقابض، والنقد صرف فقد جمع بين بيع وصرف، وفيه قولان، هذا إذا لم يلاحظ صاحب هذا الوجه قاعدة مدّ عجوة أيضًا، فإن لاحظها وجعل ذلك تابعًا بطل في الكل، ولم أر شيئًا مما ذكرته تفريعًا على هذا الوجه منقولًا، بل ذكرته تفقهًا، والله تعالى أعلم.

المسألة الثانية: أن يكون العيب في الجميع ويكون العيب من غير الجنس، كما إذا باع ذهبًا بذهب فخرج نحاسًا فحكمه البطلان كما تقدم وفيه الوجه الذي حكاه صاحب «الإفصاح».

المسألة الثالثة: أن يكون العيب في الجميع من الجنس، كرداءة النوع وما أشبهه وتبين ذلك قبل التلف فحكمه ما تقدم فله رده وإذا رده انفسخ العقد ولا يجوز أخذ البدل.

المسألة الرابعة: أن يكون العيب في الجميع من الجنس ويتبين العيب بعد التلف كما إذا صارف ذهبًا بذهب أو ورقًا بورق وتقابضا وتلف أحد المبيعين ثم علم الذي تلف له ما حصل أنه كان به عيب، فقد ذكرها المحاملي فرعًا في «المجموع» ههنا، والصيمري قال: وجماعة من الأصحاب بعده، وذكرها المصنف في باب الرد بالعيب وفرضه إذا كان المبيع إناء من فضة وزنه ألف درهم وقيمته ألفان فكسره ثم علم به عيبًا، وذكره الغزالي أيضًا في الرد بالعيب، وفرضه فيما إذا كان المبيع حليًا وجد به عيب مانع من الرد، وقد يتوهم أن ذلك كله أمثلة لمسألة واحدة لاشتراكهما في تعذر وليس كذلك، بل ما ذكر في باب العيب في كلام المصنف، وفي كلام الغزالي مسألة واحدة، وهو إذا كان المعيب باقيًا ولكن طرأ ما يمنع الرد فرأى المصنف هناك وغيره أنه يرد، ويغرم الأرش، مسألتنا هنا فيما إذا كان المعيب تالفًا فههنا لا يمكن القول بالرد إذ لا مردود، فماذا نصنع؟.

قال المحاملي: قال ابن أبي هريرة: يفسخ البيع ويرد مثل ما أخذه وليسترجع ما دفعه لأنه لا يمكن أن يقول: أنه يأخذ الأرش لأنه يحصل معه في البيع تفاضل، ولا يمكن الرد لأن ذلك تالف لا يمكن رده، ولا يمكن أن يقال: أنه يقر العقد ولا شيء له، لأنه قد عين بالمعيب فلا بد له من استدراك ظلامته، فدعت الضرورة إلى ما ذكرنا، وهذا الذي قاله ابن أبي هريرة هو المذكور في «العدة» و«شرح الكفاية» للصيمري، و«التحرير» للجرجاني كلهم جزموا بأنه إما أن يرضى وإما أن يرد مثل التالف في عينه ويسترجع ما أعطاه، وكذلك الماوردي جزم بأنه ليس له الرجوع بالأرش، وقال الروياني: ليس له الأرش، ولا يمكنه الرد، فالوجه أن يفسخ العقد بينهما ثم يرد عليه مثل الجيد. ويكون الردىء في ذمته يعطيه مثله أو قيمته إن اتفقا عليه. ذكره ابن أبي هريرة.

وقال القاضي حسين: إذا فسخ العقد في المعيب التالف فإنه يرجع عليه بأرش العيب مثل إن كان التالف معيبًا بعشر قيمته فإنه يسترد منه عشر القيمة. وتبعه صاحب «التهذيب» وزاد فذكر في هذه المسألة ثلاثة أوجه، قول ابن أبي هريرة

ووجهًا أنه يأخذ الأرش من غير جنس ما أعطي قال: وهذا ضعيف، ووجهًا أنه يسترد من الثمن بقدره كما في غير الصرف. وقال: إن هذا أصح، وأنه المذهب قال: لأن المماثلة في مال الربا تشترط حالة العقد واسترجاع بعض الثمن حق ثبت له ابتداء فلا يراعى فيه معنى الربا.

فرع: اشترى دينارًا معينًا بدنيار معين فتلف أحدهما، فوجد بالباقي عيبًا حكم عليه بمثله ولا يحكم عليه بالأرش لأنه يؤدي إلى الربا. قاله ابن أبي هريرة والماوردي، فإن لم يكن له مثل، مثل أن يكون نقرة أو إناء مصنوعًا حكم عليه بقيمته أو يرضى به ناقصًا فيكون له ذلك، قاله ابن أبي هريرة، فلو كان قد اشترى الدينار المعين بدراهم، ففي جواز رجوعه بالأرش وجهان في «الحاوي»، أقيسهما: عنده الجواز، فيرجع بأرش الدينار دراهم، وبأرش الفضة ذهبًا. والثاني: قول الشيوخ من أصحابنا البصريين والجمهور من غيرهم، لا يجوز الرجوع بأرش عيب الدراهم والدنانير، لأن الصرف أضيق من البياعات فلم يتسع لدخول الأرش فيه، ولأن الأرش بالإيمان فلا يدخل فيها، فعلى هذا إن كان عيب الدينار التالف الذي لا يخرجه من الجنس يصح أن يكون صفة بها يثبت في الذمة، كما إذا شترى قاسانيًا فبان بعد تلفه مغربيًا فعلى المشتري أن يرد بدله مغربيًا وإن كان المبيع مبهرجًا مما لا يصح أن يكون صفة لما في الذمة فعليه ـ إذا لم يرض بعيبه ـ أن يرد قيمته دراهم ولا يرد مثله، لأن المبهرج لا مثل له، وذكر صاحب «الشامل» هذا الفرع غير منسوب إلى أحد، وقال فيه: يفسخ العقد بينهما ويرد مثل التي أتلفها أو قيمتها إن لم يكن مثل.

فأما قوله: «يفسخ العقد بينهما» فقد وافقه على هذه العبارة في «الشافي» وقال: فإذا فسخ رد من تلفت الدرهم في يده درهمًا معيبًا، واسترد درهمه فالجيد مع بقائه وبدله مع تلفه، ففي هذه العبارة إيهام أنه لا يستقل بالفسخ، وهو بعيد، لأن باذل المعيب حينئذ من الفسخ إن كان ذلك موقوفًا على رضاه. وأما فرقه بين المثلى والمتقوم فهو أولى من إطلاق ابن أبي هريرة وغيره، لأن العيب قد يخرجه عن كونه مثليًا، وقد تقدم ذلك في كلام الماوردي.

وقال ابن أبي عصرون في «الانتصار»: يفسخ العقد ويرد مثل التالف أو قيمته إن لم يكن له مثل، فوافق صاحب «الشامل»، وذكر مجمل هذا الفرع في «الذخائر»، ولم يزد على أنه ليس له إلا الرجوع بالأرش، وإذا تأملت ما ذكرته وجدت من عدا القاضي حسين وصاحب «التهذيب» جازمين أو مرجحين أنه لا يجوز أخذ الأرش والله أعلم. وقد بقي مما هو متعلق بهذا المكان فرع حسن. قاله ابن أبي الدم.

وذكر أنه شيء لم يزل يختلج في القلب، وهو أن الأصحاب أطبقوا على أن المشتري في باب المعيب إذا اشترى شاة مثلًا وقبضها ونُتِجَتْ عنده، ثم اطلع فيها على عيب قديم فله ردها والزيادة يختص المشتري بها. هذا في شراء العرض، فلو أسلم إليه في شيء وكان رأس مال السلم شاة موصوفة في الذمة ثم أحضرها المسلم في المجلس وقبضها منه المسلم إليه ثم افترقا ونتجت عنده، ثم وجد بها عيبًا فله ردها عليه، ومطالبته بشاة سليمة موصوفة بالصفات المشروطة، فهل يختص المسلم فيه بالنتاج؟ قال ابن أبي الدم: هذا لم أر فيه نقلًا إلى الآن ولا بلغنيه من أحد من الأئمة، بل فرعته استنباطًا من جهتي حيث اقتضاه التفريع على الأصول المقررة، ونشأ مما ذكره الإمام وصدره في القاعدة المبدوء بذكرها يقتضي أن يكون في النتاج وجهان مبنيان على القولين المذكورين أولًا، وهو أن المقبوض في المجلس عما في الذمة إذا رده بالعيب بعد التفرق هل نقول تملكه بالقبض وبالرد قد يقبض الملك؟ أو يقال بالرد؟ تبين أنه لم يملكه أصلًا، كأنهما تفرقا عن غير قبض، فيه وجهان: فإن قلنا إنه ملكه بالقبض فقد حدثت الزيادة في ملكه، أعني في ملك المسلم إليه بعد قبضه فيختص بها. وإن قلنا: إنه بالرد تبين أنه لم يملكه أصلًا، فالزيادة حادثة على ملك المسلم، فيجب على المسلم إليه ردها مع الأصل، وهذا حسن ظاهر وبه يظهر الفرق الذي ذكرناه بين العرض المعقود عليه عينًا وبين العرض الموصوف في الذمة دينًا، ثم يقبض في المجلس عما ثبت في الذمة. هذا آخر كلام ابن أبي الدم، وقد قدمت الكلام على هذا الأصل الذي أشار إليه وأنه هل ذلك بطريق التبين؟ أم بطريق الفسخ المستأنف؟ والله أعلم.

ولا يخفى أن المسألة لا تختص بالصرف بل تجري في كل حال من أحوال الربا بيع بجنسه. قاله الرافعي. ويجيء في التفاصيل المذكورة في الذمة. وفي العين الخلاف المذكور، وفرض القاضي حسين الفرع إذا كان على معين، فإن كان بدينار في الذمة قال: فإن كان تالفًا ـ فإن لم يجوز الاستبدال مع بقائه فالحكم كالمبيع بالعين، وقد تقدم، وإن جوزنا الاستبدال فقولان، أحدهما: يرجع عليه بأرش العيب للضرورة، والثاني: لا، بل يغرم قيمة التالف ثم يرجع عليه بدينار سليم أو بخلخال سليم، وكان فرض المسألة في بيع خلخال بدينار، وقال: وهكذا إذا قلنا في المسلم فيه إذا تلف في يده ثم تبين له أنه كان معيبًا، ففيه قولان، أحدهما: يرجع عليه بأرش العيب فيأخذ منه بقدره من رأس المال، والثاني: لا، بل يغرم قيمة المتلف ويرجع عليه بالسليم فيه، والله تعالى أعلم.

قال صاحب «التهذيب»: وكذلك لو باع طعامًا بطعام ثم وجد به عيبًا بعد ما

تلف عنده. قال: وكذلك لو وجد المسلم إليه برأس مال المسلم عيبًا بعد ما تلف عنده فإن كان رأس المال معيبًا سقط من المسلم فيه بقدره، مثل إن كان العيب ينقص عشر قيمته فيسقط عشر المسلم فيه. وإن كان في الذمة وعينه ـ فإن كان في المجلس ـ يغرم ما تلفت عنده ويستبدل، وإن كان بعد التفرق ـ فإن جوزنا الاستبدال فكذلك، وإن لم نجوز فيسقط من المسلم فيه بقدره كما في المعين والله سبحانه وتعالى أعلم.

واعلم أن الأصحاب أطلقوا ما ذكرته ولم يبينوا أن بدل التالف هل ينزل منزلته حتى يكون الفسخ برده أو تمكينه من الفسخ لتعذر الرد بالتلف؟ والأقرب إلى الفهم من عباراتهم المتقدمة الثاني، وهو مذهب أحمد. قال صاحب «المغني» في مذهبهم: إذا تلف العوض في الصرف بعد القبض ثم علم عيبه فسخ العقد ويرد الموجود، وتبقى قيمة المعيب في ذمة من تلف في يده، فيرد مثلها أو عوضها إذا اتفقا على ذلك، سواء كان الصرف بجنسه أو بغير جنسه، ذكره ابن عقيل، وهو قول الشافعي. قال ابن عقيل: وقد روي عن أحمد جواز أخذ الأرش. انتهى كلامه وهو بين. وكأنه جعل العيب مخرجًا له عن كونه مثليًا، فلذلك حكم بالقيمة والله أعلم.

فرع: لو باع طعامًا بطعام فحدث عنده عيب ووجد به عيبًا قديمًا قال في «المطارحات»: إن باع بغير جنسه رجع بنقصان المعيب، لأن المماثلة من شرط صحة البيع، ولكن يرد عليه مثل طعامه ويرجع عليه بما دفع، ولا يرد لما حدث عنده من العيب شيئًا، قلت: ولو باع نقدًا بنقد فالحكم والتفصيل كذلك، وهذه «المطارحات» ظني أنها لابن العطار، وكذلك رأيتها منسوبة إليه في نسخة، وفي نسخة أخرى رأيتها مسنوبة لأبي إسحاق الإسفراييني.

فرع: لو كان الصرف في الذمة وحصل التلف المذكور ثم اطلع على عيب قال في «التهذيب»: إن كان في مجلس العقد يغرم ما تلف عنده ويستبدل، وإن كان بعد التفرق، فإن جوزنا الاستبدال فهكذا، وإن لم نجوز الاستبدال بعد التفرق ـ فإن كان الجنس مختلفًا ـ يسترد من الثمن بقدر العيب. وإن كان الجنس متفقًا فعلى الأوجه الثلاثة، أصحها: يسترد من الثمن بقدر العيب، وكذلك لو باع طعامًا بطعام وكذلك لو وجد المسلم إليه برأس مال المسلم عيبًا بعد تلفه، إما أن يكون رأس المال معينًا أو في الذمة، على التفصيل والحكم المتقدم.

فرع: كل ما ذكرناه فيما إذا كان العيب من الجنس، كرداءة السكة والجوهر وما أشبه ذلك. أما لو بان بعد تلفه نحاسًا أو مطلية فالبيع باطل ويترادان. قاله

الصيمري. وهو ظاهر مما تقدم وكل ذلك مفروض في صرف النقد بجنسه. أما إذا كان بغير جنسه فإنه يسترد من الثمن بقدر العيب كما في غير الصرف. قاله في «التهذيب».

فرع: لهما تعلق بالاستبدال عن الثمن أحدهما: قال القاضي حسين إذا باع شيئًا بدراهم برمكية لا يجوز العقد لأنه عزيز الوجود وقلما يوجد في بلادنا هذه، ولو باعه بدراهم فتحية ينظر فيه فإن كان في بلد يعم وجوده، هذا يبنى على أن الاستبدال عنه جائز أم لا؟. إن قلنا: جائز صح وإلا فلا يصح العقد. قال صاحب «التهذيب»: أنه إذا باع بما يعز وجوده في البلد يبنى على أن الاستبدال عن الثمن هل يجوز؟ إن قلنا: يجوز صح ثم إن وجد ذلك النقد وإلا يستبدل. وإن قلنا: لا يجوز الاستبدال لم يصح، كما لو أسلم فيما يعز وجوده وهذا الإطلاق الذي قاله صاحب «التهذيب» أولى من التفصيل الذي ذكره القاضي.

الثاني: إذا باع بنقد البلد ثم انقطع ذلك من أيدي الناس. قال القاضي حسين: إن قلنا: يجوز الاستبدال فلا يفسد العقد. وإن قلنا: لا يجوز الاستبدال فقولان، أحدهما: ينفسخ، والثاني يثبت له حق الفسخ. وهما كالقولين في المسلم فيه إذا انقطع.

فأما إذا باع بنقد البلد ثم إن السلطان رفع ذلك لا غير، سواء باعه بثمن معين أو بثمن مطلق، قال الروياني: وهكذا لو باع بفلوس فنسخها السلطان. وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: ينفسخ العقد. هذا كلام القاضي حسين. وقاسه البغوي على ما لو أسلم في صبطة فرخصت ليس له إلا صبطة. وحكي مع ذلك وجهًا أن البائع يخير بين أن يجيز العقد فيأخذ النقد الأول، وبين أن يفسخ ويسترد ما أعطى، كما لو تعيَّب المبيع قبل القبض. قال الروياني: وهكذا لو باع بفلوس فنسخها السلطان، قال الروياني: لو جاء بالنقد الثاني المحدث لا يلزمه قبوله، فإن أراد قبوله كان على سبيل الاعتياض وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يلزمه قبوله. قال الروياني: لو حصل له على غيره مائة درهم من نقد معروف فلقيه ببلد آخر لا يتعامل فيه به، فقال: خذه لزمه أخذه، كما لو حرمه السلطان في بلده، وقيل: لا يلزمه أخذه، وقيل: إن كان لا يتعامل به ألبتة لا يلزمه أخذه، وإن كان يتعامل به لكن ليس برائج يلزمه أخذه، وأصل هذه المسألة رجل يثبت له على آخر عشر درهم يلزمه أخذه أو يبرئه.

فصل في مذاهب العلماء في هذه المسألة

قد تقدم ذكر الأصح من مذهبنا أن له الإبدال فيما إذا خرج المقبوض عن الموصوف في الذمة معيبًا بعد التفرق. وبذلك قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ وأبو يوسف

ومحمد وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين والأوزاعي والليث بن سعد والحسن بن حسين، حكاه عنهم العبدري.

وقال صاحب «المحيط» من الحنفية في كتاب الصرف في باب خيار الرد بالربا فيه والاستحقاق: ولو وجد أحد المتصارفين الدراهم المقبوضة زيوفًا أو كاسدة أو رائجة في بعض التجارات دون بعض وذلك عيب عندهم ويستبدل غيرها، إن العقد يقتضي سلامة البدل، كما في بيع العين، والكلام في صحة الاستبدال في مجلس الرد من باب السلم.

ولو اشترى فضة فوجدها رديئة بغير عيب لا يردها، لأن الرداءة ليست بعيب بل صفة تخلق عليها، إلّا أنه ليس بجيد، وصفة الجودة لا تستحق بالعقد إلّا بالشرط، كما لو اشترى حنطة فوجدها أردأ حنطة، ليس له ردها إلّا إذا اشترط جودتها. وقال صاحب المحيط الحنفي أيضًا في باب ما ينتقض القبض فيه من باب السلم: ولو وجد رأس المال مستحقًا ومعيبًا فلا يخلو إما أن يكون رأس المال عينًا أو دينًا فوجده مستحقًا أو معيبًا فرده في المجلس أو بعد الافتراق، فإن أجاز المستحق أو رضى المسلم إليه بالعيب جاز السلم لأنه سلم له البدل، والأصل أن صحة القبض تقف على إجازته، فإذا أجاز يظهر أن قبضه وقع صحيحًا وإن لم يجز المستحق ولم يرض المسلم إليه بالعيب بطل السلم لأن العقد وقع على المعين ولم يسلم إليه.

فإن كان رأس المال دينًا وقبضه، فإن وجده مستحقًا في المجلس، فإن أجاز المستحق جاز إذا كان رأس المال قائمًا. نص على ذلك الجامع، وإن لم يجز انتقض القبض بقدره من الأصل فصار كأنه لم يقبض، فإن قبض مثله في المجلس جاز وإلّا فلا؛ وإن وجد ستوقًا أو رصاصًا فإن تجوز به بطل السلم لأنه من جنس حقه فيكون استبدالًا برأس المال قبل القبض وذلك لا يجوز. وإن رده وقبض آخر مكانه في المجلس جاز السلم لأنه لما رده وانتقض قبضه فكأنه لم يقبض وأخر القبض إلى آخر المجلس جاز. وإن وجده زيوفًا ـ فإن تجوز به جاز لأنه من جنس حقه، وإن رده واستبدل مكانه في المجلس جاز. فأما إذا تفرقًا فوجده مستحقًا أن أجاز المالك ورأس المال قائم جاز وإلّا بطل. وإن وجده ستوقًا انتقض السلم بقدره ـ تجوز به أو رد لأن الستوقة ليست من جنس حقه. فيكون افتراقًا لا عن قبض هذا القدر.

فرع: حكم رأس مال السلم إذا وجد المسلم إليه عيبًا حكم بدل الصرف على التفصيل الذي تقدم. ذكره صاحب التهذيب. وقد تقدم التنبيه على ذلك في كلام المتولى والروياني والله أعلم.

فرع: لو أحال بالدنانير التي استحق فيها في الصرف قبل الافتراق على رجل حاضر فإن لم يقبضها المستحق لها من المحال عليه حتى افترقا بطل الصرف. وإن قبضها في المجلس قبل الافتراق فوجهان حكاهما الماوردي إن قلنا: الحوالة معاوضة لم يجز وإن قلنا: استيفاء، جاز.

فرع: لو اشترى من صيرفي دينارًا بعشرة دراهم، وقبض الدينار حصل للمشتري على الصيرفي عشرة دراهم، فقال: أجل هذه العشرة بدلًا من الثمن لم يجز سواء حصلت العشرة على الصيرفي قبل الصرف أو بعده. وقال أبو حنيفة رحمه الله: إن حصلت قبل الصرف لم يجز، وإن حصلت بعده جاز، قاله الماوردي.

فرع: اشترى بألف درهم من نقد سوق كذا، فإن كان نقد ذلك السوق مختلفًا بطل، وإلا فوجهان أظهرهما: الجواز، والثاني: لا، لإمكان التعيين قاله الماوردي، ولو اشترى بألف درهم من ضرب كذا أو بما يضربه السلطان لم يجز، قاله الماوردي، وإذا شرط في الصرف أن الذهب يساوي كذا أو ما أشبه ذلك بطل الصرف، لأنه ينافي مقتضاه، قاله الماوردي وغيره، وإن باعه بدينار إلا درهمًا ـ فإن جهلا أو أحدهما قيمة الدينار في الحال ـ بطل البيع، وإن علماها فوجهان أصحهما: البطلان، قاله الماوردي، وإذا صرف بدينار فدفع إليه دينارًا راجحًا قيراطًا فأعطاه عن القيراط ذهبًا مثله جاز وكذلك إذا أعطاه فضة معلومة أو جزافًا صح لاختلاف الجنس. ولو جهلا مقدار الرجحان فأعطاه به ذهبًا مماثلًا له صح، كما لو باع سبيكة ذهب لا يعلم وزنها بوزنها ذهبًا يجوز، إن جهلا القدر.

فرع: قال الماوردي: إذا قبض من رجل ألف درهم من دين عليه فضمن له رجل بدل ما كان فيها من زائفة أو مبهرجة أو درهم لا يجوز، فالضمان جائز إلحاقًا بضمان الدرك، وإن كان مترددًا بين الوجوب والإسقاط، وهذه من منصوصات ابن سريج، وإن وجد القابض زائفًا أو مبهرجًا فهو بالخيار في إبدالها إن شاء على المؤدي، وإن شاء على الضامن، فإن أبدلها من المؤدي برىء الضامن وإن أبدلها من الضامن يرجع الضامن على المؤدي ـ إن كان الضمان بإذنه ـ فإن قال الضامن: أعطوني المردود لأعطيكم بدله لم يعطه إياه، وقيل له: الواجب أن تفسخ في القضاء على المردود، فأنت ترد على المضمون له ما ضمنته، وهذا المردود من مال المضمون عنه، ولك الرجوع عليه بمثل ما أديت، فلو أحضر القابض دراهم رديئة وقال: هي ما قبضت وأنكراه جميعًا فإن كانت رداءتها بعيب فالقول قولهما مع اليمين، لأنه ملك بالقبض وبرئت ذمتهما منه، وإن كانت نحاسًا أو غير فضة فالقول قوله مع يمينه، لأن أصل الدين ثابت، إنما أقر بقبض النحاس وهو لا يكون قبضًا عن الفضة.

قلت: وقوله: إن القول قوله: إذا كانت نحاسًا أو غير فضة هو قول ابن سريج، وفي المسألة خلاف نتعرض له في آخر باب السلم إن شاء الله تعالى، فإن المصنف ذكره في «التنبيه» هناك، وهذه المسألة يحتاج الناس إليها كثيرًا، فإن كثيرًا من الناس يقبض ماله في المعاملات وغيرها بالصيرفي. ويعتمد على نقده ويظنون أنه بمجرد ذلك يلزم الصيرفي ضمان دركها، وليس كذلك، بل متى لم يصدر منه ضمان فهو أمين لا يلزمه شيء فيتعين لمن يريد الاحتراز من ذلك أن يدع الصيرفي يتلفظ بالضمان ويشهد عليه به. وما يخرج من الدراهم المتعارفة في هذا الوقت ويرد القول فيه قول القابض على قول ابن سريج والماوردي، لأنه أكثر نحاسًا من المتعامل به الذي تنزل المعاملة عليه فلا يصح أن يكون قضاء عنه، فيكون كأخذ النحاس عن الفضة، وليس كأخذ المعيب عن السليم، هذا هو الظاهر عندي في ذلك والله أعلم.

والذي قاله الماوردي قريب مما قاله صاحب «التهذيب»، فإنه قال: لو باع سلعة بدينار أو تصارفا وتقابضا، ثم جاء المشتري بدينار معيب، فالقول قول من يرد مع يمينه، هذا هو الأصح عندي، وفيه وجه القول قول الدافع، قال: وكذلك لو أتى المسلم بالمسلم فيه معيبًا فالقول قول المسلم مع يمينه على الأصح ولو كان قد تلف في يد المسلم حلف وغرم التالف وطالبه بالجيد. وإن كان العقد ورد على معين فالقول قول من أعطى مع يمينه، لأن الأصل قصر هذا العقد على السلامة قاله صاحب «التهذيب»، قال إلا أن يكون نحاسًا لا قيمة له، فالقول قول من يرده لأنه يدعي فساد العقد والأصل بقاء ماله على ملكه. قلت: ولو خرج ذلك على الخلاف في دعوى الصحة والفساد لم يبعد.

فرع: قال أصحابنا: إذا باع دينارًا بدينار فليس من شرطه أن يتوازنا وقت العقد، بل إذا وزنا قبله وعرفا المساواة بينهما جاز.

فرع: قال الأصحاب: إذا كان معه عشرة دراهم، ومع غيره دينار يساوي عشرين، فأراد صاحب العشرة شراء نصف الدينار جاز، ويقبضه كله ليكون نصفه قبضًا بالشراء ونصفه وديعة، ثم يتفقان على كنزه أو بيعه وجائز أن يكون بعد القبض عند أيهما شاء. ولو أراد أن يشتريه كله وليس معه إلا عشرة جاز أن يشتريه بعشرين في ذمته، ثم يقبضه منها العشرة التي معه من الثمن، فإذا قبضها استقرضها منه، فإذا قبضها قضاه العشرة التي بقيت عليه من ثمن الدينار وتقابضا ويكون لصاحب الدينار عليه عشرة قرضًا هل يجوز ذلك؟ فيه وجهان في «تعليق أبي الطيب» و«الشامل» والرافعي وغيرهم و«الحاوي». أحدهما: وهو الأصح عند الرافعي لا يجوز، لأن

القرض يملك بالتصرف، وهذه الدراهم لم يتصرف فيها وإنما ردها إليه بحالها، فكان ذلك فسخًا للقرض.

وحكى المحاملي في «المجموع» هذا الوجه عن أبي إسحاق المروزي. وقال في «المجرد»: إن الداركي نقله عن المروزي ولم يذكر القاضي حسين في «تعليقه» غيره، وعلله بأن التصرف فيه قبل انبرام العقد بينهما باطل، وحكى المحاملي عن أبي إسحاق أنه علله بذلك وبأن فإنه يجوز، هكذا استشهد أبو الطيب وصاحب «الشامل» وليس في كلام القاضي حسين الذي حكيته ما ينازع فيه وهذا إذا كان ذلك قبل التخاير، فلو كان ذلك بعد التخاير وقلنا: إن التخاير بمنزلة التفرق وهو الصحيح فلا يجوز أيضًا وإلا فيجوز قاله القاضي حسين.

أما لو استقرض منه غيرها ودفعها إليه عن بقية الثمن جاز قولًا واحدًا، وصحح في «البحر» الصحة، ووافق القاضي أبا الطيب في ذاك قال: وعلى هذا لو باع درهمًا في الذمة بدرهم في الذمة، ثم سلم أحدهما، ثم اقترض الآخر وردها عليه هل يجوز؟ فيه وجهان مبنيان على أن القرض متى يملك؟ وعند أبي إسحاق يبطل هذا الصرف ههنا، لأنه قبض قبل يستقر ملكه عليها إلا أنه لا يملكها إلا بالتصرف.

والوجه الثاني: وهو الأصح عند صاحب «الشامل» وشيخه أبي الطيب، وبه قال الشيخ أبو حامد على ما حكاه صاحب «المجرد»، وقال: إن الشافعي قاله في الصرف نصًا أنه يجوز، وصححه أيضًا ابن أبي عصرون. لأنه دفعها قضاء عما عليه وذلك تصرف كما إذا اشترى بها النصف الآخر من الدينار.

فرع: يجوز أن يشتري الدراهم من الصراف ويبيعها منه بعد القبض وتمام العقد بالتفرق أو التخاير بأقل من الثمن أو أكثر، سواء جرت له بذلك عادة أم لا ما لم يكن ذلك مشروطًا في عقد البيع، قاله الشافعي والأصحاب خلافًا لمالك، حيث قال: إن كان ذلك عادة له حرم، وتمسك الأصحاب بأن العادة الخاصة لا تنزل منزلة الشرط. كما لو نكح من عادته الطلاق لا يجعل ذلك كشرط الطلاق في العقد، وكذلك لا فرق بين أن يكون ذلك مقصودًا أو غير مقصود، حتى قال القاضي حسين وغيره: إذا كان معه دينار وأراد أن يبيعه بدينار وسدس أو أكثر منه فالحيلة أن يبيع الدينار منه بالدراهم، ويتقابضا العوضين ويتخايرا ثم يشتري منه بتلك الدراهم دينارًا وسدسًا أو ما يزيد.

قال الأصحاب: وإذا أراد بيع صحاح بمكسرة أكثر من وزنها يبيع الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم أو بعرض، ثم إذا تقابضا وتفرقا وتخايرا اشترى

بالدراهم أو بذلك العرض المكسرة ويجوز ذلك. سواء فعله في مجلس واحد مرة أو مرارًا، وقد أطبق جمهور الأصحاب تبعًا للشافعي على ذلك مع مخالفة الأئمة الثلاثة، ولو كان ذلك في غير أموال الربا جاز أيضًا من غير فرق بين أن يكون العقد الأول حالًا أو مؤجلًا، فيجوز أن يبيع الشيء إلى أجل.

قال الشافعي رحمه الله: من باع سلعة من السلع إلى أجل وقبضها المشتري فلا بأس أن يبيعها من الذي اشتراها منه بأقل من الثمن أو أكثر أو دين أو نقد لأنها بيعة غير البيعة الأولى، وقال بعض الناس: لا يشتريها البائع بأقل من الثمن. وزعم أن القياس أن ذلك جائز ولكنه زعم تتبع الأثر ومحمود منه أن يتبع الأثر الصحيح فلما سئل عن الأثر إذا هو «أبو إسحاق عن امرأته عالية بنت أنفع أنها دخلت مع امرأة أبي السفر على عائشة فذكرت لعائشة بيعًا باعته من زيد بن أرقم بكذا أو كذا إلى العطاء ثم اشترته منه بأقل من ذلك. فقالت عائشة رضي الله عنها: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت، أخبري زيد بن أرقم أن الله عز وجل قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب» وقال في «الأم» في باب بيع الآجال: أصل ما ذهب إليه من ذهب في بيوع الآجال أنهم رووا عن عالية بنت أنفع: «أنها سمعت عائشة أو سمعت امرأة أبي السفر تروي عن عائشة أن امرأة سألتها عن بيع باعته من زيد بن أرقم بكذا وكذا إلى العطاء ثم اشترته منه بأقل نقدًا، فقالت عائشة: بئس ما شريت وبئس ما ابتعت، أخبري زيد بن أرقم أن الله عز وجل قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ».

قال الشافعي رحمه الله: قد تكون عائشة لو كان هذا ثابتًا عنها عابت عليها بيعًا إلى العطاء لأنه أجل غير معلوم وهذا ما لا يجيزه، ولو اختلف بعض أصحاب النبي ﷺ في شيء فقال بعضهم فيه شيئًا وقال غيره خلافه فإن أصل ما نذهب إليه أنا نأخذ بقول الذي معه القياس، والذي معه القياس قول زيد بن أرقم، قال: وحكمة هذا أنا لا نثبت مثله على عائشة مع أن زيدًا لا يبيع إلا ما يراه حلالًا ولا يبتاع إلا مثله، ولو أن رجلًا باع شيئًا أو ابتاعه نراه نحن محرمًا، وهو يراه حلالًا، لم نزعم أن الله تعالى يحبط من عمله شيئًا، وقد أشار الشافعي رحمه الله في هذا الكلام إلى جميع ما يقال في الجواب عن هذا الأثر فأتكلم عليه إن شاء الله تعالى.

اعلم أن هذا الأثر رواه الدارقطني[1] من طريق داود بن الزبرقان عن معمر عن أبي إسحاق عن امرأته: «أنها دخلت على عائشة رضي الله عنها فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم الأنصاري وامرأة أخرى، فقالت أم ولد زيد بن أرقم: يا أم المؤمنين إني بعت

(١) (٣/ ٥٢).

غلامًا من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة، وإني ابتعته بستمائة نقدًا فذكرته» وهذا أسلم في الدلالة لهم من الأول، فإنه أطلق النسيئة ولم يعين أنه إلى العطاء حتى يحمل المنع إلى الجهالة، لكن هذا الإسناد فيه داود بن الزبرقان، وقال يحيى بن معين: وليس بشيء، وقال علي بن المديني: كتبت عنه شيئًا يسيرًا ورميت به وضعفه جدًا، وقال الجرجاني: إنه كذاب، وقال أبو زرعة: متروك الحديث، وقال البخاري: هو مضرب الحديث، قال ابن أبي عدي هو في جملة الضعفاء الذين يكتب حديثهم، روى له الترمذي وابن ماجه وقال ابن حبان: داود بن الزبرقان لا أتهمه في الحديث، وقال أبو حاتم: داود بن الزبرقان شيخ صالح يحفظ الحديث ويذاكر، ولكنه كان يهم في المذاكرة ويغلط في الرواية إذا حدث من حفظه، ويأتي عن الثقات ما ليس من أحاديثهم فلما نظر يحيى إلى تنكر الأحاديث أنكرها وأطلق عليه الجرح بها.

وأما أحمد بن حنبل فإنه علم ما قلنا وأنه لم يكن بالمتعمد في شيء من ذلك ولا يستحق الإنسان الجرح بالخطأ بخطأ أو الوهم بوهم ما لم يفحش ذلك حتى يكون الغالب على أمره، فإذا كان كذلك استحق الترك. وداود بن الزبرقان عنده صدوق فيما وافق الثقات، إلا أنه لا يحتج به إذا انفرد. هذا كلام ابن حبان، وجعله من المختلف فيهم، ووعد هنا بأن يملي كتابًا فيهم ويذكر السبب الداعي لهم في ذلك والصواب فيه، لئلا يطلق على مسلم الجرح بغير علم. وقال النسائي: داود بن الزبرقان ليس بثقة.

ورواه أبو الحسن الدارقطني أيضًا عن محمد بن مخلد قال: حدثنا عباس ومحمد قالا: حدثنا فرداد أبو نوح، قال: حدثنا يونس بن أبي إسحاق عن أمه العالية قالت: خرجت أنا وأم محبة إلى مكة فدخلنا على عائشة رضي الله عنها فسلمنا عليها فقالت لنا: ممن أنتن؟ قلنا: من أهل الكوفة، قالت: فكأنها أعرضت عنا، فقالت لها أم محبة: يا أم المؤمنين كانت لي جارية وإني بعتها من زيد بن أرقم الأنصاري بثمانمائة درهم إلى عطائه، وأنه أراد بيعها فابتعتها منه بستمائة نقدًا، قالت: فأقبلت عليها فقالت: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت. فأبلغي زيدًا أن الله قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب. فقالت لها: أرأيت إن لم آخذ منه إلا رأس مالي؟ قالت: فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف». وهذا إسناد.....

وحجة المخالف أيضًا في ذلك ما رواه أبو داود من حديث أبي عبد الرحمٰن الخراساني أن عطاء الخراساني حدثه أن نافعًا حدثه عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم

الجهاد، سلط الله تعالى عليكم ذلًا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم»[١] انفرد أبو داود عن بقية الأئمة الستة بتخريج هذا الحديث، ولم يذكر الخطابي في كلامه عن السنن هذا الباب بالجملة الكافية.

وفسر أبو عبيد أحمد بن محمد الهروي العينة هو أن يبيع الرجل من رجل سلعة بثمن معلوم إلى أجل غير مسمى، ثم يشتريها منه بأقل من الثمن الذي باعها به. قال: وإن اشترى بحضرة طالب العينة سلعة من آخر بثمن معلوم وقبضها ثم باعها من طالب العينة بثمن أكثر مما اشتراه إلى أجل مسمى، باعها المشتري من البائع الأول بالنقد بأقل من الثمن فهذه أيضًا عينة، وهي أهون من الأولى، وهو جائز عند بعضهم وسميت عينة بحصول النقد لصاحب العينة، وذلك أن العين هو المال الحاضر فالمشتري إنما يشتريها ليبيعها بعين حاضر يصل إليه من نقده. انتهى كلام الهروي وجعله اسم العينة يشمل الأمرين المذكورين مختلفين فيه. منهم من جعل العينة اسمًا للثاني فقط، ويسمى الأول الذي نحن فيه شراء ما باع، وهذا صنع الحنفية وعبارتهم.

وقال ابن فارس وغيره من أهل اللغة: العينة السلف، وعينة كل شيء خياره قالوا: ويقال: أعيان إذا اشترى بالعينة وإذا أسلف، وأنشد الشيخ أبو حامد قول الشاعر:

أيدان أم لعيان أم تنبري لنا فهي مثل حد السيف هزت مضاربه

ويصحح الحنفية الثاني المسمى عندهم بالعينة دون الأول. ومن العلماء من يجعل اسم العينة شاملًا للأمرين جميعًا كما قال الهروي. وكذلك إطلاق أصحابنا وإلى ذلك جنح المالكيون، والاحتجاج بحديث «النهي عن العينة» حسد يكون من جهتهم لا من جهة الحنفية.

والجواب عن الحديث المذكور أنه من رواية أبي عبد الرحمٰن الخراساني، واسمه إسحاق بن أسيد ـ بفتح الهمزة ـ قال أبو حاتم الرازي فيه: شيخ ليس بالمشهور ولا يشتغل به. وعن أبي أحمد بن عدي قال: هو مجهول، ولعل المراد بذلك جهالة الحال، فإنه قد روى عنه حيوة بن شريح في هذا الإسناد الذي في السنن والليث بن سعد، ذكر ذلك البخاري في «تاريخه»، وابن أبي حاتم في كتابه عن أبيه وأبي زرعة وروى عنه أيضًا سعيد بن أبي أيوب. قاله البخاري في «تاريخه»، وابن لهيعة قاله أبو حاتم فقد ارتفعت جهالة العين.

وقد اعترض كل من الفريقين عن الآخر به من الحديثين باعتراضات، منها:

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٤٦٢) والبيهقي في سننه (٥/ ٣١٦) والطبراني في مسند الشاميين (ص ٤٦٤) وصححه العلامة الألباني رَحِمَهُ اللَّهُ في السلسلة الصحيحة برقم (١١)

أن قول عائشة رضي الله عنها وتغليطها في ذلك لا يكون مثله في مسائل الاجتهاد، فدل على أنه توقيف، ومنها: أن الحمل على أن ذلك للتأجيل بالعطاء ممتنع، لأن عائشة رضي الله عنها كانت تذهب إلى جواز البيع إلى العطاء، ومنها: أنها ثبتت جهة المنع في ذلك، وأنه مما يتعلق بالربا لما استشهدت بقوله تعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقد تقدم قول إمام الحرمين في التوفيق بين النقلين عن عائشة، وبقية ما قالوه ممنوع، وقد سلموا بأن القياس الجواز.

قالت المالكية: إلا أن تركه واجب لما هو أقوى منه، وهو وجوب القول بالذرائع والقول بالذرائع أسهل في نفسه إلا أن الجزاء مقدم عليه، قالوا: ووجه الذريعة فيها هو أن البائع دفع مائة نقدًا ليأخذ مائة وخمسين إلى أجل، وذكر السلعة والتبايع لغو، وهذه ذريعة لأهل العينة، أن يقول الرجل للرجل: أتبيع لي هذه السلعة بعشرة دنانير وأنا أربحك دينارًا؟ فيفعل ذلك، فيحصل منه قرض عشرة دنانير بأحد عشر من غير حاجة بالبائع إلى السلعة وإنما تذرع بها إلى قرض ذهب بأكثر منها، وإذا وجدنا فعلًا من الأفعال يقع على وجه واحد ولا يختلف إلا بالنية من فاعله والقصد، وكان ظاهره واحدًا، ولم يكن لنا طريق إلى تمييز مقاصد الناس ولا إلى تفصيل قصودهم وأغراضهم، وجب حسم الباب وقطع النظر إليه، فهذا وجه بناء هذه المسألة على الذريعة قالوا: فإن سلم لنا هذا الأصل بنينا الكلام عليه، وإن لم يسلم نقل الكلام إليه هذا ما عولت عليه المالكية.

والنزاع معهم في هذا الأصل مشهور في الأصل، وقد وافقونا كما ظهر من كلامهم على عدم إناطة الأحكام بالمقاصد، ووجوب ربطها بمظان ظاهرة، فقد يوجد القصد الفاسد في عقد نتفق نحن وهم على الحكم بصحته، وقد يعدم القصد الفاسد في عقد يحكمون هم بفساده، والحكم حينئذٍ بالفساد احتكام بنصب شيء مفسد، وذلك منصب الشارع ليس لآحاد الفقهاء استقلال به، فإذا لم يكن الرجوع إلى المقاصد الخفية جائزًا اتفاقًا فالأولى الاعتماد على ظواهر العقود الشرعية، وعدم الأحكام بأمر آخر، وليس هذا موضع الإطناب في ذلك.

وقد استدل الأصحاب في هذه المسألة وشبهها بالحديث الثابت في «الصحيحين» عن أبي سعيد وأبي هريرة أن رسول الله ﷺ استعمل رجلًا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب، فقال: أتمر خيبر هكذا؟ قال: إنا لنأخذ الصاع بالصاعين، والصاعين بالثلاثة قال: «لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبًا»[1] ولم

(١) تقدم.

يفصل بين أن يشتري من المشتري أو من غيره، فقد أرشده ﷺ إلى الخلاص من الربا بذلك، وإن كان المقصود تحصيل الجنيب بالجمع، وقد أطنب المالكية في فروع هاتين المسألتين، والأولى التي صدرنا الكلام بها مترجمة عندهم ببيوع الآجال. وتنقسم أقسامًا كثيرة جدًا، وفي بعضها ما هو صحيح عندهم، والمسألة الثانية مسألة العينة. والله تعالى أعلم.

واعلم أن المسألة تارة تفرض في الصرف فلا يتصور دخول الأجل فيها، وتارة تفرض في غير الصرف، فتقع تارة بدون الأجل وتارة بالأجل؛ وبوب الأصحاب لها: باب الرجل يبيع الشيء بأجل ثم يشتريه بأقل من الثمن، فهذه الترجمة أخص من شراء ما باع بأقل مما باع، وكل ذلك عندنا جائز. قال القاضي حسين في «تعليقه»: سمعت القاضي أبا علي يقول: المسألة عندنا أنه بيع ربح ما لم يضمن، وقد صح النهي عنه، وإنما ادعيناه لأن حقيقة الربح الفاضل له بالعقد الثاني على ما ملك عليه بالعقد الأول، أو فضل ما بين المضمون عليه بالبيع والمضمون عليه بالشراء، والإنسان مرة يربح بأن يبيع بأكثر مما اشترى، وأخرى بأن يشتري بأقل مما باع، والربح لا يكاد يتحقق إلا بعقدين، فتعود العين إليه مع خلوص الربح له وهذا مجرد الدعوى، بل حقيقة الربح قصر ما يملك على ما لا يملك، يدل عليه أنه لو باع الموروث أو الموهوب بأكثر من قيمته، حسن أن يقال ربح عليه، وإن لم يكن مضمونًا له في الشرائط، هذا كلام القاضي حسين، وأبو علي الذي حكى عنه القاضي هو من أصحاب أبي حنيفة رحمه الله فيما أظن.

فرع: كلام الشافعي رحمه الله صريح في أنه لا فرق في جواز ذلك بين أن يكون بعادة أو بغير عادة. وقد حكى الرافعي أن بالمنع أفتى الأستاذ أبو إسحاق والشيخ أبو محمد إذا صار ذلك عادة، فيبطل العقدان جميعًا، يعني لا لأجل سد الذرائع، بل لأجل أن العادة تصير كالمشروطة. قال ابن أبي الدم في «شرح الوسيط»: ومسألة العينة قد عم العرف بها بالزيادة في النقود، ولنا وجه فنقول: في مذهبنا أن ما يتقدم العقد [من العادة] التي لو امتزجت بالعقد لأفسدته، فإذا تقدمت فيفسد العقد بها، فيتأكد هذا الوجه مع ضعفه بعموم العرف. فأما ما قاله الأستاذ والشيخ أبو محمد فإنه مخالف صريح كلام الشافعي، فإنه قال: وعادة وغير عادة سواء. وأما ما قاله ابن أبي الدم: أن قصره على ما إذا فرض شرط متقدم، فقياس ذلك الوجه الذي ذكره أن يأتي فيه وقد اعترف بضعفه وأما اعتبار العادة والعرف فكلام الشافعي يأباه.

فرع: فإن فرض الشرط مقارنًا للعقد بطل بلا خلاف، وليس محل الكلام

وإنما محل الكلام فيما إذا لم يكن مشروطًا في العقد، وذلك من الواضحات، وممن صرح به أبو بكر المرعشي في «ترتيب الأقسام».

فرع: عرفت أن في المسألة خلافًا في الجواز فيما إذا كان ثَمَّ عادة فإن لم يكن ثم عادة فلا خلاف أعلمه في المذهب في الجواز في المسألتين مسألة العينة، ومسألة شراء ما باع بأقل مما باع، وفي كلام الأصحاب إطلاق العينة عليهم، وجميع ما وقفت عليه من كتب المذهب جازمة بجواز ذلك. وقال ابن الرفعة: أنه قد ينازع في ذلك قول بعض الأصحاب أن الشخص إذا باع في مرض موته شقصًا من دار بدون ثمن مثله ـ ولوارثه فيه شفعة ـ أن الوارث لا يأخذ بالشفعة سدًا لذريعة التبرع عليه، وكذا قول الأصحاب بأن الولي إذا باع على اليتيم شقصًا له شفعة لا يأخذه بالشفعة وقال هنا: إنه ذكر في كتاب إحياء الموات من كلام الشافعي في منع الماء ليمنع به الكلأ ما يقتضي إثبات قولين له في سد الذرائع قال: وذلك إثبات قولين في المبيع فيما نحن فيه كما صار إليه الخصم.

قلت: والذي أحال عليه من كلام الشافعي قوله في باب إحياء الموات من «الأم» بعد أن ذكر قول النبي ﷺ: «من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ منعه الله فضل رحمته»[1]. قال الشافعي: وفي منع الماء ليمنع به الكلأ الذي هو من رحمة الله عام يحتمل معنيين، أحدهما: أن من كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل، وكذلك ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله تعالى، قال الشافعي رحمه الله: فإذا كان هذا هكذا ففي هذا ما يثبت أن الذرائع في الحلال والحرام تشبه معاني الحلال والحرام ويحتمل أن يكون منع الماء إنما يحرم، لأنه في معنى تلف ما لا غنى به لذوي الأرواح من الآدميين وغيرهم، فإذا منعوا فضل الماء منعوا فضل الكلأ والمعنى الأول أشبه والله أعلم.

هذا كلام الشافعي رحمه الله بلفظه، وقد تأملته فلم أجد فيه متعلقًا قويًا لإثبات قول سد الذرائع، بل لأن الذريعة تعطى حكم الشيء المتوصل بها إليه، وذلك إذا كانت مستلزمة له كمنع الماء، فإنه مستلزم لمنع الكلأ، ومنع الكلأ حرام ووسيلة الحرام حرام، والذريعة هي الوسيلة، فهذا القسم وهو ما كان من الوسائل مستلزمًا لا نزاع فيه، والعقد الأول ليس مستلزمًا للعقد الثاني، لأنه قد لا يسمح له المشتري بالبيع أو ببذلهما، أو بمنع مانع آخر، فكل عقد منفصل عن الآخر لا تلازم بينهما فسد الذرائع الذي هو محل الخلاف بيننا وبين المالكية أمر زائد على مطلق الذرائع

(١) أخرجه أحمد في المسند (٢/ ١٧٩).

وليس في لفظ الشافعي تعرض لهما، والذرائع التي تضمنها كلام لفظه لا نزاع في اعتبارها.

قال أبو العباس القرافي المالكي: «وأما الذرائع فقد أجمعت الأمة على أنها ثلاثة أقسام: أحدها: معتبر إجماعًا كحفر الآبار في طريق المسلمين وإلقاء السم في أطعمتهم وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى حسدًا، وثانيها: ملغى إجماعًا كزراعة العنب فإنه لا يمنع خشية الخمر، والشركة في سلم الأذرة خشية الربا، وثالثها: مختلف فيه كبيوع الآجال، اعتبرنا نحن الذريعة فيها وخالفنا غيرنا فحاصل القصة أنا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا» انتهى كلامه.

فالذرائع هي الوسائل وهي مضطربة اضطرابًا شديدًا قد تكون واجبة، وقد تكون حرامًا، وقد تكون مكروهة ومندوبة ومباحة، وتختلف أيضًا مع مقاصدها، بحسب قوة المصالح والمفاسد وضعفها، وانغمار الوسيلة فيها وظهورها فلا يمكن دعوى كلية باعتبارها ولا بإلغائها، ومن تتبع فروعها الفقهية ظهر له هذا، ويكفي الإجماع على المراتب الثلاثة المذكورة في كلام القرافي، فإنه يدل على أن الذريعة من حيث هي غير كافية في الاعتبار، إذ لو كانت كذلك لاعتبرت مطلقًا ولأبلغناه كذلك، بل لا بد معها من فضل خاص يقتضي اعتبارها وإلغاءها، فلا دليل في كلام الشافعي على إثبات قول له في مسألة العينة وبيوع الآجال.

وأما المسألتان اللتان تمسك بهما من قول بعض الأصحاب، فأما مسألة الولي إذا باع على اليتيم شقصًا له فيه شفعة، وكون بعض الأصحاب قال: بأنه لا يأخذه بالشفعة فقول بعض الأصحاب هذا هو الأصح في المذهب على ما قاله الرافعي في كتاب الشفعة، ولكن لا متعلق له في ذلك، لأن العلة في ذلك أنه لو تمكن من ذلك لم يؤمن أن يترك النظر والاستقصاء للصبي، وتسامح في البيع ليأخذ بالثمن البخس، فالتهمة المانعة كما أنه ليس له أن يبيع من نفسه، وليس ذلك من سد الذرائع في شيء، وهذا لو كان الولي أبًا أو جدًا جاز لهما الأخذ لوفور الشفقة. وأما مسألة المريض إذا باع في مرض موته شقصًا بدون ثمن المثل، فالخلاف فيها على خمسة أوجه أصحها: أنه يأخذ، وقيل: يصح البيع ولا يأخذه الوارث بالشفعة لما ذكر وهو الأصح عند ابن الصباغ، وقيل: لا يصح البيع أصلًا، وهذا الوجه والأول من جملة أربعة أوجه منقولة عن ابن سريج وظاهر هذين الوجهين الآخرين أنه يلزم مجيء مثله في مسألتنا هذه، فقياس قول ابن الصباغ أنه لا يصح البيع الأول ولا الثاني، وقياس الوجه الآخر: ألا يصح العقد الثاني.

والحق أن كلًا من الوجهين لا يلزم في مسألتنا هذه لأمرين، أحدهما: بالفرق

بين المسألتين فإن الشفيع مسلط على الأخذ من المشتري قهرًا، ومحاباة المريض للمشتري تبرع، فهو بالمحاباة في هذه الصورة أوجد تبرعًا يقدر الوارث على الاستبدال بأخذه بدون رضا المشتري فأشبه التبرع الحاصل من المريض للوارث فإن أخذ الوارث قهرًا من المشتري مثل قبوله من المريض بخلاف مسألتنا هذه فإن البائع لا يستقل بالعقد الثاني، بل يفتقر إلى إيجاب وقبول، وقد لا يوافقه المشتري عليه. والأمر الثاني: أن التخريج في المذهب إنما يكون من أقوال الإمام، أما الوجوه المنقولة عن بعض الأصحاب فإنما يلزم قائلها إذا لم يظهر فرق وقد ظهر الفرق، والله أعلم.

فرع: أكثر أصحابنا أطلقوا الجواز في ذلك ولم يبينوا هل المراد الجواز مع الكراهة أو بدونها، وقد صرح الروياني في «البحر» وابن أبي عصرون في «الانتصار» والنووي في «الروضة» بالكراهة في ذلك، ونقله ابن عبد البر عن الشافعي وقال النووي: إن دلائل الكراهة أكثر من أن تحصى واستدل له ابن أبي عصرون بأن كل ما يجوز التصريح بشرطه في العقد يكره قصده، وقال ابن داود «شارح مختصر المزني»: أنه إن اتخذ ذلك عادة كره فأفهم أنه لا يكره إذا لم يكن عادة، والصواب: ما تقدم، وأنه متى كان مقصودًا كره، سواء اعتاده أو لم يعتده، نعم إن جرى ذلك بغير قصد للمكروه، ولا عادة، كقصة عامل خيبر، فينبغي الجزم بعدم الكراهة، والحاصل: أنها مراتب.

الأولى: أن يجري ذلك بقصد المكروه من أهل التهمة، فهو حرام عند المالكية، جائز عندنا مع الكراهة.

الثانية: أن يجري من غير قصد للمكروه، ولا يكون الشخص ممن يتطرق إليه التهمة كقصة عامل خيبر، فالذي ينبغي الجزم به عدم الكراهة، فإنه لغرض صحيح وهو التخلص من الربا أو أنه وقع اتفاقًا، فالظاهر من كلام المالكية أنه حرام اعتبارًا بالصورة الظاهرة ومظنة التهمة. وفي كلام بعضهم ما يقتضي جوازه كما سنحكيه عنه إن شاء الله تعالى.

المرتبة الثالثة: أن يجري بقصد المكروه من غير أهل التهمة فيكره عندنا ومقتضى مذهب مالك وإناطتهم ذلك بالمظنة أن يجوزوه، واعلم أن مسألة بيوع الآجال تصنيفًا لكني أذكر نبذة يسيرة جدًا.

فرع: في نبذة يسيرة من كلام المالكية. قال ابن رشد في «البيان والتحصيل»: وهذه مسألة تنتهي في التفريع إلى أربع وخمسين مسألة ثمان عشرة مسألة في الشراء بالنقد، وثمان عشرة مسألة في الشراء إلى أجل مقاصة، وثمان عشرة مسألة في

الشراء إلى أبعد من الأجل، وذلك أنه قد يشتري منه الطعام بعينه الذي باع منه قبل أن يغيب عنه بمثل الثمن وبأقل منه وبأكثر نقدًا، وقد يشتريه منه وزيادة عليه بمثل الثمن أيضًا وبأقل منه وبأكثر نقدًا، فهذه تسع مسائل إذا لم يغب المبتاع عن الطعام، وتسع أخرى إذا غاب عليه ثمان عشرة مسألة في الشراء بالنقد ومثلها في الشراء إذا غاب إلى أجل مقاصة ومثلها أيضًا في الشراء إلى أبعد من الأجل، فمنها خمس عشرة مسألة لا تجوز، وهي أن يشتري منه بأقل من الثمن نقدًا الطعام الذي باع منه بعينه قبل أن يغيب عليه، أو بعضه أو كله وزيادة عليه أو أن يشتري منه بأقل من الثمن أيضًا مثل الطعام الذي باع منه بعد أن غاب عليه أو أقل منه نقدًا أو مقاصة، وأن يشتري منه الطعام بعينه الذي باع منه زيادة عليه بمثل الثمن أو أكثر منه نقدًا أو مقاصة وبالله التوفيق.

وقال أبو إسحاق التونسي المالكي في «تعليقه» في باب ما يكره من العينة وبيوع الآجال في كتاب ابن المواز من قول مالك وأصحابه: إنما تكره العينة في البيع إلى أجل وأما بيع النقود فلا إلا من عرف بالعينة المكروهة. وإذا كانت البيعة الأولى إلى أجل والثانية نقدًا أو إلى أجل أتهم فيها كل أحد، وإذا كانت الأولى نقدًا فلا يتهم في الثانية إلا العينة خاصة. قال أصبغ: وإذا كان أحدهما من أهل العينة فالحمل على أنهما جميعًا من أهلها. ووقع لابن وهب إذا كانت الأولى نقدًا والثانية إلى أجل أنهما يتهمان فيهما، كما يتهمان إذا كانت الأولى إلى أجل، وخالفه ابن القاسم وأشهب. قال أعني التونسي: ومما يكره من البياعات من أهل العينة، مثل أن يبيع رجل منه سلعة بعشرة نقدًا ثم يشتريها منه البائع بخمسة عشر نقدًا أو إلى أجل فيتهم المشتري، أو يكون دفع عشرة انتفع بها البائع ورد عوضها خمسة عشر وكانت سلعته لغوًا لرجوعها إليه، ومثل أن يبيع منه سلعة بعشرة نقدًا أو بعشرة إلى أجل، فلا يجوز في أهل العينة لأنهما يحملان على أنه إنما باع منه السلعة ما بعد العشرة التي يأخذها البائع نقدًا، فكأنه قال: اذهب فبع منها بعشرة تدفعها إلي والباقي بعته منك بعشرة إلى أجل، وهو مجهول.

ومثله من أهل العينة إذا كان إنما يشتري ليبيع لا ليأكل، مثل أن يبيع منه سلعة بعشرة إلى أجل فيذهب فيقول: بعتها بثمانية فحط عني من الربح قدر الدينارين، فلا يجوز أيضًا هذا من أهل العينة الذين يبيعون، وكأنه إنما عقد معه على أنه ما صح لك فيها ربحت عليك فيه الدرهم درهمًا أو نصفًا، فصار أصل المبيع الأول لا يعلم ما ثمنه إلا بعد بيعه. وهذا لمن يشتري ليبيع، ويجوز هذا لمن أراد أن يأكل أو ينتفع، وإن كان من أهل العينة. ومن ذلك أن يقول له: اشتر لي سلعة كذا وكذا وأربحك فيها كذا إلى أجل كذا، فهو مكروه، وأكْثَرَ المالكية من هذه المسائل وأخواتها جدًا.

فرع: اشترى عشرة دنانير بمائة درهم وتقابضا البعض وافترقا، بطل في غير المقبوض، وفي المقبوض طريقان، كما لو تلف أحد العبدين قبل القبض، وقال الروياني: إنه لا يجيء لأنه لم يجمع بين حلال وحرام ولا الثمن مجهولًا. قال وقال ابن القاص: في نظره من السلم قولان، بناء على القولين في تفريق الصفقة؛ وهذا اختيار القفال، ولا يرتضيه المحصلون من أصحابه، ولا يقتضيه مذهبه ومسألة العبدين لا يبطل في الباقي قولًا واحدًا.

ومن أصحابنا من قال: خرج أبو إسحاق فيه قولًا: أنه إذا مات أحدهما يبطل العقد. وهذا غلط على أبي إسحاق، لأنه قال في الشرح بخلافه. ولعله محكى عن غيره، وليس بشيء، وقد تقدم عن النووي ذكر هذه المسألة وجعلها كمسألة العبدين. وكلام الروياني الذي حكيته يوافقه، لكن كلام الشافعي في الصرف يقتضي الفساد، فيمكن أن يكون ذلك على أحد القولين، ويمكن أن يقال بالفساد هنا احتياطًا للربا. ولا يخرج على مسألة العبدين. والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: لو وكل في الصرف وعقد الوكيل هل للموكل أن يقبض ويكتفي بقبضه عن قبض الوكيل؟ قال الجرجاني في «التحرير» في كتاب الوكالة: ويتعلق بالوكيل ما يتم به العقد من الإيجاب والقبول والرؤية، وقبض رأس [مال] السلم، والتقابض في الصرف، وتتعلق حقوقه بالموكل وينتقل الملك إليه. وهذا يقتضي أنه لا يكتفي بقبض الموكل.

وكذلك حكي عن القاضي حسين أنه قال في كتاب الوكالة: إن حقوق العقد تتعلق بالوكيل في مجلس العقد وبطلان العقد بمفارقة المجلس قبل أخذ بدل الصرف. وقال في آخر الكتاب: ولا خلاف في أن القبض في الصرف والسلم وتقرير الملك يتعلق بالوكيل دون الموكل، وإن كان حاضرًا في ذلك المجلس. وقد تقدم في هذا المجموع من كلام النووي رحمه الله والأصحاب أن قبض الوكيل قائم مقام قبض الموكل.

قال ابن الرفعة: إن كلام القاضي حسين والجرجاني المذكور قد ينازع بإطلاقه في هذا وقد يسلم. ويقال: إن الوكيل ينوب عن الموكل، فإذا قبض فيده كيده، والموكل لا ينوب عن الوكيل فيما يتصرف فيه لنفسه، فلم يقم قبض الموكل مقام قبض الوكيل، وإن وقع في المجلس.

قلت: وهذا هو الحق، ولا تناقض بين كلام القاضي حسين والجرجاني وسائر الأصحاب، والله أعلم.

فائدة في تسمية الصرف: قال ابن سيده في «المحكم»: الصرف فضل الدرهم

على الدرهم والدينار على الدينار، والصرف بيع الذهب بالفضة، والصراف والصيرف والصيرفي النقاد، والجمع صيارف وصيارفة، دخلت فيه الهاء لدخولها في الملائكة والقشاعمة لا للنسب، وقال الأصحاب: الصرف بيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب والذهب بالذهب ورأيت في «مختصر البويطي» ما يقتضي أن الصرف اسم لبيع أحد النقدين بالآخر، والمصارفة اسم لبيع النقد بجنسه، فإنه قال: لا يجوز أن يصارف ذهبًا بذهب، ويشترط عند المصارفة أن يبيعه أو يشتري منه كل دينار زاد بدراهم، لأن الصيغة جمعت الصرف والمصارفة، وذلك مجهول حصة المصارفة من حصة الصرف وقال الماوردي: سمي الصرف صرفًا لصرف حكمه عن أكثر أحكام البيع. وقيل: لصرف المسامحة عنه في زيادة أو تأخير، وقيل: لأن الشرع أوجب على كل منهما مصارفة صاحبه (أي مضايقته).

فرع: كان له على رجل عشرة دنانير، فأعطاه عشرة عددًا قضاء لما عليه فوزنها القابض فوجدها أحد عشر دينارًا. قال الأصحاب والقاضي وأبو الطيب والرافعي: كان الدينار الزائد للقاضي مشاعًا فيها، ويكون مضمونًا على القابض لأنه أخذه عوضًا ولم يأخذه أمانة، وليس كما إذا سلم دينارًا نصفه شائعًا حيث يكون النصف الآخر أمانة، لأنه لم يقبض النصف الزائد بدلًا عما عليه، وهنا قبضه بدلًا عما في ذمته. وفي الصورتين قال القاضي أبو الطيب: إن شاء القاضي استرجع منه دينارًا وإن شاء وهبه له أو اشترى به منه عرضًا، أو أخذ به دراهم يشترط قبض الدراهم في المجلس وإن شاء جعله ثمنًا لموصوف في ذمته سلمًا. هكذا أطلقوه. وفي الصورة الْاخيرة يجب حمله على ما إذا كان الدينار باقيًا، فلو تلف صار دينًا لم يجز جعله رأس مال في السلم لأنه بيع دين بدين، ثم ما ذكروه كله يدل على صحة القبض في مقدار العين، وذلك مخالف للقاعدة المقررة: (أن قبض الموزون أو المكيل جزافًا فاسد)، حتى لو قال له الدافع: إنني وزنتها وإنها كذا فقبضها على ذلك، قال الرافعي يكون فاسدًا ومقتضى ذلك أنه لا يدخل في ملكه فيجب تجديد القبض، ومحل تحرير ذلك في كلام المصنف في آخر باب السلم إن شاء الله تعالى.

فرع: لو كان له عنده عشرة دنانير موصوفة فأعطاه دينارًا واحدًا وزنه عشرة مثاقيل لم يلزمه، فلو باعه عبدًا بمائة دينار أهوازية فجاءه بثلاثة وتسعين دينارًا وزنه مائة، لزمه أن يقبض إلا أن يكون شرط عليه مائة وزنها وعددها سواء فلا يلزمه أخذ ذلك، قالهما الصيمري في «شرح الكفاية».

فرع: قال القاضي حسين: إذا قال: بعت منك هذا الدينار بما يقابله من دينارك فكان دينار زائدًا سدسًا أو أكثر فإنه بالخيار بين أن يهبه تلك الزيادة أو يبيعه

منه بعد بشيء آخر ويقطع الزيادة عنه أو يشركه فيه أو يتركه على حاله برضاه والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: آخر قاله القاضي حسين لو قال بنصف دينار لزمه بوزن المدينة بغير البلد، فلو قال: بنصف هذا الدينار لزمه نصفه، سواء كان وزنه دينارًا أو أقل أو أكثر فلو قال: بنصف دينار من هذا الدينار، فإن كان وزنه أكثر أخذ منه نصف دينار، أو إن كان وزنه نصف دينار دفع الكل إليه، وإن كان أقل من ذلك ففي صحة العقد وجهان بناء على القولين في تغليب الإشارة أو العبارة.

فرع: قال الشافعي رحمه الله في «الأم»: إن كان وهب منه دينارًا أو أثابه الآخر دينارًا أوْزَنَ أو أنقص فلا بأس.

فرع: قال الأصحاب: إذا كان له عند صيرفي دينار فأخذ منه دراهم من غير عقد فالدينار له والدراهم عليه؛ فإن بلغت فطريقهما أن يتباريا.

فرع: له عند صيرفي دينار قبض ثمنه من غير لفظ البيع لم يصح، وصار للصيرفي عليه دراهم، ولا يخفى الحكم.

فرع: التوليه ببيع جائزة في عقد الصرف كغيره، فإن قال لرجل: اشتر عشرين درهمًا لنفسك بدينار، ثم ولني نصفها الثمن لم يصح، لأنه إذا ولاه كان بيع غائب.

فرع: باع ثوبًا بمائة درهم، صرف عشرين درهمًا بدينار لم يصح، كما لو قال: بعتك قفيزًا من طعام قيمته درهم، وإن كان نقد البلد من صرف عشرين درهمًا بدينار لم يجب حمله عليه، لأن السعر يختلف.

فرع: اشترى ثوبًا بمائة درهم إلا دينارًا أو مائة دينار إلا درهمًا لم يصح فلو قال بمائة درهم إلا درهمًا صح، هكذا أطلق الأصحاب إذا قال: بعتك بدينار إلا درهمًا وكان يعلم قيمة الدرهم من الدينار إما عشره أو نصف عشره صح البيع لأنه استثناء معلوم من معلوم، وقال الماوردي فيما تقدم. . . . .

فرع: اشترى ثوبًا بنصف دينار لزمه شق دينار، ولا يلزمه من دينار صحيح، ولو اشترى منه ثوبًا آخر بنصف دينار لزمه نصف دينار آخر مكسورة ولا يلزمه دينار صحيح، فإن أعطاه صحيحًا فقد أحسن، فإن شرط في الثاني إن كان بعد لزوم العقد الأول فالثاني باطل فقط بلا خلاف، وإن كان خيار العقد باقيًا فسد الأول والثاني جميعًا هكذا قال القاضي أبو الطيب وغيره. وقال القاضي حسين: إن القول بفساد العقدين جميعًا قول صاحب «التقريب»، لأن الشرط الفاسد أو الصحيح إذا وجد في المجلس يلتحق بأصل العقد.

قال: وقال القفال: يصح العقدان ويجعل كما لو قال في الابتداء: بعت منك

هذين الشيئين بدينار صحيح، وفي المسألة شيء آخر، وهو أن القاضي مع ذلك أطلق في صدر المسألة أنه إذا قال: بعتك هذا بنصف دينار لا يجوز لقلة وجوده ولعزته قال: ولو قال: بعت منك هذا بنصف دينار صحيح يجوز لكثرة وجوده ثم يعطيه قطعة وزنها نصف دينار، أو يشركه في دينار صحيح إن رضي به، وساق بقية الكلام فأثار هذا الكلام إشكالًا، فإن النصف إما أن يحمل عند الإطلاق على نصف شائع من دينار أو على جزء متميز، فإن كان الأول فوجب أن يلزمه تسليم النصف شائعًا ولا يكسره، فإنه ينتقص قيمته به، ويكون ذلك كسر المشاع، ولا يلزمه على هذا فساد العقد، لأن ذلك ليس بعزيز الوجود، وقد جزموا بأنه لا يلزمه تسليم نصف من دينار صحيح، ولا يلزم البائع أيضًا أن يأخذ مشاعًا إلا برضاه كما قال القاضي حسين.

وإن حمل على جزء متميز فيتجه فساد العقد، لأنه إما عزيز الوجود وإما أن يحصل به تنقيص عين المبيع إذا ألزمناه بقطع دينار، وهذا إذا أطلق النصف وإن قيد فإن قال: نصفًا من دينار صحيح، اقتضى الإشاعة، ولا يأتي ما قالوه في تسليم شق دينار، لأنه خلاف الشرط، وإن قال: نصفًا صحيحًا اقتضى الفساد لعزة وجوده، كما قال القاضي حسين، وإن قال نصفًا مكسورًا من دينار اقتضى الفساد أيضًا، إذ لا يوجد على هذه الهيئة إلا عزيزًا، وإن ألزمنا مكسرًا اقتضى تنقيص عين المبيع والله أعلم.

والشافعي رحمه الله لما ذكر المسألة في «الأم» أطلق القول بالصحة إذا باع بنصف دينار، وكذا قال: إذا اشترط عليه عند العقد أن له عليه دينارًا فإن قيده بألا يكون نصف.

فرع: وهو من تتمة ما قاله القاضي حسين أعلاه. قال الروياني في «البحر»: لو قال بنصف دينار صحيح فإن لم يقل: مدورًا يصح، ولو سلم مدورًا وشقًا من دينار، وإن سلم ثقيلًا وأشركه فيه يجوز، وإن قال: مدورًا وهو عام الوجود يجوز، وإن كان نادر الوجود لا يجوز، هكذا قال الروياني، وهو كلام بين، فلينزل كلام القاضي حسين عليه.

فرع: اشترى ثوبًا بعشرين درهمًا وجاء بعشرين صحاحًا وزنها عشرون ونصف وقبض بنصف درهم فضة جاز، وإن كان ذلك شرطًا في أصل بيع الثوب لم يصح، لأنه بيعتان في بيعة.

فرع: لو ابتاع ثوبًا بدينار يلزم المشتري دينار صحيح، ولا يجب على البائع أن يأخذ دينارًا، بنصفين، قاله الماوردي. ولو باع الثوب الأول بنصف دينار والثاني

بنصف دينار على أن له عليه دينارًا كان البيع الأول والثاني جائزين هكذا قال الماوردي، لأن الشرط المقترن بالثاني لا ينافيه مع موافقته على ما تقدم عن أبي الطيب، ولعل مأخذه أن الدينار المشروط عليه لم يصفه بالصحة، فلا ينافي نصفي دينار يحمل عليه بخلاف ما إذا باع أو لا بدينار مطلق فإنه يحمل على الصحيح لأجل الإطلاق، وفيما نحن فيه قرينة تصرفه عن ذلك، والله أعلم. ذكر هذه الفروع في هذا المكان القاضي أبو الطيب رحمه الله وغيره، ورضي الله عنه.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن كان مما يحرم فيهما الربا بعلتين، كبيع الحنطة بالذهب والشعير بالفضة حل فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض، لإجماع الأمة على جواز إسلام الذهب والفضة في المكيلات والمطعومات.

الشرح: هذا قسيم قوله: فإن كان مما يحرم فيهما الربا بعلة واحدة، والضمير في كان لا يمكن عوده على الثمن وحده، لأنه لا يحرم الربا فيه وحده بعلتين ويعود ضمير التثنية عليه، ولا إلى المبيع وحده كذلك، ولا إليهما لامتناع عود الضمير المفرد إلى اثنين، فتعين أن يكون عائدًا إلى جنس ما اشتملت عليه الصفقة من الجانبين. وهو ما يحرم فيه الربا الذي هو قدر مشترك بينهما؛ وهو الذي صدر به المصنف الفصل، وهو قوله: فيهما أعاد الضمير على مثنى على معنى ما لأن المراد به التثنية وكان يجوز أن يعيده على لفظها فيقول: فيه، والمراد بذلك حرمة الربا في كل منهما على الإفراد، وأما «المجموع» حالة المقابلة المذكورة فلا يحرم فيه الربا أصلًا، لا بعلة ولا بعلتين وذلك واضح فلم تجتمع العلتان على حكم واحد بعينه بل الطعم علة لحرمة الربا في المطعومات فقط، والثمنية علة حرمة الربا في النقد، فالعلتان موجبتان لنوع حرمة الربا المقيد بذلك المحل.

وعبارة المصنف أخص من عبارته في التنبيه على قوله: وإن لم يحرم فيهما الربا بعلة واحدة فإن ذلك شامل لما إذا باع الربوي بغير ربوي، وإن كان التمثيل بعيدًا، والحكم لا يختلف. وعبارته في «المهذب» خاصة بما إذا كان العوضان ربويين وأما غير الربوي فإنه أفرد له الفصل الذي قبل هذا، فلم يحتج أن يدرجه في كلامه. ولو كان مقصوده إدراجه في الكلام لجاءت الأقسام خمسة، لأنه إما ألا يكون العوضان ربويين أو أحدهما ربويًا دون الآخر، وهذان القسمان لا يحرم فيهما شيء من أنواع الربا، وإما أن يكون جميعًا ربويين. فإما ألا يكون العوضان من جنس واحد فيحرم فيهما جميع أنواع الربا، وإما أن يكونا من جنسين، فإما أن يشتركا في علة الربا أو يختلفا، فإن اشتركا حرم النساء والتفرق، وإن اختلفا لم يحرم شيء كما لو لم يكن أحدهما ربويًا.

إذا عرف ذلك فإذا باع الربوي بربوي آخر يخالفه في علة الربا حلّ فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض، لما ذكره المصنف رحمه الله وللإجماع المذكور نقله الشافعي رحمه الله تعالى في «الإملاء»، واقتضاه كلامه في «الأم» و«المختصر»، ولفظه في «الإملاء» أصرح قال فيه: لأن المسلمين أجمعوا على أن الذهب والورق يسلمان فيه سواهما، وقال في «الأم» في باب الآجال في الصرف (ولا أعلم المسلمين اختلفوا في أن الدنانير والدراهم يسلمان في كل شيء إلا أن أحدهما لا يسلم في الآخر). وقال في «مختصر المزني» رحمه الله: (ولا أعلم بين المسلمين خلافًا في أن الدينار والدرهم يسلمان في كل شيء ولا يسلم أحدهما في الآخر) ا هـ.

والاستدلال بجواز السلم على جواز النساء ـ إذا منعنا التسلم الحال ـ واضح. وأما إذا جوزناه فطريق تقريره قد تقدم في الصرف على الذمة، فكل سلم هو بيع نسيئة، وأما إن كان بيع نسيئة سلم فإنه ينبني على أنه إذا باع موصوفًا في الذمة هل يكون سلمًا أو بيعًا؟ وفيه وجهان، إن قلنا: يكون سلمًا فصار السلم والبيع نسيئة شيئًا واحدًا فيقال على هذا في هذا القسم الذي نحن فيه: يجوز نقدًا ونسيئًا ولا يذكر بعد ذلك أنه يجوز إسلام أحدهما في الآخر، فإن قلنا: أنه يكون بيعًا لا سلمًا، فإنا نقول يجوز نقدًا ونسيئًا، ويجوز إسلام أحدهما في الآخر. ذكر معنى ذلك أو قريبًا منه الشيخ أبو حامد الإسفراييني وقال أيضًا: ومعنى قولنا: نقدًا ونسيئًا أن يقول: بعتك ثوبًا صفته كيت وكيت إلى أجل كذا، ولا يريد به أن يشتري عينًا، ويشترط تسليمه إلى أجل، فإن هذا لا يجوز.

قلت: ولا ينحصر الفساد فيما قاله، بل تارة يكون النساء في المبيع وصورته ما ذكر، كما إذا قال: بعتك إردب قمح في ذمتي إلى شهر بهذا الدينار، وتارة يكون في الثمن كما إذا قال: بعتك هذا الإردب القمح بدينار في ذمتك إلى شهر، وفي القسم الأول: يشترط قبض رأس المال إذا جعلناه سلمًا. وفي القسم الثاني: لا يشترط قبض واحد منهما لأنه بيع محض وكلام المصنف رحمه الله يحتمل كلا من المعنيين أن تكون الحنطة مبيعة في الذمة نساء بالذهب، فيكون سلمًا على أحد الوجهين أو بيعًا في معنى السلم على الوجه الآخر. وحينئذٍ يكون الاستدلال بالإجماع في عين المسألة وهذا الذي يشعر به كلام الشيخ أبي حامد.

ويحتمل أن يكون مراده بيع الحنطة المعينة بذهب في الذمة نساء، وحينئذٍ لا يكون نساء فيكون حكمه مأخوذًا من القياس على السلم الثابت بالإجماع فالإجماع المذكور دليل الأصل المقيس عليه، ولما كان الإلحاق جليًا بعد ثبوت الأصل

المقيس عليه سكت عن ذكره، ثم إذا جاز البيع نسيئة تبعه جواز التفرق قبل التقابض، لأن كل عوضين حرم التفرق فيهما قبل التقابض حرم النساء فيهما، وما لا فلا، ولا ينتقض ببيع الجوهرة بالجوهرة، فإنه يجوز التفرق قبل القبض إذا كانتا حاضرتين، ولا يجوز النساء فيهما، لأن التحريم في ذلك لا يرجع إلى النساء، بل لكونه لا يضبط بالصفة فيكون المسلم فيه مجهولًا، ولم أر أحدًا من أصحابنا ولا من غيرهم ذكر خلافًا في هذه المسألة أعني جواز بيع الحنطة بالذهب والشعير بالفضة نساء ولا أشعر به، إلا أبا محمد بن حزم الظاهري فإنه قال في كتابه المسمى «مراتب الإجماع».

واتفقوا على أن الابتياع بدينارين أو دراهم حالة في الذمة غير مقبوضة وبها إلى أجل محدود بالأيام أو الأهلة والساعات والأعوام القمرية، ما لم يتطاول الأجل جدًا جائز، ما لم يكن المبيع شيئًا مما يؤكل أو يشرب، فإن الاختلاف في جواز بيع ذلك بالدراهم أو الدنانير إلى أجل موصوف، وأما حالًا فلا خلاف أن ذلك جائز، واختلفوا فيما عدا الدراهم والدنانير في كلا الوجهين المذكورين، فتضمن كلام ابن حزم إثبات خلاف في ذلك، ويمكن أن يحتج له بقوله ﷺ في حديث عبادة بعد ذكره الأشياء الستة «فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد» لفظ مسلم واختلاف الأصناف، ويشمل اختلافهما على وجه تكون علة الربا فيهما واحدة أو متعددة وقد شرط في ذلك التقابض. وقال صاحب «المغني» من الحنابلة: ويحتمل كلام الخرقي وجوب التقابض على كل حال لقوله: «يدًا بيد» ا هـ، واقتصار المصنف على المكيلات والمطعومات وإن كان الحكم عامًا في جميع ما سوى الذهب والفضة، كما يدل عليه عبارة الشافعي كان غرضه بذلك ـ والله أعلم ـ التنبيه على ما يخالف الذهب والفضة في العلة عندنا وعند الحنفية، فعندنا المطعومات وعندهم المكيلات.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وكل شيئين اتفقا في اسم الخاص من أصل الخلقة، كالتمر البرني والتمر المعقلي فهما جنس واحد، وكل شيئين اختلفا في الاسم من أصل الخلقة كالحنطة والشعير والتمر والزبيب، فهما جنسان، والدليل عليه أن النبي ﷺ ذكر ستة أشياء، وحرم فيها التفاضل، إذا باع كل شيء منها بما وافقه في الاسم وأباح فيها التفاضل إذا باعه بما خالفه في الاسم، فدل على أن كل شيئين اتفقا في الاسم فهما جنس، وإذا اختلفا في الاسم فهما جنسان.

الشرح: لما تقرر أن حكم الربوي إذا بيع بجنسه مخالف لحكمه إذا بيع بغير جنسه احتيج إلى معرفة الجنس، فإن كلَّ ربويين يشتركان في أمور ويختلفان في أمور فلا بد من ضابط، فذكر المصنف هذا الضابط، وقد أخذه من معاني كلام الشافعي

والأصحاب وحرره بهذه العبارة واستدل له، وهو أصل عظيم ينبني عليه مسائل كثيرة كاللحوم والألبان والأدقة واعتراضات وأجوبة عليها ستنكشف لك فيما بعد إن شاء الله تعالى.

قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأم» في باب جماع تفريع الكيل والوزن بعضه ببعض ما ملخصه: إنك تنظر إلى الاسم الأعم الجامع كالنبات مثلًا، ثم تقسمه إلى الحب اسمًا وغيره بمعنى الاسم الذي يميزه به عما يشاركه من الحب والنبات، وكذلك الذهب والفضة يشملهما أنهما مخلوقان من الأرض، ثم ينقسم ذلك إلى تبر وغيره، ثم ينقسم التبر إلى ذهب وفضة وغيرهما من النحاس والحديد وغيرهما، فالذهب والفضة، والتمر والزبيب والحنطة والشعير أخص الأسماء الصادقة على ذلك، وليس ينقسم بعد ذلك إلا إلى الصفات فيقال: تمر بَرْنِي، وتمر معقلي، وذهب مصري، وذهب مغربي وما أشبه ذلك، وليس لكل نوع من ذلك شيء يخصه، بل إذا أريد معرفته ذكر الاسم الخاص وهو التمر والذهب. ثم قيل بتلك الصفة بخلاف الذهب والتمر بالنسبة إلى التبر والحب لا يذكر الاسم الأعم منهما بل اسمهما بخصوصه.

قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: الحنطة جنس، وإن تفاضلت وتباينت في الأسماء، كما يتباين الذهب ويتفاضل في الأسماء قال: ولا بأس بحنطة جيدة يساوي مدها دينارًا بحنطة رديئة لا يساوي مدها سدس دينار، ولا حنطة حديثة بحنطة قديمة، ولا حنطة بيضاء صافية بحنطة سوداء قبيحة مثلًا مثلًا بمثل، فقول المصنف في الاسم الخاص قال ابن أبي عصرون: قال أبو علي الفارقي: احتراز من الاسم المشترك كالفاكهة فإنه اسم يعم، وكذلك الثمر، فإذا قال تمر فقد خصص.

قلت: فلم قال من أصل الخلقة ولم يقل من أصل الوضع؟ والأسماء توضع ولا يقال تخلق، قال: فيه احتراز من الدقيق، فإنه اسم ثابت له من أصل الوضع ولكن الاسم الذي ثبت له من أصل الخلقة هو الحنطة والشعير فإن الدقيق لم يخلق على هيئته وإنما يخلق حبًا ثم يطحن فيصير دقيقًا انتهى، وكذلك اللحوم، قال ابن الرفعة: قيل: ولا حاجة إلى زيادة هذا القيد كما أسقطه في «التتمة»، فإن الاسم الخاص فيها لا يكون إلا مع الإضافة، كقوله: دقيق بر ودهن سمسم ونحو ذلك. قلت: وقول المصنف في الجنسين اختلفا في الاسم، ولم يقل الخاص كما قال في الجنس الواحد في غاية الحسن لأن الاختلاف في الاسم صادق بطريقين:

أحدهما: بالاختلاف في الاسم الخاص مع الاشتراك في العام كما مثل، والثاني: الاختلاف في الاسم العام أيضًا، ومن ضرورته الاختلاف في الاسم الخاص. وإذا كان الاختلاف في الاسم الخاص يوجب الاختلاف في التجانس

فالاختلاف في الاسم العام بذلك أولى، وإن كان لا بد بين كل شيئين من اسم عام، لكنه قد يكون بعيدًا واستدلال المصنف لذلك بما ذكر في غاية الجودة. فإن النبي ﷺ أباح التفاضل عند اختلاف هذه الأشياء التمر بالبر والذهب بالفضة مع اشتراكهما في الاسم العام وهو الحب والتبر، وحرم التفاضل عند مقابلتها بمثلها كالذهب بالذهب، وهما متفقان في الاسم وإن اختلفا فيما هو أخص من ذلك كالقاساني والسابوري، فدل على أنه حيث حصل الاتفاق في الاسم الخاص حرم التفاضل، وحيث اختلفا في الاسم الخاص جاز التفاضل وذلك هو مرادنا هنا باتفاق الجنس واختلافه. وكذلك الصنف المراد به هنا الجنس، فحيث اتفق الاسم صدق أنه جنس واحد وصنف واحد.

وحيث اختلف يقال: جنسان وصنفان، فلذلك جاء في حديث عبادة في مسلم: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم» وكذلك اللون فقد تقدم في حديث أبي هريرة رضي الله عنه الثابت في مسلم من قول رسول الله ﷺ بعد ذكر الأشياء: «فمن زاد أو استزاد فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه» وليس المراد بالألوان من التمر أو الحنطة وما أشبههما لما تقرر أن ألوان التمر لا يجوز التفاضل بينها، ويدل عليه حديث عامل خيبر المتقدم في الجمع والجنيب، وإنما المراد بالألوان الأصناف، فحينئذٍ الجنس والصنف واللون فيما نحن فيه سواء وليس المراد بالجنس ههنا ما يتعارفه الأصوليون، فإن ذلك اصطلاح آخر.

وقال القاضي عبد الوهاب المالكي في «شرح الرسالة»: إن قولنا جنس، تارة يرجع إلى اتفاق في حكم من أحكام الشرع كالإبل والبقر والغنم في اشتراكها في وجوب الزكاة، والإجزاء في الضحايا والهدايا، وأنها من بهيمة الأنعام، ذكر في تأييد قولهم في اللحوم، وما قدمناه من اعتبار التسمية أولى، لأن الدليل المتقدم دل على اعتباره. وقد يقال: إن مقتضى هذا الضابط أن يكون الطلع والرطب والتمر أجناسًا لاختلافها في الاسم الخاص. وقد اتفق الأصحاب على أنها جنس واحد، وإن اختلفوا في بيع الطلع بالتمر والرطب، وكذلك الدقيق والحنطة مختلفان في الاسم الخاص.

فالجواب: أما الطلع فإنه اسم يدخل تحته طلع النخلة كله، ثم هو بعد ذلك يصير إلى حالة تسمى بسرًا أو رطبًا أو تمرًا، فهو حين كان طلعًا كان جنسًا واحدًا بلا إشكال للاتفاق في الاسم والحقيقة، فحين انتقل شيء من الطلع إلى حالة يسمى فيها تمرًا أو رطبًا لا يمكن أن يقال: «إنه جنس غير الطلع لأنه هو مع تبدل صفته، وحصل له اسم خاص تبعًا لتلك الصفة. وذلك لا يوجب الاختلاف في الجنس،

فإن اختلاف الجنس الواحد باليبس والرطوبة والتلون لا يوجب اختلاف حقيقته، فلذلك لم يصر اختصاص كل منهما باسم أخص من الطلع في جعلها أجناسًا، لأن الطلع الذي فرضنا الكلام [فيه] طلع نخلة بعينها تبدلت حالاته، فالطلع اسم خاص بتلك الذات، ولأفرادها أسماء باعتبار الصفات. وهذا أولى بالاتحاد من المعقلي والبرني لأنهما نوعان، واختلاف النوع أشد من اختلاف الوصف، فإن النوعين اختلافهما في النوعية ثابت من أصل الخلقة، بخلاف التمر مع الرطب والطلع، وكذلك الدقيق هو الحنطة بعينه، ولكن تبدلت صفته. واختلاف الأسماء إنما جعل مناط اختلاف الأجناس عند اختلاف الذوات كالبر والشعير. أما مع اتحادها فلا أثر لاختلافه التابع للصفات، ولك أن تأخذ على قياس هذا أنه مع اختلافها لا أثر للاتحاد الطارىء كاللحمان والأدقة والأدهان والخلول. وسيأتي الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى.

فإن قلت: قد اختلف الأصحاب في السلم، هل اختلاف النوع كاختلاف الجنس؟ والأصح أنه مثله، وههنا اتفقوا على أن اختلاف النوع ليس كاختلاف الجنس فلا يجوز بيع نوع من الربويات بنوع آخر من جنسه متفاضلًا، فما الفرق بين الغايتين؟

قلت: القول في السلم أن عند اختلاف النوع لم يأت بما يثبت في ذمته بل بغيره، والأصل أن لا تبرأ ذمة إلا بما يثبت فيها، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه، إلا أن يكون بينهما من الاختلاف ما لا يختلف الغرض به. وأما الربويات فالمعتبر مسمى الجنس وهو موجود في النوعين، ونحن وإن قلناه في السلم لا يأخذ أحد النوعين عن الآخر لا نجعلهما جنسين، بل مع اتفاق الجنس نمنع من الأخذ لما تقدم، والله أعلم.

فأنواع التمر كلها كالمعقلي والبرني وغير ذلك جنس واحد، وأنواع الحنطة كالصعيدي والبحيري وغيرهما جنس واحد، وأنواع الذهب كالمصري والمغربي وغيرهما جنس واحد وأنواع الزبيب كالأسود والأحمر وسائر أصنافه جنس واحد، والمعتمد فيه حديث بلال المتقدم، وإطلاق قوله ﷺ: «التمر بالتمر والذهب بالذهب والحنطة بالحنطة».

فائدة: البرني ضرب من التمر أصفر مدور، عن صاحب «المحكم» أنه أجود التمر. وقال الشيخ في السلم: أن المعقلي أفضل منه. ونوزع في ذلك، وقولهم في البرني: أنه مدور أصفر، كذلك لقد رأيناه وليس فيه تدوير. والمعقلي بالعراق منسوب إلى معقل بن يسار الصحابي رضي الله عنه، وإليه ينسب نهر معقل بالبصرة، ولكن لا

يستكمل الغرض في تحقيق هذا الضابط وتحريره إلا بذكر المسائل التي وقع فيها الاشتباه في ذلك. فبذلك يتضح المعتمد في هذا الأصل. والله المستعان. وقول المصنف: (فدل على أن كل شيئين اتفقا في الاسم فهما جنس واحد)، مقصوده بالاسم الاسم الخاص الذي من أصل الخلقة. وسكت عن تقييده بذلك لما تقدم من كلامه.

ولأن المراد الاسم المعهود الذي ذكره النبي ﷺ في الأشياء الستة فإنه بهذه الصفة والله أعلم.

وقد يورد على هذا الأصل التمر والرطب فإنهما جنس واحد مع اختلافهما في الاسم ولا يرد التمر، فإن اسم التمر طارىء عليه بعد كونه رطبًا. وكذلك لا يرد الضأن والمعز فإنهما يذكران صفة لا اسمًا فيقال: شاة ضانية وشاة ماعزة.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وما اتخذ من أموال الربا كالدقيق والخبز والعصير والدهن تعتبر بأصولها فإن كانت الأصول أجناسًا فهي أجناس، وإن كانت الأصول جنسًا واحدًا فهي جنس واحد.

الشرح: لما أفهم كلام المصنف فيما تقدم أن الاتفاق في الاسم قد يكون من أصل الخلقة، وقد لا يكون، احتاج أن يبين حكم القسم الثاني، وهو على قسمين، أحدهما: ما يكون متحدًا في أموال الربا كالدقيق والدهن، والثاني: ما ليس كذلك، كاللحوم والألبان، وسيأتي.

أما القسم الأول كالأدقة والأخباز والأدهان والعصير والخلول، فقد ذكر الشافعي رحمه الله والأصحاب أنه يعتبر بأصولها، فإن كانت أصولها أجناسًا فهي أجناس، وذلك لأنها مختلفة في أنفسها، وإشراكها في اسم عام وهو الدقيق أو الدهن مثلًا، لا يوجب اتحادها، كما يشترك البر والشعير في الحب، وليسا متحدين في الجنس، وغايته أن العرب لم تضع لكل من الأدقة اسمًا يخصه بل اكتفت فيه بالاسم العام المتميز بالإضافة إلى ما يخرج منه، وذلك لا يوجب الاتحاد في الجنس، وكونها مختلفة الحقائق ناشئ من أجناس توجب الاختلاف فاعتبرت بأصولها كذلك قال الشافعي رحمه الله لما تكلم في الأدهان وقال:

(فإن قال قائل: قد يجمعها اسم الدهن، قيل: وكذلك يجمع الحنطة والأذرة والأرز اسم الحب، وليس للأدهان اسم موضوع عند العرب إنما سميت معان لأنها تنسب إلى ما يكون)، يشير الشافعي بذلك إلى ما قلته ومن هذا الكلام استفدته، وهو أسهل في التقرير من أن يسلم اتفاقًا في الاسم الخاص، ثم يدعى اختلافهما لاختلاف أصولهما، وقد صرح القاضي أبو الطيب أنهما مشتركان في الاسم

الخاص، والأمر في ذلك قريب، وقد وضعوا لبعض الأدهان اسمًا بخصوصه، كالشيرج والزيت فصار اختلافهما لأمرين اختلاف اسمهما الخاص، واختلاف أصلهما، وبهذا يزول اعتراض من يقول: إنه إذا كان المعتبر الاسم فالأدقة والأدهان واللحوم والألبان كل منها متحدة الاسم، فهذه كانت جنسًا واحدًا وسنذكر في كل من الأدقة والأدهان والخلول خلافًا ضعيفًا، وكذلك في العصير والمعتمد ما يقتضيه هذا الأصل الممهد والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فعلى هذا دقيق الحنطة ودقيق الشعير جنسان، وخبز الحنطة وخبز الشعير جنسان، ودهن الجوز ودهن اللوز جنسان.

الشرح: هذا التفريع على ذلك الأصل لا خفاء فيه، هذا هو الصحيح المشهور، وبه جزم أكثر الأصحاب وادعى الشيخ أبو حامد أن مسألتي الدقيق والخبز لا خلاف فيهما؛ لأن الأدقة أجناس، والأخباز أجناس، وكذلك ادعى المحاملي في «المجموع» أيضًا، وكذلك قال الإمام في الأدقة، وقال المحاملي: وقد ذكر في حرملة ـ كلامًا يؤدي إلى أنها جنس واحد وليس بشيء، قال الرافعي: وفي الأدقة حكاية قول الإمام في حرملة أنها جنس واحد، وكلام المحاملي يقتضي أن ذلك ليس مصرحًا به، فلا يجزم بإثباته. والظاهر أنه اطلع على ذلك الكلام، وتأمل معناه، وأن الرافعي رحمه الله تعالى نقل ذلك عن غيره، فينبغي التوقف في إثبات ذلك قولًا؛ وكيفما قدر فالمذهب المشهور الذي قطع به كثيرون خلافه فعلى المشهور في أنها أجناس فيباع دقيق الحنطة بدقيق الشعير متساويًا ومتفاضلًا يدًا بيد، ولا فرق بين أن يكون رطبًا أو يابسًا بيابس لأن أكثر ما فيه وجود التفاضل، وهو جائز، وإن ثبت القول الآخر أنها جنس واحد، فإن الحكم في ذلك كالحكم في بيع دقيق الحنطة بدقيقها، وخبزها بخبزها، وسيأتي حكمها في الفصل العاشر بعد هذا الفصل إن شاء الله تعالى.

وقال الإمام: إن الطريقة الجازمة بأن الأدقة أجناس هي الطريقة المرضية. وأنه لا يتم غرض الذي خرجها على القولين في اللحمان إلا بالفرق بينهما وبين الأدقة فنقول: الدقيق عين أجزاء الحب ولكنها مجموعة فتفرقت، والدهن المعتصر وإن كان في أصله ولكنه في ظن الناس كالشيء المحصل جديدًا وقد تجد في كلام الفقهاء إطلاق القول بأنه لا يجوز بيع الخبز بالخبز، كالمراد به ما إذا كانا من جنس واحد كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وأما الأدهان فالقول الجملي فيها أنها أجناس على المشهور. وحكى الخراسانيون مع ذلك قولًا أنها جنس واحد، والعراقيون حكوا ذلك عن تخريج

بعض الأصحاب وزيفوه. وأما القول التفصيلي فقد قسمها الأصحاب أربعة أقسام دهن يعد للأكل ودهن يعد للدواء، ودهن يعد للطيب، ودهن لا يعد للأكل ولا للدواء ولا للطيب، فالأول المعد للأكل كدهن الجوز واللوز والحلو والشيرج والزيت والسمن ودهن الصنوبر والبطم والخردل والحبة الخضراء، فلا خلاف في أنها ربوية، والمشهور أنها أجناس كما تقدم. وحكى الشيخ أبو حامد وغيره أن من الأصحاب من قال: فيها وفي الخلول قولان كما في اللحمان، وحكى الماوردي ذلك عن ابن أبي هريرة، وقد رأيت في «تعليق الطبري» عن ابن أبي هريرة أن ذلك على قولين أعني الأدهان. قال الشيخ أبو حامد: وذهب سائر أصحابنا إلى فساد هذا التخريج، وسيأتي الفرق في مسألة اللحمان إن شاء الله تعالى.

إذا ثبت ذلك، فإن باع شيئًا من جنسه جاز بشرط رعاية الحلول والتماثل والتقابض لا خلاف في شيء من ذلك إلا الشيرج، فقال ابن أبي هريرة: لا يجوز بيع بعضه ببعض، لما فيه من الملح والماء، ونقل القاضي أبو الطيب ذلك أيضًا عن أبي إسحاق وستأتي هذه المسألة في كلام المصنف إن شاء الله تعالى، وسيأتي أيضًا في زيت الزيتون وزيت الفجل خلاف. وممن أثبت القولين في تجانس الأدهان المحاملي في «اللباب»، وكذلك هو في الرونق المنسوب لأبي حامد.

الضرب الثاني: ما يقصد للدواء كدهن الخروع واللوز والمر ونوى المشمش ونوى الخوخ، وعد من ذلك أبو حامد الحبة الخضراء وأبو الطيب الخردل، فهذا ربوي كالسقمونيا وغيره من الأدوية، وحكم هذا الضرب في كونه أجناسًا حكم الضرب الأول. فإن باع شيئًا منه بجنسه حرمت المفاضلة، وإن باعه بغير جنسه حلت المفاضلة وحرم النساء، ومقتضى ما نذكره قريبًا من كلام الماوردي جريان خلاف في هذا الضرب في كونه ربويًا وهو مردود لأن الشافعي رحمه الله نص صريحًا في باب ما يكون رطبًا أبدًا قال فيه: ودهن كل شجر يؤكل أو يشرب بعد الذي وصفت واحد لا يحل في شيء منه الفضل بعضه على بعض، وإذا اختلف الصنفان منه حل الفضل يدًا بيد، ولم يجز نسيئة، ولا بأس بدهن الحب الأخضر بدهن الشيرج متفاضلًا يدًا بيد، ولا خير فيه نسيئة، والأدهان التي تشرب للدواء عندي في مرتبة هذه الصفة، دهن الخروع ودهن اللوز والمر، وغيره من الأدهان.

الضرب الثالث: ما يقصد منه الطيب كدهن الورد والياسمين والبنفسج والنيلوفر والخيري والزئبق، فهذا كله جنس واحد على الصحيح المنصوص، لأن أصل الجميع السمسم. وقال الماوردي: أنه لا يختلف المذهب فيه، وفيه وجه مشهور أنه لا ربا في هذا النوع، لأنه ليس بمأكول، وقد تقدم ذلك في كلام

المصنف رحمه الله الذي شرحه النووي رحمه الله أول الباب، وإنما أعدنا ذلك هنا لاستيفاء الكلام فيه، ورد هذا الوجه بأنه مأكول، وإنما لا يعتاد أكله لعزته فلا يزول عنه حكم الربا كالزعفران، هو مطعوم، وإن كان يقصد للصبغ والطيب، فيباع دهن الورد بدهن البنفسج متماثلًا، وكذلك دهن الورد بدهن الورد، ونقل ابن المنذر عن أبي ثور أنه يجعل ذلك أصنافًا، ويجيز التفاضل في بيع بعضها ببعض، قال: وبه قال مالك.

قال الأصحاب: وإنما جاز بيع هذه الأدهان بعضها ببعض لأنه ليس ههنا مع الدهن شيء، وإنما الورد يرتب به السمسم فيفرش السمسم ويطرح عليه ذلك حتى يجف ثم يطرح عليه مرة، وعلى هذا أبدًا حتى يطيب ثم يستخرج منه الدهن فلا يكون مع الدهن غيره، فإن فرض أن الدهن مستخرج أولًا ثم يطرح أوراقها فيه حتى يطيب أو يطبخ مع الورد لم يجز بيع بعضه ببعض، كما سيأتي عند الكلام على بيع الشيرج بالشيرج، وبه جزم القاضي حسين وصاحب «التهذيب» والروياني ولك أن تقول: هذا يظهر عند من يجعل الدهن موزونًا، أما من يجعله مكيلًا فقد يقال: إن الذي يكتسبه الدهن من الأوراق لا يظهر له أثر في المكيال، وصاحب «التهذيب» أطلق أن ذلك يؤثر في تماثله، والله أعلم.

الضرب الرابع: ما لا يتناول أدمًا ولا دواء ولا هو طيب، كدهن بذر الكتان المقصود للاستصباح، ودهن السمك، وقد ذكره المصنف رحمه الله في أول الباب فيما شرحه النووي رحمه الله، والصحيح المشهور أنه لا ربا فيه، قال الروياني في «البحر»: إن ظاهر المذهب أنه ربوي لأنه يؤكل ويشرب طريًا، ويقلى به السمك، والشافعي رحمه الله قال في «الأم»: إن ما كان من هذه الأدهان لا يؤكل ولا يشرب بحال أبدًا لدواء ولا غيره، فهو خارج من الربا، ولم يذكر مثالًا فبقي تحقيق مناط أن هذا هل يؤكل أو لا يؤكل؟ وذكر الروياني أن اختيار القاضي الطبري أنه ربوي وعلله في المذهب بأن دهن السمك يأكله الملاحون، ودهن بذر الكتان يؤكل أول ما يستخرج ثم يتغير بمرور الزمان عليه. فهذه أقسام الدهن والماوردي رحمه الله سلك طريقًا آخر فجعلها أربعة أضرب:

أحدها: مأكولة مستخرجة من أصل مأكول، كالذي ذكرناه في القسم الأول ففيها الربا اعتبارًا بأنفسها وأصولها.

الثاني: ما استخرج من غير مأكول، وهو في نفسه غير مأكول كدهن المحلب وألبان والكافور فلا ربا فيها.

الثالث: ما هي في نفسها غير مأكولة عرفًا كدهن الورد والخيري والياسمين

لكنها مستخرجة من أصل مأكول وهو السمسم، ففي ثبوت الربا فيها وجهان. وكذلك دهن السمك. وأما دهن البذر والقرطم قال: فقد اختلف أصحابنا في أصولها، هل هي مأكولة يثبت الربا فيها أم لا؟ على وجهين. فإن قلنا: فيها الربا ففي أدهانها وجهان لأنها من أصل مأكول.

الرابع: ما استخرجت من أصول غير مأكولة لكنها بعد استخراجها دهنًا مأكولًا كدهن الخروع والقرع؛ ففي ثبوت الربا فيها وجهان نظرًا إلى أنفسها وأصولها. قلت: قوله في القرع سبقه إليه الصيمري، ويعنى به القرع نفسه فإنه مأكول. وقول المصنف رحمه الله: دهن اللوز يحتمل أن يكون مراده الحلو فيكونان جميعًا من القسم الأول ولا خلاف في أنه ربوي، ويحتمل أن يكون مراده مطلقًا، فيندرج فيه المر، وقد أشعر كلام الماوردي كما نبهت عليه آنفًا بجريان خلاف فيه، حيث ذكر ذلك في دهن الخروع المأكول للتداوي المتخذ من أصل غير مأكول، وإذا لم يكن ربويًا لا يكون مما نحن فيه، والله أعلم. وهذه جملة من كلام الشافعي في «الأم» في الأدهان. قال بعد أن ذكر ما نحكيه عنه في زيت الفجل وزيت الزيتون وكذلك دهن الورد والحبوب كلها: كل دهن منه مخالف دهن غيره، ودهن الصنوبر ودهن الحب الأخضر ودهن الخردل ودهن السمسم ودهن اللوز ودهن الجوز، فكل دهن من هذه الأدهان خرج من حبة أو ثمرة فاختلف ما يخرج من تلك الثمرة أو تلك الحبة أو تلك العجمة فهو صنف واحد ولا يجوز إلا مثلًا بمثل ويدًا بيد، وكل صنف منه خرج من حبه أو ثمره أو عجمه فلا بأس به في غير صنفه الواحد منه بالاثنين ما لم يكن نسيئة، ثم قال: فإذا كان ما خرج منه واحدًا فهو صنف، وإذا خرج من أصلين مفترقين فهما صنفان يفترقان كالحنطة والتمر، فعلى هذا جميع الأدهان المأكولة والمشروبة للغذاء والتلذذ لا يختلف الحكم فيها، كهو في التمر والحنطة سواء. هذا لفظ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ بحروفه.

فرع: قال ابن عبد البر: قال الأوزاعي: لا يجوز بيع السمن بالودك إلا مثلًا بمثل. وكذلك الشحم غير المذاب بالسمن إلا أن يريد أكله ساعتئذ فيجوز قال ابن الصباغ: إن أصحاب أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ يجوزون بيع الدهن المطيب متفاضلًا وإن كان أصله واحدًا إذا اختلف طيبه، وقالوا: يجوز بيع مكيله من دهن الورد بمثله من دهن الخيري، لأن القصد بهما مختلف فصارا كالجنسين. وقالوا أيضًا: يجوز المطيب بغير المتطيب متفاضلًا.

فرع: ذكر في «الرونق» المنسوب للشيخ أبي حامد أن قول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: اختلف في الحيتان والأجبان والأسمان والأدهان والخلول، هل هي أنواع أو نوع

واحد؟ على قولين. وكذلك الخبز والخلول، وحصلت لي ريبة في نسبة «الرونق» إليه لأنه أنكر جريان الخلاف في الخلول والأدهان كما تقدم عنه قريبًا إلا أن يكون ظهر له في هذا الكتاب ما لم يظهر له في «التعليقة»، والله أعلم.

فرع: قال الروياني: لا خلاف أن السمن مع سائر الأدهان جنسان لأن اسم الأدهان لا يقع على السمن ـ يعني وإن قلنا: إن الأدهان جنس واحد ـ والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: واختلف قوله في زيت الزيتون وزيت الفجل، فقال في أحد القولين: هما جنس واحد، لأنه جمعهما اسم الزيت، والثاني أنهما جنسان وهو الصحيح لأنهما يختلفان في الطعم واللون فكانا جنسين كالتمر الهندي والتمر البرني، ولأنهما فرعان لجنسين مختلفين فكانا جنسين كدهن الجوز ودهن اللوز.

الشرح: اختلاف القول المذكور أشار إليه الشافعي في «الأم» في باب ما يجمع التمر وما يخالفه، قال: وكل ما خرج من زيت الزيتون فهو صنف واحد يجوز منه ما يجوز الحنطة بالحنطة والتمر بالتمر، ويرد ما يرد من الحنطة والتمر لا يختلف، وقد يعصر من الفجل دهن يسمى زيت الفجل، وليس مما يكون ببلادنا يعرف له اسم بأمه، ولست أعرفه يسمى زيتًا إلا على معنى أنه دهن لا اسم له مستعمل في بعض ما يستعمل فيه الزيت، وهو مباين للزيت في طعمه وريحه وشجرته، وهو فرع والزيتون أصل قال: ويحتمل معنيين، فالذي هو أولى به عندي والله أعلم ألا يحكم بأن يكون زيتًا، ولكن يحكم بأن يكون دهنًا من الأدهان، فيجوز أن يباع الواحد منه بالاثنين من زيت الزيتون، وذلك أنه إذا قال رجل: أكلت زيتًا أو اشتريت زيتًا أعرف أنه يراد به زيت الزيتون، لأن الاسم له دون زيت الفجل، وقد يحتمل أن يقال: هو صنف من الزيت فلا يباع بالزيت إلا مثلًا بمثل، والسليط دهن الجلجلان وهو صنف غير زيت الفجل وغير زيت الزيتون، فلا بأس بالواحد منه بالاثنين من كل منهما، والأصحاب عادتهم إذا ذكر الشافعي رحمه الله مثل هذا التردد يجعلونه تردد قول له.

قال المصنف في «اللمع»: وقد قال المحاملي: إن الشافعي نص في المسألة في الصرف على قولين، فلعل نصه هناك أصرح من هذا، وأطلق الشيخ أبو حامد حكاية القولين وقد ذكر الشافعي المسألة أيضًا في باب ما يكون رطبًا أبدًا. وقال فيه: فزيت الزيتون صنف وزيت الفجل صنف غيره، جزم بذلك في هذا الباب. وكذلك جزم في باب بيع الآجال من «الأم» فقال: ولا بأس بزيت الزيتون بزيت الفجل. وزيت الفجل بالسمن متفاضلًا. وقد اقتضى كلامه فيما تقدم ترجيحه، فلا

جرم كان الصحيح أنهما جنسان، وقد اقتضى كلام الرافعي أن في المسألة طريقين، كأنه قال: الزيت المعروف مع زيت الفجل جنسان. ومنهم من قال: حكمهما حكم اللحمان. وقال الروياني: إن القول بأنهما جنسان أشهر وأصح كما قال المصنف رحمه الله. وقد أشار الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في ترجيحه أنهما جنسان إلى منع اتفاقهما في الاسم الخاص. وأن زيت الفجل لا يسمى زيتًا على سبيل الحقيقة، بل هو من الأدهان التي لم يوضع لها اسم خاص، لكنه لما كان مستعملًا في بعض ما يستعمل فيه الزيت أطلق اسم زيت أي مجازًا.

هذا معنى كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ. وهو قريب من بحثه الذي تقدم في الدقيق وإن كان في هذا زيادة على ذلك. فلما انتفى وضع الخاص لهما وكانا مع ذلك مختلفي الطعم والريح والشجرة حكمنا بأنهما جنسان، وقاسهما المصنف على التمر الهندي والتمر البرني بجامع يشتركان فيه من الأوصاف المذكورة، وهذا من المصنف يدل عليه أنه رأى أن التمر الهندي جنس برأسه جزمًا.. وهو المشهور عند الأصحاب وعن ابن القطان وجه أنه من جنس التمر، ولعل شبهة ابن القطان أنه يظن اشتراكهما في الخاص كما قلنا في الزيت. وجوابه يشمل ما تقدم عن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ بأن التمر الهندي لا يفهم من اسم التمر عند الإطلاق، وإنما يطلق عليه مقيدًا: تمر هندي وعند الإطلاق يتبادر الذهن إلى التمر المعروف لا إلى الهندي.

فلم يكن اسم التمر مشتركًا بينهما والموجب لاتحاد الجنس الاتفاق في الاسم بالدليل المتقدم، وهو أبعد من الزيت، لأنه لا يقال إلا تمر هندي مقيدًا بخلاف الزيت، فإنه قد يطلق مجردًا فلا يحسن إلحاقه به، وتخريجه عليه، وقد وقع في كلام أبي محمد عبد الله بن يحيى الصغير على «المهذب» أن التمر الهندي لم يدخل الربا فيه من أصل الخلقة كاللحوم.

قال أبو عبد الله محمد بن أبي علي القلعي في احترازاته: قوله: فرعان لجنسين احتراز من دقيق الحنطة البيضاء، ودقيق الحنطة السمراء، فإنهما فرعان لجنس واحد، وقوله مختلفين تأكيد لا احتراز فيه، فإن تغاير الجنسية وتعددها يوجب اختلافهما ضرورة، وقد أفاد ابن الصعبي أن في «مختلفين» فائدة وهي التنبيه على أن الاختلاف حاصل قبل اشتراكهما في اسم الزيت، أي أن الاختلاف هو علة التعدد في الجنسية، وهو حاصل هنا في الأصل، فيصير في اللفظ إشعار بعلة التعدد وتنبيه على مناط الحكم، وأنه إن فقد في الفرع فهو موجود في الأصل.

قاعدة: السليط الشيرج والخلجان السمسم، قاله القاضي أبو الطيب.

فرع: من كلام الرافعي في البطيخ المعروف مع الهندباء، والقثاء مع الخيار

وجهان حكاهما الروياني وغيره قال في «الروضة»، أصحهما: أنهما جنسان. البقول كالهندباء والنعناع وغيرهما أجناس. إذا قلنا: بجريان الربا فيها، قاله الرافعي والروياني. ودهن السمسم وكسبه جنسان، قاله جماعة كالمخيض والسمن؛ وفي عصير العنب مع خله وجهان، أظهرهما: أنهما جنسان لإفراط التفاوت في الاسم والصفة والمقصود في السكر والفانيد وجهان، أظهرهما: أنهما جنسان لاختلاف قصبهما، وكذا السكر النبات والطبرزد جنس واحد وفي السكر الأحمر وهو القوالب وهو عكر الأبيض ومن قصبه تردد للأئمة لاختلافهما في الصفة قال الإمام: ولعل الأظهر أنه من جنس السكر والله أعلم.

فرع: قال صاحب «التتمة»: الذرة جنس واحد وإن كانت الذرة المعروفة بيضاء اللون كثيرة الحبات والتي تعرف بالدخن صغيرة الحبات صفراء اللون إلا أن الاسم يشمل الكل ويتقاربان في الطعم والطبع وأنواع العنب كلها جنس واحد، حتى أن المشمش مع سائر الأعناب جنس واحد، وأنواع كل واحد من أجناس الكمثرى والرمان والسفرجل والتفاح والمشمش أنواع كل منها جنس، وأنواع البطيخ جنس واحد الحلو وغير الحلو، فإن البطيخ الذي فيه الحبات السود ويعرف في العراق بالريفي والرومي، وفي بعض البلاد بالهندي مع البطيخ المعروف جنس واحد أو جنسان فيه وجهان.

فرع: الجوز الهندي مع الجوز المعروف جنسان، قاله الروياني، وكلامه يقتضي أن خلاف ابن القطان فيه، فإنه قال: التمر الهندي مع التمر المعروف جنسان وكذلك الجوز المعروف مع الجوز الهندي، وحكى ابن القطان وجهًا أنها جنس واحد لأن الاسم يشمل الكل وكلامه أيضًا يقتضي أن ابن القطان ناقل الوجوه لا يخرج له، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: واختلف قوله في اللحمان في أحد القولين: هي أجناس، وهو قول المزني وهو الصحيح، لأنها فروع لأصول هي أجناس فكانت أجناسًا كالأدقة والأدهان، والثاني: أنها جنس واحد لأنها تشترك في الاسم الخاص في أول دخولها في تحريم الربا، فكانت جنسًا واحدًا كالتمور، وتخالف الأدقة والأدهان لأن أصولها أجناس يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلًا، فاعتبر فروعها بها، واللحمان لا يحرم الربا في أصولها فاعتبرت بنفسها.

الشرح: القولان في اللحم مشهوران منصوص عليهما، قال الشافعي رحمه الله في «المختصر»: اللحم كله صنف وَحْشِيُّهُ وإنْسِيُّهُ وطائره، لا يحل فيه البيع حتى يكون يابسًا وزنًا بوزن، ونسب الماوردي هذا إلى القديم، وقد رأيت اللفظ المذكور في «المختصر» في «الأم» في باب الرطب بالتمر، ولكن في آخره كلام متناقض لم يتبين

لي الجمع بينهما، وتوهمت أنه غلط من ناسخ، فرأيته في أكثر من نسخة، ونسب الماوردي القول بأنها أجناس إلى الجديد.

وقال في «الأم» في باب بيع اللحم: والقول في اللحمان المختلفة واحد من قولين، أحدهما: أن لحم الغنم صنف، ولحم الإبل صنف، ولحم البقر صنف، ولحم الظباء ولحم كل ما تفرقت به أسماء دون الأسماء الجامعة صنف. فيقال: كله حيوان وكله دواب وكله من بهيمة الأنعام، فهذا جماع أسمائه كله، ثم يعرف أسماؤه فيقال: لحم غنم ولحم بقر ولحم إبل، ويقال: لحم ظباء، ولحم أرانب، ولحم زرابيع، ولحم ضباع، ولحم ثعالب ثم يقال في الطير هكذا: لحم كراكي، ولحم حباريات، ولحم حجل، ولحم معاقب، كما يقال: طعام، ثم يقال: حنطة وذرة وشعير، وهذا قول يصح وينقاس.

وأطال الشافعي في التفريع على هذا القول نحو ورقة، ثم قال: الثاني في هذا الوجه أن يقال: اللحم كله صنف، كالتمر كله صنف، ومن قال هذا لزمه عندي أن يقوله في الحيتان لأن اسم اللحم جامع لهذا القول. ومن ذهب هذا المذهب لزمه إذًا أخذه بجامع اللحم أن يقول: هذا الجامع مع التمر يجعل الزبيب والتمر وغيره من الثمار صنفًا. وهذا ما لا يجوز لأحد أن يقوله عندي. فاقتضى كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ هذا الرد على من يقول بأنها من جنس واحد وإلزامه بأن يقول: إن الزبيب والتمر جنس واحد لاشتراكهما في اسم جامع وهذا ينبهك على أن اسم اللحم اسم عام لا خاص.

وكلام الأصحاب كالشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والمصنف، وغيرهم يقتضي أن اسم اللحم خاص، . ثم يقررون بعد ذلك أنها أجناس بما سنذكره. وتحقيق ذلك يؤول إلى بحث لفظي. فإنه إن أريد بالخاص ما لم يوضع لما تحته من أنواعه اسم بخصوصها، فاسم اللحم على هذا خاص وما تحته من لحم البقر والغنم شبيه بالمعقلي والبرني إذ ليس لكل منهما اسم يخصه، وإن أريد به أن يكون ثم أسماء صادقة على ذلك الشيء، ويكون هو أخصها كالحب والحنطة فاسم اللحم على هذا ليس بخاص وأن اسم البقر والحيوان والدواب وبهيمة الأنعام لا يصدق شيء منها على اللحم حالة كونه لحمًا.

على أن تقسيم الشافعي الذي قدمته آنفًا يشعر بخلاف ذلك. فينبغي تأويله عليه حتى يجري كلامه هنا وفي الأدهان على نمط واحد، فإنه جعل الأدهان مما لا يوضع لها اسم خاص، وهي بمنزلة اللحم في ذلك، لأنه لا يصدق عليها حالة كونها دهنًا اسم ما استخرجت منه، بل تذكر مضافة إليه ما كما يذكر اللحم مضافًا إلى الحيوان الذي هو منه فإن جعلنا اسم اللحم ليس بخاص سهل النظر في المسألة

وإثبات أنها أجناس، وإن جعلناه خاصًا فقد وجه الأصحاب ذلك بما ذكره المصنف وينبغي أن يتأمل قول المصنف فيما تقدم في زيت الزيتون وزيت الفجل أنهما فرعان لجنسين مختلفين، وقوله هنا: أنها فروع لأصول هي أجناس، فلم يقل: فروع لأجناس كما قال: ولا قال: مختلفة، والحكمة في ذلك أن كون الزيتون والفجل جنسين لا شبهة فيه، وذلك معلوم من أحكام الربا فيهما.

وأما كون الحيوانات أجناسًا فتحتاج إلى دليل لعدم جريان الربا، فمن أين لنا أنها أجناس؟ أو جنس واحد؟ فلذلك جعل الوصف المشترك في صدر كلامه أنها فروع لأصول، وهذا لا يمكن منعه، ثم قال: هي أجناس، وهذا في حكم الدعوى، والدليل عليه أن الإبل والغنم لا يضم بعضها إلى بعض في الزكاة، فدل على أنها أجناس مختلفة، كذلك استدل له القاضي أبو الطيب، ولما كان زيت الزيتون وزيت الفجل يشتركان في اسم الزيت الذي هو أخص من الدهن. وذلك يوهم اتحادهما احتاج أن يوضح التباين في أصولهما بقوله: مختلفين. واللحمان كلها إنما تتميز بالإضافة كبقية الأدهان. مما ليس له اسم يخصه اعتنى بإثبات أن أصولها أجناس. ولم يحتج إلى زيادة لفظ الاختلاف. فهذا هو القول وهذا من الشافعي رحمه الله قطع بأن اللحمان أصناف وقد قطع قبل هذا الباب بأن ألبان الغنم والبقر والإبل أصناف مختلفة. فلحومها التي هي أصل الألبان بالاختلاف أولى.

وقال ابن الرفعة: ومن هنا نسب الأصحاب إلى المزني اختيار القول بأنها أجناس وأن كلام المزني يقتضي اختيار القطع به، ولم يصر إليه أحد من الأصحاب لأجل أن ما تمسك به في مأخذه غير خال عن احتمال. فإن الاشتراك في اسم خاص كالتمر والبر، واشتراك التمر والزبيب في اسم عام وهو الثمرة وبه ينقطع الإلزام. قلت: وسيأتي من كلام القاضي حسين ما يقتضي حكاية طريقة قاطعة والله أعلم.

والقول الثاني: أنها جنس واحد لما ذكره المصنف، وقوله: في الاسم الخاص احتراز من البر والشعير والرطب والعنب؛ فإنهما يشتركان في اسم عام كالحب والثمرة. وقوله: في أول دخولها في تحريم الربا احتراز من الأدقة. قال القاضي أبو الطيب: لأنها أجناس منع اشتراكها في الاسم الخاص وهو الدقيق إلا أنها ليست أول حال الربا. لأن الربا يجري في حباتها ولا يشترك في الاسم الخاص. وقياسه على التمور؛ قال القاضي: إن أصحابنا يقيسون على التمر أنه ليس بصحيح لأن الربا يسبق كونه رطبًا وبسرًا وتمرًا وخلًا، لأن الطلع مطعوم يجري فيه الربا. وهو أول حاليه فوجب بأن يقاس على الطلع فإن الاسم الخاص وهو الطلع يجمع الجميع وتابعه على ذلك صاحب «الشامل».

وما قاله القاضي فيه نظر، فإن الطلع اسم لطلع النخلة قبل صيرورته بلحًا أو بسرًا، وأما إطلاقه على البسر والرطب والتمر فمن باب المجاز لأنه كان كذلك فلم يتجه قول القاضي أنه اسم يجمع الجميع وإذا كان كذلك فلا يصح القياس عليه لأنه ليس هناك أشياء تشترك فيه، وإن كان أول دخول الربا فلا جرم والله أعلم. لم يعتمد المصنف ما قاله القاضي أبو الطيب مع هذا الموضع مع كونه شيخه ومعتمده واعتمد ما قاله الأصحاب.

وأما الإشكال الذي أورده القاضي فجوابه أن أنواع التمر مشتركة في اسم خاص في جميع أحوالها من أول دخولها في الربا يكون كل منها طلعًا ثم يصير بسرًا أو رطبًا ثم يصير تمرًا، وفي كل حالة من أحواله الثلاث يصدق ذلك الاسم على كل من الأنواع المعقلي والبرني وغيرهما. وذلك الاسم خاص فصح أن أنواع التمور تشترك من أول دخولها في تحريم الربا إلى آخرها في اسم خاص، هو: إما طلع وإما رطب وإما تمر. فإن ثلاثتها أنواع للثمرة وليس المراد أنها من أول دخولها في الربا تشترك في اسم التمر فافهم ذلك فإني لم أره لغيري وهو مما فتح الله تعالى به. وبذلك يحسن الاحتراز بهذا القيد عن الأدهان والأدقة فإن دقيق القمح ودقيق الشعير مثلًا إنما يشتركان في الاسم الخاص حين صارا دقيقًا وقبل ذلك كان هذا قمحًا وهذا شعيرًا ليس بينهما اشتراك في اسم خاص لا دقيق ولا قمح ولا شعير. وإنما يشتركان في اسم الحب والله أعلم.

ثم بعد ذلك رأيت هذا الذي ظهر لي بعينه ذكره القاضي أبو الطيب في مسألة الألبان فرحمه الله تعالى ورضي عنه. وبعد أن حرر القاضي أبو الطيب القياس على الطلع على ما ارتضاه، أجاب عنه بأن الطلع إنما اعتبر اشتراكه في الاسم الخاص، لأن أصوله لم يثبت لها حكم الأصناف فكان الاعتبار بنفسه، وليس كذلك اللحوم، فإن أصولها أصناف، فكان الاعتبار بأصولها، كما نقول في الأدقة والأدهان. وذكر القاضي حسين لما تكلم في الألبان أن في اللحمان طريقين ولم يبينهما. ولعل في ذلك طريقة قاطعة بأنها أجناس، وأن من أصحابنا من قال: أنها كاللحمان ومنهم من قال: الألبان أجناس قولًا واحدًا. وقول المصنف: ويخالف الأدقة والأدهان الخ مقصوده بذلك الفرق بينهما وبين اللحمان.

فإن قلت: كيف تحرير هذا الفرق؟ فإن الفرق أبدى معنى في إحدى الصورتين مفقود في الأخرى، والمعنى الذي أبداه في الأدقة والأدهان كون أصولها أجناسًا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلًا، ونحو ذلك ليس مفقودًا في أصول اللحمان حتى يضم إليه تحريم النَّساء، فليس بين الوصفين اللذين ذكرهما وهما جواز التفاضل

وعدم حرمة الربا تضاد، فكانت المقابلة الظاهرة أن يقال: لأن أصول الأدقة والأدهان ربوية بخلاف أصول اللحمان. هكذا صنع الشيخ أبو حامد.

قلت: لما كان حكم الربا في الأصول المذكورة معلومًا سكت عنه، وجعل المعنى المقصود أنه في ذلك المحل ثبت لها حكم الأجناس المختلفة في الربا، ولهذا صرح بجواز التفاضل، فإنه أثر اختلاف الجنس فيها، فلما كان اختلاف الجنس معتبرًا فيها اعتبر في فروعها بخلاف أصول اللحمان فإنها وإن كانت أجناسًا إلا أن اختلاف الجنس ليس معتبرًا فيها في الربا؛ لأنه لا ربا فيها، فنبه باختلاف الجنس في الأدقة والأدهان على المعنى الموجب لاختلاف الفروع، والمراد كونه في محل ربوي، ونبه بقوله: لا يحرم الربا في أصول اللحمان على عدم ذلك المعنى فيها، لأنه متى لم تكن ربوية لا يصح أنه يثبت لها حكم الأجناس المختلفة في الربا ضرورة، فكأنه نفى الوصف المذكور بدليله؛ والمقصود أن اللحمان لا تعتبر في أصولها في كونها أجناسًا بخلاف الأدقة حيث اعتبرت بأصولها في ذلك، وليس المقصود اعتبار كل منهما بأصله في كونه ربويًا أو غير ربوي! كل من الفرعين ربوي قطعًا، فثبوت حكم الربا أمر معلوم.

والفرق راجع إلى أن أصول الأدقة والأدهان يثبت لها حكم الأجناس المختلفة في الربا، بخلاف أصول اللحمان لم يثبت لها ذلك لأنه لا ربا فيها، وقد أجاب القاضي أبو الطيب عن هذا الفرق بأن أصول اللحمان ثبت لها حكم الأجناس المختلفة في الزكاة، ولا فرق بين الزكاة والربا، فإن حكم الصنف الواحد والأصناف فيها سواء ألا ترى أن الحنطة لا تضم إلى الشعير في الزكاة؟ ويكونان صنفين مختلفين، وكذلك في الربا، فلا فرق بينهما فقد تبين إلغاء الفرق.

والجواب عن القياس الذي استدل به لكونها جنسًا أن جعل الأصل المقيس عليه الطلع فقد تقدم جواب القاضي أبي الطيب عنه، وإن جعل القياس على التمور كما فعله المصنف وأكثر الأصحاب، فكذلك لأن المعقلي والبرني أصل. كل منها ليس جنسًا مخالفًا لأصل آخر. لأن أصلها التمر والرطب والطلع، وهو شيء واحد في جميع الأحوال كما تقدم التنبيه عليه، فليس له أصول مختلفة، فلذلك اعتبر بنفسه بخلاف اللحمان، فإن لها أصولًا مختلفة، كل منها صنف مستقل فاعتبر به، فقد تحرر المذهب نقلًا ودليلًا أن اللحمان أجناس، وهو الذي صححه كثير من الأصحاب. وممن صرح به القاضي أبو الطيب والمصنف وصاحب «البيان» والشاشي في «الحلية» والرافعي.

وقال المحاملي في مسألة الألبان: إنه القياس، ونسبه الماوردي إلى الجديد

وأكثر كتبه، وخالف القاضي حسين فقال: الصحيح أنها جنس واحد وكذلك المزني فيما حكاه ابن الرفعة عنه، وقد اعترض المصنف في «التنبيه» على الدليل الذي ذكره هنا لكونها أجناسًا فقال: لا تأثير للوصف، فإن الثياب الهروية والمروية عندهم أجناس، وإن كانت فروعًا لجنس واحد، هذا يسمى بعدم التأثر. ومعناه أن لا يعدم الحكم لعدم العلة. وقد تتعجب من المصنف لكونه استدل للقول الثاني، وأجاب عن دليل الأول وسكت على ذلك مع كونه صرح بتصحيح القول الأول ولا عجب، والسبب الداعي لذلك أن القول الثاني ـ وإن كان ضعيفًا في المذهب ـ فهو مقصور في الخلاف بيننا وبين أبي حنيفة فإن مذهبه كالصحيح عندنا، والمسألة مذكورة في الخلافيات، وممن ذكرها المصنف، وقد اعترض ابن معن صاحب «التنقيب على المهذب» فقال: قوله مشترك في الاسم الخاص في أول دخولها في الربا فيه خلل، لأن ثبوت الجنسية وعدمها لا يتلقى من تحريم الربا ينبني على ثبوت الجنسية وعدمها، وإذا كانت أصولها أجناسًا في أصل خلقتها كانت أجناسًا إذا دخلت في تحريم الربا. وهذا الاعتراض يظهر جوابه مما تقدم، واللحمان ـ بضم اللام ـ وهل هو جمع أو اسم جمع؟ كلام ابن سيده في «المحكم» يقتضي أنه جمع، فإنه قال: اللحْم واللحَم لغتان، والجمع ألحم ولحوم ولحام ولحمان.

فرع: في ذكر مذاهب العلماء في المسألة: وقد تقدم ذكر مذهبنا ومذهب أبي حنيفة أنها أجناس كالصحيح، وكذلك الأصح من مذهب أحمد. ونقل ابن الصباغ عن أحمد أن المشهور عنه أنها جنس واحد، وفصلت المالكية فقالوا: لحوم ذوات الأربع من الأنعام والوحش صنف، ولحوم الطير كله صنف، ولحوم ذوات الماء كلها صنف، فهي عندهم ثلاثة أصناف، وعند الحنابلة رواية قريبة من ذلك. واعتبر المالكية في ذلك تقارب المنفعة والرجوع إلى العادة، فعلى قول مالك رحمه الله: الإبل والبقر والغنم والوحوش كلها صنف واحد، لا يجوز من لحومها واحد باثنين، والطير كلها صنف إنسيها ووحشيها، لا يصلح من لحمها اثنان بواحد، والحيتان كلها صنف واحد، ولا بأس بلحم الحيتان بلحم البقرة متفاضلًا. وقال أبو ثور: أنها كلها جنس واحد كأحد قولي الشافعي.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن قلنا: إن اللحم جنس واحد لم يجز بيع لحم شيء من الحيوان بلحم غيره متفاصلًا، وهل يدخل لحم السمك في ذلك؟ فيه وجهان، وقال أبو إسحاق يدخل فيها فلا يجوز بيعه بلحم شيء من الحيوان متفاضلًا، لأن اسم اللحم يقع عليه، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿لِتَأْكُلُوا۟ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [النحل: ١٤] ومن أصحابنا من قال: لا يدخل فيه لحم السمك وهو المذهب،

لأنه لا يدخل في إطلاق اسم اللحم، ولهذا لو حلف لا يأكل اللحم يحنث بأكل السمك.

الشرح: إذا قلنا: إن اللحمان كلها جنس واحد فلحم الإبل والبقر والغنم مع اختلاف أنواعها، والوحوش كلها والطيور كلها جميع ذلك صنف واحد، لا فرق فيه بين الوحشي والأهلي، لا يجوز بيع شيء منه بآخر إلا مثل بمثلًا، فلا يباع لحم العصفور بلحم الجمل إلا سواء بسواء، وكذلك بقيتها. وهكذا تحرم البحريات بعضها مع بعض كلها جنس واحد، وعلى هذا القول قال الفوراني: بل أولى، ولعل الأولوية التي ادعاها من جهة أنه لم يثبت لأصولها حكم الأجناس المختلفة، بخلاف لحمان البر، فإن أصولها ثبت لها حكم الأجناس المختلفة كما تقدم.

وأما السمك مع البريات ففيه وجهان حكاهما العراقيون والخراسانيون، أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي والقاضي أبي حامد والقاضي أبي الطيب وابن الصباغ، وهو الذي أورده في «التهذيب» أنه من جنس سائر اللحوم، وادعى القاضي أبو الطيب أنه الذي نص عليه الشافعي رحمه الله، وأخذ ذلك من قوله في «الأم» الذي حكيته عنه قريبًا. ومن قال بهذا لزمه عندي أن يقول في الحيتان: أن اسم اللحم جامع، واستدل القاضي أبو الطيب وغيره لهذا القول بقوله تعالى: ﴿وَمِن كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [فاطر: ١٢] واستدل المصنف بالآية التي في الكتاب، وهي أنص في الاستدلال، لأنه أطلق فيها اللحم عليه بصراحة.

وأما قوله: ﴿وَمِن كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا﴾ فأطلق فيها ما في البر والبحر معًا، فجاز أن يكون للتغليب.

والثاني: وهو قول أبي علي الطبري واختيار الشيخ أبي حامد الإسفراييني والمصنف والمحاملي، وقال: إن المنصوص أنها مستثناة من اللحوم وأنها معها جنسان وقال الروياني: إنه الأصح في القياس، وعن البندنيجي وسليم أنه المذهب لأن لها اسمًا أخص من اللحم وهو السمك. وحمل الشيخ أبو حامد قول الشافعي المذكور على أنه ألزم من قال: اللحمان صنف أن يكون منها على سبيل الإنكار، ولم يرتض أبو الطيب هذا. وحمل قول الشافعي ـ وهذا ما لا يجوز لأحد أن يقوله ـ على التجرد، وقد تقدم قول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ ذلك. وأجاب أبو الطيب عن كون السمك أخص بأن اسم اللحم جامع بدليل الآية، والراجح ما قاله الشيخ أبو حامد، ومتابعوه ولا دلالة لأبي الطيب من كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ بل هو محتمل لذلك، ولما قاله أبو حامد.

والجواب عن قول أبي الطيب عن اسم اللحم أنه وإن كان جامعًا لكنه عند الإطلاق يتبادر الذهن منه إلى ما سوى لحم السمك، والآية فيها قرينة تبين إرادته

وهو قوله: ﴿لِتَأْكُلُوا مِنْهُ﴾ [النحل: ١٤] أي من البحر، فلم تتناوله مطلقًا، ومما يبين أن اسم اللحم عند الإطلاق لا ينصرف إلى السمك أنه لو حلف لا يأكل اللحم لم يحنث بأكل لحم السمك. كذا قال الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهما، وهو الصحيح المشهور. وفيه وجه عن بعض الخراسانيين، ولو كان يدخل في مطلقه لحنث به، فإما أن يقول: إن صدق اللحم على لحم السمك بطريق المجاز. وإما أن يقول: إنه عند الإطلاق يتقيد بما عدا السمك، ولا يستبعد أن يكون إطلاق الشيء يدل على ما هو أخص من حقيقته كالماء المطلق يختص ببعض ما يسمى ماء. والله سبحانه وتعالى أعلم.

واحتج الأصحاب أيضًا بأن السمك لا يضاف لحمه إليه فلا يقال: لحم سمك، وإنما يقال: سمك فلا ينطلق عليه اسم اللحم، ولو كان من اللحمان لصح أن يضاف باسم اللحم إلى جنسه، فيقال: لحم السمك كما يقال لحم الغنم، فلما لم يصح أن يقال ذلك ثبت أنه ليس من جهة اللحمان. قال الماوردي: فعلى هذا الوجه يكون اللحمان كلها صنفين، فلحوم حيوان البر على اختلافها صنف واحد، ولحوم حيتان البحر على اختلافها صنف واحد.

واعلم أن كلام المصنف والأكثرين إنما فرضوه في السمك مع حيوانات البر، وفي البحر أنواع من الحيوانات فهل الخلاف المذكور جار في جميعها؟ أم كيف الحال فيها؟ أما الفوراني فكلامه يقتضي تعميم ذلك الخلاف، وأن الوجهين في لحمان البر مع لحمان البحر مطلقًا؛ وكذلك الإمام، وأما القاضي حسين فتوقف فقال في السمك مع اللحم وجهان، وأما حيوانات البحر فقد تقدم القول فيها إذ قلنا: بأن اللحوم جنس واحد، وأما على القول بأن حيوانات البر أجناس فلا شك في أن حيوانات البحر مخالفة لحيوانات البر، وأما حيوانات البحر بعضها مع بعض ففيها خلاف، وهذان القولان مبنيان كما قاله الفوراني وأفهمه كلام القاضي حسين والإمام، على أن اسم السمك والحوت هل يشمل الجميع حتى يحل أكل خنزير الماء وكلبه أو لا؟

فإن قلنا: إن اسم السمك والحوت شامل للجميع كانت كلها جنسًا واحدًا ذا أنواع. وإن قلنا: إن اسم السمك والحوت لا يشمل الجميع فالحوت مع ما لا يسمى حوتًا جنسان، وما عدا الحوت أجناس أيضًا، فغنم الماء وبقره عند هذا القائل جنسان لا يطلق على الكل اسم السمك، فهي أجناس مختلفة، وجماعة من الأصحاب منهم الرافعي أطلق الخلاف في ذلك من غير بناء وهو أولى، فإن الأصح أن اسم السمك يقع على جميعها.

والأصح أنها أجناس كحيوانات البر، كما هو ظاهر كلام الشافعي، وفصل

القاضي حسين فقال في السمك مع اللحم وجهان، فأما سائر حيوانات البحر ـ إن قلنا: إن السمك مع حيوانات البر جنسان ـ فسائر حيوانات البحر مع حيوانات البر أيضًا جنسان، بل أولى، وإن قلنا: إن السمك مع حيوانات البر جنس واحد، فهل ينبني على أن الكل هل يسمى سمكًا أم لا؟ وفيه قولان، وإن قلنا: الكل يسمى سمكًا فحكم الكل حكم السمك وإلا فهي أجناس مختلفة. قلت: والأصح على ما قاله صاحب «التهذيب» أن الكل يسمى سمكًا فلذلك أتى المصنف وغيره بلفظ السمك لشموله للجميع، والله أعلم.

ثم فيما قاله القاضي حسين مناقشة، وهي أن المدرك في استثناء السمك أنها اختصت باسم، وهذا المعنى لا يوجد في بقية حيوانات البحر، فينبغي أن يقال: إن قلنا السمك من جنس لحوم البر فبقية حيوانات البحر أولى. وإن قلنا: السمك جنس آخر ففي بقية حيوانات البحر وجهان مبنيان على أن الكل يسمى سمكًا أو لا؟، إن قلنا: يسمى سمكًا كانت من جنس اللحوم فيكون جنسًا آخر، وإن قلنا: لا يسمى سمكًا كانت من جنس اللحوم لعدم الاسم الخاص، أعني أن لحمها ليس له اسم بخصوصه، فإن صح هذا الترتيب فيجيء في حيوانات البحر ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها من جنس اللحم مطلقًا، والثاني: جنس آخر مطلقًا، والثالث أن غير السمك من جنس اللحم، والسمك جنس آخر وهذه الثلاثة أوجه تفريع على أن اللحوم جنس واحد، وحكم بيع اللحم باللحم على هذا القول سنذكره إن شاء الله تعالى في الفصل السادس بعد هذا الفصل.

فرع: عن «التنبيه» على قول أبي إسحاق: الجراد هل يكون من جنس اللحم؟ فيه وجهان أحدهما: نعم كالسمك، والثاني: لا، لأن اسم اللحم لا يطلق على الجراد، وصورته ليس صورة اللحم، وإذا قلنا: بقول أبي علي في أن السمك لا يدخل في اللحم فالجراد هل يلحق بحيوان البحر لحل ميتتهما؟ ولأنه نقل في الآثار أن أصله سمك؟ فيه وجهان، ولخص الرافعي ذلك.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن قلنا: إن اللحوم أجناس جاز بيع لحم كل جنس من الحيوان بلحم جنس آخر متفاضلًا، فيجوز بيع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلًا ولحم بقر الوحش بلحم بقر الأهل، لأنهما جنسان، ولا يجوز بيع لحم الضأن بلحم المعز ولا لحم البقر بلحم الجواميس متفاضلًا، لأنهما نوعان من جنس واحد.

الشرح: إذا قلنا: بأن اللحوم أجناس فلا شك أن البحري مع البري جنسان وممن صرح به الرافعي، وأما البري مع البري، والبحري مع البحري، فقد تقدم قول الشافعي رحمه الله أن لحم الغنم صنف، ولحم الإبل صنف الخ. وبسط الأصحاب ذلك

فقالوا: الأهليات من حيوانات البر مع الوحشيات جنسان لكل من القسمين أجناس فلحوم الإبل بأنواعها جنس، بخاتيها وعرابها وأرحبيها ونجديها ومهريها، وسائر أنواعها جنس، عرابها وجواميسها ودرنانيها هكذا رأيتها مضبوطة بخط سليم ـ بفتح الدال والراء المهملة والنون ـ والغنم الأهلية ضأنها وماعزها جنس، والوحوش أجناس، فالظباء جنس، ما تأنس منها وما توحش، قاله الشيخ أبو حامد، وبقر الوحش صنف، قاله الشيخ أبو حامد والمصنف والمحاملي والماوردي، وابن الصباغ، لأن الاسم لا ينصرف إليها ولا يضم إليها في الزكاة، وسيأتي فيه وجه أنها جنسان.

والضباع جنس، والأرانب جنس، والثعالب جنس، واليرابيع جنس، والوحشي من الغنم جنس غير الغنم الأنسي، نص عليه الشافعي رحمه الله والقاضي أبو الطيب والمحاملي وابن الصباغ، وقالا: أن الوحشي من الغنم هو الظباء، والحمر الوحشية صنف، قاله ابن الصباغ.

قال المحاملي وغيره: وليس في الإبل وحشي، وفي الظباء مع الأيل ـ بالياء المثناة من تحت ـ تردد للشيخ أبي محمد ويستقر جوابه على أنهما كالضأن والمعز، وفي «التتمة» أيضًا حكاية وجه أن الظباء والأيل تلحق بالغنم، لأنها تقرب منه، والتفاوت الذي بين الظباء والمعز ليس بأكثر من التفاوت بين الضأن والمعز، وطرد ذلك في البقر الوحشي مع الإنسي، وهذا موافق مذكورًا في الأيمان عن صاحب «التهذيب» أن الحالف على لحم البقر لا يحنث بالوحشي وبناه على أنه هل يجعل جنسًا في الربا؟ وهذا هو الوجه الذي وعدت بذكره قريبًا.

والطيور أصناف: الكراكي صنف، والأوز صنف، والعصافير على اختلاف أنواعها، فأما لحم اللبح فجنس واحد غير لحم العصفور لأنه يسمى عصفورًا قاله القاضي حسين، والبطوط صنف، والفواخت صنف، والدجاج صنف، قال الشيخ أبو حامد، قال الربيع: والحمام صنف، والحمام كل ماعب وهدر. قال الشيخ أبو حامد: والذي عندي القول بأن الفواخت جنس، والقماري جنس، والدباسي جنس. وقال الروياني: إن الذي اختاره الشيخ أبو حامد اختيار جماعة من أصحابنا. وقد أطلق جماعة حكاية الخلاف في ذلك عن الربيع كما أشار إليه الشيخ أبو حامد منهم: الرافعي قال: وعن الربيع أن الحمام بالمعنى المتقدم في الحج وهو كل ماعب وهدر جنس. قال الرافعي: فيدخل فيه القمري والدبسي والفاخت، وهذا اختيار جماعة منهم: الإمام وصاحب «التهذيب». قال الرافعي: واستبعده أصحابنا العراقيون وجعل كل واحد منهما جنسًا برأسه.

قلت: والذي رأيته في «الأم» في باب بيع الآجال قال الربيع: ومن زعم أن اليمام من الحمام فلا يجوز لحم اليمام بلحم الحمام متفاضلًا، ولا يجوز إلا مثلًا بمثل إذا انتهى تبينه، وإن كان من غير الحمام فلا بأس به متفاضلًا وهذا ليس فيه جزم من الربيع، بأن اليمام من جنس الحمام، لكنه لم ثبت في الحج أن اليمام والقمري والفاخت والدبسي والقطا كلها داخلة في اسم الحمام، وقد قال الربيع هنا: أن من زعم أن اليمام من الحمام فلا يجوز متفاضلًا اقتضى مجموع هذين أن اليمام بالحمام لا يجوز متفاضلًا. فيكون كذا، ولكن لا بد في ذلك من أن يكون الربيع موافقًا على ما ذكر في الحج حتى ينسب إليه، والأصحاب ذكروا ذلك في الحج، ولم يذكروا عن الربيع فيه شيئًا موافقة ولا مخالفة. وكلام الربيع الآن فيما يحضرني هنا يقتضي ثبوت خلاف في دخول اليمام تحت اسم الحمام ولم يذكر عن نفسه اختيارًا في ذلك. واستبعاد أصحابنا العراقيين ذلك فيه نظر. فإنه إذا ثبت دخولها في اسم الحمام في الحج كانت من جنسه ولا يضر كونها لها اسم خاص كالجواميس مع البقر، فلا جرم ذهب الإمام وصاحب «التهذيب» إلى ذلك وهو قوي.

قال الماوردي: وهكذا كل جنس من الطيور لحوم جنسها صنف. ونقل الشيخ أبو حامد وابن الصباغ عن الربيع، أنه قال: ماعب وهدر جنس واحد واللفظ لابن الصباغ؛ قال ابن الصباغ وهذا بعيد لأن ما انفرد باسم وصفة وجب أن يكون صنفًا وفي «الأم» قال الربيع: ومن زعم أن اليمام من الحمام فلا يجوز لحم اليمام بلحم الحمام متفاضلًا وإن كان من غير حمام فلا بأس به متفاضلًا. وفي «المجرد» حكاية الوجهين عن المروزي وأن الشيخ يعني أبا حامد قال: هي أصناف قولًا واحدًا. وهكذا السموك أجناس، قال الرافعي في غنم الماء وبقره: وكذا بعضها مع بعض قولان، أصحهما: أنها أجناس كحيوانات البر، قلت: وهذا المنصوص عليه.

قال الشافعي في «الأم» في باب ما جاء في بيع اللحم في التفريع على القول بأن اللحوم أجناس: ولا بأس بلحم ظبي بلحم أرنب رطبًا برطب ويابسًا بيابس مثلًا بمثل أو بأكثر وزنًا بجزاف، وجزافًا بجزاف لاختلاف الصنفين، وهكذا الحيتان كله لا يجوز أن أقول هو صنف لأنه ساكن الماء، ولو زعمته زعمت أن ساكن الأرض كله صنف: وحشيه وإنسيه، وكان أقل ما يلزمني أن أقول ذلك في وحشيه، لأنه يلزمه اسم الصيد، فإذا اختلف الحوتان فكل ما تملكته ويصير لك فلا بأس برطل من أحدهما بأرطال من آخر يدًا بيد، ولا خير فيه نسيئة، ولا بأس به يدًا بيد وجزافًا بجزاف وجزافًا بوزن، هذا كلام الشافعي بلفظه. قال القاضي أبو الطيب في الحيتان: كل ما اختص باسم وصفة فهو صنف. وقال الرافعي: وفي غنم الماء

وبقره وغيرهما من السموك وكذا بعضها من بعض قولان، أصحهما: أنها أجناس كحيوانات البر، وكذلك الماوردي حكى في لحوم الحيتان على القول بأن اللحوم أجناس وجهين:

أحدهما: أن جميعها صنف. قال: وهذا قول من يزعم أنه لا يؤكل من حيوان البحر إلا حيتانه.

والثاني: أنها أصناف. قال: وهو قول من يزعم أن حيوان البحر كله مأكول حيتانه ودوابه وما فيه من كلب وغيره. فعلى هذا يكون السمك كله صنفًا واحدًا والنتاج صنفًا، وكل ما اختص باسم يخالف غيره صنفًا، قلت: وكلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ المتقدم صريح في أن الحوتين قد يختلفان فيكونان جنسين فهو يرد ما قاله، والله أعلم.

وكذلك قال الشافعي في باب بيع الآجال من «الأم»: «إذا اختلفت أجناس الحيتان فلا بأس ببعضها متفاضلًا وكذلك لحم الطير إذا اختلفت أجناسها»، هذا لفظ الشافعي بحروفه، وهو صريح في ذلك، ولم يذكره تفريعًا على قول، بل أطلقه والله أعلم.

وإذا عرف ذلك قال الشافعي رحمه الله والأصحاب: إذا قلنا: اللحوم أجناس، فباع جنسًا بجنس آخر فجاز البيع سواء كانا رطبين أم يابسين، أم رطبًا ويابسًا، وزنًا وجزافًا، متفاضلًا ومتماثلًا، إذا كان نقدًا، يدًا بيد كالقمح والشعير، وإنما جعل البقر الوحش جنسًا مخالفًا للبقر، لأنه يفهم من لفظ البقر عند الإطلاق فكان كالتمر الهندي مع التمر وزيت الفجل مع الزيت، وكذلك غنم الوحش مع غنم الأهل، وإنما كانت الظباء جنسًا وحشيها وما تأنس منها، لأن الاسم الصادق عليهما واحدًا، والضمير في قول المصنف لأنهما جنسان الأولى أن يكون عائدًا إلى بقر الوحش وبقر الأهل، ونبه على ذلك لأنه قد يخفى. أما البقر والغنم فذلك مما لا يخفى على القول الذي عليه نفرع، والضأن والمعز نوعان لجنس واحد. قال المتولي: إن ذلك لا خلاف فيه، وكذلك البقر العراب والجواميس، فكذلك لم يجز التفاضل بينهما، وقد يستشكل من جهة أن الجواميس اختصت باسم لا يشاركها فيه غيرها، فكانت كالسمك مع اللحم.

وأما الضأن والمعز فالظاهر أنهما صنفان لنوعي الغنم لا اسمًا فأشبها المعقلي والبرني، وفي النفيس من الجواميس ـ وإن سلمنا صدق البقر عليها ـ فذلك كصدق الدهن على الزيت، قال الماوردي: ولا فرق بين المعلوف والراعي، ولا بين المهزول والسمين.

تنبيه: إطلاق كثير من الأصحاب على عبارتهم: أن السمك مع اللحم إذا قلنا: بأن اللحوم أجناس جنسان، وعبارة بعضهم ومنهم: الرافعي لحوم حيوانات البحر، وبين العبارتين فرق، فإن الكلام في لحميهما، أما السمكة الكاملة ففي بيعها باللحم حية وميتة كلام نذكره في بيع اللحم بالحيوان إن شاء الله تعالى.

فرع: ينبغي أن يكون هذا الفرع تفريعًا على أن اللحوم جنس واحد هل الجراد من جنس اللحوم؟ فيه وجهان، إن قلنا: نعم، فهو من البريات أو البحريات فيه وجهان، قاله الروياني والرافعي فاجتمع فيه ثلاثة أوجه، قال في «الروضة» أصحها: أنه ليس من جنس اللحوم واستدل الروياني بكونه من البحريات لكونه نقل في الآثار أن أصله سمك، ولهذا حلت ميتته، والوجه الآخر بأنه حيوان بري يلزم الجزاء على المحرم بقتله.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: واللحم الأحمر والأبيض جنس واحد، لأن الجميع لحم، واللحم والشحم جنسان واللحم والألية جنسان والشحم والألية جنسان واللحم والكبد جنسان والكبد والطحال جنسان، واللحم والكلية جنسان، لأنها مختلفة الاسم والخلقة.

الشرح: الكلام في هذا الفصل في اللحم الذي تختلف صفته، وفي أعضاء الحيوان الواحد، فأما اللحم المختلف الصفة فإنه لا أثر لاختلاف الصفة فيه، قال الشيخ أبو حامد: لا خلاف على القولين أن اللحم الأبيض السمين واللحم الأحمر جنس واحد. يعني إن قلنا: إن اللحم جنس واحد فذلك جنس واحد، سواء كان من حيوان واحد أم من حيوانين.

وإن قلنا: أنهما جنسان، فإذا انقسم لحم الجنس الواحد إلى أبيض وأحمر كان جنسًا، ولا أثر للاختلاف في هذا الوصف، أما إذا كان الأبيض من جنس والأحمر من جنس آخر فلا شك أنهما جنسان على القول بأن اللحوم أجناس، لاختلاف أصليهما وصفتيهما، وقد أطبق الأصحاب على أن اللحم الأحمر والأبيض جنس. وسنذكر خلافًا عن الماوردي في أن ما حمله الظهر من جنس الشحم أو لا ومقتضى قول من يجعله جنس الشحم أن يقول: بأنه مخالف للحم، وذلك اختلاف في حقيقته هل هو لحم أبيض أو شحم مع الاتفاق على حكم التسمية؟ وأما أعضاء الحيوان كالكرش والكبد والطحال والقلب والرئة ففيها طريقان، أشهرهما: أنا إذا قلنا: اللحوم أجناس فهذه أولى لاختلاف أسمائها وصفاتها. وإن قلنا: أنها جنس واحد فوجهان، لأن من حلف ألا يأكل اللحم لا يحنث بأكل هذه الأشياء على الصحيح.

وهذا كالخلاف في أن لحم السمك أجناس أو هو جنس كسائر اللحم. هكذا عبر الرافعي عن هذه الطريقة. وعبر الإمام عنها: بأنا إن قلنا اللحوم جنس واحد فكل ما حنث به الحالف على الامتناع من أكل اللحم فهو من جنس اللحمان وفيما لا حنث بأكله وجهان كالوجهين في اللحم الذي مع لحوم الحيتان، والكلامان راجعان إلى معنى واحد، فالرافعي كأنه بنى كلامه على أن الحالف على اللحم لا يحنث بهذه. وحكى الخلاف مع ذلك ورجع إلى ما قاله.

وإن شئت جعلت الخلاف مرتبًا فنقول: إن قلنا: أنها جنس فإن قلنا: يحنث الحالف على اللحم بها فهي جنس، وإن قلنا: لا يحنث ففي المجانسة وجهان كالسمك مع اللحم. والطريقة الثانية:، وكلام المصنف أقرب إلى الطريقة الأولى مع عدم حكاية الخلاف، فكأنه جزم بالاختلاف على القولين، أو رجح القول بالاختلاف في هذه على القول بأن اللحوم جنس واحد، فلو تحقق من المصنف الجزم بذلك كان ذلك طريقة ثالثة في المسألة، وهو الجزم بأنها أجناس على القولين، والطريقة الثانية عن القفال. قال الإمام: وهذه الطريقة رديئة لم أرها إلا لشيخنا حكاها عن القفال. قال: فلا أعدها من المذهب فإنا إن جعلنا اللحوم جنسًا واحدًا فهذه الأشياء مجانسة لها، وإن جعلناها أجناسًا فوجهان لاتحاد الحيوان وصار كلحم الظهر مع شحمه.

قال الرافعي: وكيفما قرر فظاهر المذهب ما قاله المصنف، فتذكر الأعضاء كما ذكرها المصنف مفصلة، وما ذكره معها مما يشبه الأعضاء، وإن كان لا يسمى عضوًا ونتكلم في ذلك على ترتيبه.

أما اللحم والشحم فجنسان، سواء كانا من حيوان واحد أو من حيوانين مختلفي الجنس. وإن قلنا: اللحوم جنس واحد لاختلاف اسميهما فإن لكل منهما اسمًا يخصه، ومع اختلاف الاسم الخاص لا أثر لاتحاد الجنس المأخوذ منه أو اختلافه، وهذا لا خلاف فيه أيضًا على ما اقتضاه كلام الشيخ أبي حامد.

وقال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ: أنه نص عليه في رواية حرملة، قال: هو المحاملي وابن الصباغ، وأراد به الشحم الذي في الجوف، فأما الذي على جنب البهيمة فالظاهر أنه لحم أبيض وليس بشحم، وممن جزم به من الخراسانيين أيضًا القاضي حسين.

واعلم أن الكلام في شحم الظهر والجنب شيء واحد والأصح أنهما من جنس اللحم لاحتكارها، عند الهزال. وقيل: من جنس الشحم لقوله تعالى: ﴿حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ﴾ [الأنعام: ١٤٦] وأما شحم البطن فمغاير للحم

بلا خلاف وشحم العين جزم به الشافعي رحمه الله في أول كلامه في الأيمان بأنه كشحم البطن. ثم حكى فيه وجهين في آخر كلامه.

قال صاحب «التهذيب»: ويجوز بيع شحم البطن بشحم الظهر ولحمه متفاضلًا وجزافًا ورطبًا ويابسًا لأنهما جنسان، وتابعه الرافعي على ذلك، وجزم في الربا وبكونهما جنسين ولك أن تقول: يتعين أنهما جنس واحد، وهو الخلاف الذي تقدم وسيأتي عن الماوردي. وذكروا وجهًا في الأيمان عن أبي زيد أن الحالف إن كان عربيًا فشحم الظهر شحم في حقه لأنهم يعدونه شحمًا، وإن كان عجميًا فهو لحم في حقه، وهذا الوجه لا يظهر جريانه في الربا، لأن الجنسية في الربا ليست راجعة إلى فهم المتعاقدين والله أعلم.

وكذلك اللحم والألية جنسان على الصحيح من المذهب، ونقله المحاملي عن الأصحاب وهو الذي أورده الصيمري وصاحب «التهذيب». وعلل القاضي حسين الوجه الآخر بأن الألية لحم إلا أنه سمين، فأشبه لحم الظهر ولحم الجنب، وهذا ضعيف، والشحم والألية جنسان جزم به في «التهذيب». قال الجرجاني في «الشافي»: أنه لا خلاف في ذلك.

وقال القاضي حسين: إن الخلاف فيها كاللحم والألية، ونقل صاحب «الذخائر» بعدما حكى قول الأصحاب في الألية مع اللحم والشحم احتمال الإمام عن أبي بكر الشاشي أنه حكى طريقين في الألية مع اللحم والشحم، أحدهما: أنه على الوجهين المذكورين، والثاني: أنها من اللحم قولًا واحدًا، والأصح على ما ذكره الرافعي في الأيمان أن الألية ليست بلحم ولا شحم. وقيل: لحم، وقيل: شحم. أما الشحوم وحدها هل هي أجناس أو جنس واحد؟ فيها قولان كاللحوم. قاله الماوردي.

قال: ولكن هل تكون الألية وما حمله الظهر صنفًا من الشحم أم لا؟ فعلى وجهين، أحدهما: أنها من جملة الشحم، وهو قول مالك، والثاني: أنها أصناف مختلفة ـ وهو قول أبي حنيفة ـ ولتوجيه ذلك موضع من كتاب الأيمان، واللحم والكبد جنسان على ما قاله الرافعي في الأيمان، قال صاحب «البيان»: فكل واحد من هذه الأجناس يجوز بيعه بالجنس الآخر متفاضلًا.

فرع: وهو أصل: قال الإمام لما تكلم في هذه الأشياء: القول في هذا يستدعي تقديم أمر إلى أصل في الأيمان، إذا قال الرجل: والله لا آكل اللحم فالذي ذهب إليه جماهير الأصحاب أنه لا يحنث بأكل الكبد والكرش والطحال والمعاء والرئة، فإنها لا تسمى لحمًا.

وحكى الشيخ أبو علي عن أبي زيد المرثوزي قولين، أحدهما: هذا، والثاني: يحنث فإنها في معنى اللحم، وهذا بعيد لم أره لغيره، ولم يختلف الأصحاب في أن من حلف لا يأكل اللحم لم يحنث بأكلها، ولست أعني سمين اللحم، فإنه معدود من اللحم، اتفق عليه من نقلوه.

وأما القلب، فقد قطع الصيدلاني وغيره من المراوزة بأنه لحم، وذكر العراقيون أنه كالكبد والذي قاله محتمل والكلمة عندي في معنى القلب؛ والألية لم يعدها المحققون من اللحم ولا من الشحم، وهذا فيه احتمال عندي، فيشبه أن يقال: هو كاللحم السمين يجمع للصائر على موضع مخصوص، فإذا ثبت ما ذكرناه من حكم الأيمان واستقصاؤه يحال على موضعه، عدنا إلى غرضنا.

فرع: قال الماوردي: فأما البيض فنوعان بيض طير وبيض سمك فبيض الطير لا يكون صنفًا من لحم الطير، لأن البيض أصل الحيوان فلم يجز أن يكون صنفًا من اللحم الذي هو فرع للحيوان، فعلى هذا إذا قيل: اللحمان أصناف فالبيض أولى أن يكون أصنافًا، وإذا قيل: هذا صنف واحد ففي البيض وجهان. وأما بيض السمك فهل يكون نوعًا من لحم السمك؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه صنف غيره كما أن بيض الطير صنف غير لحمه، والثاني: أنه نوع من لحم السمك، يؤكل معه حيًا وميتًا، وسيأتي الكلام في البيض في آخر الباب عند ذكر المصنف له، والأصح من الوجهين المذكورين في بيض الطيور أنه أجناس.

فرع: صفرة البيض وبياضه جنس واحد؛ لا يجوز بيع بعضه ببعض هكذا قال الروياني.

فرع: بيع البيض المقلي بالمقلي أو المقلي بغير المقلي، قال الروياني: فيه وجهان، أحدهما: لا يجوز لتغيره عن حال الكمال، ولدخوله النار، والثاني: يجوز لأنه بالمقلي لم يخرج عن حال الادخار والنار لا تنقص منه شيئًا. قلت: إن كان فرض المسألة في المنزوع القشر فلا يجوز بيع بعضه ببعض، وإن كان بقشره فلا يسمى مقليًا فلينظر ا هـ.

والكبد والطحال جنسان، قاله المصنف وصاحب «البيان»، والفؤاد صنف آخر قال الماوردي. وكذلك المخ والدماغ والكرش والمصران، كل واحد منها صنف أيضًا، وقال القاضي حسين: إن الكرش والمصران كاللحم مع الشحم، يعني فيكونان جنسين كما قال الماوردي، وكذلك اللسان صنف آخر، قاله الروياني، والقلب والألية، قال القاضي حسين: قد قيل: فيهما وجهان، لأنهما يسميان لحمًا، وجزم صاحب «التهذيب» أن القلب والرئة واللحم أجناس مختلفة، وهو الأصح في

الرافعي في الأيمان، والمخ مع هذه الأشياء جنس آخر، قال الإمام والرافعي وغيرهما، وكذا الجلد جنس آخر قاله الرافعي، واستدرك عليه في «الروضة» فقال: المعروف أن الجلد ليس ربويًا، فيجوز بيع جلد بجلود وبغيرها فلا حاجة إلى قوله: إنها جنس آخر.

قلت: ويمكن حمل كلام الرافعي على الجلد الذي يؤكل كجلد السميط فإنه مأكول فكيف لا يكون ربويًا؟ وقد صرح صاحب «التلخيص» بجواز بيع اللحم المسموط في جلده، وقد قال الماوردي: إنه إذا باع اللحم الذي عليه جلد يؤكل كجلد الحدأ والدجاج بمثله ففيه وجهان كالعظم، وقال في «الرونق» المنسوب لأبي حامد الجلود مما اختلف قول الشافعي فيه هل هو نوع أو أنواع فيصح ما قاله الرافعي ويظهر أنه إذا باع اللحم مع جلده المأكول بلحم كان من قاعدة مدّ عجوة وصورة المسألة إذا كان اللحم يابسًا والله أعلم.

ورأيت في «البحر» للروياني ما هو أغرب من هذا، قال: إذا باع جلد الغنم بجلد البقر متفاضلًا هل يصح؟ يحتمل قولين بناء على القولين في اللحمان، وهذا لا يمكن تأويله على ما حملنا عليه كلام الرافعي، وهو يدل على أنه يعتقد أن الجلد ربوي، وأنه لو باعه بجلد من جنسه لم يجز التفاضل قولًا واحدًا وهو عجيب، والذي قاله النووي هو الأقرب، وفي شحم الظهر مع شحم البطن وجهان، قاله الرافعي وسنام البعير مع شحم ظهره وشحم بطنه جنسان قاله صاحب «التهذيب» والرافعي، وكلام الرافعي يحتاج إلى تأمل حتى ينزل على ذلك، وكلام «التهذيب» صريح، ولحم الرأس والأكارع من جنس اللحم قاله الرافعي.

وفي الأكارع احتمال عند الإمام، قال: إن الأئمة قطعوا بذلك، ثم قال: ولا اعتراض في الاتفاق، فلعل ذلك من جهة أنه يؤكل أكل اللحم، وإلا فالظاهر عندي أن القصبة المفردة ليست لحمًا، والذي قاله البغوي أن في لحم الرأس والخد واللسان والأذرع طريقين، أصحهما: يحنث بأكلهما إذا حلف أن لا يأكل اللحم، والثانية: على وجهين فيكون ما قاله في الربا جريًا على أحد الطريقين، قال الإمام: والعظم لا شك أنه ليس بلحم، الصلب منه والمشاشي والغضروفي، وقد علل المصنف ذلك كله بأنها مختلفة الاسم والخلقة، وهي علة شاملة، غير أنه لم يتقدم في ضابطه إلا اختلاف الاسم، وأما اختلاف الخلقة فلم ينبه عليه فيما تقدم.

فرع: قد تقدم أن الشحوم جنس غير اللحم، وفي الشحوم نفسها قولان كاللحم، حكاهما الماوردي قال: وهل الألية وما حمله الظهر صنفان من الشحم؟

فيه وجهان، أحدهما: نعم، وهو قول مالك، والثاني: أنها أصناف مختلفة غير الشحم وهو قول أبي حنيفة.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وأما الألبان ففيهما طريقان: من أصحابنا من قال: هي كاللحمان؛ وفيها قولان، ومنهم من قال: الألبان أجناس قولًا واحدًا، لأنها تتولد من الحيوان والحيوان أجناس، فكذلك الألبان، واللحمان لا تتولد من الحيوان، والصحيح أنهما كاللحمان.

الشرح: نص الشافعي رحمه الله في «الأم» و«المختصر» جازم بأن الألبان أجناس قال في «الأم» في باب ما يكون رطبًا أبدًا: والصنف الواحد لبن الغنم ماعزه وضانيه والصنف الذي يخالفه البقر درنانيه وعرابيه وجواميسه، والصنف الواحد الذي يخالفهما معًا لبن الإبل: أواركها وعواديها ومهريها ونجيبها وعرابها. قال في باب بيع الآجال: والألبان مختلفة وذكر أصنافها وصرح ببيعها متفاضلًا، وقال أبو حامد: إنه لا يعرف أنه نص على غير ذلك، وقال القاضي الماوردي: أنه نص في «القديم» على أنها صنف واحد، وهذا غريب، وبتقدير ثبوته لما اقتصر الشافعي في «الجديد» فيها على قول واحد ونص في «الأم» في اللحمان على القولين المتقدمين. قال الشيخ أبو حامد الإسفراييني وابن الصباغ والقاضي أبو الطيب: قال أصحابنا: يجب أن تكون الألبان أيضًا على قولين لأنه لا فرق بينها وبين اللحمان. وتوجيه القولين كما مر في مسألة اللحمان حرفًا بحرف، والصحيح من القولين أنها أجناس كما في اللحمان. قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ.

وممن جزم بهذه الطريقة وتخريجها على قولي اللحمان المحاملي في «المجموع». ورجحها أبو إسحاق المروزي والمصنف. وقال الرافعي: إنها الأظهر عند الأكثرين وذهب آخرون إلى القطع بأنها أجناس مختلفة، وفرقوا بينها وبين اللحمان بفرقين، أحدهما: ما ذكره في الكتاب. وممن ذكره القاضي أبو الطيب. وذكر القاضي أبو الطيب عن أبي إسحاق أنه قال: يمكن أن يقال: لا يجوز بيع شاة لبون بشاة لبون، ويجوز بيع الشاة بالشاة إذا لم يكن فيهما لبن ولا يمنع ما فيها من اللحم من بيع إحداهما بالأخرى تولد على افتراقهما. ثم قال أبو إسحاق: الأقوى تخريجها على قولين، والثاني: أن الأصول التي حصل اللبن منها باقية بحالها، وهي مختلفة فيدام حكمها على الفروع بخلاف أصول اللحم، قاله الرافعي وفي كل من الفرقين نظر.

أما الأول الذي في الكتاب فلأن لقائل أن يغلب ذلك، لأن الألبان تتولد من الحيوان بانتقالها عما كانت عليه حين كانت جزء حيوان دمًا إلى حالة أخرى. فناسب أن تعتبر بنفسها، واللحمان لا تتولد، بل هي عين جزء الحيوان فارقته

الروح، فكان إجراء حكمها عليها أولى من الفروع المتولدة عنها.

وأما الفرق الثاني فلأن الوصف المذكور لا تأثير له بدليل أنه مفقود في الأدقة وهي أجناس. وذكر القاضي حسين فرقًا ثالثًا وهو أن اللبن يجري فيه الربا وإن كان متصلًا بالحيوان بخلاف اللحم. قال الإمام: وهذا الفرق رديء فإن الألبان في الضروع، وقد اشتركت في الاسم الخاص من أول حصولها، وهذا معتمد اتحاد الجنس، ولا منفعة في إجراء الربا فيها في الضروع بعد القطع باختلاف أصولها وقد تقدم على القاضي حسين أن في اللحمان أيضًا طريقة قاطعة فعلى تلك الطريقة الألبان أولى، وعلى طريقة إجراء القولين يأتي الطريقان المذكوران هنا.

التفريع: إن قلنا: أنها صنف واحد فلا يجوز بيع لبن بلبن إلا متماثلًا، وله أحكام تذكر في كلام المصنف في الفصل الثاني عشر بعد هذا الفصل قال القاضي أبو الطيب: على هذا القول كل ما يسمى لبنًا جنس واحد، وإن قلنا: أصناف فلبن البقر الأهلية جنس، ولبن البقر الوحشية باختلاف أنواعها جنس، ولبن الغنم الأهلية جنس ولبن الغنم الوحشية، وهي الظباء وأنواعها جنس، ولبن الإبل بأنواعها جنس، ولا يكون للإبل وحش، فيجوز بيع أحد الجنسين بالآخر متفاضلًا، وبيعه بما يتخذه من الآخر، وقد تقدم تفصيل ذلك في اللحوم ولكني أقصد زيادة البيان، وتأسيت أيضًا بالأصحاب فإنهم ذكروه كذلك، ولبن الضان والمعز جنس واحد، ولبن الوعل مع المعز الأهلي جنسان اعتبارًا بالأصول، قاله الرافعي وصاحب «التهذيب»، ولبن الآدميات جنس، قاله ابن سراقة، ولا شك في ذلك إذا قلنا: إن الألبان أجناس، أما إذا قلنا الألبان جنس واحد فسيأتي الكلام في بيع اللبن بعضه ببعض من جنسه، سيأتي في كلام المصنف إن شاء الله تعالى، ومذهب مالك وأحمد رحمهما الله تعالى أنها صنف، ومذهب أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ أنها أصناف.

فائدة: قال أبو محمد عبد الله بن سعيد الأموي في «نوادره»: ولا أقول صِنفًا إنما هو صَنف ـ بالفتح ـ وصنوف وأنشد:

إذا مت كان الناس صنفين

البيت.

فرع: إن قلنا الألبان جنس واحد فلبن الآدمي مع غيره فيه وجهان، أحدهما: أن الكل جنس واحد، والثاني: لا، لأن لبن الآدمي جنس وسائر الألبان جنس آخر، لأن ما يستخرج منه هذا اللبن لا يؤكل لحمه، ويخالف سائر الألبان في الحكم، فكان جنسًا آخر، قاله القاضي حسين.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: وما حرم فيه الربا لا يجوز بيع

بعضه ببعض حتى يتساويا في الكيل فيما يكال، والوزن فيما يوزن، لما روى عبادة بن الصامت ﷺ أن النبي ﷺ قال: «الذهب بالذهب تبره وعينه، وزنًا بوزن والفضة بالفضة تبره وعينه، وزنًا بوزن، والملح بالملح، والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير كيلًا بكيل، فمن زاد أو ازداد فقد أربى.

الشرح: حديث عبادة هذا بهذا اللفظ أخرجه النسائي في «السنن الكبرى»[(١)] وسنده صحيح ولم يخرجه من الأئمة الستة أحد غيره، ورواه البيهقي أيضًا من غير طريق النسائي وأخرجه النسائي في كتابه «المجتبى» بهذا اللفظ أيضًا إلا قوله في آخره كيلًا بكيل فإن موضعها عنده: «سواء بسواء مثلًا بمثل» وقد تقدم حديث عبادة ﷺ في موضعين من كلام المصنف، وأصله في «صحيح مسلم» كما تقدم، وقد تقدمت أحاديث صحيحة في هذا المعنى، منها: حديث فضالة بن عبيد ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا وزنًا بوزن»[(٢)] رواه مسلم، ومنها: حديث أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب وزنًا بوزن مثلًا بمثل، والفضة بالفضة وزنًا بوزن مثلًا بمثل»[(٣)]، رواه مسلم رحمه الله، والأحاديث التي فيها ذكر الصاع في الأشياء الأربعة كثيرة.

وقد روى أبو داود هذا الحديث بقريب مما في الكتاب من غير ذكر الوزن لكن قال في الأشياء الأربعة: مدى بمدى قال القلعي: والمدى مكيال لأهل الشام معروف يسع نيفًا وأربعين رطلًا، والتبر قال الأزهري: التبر من الذهب والفضة ما كان غير مصوغ ولا مضروب، وكذلك من النحاس، وسائر الجواهر ما كان كسارًا غير مصنوع آنية ولا مضروب فلوسًا، وأصل التبر من قولك: تبرت الشيء أي كسرته حدادًا، وقد تقدم في التبر بحث. وقوله: عينه يريد ذاته، وقد تقدم أنه من الأسماء المشتركة وقد اتفق أكثر العلماء على هذه الجملة وأن المساواة المعتبرة هي المساواة في المكيل كيلًا، وفي الموزون وزنًا، ولا يضر اختلاف المكيلين في الوزن، ولا اختلاف الموزونين في الكيل، فأما ما أصله الوزن فلا يجوز بيعه كيلًا بكيل، نقل الشيخ أبو حامد الإجماع فيه.

وأما ما أصله الكيل فنقل الفوراني من أصحابنا أنه يجوز بيعه وزنًا، حكاه عنه جماعة منهم ابن يونس، وقال صاحب «الذخائر»: أنه ـ أعني الفوراني ـ حكاه عنه «المهذب»، ولم يحك سواه، وهذا ضعيف مردود ولا معول عليه مع أن الذي رأيته في كتاب «الإبانة» المنع وموافقة الأصحاب.

---

(١) (٧/ ٢٧٧).
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.

وحكي الجواز عن أبي حنيفة، وروي عن مالك قال: يجوز بيع بعض الموزونات ببعض جزافًا، وسيأتي النقل عن مالك، وقال الشيخ أبو حامد: قال بعضهم: يجوز أن يبيع المكيل كيلًا بكيل ووزنًا بوزن، قال: لأن الاعتبار بالتساوي، فإذا وجد بالوزن جاز، ولأنه لا خلاف أنه لو أسلم في مكيل بالوزن جاز، ولنا أنه يؤدي إلى التفاضل في الكيل بأن يكون أحد التمرين ثقيلًا، فيؤدي إلى بيع صاع بأكثر من صاع، ولأنه لا خلاف في الموزون لا يجوز بيع بعضه ببعض كيلًا، والمساواة المعتبرة هي المأمور بها، وهو الكيل في المكيل والوزن في الموزون، وإنما جاز في السلم لأن القصد فيه أن يصير مضبوط القدر، وليس كذلك ههنا، لأنه تراعى المماثلة على ما أمرنا بها في الشرع.

فرع: فصل القاضي حسين وصاحب «التتمة» وغيرهما في الملح بين أن يكون قطعًا كبارًا أو صغارًا، فإن كان مسحوقًا ناعمًا، أو مدقوقًا بحيث لا يزيد جرمه على جرم التمر، فلا يجوز البيع إلا كيلًا، وإن كان القطع كبارًا فوجهان، أحدهما: يباع وزنًا، وبه جزم في «التهذيب»، وكلام القاضي حسين يقتضي ترجيح اعتبار الوزن، وقال الرافعي: إنه الأظهر، والثاني: يسحق ويباع كيلًا لأنه الأصل فيه. قال القاضي حسين: وفي هذا ضيق على الناس، وأظهر الوجهين اعتباره بالوزن.

فرع: وقول المصنف رحمه الله تعالى: فيما يكال وفيما يوزن يعني بالنظر إلى جنسه لا إلى قدره، فلو امتنع لأجل القلة كالحبة والحبتين، فإنها لا تكال والذرة من الذهب والفضة فإنها لا توزن، فعندنا يمتنع بيعها بمثلها فلا يباع حفنة بحفنة، ولا بحفنتين، ولا تمرة بتمرتين، ولا ذرة من ذهب وفضة بذرة. وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك كله، وقد تقدم التنبيه على مأخذنا ومأخذه. وضابط ما يجوز بيعه بجنسه من سائر المكيلات عند الحنفية ألا يبلغ نصف صاع، فلو بلغه أحدهما دون الآخر امتنع عندهم، وفي المسألة تطويلات في كتب الخلاف لا ضرورة إلى إيرادها هنا وقد رأيتها في مباحث الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ معهم في «الإملاء»، فنقل عن بعض الناس أنه لا بأس بالتمرة بالتمرتين، والتمرتين بالأربع عددًا، وأطال في البحث معه في ذلك وألزمه بالموزون وكأنه لا يقول به ولعل أصحابهم فرعوا ذلك والتزموه والله أعلم.

فرع: أطلق الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ والنووي رَحِمَهُ اللَّهُ هنا أن كل ما يتجافى في المكيال يباع بعضه ببعض وزنًا، وظاهر ذلك شموله لما علم معيار جنسه على عهد رسول الله ﷺ وما لم يعلم فمقتضاه أن التمر الكبار الذي يتجافى في المكيال يباع وزنًا، ولم أر من صرح به، نعم هذا الضابط ذكره غير الرافعي فيما لم يعلم معياره وعبارة «التهذيب» مطلقة كعبارة الرافعي.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن باع صبرة طعام بصبرة طعام ـ وهما لا يعلمان كيلهما ـ لم يصح البيع لما روى جابر ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تباع الصبرة من الطعام بالصبرة من الطعام»[1].

الشرح: حديث جابر المذكور بهذا اللفظ الذي في الكتاب رواه النسائي وزاد: «ولا الصبرة من الطعام بالكيل المسمى من الطعام»، وسنده على شرط مسلم ورواه مسلم بلفظ آخر فقال فيه جابر: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصبرة من التمر، لا يعلم مكيلها، بالكيل المسمى من التمر»، ورواه الشافعي رحمه الله في «الأم» بهذا اللفظ الذي عند مسلم سواء، ومن العجب أن الحاكم ذكره في «مستدركه» وقال: صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه وكأنه سقط من نسخته من مسلم أو غفل عنه والله أعلم، وإنما ذكرت ذلك لئلا يقف أحد على كتاب «المستدرك» فيظن الوهم في نسبته إلى مسلم والله أعلم. وفي رواية عند مسلم لم يذكر من التمر في آخر الحديث فالاختلاف بين روايتي مسلم والرواية الأولى في تقييده الصبرة المعينة بالتمر، رواية مسلم من الطريقين مقيدة لها والرواية الأولى مطلقة، والنسائي روى الوجهين جميعًا، وترجم على كل منهما بما يناسبه والسند واحد فيهما وليس هذا باختلاف ضار، ولعلهما جميعًا ثابتان فلا تنافي بينهما لا سيما والإطلاق من لفظ النبي ﷺ، والتقييد في الرواية الأخرى من قول جابر، فلعل جابرًا حضر النبي ﷺ وقد سئل عن بيع صبرة من التمر غير معلومة المكيال، فنهى عنها وذكر ﷺ إما في ذلك الوقت وإما في غيره لفظًا شاملًا تندرج فيه تلك الصبرة وغيرها وروي الأمران عنه، فلا يكون ذلك من الباب الذي نحن فيه ـ حمل المطلق على المقيد، وإنما يصح ذلك لو كان الكلامان من قول النبي ﷺ وحينئذٍ يبقى النظر في أن حمل المطلق على المقيد يختص بالإثبات كما نبه عليه بعض الأصوليين ولا مجال له في النفي، وهذان اللفظان مثال لذلك، أو يقال: إن المطلق يحمل على المقيد مطلقًا.

ولو فرضنا أنه لم يمكن الجمع المذكور وأن الصادر من النبي ﷺ أحدهما فقط وأن ذلك اختلاف في الرواية، فالأخذ باللفظ المنسوب إلى النبي ﷺ أولى من الأخذ باللفظ الذي عبر به الراوي عنه، ولو لم يحصل الترجيح المذكور، ولم يثبت إلا الرواية المقيدة لكان القياس الجلي، ويدل على أنه لا فرق بين التمر وغيره، والله أعلم ولفظ الحديث عام والمراد به خاص، وهو ما إذا كانتا غير معلومتين بدليل الرواية الأخرى والله أعلم.

إذا عرف ذلك، فإذا باع صبرة من طعام بصبرة من طعام وهما لا يعلمان

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٣٠) والنسائي في سننه (٧/ ٢٧٠).

كيلهما فإما أن تكون الصبرتان من جنس واحد أو لا، فإن كانتا من جنس واحد لم يجز، نقل ابن المنذر الإجماع على ذلك، والحديث المذكور حجة له، ولهذا نقول: إن الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة ولا يجوز ذلك جزافًا ولا بالتحري والحزر والتخمين، ونقل القاضي أبو الطيب والمحاملي وغيرهما عن مالك أنه أجاز ذلك في البادية والسفر في المكيل دون الموزون لأن البادية يتعذر فيها وجود المكيال، وأجاب القاضي بمنع ذلك، لأن الكيل يمكن بالإناء والقصعة والدلو وحفر حفيرة يكيل فيها وغير ذلك، واتفق أكثر العلماء على خلاف هذا، وأنه لا يجوز البيع في ذلك جزافًا ولا بالحزر والتخمين والتحري، بل لا بد من العلم سواء خرجتا متماثلتين أم لا. نص عليه الشافعي رحمه الله في «الأم» والأصحاب.

أما إذا ظهر التفاضل فظاهر، وأما إذا خرجتا متماثلتين فاحتجوا له بأن التساوي شرط، وشرط العقد يعتبر العلم به عند العقد، ألا ترى أنه لو نكح امرأة لا يدري أهي معتدة أم لا؟ أو هي أخته من الرضاع أم لا؟ لا يصح النكاح، وقد يعترض على هذا بأن بقية شروط المبيع كالملك وشبهه لا يشترط العلم بها، ألا ترى أنه لو باع مال أبيه على ظن أنه حي فإذا هو ميت صح على الأصح، فالأولى التمسك بالحديث، فالمماثلة شرط والعلم بها شرط آخر، وإنما كان كذلك دون بقية الشروط في المبيع، كالملك وما أشبهه حيث يشترط وجوده فقط لا العلم به على الصحيح من المذهب للاحتياط فيما أصله التحريم، فلما كان الأصل في الربويات وفي الأبضاع التحريم اشترط فيها العلم بالشروط والأصل في البيع الحل فلذلك صح في بيع المال الذي يظنه لأبيه إذا تبين خلافه.

ونقل عن زفر رحمه الله أنه إذا خرجتا متماثلتين صح وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ أنه يصح إن علما التساوي قبل التفرق، وزفر لم يشترط ذلك بل حكم بالصحة سواء حصل العلم قبل التفرق أو بعده، والحديث حجة عليهما، وكل ما قلناه في الصبرة بالصبرة جار بعينه في الدراهم بالدراهم وفي الدنانير بالدنانير وفي كل ربوي بجنسه، صرح الأصحاب بذلك ولأجل جزم الأصحاب بالمنع في ذلك رد القاضي حسين على من يقول من الأصحاب: أن العلة الطعم. والشرط عدم التساوي في المعيار وقال ابن الرفعة رحمه الله: أن هذا القائل قد يقول بالجواز نظيره بيع مال ظنه لأبيه، وكان لنفسه لموت أبيه قبل بيعه. قلت: وهذا التخريج مردود فإن الأصحاب متفقون على المنع والحديث حجة فيه وما نقله ابن المنذر من الإجماع إن ثبت ولم يصح قول زفر فالوجه الجواب عن بيع ما ظنه لأبيه والفرق بين المسألتين لا أن يطلب تخريج على خلاف قول الأصحاب والله أعلم.

وإن كانتا من جنسين كتمر بزبيب أو حنطة وشعير وتبايعاهما جزافًا جاز استدلالًا بقوله ﷺ «فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم» ولمفهوم الرواية الأولى من روايتي مسلم المتقدمة التي فيها الكيل المسمى من التمر، فتقييده بذلك يدل على أنه لو باعها بجنس غير التمر لجاز وهذا التقييد هنا زيادة من الراوي يجب قبولها وليس فيها من البحث ما تقدم كما لا يخفى على متأمل. هذا مذهبنا ومذهب أكثر العلماء قال الشافعي رحمه الله: لأن أصل البيع إذا كان حلالًا بجزاف وكانت الزيادة إذا اختلف الصنفان حلًا فليس في الجزاف معنى أكثر من أن يكون أحدهما أكثر من الآخر. ونقل عن أحمد كراهة ذلك ومنعه جماعة من أصحابه قالوا: لأن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة».

وذكر أبو الحسن علي بن محمد الطبري المعروف بالكيا من أصحابنا هذه المسألة في كتابه الذي صنفه في بعض «مفردات أحمد» قال: فإذا اختلف الجنس جاز بيع أحدهما بالآخر مجازفة كالدراهم بالدنانير جزافًا. والحنطة والشعير صبرة بصبرة. وجوز أحمد رحمه الله بيع المكيل بالموزون جزافًا كبيع صبرة من حنطة بصبرة من الدراهم وإنما خالف في بيع ما يكال بما يكال أو ما يوزن بما يوزن جزافًا، روي عن جابر قال: «نهى رسول الله ﷺ أن تباع الصبرة بالصبرة من الطعام ولا يدرى ما كيل هذا»، وهذا نص في الصبرة وعام في الجنس والجنسين، قال: وتعلقهم بهذا باطل فإنه إذا جعل الجهل مانعًا فالنهي بالتساوي لا يزيد على العلم بالتفاضل فحيث جوز الشرع التفاضل، وقال: إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم فلا وجه لمنع المجازفة فدل على أن المراد به إذا اتحد الجنس والذي ذكرناه من التأويل هو مأخذنا وهو المقطوع به، انتهى.

على أن ابن قدامة الحنبلي في كتابه «المغني» بعد أن ذكر ما روي عن أحمد وقول المانعين من أصحابهم رد القول بالمنع ورجح الجواز وقال: إذا كانت حقيقة الفضل لا تمنع فاحتماله أولى ألا يكون مانعًا قال: وحديثهم أراد به الجنس الواحد، فلهذا جاء في بعض ألفاظه: «نهى أن تباع الصبرة لا يعلم مكيلها من التمر بالصبرة لا يعلم مكيلها من التمر» وكما يجوز أن يتبايعا ذلك مجازفة يجوز أن يتبايعا المكيل موزونًا، والموزون مكيلًا عند اختلاف الجنس، ونص عليه الشافعي، وذلك مما لا يخفى ولنرجع إلى ألفاظ الكتاب:

قوله: صبرة طعام بصبرة طعام، أي من جنسه، وحذف ذلك لأن كلامه السابق في بيع الجنس الواحد بعضه ببعض، فأغنى عن تقييده. وأيضًا فإن الطعام في عرف أهل بغداد والعراق يختص بالقمح، فلذلك كثيرًا ما يذكره الفقهاء العراقيون ويريدون ذلك، وكذلك الحكم لو باع صبرة دراهم بصبرة دراهم، وهما لا يعلمان وزنهما،

أو ذهبًا بذهب كذلك، فلو حذف لفظة الطعام كان أشمل، لكنه قيد بذلك ليكون الحديث الذي استدل به منطبقًا على دعواه وافيًا بمقصوده.

وقوله: وهما لا يعلمان، ظاهره أن كلًا منهما لا يعلمه، لأن دلالة الضمائر كلية كالعام، ولأن النفي إذا تأخر عن صيغة العموم أفاد الاستغراق، ولا فرق في الحكم بين ألا يعلما وأن يعلم أحدهما دون الآخر، وقد نقل ابن المنذر في الصبرة إذا علم البائع كيلها دون المبتاع أن عطاء وابن سيرين وعكرمة ومجاهدًا ومالكًا وأحمد وإسحاق كرهوا ذلك، وأن الشافعي أجازه جزافًا، وإذا عرف كيله أحب إليه، ومراده إذا باعها بالدراهم أو بغير جنسها، وإلا بيع الصبرة بجنسها لا يجيز الشافعي رحمه الله فيه الجزاف. نعم إذا علم البائع كيلها وأخبر به المشتري فاعتمد عليه، فمقتضى كلام الشافعي الجواز.

وقوله: لا يعلمان كيلها، أفرد الضمير وهو صالح لأن يعود على الصبرة المعينة، وعلى الصبرة التي هي ثمن، والحكم شامل لهما، لا فرق بين أن يجهل كلتا الصبرتين أو إحداهما. نص عليه الشافعي رحمه الله والأصحاب. ودليله الرواية المتقدمة عن مسلم: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصبرة من التمر، لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر».

فرع: لو باع دينارًا بدينارين ممن كاتبه كتابة فاسدة، ولم يعلم فسادها، لا يجوز ـ كما لو تزوج بمن لا تحل له ظاهرًا ثم انكشف أنها تحل له لا يصح النكاح، قال الروياني في «البحر»، والحكم صحيح لكن قول الروياني: أنه لا يجوز إما أن يريد به لا يصح أو لا يحل، فإن أراد نفي الصحة فعدم الصحة حاصل، سواء كانت الكتابة فاسدة أم صحيحة، وسواء علم السيد بها أم جهل فلا وجه لتشبيهها بمسألة النكاح وإن أراد بعدم الجواز عدم الحل، فهذه المعاملة إذا صدرت من السيد مع عبده القن حكمها حكم العقود الفاسدة، فإن حكمنا بأن تعاطي العقود الفاسدة حرام وهو الحق إذا أريد بها تحقيق معناها المنهي عنه شرعًا، فحينئذٍ هذه المعاملة بين السيد ومكاتبه لا تحل، سواء علم بفساد الكتابة أم لم يعلم، لا يصح تشبيهًا بمسألة النكاح المذكورة.

وإن قيل: بأن تعاطي العقود الفاسدة ليس بحرام، وأنه يجوز للسيد أن يبيع من عبده القن دينارًا بدينارين فالوجه القطع هنا بالتحريم، ثم أيكفي حصول الإثم لأن ذلك دائر مع الظن وجودًا وعدمًا؟ وقد أقدم على العقد ههنا مع ظنه تحريمه فيأثم؟ وليس ذلك أيضًا، كما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي، فإذا هو ميت، لأن الكلام في تلك المسألة في الصحة لا في الحل، فقد تبين أن الفساد كما قال الروياني أنه لا يجوز، وأن التشبيه فيه نظر والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن باع صبرة طعام بصبرة طعام، صاعًا بصاع، فخرجتا متساويتين صح البيع، وإن خرجتا متفاضلتين ففيه قولان، أحدهما: أنه باطل، لأنه بيع طعام بطعام متفاضلًا، والثاني: أنه يصح فيما تساويا فيه لأنه شرط التساوي في الكيل. ومن نقصت صبرته فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يمضيه بمقدار صبرته، لأنه دخل على أن يسلم له جميع الصبرة، ولم يسلم له، فثبت له الخيار.

الشرح: بيع الصبرة بالصبرة له حالتان، إحداهما: أن يكون جزافًا، وقد تقدم حكمه، والثاني: أن يكون مكايلة، كما إذا باع صبرة طعام بصبرة طعام صاعًا بصاع. والكلام الآن فيه، والمسألة هكذا كما ذكرها المصنف رحمه الله. منصوص عليها في «الأم» في باب المزابنة.

قال الشافعي رحمه الله: ولو عقدا ببيعهما أن يتكايلا هذين الطعامين جميعًا بأعيانهما مكيالًا بمكيال فكانا مستويين جاز، وإن كانتا متفاضلتين فقولان، أحدهما: أن للذي نقصت صبرته الخيار في رد البيع، لأنه بيع شيء فلم يسلم له لأنه لا يحل له أخذه أو رد البيع، والقول الثاني: أن البيع مفسوخ لأنه وقع على شيء بعضه حرام وبعضه حلال فالبيع مفسوخ وبهذا أقول، والقول الذي حكيت ضعيف ليس بقياس، وإنما يكون له الخيار فيما نقص لا في الزيادة بعضه على بعض، فأما فيما فيه ربا فقد انعقد البيع على الكل فوجدنا البعض محرمًا أن يملك بهذا العقد فكيف يكون له الخيار في أن يأخذ بعض بيعة وفيها حرام. هذا لفظ الشافعي رحمه الله بحروفه، وتبعه أصحابه على ذلك القاضي أبو الطيب والقاضي الحسين والمحاملي والفوراني والشيخ أبو محمد والرافعي والعمراني وآخرون، كلهم جزموا بالصحة فيما إذا خرجتا متساويتين.

قال الشيخ أبو محمد في «السلسلة»: جائز قولًا واحدًا، وأغرب الشاشي فقال في «الحلية»، إن خرجتا مستاويتين وقلنا عند التفاضل يبطل فههنا وجهان، أحدهما: يبطل قال: وليس بشيء. وينبغي أن يتوقف في إثبات هذا الخلاف في متابع فإني أخشى أن يكون حصل في ذلك وهم، وانتقال من الفرع الذي سيأتي إذا تقابضا مجازفة وتفرقا، ثم تكايلا وخرجتا سواء، فهناك وجهان والله أعلم.

وقد يستشكل الجزم بالصحة في ذلك، فإن العلم بالمماثلة حالة العقد لم يوجد وهو شرط كما تقدم، وحصول العلم في المجلس لا يكفي عندنا بدليل ما لو تبايعا جزافًا ثم ظهر التساوي في المجلس لا يكفي، وإن تخيل متخيل أن المقصود مقابلة كل صاع بصاع لا مقابلة المجموع بالمجموع فذلك باطل؛ بل المقابلتان مقصودتان وانطباق الجملة على التفصيل غير معلوم عند العقد فيندرج تحت قوله ﷺ:

«لا تباع الصبرة من الطعام بالصبرة من الطعام»، ونهيه عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها.

وقد يعتذر عنه بأنه لما كانت المكايلة هنا مشترطة واجبة على البائع اكتفى بها وفارق بذلك التبايع جزافًا، فإن الكيل ليس واجبًا فيه بحكم العقد فبطل، وهذا العذر لا يفيد، قوله: وإن خرجتا متفاضلتين فقولان كما تقدم في ذلك كلام الشافعي، وقد رجح رَحِمَهُ اللَّهُ في كلامه الذي تقدم القول بالبطلان ولذلك قال البندنيجي فيما حكى عنه: إنه المذهب وصححه البغوي في «التهذيب»، وخالف ابن أبي عصرون فصحح في «الانتصار» وجزم في «المرشد» و«الأحكام المختارة» بالصحة فيما تساويا فيه، والمشهور البطلان، وعلله البغوي بأنه قابل الجملة بالجملة، وهما متفاوتتان، وكلام الشافعي رحمه الله المتقدم يرشد إلى هذه العلة، وفي المطلب أن المأخذ في ذلك النظر إلى عدم الصحة فيما إذا باع صبرة إلا قفيزًا وأن القائل الآخر ينظر إلى أن ذلك لم يقع مقصودًا، وقال: إن هذا أشبه من المأخذ الذي ذكره البغوي، لأنه لا مقابلة مع اشتراط كيل بكيل وما قاله ممنوع مخالف لكلام الشافعي، فإن المقابلة حاصلة.

واعلم أن كلام الشافعي وما ذكره من العلة كالصريح في أنه بنى ذلك على قوله المعروف في منع تفريق الصفقة، وهو الذي قال الربيع في كتاب الصلح من «الأم» إنه الذي يذهب إليه الشافعي، ولكنه ـ لو قلنا: بأن الصفقة تفرق ـ لم يطرد ذلك هنا، لأنه لا جريان له في الربويات، ألا ترى أنه لو باع درهمًا بدرهمين لم نقل بصحته في درهم مشاعًا؟ ولو قلنا: بأنه يخير بكل الثمن وهذا أحد ما يستدل به لمنع تفريق الصفقة، والضابط فيما يجري فيه خلاف تفريق الصفقة أن يكون الفساد تخلل في بعض المعقود عليه، والفساد في الربويات إنما كان تخلل في العقد نفسه وكون هذه المقابلة محظورة من الشارع، ونسبة ذلك إلى كل من أجزاء المبيع على السواء، وأجزاء كل من العوضين صالحة لا يراد العقد عليها، وكل منهما مستجمع شرائط البيع، فلذلك لم يمكن القول بتفريق الصفقة فيه، وفسد في الجميع قولًا واحدًا بخلاف المسائل التي يجري فيها خلاف تفريق الصفقة فإن بعض المعقود عليه فيها لم يستجمع شرائط البيع من حيث فأمكن القول بالإبطال فيه، وتصحيح غيره.

والحاصل أن الحرام في صورة تفريق الصفقة هو أحد الجزءين والهيئة الاجتماعية إنما حرمت لاشتمالها عليه. فإذا فرض الإبطال زال المقتضى لتحريمها وعقود الربا بالعكس من ذلك، فإن المحرم فيها ليس واحدًا من الجزءين، وإنما المحرم الهيئة الاجتماعية ونسبتها إلى كل الأجزاء على السواء، ولذلك بطل في

الجميع. فإن قلت: قول الشافعي رحمه الله بأنه وقع العقد على شيء بعضه حرام وبعضه حلال يخالف ما بطل في الجميع. قلت: ظاهره ذلك، ولكن من تأمله إلى آخره علم ما قلته، فإنه فرق بين الربوي وغيره، وذلك الوصف مشترك بينهما فلا بد من تأويل كلامه، وحمله على ما قلته غير ممتنع للنظر، وإن كان فيه بعض تعسف.

وقول الشافعي: إنما يكون له الخيار فيما نقص لا فيما لا ربا في زيادة بعضه على بعض إلى آخره، يؤيده إذا باعه صبرة بعشرة دراهم مثلًا، كل صاع بدرهم وخرجت ناقصة عن العشرة، فههنا يمكن أن يقال: إنه يصح في الصبرة بجميع العشرة، لأنه لا ربا فيها، ويثبت له الخيار، وفيه مخالفة لما صححه صاحب «التهذيب» هناك، فإنه صحح أنها متى خرجت ناقصة أو زائدة ببطلان البيع، وعلله بأنه باع جملة الصبرة بعشرة، وشرط مقابلة كل صاع منها بدرهم، والجمع بينهما عند الزيادة والنقصان ممتنع، وهذه العلة مطردة في مسألتنا أيضًا، لكن لا حاجة إليها لما تقدم، وقد اتفقت طريقة الأصحاب على حكاية هذين القولين، وفي «تعليق الطبري» عن ابن أبي هريرة، قال وقد قيل: إنه إنما يكون البيع جائزًا إذا كان ليس مما لا ربا فيه، مثل الحمص وما أشبهه، فأما ما فيه الربا فإنه قول واحد: البيع باطل لأنه بيع الطعام متفاضلًا.

التفريع: إن قلنا بالصحة فيما تساويا فيه فيثبت للذي باع الصبرة الناقصة وهو مشتري الناقصة وهو مشتري الصبرة الكثيرة الخيار كما نص عليه الشافعي والأصحاب لما ذكره المصنف، قال في «المطلب»: وفيه نظر من جهة أن مقابلة الشيء بمثله مقصود بالعقد فلم يغب عليه شيء وهذا النظر ضعيف لأن فيه إحالة لتصوير المسألة، فإن صورتها أن تقع مقابلة الجملة بالجملة، ولكن المماثلة مظنونة فإذا قامت المماثلة بطل الخيار وممن وافقنا على هذه المسألة والصحة عند التساوي وثبوت الخيار عند ظهور التفاضل الحنابلة.

فرع: لو تفرقا بعد تقابض الجملتين، وقيل: الكيل في المكيل، والوزن في الموزون فهل يبطل العقد؟ فيه وجهان في «الإبانة» و«النهاية» وغيرهما ونسبهما الروياني إلى القفال، أصحهما: على ما قاله البغوي في «التهذيب» والرافعي لا، لوجود التقابض في المجلس، والثاني: نعم لبقاء العلقة بينهما وقال ابن الرفعة، إنه الأشبه قال: لأنه يجوز أن يقول: إن القبض جزافًا في هذه لا يصح فقد تفرقا قبل التقابض. قلت: وقد بناهما الشيخ أبو محمد في السلسلة على أن القبض على هذه الصفة هل يصح أم لا؟ وفيه وجهان، وإذا نظرنا إلى هذا الأصل قوي القول ببطلان العقد لأن الشافعي وسائر الأصحاب المتقدمين والمتأخرين بل والشافعي بل وسائر

العلماء جازمون بأن القبض فيما يباع مكايلة لا بد فيه من الكيل.

وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأم»: ومن ابتاع طعامًا كيلًا فقبْضُه أن يكتاله. وقال في «مختصر البويطي» في باب الصرف: والقبض من البيوع كل ما كان ينتقل مثل الصيد والعروض أو يوزن ويكال فَقَبْضُهُ الكيل والانتقال والوزن، وقال في «مختصر المزني»: ولو أعطى طعامًا فصدقه في كيله لم يجز، ونقل ابن عبد البر في «التمهيد» أنه: لا خلاف بين جماعة العلماء في أنه لا يكون ما بيع من الطعام على الكيل والوزن مقبوضًا إلا كيلًا أو وزنًا. وأطلق الأصحاب ومن جملتهم الرافعي أن ذلك القبض فاسد، وذكر المصنف المسألة في باب السلم. وجزم أنه إذا اشترى منه طعامًا بالكيل فدفع إليه الطعام من غير كيل لم يصح القبض.

وحكى الرافعي في باب بيع الثمار أنه لو اشترى طعامًا مكايلة وقبضه جزافًا فهلك في يده ففي انفساخ العقد وجهان لبقاء الكيل بينهما، لكنه في باب القبض أطلق القول بأنه يدخل في ضمانه، واقتصر على حكاية الخلاف في كونه مسلطًا على التصرف في القدر المستحق قال أبو إسحاق المروزي: إنه يصح. قال في «البحر»: وهذا أقيس. وقال ابن أبي هريرة: لا يصح وادعى المصنف في باب السلم وأبو الطيب هنا أنه المنصوص. وقال إمام الحرمين: إنه الذي قطع به شيخه وطوائف من الأصحاب. وقال الرافعي: إن الجمهور عليه. ورد الشيخ أبو حامد والمحاملي ذلك على ابن أبي هريرة وقالا وغيرهما من الأصحاب: أن المراد بفساد القبض ههنا أن القول قول القابض في مقداره. وهذا ليس محملًا واضحًا. قال: وإنما يستمر إطلاق الفساد ممن يمنع التصرف من القدر المستيقن. وسنوضح المسألة إن شاء الله تعالى في السلم حيث ذكرها المصنف، والمقصود هنا أن الرافعي من القائلين بعدم صحة التصرف، وذلك يقتضي عدم اعتباره القبض المذكور، فينبغي على قياس ذلك ألا يعتبره في الصرف، ويبطل العقد بالتفرق، ولا يكتفى بصورة القبض، وإن كان معتبرًا من وجه كونه ناقلًا للضمان على إشكاله، لكن باب الربا يجب الاحتياط فيه، وألا يكتفي إلا بما هو قبض تام، ويعضده مفهوم قوله ﷺ: «لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء» فاقتضى اشتراط ألا يبقى شيء من العلق، ومن جملة ذلك الكيل.

وقد أجاز الإمام فبنى الوجهين في بطلان العقد بالتفرق المذكور على الخلاف المذكور في أن التقابض على المجازفة هل يسلط على بيع ما استتبعته؟ إن قلنا: نعم لم يبطل العقد، وإلا فوجهان، أحدهما: يبطل لنقصان القبض، والثاني: لا، لجريانه واقتضائه لنقل الضمان، وسبقه إلى ذلك الشيخ أبو محمد فقال: الوجهان يبنيان على أصل وهو أن القبض على هذه الصفة من غير مكايلة هل يكون قبضًا

صحيحًا في انبرام العقد أم لا؟ فعلى وجهين، أحدهما: صحيح لانتقال الضمان، والثاني: لا لعدم التصرف.

فإن قلت: كيف يقال: إن القبض المذكور لا يكفي وقد قال صاحب «البيان» إن الشافعي قال في الصرف: إذا اشترى دينارًا بدينار وتقابضا، ومضى كل منهما يستعير الدينار الذي قبضه بالوزن جاز، ونزله صاحب «البيان» على أن يكون كل واحد منهما عرف وزن الدينار فصدقه الآخر وتقابضا، ويقتضي أن لا يبطل العقد بالتفرق حينئذ فيدل على أن القبض المذكور كافٍ كما قال الرافعي رحمه الله. قلت: قد تقدم الكلام مع صاحب «البيان» في ذلك، وتأويل كلام الشافعي، فتأمله هناك في الفروع السالفة أولًا، والله أعلم.

ثم اعلم أن القبض من غير كيل له صورتان، إحداهما: أن يحصل مع اعتقاد المماثلة اعتمادًا على خبر من يوثق به من أحد المتعاقدين أو غيره، والثانية: أن يحصل التقابض بالجزاف مع الجهل والتردد، فأما هذه الصورة الثانية فيظهر فيها الحكم بفساد القبض، وأن التفرق بعده قبل جريان قبض صحيح مبطل لبقاء علق العقد ولا يتحقق به بيع لازم في صبرة بصبرة لا يعلمان كيلهما، وذلك مصادم للحديث، وأما الصورة الأولى فوجه الحكم بفساد القبض فيها أن الاكتيال مستحق بالعقد، لقوله ﷺ: «من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يكتاله»[(١)] رواه مسلم من حديث ابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم.

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ: «نهى أن يبيع أحد طعامًا اشتراه بكيل حتى يستوفيه»[(٢)]، رواه أبو داود والنسائي ولأن البائع شرط الكيل فيجب عليه الوفاء به، على أن الشيخ أبا حامد في شرح قول الشافعي إذا أعطاه طعامًا فصدقنا في كيله صور المسألة فيما إذا كان الطعام في الذمة أو اشتراه مشاعًا من صبرة فعزل الذي عليه الطعام قدرًا وقال: قد كلت هذا والحكم بعد الاكتفاء بذلك ظاهر، وعليه يخرج ما نقلته فيه مما تقدم من موافقة صاحب «البيان»، لكن القاضي أبا الطيب وصاحب «الشامل» جعلوا من صور المسألة إذا اشترى منه طعامًا بعينه بكيل معلوم، مثل أن يبيعه صبرة على أنها عشرة أقفزة، ثم قبضه منه جزافًا إن قال له: قد كلته أو هو عشرة أقفزة فقبل قوله وقبضه فإن القبض فاسد، قال: لأن من شرطه الكيل لما قدمنا من السنة، يريد بذلك قوله ﷺ لعثمان: «إذا ابتعت فاكتل وإذا بعت

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٤٩٥) والنسائي في سننه (٧/ ٢٨٦) وأحمد في المسند (٢/ ١١١) وصححه العلامة الألباني رحمه الله في صحيح سنن أبي داود (٢/ ٣٧٢).

فكل»[١] رواه البيهقي، وقول جابر من رواية أبي الزبير: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع وصاع المشتري»[٢].

ولولا الأحاديث المذكورة كان تقوى الفرق بين أن يكون الطعام في الذمة فلا يكتفي بالقبض المذكور، وبين أن يكون معينًا فيكتفي به. لكن السنة أحق بالاتباع لا سيما وقد عضدها الإجماع الذي يقتضي كلام ابن عبد البر نقله، مع أن السنة غنية عن الاعتضاد بغيرها. ومهما ثبت في الطعام ثبت مثله في النقد بالقياس عليه، فإن التقدير فيهما، فظهر من هذا أن الراجح فساد القبض المذكور في هذه المسألة، وفي الفرع المتقدم عن صاحب البيان في بيع الدينار بالدينار، وأنه لا يكفي بذلك القبض، وأنه يبطل العقد بالتفرق قبل الكيل والوزن، والله سبحانه أعلم. ولا بد من مراجعة ما قدمته في بيع الدينار بالدينار في الفرق المذكور فيهما حتى يحصل الغرض من هذه المسألة إن شاء الله تعالى.

فرع: على هذا الفرع: إذا قلنا بما صححه صاحب «التهذيب» والرافعي: أنه لا يبطل العقد بذلك، فعلى هذا إن كيلتا بعد ذلك فخرجتا متساويتين صح، وإن خرجتا متفاضلتين جرى الخلاف المذكور في أصل المسألة، فعلى الصحيح من ذلك الخلاف يتبين بطلان العقد والقبض، وعلى القول الآخر يصح ويثبت الخيار، وإن قلنا بالوجه الآخر، وهو أنه يبطل فلا فرق على ذلك بين أن يكالا بعد ذلك فيخرجا متساويتين أو متفاضلتين، وسلك القاضي حسين وصاحب «التتمة» ترتيبًا آخر ليس بينه وبين ما تقدم اختلاف فقال: إذا تقابضا جزافًا ثم تكايلا بعد التفرق ـ فإن خرجتا متفاوتتين ـ هل يجوز في القدر الذي تساويا فيه أم لا؟ فيه قولان.

وقال صاحب «التتمة»: وجهان، إن قلنا: لا يجوز فلأي معنى؟ فيه معنيان، أحدهما: أنهما تفرقا وبقي بينهما علقة التقابض، والباب باب ربا، والثاني: لوجود الفضل في أحد البدلين، وإن خرجتا متساويتين، فإن قلنا: لو خرجتا متفاوتتين يجوز فههنا أولى، وإن قلنا هناك لا يجوز فههنا وجهان بناء على المعنيين، إن قلنا: المعنى فيه بقاء العلقة لم يجز، وإن قلنا: بالثاني جاز، وذكر القاضي أن القولين فيما إذا خرجتا متفاوتتين قبل التفرق يبنيان على هذين المعنيين، وليس في هذا زيادة على ما تقدم إلا حسن الترتيب والبناء، والله أعلم.

فرع: قال القاضي حسين: إذا كانت الصبرتان معلومتي المقدار متساويتين في

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٥/ ٣١٥).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٢٢٨) والبيهقي في سننه (٥/ ٣١٦) والدارقطني في سننه (٣/ ٨).

القدر فقال أحدهما لصاحبه: بعت منك هذه الصبرة بهذه الصبرة فإنه يجوز، قلت: ولا يحتاج في هذه الحالة في قبضها إلى كيل، بل حكمه في القبض حكم الجزاف لأنه لم يشترط فيه الكيل، والكيل إنما يشترط فيما بيع مكايلة لا أعلم في ذلك خلافًا في المسألتين أنه يشترط الكيل فيما بيع مكايلة، ولا يشترط فيما بيع مجازفة قال القاضي أبو الطيب: فأما إذا اشتراه جزافًا فلا يحتاج إلى الكيل بالإجماع، وما ذكره القاضي حسين من هذه المسألة واضح لا إشكال فيه.

وقد نقل الإمام الشافعي في «الأم» بسنده إلى طاوس أنه كان يكره أن تباع صبرة بصبرة من طعام لا يعرف مكيلهما أو يعلم مكيلة إحداهما، ولا يعلم مكيلة الأخرى، أو يعلم مكيلتهما جميعًا هذه بهذه، وهذه بهذه، قال: لا، إلا كيلًا بكيل يدًا بيد، فهذا يقتضي أن طاوسًا يقول بالمنع في الصورة المذكورة، وينبغي أن يحمل كلام القاضي حسين على أن الصبرتين معلومتا المقدار عند كل من المتبايعين، فلو كانت كل واحدة منهما معلومة عند بائعها فقط جاء فيه البحث المتقدم في الدينارين، والأحوال الأربعة التي قدمتها في الدينارين جارية في الصبرتين من غير فرق.

فرع: إذا قال: بعتك هذه الصبرة بكيلها من صبرتك، وصبرة المخاطب كبيرة صح، جزم بذلك القاضي حسين والبغوي والمتولي والرافعي وزاد القاضي في تصويرها أن يقول كيلًا بكيل وقال ابن الرفعة: أنه يأتي فيه وجه أنه لا يصح أخذًا مما إذا قال: بعتك صاعًا من هذه الصبرة، لأن المقابل بالصبرة الصغيرة غير متميز، قال: ولا شك عندي فيه، إذ لا فرق بين أن يكون الثمن نقدًا أو من النوع.

قلت: وما جزم به القاضي والمتولي والرافعي يمكن فرضه فيما إذا كانت الصبرتان معلومتي المقدار، فلا يأتي فيهما الوجه الذي أشار إليه، وإن فرض فيما إذا كانت مجهولة، فلعلهم إنما سكتوا عن ذلك تفريعًا على ما هو المشهور في «المهذب» واكتفوا بذكره في موضعه، وإلا فالذي قاله ابن الرفعة من التخريج متجه، إذ لا فرق بين النقد وغيره، ولا فرق بين أن يكون من الصبرة مبيعًا أو ثمنًا.

وإذا ثبت أن ذلك صحيح قال الرافعي: فإن كالا في المجلس وتقابضا تم العقد وما زادت الكبيرة لصاحبها، وإن تقابضا الجملتين وتفرقا قبل الكيل فعلى ما سبق من الوجهين، والله عز وجل أعلم، ومن جملة أمثلة المسألة أن يقول: بعتك هذه القطعة الذهب بقدرها من دينارك، أو هذا الإناء الفضة بما يوازنه من فضتك يصح. قاله في «التهذيب».

فرع: له تعلق بالكيل: قال ابن أبي الدم: لو اشترى منه بمكيال فاكتاله بغير جنس ذلك المكيال لم يجز مثل أن يشتري منه مائة صاع من طعام فاكتاله بالقفيز لم

يتم القبض، فلو اشترى منه قفيزًا من طعام فأكاله منه بالمكوك الذي هو ربع القفيز ففيه وجهان وهذا لو اكتال الصاع بالمد ففيه وجهان ا هـ.

فرع: لو باع صاعًا من صبرة بصاع من صبرة أخرى جاز. قاله في «الإبانة» و«التتمة»، وفيه من البحث ما تقدم، ينبغي إن كانتا معلومتي الصيعان صح جزمًا وإن كانتا مجهولتين يأتي فيهما خلاف القفال الذي أشار إليه ابن الرفعة فيما تقدم، والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن باع صبرة طعام بصبرة شعير كيلًا بكيل فخرجتا متساويتين جاز وإن خرجتا متفاضلتين ـ فإن رضي صاحب الصبرة الزائدة بتسليم الزيادة ـ أقر العقد ووجب على الآخر قبوله، لأنه ملك الجميع بالعقد، وإن رضي صاحب الصبرة الناقصة بقدر صبرته من الصبرة الزائدة أقر العقد، وإن تشاحا فسخ البيع لأن كل واحد منهما باع صبرته بجميع صبرة صاحبه على التساوي في المقدار، وقد تعذر ذلك ففسخ العقد.

الشرح: إذا باع صبرة بصبرة من غير جنسها مكايلة جاز البيع بلا خلاف وذلك واضح، وإن خرجتا متفاضلتين، قال القاضي أبو الطيب والمصنف والمحاملي وابن الصباغ والروياني وغيرهم: إن تبرع صاحب الصبرة الزائدة بالزيادة جاز البيع، قال المصنف رحمه الله ومن تبعه: ووجب على الآخر قبوله وعلته ما ذكره المصنف، وهي مصرحة أنه ملك الجميع بالعقد، وذلك لأن العقد ورد على الجميع كما تقدم للتنبيه عليه غير مرة، ولكنه فات على كل منهما غرض.

أما بائع الصبرة الثانية فلأنه أورد العقد على أن تكون مساوية للصبرة الأخرى وقد فات عليه ذلك، وفوات الشرط لا يقتضي فساد العقد، وإنما يثبت الخيار أيضًا ومسامحة كل منهما تحصل لغرض الآخر الذي وقع العقد عليه فيسقط خياره. وبهذا المعنى الذي ذكره المصنف، وهو أنه ملك الجميع بالعقد فارق ذلك مسألة الأعراض النقد فإن فيها خلافًا في وجوب القبول، ومسألة إذا ترك البائع حقه للمشتري في الثمار المختلطة فإن المتروك في كل من المسألتين ملك البائع، فإن في كل من المسألتين، إذا قلنا بالإجبار على القبول أجبرناه على قبول ما لم يكن في ملكه بخلاف مسألتنا هنا والله أعلم.

وإن امتنع ورضي صاحب الصبرة الناقصة بأن يأخذ بقدرها من الصبرة الزائدة جاز البيع لما تقدم، وإن تمانعا فسخ البيع بينهما لا لأجل الربا، ولكن لأن كل واحد منهما باع صبرته بجميع صبرة صاحبه، على أنهما سواء في المقدار فإذا تفاضلا وتمانعا وجب فسخ البيع بينهما، هذه علة القاضي أبي الطيب والمصنف، ومقتضى ما قدمته آنفًا أن يثبت لكل منهما خيار الخلف، فإن فسخ أحدهما البيع

فذاك، وإن أصرا على الطلب والمنازعة فسخ بينما كما يفسخ في التخالف، وقال صاحب التهذيب فيما إذا خرجتا متفاضلتين: فيه قولان: أصحهما: يجوز فإن جوزناه فالزيادة غير مبيعة ولمشتريها الخيار، هكذا قاله صاحب «التهذيب» وذلك موافق لما قاله فيما إذا قال: بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم، كل صاع بدرهم فخرجت بخلافه.

والرافعي رحمه الله تعالى أتى بعبارة مشكلة فقال: إنه لو باع صبرة حنطة بصبرة شعير صاعًا بصاع أو بصاعين فالحكم كما لو كانتا من جنس واحد.

ومقتضى ذلك أنه إن خرجتا متساويتين صح، وإن خرجتا على خلاف ما يقتضيه التوزيع فعلى القولين المتقدمين في الجنس الواحد وفيه نظر البطلان هناك مأخذه التفاضل في الجنس الواحد، ولعل مراده ما قاله صاحب «التهذيب» بالقولين، وأنه ناقل الجملة كما تقدم عن صاحب «التهذيب»، فيما إذا قال: بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم كل صاع بدرهم، فإن فيه قولين، أصحهما: عند صاحب «التهذيب» البطلان لأنه باع جملة الصبرة بالعشرة بشرط مقابلة كل صاع منهما بدرهم والجمع بين هذين الأمرين عند الزيادة والنقصان محال وهذا حاصل ها هنا ولا يظهر فرق في ذلك بين أن يكون الدين معينًا أو في الذمة، ولا بين أن يكون نقدًا أو غيره، وهذه العلة التي جعلها صاحب «التهذيب» علة للبطلان هي بعينها علة المصنف والقاضي أبي الطيب في الفسخ.

والذي ينبغي التفصيل بين أن يقع ذكر الكل في معرض الشرط،أو في معرض تفصيل الثمن، فإن خرج مخرج تفصيل الثمن كقوله: بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة كل صاع منها بصاع منها، فهذا تفصيل الثمن والصفقة تتعدد به، فيكون الكلام متضمنًا لعقدين متضادين، أحدهما: مقابلة المجموع بالمجموع، والثاني: المقابلة التفصيلية، فيتجه هنا البطلان، كما قاله صاحب «التهذيب».

وإن خرج مخرج الشرط مثل أن يقول: بعتك هذه الصبرة، على أن كلا منهما عشرة آصع مثلًا، فيتجه هنا ما قاله المصنف والقاضي أبو الطيب لأنه ليس هنا إلا صفقة تضمنت شرطًا وقد أخلف فيثبت الخيار كما تقدم، وفيه نبه النووي على ذلك مستدركًا على الرافعي فنقل ما قاله المصنف والقاضي عن أكثر أصحابنا، وأما كونه يفسخ بينهما عند التمانع فنظيره إذا اشترى ثمرة ولم يأخذها حتى حدثت ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز على أحد القولين إذا تشاحا يفسخ الحاكم البيع بينهما.

فرع: ذكره القاضي حسين مع المسائل المتقدمة وأطلقه ويتعين ذكره هنا وحمله على الجنس بما يخالفه إذا قال: بعت منك هذه الصبرة بهذه الصبرة على

عشرة أقفزة، فخرجت عشرة أقفزة جاز العقد، وإن خرجت أحد عشر هل يجوز العقد أو لا؟ فيه قولان: بناء على الإشارة والعبارة: إن قلنا: لا يصح فلا كلام، وإن قلنا: يصح في العشرة فالقدر الزائد لمن يكون؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه للمشتري لأنا غلبنا الإشارة، والثاني: أنه للبائع، لأن المشتري قد سلم له المبيع المسمى في العقد إن قلنا: إن الزيادة للمشتري فهل يثبت للبائع الخيار في فسخ البيع أو لا؟ الصحيح: لا، لوجود التفريط من جهته في ترك المكايلة فيه وجه آخر أن له الخيار وإن قلنا: الزيادة للبائع فهل للمشتري الخيار؟ فيه وجهان ظاهران، أحدهما: نعم، لأنه لم يسلم له جميع الصبرة، والثاني: لا، لأنه سلم له ما صرح به في العقد وهو عشرة أقفزة، فأما إذا خرجت تسعة، ففي صحة العقد قولان، إن قلنا: يصح ثبت للمشتري الخيار في فسخ العقد دون البائع، فإن فسخ فلا كلام، وإن أجاز فبكم يجيز؟ فيه وجهان، أحدهما: بحصته من الثمن، والثاني: بجميع الثمن ـ هذا كلام القاضي حسين والله أعلم.

فرع: مفهوم كلام الشافعي رحمه الله المتقدم، وقوله: إنما يكون الخيار فيما نقص فيما لا ربا فيه، يقتضي أنه إذا باع صبرة بغير جنسها سواء كان طعامًا أو دراهم أو غير ذلك مكايلة، فخرجت إحداها ناقصة أنه يصح، ويثبت الخيار، وذلك مخالف لما صححه صاحب «التهذيب» من البطلان إذا قال: بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم فخرجت ناقصة أو زائدة، والله تعالى أعلم.

فرع: لو باع إناء فضة بدينار، على أن وزنه مائة فتفرقا، وكان وزنه تسعين، قال الروياني في «البحر»: «فللمشتري الخيار، قال: وإن كان زائدًا فلا خيار له وهل للبائع الخيار؟ إذا قال: عندي أن الوزن مائة فإن كذبه المشتري وكان عالمًا به فلا خيار، وإن صدقه يحتمل وجهين، وإن باعه وأخبر أن وزنه مائة لا على طريق الشرط فزاد أو نقص فلا خيار.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ويعتبر التساوي فيما يكال ويوزن بكيل الحجاز ووزنه، لما روي أن النبي ﷺ قال: «المكيال مكيال أهل المدينة، والميزان ميزان أهل مكة»[1].

الشرح: الحديث المذكور رواه أبو داود والنسائي ولفظ أبي داود: «الوزن وزن أهل مكة، والمكيال مكيال أهل المدينة»، ولفظ النسائي: «المكيال على مكيال أهل المدينة، والوزن على وزن أهل مكة»، رواه من حديث عبد الله بن عمر بن

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٣٤٠) والنسائي في سننه (٧/ ٢٨٤) والبيهقي في سننه (٤/ ١٧٠) وصححه العلامة الألباني رحمه الله في صحيح سنن أبي داود (٢/ ٣٣٧).

الخطاب ﵁ عن النبي ﷺ وذكر أبو داود اختلافًا في سنده ومتنه. أما السند فقيل فيه: عن ابن عباس عن النبي ﷺ وهذا لا يضر، فإنه أيًا ما كان فهو صحابي وأما المتن فإنه رواه باللفظ المتقدم من حديث سفيان عن حنظلة عن طاوس عن ابن عمر قال: رواه الوليد بن مسلم عن حنظلة قال: «وزن المدينة ومكيال مكة». قال أبو داود أيضًا: اختلف في «المتن» في حديث مالك بن دينار عن عطاء عن النبي ﷺ قد ذكره أبو عبيدة في «غريب الحديث» فقال: وبعضهم يقول: «الميزان ميزان المدينة والمكيال مكيال مكة». قال أبو عبيدة: يقال: إن هذا الحديث أصل لكل شيء والكيل والوزن إنما يأتم الناس فيهما بأهل مكة وأهل المدينة، وإن تغير ذلك في سائر الأمصار.

قال الخطابي لي: هذا حديث قد تكلم فيه بعض الناس وتخبط في تأويله، وزعم أن النبي ﷺ أراد بهذا القول تعديل الموازين والأرطال والمكاييل، وجعل عيارها أوزان أهل مكة، ومكاييل أهل المدينة، فيكون عند الشارع حكمًا بين الناس يحملون عليها إذا تداعوا، فادعى بعضهم وزنًا أوفى، أو مكيالًا أكبر، وادعى الخصم أن الذي لزمه هو الأصغر منهما دون الأكبر، قال: وهذا تأويل فاسد خارج عما عليه أقاويل أكثر الفقهاء، وذلك أن من أقر لرجل بمكيلة أو بغيره أو برطل من تمر أو غيره فاختلفا في قدر المكيلة والرطل، فإنهما يحملان على عرف البلد الذي هو به، ولا يكلف أن يعطى برطل مكة ولا بمكيال المدينة، وكذلك إذا أسلف في عشرة مكاييل قمح أو شعير وليس هناك إلا مكيلة واحدة معروفة، فإنهما يحملان عليها فإن كان هناك مكاييل مختلفة فأسلفه في عشرة مكاييل ولم يصف الكيل بصفة يتميز بها عن غيره فالسلم فاسد وعليه رد الثمن، وإنما جاء الحديث في نوع ما يتعلق به أحكام الشريعة في حقوق الله سبحانه وتعالى دون ما يتعامل به الناس في بياعاتهم وأمور معاشهم.

وقوله: «والوزن وزن أهل مكة» يريدون الذهب والفضة خصوصًا دون سائر الأوزان، معناه أن الوزن الذي تتعلق به الزكاة في النقود دون أهل مكة وهي دراهم الإسلام المعدلة منها العشرة بسبعة مثاقيل، فإذا ملك رجل منها مائتي درهم وجبت فيها الزكاة، وذلك أن الدراهم مختلفة الأوزان في بعض البلدان والأماكن فمنها البغلي، ومنها الطبري، ومنها الخوارزمي، وأنواع غيرها، فالبغلي ثمانية دوانيق وهو نقد أهل مكة ووزنهم الجائز بينهم، وكان أهل مكة يتعاملون بالدراهم عددًا وقت مقدم رسول الله ﷺ إياها. والدليل عليه قول عائشة ﵂ في قصة بريرة: «إن شئت أعددتها لهم»، فأرشدهم ﷺ إلى الوزن فيها وجعل العيار وزن أهل مكة دون ما يتفاوت وزنه فيها في سائر البلدان.

وأطال الخطابي في تحقيق الدراهم وضربها ثم قال: وأما قوله: «والمكيال مكيال أهل المدينة»، فإنما هو الصاع الذي يتعلق به وجوب الكفارات، ويجب إخراج صدقة الفطر به، وتكون بقدر النفقات وما في معناها معيار، وللناس صيعان مختلفة، فصاع أهل الحجاز خمسة أرطال وثلث بالعراقي، وصاع أهل البيت فيما يذكره زعماء الشيعة تسعة أرطال وثلث وينسبونه إلى جعفر بن محمد وصاع أهل العراق ثمانية أرطال، وهو صاع الحجاج الذي سعر به على أهل الأسواق، ولما ولي خالد بن عبد الله القسري العراق ضاعف الصاع فبلغ به ستة عشر رطلًا، فإذا جاء باب المعاملات حملنا العراقي على الصاع المتعارف المشهور عند أهل بلاده، والحجازي على الصاع المعروف ببلاده الحجاز، وكذلك أهل كل بلد على عرف أهله، فإذا جاءت الشريعة وأحكامها فهو صاع المدينة فهو معنى الحديث وتوجيهه عندي والله أعلم.

هذا آخر كلام الخطابي رحمه الله. وكذلك قال ابن معن في «شرح المهذب»: إن هذا الذي ذكره الشيخ يحتاج إلى تأويل، إذ لا خلاف أن التساوي لا ينحصر في الكيل بمكيال المدينة ولا التساوي بميزان مكة في الموزونات والمكيلات في سائر البلاد، بل أي كيل اتفقا عليه وعرف التساوي جاز البيع، وإن لم يكن ميزان مكة أو كيل المدينة. وكذلك قال إمام الحرمين: إنه لا خلاف أن اعتبار مكاييل أهل المدينة وموازين أهل مكة لا تراعى. وقال الشارحون «للمهذب» والأصحاب: إنه ليس المراد أنه لا يكال إلا بكيل المدينة، ولا يوزن إلا بوزن مكة، وإنما المراد أن المرجع في كون الشيء مكيلًا أو موزونًا إلى هذين البلدين، فكل مطعوم كان أصله بالحجاز، في عهد رسول الله ﷺ الكيل كالبر والشعير والتمر والملح، واللوبية والباقلا، قالهما صاحب «الاستقصاء» ونحو ذلك فاعتبار المماثلة فيه بالكيل، وما كان أصله بالحجاز الوزن كالذهب والفضة ونحوهما، فاعتبار المماثلة فيه بالوزن.

قال الشافعي رحمه الله تعالى في باب بيع الآجال من «الأم»: وأصل الوزن والكيل بالحجاز، فكل ما وزن على عهد النبي ﷺ فأصله الوزن وكل ما كيل فأصله الكيل وما أحدث الناس منه مما يخالف ذلك رد إلى الأصل. واتفق الأصحاب على ما قاله الشافعي رحمه الله، وأنه إن أحدث الناس خلاف ذلك فلا اعتبار به. واستدل له الشيخ أبو حامد والمصنف وغيرهما بالحديث المذكور في الكتاب واحتج له ابن الصباغ وابن أبي عصرون من جهة المعنى بأن ما كان مكيلًا منه في زمنه ﷺ انصرف التحريم إليه بتفاضل الكيل وكذلك ما كان يوزن فلا يجوز أن يغير بعد ذلك، والحديث وإن لم يذكر فيه إلا مكة والمدينة فلا خلاف أنه لا يختص بهما بل

الحجاز كله كذلك وأطلق الشافعي والأصحاب ذلك إطلاقًا، وذكره صاحب «البيان» وإسماعيل الخضري شارح «المهذب» مبينًا فقالا مكة والمدينة ومخالفيهما.

وقال صاحب «الاستقصاء» تبعًا للشيخ أبي حامد والمحاملي وغيرهما. وذكر مكيال أحد البلدين وميزان الآخر على سبيل التنبيه بما ذكر في كل واحد منهما على ما لم يذكره في البلد الآخر، ولذلك جاء الخبر على الوجهين، يعني الوجهين اللذين ذكرهما أبو داود في المتن في رواية: «وزن مكة ومكيال المدينة» وفي رواية: «وزن المدينة ومكيال مكة»، وقد سبقه إلى هذا المعنى الشيخ أبو حامد، قال: فإن ذلك لم يختلف على عهد رسول الله ﷺ في البلدين جميعًا فإن كانت تكال كانت العادة فيهما الكيل، وكذلك الوزن ومما استدل به المحاملي في المسألة أن ما ورد به الشرع مطلقًا وليس له حد في الشرع ولا اللغة يرجع فيه إلى العرف والعادة، وأولى العادات ما كان في زمنه ﷺ، وهذه الطريقة أولى. فإن الذي يظهر من قوله: «الميزان ميزان أهل مكة» اعتبار الوزن.

واعلم أنه ليس في كلام المصنف ما يقتضي أن يعتبر الاكتيال بمكيال الحجاز بل إنه يعتبر التساوي به، ومتى تساوى طعامان في مكيال، أي مكيال كان، فعلم استواؤهما في مكيال الحجاز، بمعنى أنه لو كيلا به كانا مستويين، وكذلك إذا استوى موزونان في أي ميزان كان فعلم أنهما لو وزنا بميزان الحجاز كانا مستويين فهذا وجه تصحيح كلام المصنف، وتكون فائدة ذلك نفي فساد المكيل في الوزن أو الموزون في الكيل، وإن أردت دفع السؤال مرة فاجعل قوله بكيل الحجاز ووزنه معمولًا لقوله: ويكال ويوزن، كأنه قال: ويعتبر التساوي المذكور في الفصل المتقدم وهو التساوي في الكيل في المكيل والوزن في الموزون فيما هو مكيل بالحجاز أو موزون به. وأما ما ليس مكيلًا بالحجاز ولا موزونًا به فسيأتي حكمه، فهذا محمل سائغ، ويؤيده أنه لو كان المراد: ويعتبر التساوي بكيل الحجاز ووزنه فيما يكال ويوزن مطلقًا لم يحسن قوله بعد ذلك: وإن كان مما لا أصل له بالحجاز في الكيل والوزن.

وجوز إمام الحرمين في حمل الحديث احتمالين، أحدهما: ما قاله الخطابي، والثاني: أنه لعل اتحاد المكاييل كان يعم في المدينة، واتحاد الموازين كان يعم بمكة، فخرج الكلام على العادة. قلت: وكلا الاحتمالين ممكن، وما قاله الخطابي أقرب إلى تأسيس القواعد الشرعية، وأما انحصاره في الأشياء التي ذكرها فلا يلزم بل من جملة الأمور الشرعية التي يجب اندراجها فيه كل ما اعتبر التقدير فيه بالكيل أو الوزن. ومن ذلك ما يكال ويوزن من الربويات فيعتبر به فيصح استدلال الشيخ، والمقصود أن يعتبر بعادة الحجاز في الكيل والوزن. وأما كون المكيل بالكيل والموزون بالوزن، فقد تقدم دليله في الفصل السابق.

قال بعضهم: والسر في هذا الحديث أن أهل مكة كانوا تجارًا لما فيهم من الأغنياء وأهل المدينة كانوا أصحاب النخيل والكيل، وقول الشيخ بكيل الحجاز ووزنه، أي في زمان النبي ﷺ فهو المعتبر. وأما العادة الحادثة بالحجاز في غير زمنه ﷺ فلا اعتبار بها اتفاقًا، وقد تقدم ذلك في كلام الشافعي وصرح به الأصحاب قال إمام الحرمين: ولو اتحد مكيال لم يعهد مثله في عصر الشارع وكان يجري التماثل به فالوجه للقطع بجواز رعاية التماثل به، فإن النبي ﷺ لم يتعهدنا في الحديث إلا بالكيل المطلق فيما يكال، ولم يعين مكيالًا.

قلت: وهذا الذي قاله إمام الحرمين حق لا شك فيه، وإذا تأملت ما قدمته لك من أن التساوي في مكيال دال على التساوي في كل مكيال تنبهت لذلك. فافهم ذلك فإنه المقصود، وليس المقصود أعيان المكاييل، فإنا إذا كلنا صاعًا بصاع المدينة وعلمنا بأن الصاع يسع قدحين بالكيل المصري علمنا أن الصاع يساوي القدحين. هذا لا شك فيه، وكذلك إذا وزنا درهمًا بدرهم في ميزان بعض البلاد وتساويا يعلم أنهما مستويان في جميع الموازين إذا كانت كلها صحيحة.

قال إمام الحرمين: أجمع أئمتنا على أن الدراهم إذا بيعت بالدراهم وعدلتا بالتساوي في كفتي ميزان فالبيع صحيح، وإن كان لا يدرى ما تحويه كل كفة. قال: وهذا الذي ذكرته في مكيال يجري العرف باستعماله، ولكن لم يعهد في زمن رسول الله ﷺ فلو بيع ملء قصعة بملئها وما جرى العرف بالكيل بأمثالها، فقد حكى شيخي ترددًا عن القفال والظاهر عندنا الجواز. قلت: هذا الذي رجحه الإمام هو الراجح عن الأصحاب وجزم به جماعة منهم القاضي أبو الطيب. وكذلك يكال بالدلو والدورق والجرة والجفنة والزمبيل وبحفر حفرة تكال فيها. قاله الشيخ أبو الطيب وصاحب «التتمة» والله سبحانه أعلم.

ومحل خلاف القفال في قصعة لم يجر العرف بالكيل بها، أما قصعة يعتاد الكيل بها وإن لم يكن في عهد الشارع فيجوز جزمًا كما اقتضاه كلام القفال وابن أبي الدم في كلامه على «الوسيط»، وقال الإمام الرافعي: والوزن بالطيار وزن وإن لم يكن له لسان. والاستواء يبين فيه بتساوي فرعي الكفتين. والوزن بالقرطستون وزن قالا: وقد يتأتى الوزن بالماء بأن يوضع الشيء في ظرف ويكفى على الماء وينظر إلى مقدار غوصه. ولكنه ليس وزنًا شرعيًا ولا عرفيًا. والظاهر أنه لا يجوز التعويل عليه في تماثل الربويات. قال النووي رحمه الله: قد عول أصحابنا عليه في أداء المسلم فيه وفي الزكاة في مسألة الإناء بعضه ذهب وبعضه فضة. قال: ولكن الفرق ظاهر، وتوقف ابن الرفعة في الوزن بالطيار لعدم اللسان والله أعلم.

وهذه القاعدة المقررة في هذا الفصل وإن كانت عامة، فإنما تنفع فيما سوى الأشياء الستة المنصوص عليها. وأما الستة فقد تقدم في الفصل السابق حديث عبادة، والتنصيص فيه على أن الذهب والفضة موزونان، والأربعة الباقية مكيلة وتقدم تفصيل صاحب «التتمة» وغيره في الملح، والله أعلم.

فرع: المخالف لنا في هذه المسألة أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، نقل أن الأربعة المنصوص عليها مكيلة، ولا اعتبار بما أحدثه الناس من بعد فيها وأما ما سوى الأربعة فالاعتبار فيها بعادة الناس في بلدانهم، ولا اعتبار بعادة الحجاز، ولا بما كان في ذلك الزمان، واستدل الأصحاب بالحديث المذكور وبالقياس على الأشياء الستة المذكورة في الحديث لو أحدث الناس فيها عادة غير ما كانت عليه لم يعتبر في بيع بعضها ببعض.

فرع: عد الماوردي أشياء ادعى فيها أنها كانت في عهده ﷺ مكيلة. منها: الحبوب والأدهان والألبان والتمر والزبيب وما ادعاه سالم له إلا في الأدهان فيستغرق حكمها عند الكلام على بيع الشيرج بالشيرج إن شاء الله تعالى، وقد عرض لي ههنا بحث من قول الخطابي أن الطبري الذي هو أربعة دوانيق هو وزن أهل مكة. قلت: فعلى هذا ينبغي أن ينزل ما أوجبه الشرع من الزكاة وغيرها عليه، والدرهم اليوم ستة دوانيق على ما تقدم، وقول النبي ﷺ: «الوزن وزن أهل مكة» ينفي اعتبار غيره مما كان في ذلك الزمان، ومما حدث بعده فما الدليل على اعتبار هذا الدرهم المعدل بين وزن مكة وغيره، الذي ضرب في زمان عبد الملك؟.

وعلى هذا يكون النصاب من هذه الدراهم اليوم مائة وثلاثة وثلثًا وواجبها ثلاثة وثلث، وإنما بوزن أهل مكة مائتان والمخرج خمسة فإن كان كذلك فهذه الدراهم المغشوشة اليوم كل مائتين منها يجب فيها الزكاة لأن فيها من الخالص هذا المقدار إلا أن يقال ما قاله الخطابي عن أبي عبيد أنهم كانوا يتعاملون بالبغلية والطبرية نصفين مائة بغلية ومائة طبرية، فكان في مائتين الزكاة، لكنا نقول مجرد المعاملة لا يكفي إلا أن يكون متعارفًا في مكة التي اعتبر الشرع وزنها على الخصوص على أن الخطابي قدم في أول كلامه ما يقتضي أن وزن مكة موافق للوزن الذي هو اليوم.

فرع: فيما هو مكيل وما هو موزون. الذهب والفضة موزونان بالنص، والقمح والشعير مكيلان بالنص والملح مكيل بالنص، إلا أن الأصحاب استثنوا ما إذا كان قطعًا كبارًا فإنه موزون، وكل ما هو في جرم التمر ودونه فهو مكيل كاللوز والعناب، وكل ما فوقه موزون قالهما القاضي حسين، والعجب أن القاضي حسين قبل ذلك

بسطر قال: إن دهن اللوز موزون لأنه يستخرج من أصل موزون، والأرز مكيل، قاله الروياني، وكذلك الزبيب والسمسم، قاله الروياني وغيره.

فرع: قاله الماوردي رحمه الله وصاحب «البحر» وغيرهما: إذا كانت صيغة بتساوي طعامًا في الكيل والوزن ولا يفضل بعضه على بعض فاعرف من حاله أن التماثل فيه بالكيل فقد اختلف أصحابنا هل يجوز بيع بعضه ببعض وزنًا؟ على وجهين، أحدهما: لا، لما فيه من مخالفة النص وتغيير العرف، والثاني: يجوز لكون الوزن فيه ثابتًا عن الكيل للعلم بموافقته كما كان مكيال العراق ثابتًا عن مكيال الحجاز لموافقته في المساواة بين المكيالين، والذي نقله الروياني عن أصحابنا أنه لا يجوز لأنه لا يتوهم التفاضل، والوهم كالحقيقة، ثم نقل مع ذلك ما قاله الماوردي والذي جزم به القاضي حسين أنه لا يجوز بيع الحنطة بالحنطة وزنًا، سواء تفاضلا في الكيل أو تساويا، وأطلق صاحب «الذخائر» فيما إذا كانت قرية يباع فيها الطعام وزنًا، فباع بعضه ببعض موازنة وجهين. وقال: أصحهما: المنع، وهذا الإطلاق ليس بجيد، ولعله أراد ما قاله الماوردي فإنه توهم جواز بيعها وزنًا، وإن تفاوتا في الكيل على وجه وليس كذلك، والظاهر أنه لم يرد إلا ما قاله الماوردي.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن كان مما لا أصل له بالحجاز في الكيل والوزن نظرت ـ فإن كان مما لا يمكن كيله ـ اعتبر التساوي فيه بالوزن، لأنه لا يمكن غيره، وإن كان مما يمكن كيله ففيه وجهان، أحدهما: أنه يعتبر بأشبه الأشياء به في الحجاز، فإن كان مكيلًا لم يجز بيعه إلا كيلًا، وإن كان موزونًا لم يجز بيعه إلا موزونًا لأن الأصل فيه الكيل والوزن بالحجاز، فإذا لم يكن له في الحجاز أصل في الكيل والوزن اعتبر بأشبه الأشياء، والثاني: أنه يعتبر بالبلد الذي فيه البيع لأنه أقرب إليه.

الشرح: قوله: وإن كان أي الذي يكال أو يوزن الذي صدر الفصل به وحاصله أن المبيع المطعوم إما أن يكون مما يكال أو يوزن أولًا، وعلى كل من التقديرين فإما أن يكون عهد له أصل بالحجاز أولا. فالقسم الأول: وهو المكيل أو الموزون المعهود بالحجاز تقدم الكلام فيه في صدر الفصل، وأنه يعتبر الكيل في المكيل والوزن في الموزون.

والقسم الثاني: المكيل أو الموزون الذي ليس له أصل بالحجاز وهو المقصود بهذه القطعة من الفصل، وإنما فرضت كلام المصنف في ذلك ليكون مما يجرى فيه الربا قولًا واحدًا قديمًا وجديدًا، فإنه ذكر القسمين الأخيرين اللذين الذي فيما لا يكال ولا يوزن بعد ذلك، وفرعه على «الجديد» فأفاد كلامه أنه أراد ما ذكرته من التصوير وبذلك يتبين أن قول ابن يونس في «شرح التنبيه» عن المشهور في الكتب أن

ما لا يكال ولا يوزن في الحجاز لا يجري فيه الربا في «القديم» ويجري في «الجديد» ليس كما قال، ولم يحرر العبارة فليس في الكتب اشتراط الحجاز في ذلك في اعتبار الكيل والوزن فافهمه.

إذا عرفت ذلك فالمكيل أو الموزون الذي ليس له أصل بالحجاز، إما لأنه حدث بالحجاز بعد النبي ﷺ وإما لأنه كان فيما عداها من البلاد ولم يكن بها، إما أن يكون مما يمكن كيله أو لا، ولا يتأتى بين هذا وبين قولنا أنه مما يكال أو يوزن لأنه يصح هذا بالإطلاق إذا صح واحد فقط، فقد صح أحد الأمرين فهاتان مسألتان.

المسألة الأولى: إن كان مما لا يمكن كيله فقد جزم المصنف وأتباعه بأن الاعتبار فيه الوزن، وكذلك من الخراسانيين القاضي حسين وصاحب «التتمة» وصاحب «المهذب» ومن تبعهم من غير أن يأتوا بلفظ الإمكان أو عدمه بل جعلوا ما يتجافى في المكيال يباع وزنًا، وأصل هذه العبارة في كلام الشافعي، فإنه قال في «الأم» في باب جماع ما يجوز فيه السلف وما لا يجوز: ولو جاز أن يكال ما يتجافى في المكيال حتى يكون المكيال يرى ممتلئًا وبطنه غير ممتلىء لم يكن للمكيال معنى، وضبطه القاضي حسين وصاحب «التتمة» بما زاد على جرم التمر، وهو موافق لكلام الشافعي رحمه الله الذي سنذكره قريبًا إن شاء الله تعالى. ونقل الروياني ذلك عن القفال، وأنه جعل ذلك حدًا فاصلًا بين ما يتجافى وما لا يتجافى، ولعل مراد المصنف ذلك، وإن لم يكن فلا شك أن هؤلاء قائلون بالوزن فيها بقول هؤلاء، فإن ما زاد على ذلك داخل في كلامهم، فصح عدهم فيمن يقول بالوزن في القسم الذي ذكره المصنف، وذلك إذا أخذ على ظاهر عبارة المصنف فمما لا يتأتى فيه خلاف، لأنه ربوي قطعًا لاجتماع الطعام والوزن وإن لم يكن بالحجاز فإن ذلك ليس بشرط عند من اعتبر التقدير في الربا، ولا بد من معيار تعرف به المماثلة، ولا معيار إلا الكيل أو الوزن، والكيل ممتنع لما فرض فتعين الوزن فهذا بسط كلام المصنف.

ونبه بقوله: لا يمكن غيره في المقدمتين الأخيرتين، وهما انحصار المعيار في الكيل والوزن وامتناع الكيل، فإن عدم إمكان غير الوزن إما لتعذره كالكيل وإما لعدم اعتباره، فهذه الفائدة في قوله: «غيره»، ولم يحتج إلى أنه لا بد من معيار للعلم به، ولأنه قد يؤخذ من صدر كلامه في أول الفصل، فهذا التعليل واضح لا خفاء به على عبارة المصنف، وأما على عبارة القاضي حسين وأتباعه فقد لا نسلم لهم امتناع الكيل فيما زاد على التمر بقليل، فلذلك علله صاحب «التتمة» بأنه لم يعهد الكيل

بالحجاز فيما هو أكبر من التمر، وبأنه يتجافى في المكيال ويكثر التفاوت وهذان المعنيان يمكن أن يجعلا جزءي علة واحدة، واعلم أن جماعة بل جماعات لم يذكروا هذا القسم الذي ابتدأ به المصنف، وإنما ذكروا الخلاف فيما لا أصل له بالحجاز مطلقًا، وإطلاقهم محمول على هذا التفصيل، والله أعلم.

فرع: السمن والزبيب والعسل والسكر كلها وزنًا على المنصوص، وسيأتي في بعضها خلاف نذكره عند تعرض المصنف لذلك إن شاء الله تعالى.

فرع: هو كالقاعدة في المكيل والموزون، قال الشافعي رحمه الله في «الأم» في باب السلم في المكيل كيلًا أو وزنًا: أصل السلف فيما يتبايعه الناس أصلان، فما كان منه يصغر وتستوي خلقته فيحتمله المكيال ولا يكون إذا كيل تجافي في المكيال، فتكون الواحدة منها بائنة في المكيال عريضة الأسفل دقيقة الرأس، أو عريضة الأسفل والرأس دقيقة الوسط، فإذا وقع شيء إلى جنبها منعه عرض أسفلها من أن يلصق بها، ووقع في المكيال وما بينها وبينه تجاف، ثم كانت الطبقة التي فوقه منه. هكذا لم يجز أن يكال. واستدللنا على أن الناس إنما تركوا كيله لهذا المعنى، فلا يجوز أن يسلف فيه كيلًا، وفي شبيه بهذا المعنى ما عظم واشتد فصار يقع في المكيال منه الشيء معترضًا وما بين القائم تحته متجاف فيسد المعترض الذي فوقه الفرجة التي تحته، ويقع عليه فوقه غيره فيكون من المكيال شيء فارغ بيِّن الفراغ، وذلك مثل الرمان والسفرجل والخيار والباذنجان، وما أشبهه مما كان في المعنى الذي وصفت، ولا يجوز السلف في هذا كيلا، ولو تراضى عليه المتبايعان سلفًا، وما صغر وكان يكون في المكيال فيمتلىء المكيال به ولا يتجافى التجافي البين مثل التمر، وأصغر منه مما لا تختلف خلقته اختلافًا بائنًا مثل السمسم وما أشبهه أسلم فيه كيلًا، وكل ما وصفت لا يجوز السلم كيلًا فلا بأس بالسلم فيه وزنًا، انتهى كلام الشافعي رحمه الله، وهو ضابط ما يكال ويوزن، وفيه شاهد لما قاله القاضي حسين وصاحب «التتمة»، ويمكن تنزيل كلام المصنف عليه والله أعلم.

ومثل الروياني ما يتجافى بعروق الشجر وقطع الخشب مما يتداوى به والله أعلم. وقال الروياني: إن السعمق يباع وزنًا قد يكون فتاتًا ويكون قطعًا، فلا يمكن كيله.

المسألة الثانية: إذا كان مما يمكن كيله، ومن المعلوم أنه يمكن وزنه، وهكذا صور الإمام المسألة فيما يتأتى فيه الكيل والوزن جميعًا فبماذا تعتبر المماثلة فيه؟ ذكر المصنف والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي وابن الصباغ والروياني في «البحر» والجرجاني وغيرهم من سالكي طريقتهم الوجهين اللذين

ذكرهما المصنف في الكتاب والأول منهما مشهور في طريقة العراق، صححه ابن أبي عصرون، وجزم به سلام المقدسي في «شرح المفتاح». قال الأصحاب: وهذا كما قال الشافعي رحمه الله في جزاء الصيد، ويعتبر ما لم يحكم فيه الصحابة رضي الله عنهم بأشبه الأشياء بما حكمت فيه، وكذلك ما استطابته العرب حل، وما استخبثته حرم، وما لم يعرف حاله رد إلى أقرب الأشياء شبهًا به، ولأن هذا المرجع في الأمور التي يقع فيها الاشتباه أن ترد إلى أشبه الأصول بها، ومقصود المصنف في استدلاله أن المرجع فيه إلى الحجاز، أي لما تقدم من الحديث. فإذا ثبت أن المرجع إلى الحجاز وليس له بها أصل فنعتبر ما يشبهه محافظة على ذلك، ولو اعتبرناه ببلده لفات ذلك بالكلية.

والوجه الثاني: وهو الرجوع إلى العادة، قال الرافعي: أنه الأشبه. وقال الغزالي: إنه الأفقه، واقتضى إيراد الجرجاني ترجيحه، وهو الذي جزم به الماوردي وجعل محل الخلاف فيما لا عادة فيه، أو كانت العادة مستوية فيه. قال صاحب «الوافي»: ومن قال بالرد إلى العرف لا إلى أشبه الأشياء به لعله يقرن بين جزاء الصيد ومسألتنا، بأن البعيد في اعتبار الأشباه معمول به في جزاء الصيد، بدليل إيجاب الشاة في قتل الحمام، وماعب وهدر فهو مردود إلى أدنى شبه، بخلاف مسألتنا فإن المعمول فيه أصلًا هو العرف لا ما يشبه، ألا ترى أن التمر مكيل وإن كان إلى الوزن أقرب؟ فاتبع فيه العرف، فكذلك فيما له شبه ولم يكن فيه أصل يرد إليه.

واختلفت عبارات المصنفين عن هذا الوجه فالمصنف وأتباعه وإمام الحرمين وصاحب «التهذيب» قالوا: بلد البيع وقال الرافعي: وهو أحسن وهو الذي رجحه في «المحرر». قال ابن أبي عصرون: مع هذا فإن اختلفت بالعرف فالغالب، وقال الماوردي: عرف أهل الوقت في أغلب البلاد، وجزم به، فإن استوت أو فقدت فأربعة أوجه، وقال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ من العراقيين، والقاضي الحسين من الخراسانيين: عرف البلاد، قالوا: فإن اختلفت فكان يكال في بعضها ويوزن في بعضها حكم بالأكثر، زاد المتولي: فإن تعذر الرجوع إلى العرف للاختلاف ـ ولا أدري أي العرفين أغلب ـ يرد إلى أقرب الأشياء شبهًا به، وابن الصباغ ذكر أيضًا بحثًا لكن من عند نفسه.

وأما الشيخ أبو حامد فقال فيما علق عنه البندنيجي: غالب عادة الناس به في موضعه وأطلق. وفيما علق عنه سليم قال: في موضعه الذي حدث به، وليس هذا اختلافًا في المعنى، ويمكن حمله وحمل كلام المصنف على شيء واحد، فلا يبقى اختلاف إلا بين كلام المصنف وكلام القاضي أبي الطيب فيعدان كذلك وجهين.

وكذلك حكاهما صاحب «البحر» غير منسوبين، فتحصلنا من ذلك على ثلاثة أوجه في المسألة في هذا القسم، وليس يوجد في معظم كتب العراقيين غير ذلك، ولم يحكوا في المسألة إلا وجهين، ولا يكفي من نقح المسألة وميز أقسامها، وتكلم في كل قسم وحده غير المصنف رحمه الله فيما أعلم الآن. ويوجد في المسألة أوجه أخر حكاها الماوردي من العراقيين والفوراني والقاضي حسين والشيخ أبو محمد وآخرون من الخراسانيين، رابعها: أن الاعتبار بالكيل لأن أكثر ما ورد فيه نص مكيل، بل كل ما ورد فيه النص من المأكولات مكيل، وخامسها: الوزن لأنه أخص، وسادسها: أنه يتخير بينهما، وهذه الثلاثة حكاها الماوردي والقاضي حسين والشيخ أبو حامد. ونقل إمام الحرمين وجه التخيير عن نقل شيخه، واستبعده لأنه لم يقف عليه كغيره، وسابعها: إن كان متخرجًا من أصل معلوم التقدير سلك به مسلك ذلك الأصل، فعلى هذا دهن السمسم مكيل كأصله، ودهن اللوز موزون والخل مكيل، قاله القاضي حسين وغيره كما سيأتي، والعصير مكيل قاله الشيخ أبو محمد وغيره، كما سيأتي.

قال الروياني في «البحر»: لأن الزبيب مكيل، وهذا الوجه قال الشيخ أبو محمد: أنه الأصح وجزم به القاضي حسين وصاحب «التتمة»، وحكاه الإمام عن صاحب «التقريب» والصيدلاني أيضًا، وجعلوا محل الخلاف فيما ليس مستخرجًا من أصل معلوم التقدير. والرافعي قال: إن منهم من خصص الخلاف بما إذا لم يكن له أصل معلوم التقدير ومنهم من أطلق، وقد تقدم تخصيص الماوردي محل الخلاف بما لا عادة فيه، أو ما كانت العادة فيه مستوية. فأما صاحب «البحر» فإنه سلك طريقة أخرى جعل في أصل المسألة وجهين. وجه: اعتبار الشبه، ووجه: اعتبار غالب البلدان كما فعل القاضي أبو الطيب، ثم قال: إن قلنا: بالأول كان شبهه بالمكيل والموزون سواء، فقيل: الكيل وقيل: الوزن وقيل: يتخير، وإن قلنا: بالثاني وعادة الناس سواء في الكيل والوزن فالوزن، وقيل: الكيل، وقيل: الكيل يتخير. وقيل: يعتبر بأشبه الأشياء، ثم ذكر وجْهَيْ أنه يعتبر بأصله أو بعادة بلد البيع، وهذه طريقة مخالفة لما في أكثر الكتب. والله تعالى أعلم.

وهي على الوجه الثاني غير ما في «الحاوي». وعن البندنيجي أنه حكى وجهين على قولنا باعتبار الشبه، فكان تشبيههما معًا فإنه يعتبر فيه وجهان: وهو بعض ما قاله الروياني. وبحث إمام الحرمين من عند نفسه بعد أن حكى الوجه الذي استبعده عن شيخه فقال: ولو منع مانع أصل البيع لاستبهام طريق التماثل لكان أقرب مما ذكره، يعني شيخه، قلت: ولا يتأتى منع البيع، لأن هذا مكيل أو موزون

فيباع، إما الكيل وإما الوزن، وليس هذا كما لا يكال ولا يوزن حيث نقول: أنه لا يباع بعضه ببعض على أحد القولين، لأن العلة فيه أن المبيع ممتنع إلا بشروط المماثلة في الكيل أو الوزن، وهما مفقودان، وههنا بخلافه هما ممكنان، ومع المرجح من العادة أو الشبه أو الأصل لا نسلم الانبهام والله أعلم.

ثم اعلم أن الأكثرين أطلقوا هذا الخلاف كما ذكرناه، والجوري جعل محل الخلاف ما كاله قوم ووزنه آخرون، أما ما اتفق الناس فيه على كيل أو وزن فهو أصل في نفسه، كالسكر لم يكن بالمدينة وليس له أصل واتفق الناس على وزنه.

قلت: إنما يحتاج في السكر إلى ذلك إذا كان مدقوقًا، أما الكبار ففي الضوابط المتقدمة ما يفيد أنه موزون، والله أعلم.

فرع: ما كان على عهد رسول الله ﷺ ولم يعلم أنه كان يكال أو يوزن فحكمه حكم ما علم أنه لا أصل له في جميع ما تقدم، وإن كانت عبارة المصنف لا تشمله، ذكره القاضي أبو الطيب والماوردي والشيخ أبو محمد وابنه إمام الحرمين والفوراني والمتولي والبغوي والرافعي وغيرهم، وكذلك ما علم أنه يكال مرة ويوزن أخرى ـ ولم يكن أحدهما أغلب ـ قاله الرافعي وصاحب «التهذيب».

فرع: يباع البيض بالبيض وزنًا، وإن كان عليه قشره لأنه من صلاحه قاله في «التهذيب».

فرع: قال الشافعي رحمه الله في «الأم» في باب جماع السلف في الوزن: ولا بأس أن تسلف في شيء وزنًا وإن كان يباع كيلًا، ولا في شيء يباع كيلًا وإن كان يباع وزنًا إذا كان لا يتجافى في المكيال، مثل الزيت الذي هو ذائب إن كان يباع في المدينة في عهد النبي ﷺ ومن بعده وزنًا فلا بأس أن يسلف فيه كيلًا، وأن كان يباع كيلًا فلا بأس أن يسلف فيه وزنًا، ومثل السمن والعسل وما أشبهه من الإدام. فإن قال قائل: كيف كان يباع في عهد النبي ﷺ؟ قلنا: الله أعلم. أما الذي أدركنا المتبايعين به عليه، فأما ما قل منه فيباع كيلًا، والجملة لا لكثرة يباع وزنًا ودلالة الأخبار على مثل ما أدركنا الناس عليه. قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «لا آكل سمنًا ما دام السمن يباع بالأواقي ويشبه الأواقي أن يكون كيلًا». انتهى كلام الشافعي رحمه الله.

وفي قوله: ويشبه الأواقي أن يكون كيلًا نظر، وقال أبو عبيدة في هذا الأثر عن عمر في عام الرمادة: وقد كان يأكل الخبز بالزيت فقرقر بطنه فقال: «قرقر ما شئت فلا يزال هذا دأبك ما دام السمن يباع بالأواقي» وجعل هذا دليلًا على أن أصل السمن الوزن والذي أفهمه من ذلك أن السمن لقلته صار يباع بالأواقي التي

تدل على الوزن، فامتنع عمر ﷺ عن أكله، فيدل على خلاف ما أراده الشافعي إلا أن يكون لفظ الأواقي اسمًا للمكاييل، كما أشار إليه الشافعي ﷺ، وهو خلاف ما عليه العرف الآن، والشافعي أخبر بعرف ذلك الزمان.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن كان مما لا يكال ولا يوزن وقلنا بقوله الجديد: أنه يحرم فيه الربا، وجوزنا بيع بعضه ببعض نظرت ـ فإن كان مما لا يمكن كيله كالبقل والقثاء والبطيخ وما أشبهها ـ بيع وزنًا، وإن كان مما يمكن كيله ففيه وجهان، أحدهما: لا يباع إلا كيلًا، لأن الأصل هو الأعيان الأربعة المنصوص عليها وهي مكيلة، فوجب رده إلى الأصل، والثاني: أنه لا يباع إلا وزنًا لأن الوزن أحصر.

الشرح: قوله: وإن كان أي المبيع المطعوم مما لا يكال ولا يوزن ـ أي في العادة ـ وإن كان قد يتأتى كيله أو وزنه على خلاف العادة، وهذا القسم يندرج تحته القسم الثالث والرابع من التقسيم المتقدم، لأنه لا فرق في الحكم هنا بين ما عهده في زمنه ﷺ كذلك وما حدث بعده على ما تقدم التنبيه عليه وعلى كلام ابن يونس فيه، وأما العمراني فإنه في كتاب السؤال عما في «المهذب» من الإشكال جعل المسألة الأولى التي تقدمت في المطعومات التي لم تكن بأرض الحجاز في زمن النبي ﷺ والمسألة الثانية: وهي هذه التي شرعنا فيها في المطعومات التي كانت في أرض الحجاز في زمن النبي ﷺ ما لم تجر العادة فيه بكيل ولا وزن، والذي قلته أشمل وأحسن فاعلمه.

إذا عرف ذلك فإن لنا خلافًا قدمه المصنف في أول الفصل من هذا الباب في جريان الربا في هذه الأشياء كالبقل والقثاء والبطيخ والرمان والسفرجل والباذنجان والخيار والجوز وسائر الفواكه التي تباع عددًا، قال بعضهم: وذلك على عادة الشرق، وإلا فالجوز والقثاء في بلادنا يباعان وزنًا والباذنجان وكثير من الخضروات في بعض البلاد كذلك ضابط ما يطلب فيه ما لم يجر العرف العام بتقديره، ولا اعتبار بما يتفق في بعض على خلاف العموم، فالقديم: لا يجري الربا فيه لعدم التقدير بالكيل أو الوزن وهو جزء العلة في «القديم» فعلى هذا يجوز بيع بعضه ببعض عددًا وجزافًا ومتفاضلًا، ولا تأتي المسألة فيما نحن فيه.

وإن قلنا: بقوله: «الجديد» فله في «الجديد» قولان ذكرهما المصنف بعد هذا بفصلين فيما لا يدخر من الفواكه، ويذكرهما القاضي حسين وجهين فيما يدخر بعد تجفيفه؟ قال: لا يجوز بيع رطبة برطب، وبعد الجفاف فيه وجهان لأنه لا يعرف معيار في الشرع وسيأتي شرح ذلك إن شاء الله تعالى، فحيث قلنا: لا يجوز بيع بعضه ببعض لا تأتي المسألة، وحيث قلنا بالجواز وهو الذي نسبه بعض إلى ابن

جريج وابن سريج فعلى هذا إن كان مما لا يمكن كيله كالبقل والقثاء والبطيخ والرمان. قال الماوردي: والسفرجل الكبار، قاله الجرجاني: والفجل والسلجم والجزر، قاله القاضي أبو الطيب، وما أشبهه بيع وزنًا، قاله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب، والماوردي، والمحاملي، والمصنف وابن الصباغ والرافعي وغيرهم. وإن كان مما يمكن كيله كالتفاح، قاله أبو الطيب وابن الصباغ والتين قاله الرافعي: والنبق والعناب قالهما الماوردي، والخوخ الصغار قاله الشيخ أبو حامد وابن الصباغ، ففي معياره وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي والمحاملي وابن الصباغ، والمصنف والرافعي وغيرهم، وحكاهما أبو علي الطبري في «تعليقه» عن ابن أبي هريرة قولين، أصحهما: أنه يباع وزنًا لأنه أحصر في حصول حقيقة المساواة وهذا ما صححه الجرجاني في «التحرير» و«الشافي»، وممن صحح ذلك القاضي أبو الطيب، وكذلك الغزالي قال في «البسيط» بعد ذكر ما يكال ولا يوزن، وهذا فيما لا قشر له، أما الجوز والبيض فلا يجوز بيعه وزنًا وجهًا واحدًا.

وطرد صاحب «التقريب» فيه خلافًا إذا بيع وزنًا وهو بعيد، لأن الوزن فيه لا يضبط، وقال هو وابن الصباغ: أنه صرح به في «الأم»، وقد رأيته في ««الأم» في باب الآجال في الصرف، قال بعد أن قرر القول «الجديد»: وجريان الربا في غير المكيل والموزون من المأكول إذا بيع منه جنس بشيء من جنسه لم يصح عددًا ولم يصح إلا وزنًا بوزن وهذا مكتوب في غير هذا الموضع بلفظه. هذا لفظ الشافعي رحمه الله، وممن صححه القاضي أبو الطيب والجرجاني والرافعي، قال الرافعي: ولا بأس على الوجهين بتفاوت العدد، ونقل إسماعيل الخضري عن الشيخ أبي حامد أن أولى الوجهين الكيل، قال ابن الصباغ: فإن قيل من شأن الفرع أن يرد إلى الأصل بحكمه، وهذه الأصول حكمها تحريم التفاضل في الكيل، فكيف يكون حكم فروعها تحريم التفاضل في الوزن، قلنا: إنما اعتبر الكيل في المنصوص عليها لأن تقديرها في العادة بالكيل، والفرع الملحق بها ينبغي أن يعتبر في تساويه بما يقدر به في غالب العادة كيلًا كان أو غيره، يدل عليه قوله ﷺ: «وكذلك الميزان» وقد بينا أن الوزن ليس بعلة فلم يبق إلا أنه أراد الموزون في المطعومات.

واعلم أن المصنف في «التنبيه» ذكر الخلاف في بيع هذا القسم بعضه ببعض على «الجديد» مقصودًا، وهنا أشار إليه في ضمن مسألة المعيار، وذكر وجهًا هنا أنه يعتبر فيه الكيل ولم يذكر في «التنبيه» إلّا الوزن فقط، ومقتضى كلام صاحب «الوافي» أنها مسألة واحدة وأنه يأتي فيها من مجموع الكتابين ثلاثة أوجه، ويحتمل

أن يكون مراده في «التنبيه» ما إذا كان لا يمكن كيله الذي هو القسم الأول في كلام المصنف آنفًا، كالبقل والقثاء والبطيخ، فإنه لا يأتي فيه إلا قولان، أحدهما: امتناع بيع بعضه ببعض الذي أشار إليه المصنف هنا، والثاني: الجواز إذا تساويا في الوزن. وأما إذا أمكن كيله ووزنه فلم يذكره في «التنبيه»، أو يكون مراده في «التنبيه» ما يشمل الصورتين ما يمكن كيله وما لا يمكن، قال في كل منهما قولًا أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض، وعلى القول الآخر يباع وزنًا، أما فيما لا يمكن كيله فقطعًا، وأما فيما يمكن كيله فعلى الأصح وسكت عن قول اعتبار الكيل الذي هو خاص بإحدى الصورتين كذلك ولضعفه، فهذه الاحتمالات الثلاثة شائعة في كلامه كل منها محتمل لا يرد عليه شيء، والله أعلم. وقد صحح كلامه في «التنبيه» على جماعة وربما فهم منه خلاف مراده، واستغرب بعضهم حكايته فيه القول بامتناع مطلقًا وهو أعم من القولين الآتيين في «المهذب» فيما لا يدخر من الفواكه والله أعلم. فإن كلامه في «التنبيه» شامل لما يدخر، وقد عرفت أن القاضي حسين حكى في بيع بعضه ببعض في حالة جفافه وجهين ولما لا يدخر الذي حكى الخلاف فيه في «المهذب».

فرع: يجوز بيع الجوز بالجوز مع قشرهما على المذهب. وحكى عن ابن كج أنه نقل عن النص أنه لا يجوز فعلى الأول ما المعيار فيه؟ قال البندنيجي في «تعليقة أبي حامد»: قلت له: فالجوز بالجوز؟ فقال الذي عندي أنه على الوجهين، أحدهما: يباع وزنًا، والثاني: يباع كيلًا، وكذلك حكى الجرجاني فيه وجهين، وقال في «التهذيب» و«التتمة»، يجوز بيع الجوز بالجوز وزنًا، واللوز باللوز كيلًا، ويجوز بيع البيض بالبيض في قشره وزنًا على المذهب. قاله الرافعي وغيره. قلت: وكون الجوز موزونًا أقرب لما تقدم من الضابط فيما زاد على حدّ التمر. وقوله: إن اللوز مكيل مخالف لما تقدم عن القاضي حسين أنه موزون، ولكن ما ذكره البغوي أولى، فإنه يتجافى في المكيال والله أعلم.

وقال الشافعي في «الأم» في باب بيع الآجال ما ظاهره أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض فإنه قال: «وإذا كان منه شيء مُغَيَّب مثل الجوز واللوز وما يكون مأكوله في داخله فلا خير في بعضه ببعض عددًا ولا كيلًا ولا وزنًا فإذا اختلف فلا بأس به من قبل أن مأكوله مغيب وأن قشره يختلف في الثقل والخفة فلا يكون أبدًا إلا مجهولًا بمجهول فإذا كسر فخرج مأكوله فلا بأس في بعضه ببعض يدًا بيد مثلًا بمثل، وإن كان كيلًا فكيلًا وإن كان وزنًا فوزنا ولا يجوز الخبز بعضه ببعض عددًا ولا وزنًا ولا كيلًا من قبل أنه إذا كان رطبًا فقد ييبس فينقص وإذا انتهى يبسه فلا يستطاع أن يكتال، وأصله الكيل فلا خير فيه وزنًا لأنا لا نحيل الوزن إلى الكيل» هذا لفظ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ.

وفي «المجرد» من «تعليق أبي حامد» حكي عن الشافعي أنه قال في الصرف لا

يباع الجوز بعضه ببعض كيلًا ولا وزنًا ثم قال: قال الشيخ: وهذا بعيد على المذهب وقد حكى الرافعي عن ابن كج أنه حكى عن نص الشافعي أنه لا يجوز، ولعله أشار إلى النص المذكور، وقد حكى الماوردي أيضًا ذلك عن النص، ولم يرد عليه وبالجواز جزم القاضي حسين لأن قشره من صلاح اللب ويدخر معه كيلًا يفسد فهو كالنوى من التمر إلا أن هناك ما يقيه من الفساد يكون في جوفه وههنا ما يقيه من الفساد يكون على ظاهره ومقتضى كلام الإمام: أن الجوز والبيض مما لا يكال ولا يوزن، وأنه أبعد في جواز البيع من القثاء بالقثاء، فإنه ذكر أن الأصح في القثاء المنع على «الجديد»، ثم قال: واتفقت الطرق على منع بيع البيض بالبيض والجوز بالجوز وزنًا بوزن من جهة أن المقصود في أجوافها، وقشورها تتفاوت تفاوتًا ظاهرًا، وهذا لا يتحقق في القثاء وما في معناه، قال: وذكر صاحب «التقريب» في البيض والجوز: إذا بيع البعض بالبعض منها وزنًا بوزن قال: وهذا بعيد.

قلت: وذلك أن الجوز في غالب البلاد يباع بالعدد، ولم يستمر العرف في وزنه فهو ربوي على «الجديد» دون «القديم»، ولم يثبت للشارع فيه معيار فامتنع بيع بعضه ببعض وهو أولى بذلك من القثاء من جهة استتاره. وذكر الروياني في «البحر» أنه حكي عن القفال: أنه لا يجوز بيع الجوز بالجوز ولا اللوز باللوز عددًا ولا وزنًا إلا أن لا ينقص في الكيل فيجوز. وقيل: لا يجوز أصلًا لأن المقصود في جوفه، قال: والصحيح الأول لأن قشره من صلاحه، ومقتضى كلام بعضهم الفرق بين الجوز واللوز، فإن الجوز معدود واللوز مكيل.

فرع: قال في «الإبانة»: بيع الأدوية بالأدوية إن كانت لا تتجافى في المكيال فتباع كيلًا، وإلا فوزنًا، وإن كانت معجونة فلا يصح بيع بعضها ببعض، لأن الأخلاط فيها مجهولة، هذا إذا كانا من جنس واحد، وجزم الروياني في «البحر» بجواز بيع البيض بالبيض وزنًا. قال: لأن هذه الحالة حالة كماله فإن كانا مكسورين لم يجز.

فائدة: قال الجرجاني في «التحرير»: وما لا يكال ولا يوزن في مكان لا يباع بعضه ببعض في أحد القولين ويباع في القول الآخر، وهو الأصح، وينظر فإن كان لا يأتي عليه الكيل بيع وزنًا، وإن كان يأتي عليه الكيل بيع كيلًا على أحد الوجهين ووزنًا على الآخر. ا هـ فاستفيد من قوله: في مكان ما قدمته من أنه ليس المعتبر هنا عدم الكيل والوزن بالحجاز خاصة، بل مطلقًا، وهو محل كلام صاحب «التنبيه» فيه والله أعلم.

فائدة: الأصحاب يطلقون الخلاف بين «القديم» و«الجديد» في المطعوم الذي

لا يكال ولا يوزن ولا يصرحون باعتبار العرف أو الشرع، والمقصود من ذلك ما قدمته وكلام المصنف وغيره إذا أمعنت فيه التأمل يدلك على ذلك، ولذلك قال أبو محمد عبد السلام في «الغاية»: فصل فيما لا يقدر شرعًا ولا عرفًا، ما لا يقدر في العرف بكيل ولا وزن، القديم أنه ليس بربوي. فأفاد ذلك ما قلته، وذلك مستفاد من غضون كلام الإمام في «النهاية» ومن تلك اللفظة أخذ ابن عبد السلام رحمه الله ذلك، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: وما حرم فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض، ومع أحد العوضين جنس آخر يخالفه في القيمة، كبيع ثوب ودرهم بدرهمين، ومدّ عجوة ودرهم بدرهمين، ولا يباع نوعان من جنس بنوع، كدينار قاساني ودينار سابوري بقاسانيين أو سابوريين، أو كدينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين، أو دينارين قراضة، والدليل عليه ما روى فضالة بن عبيد قال: «أتى رجل إلى رسول الله ﷺ بقلادة فيها خرز معلقة بذهب فابتاعها رجل بسبعة دنانير أو تسعة دنانير، فقال ﷺ: لا حتى تميز بينه وبينه. فقال: أنا أردت الحجارة، فقال: لا، حتى تميز بينهما»[1] ولأن الصفقة إذا جمعت شيئين مختلفي القيمة انقسم الثمن عليهما، والدليل عليه أنه إذا باع سيفًا وشقصًا بألف، قوم السيف والشقص وقسم الألف عليهما على قدر القيمة أدى إلى الربا، لأنه إذا باع دينارًا صحيحًا قيمته عشرون وأمسك المشتري السيف بحصته من الثمن على قدر قيمته، وإذا قسم الثمن على قدر القيمة أدى إلى الربا، لأنه إذا باع دينارًا صحيحًا قيمته عشرون درهمًا ودينارًا قراضة قيمته عشرة بدينارين وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما صارت القراضة مبيعة بثلث الدينارين، والصحيح بالثلثين وذلك ربًا.

الشرح: حديث فضالة رواه أبو داود بسند صحيح، وهو أيضًا بغير هذا اللفظ في «صحيح مسلم» و«سنن أبي داود» والترمذي والنسائي، وقال الترمذي: حسن صحيح ونسبه ابن معن «شارح المهذب» إلى مسلم وأبي داود والترمذي والنسائي اعتبارًا بأصل الحديث على اصطلاح المخرجين من المحدثين، وليس بجيد، والصواب ما حررته. ورواية الصحابي فضالة ـ بفتح الفاء والضاد المعجمة ـ ابن عبيد مصغرًا بن نافذ ـ بالفاء والذال المعجمة ـ ابن قيس بن صهيب بن الأضرم [بن] جحجبا ـ بجيمين مفتوحتين بينهما حاء مهملة ساكنة وبعدهن باء موحدة ـ ابن كلفة بضم الكاف وإسكان اللام ـ ابن عوف بن عمرو بن عوف بن مالك بن الأوس

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٩١) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٥١) والترمذي في سننه برقم (١٢٥٥) والنسائي في سننه (٧/ ٢٧٩) وأحمد في المسند (٦/ ٢١).

الأنصاري الأوسي العمري ـ بفتح العين وسكون الميم ـ أبو محمد وأمه عفرة ـ بفتح العين ـ ابنه محمد بن عقبة بن أحيحة بن الجلاح بن الحريش بن جحجبا المذكور، شهد فضالة أحدًا والخندق وما بعدهما من المشاهد مع رسول الله ﷺ وبايع تحت الشجرة وتولى القضاء بدمشق لما مات أبو الدرداء بوصية أبي الدرداء لمعاوية، ومات بها في خلافة معاوية. وله عقب ـ كانت وفاته سنة ثلاث وخمسين على الأصح قاله ابن أبي خيثمة عن المدائني، ورأيت في «معجم الصحابة» للبغوي أنه سكن مصر ومات بها مع ذكره لما تقدم وكأن ذلك وهم من كاتب والله أعلم.

وروى عنه هذا الحديث حنش بن عبد الله الصنعاني وعلي بن رباح اللخمي وفي طبقته حنش الراوي عن عكرمة عن ابن عباس. روى عنه سليمان التيمي وخالد الواسطي وفي حديثه ضعف، اسمه حسين بن قيس. وحنش بن المعتمر الكوفي الراوي عن علي بن أبي طالب. وحنش بن الحارث بن لقيط النخعي الكوفي. يروي عنه أبو نعيم وغيره.

وروي هذا الحديث عن خالد بن أبي عمران عن حنش الصنعاني المذكور أبو شجاع هذا وسعيد بن يزيد أبو سلمة بصرى ثقة روى عنه شعبة، وسعيد بن يزيد مصري روى يزيد بن أبي حبيب عن أبي الخير عنه حديثه مرسلًا وقد روى هذا الحديث بألفاظ مختلفة. منها: اللفظ الذي في الكتاب رواه أبو داود. ومنها: عن فضالة قال: «اشتريت يوم خيبر قلادة ثمنها اثنا عشر دينارًا فيها ذهب وخرز، ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر دينارًا، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: لا تباع حتى تفصل» لفظ مسلم وأبي داود في أحد طريقيه، والترمذي وقال: حديث حسن صحيح، ولفظ النسائي مثله، إلا أنه لم يعين الثمن.

ومنها: عن فضالة قال: «أتي رسول الله ﷺ وهو بخيبر بقلائد فيها خرز وذهب وهي من الغنائم تباع، فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة فنزع، ثم قال لهم رسول الله ﷺ: الذهب بالذهب وزنًا بوزن»، رواه مسلم أيضًا. ومنها: عن حنش قال: «كنا مع فضالة بن عبيد في غزوة فطارت لي ولأصحابي قلادة فيها ذهب وورق وجوهر، فأردت أن أشتريها فسألت فضالة بن عبيد فقال: انزع ذهبها فاجعله في كفة، واجعل ذهبك في كفة، ثم لا تأخذن إلا مثلًا بمثل، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يأخذن إلا مثلًا بمثل»[1] رواه مسلم أيضًا.

(١) تقدم.

ومنها: عن فضالة قال: «أصبت يوم خيبر قلادة فيها ذهب وخرز فأردت بيعها فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: افصل بعضها من بعض ثم بعها». رواه النسائي[١] من حديث الليث عن خالد بن أبي عمران عن حنش، ولم يذكر الليث أو خالد أبا شجاع والله أعلم. والروايات كلها ترجع إلى حنش.

قال البيهقي في كتاب «السنن الكبير»: سياق هذه الأحاديث مع عدالة رواتها تدل على أنها كانت بيوعًا شهدها فضالة كلها، والنبي ﷺ ينهى عنها، فأداها كلها، وحنش الصنعاني أداها مفرقة، وقال في كتاب «المعرفة» بعد أن ذكر الرواية التي ذكرها المصنف، ثم ذكر القصة الأخرى التي ذكرناها عن مسلم. ثم حكم بأنها قصة أخرى قال: لأن في هذه الرواية أنه بنفسه اشتراها، وفي تلك أن رجلًا ابتاعها. واختلفا أيضًا في قدر الدنانير، غير أنهما اتفقا في النهي حتى يفصل، وفي ذلك دلالة على أن المنع من البيع لأجل الجمع بينهما في صفقة واحدة وهذا الذي قاله البيهقي متعين، فإن أسانيد الطرق كلها صحاح ولا منافاة بينها فالجمع بينها بذلك أولى من الحكم على بعضها بالغلط، وأيضًا كلها متفقة على النهي عن الجمع حتى يفصل، كما أشار إليه البيهقي، وهو موضع الاستدلال.

وقد رام الطحاوي دفعها بما حصل فيها من الاختلاف، قال: وقد اضطرب علينا حديث فضالة الذي ذكرنا فرواه قوم على ما ذكرنا في أول الباب. ورواه آخرون على غير ذلك، فقد يجوز أن يكون رسول الله ﷺ فصل الذهب، لأن صلاح المسلمين كان في ذلك، ففعل ما فيه صلاحهم، لا لأن بيع الذهب قبل أن ينزع مع غيره في صفقة واحدة غير جائز، وهذا خلاف ما روى من روى أن رسول الله ﷺ قال: «لا يباع حتى يفصل» ثم قال: فقد اضطرب علينا هذا الحديث فلم يوقف على ما أريد منه، فليس لأحد أن يحتج بمعنى من المعاني التي روى عليها إلا احتج مخالفه عليه بالمعنى الآخر.

قلت: وليس ذلك باضطراب قادح، ولا ترد الأحاديث الصحيحة بمثل هذه الاحتمالات وقوله ﷺ: «لا يباع حتى يفصل» صريح لا يحتمل التأويل، وكون فضالة أفتى به في غير طريق غير مرفوع إلى النبي ﷺ لا ينفي سماعه له، فقد يسمع الراوي شيئًا ثم يتفق له مثل تلك الواقعة فيفتي بمثله، والله أعلم.

وقوله: «معلقة بذهب» ضبطه ابن النويك ـ بعين مهملة مفتوحة وقاف ـ ابن معن يروى بالقاف، ويروى مغلفة بالغين المعجمة والفاء ـ وهذا الحديث معتمد

---

(١) (٧/ ٢٨٠).

أصحابنا من جهة للأثر في القاعدة المترجمة (بمدّ عجوة) وقد تقدم من تفسير ابن وهب ومن فقه السقاية التي باعها معاوية وأنكرها عبادة أنها القلادة، وخالفهم غيرهم والله أعلم.

ونقل البيهقي في كتاب «المعرفة» أن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ قال في «القديم»: وفي «أمر رسول الله ﷺ عامله على خيبر أن يبيع الجمع بالدراهم ثم يشتري بالدراهم جنيبًا» دل والله أعلم على أن لا يباع صاع تمر ردىء فيجمع مع صاع تمر فائق، ثم يشتري بهما صاعا تمر وسط.

ثم بسط الكلام في بيان ذلك إلى أن قال: ولو كان يجوز أن يجمع الرديء مع الجيد فغاية أمره فيما يرى والله أعلم أن يضم الرديء إلى الجيد ثم يشتري به وسطًا، وكان ذلك موجودًا. انتهى ما نقله البيهقي من ذلك، وقد رأيت ما نسبه البيهقي إلى «القديم» في «الإملاء» وسأنقله في آخر نصوص الشافعي إن شاء الله تعالى.

وقد اتفقت نصوص الشافعي على منع هذه المعاملة، قال في بيع الآجال من «الأم»: وإذا بعت شيئًا من المأكول أو المشروب أو الذهب أو الورق بشيء من صنفه فلا يصلح إلا مثلًا بمثل وأن يكون ما بعت منه صنفًا واحدًا جيدًا أو رديئًا ويكون ما اشتريت صنفًا واحدًا، ولا يبالي أن يكون أجود أو أردأ مما اشتريته به، ولا خير في أن يأخذ خمسين دينارًا مروانية، وخمسين محدبًا بمائة هاشمية ولا بمائة غيرها وكذلك لا خير في أن تأخذ صاع بردي وصاع لون بصاعي صحاني، وإنما كرهت هذا من قبل أن الصفقة إذا جمعت شيئين مختلفين فكل واحد منهما مبيع بحصته من الثمن، فيكون تمر صاع البردي بثلاثة أرباع صاعي الصحاني، وذلك صاع ونصف صاع اللون بربع صاعي الصحاني وذلك نصف صاع صحاني. فيكون هذا التمر بالتمر متفاضلًا وهكذا.

هذا في الذهب والورق وكل ما كان فيه الربا في التفاضل في بعضه على بعض وقال في باب الصرف من «الأم»: وإذا كانت الفضة مقرونة بغيرها خاتمًا فيه فص أو فضة أو حلية للسيف أو مصحف أو سكين فلا يشتري بشيء من الفضة قل أو كثر بحال لأنها حينئذٍ فضة بفضة مجهولة القيمة والوزن، وهكذا الذهب، ولكن إذا كانت الفضة مع سيف اشترى بذهب، وإن كان فيه ذهب اشترى بفضة، وإن كان فيه ذهب وفضة لم يشتر بذهب ولا فضة، واشترى بالعرض، قال الربيع: وفيه قول آخر أنه لا يجوز أن يشتري شيء فيه فضة مثل مصحف أو سيف وما أشبهه بذهب ولا ورق، لأن في هذه البيعة صرفًا وبيعًا لا ندري كم حصة البيع من حصة الصرف؟ والله أعلم.

وقال في هذا الباب أيضًا: وإذا جمعت صفقة البيع شيئين مختلفي القيمة مثل تمر بردي وتمر عجوة بيعًا معًا بصاعي تمر، وصاع من هذا بدرهمين وصاع من هذا بعشرة دراهم، وقيمة البردي خمسة أسداس الاثني عشر، وقيمة العجوة سدس الاثني عشر، فالبردي بخمسة أسداس الاثني عشر والعجوة بسدس الاثني عشر وهذا لو كان صاع البردي وصاع العجوة بصاعي لون، كل واحد منهما بحصته من اللون، فكان البردي بخمسة أسداس صاعين، والعجوة بسدس صاعين، فلا يحل من قبل أن البردي بأكثر من كيله والعجوة، بأقل من كيلها، وهكذا ذهب بذهب كان مائة دينار مروانية وعشرة محدبة بمائة وعشرة هاشمية فلا خير فيه من قبل أن قيمة المروانية أكثر من قيمة المحدبة، وهكذا الذهب بالذهب متفاضلًا، لأن المعنى الذي في هذا في الذهب بالذهب متفاضلًا، ولا بأس أن يراطل الدنانير الهاشمية التامة بالعتق الناقصة مثلًا بمثل في الوزن، وإن كان لهذه فضل وزنها، وهذه فضل عيونها، فلا بأس بذلك إذا كان وزنًا بوزن.

وقال في آخر باب المزابنة: ولذلك لا يجوز أن يدخل في الصفقة شيئًا من الذي فيه الربا في الفضل في بعضه على بعض يدًا بيد، ومن ذلك أن يشتري صبرة تمر مكيلة أو جزافًا بصبرة حنطة مكيلة أو جزافًا، ومع الحنطة من التمر قليل أو كثير، وذلك أن الصفقة في الحنطة تقع على حنطة وتمر بتمر، وحصة التمر غير معروفة من قبل أنها إنما تكون بقيمتها، والحنطة بقيمتها، والتمر بالتمر لا يجوز إلا معلومًا كيلًا بكيل.

وقال في باب تفريع الصنف من المأكول والمشروب بمثله: وكل ما لم يجز إلا مثلًا بمثل يدًا بيد فلا خير في أن يباع منه شيء، ومعه شيء غيره بشيء آخر لا خير في مدّ تمر عجوة ودرهم، بمدّي تمر عجوة، ولا مدّ حنطة سمراء ودرهم بمدى حنطة محمولة حتى يكون الطعام بالطعام لا شيء مع واحد منهما غيرهما أو يشتري شيئًا من غير صنفه ليس معه من صنفه شيء.

وقال في باب في التمر بالتمر: ولا خير في أن يكون صاع أحدهما من تمرين مختلفين وصاع الآخر من تمر واحد، وقال في «مختصر المزني»: ولا خير في مدّ عجوة ودرهم بمدّي عجوة حتى يكون التمر بالتمر مثلًا بمثل، وقال فيه أيضًا: ولو راطل مائة دينار عتق مروانية ومائة دينار من ضرب مكروه بمائتي دينار من ضرب وسط خير من المكروه ودون المروانية، لم أر بين أحد ممن لقيت من أهل العلم اختلافًا أن ما جمعته الصفقة من عبد ودار أن الثمن مقسوم على كل واحد منهما بقدر قيمته من الثمن فكان قيمة الجيد من الذهب أكثر من الرديء، والوسط أقل من الجيد.

وقال في «مختصر البويطي» في باب البيوع: وكل شيء من المأكول والمشروب والذهب والورق الذي لا يجوز بعضه ببعض إلا مثلًا بمثل، الحنطة والتمر والشعير والعسل والدنانير والدراهم، فإذا أراد رجل أن يبيع من عسل ودرهم بدرهم ومدّ عسل، فلا يجوز، أو درهم وثوب بدرهم وثوب، أو درهم وثوب بدرهمين، أو مدّ حشف ومدّ تمر بمدّ تمر أو مدّ حنطة ومدّ دقيق بمدّي حنطة وبما أشبهه فلا يجوز من قبل أن الصفقة تجمعهما ولا يتميز تمر كل واحد منهما ولكل واحد منهما حصته من الثمن، ولا يدرى كم ذاك فيدخل في ذلك التفاضل، لأن رسول الله ﷺ نهى عنه إلا مثلًا بمثل، مثل ثوب ورطل من عسل بثوب ورطل عسل، لأن للثوب والدرهم الذي وقع بالثوب والدرهم للدرهم حصة من الدرهم والثوب، ومن الآخر بمثل ذلك فلا يجوز، لأن ثمنها لا يميل من كل واحد منهما، ويدخل الثوب والدرهم بالثوب والدرهم بيع وصرف.

وقال في «مختصر البويطي» أيضًا في باب الصرف: وإذا صارفه خمسين قطاعًا وخمسين صحاحًا بمائة صحاح فلا يجوز. لأن للخمسين القطاع حصة من المائة الصحاح أقل من ثمنها. فيدخل في ذلك التفاضل والثمن مقوم عليها. وهو مثل رجل اشترى عبدًا وثوبًا بمائة دينار. ولو اشترى مائة دينار قطع بمائة صحاح فلا بأس وقد قيل: يجوز خمسون قطاعًا وخمسون صحاحًا بمائة صحاح. وهذا القول الذي نقله الشافعي رحمه الله سيأتي مثله مبسوطًا في «الإملاء»، والله أعلم.

وقال في «مختصر البويطي» في كتاب التفليس: وإن باع عبدًا وله مال دنانير ودراهم فلا يجوز شراؤه بدنانير ولا بدراهم إذا استثنى ماله. وإن اشتراه وحده بلا مال فجائز. وقال الشافعي رحمه الله في كتاب «الإملاء» في باب بيع التمر بالتمر في أمر النبي ﷺ عامله على خيبر: «أن يبيع الجمع بالدراهم ثم يشتري بالدراهم جنيبًا» دل والله أعلم على ألا يجوز أن يباع صاع تمر رديء مع صاع تمر فائق، ثم يشتري بهما صاعين بتمر وسط، وذلك أن العلم يحيط بأن صاع التمر الرديء لو عرض على صاحب التمر الوسط بربع صاع لم يقبله ولو قوم لم تكن قيمته كقيمة ربع صاع من الوسط، إنما يعطى صاحب الصاعين من الوسط صاعين بصاع رديء وصاع جيد، ليدرك فضل تمره الجيد على الرديء بما يأخذه من الجيد. وعامل رسول الله ﷺ إنما كان يقاسمهم نصف تمرهم، فيأخذ الجيد الغاية من صاحب الجيد الغاية، والرديء الذي لا أسفل منه من صاحب التمر الرديء، ومن كل ذي تمر نصف تمره، ولو كان يجوز أن يجمع الرديء مع الجيد الغاية أمره ـ فيما يرى ـ رسول الله ﷺ أن يضم الرديء إلى الجيد ثم يشتري بها وسطًا إن كان ذلك موجودًا

فخالف بعض الناس في هذا فقال: «لا بأس أن يضم الحشف الرديء ثم يشتري بكليهما تمر عجوة» وقال: «لا بأس بالذهب بالذهب متفاضلًا إذا دخل واحدًا منهما فليس» قال الشافعي: ومعنى الذهب يضم إليها غيرها معنى التمر الرديء يضم إليه التمر الرديء منها.

قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: وقلت لبعض من قال هذا القول: أرأيت رجلًا اشترى ألف درهم تسوى عشرة الدراهم بألفي درهم؟ قال: جائز. قلت: فإن وجد بالثوب عيبًا قال: يرده بألف، قلت: فهكذا نقول في البيوع كلها. قال: أي البيوع؟ قلت: أرأيت لو باع جارية تسوى ألفًا وثوبًا يسوى عشرة دراهم بألفين، فوجد بالثوب عيبًا، قال تقسم الألفان على الألف وعشرة ويرد الثوب بحصة عشرة من الألفين قال: وكذلك جارية تسوى ألفًا وثوبًا يسوى مائة بيعًا بألفين ومائتين ترد الثوب بمائتين لأنهما سهم من أحد عشر سهمًا من الثمن، ويكون حصة هذا في البيع وإن لم يسم لكل واحد منهما حصته من الثمن. قلت: فلم لا يكون الثمن هكذا؟ قال: لأن الثمن كله معروف. قلت: والسلعتان اللتان بيعتا معروفة في القيمة من الثمن؟ قال: نعم. قلت: وهكذا البيوع كلها قال: نعم. قلت: لم لم يقل هذا في الثوب مع الدراهم؟ قال: إذا احترز الربا فيكون ألفًا بأكثر منها. قلت: فهكذا أبطلنا ما أجزت من الصرف، وإذا أجزته فقد تركت أن يقسم الثمن على ما وقعت عليه عقدة البيع، هذه نصوص الشافعي رحمه الله، وهي مشتملة على ما إذا كان البيع من جنسين مختلفين، وعلى ما إذا كان نوعين من جنس واحد. ويعبر الأصحاب عن كل من الأمرين بقاعدة «مد عجوة» وضابطها عندهم أن تشتمل الصفقة على مال واحد من أموال الربا من الجانبين، ويختلف مع ذلك أحد العوضين أو كلاهما جنسًا أو نوعًا أو صفقة فقولنا: مال واحد خرج به ما إذا اشتملت على جنس مال الربا كما إذا باع قمحًا وشعيرًا بتمر وزبيب فإنه لولا هذه اللفظة لدخل تحت الضابط، وإن شئت قلت: أن يبيع مال الربا بجنسه ومع أحدهما غيره مما فيه الربا، أو مما لا ربا فيه وهذه عبارة أبي الطيب وابن الصباغ، وينبغي أن يحمل غيره على ما هو من الجنس والنوع والصفة.

وعبارة المصنف في الكتاب وفي «التنبيه» من أحسن العبارات وأسلمها لكن فيها اعتبار القيمة مطلقًا، وسأتكلم عليه إن شاء الله تعالى.

وأول ما يعتنى به في المسألة أصلان، أحدهما: أن الجهل بالمماثلة لحقيقة المفاضلة، وقد تقدم التنبيه على ذلك مرارًا، ويشهد له النهي عن بيع الصبرة بالصبرة لا يعلمان كيلها ومنع بيع التمر بالرطب خرصًا في غير العرايا. قال ابن السمعاني:

وهي تخرج المسألة على الأصل الذي عرف لنا في مسألة الربا، وهو أن الأصل في بيع هذه الأموال بعضها ببعض الحظر، إلا أنه يتخلص عن الحظر بالبيع على وجه مخصوص، فإذا لم يوجد ذلك الوجه يبقى محظورًا تمسكًا بالأصل.

والأصل الثاني: أن اختلاف العوضين من الجانبين أو من أحدهما يوجب اعتبار القيمة وتوزيع الثمن بالقيمة يوم العقد لدليلين، أحدهما: من حيث العرف فإن التجار يقصدون بالشراء التثمين، والثاني: من حيث الحكم كما إذا باع عبدًا وثوبًا ثم خرج أحدهما مستحقًا فإنه يرجع بقيمة المستحق من الثمن إلا بنصف الثمن، وإذا باع شقصًا وسيفًا يأخذ الشفيع الشقص بقيمته من الثمن إلا بنصف الثمن، والشفيع إنما يأخذ بما شاء، وله حالة العقد، فلولا أن التوزيع حاصل حين العقد لم يصح، وكما في رد البعض بالعيب وتلف البعض عند البائع. قال أصحابنا: ولولا التوزيع في الابتداء ما توزع في الانتهاء، ولا يترك التوزيع بأن يؤدي إلى بطلان البيع، فإن العقد إذا كان له مقتضى حمل عليه سواء أدى إلى فساد العقد أو إلى صلاحه، كما إذا باع درهمًا بدرهمين لما كان مقتضى العقد مقابلة جميع الثمن حمل عليه، وإن أدى إلى فساده ولم يحمل على أحد الدرهمين هبة والآخر ثمن ليصح العقد. وقولهم: أنه يغلب وجه الصحة بكل حال ممنوع. قال العجلي في كلامه على «الوسيط» بعرض الكلام فيما إذا كان الجيد لواحد والرديء لآخر قائلًا: هما ثمانون، فيقول صاحب المائة الجيدة نزل عن مائة، وحصل أكثر منها بطريق المقابلة بالبيع، فلا يحل له ذلك كما لو انفرد بيانه أن قيمة الجيدة إذا كانت ألفي درهم وقيمة الرديء ألفًا وصاحب الجيدة أخذ ثلثي الثمن وهو مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، وصاحب الرديء يأخذ الباقي بالمائة، وهو ستة وستون وثلثان، وهذا عين الربا، وهذا مقتضى للعقد، لأنه إما أن يقال: لم يقتض العقد لكل منهما ملكًا أصلًا، أو اقتضى لكل واحد ملكًا في الكل أو اقتضى ملكًا في النصف على التساوي، أو اقتضى ملكًا بحسب ما يتميز عند القيمة. والأقسام الثلاثة الأولى ظاهرة البطلان فتعين الرابع، وهو أن مقتضى العقد أن ما ظهر بالقيمة، وإذا ظهر ذلك عند تعدد الملك فكذا عند اتحاده، لأن ذلك مقتضى العقد بسبب اختلاف النوع والقسمة، لا بسبب اختلاف الملك إذ باذل الجيد لا يرضى أن يستفيد في مقابلة الجيد ما يستفيده في مقابلة الرديء، ولا باذل الثمن يبذله على التساوي، بل هذا القصد ضروري في نفس المعاقد. ومطلق كلامه لا يفهم منه إلا ما يقصد في عادة التعامل. فكأنه صرح بمقابلة الجيد بزيادة، انتهى.

ثم ألزمهم بمسألة الشفعة ثم قال: فإن قيل: التفاضل مقتضى الانقسام،

والانقسام يقتضي اختلاف الملك، أو اختلاف العيب أو الاستحقاق أو ثبوت الشفعة، فإن لم يكن بينهما هذه الاختلافات الأربعة أطلقنا القول بأن الكل بالكل، ولم يظهر منه تفاضل. قلنا: كان من الواجب أنه إذا وجدت هذه الاختلافات يبطل العقد في هذه الصور الأربع، وأنتم تصححون العقد مع أن مقتضى الانقسام والتفاضل موجود. انتهى. ولا يرد على ما فرضه من اختلاف الملك أن العقد غير صحيح، كما لو كان لرجلين عبدان فباعاهما بثمن واحد، لأنه إنما أراد بذلك الغرض، ولأنه صحيح على أحد القولين، وأيضًا فظاهر كلامه يقتضي أن الخصم يقول بصحته، فيصح على طريق الإلزام، والله أعلم.

وألزم أصحابنا الخصم بالتوزيع، وإن كان يؤدي إلى بطلان العقد كما لو باع عبدًا بألف نسيئة ثم اشتراه مع آخر بأكثر نقدًا فإن عندهم لا يصح لأنه عاد إليه بالقسمة بأقل مما باع، واعتذروا عن هذا الإلزام بأن هنا في مسألة العبد وجوه الصحة كثيرة بأن يجعل العقد الأول ألفًا وما فوقه درهمًا درهمًا إلى أن يبقى درهم للعقد الثاني، وإذا كثرت الوجوه صار ما قابل الأول من هذه الأثمان مجهولًا فبطل، كما لو باع بثمن وفي البلد نقود، وأبطل أصحابنا هذا الجواب بما إذا استأجر دارًا بعشرة وأحدث فيها عمارة وأكراها بأحد عشرة أجرة فإنه يمكن أن يجعل في مقابلة الدار درهمًا، وما زاد درهمًا درهمًا إلى أن يبقى درهم في مقابلة العمارة، فيبطل العقد ولم يفعلوا، بل جعلوا قدر رأس المال في مقابلة الدار والزيادة في مقابلة العمارة، وصححوه.

قال أصحابنا: وقد تكثر وجوه الصحة في مسألتنا، وهو أن يبيع مدّ حنطة ومدّ شعير ومدّ تمر بمدّي حنطة، ومدّي شعير بمدّي تمر، ومدّ تمر، بمدّي حنطة. والوجه الآخر أن يجعل مدّي الحنطة بمدّي شعير، ومدّي شعير بمدّي تمر، ومدّي تمر بمدّي حنطة، وكذا مدّ حنطة ومدّ شعير بمدّ حنطة ومدّي شعير. فقد كثرت وجوه الصحة. ومع ذلك جوزتم وألزمهم أصحابنا أيضًا إذا باع مدًّا ودرهمًا بمدّ ودرهم وتصرفا قبل القبض بطل العقد عندهم. وإن أمكن تقدير مقابلة لا يشترط التقابض فيها. بأن يجعل الدرهم بالمدّ فقد اتضح بهذه المباحث نظرًا وألزما اتجاه القول بالتوزيع. قال الفارقي: وهذا أصل مقطوع به فإن الإنسان لا يبذل من العوض في مقابلة الرديء ما يبذله في مقابلة الجيد. على أن إمام الحرمين اعترض على هذه الطريقة بأن العقد لا يقتضي في وضعه توزيعًا مفصلًا، بل مقتضاه مقابلة الجملة بالجملة أو مقابلة الجزء الشائع مما في أحد الشقين بمثله مما في الشق الآخر، بأن يقال: ثلث المدّ وثلث الدرهم يقابل ثلث المدين، يعني إذا باع مدًّا ودرهمًا بمدّين،

ولا ضرورة إلى تكليف توزيع يؤدي إلى التفاضل وإنما يصار إلى التوزيع في مسألة الشفعة لضرورة الشفعة.

قال: والمعتمد عندي في التعليل أنا تعبدنا بالمماثلة تحقيقًا، وإذا باع مدًّا ودرهمًا بمدّين لم يحقق المماثلة فيفسد العقد. قال الرافعي: ولناصريها أن يقولوا: أليس قد ثبت التوزيع المفضل في مسألة الشفع؟ ولولا كونه قضية العقد لكان ضم السيف إلى الشقص من الأسباب الدافعة للشفعة، فإنها قد تندفع بعوارض. وأما قوله: إنا تعبدنا بتحقيق المماثلة فللخصم أن يقول: تعبدنا بتحقيق المماثلة فيما إذا تمحضت مقابلة شيء منها بجنسه أم على الإطلاق. إن قلنا: بالثاني فممنوع. وإن قلنا: بالأول فمسلم، ولكنه ليس صورة المسألة، والاعتراض الأول الذي اعترض به الرافعي على الإمام حق، وقد نبهت عليه، وعلى ما يقويه فيما تقدم نقله من كلام الأصحاب.

وأما الاعتراض الثاني فضعيف، ولا سيما في الفرض الذي فرضه، وهو إذا باع مدًّا ودرهمًا بمدّين فإنه يصح في هذه الصورة أنه باع تمرًا بتمر، لأن الثمن الذي مع الدرهم مبيع قطعًا، ولا مقابل له إلا تمر، ومتى صدق أنه باع تمرًا بتمر وجبت المماثلة بالنص وبمحض المقابلة، فمدّ زائد لم يدل عليه دليل، واعترض ابن الرفعة على الإمام في جعله العمدة في التوزيع منسوبة للأصحاب فإنها عمدة الشافعي أيضًا، وفي دعواه أن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ اعتمد حديث القلادة قال: ولم أر في كلام الشافعي تعرضًا له، ولأجل ذلك لم يذكره البيهقي عنه بل عن الأصحاب، والله سبحانه أعلم.

فصل: إذا تقرر هذان الأصلان هان تقدير القاعدة المذكورة، وليست كلها على مرتبة واحدة. بل هي ثلاث مراتب كما تقدمت الإشارة إليه تارة يختلف الجنس وتارة يختلف النوع وتارة يختلف الوصف، فلنفرد كل مرتبة بالكلام عليها، المرتبة الأولى: أن يختلف الجنس. وهي التي صدر المصنف كلامه بها سواء كان كل منهما ربويًا كمدّ عجوة ودرهم بمدّي عجوة أو بدرهمين أو بمدّ عجوة ودرهم، وكما إذا باع صاع حنطة وصاع شعير بصاع حنطة وصاع شعير، أو صاعي حنطة أو صاعي شعير أو دينارًا ودرهمًا بدينار ودرهم أو بدينارين أو بدرهمين، أو كان أحدهما ربويًا فقط كثوب ودرهم بدرهمين أو بثوب ودرهم، ولا يمكن أن يكون بثوبين لأن مال الربا حينئذٍ لم يتحد من الجانبين فلا يكون من صورة المسألة، وكما إذا باع خاتمًا فيه فص بخاتم فيه فص أو لا فص فيه، وهما جميعًا فضة أو ذهب، أو سيفًا محلى بفضة بدراهم أو بسيف محلى بفضة، أو سيفًا محلى بذهب أو بسيف محلى بذهب أو قلادة فيها ذهب بذهب، أو عبدًا معه مال دراهم بدراهم، أو دنانير بدنانير، إذا

اشترط كون المال للمشتري. نص عليه في «البويطي».

وقد أطبق الأصحاب تبعًا للشافعي على بطلان البيع في ذلك كله إلا أن ينص في بيعه، فيقول: المدّ في مقابلة المدّ والدرهم في مقابلة الدرهم، كذلك صرّح باستثنائه جماعة من الأصحاب ابن السمعاني، وصاحب «العدة» والماوردي والرافعي وغيرهم، ولا شك فيه، واحتجوا في ذلك بحديث فضالة المتقدم، وبالأصلين اللذين تقدما، ووجه الجهل بالمماثلة فيه أنه يحتمل أنه باع المدّ بالمدّ، والمدّ الثاني بالدرهم، ويحتمل غيره بأن يجعل بأكثر من المدّ أو بأقل منه، فدل على أنه لما باع المثل بالمثل ولن يكون كذلك إلا إذا نص على وجه لا يحتمل غيره.

فأما إذا أطلق هو إطلاقًا لم يحمل عليه من قبل الشرع على زعم المخالف فلا يكون هو تابعًا على الوجه الصحيح، فبقي على الفساد. ويزيد ذلك أيضاحًا وهو أنه إذا باع مدًّا ودرهمًا، بمدّين، فإما أن تكون قيمة المد الذي..... وما ذاك؟ قال: يبيعون جامات مخلوطة بذهب وفضة بورق فنكس على رأسه مع الدرهم أكثر من درهم أو أقل أو درهمًا، فإن كان أكثر مثل أن تكون قيمته درهمين فيكون المدّ ثلثي ما في الطرف فيقابله ثلثا المدين من الطرف الآخر، فيصير كأنه قابل مدًّا بمدّ وثلث، وإن كانت قيمته أقل كنصف درهم فيكون المدّ ثلث ما في هذا الطرف فيقابله ثلث المدين من الطرف فيصير كأنه قابل مدًّا بثلثي مدّ، وإن كانت قيمته درهمًا فلا تظهر المفاضلة والحالة هذه لكن المماثلة فيها تستند إلى التقويم، والتقويم بخمسين قد يكون صوابًا وقد يكون خطأ، والمماثلة المعتبرة في الربا هي المماثلة الحقيقية.

هذا كلام الرافعي رحمه الله تعالى وهو على مقتضى كلام أكثر الأصحاب، ولا فرق في ذلك بين أن تكون قيمة المدّ مثل الدرهم أو لا، على مقتضى إطلاق أكثر الأصحاب. وادعى إمام الحرمين اتفاق الأصحاب عليه. ولا فرق أيضًا بين أن يكون المدان من نوع واحد والدرهمان من ضرب واحد أم لا وخالف في كل منهما مخالفون.

أما الأول فقاله القاضي أبو الطيب في «تعليقه» أنهما لو علما قبل العقد أن قيمة المدّ مثل الدرهم وتبايعا على ذلك أن ذلك جائز لأنهما متماثلان، وإنما يكون ربًا إذا كان التفاضل معلومًا أو التماثل مجهولًا. وهذا الذي قاله يبعده أن القيمة أمر تخميني لا يكتفي به في الربا، ألا ترى أنه لو باع صبرة بصبرة تخمينًا لم يصح. وهذا الذي قاله القاضي أبو الطيب لم أر من وافقه عليه إلا المصنف هنا وفي «التنبيه» فإن عبارته تقتضيه، وتابعه على ذلك الشاشي في «الحلية» وابن أبي عصرون

ووافقهم الجرجاني في «الشافي» وأطلق أنهما إذا كانا متساويين في القيمة يجوز، وأخذه الروياني من قول الشافعي في تعليل المسألة حتى يكون التمر بالتمر مثلًا بمثل. وقال: أن ظاهره يقتضي جواز البيع في مدّ عجوة قيمته درهم مع درهم بمدّي عجوة قيمة كل واحد منهما درهم. لأنا إذا وزعنا الدرهم على المدّين خص كل مدّ نصف درهم، وإذا وزعنا المدّ مع الدرهم خصّ كل مدّ من المدّ الموزع نصفه فيصير بيع مدّ قيمته درهم بنصف مدّ قيمته نصف درهم ونصف درهم فيقع نصف المدّ بإزاء نصف المدّ ولا يؤدي إلى التفاضل كما يؤدي إلى التفاضل في الصورة الأولى. ونقل عن الإمام أبي محمد الجويني أنه قال: سمعت بعض من رجعت إليه من محققي العصر من أئمة أصحابنا يجوز هذا البيع ويحتج بتعليل الشافعي قال الإمام الروياني: وعندي أنه لم يسبق إلى هذا التخريج. والذي عليه عامة أصحابنا قديمًا وحديثًا أن البيع باطل ههنا أيضًا لأصل آخر سوى المعاملة. وذلك أن التحري في مسائل الربا ممنوع كما نص عليه قبل هذه المسألة والتقويم ضرب من التخمين.

ثم قال: وقال القاضي الإمام الطبري في «المنهاج»: لا يختلف المذهب أنه يجوز في هذه الصورة إذا تحققنا المماثلة وهو الصحيح، وقد تحقق ذلك إذا اجتنيا من شجرة واحدة بحيث تتحقق المساواة، ولا مجال للتحري في ذلك بوجه، قال: والتشكيك في مثل هذا الموضع نوع من الوسواس، وهذا أصح عندي والله تعالى أعلم.

ولذلك جزم الروياني في «الحلية» بأنه لو تحقق المساواة بأن اجتنيا من شجرة واحدة من غصن واحد، يجوز، ونقل عنه أنه قال في «التجربة»: إنه المذهب، وغلط من قال بخلافه، وكلهم فرضوا المسألة فيما إذا باع مدًّا ودرهمًا، بمدّين وشبهه ونقل القاضي حسين فيما إذا باع مدًّا ودرهمًا بمدّ ودرهم، والمدّان من نوع واحد والدرهمان من ضرب واحد وجهين، وكذلك صاحب القيمة فيما إذا باع درهمًا، ودينارًا بدرهم ودينارين، والدرهمان من ضرب واحد. أو باع صاع حنطة وصاع شعير بصاع حنطة وصاع شعير، وصاعا الحنطة من صبرة واحدة، وصاعا الشعير كذلك، ونقل عن القاضي حسين أنه كان يختار الصحة في ذلك، على أن كلامه في «الأسرار» يقتضي الفساد، وهذا هو الأمر الثاني الذي وقع الخلاف فيه وهو أخصّ من الأول، وإن كان بينهما بعض الموافقة ويمكن أن يكون خلافًا واحدًا.

وإنما اختلفت العبارة في تصوير المسألة وإطلاق أكثر الأصحاب لم يفصلوا في ذلك، وكذلك نصوص الشافعي المتقدمة إذا تأملتها لم يعتبر فيها القيمة إلا في اختلاف النوع، وأما في اختلاف الجنس فإنه أطلق القول بالفساد ولم يقيده، وهو

مقتضى التمسك بحديث فضالة المذكور لأن النبي ﷺ لم يستفصل عن قيمة الخرز الذي مع الذهب، وهل يقتضي التوزيع تفاضلًا أولًا فكان الحكم عامًا، وذكر الروياني في حجة المانعين أنه إذا باع درهمًا ودينارًا بدرهم ودينار من ضرب واحد فالدينار يقابل ما يخصه من الدينار والدرهم معًا. لو خرج الدينار مستحقًا أو معيبًا، يرد بعض الدينار وبعض الدرهم باعتبار التقسيط بالقيمة. مثاله قيمة الدينار عشرة دراهم معه درهم فالجميع أحد عشر. فنجعل الدينار أحد عشر جزءًا فيسترد في مقابلة الدينار عشرة أجزاء من الدينار وعشرة أجزاء من درهم، فيكون بين الذهب والفضة تفاوت في القيمة. فيحتاج أن يقسط الدينار على ما حصل في مقابلته من الدينار والدرهم وإذا قسطنا يؤدي إلى التفاضل أو الجهل بالتماثل، هذا كلام الروياني ويحتاج إلى تأمل. على أن الروياني لا يختار ذلك، بل يختار الصحة كما تقدم عنه. والأول هو المشهور المعتمد. وقد صرح الروياني في «الإبانة» بذلك فقال: لا يصح ـ وإن قال أهل العلم ـ هما متفقان. لأنهم يخبرون عن الاجتهاد. وربما يتفاوت. عرف أن تقييد الشيخ بالمخالفة في القيمة وجه في «المهذب». وإن كان الصحيح المشهور غيره.

وأما الشيخ تاج الدين الفزاري في «شرح التنبيه» فإنه قال: إن ذكر المخالفة في القيمة لا معنى له فإن المخالفة فيها ليست شرطًا بل لو كان التساوي مجهولًا كفى في البطلان ولو كانت العجوة من شجرة واحدة وقيمة المدّ درهم بحيث يغلب على الظن جعل المدّ في مقابلة المدّ والدرهم في مقابلة المدّ الآخر فالمذهب البطلان قال: وفيه وجه يبعد حمل كلامه على إرادته لغرابة الوجه. ولأن المصحح ثم اتفاق القيمة لا عدم اختلافها ثم هو غير مطابق للمثال. فإن الجنس العجوة. والعوض المخالف: الدرهم. ولا يقال في الدرهم: إنه مخالف في القيمة لأنه في نفسه قيمة فلو كان كمدّ عجوة ومدّ حنطة لكان أجود.

قلت: أما استبعاده إرادته لغرابته فليس كذلك. لأن القاضي أبا الطيب قاله كما علمت. وهو شيخ المصنف فلم يخف عنه وليس غريبًا في حقه. وأما كون المصحح على ذلك الوجه اتفاق القيمة لا عدم اختلافها فالمدرك الذي بنيت عليه المسألة هو التوزيع والتفاوت فيه شيء غير اختلاف القيمة فلذلك جعله وصفًا في البطلان ولم يجعل عدم الاختلاف مصححًا. على أنه متى كان شرطًا فلا بدّ من تحققه. وليس بين تحقق عدم الاختلاف ووجود الاتفاق واسطة. فنبه الشيخ بذلك على الحالة التي أظهر فيها القول بالبطلان. وأما لو كان التساوي مجهولًا فقد عرف من قواعد الربا أن الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة.

وأما كونه لا يقال في الدرهم: أنه مخالف في القيمة فعبارة المذهب سالمة عن هذا، فإن المخالفة في المذهب وصف للجنس المضموم إلى الدرهم، لأنه مثل بمدّ عجوة ودرهم بدرهمين، فالمضموم إلى الجنس الذي بيع بعضه ببعض هو العجوة، وهو الموصوف بأنه يخالف الدرهم في القيمة، وذلك صحيح، فإن العجوة تخالف الدرهم في قيمتها بحسب ما فرض، ومعنى ذلك أن قيمتها مخالفة للدرهم، وليس معناه أنها مخالفة لقيمة الدرهم حتى يرد ما ذكره.

وأما على عبارة «التنبيه» في أكثر النسخ المشهورة فإنه جعل مدّ عجوة، فالمضموم هو الدرهم، وقد قال: يخالفه في القيمة، فمعناه أن الدرهم يخالف المدّ في القيمة، فطريق الصحيح أن يجعل المعنى أن الدرهم يخالف المدّ في قيمة المدّ، لا في قيمة الدرهم، فإن هذه المناقشة واردة في كلام الشيخ مطلقًا سواء حمل على ذلك أم لا، ولو أتى بما ذكره من المثال لكان أوضح.

واعلم أن ما قاله القاضي أبو الطيب، وما حكاه القاضي حسين وصاحب «التتمة» يظهر أنه شيء واحد والمراد بذلك المثال أن تتفق القيمة حتى لا تؤدي إلى المفاضلة، ويدل على هذا ما تقدم نقله عن «المنهاج» للقاضي أبي الطيب حيث صوره فيما أخذ من شجرة واحدة، قال ابن الرفعة: إلا أن يقال عند الاختلاف في الجانبين ـ يعني في مثال القاضي حسين: لا يحتاج إلى تقويم بخلافه من أحد الجانبين، فإنها تحتاج فيه إلى التقويم، وهو حدس وتخمين.

قلت: وذلك فرق ضعيف، والظاهر أنه خلاف واحد، فإن ثبت الفرق الذي لمحه ابن الرفعة، وإلا كان في ذلك تظافر على اعتبار القيمة كما يقتضيه كلام المصنف، ويكفي ما تقدم من كلام أبي الطيب وصاحب «البحر» والشيخ أبي محمد، فإن في ذلك شاهدًا لما ذكره المصنف. وقد أطلق العبارة بعض من تكلم على «التنبيه»، ولم يقف على هذه النقول فقال: إنه خلاف إجماع أئمة المذهب، وليس كما توهمه والله أعلم. وأبو علي الفارقي تلميذ المصنف حكى الوجهين في المسألة وضعف الوجه القائل بالمنع فوافق المصنف فالله أعلم.

وذكر ابن الرفعة أيضًا في الخلاف الذي ذكره القاضي حسين وصاحب «التتمة» أن له عنده التفاتًا على أن من نصفه حر ونصفه عبد إذا قتل مثله هل يجب عليه القصاص؟ فطريقة العراقيين جريان الخلاف، وطريق المراوزة المنع وهي المصححة. قلت: وذلك غير متجه، لأنه لا يوزع هناك، فلا يلزم من ثبوت القصاص هناك لأجل المساواة الظاهرة جواز البيع هنا لضرورة التوزيع ولذلك نجزم بالمنع عند اختلاف القيمة بخلافه هناك والله أعلم.

وأطلق أئمة المذهب أيضًا البطلان في جميع العقد إلا صاحب «التتمة» فإنه قال: لا يصح البيع عندنا في المدّ الذي مع الدرهم وفيما يقابله من المدين، وفي الدرهم وما يقابله من الدرهمين، وفي المدّ وما يقابله قولان، وكذا إذا باع دينارًا، أو درهمًا بدينارين أو بدرهمين فالعقد في القدر الذي قابل الجنس باطل، وفي الباقي قولان، ووافقه على ذلك الروياني في «البحر». قال الرافعي: ويمكن أن يكون كلام من أطلق محمولًا على ما فصله وفيه نظر لأن التقسيط لو اعتبر في هذه المسألة لصح فيما إذا اتفقت القيمة، والرافعي مع الجمهور في عدم الصحة، فعلى ما قاله صاحب «التتمة» ومال إليه الرافعي لا وجه للإبطال، لأنا إذا صححنا في الدرهم بمدّ بناء على تفريق الصفقة يبقى مدّ في مقابلة مدّ بغير زيادة، فلو أبطلناه لكان بغير موجب. والعذر عن عدم تخريجه على تفريق الصفقة أن التقويم لما لم يكن معتبرًا في الربوبات لكونه تخمينا بطل اعتباره مطلقًا، فلا يعلم القدر المقابل من المدين للمد، فيصير المقابل منهما للمد مجهولًا ومن ضرورته أن يكون المقابل للدرهم مجهولًا بخلاف الجمع بين العبد والحر، فإن الشرع لم يسقط اعتبار التقويم فيهما.

وحاول ابن الرفعة جوابًا آخر عما قاله صاحب «التتمة» فقال: الفرق على طريقة الجمهور أن عند غيره غير قابل للصحة بحال لتميزه، فأمكن قصر البطلان عليه ولا كذلك ما قابل الجنس، فإنه قابل للصحة بالطريق الذي سلكه أبو حنيفة رحمه الله، وإذا قبلها لم يكن قصر البطلان عليه، وقرب مما إذا تزوج خمس نسوة في عقد لا يصح، ولا يقول بطل في واحد، وفي الباقيات قولًا تفريق الصفقة. نعم صاحب «الذخائر» أغرب فقال في صحته في أربع نسوة: قولًا تفريق الصفقة، وعلى الجملة بالخبر يرد طريقة المتولي، إلا أن يقول: كان الذهب فيه هو المقصود والخرز، تابع فلذلك لم ينظر إليه.

قلت: وتمسكه في هذا الفرق بمسلك أبي حنيفة سهل على ضعفه. فأنا لا نخشى أن نجعل الجواب على مذهبنا مستندًا إلى شيء لا نقول به والله أعلم.

نعم: إنما يقوي هذا البحث من القاضي أبي الطيب وموافقيه القائلين بالصحة عند اتحاد القيمة فعند اختلافها يمكن دعوى التخريج على تفريق الصفقة ثم فيه نظر من جهة أن هذا العقد صفقة واحدة وهي من عقود الربا فبطلت جملة ألا ترى أنه لو اشترى في العرايا أكثر من خمسة أوسق في عقد واحد أنه يبطل ولا يتخرج على تفريق الصفقة؟ وعلله القاضي الماوردي بأنه بالزيادة على الخمسة قد صار مزابنة، والمزابنة فاسدة، ومع ذلك ففيه نظر يحتاج إلى مزيد تأمل. والله عز وجل أعلم.

ويمكن أن يتمسك بحديث القلادة المذكورة في رد ذلك، فإن النبي ﷺ منع ذلك ورده حتى يفصل وعلى ما قاله صاحب «التتمة» يبطل في الذهب وما يقابله من الذهب، وفي الخرز وما يقابله قولا تفريق الصفقة، فيستدل بالحديث على أحد الأمرين، إما: بطلان التخريج في ذلك على تفريق الصفقة وإما: أن الصحيح أن الصفقة لا تفريق والله أعلم.

إذا تحذر المذهب في ذلك فقد وافقنا على المنع في هذه الرتبة من الصحابة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وروى محمد بن عبد الله الشعيثي عن أبي قلابه عن أنس قال «أتانا كتاب عمر ونحن بأرض فارس: لا تبيعوا سيوفًا فيها حلقة فضة بالدراهم» وفضالة ابن عبيد، وقد تقدم الأثر الدال عنه على ذلك، وروي فيه عن علي شيء محتمل، وصح عن ابن عمر أنه كان لا يبيع سرجًا ولا سيفًا فيه فضة حتى ينزعه ثم يبيعه وزنًا بوزن، ومن البائعين ابن شهاب الزهري كان يكره أن يشترى السيف المحلى بفضة، ويقول: اشتره بالذهب يدًا بيد. وابن سيرين كان يكره شراء السيف المحلى إلا بعرض ويقول: إذا كانت الحلية فضة اشتراها بالذهب. وإن كانت الحلية ذهبًا اشتراها بالفضة، فإن كانت ذهبًا وفضة اشتراها بالذهب وإن كانت الحلية ذهبًا اشتراها بالفضة، فإن كانت ذهبًا وفضة فلا تشترها بذهب ولا بفضة واشترها بعرض.

وشريح القاضي سئل عن طوق ذهب فيه فصوص أيباع بالدنانير؟ قال تنزع الفصوص ثم يباع الذهب بالذهب وزنًا بوزن، وعن ابن سيرين والزبيري قالا جميعًا: يكره أن يباع الخاتم فيه فضة بالورق، وعن إبراهيم النخعي أنه كان يكره أن يشترى ذهبًا وفضة بذهب. وقال حماد: أراد أن يشتري ألف درهم بمائة دينار ودرهم، فمنع من ذلك وقال: لا، ولكن اشتر ألف درهم غير درهم بمائة دينار، وكل هذه الآثار بأسانيد صحيحة. وروي مثل ذلك أيضًا عن سالم بن عبد الله والقاسم بن محمد، ووافقنا من الأئمة أحمد بن حنبل في المشهور، وإسحاق وأبو ثور، وخالفنا في ذلك جماعة.

روى المغيرة بن جبير عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه «أنه أتاه رجل وهو يخطب فقال: يا أمير المؤمنين إن بأرضنا قومًا يأكلون الربا. قال علي: وما ذاك؟ قال يبيعون جامات مخلوطة بذهب وفضة بورق فنكس على رأسه وقال: لا. أي لا بأس به» المغيرة بن جبير ذكره البخاري في «تاريخه».

وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «لا بأس ببيع السيف المحلى بالدراهم» وعن إبراهيم النخعي قال: «كان خباب فينا وكان ربما اشترى السيف المحلى بالورق»

وعن طارق بن شهاب قال «كنا نبيع السيف المحلى بالفضة ونشتريه. ومن البائعين الحكم بن عيينة سئل عن ألف دينار وستين درهمًا وخمسة دنانير. قال: لا بأس ألف بألف والفضل بالدنانير» وعن الحسن وإبراهيم والشعبي قالوا كلهم: «لا بأس بالسيف فيه الحلية والمنطقة والخاتم بأن يبتاعه بأكثر ما فيه أو بأقل ونسيئة» وعن مغيرة قال «سألت إبراهيم النخعي عن الخاتم أبيعه نسيئة؟ فقال: أفيه فص؟ فقلت نعم. فكأنه هون فيه» وهذا فيه بعض المخالفة لما تقدم عن إبراهيم. ويمكن الجمع بينهما إن كان يفرق بين أن يكون المضموم إليه ربويًا أو غيره. وعن ابن سيرين وقتادة «لا بأس بشراء السيف المفضض والخوان والقدح بالدراهم» وعن حماد بن أبي سليمان سئل عن السيف المحلى يباع بالدراهم فقال لا بأس به. هذه من طريق الرواية المتقدمة عنه في الموافقين من طريق حماد بن سلمة. وروى عن سليمان بن موسى ومكحول مثل ما روى عن هؤلاء. وعن الشعبي أنه كان لا يرى بأسًا بالسيف المحلى يشترى نقدًا ونسيئة ويقول: فيه الحديد والحمائل. وعن الحكم بن عيينة في السيف المحلى يباع بالدراهم إن كانت أكثر من الحلية فلا بأس به ومثله أيضًا عن الحسن وإبراهيم وهو قول سفيان وعن إبراهيم النخعي قول آخر في الذهب والفضة يكونان جميعًا. قال لا يباع إلا بوزن واحد منهما كأنه يلغي الواحد.

وأما الأئمة بعدهم فقال الأوزاعي: إن كانت الحلية تبعًا وكان الفضل في الفضل جاز بيعه بنوعه نقدًا وتأخيرًا. وقال مالك: إن كانت فضة السيف المحلى بالفضة والمصحف كذلك والمنطقة أو خاتم الفضة يقع في الثلث من قيمتها من النصل والغمد والحمائل، ومع المصحف ومع الفص، وكان حلى النساء من الذهب والفضة تقع الفضة أو الذهب في ثلث القيمة، الجميع مع الحجارة، ما قل جاز بيع كل ذلك بنوعه أكثر مما فيه، ومثله وأقل نقدًا، ولا يجوز نسيئة، فإن كان أكثر من الثلث لم يجز أصلًا.

وقال أيضًا: لا يجوز بيع غير ما ذكرنا يكون فيه فضة أو ذهب بنوع ما فيه منهما، قل أو كثر، كالسكين المحلاة بالفضة أو الذهب أو السرج كذلك، وكل شيء كذلك، إلا أن يكون ما فيه من الفضة والذهب إذا نزع لم يجتمع منه شيء له بال، فلا بأس حينئذ ببيعه بنوع ما فيه من ذلك نقدًا أو بتأخير وكيف شاء. وقال أبو حنيفة: كل شيء يحلى بفضة أو ذهب فجائز بيعه بنوع ما فيه من ذلك إذا كان الثمن أكثر مما في المبيع من الفضة أو الذهب، ولا يجوز بمثل ما فيه من ذلك ولا بأقل، ولا بد من قبض ما تقع الفضة أو الذهب من الثمن قبل التفرق، وجوز أن يباع مدعجوة ودرهم بمدى عجوة وشبهه، وقال: يكون المد في مقابلة المد، والمد

الآخر في مقابلة الدرهم. حتى قال: لو باع مائة دينار بدينار في خريطة مع الخريطة جاز، ويكون دينار من المائة في مقابلة الدينار، وبقيتها في مقابلة للخريطة، وقد تقدمت الإشارة إلى شيء من حجته والجواب عنها.

وتكلموا على الحديث الذي اعتمدنا عليه بالاختلاف في طرقه، وبأنه يحتمل أن يكون الذهب الذي في القلادة أكثر من الذهب الذي هو الثمن، واعتضدوا في ذلك بالرواية التي فيها أنه فصلها فجاءت اثني عشر دينارًا، وقد تقدم الجواب بأنها قصتان، وأيضًا فإن النبي ﷺ لم يستفصل، وأناط المنع بوصف وهو عدم التمييز، فدل على أنه هو العلة لا غيره. وأما الراوي قال: إنما أردت الحجارة. فحمله على أن الذهب فيها كان أكثر من الذهب الذي هو ثمن بعيد. والله أعلم.

وعن طاوس أنه لا بأس بدينار ثقيل بدينار أخف منه ودرهم، وعن الحكم في الدينار الشامي بالدينار الكوفي وفضل الشامي فضة. قال: لا بأس به. وعن مجاهد قال: لا بأس به. وعن إبراهيم أنه كرهه. وعن ابن سيرين أنه سئل عن مائة مثقال بمائة دينار وعشرة دراهم فكرهه. روى ذلك ابن أبي شيبة، ومعنى فضل الشامي فضة أن الشامي أثقل من الكوفي فيأخذ بالفضل فضة.

وصح عن سفيان الثوري من طريق ابن أبي شيبة أيضًا أنه كره عشرة دراهم بتسعة وفلس ولم ير بأسًا بعشرة دراهم بتسعة دراهم وذهب، ولم أفهم الفرق بين الصورتين من جهة كون الذهب نقدًا والفلوس ليس بنقد.

فرع: من هذه المرتبة باع خاتم فضة فيه فص بفضة لا يجوز. وإن باعه بذهب ففيه القولان في الجمع بين بيع وصرف، وهو نظير ما ذكره الشافعي في العبد إذا كان معه دراهم وباعه، وبيع الذهب الابريز بالهروي، وسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

ومن فروع قاعدة مد عجوة بعض المختلط كالسكر ببعض اللبون إذا بيع بمثله باطل. قاله الإمام: قال الروياني: كل ما خلط من شيئين فلا يجوز بيع بعضه ببعض.

فصل: المرتبة الثانية من قاعدة مد عجوة أن يختلف النوع أو الصفة من الطرفين أو من أحدهما، كما إذا باع مد عجوة ومد برني بمدي معقلي، أو قفيز طعام وقفيز طعام رديء، بقفيزين من طعام جيد أو رديء، أو جيد ورديء أو باع مائة دينار جيد ومائة دينار رديء بمائتي دينار جيد أو رديء أو وسط أو مائة دينار جيد أو مائة دينار رديئة أو دينارًا قاسانيا ودينارًا سابوريا بقاسانيين أو سابوريين أو بقاساني وسابوري، أو قاساني وابريزي بقاسانيين، أو ابريزيين، أو قاساني

وابريزي، أو دينارًا صحيحًا ودينارًا مكسورًا بدينارين صحيحين أو مكسورين أو صحيح ومكسور، أو ذهب درة بيضاء وذهب درة حمراء بذهبي درة بيضاء أو حمراء أو دراهم صحيحة وغلة بدراهم صحاح وغلة، أو دينارًا مغربيًا ودينارًا سابوريا بدينارين مغربيين، أو حنطة حمراء وسمراء ببيضاء.

وإلى هذه المرتبة أشار الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ بمسألة المراطلة التي قال فيها: ولو راطل بمائة دينار عتق مروانية ومائة دينار من ضرب مكروه بمائتي دينار من ضرب وسط. وبقوله في «مختصر البويطي» إذا صارفه خمسين قطاعًا وخمسين صحاحًا بمائة صحاح، وبقوله في «الاملاء» و «الأم» الذي تقدم نقله عنه في التمر البرني والعجوة أو اللوز بالصيحاني، والمشهور عند جمهور الأصحاب البطلان في هذه المرتبة أيضًا والحاقها بالمرتبة الأولى، وقد عرفت قوله في «مختصر البويطي». وقد قيل: يجوز خمسون قطاعًا وخمسون صحاحا بمائة صحاح. وهذا القول الظاهر أن المراد منه قول بعض الأئمة المتقدمين كما ذكره في «الإملاء» وليس بقول للشافعي فلذلك لا يحكى عن الشافعي خلاف في ذلك. وهل هو من نقل الشافعي أو البويطي؟ ظاهر كلام القفال الثاني، فإنه قال: ما حكى البويطي أنه يجوز فليس بشيء، والأقرب أنه من كلام الشافعي، لأنه في «الإملاء»، ووافق القفال على أن ذلك من كلام البويطي صاحب «التلخيص»، وجعله عائدًا إلى جميع صور اختلاف النوع في التمر والنقد.

وقد حكي وجه في طريقة الخراسانيين روي عن حكاية صاحب «التقريب» وغيره أن صفة الصحة في محل المسامحة، ورأى أن التفاوت في الصحة لا يضر. وحكى الفوراني وغيره وجهين في بيع الصيحاني والبرني بالصيحاني، أو بالبرني والصيحاني، وفي بيع الصحيح أو المكسور بالصحيح أو المكسور أو بهما، وفي الجيد والردىء بالجيدين أو الرديئين وأشار القاضي حسين إلى حكاية هذا الوجه في الصحيح والمكسور، وحكاية القفال في «شرح التلخيص» عن بعض أصحابنا، لكن حكاه في صورة بيع الصحيح بالمكسور والصحيح وسكت عنه، وعلله بأن صاحب «الصحاح» حاكي وحكاه في مسألة بيع الصحاح والمكسر بالصحاح والمكسر ورد عليه.

وأما مسألة بيع الصحاح والمكسر بالمكسر فجزم بالبطلان ولم يحك فيها خلاف والقياس جريانه وجزم القفال أيضًا في مسألة الدنانير العتق والجدد بمثلها أو بجدد أو عتق بالبطلان، وصرح صاحب «البيان» بحكاية الوجه عن بعض أصحابنا الخراسانيين في نوعي الجنس الواحد مطلقًا، وقد تقدم مني التنبيه في فرع ذكره القاضي أبو الطيب إذا اشترى دنانير بدنانير فوجد ببعضها عيبًا من جنسها كان البيع

باطلًا. وخالفه الشيخ أبو حامد والمحاملي والماوردي، ونبهت على أن مخالفتهم إنما تتم إذا فرعنا على هذا الوجه، مع أنهم في هذا الموضع صرحوا بأنه لا يجوز بيع الجيد والرديء بالجيد والرديء، وابن الصباغ قال في ذلك: إن الذي يجيء على المذهب ما قاله القاضي أبو الطيب والأمر كما قال، وهذا الوجه موافق لمذهب أبي حنيفة رحمه الله وأحمد في المشهور من مذهبه، غير أن أبا حنيفة طرده عند اختلاف الجنس كما تقدم على التفصيل المذكور.

وهذا القائل من أصحابنا وأحمد لم يطرداه، بل خصاه باختلاف النوع لا غير وصاحب «التقريب» قصره على الصحيح والمكسور. وكذلك إمام الحرمين وافق على ما قاله صاحب «التقريب». وقال: إن التوزيع في أصلها باطل عندي، وهو في هذه الصورة نهاية الفساد، فإن الصفقة إذا انطوت على عشرة من جانب، نصفها مكسورة وعلى عشرة على هذا الوجه من الجانب الثاني، فتكلف التوزيع في هذا غلو واشتغال بجلب التفاضل على مكلف،وقد صارت المماثلة محسوسة بين الجملتين ثم هو في وضوحه في المعنى يعتضد بما يقرب ادعاء الوفاق فيه، فما زال الناس يبيعون المكسرة بالصحاح والمكسرة لو قسمت لكان فيها قطع كبار وصغار. والقيمة تتفاوت في ذلك تفاوتًا ظاهرًا. ثم لم يشترط أحد تساوي صفة القطاع فقد خرجت هذه المسائل على ما ذكرناه أولا، فمن راعى التوزيع أفسد البيع ومن تعلق بما ذكرناه حكم بالصحة لتحقق تماثل الجملتين.

ولأجل هذا الكلام من الإمام قطع الأرغياني ـ على ما حكي عنه في «فتاوى النهاية» ـ بالصحة وهو المختار لما سنذكره، وأشار الغزالي في «الوسيط» إلى ترجيحه. وقال في «البسيط»: إن القياس الصحة قال: ولا يزال الناس يتبايعون الدراهم وهي تشتمل على الصحاح والمكسرات، والمكسرات منها تشتمل الكبار والصغار وكذلك الدنانير تشتمل على أنواع مختلفة يعرف الصيارف صرفها، وفضل بعضها على بعض، ولم يتكلفوا قط تمييزها، وكذلك التمر إذا بيع بالتمر، ويشتمل الصاع على تمرات رديئة وأخرى جيدة، ولو فصلت لتفاوتت قيمتها، وابطال بيعها بعيد.

واعلم أن هذه المسائل التي استشهد بها فيها توقف، لأن صاحب «التتمة»: ثم صاحب «البحر» ذكر أنه إن ميز بين صغار التمر وكباره فباع صاعًا من الصغار، وصاعًا من الكبار، بصاع من الصغار وصاع من الكبار، فالحكم كالحكم فيما لو باع درهما ودينارًا بدرهم ودينار وهما من ضرب واحد، فأما إذا لم يميز بين الصغار والكبار ولكن أراد أن يبيع صاعين بصاعين، فلا شك أنه يشتمل كل عوض على

الصغار والكبار. فما حكم العقد؟ اختلف أصحابنا فمنهم من قال: إذا كان بين أحد العوضين تفاوت لا يصح العقد، وإن لم يكن متميزًا، والشرط في بيع مال الربا بجنسه أن تتساوى أجزاء كل واحد من العوضين لأن الاختلاف بين الأجزاء يقتضي أن يفرد البعض، وتحقيق المقابلة والتقسيط يؤدي ذلك إلى الربا، وهو اختيار القاضي الإمام حسين.

ومن أصحابنا من قال: إذا باع صاعًا بصاع، وفي كل واحد منهما صغار وكبار إن كانت الصغار ظاهرة فيما بين الكبار، بحيث يتعين ذلك للنظار، لكنه من غير تأمل، فلا يصح العقد، وإن لم تكن الصغار ظاهرة فيها بين الكبار فالعقد صحيح وصالح كما لو باع أرضًا وفيها معدن ذهب بذهب، إن كان المعدن ظاهرًا لا يصح العقد، وإن لم يكن ظاهرًا يصح العقد، فعلى هذا يحتاج أن يفرق بين أن تكون الصغار مختلطة بالكبار، وبين أن تكون مفردة، لأنه لو التقط الصغار عن الجملة وميزها عنها ثم باع الصغار والكبار بالصغار والكبار فيكون الحكم على ما تقدم، والفرق أن عند التمييز كل نوع مقصود في نفسه وعند الاختلاط الجملة مقصودة، وكل نوع في نفسه غير مقصود، وتظهر هذه المسألة أن عند الاختلاط لو باع صاعين بدرهمين ثم خرج أحد الصاعين مستحقًا يسترد بإزائه درهمًا من الجملة وإذا كانت الصغار مفردة عن الكل فخرج كل أحد القسمين مستحقًا لا يسترد بإزائه درهمًا من الثمن، وإنما يسترد ما يقابله باعتبار القيمة. انتهى كلام صاحب «التتمة»، وملخصه عند عدم التمييز وجهان، أحدهما: لا يصح مطلقًا، والثاني: إن كانت ظاهرة تظهر من غير تأمل لم يصح. والأصح الوجهان ضعيفان، والصواب الصحة مطلقًا عند عدم التمييز، سواء ظهرت أم لم تظهر، فإن في «صحيح مسلم» «أن رسول الله ﷺ بعث أخا بني عدي الأنصاري، فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله ﷺ «أكل تمر خيبر هكذا؟ قال: لا والله يا رسول الله، إنا نشتري الصاع بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله ﷺ: لا تفعلوا، ولكن مثلا بمثل أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا، وكذلك الميزان» وجه الدلالة أن الجمع اسم لما يجمع أنواع التمر، وقد خيره النبي ﷺ بين أن يشتري صاعًا من الجنيب بصاع منه، وبين أن يشتري بثمنه، ولم يفصل النبي ﷺ بين أن يكون بعض الأنواع ظاهرًا من ذلك أو لا، مع أن الجمع يظهر الاختلاط فيه، وإن كان غير متميز والله أعلم.

وأما إذا كان كل نوع متميزًا منفصلًا ففي الحاقه بما يدل عليه الحديث نظر أن المختلط لا يوزع أهل العرف الثمن عليه، بل يقومون شيئًا واحدًا والتمييز يقوم أهل العرف كل واحد على حدة والله أعلم. وبما ذكرته وما قاله صاحب «التتمة» يظهر

وجه الاعتراض على ما استشهد به الإمام الغزالي، فعند عدم التمييز ألحق ماقاله الإمام استدلالا بالحديث وهو الذي أورده صاحب «التهذيب» وعند التمييز الصحيح عند جمهور الأصحاب البطلان. قال الروياني: وأصحاب أبي حنيفة يلزمون هذه المسألة فيقولون: إن خلط الصيحاني بالبرني أو الكبار بالصغار ثم باع صاعًا بصاع يجوز عندكم، ولو أفرد كل واحد ثم باع لم يجز قال: وهذا مشكل إن سلمنا، والصحيح ما ذكرنا، يعني من التفصيل الذي ذكره هو وصاحب «التتمة» والله أعلم.

وجه الاعتراض: على ما استشهد به الإمام الغزالي والصحيح عند جمهور الأصحاب البطلان وهو مذهب مالك، واختاره القاضي أبو يعلى من الحنابلة، وعن أحمد رواية بمنع ذلك في النقد، وتجويزه في التمر، لأن الأنواع في غير الأثمان يكثر اختلاطها ويشق تمييزها. ثم إن صاحب «التقريب» على ما قاله الإمام احترز في الوجه الذي حكاه عن مسألة نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في المراطلة بما يقتضي عدم طرده فيها. فإن الشافعي فرض مسألة المراطلة في العُتَّق وهي نفيسة. والمروانية وهي دونها. ثم فرض من الجانب الثاني مائتي دينار وسطًا حتى لا يتحقق معنى المسامحة، وإذا لم يتحقق ذلك اقتضى العقد من الشقين طلب المعاينة، وهذا يقتضي التوزيع وهو يفضي إلى التفاضل لا محالة، فلأجل ذلك لا يعرف خلاف في مسألة المراطلة، وإن نقل الخلاف في مسألة الصحاح والمكسرة.

ولكن إمام الحرمين قال: إن قياسه يقتضي القطع بالصحة في مسألة المراطلة قال: وما ذكرته في هذه الصورة من التصحيح رأي رأيته وهو خارج عن مذهب الشافعي رحمه الله وأصحابه، وتابعه الغزالي في «البسيط» وقال: أنه ليس يتبين فرق بين مسألة المراطلة وبين ما لو باع خمسة مكسرة وخمسة صحيحة بمثلها. وقد ذكر الأصحاب في هذه المسألة خلافًا ولم يذكروا في مسألة المراطلة خلافًا، ثم قال في آخر كلامه: هذا نقل المذهب ووجه الإشكال، وقد قال القرافي في كتابه المسمى ـ بمآخذ الأشراف، على «مطالع الإنصاف في مسائل الخلاف» ـ إن الطريقة المتقدمة يعني طريق التوزيع والجهل بالمماثلة لا تأتي في مسائل هذه المرتبة كمسألة المراطلة، ومسألة الصحاح والمكسرة.

وقال ابن أبي الدم في قول القاضي أبي الطيب بصحة العقد: إذا علمنا أن قيمة المد مثل الدرهم كما تقدم أنه قريب من مسألة المراطلة التي خالف الإمام صاحب المذهب فيها، فإن للنظر فيها مجالا، وذلك أنه إذا راطل مائة رطل مائة دينار عتق ومائة مروانية بمائتي دينار وسط، فإن فرض مساواة الوسط للمائتين العتق والمروانية في القيمة صح العقد كما هو مذهب القاضي أبي الطيب، وإن فرض

التفاضل أو الجهل بالتماثل وجب القول بالفساد قطعًا، يعني على رأي الإمام أيضًا لما ذكره من العلة. قال الغزالي: ويتجه لهم ـ يعني للخصم ـ في هذه الصورة التمسك بقوله ﷺ: «الذهب بالذهب وزنًا بوزن» وقد قال في آخر الحديث «جيدها ورديئها سواء» قلت: لم أر هذا اللفظ في حديث والحنفية استندوا إلى حديث عبادة كذا في «شرح الميرغيناني». والله أعلم.

قال: وحققوا ذلك بأن الواجب مقابلة الذهب بالذهب بوزن العين لا برعاية الصفة ولو روعيت الصفات لما تصور تصحيح بيع صاع من تمر، إذ ما من صاع إلا ويشتمل على تمرات رديئة مختلفة، لو ميزت لاختلفت قيمتها، وذلك مما لا يرعاها الشرع قطعًا، ولا فرق بينها وبين محل النزاع، فإنه لازم على مساق المذهب، فنقول: قول رسول الله ﷺ «جيدها ورديئها سواء» إن كان حديثا أراد به ما إذا اتحد الجنس، فأما إذا اختلف النوع فهو مستخرج بالدليل، وهو أن المماثلة في المعاملة قد تعبدنا بها والتوزيع يفضي إلى مفاضلة لا محالة بدليل أن الدينار الجيد لو كان لواحد والدينار الرديء لآخر لا يتقاسمان الدينارين بالسوية، بل يستحق صاحب الجيد زيادة، ولا يستند استحقاقه لملك الزيادة إلى القسمة إذ القسمة افراز للحق لا يزيد به الحق ولا ينقص، فليس ذلك إلا لاقتضاء العقد، هذه المقابلة عند تعدد العاقد، فلا تختلف المقابلة باتحاد العاقد.

ثم قال: هذا طريق التوزيع، وفيه غموض لا ينكره من تأمله. وهو الاستدلال الذي استدل به القرافي لهم من الحديث. وقد ذكره كذلك المتقدمون والمتأخرون من الموافقين والمخالفين. وذكروا أيضًا قوله ﷺ في حديث عبادة «لا تبيعوا الذهب بالذهب» إلى أن قال «إلا مثلًا بمثل سواء بسواء» قالوا: ما جاز بيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب سواء بسواء، ولم يفرق بين أن تجمع الصفقة نوعًا واحدًا أو نوعين، وكذلك قال في الطعام «إلا كيلًا بكيل» قالوا: ولأنه إما أن يكون الاعتبار المساواة في المقدار أو في القيمة لا جائز أن تكون في القيمة، لأنه لا خلاف أنه إذا باع درهمين صحيحين بمكسورين يجوز وإن كانت قيمة الصحاح أكثر، وأجاب الشيخ أبو حامد وغيره بأن الخبر حجة لنا، لأنه قال: «إلا سواء بسواء» وليس سواء بسواء، وإنما جاز في الدرهمين الصحيحين بالمكسورين، متفق وليس كذلك في مسألتنا. وأما اعتبار المماثلة فإنما التماثل بالقدر، غير أن القيمة كما قال الماوردي يعرف بها تماثل القدر وتفاضله، والله أعلم.

وبعد أن ذكر الجوزي طريق التوزيع قال: واستدل المديني بهذا الدليل ثم ذكر أنه لابن سريج وزعم أنه تعد، لأنه يلزمه المنع من صاعي برني بصاعي سهرير

بجواز أن يستحق أحدهما صاعي السهرير فيرجع صاحبه بقيمته من البرني، وهو نصف صاع، فيصير إلى أن أعطي صاعًا ونصفًا برنيًا بصاع من سهرير. قال: فإن كان اقتحم المنع من ذلك، ولا أراه فاعله، لزمه أن لا يجيز التمر بالتمر حتى يكونا متماثلي القيم، على أنه قد تنخفض قيمتهما بعد ذلك فيدخل ما خافه، وهذا الاعتراض ضعيف. لأن صاع السهرير مقابل بصاع من البرني لا غير وقد أبطله الجوري، وبسط الكلام في إبطاله والله أعلم.

واعلم أن المرتبة الأولى اعتضدنا فيها بحديث القلادة، وأما في هذه المرتبة فلا دلالة فيه، لأن القلادة اختلف الجنس فيها فلم يبق لها هنا إلا التمسك بالمعنى والنظر في الحاق هذه المرتبة بالأولى ولذلك خالف في هذه بعض من وافق في الأولى، ومذهب مالك في مسألة المراطلة كمذهب الشافعي رحمهما الله. قال ابن عبد البر: وأما الكوفيون والبصريون فجائز ذلك كله عندهم، لأن رديء التمر وجيده لا يجوز إلا مثلا بمثل.

فروع: قال الماوردي: إذا باع مائة درهم صحيحًا ومائة درهم غلة بمائة درهم صحاح ومائة درهم غلة فإن اختلف جوهر الصحاح من هذا العوض وجوهر الغلة من هذا العوض لم يجز، وإلا فوجهان. وهذا يبين محل الخلاف وهو ما إذا كانت راجعة لأمر زائد على جوهر العوضين أما إذا اختلف جوهر العرض مع المضموم فيبطل جزمًا. هكذا يقتضيه هذا الكلام.

فرع: ذكر القاضي أبو الطيب في مسألة المراطلة علة الجواز في بيع الدينار الجيد بالرديء أن أجزاء الجيد متساوية القيمة، وأجزاء الرديء متساوية القيمة ومقتضى هذه العلة أنه لو فرضت الرداءة في طرف من الدينار ـ وبقيته جيد ـ أنه لا يجوز بيعه بجيد ولا رديء ولا بمثله، والظاهر خلافه، لأن الدينار شيء واحد لا يوزع الثمن على أجزائه بالقيمة، وإنما يقصد جملته، ولو فرض اختلاف رداءته كالصاع من التمر المختلط. والله أعلم.

فرع: أطلق صاحب التلخيص تبعًا للشافعي وللأصحاب أنه لو باع عتقًا وجددًا بعتق وجدد متماثلين في الوزن لم يجز وينبغي أن يقيد ذلك بما إذا اختلفت قيمة العتق والجدد أو كان الغرض يختلف بها. أما إذا لم يختلف كما هو الواقع اليوم، فينبغي أن لا يضر ذلك.

فرع: جعل نصر المقدسي من جملة الأمثلة في هذه المرتبة: دينار صحيح ودينار رباعيات بدينارين صحيحين أو رباعيان. قال: وكذلك في الدراهم، قلت: ومقتضى ذلك أنه لو باع درهمًا بنصفين وزنهما درهم لم يجز، وإن كان الرواج

واحدًا وهو يبين مرادهم بالمكسور، وإنما نبهت على ذلك لأنه قد يتوهم أن المكسور والمقطوع الذي لا يروج رواج الصحيح. وكذلك عن نصر رحمه الله تعالى من هذه المرتبة مد حنطة شامية ومد حنطة مصرية بمدين مصريين أو شاميين في أنه من كلام الشافعي فلينظر.

فرع: من فروع هذه المرتبة: لو باع ذهبًا مصوغًا وذهبًا غير مصوغ بذهب، مقتضى المذهب أنه لا يجوز لأن الثمن يوزع عليهما، لأن المصوغ متقوم مخالف لغير المصوغ. أما لو باع ذهبًا مصوغًا بذهب غير مصوغ جاز، ونقلوه عن نص الشافعي.

فائدة: قال صاحب «التلخيص» الربا لا يقع من طريق القيمة إلا في أربعة مواضع. وذكر هذه الأمثلة المتقدمة في قاعدة مد عجوة، وأنت إذا وقفت على ما تقدم علمت أن ذلك ليس اعتبارًا للقيمة فحسب، والله أعلم.

فرع: أطلق صاحب «التهذيب» والرافعي أنه إذا خلط الجيد بالردىء أو الحنطة النقية بالبخسة ثم باع صاعًا منه بمثله، أو باع بصاع ردىء جاز، لأن أحد النوعين إذا لم يتميز عن الآخر لا يوجب التوزيع بالقيمة، بل تتوزع الأجزاء فيصير كما لو باع جيدًا بردىء فيحتمل أن يكون مراده ما قاله صاحب «التتمة» فيما تقدم، إذا لم يظهر من غير تأمل، ويحتمل أن يكون مطلقًا كما أخبر به استدلالًا بالحديث، وقياس ذلك أنه إذا خلط نوعين من الذهب وضربهما دينارًا واحدًا أو خلطه بمثله، أو خلط دنانير أو دراهم من نوعين حتى صارت لا تتميز ثم باعها بمثلها يصح، فلو خلط جنسًا بجنس آخر ثم باعه بأحدهما، مقتضى كلام القاضي حسين أنه يصح أيضًا فإنه قال بعد أن ذكر أن التمر الهندي مع التمر البصري جنسان، قال وبيع مدى كرماني ومد بصري بمد تمر شحري إن كان متفردًا يجوز وإن كان مجتمعًا لا يجوز.

قلت: ومراده بالشحري الهندي، وأما الكرماني فيتعين أن يكون مراده به نوعًا من الهندي، لأنه لو كان نوعًا من البصري جاز مطلقًا لاختلاف الجنس، وإن كان نوعًا من الهندي فقد باع الهندي بالهندي مع جنس آخر، فإن كان الاختلاط مسوغًا كذلك فليكن مسوغًا في سائر صور اختلاف الجنس، كقمح وشعير، والمعروف أنه لا يجوز، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت أن اختلاف النوع نص كما هو المذهب المشهور، فيصير بيع الربوي بجنسه مشروطًا بأربعة شروط (الحلول والتماثل والتقابض، وكون كل عضو من نوع واحد) وقد نبه أبو حامد في «الرونق» على ذلك، وجعل هذا الشرط الرابع من شروط الصرف، وكذلك المحلى في «اللباب»، وما أقدر الكتابين أن يكونا كتابًا

واحدًا ثم لننبه لأمور، أحدها: أن الأصحاب أطلقوا اختلاف النوع واختلاف الصفة، ولم يبينوا النوع من الصفة وكأن المراد بالصفة الجودة والرداءة والصغر والكبر، والمراد بالنوع اختلاف أنواع التمر وشبهه، لكن عد الصحة والتكسير في الوصف أقرب من عدها في النوع، والأمر في ذلك قريب، فإن الحكم متحد فإن المذهب المشهور المنع في الجميع والوجه الذي حكاه الفوراني الجواز في الجميع، نعم وجه صاحب «التقريب» مختص بالصحاح والمكسرة واحترز فيه كما تقدم عن مسألة المراطلة وما يظهر بين الصحة والتكسير، وبين الجودة والرداءة منقدح، والله أعلم.

الثاني: أن اختلاف القيمة هل يشترط في النوعين كما قيل به في الجنسين على وجه؟ قد علمت ما يقتضيه كلام الشافعي في ذلك وأن ظاهره الاشتراط وقد شرطه المصنف في «التنبيه»، ولا شك أن كل من شرطه في الجنسين ففي النوعين أولى، وقد اشترطه ابن الصباغ هنا وإن لم يتعرض له عند اختلاف الجنس، وهو أقرب إلى كلام الشافعي رحمه الله والأصحاب.

الثالث: الألفاظ التي وقع التعرض لها في كلام المصنف في هذا الفصل: «النوع» قال ابن سيده: الضرب من الشيء. وقال الجوهري: النوع أخص من الجنس والعجوة ضرب من أجود التمر بالمدينة ونخلتها تسمى لِينَة قاله الجوهري وقال ابن الأثير: أكبر من الصيحاني يضرب إلى السواد من غرس النبي ﷺ. وقال الأزهري: أن الصيحاني الذي يحمل من المدينة من العجوة. والبرني ـ بضم الباء ـ ضرب من أجود التمر. قاله الجوهري. وفي الحديث «أمر أن يؤخذ البرني في الصدقة» والبردي بالفتح نبات معروف. قاله الجوهري: واللون قال الهروي النخل كله ما خلا البرني، والعجوة يسميها أهل المدينة الألوان. وفي حديث عمر بن عبد العزيز أنه كتب في صدقة التمر أن يؤخذ في البرني من البرني وفي اللون من اللون. قالوا: اللون ألذ. قال: وجمعه الألوان. وقال الجوهري: اللون النوع. واللون ألذ. قال: وهو ضرب من النخل، والصيحاني قال الجوهري: ضرب من تمر المدينة، وقال الأزهري: الصيحاني من جملة ألوان العجوة جنس معروف، وهو ألوان. وهذا الصيحاني الذي يحمل من المدينة من العجوة والبُرْني قال الجوهري: ضرب من التمر والحشف. قال ابن فارس: هو أردأ التمر، يقال «أحشفا وسوء كيلة» وقال إبراهيم الحربي: الحشف فاسد التمر. أخبرني أبو نصر عن الأصمعي قالا: الحشفة الواحدة من ردىء التمر، والحشفة القطعة من الجبل الغليظة. عن ابن عباس قال: «كانت الأرض كلها ماء فبعث الله تعالى ريحًا فنسخت الأرض حتى

ظهرت حشفة، فخلق الله تعالى منها بيته» والحشفة الكمرة والعاتق. فهي مشتركة بين هذه المعاني. والحشيف الثوب الخلق، والجمع: قال الدارقطني: يقال كل شيء من النخل لا يعرف اسمه فهو جمع. وكذلك قال الرافعي وابن سيده في «المحكم» قال: كل لون من التمر لا يعرف اسمه. قال وقيل: هو التمر الذي يخرج من النوى.

وقال ابن وهب عن مالك: والقاساني ـ بفتح القاف وسكون الألف والسين المهملة أو الشين المعجمة وبعد الألف نون ـ قال ابن السمعاني: هذه النسبة إلى قاسان، وهي بلدة عند قم، وأهلها شيعة ينسب إليها جماعة من العلماء. والسابوري ـ بفتح السين المهملة وضم الباء الموحدة بعد الألف وبعدها الواو وفي آخرها راء ـ هذه النسبة مشتركة بين ثلاثة أشياء: نسبة إلى سابور بلدة بفارس. قال ابن السمعاني: وظني أنها حد نيسابور كان بها جماعة من أهل العلم، ونسبة إلى جد اسمه سابور منهم جماعة من أهل العلم أيضًا، والثالثة: نسبة إلى ملك من ملوك العجم، وهو سابور المشهور بذي الأكتاف بن هرمز بن موسى بن بهرام بن هرمز بن سابور بن أردشير بن بابك بن ساسان وهو الذي ينتهي إليه آخر ملوك الفرس الذي وافى سعد بن أبي وقاص وهو يزدجرد بن شهريار بن كسرى بن قباذ بن فيروز بن يزدجرد بن بهرام حور بن يزدجرد بن سابور ذي الأكتاف. وهؤلاء كلهم ملوك.

وجعل ابن الرفعة سابور ههنا بنيسابور، وقال الشيخ تاج الدين الفزاري: إنه الملك، والقراضة القطع، تقرض من الدينار للمعاملة في صغار الحوائج وهي تنقص عن الصحاح، ويجوز فيها في كلام المصنف في الموضعين الجر على الصفة، والنصب على التمييز، وقد اشترط ابن الصباغ في البطلان أن يكون المكسر المضموم إلى الصحيح قيمته دون قيمة الصحيح وذلك تفريع على رأيه في اعتبار القيمة ومقتضى اطلاق الأكثرين، وعدم اعتبارهم القيمة أن لا فرق ويوافقه قول نصر المقدسي في «التهذيب» أنه لا يصح بيع دينار صحيح ودينار رباعيات بدينارين صحيحين إلا أن يكون ذلك معروضًا في رباعيات تخالف قيمتها قيمة الصحيح فإن ثبت أنه لا فرق فيجب طرد مثله في درهم ونصفين بدرهمين والصحيح. . . . البغلية. . . . والمروانية. . . . والهاشمية العامة. . . . والحدث أو المحدثة. . . . .

والرديء إما بانمحاء السكة أو بعدم الطبع أو بنقصان الوزن، كذلك قال الفارقي، وليس الرديء هو المغشوش بغير الذهب، فإن ذلك هو مسألة مدعجوة بعينه لأنه يشتمل على ذهب وغيره، والعتق النافقة. . . . والضرب المكروه. . . . والضرب الوسط. . . . والقطاع أظنها القراضة، وقد تقدم من كلام بعض الأصحاب

ما يقتضي أن الرباعيات منها ولعله محمول على ما إذا اختلفت القيمة والرواج، أما إذا لم تختلف كالأنصاف مع الدراهم في هذا الزمان فلا يظهر تفاوت، والمراطلة لفظ قديم، قاله مالك في «الموطأ» وروى فيه عن سعيد بن المسيب أن يراطل الذهب بالذهب فيفرغ ذهبه في كفة الميزان ويفرغ صاحبه الذي يراطله ذهبه في كفة الميزان الأخرى، فإذا اعتدل لسان الميزان أخذ وأعطى.

قال ابن عبد البر: قد روي هذا عن ابن عمر وغيره. وقال الأزهري.... وفي كلام الحنفية دراهم غطريفية قالوا: وهي منسوبة إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد، كذا في «المعرب»، وقيل: وهو خال هارون الرشيد، ويوجد في كلام الأصحاب دينار شلابي وهو نسبة ودينار جعفري وأظنه نسبة إلى المتوكل، فإن اسمه جعفر ودينار أهوازي وهو نسبة إلى الأهواز الثالث: أن المصنف ذكر في الفصل ما إذا كان كل من الجنسين أو النوعين مقصودًا أما إذا كان أحدهما غير مقصود فسيأتي له أمثلة في فصول متفرقة بعد ذلك، إن شاء الله تعالى.

فرع: كل ما ذكرناه فيما إذا كان بين العوضين ربا الفضل وهو ما إذا بيع الربوي بجنسه ومعه غيره، أما إذا بيع الربوي بغير جنسه وفي الطرفين أو أحدهما شيء آخر فينظر إن اتفقا، فإن كان التقابض في جميع العوضين جاز أيضًا، كصاع حنطة وصاع شعير بصاعي تمر، أو صاع تمر وصاع ملح، وإن كان التقابض شرطًا في البعض دون البعض ففيه قولا الجمع بين مختلفي الحكم، لأن ما يقابل الدرهم من الشعير لا يشترط التقابض، وكذلك صاع حنطة وثوب بصاع شعير، ممن صرح بهذه الأحكام الروياني والرافعي والماوردي والبغوي. وقد يكون قال الروياني: وكذلك إذا باع سيفًا محلى بفضة بدنانير فيه قولان لأنه صرف وبيع.

فرع: لو باع دارًا مموهة بذهب بدنانير أو مموهة بالفضة بدراهم، وكان التمويه بحيث إذا نحت يخرج منه شيء لم يصح والأصح ما ذكره القاضي حسين وغيره، فلو باع المموهة بالذهب بفضة، أو المموهة بالفضة بذهب ـ فإن كان بحيث إذا نحت لا يحصل منه شيء ـ صح، وإذا كان يحصل منه شيء ففيه قولان مبنيان على القولين في الجمع بين مختلفي الحكم. قاله القاضي حسين. ولو باع دارًا بذهب فظهر فيها معدن ذهب ففي صحة البيع وجهان، أصحهما: عند البغوي والرافعي الصحة. لأنه تابع بالإضافة إلى مقصود الدار. وقد تقدم في كلام صاحب «التتمة» الجزم بهذا. ومحله إذا لم يكن المعدن ظاهرًا وهو يوافق التفصيل المذكور في بيع القمح المختلط بالشعير وكونه يعتبر فيه أن يكون مقصودًا إذا بيع بغير جنسه.

ولعلك: تقول: قد تقدم فيما إذا باع دراهم بدراهم وظهر فيها معيب أن جماعة

اختاروا البطلان وخرجوه على قاعدة مد عجوة، والذي ظهر به الاختلاف لم يكن مقصودًا عند العقد فهلا كان المعدن كذلك؟ والجواب: أنه في بيع الدراهم بالدراهم يشترط المماثلة، وقد ظهر انخرامها بانقسام العوض إلى صحيح ومعيب والدار المبيعة بالذهب وهي مقصودة لا ربا فيها، والربوي الذي ظهر فيها لم يكن مقصودًا، أما لو كان المعدن ظاهرًا حين البيع لم يصح البيع كما تقدم عن صاحب «التتمة».

ولو باع دارًا فيها بئر ماء وفرعنا على أن الماء ربوي فأصح الوجهين عند الرافعي الصحة للتبعية، ولم يفرقوا بين أن تكون البئر ظاهرة وقت البيع أو لا، لأن البئر وإن كانت ظاهرة فهي تابعة لمقصود الدار بخلاف المعدن فإنه إذا كان ظاهرًا يقصد وحده ولا تعلق له بالدار وسيأتي في بيع الدار بحث عند ذكر المصنف بيع الشاة اللبون بالشاة اللبون.

ولو باع بقرة بلبن بقر ثم ظهر أن في البقرة لبنًا، فقد ذكر البغوي هنا أنه لا يصح واستدل به للوجه القائل بعدم الصحة فيما إذا ظهر المعدن فيحتاج على ما صححه هو والرافعي إلى الفرق، أو طرد الحكم، وقد فرق ابن الرفعة بأن الشرع جعل اللبن في الضرع في المصراة بمنزلته في الإناء، والمعدن ليس كذلك. قلت: قوله: ليس كذلك إن أراد لم يأت فيه نص يدل على ذلك فمسلم، ولكن لا يمتنع أن نلحقه بذلك، لأنه في معناه، وإن أراد أن الشارع حكم فيه بخلاف ذلك فممنوع والله أعلم. قال ابن الرفعة: ووزان اللبن بيع الدار المصفحة بالذهب بالذهب وأنه لا يجوز لأنه من قاعدة مد عجوة ا هـ.

فرع: لو أجر حليًا من الذهب بذهب يجوز ولا يشترط القبض في المجلس قاله صاحب «التهذيب». ولو باع دارًا فيها صفائح ذهب بفضة فهو صرف وبيع ففيه قولان، قاله الروياني، قال: فإذا قلنا يصح فلابد من تسليم الدار، وما يقابل الصفائح من البدل في المجلس، وما يقابل الدار لا يعتبر قبضه في المجلس، ولو باع دارًا فيها صفائح ذهب بدار فيها صفائح فضة يمكن جمعها، وقلنا: يصح فلا بد من قبض الدارين في المجلس لأن قبض ما عليهما يكون بقبض الدارين، هكذا ذكره الروياني، ولو قيل بأن تسليم الذهب والفضة واجب في المجلس، وهذان عقدان فيكون عقد الصرف اقتضى تسليم شيء آخر غير ما ورد عليه عقد الصرف. فينبغي أن يبطل العقد كذلك بحثنا. وسأكرر هذا في مسائل متعددة إلى أن يفتح الله فيه بجواب أو يبين الحق في ذلك والله أعلم.

فرع: الشفيع إذا أراد أن يأخذ هذه الدار بالشفعة. قال الروياني: فلا بد من أن يسلم قدر ما يقابل الصفائح في المجلس ويتسلم الدار.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: ولا يباع خالصه بمشوبه كحنطة خالصة بحنطة فيها شعير أو زوان وفضة خالصة بفضة مغشوشة، وعسل مصفى بعسل فيه شمع. لأن أحدهما يفضل على الآخر، ولا يباع مشوبه بمشوبه كحنطة فيها شعير أو زوان بحنطة فيها شعير أو زوان وفضة مغشوشة بفضة مغشوشة أو عسل فيه شمع بعسل فيه شمع، لأنه لا يعلم التماثل بين الحنطتين، وبين الفضتين، وبين العسلين، يجوز أن يباع طعام بطعام وفيه قليل تراب، لأن التراب يحصل في سفوف الطعام، ولا يظهر في الكيل، فإن باع موزونا بموزون من جنسه من أموال الربا وفيه قليل تراب لم يجز لأن ذلك يظهر في الوزن ويمنع من التماثل.

الشرح: هذا الفصل يتضمن القسم الثاني من أقسام قاعدة (مد عجوة) وهو ما يكون أحد الجنسين فيه غير مقصود كما تقدم التنبيه عليه، وهو على قسمين منه: ما يكون بحيث لو فصل وميز لكان قد يقصد حينئذ، ويقابل بالأعراض وحده كالشعير المخالط للحنطة والنحاس المخالط للفضة، والشمع المخالط للعسل ومنه: ما لا يكون مقصودًا بوجه كالتراب والقصل والزوان والشيلم وكلا القسمين إما أن يكون في المكيل أو في الموزون، فإن كان في الموزون امتنع مطلقًا لما ذكره المصنف في كلامه من أن ذلك يظهر في الوزن ويمنع التماثل وإن كان في المكيل فإما أن يكون المخالط قد لا يظهر أثره على المكيال كالشعير اليسير جدًا المخالط للحنطة والزوان والقصل إذا كان كذلك والتراب أيضًا كذلك فلا يضر، لأن ذلك يحصل في سفوف الطعام وقد زاد بعض الأصحاب على العلة المذكورة أن ذلك قل أن ينفك عنه الطعام فتسومح به، ولا حاجة إلى ذلك مع فرض أن ذلك لم يؤثر في المكيال. نعم قد يقال: إن ذلك لا بد أن يؤثر ولو يسيرًا، لكن ذلك التأثير الذي لا يظهر على المكيال في محل المسامحة، وإن كان بحيث يؤثر في المكيال امتنع فهذه جملة الفصل.

وحاصله: الحكم في الكيل بالامتناع إلا فيما لا يظهر أثره على المكيال في المكيل، وذلك مقتضى عبارة الشافعي رحمه الله في «المختصر» فإنه قال: وكذلك كل ما اختلط به إلا أن يكون لا يزيد في كيله مثل قليل التراب الدقيق وما دق من تبنه، فأما الوزن فلا خير في مثل هذا. وقال في «الأم»: وهكذا كل صنف من هذه خلطه غيره مما يقدر على تمييزه منه، لم يجز بيع بعضه ببعض إلا خالصًا مما يخلطه إلا أن يكون ما يخلط المكيل لا يزيد في كيله مثل قليل التراب وما دق من تبنه فذلك لا يزيد في كيله فأما الوزن فلا خير في شيء من هذا فيه. ا هـ.

والعبارة الجامعة لذلك أن الربوي لا يباع بجنسه وفيهما أو في أحدهما ما

يأخذ حظًا من المكيال، وهي عبارة نصر المقدسي في «الكافي» وقد ذكر المصنف في تعضيد ذلك ثلاث مسائل في أمثلة الخالص بالمشوب، عليها واحدة، الأولى: الحنطة الخالصة بالحنطة التي فيها شعير أو زوان. قال الشافعي في «المختصر»: لا خير في مد حنطة بحنطة متفاضلة ومجهولة وقال في «الأم» في باب المأكول من صنفين شيب أحلاهما بالآخر: ولا خير في مد حنطة فيها قصل أو فيها حجارة أو فيها زوان بمد حنطة لا شيء فيها من ذلك. أو فيها تبن لأنها الحنطة بالحنطة متفاضلة ومجهولة.

وقال القاضي حسين في قول الشافعي: لا خير. أراد بقوله: لا خير يعني لا يجوز قال الروياني: وكنا نتوهم أن هذه اللفظة له حتى وجدناها لمالك رحمه الله في مسائل الربا فتوهمناها له حتى وجدناها لرسول الله ﷺ استعملها في هذه المسائل، وعبارة «الأم» أصح من عبارة «المختصر»، فإنه في «المختصر» أخل بأحد القسمين. واتفق الأصحاب على امتناع البيع في ذلك، وقيده ابن أبي هريرة بما إذا كان القصل كثيرًا، يعني بحيث يظهر أثره على المكيال. أما ما كان يسيرًا لا يتبين في المكيال قال: فيجوز. وكذلك إمام الحرمين والغزالي في «البسيط» وطردا ذلك في الشعير المخالط للحنطة، وكلام الشافعي يرشد إليه في قوله إلا أن يكون لا يزيد في كيله. وكلام القاضي أبي الطيب أيضًا فإنه لما تكلم في بيع الحنطة المختلطة بالشعير بمثلها قيد ذلك بأن يكون الشعير كثيرًا، وذلك هو الحق الذي لا مرية فيه وينبغي أن ينزل كلام من أطلق من الأصحاب عليه.

وقد وقع في كلام صاحب «التهذيب» ما يوهم المخالفة فإنه قال بعد ذكر القصل والزوان: قل أو كثر، وهذا لا ينبغي أن يعد مخالفة، بل ينبغي أن يحمل القليل في كلامه على ما ليس مقصودًا، وإن أثر في المكيل، فاختلف الحكم في ذلك بحسب اختلاف المراد بالقليل والكثير، وضابطه أن ما كان بحيث لا يؤثر في المكيال فلا اعتبار به في منع المماثلة، وما كان بحيث يؤثر في المكيال، فإن كان مقصودًا فيمنع عند اختلاف الجنس واتحاده، وإن كان غير مقصود فيمنع عند اتحاد الجنس لفوات المماثلة، ولا يمنع عند اختلاف الجنس لعدم اشتراطها، ولا فرق في ذلك بين الزوان والقصل والشعير والشيلم، كما قال القاضي أبو الطيب وهو وغيره ضابطه ما ذكرناه، وعلى ذلك ينبغي أن ينزل كلام القاضي حسين وصاحب «العدة» ومن نحا نحوهم فإنهم قالوا ـ واللفظ للقاضي حسين: ولو باع الحنطة بالحنطة وفي كل واحد منهما أو في أحدهما حبات من الشعير لا يجوز، ولو باع الحنطة بالشعير وفي الحنطة حبات من الشعير ـ فإن كان يسيرًا ـ جاز، وإن كان كثيرًا فلا، وبعضهم

لا يذكر هذا التفصيل الأخير بين اليسير والكثير، ويطلق عند اختلاف الجنس الجواز، وهذا الكلام منهم يوهم أن الحنطة المشوبة لا تباع بمثلها ولا بالخالصة وإن قل الخليط. وذكر الإمام في «النهاية» عن الأئمة ما ظاهره يوافق كلام القاضي حسين وموافقيه، واختصره الشيخ أبو محمد بن عبد السلام في «الغاية» فأوضحه وبين ما ذكرته فقال: وقد قالوا: إذا باع حنطة بحنطة في المكيالين، أو أحدهما شعير أو تراب فهو ممنوع إن أثر في التماثل، جائز إن لم يؤثر. ولو باع الشعير بحنطة فيها شعير ـ فإن كان مما لا يقصد مثله ـ صح البيع سواء أثر في المكيال أو لم يؤثر. ا هـ.

قال الإمام الغزالي: ولا يكترث بظهور أثره في المكيال ولا بكونه متمولا فالنظر إلى كونه مقصودًا على حياله، يعني أن المعتبر كون الشعير الذي خالط الحنطة قدرًا يقصد غيره ليستعمل شعيرًا. وكذا بالعكس، وشبهوا هذا بالمُحْرم الذي قطع مدة لا يلزمه فدية الشعور التي عليها لأنها تقع مقصودة. والله أعلم. وكذا في كلام صاحب «التتمة» وصاحب «التهذيب» يبين المراد من ذلك، فقد تلخص أن الربوي المكيل إذا بيع بغير جنسه وكل منهما أو أحدهما مشوب بالآخر فالمانع كون المخالط مقصودًا لتمييزه ليستعمل وحده، وليس لتبينه في المكيال أثر ولا لماليته، وإذا بيع بجنسه فالمانع كون المخالط قدرًا يؤثر في المكيال، ولا فرق في ذلك بين المكيل والموزون كما ستعلمه من الفرع الآتي عن الشيخ أبي محمد ههنا.

فرع: وهو إذا كان المخالط عند اتحاد الجنس قدرًا لا يؤثر في المكيال لكنه مقصود، كما لو باع التمر بالتمر وفي أحد المكيالين أو فيهما طعام صغير الحب لا يؤثر في المكيال، ويقصد كالسمسم مثلًا، ومقتضى التفريع أنه يمتنع ويكون من (قاعدة مد عجوة) والله أعلم.

ثم ليتنبه لأمر، وهو أن لفظ الفصل الذي أجريناه المفهوم من كلام الإمام والرافعي منه أن يقصد تمييز الخليط ليستعمل على حياله. وهذا أعم من أن يكون هو مقصودًا في نفسه، لأنه قد يكون مقصودًا منضمًا إلى غيره، ولا يقصد تمييزه، كالأشياء التي يقصد مجموعها، سواء امتنع التمييز فيها كخل التمر بخل الزبيب، مع أن الماء لا يقصد تمييزه عنه ولا يصح بيعه، فهو كحنطة وشعير بحنطة وشعير وكل منهما مقصود أو أمكن تمييزه ولكنه يقصد اختلاطها، كالقمح المشتمل على شعير كثير قد يقصده بعض الناس لرخصه أو لغرض من الأغراض ولا يقصد تمييز الشعير عنه، وإن أردنا أن قصد تمييز المبيع عن الخليط مانع فلا شك أن القصد يتعلق بتمييز الحنطة عن الشعير، وإن قال: فذلك غير مراد. وإن حذفنا لفظ التمييز وقلنا:

المانع عند اختلاف الجنس أن يكون الخليط مقصودًا استقام، ولا يرد عليه ذلك في الطرد، أي كل خليط مقصود مانع ولا يستقيم في العكس، إذ ليس كل مانع يشترط أن يكون مقصودًا، ألا ترى أن لبن الغنم المشوب بالماء يمتنع بيعه بلبن البقر المشوب والخالص كما قلنا في خل التمر وإن كان الماء في اللبن ليس بمقصود ولا يفيد كونه يقصد تمييز اللبن عنه، لما تقدم أنه غير مراد، فالأولى أن يحذف لفظ التمييز، ويجعل هذا الضابط مطردًا غير منعكس، أو يدعي انعكاسه ويعتذر من مسألة اللبنين بأن المانع جهالة مقدار اللبن وهو المقصود بالبيع وحده بخلاف الخل فإن المقصود الهيئة التركيبية.

ولا يرد على طرد الذي ادعيناه خل التمر بخل العنب في كون الماء الخليط في خل التمر مقصودًا، لأنا نتكلم فيما إذا كان أحد العوضين مشوبًا بالآخر، وههنا ليس في أحد العوضين شيء مما في الآخر، إذ خل التمر لا عنب فيه وخل العنب لا ماء فيه ولا تمر، ولعلك تقول الكلام في بيع الحنطة بالشعير، وفي كل منهما شيء من الآخر، وليس في أحد اللبنين شيء مما في الآخر ولا في أحد الخلين. وإنما مع كل منهما ماء. فاعلم أن المانع في الخلين كونه مقابله خلا. وأما الماء في الخل لا يقصد تمييزه. وهذا المعنى نفسه حاصل في الحنطة والشعير بحنطة وشعير، وإن كان الخليط في كل طرف غير مقصود في التمييز، والله أعلم.

فإن قلت: إذا باع القمح بالقمح وفي كل منهما شعير قد خلط به وعرف مقدار الخليطين ينبغي أن تخرج الصحة فيه على الخلاف في بيع مد ودرهم بمد [ودرهم]. وهما من غلة واحدة وسكة واحدة. وروى القاضي حسين ومن وافقه الصحة. فينبغي أن يكون هنا كذلك وقد تقدم أن رأى المصنف اشتراط الاختلاف في القيمة فينبغي إذا فرض اتحاد قيمة الشعير مع قيمة القمح أن يكون رأيه في ذلك الصحة وهو قد أطلق القول بالفساد ههنا وقد تقدم عن صاحب «التتمة» صريحًا أنه إذا باع صاع حنطة وصاع شعير بصاع حنطة وصاع شعير وصاعا الحنطة من صبرة واحدة، وصاعا الشعير كذلك وفيه خلاف. وإذا جرى الخلاف في الحنطة والشعير المتميزين فلأن يجري في المختلطين بطريق أولى، فإن عدم التمييز في النوعين قد جعل عذرًا كما تقدم عن صاحب «التهذيب» أنه يجوز بيع الصاع المختلط من الجيد والردىء بمثله [من الجيد] وبالردىء. وإن كان في الجنسين لم يغتفر كالدراهم المغشوشة والشهد وما أشبهه فإذا جرى الخلاف في الحنطة والشعير عند التمييز فلأن يجري مع الاختلاط أولى.

قلت: لك حق، والعذر عن الشيخ في اطلاقه أن الغالب في قيمة الشعير لا

تكون مساوية لقيمة القمح، فلا يلزمه القول بالصحة في ذلك، وإنما يلزم ذلك القاضي حسين وموافقيه فإنهم لم يشترطوا الموافقة في القيمة بين الجنسين المضمومين في العوض الواحد، كما اقتضاه كلام المصنف، بل أن يكون جزء كل عوض وما يماثله من العوض الآخر متساويين، وإذا كان الشعيران والحنطتان متساويتين لزمهم القول بالصحة، وقد نبه على ذلك ابن الرفعة رحمه الله، ولعلهم إنما أطلقوا المنع على ما هو الغالب من عدم معرفة مقدار الشعير المضموم إلى الحنطة، والله أعلم.

فائدة أخرى: نبه على الكلام فيها ابن الرفعة، قد تقدم أن الشعير إذا كان قليلًا بحيث لا يؤثر في المكيال فإنه لا يضر، ويجوز بيع الحنطة المختلطة به بمثلها وبالخالصة وأنه إذا كان كثيرًا بحيث يؤثر في المكيال، ولكنه غير مقصود تمييزه لا يضر في بيع الحنطة بالشعير للاختلاف في الجنسين، واقتضى كلام الإمام شبيه ذلك بيع المختلط بالزبد فإن ما في الزبد من الرغوة المماثلة للمخيض غير مقصودة، والزبد والمخيض بعد نزع زبده يختلفان فلم يمتنع البيع، لكن المصنف في أواخر هذا الباب وغيره حكوا عن أبي إسحاق أنه لا يجوز بيع الزبد بالمختلط، لأن في الزبد شنان المخيض وكذلك حكوا في بيع الزبد بالزبد وجهين. قال ابن الرفعة: فقياس الشبهة يقضي أن يأتي وجه في بيع الحنطة المختلطة بالشعير، كقول أبي إسحاق في بيع المختلط بالزبد.

واعلم أن الأصحاب ردوا على أبي إسحاق هناك بأن ما في الزبد من المخيض لا يظهر، وقاسه صاحب «التتمة» على بيع الحنطة بالشعير، وفيهما قليل منه، والتخاريج المذهبية إنما تطرد في أقوال الشافعي. أما الوجه الذي للأصحاب فلا يلزمنا طردها، بل إنما يلزم صاحبها، فإن طردها وكان له جواب فارق، وإلا تبين ضعف قوله، وليس يسوغ أن يؤتى إلى وجه ضعيف مردود عليه، وهو ممنوع على تعليل حكي عن أبي إسحاق أنه علل به كلام الشافعي في بيع الزبد باللبن، كما سنتكلم عليه عند كلام المصنف إن شاء الله تعالى ورد الأصحاب عليه في ذلك التعليل.

وقال القاضي أبو الطيب: إن أبا إسحاق لم يذكره في «الشرح» فيوجد وجه مثل هذا يثبت به خلاف في مسألة مجزوم بها، بل يرد بالمسألة المجزوم بها على ذلك الوجه الضعيف نعم حكوا في بيع الزبد بالزبد وجهين، والوجه القائل بالفساد ناظر إلى أن ما فيه من اللبن يمنع المماثلة، وهو موزون فلا يغتفر فيه. وإن كان يسيرًا فليس كمدرك أبي إسحاق في بيع الزبد بالمخيض، ولا يلزم طرده في بيع

الحنطة المختلطة بالشعير الذي لا يؤثر في الكيل بمثلها ولا بالشعير والله تعالى أعلم.

وقد نبه الشافعي رحمه الله على هذه القاعدة في باب المأكول من صنفين شيبا في «الأم» قال في آخره: كل ما شابه غيره فبيع واحد منه بواحد من جنسه وزنًا بوزن فلا خير فيه وإن بيع كيلًا بكيل فكان ما شابه ينقص من كيل الجنس فلا خير فيه. ثم قال: وهي مثل لبن خلطه ماء أو لم يخلطه يعني فيمتنع، قلت: وهذا الكلام ينبه على أن الماء المختلط باللبن لو كان يسيرًا جدًا بحيث لا يؤثر في الكيل صح، فإن اللبن مكيل على الصحيح.

المسألة الأولى: إذا خلطا نوعًا بنوع من جنس واحد وباعه بنوع منه كمعقلي ببرني أو قمح صعيدي ببحري، وفي كل منهما أو أحدهما شيء من الآخر، فيتجه أن يقال حيث نقول بالصحة في الجنسين، بأن يكون الخليط غير مقصود، كما إذا باع معقليًا ببرني فيه شيء يسير من المعقلي لا يقصد، فههنا أولى، وحيث نقول بالبطلان في الجنسين بأن يكون الخليط مقصودًا، فههنا يأتي ما تقدم في المرتبة الثانية من (قاعدة مد عجوة) والصحيح الصحة لعدم تمييزه، ويأتي فيه الوجه الذي حكاه صاحب «التتمة» أنه إن كان ظاهرًا يرى من غير تأمل لم يجز، ولا أثر لكون الخليط موجبًا لتفاوت الكيل فيما اختلط به ومقابله، لأن الخليط هنا من الجنس معتبر في الكيل أيضًا والله سبحانه وتعالى أعلم.

المسألة الثانية: الفضة الخالصة بالفضة المغشوشة، والمغشوشة على قسمين قسم: الغش الذي فيها مما له ثبات وقيمة كالرصاص والنحاس والمس وهو وكذلك الدراهم المزيفة وهي التي فهيا فضة ورصاص وزئبق فيستهلك الزئبق وتبقى الفضة والرصاص وقسم: الغش الذي فيها مما يستهلك كالزرنيخية والأندرانية وهي التي تتخذ شبه الدراهم من الزرنيخ والنورة ثم يطلى عليه الفضة، وقد كان يتعامل بها في بغداد وغيرها، وتسمى بخراسان الزرنيخية والمراد بالاستهلاك أنه لا يبقى لغشها قيمة وليس المراد أنه يستهلك عين الغش فإنه لا يزول والحكم المذكور شامل للقسمين لا يجوز بيع الخالصة بالمغشوشة في القسمين معًا، سواء كان الغش مما قيمته باقية أم لا، لا خلاف بين الأصحاب في ذلك، قال نصر: وإن قل. وكذلك المغشوشة بالمغشوشة لكن التعليل مختلف.

فأما المغشوشة بغش يبقى له قيمة فاختلف الأصحاب في تعليله على وجهين نقلهما الشيخ أبو حامد وآخرون، أحدهما: وهو الصحيح عند الشيخ أبي حامد وغيره أنه بيع فضة وشيء بفضة، أو بفضة وشيء، فصار كمسألة (مد عجوة)،

والثاني: لأن الفضة هي المقصودة وهي مجهولة غير متميزة، فأشبه بيع تراب الصاغة واللبن المشوب بالماء وبنوا على المعنيين شراء تراب الصاغة وتراب المعدن وهذا رأي القفال فيما حكاه الروياني. واستضعفوا هذا واستدلوا للأول بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال «من زافت دراهمه فليأت السوق وليشتر بها ثيابًا» رواه عبد الله بن أحمد في «زوائده على المسند».

على أنه قد نقل عن أحمد بن حنبل أنه حمل قوله: «زافت» على أنها بقيت ليس أنها زيوف، جمعًا بين ذلك وبين ما روى عن عمر أيضًا رضي الله عنه أنه نهى عن بيع نفاية بيت المال، وحكى ذلك ابن قدامة، وهذه هي مسألة المعاملة بالدراهم المغشوشة وقد ذكرها النووي رحمه الله في هذا «المجموع» في باب زكاة الذهب والفضة، وذكر أنه إن كان قدر الغش معلومًا جاز قطعًا وإلا فأربعة أوجه، رابعها إن كان الغش غالبًا لم يصح وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى، واختيار القاضي حسين، والصحيح الصحة مطلقًا وهو الذي صححه الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب.

وأما المغشوشة بغش لا قيمة له كالزرنيخية فالعلة في منع بيع بعضها ببعض أو بالخالصة الجهل بالمماثلة أو تحقق المفاضلة، وإن ابتاع بها ثيابًا جاز، لأن البيع واقع على الفضة فحسب، وهي متميزة عن الزرنيخية ظاهرة عليه فلا منع على العلتين المذكورتين في القسم الأول، وإن اشترى بها ذهبًا جاز قولًا واحدًا، هكذا قال المحاملي، ومقتضى ذلك أنه لا يجيء خلاف التعامل بالدراهم المغشوشة ولا وجه لإعادة الكلام فيها مع تقدمها، ومما أفاده صاحب «التتمة» فيها أنه يكره أخذها وإمساكها إذا كان النقد الذي في أيدي الناس خالصًا، لأن ذلك يتضمن تغرير الناس، قال: فلو كان جنس النقد مغشوشًا فلا كراهية، وأفاد الروياني أيضًا أن الغش لو كان قليلًا مستهلكًا بحيث لا يأخذ حظًا من الوزن فلا تأثير له في إبطال البيع، لأن وجوده كعدمه، وقد قيل بتعذر طبع الفضة إذا لم يخالطها خلط من جوهر آخر.

قلت: وذلك صحيح، وقد بلغني أن في بعض البلاد في هذا الزمان ضربت الفضة خالصة فتشققت، فجعل فيها في كل ألف درهم مثقال من ذهب فانصلحت، ولكن مثل هذا إذا بيع درهم مثلا لا يظهر في الميزان ما معه من الغش، وأما إذا بيع قدر كبير فيظهر ذلك في الوزن فينبغي البطلان والله أعلم.

ورتبوا على هذا الخلاف جواز بيعها بالذهب، إن قلنا: لا يجوز شراء الثياب بها، فالذهب أولى وإن قلنا: يجوز فههنا بيع الفضة بالذهب صرف، وبيع الرصاص

والنحاس بالذهب بيع، فهو بيع وصرف، ولنا في ذلك قولان، وأما القسم الثاني وهو ما يكون الغش فيه مستهلكًا كالزرنيخية والأندرانية فكذلك لا يجوز بيع بعضها ببعض، ولا بالخالصة لأنه فضة بفضة مجهولة التساوي، أو معلومة التفاضل، وإن اشترى بها ثيابًا جاز بلا خلاف على التعليلين جميعًا.

أما على الأول وهو النظر إلى (قاعدة مد عجوة) فلأنه ليس ههنا مع الفضة شيء يتقسط عليه الثمن، وأما على الثاني وهو أن المقصود مجهول فهاهنا المقصود ظاهر، وهكذا إذا اشترى ذهبًا لا يجوز، لأن الذي مع الفضة لا قيمة له فليس فيه جمع بين بيع وصرف، ويجب أن تستثنى هذه الصورة من قولنا: إن الدراهم المغشوشة لا يجوز التعامل بها على وجه، أو فيها خلاف، فإن هذه دراهم مغشوشة، ولا خلاف في جواز التعامل بها، قال القاضي أبو الطيب: لا يختلف أصحابنا في جواز شراء السلع بها والله عز وجل أعلم.

وكل ما ذكرناه في الفضة يأتي في الذهب حرفًا بحرف، إما أن يكون مغشوشًا بمغشوش أو خالصًا بمغشوش، وأقسام الغش وأحكامه لا تختلف، كذلك صرح الأصحاب بالأحكام والأقسام المذكورة فيهما معًا والله أعلم وهذه فوائد، وإن كانت زائدة على ما يحتاج إليه في شرح الكتاب فهي متعلقة به تحتاج إليه والله تعالى أعلم.

المسألة الثالثة: بيع العسل المصفى بالعسل الذي فيه شمع، وقد نص الشافعي على ذلك في «الأم» قال: ولا يباع عسل بعسل إلا مصفيين من الشمع وذلك أن الشمع غير العسل، فلو بيع وزنًا وفي أحدهما الشمع كان العسل أقل منه قال: وكذلك لو باعه وزنًا، وفي كل واحد منهما شمع لم يخرجا من أن يكون ما فيهما من العسل ومن وزن الشمع مجهولا، لا يجوز مجهول بمجهول، وقد يدخلهما أنهما عسل بعسل متفاضلًا. وكذلك لو بيعا كيلا بكيل. واتفق الأصحاب على هذا الحكم وعللوه بعلتين، إحداهما: ما ذكره الشافعي رحمه الله من التفاضل والجهل بالتماثل والأخرى: أنه كمسألة مد عجوة.

وقد اختلف الأصحاب في قوله: مصفيين. هل المصفيان بالشمس أو بالنار على حسب اختلافهم في بيع المصفى بالنار بعضه ببعض. وسيأتي ذلك في كلام المصنف إن شاء الله تعالى. وليس الغرض الآن إلا منع بيعهما وفيهما أو في أحدهما شمع وسأذكر إن شاء الله تعالى تحقيق القول في أن العسل مكيل أو موزون عند كلام المصنف في ذلك فإنه تعرض له قبل آخر الباب بفصلين، والله أعلم.

وقد اشتركت هذه المسائل الثلاث التي فرضها المصنف في علة واحدة. وهي حقيقة المفاضلة كما أشار إليه في علته. ولا شك أن الموزون منها كالفضة والعسل

ـ إذا قلنا بأنه موزون وهو الصحيح ـ يؤثر فيه المخالط، سواء كان يسيرًا أو كثيرًا وأما المكيل كالحنطة والعسل إذا قلنا أنه مكيل كما هو قول أبي إسحاق فقد أطلق المصنف أن الخالصة لا تباع بالمشوبة. وكذا الشافعي رحمه الله فيما حكيته الآن من لفظه في «الأم» و «المختصر» في العسل واطلاق القاضي حسين وجماعة يقتضي ذلك وقد عرفت تقليده وأن ذلك ليس على إطلاقه. وقد عرفت أن مسألة الحنطة المختلطة بالزوان، ومسألة العسل منصوصة وما سواها متفق عليه بين الأصحاب والله تعالى أعلم.

والمسائل الثلاث الأخرى التي هي بيع المشوب بالمشوب مشتركة في علة واحدة، وهي الجهل بالمماثلة إن لم يعلم مقدار الغش، وقد يعلم، وتحقق المفاضلة أو تجهل المماثلة بالطريق التي تقدم في قاعدة مد عجوة. ومسألة الحنطة المختلطة بالزوان بمثلها مشار إليها في كلام الشافعي المتقدم، حيث منع أن تباع بالمختلطة بالتبن، وهو مقتضى كلام الأصحاب، وممن صرح بها الماوردي، وصورة ذلك ما إذا كان المخالط كثيرًا. أما إذا كان يسيرًا لا يتبين في المكيال فيجوز. صرح به ابن أبي هريرة وقد تقدم التنبيه على ذلك وتأويل ما يتوهم مخالفته له، ومسألة الحنطة المختلطة بالشعير بمثلها لم أرها منصوصة لكنها متفق عليها بين الأصحاب والنص في القصل والزوان والتبن دال عليها، وقد تقدم التنبيه على أن صورة المسألة إذا كان كثيرًا كما صرح به القاضي أبو الطيب وغيره، أما إذا كان يسيرًا لا يظهر في المكيال فلا بأس. ومسألة الفضة المغشوشة بالفضة المغشوشة تقدم الكلام عليها، وأنها مجمع عليها بين الأصحاب. وكذلك الذهب المغشوش بالذهب المغشوش، والله أعلم.

قال القاضي حسين: وهكذا دينار نيسابوري بدينار نيسابوري لا يجوز لأنه قد دخله الغش. وقد ذكر الغزالي رحمه الله ذلك في «الوسيط». قال إمام الحرمين: وبيع الذهب الابريز بالهروي عين الربا. قال: وبيع الذهب الهروي بالورق باطل، فإن النقرة في الهروي مقصودة، قلت: والهروي نقد فيه ذهب وفضة، والنيسابوري ذهب خالص.

فرع: بيع الذهب الهروي بالذهب الهروي لا يجوز لما فيه من الغش. قاله القاضي حسين وإمام الحرمين والغزالي. وهذا بيع الدراهم المغشوشة بالمغشوشة لا يجوز. قاله القاضي حسين، وقال ابن الرفعة في بيع الهروي بالهروي: إن قياس الوجه الذاهب إلى جواز بيع مد ودرهم بمد ودرهم من سكة واحدة ونخلة واحدة أن يجوز بيع الهروي بمثله، إذا كان مقدار الفضة والذهب فيه معلومًا والنوع واحدًا والسكة واحدة، إلا أن يقال: الدرهم والمد بالدرهم والمد معلومة من حيث

المشاهدة والمقابلة في الهروي بمثله غير معلومة، فإن النار عند الضرب قد تذهب من أحد الجوهرين أكثر مما تذهبه من الآخر، فلا يأتي الوجه المذكور وهو الأشبه.

قلت: وَجَزْمُ الأصحاب بجواز بيع الفضة المضروبة بمثلها يدل على أنه لا أثر لتأثير النار فيها، وإذا كان كذلك فلا أثر لهذا الاحتمال، وحينئذ يتعين أن يأتي الوجه المذكور، وينبغي أن يحرر هل النار تأخذ من جوهر الذهب والفضة شيئًا عند الضرب؟ أم تخلصهما فقط؟ فإن كانت تأخذ فالأمر كما قال وإلا فلا، ومسألة العسل الذي فيه شمع بالعسل الذي فيه شمع منصوص عليها في كلام الشافعي كما تقدم. والأصحاب متفقون على أنه لا يباع شهد بشهد، وقد ذكر الأصحاب الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي وسائر الأصحاب سؤالا وجوابًا. فقالوا: إن قيل: أليس يجوز بيع التمر بالتمر وفيهما النوى؟ وهكذا اللحم باللحم الطري إن جوزنا؟ والقديد كما قاله أبو الطيب وابن الصباغ وفيهما العظم؟

قيل: الفرق بينهما من وجهين، أحدهما: أن بقاء النوى في التمر من صلاح التمر، لأنه إذا نزع منه النوى لا يدوم بقاؤه كمًّا وفيه النوى، وهذا الفرق جواب عن النوى والعظم معًا، والأول إنما يظهر في النوى. وأما العظم فزعم القاضي أبو الطيب وابن الصباغ أنه من مصلحة اللحم، وفي ذلك نزاع، فالجواب الثاني كاف فيه، وقد قال أبو الطيب في مكان آخر: إن بقاء العظم في اللحم مفسدة وليس كذلك الشمع لأنه ليس من مصلحة العسل، والثاني: أن النوى والعظام غير مقصودين ولا قيمة لهما في الغالب، ولهذا يرمى بهما، فلم يجعل كأنه باع تمرًا وشيئًا آخر بتمر، والشمع له قيمة فإذا بيع مع العسل كان ربًا أو لحمًا وشيئًا آخر بلحم، وبهذين المعنيين فرقنا بين الجوز واللوز في قشريهما، وبين العسل، وذكر الإمام أيضًا فرقا بين الشهد واللبن حيث جوزوا بيع اللبن باللبن وإن كان مشتملا على السمن والمخيض، بأن الشمع غير مخامر للعسل في أصله، فإن النحل ينسج البيوت من الشمع المحض، ثم يلقى في خلله العسل المحض، فالعسل متميز في الأصل ثم ينشار العسل بخلطه بالشمع بعض الخلط بالتعاطي والضغط، وليس اللبن كذلك، والله أعلم.

فرع: بيع الشمع بالعسل المصفى وغير المصفى جائز، لأن الشمع ليس من أموال الربا. قاله القاضي حسين وغيره، والله أعلم.

ومسألة الطعام المختلط بالتراب القليل منصوص عليها في كلام الشافعي كما تقدم، وأطبق الأصحاب على ذلك، والمراد به إذا كان التراب بحيث يظهر على المكيال فلا يمنع تماثل القدر. فأما إذا كان بحيث لو ميز ظهر نقصانه على المكيال

فالبيع باطل، سواء كان فيهما أو في أحدهما، كما صرح به الإمام ووالده الشيخ أبو محمد والغزالي للتفاضل أو الجهل بالتماثل، وعلة البطلان ههنا أما المفاضلة أو الجهل بالمماثلة خاصة، ولا تعلق لذلك بقاعدة مد عجوة، لأن التراب غير مقصود، قال الإمام: ولو كان التراب منبسطًا على صبرة انبساطًا واحدًا على تناسب فبيع صاع منها بصاع فالمماثلة محققة ولكن هذا غير موثوق به، فإن التراب لا يبسط على تناسب واحد، فإنه ينسل من خلل الحبات يطلب السفل، ولذلك يكثر التراب في أسفل الصبرة. قال الإمام: ومن تمام البيان في ذلك النقصان، فإن كان ما اشتمل عليه العقد بحيث لو ميز التراب منه لم يبن النقصان صح العقد. وإن ورد العقد على مقدار لو جمع ترابه لملأ صاعًا أو أصعاء فالبيع باطل فإن استبعد من لم يحط بأصل الباب تجويز البيع في القليل ومنعه في الكثير لم يبال به والله أعلم.

ومثل التراب المختلط بالحنطة دقاق التبن كما قاله الشافعي رحمه الله والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهم، ولا فرق في ذلك إذا كان التراب لا يؤثر في المكيال بين بيع بعضه ببعض، وبين بيعه بالخالص عنه بينهما، لأن المدرك كونه غير مؤثر في الكيل ولا مانع من المماثلة، وذلك شامل للقسمين والله أعلم. ومسألة الموزون المختلط بقليل من التراب منصوص عليها أيضًا كما تقدم. وممن صرح بها من الأصحاب ابن أبي هريرة وابن داود وأبو حامد وأبو الطيب والمحاملي والماوردي والقاضي حسين وجميع المتقدمين والمتأخرين، ولم يفصل أحد منهم في ذلك إلا ما حكاه صاحب «الاستقصاء» عن صاحب «الإفصاح» أنه قال: إلا أن يكون الميزان كبيرًا لا يؤثر فيه القراريط والدوانيق، فهذا كالكيل، وهذا التفصيل حسن، فإنه إذا فرض أنه خالطه ما لا يظهر في الوزن كان كما لا يظهر في الكيل. ألا ترى أن موازين الذهب والفضة يظهر فيها الشيء اليسير الذي قد لا يظهر في ميزان الأرطال؟ وميزان الأرطال يظهر فيها ما لا يظهر في القبان ولعل الأصحاب إنما أطلقوا ذلك اعتبارًا بغالب الموازين، ولا فرق في الموزون بين أن يكون نقدًا كالدراهم والدنانير أو مطعومًا كحب الرمان والسكر وشبهه، قال الروياني: ولو باع الزعفران بالزعفران وزنا وفي إحدى الكفتين يسير تراب لا يجوز البيع. والله أعلم.

فصل: المعجونات والمخلوطات بعضها ببعض حكمه حكم هذه المسائل في البطلان. ذكره الإمام والغزالي.

فرع: ذكره الماوردي وغيره العلس: بالعلس لا يجوز، إلا بعد إخراجه من قشرته لجواز أن يكون قشر أحدهما أكثر من قشر الآخر، وكذلك بيعه بالحنطة لا يجوز قبل تقشره لأنه صنف منها، ولكن يجوز بيعه بالشعير لأنهما جنسان فأما بيع

الأرز بالأرز قبل اخراجه من القشرة العليا لا يجوز كالعلس وبعد اخراجه من القشرة العليا وقبل اخراجه من الثانية الحمراء، كان بعض أصحابنا يمنع من بيعه فيها بمثله ويجعل النصاب فيها عشرة أوسق كالعلس. وذهب سائر أصحابنا إلى أن هذه القشرة الحمراء الملاصقة به تجري مجرى أجزاء الأرز لأنه قد يطحن معها ويؤكل أيضًا معها، وإنما يخرج منها تناهيًا في استطابته كما يخرج ما لصق بالحنطة من النخالة، ونصابه في الزكاة خمسة أوسق كالحنطة مع قشرتها، والله أعلم.

قال الروياني: والقول الثاني هو الصحيح عندي ولا يحتمل الوجه الآخر قال: والصحيح أنه يجوز بيع الأرز بالأرز في قشرته العليا أيضًا، لأنه من صلاحه، ويدخر معه. وكذلك الباقلا بالباقلا في قشره يجوز، وهو المذهب.

قلت: أما قشره الأسفل فتصحيح الجواز فيه ظاهر وأما الأعلى فلا يمكن للجهل بالمماثلة وعدم امكان كيله، وإن كان رطبًا فيزداد امتناعًا، وبيع الأرز بعد تنحية القشرة السفلى جائز ولا يبطل ادخاره بتنحيتها. قال ابن الرفعة: وجواز بيعه بغيره قبل زوال القشرة العليا يكون كبيع الحنطة في سنبلها، لأنه مستور بما ليس بصائن له عن الفساد وهذه طريقة أبي حامد المحكية عن النص وقيل: كالشعير يباع في سنبله.

واعلم أن الأرز يكون أولا في قشرته فتزال عنه القشرة العليا ثم ينضح بالملح فيزال عنه القشر الآخر وهو أحمر دقيق، ويدخر بعد إزالتها فيجوز بيع بعضه ببعض إذا خلا عن الملح له تأثير في الكيل كما هو الغالب، فلو فرض فيه ملح له أثر في المكيال امتنع والله أعلم.

تنبيه: قول الشافعي رحمه الله المتقدم في «الأم»: كل صنف من هذه خلط بغيره مما يقدر على تمييزه لم يجز بيع بعضه ببعض إلى آخره يفهم أنه إذا كان مما لا يقدر على تمييزه يجوز بيع بعضه ببعض، وإن أثر في المكيال، ولا خلاف في أن الخليط المؤثر في المكيال عند اتحاد الجنس مانع، سواء قصد أم لا، فالظاهر أن الشافعي رحمه الله أشار بذلك إلى ما يكون متصلًا بالمأكول لا يمكن فصله كنوى التمر وقشر الجوز واللوز وما أشبه ذلك. والله أعلم.

فصل: في أحاديث مرسلة تحتمل أن تكون من هذا الباب: روى أبو داود في كتاب «المراسيل» عن عبد الأعلى بن عبد الأعلى عن بريد عن سليمان عن أبي موسى قال «مر رسول الله ﷺ على رجل يبيع طعامًا مغلوثًا فيه شعير فقال: اعزل هذا من هذا، وهذا من هذا ثم بع ذا كيف شئت، فإنه ليس في ديننا غش».

وعن مكحول أن رسول الله ﷺ «مر على رجل يبيع الحنطة يخلط الجيد

بالرديء فنهاه وقال: ميز كل واحد على حدة» المغلوث والغليث هو الطعام المغلوث والغليث الطعام الذي فيه المدر والزوان، قال ذلك ابن سيده في «محكمه».

وأما القسم الثاني، وهو ما إذا خالط المبيع قليل تراب، وكذلك دقاق التبن كما قال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب فإما أن يكون المبيع مكيلًا أو موزونًا فإن كان مكيلا لم يضر، لأن التراب لا يظهر في الكيل لتحلله في شقوق الطعام فلا يمنع التماثل وإن كان موزونا لم يجز لظهور أثره في الميزان ومنعه من التماثل وذلك واضح.

فرع: لو تصارفا دينارًا محموديًا بدينار محمودي لم يجز لما فيه من الفضة ولو تصارفا دينارًا محموديًا بفضة جاز على الأصح، وإن كان فيه فضة، والفرق في أن بيع الدينار بالدينار المقصود هو الذهب، والمماثلة شرط، وما فيهما من الفضة يفوت العلم بها وفي بيع الدينار بالدرهم المقصود هو من أحد الجانبين الذهب ومن الآخر الفضة، والمماثلة ليست بشرط في بيع الذهب بالفضة، والفضة التي في الدينار قليلة غير مقصودة. فلا يعبأ بها، قاله الخوارزمي في «الكافي» وهو ظاهر من القواعد التي قدمناها.

فرع: قال الشيخ أبو محمد في «الجمع» و«الفرق»: أنه إذا باع الدينار الهروي بالهروي فهو باطل كما تقدم، وإذا باعه بدرهم أو بدراهم فالبيع جائز، وإن كان في كل جانب فضة مجهولة أو متفاضلة، قال: والفرق أن الدينار إذا صار مقابلًا بالدينار فالذهب هو المقصود في كل جانب، ومماثلة الذهب مجهولة بسبب مخالطة الفضة، أما إذا قوبل الدينار بالدرهم فالمقصود مقابلة الذهب الذي في الدينار بالفضة وهما جنسان، ولا يعبأ بالفضة اليسيرة المختلطة بالدينار، ومثله بيع الحنطة بالشعير وفيه حبات حنطة وهذا يلتبس على ما تقدم أنه إذا لم يكن الخليط مقصودًا لا يضر وإن أثر في المعيار إذا كان بغير الجنس.

فرع: قال ابن داود شارح «مختصر المزني»: قول الشافعي في العسل (وكذلك لو بيع كيلا) قال: فيه كالدليل على أنه يجوز كيلا تارة ووزنا أخرى وهذا غريب فلما لم يوجد له نظير، قلت: ولعل الشافعي إنما قال ذلك لتردده: هل هو مكيل أو موزون؟ على ما دل عليه قوله الذي حكيناه فيما تقدم عند قول المصنف: وإن كان مما لا أصل له بالحجاز.

فرع: تقييد الشافعي فيما تقدم من كلامه التراب الدقيق، لأن الغالب أنه هو الذي لا يؤثر في الكيل لدخوله بين الحبات، وهو يفيد أن الطين المخالط للقمح في

العادة يمنع المماثلة، وذلك قل أن يخلو عنه الطعام، وكذلك إذا كان كثيرًا أما المدر اليسير لو فصل لم يظهر على الكيل فهو كالتراب.

فرع: لو اجتمع في الحنطة شعير يسير لا يؤثر في الكيل، وتراب قليل كذلك، ويسير من التبن والقصل كذلك، ولكن مجموعه يؤثر في الكيل كما هو العادة في الغلث، فإنه إذا غربل ينقص في الكيل حسًا فلا شك أن ذلك يؤثر فلا يجوز بيعه بالمغربل، وأما بيعه بمثله من الغلث فمقتضى المذهب أنه لا يجوز أيضًا.

فرع: العسل إذا قلنا بأنه مكيل كما هو قول أبي إسحاق وكان فيه شمع يسير يظهر أثره على المكيال، هل يسامح به؟ ينبغي أن يكون حكمه حكم الحنطة المختلطة بشعير يسير.

فرع: هذه الأشياء التبن والقصل والمدر، والحصا والزوان والشعير يجب على المسلم إليه في الحنطة أن يسلمها نقية عن هذه الأشياء، نص عليه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في باب السلف في الحنطة من «الأم»، وسيأتي في السلم إن شاء الله تعالى.

فرع: يجوز بيع الجوز بالجوز واللوز باللوز ولا بأس بما عليهما من القشر لأن الصلاح يتعلق به.

فصل: في التنبيه على ألفاظ الكتاب: الخالص: ما لم يخالطه غيره، والمشوب ـ بفتح الميم وضم الشين ـ: ما خالطه غيره (وهو المغشوش) والزوان هو حب أسود وصغار، قال الشيخ أبو حامد وغيره وآخرون: حاد الطرفين غليظ الوسط، وقال ابن باطيش: يشبه الرازيانج من الطعم، يفسد الخبز، وقال الروياني: هو الذي يسكر أكله، وفيه ثلاث لغات حكاها القلعي وابن باطيش زؤان ـ بضم الزاي والهمز ـ قال القلعي: وهي أفصحها، وزوان ـ الضم من غير همز وزؤان. قال الأزهري: قال أبو عبيد عن الفراء يقال: في الطعام قصل وزوان، ومزمرى ورعرى وعفا منقوص وكل هذا مما يخرج منه فيرمى به، والشمع قال ابن فارس: والشمع معروف وقد تفتح ميمه والفضة «زافت بزئبق» والقصل قال ابن داود: وهو ساق الزرع وقال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والقاضي حسين وخلائق لا يحصون: هو عقد التبن الذي يبقى في الطعام بعد تصفيته، والشيلم وأحد طرفيه دقيق أصغر من الزوان.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: ولا يباع رطبه بيابسه على الأرض لما روى سعد بن أبي وقاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال، أينقص الرطب إذا يبس؟ فقالوا: نعم فقال: لا إذن»[1] نهى عن بيع الرطب

(١) تقدم.

بالتمر وجعل العلة فيه أنه ينقص عن يابسه، فدل على أن كل رطب لا يجوز بيع رطبه بيابسه.

الشرح: حديث سعد هذا أصل عظيم يجب الاعتناء به، وقد رواه أبو داود والترمذي وقال: حسن صحيح، والنسائي وابن ماجه والأئمة مالك في «الموطأ» والشافعي في «الأم» و «الإملاء» وغيرهما، وعبد الله بن وهب، وأحمد بن حنبل وأبو داود الطيالسي وأبو بكر ابن أبي شيبة وأبو جعفر أحمد بن منيع وجميعهم في مسانيدهم، وأبو محمد بن الجارود في «المنتقى» والحاكم أبو عبد الله النيسابوري في «المستدرك» من طرق وقال: هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك رحمه الله، وأنه محكم في كل ما يرويه من الحديث، إذ لم يوجد في رواياته إلا الصحيح، خصوصًا في حديث أهل المدينة، ثم لمتابعة هؤلاء الأئمة إياه في روايته عن عبد الله بن يزيد. والشيخان لم يخرجاه لما خشياه من جهالة زيد بن أبي عياش.

وأخرجه الدارقطني أيضًا في «سننه» والبيهقي في كتبه الثلاثة: «السنن الكبير» و «السنن الصغير» و «معرفة السنن والآثار». وعن ابن خزيمة أنه أخرجه في «مختصر المختصر»، فطرقه كلها في جميع هذه الكتب ترجع إلى زيد بن أبي عياش (بالياء المثناة من تحت والشين المعجمة) مولى بني زهرة، هكذا في كثير من روايات الحديث، وهو قول أكثرهم، ويقال فيه مولى بني مخزوم وقيل غير ذلك. قال ابن عبد البر: ولا يصح شيء من ذلك. قال الدارقطني: ثقة، ورواه أبو داود من حديث يحيى بن أبي كثير روى هذا الحديث عن عبد الله بن عياش عن سعد، قال ابن عبد البر: ويقولون إن عبد الله بن عياش هذا هو أبو عياش الذي قاله مالك. وإن يحيى بن أبي كثير أخطأ في اسمه بلا شك، وفي موضع آخر شك فيه.

وأما عبد الله بن يزيد الراوي عنه فالأكثرون رووه عن مالك هكذا من غير زيادة، فظن بعض الناس لذلك أنه ابن هرمز القارىء الفقيه المشهور، وقال ابن عبد البر: ليس كما ظن هذا القائل، ولم يرو مالك عن ابن هرمز في «موطئه» حديثًا مسندًا، وهذا الحديث لعبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان محفوظ، وقد نسبه جماعة عن مالك منهم الشافعي وأبو مصعب.

قلت: وأبو قرة وهذا الذي قاله ابن عبد البر هو الصواب وخلافه خطأ لتضافر الروايات عن مالك وغيره بأنه مولى الأسود بن سفيان مثبتًا. قال يحيى بن معين: ثقة، وقال البخاري: أبو أويس مولى الأسود بن عبد الأسد المخزومي وقال غير البخاري: ويقال مولى بني تميم.

وعبد الله بن يزيد بن هرمز الذي توهم بعض الناس أنه هو ثقة أيضًا، ورواه عن عبد الله بن يزيد: مالك بن أنس وإسماعيل بن أمية والضحاك بن عثمان وأسامة بن زيد، اتفق هؤلاء الأربعة عنه على ذلك، وخالفهم يحيى بن أبي كثير وقال فيه «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الرطب بالتمر نسيئة»[1] رواه أبو داود أيضًا كما أشرت إليه. قال الدارقطني: واجتماع هؤلاء الأربعة على خلاف ما رواه يحيى يدل على ضبطهم للحديث، وفيهم إمام حافظ، وهو مالك بن أنس رحمه الله، وهذا الذي قاله الدارقطني حجة على تصويب رواية مالك ومن تابعه، ويحتمل على طريقة الفقهاء أن يحكم بصحتهما جميعًا لثقة روايتهما، وتكونان واقعتين، مرة نهى عنه نسيئة، ومرة نهى عنه مطلقًا، وأن بعض الرواة زاد ما أسقطه الآخر، ولا تنافي إلا من جهة المفهوم، والمنطوق مقدم عليه، لكن النظر الحديثي ههنا أقوى والظاهر مع من أسقط لفظة النسيئة، وقد تابع عبد الله بن يزيد على روايته عمران بن أبي أنس، وليس فيه زيادة لفظ النسيئة، كذلك قال البيهقي.

ورواه من طريق الربيع بن وهب، لكني رأيت في «مسند ابن وهب» عن عمرو بن الحارث أن بكر بن عبد الله حدثه عن عمران بن أبي أنس حدثه «أن مولى لبني مخزوم حدثه أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن الرجل يسلفه الرجل الرطب بتمر إلى أجل فقال سعد: نهانا رسول الله ﷺ عن هذا» وهذا شاهد جيد لرواية يحيى بن أبي كثير، فإن ثبت فيحمل على أنهما حديثان كما قد نبهت عليه قريبًا، فلا ينافي ذلك، ويحتمل أن يكون سئل عنه نسيئة فنهى عنه، وسئل مرة أخرى عنه مطلقًا فنهى عنه، وإن لم يكونا حديثين فالحكم باسقاط الزيادة متعين. قال البيهقي: الخبر مصرح بأن المنع إنما كان لنقصان الرطب في المتعقب، وحصول الفضل بينهما بذلك، وهذا المعنى يمنع أن يكون النهي لأجل النسيئة فلذلك لم تقبل هذه الزيادة ممن خالف الجماعة بروايتها في هذا الحديث، ولذلك قال الشيخ أبو حامد: لأن علة النسأ عندنا الطعم وعندهم الجنس، أما النقصان فلا، والله تعالى أعلم.

وقد وردت أحاديث حسنة وصحيحة وغير ذلك تشهد لرواية هذا الحديث وأن المنع مطلق، منها: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبايعوا التمر حتى يبدو صلاحه، ولا تبايعوا التمر بالتمر»[2] رواه مسلم، وعن ابن عمر عن

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٣٦٠) والبيهقي في سننه (٥/ ٢٩٤) والدارقطني في سننه (٣/ ٤٩) والحاكم في المستدرك (٢/ ٣٨).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٣٨) والنسائي في سننه (٧/ ٢٦٣) وأحمد في المسند (٢/ ٢٦١).

رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا التمر بالتمر»[١] متفق عليه. وعنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع التمر بالتمر كيلًا»[٢] متفق عليه. وعنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الرطب بالتمر الجاف»[٣] رواه ابن وهب في مسنده بسند ضعيف، ورواه الدارقطني بسند آخر ضعيف أيضًا، وعنه قال «نهى رسول الله ﷺ عن الرطب باليابس»[٤] رواه الدارقطني بسند فيه موسى بن عبيدة وهو ضعيف، وروي أيضًا عن بعض أصحاب النبي ﷺ أن النبي ﷺ: «سئل عن رطب بتمر فقال: أينقص الرطب؟ فقالوا: نعم، فقال لا يباع الرطب باليابس»[٥] لكن في سنده أسامة بن زيد، وهو ضعيف وروى البيهقي أيضًا من طريق ابن وهب من حديث يحيى بن سعيد الأنصاري عن عبد الله بن أبي أسامة «أن رسول الله ﷺ سئل عن رطب بيابس»[٦] فقال البيهقي: وهذا مرسل جيد شاهد لما تقدم.

قلت: وسيأتي إن شاء الله تعالى في الفصل الذي يلي هذا عند كلام المصنف في المزابنة حديث في «معجم الطبراني» بسند صحيح لفظه «رخص في بيع العرايا بخرصها من التمر اليابس»[٧] فيمكن أن يجعل شاهدًا لما تقدم، فإنه يقتضي سبق التحريم، لكن للخصم أن يقول: أنا أسلم سبق التحريم في الرطب على رؤوس النخل بالتمر، وهو الذي وردت فيه الرخصة، وقال عبد الحق في الأحكام بعد أن ذكر حديث أبي عياش هذا: اختلف في صحة هذا الحديث، ويقال أن زيدًا أبا عياش مجهول قلت: والظاهر أن عبد الحق أخذ ذلك من ابن حزم. فإنه قال: إنه لا يصح لجهالة أبي عياش. ولذلك قبله ابن المغلس الظاهري وسبقهما إلى ذلك أبو جعفر الطحاوي فقال: إن أبا عياش لا يعرف. وذكر الاختلاف الذي وقع في الحديث ثم قال: فبان بحمد الله ونعمته فساد هذا الحديث في إسناده ومتنه، وأنه لا حجة فيه على من خالفه من أبي حنيفة ومن تابعه ا هـ.

ومدار تضعيف من ضعفه على جهالة أبي عياش. وأول من رده بذلك أبو حنيفة

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٨٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٣٤).
(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٨٥) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٤٢).
(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ٤٨).
(٤) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ٤٨).
(٥) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٣٥٩) والترمذي في سننه برقم (١٢٢٥) والنسائي في سننه (٧/ ٢٦٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٦٤) وأحمد في المسند (١/ ١٧٩) والبيهقي في سننه (٥/ ٢٩٤).
(٦) أخرجه البيهقي في سننه (٥/ ٢٩٥).
(٧) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٥/ ١١٠).

رحمه الله قال: هو مجهول لما سئل عن هذه المسألة عند دخوله بغداد وعلى أنه يتضمن ما لا يمكن نسبته إلى النبي ﷺ من الاستفهام عما لا يخفى. فأما تضعيفه بسبب جهالة أبي عياش فقد قال الدارقطني فيما نقل التربشتي عنه أنه ثقة فتثبت بذلك عدالته. ولا يضره قول من لا يعرفه: أنه مجهول. فإن ذلك ليس بتجريح. وأما التضعيف بسبب ما تضمنه من الاستفهام فضعيف جدًا وسيأتي الجواب عنه. ولم أعلم أحدًا من أئمة الحديث ضعف هذا الحديث. ولا تكلم في أبي عياش هذا، قال الإمام أبو سليمان: قد تكلم بعض الناس في إسناد حديث سعد بن أبي وقاص، وقال: زيد أبو عياش روايته ضعيفة، ومثل هذا الحديث على أصل الشافعي لا يجوز أن يحتج به. قال الخشابي وليس الأمر على ما توهمه، وأبو عياش هذا مولى لبني زهرة معروف. وقد ذكره مالك في «الموطأ»، وهو لا يروى عن رجل متروك الحديث بوجه. وهذا من شأن مالك، وعادته معلومة. هذا آخر كلامه.

قال الحافظ أبو محمد عبد العظيم المنذري: وقد حكى عن بعضهم أنه قال: زيد أبو عياش مجهول وكيف يكون مجهولًا وقد روى عنه اثنان ثقتان، عبد الله بن يزيد وعمران بن أبي أنس، وهما ممن احتج به مسلم في «صحيحه»، وقد عرفه أئمة هذا الشأن، هذا الإمام مالك رحمه الله، وقد أخرج حديثه في «موطئه» مع شدة تحريه في الرجال ونقده، وتتبعه لأحوالهم، والترمذي قد أخرج حديثه وصححه كما ذكرنا، وصحح حديثه الحاكم أبو عبد الله النيسابوري، وقد ذكره مسلم بن الحجاج في كتاب «الكنى»، وذكر أنه سمع من سعد بن أبي وقاص. وذكره أيضًا النسائي في كتاب الكنى وما علمت أحدًا ضعفه والله أعلم.

قلت: وقد ذكره البخاري أيضًا في «تاريخه الكبير» في ترجمة عبد الله بن يزيد الراوي عنه، ووصفه بالأعور.

وقال أبو عمر بن عبد البر في كتاب «الاستذكار» و «التمهيد» بعد أن ذكر الخلاف في جهالته: وقد قيل أن زيدًا أبا عياش هذا هو أبو عياش الزرقي، وأبو عياش الزرقي اسمه عند طائفة من أهل العلم بالحديث زيد بن الصامت. وقيل: زيد بن النعمان وهو من صغار الصحابة وممن حفظ عن النبي ﷺ وروى عنه، وشهد معه بعض مشاهده. ورواه ابن عبد البر من طريق بن أبي عمر وهو العدني عن سفيان بن عيينة عن إسماعيل بن أمية فقال فيه الزرقي. وهذه زيادة من عدل مثبتة أنه هو الصحابي. وكذلك رويناه في «سنن الشافعي» عنه عن سفيان بن عيينة، فاجتماع الشافعي والعدني عن سفيان على ذلك دليل على أنه هو، لكن ذلك مخالف لما اشتهر في الروايات أنه مولى بني زهرة.

وأحال الطحاوي أن يكون أبو عياش هو الزرقي. قال: لأن أبا عياش الزرقي من جلة أصحاب رسول الله ﷺ لم يدركه عبد الله بن يزيد، فإن كان هو إياه فقد كفيناه مؤنة الكلام، وإلا فيكفي ما تقدم من توثيق الدارقطني له، وحكم الأئمة بتصحيح حديثه، وأبو عياش الزرقي عاش إلى زمان معاوية، مات بعد الأربعين، وقيل بعد الخمسين، وقال أحمد بن حنبل: اسمه زيد بن النعمان، وكل الرواة لهذا الحديث يقولون فيه أبو عياش ـ بالياء المثاة والشين المعجمة ـ إلا رواية ذكرها أبو بكر أحمد بن إبراهيم الإسماعيلي في جمعه حديث يحيى بن أبي كثير عن محمد ابن إسحاق بن خزيمة يسنده إلى يحيى قال فيها: إن أبا عياش أو عياش شك يحيى. وهذا مما يدل على قلة ضبط يحيى في هذا الحديث، ورأيت في كتاب الإسماعيلي هذا أيضًا ذكره بطريق آخر إلى يحيى وقال فيه: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الرطب بالتمر يابسًا» هكذا وقع في الكتاب وعليه تضبيب وعلامة أنه ينظر فيه فإن لم يكن تصحيفًا فهو اختلاف موهن لرواية يحيى أيضًا.

واعلم أن هذا الحديث لا يحتاج إلى تقدير صحته إلا لما فيه من التعليل بالنقصان، وأما الحكم فإنه ثابت في الحديث الصحيح المتفق عليه عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر»[1] وقد تقدم التنبيه على ذلك من حديثه ومن حديث أبي هريرة وغيره، فقد علم ما في هذا الحديث وأن الراجح صحته، وأما الحكم الذي دل عليه فثابت في الأحاديث الصحيحة، وقد روى الشافعي هذا الحديث من جهة اثنين من الأربعة الرواة عن عبد الله بن يزيد، رواه عن مالك بن أنس، ومن جهة إسماعيل بن أمية رواه عن سفيان بن عيينة عنه.

أما روايته عن مالك فرويناها عنه في «مسند الشافعي» من طريق الربيع عنه وكذلك هي في «الأم» و «الاملاء»، وأما روايته من طريق إسماعيل فردیناها في «سنن الشافعي» التي يرويها الطحاوي عن المزني عن الشافعي وفيها وصف أبي عياش بالزُّرقي، فيحصل بذلك متابعة العدني كما تقدم ورفع الجهالة عنه وأكثر الرواة عن مالك رحمه الله يقولون «سئل عن شراء التمر بالرطب» وكذلك هو في «سنن أبي داود» والترمذي والنسائي وغيرهم. وبعض الرواة عن إسماعيل بن أمية يقولون «عن الرطب بالتمر» كذلك هو في النسائي وغيره من طريق سفيان الثوري عنه، وكذلك قاله ابن منيع من رواية أسامة بن زيد. وقال أبو داود الطيالسي ووكيع وابن نمير شيخ أحمد وأحمد بن يونس وخالد بن خداش شيخا إبراهيم المخزومي

(١) تقدم.

خمستهم عن مالك «الرطب بالتمر» مثل رواية الآخرين وقال أحمد بن حنبل عن سفيان عن إسماعيل «عن تمر برطب» مثل رواية مالك المشهورة والذي قاله الشافعي وغيره في حديث إسماعيل «تبايع رجلان على عهد رسول الله ﷺ بتمر ورطب»[١] فلم يعينوا شيئًا والأمر في ذلك قريب.

وأما قول المصنف «عن بيع» فلم أجده في شيء من كتب الحديث، بل كلهم إما بلفظ الشراء وإما بحذفهما معًا، وأنا رأيته في كتب الفقهاء كالقاضي أبي الطيب ومن بعده أكثر الرواة عنهم يقولون في آخره «قالوا نعم فنهى عنه» وكذلك لفظ أبي داود والترمذي والنسائي وغيرهم وفي رواية «فكرهه» ورواه سفيان بن عيينة عن إسماعيل فقال فيه «قالوا»: نعم قال: «فلا إذًا» مثل ما ذكره المصنف كذلك رواه أحمد في «مسنده» والدارقطني وغيرهما، وكذلك رواه الحاكم من طريق مالك وإسماعيل جميعًا وذكره أبو قرة في «سننه» من طريق مالك وإسماعيل فقال فيه «فنهاه عنه».

وذكره أبو داود الطيالسي عن مالك قال فيه «فقالوا: نعم فقال: لا أو فنهى عنه» هكذا رواه على الشك، وأكثر الرواة يقولون «إذا يبس» وفي رواية وكيع عن مالك «إذا جف» ذكرها ابن أبي شيبة، وبعض الرواة يقولون «أينقص»؟ وبعضهم يقول «أليس ينقص»؟ وبعضهم يقول «نهى رسول الله ﷺ عن التمر بالرطب، فقال فيه: إذا يبس نقص» هذه رواية عبد الله بن عون الخراز عن مالك بإسناده المذكور، فهذه كلمات يحتاج إليها فيما ذكره المصنف لمن يريد تحرير النقل ولنذكر لفظ الحديث بتمامه محررًا.

روينا في «مسند الإمام الشافعي» عن مالك رضي الله عنهما عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان «أن زيدًا أبا عياش أخبره أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن البيضاء بالسلت فقال له سعد: أيتهما أفضل؟ فقال البيضاء، فنهى عن ذلك وقال: سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله ﷺ: أينقص الرطب إذا يبس؟ فقالوا: نعم فنهى عن ذلك» وهو في «الأم» كذلك حرفًا بحرف، وفي «الاملاء» كذلك إلا أنه أبدل همزة الاستفهام بهل، وهو في أكثر الكتب قريب من هذا اللفظ.

قال العلماء، منهم الخطابي: قوله ﷺ: «أينقص الرطب إذا يبس؟» لفظه لفظ الاستفهام ومعناه التقرير، والتنبيه فيه على نكتة الحكم وعلته، ليعتبروها في نظائرها وأحوالها، وذلك أنه لا يجوز أن يخفى عليه ﷺ أن الرطب إذا يبس نقص، فيكون سؤال تعرف واستفهام وإنما هو على الوجه الذي ذكرته وهذا كقول جرير:

ألستم خير من ركب المطايا وأندى العالمين بطون راح

ولو كان هذا استفهامًا لم يكن فيه مدح، وإنما معناه أنتم خير من ركب المطايا. هذا كلام الخطابي رحمه الله تعالى، والاستفهام بمعنى التقرير كثير موجود في الكتاب العزيز في قوله تعالى: ﴿وَمَا تِلْكَ بِيَمِينِكَ يَٰمُوسَىٰ﴾ [طه: ١٧] وقوله: ﴿أَلَمْ نَشْرَحْ لَكَ صَدْرَكَ﴾ [الشرح: ١] وغير ذلك وإنما اعتنى الأصحاب ببيانه هنا، لأن من جملة ما ضعف به الخصم هذا الحديث كونه متضمنا للاستفهام عن أمر لا يخفى.

وقال الشافعي رحمه الله في «الأم» في باب الطعام بالطعام: وفيه دلائل، منها: أنه سأل أهل العلم بالرطب عن نقصانه فينبغي للإمام إذا حضره أهل العلم بما يرد عليه أن يسألهم عنه، وبهذا صرنا إلى قيم الأموال بقول أهل العلم والقبول من أهلها، ومنها: أنه ﷺ نظر في متعقب الرطب، فلما كان ينقص لم يجز بيعه بالتمر لأن التمر من الرطب إذا كان نقصانه غير محدود، وقد حرم أن يكون التمر بالتمر إلا مثلًا بمثل، وكانت فيها زيادة بيان النظر في المتعقب من الرطب، فدلت على أن لا يجوز رطب بيابس من جنسه، لاختلاف الكيلين، وكذلك دلت على أنه لا يجو رطب برطب لأنه نظر في البيوع في المتعقب خوفًا من أن يزيد بعضها على بعض، فهما رطبان معناهما معنى واحد. وقال في «الإملاء» قريبًا من ذلك وزاد: قال الشافعي: فقال بعض لا بأس بالرطب بالتمر، وإن كان الرطب ينقص إذا يبس، قال الشافعي: فخالفه صاحبه، قال: قولنا في كراهية الرطب بالتمر، قال الشافعي: ثم عاد إلى معنى قوله فقال: لا بأس بحنطة رطبة بحنطة يابسة، وحنطة مبلولة بحنطة مبلولة وإن كان أحدهما أكثر نقصانا إذا يبس من الآخر، وتكلم الشافعي رحمه الله تعالى أيضًا في «الأم» على قول سعد في البيضاء والسلت، وقد تقدم ذلك عند الكلام مع المالكية في بيع الحنطة بالشعير والله أعلم.

وقد اتفق جمهور العلماء على مقتضى هذا الحديث، وأنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر، وقد اتفق الأصحاب مع الشافعي رحمه الله على ذلك، لا خلاف عندهم في ذلك إلا خلافًا حكاه ابن الرفعة في «الكفاية» عن تعليق القاضي حسين، فيما إذا باع الرطب على الأرض بالتمر، وكذلك حكاه مجلّى عن «الإنابة» للفوراني، ولم أجده في شيء من الكتابين على الاطلاق ولا يجوز اعتقاده، وإنما هو في «الإبانة» و«التتمة» في خمسة أوسق فما دونها تخريجًا على مسألة العرايا، وعبارة «التتمة» مصرحة بذلك، وإن كانت عبارة الفوراني مطلقة.

وأما الزائد عليها فليفهم ذلك، ولم أر أحدًا نقل هذا الخلاف إلا مجلى وابن الرفعة، وكيفما كان فهو مردود يجب اعتقاد أن ذلك وهم منهما أو سوء في العبارة

واطلاقها ولعل الذي حملها على ذلك اطلاق عبارة الفوراني، ولكن ذلك لأنه قد ذكرها في ذلك في فصل العرايا فكان ذلك قرينة بخلافهما حيث تكلما في فصل بيع الرطب بالتمر، مع أن ابن الرفعة في «شرح الوسيط» صرح بالاتفاق على أنه لا يجوز ذلك في أكثر من خمسة أوسق كما نبهت عليه، وقوله في «الكفاية» أوجب الافهام فيه كونه ذكره في غير محله. ولم ينبه على محله، والله أعلم.

وممن ذهب إلى المنع من ذلك كما ذهب إليه الشافعي من الصحابة سعد بن أبي وقاص، ومن التابعين سعيد بن المسيب، ومن الفقهاء مالك والليث بن سعد والأوزاعي والثوري وأبو يوسف ومحمد بن الحسن لكنه قال: إذا أحاط العلم بأنهما إذا تساويا جاز، وأحمد بن حنبل وإسحاق وداود هكذا نقل جماعة من أصحابنا، والحجة في ذلك الأحاديث المتقدمة، ومن جهة أنه إن بيع متماثلًا فالمنع لتحقق المفاضلة عند الجفاف، وإن كان التمر أكثر فللجهل بالمماثلة والتخمين لا يكفي في ذلك إلا في العرايا.

وقال أبو حنيفة بجواز بيع الرطب بالتمر كيلًا بكيل مثلًا بمثل. قال الشيخ أبو حامد: وانفرد بذلك ولم يتابعه أحد عليه، ونقل ابن عبد البر عن داود موافقته له، ونقل ابن المنذر أنهم أجمعوا على أن بيع التمر بالرطب لا يجوز إلا أبا حنيفة، وقال الشيخ أبو حامد: أنه لم يخالف سعدًا من الصحابة أحد ولا خالف أحد من التابعين وهكذا يقوله في كل فاكهة رطبة بيابسها يجوز بيع العنب بالزبيب، والحنطة الرطبة باليابسة، وتابعه على هذا أبو يوسف، كما أشار إليه الشافعي في كلامه المتقدم في «الاملاء» وداود الظاهري، وموافقة أبي يوسف له في بقية الفواكه مع مخالفته له في الرطب بالتمر لا وجه له، فمتى ثبت الحكم فيه ثبت فيها، وقول أبي يوسف المذكور في الحنطة الرطبة بالماء.

أما الرطبة من الأصل كالفريك فلا يجوز باليابسة، ولنرجع على الكلام على الرطب بالتمر ومحل الخلاف في الرطب المقطوع على الأرض. واحتج المنتصرون لأبي حنيفة بأن الرطب والتمر إما أن يكونا جنسًا واحدًا أو جنسين فإن كانا جنسًا واحدًا فبيع الجنس الواحد بعضه ببعض مثلًا بمثل جائز، وإن كانا جنسين فبيع جنس بجنس آخر أجوز والاستدلال على كل من القسمين لا يخفى. وفي «المبسوط» من كتب الحنفية أن أبا حنيفة دخل بغداد فسئل عن هذه المسألة وكانوا شديدين عليه لمخالفته الخبر فذكر هذا الاستدلال؛ فأورد عليه حديث سعد فقال: إن زيدًا أبا عياش لا يقبل حديثه.

قال شارح «الهداية» من كتبهم: وهذا الكلام حسن في المناظرة لدفع شغب

الخصم، ولكن الحجة لا تتم لجواز أن يكون بينهما قسم ثالث كما في الحنطة المقلية بغير المقلية؛ يعني أنها لا تجوز عندهم، ومع ذلك الترديد المذكور جاز فيها، ولأنه إذا صح التساوي حال العقد لم يمنع توقع نقص يحدث في العقد كالتمر الحديث بالتمر الحديث أو العتيق والسمسم بالسمسم وإن كان يؤول إلى الشيرج، وأجابوا: عن حديث سعد بجهالة زيد أبي عياش، وبحمله على أن المراد إذا كان نسيئة، وقد ورد ذاك في رواية أخرى كما تقدم؛ فيحتج بمفهومها، ويخص به عموم النهي عن بيع الرطب بالتمر الوارد في حديث سعد وابن عمر وغيرهما، وتحمل النواهي الواردة في ذلك على ما إذا كان الرطب على رؤوس النخل وهو المزابنة. واحتجوا أيضًا بعموم نهيه ﷺ «عن الطعام بالطعام إلا مثلا بمثل» وكذلك قوله «التمر بالتمر» وقالوا: إن التمر اسم لثمرة النخل من حين ينعقد إلى أن يدرك.

وأجاب الأصحاب عن الأول بأنهما جنس واحد، ولا يلزم جواز بيع بعضه ببعض كالدقيق بالحنطة، وقد وافقنا أبو حنيفة على أنه لا يجوز بيعه بها، فإن اعتذروا بأن طحن الدقيق صنعة تعارض عملها، لزمهم أن يجيزوا التفاضل بين الدقيق والحنطة، ثم إن الصنعة لا أثر لها في عقود الربا وعن: الثاني بأن المعتبر التساوي حالة الادخار، وبأن هذه علة مستنبطة، وعلة النبي ﷺ منصوص عليها فكانت أولى. وعن جهالة أبي عياش بما تقدم.

وعن الاحتجاج بالمفهوم على تقدير ثبوت تلك الرواية، وتخصيص العموم بأن المحتجين بذلك لا يقولون بالمفهوم؛ وأيضًا فإن العام المذكور قارنه تعليل وهو قوله «أينقص الرطب إذا يبس» فصار معناه خاصًا؛ كأنه قال: نهى عن بيع الرطب بالتمر بعد، لأن اعتبار التساوي مع التعليل المذكور لا وجه له، وإذا ثبت أن ذلك اللفظ العام أريد به الخصوص فالمفهوم المقابل له من أصحابنا من يجعله كالقياس، فيسقطه لرجحان المنطوق عليه.

ومنهم: من يقول: هو بمنزلة المنطوق ويتقابلان. فعلى هذا يكون هذا المنطوق أولى، لأنه نطق خاص معه تعليل، فيكون أولى من الذي لا تعليل معه هكذا حكى هذا الخلاف عن أصحابنا والبناء عليه الشيخ أبو حامد وغيره، وهو يقتضي أن بعض الأصحاب قائل بمساواة المفهوم للمنطوق عند تجرده عن التعليل وهو غريب فإن المعروف أن المنطوق راجح على المفهوم. نعم قد يكون ذلك فيما إذا كان المفهوم خاصًا، والمنطوق عامًا، وهو بعيد أيضًا لأنه يقتضي أن بعضهم يتوقف فيه وبعضهم يسقط المفهوم؛ والمعروف أن المفهوم يخصص العموم. وعن احتجاجهم بقوله: الطعام بالطعام بأن هذا عام في الرطب واليابس، فيحمل ذلك

على اليابس بدليل ما ذكرنا. وعن قوله «التمر بالتمر» أن الرطب لا يسمى تمرًا لو حلف لا يأكل التمر فأكل الرطب لم يحنث.

والجواب: عن حملهم ذلك على ما إذا كان على رؤوس النخل لا يكال. وأيضًا فإن المزابنة تعم القسمين كما سيأتي إن شاء الله. وعن قياسهم على بيع الحديث بالعتيق من ثلاثة أوجه مجموعة من كلام القاضي أبي الطيب والماوردي والمحاملي.

أحدها: أن النقص لا يقدح في العلة الشرعية كتخصيص العموم.

الثاني: أن التمر الحديث والعتيق تساويًا في حالة الادخار فلا يضر النقصان بعد ذلك.

والثالث: أن نقصان الحديث يسير وقد يعفى عن اليسير، كما لو كان في الحنطة تراب وزوان يسير، قلت: وهذا الجواب هو المعتمد ولذلك نقول: أن الحديث إنما يجوز بيعه بالعتيق إذا لم تبق النداوة في الحديث بحيث يظهر دونها في المكيال. وسيأتي ذلك في آخر هذا الفصل عند ذكر المصنف له إن شاء الله تعالى، والله أعلم.

واعترض نصر عليهم بأنهم يحتجون بخبر المجهول فكيف يدفعون هذا الخبر به لو كان مجهولًا كما ادعوه؟ وعمدتنا في ذلك الحديث، فهو كاف في الاستدلال من غير شغب، والقياس على بيع القمح بالدقيق، فإنهم سلموا امتناعه، ولا يقال: إن الدقيق الذي في الحنطة أكثر من الدقيق الذي في مقابله لأنه ينتقض ببيع جيدة بحنطة ضامرة مهزولة فإنه يصح، والدقيق في الجيدة أكثر، ولهم ولأصحابنا أجوبة وأسئلة ضعيفة يطول الكتاب بذكرها، وفيما ذكرته مقنع، وهذه المسألة مما تلتبس أيضًا على الأصل الذي قدمته، وهو أن المطلوب هل هو وجوب المساواة كما يقوله الحنفية؟ أو التحريم حتى تتحقق المساواة؟ والله سبحانه أعلم.

وسعد بن أبي وقاص راوي الحديث مذكور في باب حمل الجنازة.

وقوله «البيضاء بالسلت» قال ابن عبد البر: في الحديث تفسير البيضاء، وأنها الشعير، وقد تقدم الكلام في ذلك. قال ابن عبد البر: إن السلت والشعير عند سعد صنف واحد لا يجوز التفاضل بينهما، وكذلك القمح معهما صنف واحد قال: وهذا مشهور من مذهب سعد رضي الله عنه، وإليه ذهب مالك وأصحابه. ولنرجع بعد ذلك إلى ألفاظ الكتاب:

قول المصنف: (على الأرض) تنبيه على أن الكلام في المسألة المختلف فيها واحتراز عن بيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر على الأرض، فلا خلاف في أنه

ممتنع إلا العرايا، فيكون قوله: (على الأرض) حالا من رطبه، أي لا يباع رطبه حال كونه على الأرض بيابسه، ومعلوم أن اليابس على الأرض، ويجوز أن يجعل حالًا منهما جميعًا، والله أعلم.

وقوله: أنه نهى عن بيع الرطب بالتمر لوجود الصيغة الدالة، وقوله: أنه جعل العلة فيه أنه ينقص، مأخوذ من ثلاثة أوجه أحدها: الفاء الداخلة على الحكم المرتب على الوصف، والثاني: إذا فاته للتعليل والثالث: استنطاقه وتقريره ﷺ لنقصانه إذا يبس، وهو ﷺ والحاضرون يعلمون ذلك، فلو لم يكن النقصان علة في المنع لم يكن للتقرير عليه فائدة. وهذا المثال عده الغزالي ومن تابعه في أقسام الإيماء والتنبيه. لكنه لأجل ازدحام هذه الوجوه قال الغزالي ومن تابعه: أنه ترقى في الظهور إلى رتبة الصريح. وقال المصنف في اللمع وشرحها: إن ذلك ـ أعنى قوله ﷺ «أينقص الرطب إذا يبس؟ فقيل: نعم، فقال: فلا إذن» صريح في التعليل؛ وجعله مقدمًا على ذكر الصفة التي لا يفيد ذكرها غير التعليل؛ وكذلك جعله في المعونة أيضًا.

وقوله: بعد ذلك: فدل على أن كل رطب لا يجوز بيع رطبه بيابسه: مستنده القياس وعموم العلة، فيعم الحكم لعموم علته. وبذلك يتم الاستدلال على القاعدة الكلية التي ادعاها أنه لا يباع رطبه بيابسه مطلقا، في بعضه بالنص، وفي باقيه بالقياس، فنبه على أن النص وحده لا يكفي في اثبات تلك القاعدة، والله تعالى أعلم. وأن العلة لو كانت في رتبة الصريح لا تكون كالتنصيص على جميع محالها، فيكون الحكم فيها ثابتا بالنص كما ادعاه بعض الأصوليين، بل إنما يثبت في الفرع بالقياس، والله أعلم.

وقوله: رطبه بيابسه يشمل الرطب والبسر والبلح والخلال بلغة العراق الذي يسميه المصريون رامخًا، لا يجوز أن يباع شيء منها بالتمر، وكذلك العنب والحصرم إذا بيع بالزبيب، والجوز واللوز رطبها بيابسها، وكذلك البندق والفول والمشمش والتين الرطب باليابس، والخوخ الرطب بالمقدد، على ما قاله القاضي أبو الطيب وغيره ومراده به وكذلك أحد نوعي الجنس الواحد إذا بيع بالآخر كالرطب المقلي بالتمر البرني لا يجوز أيضًا، قاله الماوردي وهو واضح، وما أشبه ذلك. صرح الشافعي رحمه الله والأصحاب بهذه الأمثلة كلها؛ وهم والشافعي مصرحون بإطلاق هذه القاعدة التي ادعاها المصنف بأنه لا يباع من الجنس الواحد رطب بيابس في غير العرايا، ولم يختلفوا في شيء منها إلا في بيع الطلع بالرطب.

وقد حكى الماوردي والروياني فيه ثلاثة أوجه، أحدها: الجواز لأنه لا ينعقد

فأشبه القصل بالحنطة، والثاني: لا، لأن نفس الطلع يصير رطبًا بخلاف القصل، والثالث: قالا وهو أصح إن كان من طلع الفحال جاز لأنه صار رطبًا، وإن كان من طلع الاناث لم يجز وممن صرح بأن البسر والبلح كالرطب في ذلك الماوردي والمتولي، وكذلك الخلال، قاله الماوردي، وكذا كل ما يتخذ من التمر والرطب كالدبس والناطف لا يجوز بيعه بتمر ولا رطب، ولا بما يصير تمرًا أو رطبًا كالبلح والخلال والبسر، صرح به الماوردي.

وقال إمام الحرمين عند الكلام على الأجناس: أن البلح مع الرطب والحِصْرِم مع العنب كالعصير مع الخل عنده، وأظهر الوجهين عنده في العصير مع الخل أنهما جنسان، فيكون الظاهر عنده جواز بيع البلح بالرطب والتمر متفاضلًا، وجواز بيع الحصرم بالعنب متفاضلًا، وأنهما جنسان، وهذا بعيد، لأنه لو لزم من الاختلاف في هذه الصفة الاختلاف في الجنسية لزم أن يكون الرطب والتمر جنسين مختلفين، وهو لا يقول به، فهذا يفسد عليه ما اختاره من أن العصير والخل جنسان، بل هما جنس واحد، لأن التفاوت الذي بينهما أشد مما بين الرطب والتمر.

واعلم أن الحكم بكون الطلع والرطب والتمر جنسا واحدًا، وكذلك الحكم بأن الرطب والتمر جنس واحد فيه اشكال، لأن كلا منهما منفرد باسم خاص وذلك يقتضي كونهما جنسين على مقتضى الضابط المشهور في اتحاد الجنس واختلافه. وقد تقدم التعرض لذلك عند الكلام في الأجناس، والله أعلم.

والضمير في قوله: رطبة بيابسة عائد على ما حرم به الربا الذي صدر به الفصل السابق على الفصل الذي قبل هذا، واتحاد الضمير يفيد أن المراد الجنس الواحد، أي لا يباع رطب الجنس بيابس ذلك الجنس، وليس الحكم مقتصرًا على الرطب بالتمر، والعنب بالزبيب، بل كلّ رطب بيابس إذا كان ربويًا من جنس واحد كحب الرمان بالرمان الرطب.

قال الشيخ أبو حامد: لا خلاف على مذهبنا أنه لا يجوز يعني تفريعًا على الجديد أنه يجري فيها الربا، والله أعلم.

ومن الواضحات أنه يجوز بيع الرطب بالعنب، والعنب بالتمر، والرطب بالزبيب، والزبيب بالتمر، لأنهما جنسان، وقد نص الأصحاب على ذلك كله والله أعلم.

وقد أفهم كلام المصنف جواز بيع يابسه بيابسه، كبيع التمر بالتمر والزبيب بالزبيب إذا تساويا في المكيال، وذلك بالاتفاق. وكذلك كل ثمرة لها حالة جفاف كالمشمش والخوخ والبطيخ الذي يفلق والكمثري الذي يفلق والرمان وسيأتي تفصيل

ذلك إن شاء الله تعالى. وقد مر بعضه عند الكلام في المعيار والله سبحانه أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وأما بيع رطبه برطبه فينظر فيه، فإن كان ذلك مما يدخر يابسه كالرطب والعنب لم يجز بيع رطبه برطبه. وقال المزني: يجوز لأن معظم منافعه في حال رطوبته، فجاز بيع بعضه ببعض كاللبن، والدليل على أنه لا يجوز أنه لا يعلم التماثل بينهما في حال الكمال والادخار، فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالتمر بالتمر جزافًا، ويخالف اللبن فإن كماله في حال رطوبته لأنه يصلح لكل ما يراد به، والكمال في الرطب والعنب في حال يبوسته، لأنه يعمل منه كل ما يراد منه، ويصلح للبقاء والادخار.

الشرح: الطعام الرطب منه ما يخرج عن الرطوبة في حال يصير يابسًا. وهذا ينقسم إلى ما يدخر يابسه وإلى ما لا يدخر، فذكر المصنف من المأكول والمشروب الذي يكون رطبًا أبدًا. قال المصنف: من المأكول والمشروب الذي يكون رطبًا أبدًا إذا ترك لم ينتن مثل الزيت والسمن والشيرج والأدهان واللبن والخل وغيرها مما لا ينتهي بيبس في مدة جاءت عليه إلا أن يبرد، فيجمد بعضه ثم يعود ذائبًا كما كان، أو بأن يقلب بأن يعقد على نار أو يجعل عليه يابس، فيصير هذا يابسًا بغيره وعقد نار، فهذا الصنف خارج من معنى ما يكون رطبًا بمعنيين:

أحدهما: أن رطوبة ما يبس من التمر رطوبة في شيء خلق مستحيلًا إنما هو رطوبة طرأت كطروء اغتذائه في شجره وأرضه، فإذا زال موضع الاغتذاء من مسه عاد إلى اليبس، وما وصفت رطوبته مخرجة من أمات الحيوان أو ثمر شجر أو زرع، قد زال الشجر والزرع الذي هو لا ينقص بمزايلة الأصل الذي هو فيه نفس ولا يجف به. بل يكون ما هو فيه رطبًا انطباع رطوبته.

والثاني: أنه لا يعود يابسًا كما يعود غيره إذا ترك مدة إلا بما وصفت، فلما خالفه لم يجز أن نقيسه عليه، وجعلنا حكم رطوبته حكم جفوفه، ولأنا كذلك نجده في كل أحواله لا متنقلا إلا بتنقل غيره ا هـ. فهذا القسم لم يتعرض له المصنف في كلامه بل ذكر شيئًا من مسائله فيما بعد كالخلول والألبان كما سيأتي إن شاء الله تعالى، واقتصر على الرطب الذي يكون منه يابسه. وقسمه قسمين، الأول: الذي يدخر يابسه كالرطب والعنب، والحنطة والشعير والفول والجوز واللوز والرمان الحامض والفستق والبندق ونحو ذلك، وكل ما غالب منافعه في حال يبسه فهذا لا يجوز بيع رطبه برطبه.

قال الشافعي رحمه الله في «الأم» في باب بيع الآجال: وكل شيء من الطعام يكون رطبًا ثم ييبس فلا يصلح منه رطب ييابس، لأن النبي ﷺ سئل عن الرطب بالتمر فقال «أينقص الرطب إذا يبس؟ فقيل: نعم. فنهى عنه» فنظر في المتعقب فكذلك

ننظر في المتعقب فلا يجوز رطب برطب لأنهما إذا تيبسا اختلف نقصهما، فكانت فيهما الزيادة في المتعقب، وقد تقدم من كلامه في «الأم» نحو ذلك أيضًا. وقال في باب الرطب بالتمر: وهكذا كل صنف من الطعام الذي يكون رطبًا ثم ييبس، فلا يجوز فيه إلا ما جاز فيه الرطب بالتمر والرطب نفسه ببعض لا يختلف ذلك. وهكذا ما كان رطبًا، فرسك وتفاح، وتين وعنب وأجاص وكمثرى وفاكهة، لا يباع شيء منها بشيء رطبًا، ولا رطب منها بيابس، ولا جزاف منها بمكيل، قلت: وجمع الشافعي في ذلك بين ما يدخر يابسه وما لا يدخر ومقصوده منع بيع الرطب بالرطب واليابس مطلقًا، والله أعلم.

وقال في «الإملاء»: وبين عندي والله أعلم أن لا يشتري رطب برطب لأن أحد الرطبين أقل نقصًا من الآخر، وقد اشتمل هذا الكلام على ما يجفف مطلقًا سواء كان تجفيفه غالبًا أم لا، ولم يفصل العراقيون بين القسمين، فلذلك أطلق المصنف، وسيأتي عن الإمام تفصيل في ذلك فنؤخر الكلام فيما جفافه نادر، ونجعل الكلام الآن فيما جفافه غالب، كالرطب والعنب، وهو أصل ما يتكلم عليه في المسألة، فقد اتفق جمهور الأصحاب غير المزني من المتقدمين والروياني من المتأخرين على أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض في حال الرطوبة فلم يحكوا فيه خلافًا، وكذلك قال الجوري: إن المنع من ذلك قول واحد، وإمام الحرمين قال: إنهم لم يختلفوا فيه؛ ومحل الكلام في الزائد على خمسة أوسق.

وأما إذا باع خمسة أوسق فما دونها رطبًا مقطوعًا على الأرض بمثله فسيأتي في العرايا فيه خلاف عن «شرح التلخيص» للقفال. وقد خالف الشافعي رحمه الله في هذه المسألة أكثر العلماء، فذهب مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل في المشهور والمزني، واختاره الروياني من أصحابنا فقال في «الحلية»: وهو القياس والاختيار، حتى قال ابن المنذر فيما حكى عنه القاضي حسين: إن العلماء اتفقوا على أن بيع الرطب جائز إلا الشافعي وقد وافق الشافعي على ذلك عبد الملك بن الماجشون وأبو حفص العكبري من الحنابلة. قال الشيخ أبو حامد: والكلام مع أبي حنيفة في ذلك ضرب من التكلف، لأنه إذا أجاز بيع الرطب بالتمر فالرطب بالرطب أجوز.

فأما مالك وغيره فقد منعوا بيع الرطب بالتمر وأجازوا هذا؛ فالكلام معهم. أما حجة الشافعي فظاهرة من القياس على بيع الرطب بالتمر، وإن لم يكن في الرطب بالرطب حقيقة المفاضلة، ففيه الجهل بالمماثلة في الحالة المعتبرة، وهي حالة الجفاف، فإن في الأرطاب ما ينقص كثيرًا، وهو إذا كان كثير الماء رقيق

القشرة فإذا يبس ذهب ماؤه ولحمه حتى لا يبقى منه شيء، ومثله الأصحاب الهليات وهو. . . . والإبراهيمي وهو وغيرهما، ومنه ما ينقص قليلًا وهو ما كثر لحمه وقل ماؤه وغلظ قشره، ومثلوه بالمعقلى والبرني والطبرزدي، وهذا ما أراده المصنف بقوله: أنه لا يعلم التماثل بينهما في حال الكمال والادخار، وزاد الأصحاب فقالوا: إن النبي ﷺ نهى عن الرطب بالتمر لأجل النقصان في أحد الطرفين، فكان المنع إذا وجد النقصان في الطرفين أولى وأحرى.

وروى أبو بكر الإسماعيلي في كتابه «المستخرج على البخاري» حديث ابن عمر المتقدم في بيع الرطب بالتمر بلفظ يدل على منع بيع الرطب بالرطب قال «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمرة بالثمرة» فيشمل الرطب وسائر أحواله، وهذه الرواية أصرح من روايته المذكورة في البخاري وغيره «نهى عن بيع التمر بالتمر» فإنه يحتمل أن يكون جميعًا بالثاء المثلثة، فتكون موافقة لها. ويحتمل أن يكون إحداهما التمر بالمثناة، وكذلك ضبطه جماعة أن الأولى بالمثلثة والثانية بالمثناة، يعني بيع الرطب بالتمر. وأما رواية الإسماعيلي هذه فصريحة، فإنها بزيادة الهاء في آخرها، ولما لم يتمسك الأصحاب بغير القياس اعترض المخالفون على القياس الذي ذكره الأصحاب بأن النقصان في أحد الطرفين موجب للتفاوت والنقصان في الطرفين غير موجب له.

وأجابوا عن هذا الاعتراض بجوابين، أحدهما: ما تقدم من تفاوت النقص في الأرطاب والثاني: أن النبي ﷺ لم يراع التفاوت في الثاني، وإنما راعى النقصان إذا يبس. وذلك موجود في الرطبين، ولك أن تقول هذا الجواب الثاني جمود على الوصف وظاهرية محضة، ولا شك أن النقص إنما اعتبر بحصول التفاوت في الربوي، فالأولى الاقتصار على الأول، أو نقول أن النبي ﷺ منع من بيع الرطب بالتمر مطلقًا، وذلك يشتمل ما إذا بيع كيلا بكيل، وما إذا بيع خرصًا. كما إذا باع صاع تمر بصاعين رطبًا، فظن أنه يجيء منها صاع، والأول فيه الجهل لتماثل بين الرطبين لأنه لما لم يكن معتبرًا في حال الأرطاب صار غير معلوم يكون كما لو تبايعا جزافًا. واحتمال المساواة عند الجفاف كاحتمال كون الصبرتين متساويتين في نفس الأمر، وأيضًا فكل جنس اعتبر التماثل في بيع بعضه ببعض فالجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل، بدليل النهي عن التمر بالتمر جزافًا. وذكر المصنف لحالة الكمال والادخار تحقيق لعدم العلم بالمماثلة، لا لأنه مشترك بينه وبين الصورة المقيس عليها.

واعترضوا على هذا القياس أيضًا بأنه منقوض بالعرايا، فإنه يصح مع الجهل

بالمساواة، لأن مع الخرص لا تتحقق المساواة، بل هي مشكوك فيها، وأجاب الشيخ أبوحامد بأنه في العرايا غلب على ظنه المساواة بالخرص، وغلبة الظن فوق الشك، فإذا غلب على ظنه أن في هذه النخلة رطبًا يجيء منه مثل هذا التمر المكيل على الأرض جوزناه.

واعلم: أن هذا الجواب يقتضي أن يجوز بيع الرطب بالرطب المقطوعين باعتبار الخرص، أو تكون العلة منقوضة كما هي، فيحتاج إلى جواب غير هذا فنقول أن الشارع اكتفى بالظن الحاصل من الخرص رخصة في العرايا وغيرها ليس في معناها فلا يحسن إيرادها نقضًا، ومقصود الشيخ أبي حامد دفع النقض المذكور فقط بالفرق، لا أن وصف علية الظن مصحح مطلقًا، والله أعلم.

واحتج المخالفون بالقياس الذي ذكره المصنف، قال المزني. وقال أيضًا: ولأنه إذا بيع الرطب بالرطب فهما متماثلان في كل حال لأنهما إذا بقيا يبسًا جميعًا ونقصًا نقصانا واحدًا وما يحصل بينهما من التفاوت في حال اليبس بيسيرٍ معفو عنه بمنزلة النقصان الحاصل في التمر الحديث إذا بيع بعضه ببعض، وربما أورد ذلك على جهة النقض على علتنا فقالوا: النقصان الذي ذكرتموه موجود في التمر الحديث بالتمر الحديث، ومع هذا البيع جائز فانتقضت العلة.

وأجاب الأصحاب عن قياسهم على اللبن بما ذكره المصنف: قالوا: لأن التمر يصلح لما يصلح له الرطب، وزيادة الادخار ولا يصلح الرطب لما يصلح له التمر، واللبن يصلح لأشياء كثيرة، وإذا جبن أو جعل لباءًا أو غير ذلك لم يصلح لكل تلك الأشياء وليس للبن حالة أخرى ينتهي إليها بنفسه بخلاف الرطب. وعن كلام المزني في أنهما يتساويان في النقصان إذا يبسا بما تقدم أن الأرطاب تتفاوت في اليبس، فيؤدي إلى التفاضل في حال كمالها، والتفاضل المحتمل هنا أكثر من الحاصل في الحديث، فإن فرض أن التمر الحديث يتناهى في الجفاف بعد ذلك إلى حالة يظهر فيها التفاوت في الكيل فإنه لا يجوز بيع بعضه ببعض وهي المسألة، ومع هذا لا يرد النقض المذكور.

وأما الشيخ أبو حامد فإنه أجاب عن النقض المذكور بأن العلة علتان مستنبطة ومنصوصة، فالمستنبطة لا يجوز تخصيصها واختلف أصحابنا في المخصوصة فقيل كالمستنبطة وقيل: لا يجوز تخصيصها، لأن المستنبطة إنما جعلت علة لاطرادها، والمنصوصة علة بالنص فجرت مجرى الأسماء بها إذا قام دليل على خصوصها تخصصت، والنقض مندفع في كلا الطريقين، لأنا وإن قلنا بأنه لا يجوز أن يخص فليست العلة مجرد النقصان وإنما هو نقصان قبل حالة الادخار قال ﷺ: «أينقص

الرطب إذا يبس؟» وفي المسألة التي ذكروها نقصان يحدث بعد بلوغ حالة الادخار.

فرع: هذا القسم الذي تجفيفه غالب إذا جفف، فلا خلاف في جواز بيع بعضه ببعض في حالة الجفاف، إذا كان له معيار شرعي، وإن لم يكن له معيار شرعي فيأتي فيه الخلاف فيما ليس بمكيل ولا موزون هل يجوز بيع بعضه ببعض أو لا؟ والذي يغلب على الظن أن كل ما يجفف غالبًا فهو مقدر كالرطب والعنب والقمح والشعير فليس ثم ما يجفف غالبًا، وهو غير مقدر حتى يتردد في بيعه في حالة جفافه، فإن فرض جرى فيه الخلاف والله أعلم.

فرع: أما ما لا يغلب تجفيفه، بل تجفيفه في حكم النادر الذي يستعمل في التفاضل عند الأكل من رطب لجنس، وأكثر الغرض في رطبه، فقد ذكر الإمام فيه ثلاثة أوجه، ومثَّله بالمشمش والخوخ.

أحدها: الجواز رطبًا ويابسًا.

والثاني: المنع رطبًا ويابسًا فإنه لم تتقرر له حالة كمال لا رطبًا ولا يابسًا.

والثالث: المنع رطبًا والجواز يابسًا. قال الإمام: ولم يصر أحد من أئمة المذهب إلى الجواز رطبًا والمنع جافًا، ثم الرطب الذي لو جفف فسد يجتمع فيه أربعة أوجه، وستأتي إن شاء الله تعالى، وحكى القاضي حسين في حالة الخوخ وجهين في المشمش والخوخ والكمثري والبطيخ الذي يتفلق والرمان الحامض، وهما الوجهان اللذان في التنبيه فيما لا يكال ولا يوزن.

فرع: قال الإمام: قال العراقيون: جفاف البطيخ حيث يعتاد من البلاد في حكم جفاف المشمش، قال: والأمر على ما ذكره.

فرع: الذي جزم به صاحب العدة في البطيخ والمشمش امتناعه رطبًا والجواز يابسًا فخرج من هذا أن ما كان جافًا كاملًا ذا معيار جاز بيعه قطعًا، وإن فقد المعيار كما مثل أو الكمال كالفواكه التي لا تدخر والرطب الذي لا يجنى منه في الأقسام الثلاثة خلاف، وإن فقد الكمال والجفاف امتنع قطعًا كالرطب والعنب غالبًا.

فرع: قول الشيخ رحمه الله تعالى رطبة برطبة يشمل اليبس والرطب والطلع والخلال وغير ذلك إذا بيع كل منها بمثله أو بالآخر، وإذا امتنع بيع الشيء من ذلك بمثله فلأن يمتنع بالآخر بطريق أولى، فإن النقصان في أحد الطرفين أكثر وقد ورد في بعض طرق حديث سعد المتقدم «تبايع رجلان على عهد رسول الله ﷺ ببسر ورطب فقال ﷺ: هل ينقص الرطب إذا يبس؟ قالوا: نعم قال: فلا إذن» رواه الحاكم في «المستدرك» من طريق إسماعيل بن أمية بالسند المشهور، فإن لم يكن لفظ البسر تصحيفًا فهو حجة في هذه المسألة.

فرع: قال الشافعي: كل ما لم يجز التفاضل فيه فالقسم فيه كالبيع، فذكر الأصحاب لذلك فروعًا منها: لو كانت ثمرة على أصولها مشتركة بين رجلين فاقتسماها خرصًا، وقلنا: القسمة بيع وهو القول الذي ادعى الماوردي هنا أنه الأشهر وقال صاحب «التهذيب»: أنه الأصح، لم يصح، وإن قلنا: إفراز فإن كانت الثمرة مما لا زكاة فيه لم يصح، لأن خرصه لا يجوز، وإن كانت مما يجب فيه العشر كالرطب والعنب فإن كان قبل بدو الصلاح لم يجز، قاله المحاملي، وإن كان بعد بدو الصلاح فقولان، نقلوا عن نصه في الصرف الجواز، لأنه إذا جاز خرصها لمعرفة حق الفقراء وتضمينه جاز لتمييز أحد الحقين عن الآخر، نقله القاضي أبو الطيب وغيره.

ونقل المحاملي عن نصه في سائر كتبه أنه لا يجوز، وغير المحاملي لم يفصل بين ما بعد بدو الصلاح وقبله، ورجح صاحب «التهذيب» أنه لا يجوز، وإن فرعنا على أن القسمة إفراز، لأن الخرص ظن لا يعلم نصيب كل واحد على الحقيقة، وفي الزكاة جوزنا الخرص. لأن الخرص للمساكين فيه حقيقة الشركة بدليل أنه يجوز أداء حقهم من موضع آخر وهو الصحيح. وقال في «الإبانة»: ومن أصحابنا من قال قولًا واحدًا يصح، وإن قلنا: أنها بيع لأن هذا موضع ضرورة.

قلت: فيخرج من هذا ثلاث طرق فكل ربوي لا يجوز بيع بعضه ببعض لا يجوز قسمته على القول بأن القسمة بيع، ويجوز على قول الإفراز، وهل تجوز قسمة أموال الربا المكيل وزنًا، والموزون كيلًا، إن قلنا: القسمة افراز جاز وإن قلنا: بيع فلا؛ اتفق عليه الأصحاب؛ فعلى الأول يجوز قسمة الرطب ونحوه وزنًا والله أعلم.

ولا يجوز قسمة الطعام ولا غيره جزافًا، صرح به المحاملي، يعني على القولين جميعًا؛ ومأخذ الخلاف في أن القسمة بيع أو إفراز اختلاف قول الشافعي كما قال الماوردي هنا في خرص رسول الله ﷺ ثمار المدينة؛ هل كان لمعرفة قدر الزكاة؟ أو لإفراز حقوق أهل السهمان، فعلى الأول لا يجوز قسمة الثمار خرصًا وتكون القسمة بيعًا، وعلى الثاني يجوز قسمة الثمار، وتكون إفراز حق، وتمييز نصيب.

فرع: فإذا قلنا: القسمة بيع وتقاسما مالًا ربويًا مما يجوز بيع بعضه ببعض قال الماوردي: لهذه القسمة خمسة شروط، أحدها: الكيل في المكيل والوزن في الموزون، فإذا كانت الصبرة بينهما نصفين وأراد قسمتها أخذ هذا قفيزًا وهذا قفيزًا، وإن كانت أثلاثًا أخذ هذا قفيزًا وهذا قفزين، ولا يجوز لأحدهما أن يستوفي جميع حصته من الصبرة ثم يكال للآخر ما بقي، لاحتمال أن يتلف الباقي قبل أن يكتاله

الشريك الآخر، ولأنهما قد استويا في الملك فوجب أن يستويا في القبض فإن اتفقا على المبتدىء منهما بأخذ القفيز الأول وإلا أقرع بينهما في أخذه. ويكون استقرار ملك الأول على ما أخذه موقوفًا على أن يأخذ الآخر ملكه. فلو أخذ الأول قفيزًا فهلكت الصبرة قبل أن يأخذ الثاني مثله لم يستقر ملك الأول على القفيز، وكان الثاني شريكًا له.

الشرط الثاني: أن يتساويا في قبض حقوقهما من غير تفاضل، وكذلك إذا كانت بينهما أثلاثًا أخذ هذا الثلثين، وهذا الثلث من غير أن يزداد شيئًا أو ينقص شيئًا.

الشرط الثالث: أن يكون كل منهما أو وكيله قابضًا لنصيبه مقبضًا لنصيب شريكه، فلا يصح انفراد أحدهما، ولا أن يأذنا لشخص واحد بتولي القبض والإقباض.

الشرط الرابع: أن يتقابضا قبل التفرق، وتقابضهما بالكيل وحده دون النقل بخلاف البيع، حيث كان النقل فيه معتبرًا، فإن المبيع مضمون على بائعه باليد، فاعتبر في قبضه النقل لترتفع اليد فيسقط الضمان، وليس في القسمة ضمان يسقط بالقبض، وإنما هي موضوعة للإجازة وبالكيل تحصل؛ فلو تقابضا بعض الصبرة ولم يتقابضا الباقي صح فيما تقابضا قولا واحدًا وكانت الشركة بينهما فيما بقي.

الشرط الخامس: وقوع القسمة ناجزة من غير خيار لا بالشرط ولا بالمجلس، وإن كانت بيعا لانتفاء المحاباة والغبن عنها. هذا كلام الماوردي، وقال ابن الرفعة: وهذا ظاهر فيما يخير عليه دون ما لا يخير عليه، ولا جرم. قال ابن الصباغ بثبوتهما يعني الخيارين إذا اقتسما بأنفسهما، والغزالي حكى في ثبوت خيار المجلس وجهين. قال: ودعوى الماوردي أنه لا يد مضمنة في القسمة فيه نظر؛ لأن يد كل واحد على حصته فقط، فلا فرق حينئذ بين يد القاسم والبائع فيما نظنه، قلت: هذا الذي قاله ابن الرفعة هو الذي يترجح، والله أعلم.

فرع: إذا أراد قسمة الثمار وقد قلنا على هذا القول بأنه لا يجوز. قال الماوردي: فالوجه في ارتفاع الشركة بينهما أن يجعلا ذلك حصتين متميزتين ثم يبيع أحدهما حقه من إحدى الحصتين على شريكه بدينار ويبتاع منه حقه من الحصة الأخرى بدينار ثم يتقاصان فيكون هذا بيعًا يجري عليه أحكام البيوع.

فرع: من «الحاوي» أيضًا، فإن قلنا: بأن القسمة إفراز يجوز لأحدهما أن ينفرد بأخذ حصته عن إذن شريكه؛ بخلاف ما تختلف أجزاؤه كالثياب والحيوان لأن ذلك يفتقر إلى اجتهاد؛ فلم يجز لأحدهما أن ينفرد وإن أذن الشريك، وبخلاف ما إذا قلنا

بالقول الأول. لأن البيع لا ينفرد به أحدهما، ولو انفرد بأخذ نصيبه من غير إذن شريكه فوجهان أحدهما: لا يجوز للاشاعة، فعلى هذا ما أخذه مشترك مضمون عليه حصة شريكه فيه والثاني: يجوز، لأنه لو استأذنه لم يكن له منعه. قال الروياني: وعندي الأصح الوجه الأول وإن قلنا: القسمة بيع لم يجز لأحدهما أن ينفرد بحال لا بالإذن ولا بغير الإذن، قاله الروياني. وذكر جميع ما ذكره الماوردي.

فرع: جميع ما تقدم من الكلام وخلاف العلماء لا فرق فيه بين الرطب بالرطب، والبسر بالبسر يمتنع عندنا، وجائز عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ ومالك. وقال أبو حنيفة: يجوز البسر بالرطب مثلا بمثل، وهو قول داود. وقال مالك وأبو يوسف ومحمد: لا يجوز الرطب بالبسر على حال. نقل ذلك ابن عبد البر.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن كان مما لا يدخر يابسه كسائر الفواكه ففيه قولان، أحدهما: لا يجوز لأنه جنس فيه ربا فلم يجز بيع رطبه برطبه كالرطب والعنب، والثاني: أنه يجوز لأن معظم منافعه في حال رطوبته فجاز بيع رطبه برطبه كاللبن.

الشرح: الذي لا يدخر يابسه في العادة كالأترج والسفرجل والتفاح والتوت والبطيخ والموز والقثاء والخيار والباذنجان والرمان الحلو والقرع والزيتون عند بعضهم والكراث والبصل وجميع البقول، وكل ما غالب منافعه في حال رطوبته، سوى الرطب والعنب، وكل رطب لا ينفع إذا يبس، إما من المكيلات أو الموزونات التي فيها الربا قولًا واحدًا، وإما من غيرها على الجديد ومن ذلك أيضًا السفرجل. وقال الجوري: أنه ييبس ويدخر ـ وهو غريب ـ فهل يجوز بيع بعضها ببعض؟ فيه قولان منصوصان كما قاله الشيخ أبو حامد. وقد رأيت ما يقتضى ذلك في «الأم»، والذي نص عليه في باب بيع الآجال المنع، فإنه قال: وكذلك كل مأكول لا ييبس إذا كان مما ييبس، فلا خير في رطب منه برطب كيلا بكيل، ولا وزنًا بوزن ولا عددًا بعدد، ولا خير في أترجة بأترجة ولا بطيخة ببطيخة وزنًا ولا كيلًا ولا عددًا.

وقول الشافعي: إذا كان مما يُيَبَّسُ احترازًا عما يكون رطبًا أبدًا، الذي تقدم من كلامه وفي آخر كلامه هنا ما يبين ذلك أيضًا؛ فإنه قال: فإذا كان من الرطب شيء لا ييبس بنفسه أبدًا مثل الزيت والسمن والعسل واللبن فلا بأس ببعضه على بعض إن كان مما يوزن فوزنًا، وإن كان مما يكال فكيلًا مثلًا بمثل، ينبغي أن الأولى ييبس ـ بياء مضمومة ثم ياء مفتوحة ثم باء مشددة ـ والثانية ـ بياء مفتوحة ثم ياء ساكنة ثم باء مخففة مفتوحة ـ أي هو ييبس بنفسه وإن كان يبسًا غير آيل إلى

صلاح لكنه لا ييبسه الناس، ولذلك قال في باب الرطب بالتمر فيه: وهكذا ما كان رطبًا فرسك وتفاح وتين وعنب وأجاص وكمثرى وفاكهة لا يباع شيء منها بشيء رطبًا، ولا رطب منها ييابس، ولا جزاف منها بمكيل.

ثم قال فيه أيضًا: وهكذا كل مأكول لو ترك رطبًا ييبس فينقص، وهكذا كل رطب لا يعود تمرًا بحال، وكل رطب من المأكول لا ينفع يابسًا بحال، مثل الخربز والقثاء والخيار والفقرس والجزر والأترج، لا يباع منه شيء بشيء من صنفه وزنًا بوزن، ولا كيلًا بكيل، لمعنى ما في الرطوبة من تغيره عند اليبس وكثرة ما يحمل بعضها من الماء فيثقل به ويعظم، وقلة ما يحمل غيرها فيضمر به ويخف، وإذا اختلف الصنفان منه فلا بأس. وقال في آخر هذا الباب: كل فاكهة يأكلها الآدميون فلا يجوز رطب ييابس من صنفها، ولا رطب برطب من صنفها، لما وصفت من الاستدلال بالسنة. وقال في «الأم» أيضًا في باب الآجال في الصرف بعد أن قرر القول الجديد: وجريان الربا في غير المكيل والموزون من المأكول والمشروب قال: ولا يصح على قياس هذا رمانة برمانتين عددًا ولا وزنًا، ولا سفرجلة بسفرجلتين، ولا بطيخة ببطيختين، ولا يصح أن يباع منه جنس بمثله إلا وزنًا بوزن يدًا بيد، وظاهر هذا الاستثناء جواز بيع السفرجل والبطيخ بعضه ببعض وزنًا، وهو أيضًا ظاهر في أن المعتبر في ذلك الوزن دون الكيل، لأن كلامه يشمل ما يمكن كيله وما لا يمكن، فإن قوله: منه، أي من المأكول والمشروب غير المكيل والموزون، وقد تقدم ذلك.

وكذلك حكى أكثر الأصحاب في ذلك قولين، منهم الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي والمصنف وأتباعه والمتولي والبغوي والرافعي وآخرون، وبعضهم من المراوزة يجعلها وجهين. وقال الماوردي: أن جمهور أصحابنا على أنه لا يجوز بيعه رطبًا برطب ولا رطبًا ييابس، وأن ابن سريج ذهب إلى الجواز وأن ابن أبي هريرة كان يجعل مذهب ابن سريج قولًا للشافعي، ويخرج المسألة على قولين: أحدهما: جواز ذلك وهو المحكي عن ابن سريج تعليقًا بأن الشافعي قال في موضع من كتاب البيوع: ولا يجوز بيع البقل المأكول من صنف إلا مثلا بمثل قلت: وقد تقدم من كلام الشافعي رحمه الله ما يدل على ذلك. والثاني: وهو الصحيح من المذهب، والمشهور من مذهب الشافعي أن بيع ذلك رطبًا لا يجوز بجنسه، فعلى هذا لا يجوز رمانة برمانتين، ولا رمانة برمانة لعدم التماثل. وفيه وجه أنه يجوز بيع رمانة برمانة متماثلين وزنًا، حكاه الروياني وقال: ليس بمشهور.

وقال نصر المقدسي في «تهذيبه» قريبًا مما قاله الماوردي، فجعل الجواز من

تخريج ابن سريج بعد أن جزم بالمنع، وجعل ذلك تفريعًا على قوله الجديد، وقد أطبق الأصحاب على حكاية القولين في ذلك كما حكاهما المصنف. وممن حكاهما الشيخ أبو حامد والمحاملي وغيرهما. وذكر الروياني المسألة في موضع آخر في البقول خاصة تفريعًا على الجديد، وجعل المنع قول الشافعي والجواز قول ابن سريج، وعلل قول ابن سريج بالقياس على اللبن، وهذا أبلغ لأنه لا يؤول إلى صلاح بحال بخلاف اللبن، ويمكن للذاهبين إلى ترجيح المنع أن يؤولوا نص الشافعي الذي حكيته بأن المراد بيعها حالة الجفاف، فإنه لم يصرح بأن ذلك مع الرطوبة، فإن نصوصه على المنع أكثر من خراصتها، والله أعلم.

والأصح من القولين على ما تقدم من كلام صاحب «الحاوي»، وعند صاحب «التهذيب» والرافعي وابن داود «شارح المختصر الأول»، وهو أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض. وجزم به أبو الحسن بن خيران في اللطيف، والأصح عند جماعة الثاني لأنه يجوز بيع بعضه ببعض. وممن صحح ذلك الروياني. وقال في «البحر»: أنه المذهب، والجرجاني في «الشافي» وابن أبي عصرون في «الانتصار» و «المرشد». قال الروياني: وقيل القولان فيما لا ينتفع بيابسه كالقثاء والبطيخ، فأما فيما ينتفع بيابسه ـ فقولًا واحدًا ـ لا يجوز رطبًا. قال الروياني: وهذا أقيس، قال: قال هذا القائل. والمذهب أنه لا يجوز بيع رطبه برطبه، وإنما نص الشافعي رحمه الله على اليابس بالرطب قصدًا لأظهر الحالتين وأوضح المسألتين.

فرع: بيع الزيتون الرطب بالزيتون الرطب، نقل الإمام الجواز فيه عن صاحب «التقريب»، وتابعه عليه، وكذلك الغزالي جزم به، وقد تقدم في كلامي عدة من جملة ما لا يجفف فيقتضي ذلك إجراء الخلاف الذي فيها فيه، وتابعت في ذلك بعض المصنفين ولا يحضرني في هذا الوقت اسمه فإن صح ذلك ثبت خلاف فيه، والله سبحانه أعلم.

فرع: هذا الذي تقدم كله في بيع الرطب من هذه الأشياء بالرطب، أما لو باع رطبًا بيابس كحب الرمان بالرمان فلا يجوز قولًا واحدًا، لأن أحدهما على هيئة الادخار، والآخر ليس على هيئة الادخار، فشابه الرطب والتمر، هكذا قال الشيخ أبو حامد، وقال: لا خلاف على مذهبنا أنه لا يجوز، وجعل محل الخلاف في الرطبين فقط، قلت: وعلى هذا يجب تأويل كلام الماوردي المتقدم قريبًا في قوله: لا يجوز بيعه رطبًا برطب، ولا رطبًا بيابس، وأن ابن سريج ذهب إلى الجواز فيكون مراده أن ابن سريج ذهب إلى الجواز في الرطب بالرطب فقط لا فيهما والله أعلم، وكذلك نصر المقدسي لم يحكه عنه إلا في الرطبين والله تعالى أعلم.

فرع: البطيخ مع القثاء جنسان قاله في «التهذيب»، قال: وفي القثد مع القثاء وجهان.

فرع: لو فرض في هذا القسم التجفيف على ندور فعن القفال أنه لا يجري فيه الربا على القديم، وإن كان مقدرًا، فإن أكمل أحواله الرطوبة، فلا ينظر إلى حالة الجفاف، وتتبع هذه الحالة تلك في سقوط الربا، والظاهر خلافه فإذا قلنا: إنه ربوي هل يجوز بيع بعضه ببعض؟ فالذي جزم به الشيخ أبو حامد والمحاملي وصاحب العدة أنه يجوز متماثلًا، كالتمر بالتمر.

وحكى الإمام في ذلك وجهين قال: إنهما مشهوران، ورتبهما في «الوسيط» على حالة الرطوبة، وأولى بالجواز فيخرج من هذا الترتيب ثلاثة أوجه: جواز بيع بعضه ببعض في الحالتين رطبًا ويابسًا «والمنع» في الحالتين «والمنع» رطبًا والجواز يابسًا، وهي كالأوجه الثلاثة المتقدمة فيما يجفف نادرًا مما يعتاد تجفيفه كالمشمش والخوخ. قال ابن الرفعة: ويجب طرد الوجه الرابع المذكور في الرطب الذي لا يتتمر وهو أنه يباع رطبًا ولا يباع يابسًا، يعني لما بينهما من المشاركة في عدم اعتبار التجفيف فيه، فإن الكمال فيه في حال الرطوبة، ولله دره، فقد صرح الإمام بأن الأوجه الأربعة تجري فيه بمثابة الرطب الذي لا يجفف اعتيادًا، كأن ابن الرفعة لم يقف على ذلك في النهاية والله أعلم.

ومن المعلوم أنه لو باع جنسًا منها بجنس آخر كالهندبا بالنعنع صح نقدًا كيف شاء، وممن صرح به الروياني.

فائدة: كلام المصنف يشعر بأن حالة الادخار هي الكمال، ولذلك قال الغزالي: كل فاكهة كمالها في جفافها، وهي حالة الادخار، وقال الرافعي لما شرح ذلك: أن طائفة من أصحابنا ذكروا لفظ الادخار وآخرون أعرضوا عنه ولا شك أنه غير معتبر بحالة التماثل في جميع الربويات. ألا ترى أن اللبن لا يدخر، ويباع بعضه ببعض، فمن أعرض عنه فذاك، ومن أطلقه أراد اعتياده في الحبوب والفواكه لا في جميع الربويات.

قلت: وقد تقدمه الإمام إلى ذلك فقال: إن بعض أصحابنا أجرى لفظ الادخار في أدراج الكلام وهو غير معتمد، فإن اللبن يباع ببعض، وأراد الإمام بذلك تقوية جواز بيع الرطب الذي لا يدخر يابسه بعضه ببعض، والصحيح أن ذلك لا يجوز فالغزالي محتاج إلى ذكره ليحترز به عما لا يدخر يابسه، وهو هذا القسم الذي فرغنا من شرحه، فإن لا كمال له، وإن جف على أحد الوجهين وهو إنما تكلم في الفاكهة فلا يشمل جميع الربويات. أما إذا تكلم في حالة الكمال على الاطلاق فلا يستقيم

أن يجعل ذاك ضابطًا، وضبط حالة الكمال على الاطلاق عسير. وقد نبه الرافعي رحمه الله على عسرها فإنه لما شرح ذلك المكان قال: فإذا تأملت ما في هذا الطرف عرفت أن النظر في حالة الكمال راجع إلى أمرين في الأكثر.

أحدهما: كون الشيء بحيث يتهيأ لأكثر الانتفاعات المطلوبة منه.

والثاني: كونه على هيئة الادخار لكنهما لا يعتبران جميعًا. فإن اللبن ليس بمدخر والسمن ليس بمتهيء لأكثر الانتفاعات المطلوبة من اللبن، وكل واحد من المعنيين غير مكتفي به أيضًا، فإن الثمار التي لا تدخر تتهيأ لأكثر الانتفاعات المطلوبة منه، والدقيق مدخر، وليسا على حالة الكمال ولا تساعدني عبارة ضابطة كما أحب في «تفسير الكمال»، فإن ظفرت بها ألحقتها بهذا الموضع وبالله التوفيق، هذا كلام الرافعي رحمه الله.

ولك أن تقول: أنا إذا جعلنا المعتبر التهيؤ لأكثر الانتفاعات المطلوبة منه لا يرد السمن، وقول الرافعي: أنه ليس بمنتهى لأكثر الانتفاعات المطلوبة من اللبن صحيح، لكن ذلك غير معتبر، فإن السمن عين أخرى غير اللبن كان اللبن مشتملًا عليها، فهو كالشيرج من السمسم، وليس كالدقيق مع القمح ولا كالرطب مع التمر، فإن كلا منهما هو الآخر، وإنما تغيرت حالته، فالرطب صار إلى يبس وهو حالة تَهَيُّئِه لأكثر الانتفاعات المقصودة منه، والقمح صار إلى تفرق فخرج عن تلك الحال، وليس السمن هو اللبن حتى تعتبر فيه منافع اللبن، بل تعتبر فيه الانتفاعات المقصودة منه نفسه وهو متهيء لها.

وأما الفواكه التي لا تدخر فقد فهمت من كلام الشافعي ما يخرجها وهو ما حكيته عنه قريبًا وقوله: إنها خلقت مستحشفة، والرطوبة التي فيها رطوبة طراءة، فإذا زايل موضع اغتذائه عاد إلى اليبس، يعني أن الرطوبة فيه ليست خلقة لازمة له، بل مفارقة بنفسها، فلذلك تخيلت أنا ضابطًا، وهو أن يقال: المعتبر في الكمال عدم الرطوبة المفارقة أو التغير المانعين من التماثل عن النداوة اليسيرة والتغير اليسير لكن يرد عليه الزيتون، فإنه كامل، وإن كان رطبًا قال ابن الرفعة في ضابط حالة الكمال: يصح أن يقال ما يقصد جفافه، وإن أمكن تحصيل القوت أو الأدم منه في حال رطوبته فكماله في حالة ادخاره وجفافه، ويدخل فيه اللحم على النص، وما لا يجفف بحال كالزيتون، أو لا يمكن تجفيفه كاللبن، فحالة كماله كحالة رطوبته، وقد تعرض له حالة كمال أخرى أو أكثر. وإذا جوزنا بيع الزبد بالزبد، وليس يوصف كل واحد منهما أنه انتهى إلى حالة جفاف وليس يصير اللبن زبدًا أو سمنًا ولا الزيتون زيتًا كذلك، وبذلك يتم المقصود فيما نظنه ولا ترد الثمار التي لا تجفف، لأنها

تؤكل تفكها، فلم يكن بذلك اعتبار لأنه لا تعم الحاجة إليها ولا يرد الدقيق، لأن الاعتبار في المدخر بما يقصد غالبًا فيه طالت مدته أو قصرت وادخار كل شيء بحسبه والغالب في الحب ادخاره حبًا.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وفي الرطب الذي لا يجيء منه التمر، والعنب الذي لا يجيء منه الزبيب طريقان، أحدهما: أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض، لأن الغالب منه أنه يدخر يابسه، وما لا يدخر منه فنادر، فألحق بالغالب، والثاني: وهو قول أبي العباس أنه على قولين، لأن معظم منفعته في حال رطوبته، فكان على قولين كسائر الفواكه.

الشرح: الرطب والعنب على قسمين، منه: ما له جفاف وكمال في حالة جفافه، وقد تقدم حكمه، وأنه لا يجوز بيع رطبه برطبه، ولا بيابسه جزمًا، ويجوز بيع يابسه بيابسه اتفاقًا، ومنه: ما لا يجفف في العادة، ولو جفف لاستحشف وفسد لكثرة رطوبته، ورقة قشره، كالدقل، وهو أردأ التمر، والعمري وهو والإبراهيمي والهلياث، وكذلك العنب الذي لا يجيء منه زبيب كالعنب البحري بأرض مصر، فهذا القسم فيه شبه من الفواكه التي ليس لها جفاف لأن غالب منافعه في حال رطوبته، وقد تقدم فيها قولان، ويفارقها في أن الغالب في جنسه التجفيف والادخار بخلافها ونادر كل نوع ملحق بغالبه، فلذلك كان في المسألة مغايرًا لها واختلف الأصحاب في الحاقه بها على طريقين:

أحدهما: أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض لما ذكره المصنف، وهذا هو المنصوص في «الأم» صريحًا لأن الرطب الذي لا يعود تمرًا بحال لا يباع منه شيء بشيء من صنفه، وقد تقدم حكاية ذلك، ونسب العمراني هذه الطريقة إلى أكثر أصحابنا، ونسبها صاحب «المجرد» من تعليق أبي حامد إلى أبي إسحاق المروزي يقول: أنه لا يجوز قولا واحدًا، وفي موضع آخر من «المجرد» قال: إنه لا يجوز بيع بعضه ببعض وزنا ولا كيلًا لا يختلف القول فيه، فكأنه اقتصر في هذا الموضع على طريقة المروزي.

والطريقة الثانية: أنه على القولين المتقدمين في سائر الفواكه، وهي التي ذكرها الشيخ أبو حامد عند الكلام فيما لا يكال ولا يوزن؛ وقال: هو أسوأ حالا فهو على القولين، وكذلك القاضي أبو الطيب والمحاملي وابن الصباغ والرافعي، وغيرهم، صرحوا بحكاية القولين. وقال القاضي أبو الطيب: إن المنع هو القول المشهور الذي صرح به في «الأم» وأعادوا المسألة هنا، فنسب الشيخ أبو حامد والمحاملي والروياني وصاحب «العدة» القول بالجواز إلى تخريج ابن سريج. ونسبه القاضي أبو الطيب إلى حكاية الأصحاب.

ونسب الجوري القولين جميعًا في ذلك وفي البطيخ ونحوه من الفاكهة التي لا تصير إلى حالة الجفاف والبقول إلى تخريج ابن سريج وابن سلمة وأبي حفص فأفاد زيادة بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل. وأبعد في جعل القولين مخرجين. فإن القولين في تلك الأشياء منصوصان كما تقدم. وكذلك قول المنع هنا والماوردي قد تقدم عنه في الفواكه الرطبة أنه جعل الجواز قول ابن سريج. وقال عن ابن أبي هريرة أنه كان يجعل مذهب ابن سريج قولا للشافعي، ويخرج المسألة على قولين. وذكر الماوردي مسألة الرطب الذي لا يصير تمرًا بخصوصها في مسألة بيع الرطب بالرطب. وجعل الجواز قول ابن سريج وأبطله.

وبمقتضى هذه النقول يصح نسبة الطريقة الثانية إلى ابن سريج وابن أبي هريرة وابن سلمة وابن الوكيل. ولعل ابن سريج خرج ذلك واختاره، فيصح نسبة ذلك إليه وإلى تخريجه. وكثير من الأصحاب لم يفرقوا بين المسألتين أعني مسألة ما لا يدخر يابسه. ومسألة الرطب الذي لا يجيء منه تمر. بل أطلقوا الكلام إطلاقًا يشملها وأغرب ابن داود فحكى أن أبا العباس اختار أنه لا يجوز بحال. وحكى وجه الجواز ولم ينسبه إلى أحد والذي يقتضيه إيراد الشيخ أبي حامد وأبي الطيب والماوردي في ذلك ترجيح المنع. وحكاه الماوردي عن جمهور الأصحاب. هذا ما في طريقة العراق، وأما الخراسانيون فجمهورهم أيضًا مطبقون على حكاية الخلاف من غير ذكر الطريقة القاطعة، وعبروا عن الخلاف بالوجهين، ممن سلك هذا المسلك منهم القاضي حسين والفوراني والإمام والبغوي وصاحب «العدة» في أحد الموضعين من كتابه والغزالي. ووافقهم ابن داود شارع «مختصر المزني». والرافعي سلك طريقة العراقيين في حكايتهما قولين، ولم يحك الطريقة القاطعة وإذا وقفت على ذلك استبعدت نسبة العمراني الطريقة القاطعة إلى أكثر الأصحاب، وظهر لك أن طريقة الخلاف أشهر، وهي أيضًا أظهر، فإن القياس المقتضى لإلحاق ذلك بالفواكه أقوى من الفارق الذي ذكر للتي قد ذكرت فيما تقدم أن نص الشافعي في الفواكه على الجواز ليس صريحًا في أن ذلك في حال الرطوبة، بل هو محتمل لأن يحمل على حالة الجفاف، ونصوصه على المنع هناك وهنا صريحة لا تحتمل، فلا جرم كان الصحيح في الموضعين المنع عند البغوي والرافعي، وهو مقتضى ايراد أبي حامد وأبي الطيب والماوردي هنا كما تقدم، وصحح جماعة الجواز، منهم الجرجاني في «الشافي» وابن أبي عصرون في «الانتصار» و «المرشد». وقال الإمام: إنه القياس. وقال الروياني في «البحر»: وهذا أظهر عندي ولا شك أن من صحح قول المنع هناك فهو مصحح له هنا. وقد تقدم ذكرهم وذكر من جزم بذلك أيضًا.

وهذا الذي صححه هؤلاء مخالف لنص الشافعي الصريح كما علمت وهو ضعيف من جهة الدليل أيضًا لعموم الحديث الثابت عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال «لا تبيعوا الثمرة بالثمرة» ورواه الإسماعيلي في «المستخرج»، وقد تقدم التنبيه عليه، وأنه مضبوط هكذا بالهاء في كل منهما، والثمرة اسم عام يشمل ما له جفاف وما لا جفاف له، يخرج من ذلك ما إذا اختلف الجنس، كبيع العنب بالرطب.

قوله «إذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم» ويبقى فيما عدا ذلك مقتضى الدليل، وأيضًا الوصف الذي جعل علة وهو قوله «أينقص الرطب إذا جف»؟ ولا شك أن النقصان موجود فيما يجيء منه تمر وفيما لا يجيء منه، وذلك يشير إلى أن التساوي في حال الرطوبة لا اعتبار به.

وأما كوننا نتحيز إلى التعليل بذلك إلى أشرف حالاته وأكملها وهو حالة الجفاف، وذلك مفقود فيما لا يجيء منه تمر، فهو ـ وإن كان معنى مناسب ـ لكنه ـ على معارضة الظاهر المستفاد من العموم ومن الوصف الذي جعل علة. والله تعالى أعلم.

التفريع: لو جفف هذا النوع على ندور إن قلنا: بالجواز في حال الرطوبة فهل يجوز أيضًا في حال الجفاف؟ فيه وجهان، وجه: المنع أن الرطوبة في هذا النوع هي الكمال والجفاف غير معتاد أصلًا وإن قلنا: بالمنع وهو الصحيح ففي حال الجفاف أيضًا وجهان، أحدهما: المنع. فعلى هذا لا يجوز بيع بعضه ببعض رطبًا ولا يابسًا لأنه لم يتقرر له حالة كمال. والبيع الذي نحن نتكلم فيه نعتمد حالة الكمال، فبإمكان الجاف وجريانه أخرج حالة الرطوبة عن الكمال وعدم عموم ذلك أخرج حالة اليبوسة عن الكمال. وكل من الخلافين مأخوذ من كلام الإمام، فإنه قال: إنه يجتمع في المسألة أربعة أوجه، يعني المنع: رطبًا ويابسًا، والجواز: رطبًا ويابسًا.

قال في «الغاية مختصر النهاية»: وهو القياس والمنع رطبًا فقط، وعكسه، لكنه فرضها في الرطب الذي لو جفف فسد ولم يبق فيه انتفاع يحتفل به، فمن المعلوم أنه لا بد من المنفعة التي هي شرط في كل بيع، وإنما مراده والله أعلم بصورة المسألة أن تقل منفعته، ولهذا قال: لا يحتفل بها أما لو وصل إلى حالة لا ينتفع به أصلًا لم يجز بيعه بجنسه ولا بغيره، ولم يأت فيه في حال رطوبته إلا القولان الأصليان أن يباع بعضه ببعض أو لا يباع أصلا وهو الصحيح، وقد تقدم نظير المسألة في الفواكه، وحكى الإمام فيها ثلاثة أوجه.

الأول: وقال: إنه لم يصر أحد من أئمة المذهب إلى الرابع المذكور ههنا، والفارق ما تقدمت الإشارة إليه أن الرطب لم يعتد فيه الجفاف أصلًا بخلاف

المشمش والخوخ ونحوه فإنه معتاد، وإن كان قليلًا، وكتب هناك عن جماعة من الأصحاب أنهم جزموا بالجواز في حالة الجفاف، وأما هنا في الرطب الذي لا يجيء منه تمر فقل من تعرض لهذا الفرع غير الإمام وعذرهم في السكوت عنه فرض المسألة في رطب لا يصير تمرًا، فإن فرض ما ذكره الإمام وأن الرطب ييبس، وصارت فيه منفعه تقابل بالأعواض وإن لم تكن هي المقصودة منه فينبغي أن يجوز بيع بعضه ببعض، وإن منعنا بيع رطبه برطبه لانتفاء النقصان الذي أشار الحديث إلى أنه علة المنع. والله أعلم.

فرع: بيع الرطب الذي لا يجيء منه تمر بالرطب الذي يصير تمرًا، وكذلك بيع الرمان الحلو بالحامض ـ قال القاضي حسين: فيه وجهان مرتبان على بيع الرطب الذي لا يتتمر بمثله، إن قلنا: هناك لا يجوز فههنا أولى وإن قلنا: يجوز فههنا وجهان، والفرق أن لأحدهما حالة الكمال ههنا، وليس للآخر ذلك، فلم يستويا في أكمل حالتيهما بخلاف الذي لا يتتمر إذا بيع بمثله، قال ابن الرفعة: ومن ذلك يحصل في بيع الرطب الذي لا يتتمر بالرطب ثلاثة أوجه، ثالثها: يجوز بمثله ولا يجوز بما يتتمر. ومن المعلوم أن الكلام في هذه المسألة مفرع على غير رأي المزني الذي اختاره الروياني، فإنه يجوز الرطب بالرطب مطلقًا، والله أعلم.

فرع: بيع الرطب الذي لا يجيء منه تمر بالتمر، هل يجري فيه بالخلاف أو لا؟ قد تقدم قول الشيخ أبي حامد في الفواكه وأن بيع حب الرمان بالرمان غير جائز قولًا واحدًا، ومقتضى ذلك أنه لا يجوز بيع الرطب المذكور بالتمر قولًا واحدًا أيضًا، فإنه لا فرق بينهما. وكذلك قال إمام الحرمين: أنه لم يختلف أئمتنا في منع بيع الرطب الذي لا يجفف بالتمر، وأن ذلك مدلول كلامهم ولم نجد لهم فيه نصًّا، ورأيى أن القياس يقتضي تجويزه عند من يجوز بيع الرطب بالرطب إذا كان لا يجفف، وتبعه الغزالي على ذلك وجعله منقدحًا، ويمكن الجواب عنه بأن المساواة بين الرطبين عند ذلك القائل حاصلة، ولا كمال له غيرها فجاز بيعه. وأما الرطب بالتمر فلا يمكن دعوى المساواة بينهما لأنا نعلم أن في الرطب مائية ليست في التمر، فيحصل التفاوت قطعًا مع دخوله تحت النهي عن بيع الرطب بالتمر، وقال ابن أبي الدم في «شرح الوسيط»: سمعت فيما يغلب على ظني فيه وجهين أنه يجوز بيع رطبه بالتمر. وتوجيهه ظاهر لأنه إن كان لا يتتمر وكان كماله في هذه الحال ويجوز بيع بعضه ببعض صار بمنزلة التمر، فإذا جاز بيع التمر بالتمر لأنه حالة كمالها جاز بيع هذا الرطب بالتمر، لأنه حالة كمالها، وذكر أن كلام الإمام المتقدم يشعر بالخلاف الذي حكاه، قلت: أما كلام الإمام فإنما أراد به ما أبداه من القياس

عنده، وأما ما ذكره من التوجيه فقد تقدم ما فيه جواب عنه. ولا ينهض المعنى الذي يخصص نهيه عن بيع الرطب بالتمر. والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: جعل القاضي حسين البطيخ الذي لا يفلق والقثاء والقثد في التمثيل مع الرطب الذي لا يتتمر والعنب الذي لا يصير زبيبًا. وقال في الكل: لا يجوز بيع بعضه ببعض عددًا وجزافًا، وهل يجوز وزنًا؟ فيه وجهان وعلل المنع بأنه لم يعرف له معيار في الشرع.

فرع: قال الإمام: وقال صاحب «التقريب»: بيع الزيتون بالزيتون جائز فإنه حالة كماله وليس له حالة ولكن يعصر الزيت منه، وليس ذلك من باب انتظار كمال في الزيتون، فإنه تفريق أجزائه ويغيره كما يستخرج السمن من اللبن. قال الإمام: والأمر على ما ذكره.

فرع: تعرف بها مراتب الأنواع المذكورة على طريقة العراقيين ما يجفف ويدخر عادة كله قسم واحد، ويليه في المرتبة ما لا يدخر من الفواكه غير الرطب والعنب، ويليه الرطب والعنب اللذان لا يجففان لما ذكر بينهما من الفرق، وأما الخراسانيون فالذي يقتضيه إيراد الإمام أن ما يجفف ويدخر عادة غالبه قسم ويليه ما يعتاد تجفيفه، ولكن معظم المقصود منه الرطب ويليه ما لا يعتاد تجفيفه أصلًا، ويضطربون في التمثيل مع اتفاقهم على أن المشمش والخوخ من القسم الثاني، وأدخل القاضي حسين معه في التمثيل الكمثرى والبطيخ الحلبي الذي لا ينفلق والرمان الحامض. وجزم أنه لا يجوز بيعها في حال الرطوبة وتردد حالة الجفاف والقثاء من القسم الثالث. وقال نصر المقدسي: ما يمكن تجفيفه كالأجاص القبرصي والخوخ والقراصيا والتين.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وفي بيع اللحم الطري باللحم الطري أيضًا طريقان، أحدهما: وهو المنصوص أنه لا يجوز لأنه يدخر يابسه فلم يجز بيع رطبه برطبه كالرطب والعنب.

والثاني: وهو قول أبي العباس أنه على قولين، لأن معظم منفعته في حال رطوبته، فصار كالفواكه.

الشرح: صورة المسألة في بيع اللحم بلحم من جنسه، إن قلنا: إن اللحوم أجناس، وهو الصحيح أو مطلقًا على القول الآخر، أما إذا قلنا إنها أجناس وباعه بغير جنسه، فإنه يجوز متماثلًا ومتفاضلًا، رطبين ويابسين ورطبًا ويابسًا وزنًا وجزافًا لا شك في ذلك. وممن صرح به القاضي أبو الطيب والقاضي حسين وإنما مقصود المصنف إذا كانا من جنس واحد أو على القول الآخر كما نبهت عليه.

إذا عرف ذلك فقد قال الشافعي رحمه الله في «الأم» في بيع الآجال: ولا خير في اللحم الطري بالمالح والمطبوخ، ولا باليابس على كل حال، ولا يجوز الطري بالطري ولا اليابس بالطري حتى يكونا يابسين، أو حتى تختلف أجناسهما. وقال أيضًا فيه: فإذا كان منهما شيء من صنف واحد مثل لحم غنم بلحم غنم لم يجز رطب برطب ولا رطب بيابس، وجاز إذا يبس فانتهى يبسه بعضه ببعض وزنا وقال في باب ما جاء في بيع اللحم: لا يجوز منه لحم ضائن بلحم ضائن رطل برطل، أحدهما يابس والآخر رطب، ولا كلاهما رطب لأنه لا يكون اللحم ينقص نقصانًا واحدًا لاختلاف خلقته ومراعيه التي يغتذى منها لحمه، فيكون منها الرخص الذي ينقص إذا يبس نقصانًا كثيرًا والغليظ الذي يقل نقصه ثم يختلف غلظهما باختلاف خلقته، ورخصهما باختلاف خلقته فلا يجوز لحم أبدًا إلا يابسًا قد بلغ أناه بيبسه وزنًا بوزن من صنف واحد، فلا جرم قال المصنف والأصحاب: إن المنصوص أنه لا يجوز.

وحكى الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم قول أبي العباس أن فيه قولا آخر، وجعله الشيخ أبو حامد في بعض المواضع من تخريج أبي العباس، ثم قال الشيخ أبو حامد: وهذا غلط، والصحيح ما ذكره الشافعي رحمه الله. وقال القاضي أبو الطيب: إن ذلك مما ليس بمشهور وليس بصحيح. ونسب الماوردي والرافعي ذلك إلى ابن سريج من غير ذكر نقل ولا تخريج وكذلك القاضي حسين والروياني. وفرق الشيخ أبو حامد وغيره من الأصحاب بين ذلك وبين الفواكه لأنها إذا يبست لا تكون فيها المنافع التي تكون فيها حال رطوبتها، واللحم كل ما يكون منه وهو رطب يكون منه وهو يابس وزيادة، وهو أنه على هيئة الادخار فأشبه الرطب بالرطب وفرقوا بينه وبين اللبن فإنه ليس للبن حالة أخرى ينتهى إليها واللحم له حالة ادخار ينتهى إليها.

وقال المحاملي: إن سائر أصحابنا يعني غير ابن سريج ذهبوا إلى أنه لا يجوز بيع ذلك رطبًا بحال، وفرقوا بينه وبين الثمار بما تقدم، ونسب الروياني في الحلية الجواز إلى ابن سريج وغيره قال: وهو الاختيار، وممن صحح الطريقة الأولى الشيخ أبو حامد في التعليق والقاضي أبو الطيب والماوردي فانهما قالا عن قول ابن سريج: أنه ليس بصحيح والقاضي حسين وإمام الحرمين، وقال: إنه الذي قطع به معظم الأصحاب وأنه ظاهر المذهب في تعليق أبي حامد والروياني في «البحر» وصاحب «العدة» وصاحب «التتمة». وحكى هو وغيره قول الجواز عن ابن سريج ولم يذكر أنه خرجه ولا حكاه.

وجزم جماعة بالمنع، ولم يحكوا خلافًا، منهم الفوراني في «الإبانة»

و «العمدة» والبغوي في «التهذيب» والجرجاني في «الشافي» وابن أبي عصرون وأبو الحسن بن خيران في «اللطيف» وسليم في «الكفاية» والمارودي في «الاقناع» ونصر المقدسي في «الكافي» ووجه قول الجواز بإلحاقه بما جفافه نادر وفي المجرد قال عن قول الجواز: وليس بشيء. وأطلق المحاملي في «اللباب» والشيخ أبو حامد في «الرونق» أن بيع اللحم الرطب بالرطب متماثلين جائز وهذا بعمومه يشمل الجنس الواحد والجنسين، فأما في الجنسين فصحيح، وأما في الجنس الواحد فهو مخالف لما قال الأولوان، وهوموافق لما اختاره الروياني في «الحلية»، وخالف أبو حنيفة رحمه الله في ذلك فجوز بيع اللحم باللحم طريًا على ما حكاه الفوراني في «العمدة» وكذلك جوز اللحم النيء بالمشوي. قال صاحب «العمدة» والمسألة تبنى على بيع الرطب بالتمر.

فرع: قال الروياني بعدما ذكر حكم بيع اللحم باللحم رطبا ويابسًا وبيع الشحم بالشحم والألية بالألية كاللحم باللحم: وأصح الوجهين في مذهب أحمد جواز بيع اللحم الطري بعضه ببعض.

فرع: بيع اللحم الطري باليابس أيضًا لا يجوز كبيع الطري بالطري نص عليه المحاملي في «اللباب» والقاضي حسين في «التعليق» والقاضي أبو الطيب في «التعليق» والجرجاني والروياني وغيرهم، وظاهر كلامه أن خلاف ابن سريج فيه أيضًا، فإنه قال: إذا باع بعضه ببعض رطبًا برطب فالمذهب أن البيع باطل، وكذلك إذا كان أحدهما رطبًا والآخر يابسًا. وقال ابن سريج: فيه قول آخر يجوز، وكذلك كلام الماوردي المتقدم. وظاهر هذا الكلام جريان خلاف ابن سريج في الرطب باليابس وهو مخالف لما تقدم عن الشيخ أبي حامد وإمام الحرمين في نظيره، ومؤيد ـ إن صح ـ للاحتمال الذي أبداه الإمام، وينبغي أن يكون على خلاف ابن سريج عائد إلى الأول فقط، والثاني ذكره على سبيل الاستطراد، وقد تقدم التنبيه على ذلك.

فرع: بيع الشحم بالشحم والألية بالألية كبيع اللحم باللحم، قاله المتولي والروياني.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن باع منه ما فيه نداوة يسيرة بمثله كالتمر الحديث بعضه ببعض جاز بلا خلاف، لأن ذلك لا يظهر في الكيل، وإن كان مما يوزن كاللحم لم يجز لأنه يظهر في الوزن.

الشرح: مقصود المصنف الكلام على ما يمنع بيع رطبه برطبه أو بيابسه من الأشياء المتقدمة إذا وصل إلى حالة اليبس هل يشترط تناهي اليبس أو يكتفي بما

دون ذلك؟ وما الضابط فيه؟ وقد فرق في ذلك بين المكيل والموزون، وذلك مأخوذ من كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ.

قال الشافعي في «الأم» في باب بيع الأجال: ولا خير في التمر بالتمر حتى يكون ينتهي يبسه وإن انتهى يبسه إلا أن بعضه أشد انتفاخًا من بعض فلا يضره إذا انتهى يبسه كيلا بكيل. وقال: فبين الشافعي أنه لا بد من انتهاء اليبس، وقال في باب ما جاء في بيع اللحم: فإن قال قائل: فهل يختلف الوزن والكيل فيما بيع يابسًا؟ قيل: يجتمعان ويختلفان فإن قيل: قد عرفنا حيث يجتمعان فأين يختلفان؟ قيل: التمر إذا وقع عليه اسم اليبس، ولم يبلغ أناه يبسه فبيع كيلًا بكيل لم ينقص في الكيل شيئًا، وإذا ترك زمانًا نقص في الوزن لأن الجفوف كلما زاد فيه كان أنقص لوزنه حتى يتناهى قال: وما بيع وزنا فإنما قلت في اللحم لا يباع حتى يتناهى جفوفه لأنه قد يدخله اللحم باللحم متفاضل الوزن أو مجهولًا. وإن كان ببلاد ندية فكان إذا يبس ثم أصابه الندى رطب حتى يثقل لم يبع وزنًا بوزن رطبًا من ندى حتى يعود إلى الجفوف، وحاله إذا حدث الندى فزاد في وزنه كحاله الأولى ولا يجوز أن يباع حتى يتناهى جفوفه كما لم يجز في الابتداء ا هـ.

وقد ذكر الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والماوردي وغيرهم الفرق الذي ذكره الشافعي رحمه الله هذا، وفرقا آخر للأصحاب أن التمر وإن كان فيه رطوبة فهو إذا ترك على ما هو عليه وادخر على حاله لم يضره ذلك. واللحم إذا كان فيه نداوة فادخر على حالته عفن وفسد، وفسر الشافعي في «الأم» انتهاء جفاف اللحم بأن يملح ويسيل ماؤه فذلك انتهاء جفافه ولا يحصل من هذا اللفظ كمال المقصود في البيان والذي نحكيه عن الأصحاب أصرح، وقد اتفق الأصحاب على الحكمين اللذين ذكرهما المصنف. وقال الروياني في «البحر» لو باع التمر الحديث بالتمر العتيق، قال بعض أصحابنا: يجوز لأن النقصان يسير فيعفى كقليل التراب في المكيل قال: وهذا لا يصح والتحقيق أنه ينظر فإن كان إذا جف تامًا ينقص وزنه ولا يتقلص حبه ولا يظهر في الكيل فيجوز لأنه لا اعتبار بالوزن فيه، وإن كان يتقلص حبه ويظهر ذلك في الكيل فلا يجوز.

قلت: وهذا التفصيل متعين وهو مراد من أطلق المسألة وليس ذلك خلافًا والله أعلم. لذلك شبهوه بالتراب والتراب لو كان كثيرًا بحيث يوجب التفاوت في البيع منع والله أعلم.

ومن صرح بهذا التفصيل صاحب «التتمة» والرافعي. قال صاحب «التتمة»: إن كان بحيث إذا طرح في الشمس تنقص حبته لا يصح، وإن كان لا تنقص حبته وإنما

ينقص وزنه فيصح، وكذلك صرح بمسألة اللحم وأنه يشترط تناهي جفافه كما ذكره الشافعي والأصحاب والقاضي في كتاب «الإرشاد» صرح أيضًا بأن التمر الحديث إذا لم يبلغ النهاية في الضمورة لا يجوز بيعه بالعتيق وفي معنى التمر كل مكيل كالحنطة وغيرها، وقد أطلق الرافعي في بيعها أنه يشترط تناهي جفافها، وأن التي لم يتم تناهي جفافها وإن فركت وأخرجت من السنابل لا يجوز بيع بعضها ببعض.

وينبغي أن يحمل ذلك على ما إذا كان فيها من البلل ما يوجب التفاوت في الكيل إذا جففت أما إذا فرض نداوة يسيرة لا يظهر بسببها أثر في الكيل فيجوز كالتمر إذ لا فرق بينهما وبمقتضى الأصل الذي قرره الشافعي قريبًا من الفرق بين المكيل والموزون في ذلك.

قال صاحب «التهذيب» يجوز بيع الحديث بالعتيق، لأن العتاقة بعد حصول الجفاف إن أثرت إنما تؤثر في خفة الوزن لا في تصغير الحبة فلا يظهر ذلك في الكيل، فإن كان في الحديث نداوة لو زالت لظهر ذلك في الكيل لم يجز. فلا يعتقدون في المسألة خلافًا كما أشعر به كلام الروياني بل المفصلون والمطلقون كلامهم منزل على شيء واحد والله أعلم.

ودل كلام الشافعي المتقدم على أن النداوة المانعة من بيع اللحم بعضه ببعض لا فرق بين أن تكون قبل جفافه أو طارئة عليه بعد جفافه لعارض، والأمر كذلك بلا خلاف بين أصحابنا فإنه إذا كان يابسًا فحمل إلى مكان ندي فتندى صار كالطعام المبلول، فيمتنع بيع بعضه ببعض، وممن صرح به الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب.

فرع: مذهبنا ومذهب مالك ومحمد بن الحسن والليث بن سعد أن لا يجوز بيع الحنطة المبلولة باليابسة لا خلاف عندنا في ذلك، سواء طرأ البلل عليها أو كانت رطبة من الأصل، وهي الفريك، وقال الإمام أبو حنيفة رحمه الله يجوز مطلقًا، وفصل محمد رحمه الله، وقد تقدم تفصيله عند بيع الرطب بالتمر، ثم إذا جفت بعد البل قال الرافعي: لم يجز أيضًا لتفاوت قمحها حالة الجفاف، وفي كلام القاضي أبي الطيب قال: لا يجوز بيعها حتى تجف، وهذا يوهم أنه يصح بعد الجفاف، فلعل مراده بالبلل الرطوبة الأصلية، فيصح أن يقال: إن البيع معبا بالجفاف، وأما البلل الطارىء فقد جزم الرافعي بالمنع وإن جفت كما عرفت وقال الإمام: لو بلت الحنطة فنحى منها قشرها بالدق والتهريش وهي الكشك قال الأئمة: هي الدقيق فإنها تفسد على القرب ولو بلت ثم جفت ولم تهرش فإنها تصح في جفافها على تفاوت يفضي إلى الجهل بالمماثلة، قيل: وإن كان كذلك فالوجه المنع

في الجاورش إذا نحتت منه القشرة. انتهى كلام الإمام.

فرع: إذا انتهى يبس التمر وكان بعضه أشد انتفاخًا من بعض لم يضر نص عليه الشافعي في باب بيع الآجال من «الأم».

فائدة: الحديث هو الجديد من الأشياء. قاله ابن سيده.

فرع: قال الرافعي: إذا منع بمجرد البل بيع بعض الحنطة ببعض فالتي نحتت قشرتها بعد البل بالتهريش أولى بأن لا يباع بعضها ببعض، قال الإمام: وفي الجاورش عندي احتمال إذا نحتت قشرتها. واعلم أن المصنف رحمه الله اقتصر في هذا الفصل على حكم بيع اللحم الطري ما فيه نداوة، وأما إذا تناهى جفافه فنذكره من بعد قبل آخر الباب بفصل والله أعلم.

باب بيع العرايا

قال المصنف رحمه الله تعالى: وأما العرايا وهو بيع الرطب على النخل بالتمر على الأرض خرصا فإنه يجوز للفقراء، فيخرص ما على النخل من الرطب وما يجيء منه من التمر إذا جف، ثم يبيع ذلك بمثله تمرًا ويسلمه [إليه] قبل التفرق، والدليل عليه ما روى محمود بن لبيد قال: «قلت لزيد بن ثابت: ما عراياكم هذه؟ فسمى رجالا محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبًا يأكلونه مع الناس، وعندهم فضول من قوتهم من التمر فرخص لهم رسول الله ﷺ أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم، يأكلونها رطبًا».

الشرح: حديث زيد بن ثابت في العرايا ثابت في «صحيحي البخاري ومسلم» وغيرهما، ولفظ البخاري ومسلم أن رسول الله ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلًا[1]، وألفاظ أخر غير ذلك وأما ما ذكره المصنف من رواية محمود بن لبيد فلم أرها إلا في كلام الشافعي رحمه الله فيها فيما ذكر محمود بن لبيد قال: «سألت زيد بن ثابت عن عراياهم هذه التي يحلونها فقال: فلان وأصحابه شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يحضر وليس عندهم ذهب ولا ورق يشترون بها وعندهم فضل عن قوت سنتهم، فأرخص لهم رسول الله ﷺ أن يشتروا العرايا بخرصها من التمر يأكلونها رطبًا»[2].

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٧٣، ٢٣٨٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٣٩) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٦٢) والترمذي في سننه برقم (١٣٠٢) والنسائي في =

وقال الشافعي أيضًا في كتاب البيوع من «الأم»[(١)]: «قيل لمحمود بن لبيد، أو قال محمود بن لبيد لرجل من أصحاب النبي ﷺ إما زيد بن ثابت وإما غيره: ما عراياكم هذه؟ قال: فلان وفلان وسمى رجالًا محتاجين من الأنصار» وذكر معنى ما تقدم، ونقله البيهقي في المعرفة عن الشافعي كذلك معلقًا، ولم يذكر له إسنادًا يتصل به، وأشار ابن حزم إلى تضعيفه بقوله: أن الشافعي ذكر فيه حديثًا لا يدري أحد منشأه ولا مبدأه ولا طريقه، وذكره أيضًا بغير إسناد، فبطل أن يكون فيه حجة، يعني في اختصاصها بالفقراء وهذا سيأتي الكلام فيه، والمقصود هنا أنها تجوز للفقراء، وذلك لا نزاع فيه.

وقد ذكر الترمذي هذا المعنى من غير تعيين رواية، قال: لما ذكر حديث العرايا في «جامعه»: «ومعنى هذا عند بعض أهل العلم أن النبي ﷺ أراد التوسعة عليهم في هذا لأنهم شكوا إليه وقالوا: لا نجد ما نشتري من التمر إلا بالتمر، فرخص لهم فيما دون خمسة أوسق أن يشتروها فيأكلوها رطبًا». لكن يحتمل أن يكون مراد الترمذي ببعض العلماء الشافعي.

وقال الماوردي: ولم يسنده الشافعي لأنه نقله من السير. وجعلت أولاد الصحابة الذين ولدوا على عهد رسول الله ﷺ وهو معدود أيضًا [منهم] من الصحابة على الصحيح، فهو صحابي ابن صحابي من كبار العلماء وقوله: ما عراياكم هذه؟ لأن زيدًا كان أكبر منه وأعلم بسنن النبي ﷺ فأراد أن يبينها له وقد رأيت في «الوافي» في «شرح المهذب» كلامًا لولا تفرق النسخ لكنت أزلته غيرة.

قال: سمعت فقيهًا يقول: إن محمود بن لبيد ساعتئذ كان يهوديًا فلذلك قال هذا الكلام، وكان الواجب أن يمحى هذا من الكتاب لولا تفرق النسخ، فلا حول ولا قوة إلا بالله، نعوذ بالله أن نقول ما لا نعلم ولولا خشية أن يطالعه بعض الضعفة فيعتقد صحته وينقله ما تعرضت له ولا نقلته لكن نبهت عليه خوفًا من أن يغتر به فيوقع بسببه في نسبة هذا الرجل العظيم إلى مثل هذا فنسأل الله تعالى أن يعصمنا من الزلل بمنه وكرمه.

والعرايا جمع عرية وهي تفرد صاحبها للأكل ووزن العرية فعيلة واختلف في اشتقاقها على قولين، قيل بمعنى فاعلة، وهو قول الأزهري وابن فارس، ويكون من عَرِيَ يَعْرَى كأنها عريت من جملة النخيل فعريت أي خلت وخرجت كما يقال عَرِيَ

= سننه (٧/ ٢٦٧) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٦٩) وأحمد في المسند (٥/ ١٨١) ومالك في الموطأ (٢/ ٦١٩).

(١) انظر كتاب الأم للإمام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ (٣/ ٥٤).

الرجل إذا تجرد من ثيابه وعلى هذا تكون لام الكلمة ياء كهدية، وجمعه فعائل كصحيفة وصحائف، كذلك عرية وعراءى ـ بهمزة بعد المدة مكسورة وبعدها ياء ـ ثم فتحت هذه الهمزة العارضة في الجمع فصار عرائي تحركت الياء وانفتح ما قبلها قلبت ألفًا فصار عراءًا ثم انهم كرهوا اجتماع ألفين بينهما همزة مفتوحة لأن الهمزة كأنها ألف فكأنه اجتمع ثلاث ألفات فأبدلوا من الهمزة ياء فقالوا: عرايًا فليس وزنها فعالى، لأن هذه الياء ليست أصلية، وإنما وزنه فعايل وهذا الإبدال والعمل واجب، وكل هذه القواعد محكمة في علم التصريف.

ومثل هدية وهدايا ـ وقد قالوا في جمعه أيضًا: هداوا ـ فأكثر النحويين جعلوا ذلك شاذا والأخفش قاس عليه، وردوا عليه بأنه لم ينقل منه إلا هذه اللفظة، أعني هدوا فلم يأت مثل عداوى وشبهه، وإنما كتب بالياء كحنية وحنايا، ومنية ومنايا، قال شيخنا الأستاذ أبو حيان محمد بن يوسف بن حيان الأندلسي فسح الله في مدته: لو ذهب ذاهب إلى أن وزن هذا الجمع كله فعالى لكان مذهبا حسنا بعيدًا من التكلف، وإنما دعا النحويين إلى تلك التقديرات حملهم جمع المعتل على الصحيح، فأجروا ذلك مجرى صحيفة، وقد تكون أحكام للمعتل لا للصحيح، وأحكام للصحيح لا للمعتل، ويقال: هو عرو من هذا الأمر أي خلو منه ويقال لساحل البحر: العراء لأنه خلو من النبات قال الله تعالى: ﴿فَنَبَذْنَٰهُ بِٱلْعَرَآءِ وَهُوَ سَقِيمٌ﴾ [الصافات: ١٤٥] وقيل: بمعنى مفعوله من عراه يعروه إذا أتاه وتردد إليه، لأن صاحبها يتردد إليها ويقال أعريته النخلة أي أطعمته ثمرتها يعروها.

قال الخطابي: كما يقال طلب إلى فأطلبته، وهذا قول أبي عبيد الهروي وجوز أيضًا أن يكون بمعنى فاعله كما تقدم، فعلى القول الثاني تكون لامها واوًا، أصلها عريوه اجتمعت الواو والياء وسبقت إحداهما بالسكون قلبت الواو ياء ثم أدغمت إحداهما في الأخرى ثم فعل بجمعه كما فعل به من غير فرق إلا أنه على هذا القول يكون كمطية لا كهدية، وهذا الوزن متى كانت لامه واوًا اعتلت في المفرد كان حكمه ما لامه ياء. بخلاف الذي لامه واو صحت في المفرد فله حكم آخر والله أعلم.

وأما المراد بها هنا فعندنا هو بيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر على وجه الأرض، والعرايا نوع من المزابنة رخص فيه، قال أهل اللغة الأزهري والهروي وغيرهما: أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة وهي بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر، رخص من جملة المزابنة فيما دون خمسة أوسق، وهو أن يجيء الرجل إلى صاحب الحائط فيقول له: بعني من حائطك ثلاث نخلات بأعيانها بخرصها من التمر، فيبيعه إياها ويقبض الثمن، ويسلم إليه النخلات يأكلها ويتمرها.

قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأم» في كتاب البيوع في باب بيع العرايا بعد ما ذكر أحكام العرايا بالتفسير المشهور: والعرايا ثلاثة أصناف هذا الذي وصفنا أحدها، وجماع العرايا كل ما أفرد ليأكله خاصة، ولم يكن في جملة البيع من ثمر الحائط إذا بيعت جملة من واحد. والصنف الثاني أن يخص رب الحائط القوم فيعطى الرجل ثمر النخلة وثمر النخلتين وأكثر، هدية يأكلها، وهذه في معنى المنحة من الغنم، يمنح الرجل الرجل الشاة أو الشاتين وأكثر ليشرب لبنها وينتفع به، وللمُعْرَى أن يبيع ثمرها ويتمره ويصنع فيه ما يصنع في ماله، لأنه قد ملكه. والصنف الثالث أن يعرى الرجل الرجل النخلة وأكثر من حائطه ليأكل ثمرها ويهديه ويتمره ويفعل فيه ما أحب ويبيع ما بقي من ثمر حائطه فتكون هذه مفردة من البيع منه جملة، وقد روى أن مصدق الحائط يأمر الخارص أن يدع لأهل البيت من حائطهم قدر ما يراهم يأكلون، ولا يخرجه لتؤخذ زكاته، وقيل قياسًا على ذلك أن يدع ما أعرى المساكين منها فلا يخرصه، وهذا بتعبيره في كتاب الخرص انتهى كلام الشافعي رحمه الله تعالى.

وهذا الذي ذكره الشافعي من كونه يترك للمالك نخلة أو نخلات يأكلها أهله، نقله الأصحاب في كتاب الزكاة قولًا قديمًا، ونقله النووي هناك عن نصه في البويطي في البيوع والقديم، قال أبو عبيد القاسم بن سلام: العرية النخلة يعريها صاحبها رجلًا محتاجًا والاعراء أن يجعل له ثمرة عامها، فرخص لرب النخل أن يبتاع ثمر تلك النخلة من المعرى بتمر لدفع حاجته، قال: وقال بعضهم: بل هو الرجل يكون له النخلة في وسط نخل كثير لرجل آخر، فيدخل رب النخلة إلى نخلته، وربما كان مع صاحب النخل الكثير أهله في النخل، فيؤذيه بدخوله، فرخص لصاحب النخل الكثير أن يشتري ثمر تلك النخلة من صاحبها قبل أن يجذه، بتمر لئلا يتأذى به، قال أبو عبيد: والتفسير الأول أجود، لأن هذا ليس فيه اعراء إنما هي نخلة يملكها ربها، فكيف تسمى عرية، ومما يعين ذلك قول شاعر الأنصار يصف النخل:

ليست بسنهاء ولا دجية ولكن عرايا في السنين الجوائح

يقول: أنا نعيرها الناس، والسنهاء الخفيفة الحمل، والدجية الثقيلة الحمل، التي قد انحنت من ثقل حملها، قاله ابن الصباغ، وروى أبو عبيد عن مكحول قال: «كان النبي ﷺ إذا بعث الخراص قال: خففوا في الخرص فإن في المال العرية والوصية».

قلت: وقد ورد في حديث زيد بن ثابت في «معجم الطبراني»[1] بسند صحيح:

(١) (٥/١١٢).

«رخص رسول الله ﷺ في العرايا، النخلة والنخلتين توهبان للرجل، فيبيعها بخرصها تمرًا» لكن ليس في ذلك تخصيص أن الذي يبتاعها هو الواهب ولا أن ذلك لدفع حاجته، فهذا أولى ما يعتمد في تفسيرها، وهو مخالف للقولين اللذين قالهما أبو عبيد.

قال الماوردي: العرايا ثلاثة (مواساة) وهي ما يعطى للمساكين وذلك سنة (ومحاباة) وهي ما يتركها الخارص لمن يخرص نخله ليأكلها، علما أنه سيتصدق منها بأكثر من عشرها، فذلك جائز لقوله ﷺ: «وإذا خرصتم فدعوا لهم الثلث، فدعوا الربع» (والمراضاة) اختلف الفقهاء فيها فقال الشافعي رحمه الله: «بيع الرطب خرصا على النخل بمكيله تمرًا على الأرض في خمسة أوسق فأقل، مع تعجيل القبض»، وذكر مذهب مالك وأبي حنيفة، وسنذكرهما إن شاء الله تعالى.

والرخصة اثبات الحكم على خلاف الدليل؛ وقد ذكروا في حدها عبارات مختلفة أحسنها الإطلاق مع قيام المقتضى للمنع لغرض التوسيع، فقولنا: الاطلاق نريد به إباحة الإقدام التي تشتمل الواجب والمندوب والمباح، وقولنا: مع قيام المقتضى للمنع احتراز من قتل قاطع الطريق وشبهه، فإنه قد يقال: إنه شرع مع الإسلام المقتضى للمنع مما ليس كذلك، فلا يسمى رخصة، وزاد بعضهم: في حال حريته، احتراز من القصاص فإنه قاعدة كلية لكن يرد عليه السلم والإجارة وما أشبههما.

ثم الرخصة قد يكون سببها الضرورة كأكل المضطر الميتة، وقد يكون سببها الحاجة كالعرايا، فلما كان الدليل قائمًا على تحريم بيع الرطب بالتمر ووردت العرايا على خلافه، سمى ذلك رخصة، والخرص بكسر الخاء نص عليه ابن فارس والمراد منه المخروص وأما الخَرْص بالفتح فهو المصدر وهو الحزر يقال خرص العبد يخرصه ويخرصه بضم الراء وكسرها في المضارع خرصًا وخرصًا بالفتح والكسر حزره قاله ابن سيده ثم قال: وقيل: الخرص المصدر والخرص الاسم، والخراص الحزار.

وأما حكم المسألة: فذلك مما لا خلاف فيه في المذهب، وهو مذهب أكثر أهل العلم منهم مالك وأهل المدينة والأوزاعي وأهل الشام وأحمد وإسحاق وأبو عبيدة وداود ومن تبعهم من أهل العلم كلهم ذهبوا إلى أن ذلك جائز، وجعلوه مستثنى من جهة نهي رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالتمر وعن بيع الرطب بالتمر، كذلك قال ابن المنذر، وخالف في ذلك أبو حنيفة وأصحابه، ولمالك رحمه الله تعالى في ذلك بعض مخالفة سأذكرها إن شاء الله تعالى.

قال الشافعي رحمه الله تعالى في كتاب «اختلاف الحديث» وهو في الجزء السادس عشر من «الأم»: «خالفونا معًا في العرايا فقالوا: لا نجيز بيعها وقالوا: نرد إجازة بيعها بنهي النبي ﷺ عن المزابنة ونهيه عن الرطب بالتمر، وهي داخلة في المعنيين قال الشافعي رحمه الله تعالى: فقيل لبعض من قال هذا منهم: فإن أجاز إنسان بيع المزابنة بالعرايا لأن النبي ﷺ قد أجاز بيع العرايا قال: ليس ذلك له، قلنا: هل الحجة عليه إلا كهي عليكم في أن يطاع رسول الله ﷺ فيحل ما أحل ويحرم ما حرم» وبحث الشافعي رحمه الله تعالى في ذلك إلى أن قال: قال: «فكيف تقول؟ قلت: أحل ما أحل من بيع العرايا وأحرم ما حرم من بيع المزابنة، وبيع الرطب بالتمر عن العرايا، وأزعم أن لم يرد بما حرم ما أحل ولا بما أحل ما حرم فأطيعه في الأمرين، وما علمتك إلا عطلت نص قوله في العرايا وعامة من روى النهي عن المزابنة روى أن النبي ﷺ أرخص في العرايا فلم يكن للتوهم ههنا موضع، فنقول: الحديثان مختلفان» انتهى كلام الشافعي رحمه الله تعالى. وقال في «الاملاء»: فلا موضع للتوهم في أن يكون أحد الأمرين قبل الآخر فيقال: أحدهما ناسخ يعني لأن رواة أحدهما هم رواة الآخر.

وقال في كتاب البيوع من «الأم» ما ملخصه: «أن العرايا داخلة في بيع الرطب بالتمر والمزابنة، وذلك منهي عنه، وخارجة منه منفردة، بخلاف حكمه، إما بأن لم يقصد بالنهي قصدها وإما بأن أرخص فيها من جملة ما نهى عنه» وكأن الشافعي رحمه الله تعالى أشار بهذا التأويل في كلامه إلى النهي عن بيع الرطب بالتمر، وعن المزابنة هل هو عام مخصوص؟ أو عام أريد به الخصوص؟ والله أعلم. والفرق بينهما أن الذي أريد به الخصوص ويكون المراد فيه متقدمًا على اللفظ ويكون ما ليس بمراد متأخرًا والعام المخصوص يكون متأخرًا عن اللفظ أو مقارنًا، ويكون المراد باللفظ أكثر مما ليس بمراد، ذكر ذلك الماوردي، وأطلق على العام المخصوص أنه أريد به العموم، ولا يرد عليه أنه متى أريد عمومه كان الاخراج بعد ذلك نسخًا لأن المراد ارادة العموم باللفظ، ثم الاخراج منه، كما يقول: له على عشرة إلا ثلاثة، فإن العشرة مرادة، وليس هو كقولك سبعة على المشهور والله أعلم.

وأشار الجوزي إلى أن قول الشافعي لم يقصد بالنهي قصدها أنها ليست داخلة في المزابنة يعني ويكون الاستثناء منقطعًا وهو خلاف ما قاله الشافعي فإنه صرح مع ذلك أنها داخلة، وقال في باب آخر من «الأم» أيضًا: أنها يعني المزابنة جملة عامة المخرج أريد به الخصوص، ويحتمل أن يكون التردد المذكور في كلام الشافعي في

أن الرخصة هل وردت مع النهي عن المزابنة على سبيل الاستثناء؟ ووردت وحدها بغير ذلك كما سنذكر في ذلك احتمالين للأصحاب، وعلى ذلك حمله ابن الرفعة، وعلى ذلك يدل كلامه في الرسالة، فإنه قال: أن أولى الوجهين عنده أن يكون أراد به ما سوى العرايا وأنه يحتمل أن يكون رخص فيما بعد دخولها في جملة النهي، وإن كان مراد الشافعي ذلك فلعله لم يبلغه حديث زيد الثابت في مسلم أن الرخصة كانت بعد ذلك.

وقد قال الشافعي: إن أولى الوجهين عنده أن يكون ما نهى عنه جملة أراد به ما سوى العرايا، وحديث زيد يقتضي أن يكون الثاني هو الأولى، بل المتعين وعلى ما حملته عليه لا يدفعه حديث زيد، لأنه تكون الرخصة بعد ذلك مبينة للعام المتقدم، وقد أعاد الشافعي الكلام في ذلك في اختلاف الحديث، وهو في الجزء السادس عشر من «الأم» في باب بيع الرطب من الطعام باليابس، وجزم القول بأن المزابنة من العام الذي يراد به الخاص، والعرايا لم تدخل في نهيه، يعني لم تدخل في الإرادة، وجزم هناك بأنه لا يجوز إلا أقل من خمسة أوسق وأن الزائد منعه من مفهوم الحديث والتوقيت فيه، قال: ولو قال قائل: هو داخل في المزابنة لكان مذهبا يصح عندنا.

واعتلت الحنفية بأمور، منها: حمل العرية على الهبة كما هو التفسير الثاني الذي يدل عليه شعر شاعر الأنصار، قالوا: فكأنه رخص لمن وهب ثمر نخلة لرجل ولم يقبض أن يعطيه عوض ذلك تمرًا، ويرجع فيها، وسماه بيعًا لأن ما دفع إليه من التمر كالعوض عما وهب به، فتحمل العرية على الحقيقة والبيع على المجاز، واختلفوا على هذا في الرخصة، فقيل: إنها عائدة إلى المعِرى لأنه وعد فأخلف قال الدينيني الحنفي: يعزي ذلك إلى عيسى بن أبان، وقيل: أنها عائدة إلى المُعْرَى، لأنه أخذ العوض عما لم يملكه، قالوا: وأنتم تحملون البيع على الحقيقة والعرية على المجاز، وهذا ممنوع لأنه تقدم أن للعرية تفسيرين، فلا مجاز، ولو سلم لوجب حمله على ما قلناه كما دل عليه كلام الشافعي وقاله المصنف في النكت لوجوه:

أحدها: أن المنهي عنه في أول الجزء البيع فيجب أن يكون المستثنى أيضًا بيعًا.

والثاني: أن الرخصة لا تكون إلا عن حظر والْحَظْر في البيع لا في الرجوع في الهبة. والثالث: أنه قدر بخمسة أوسق وما قالوه لا يختص.

والرابع: ما تقدم من حديث محمود بن لبيد، واعتلوا أيضًا بأنه إذا لم يجز البيع بالخرص وهو على الأرض فعلى النخل أولى، لأنه أقرب إلى الغرر.

وأجاب: المصنف في النكت بأنه مما تدعو الحاجة إليه وفي الأرض لا تدعو الحاجة إليه لأنه لا يمكنه أن يأكل الرطب مع الناس، وقد يجوز مع كثرة الغرر للحاجة إليه وما لا يجوز مع قلة الغرر لعدم الحاجة، كما قال في السلم المؤجل: يجوز مع كثرة الغرر، ولا يجوز الحال مع قلة الغرر، وقال الشيخ: «ولأن في الأرض لم يجعل الخرص طريقًا لمعرفة المقدار، وفي الشجر جعل الخرص طريقة لمعرفة المقدار، ويعرف منها التساوي في حال الادخار» وهذا الجواب من المصنف يقتضي أنه قائل بأنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر في الأرض فيما دون خمسة أوسق، وهو الصحيح من المذهب، وفيه خلاف تقدم عن صاحب «التتمة» وسأذكره إن شاء الله تعالى، واعتلوا أيضًا بأن ذلك كان قبل تحريم الربا، ويبطله استثناؤها من المزابنة، وهذا يدل على أنه بعد تحريم الربا، ولأنه لو كان كذلك لم يحتج إلى الخرص واعتلوا أيضًا بأمور أخر لا متعلق لهم بها.

وأما مالك رحمه الله تعالى فهو ـ وإن وافق على مقتضى الحديث ـ يفسر العرايا بتفسير أخص مما يقوله الشافعي: وهو أن يهب الرجل الرجل تمر نخلة أو نخلات ثم يتضرر بمداخلة الموهوب له، فيشتريها بخرصها تمرًا، وهذه الصورة عندنا من جملة العرايا، لكن الخلاف معه في قصرها على ذلك فقال: أنه لا يجوز بيعها من غير صاحب البستان إلا بعرض أو نقد، ونحن نقول: يجوز، وقال: أنه يجوز ذلك نسيئة وزاد حتى قال: لا يجوز نقدًا على ما حكى عنه، وعلى هذا لا تبقى صورة في العرايا يحصل فيها اتفاق بيننا وبينه لأن ما دون خمسة أوسق نجيزه نحن نقدًا ولا نجيزه نسيئًا، وهو لا يجيزه ويجيزه نسْئًا في بعض الصور، وجوز شراءها لمعريها ولورثته، وكذلك يجوز عنده شراء ثمرة نخلة أصلها لغيره في حائطه، قال: وليس بقياس ولكنه موضع تخفيف ونقل الماوردي عنه أنه يجوز ذلك جبرًا، ويجريه مجرى الشفعة خوفًا من سوء المشاركة.

واختلفت المالكية في علة الجواب في منعها من المعري فقيل: لوجهين، إما لدفع ضرر دخوله وخروجه أو لمرفق في الكفاية وقال بعض كبار أصحاب مالك رحمه الله: لا يجوز إلا لدفع الضرر خاصة، وأنه إذا أعرى خمسة أوسق أو دونها لم يجز أن يشتري بعض عريته لأن الضرر الذي أرخص به قائم، قاله في «تهذيبهم»، قال الشافعي في «اختلاف الحديث»: ووافقنا بعض أصحابنا في جملة قولنا في بيع العرايا ثم عاد فقال: لا تباع إلا من صاحبها الذي أعراها إذا تأذى بدخول الرجل عليه بتمر إلى الجذاذ، قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: كما عليه أجلها فتحل لكل مشتر ولا أحرمها فنقول قول من حرمها، وزاد فقال: تباع بتمر نسيئة، والنسيئة عنده في

الطعام حرام، وزاد أن أجلها إلى الجذاذ فجعل الطعام بالطعام إلى أجل وإلى أجل مجهول لأن الجذاذ مجهول.

واحتج المنتصرون لمالك رحمه الله في تفسير العرية بذلك بقول ابن عمر: «كانت العرايا أن يعرى الرجل في ماله النخلة والنخلتين» رواه البخاري تعليقًا[1] عن محمد بن إسحاق وقال البخاري: وقال يزيد عن سفيان بن حسين: العرايا نخل كانت توهب للمساكين فلا يستطيعون أن ينتظروا بها، رخص لهم أن يبيعوا بما شاؤوا من التمر، وبشعر شاعر الأنصار المتقدم.

قلت: وقد وجدت لهم ما هو أولى بأن يتعلقوا به فمن ذلك ـ الحديث الذي تقدم قريبًا عن «معجم الطبراني» عن زيد بن ثابت قال: «رخص رسول الله ﷺ في العرايا النخلة والنخلتين يوهبان للرجل فيبيعها بخرصها تمرًا» وليس فيه دليل لأنه لم يخص أن الواهب هو الذي يبتاع كما تقدم وكما سنذكره إن شاء الله تعالى، قال الإمام أبو الفتح بن دقيق العيد: ويشهد لتأويل مالك أمران، أحدهما: أن العرية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم وقد نقلها مالك هكذا، والثاني: قوله: «رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها» فإنه يشعر باختصاصه بصفة يتميز بها عن غيره، وهي الهبة الواقعة.

قلت: أما الأول فإنه معارض بقول يحيى بن سعيد الأنصاري أحد شيوخ مالك، وهو أيضا مدني عالم. ففي «صحيح مسلم» عن يحيى بن سعيد أنه قال: العرية أن يشتري الرجل تمر النخلات بطعام أهله رطبا بخرصها تمرا، وهذا هو قولنا وأما الثاني فإن الهبة هي التي يتميز بها عن غيره مختصة بمشترى العرية لا ببائعها، فلو كان كذلك لقال: رخص لصاحب العرية أن يشتريها، والحديث إنما قال أن يبيعها وأما قول ابن عمر وحديث زيد بن ثابت الذي ذكرته له فليس فيه ما يدفع قولنا، ونحن نسلم أن العرية كانت تطلق على ذلك لأن الاشتقاق حاصل فيها وهو كونها مفردة وأكثر ما كان يقع الأفراد بذلك السبب، ولذلك جاءت الرخصة لأصحاب العرايا على ما هو الغالب، ولكنه لم يقل أن يبيعها من معريها بل أطلق فيبقى على اطلاقه، وله أن يبيعها ممن شاء ولهذا في حديث سهل بن أبي حثمة الذي في «صحيح مسلم» عن النبي ﷺ أنه «رخص في بيع العرية النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمرًا يأكلونها رطبًا»[2] فقوله: أهل البيت مطلق، وليس

(١) (٥/ ١٣٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٩١) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٤٠).

في شيء من الأحاديث الواردة في ذلك أن ذلك يختص ببيعها من المعري، فيتعين أن يكون جواز البيع مطلقًا من كل أحد ولا يضرنا أن نسلم أن أصحاب العرايا هم الذين وهبت لهم النخلات ووردت الرخصة لهم في البيع.

فإن قلت: فعلى هذا لا تكون الرخصة للبائع، والظاهر من حديث زيد وغيره أن الرخصة للمشتري الذي لا نقد بيده، رخص له أن يشتري الرطب لحاجته إليه بالتمر، قلت: الرخصة لكل منهما رخص للمشتري أن يشتري كذلك، ورخص للبائع أن يبيع، لأنه كان ممنوعًا قبل ذلك من بيع الرطب بالتمر، وسبب الرخصة في حقه أمران:

أحدهما: حاجة المشتري إليه وهو الذي لا رطب عنده أعني الذي تقتضي العادة أنه يطلب شراء الرطب ويرشد إلى ذلك قوله ﷺ: «يأكلونها رُطَبًا».

والثاني: أن أصحاب العرايا هم المساكين الذين وهبت منهم، وظاهر حالهم الحاجة، وقد لا تصبر النفس على أكل الرطب دائمًا، وتطلب التمر الذي هو القوت المعتاد عندهم، ولا كذلك أصحاب النخيل الذين ليسوا من المساكين، فإنهم مستغنون عن البيع في الحال جملة وظاهر حالهم الغنى عن شراء الرطب والتمر معًا، فلذلك ـ والله أعلم ـ وردت الرخصة في حق أصحاب العرايا لأنهم مظنة البيع، لا لأن فيهم معنى مصححًا للبيع ليس في غيرهم، فأصحاب العرايا هم البائعون. والمشْتَرَى لم يرد في شيء من الأحاديث فيه تقييد إلا في حديث محمود بن لبيد عن زيد من ذكر المحاويج، وليس أولئك بمقصودين بأصحاب العرايا والله أعلم.

ومما يبعد ما ذهبت إليه المالكية أنه لو كان الرخصة في ذلك لأجل ضرر المداخلة لم تفترق الحال بين خمسة أوسق وما فوقها، وقد سلمت المالكية اختصاصها بالخمسة الأوسق كما في الحديث، والله أعلم واشترط الخرقي من الحنبلية كون العرية موهوبة من بائعها، كما قاله مالك، والظاهر عندهم خلافه والله أعلم.

وقد جمع الماوردي مرجحات المذهب في خمسة أوجه: استثناؤها عن المزابنة، واثباتها بلفظ الرخصة المشعر بتقدم الحظر، وبلفظ البيع المقتضى عوضها، واعتبار المساواة بالخرص، وتقديرها بقدر مخصوص، وبسط ذلك معلوم مما تقدم.

قال القاضي أبو الطيب: والمسألة مبنية على السنة ولا قياس فيها يتعول عليه، وقد أفاد كلام المصنف في التصوير شروطًا كلها موجودة في «مختصر المزني»:

أحدها: أن يخرص ما على النخيل من الرطب، أي رطبًا، ويخرص ما يجيء

منه إذا جف فيأتي المتبايعان إلى النخل ويحزرانها ويقولان: فيها الآن وهي رطب ستة أوسق مثلًا، وإذا يبست وجفت صارت أربعة أوسق، فتباع بأربعة أوسق تمرًا فإن زاده على الأربعة مدا أو نقصه مدًا لم يجز لظهور التفاضل، ولا يضر كون الرطب الآن أكثر من خمسة أوسق. فأما خرصه رطبًا فلا بد منه، وإن خرص ما يجيء منه جافًا فسيأتي فيه شيء عن أحمد في الشرط الثالث مما نحن نتكلم فيه إن شاء الله تعالى، في كيفية الخرص مستوفى من باب زكاة النبات.

الثاني: أن يكون الثمن الذي يباع به معلومًا بالكيل، لقوله: ثم يبيع ذلك بقدره وهذا لا خلاف فيه عند القائلين بإباحة بيع العرايا، ومستنده حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلًا» هذا لفظ البخاري ومسلم جميعًا، قال البخاري: «وقال ابن إدريس: لا يكون إلا بالكيل من التمر يدًا بيد، لا يكون بالجزاف، ومما يقويه قول سهل بن أبي حثمة بالأوسق الموسقة» هذا لفظ البخاري، يريد بذلك أن الأوسق لا تكون إلا كيلًا، ولأن الأصل اعتبار الكيل من الطرفين، سقط في أحدهما للتعذر، فيجب في الآخر على الأصل، وإن ترك الكيل من الطرفين بكثرة الغرر، وفي تركه من أحدهما تقليل الغرر، ولا حاجة إلى التطويل في ذلك فإنه لا خلاف فيه، فلا يجوز بيع تمر جزافًا، وقد صرح بذلك الشافعي في «الأم»، والروياني في «البحر».

وابن إدريس الذي نقل البخاري عنه هو عبد الله بن إدريس الأودي، وعلى ذهني أن بعضهم قال: إنه الشافعي، ولم يحضرني موضعه الآن، والمشهور الأول.

الثالث: أن يكون البيع بقدر ما يجيء منه تمرًا، ولا يضر كون الرطب الآن أكثر من خمسة أوسق كما تقدم تمثيله، وهذا هو المشهور عند القائلين بالعرايا، ونقل حنبل عن أحمد أنه قال بخرصها رطبًا، ويعطى تمرًا خِرصه قال ابن قدامة منهم: وهذا يحتمل الأول، أنه يشتريها بتمر مثل الرطب الذي عليها، لأنه بيع اشترطت المماثلة فيه، فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع، ولأن الأصل اعتبار المماثلة في الحال، وأن لا يباع الرطب بالتمر، خولف الأصل في بيع الرطب بالتمر، فبقي ما عداه على قصة الدليل، والصحيح عندهم خلاف هذا، والجواب عن الدليلين المذكورين لا يخفى، وعلى الاحتمال الآخر يكون خرصها تمرًا لا حاجة إليه عندهم، قال القاضي: والأول أصح لأنه مبني على خرص الثمار في العشر والصحيح ثَمَّ خرصه تمرًا.

الرابع: أن يتقابضا فمتى تفرقا قبل التقابض فسد العقد، نص عليه الشافعي رحمه الله تعالى والأصحاب من غير خلاف فيه، والتقابض في التمر ظاهر بالكيل

والنقل، وأما في الرطب الذي على النخل فبالتخلية بين المشتري وبين النخلة، هكذا نص الشافعي رحمه الله تعالى في «الأم»: وهذا المراد بقوله: وليسلم إليه قبل التفرق، قال الشافعي رحمه الله تعالى في «الأم»: ولا يجوز البيع فيها حتى تقبض النخلة بثمرها، ويقبض صاحب النخلة التمر بكيله. ولا خلاف عندنا وعند الحنابلة في ذلك، وقد تقدم من حكاية الشافعي وعن مالك جواز ذلك إلى الجذاذ وبحثه في ذلك كاف.

واستشكل ابن الرفعة الاكتفاء بالتخلية إذا قلنا بالقديم، وهو أن الثمرة تكون من ضمان البائع إلى أن [يحين] القطع، ولا يشترط حضور التمر عند تمر النخيل، بل لو تبايعا بعد رؤية التمر والثمرة ثم خلى بينه وبين الثمرة، ثم مشيا إلى التمر فسلمه جاز، قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمتولي والبغوي، قال الرافعي: ويشترط في هذه المدة أن لا يفترقا، قال الماوردي: فإذا افترقا لزمت العرية، ولا خيار، ثم للمشتري بعد ذلك أن يجتنى ثمرة النخلة حالا بعد حال عند ادراكها.

فرع: لو باع الرطب على الأرض بالتمر، هل يجري حكم العرايا فيه، فيصح في خمسة أوسق أو دونها؟ قال المحاملي: لا خلاف على المذهب أنه لا يجوز، لأن معنى العرايا لا يوجد فيه، وبذلك جزم كثيرون، وقد حكي في طريق المراوزة وجهان حكاهما الفوراني والمتولي والإمام، وأما الزائد على الخمسة فلا يصح جزمًا، وقد تقدم التنبيه على ذلك.

فرع: قال صاحب «التتمة»: إذا اشترى الرطب بالتمر يعني في العرايا، فإن أكل الرطب ولم يجففه فالعقد ماض على الصحة، وإن جففه فكان بقدر التمر، أو كان التفاوت بقدر ما بين الكيلين فالعقد نافذ، وإن ظهر بينهما تفاوت ظاهر يحكم ببطلان العقد لظهور ما يوجب الفساد، جزم بذلك المتولي ولم يحك فيه خلافًا، وذكره صاحب «البحر» عن بعض أصحابنا كما في «التتمة»، واقتصر عليه، وكذلك في تعليق القاضي حسين أنه قاله بعد السؤال في الدرس، وفيه وجه أنه يصح من الكثير بقدر القليل، ولمشتري الكثير الخيار، حكاه البغوي والرافعي.

فروع: يجوز أن يقع العقد على الذمة، فيقول: بعتك ثمرة هذه النخلة بكذا وكذا من التمر ويصفه، ويجوز أن يقع على معين، فيكيل من التمر بقدر خرصها ثم يقول: بعتك هذا بهذا، فإن باعه بمعين فقبضه بنقله، وإن باعه بموصوف فقبضه باكتياله، وأن لا يتفرقا قبل القبض، قاله المحاملي، وهو مذهب أحمد أيضًا.

فرع: قال الشافعي رحمه الله تعالى: والجائحة في العرايا والبيع وغيرهما سواء.

فرع: قال الماوردي والروياني: لا تجوز العرية إلا فيما بدا صلاحه بُسْرًا كان أو رُطَبا فنبه بذلك على اشتراط بُدُوَّ الصلاح وعلى أن حكم البسر حكم الرطب، وقل من نبه عليه من الأصحاب، وعلل الروياني الأول بأنه وقت الحاجة، وأما الثاني فلأن الحاجة إلى البسر كالرطب والله أعلم.

وقد تقدم عن الماوردي الخلاف في بيع الطلع بالتمر، وذلك في غير العرايا، فهذا الكلام من هنا يجب أن يكون تفريعًا على القول بالمنع هناك، ومتى جاز في غير العرايا جاز فيها بطريق أولى.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وهل يجوز للأغنياء؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يجوز وهو اختيار المزني، لأن الرخصة وردت في حق الفقراء، والأغنياء لا يشاركونهم في الحاجة، فبقي في حقهم على الحظر.

والثاني: أنه يجوز لما روى سهل بن أبي حثمة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالتمر إلا أنه رخص في العرايا أن تبتاع بخرصها تمرًا يأكلها رطبًا» ولم يفرق، ولأن كل بيع جاز للفقراء جاز للأغنيار كسائر البيوع.

الشرح: حديث سهل هذا رواه البخاري ومسلم رحمهما الله تعالى وغيرهما، ولفظ البخاري «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر، ورخص في بيع العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبًا»[(١)] ولفظ مسلم قريب منه، وفي رواية الترمذي زيادة: «وعن بيع العنب بالزبيب، وعن كل تمر بخرصه» بعد قوله: العرايا. واللفظ الذي ذكره المصنف لفظ رواية الشافعي[(٢)]، كذلك رويناه عنه في «السنن» من رواية المزني، وفي المسند من رواية الربيع، في «السنن» (العرايا) وفي «المسند» (العرية) وفيهما (يأكلها أهلها رطبًا) والأهل الذين يأكلونها رطبًا هم المشترون بلا شك، وفي رواية البخاري الآخرى: (يبيعها أهلها) فجعل الأهل بائعين، ويصح إطلاق الأهل على كل منهما على البائع قبل البيع، وعلى المشتري بعده، لكن قوله: (يأكلونها رطبًا) لا يصح أن يعود على الأهل البائعين، لأنهم لا يأكلونها رطبًا، بل يأخذون الثمن، فهو عائد على معلوم في النفس، وإن لم يجر له ذكر، أي يأكلها الذين يبتاعونها رطبًا.

وقد يتعسف متعسف فيجعل الأهل في قوله: يبيعها أهلها منصوبًا ويكونوا مشترين لا بائعين، أي يبيعها من أهلها، ويصح عود الضمير عليه بعد ذلك إن كان (باع) لا يتعدى إلى مفعولين بنفسه، والله أعلم. والخرص بالكسر تقدم التنبيه عليه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٩١) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٤٠).

(٢) (٢/ ٣١٢).

أما حكم المسألة: ففيها طريقان، أصحهما: القطع بعموم الرخصة للأغنياء والفقراء، وهذه الطريقة مقتضى كلام أبي حامد والمحاملي كما ستعرفه ونسبها الماوردي إلى جمهور الأصحاب، وهي الظاهر من كلام الشافعي.

والثانية: فيها قولان، وهي التي أوردها القاضي أبو الطيب والمصنف والعمراني والبغوي والرافعي وآخرون، وحكاهما الفوراني وجهين، أحدهما: يختص بالفقراء ولا يجوز للأغنياء، وهو اختيار المزني، والمشهور عن أحمد، كما ذكره المصنف، وهذا نظر إلى حديث محمود وقد تقدم أنه ليس في الكتب المشهورة لكنى وجدت على حاشية نسخة شيخنا الدمياطي من «المهذب» إشارة بخط غيره تقتضي نسبة ذلك إلى «مسند أحمد»، فعلى هذا الأغنياء لا يشاركونهم في ذلك، فيبقى على الأصل من تحريم المزابنة المجمع عليه، الثابت بالأحاديث المشهورة ولم أر هذا القول منصوصًا للشافعي، ولكن المزني في «المختصر» قال: اختلف ما وصف الشافعي في العرايا.

قال الشيخ أبو حامد: أنه يشير بذلك إلى أن الشافعي قال في موضع آخر: يختص بذلك المحتاجون. قال الشيخ أبو حامد: وليس الأمر على ما قدره، وإنما الشافعي تكلم على بطلان قول مالك حيث قال ذلك في الواهب، يشتري الرطب من الموهوب له بالتمر، فقال: لا يمكنك على هذا استعمال قوله في الخبر: «يأكلها أهلها رطبًا» لأن من يشتري الرطب على هذا الوجه لا يشتريه ليأكله مع الناس، فإن جميع بستانه الرطب وإنما يشتريه ليدفع عن نفسه المضرة بدخول الموهوب له عليه وعلى عياله، والخبر يقتضي أنه يشتريه ليأكله مع الناس، فقصد هذا دون تخصيص أهل الحاجة بإتباع ذلك، ومنع الأغنياء منه. وهذا الذي قاله الشيخ أبو حامد صحيح، ويؤيده أن المزني نقل ذلك عن «اختلاف الحديث» و«الإملاء»، والذي فيهما ما ذكر دون القول بالمنع، فينبغي أن يقطع بقول الجواز، ولا يعزى للشافعي غيره، ويجعل قول المنع مذهبا للمزني والله أعلم. وهو مقتضى كلام أبي حامد والمحاملي.

ونبه المصنف بقوله: الأغنياء لا يشاركونهم في الحاجة، على امتناع القياس لعدم المشاركة في العلة، لا لأجل كون ذلك واردًا على سبيل الرخصة، فإن مذهبنا جواز القياس في الرخص إذا حصل الاشتراك في العلة كغيرها، وسيأتي في توجيه القول الثاني ما يظهر به الجواب عما قاله المزني، وقد تلقنه الشيخ أبو محمد عن الأصحاب فصحح هذا القول ونظر فيه إلى حديث محمود بن لبيد عن زيد، مع أصل سنذكره عنه وجوابه إن شاء الله تعالى.

والقول الثاني: يجوز وهو ظاهر المذهب، والمنصوص في «الأم»، قال

الشافعي في «الأم»: والذي أذهب له أن لا بأس أن يبتاع الرطب للعرايا فيما دون خمسة أوسق، وإن كان مؤبرًا، وصححه جماعة منهم الإمام والرافعي والنووي وابن أبي عصرون، وقد تقدم أن جماعة جزموا به، ومن جملتهم سليم في الكفاية وغيره لم يذكروا فيه خلافًا، وهو المختار، ورواه إسماعيل بن سعيد عن أحمد بن حنبل لإطلاق حديث سهل بن أبي حثَمَة، فإنه لم يفرق بين الفقراء والأغنياء لارخاصه ﷺ في العرايا من غير تقييد بالضرورة، ولأنه إنما يريد الرطب شهوة، ولو اعتبرت الضرورة لرخص في صاع ونحوه بما يزيلها وقد أبيح أكثر منه.

فإن قلت: إذا كانت الرخصة مطلقة في بعض الأحاديث مقيدة في بعضها، فهلا حملتم المطلق على المقيد؟ قلت: ليس ما نحن فيه من هذا القبيل، لأن الإطلاق والتقييد من عوارض الألفاظ فإذا ورد لفظ مطلق ولفظ مقيد بقيد لفظي، فهو الذي يحمل فيه المطلق على المقيد بشرطه، وأما هنا فليس في لفظ الشارع ذكر قيد الحاجة، وإنما رخص لأقوام، وقرينة الحال ما هم عليه، وسؤالهم يقتضي أن علة الرخصة لهم الحاجة، فإذا ورد الترخيص مطلقًا في موضع آخر لم يجب تقييدها بذلك المعنى الذي ظنناه، وهو الحاجة، ليس معتبرًا بل كانت الرخصة لهم لأنهم أصحاب الواقعة، وغيرهم في حكمهم، وأما أن تكون حاجتهم اقتضت مشروعية ذلك لهم ولغيرهم، فإن الحكم قد ثبت عامًا لمعنى موجود في بعض الناس كقوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيۡهِمُ ٱلۡخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] والمراد إما الصحابة والعرب؛ وإما النفوس الكريمة، وعلى كل تقدير فهم بعض الأمة فما تنفر عنه طباعهم فهو الخبائث وما تميل إليه فهو الطيبات، وغيرهم تبع لهم في ذلك.

وقد يكون الحكم ثابتًا لعلة توجد في الكثير قطعًا، وتعدم في القليل قطعًا كالاسكار، وقد يكون ثابتًا لعلة في زمان النبي ﷺ، ثم زالت كالرَّمل المشروع لاظهار الجَلَدِ والقوة قال ابن عبد السلام: وبقاء هذا الحكم لسبب يخلف ذلك السبب الأول، وهو أنا نتذكر في زماننا سبب هذا الفعل، لأن النفس طالبة للتعليل، فنطلع على السبب الأول، فنعلم حينئذ أن الله تعالى كثرنا بعد القلة، وأعزنا بعد الذلة، وأن الإسلام أظهره الله على الدين كله، ونتذكر أحوال السلف الصالح، وهذه فائدة جاءت استطرادًا.

فإن قلت: لم يرد أيضًا لفظ مطلق في الرخصة من الشارع حتى يتمسك به، وإنما الألفاظ التي وردت في ذلك كلها من الرواة يذكرون أن النبي ﷺ أرخص في العرايا، وهذه حكاية حال لا عموم فيها ولا إطلاق، فجاز أن يكون مرادهم بتلك الرخصة التي صدرت منه ﷺ للمحاويج، وحينئذ لا يبقى دليل على ثبوتها لغيرهم.

قلت: الجواب من وجهين: أحدهما: أن المعتمد في الأصول أن الراوي إذا حكى واقعة بلفظ عام كقوله: «نهى عن الغرر، وقضى بالشفعة للجار» وما أشبهه أنه على العموم، وأن الحجة في المحكي والحكاية معًا خلافًا لما قاله بعض المتأخرين، فإنه لو كان المراد قصة المحاويج لم يجز حكايتها بلفظ العموم، لأنها رخصة في عرايا خاصة لا في كل العرايا، فلما أتى الراوي بلفظ عام وهو من أهل اللسان وجب اعتقاد أن المحكي مطابق له في العموم.

والثاني: أن معنا ههنا قرينة ترشد إلى أن القصة المنقولة غير قصة المحاويج، وهو قوله: «رخص لصاحب العرية» وتلك الرخصة لم تكن لصاحب العرية، بل للمحاويج الذين يشترون منه كما تقدمت الإشارة إليه والله أعلم.

قال الشافعي في «الأم»: وكثير من الفرائض قد نزلت بأسباب قوم فكان لهم وللناس عامة، إلا ما بين الله تعالى أنه أحل لضرورة أو خاصة، ومن جهة القياس أن كل ما جاز ابتياعه للفقير جاز للغني كسائر الأشياء، وقد أورد الشيخ تاج الدين عبد الرحمٰن أن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ قطع القول بالتقييد المذكور في حديث أبي هريرة من المقدار، ولم يعتبر التقييد المذكور من السبب في حديث محمود فلا بد من التسوية أو الفرق، ويبنى ذلك على أنه من باب حمل المطلق على المقيد، وقد تقدم الجواب عنه في دعوى التقييد بالفقراء، وأما التقييد بالمقدار فلأن ذلك منقول عن النبي ﷺ فلما كان التقييد من لفظ النبي ﷺ حملنا المطلق عليه، وأما التقييد بالمحاويج فليس من لفظ النبي ﷺ كما تقدم تقريره، فهذا هو الفرق والله أعلم.

فإن قلت: قررت أن الراجح عند الأصوليين أن قوله: رخص في العرايا وأمثاله عام، وإذا كان كذلك فيكون التقييد بالمقدار في حديث أبي هريرة ذكرًا لبعض أفراد العموم، وذلك لا يقتضي التخصيص، فتبقى الرخصة على عمومها.

قلت: هذا غير سؤال الإطلاق والتقييد الذي تعرض له ومع ذلك فالجواب عنه من وجهين أحدهما: أن التخصيص ليس بذكر لبعض الأفراد بل بمفهوم قوله: «فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق» والمفهوم تخصيص العموم، والثاني: أنا لو أبحنا العرايا في القليل والكثير لزال تحريم المزابنة، وجميع أحاديث الرخصة تقتضي ورودها في شيء دون شيء، ولفظ العرية ينزل على انفرادها عن سائر الأشجار، وذلك يشعر بالقلة وليس في جميع الرطب بالتمر، فلا بد من الرجوع إلى مقدار، وقد ثبت ذلك في حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فتعين الحمل عليه بخلاف تعميمها في الفقراء والأغنياء، فلم يصدنا عنه صاد، ولا فيه مخالفة، بل هو أمر مقطوع به والله أعلم.

فإن قلت: فيجب على من يقول في الأصول بحمل المطلق على المقيد أن لا يحمله ههنا، وتبقى الرخصة على عمومها في القليل والكثير، قلت: يصد عن ذلك الوجه الثاني الذي ذكرته الآن، وأيضًا فإن المذاهب الثلاثة القائلين بالعرايا متفقون على حمل المطلق على المقيد، هذا كله مع ما في حديث محمود بن لبيد عن زيد الذي يتمسك به في الإختصاص بالفقراء، من عدم الإتصال الموجب لعدم الحكم عليه بالصحة، والله أعلم. وبنى الغزالي الخلاف في ذلك على أن الخرص أصل بنفسه، يقام مقام الكل، أو ليس كذلك، فيتبع مورد النص، فعلى الأول نلحق الأغنياء بهم وعلى الثاني نتردد، وهذا كما سأذكره إن شاء الله تعالى عن الإمام في إلحاق بقية الثمار بالرطب، والبناء على ذلك المعنى هناك متجه، وأما هنا فبعيد، والشيخ أبو محمد بناه في السلسلة على الأصل الذي سيحكيه عن الأصحاب من أن العرايا هل أحلت بعد تحريم المزابنة؟ أم لم تدخل في التحريم أصلًا؟ وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى والله أعلم.

فرع: إذا قلنا بالقول الأول فما ضابط المعنى المعتبر في ذلك؟ لم يتعرض أكثرهم لذلك، وقال الجرجاني لما حكى القولين: يختص ذلك بمن لا نقد بيده على القول الآخر، وكذلك عبارة صاحب «التتمة» فإنه قال: بيع العرايا صحيح من الفقراء الذين لا نقد لهم، يشترون به الرطب، فأما الأغنياء فخلاف وقال الروياني في «البحر»: قال المزني: لا يجوز إلا للمعري المضطر، وأصحابنا لم يمنعوا الكلام في ذلك، لأن الصحيح عندهم خلاف هذا القول، وإنما يحتاج إلى ذلك الحنابلة فإن المشهور عندهم أنها لإطلاق الرخصة والله أعلم.

قال ابن قدامة الحنبلي: متى كان غير محتاج إلى أكل الرطب أو كان محتاجًا ومعه من التمر ما يشتري به العرية لم يجز له شراؤها بالتمر.

فرع: لا يشترط عندنا حاجة البائع إلى البيع جزمًا خلافًا لبعض الحنابلة، واشترطت الحنابلة لبقاء العقد أن يأكلها أهلها رطبًا، فإن تركها حتى تصير تمرًا بطل العقد، ونحن نخالفهم في ذلك، واشترط الخرقي من الحنابلة كونها موهوبة من بائعها، كما تقدم عن مالك، وقالت الحنابلة فيما إذا تركها حتى صارت تمرًا: لا فرق بين تركه لغناه عنها، أو تركها لعذر أو لغير عذر، وأخذوا في ذلك بظاهر قوله ﷺ: «يأكلها أهلها رطبًا» ولا دليل لهم في ذلك، لأن المقصود بذلك ذكر الغاية المقصودة لا الإشتراط، ويلزمهم على ما قالوه أنه متى لم يأكلها بطل العقد، وقد سلموا أنه لا يبطل إلا بترك الأخذ، ولا يبطل بترك الأكل بعد الأخذ فلو أخذها رطبًا فتركها عنده أو شمسها حتى صارت تمرًا جاز عندهم، وبهذا يتبين ضعف ما اشترطوه.

فرع: تلخص مما قلناه أنه لا يشترط عندنا حاجة البائع جزمًا ولا المشتري على الأصح وعند بعض الحنابلة وعند مالك يشترط حاجة البائع وحده، وعند أحمد يشترط حاجة المشتري وحده، قال ابن عقيل من الحنابلة: يجوز لحاجة البائع أيضًا، كما يجوز لحاجة المشتري، ويكون الشرط عنده أحدهما لا بعينه، فالأقسام الممكنة الأربعة كل منها قال به قائل، ومجموع الشروط التي وجدت صح البيع باتفاق القائلين بالعرايا حاجة البائع والمشتري وكونها موهوبة من البائع وكونها دون خمسة أوسق، وأن يأخذها المشتري رطبًا، وألا يظهر نقصان يوجب التفاوت بعد ذلك، فإذا اجتمعت هذه الشروط الستة صح البيع باتفاق المذاهب الثلاثة القائلين بالعرايا، وإذا وجد منها الثاني والرابع والسادس صح البيع باتفاق مذهب الشافعي رحمه الله، والشرطان الأخيران لا يشترط العلم بهما حالة العقد، بل إذا فقدا بعد ذلك فقد بينا بطلان البيع، والله أعلم.

فرع: هل يجوز في العرايا أن يبيع جزءًا مشاعًا أو مبهمًا مما على النخلة بالتمر؟ بأن يخرص الخارص أن كل وسق مما عليها يأتي إذا جف نصف وسق فيقول: وسقًا مما على النخلة بنصف وسق تمر؟ أو يخرص جميع ما عليها فيقول: أنه يأتي جافا ثمانية أوسق فيبيع نصفه شائعًا بأربعة أوسق تمرًا؟ لم أر في ذلك نقلًا.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وهل يجوز ذلك في الرطب؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها: يجوز، وهو قول أبي علي بن خيران، لما روى زيد بن ثابت قال: «رخص رسول الله ﷺ في العرايا بالتمر والرطب، ولم يرخص في غير ذلك»، والثاني: لا يجوز وهو قول أبي سعيد الإصطخري، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لا تبايعوا ثمر النخل بثمر النخل» ولأن الخرص غرر، وقد وردت الرخصة في جوازه في أحد العوضين، فلو جوزنا في الرطب بالرطب لجوزناه في العوضين، وذلك غرر كثير زائد على ما وردت فيه الرخصة؛ فلم يجز كشرط الخيار فيما زاد على ثلاثة أيام، والثالث: وهو قول أبي إسحاق أنه إن كان نوعًا واحدًا لم يجز، لأنه لا حاجة به إليه لأن مثل ما يبتاعه عنده، وإن كان نوعين جاز، لأنه قد يشتهي كل واحد منهما النوع الذي عند صاحبه، فيكون كمن عنده تمر ولا رطب عنده.

الشرح: حديث زيد المذكور[1] بهذا اللفظ في «سنن أبي داود»: بسند صحيح لكن فيه بحث رواه البخاري ومسلم رحمهما الله تعالى فقالا فيه: «بيع العرية بالرطب، أو بالتمر» ولم يرخص في غير ذلك هكذا، ومع ذلك لا حجة فيه لهذا

(١) تقدم.

الوجه، لأنه يحتمل أن يكون شك من الراوي، ولا يكون للتخيير والرواية هكذا بأو في «الصحيحين» من رواية عقيل عن الزهري عن سالم بن عبد الله عن أبيه عن زيد، لكن النسائي رواه من جهة سالم عن أبيه عن زيد أيضًا وقال فيه: بالرطب والتمر، هكذا بالواو، فنظرنا فوجدنا ذلك من رواية صالح وهو ابن كيسان عن الزهري، وعقيل أحفظ منه، فروايته مقدمة على رواية صالح، ثم وجدنا الرواية عن نافع متفقة على التمر كأحد روايتي سالم، فرجحنا ذلك على رواية صالح بن كيسان، ثم رأينا الطبراني في «المعجم الكبير»: روى رواية صالح ابن كيسان كما رواها النسائي وزاد فرواها أيضًا من رواية الأوزاعي عن الزهري وقال فيه: بالتمر والرطب كما قال المصنف.

والأوزاعي ـ وإن كان إمامًا ـ لكنه غير متقن لحديث الزهري كإتقان عقيل وقد تابع عقيلًا على ذلك سليمان بن أبي داود عن الزهري كذلك في «معجم الطبراني» والزبيدي أيضًا، وهو من جلة أصحاب الزهري فقال: «رخص في بيع العرايا بخرصها من التمر اليابس»[1] رواه الطبراني، وهذا نص، وتابعهما معمر عن الزهري فقال: «بخرصها تمرًا ولم يرخص في غير ذلك»[2] رواه الطبراني، وهذه الطرق كلها راجعة إلى رواية عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن زيد بن ثابت، وقد روى أبو داود ذلك كما قدمته من طريق يونس عن الزهري عن خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه وقال فيه: «بالتمر والرطب» وهي الرواية التي ذكرها المصنف، والظاهر أنه نقلها من «السنن»، فإنه سمعها وهذه طريقة قوية مقاومة لطريق عقيل، فإن يونس في الزهري عظيم.

ثم أمعنت الطلب ونظرت الحديث من «مسند ابن وهب» الذي هو الأصل، فإن أبا داود رواه من طريقه وجدته فيه: «بالتمر أو الرطب» بألف ملحقة بخط كاتب الأصل، والظاهر أن ذلك غلط من الناسخ، فإن المتقدمين ذكروا رواية ابن وهب هذه مستدلين بها على الجواز، ورواه الطبراني من طريق ابن وهب بالجمع بينهما، لكن بطريق ضعيفة، ورواه الطبراني بالجمع بينهما أيضًا من طريق أسامة بن زيد عن الزهري عن خارجة بن زيد، وفيه لا أدري أذكر أباه أم لا؟ وهذا يقتضي الشك في اتصاله، لكن طريقه لا تقاوم طريق أبي داود فالراجح حينئذ عن خارجة الجمع بينهما، فبعد ذلك يمكن أن يقال: أن رواية ابن عمر عن زيد راجحة على رواية

(١) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٥/ ١١٠).
(٢) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٥/ ١١٠).

خارجة عن زيد كما لا يخفى من صحبة ابن عمر وجلالته وكبره حين سماعه، وخارجة كان عمره في زمن أبيه بضع عشرة سنة.

ويمكن أن يقال: أنه إذا صح ذلك عن خارجة، وفي بعض روايات ابن عمر ﷺ كما تقدم فينبغي أن يحكم بصحة اللفظين عن زيد، وبحمل أو: على التخيير، ويكون زيد ﷺ لما فهم ذلك عبر عنه تارة بأو وتارة بالواو، وهذه أولى من أن يحكم على بعض الرواة بالوهم مع ثقته وجلالته، وعلى هذا يصح استدلال ابن خيران بها على الجواز، ويمكن أن يقال بالتعارض لقوة كل من الطرفين، والشك في ذلك يوجب الحكم بالمنع، لأن الباب باب رخصة فمتى شك في شرطها بطلت، وأما ترجيح رواية خارجة على رواية ابن عمرفغير ممكن، والأقرب الحكم بالتعارض أو ترجيح رواية ابن عمر من الطرق الكثيرة لكثرتها واعتضادها برواية نافع، وأما حمل ذلك على التخيير فيبعده رواية الزبيدي المتقدمة، التي فيها تقييد التمر باليابس وذلك يقتضي أن الرطب بخلافه، وسندها في الطبراني جيد.

ومن جملة المرجحات لحديث ابن عمر ﷺ كونه ثابتًا في «الصحيحين»، ورواية خارجة ليست كذلك، وإن كان سندها صحيحًا. فهذه طريقة في الترجيح يسلكها بعض المتأخرين من فقهاء المحدثين. هذا ما عندي في ذلك، والله عز وجل أعلم.

وحديث ابن عمر ﷺ المذكور في رواية البيهقي في «سننه الكبير» ولفظه: «لا تتبايعوا التمر بالتمر، تمر النخل بتمر النخل»[1] وإسناده فيه محمد بن الحسين بن أحمد الفارسي عن أحمد بن سعيد الثقفي لم أعرفهما. وقال في «معرفة السنن والآثار» وهكذا روى مقيدًا يعني تمر النخل بتمر النخل. فاقتصر المصنف رحمه الله على اللفظ الأخير وهو البدل. وترك المبدل منه. وهو قوله: التمر بالتمر وذلك جائز. لأنه لا يحيل المعنى.

وأما حديث ابن عمر: «لا تبيعوا التمر بالتمر» فذلك ثابت في البخاري. وقد تقدمت الإشارة إلى التوقف في هذا اللفظ فإن ثبت أنه بالثاء المثلثة فيهما فهو على الحديث بدون الزيادة التي فيه مبينة بالنخل. وقول المصنف: هل يجوز ذلك في الرطب بالرطب؟ أي سواء كان على رؤوس النخل فبيعا خرصًا. أو كان أحدهما في الأرض فبيع الذي على النخل خرصًا بالذي على الأرض كيلا. فالأوجه الثلاثة في المسألتين. قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمحاملي والعمراني. والأقرب

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٥/ ٢٩٦).

في عبارة المصنف أن يكون مراده الرطب على رؤوس النخل بالرطب على وجه الأرض. لأنه قال: هل يجوز ذلك؟ إشارة إلى المسألة السابقة وصورتها إذا كان أحدهما في الأرض، وكذلك القاضي أبو الطيب صور المسألة ثم ذكر فرع جريان الأوجه الثلاثة في الصورة الأخرى. والأوجه المذكورة مشهورة. حكاها القاضي أبو الطيب والماوردي والمحاملي والجرجاني والمتولي وابن الصباغ وآخرون. وليس للشافعي نص في هذه المسألة على ما يقتضيه كلام ابن سريج الآتي ذكره ولكنها أوجه الأصحاب:

أحدها: أنه يجوز مطلقًا أن يباع الرطب بالرطب خرصًا فيهما، سواء كان نوعًا واحدًا أو نوعين، وهو قول أبي علي بن خيران، واستدل بالحديث الذي ذكره المصنف وذكره بأو، وكأنه اعتقدها للتخيير، وقد عرفت الجواب عنه جوابًا متقنًا محررًا.

والثاني: وهو الصحيح أنه لا يجوز مطلقًا، ولا يجوز إلا بالتمر، وعزاه الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي وابن الصباغ والمصنف إلى الإصطخري، وقال الماوردي: إن هذا مذهب الشافعي، وقال أبو حامد: إنه أشبه بمذهب الشافعي، وقال المحاملي في «التجريد» و «المجموع»: مع ذلك أنه ظاهر المذهب، وممن صححه الروياني في «البحر»، وقال صاحب «التهذيب» أنه المذهب، واستدل له القاضي أبو الطيب بأن الأصل تحريم المزابنة إلا ما استثنى منه، والرخصة وردت مقيدة بالتمر كما تقدم، فيبقى فيما عداه على الأصل وهو التحريم، والحديث الذي ذكره المصنف إن ثبت نص في ذلك وإن لم يثبت فالتمثيل بالأصل المقتضي للتحريم كاف في ذلك، وأيضًا الأصل في العقود الربوية التحريم كما تقدم غير مرة.

فإن قلت: المصنف رحمه الله لم لا يسلك هذه الطريقة التي سلكها شيخه وهي أقرب مما سلكه، وهو التعليل بكثرة الغرر. وقياس ذلك على شرط الخيار فيما زاد على ثلاثة أيام، فإن التمسك بإدراجها تحت نص خاص أولى من قياس مستند إلى نص عام؟

قلت: ما فعله المصنف أولى لأن المزابنة تقدم أنها مفسرة ببيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر، وأما بيع الرطب بالرطب فهو ـ وإن كان أكثر غررًا وأحق بالبطلان ـ لكن يمكن النزاع في دخوله تحت اسم المزابنة نصًا، وإنما يدخل تحت حكمها إما بطريق أولى فيكون من مفهوم الموافقة، وإما بالقياس عند من يقارن بينهما وهو الصحيح.

وإذا ثبت ذلك: فكل واحد من مفهوم الموافقة والقياس شرطه بقاء أصله،

فمتى بطلت دلالة الأصل بطلت دلالة مفهومه والقياس عليه، وههنا قد بطلت دلالة مفهومه والقياس عليه، وههنا قد بطلت دلالة الأصل فيما دون خمسة أوسق، فيتبعها دلالة المفهوم، والقياس في ذلك العقد وإن بقي في الزائد لبقاء أصله ـ فلذلك ـ والله أعلم ـ عدل المصنف عن ذلك إلى ما ذكره، ويحق له ذلك وهو المبرز في علم النظر، فعلى قول المصنف المعتمد في ذلك النهي عن الغرر، ويجعل الرخصة الواردة في الرطب بالتمر مستثناة منه، ولا يضره في ذلك كونها مستثناة من المزابنة، لأن المزابنة نوع من الغرر، والمستثنى من النوع مستثنى من الجنس، والوصف المقتضى لإلحاقه بما زاد على الثلاث مركب من شيئين، الغرر وكون ذلك على سبيل الرخصة، وأحدهما بمجرده ليس كافيا في التعليل، والله أعلم.

وممن صحح هذا القول القاضي أبو الطيب فيما حكى الشاشي عنه والروياني في «البحر» والبغوي والرافعي ويقتضيه ايراد الجرجاني.

والوجه الثالث: وهو قول أبي إسحاق المروزي واختلفت عبارة الأصحاب عنه، فالذي قاله أبو الطيب وابن الصباغ والمصنف والمتولي أنه إن كانا نوعًا واحدًا لم يجز، وإن كانا نوعين يجوز كالرطب المعقلي بالتمر البرني، والرطب البرني بالتمر المعقلي، وما أشبهه، وأطلقوا ذلك فيما إذا كانا على النخل أو أحدهما على الأرض، وقال المحاملي: وأبو حامد فيما حكى عنه صاحب «العدة» والروياني والماوردي: يجوز إذا كان الرطبان على رؤوس النخل وكانا نوعين أما إذا كان أحدهما على الأرض فإنه لا يجوز مطلقًا، وكذلك إمام الحرمين حكى الأوجه الثلاثة عن حكاية العراقيين، كما حكاها المحاملي. من غير تعيين أبي إسحاق قال إمام الحرمين: فإن كان الغرض الذي أشار إليه الخبر أن يستبدل رطبًا على الشجر بأكله على مر الزمن، فالرطب على الأرض بين أن يفسد وبين أن يجف، وزاد الإمام على المحاملي زيادة سأتعرض لها في فرع مفرد قريبًا إن شاء الله تعالى.

وقد احتج أبو إسحاق لقوله بما ذكره المصنف، وأجاب الشيخ أبو حامد بأن طعم أحد النوعين يقارب طعم الآخر، فلا تدعو الحاجة إلى إجازة ذلك وروى هذه الأوجه الثلاثة، ووجه رابع أنه يجوز بيع الرطب على الأرض بالرطب على النخل بكل حال، لأنه أدوم نفعًا أي سواء كانا نوعًا أو نوعين؛ ويجوز ما على النخل بما على النخل إذا كانا من نوعين، ولا يجوز إذا كانا من نوع واحد لفقد الفائدة، ونقله الماوردي والروياني عن ابن أبي هريرة، وقد رأيت في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة أطلق جواز بيع الرطب على النخل بالرطب على الأرض، ويذكر إذا كانا على النخل والله أعلم.

فجملة الأوجه في المسألة أربعة، وقد جمعها الماوردي وحكاها كذلك، وتبعه صاحب «البحر»، وما نقله المحاملي والماوردي ومن تبعهما يمكن أن ينزل عليه كلام من أطلق، فإن كان الأمر كذلك فيجب تقييد كلام المصنف في قوله: وإن كانا نوعين جاز إذا كان على النخل ولكن هذا التقييد ينافيه كلام أبي الطيب، فإنه صرح في جريان الأوجه الثلاثة فيما إذا كان أحدهما على الأرض، فإن جمعنا بين النقلين جاءت خمسة أوجه في المسألة، وكذلك فعل ابن الرفعة في المطلب. وفيه بعد لأن الشخص المنقول عنه واحد، وهو أبو إسحاق، فكيف يحكي ذلك وجهين؟ إلا أن يكون اختلف قوله في وقتين والأقرب أن ذلك اختلاف علة من الناقلين، وينبغي أن يقصد الجمع بينهما، ويبقى تجويز النقل أن يقول قيل كذا ولا يقول: فيه وجهان، لأنه لم يثبت أنهما وجهان، وقد نقل في كل منهما أنه قيل وعبر الغزالي في «الوسيط» بعبارة لا توجد في كلام غيره.

والثاني: إن كان أحدهما موضوعًا جاز، وإن كان على الشجرة فلا، وهذا وهم بلا شك، وكأنه مل القلم فأراد أن يكتب إن كان أحدهما على الأرض لم يجز، وإن كانا على الشجر جاز، كما هو في «النهاية» فانقلب عليه، هذا ما لا أشك فيه، وقال الجوري: إذا كان للرجل نوع من الرطب جاز أن يشترى نوعًا آخر من الرطب ليس عنده خرصًا كالعرايا، هذا جواب ابن خيران وقال ابن سريج: لم يتعرض الشافعي لهذا، وإذا صح الحديث جاز، والحديث صحيح، وذكر حديث خارجة بن زيد عن أبيه من طريق ابن وهب ومن طريق صالح بن كيسان، وهذا من ابن سريج والجوري موافقة لابن خيران أو لأبي إسحاق.

فرع: إذا قلنا بجواز بيع الرطب على النخل بالرطب على الأرض هل المعتبر فيه الخرص أو الكيل؟ كلام الرافعي يقتضي أنه الكيل، والذي رأيته في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة خلافه، فإنه قال: ويجوز أن يباع الرطب بالخرص بالرطب الموضوع بالأرض إذا نقص عن خمسة أوسق.

فروع: عرفت أن الأصح من الأوجه الثلاثة المنع مطلقًا، وقد شذ ابن أبي عصرون فصحح قول أبي إسحاق أنه إذا اختلف نوعهما صح.

فرع: إذا كان الرطب بالرطب كلاهما على الأرض لم يجز، جزم بذلك صاحب «الشامل» وصاحب «التهذيب»، لأنه يتسارع إليه الجفاف أو الفساد، فلا يحصل المقصود وهو أكل الرطب على «الأم»، وحكى القفال في «شرح التلخيص» فيه وجهين، وقال المتولي: إن فيه الأوجه الثلاثة، وقال إمام الحرمين في حكاية الأوجه الثلاثة عن حكاية العراقيين في بيع الرطب بالرطب.

الثالث: الفصل بين أن يكون الرطبان أو أحدهما على الأرض فيمتنع، أو يكونا على الشجر فيجوز، وهذا يقتضي أن أحد الأوجه قائل بالجواز مطلقًا إذا كانا على الأرض أو أحدهما، ولم أجد في طريق العراقيين من نص على الجواز فيما إذا كانا على الأرض، ولا حكي فيه خلافًا. وإنما الخلاف في ذلك في طريقة الخراسانيين. وممن حكى الأوجه الثلاثة فيه صاحب التتمة: وإذا جوزنا ذلك فهل يباع خرصًا أو كيلًا؟ الذي يقتضيه كلام القفال رحمه الله وصاحب «التتمة» الأول. فإنه قال: فأما بيع الرطب بالرطب خرصًا وهما موضوعان على الأرض، أو بيع الرطب على رؤوس الشجر بالرطب خرصًا، فعلى وجهين، أحدهما: يجوز، لأن بيع الرطب بالتمر فيه وجهان خرصه رطبًا ثم خرصه تمرًا، ومع ذلك يجوز، وإذا كان الرطب على الأرض فليس فيه إلا جهالة واحدة، وهو أن يقول خرصها تمرًا كذا، ويعلم مقدارها في الحال، فهذا بالجواز أولى، هذا ما رأيته في «شرح التلخيص» للقفال.

ونقل الرافعي رحمه الله تعالى أن القفال ذكر في «شرح التلخيص»: أنه على الخلاف، لأنه إذا جاز البيع وأحدهما أو كلاهما على رؤوس النخل خرصًا واحتملت الجهالة فلأن يجوز مع تحقق الكيل في الجانبين كان أولى، فأوهم هذا النقل أمرين:

أحدهما: أن القفال جعل بيع الرطب بالرطب المقطوع على الأوجه الثلاثة، وليس في كلامه إلا ذكر وجهين.

والثاني: أنه يكون البيع في ذلك كيلا، والقفال إنما قال خرصًا، وكذلك صاحب «التتمة» نعم رطبًا بل يخرص ما يجيء منهما تمرًا فحسب، والذي يقتضيه ذلك أنه إذا علم أن كيل هذا الرطب الآن أربعة أوسق، وكيل الرطب الآخر أربعة ونصف، وخرص ما يجيء منهما تمرًا فكانا سواء أنه يجوز البيع ولا اعتبار بالتفاضل في الكيل الآن فحينئذ تحقيق الكيل في الجانبين لا أثر له إلا تخفيف غرر خرصه تمرًا فإنه يكون حينئذ أقل خطأ، فتنبه لذلك فإن ما نقله الرافعي رحمه الله عن القفال يوهم أنه لو باع صاع رطب بصاع رطب مقطوعين صح من غير اعتبار الخرص، وليس في كلام القفال ذلك والله أعلم.

وقد تابع الرافعي على ذلك ابن الرفعة فقال: إن معياره الكيل كما قاله الرافعي، وهو وهم والمناقشة في هذا الفرع تقرب من المناقشة في الفرع المتقدم قريبًا في بيع الرطب على النخل بالرطب المقطوع على الأرض، وقال القاضي حسين في «تعليقه»، لا خلاف أن بيع الرطب بالتمر كيلا على الأرض أو على

الشجر من غير اعتبار المآل لا يجوز، وهي المزابنة، فهذا نص القاضي أكبر تلامذة القفال وأعلم بكلامه، وبالجملة فما أوهمه كلام الرافعي غير مقبول والله سبحانه أعلم.

فائدة: أربع مسائل تنبنى على أصل واحد، وهو أن العرية جوزت للحاجة أو رخصة، فعلى الأول لا تصح إلا في التمر والرطب على النخل للفقراء وعلى الثاني تصح مع الأغنياء بالرطب على الأرض إذا كانا رطبين من الجانبين. قالها القاضي حسين.

فرع: بيع التمر بالرطب على الأرض قال المحاملي: لا خلاف على المذهب أنه لا يجوز، وذلك ظاهر على طريقة العراقيين في اتفاقهم على منع بيع الرطب بالرطب وهما على الأرض، أما المراوزة فقد تقدم الخلاف عنهم في الرطب بالرطب وهما على الأرض، فلا جرم ذكروا أيضًا خلافًا في الرطب بالتمر، قال القاضي حسين: وجهان، أحدهما: لا يجوز لأن المعنى الذي جوزت له العرية وهو الانتفاع على مرور الأيام لا يتحقق لأنها لا تجف في الحال، والثاني: يجوز لأنه لما جاز على النخلة مع الخرص، فلأن يجوز مع يبسه والإحاطة به أولى، وقال الإمام إن بنينا الباب على الإتباع امتنع، وإن جعلنا الخرص أصلًا سوغنا، وسيأتي قول الإمام الذي ادعى فيه أن الخرص أصل مع تلوم، وقد تقدم التعرض لهذه المسألة، والتنبيه على الجزم بأن ذلك لا يجرى في غير العرايا، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز في العرايا فيما زاد على خمسة أوسق في عقد واحد، لما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ «نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة»[1] فالمحاقلة أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق من حنطة، والمزابنة أن يبيع الثمر على رؤوس النخل بمائة فَرَق، والمخابرة كراء الأرض بالثلث والربع.

الشرح: حديث جابر رضي الله عنه رواه مسلم بهذا اللفظ، وقال البيهقي[2]: إن البخاري رواه ولم أره في البخاري إلا من رواية أبي سعيد الخدري[3] وما ذكره

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٢٨١) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٣٦) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٧٣) والنسائي في سننه (٧/ ٣٧) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢١٦) وأحمد في المسند (٣/ ٣٦٠، ٣٨١).

(٢) (٥/ ٣٠٩).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٨٦) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٤٦) وأحمد في المسند (٣/ ٦).

المصنف ذكره الشافعي، هكذا روينا في «مسند الشافعي»[١] من طريق الربيع عنه وكذلك هو في «الأم» في باب المزابنة، والتفسير يحتمل أن يكون من قول جابر، فإن في مسلم في الرواية قال عطاء: فسر لنا جابر قال: «أما المخابرة فالأرض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل فينفق فيها، ثم يأخذ من التمر» وزعم أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا، والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك، بيع الزرع القائم بالحب كيلا، وفي رواية أخرى في مسلم: «المحاقلة أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم، والمزابنة أن يباع النخل بأوساق من التمر، والمخابرة الثلث والربع وأشباه ذلك».

وفي هذه الرواية ذكر الحديث وهذا التفسير جملة، ثم قال الراوي قلت لعطاء بن أبي رباح: «أسمعت جابر بن عبد الله يذكر هذا عن رسول الله ﷺ؟ قال: نعم» وظاهره أن التفسير من قول النبي ﷺ وعندي فيه توقف، لأن الراوي الأول عن عطاء الذي ميز التفسير من الحديث أجل من راوي الرواية الأخرى المحتملة، وقوله: «بمائة فرق» المقصود بذلك على جهة المثال لا أنه تحديد. والإمام الشافعي رحمه الله روى في «الأم» سؤال ابن جريج لعطاء، وأن جابرًا فسرها لهم، ثم قال الشافعي: وتفسير المحاقلة والمزابنة في الأحاديث يحتمل أن تكون على رواية من هو دونه والله أعلم.

وقال أبو عبيد القاسم بن سلام في «غريب الحديث»: سمعت غير واحد ولا أتبين من أهل العلم ذكر كل واحد منهم طائفة من هذا التفسير فقالوا: المحاقلة بيع الزرع وهو في سنبله بالبر، وهو مأخوذ من الحقل، والحقل هو الذي يسميه أهل العراق القداح، يعني الأرض المعدة للزراعة كما اقتضاه كلام غيره، وصرح به ابن باطيش وهو في مثل يقال: لا تنبت البقلة إلى الحقلة، والمحقل السنبل قال الماوردي: جاء عن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع الطعام في محقله» يعني في سنبله، قالوا: والمزابنة بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر.

وقال أبو عبيد في المخابرة: هي المزارعة بالنصف والثلث والربع، فأقل من ذلك وأكثر، وهو الخبر أيضًا، وكان أبو عبيدة يقول بهذا سمى الأكار الخبير لأنه يخابر الأرض والمخابرة المذاكرة قال ابن باطيش وقيل: إن أصلها مشتق من خيبر، لأن النبي ﷺ أقر أهل خيبر عليها لما فتحها على أن لهم النصف من ثمارهم وزرعهم، وعليهم العمل، فقيل: قد خابرهم أي عاملهم بخيبر، وهذا التفسير مطابق لمذهب الشافعي رحمه الله تعالى.

---

(١) (٢/ ١٥١).

وذكر أصحابنا أن المحاقلة استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها، وهو المخابرة، وقد يقال: استكراء الأرض بالحنطة، واستدلوا على ذلك بما روى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ «نهى عن المحاقلة، والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة»[1] قال الشيخ أبو حامد وغيره: وما قلناه أولى، يعني بعد تعارض الروايتين، لأن اللغة تشهد له، وذلك أن هذه اللفظة من الحقل وهو الزرع. ويقال: الحقل القداح المزروعة والحواقل المزارع، قال أبو الطيب: وكذلك لا يصح إجارته بحال، لأنه قال في «شرح التلخيص»: إن الحقل الأرض البيضاء.

وروى الشافعي رحمه الله ومسلم بن الحجاج في «الصحيح» عن سعيد بن المسيب في مرسلاته تفسير المحاقلة بالأمرين جميعًا، قال الشيخ أبو حامد: فثبت التفسير الذي ذكرنا، يعني أنه مستعمل في ذلك فأما استعماله في المعنى الآخر فيمكن أن يقال: إن ذلك مرسل مخالف للقياس، لأن الأجرة بدل من منافع الأرض، وليس في كون الحب أجرة لمنافع الأرض معنى يوجب فساد العقد، ويمكن أن يقال: إن هذا المرسل يعتضد بحديث أبي سعيد. ونتكلم في وجه القياس في ذلك، ومحل ذلك ينبغي أن يكون في كتاب الإجارة، وإنما نتكلم هنا في المزابنة قال الماوردي وغيره: المزابنة في اللغة المدافعة، ولهذا سميت الزبانية لأنهم يدفعون إلى النار، وقالوا زبنت الناقة برجلها إذا دفعت قال الشاعر:

ومستعجب مما يرى من آياتنا ولو زبنته الحرب لم يتعجب

فسمى بيع الرطب بالتمر مزابنة، لأنه دفع التمر باسم المزابنة بالرطب وبيعه لا يجوز، قال الأزهري: وإنما خصوا بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر باسم المزابنة لأنه غرر لا يخص المبيع بكيل، ولا وزن، وخرصه حدس وظن، معنى لا يؤمن فيه من الربا المحرم، وهذا يقضي أن المزابنة تختص ببيع التمر على رؤوس النخل وهو مقتضى التفسير الذي ذكره المصنف في الحديث عن جابر، وكذلك قال ابن الصباغ وآخرون، وقد تقدم في كلام أبي حامد وغيره مع الحنفية أن بيع الرطب بالتمر مطلقًا يسمى مزابنة، وهو مقتضى كلام الماوردي الذي ذكرته الآن وكذلك قال الخطابي.

وقد جاء في رواية يحيى بن بكير في «الموطأ»[2] في حديث ابن عمر في تفسير المزابنة، قال: «المزابنة الرطب بالتمر كيلا» والمعنى واحد أو متقارب، وتبين إن صح أن المراد بالتمر الرطب، والله أعلم. وقد ذكر رواية أيوب عن نافع عن ابن

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٣٩).
(٢) (٢/ ٤٨٦).

عمر أن المزابنة أن يبيع الرجل ثمرته بكيل إن زاد فلي وإن نقص فعليّ. وهو قريب من الأول قال ابن عبد البر: ولا خلاف بين العلماء أن المزابنة ما ذكر في هذه الأحاديث تفسيره عن ابن عمر من قوله أو مرفوعًا، وأقل ذلك أن يكون من قوله، وهو راوي الحديث، فنسلم له، فكيف ولا مخالف له في ذلك؟ وكذلك كل ما كان في معناه من الجزاف بالكيل، في الجنس الواحد المطعوم أو الرطب اليابس من جنسه، والفرق مكيال من المكاييل يسع ستة عشر رطلًا، والمشهور فيه فتح الراء وفيه لغة أخرى بإسكانها حكاها ابن قابوس وابن سيده، وأنكرها ثعلب فعلى المشهور هو مشترك بينه وبين الخوف، والله أعلم.

وجمع الفرق على اللغتين فرقان كبطن وبطنان وحمل وحملان قاله ابن الأثير في «شرح مسند الشافعي»، والوسق ـ بفتح الواو وكسرها والفتح أصح ـ يجمع على أوسق وأوساق ووسوق وقال المروذي قال شمر: كل شيء حملته وسقته وقال غيره: الوسق ضمك الشيء بعضه إلى بعض، وقال ابن سيده: الوسق حمل بعير، وقيل: هو ستون صاعًا بصاع النبي ﷺ وقيل: هو العدل وقيل العدلان. وقد اتفق الأصحاب على الحكم المذكور.

قال الشيخ أبو حامد والمحاملي: لا خلاف أن فيما زاد على خمسة أوسق لا يجوز وهو مذهب مالك وأحمد وقال محمد من المالكية: أنه يمضي إذا وقع قال ولو جوز ابتداء من غير كراهة لكان أقيس يعني إذا اشتراها بخرصها نقدًا لأن عند مالك الخمسة الأوسق فما دونها تباع بالستة كما تقدم وهذا قول شاذ وقد تقدم عند الكلام في اقتضاء جوازها للأغنياء ما يمكن أن يتعلق به من جهة حمل المطلق على المقيد وجوابه والصواب الأول والنص الصريح في النهي عن المزابنة دليل عليه والمضر فيه أنه بيع طعام بجنسه، مجهول التساوي ولم يرد فيه رخصة، ولا هو في معنى ما وردت فيه وكذلك المحاقلة للنص والمعنى المذكور ومعنى آخر وهو أنه بيع طعام وتبن بطعام وذلك لا يجوز، وأيضًا لأن من دونه حائل، قاله ابن أبي هريرة والأصحاب وليس هذا محل الكلام على المحاقلة والمخابرة وإنما نتكلم هنا في المزابنة.

فائدة: الفرق بين المحاقلة والعرايا حيث جوز في العرايا في القليل، ولم يجوز في المحاقلة في قليل ولا كثير، والفرق ظاهر وهو الحاجة إلى أكل الرطب حال كونه رطبًا بخلاف السنبل فإنه لا يحتاج إليه والله أعلم.

وقد اتفق الأصحاب على أنه إذا زاد على خمسة أوسق في عقد واحد لا يصح قاله الماوردي: فإن قيل: فهذا أبطلتموه فيما زاد على الخمسة، وجوزتموه في

الخمسة، قيل: لأنه بالزيادة على الخمسة قد صار مزابنة، والمزابنة كلها فاسدة وهذا الجواب لا يشفي، فإن الخمسة إذا كانت جائزة فضمت مع غيرها فالقياس تخريجه على تفرق الصفقة والمزابنة قد استثنى منها مقدار خمسة أوسق فلعل مأخذ المنع من ذلك الاحتياط في عقود الربا، وأنه بالزيادة صار العقد ربا والربا حرام بخلاف عقد لم ينه عنه ورد على ما يجوز وما لا يجوز؟ فلا يوصف بالحرمة المطلقة ولا بالحل المطلق بل هو بالنسبة إلى ما يجوز حلال وإلى غيره حرام. وأما عقود الربا فحرام من حيث هي لا لأمر يرجع إلى المعقود عليه، بل إلى نفس تلك المقابلة والله أعلم.

وقد وفى الجوري بمقتضى التخريج وحكى قولين فيما إذا عقد على أكثر من خمسة أوسق، أحدهما: لا كمن نكح أختين، والثاني: يصح في الخمسة ويبطل في الزائد وللمشتري الخيار وقد علمت أن المزابنة بيع الرطب بالتمر، والمحاقلة بيع الزرع بالحنطة. ثم إن سائر التمر في شجرها بجنسها لا يجوز، وسائر الزرع في سنبله كذلك، فاختلف أصحابنا على ما حكاه الماوردي هل ذلك لدخولها في اسم المزابنة أو قياسًا عليها؟ فأحد الوجهين: وهو ظاهر مذهب الشافعي أن ذلك لدخول سائر الثمار في اسم المزابنة وسائر الزرع في اسم المحاقلة، فكان تحريمه نصًا لا قياسًا والوجه الثاني: وهو مذهب أبي علي ابن هريرة أن النص في المحاقلة والمزابنة يختص بالحنطة والنخل، وسائر الزروع، مقيسة على الحنطة في المحاقلة وسائر الثمار مقيسة على النخل في المزابنة، فكان تحريمه قياسًا لا نصًا.

قال القفال في «شرح التلخيص»: المحاقلة بيع الزرع في الأرض بعد ما يعقد الحب بالحنطة، وقال القاضي حسين: المحاقلة بيع الحنطة المنقاة بالحنطة في السنابل، وذلك لا يجوز، وهو مشتق من الحقل، وذلك اسم الأرض البيضاء، والمزابنة بيع الرطب على الأشجار بالتمر على وجه الأرض، فأما إذا باع الحنطة على وجه الأرض بالقصل قبل أن يتسنبل أو قبل أن تشتد فيه الحبات فإنه يجوز؛ لأنه بيع الحنطة بالحشيش. وكذا لو باع الحنطة على وجه الأرض بالشعير في سنبله جاز. وأما إذا باع الشعير على وجه الأرض بالقمح في سنبله ففيه قولان. كما [في] بيع الغائب.

وقال مالك رحمه الله: صورة المحاقلة والمزابنة أن يقول الرجل لآخر: اضمن لي صبرتك بعشرين صاعًا فما زاد فلي، وما نقص فعلي اتمامها. هذا كلام القاضي حسين. وقولهم في «تفسير المحاقلة»: بيع الزرع بالحنطة. هكذا أطلقه جماعة. وقال الماوردي: بيع الطعام في سنبله بالطعام المصفى. وقيده المحاملي

بأنه بيع الحنطة في سنبلها بالحنطة. وهو الصواب: وقيده الصيمري في «شرح الكفاية» فقال: بيع السنبل من البر قائمًا بالحنطة. فتقييده بالبر لا بد منه. وكذلك قيده الفوراني في «الإبانة». وقال القفال والقاضي أبو الطيب وصاحب «التهذيب»: بيع الزرع بعد اشتداد الحب بمثله نقيًا. وهذا يدخل فيه الشعير وغيره. وتكون الحنطة على سبيل التمثيل. قال الصيمري: ولو بيع بالدراهم لم يجز إلا أنه غير المحاقلة، وقال أبو داود لما ذكر التفسير المذكور قال: إذا حزر الزرع أنه يحصد منه مائة فرق فبيع بمائة فرق، فلا يجوز، فإن لم يكن فيه هذا الخرص وهذا التقدير فأولى بالفساد، والله أعلم.

فرع: قول المصنف: في عقد واحد. مفهومه أنه يجوز في عقود متفرقة، والأمر كذلك يجوز أن يبيع الرجل ثمر بستانه كله لجماعة. كل واحد منهم دون خمسة أوسق، نص على ذلك الشافعي والأصحاب، وقال إمام الحرمين: أنه لا خلاف فيه، ويجوز أن يبيع أيضًا للرجل الواحد في عقوده، كل عقد دون خمسة أوسق أو خمسة إن جوزناها، نص عليه الأصحاب القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمحاملي، ونفى الخلاف فيه إمام الحرمين والمتولي قال النووي في «الروضة»:

«لأن الرخصة عامة في جميع العقود وخالف في ذلك أحمد فقال: لا يجوز أن يبيع أكثر من عرية واحدة، ولا يشتري أكثر من صفقة واحدة ومذهبه معروف في سد باب الحيل».

وقد أورد الأصحاب سؤالًا وجوابه نقلهما القاضي أبو الطيب عن أبي إسحاق أنه قال: فإن قيل: إذا أجزتم ذلك فقد أبطلتم المزابنة وجعلتم للناس أن يبيعوا جميع ثمارهم على رؤوس النخل بالتمر، والجواب: أن المزابنة حكمها ثابت في العقد الواحد، وقال ابن الرفعة: يظهر إذا قلنا باختصاصها بالفقراء ألا يصح، لأنه بالخمسة الأولى غني شرعًا، واعتباره هنا أولى من اعتبار الغنى العرفي، قلت: وجواب ذلك أن الخمسة الأولى قد يكون أكلها أو أزالها عن ملكه أو لا تسد كفايته، واعتبار الكفاية في ذلك أولى من جعله مالكًا لنصاب الزكاة، وقد تقدم ما اقتضاه كلام صاحب «التتمة» والجرجاني، من أن المعتبر أن لا نقد بأيديهم، وهو حاصل هنا والله أعلم.

فرع: ويفهم منه أنه إذا باع ثمانية أوسق من رجلين صفقة واحدة جاز لأنه بمنزلة الصفقتين، وإذا كانت ستة عشرة وسقًا بين رجلين فباعها من رجلين جاز، لأن كل واحد منهما باع حقه، وهو ثمانية أوسق من رجلين فيصير كأنه باع من كل واحد منهما أربعة أوسق، وبذلك كله صرح القاضي أبو الطيب والماوردي والقاضي

حسين وابن الصباغ والرافعي وغيرهم ولا خلاف في المذهب فيه وفرضها الماوردي في عشرين وسقًا إلا مدا وهو أبلغ في التمثيل. ونقل ابن الصباغ وغيره خلاف أحمد في ذلك قال: لأن البائع عنده لا يجوز أن يبيع أكثر من عرية واحدة وعندنا يجوز.

فرع: إذا باع رجلان من رجل واحد أكثر من خمسة أوسق ففيه وجهان حكاهما الفوراني وغيره من المراوزة، والصحيح: الجواز، كمال لو باع من رجلين، لأن الصفقة تتعدد بتعدد البائع جزمًا وفي تعددها بتعدد المشتري وجه، وقد جزمنا بأنه هنا تجوز الزيادة على الخمسة عند تعدد المشتري واتحاد البائع، فينبغي أن يكون عند تعدد البائع واتحاد المشتري أولى بالجواز، والوجه الثاني: أنه لا يصح وهو اختيار صاحب «التلخيص» لأنه يدخل في ملكه أكثر من خمسة أوسق بطريق الخرص دفعة واحدة وهو يخالف مقصود الخبر؛ وفرق إمام الحرمين بين هذا وبين الرد بالعيب حيث يلاحظ فيه التعدد والاتحاد بأن المبيع خرج عن ملك البائع دفعة. فلو رجع إليه بعضه لكان خارجًا بعيب عائدًا بعيبين؛ وإذا تعدد البائع يرد المشتري تمام ملك أحدهما عليه لم يتضمن تنقيصنا عليه لم يكن قبل والمقصود في العرايا أن لا يملك الرجل دفعة واحدة خمسة أو أكثر من خمسة وهذا الوجه ضعفه البغوي والروياني والرافعي؛ وممن رجح الجواز في ذلك صاحب «العدة» والعمراني.

فرع: فلو باع عشرين وسقًا من أربعة فعلى القولين ـ إن جوزنا العرايا في خمسة ـ وقال في «الروضة»: وسواء في هذه الصورة كانت العقود في مجلس أو مجالس حتى لو باع الرجل ألف وسق في مجلس واحد بصفقات؛ كل واحد دون خمسة أو سق جاز.

فرع: لو باع الزرع قبل بدو الحب فيه بالحنطة جاز، فإن الزرع حشيش بعد، غير معدود من المطعومات، قاله الإمام والرافعي، وكذلك قال الروياني في «البحر»: يجوز بشرط القطع؛ وفرضه فيما إذا لم يشتد الحب؛ وهو مراد الإمام، وكذلك صاحب «التهذيب». وقال: سواء تسنبل أم لم يتسنبل. فينبغي أن يقيد اطلاق تفسير المزابنة بالزرع بالحنطة وإلا حرم؛ قال الإمام وجماعة: إن معناها الحب في السنبل بالحنطة لكن قول صاحب «التهذيب» أنه يجوز إذا تسنبل، مشكل فإنه بيع قمح رطب مستتر مع تبنه بقمح وذلك نوع من الفساد؛ والرافعي قال: قبل ظهور الحب فلا يرد عليه شيء.

فرع: حكى أصحابنا عن مالك رحمه الله أنه فسر المزابنة بأن يكون لرجل صبرة من طعام فيقول له رجل: في صبرتك ستون وسقًا، فيقول صاحب الصبرة:

ليس فيها ستون وسقًا، فيقول له الحازر نكيلها، فإن نقصت تممتها، وإن زادت أخذت الزيادة، وقد ذكر الشافعي رحمه الله تعالى هذه المسألة في «الأم» وقال: إن ذلك قمار مخاطرة وليس بعقد. وأنه من باب أكل المال بالباطل، وكذلك لو قال رجل: عد قثاءك أو بطيخك أو اطحن حنطتك فما زاد على كذا فلي، وما نقص فعلي وكذلك ـ فيما قال الماوردي ـ لو أخذ ثوبًا لرجل فقال: أنا أقطعه لك قميصًا، فإن نقص غرمته وإن زاد أخذت الزيادة فكل هذه الأشياء حرام بالاتفاق، لكن الاختلاف في أن ذلك داخل تحت المزابنة أو لا؟ فإن هذا مخاطرة موضوعه أن يدفع عند النقصان ما لا يأخذ عوضه، ويأخذ عند الزيادة ما لا يعطى بدله فصار بالقمار والمخاطرة، أشبه منه بالبيع والمزابنة.

والذي حكاه أبو بكر بن العربي أن المزابنة بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر، فعلى هذا لا خلاف بيننا وبينهم، قال ابن العربي: ثم حمل على ذلك كل رطب بيابس ونقل ابن العربي عن مالك أنه قال: المزابنة كل شيء من الجزاف لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده، أتبيع بشيء من المسمى من الكيل والوزن والعدد؟ واختصاره بيع المجهول بالمعلوم وهذا أيضًا يوافق تفسير الشافعي، فإنه قال في المزابنة: كل جنس من الطعام عرف كيله اشتري بجنس مثله مجهول الكيل، أي المزابنة المحرمة، وليس مقصود تفسير ما جاء في الحديث والخلاف أن يثبت في تفسير اللفظ لا في المعنى، فإن العقود المذكورة محرمة عندنا وعنده، قال ما معناه ذلك، وشذ الصيمري فجعل المزابنة شراء الرطب في رؤوس النخل بثمر في الأرض جزافًا، وعلى هذا لا يحتاج إلى استثناء العرايا، وهو يخالف قوله: ورخص في العرايا.

فرع: قال الشيخ أبو حامد في «الرونق»: المحاقلة على ضربين، أحدهما: بيع الحنطة في سنبلها، وهو ممتنع كالجوز واللوز في قشرته، والثاني: بيع الحنطة مع التبن. ففيه قولان بناء على خيار الرؤية، وهذا الكلام يقتضي أنه لا يشترط في المحاقلة أن يكون المبيع بالحنطة، وهو خلاف المشهور وخلاف ما صرح به الصيمري فيما تقدم. وهذا اختلاف في التسمية، والأحكام لا نزاع فيها. وأما جزمه في الأول بالبطلان وحكايته القولين في الثانية فينبغي أن يؤخر الكلام عليه إلى باب الأصول والثمار.

فرع: اعتبار الخمسة ههنا هل هو تحديد أو تقريب؟ صرح الماوردي على قولنا: أنه لا يجوز إلا أقل من خمسة أوسق، أنه لو باع خمسة إلا مدًا أو إلا ربع مد صح، فيما إذا اشترى أربعة أنفس عشرين وسقًا إلا مدًا، ومقتضى ذلك أن

الخمسة إذا نقصت ربع مد صح جزمًا، وهذا يشعر بالتحديد لأن ربع مد رطل وثلث في ألف وستمائة رطل قليل جدًا، والأصحاب أطلقوا الخمسة من غير تعرض لتحديد، ولا تقريب، قال ابن الرفعة: ولا يبعد تخريجه على أن الخمسة الأوسق في الزكاة تحديد أو تقريب، فقد حكى عن العراقيين أنه لا يضر لنقصان خمسة أرطال، فينبغي أن يكون النقص أكثر من خمسة أرطال.

قلت: وقد صرح النووي بهذه المسألة. وأن ذلك على سبيل التحديد في مجموع لطيف أسماه «رؤوس المسائل وتحفة طلاب الفضائل» وذكر فيه مسألة في بيان جملة من المقدرات الشرعية، فذكر مما هو على سبيل التحديد عدد الذي تنعقد به الجمعة ومدة مسح الخف، وأحجار الاستنجاء، ولو باع الكلب ونصيب الزكاة وقدر الواجب فيها وفي زكاة الفطر، وفي الكفارات، وتعتبر سن البلوغ بخمسة عشر وتقدير الرخصة في بيع العرايا بخمسة أوسق إذا جوزنا في خمسة أوسق، ومنه الآجال في حول الزكاة والحرمة والعدة ودية الخطأ ونفي الزاني وانتظار العنين والمُولِى وحول الرضاع وجلد الزاني والقاذف وتخصيص الزيادة على الأربعين على سبيل التقدير بثمانين ونصاب السرقة بربع وغير ذلك.

ومن التقدير الذي على سبيل التقريب سن الرقيق المسلم فيه والموكل في شرائه. ومن التقدير المختلف فيه تقدير العلتين وسن الحيض والمسافة بين الصفين ومسافة القصر ونصاب المعشرات وفي كلها وجهان، الأصح: التقريب لأنه يجتهد في هذا التقدير وما قاربه وهو في معناه بخلاف المنصوص على تحديده وفي كلام النووي الذي حكيته تقييد ذلك بما إذا جوزنا في خمسة أوسق، ولا يتقيد بذلك بل إذا قلنا: إنه لا يجوز في الخمسة فنقص عنها نقصًا يسيرًا فإنه يجوز العقد عليها لأنا جعلنا ذلك تحديدًا وقد حصل النقص عليها فيمتنع والله أعلم.

فرع: لو باع الحنطة في سنبلها بالشعير على وجه الأرض فإن فيه القولين في بيع الغائب قال: ولو باع الشعير في سنبله بالحنطة على وجه الأرض أو الرطب على رأس النخل بجنس آخر من الثمار على الشجر، أو على وجه الأرض فلا بأس، لكن يتقاصان بالتسليم فيما على وجه الأرض وبالتخلية فيما على الشجر، قاله الرافعي.

فروع: هل يجوز أن يقع عقد العرية على جزء مشاع مما على النخل من الرطب إذا خرص الجميع؟ الذي لا أشك فيه الجواز، وذلك مقتضى نقل الأصحاب أنه إذا باع من رجلين سبعة أوسق جاز فالذي حصل لكل منهما مشاع ولا يقدح في ذلك التسليم فإنه يحصل بالتخلية ولا الانتفاع به فإنه يحصل بالمقاسمة على قول الإفراز على الأصح.

فائدة: الحقل قداح طين يزرع فيه قاله ابن سيده وغيره قال: وحكى بعضهم فيه الحقلة، ومن أمثالهم لا ينبت الحقلة إلا البقلة. وليست الحقلة بمعروفة وأراهم أنثوا الحقلة في هذا المثل، انتهى. فالمحاقلة سميت بذلك لتعلقها بزرع في حقل، والمزابنة مأخوذة من الزبن وهو الدفع سميت بذلك لأنها مبنية على التخمين والغبن فيها مما يمكن من يد المغبون دفعه والغابن امضاؤه فيتدافعان ولا يمكن المعيار الشرعي وهو الكيل في السنابل والرطب على النخل، والخرص فيها لا يكفي قال الأئمة: وفي المحاقلة شيئان آخران.

فرع: إذا امتنع بيع الحنطة في سنبلها بالحنطة الظاهرة فامتناع بيعها بمثلها أولى وقد صرح الشافعي رضى الله عنه بذلك، وأشار إلى عدم الخلاف فيه، فإنه قال: ولم أجدهم يعني أهل العلم يجيزون أن يتبايعوا بيع الحنطة بالحنطة في سنبلها كيلا، ولا وزنًا، لاختلاف الأكمام والحب فيهما، ذكر ذلك في باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار.

فرع: وكذلك قال فيه أيضًا: ولم أرهم أجازوا بيع الحنطة في التبن محصودة.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ويجوز ذلك فيما دون خمسة أوسق. لما روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ «أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق»[1].

الشرح: الثابت في «الصحيحين» في حديث أبي هريرة فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق. هكذا على الشك من رواية داود كما سيأتي قريبًا إن شاء الله تعالى، وفي الترمذي فيما دون خمسة أوسق أو كذا، وأما روايته بأحد اللفظين فقط كما ذكره المصنف فلم أره في شيء من كتب الحديث إلا في نسخة من سماعنا في «مسند الشافعي»، وراجعت نسخة أصح منها فوجدته على الصواب مكملًا كالروايات المشهورة، وكذلك رواية الشافعي رحمه الله في «الأم»، ومن عادة الشافعي أن رواياته في الحديث الواحد لا تختلف، ولو رواها في مواضع متعددة لشدة ضبطه واتقانه وتثبته، فتبين أن السقوط في تلك النسخة غلط من ناسخ، فإن كان وقع للمصنف نسخة كذلك فهو اللائق بورعه وتحريه أنه لا يختصر الحديث.

ولا يقال: إن ذلك جائز، فإنه ذكر بعض الحديث وليس فيه تعيين حكم لأن ما دون الخمسة محقق ومن أرخص في الخمسة فقد أرخص فيما دونها، فالرخصة

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٩٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٤١) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٦٤) والنسائي في سننه (٧/ ٢٦٨) ومالك في الموطأ (٢/ ٦٢٠) والبيهقي في سننه (٥/ ٣١١).

فيما دونها، محققة لأنا نقول: إن في الاقتصار على ذلك خللا في اللفظ والمعنى، أما اللفظ فإنه لا تتحقق مطابقته للفظ أبي هريرة فلأنه على تقدير أن تكون الرخصة في خمسة أوسق فلا يمكن نسبته إليه باللفظ، وأما بالمعنى فلأنه يصير موهمًا أو مفهمًا ـ بطريق المفهوم ـ أنه لا يجوز في الخمسة، وذلك قادح في الرواية بالمعنى، والشيخ أجل عندنا من أن يستدرك على روايته، خلاه ينسب إليه. والظاهر أن الشيخ وجده هكذا واعتقده حديثا تامًا، وكلامه بعد هذا بأسطر يشعر بذلك ولا أعرف رواية في ذلك اقتصر فيها على ما دون خمسة أوسق إلا ما تقدم في أول الباب عن الترمذي، من القصة التي نقلها بغير إسناد ولا تعيين، فإن ثبت أن ذلك حديث كامل فهو نص فيما ادعاه، وإلا فإن الحكم المذكور ثابت بالأحاديث المشهورة المتقدمة فإن ما دون الخمسة داخل في الخمسة وإباحة الشيء إباحته لما يتضمنه، فالإباحة فيما دون الخمسة محققة إما نصًا وإما تضمنا، والله أعلم.

والحكم المذكور لا خلاف فيه في المذهب، كذا قال القاضي أبو الطيب والمحاملي.

فروع: لا ضابط للنقص عن الخمسة، بل متى كان أقل من الخمسة بشيء مَّا كان جائزًا كذلك، نص الشافعي عليه، وهو يدل على أن الخمسة تحديد وسنفرد له فرعًا في المسألة التي بعدها. واعلم أنا إذا أطلقنا خمسة أوسق إنما نريد خمسة أوسق من التمر، أي قبل ما يخرص، فنعرف أنه إذا جف كان خمسة أوسق ولا نريد خمسة أوسق من الرطب، والله أعلم. وتقدم التنبيه على ذلك.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وفي خمسة أوسق قولان، أحدهما: لا يجوز، وهو قول المزني، لأن الأصل هو الحظر، وقد ثبت جواز ذلك فيما دون خمسة أوسق لحديث أبي هريرة رضي الله عنه؛ وفي خمسة أوسق شك، لأنه روي في حديث أبي هريرة «فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق» شك فيه داود بن الحصين فبقي على الأصل ولأن خمسة أوسق في حكم ما زاد بدليل أنه تجب الزكاة في الجميع فإذا لم تجز فيما زاد على خمسة أوسق لم تجز في خمسة أو سق والقول الثاني أنه يجوز لعموم حديث سهل بن أبي حثمة.

الشرح: الحديث المذكور رواه البخاري ومسلم[1] رحمهما الله من حديث داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى بن أبي أحمد عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم «رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق» هذا لفظ البخاري ولفظ مسلم: «رخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق، أو في خمسة

(١) تقدم.

أوسق» فشك داود، وقال: «خمسة أو دون خمسة» والقولان نص عليهما الشافعي رحمه الله في موضعين على ما سأذكره، أحد القولين: أنه لا يجوز، وهو مذهب أحمد، وقول المزني، وألزم به الشافعي، وقد رأيته منصوصًا للشافعي رحمه الله في كتاب الصرف، وهو في الجزء السادس من «الأم» في باب العَرِيَّة، قال: ولا يشتري من العرايا إلا أقل من خمسة أوسق بشيء ما كان فإذا كان أقل من خمسة جاز البيع، وكذلك قال في «مختصر البويطي» أيضًا: العرية أن يشتري الرجل الرطب بتمر نقدًا ما كان خرصه أقل من خمسة أوسق يأكله رطبًا ولكن المزني ألزمه بحسب ما نقله عنه في «المختصر» فإن لفظه فيه: «وأحب إليَّ أن تكون العرية أقل من خمسة أوسق، ولا أفسخه في الخمسة الأوسق، لأنها شك» وهذا النص منقول من «الأم» من موضع آخر وتوجيهه ظاهر كما قاله المصنف، وكثيرون جزموا بهذا القول.

وتقدم التنبيه على أن طرق حديث أبي هريرة رضي الله عنه كلها على الشك فالجواز فيما دون الخمسة حينئذ، لأنه ثابت على التقديرين، إن كان الثابت خمسة أو دون الخمسة، فدون الخمسة جائز، إما نصًا وإما ضمنًا، والخمسة مشكوك فيها فتبقى على الأصل وهو التحريم الثابت، فالنهي عن المزابنة وعن الغرر وعن الربا، ووجه القياس الذي أشار إليه المصنف أن الخمسة تردد إلحاقها بين الناقص عنها والزائد عليها، وقد عهد من الشرع التسوية بينها وبين الزائد عليها في حكم الزكاة وجعلها في حد الكثير فينبغي أن تلحق به ههنا ويكون أولى من إلحاقها بالناقص الذي لم يقدره الشرع ولم يشهد له نظير، وهذا الاستدلال نقله القاضي أبو الطيب عن أبي إسحاق وهو لو تجرد عن الأصول المتقدمة كان كافيًا في التحريم فكيف وقد اعتضد بها؟.

واحتج لهذا القول أيضًا بما أشار إليه أبو داود في بعض نسخ كتابه ورواه البيهقي من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة وأذن لأصحاب العرايا أن يبيعوها بمثل خرصها ثم قال: الوسق والوسقين والثلاثة والأربعة» واحتج له الماوردي بما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا صدقة في العرية والخمسة الأوسق ثبت فيها الصدقة» وهذا الحديث لا أعرفه وسأذكر ما يمكن أن يقال في مقابلة هذا القول إن شاء الله تعالى، وممن اختار هذا القول أبو بكر بن المنذر وأبو سليمان الخطابي ورجحه إمام الحرمين وصححه الروياني في «حليته» والبغوي والشاشي وابن أبي عصرون والغزالي في «البسيط» والنووي وهو الذي يقتضيه كلام القفال والقاضي حسين.

تنبيه: نقل ابن الرفعة عن الرافعي أنه اختار قول المنع ومستنده في ذلك أن

الرافعي قال: والثاني ـ وهو المختار ـ المنع. والظاهر أن الرافعي إنما أراد بذلك أنه مختار المزني في مقابلة ما نقله عن الشافعي رحمه الله لا أنه مختار الرافعي نفسه وكلامه واستقراء عادته يدلان على ذلك وأن كلامه فيما بعد يميل إلى ترجيح المنع فإنه قال أنه الأظهر عند صاحب «التهذيب» والقاضي الروياني وغيرهما؛ وهذه العبارة قد يوجد منها بعض ترجيح وعند التحقيق لا ترجيح فيها أيضًا، والقول [الذي] جزم به كثيرون أنه يجوز، وبه قال مالك رحمه الله، ورواية عن أحمد، وهو الصحيح عند المحاملي وأبي حامد والغزالي في «الوجيز»، وهو المنقول عن نصه في باب بيع العرايا من كتاب البيوع من «الأم». قال: ولا يجوز أن يبيع صاحب العرية إلا خمسة أوسق أو دونها وأحب أن يكون دونها لأن ليس في النفس منه شيئًا ولعله في «الأم» في موضع ولم أمعن الكشف وهذا الكلام مع كلام «المختصر» ليس صريحًا في القول بالجواز، بل كأنه متوقف في ذلك للشك في الرواية، وأنه إن وقع لا يقول بفسخه لأجل الشك فهذا هو التوفية بمقتضى الشك أن لا يجزم فيه بإباحة ولا تحريم وتكون أو: في كلامه للشك لا للتخيير، وقال: أحب أن يكون أقل يعني لئلا يقع في الحرام المحتمل، ولكن الأصحاب جعلوا ذلك قولا بالجواز وهو الصحيح عند المحاملي وكأن الشافعي رحمه الله لم ينظر إلى الأصول المذكورة ولا إلى القياس أما النهي عن المزابنة فلأنه ورد مستثنى منه العرايا، والعرايا قد وقع الشك في مقدارها فيكون ذلك كتخصيص العام بمجمل، فإنه يمنع الاحتجاج به، كذلك هنا يمتنع الاحتجاج بعموم النهي عن المزابنة في الخمسة، وهذه مسألة مقررة في أصول الفقه.

فالشك الذي في مقدار الرخصة يقتضي الشك في مقدار النهي عنه، ويعدل إلى دليل آخر، وقد نبه الأصحاب على ذلك، ومثل ذلك ما قاله إمام الحرمين فيما إذا قال: وقفت على أولادي وأولاد أولادي إلا من يفسق منهم، لما أعتقد أن ذلك متردد بين عود الأشياء إلى الكل أو إلى الأخير وحكم مع ذلك بأنه لا يصرف إلا إلى الأولاد لأجل التردد، ومثل ذلك بحث جرى بيني وبين شيخنا أي ابن الرفعة في قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالًا»[1] ورام الاستدلال بذلك على أنه متى شك في شرط وجب إدراجه في العموم، والحكم بصحته حتى يقوم دليل على منعه، وليس بجيد لما ذكرته مع المرجح عند الأصوليين، نعم لو كان المنهي عن المزابنة في مجلس والترخيص المشكوك فيه في مجلس آخر،

(١) تقدم.

لم يقدح في التمسك بالعموم، ولم يعلم ذلك، بل الراوي قال: إلا أنه أرخص في العرايا، والراوي الآخر شك في مقدارها، ولعلهما حكيا قصة واحدة فتطرق الشك إلى عموم النهي، فيعدل عن ذلك إلى عموم حديث سهل إلا فيما قام الإجماع عليه، واقتضاه النهي من غير شك، وهو الزائد على الخمسة، وهذا أولى من التمسك بعموم النهي عن الغرر، لأنه أخص منه مع تفاقم أكثر الأغرار أبيحت وأخرجت من ذلك العموم، وأولى من التمسك بكون الأصل في الربويات التحريم لما ذكرنا أنه أخص.

وأما القياس المذكور فليس بالقوي ويمكن أن يعارض بأن الخمسة عهد اعتبار الشرع لها محلا لوجوب الزكاة، فلتكن محلا لجواز البيع، وأما دون الخمسة فلم يعهد اعتباره وإلحاق الجواز في الخمسة بوجوب الزكاة فيها أولى من إلحاق المنع فيها بوجوب الزكاة فيها لأن الوجوب أشبه بالجواز من المنع لأن الوجوب جواز متأكد بالطلب ووجه العموم في حديث سهل قوله: رخص في بيع العرايا، وهو شامل لما إذا كان عليها خمسة أوسق وأكثر، خرج الأكثر بدليل يقينا فيما عداه على مقتضى الحديث.

وأما حديث جابر فإنه من رواية محمد بن إسحاق، وفيه كلام، وإن كان ضعيفًا لكن قارن ذلك أن النهي ليس صريحًا، لأن الظاهر أن ذلك خرج على جهة التمثيل، وإلا فيقتضي أنه لا يجوز أكثر من أربع، والخصم لا يقول به.

واعلم: إن كل ذلك تمحل، والانصاف قول المزني وأن ذلك يمتنع لأن الأحاديث الدالة على منع بيع الرطب بالتمر كثيرة وليس في كلها الاستثناء فيبقى الذي ليس فيه الاستثناء على عمومه حتى يرد مبيح، وكثرتها تقتضي الجزم فإنها أحاديث لا حديث واحد ورد الاستثناء معه. وفي حديث زيد الذي رواه مسلم المذكور فيما تقدم والذي يأتي عقيب هذا ما يدل على تأخر الرخصة عن النهي قال فيه: «رخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو التمر» يعني بعد النهي عند بيع التمر بالتمر، قال بعضهم: لو أن رسول الله ﷺ أباح الخمسة لحفظه الله تعالى حتى يصل إلينا مثبتًا.

وحكى القفال أن معنى القولين ههنا يرجع إلى أن النهي عن المزابنة ورد أولا، ثم رخص في العرايا أو لم يرد النهي إلا والرخصة معه فعلى الأول وهو الأظهر والأصح لا يجوز في الخمسة، وعلى الثاني يجوز، حكاه عن القفال جماعة منهم القاضي الحسين، وهذا يشير إلى ما قلته من البحث وهو أحسن في العبارة كما حكاه صاحب «العدة» عن الشيخ أبي علي أنه قال في «الشرح»: إن الخبر يعني خبر

المزابنة هل مخصوص أو منسوخ؟ يعني في قدر العرية فيه قولان، الأصح: الثاني ومرادهما واحد، وإنما قلت: إن الأول أحسن لأن الرخصة وإن تأخرت لا يلزم أن تكون نسخًا، بل قد تكون تخصيصًا وإن تأخر والله أعلم.

على أن الذي رأيته في «شرح التلخيص» أن القفال نقل القولين في كون ذلك نسخًا أو تخصيصًا كما حكاه صاحب «العدة» عن علي، وزعم الإمام أن ظاهر النص التصحيح في الخمسة، وأن توجيهه عسير جدًا، وأخذ يتخيل بأن يحيل المزابنة على معاملة صادرة عن التحري من غير تثبت في الخرص، وأن يتخيل الخرص متفاضلًا في درك المقادير معتبرًا في الزكاة، سيما إذا جعلناه تضمينا، والماهر يقل خطؤه والأخرق يتفاوت كيله، والكيل بالإضافة إلى الوزن كالخرص بالإضافة إلى الكيل، وفي كل حالة تقدير معتاد لائق بها، فليقم الخرص في الرطب الذي لا يمكن كيله مقام الكيل، وإذا احتمل الكيل ليسره مع إمكان الوزن فليحتمل الخرص حيث لا يتأتى الكيل، والشافعي رحمه الله يمنع بيع الرطب بالتمر لما يتخيله من التفاوت عند الجفاف، متمسكًا بقوله ﷺ: «أينقص الرطب إذا يبس؟» وهذه إشارة إلى المآل وما وراء الخمسة مردود بذكر الخمسة، فإن التقدير نص في اقتضاء المفهوم قال: فهذا اقتضى الإمكان في توجيه النص، وهو على نهاية الإشكال.

قلت: وقد تقدم توجيهه بغير ذلك، مع أن ظاهر النصوص خلافه، وعلى مساق بحث الإمام وتخيله له يكون الأصل الجواز بالخرص وأخرج من ذلك ما زاد على الخمسة بالمفهوم، بقيت الخمسة على مقتضى الأصل من الجواز وليس مع ذلك على نهاية الإشكال. وقد تعرض الإمام في كتاب الرهان في «أصول الفقه» لهذا البحث عند الكلام في النقص قال: الأصل الكيل أو الوزن وأثبت الشرع الخرص لحاجة في قضية مخصوصة، فهو من المستثناة قال: ولكن ينقدح في هذا المجال أن الوزن أضبط من الكيل، ثم الكيل متعين في بعض الأشياء مع إمكان الوزن، فالخرص في محل الحاجة كالكيل في المكيل بالإضافة إلى الوزن، فلا يتضح خروج الخرص بالكلية عن القانون حسب ايضاح خروج حمل العاقلة والكتابة الفاسدة.

وقال أبو الحسن علي بن إسماعيل بن حسن الصنهاجي ثم الأنباري المالكي في «شرحه»: كذلك اختلف الناس في الخرص في الموضع المسموع، هل هو أصل منفرد بنفسه غير رخصة؟ أو هو معدود من الرخص؟ ويظهر أثر هذا الاختلاف في مسائل، منها: أنه هل يجوز أن يجمع في عقد واحد بين مكيل وجزاف؟ أو يمنع ذلك كما يمنع البيع والقراض على رأي من منع ذلك؟ والمشهور عندهم على ما قال

المنع، بناء على الرخصة فيما تشق معرفة مقداره هو الكيل أو الوزن، وأما ما لا تشق فلا يجوز الخرص فيه كالمعدود إلا أن يكون كثيرًا كالجوز واللوز مثلًا، أو متفاوت الأجرام، ولذلك اختلفوا في بيع العرايا في خمسة أوسق. وهذا الاختلاف ينبني على أن الأصل جواز الخرص إلا في موضع تحقق المنع، أو الأصل المنع إلا في مواضع الإباحة قال: والأول: هو المذهب، والثاني: قول لبعضهم أي لبعض الأصحاب معنى عندهم، قلت: وإذا أخذ الخرص حيث الجملة فيظهر ترجيح اعتباره، وأنه ليس من الغرر المجتنب لجواز إيراد العقد على الثمرة على رؤوس النخل بالدراهم، وأما الخرص في بيع الربوي بجنسه فينبغي أن يترجح أن الأصل المنع، لأن المماثلة شرط، والأصل عدمها، والله أعلم.

فرع: إذا قلنا: يجب النقص عن الخمسة فهل يكفي أي قدر كان؟ أم له ضابط؟ الذي نص عليه الشافعي والأصحاب منهم الماوردي: الأول، فإنه قال في باب العرية من «الأم»: ولا يشتري من العرايا إلا أقل من خمسة أوسق بشيء ما كان، وقال الفوراني: يجوز في الأربعة ولا يجوز في ستة، وفي الخمسة قولان، وهذا على جهة ضرب المثال، ونقل جماعة عن ابن المنذر أنه قال: وقد روى جابر ما ينتهي به إلى أربعة أوسق فهو المباح، وما زاد عليه محظور، ولم أر هذا الكلام في «الأشراف»، وإنما أطلق فيه الإباحة فيما دون الخمسة، ولعله في «الأوسط» أو غيره من كتبه والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وما جاز في الرطب بالتمر جاز في العنب بالزبيب، لأنه يدخر يابسه ويمكن خرصه، فأشبه الرطب، وفيما سوى ذلك من الثمار قولان، أحدهما: يجوز لأنه ثمرة فجاز بيع رطبها بيابسها خرصًا كالرطب والثاني: لا يجوز. لما روى زيد بن ثابت قال رخص رسول الله ﷺ في العرايا بالتمر والرطب. ولم يرخص في غير ذلك، ولأن سائر الثمار لا يدخر يابسها ولا يمكن خرصها لتفرقها في الأغصان واستتارها في الأوراق فلم يجز بيعها خرصًا.

الشرح: حديث زيد هذا رواه مسلم[1]. وقد تقدم ومضى الكلام عليه. وقد نص الشافعي على أن العرايا من العنب كهي من الثمر. واتفق أصحابه على ذلك. وأنه يجوز أن يبيع العنب على أصوله خرصًا بالزبيب كيلا. واستدلوا له بأن النبي ﷺ سوى بين الرطب والعنب في ايجاب العشر. وفي سن الخرص فيهما. قال الشافعي: إن ألغينا قيد ظاهرة بادية كالأعذاق فيمكن خرصها والإحاطة بها. ولم يذكر المصنف هذين المعنيين. وإنما ذكر ادخار اليابس منه، وإمكان الخرص.

(١) تقدم.

لأنهما معنيان مناسبان للحكم المذكور وكل منهما شرط في تصوير المسألة. ووافقنا على إلحاق العنب بالرطب المالكية وبعض الحنابلة. وخالف في ذلك الليث بن سعد وأحمد بن حنبل وداود الظاهري.

قال الماوردي: واختلف أصحابنا، هل جازت في الكرم نصًا؟ وروينا عن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ أرخص في العرايا، والعرايا بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب والثاني وهو قول ابن أبي هريرة وطائفة من البغداديين أنها جازت في الكرم قياسًا.

قلت: والمحاملي وابن الصباغ ممن جعلا ذلك نصًا، ولم أقف على النص الذي ذكروه في شيء من الأحاديث، بل في رواية الترمذي ما يشعر بخلاف في ذلك أيضًا، وقال: إن ذلك من باب القياس الجلي لأن جميع المعاني الموجودة في النخيل موجودة في الكرم، بل رواية الترمذي عن سهل بن أبي حثمة أن رسول الله ﷺ «نهى عن المزابنة التمر بالتمر إلا لأصحاب العرايا، فإنه قد أذن لهم، وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل تمر بخرصه» فهذه الرواية تشعر بأن العنب لا يعطي حكم التمر، لأنه فصله من الاستثناء، وجعله مع بقية التمر، فالصواب أن ذلك إنما ثبت بالقياس، وهو الذي يقتضيه كلام الشافعي، فإنه لم يذكر غيره والله أعلم.

نعم في رواية مسلم في «الصحيح» من رواية ابن عمر، وفيه: «والمزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلًا، وبيع الزبيب بالعنب كيلًا، وعن كل تمر خرصه» ثم ذكر من رواية جابر النهي عن أمور منها المزابنة، وقال في آخره إلا العرايا: ورواية الترمذي ماضية على ذلك ومثبتة لما يعود الاستثناء إليه والله أعلم.

واعلم أن قوله: وعن كل تمر بخرصه: في رواية مسلم والترمذي عام في العنب وغيره، فيكون إلحاق العنب بالرطب تخصيصًا للعموم بالقياس، فمن يمنع ينبغي أن يتوقف عن الإلحاق ههنا إلا بدليل والله أعلم. وأما غيرهما من الثمار التي تجفف مثل الخوخ والأجاص والكمثري والتين والجوز واللوز والمشمش فهل يجوز على شجره بخرصه جافًا؟ فيه طريقان، أحدهما: أن المسألة على القولين، وهي التي حكاها القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمصنف وأتباعه، والجرجاني والفوراني وإمام الحرمين والمتولي وصاحب «العدة» والرافعي، وقال صاحب «البيان»: أنها المشهورة في كلام المحاملي وغيره لشبه ذلك بالمساقاة تجوز في النخل والكرم قولًا واحدًا وفي غيرهما من الثمار حكم قولين أحد القولين تجوز، وهو مذهب مالك وبعض الحنابلة لأن النفس تدعو إلى أكلها في حال رطوبتها، وهذه علة مناسبة لشبه الحاجة التي شرع لها بيع الرطب بالتمر، والعنب بالزبيب،

وأما قول المصنف رحمه الله لأنها ثمرة: فتعليل لمجرد الإسم، وهو ـ وإن كان جائزًا عنده وعند جماعة من الأصوليين ـ فغيره أولى منه، فلو علل بهذه العلة التي ذكرتها كان أولى، وهي التي ذكرها القاضي أبو الطيب، وفي كلام الشافعي تعليل ذلك بعلة تحتاج إلى النظر فيها سأذكرها في آخر الكلام إن شاء الله تعالى.

والثاني: لا يجوز وهو المنصوص عليه في باب العرية من «الأم» المنسوب إلى الصرف، قال: ولا تكون العرايا إلا في النخل والعنب، لأنه لا يضبط خرص شيء غيره، واقتصر في هذا الموضع على هذا، وسيأتي عنه أنه ذكر في موضع آخر تلويحًا إلى القول الأول وهذا القول أعني قول المنع هو الأصح عند الروياني في «الحلية» والبغوي والجرجاني وابن أبي عصرون والرافعي وغيرهم واستدلوا له بالحديث الذي ذكره المصنف وفي الاستدلال به نظر، لأنه إن أريد أن النبي ﷺ منع في غير ذلك فينبغي أن يمتنع العنب بالزبيب ويكون قياسه على الرطب حينئذ في مقابلة النص وإن أريد أن الرخصة من النبي ﷺ لم تتفق في غير ذلك فصحيح، لكن لا يمتنع القياس على مثل هذا، وإن أريد أن الصحابي ظهر له بقرينة الحال أن الرخصة مقصورة على ذلك، وأوجبنا الأخذ بذلك، فينبغي أن لا يجوز العنب بالزبيب.

ولكن الأصحاب لما رأوا إلحاق العنب بالرطب ظاهرًا قويًا لم يتركوه بمجرد هذا اللفظ المحتمل لهذه الأمور، ولما كان إلحاق ما سوى ذلك من الثمار ليس بجلي قدموا ذلك اللفظ عليه لأن مثل ذلك لا يقال إلا عند ظهور ما يدل عليه، وقال إمام الحرمين: إن الأصحاب بنوا الخلاف في ذلك على القولين في أن الخرص هل يجري في ثمار سائر الأشجار؟ إن قلنا: لا يجري امتنع البيع للجهالة وإن قلنا: يجري فينبغي على أنا هل نقتصر في ذلك على الاتباع أو نتبع طريق الرأي والقياس؟ فمن سلك الاتباع منع، ومن جوز الرأي سوغ، وذكر الإمام أنه قدم الخلاف في الخرص في كتاب الزكاة وكذلك الغزالي رحمه الله قال: فيه قولان مذكوران في الزكاة، واعترض بعض الشارحين عليه وقال: لم يتعرض لذلك في كتاب الزكاة ولا الإمام ولا رأيته في موضع ما ولا يليق ذكره في الزكاة لأنه لا زكاة في ذلك فليتنبه لهذا.

قلت: والغزالي وإمامه مسبوقان بمثل هذا الكلام من القاضي حسين، لكن الإعتراض المذكور صحيح؟ وقد يقال في جوابه: إن ذلك يأتي على القول «القديم» في وجوب الزكاة في الزيتون، وما ذكر معه مما سوى الرطب والعنب، وأما قول المصنف «لأن سائر الثمار لا يدخر يابسها» فاعلم أن القاضي أبا الطيب إنما فرض

المسألة فيما يدخر يابسه فهو خلاف الفرض، لأن صورة المسألة فيما يدخر يابسه، كذلك فرضها القاضي أبو الطيب والإمام في الجاف بالرطب من سائر الثمار، ويحتمل أن يكون مراده بالجاف ما هو على هيئة الإدخار، ولا بد من ذلك لأن العرايا بيع رطب بيابس، واليابس الذي لا يدخر لا يرغب فيه، وقوله: ولا يمكن خرصها، إن أراد عدم الإمكان الشرعي بمعنى أنه لم يشرع فيها الخرص فصحيح.

قال الشافعي في باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار. ولم أحفظ عنه يعني عن النبي ﷺ ولا عن أحد من أهل العلم أن شيئًا من الحبوب تؤخذ زكاته بخرص، ولو احتاج إليه أهله رطبًا، لأنه لا يدرك علمه كما يدرك علم ثمرة النخل والعنب، وإن أراد نفي الإمكان الحسي فقد يمنع نعم هو عسر لما ذكره المصنف من العلة، فلذلك لم يدخل الخرص فيه شرعًا، فإن الغالب عليها الاستتار في الأوراق وعدم الظهور، والذي علل به القاضي أبو الطيب أن العشر لا يجب فيها ولا يسن الخرص فيها كما فعل في الجانب الآخر والله أعلم.

وليس في كلام الشافعي رحمه الله في إلحاق العنب وقطع بقية الثمار عن الإلحاق إلى كون العنب يخرص، وهي لا تخرص والله أعلم. وفي موضع آخر قال: لأنه لا يضبط خرص شيء غيره، وهذه العبارة أسلم عن الإعتراض من عبارة المصنف.

والطريق الثاني: أنه لا يجوز قولا واحدًا، وهو الصحيح عند المحاملي والروياني، ونقله العمراني عن حكاية صاحب «المعتمد»، ومن الجازمين به سليم في «الكفاية»، وفرق المحاملي بينه وبين المساقاة بأن المعنى الذي لأجله جوزت المساقاة في الرطب والعنب أن صاحب النخل والكرم يحتاج إلى من يقوم على ثمرته ويسقيها ويتعهدها، فدعت الحاجة إلى جواز المساقاة عليها على أحد القولين، وليس كذلك بيع العرايا، لأنه إنما يجوز ذلك في الرطب والعنب، لأنه يمكن معرفة قدره بالخرص، وهذا المعنى لا يوجد في غيرها من الثمار، فلذلك لم يجز البيع قولا واحدًا، والظاهر الطريقة الأولى، لأن الشافعي قال في باب بيع العرايا من «الأم»: «وكل ثمرة ظاهرة من أصل ثابت مثل الفرسك والمشمش والكمثرى والأجاص وغير ذلك مخالفة للتمر والعنب، لأنها لا تخرص لتفرق ثمارها، والحائل من الورق دونها، وأحب إلى أنه لا يجوز بما وصفت، ولو قال رجل: هي لم تخرص فقد رخص منها فيما حرم من غيرها أن يباع بالتحري فأجيزه كان مذهبا» هذا لفظ الشافعي بحروفه.

وهذه الصيغة منه تقتضي إثبات قول آخر بالجواز، وإن كان الراجح عنده ما قدمه وهو المنع، ومقتضى تجويز العرايا فيها جواز الخرص فيها، وإلا فكيف تباع

العرايا؟ وكيفما قدر فالأصح المنع، وممن صححه الروياني والبغوي والجرجاني والرافعي وآخرون و الله أعلم.

وقول الشافعي: رخص منها فيما حرم من غيرها، أي ما يباع بالتحري، هكذا رأيته في نسخة معتمدة من «الأم» ونسخة ثانية منها أيضًا وفيه إشكال لأن ظاهره أنه رخص منها في شيء حرم من غيرها أن يباع بالتحري، وإن كان مقتضى الجواز وذلك معنى لا ينساغ، ولا فرق بينها وبين غيرها في أن بيعها بجنسها بالتحري غير جائز وبغير جنسها جائز. ورأيت أبا بكر أحمد بن بشرى المصري في كتابه «المختصر» المنبه من علم الشافعي، نقل اللفظ المذكور بصيغة سالمة عن هذا الإشكال قال: «ولو قال رجل: هي وإن لم تخرص فقد رخص فيما حرم من غيرها أن يباع بالتحري، فأجيزه؛ كان مذهبًا» فأسقط لفظة منها واستقام المعنى، وصار المعنى: لأنه كما رخص فيما هو حرام من غيرها أن يباع بالتحري جاز فيها، ولم يصرح بوجه الإلحاق والله أعلم.

وعبارة الشافعي فيما نقله الماوردي في «الحاوي» «ولو قال قائل: يجوز التحري فيها كان مذهبًا» وهذا لا إشكال في فهمه.

فائدة: قال ابن الرفعة: إن قلت: إنه يجب إذا منعنا القياس في الرخص كما هو قول الشافعي «القديم»، وقول لغيره أن لا يقاس العنب على الرطب، ولا نعلم قائلًا به في مذهبنا، وأجاب بأن السؤال صحيح، إن صح أن الشافعي كان يمنع القياس في الرخص في «القديم»، وجوابه لعله كان في «القديم» يرى أن اسم العرية لا يختص بالرطب.

قلت: وقد تقدم رد قول من جعل ذلك منصوصًا، وترجيح كونه ثابتًا بالقياس، وأما كون الشافعي له قول يمنع القياس في الرخص حتى يلزم عليه ما أورده فلم أعلم للشافعي قولا بذلك، ولا وقفت عليه في نقل معتمد، وليس عند الشافعي باب يمتنع فيه القياس إذا اجتمعت شروطه، وقد ذكر الغزالي في «المستصفى» قياس العرايا من قسم ما استثنى عن قاعدة سابقة، ويتطرق إلى استثنائه معنى فيقاس عليه كل مسألة دارت بين المستقر ومشارك المستثنى في علة الإستثناء، ومثل بالعرايا فإنه لم يرد ناسخًا لقاعدة الربا لكن استثنى للحاجة، فنقيس العنب لأنا نراه في معناه، نعم لنا رخص لا يجوز القياس عليها لا لأجل أنها رخص، بل لأنه لم يوجد فيها شروط القياس كرخص السفر والمسح وأكل الميتة والعاقلة وأرش الجناية والغرة والشفعة والقسامة ونظائرها وهذه أمثلة من قسم ترجم الغزالي عنه بالقواعد المبتدأة العديمة النظير، فهذه إنما امتنع القياس فيها لعدم نظيرها، وليس كل رخصة كذلك،

فلعل من نقل عن الشافعي أنه لا يقيس في الرخص المقيس عليه بذلك، فلا يعرج على هذا النقل إلا بعد تثبت، والله أعلم.

فرع: قال الجرجاني: لا تجوز العرية في الزرع بخلاف الكرم والنخل لأن أعذاقها وعناقيدها مجتمعة بارزة.

فرع: لو باع الرطب على الشجر بجنس آخر من الثمار على الشجر وعلى الأرض يجوز من غير خرص قل أو كثر، ويتقابضان، نص عليه الشافعي والأصحاب، ولو بيعت العرايا بنقد أو عرض موصوف من كل ما عدا المأكول والمشروب إلى أجل وقبض المشتري العرية جاز، نص عليه الشافعي رحمه الله.

فرع: قال إمام الحرمين: وحق الفقيه أن لا يغفل في تفاصيل المسائل عما مهدناه في كتاب الزكاة من تفصيل القول في بيع الثمار، وفيها حق المساكين أو لا حق فيها، والتنبيه كاف، يعني أنه إذا باع من في ملكه خمسة أوسق فصاعدًا بحيث تجب عليه الزكاة، فإن الزكاة تتعلق بالثمرة ببُدُوِّ الصلاح وبيع المال، وفيه حق الزكاة مذكور بأحكامه وتفاصيله في ذلك المكان، وذلك بعينه جار هنا، لأنه لا فرق في ذلك بين أن يكون البيع بتمر أو بنقد، فيجيء إذا أطلقنا هنا المراد من حيث ما نحن نتكلم فيه، وأما تلك التفاصيل والأحكام فمعلومة في بابها والله أعلم.

وقال الروياني في «البحر»: قال أصحابنا: هذا إنما يجوز إذا خرص عليه الزكاة وقلنا: الخرص تضمين حتى يجوز له التصرف في الجميع، قال: وهذه المسألة تدل على صحة القول بالتضمين أو أراد إذا لم يبلغ ما في حائطه قدرًا تجب فيه الزكاة، أو أراد إلا قدر الزكاة إذا قلنا: الخرص غيره انتهى، وهذا يوافق ما أشار إليه الإمام، وأصل هذا التنبيه عن القفال وكذلك حكاه عنه تلميذه الفوراني وصاحب «العدة»، ورأيته في كلامه في «شرح التلخيص»، وأصله من كلام الشافعي رحمه الله، فإنه تعرض لذلك في باب صدقة التمر من «الأم» ولاحظ هناك تفريق الصدقة إذا باع ثمر حائطه وسكت عن الصدقة، وقد تقدم من كلام الشافعي وروايته أن مصدق الحائط أمر الخارص أن يدع لأهل البيت قدر ما يراهم يأكلونه، ولا يخرصه لتؤخذ زكاته، ومع ذلك فلا حاجة إلى هذا الذي قاله هؤلاء الأئمة، وتكون تلك العرية إذا فرضت على ما قاله الشافعي لا تتعلق الزكاة بها كما ذكروا والله أعلم.

ولكن قد تقدم أن الأصحاب نقلوا ذلك عن «القديم» وأن المشهور خلافه، أما إذا فرض البيع فيما تعلق حق الزكاة به فلا شك في جريان ما نبهوا عليه، وهذا الفرع الذي نبه عليه الشافعي من أنه يدع لأهل البيت من حائطهم قدر ما يراهم

يأكلونه مستفاد غريب، ثم فيه مباحثة من جهة أن حق المساكين قبل الخرص هل تعلق بالجميع أو لا؟ فإن كان الأول فكيف ينقطع بأفراد الخارص من غير أن يفرد حقهم فيما عدا ذلك؟ إلا أن يحمل على الوثوق بأن المشتري يتصدق بعشره كما تقدم، وإن كان الثاني فيكون حقهم في نخلات مبهمة، وحينئذ فهل ولاية العين للمالك التصرف فيها بالأكل وغيره قبل التعيين؟ فإذا باع يكون كما لو باع الأربعين من الشياه التي تعلق بها الزكاة والله أعلم. فلا يجوز ولا يخرج على تفريق الصفقة على الأصح لأجل الإبهام.

وأما اقتضاء كلام الرافعي لترجيح الصحة في ذلك فيما عدا قدر الزكاة فبعيد. فيجب تأويله وكذلك قال القفال في «شرح التلخيص» لما ذكر القولين في ذلك، هل يجبر بالقسط أو بالكل؟ قال: وهذان القولان يخرجان على القول الذي يقول: أن الزكاة تجب في الذمة، لا في العين، لأن الزكاة إذا وجبت في الذمة فإن البيع يكون صحيحًا في جميع الأربعين فإذا أخذ الساعي منها واحدًا كان ذلك عيبًا.

فرع: قال الشافعي رحمه الله في الأم: [ولا بأس إذا اشترى رجل عرية أن يطعم منها ويبيع لأنه قد ملك ثمرتها]. ولا بأس أن يشتريها في الموضع من له حائط أو بستان بذلك الموضع لموافقة ثمرتها أو فضلها أو قربها لأن الحلال عام لا خاص إلا أن يخص بجزء لازم، قال: وإن حل لصاحب العرية شراؤها حل له هبتها وإطعامها وبيعها إذا حازها وما يحل له من المالك في ماله وهذه الفروع كلها واضحة لا خلاف فيها بين الأصحاب، وفي قول الشافعي لموافقة ثمرتها إشارة إلى أن الأغراض في البياعات تختلف فلا يحصر الغرض في أن لا يكون لمالك الثمرة مثلها عند المشتري، بل قد يكون مثلها عنده ويريد ضمها إليه.

فرع: قال الماوردي رحمه الله: إن الخارص هنا يكفى فيه واحد بخلاف الزكاة على رأى، والفرق أنه هنا نازل منزلة الكيل عند تعذره، ويكفي في الكيل واحد فكذلك هذا، وهل يشترط أن يكون غير المتعاقدين؟ أو يكفى في أحدهما؟ قال القاضي أبو الطيب: في كيفية الخرص أن ينظر المتبايعان إلى النخلة ويحزرانها وذلك يقتضى الإكتفاء بهما ولا شك في ذلك، كما أنهما لو علما المماثلة لا يشترط إخبار غيرهما، وإنما الكلام ههنا لو خرص أحدهما ولم يخرص الآخر، وقال ابن الرفعة: فيه احتمال يتخرج على ما لو أذن من عليه التسليم بالكيل إلى مستحقه في كيله لنفسه هل يصح أم لا؟ قال: وفي ظني أنه مر فيه كلام يلتفت على اتحاد القابض والمقبض، لأن الكيل أحد أركان القبض صار بكيله مقبضًا وقابضًا، وأما الخرص ههنا فهو إخبار محض، كما لو أخبر بمساواة هذه الصبرة لصبرته أو الدينار

لديناره قد تقدم أنه يصح، لكن تقدم في القبض بناء على ذلك من غير كيل أو وزن كلام، وأن الراجح أنه لا يكفي، حتى لو تفرقا قبل الكيل بطل العقد، وههنا لا يتأتى قبض الرطب هنا إلا بالتخلية ولا يشترط فيه الكيل فظهر أن الخارص يكفي أن يكون واحدًا، وأنه يجوز أن يكون أحد المتعاقدين والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يباع منه ما نزع نواه بما لم ينزع نواه، لأن أحدهما على هيئة الادخار والآخر على غير هيئة الادخار، ويتفاضلان حال الادخار، فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالتمر، وهل يجوز بيع ما نزع نواه بعضه ببعض؟ فيه وجهان، أحدهما: يجوز لقوله ﷺ: «لا تبيعوا التمر بالتمر إلا سواء بسواء»[1] والثاني: لا يجوز، لأنه يتجافى في المكيال فلا يتحقق فيه التساوي، ولأنه يجهل تساويهما في حال الكمال والادخار، فأشبه بيع التمر بالتمر جزافًا.

الشرح: الحديث المذكور مختصر من حديث عبادة من رواية الشافعي في «مختصر المزني» وغيره كما قدمته في الفصل الذي جمعت فيه الأحاديث الواردة في تحريم ربا الفضل، فليس هذا اللفظ الذي ذكره المصنف بكماله قطعة منه، بل لفظه: «لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا الورق بالورق، ولا البر بالبر، ولا الشعير بالشعير، ولا التمر بالتمر، لا الملح بالملح، إلا سواء بسواء» فاختصر المصنف منه هذه اللفظة وذلك جائز عند من يجوز الرواية بالمعنى، لا سيما في مثل هذا الموضع الذي يقصد به الاستدلال دون الرواية فإنه يغتفر ذلك.

أما حكم المسألة: فقد سوى الشيخ أبو حامد بين المسألتين، وجعل الوجهين مطلقًا سواء أباع ما نزع منه النوى بما لم ينزع منه، أم بمثله، كذلك فيما علقه البندنيجي عنه، وفيما علقه سليم، حكى الوجهين في المسألة الأولى وسكت عن الثانية، ويعلم جريانهما فيها بطريق الأولى والمحاملي ونصر المقدسي حكيا الوجهين في المسألتين أيضًا، وجزم البغوي في المسألتين بالمنع، وكذلك الإمام جزم بالمنع ثم حكى أن العراقيين ذكروا وجهًا في المنزوع بالمنزوع فاستبعده جدًا، قال: ثم جاؤوا بما هو أبعد منه وذكروا خلافًا في بيع تمر منزوع النوى بتمر غير منزوع النوى، وهذا ساقط لا يحتفل بمثله، قال الفارقي تلميذ المصنف رحمه الله: معنى قوله يتفاضلان حال الادخار أنهما قبل نزع النوى إذا كيلا متساويين ثم نزع النوى من أحدهما وكيلا ظهر التفاضل لأنه تنتفش أجزاؤه بالنزع، وتتجافى في المكيال.

---

(١) تقدم.

فرع: المشمش والخوخ ونحوهما لا يبطل كمالها نزع النوى في أصح الوجهين، لأن الغالب في تجفيفها نزع النوى، قال الرافعي وصاحب «التهذيب»، وكلام الفوراني يقتضي أن الوجهين فيها تفريع على منع بيع الثمر المنزوع النوى بعضه ببعض، فإنه قاس المنع في ذلك على الثمرة. ومن ذلك يعلم أن الخلاف قريب إن جوزنا في التمر المنزوع النوى. فهذا أولى. وإلا فوجهان. وكذلك أورده يعقوب بن عبد الرحمٰن بن أبي عصرون فيما جمع من المسائل. وللفرق بما ذكره الرافعي. وفرق في الإبانة بأن التمر إذا نزع نواه تسارع إليه الفساد.

وذكر الإمام أن شيخه ذكر عن بعض الأصحاب وجهًا بعيدًا في اشتراط نزع النوى. كما يشترط نزع العظم عن اللحم في ظاهر المذهب. قال: إنه لم ير ذلك لغير شيخه وقال الإمام: أن المراتب ثلاثة: التمر نزع نواه يمنع بيعه، واللحم في ظاهر المذهب يتعين نزع عظمه إذا حاولنا بيع بعضه ببعض، وبينهما المشمش وما في معناه فيجوز بعضه ببعض مع النوى وفيه مع النزع الخلاف المذكور.

قلت: فتحصلنا في المشمش ونحوه على ثلاثة أوجه، أحدها: أنه يشترط نزع النوى، الثاني: أنه يفسد بنزع النوى، والثالث: وهو الصحيح أنه يجوز بيع بعضه ببعض في الحالتين مع النوى، ومن غير نوى. قال الروياني: إن الجواز قول القفال. وقد تقدم في كلام الرافعي أنه الأصح. ويجوز بيع لب الجوز بلب الجوز ولب اللوز بلب اللوز. وفيه وجه جزم به القاضي حسين في «التعليق» أنه لا يجوز بيع اللب باللب لخروجه عن حالة الادخار وبهذا أجاب في «التتمة». قاله الرافعي. وهو ربوي قولًا واحدًا قديمًا وجديدًا للتقدير والطعم قاله الإمام. وقد تقدم أنه يجوز بيع الجوز بالجوز مع قشره على المذهب وكذلك اللوز.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع نيئه بمطبوخه لأن النار تعقد أجزاءه وتسخنه. فإن بيع كيلا لم يجز لأنهما لا يتساويان في الكيل في حال الادخار. وإن بيع وزنا لم يجز لأن أصله الكيل. فلا يجوز بيعه وزنًا. ولا يجوز بيع مطبوخه بمطبوخه. لأن النار قد تعقد من اجزاء أحدهما أكثر من الآخر فيجهل التساوي.

الشرح: فيه مسألتان، إحداهما: إن ما حرم فيه الربا لا يجوز بيع الجنس الواحد نيئه بمطبوخه قال الشافعي رحمه الله في «المختصر» و «الأم»: لا يجوز من الجنس الواحد مطبوخًا بنيء منه بحال. قال في «المختصر»: إذا كان إنما يدخر مطبوخًا. وقال في «الأم»: لأنه إذا كان إنما يدخر مطبوخًا فأعطيت منه نيئًا بمطبوخ فالنيء إذا طبخ ينقص فيدخل فيه النقصان في النيء. ومن أمثلة ذلك أن يبيع العنب

أو العصير بالدبس المتخذ منه. وكذلك التمر بالدبس المتخذ منه لا يجوز. قاله الصيمري والقاضي حسين. واتفق الأصحاب على أن النيء أو القديد بالمطبوخ أو بالمشوي لا يجوز. ولا فرق بين أن يكون المطبوخ مما يدخر أو مما لا يدخر.

وأما قوله في «المختصر»: إذا كان إنما يدخر مطبوخًا قال القاضي حسين: إنه خطأ في النقل، بل لا يختلف الحكم فيه، وقال القاضي الروياني قبل عبارة الشافعي: ولا يجوز من الجنس الواحد مطبوخًا منه بنيء بحال، ولا مطبوخ طبخ ليدخر مطبوخًا، فنقل المزني هذا وقدم بعض الكلام وأخر بعضه، وعطف على المسألة الأولى وقيل: معنى ما نقل المزني وإن كان إنما يدخر مطبوخًا وهو قول ابن داود وقصد به بيان أن هذا ليس بعذر.

قلت: وقد علمت أن ما نقله المزني موجود مثله في «الأم» في تعليل الشافعي. فالوجه تأويل ذلك وعدم حمله على الخطأ من المزني، وتأويله عسر، بل هو قوي الدلالة على أن ما يدخر في حال كونه نيئًا وفي حال كونه مطبوخًا، يجوز بيع النيء منه بالمطبوخ، والتأويل الذي نقله الروياني هو أقرب ما يتمحل مع تكلف. وقال أبو حنيفة رحمه الله، بجواز ذلك على أصله في بيع الرطب بالتمر، ولذلك ـ والله أعلم ـ عدل المصنف عن قياسه على الرطب بالتمر لأن الخصم يمنع الحكم فيه إلى ما ذكره، والشيخ أبو حامد قاسه على الحنطة بدقيقها، والجامع أنهما على صفة يتفاضلان حالة الادخار. ومن جملة أمثلة هذه المسألة بيع الدبس المتخذ من العنب بخل العنب، وهو ممتنع، قال: وحكى في «التتمة» و «البحر» وجه أنه يجوز بيع الدبس بالخل، لأنهما اختلفا في الاسم والصورة والطبع، قال المتولي: وعلى هذا لا تعتبر المماثلة بينهما. وهذا الذي حكيناه موافق للوجه الذي سيأتي عن حكاية الشيخ أبي محمد في أن عصير العنب وخله جنسان، ومال إليه الإمام هناك، وسيأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى.

المسألة الثانية: بيع مطبوخه بمطبوخه، وقد نص عليه الشافعي أيضًا في «المختصر» قال تلو الكلام المتقدم: ولا مطبوخًا منه بمطبوخ لأن النار تنقص من بعض أكثر مما تنقص من بعض، وليس له غاية ينتهى إليها، كما يكون للتمر في اليبس غاية ينتهي إليها. وقال: معنى ذلك في الأدلة في باب ما يجامع التمر وما يخالفه، مقصوده بذلك الفرق بين ذلك وبين التمر، حيث يجوز بيع بعضه ببعض وإن كانت الشمس قد أخذت من أحدهما أو منهما، فربما يكون أخذها من أحدهما أكثر من أخذها من الآخر. لكن له غاية في اليبس ينتهى إليها، والمطبوخ بخلافه، وذكر الأصحاب فرقا آخر بين العصير المطبوخ وبين التمر، فإن التمر قبل أن يصير تمرًا لا

يجوز بيع بعضه ببعض، والرطب أو الدبس مثلا يجوز بيعه قبل هذه الحالة في كونه عصيرًا، فجرت حالة العصير بعد الطبخ لحالة التمر وهو رطب، فلا يجوز الدبس بالدبس. قال القاضي حسين: وإن طبخا في قدر واحد، وممن جزم بهاتين المسألتين كما ذكره المصنف الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي والقاضي حسين وآخرون وفي معنى الدبس عصير قصب السكر إذا عقد، وصار عسلًا وكذلك ماء الرطب وعصير الرمان والسفرجل والتفاح.

فرع: قال ابن أبي الدم: بيع الطُّلى بالدبس لا يجوز، والطَّلاء أرق من الدبس، وبيع الطلى بمثله فيه وجهان، وبيع الخل بالدبس فيه وجهان، وبيع العصير بالخل ولا ماء فيهما فيه وجهان، قال الماوردي: ولا يجوز بيع الزيت المطبوخ بالنيء، ولا بالمطبوخ، ويجوز بيعه بالمشوي والنيء والمطبوخ، وكذلك لا يجوز بيع المشوي بالمشوي، وممن صرح به القاضي أبو الطيب والغزالي والرافعي وجزموا به، ولا يجوز بيع الناطف بالناطف، ولا الحنطة المقلية بالحنطة المقلية، ولا بغير المقلية، لتغيرها عن هيئتها واختلاف الحبات في اليابس بالنار، وكذلك لا يجوز الحنطة المطبوخة بالمطبوخة، والمشوية بالمشوية، والمقلية بالمبلولة، والمبلولة بالمشوية وأما بيع المبلولة بالمبلولة فإنه يمتنع، لكنه ليس على مسائل هذا الفصل، وقد تقدم في بيع الرطب بالرطب، صرح بجميع الأمثلة القاضي حسين وغيره.

وأكثر مسائل هذا الفصل لا خلاف فيها على ما يقتضيه إطلاق أكثر الأصحاب إلا الدبس، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو المشهور الذي ادعى الإمام اتفاق الأصحاب عليه أنه لا يجوز مطلقًا وإن طبخا في قدر واحد على ما صرح به القاضي حسين.

والثاني: حكاه القاضي حسين أنه إن طبخا في قدر واحد جاز، وأبطله القاضي بأن ما في أسفل القدر أسخن مما في أعلاه. لكثرة مماسة النار.

والوجه الثالث: حكاه الرافعي الجواز، وكلامه يقتضي أنه مطلقًا لإمكان ادخاره، والذي عليه التعويل في تعليل المنع مطلقًا أن العصير كامل، وإذا نظرنا إلى مقدار من الدبس مقابلة مثله فلا يدري كم في أحدهما من أجزاء العصير، وكم في الدبس منه، فكان كالدقيق بالدقيق نظرًا إلى توقع تفاوت في كمال سبق الحب، قال: ولو قيل: قد يخالف مكيال من الدبس مكيلا في الوزن لتفاوت في التعقيد لكان كذلك، لكن لا معول عليه، فإن المعقد يباع وزنًا بالتعويل على ما قدمته من ملاحظة كمال العصير لامكان ادخاره، ولتأثير مأخذ بعض العصير ليصير دبسًا،

وقدر المأخوذ يختلف، ومن فروع ما دخلته النار الحنطة المقلوة بمثلها، وبالنيئة وبالزيت المغلي بمثله وبالنيء كل ذلك لا يجوز.

قال المصنف رحمه الله تعالى: واختلف أصحابنا في بيع العسل المصفى بالنار بعضه ببعض، فمنهم من قال: لا يجوز، لأن النار تعقد اجزاءه فلا يعلم تساويهما، ومنهم من قال: يجوز، وهو المذهب، لأن نار التصفية نار لينة لا تعقد الأجزاء وإنما تميزه من الشمع، فصار كالعسل المصفى بالشمس.

الشرح: العسل إذا أطلقه فالمراد به عسل النحل لا غير، فكل ما يتخذ من تمر أو قصب أو حب جنس آخر يجوز بيعه بعسل النحل متماثلًا ومتفاضلا قال ابن سيده: العسل لعاب النحل يذكر ويؤنث، الواحدة عسلة، وجمعه أعسال وعسل وعسول وعسلان إذا أردت أنواعه، قال الشافعي رحمه الله في «المختصر» تلو الكلام السابق: ولا يباع عسل نحل بعسل نحل إلا مصفيين من الشمع، لأنهما لو بيعا وزنًا وفي أحدهما شمع وهو غير العسل كان العسل بالعسل غير معلوم، وكذلك لو بيعا كيلا. وكذلك ذكر في «الأم»، وقال: وكذلك لو باعه وفي كل واحد منهما شمع، وقال الشافعي في «الأم»: فعسل النحل المنفرد بالاسم دون ما سواه من الحلو، وقال: فلا بأس بالعسل بعصير قصب السكر، لأنه لا يسمى عسلا إلا على ما وصفت، يعني من جهة كونه حلوًا كالعسل، وكذلك قال الشيخ أبو حامد في عسل الطبرزد. وقال: وهو ما يبقى من السكر ثخينًا كالعكر فيجوز بيعه بعسل النحل متفاضلًا، وقال القاضي أبو الطيب عسل الطبرزد أن يطبخ السكر ثم يطرح في أجانة فإذا جمد أميلت الإجانة على جانبها، فخرج منها العسل، فيجوز بيعه بعسل النحل متفاضلا، ولا يجوز بيع عسل الطبرزد بعسل القصب متفاضلًا، لأنهما جنس واحد، وهل يجوز متماثلًا؟ فيه وجهان لأجل الطبخ، كما في السكر بالسكر حكاهما القاضي أبو الطيب وغيره، ووجه الجواز أن ناره خفيفة.

وحمل القول في بيع العسل النحل بعضه ببعض أنه إما أن يباع بشمعه أو لا، فإن بيع بشمعه فلا يجوز بمثله ولا بالصافي، وقد تقدم ذلك في قاعدة «مد عجوة» وتقدم الفرق بينه وبين اللحم وفيه العظم، وبين التمر وفيه النوى من وجهين، أن بقاء ذلك من مصلحته بخلاف الشمع. والثاني: أن الشمع له قيمة، وأن بيع العسل المصفى بمثله، فإما أن تكون التصفية. بالشمس أو بالنار، فإن صفي بالشمس فإن ترك فيها حتى ذاب وتميز الشمع من العسل جاز بيع بعضه ببعض، قاله الشيخ أبوحامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي وغيرهم، ولا خلاف في ذلك، وإن صفي بالنار فإما أن تكون النار كثيرة بحيث تأخذ منه وينعقد بها، وإما أن تكون خفيفة بحيث يحميه بها ويصفيه من غير كثرة، فإن كانت كثيرة أو ترك حتى انعقدت أجزاؤه

وثخن لم يجز بيع بعضه ببعض كما تقدم في الدبس والزيت وشبههما، وإن كانت خفيفة بحيث أذيب وأخذ أول ما ذاب قبل أن تنعقد أجزاؤه، جزم الشيخ أبو حامد والمحاملي والجرجاني بالجواز: هذه طريقة الشيخ أبي حامد وتبعه المحاملي والجرجاني عليها، وأما القاضي أبو الطيب فإنه قال: إن صفي بالنار اختلف أصحابنا فيه كما قال المصنف سواء حكمًا وتعليلًا وأطلق القول في ذلك، وكذلك الماوردي والبغوي والرافعي.

وقال القاضي حسين: إن قول المنع مخرج من قول الشافعي: لا يجوز السلم في العسل المصفى بالنار، ورد القاضي ذلك بأن السلم امتنع لأنه تعيب بدخول النار فيه، والسلم في المعيب لا يجوز، وكذلك الفوراني رد ذلك بمثل ما قال القاضي حسين وأظهر: الوجهين عند الرافعي الجواز، ونسبه الماوردي إلى سائر أصحابنا وهو الأصح عند ابن الصباغ والقاضي حسين.

وقال: الروياني: إنه المذهب، لأن المقصود من عصره تميز الشمع عنه، ونار التمييز لينة لا تؤثر في التعقيد، فأشبه المصفى بالشمس، وممن صحح الجواز ابن أبي عصرون وصاحب «التتمة» وهو الذي يقتضيه كلام الفوراني، فإنه أطلق الجواز، ثم ذكر عن بعض الأصحاب أنه فصل بين المصفى بالشمس والمصفى بالنار، قال: وهذا ليس بشيء كما رجحه الفوراني وحكاهما الوجهان اللذان في الكتاب ويشبه أن يكون هذان الوجهان منزلين على ما ذكره الشيخ أبو حامد من التفصيل. ويكون ذلك تحقيق مناط هل حصل نقص أو لا؟ والله أعلم.

وفرق الماوردي بين العسل والزيت المغلي، حيث لا يجوز بيع الزيت المغلي بعضه ببعض: بأن النار دخلت في العسل بالصلاح وتمييزه من شمعه فلم تأخذ من أجزاء العسل شيئًا، وكذلك السمن، وإنما تأخذ النار فيما يدخل فيه الانعقاد واجتماع أجزائه، قال: حتى لو أن العسل المصفى أُغْلي بالنار لم يجز بيع بعضه ببعض، لأن النار إذن لم تميزه من غيره.

واعلم أن المصنف تكلم أولًا في المعروض على النار عرض عقد وطبخ كاللحم والدبس، وما أشبه ذلك، وقد تقدم شرحه، وهذا القسم في المعروض على النار للتمييز والتصفية، وذكر من أمثلة ذلك ما هو مختلف فيه، وهو العسل الذي غاب شوبه وبقي السكر، وسيأتي، وقد يكون منه ما لا خلاف فيه، فلم يتعرض المصنف له كالذهب والفضة يعرضان على النار لتمييز الغش ولا خلاف في جواز بيع بعضها ببعض، وقال ابن الرفعة: الذهب والفضة إذا دخلا النار لا يمتنع بيع بعضهما ببعض، لأنها لا تؤثر في حرمتها، نعم لو خالطهما غش فأدخلا النار

لتخلصه، فقد يقال بامتناع بيع البعض بالبعض لأنها قد تؤثر في إخراجه في أحدهما أكثر مما تؤثر في الآخر، وقد يقال بأنه يجوز لأن لأهل الصناعة في ذلك خبرة لا تحرقه، ولا تغلبهم النار عليها بخلافها في السكر ونحوه.

قلت: وإطلاق الأصحاب يقتضي الجواز وإن لم يفصلوا هذا التفصيل بل في تصريحهم بالعرض لتميز الغش ما يدل لما قاله من النظر والله أعلم.

وتقييد المصنف المصفى بالنار وقياسه على المصفى بالشمس يدل على أن المصفى بالشمس يجوز بيع بعضه ببعض، والأمر كذلك بلا خلاف، قال الإمام: فإن قيل: إذا صفى العسل بشمس الحجاز فقد يكون أثر الشمس في تلك البلاد بالغًا مبلغ النار، فإنا نرى شرائح اللحم تعرض على رمضاء الحجارة فتنش نشيشًا على الجمر، قلنا: هذا فيه احتمال، والأظهر: جواز البيع، وإن أثرت الشمس فيما أظن لا يتفاوت، وإنما يتفاوت أثر النار لاضطرامها وقوتها وبعدها من المرجل والتعويل على تفاوت الأثر، بدليل أنه لو أغلى ما على النار أو خل ثقيف لم يمتنع بيع بعضها ببعض، فإن النار لا تؤثر في هذه الأجناس بتعقيد حتى يعرض فيها التفاوت فيزيل بعض الأجزاء ويبقى الباقي على استواء وقد قال ابن الرفعة في «الكفاية»: ذهب بعض أصحابنا إلى أنه إن صفى بها يعني الشمس في البلاد المعتدلة الحر لا يجوز بيعه بما صفى بها في البلاد الشديدة الحر، قال: محكي وليس بشيء.

فرع: إن منعنا بيع المصفى بالنار بمثله فلا شك أنه يمتنع بيعه بغيره من أنواع العسل، وممن صرح به الجرجاني لأن النار إذا عقدت أجزاء أحدهما أدى إلى التفاضل، أما إذا قلنا بجواز بيع العسل المصفى بالنار بمثله فهل يجوز بيعه بالمصفى بالشمس؟ قال ابن الرفعة: فيه نظر لأن النار قد يتقارب تفاوتها ويتباعد ما بينه وبين الشمس. قلت: والذي يظهر الجواز، لأنا إنما نجوزه بناء على أن النار لطيفة تميز ولا تعقد الأجزاء وإذا كان كذلك فلا أثر لها في التماثل، فلا فرق بين ذلك وبين المصفى بالشمس.

التفريع: حيث قلنا بجواز بيع العسل بالعسل، إما أن يكون مصفى بالشمس، وإما بالنار اللطيفة على الصحيح فيما تعتبر المماثلة فيه، قال الشافعي رحمه الله في كتاب الصرف: والعسل بالعسل كيلًا بكيل إن كان يباع كيلًا، أو وزنًا بوزن إن كان يباع وزنًا، وقال في موضع آخر: العسل والسمن والسكر الوزن فيهما أحوط فالظاهر في هذا أنه موزون وعده في الرسالة في باب الاجتهاد مع الزيت والسمن والسكر من الموزونات، فلذلك قال أبو الطيب: إنه المنصوص عليه، وقد تقدم في أول الكلام قوله في «المختصر» لأنهما لو بيعا وزنًا إلى آخره.

وقال أبو إسحاق: لا يباع إلا كيلًا بكيل، وقد تقدم التعرض لشيء من ذلك، وقال الرافعي: هو كالسمن، والأمر كما قال وهما جميعًا موزونان خلافًا لأبي إسحاق كما تقدم، وقد حمل الروياني قول الشافعي المذكور في الصرف على التوقف فيه، قال: وقيل أراد الشافعي بقوله: إنهما لو بيعا وزنًا إذا انعقد ببرد الهواء وغلظ لا يمكن كيله، فيباع حينئذ وزنًا، فأما إذا أمكن كيله فلا يباع إلا كيلًا، قال: وهو قريب من قول أبي إسحاق. والمذهب: المنصوص ما تقدم.

واعترض الأصحاب على المزني في قوله: لأنهما لو بيعا وزنًا وفي أحدهما شمع، وهو غير العسل، كان العسل تارة غير معلوم، قالوا: لأنه الحالة هذه معلوم المفاضلة، فلا معنى لقوله: غير معلوم. وإنما يستقيم هذا التعليل في الشهد بالشهد، لأنهما بما فيهما من الشمع غير معلومي المماثلة، قالوا: والشافعي ذكر هذا التعليل هناك فاشتبهت إحدى المسألتين بالأخرى. وذكر الروياني أيضًا أن قوله في «المختصر» يدل على تصحيح أحد الوجوه فيما لم يعلم معياره، يعني الوجه القائل بالتخيير، وقد تقدم. وقال ابن داود لما ذكر كلام الشافعي: فيه كالدليل على أنه يجوز كيلا تارة، ووزنًا أخرى، قال: وهذا غريب قلما يوجد له نظير، قلت: وليس الأمر كما زعم بل المراد التوقف كما تقدم، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: قال صاحب «التهذيب»: عسل الرطب وهو رب يسيل منه، يجوز بيع بعضه ببعض متساويين في الكيل، ويجوز بيعه بعسل النحل متفاضلًا، وجزافًا، يدًا بيد، لأنهما جنسان مختلفان كما يجوز بيع العسل بالدبس.

قال المصنف رحمه الله تعالى: واختلفوا في بيع السكر بعضه ببعض، فمنهم من قال: لا يجوز لأن النار قد عقدت أجزاءه، ومنهم من قال: يجوز لأن ناره لا تعقد الأجزاء، وإنما تميزه من القصب.

الشرح: الوجهان المذكوران حكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ والبغوي والإمام والرافعي وجعلهما الرافعي كالدبس، ومقتضى ذلك أن الأصح عنده المنع في السكر أيضًا وكذلك قال في «التهذيب». أن الأصح أنه لا يجوز وكذلك نقل ابن الرفعة عن الأرغياني أنه قال في «فتاوي النهاية» بالبطلان في السكر والفانيد والعسل المميز بالنار، قال ابن الرفعة: وذلك قياس جزم العراقيين بمنع السلم في ذلك فإن باب الربا أحوط من باب السلم، بدليل أنه يجوز السلم فيما لا يجوز بيع بعضه ببعض لأجل طلب المماثلة، وظاهر المذهب الجواز في السكر على ما ذكره الشيخ أبو حامد، وقال القاضي حسين: إنه الصحيح وكذلك يقتضيه إيراد الجرجاني ونقل ابن الرفعة عن البندنيجي أنه ظاهر المذهب وعن سليم أنه أظهر الوجهين، وجزم في

«التعليق» عن ابن أبي هريرة بالمنع، وقال الماوردي: إن كانت للتصفية وتمييزه من غيره جاز، وإن دخلت لعقد الأجزاء لم يجز.

واعلم أنه قد يستشكل قول الشيخ وغيره إن نار السكر لينة لا تعقد الأجزاء وإنما تميزه من القصب؛ والسكر إنما يتميز من القصب بالعود الذي يعصر به، فإذا وقع أحد العودين على الآخر وانعصر القصب تميز، وفي بعض ما تكلم به على «المهذب» تأويل ذلك بأنه لا بد أن يبقى في السكر شيء من أجزاء القصب، ويكثر ذلك حتى يحتاج إلى استخراجه، فإذا اغلى بالنار سهل إخراجه، فإن ما يبقى من أجزاء القصب يعلو على السكر عند الغليان ويسهل استخراجه، فهذا معنى التمييز الذي قصدوه. وعلل القاضي حسين الجواز بأن لدخول النار فيه حدًا ونهاية، وعلله الإمام بأن الانعقاد من طباع السكر كما حكيناه، وقيده الماوردي فقال في السكر والفانيد: إن ألقي فيهما ماء أو لبن أو دقيق أو غيره فلا يجوز بيع بعضه ببعض، وإلا فينظر، فإن دخلت النار فيهما لتصفيتهما وتمييزهما من غيرهما جاز وإن دخلت لاجتماع أجزائه وانعقادها فلا.

قلت: أما تقييده بما إذا لم يكن فيه ماء أو لبن أو دقيق أو غيره فيمكن أن يكون إطلاق الأصحاب منزلًا عليه، لأنه حينئذ يصير بيع السكر وغيره بمثله، قال ابن الرفعة: وما قاله فيه نظر، لأن السكر لا بد من إذابة أصله بالماء ليحل ثم يطبخ، ونصب عليه بعد غليانه اللبن ليبيضه ويزيل وسخه، وذلك يقتضي منع بيع بعضه ببعض على طريقه.

قلت: وكلام الماوردي يقتضي أنه لم يتحدد عنده حال السكر ولا حال تأثير النار فيه، فأما حكمه بالمنع عند اختلاطه بغيره وما ذكره ابن الرفعة من أن ذلك لا بد منه فهو يقتضي قوله بالمنع فيه وهو القياس، فإن الخليط الذي فيه من الدقيق واللبن مانع من التماثل، أما الماء ففيه نظر، فإن الظاهر أنه لا يزيد في وزنه بعد الجفاف شيئًا، والله أعلم

فرع: بعد أن ذكر الإمام ما ذكر في السكر قال: وهذا الذي ذكرناه يعني من الخلاف جار في كل ما ينعقد، كذا نقله عنه ابن الرفعة، قال: وقد صرح بإجراء الخلاف في القند الفوراني، وأجراه الإمام والغزالي في الفانيد، وأجراه الغزالي رحمه الله أيضًا في القند وفي اللبأ.

فرع: إذا بيع السكر فالمعيار فيه الوزن نص عليه الشافعي ومن الأصحاب نصر المقدسي وقد تقدم قول الجوري وتنبيهه على أن ذلك لا خلاف فيه وقال ابن أبي الدم: إن أبا إسحاق قال: يباع كيلًا وجعل الوجهين فيه كالسمن ولم أر ذلك

لغير ابن أبي الدم وعلل وجه أبي إسحاق على ما زعم بأن أصله الكيل وكأنه يعني العصير فإنه مكيل وبيع الفانيذ كبيع السكر بالسكر قاله الماوردي والقاضي حسين والبغوي والإمام والرافعي.

فرع: قال نصر المقدسي في «الكافي» يجوز بيع السكر بالسكر وزنًا إذا تساويا في اليبس والصفة، فأما اشتراطه اليبس فصحيح وأما اشتراطه التساوي في الصفة فمشكل، لأن ذلك غير شرط في الربويات، بدليل أنه يجوز بيع التمر من نوع بالتمر من نوع آخر، وما أشبهه، وظاهر كلام نصر هذا أنه لا يجوز بيع السكر بالسكر إذا اختلفت صفتهما، ولم أر من تعرض لذلك غيره، ولا يجوز بيع قصب السكر بقصب السكر ولا بالسكر كبيع الرطب بالتمر أو بالرطب قاله البغوي والرافعي وهو الصواب.

وقال الإمام: في السكر والفانيذ منهم من قال: هما جنس وهذا بعيد؛ ومنهم من قال: جنسان، فإن قصبهما مختلف، وليس للفانيذ عكر السكر، وأما السكر الأحمر الذي يسمى القوالب فهو عكر السكر الأبيض ومن قصبه، وفيه مع ذلك تردد من حيث أنه مخالف صفة الأبيض مخالفة ظاهرة، وقد يشتمل أصل واحد على مختلفات كاللبن ولعل الأظهر من جنس السكر. وقال القاضي حسين: أن بيع قصب الفانيذ بقصب الفانيذ جائز، وبالفانيذ لا يجوز، وبقصب السكر هل يجوز أم لا؟ إن كانا من أصل واحد لا يجوز متفاضلًا، وإن كانا من أصلين يجوز متفاضلين، وتابعه صاحب «التهذيب» على ذلك.

قلت: وهذا كلام عجيب فإن القصب كله الذي يعمل السكر والفانيذ جنس واحد.

فرع: لما ذكر الماوردي حكم السكر والفانيذ قال: وكذلك دبس التمر ورُبُّ الفواكه.

فرع: بيع الفانيذ بالسكر قال القاضي حسين: إن كان أصلهما واحدًا فهو كبيع الفانيذ بالفانيذ، وإن كان أصلهما مختلفًا فيجوز كيفما كان.

قلت: وهذا مثل الأول فإن أصل السكر والفانيذ قصب واحد، والظاهر أن القاضي رحمه الله تعالى قال ذلك لأنه ليس القصب في بلادهم.

فائدة: قال ابن الرفعة: إن النار في القند فوق النار في السكر والفانيذ، لأن عصير القصب يوضع في قدر كبير كالخابية، ويغلى عليه غليانًا شديدًا إلى أن تزول منه مائية كثيرة، ويسمى ذلك صلقًا ثم يطبخ في قدر ألطف من ذلك بكثير وتقوى ناره إلى أن تذهب مائيته، فيوضع في أوعية لطاف فوق الأوعية التي يصب فيها

السكر والنار فيه فوق النار في الذي يطبخ عسلًا من ذلك الماء المصلوق في الخابية، وكثيرًا ما تقوى نار الذي يطبخ عسلا فتصير أجزاؤه إذا برد قريبًا من عقد أجزاء القند، عند ذلك يسمى بالجالس، ويطبخ منه السكر كما يطبخ من القند، لكن طعمهما متباين.

وقال في موضع آخر: ومن عصير قصب السكر يتخذ العسل المرسل، ويتخذ القند، وعن القند ينفصل العسل المسمى بالقصب، وهو ما يقطر من أسفل أناليلج القند بعد أخذه في الجفاف والقند يختلف في الجودة والرداءة بحسب تبريد القصب وجودة الطبخ، ومن الطيب من القند يتخذ السكر وإذا جمد استقطر ما فيه من العسل من ثقب في أسفل الأجانة التي يوضع فيها بعد طبخه، وهذا العسل يسمى كما قال القاضي أبو الطيب بعسل الطبرزد. ونحن نسميه بالقطارة وهو يتنوع بحسب تنوع السكر الذي يستقطر منه. وأنواع السكر ثلاثة الوسط وهو أدونه ومن أعلا إناء يتجه يكون الآخر لأن القطارة تنحبس فيه والعال وهو فوق ذلك في الجودة والمكرر هو أعلا الثلاثة لأنه يطبخ مرة ثانية من السكر الوسط والسكر النبات يطبخ من السكر الوسط أيضًا لكنه يجعل في قدر من الفخار قد صلب فيه عيدان من الجريد رقاق ليثبت فيها السكر وما يخرج منه من عسل عند كمال نباته يسمى بقطر النبات. والفانيذ تارة من السكر غير النبات وتارة من العسل المسمى بالمرسل المطبوخ من ماء القصب في أول أمره وطبعه مخالف طبع السكر، ولونه يخالف لونه، والإسم مختلف لكن الأصل فيها واحد القصب، وعند ذلك يتقرر الخلاف في الفانيذ والسكر هل هما جنس واحد باعتبار أصلهما كما في عسل القند وعسل السكر المعبر عنه بالطبرزد أو جنسان باعتبار اختلاف الصفة والاسم؟ فهذا فصل مفيد من كلام ابن الرفعة، فإنه كان عارفًا بذلك، وكلام القاضي حسين وشبهه يدل على أنهم لم يحققوا الحال في ذلك، لأنه ليس في بلادهم أو ليس لهم به خبرة والله أعلم.

قال ابن الرفعة أيضًا: وأما السكر الأحمر والأبيض والنبات فجنس واحد للاشتراك في الاسم الخاص، وقرب الطباع، وهل يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا؟ فيه الخلاف السابق، والفانيذ قد يجعل فيه شيء من الدقيق، وعند ذلك إذا قلنا: هو والسكر جنسان لم يضر، وإن قلنا: جنس واحد فلا يجوز بيعه بالسكر إن لم ينظر إلى تأثير النار، ولأنه من قاعدة مد عجوة، وقال: ومع تفاوت النار في القند والسكر والفانيذ لم يذكر المصنف ـ يعني الغزالي فرقا بينهما ـ كما لم يفرق الأصحاب بين ذلك في السكر، بل جوزوه في الجميع على رأي مرجح في «الحاوي» وممنوع على وجه جزم به العراقيون فوجه التسوية في الجميع أن للنار في

ذلك حدًا بحسب العرف، فأحيل الحكم عليه، وعلى هذا فقد يقال: الأمر كذلك في النار التي تدخل في الدبس، وقد قطع فريق فيه بالمنع وإن حكي الخلاف في السكر ونحوه فما الفرق؟ ويقال فيه: إن زيادة النار في السكر ونحوه تفسده فيحترز منها، وزيادتها في الدبس ونحوه تصلحه فلا يحترز عنها، فلذلك افترقا.

قال: وإنما قلت ذلك لأني رأيت حكاية عن الأمالي أن تأثير النار في الشيء إن لم يكن له نهاية كالدبس فكلما كثر النار كان أجود، وليس له نهاية إلى أن يتلابس فلا يصح بيع بعضه ببعض، لأن تأثير النار في تنقيص رطوبته تتفاوت، وإن كان له نهاية كالسكر والفانيذ ففيه وجهان، قلت: هذه الحكاية عن الأمالي، وذكر الوجهين فيها لم أفهمه، ولا يقع في كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ ذكر وجهين، فليتأمل ذلك إلا أن يكون المراد أمالي السرخسي.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع الحب بدقيقه متفاضلا، لأن الدقيق هو الحب بعينه، وإنما فرقت أجزاؤه فهو كالدنانير الصحاح بالقراضة، فأما بيعه به متماثلًا فالمنصوص أنه لا يجوز وقال الكرابيسي: قال أبو عبد الله: يجوز فجعل أبو الطيب بن سلمة هذا قولا آخر وقال أكثر أصحابنا: لا يجوز قولا واحدًا ولعل الكرابيسي أراد أبا عبد الله مالكًا أو أحمد، فإن عندهما يجوز ذلك، والدليل على أنه لا يجوز أنه جنس فيه ربًا بيع منه ما هو على هيئة الادخار بما ليس منه على هيئة الادخار على وجه يتفاضلان في حال الادخار، فلم يصح كبيع الرطب بالتمر.

الشرح: الكرابيسي هو أبو علي الحسين بن علي البغدادي صاحب الشافعي في العراق، وكان عالمًا في الفقه والحديث والأصول، وله تصانيف في الجرح والتعديل وغيره ومن جملتها كتاب «الرد على المدلسين» الذي رد عليه فيه أبو جعفر الطحاوي، وقد وقفت على كلام أبي جعفر، توفي الكرابيسي سنة خمس وأربعين وقيل ثمان وأربعين ومائتين وهو مذكور في «المهذب» في باب زكاة التجارة، وأبو الطيب محمد بن المفضل بميم في أوله ابن سلمة من كبار أصحابنا، درس الفقه على ابن سريج، وكان مخصوصًا بفرط الذكاء والشهامة فلذلك كان أبو العباس يقبل عليه غاية الإقبال، ويميل إلى تعليمه كل الميل، صنف كتبا عدة مات شابًا سنة ثمان وثلاثمائة وهو مذكور في «المهذب» في باب صلاة المسافر.

وكذلك الإمام مالك رحمه الله وهو أجل من أن ينبه على شيء من أخباره، وأحمد بن حنبل رحمه الله لم يتقدم له ذكر في «المهذب» فيما أظن وهو الإمام أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن إدريس بن عبد الله بن حيان بحاء مهملة وياء آخر الحروف ابن عبد الله بن أنس بن عوف بن قاسط بن مازن بن

ذهل بن شيبان بن ذهل بن ثعلبة بن عكابة بن صعب بن علي بن بكر بن وائل بن قاسط بن هنب بن أفصى بن دعمي بن جديلة بن أسد بن ربيعة بن نزار بن مضر بن معد بن عدنان.

مولده سنة إحدى وستين ومائة وتوفي سنة إحدى وأربعين ومائتين وفضائله ومناقبه علمًا وزهدًا وورعًا أكثر من أن تحصى، وأشهر من أن تذكر، وهو معدود من أصحاب الشافعي بالعراق.

وقال المصنف: الحب بدقيقه يشمل الحنطة والشعير وغيرهما، وفيه احتراز عن بيعه بدقيق غيره، كبيع الحنطة بدقيق الشعير والشعير بدقيق الحنطة، وما أشبه ذلك فإنه جائز متماثلًا ومتفاضلًا على القول الصحيح المشهور الذي قطع به قاطعون أن الأدقة أجناس، والمقصود بيع القمح بدقيق القمح، أو بيع الشعير بدقيق الشعير، وما أشبه ذلك وفي ذلك مسألتان:

إحداهما: أن يباع متفاضلًا وهذا لا يجوز عندنا، وعند أكثر العلماء ونقل الشيخ أبو حامد وأبو الطيب وغيرهما عن أبي ثور جوازه، واحتج بأنهما جنسان لاختلاف الاسم ونقض الأصحاب عليه باللحم بالحيوان وكثير من المطعومات وفيه نظر من الضابط الذي مهدوه في اختلاف الجنس واتحاده وهو مذهب أبي ثور في ذلك موافق لمذهب داود وأنه ذهب هو وأصحابه إلى جواز ذلك، عمم فقال: يجوز بيع القمح بدقيقه وسويقه وخبزه وبيع الدقيق بالدقيق والسويق، والخبز والسويق بالسويق وبالخبز، والخبز بالخبز متفاضلا ومتماثلا قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في المختصر: (ولا يجوز بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل من قبل أنه يكون متفاضلًا في نحو ذلك) وكذلك نقله الإمام عن المزني في «المنثور» مع نقله فيه جواز بيع الدقيق بالدقيق كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وقال في «مختصر» البويطي: ولا يجوز أن يؤخذ دقيق بقمح، وقال الشيخ أبو حامد: وهو الصحيح من المذهب وبه قال الحسن البصري ومكحول، وهشام وحماد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة وأصحابه، وذهب مالك في المشهور عنه إلى أنه يجوز كيلا بكيل وبه قال قتادة وربيعة وإبراهيم النخعي وابن سيرين وابن شبرمة والليث بن سعد، وذهب الأوزاعي وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه إلى أنه يجوز وزنًا بوزن والأكثرون على الامتناع من اثبات ما حكاه الكرابيسي قولًا للشافعي منهم الشيخ أبو حامد والعبدري قال العبدري: الصحيح أنه لا يحفظ عن الشافعي إلا المنع. قال الشيخ أبو حامد: لا يختلف المذهب في أن ذلك لا يجوز، وقال القاضي أبو الطيب: لا يحفظ للشافعي في كتبه غير ذلك، وكذلك في تعليق الطبري عن ابن

أبي هريرة أنه خطأ لا يحفظ عن الشافعي، وغير من سمينا يقول ذلك.

قال هؤلاء: ولعله أراد بأبي عبد الله مالكًا وأحمد لما سنحكيه من مذهبهما وجماعة من الأصحاب سكتوا عنه لم يحكوا فيه خلافًا، منهم الفوراني، وقال الروياني: قال أكثر أصحابنا: المسألة على قول واحد أنه لا يجوز، ولم يوجد في شيء من كتبه جوازه، ومنهم من ذهب إلى اثباته قولًا للشافعي، وبه قال أبو الطيب بن سلمة فيما حكاه أكثر الأصحاب، وابن الوكيل فيما حكاه المحاملي والقفال، فإنه قال في «شرح التلخيص» بعد قول صاحب «التلخيص»: فإن كانا مطحونين أو أحدهما لم يجز، قال القفال: وقال في «القديم»: يجوز، والمشهور من مذهبه أنه لا يجوز، فاستفدنا من ذلك أن القفال من المعترفين باثبات هذا القول، وإن لم ينسبه للكرابيسيّ والكرابيسي من رواة القديم، ووجهوه بما سنذكره من حجة المالكية.

قال الرافعي: وعلى هذا فالمعيار الكيل، وقد اختار أبو بكر بن المنذر في كتابه «الأشراف» منع بيع الحنطة بالدقيق متفاضلًا، وجوازه مثلًا بمثل قال: ولا أعلم حجة تمنع من بيعه مثلًا وجعل الإمام منقول الكرابيسي شيئًا آخر وهو أن الدقيق والحنطة جنسان حتى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لاختلاف الصفة والاسم والمنفعة، قال الرافعي: ويشبه أن يكون هو منفردًا بهذه الرواية يعني الإمام قلت: وليس منفردًا بها، بل حكاها الماوردي في «الحاوي» كذلك، وسوَّى بينهما وبين قول أبي ثور، فاستدل الأصحاب بما ذكره المصنف قالوا: ولا فرق بين الموضعين إلا أن الرطب لم يبلغ حالة الادخار، والدقيق زال عنها ولو قدر عود الدقيق إلى حال كونه حنطة لفاتت المماثلة، كما أنه إذا قدر الرطب تمرًا تفوت المماثلة.

قال الأصحاب حالة كمال الحب كونه حبًا فإنه يصلح للبذر والطحن والادخار واستدلوا أيضًا بأن الدقيق جنس فيه الربا زال عن حال كمال البقاء كاللحم بالحيوان، والشيرج بالسمسم، واحترزوا بصنعة أدنى عن المستويين واحتج من نصر قول مالك بأن الدقيق نفس الحنطة، وإنما تفرقت أجزاؤه فأشبه بيع الدراهم الصحاح بالمكسرة واحتج من نصر قول الأوزاعي وأحمد بأن الطحن لا يتغير به الوزن، وإنما يختلف به الكيل، فإذا بيع أحدهما بالآخر وزنًا كانا متساويين.

وأجاب الأصحاب عن حجة المالكية بأنه إذا كان حبًا كانت أجزاؤه منضمة مجتمعة فلا يأخذ من المكيال الموضع الذي يأخذه إذا طحن وتفرقت أجزاؤه، فمتى بيع أحدهما بالآخر كانا متفاضلين وعن حجة الأوزاعي وأحمد بأن المماثلة معتبرة

كيلًا، فإذا قدر عودهما إلى حالة كونهما طعامًا أفضى إلى التفاضل كيلًا، وهذه المسائل وما بعدها من جملة قاعدة تعرض لها الشافعي في باب بيع الآجال من «الأم» قال: «فإذا كان شيء من الذهب أو الفضة أو المأكول أو المشروب فكان الآدميون يصنعون فيه صنعة يستخرجون بها من الأصل شيئًا يقع عليه اسم دونه اسم، فلا خير في ذلك الشيء لشيء من الأصل، وإن كثرت الصنعة فيه كما لو أن رجلًا عمد إلى دنانير فجعلها طستًا أو حليًا، ما كان لم يجز بالدنانير إلا وزنًا بوزن، وكما لو أن رجلًا عمد إلى تمر فحشاه في شن أو جرة أو غيرها نزع نواه أو لم ينزعه لم يصح أن يباع بالتمر وزنًا بوزن، فكذلك لا يجوز حنطة بدقيق وكذلك حنطة بسويق أو بخبز أو بفالوذج إذا كان نشاه مشتقة من حنطة وكذلك دهن سمسم بسمسم وزيت بزيتون وكذلك لا يصح التمر المنثور بالتمر المكبوس لأن أصل التمر الكيل». ا هـ. ثم قال الشافعي رحمه الله تعالى بعد ذلك بكثير: وكذلك لا خير في تمر قد عصر وأخرج صفوه بتمر لم يخرج صفوه كيلا بكيل من قبل أنه قد أخرج منه شيء من نفسه، وإذا لم يغيره عن خلقته فلا بأس به.

وقد روى عن مجاهد بإسناد حسن قال: لا بأس بالحنطة بالسويق والدقيق بالحنطة والسويق، وعن الشعبي أنه سئل عن السويق بالحنطة فقال: إن لم يكن ربًا فهو ريبة ومما احتج به في منعهم القمح بالدقيق القياس على بيع اللحم بالحيوان وهذا إنما يتم إذا جعلنا امتناع بيع اللحم بالحيوان معللًا، أما إذا جعلنا طريق ذلك الاتباع والبعد فيمتنع الإلحاق.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع دقيقه بدقيقه، وروى المزني عنه في المنثور أنه يجوز، وإليه أومأ في البويطي لأنهما يتساويان في الحال، ولا يتفاضلان في الثاني، فجاز بيع أحدهما بالآخر، كالحنطة بالحنطة والصحيح هو الأول لأنه جهل التساوي بينهما في حال الكمال والادخار، فأشبه بيع الصبرة بالصبرة جزافًا.

الشرح: المراد ههنا أيضًا إذا كان الدقيقان من جنس واحد كدقيق القمح بدقيق القمح، ودقيق الشعير بدقيق الشعير، فبيع الدقيق بالدقيق من الجنس الواحد لا يجوز، سواء كانا ناعمين أو أحدهما ناعمًا والآخر خشنا، قال الشيخ أبو حامد: هذا الذي نص عليه في «الجديد» و«القديم»، وكذلك قال ابن الصباغ، وهذا هو المذهب، كذلك قال الشيخ أبو حامد، وقال أبو الطيب وابن الصباغ: إنه المشهور؛ وقال الماوردي إن مقابله خطأ، وكثير من الأصحاب لم يحكوا فيه خلافًا كالقاضي حسين، وقال الروياني: أنه نص عليه في «القديم» و«الجديد»، وفرقوا بينه وبين بيع الحنطة الصغيرة الحبات بالحنطة الكبيرة الحبات بأن أجزاء الحب ثَمَّ مجتمعة،

ورواية المزني في المنثور مشهورة نقلها الأصحاب كافة عن المزني في مسألة المنثور عن الشافعي، ونقله الإمام عنه وعن نقل حرملة أيضًا.

وأما ما أومأ إليه البويطي فاعلم: أن الشافعي قال في البويطي: وكل شيء من الطعام الذي لا يجوز إلا مثلا بمثل من صنف واحد، فلا يجوز أن يؤخذ شيء مما يخرج منه بأصله متفاضلًا، إلا مثلًا بمثل وهذا يقتضي منع بيع الدقيق بالقمح متفاضلًا، ويفهم أنه يجوز بيعه به متماثلًا وقد تقدم منع ذلك مع أنه بعد هذا بسطر في البويطي أطلق أنه لا يؤخذ دقيق بقمح، فإن كان المراد هذا النص الذي في البويطي فصحيح أنه يومىء إلى بيع الدقيق بالدقيق، لكن يومىء أيضًا إلى بيعه بالقمح. وقال الشيخ أبو حامد: إنه حكاه في البويطي ولم ينقل أنه ايماء فلعله في مكان آخر لم أقف عليه بعد، وكذلك القاضي أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ والرافعي كلهم نقلوه عن البويطي وقاسه الرافعي بعد أن نقله عن البويطي والمزني في المنثور بيع الدهن بالدهن يجوز وإن امتنع بيعه بالسمسم، فكذلك هذا يجوز وإن امتنع بيعه بالحنطة، وهذا ينبهك على أن الخلاف في هذا مفرع على المشهور أنه لا يجوز بيعه القمح بالدقيق أما على رواية الكرابيسي إذا أثبتناها قولًا فإنه يجوز بيع الدقيق بالدقيق لا محالة، وقد أجاز الروياني في «الحلية» جواز بيع الدقيق بالدقيق إذا استويا في النعومة ونقله عن بعض أصحابنا قال: أنه القياس ونقله مع بعض أصحابنا عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

واعلم: أن الأصحاب أطلقوا هذه الحكاية عن الشافعي ولم يثبتوا اشتراط التساوي في النعومة والخشونة وسيأتي مذهب أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ وبعض أصحابنا أنه يشترط التساوي في أحدهما وكلام الروياني في «الحلية» ذكر التساوي في النعومة عن أبي حنيفة وبعض أصحابنا اختاره فيحتمل أن يكون مراده الاستواء في هذا أو في هذا وهو الظاهر. وينزل كلام الشافعي المنقول عن المزني والبويطي عليه لأنه لو اختلفا فكان أحدهما خشنا والآخر ناعمًا لم تحصل المماثلة، وعن أحمد جواز بيع الدقيق بالدقيق وذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أنه يجوز إذا كانا ناعمين أو خشنين، وعبارة بعضهم يشترط تساويهما في النعومة والخشونة، ووافق على امتناع الناعم بالخشن، قالوا: نحن نعتبر المساواة حالة العقد، وأنتم تعتبرونها تارة فيما كان كمسألة الدقيق، وتارة فيما يكون كمسألة الرطب، واعتبار حال العقد أولى فالجهالة تؤثر حالة العقد فقط.

واستدل أصحابنا بما تقدم في بيع الدقيق بالقمح، وقد وافقنا أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ هناك، مع كون الحنطة والدقيق متساويين، ووافقنا على امتناع الناعم بالخشن، ولا

متعلق في أن بينهما مفاضلة، فإن ذلك منتقض بالحنطة إذا كانت إحداهما أفضل من الأخرى، وقال أصحابنا: إنما نعتبر المساواة حالة الادخار فحسب، ثم ذلك يكون تارة فيما مضى، وتارة فيما يكون، ودليله ما تقدم في بيع الرطب بالتمر مع سلامته على الانتقاص، بخلاف ما اعتبروه قاله فيقان وإن تساويا الآن فقد يكونان متفاوتين حالة كونهما حبًا، بأن يكون أحدهما من حنطة رزينة والآخر من حنطة خفيفة.

فرع: قال الروياني: بيع لب الجوز بلب الجوز حكمه حكم الدقيق بالدقيق، قلت: وليس كذلك بل الصحيح جوازه وقد تقدم ذلك عنه الكلام على بيع التمر المنزوع النوى، والذي قاله الروياني هو قول القاضي حسين وصاحب «التتمة» ويمكن حمله على اللب المدقوق وهو الذي يشبه الدقيق والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع حبه بسويقه، ولا سويقه بسويقه، لما ذكرناه في الدقيق، ولأن النار قد دخلت فيه وعقدت أجزاءه فمنع التماثل.

الشرح: قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب: السويق ضربان نقيع ومطبوخ فالنقيع ينقع الطعام في الماء ليبرد، ثم يجفف، ثم يقلي ويجرش والمطبوخ يطبخ ثم يجفف ثم يقلي ويجرش فكل واحد منهما قد أخذت النار بعضه، فإنه إذا قلى يكون أصغر جرمًا مما كان قبل ذلك، وهذا هو الذي أراده المصنف بالعلة الثانية، والعلة الأولى ظاهرة، فإنه بمنزلة الدقيق، وإن لم نلاحظ دخول النار فيه فهما دليلان جيدان، وقياس قول أبي ثور أن يأتي ههنا، فإن اختلاف الاسم موجود، وكذلك نقله ابن المنذر عنه صريحًا، وعن مالك أنهما يقولان لا بأس به متفاضلًا، وأما قول أبي الطيب بن سلمة في منقول الكرابيسي إن ثبت عن الشافعي، فلا تتأتى هنا العلة الثانية، وهي دخول النار، وما ذكره هؤلاء الأئمة في تفسير السويق مخالف للمعروف في بلادنا اليوم.

ومما نص على المسألتين اللتين ذكرهما المصنف، كما ذكرهما الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي والماوردي وغيرهم من العراقيين، والقاضي حسين من الخراسانيين، ونقل القاضي أبو الطيب والمحاملي المنع من بيع الحنطة بسويق الحنطة، عن نصه في الصرف، وقال الإمام: أن ابن مقلاص حكى أن الشافعي جعل السويق مخالفًا لجنس الحنطة، فإنه يخالفها في المعنى والدقيق مجانس للحنطة فإنه حنطة مفرقة الأجزاء، واعلم أن السويق في بلادنا اسم وكذلك قال ابن الرفعة في «الكفاية» لما حكى ما قاله أبو الطيب: أن ذلك مخالف لما نعرفه في بلادنا، وجوز مالك بيع السويق بالقمح متفاضلًا، ففرق في ذلك بين السويق والدقيق، وهو قول الليث بن سعد وأبي يوسف، وروى أبو يوسف ذلك عن أبي

حنيفة رحمه الله، وروى عنه أنه لا يجوز واحتج من جوزه أن السويق صار بالصنعة جنسًا آخر، فصار بمنزلة بيع جنس بجنس آخر، ونقض أصحابنا ذلك بالحنطة بالدقيق، وتمسكوا باعتبار حالة الادخار.

فرع: بيع السويق بالدقيق عندنا لا يجوز، لأنه قوت زال عن هيئة الادخار بصنعة آدمي فلم يجز، كما لو كان أحدهما أخشن من الآخر، صرح به جماعة من الأصحاب، منهم الماوردي والقاضي حسين، وعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان، أشهرهما: أنه لا يجوز، وروى أبو يوسف رواية شاذة أنه يجوز كيلًا بكيل، وعن مالك وأبي يوسف رحمهما الله أنه يجوز متفاضلًا لأنهما جنسان، لأنه لو حلف لا يأكل دقيقًا فأكل سويقًا لم يحنث، ونقله ابن المنذر عن أبي ثور أيضًا، وما ذكره منتقض بأنواع التمر كالمعقلي والبرني.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيعه بخبزه، لأنه دخله النار وخالطه الملح والماء، وذلك يمنع التماثل، ولأن الخبز موزون والحنطة مكيل فلا يمكن معرفة التساوي بينهما.

الشرح: نص الشافعي رحمه الله في البويطي على أنه لا يجوز بيع الخبز بالحنطة ونقله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ عن نصه في الصرف وجزم به هو والشيخ أبو حامد والماوردي والقاضي حسين والرافعي وغيرهم للعلتين اللتين ذكرهما المصنف، وهما في الحقيقة متحدتان لأن مخالطة الماء ودخول النار كل منهما صالح لأن يكون علة للبطلان وحده. قالوا: وربما خلط في الخبز أيضًا بورق. ولما نقل الإمام رواية ابن مقلاص وجعلها في أن السويق مخالف للحنطة والدقيق مجانس لها، قال: وعلى هذا: الخبز يخالف الحنطة، ويجب أن يخالف الدقيق والسويق أيضًا، فاقتضى هذا الكلام اثبات خلاف في بيع الخبز وحكى عن أصحاب أبي حنيفة أنهم قالوا: يجوز بيع الخبز بالحنطة متفاضلًا، وهو قياس قول أبي ثور كما قاله في الحنطة بالدقيق.

فرع: وهكذا الدقيق بالخبز لا يجوز، وممن صرح به بخصوصه الفوراني، وقد تقدم ما قلناه من كلام الإمام، وكذلك نقل المنع في ذلك ابن المنذر عن الشافعي، ونقل عن مالك والليث بن سعد وأبي ثور وإسحاق وسفيان الثوري جوازه، وقال أحمد: لا يعجبني.

فرع: قال الرافعي: يجوز بيع الحنطة وما يتخذ منها من المطعومات بالنخالة، لأنها ليس مال ربا، وقبل الروياني بأن تكون النخالة صافية عن الدقيق، وهذا هو المراد، وكذا بيع المسوسة بالمسوسة إذا لم يبق فيهما شيء من لب، قاله في

«التتمة» و «البحر»: قال في «البحر» لأنه نخالة، وقال في تعليق القاضي حسين في أحد الوجهين: وإن كان لا يجوز السلم فيها، ولذلك يجوز بيع المسوسة التي لا لب فيها بغير المسوسة، قاله في. . . . . و«البحر» أيضًا، ومن الواضح أن شرط ذلك أن يكون للمسوسة قيمة، وإلا فيمتنع بيعها مطلقًا.

وقال الإمام: إن الحنطة المسوسة إذا قربت من المفقودة ظاهر قول الأئمة جواز بيع بعضها ببعض، وإنما راعوا في هذه طرد النظر إلى طرد القول في الجنس، لعسر النظر في تفصيل الحنطة، التي تمادى زمان احتكارها، ولعل هذا قبل أن تتآكل، فأما إذا تآكلت وخلت أجوافها ففيها نظر عندنا، فإن الأئمة أطلقوا بيع المسوسة بالمسوسة، والمسوسة هي التي بدأ التآكل فيها، والقياس القطع بالمنع إذ الحنطة المقلية لا يباع بعضها ببعض لما فيها من التجافي الحاصل بالقلي انتهى.

وإذا تأملت ما قاله الإمام وجدته لم يلاحظ أن المسوسة خارجة عن الربا ألبتة، بخلاف ما قاله المتولي والرافعي، والتحقيق في ذلك أنه إن فرضت المسوسة لا شيء في جوفها ألبتة، فهذه مخالفة، ولا ربا فيها. وإن فرض أن السوس كثير فيها بحيث قربت من العفن فهذه الاختلاف فيها أشد من الاختلاف في الدقيق، فيمتنع بيع بعضها ببعض، وإن فرض أنه كما بدأ التآكل فيها الذي لا يحصل معه تفاوت غالبًا، فيصح، وتكون كالحنطة التي قد طال احتكارها، وينزل كلام الإمام وما نقله عن الأئمة على هذا والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع خبزه بخبزه، لأن ما فيه من الماء والملح يمنع من العلم بالتماثل فمنع جواز العقد.

الشرح: المراد الخبز بالخبز إذا كانا لينين، فلا يجوز، قال الشيخ أبو حامد: بلا خلاف على المذهب لما ذكره المصنف، ولأن أصل ذلك الكيل ولا يمكن اعتبار الكيل فيه. وافق الأصحاب على ذلك القاضي أبو الطيب والمحاملي والماوردي والقاضي حسين والرافعي. وممن وافق الشافعي على ذلك عبيد الله بن الحسن نقله ابن المنذر، ونقل عن مالك أنه إذا تحرى أن يكون مثلا بمثل فلا بأس به، وإن لم يوزن. وبه قال الأوزاعي وأبو ثور، وحكى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا بأس به قرصًا بقرصين. ولذلك إذا كان أحدهما لينًا والآخر يابسًا لا يجوز أيضًا، وممن صرح به ابن الصباغ في «الشامل» والجرجاني في «البلغة» و «الشافي» ولك أن تدرجه في كلام المصنف رحمه الله تعالى، فإنه أطلق المنع في الخبز بالخبز، ثم ذكر بعد هذا الخلاف في الجافين خاصة كما سيأتي، فكان ما سوى ذلك مندرجًا في كلامه والله أعلم.

وعن أحمد أنه يجوز بيع الخبز بالخبز متماثلين، لأن معظم منفعتهما في حال رطوبتهما، فصار كاللبن باللبن، وفرق أصحابنا بالتفاوت في حال الكمال والادخار، فإنه موجود في الخبز بخلاف اللبن، ولو كان الخبزان من جنسين جاز يدًا بيد؛ صرح به الصيمري في الكفاية والماوردي في «الحاوي»، ولم يلاحظا ما فيه من الماء والملح لاستهلاكه، وليس ذلك من صورة مد عجوة الممتنعة كما تقدم التنبيه عليه أنه إذا بيع الشيء بغير جنسه كالقمح بالشعير وفي كل منهما حبات من الآخر لا تقصد يصح، وإن كان ذلك مؤثرًا في التماثل، وحكى ابن الرفعة عن القاضي حسين أن الأصح الصحة ولا مبالاة بما فيهما من الماء والملح، لأن ذلك مستهلك فيهما، قال ابن الرفعة: وهذا الخلاف الذي اقتضاه كلام القاضي لا وجه له، والصواب الجزم، كما في القمح بالشعير إذا كان في كل منهما شيء لا يقصد من الآخر والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن جفف الخبز وجعل فتيتا وبيع بعضه ببعض كيلًا ففيه قولان، أحدهما: لا يجوز لأنه لا يعلم تساويهما في حال الكمال فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالرطب، والثاني: أنه يجوز لأنه مكيل مدخر، فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر.

الشرح: القولان نقلهما الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملي ونصر المقدسي وابن الصباغ، وحكاهما الماوردي وجهين، وعن القاضي أبي الطيب وابن الصباغ قول المنع إلى نصه في الصرف، وعزاه المحاملي إلى «الأم» وعزاه الروياني إلى عامة كتبه، وأما قول الجواز فرواه القاضي أبو الطيب والمحاملي وابن الصباغ والروياني عن رواية حرمله؟ قال الرافعي: ورواه الشيخ أبو عاصم العبادي وآخرون عن رواية ابن مقلاص.

قلت: ونقله القاضي حسين عن «القديم» وفرضه في الكعك المدقوق بالكعك المدقوق وقال: ولعله إنما جوز ذلك رخصة للمساكين، لأنه أغلب قوتهم وزادهم، وأما رواية القاضي حسين هذه فيحتمل أن تكون غير الرواية المنسوبة لحرملة ولا يلزم طردها في الحب كما قال القاضي، ولا في غير الشعير، وأما رواية حرملة ونقل الشيخ أبي عاصم لها عن ابن مقلاص، فإن كان ابن مقلاص هو عمر بن عبد العزيز بن عمران بن مقلاص فلا تنافي، فإنه توفي سنة خمس وثمانين ومائتين، ولم يدرك الشافعي، فلعله من الرواة عن حرملة، هذا إن كان المراد بابن مقلاص عمر بن عبد العزيز رضي الله تعالى عنه المذكور، وهو الذي قاله في «طبقات الفقهاء» المنسوبة لابن الصلاح والنووي، ونسب الرواية المذكورة إليه.

وقال النووي في «تهذيب الأسماء»: وإن كان أبوه عبد العزيز هو المراد وهو

الأقرب فإنه صاحب الشافعي، وممن روى عنه، فلعله وحرملة كلاهما رواياه وجعل إمام الحرمين رواية ابن مقلاص أنه يجوز بيع الحنطة بالسويق وجعلهما جنسين كما تقدم لكنه قال بعد ذلك وعلى هذا الخبز يخالف الحنطة وعلل الشيخ أبو حامد والفوراني المنع بأنه طعام وملح بطعام وملح، وذلك لا يجوز؟ وهذا بعيد لأن ما فيهما من الملح في الكيل فهو كبيع القمح، وفيهما حبات شعير يسيرة، وذكر المحاملي أن المعنى الذي علل به المصنف أصح، لكنه جعل الأصل في ذلك الدقيق بالدقيق لخروجه نفسه. وأما في علته وهو قوله ﷺ: «أينقص الرطب إذا جف؟» والصحيح من القولين الأول، وهو أنه لا يجوز، وممن صحح ذلك المحاملي في «المجموع» والماوردي. ولولا أن الوجه الآخر مشهور من قول أصحابنا لكان إغفاله أولى لمخالفته النص ومنافاة المذهب، وكذلك قال في «البحر» إنه المذهب قال: وقال القفال: يحتمل غير هذا على المذهب، ولعل ذلك قول مرجوع عنه، والجمهور على اثبات القولين.

وقال الفوراني: من أصحابنا من جعل المسألة على قولين، ومنهم من قال: بل قول واحد، لا يجوز ولا يثبت عن الشافعي جواز ذلك، وهذا كله إذا دق الخبز،أما إذا كان جافًا غير مدقوق فلا يجوز كما اقتضاه كلام المصنف والأصحاب، وبه صرح الروياني، وأغرب الجرجاني في «الشافي» فقال: أنه يجوز بيع يابسه بيابسه على أصح القولين إن لم يكن فيه ملح، وهذا مع غرابته وبعده محمول على ما إذا كان مدقوقًا، كما فرضه المصنف، ليكون محل القولين، والغرابة في تصحيحه الجواز، وجزم بأنه لا يجوز إذا كان فيهما أو في أحدهما ملح، قد تقدم الكلام فيه مع الشيخ أبي حامد، وبيان أن ذلك لا يضر، لأنه لا يؤثر في المكيال، وأما قياسه على التمر فالفارق خروجه عن حالة الكمال بخلاف التمر. أما إذا كان الخبزان من جنسين فإنه يجوز لأنه قد تقدم الجواز في اللبنين المختلفي الجنس، ففي اليابس أولى، ولا يضر ما فيهما من الملح، لأن ذلك غير مقصود بالمقابلة، ومنعه من التماثل أنه فرض غير ضار لأجل اختلاف الجنس، بخلاف ما إذا كان الجنس متحدًا على ما تقدم من علة الشيخ أبي حامد.

فائدة: قال الإمام بعد أن ذكر النصوص التي حكاها المزني في المنثور وابن مقلاص والكرابيسي: اتفق أئمة المذهب على أنها لا تعد من متن المذهب، وإنما هي ترددات جرت في «القديم»، وهي مرجوع عنها والمذهب ما مهدناه قبل هذا.

فرع: لا يجوز بيع الحنطة بالجريش أو العجين أو الهريسة أو الزلابية أو النشا أو الفتيت أو بشيء مما يتخذ منها، ولا بيع شيء من هذه الأشياء بعضه ببعض

كالعجين بالعجين، والنشا بالنشا، ولا بالنوع الآخر كالدقيق بالسويق صرح بهذه الأمثلة القاضي حسين والماوردي ونصر المقدسي وغيرهم، كل منهم ببعضها ولا الحنطة بالفالوذج، قال ابن عبد البر في «التمهيد»: أجمعوا على أنه لا يجوز عندهم العجين بالعجين لا متماثلًا ولا متفاضلًا، لا خلاف بينهم في ذلك وكذلك العجين بالدقيق، إذا طبخ العجين وصار خبزًا جاز بيعه عند مالك بالدقيق متفاضلًا ومتساويًا، لأن الصناعة قد كملت فيه وأخرجته ـ فيما زعم أصحابه ـ عن جنسه، وقول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله في بيع الدقيق بالخبز كقول مالك رحمه الله ونقل العبدري عن مالك جواز بيع العجين بالخبز، وكذا اللحم النيء بالمطبوخ.

فرع: لا يجوز بيع الحنطة بالفالوذج، نص عليه الشافعي والأصحاب، قال الشيخ أبو حامد وغيره: أن الفالوذج نشا وعسل ودهن فيكون قد باع طعامًا وغيره بطعام، ولا يختص ذلك بهذا المثال بل كل ما عمل من المأكول لا يجوز بيعه بالمأكول، نقل أبو الطيب عنه في الصرف، وهي قاعدة متفق عليها بين الأصحاب فلا يجوز بيع الحنطة بالزلابية والهريسة.

فرع: نقل ابن عبد البر عن الشافعي لا يجوز بيع الشبرق بالشبرق.

فرع: وهذا كله في الجنس الواحد، وأما عند اختلاف الجنس فجائز يجوز بيع البر بدقيق الشعير، ودقيق البر بدقيق الشعير ودقيق أحدهما بسويق الآخر متفاضلًا يدًا بيد، صرح به القاضي حسين والماوردي وغيرهما، وكذلك على المشهور في أن الأدم أجناس كذلك يقتضيه تعليل القاضي حسين وكذلك خبز البر بخبز الشعير، جزم به الماوردي، ولم يلاحظوا ما في الخبز من الماء والملح، فيخرجوه على قاعدة مد عجوة، لأنه مستهلك فيه لا اعتبار به، وفي تعليق القاضي حسين أن ذلك هو الصحيح، وأن فيه وجهًا أنه لا يجوز.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع أصله بعصيره كالسمسم بالشيرج، والعنب بالعصير، لأنه إذا عصر الأصل نقص عن العصير الذي بيع به.

الشرح: امتناع بيع الشيرج بالسمسم كالمتفق عليه بين الأصحاب وكذلك كل دهن بأصله، والعنب بعصيره، سواء كان العصير مثل ما في الأصل أو أكثر منه أو أقل، وأصل ذلك قاعدة مد عجوة، وذلك المأخذ ظاهر في السمسم بالشيرج وفي السمسم بشيرج وكسب، وهما مقصودان، وأما العنب فالتفل الذي يبقى بعد العصير، فإن السمسم فيه شيرج وكسب وهما مقصودان فيكون بيعه بالشيرج من قاعدة مد عجوة والعنب كذلك فيه مائية وغيرها وهما مقصودان وإن كان بعد العصير

لا يبقى التفل مقصودًا. والمصنف علل بمعنى يشمل ما يكون المقصود منه منحصرًا في دهنه وعصيره، ولا يظهر هذا المعنى كل الظهور فيما جزءاه مقصودان، بل المانع تخريجه على قاعدة مد عجوة.

ومن أمثلة المسألة بيع الجوز بما يتخذ منه من الدهن واللب والكسب لا يجوز، ذكره القاضي حسين، وكذلك بيع دهن الجوز بلبه، ذكر القاضي حسين أنه يجوز، وهكذا دهن اللوز بلبه يجب أن لا يجوز، ورأيت في «تعليق القاضي حسين» أنه يجوز، وهو محمول على غلط النسخة التي رأيتها بيع الزيت بالزيتون؛ وقد صرح بمنعه في «تعليق الطبري» عن ابن أبي هريرة وغيره و«الحاوي» وعلله بأن فيه مائية، فالتماثل معدوم.

وقال ابن أبي هريرة وغيره: عند أهل العراق ذلك جائز إذا كان الزيتون أكثر من الزيت. قال: وهذا خطأ، وإلا لجاز بيع تمر غليظ النوى بتمر رفيق النوى متفاضلًا، وبيع طحين السمسم بطحين السمسم وفيهما الشيرج ولا يجوز، جزم به ابن أبي هريرة والماوردي وبيع الكسب إذا كان علفًا للدواب مثل كسب القرطم، جاز متماثلًا ومتفاضلًا، قاله ابن أبي هريرة؛ وإن كان يأكله الناس جاز؛ وكيل فأما موازنة. . . . وفصل ابن أبي هريرة فقال يجوز جافًا كيلًا بكيل ولا يجوز وزنًا، ولا قبل الجفاف لأن أصله الكيل، وأطلق الماوردي النقل عن ابن أبي هريرة فقال: حكى عنه جواز بيع بعضه ببعض وأنه جوز بيع الكسب بالكسب وزنًا ثم رد عليه وقال: لا يجوز بيعه لأمور، لأن أصله الكيل، ويختلف عصره فربما بقي من دهن أحدهما أكثر من الآخر وأن الكسب ماء وملح، وذلك يمنع المماثلة وألزمه في ذلك بما وافق عليه من امتناع بيع طحين السمسم بمثله.

والذي رأيته في «تعليق الطبري» عن ابن أبي هريرة ما حكيته أولا فحينئذ لا يرد عليه إلا كونه فيه ماء وملح، وله أن يجيب عنه بأن الماء يزول بالجفاف وما فيه من الملح لا يضر كالخبز الجاف، فقد اختار الماوردي فيه وجه الصحة ولا فرق بينهما، والرافعي لا يلزمه ذلك، لأنه صحح في مسألة الخبز الجاف أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض، وبيع التمر بعصير الرطب لا يجوز، قاله الروياني، فكذلك بالخل من الرطب.

قلت: وعلى قياس ذلك بيع العنب بخل الزبيب لا يجوز قال نصر وكذلك السمسم بالطحينة والطحينة بالشيرج لا يجوز. وكذلك لا يجوز بيع كسب السمسم بالسمسم قاله الرافعي، ولا بيع دهن الجوز بلب الجوز قاله الرافعي. قال الرافعي: وذكر الإمام إشكالًا وطريق حله. أما الإشكال فهو أن السمسم جنس في نفسه لا أنه

دهن وكسب، واللبن جنس في نفسه لا أنه سمن ومخيض ولهذا جاز بيع السمسم واللبن باللبن، وإن كان لا يجوز بيع الدهن والكسب بالدهن والكسب، وبيع السمن بالدهن، كما يجوز بيع السمسم بالسمسم، وأما الحل فإنه إذا قوبل السمسم بالسمسم، واللبن باللبن، فالعوضان متجانسان في صفتهما الناجزة فلا ضرورة إلى تقدير تفريق الأجزاء وتصوير ما يكون حينئذ، وإذا قوبل السمسم بالدهن فلا يمكننا جعل السمسم مخالفًا للدهن مع اشتمال السمسم على الدهن وإذا ارتفعت المخالفة جاءت المجانسة ولا شك أن مجانستهما في الدهنية فنضطر إلى اعتبارها وإذا اعتبرناها كان كل بيع دهن وكسب بدهن، هكذا قال الإمام وألم الماوردي بشيء من ذلك أيضًا وفي النفس وقفة من قبول هذا الجواب وما الضرورة الداعية إلى تقدير لا يدل عليه دليل؟

واعلم: أن هذه المسألة كالمجزوم بها في المذهب وقال: رأيت في «تعليق الطبري» عن ابن أبي هريرة بعد أن قال: إن بيع الدقيق بالحنطة لا يجوز قال: وكذلك الزيت بالزيتون، وحكى الكرابيسي عن الشافعي أنه جائز وظاهر هذا الكلام أن منقول الكرابيسي عائد إلى المسألتين جميعًا، وأكثر الأصحاب إنما تلقوا حكاية الكرابيسي في الدقيق، فإن ثبت ذلك في الزيت مع الزيتون فهو جار في الشيرج مع السمسم، وكل دهن مع أصله، ووافقنا في هذه المسألة وهي الشيرج بالسمسم والزيت والزيتون مالك، وكذلك أبو حنيفة قال: إلا أن يعين يقينًا أن ما في الزيتون من الزيت أقل مما أعطى من الزيت.

قال ابن المنذر: وقول الشافعي أصح، وكذلك لا يجوز العنب بالعصير، ولا بالخل والدبس أو الناطف وغيرهما مما يتخذ منه، قاله القاضي حسين قال ابن حزم: وما وجدنا عن أحد قبل مالك المنع من بيع الزيتون بالزيت، ثم اتبعه عليه الشافعي، وإن كان لم يصرح به، وفرق بينه وبين الرطب والتمر، فإن التمر هو الرطب بعينه، إلا أنه يابس، وكذلك العنب والزبيب بخلاف الزيت فإنه شيء آخر غير الزيتون، لكنه خارج منه خروج اللبن من الغنم، والتمر من النخل، وبيع كل ذلك بما خرج منه جائز بلا خلاف.

فرع: حب البان بالسبخة وهي نقل ابن المنذر عن مالك أنه منع من ذلك ثم ترك ذلك، وقال: لا بأس بحب البان بالبان المطيب وقال أبو ثور: لا بأس بالزيتون بالزيت، والدهن بالسمسم، والعصير بالعنب، واللبن بالسمن.

فرع: بيع لب الجوز بالجوز جائز، قاله القاضي حسين وأما دهن الجوز بدهن اللوز فينبني على أن الأدهان جنس أو أجناس وبيع الجوز بلب اللوز أو بدهن اللوز

قال القاضي حسين: الصحيح أنه لا يجوز بعد ما جزم أولا بالجواز، كما تقدم الساعة، والخلاف الذي أشار إليه لا وجه له، لأنهما جنسان ولا اشتراك بينهما، وهو كما قاله في بيع الرطب بخل العنب، والعنب بخل الرطب. وقد وقع البحث معه فيه، ولا يجوز بيع الجوز بلبه، قاله في «التهذيب»، وهو ظاهر، وحكم الجوز واللوز بما يتخذ منه، حكم السمسم بالشيرج، ومن أمثلة المسألة بيع العنب بعصيره وخله ودبسه وغير ذلك مما يتخذ منه.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ويجوز بيع العصير بالعصير إذا لم تنعقد اجزاؤه لأنه يدخر على صفته فجاز بيع بعضه ببعض، كالزبيب بالزبيب.

الشرح: عصير الشيء وعصارته ما انحلت منه، ويقال عصير العنب: المعصور، تقول: عصرت العنب أعصره فهو معصور وعصير، واعتصرته استخرجت ما فيه، وقيل: عصرته إذا وليت ذلك بنفسك، واعتصرته إذا عصر لك خاصة، حكى ذلك ابن سيده، قال الأصحاب: العصير يكون من العنب والسفرجل وعصير التفاح وقصب السكر وغير ذلك، فإذا بيع بعضه ببعض ـ فإن كانا جنسين كعصير العنب بعصير القصب ـ جاز متماثلًا ومتفاضلًا، مطبوخًا ونيئًا، وكيف كان يدًا بيد، وكذلك رب التمر برب العنب، وعصير الرمان بعصير السفرجل؛ وعصير التفاح بعصير اللوز، نص الشافعي والأصحاب على جميع ذلك، وهو يدل على أن العصير أجناس، وهو المشهور، وبه جزم المحاملي.

ولما حكى الرافعي الوجه البعيد في أن الخلول والأدهان جنس واحد قال: ويجري مثله في عصير العنب مع عصير الرطب، فعلى هذا لا يجوز التفاضل بينهما، ولكن هذا الوجه إن ثبت فهو بعيد مردود، وهذا إنما نذكره تجديدًا للعهد بالنسبة إلى من قد يغفل عنه، ومقصود المصنف رحمه الله تعالى في هذه المسائل كلها ليس إلا الجنس الواحد، فإذا بيع العصير بالعصير من جنسه متماثلين كعصير العنب بعصير العنب وعصير التفاح بعصير التفاح، وعصير السفرجل بعصير السفرجل، وعصير الرمان بعصير الرمان، وعصير الرطب بعصير الرطب، وعصير قصب السكر بعصير قصب السكر وعصير سائر الثمار بجنسه.

قلت: هكذا ذكر جماعة من الأصحاب عصير الرطب، وظني أن الرطب لا عصير له، والكلام في ذلك إن فرض، وسيأتي تنبيه في مسألة الخلول على ما وقع في كلام بعض الأصحاب في خل الرطب، مما يجب التنبيه عليه، فإن كانا مطبوخين أو أحدهما مطبوخًا فقد تقدم حكمه، وأنه لا يجوز وإن كانا نيئين ـ وهو مقصود المصنف ـ جاز، وبه جزم ابن القاص والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب

والمحاملي والقفال والإمام، لما ذكره المصنف، ولأن كمال منفعته في تلك الحالة، فإنه يصلح لكل ما يراد منه من الدبس والرب وغيرهما، فكان كاللبن باللبن.

وحكى الرافعي وجهًا أنه لا يجوز، وأن العصير ليس بحالة كمال والأصح عند الرافعي وغيره الأول قال القاضي حسين: في بيع العصير بالعصير يعني عصير العنب بعصير العنب كنت أقول قبل هذا: إنه يجوز، وفي الآن عندي أنه لا، لأنهما ما اتفقا في حال الكمال، وكلام القاضي هذا يجري في جميع العصير، لا فرق بين عصير وعصير في ذلك، وقد ذكر الروياني في عصير الرطب بعصير الرطب ولا ماء فيهما وجهين، أحدهما: لا كالرطب بالرطب، والثاني: يجوز كاللبن باللبن وهكذا عصير الثمار من الرمان والتفاح وغيرهما ومراده ما يشمل عصير العنب وغيره، وهو إشارة إلى وجه القاضي حسين أو من وافقه، والله أعلم.

فرع: قال الشافعي في «الأم» في باب المزابنة الذي قبل كتاب الصلح: ولا يجوز بيع الجلجلان بالشبرق إلى أجل، ولا يدًا بيد وفسر الأصحاب وأهل اللغة الجلجلان بالسمسم وقال الجوهري أنه ثمرة الكزبرة، وقال أبو الغوث هو السمسم في قشره قبل أن يحصد، وأما الشبرق فقال ابن فارس: أنه نبت وقال الجوهري: وهو رطب الضريع.

فرع: إذا بيع العصير بالعصير، فالمعتبر في معياره الكيل، جزم به المحاملي والشيخ أبو محمد والرافعي والنووي.

فرع: قول المصنف رحمه الله تعالى: «إذا لم تنعقد أجزاؤه» يفهم أنه إذا حمي بالنار اللطيفة بحيث لا تنعقد أجزاؤه، يجوز بيع بعضه ببعض.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ويجوز بيع الشيرج بالشيرج، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز، لأنه يخالطه الماء والملح، وذلك يمنع التماثل، فمنع العقد والمذهب الأول، لأنه يدخر على جهته، فجاز بيع بعضه ببعض كالعصير. وأما الماء والملح فإنه يحصل في الكسب ولا ينعصر لأنه لو انعصر في الشيرج لبان عليه.

الشرح: الشيرج بكسر الشين. . . . والكسب. . . . .

أما حكم المسألة: فهو كما ذكره المصنف والقائل من أصحابنا بأنه لا يجوز أبو إسحاق المروزي وأبو علي ابن أبي هريرة، نقله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب ونصر المقدسي عن الأول، والمحاملي عن الثاني، لما ذكره المصنف، ورد الأصحاب عليه بما ذكره المصنف، وبينوا ذلك بأن الماء لو كان باقيًا فيه لرسب إلى قرار الظرف الذي يكون فيه الدهن، ولا يصح بقاء الملح بين أجزاء الدهن، وصرح

القاضي أبو الطيب بأن الجواز هو المذهب المنصوص عليه، وجزم به جماعة منهم صاحب «التهذيب». ثم إن المخالف ابن أبي هريرة أو غيره خصص الخلاف في ذلك بالشيرج دون غيره من الأدهان لأنه رأى أن المعنى المذكور الذي علل به ليس في بقية الأدهان، قال الإمام: تخصيص هذا بالشيرج لا معنى له قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأم»: ولا يجوز إلا نيء بنيء فإن كان منه شيء لا يعصر إلا مشوبًا بغيره لم يجز أن يباع صنفه مثلًا بمثل، لأنه لا يدري ما حظ المشوب من حظ الشيء المبيع بعينه الذي لا يحل الفضل في بعضه على بعض، والصحيح باتفاق الأصحاب الجواز، وممن صححه نصر المقدسي.

فرع: قال الإمام: لو اعتصر من اللحم ماؤه وتبقى من اللحم ما لا ينعصر بفعلنا فالكل جنس واحد، وليس كالدهن والكسب، فإنا نعلم أن في السمسم دهنًا وتفلًا في الخلقة، واللحم كله في الخلقة شيء واحد.

فرع: جعل القاضي حسين دهن السمسم مكيلًا، لأنه يستخرج من أصل مكيل، وتبعه على ذلك صاحب «التهذيب»، وكذلك السمن، وما نعرض لكلام الشافعي في مسألة السمن فإنه يقتضي فيهما خلاف ما قاله.

فرع: بيع دهن السمسم بدهن الجوز واللوز متفاضلا، ينبني على أن الأدهان جنس أو أجناس، قاله القاضي حسين، وهو ظاهر، لكني أردت أن أنبه على ذلك لأنه قد يتوهم أن الدهن اختص باسم الشيرج والله أعلم. وجزم في «التهذيب» في ذلك بالجواز لأنه لم يفرع إلا على أن الأدهان أجناس.

فرع: لا يجوز بيع الشيرج بالكسب، قاله ابن الصباغ في «الشامل»، وسيأتي الفرق بينه وبين بيع السمن بالمخيض، وقال البغوي في «التهذيب»: يجوز بيع دهن السمسم بكسبه متفاضلين، لأنهما جنسان، وكذلك قال الفوراني: يجوز بيع الدهن بالكسب، لأنهما جنسان، وكذلك الإمام فإن كسب السمسم يخالف جنس دهنه وفاقًا، كما يخالف المخيض السمن، وكذلك الروياني في «البحر» مع تعرضه للخلاف، فقال: يجوز بيع الدهن والكسب، لأنهما جنسان، وقال بعض أصحابنا: لا يجوز، لأنها لا تنفرد عن الدهن وإن قل، فإن كان فيها دهن، فلا يجوز، وإن لم يبق فيها الدهن فعلى ما ذكرنا يجوز، وابن الرفعة حكى عن ابن أبي هريرة وجهًا في منع بيع كسب السمسم بالشيرج، وأنه لا يطرد في غيره من الأدهان مع كسبه واستبعده الأصحاب، وقال صاحب «التتمة» لا يجوز بيع الجوز بالكسب ولا بالدهن وبيع الدهن بالكسب جائز.

فروع: شرط جواز بيع الشيرج بالشيرج أن لا يكون مغليًا، فلو أغلى بالنار لم

يجز بيعه بمثله ولا بالنيء، وكذلك الزيت لا يباع منه المغلي بمثله ولا بالنيء، ويباع الزيت النيء بالشيرج المطبوخ يدًا بيد، وصرح بذلك الصيمري.

فرع: قال الرافعي: الأدهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والنيلوفر كلها مستخرجة من السمسم، فإذا قلنا: يجري الربا فيها، جاز بيع بعضها ببعض إذا ربى السمسم فيها، ثم استخرج دهنه وإن استخرج الدهن ثم طرحت أوراقها فيه لم يجز.

فروع: لا يجوز بيع طحين السمسم وغيره من الحبوب التي يتخذ منها الأدهان بطحينها، وعبر الفوراني عن ذلك بعبارة أبين فقال: السمسم المدقوق بالسمسم المدقوق لا يجوز، كالدقيق بالدقيق فهذا والله أعلم مرادهم بطحين السمسم، وليس المراد الطحينة، وإن كان ذلك أيضًا لا يجوز كبيع الدقيق بالدقيق؛ قاله الرافعي، وهي قبل ذلك في حالة كونها حبوبًا كالأقوات.

فرع: يجوز بيع كسب السمسم بكسب السمسم وزنًا، إن لم يكون فيه خلط، فإن كان فيه خلط لم يجز قاله البغوي والرافعي قلت: أما إذا كان جافًا فظاهر وأما إذا كان رطبًا فإن كان ما فيه من الدهن مانعًا من التماثل لم يجز وإن كان غير مانع من التماثل يجوز وأما كون المعيار فيه الوزن فيعكره على ما أصلوه من أن ما استخرج من مكيل فهو مكيل، إلا أن يقال: إن ذلك لا يمكن كيله وإنه يتجافى في المكيال.

فرع: ويجوز بيع العصير بخل الخمر، لأنهما يتساويان وإنما اختلفا من حيث الحموضة والحلاوة، فلا يمنع البيع كالتمر الطيب بالتمر غير الطيب، قاله ابن الصباغ وخالف القاضي حسين فجزم بالمنع، وقد وقع في نسخة من نسخ «المهذب» هذه المسألة ولم تثبت في أكثرها وكتب في النسخة التي هي فيها أنها زيادة.

فائدة: الملح مؤنثة تصغيرها مليحة قاله يعقوب بن السكيت في كتابه ونقلته منه.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ويجوز بيع خل الخمر بخل الخمر. لأنه يدخر على جهته فجاز بيع بعضه ببعض، كالزبيب بالزبيب، ولا يجوز بيع خل الخمر بخل الزبيب، لأن في خل الزبيب ماء، وذلك يمنع من تماثل الخلين، ولا يجوز بيع خل الزبيب بخل الزبيب، ولا بيع خل التمر بخل التمر، لأنا إن قلنا: إن الماء فيه ربا لم يجز للجهل بتماثل الماءين والجهل بتماثل الخلين، وإن قلنا: لا ربا في الماء لم يجز للجهل بتماثل الخلين، وإن باع خل الزبيب بخل التمر فإن قلنا: إن في الماء ربا لم يجز للجهل بتماثل الماء فيهما، وإن قلنا: لا ربا في الماء جاز، لأنهما جنسان، فجاز بيع أحدهما بالآخر مع الجهل بالمقدار كالتمر بالزبيب، والله أعلم.

الشرح: الكلام في الخلول يشتمل على مسائل، ذكر المصنف منها خمس مسائل، ونقدم عليها أمورًا، أحدها: أن الخلول أجناس على المشهور، وحكى الماوردي عن ابن أبي هريرة أنه كان يخرج قولًا أنها جنس واحد، وامتنع سائر الأصحاب من تخريج هذا القول، وقد تقدم عن الشيخ أبي حامد أنه غلط القائل بذلك، والمشهور القطع بأنها أجناس، والتفريع في هذه المسائل على هذا، وأما إذا فرعنا على أنها جنس واحد فلا حاجة إلى تعداد المسائل، بل كل خلين فيهما أو في أحدهما ماء لا يجوز بيع أحدهما بالآخر، وإن لم يكن في شيء منهما ماء جاز متماثلًا ولا يجوز متفاضلًا، والمصنف والأصحاب إنما فرعوا على المشهور.

الأمر الثاني: أن الخل يتخذ من العنب والزبيب والتمر فهو ثلاثة، فإذا أخذت كل صنف مع مثله ومع قسيمه كانت الصور ستًا: خل العنب، بخل العنب وخل العنب بخل الزبيب، وخل العنب بخل التمر، وخل الزبيب بخل الزبيب، وخل الزبيب بخل التمر، وخل التمر بخل التمر، ذكر المصنف منها خمسًا، وترك خل العنب بخل التمر، وزاد الرافعي في الخلول خل الرطب، فصارت الخلول أربعة، والصور الحاصلة من تركيبها عشرة، الست المذكورة وأربع من خل الرطب بخل الرطب، وبخل العنب والزبيب والتمر، وليست الخلول منحصرة، بل يتخذ الخل أيضًا من القصب، كما ذكره الشافعي، ومن الجميز ومن البسر ومن غير ذلك، فتأتى الصور أضعاف هذه. وطريقك في عدها وترتيبها أن تأخذ كل واحد مع نفسه ومع ما بعده، ولكن لا يتعلق بها غرض، والمقصود حاصل من معرفة الحكم في خل العنب والزبيب والتمر، ونسبة الرطب إلى التمر كنسبة الزبيب إلى العنب لكن الرطب قد يتخذ خلا بغير ماء، فيختلف حكمه كما ستعرفه، ونسبة الجميز إلى كل منهما كنسبة العنب إلى التمر، فلا حاجة إلى تكثير الصور، ونشرح ما ذكروه خاصة، والخل في اللغة كل ما حمض من عصير العنب وغيره، قاله ابن سيده.

الأمر الثالث: أن التمر والرطب جنس واحد، والعنب والزبيب جنس واحد، وأن الماء هل يجري فيه الربا؟ فيه وجهان.

المسألة الأولى: بيع خل الخمر جائز اتفاقًا، قال الشافعي في «المختصر»: ولا بأس بخل العنب مثلًا بمثل، وممن نص على أنه لا خلاف فيه الشيخ أبو حامد، وجزم به القاضي أبو الطيب والمحاملي والماوردي من العراقيين والشيخ أبو محمد والرافعي وغيرهم، لأنه لا ماء فيه، وليس له غاية يبس يقع فيها التفاوت، وقيد الفوراني وابن داود وغيرهما ذلك بألا يكون في واحد منهما ماء وذلك صحيح لا بد منه، وإنما سكت أكثر الأصحاب عنه، لأن الغالب في خل العنب أنه لا ماء

فيه، وقد يعمد في بعض الأوقات ليسرع تخلله فلذلك التقييد حسن والإطلاق محمول على الغالب، قال الأصحاب: وللعنب حالتان للادخار، إحداهما أن يصير زبيبًا، والأخرى: أن يصير خلًا.

المسألة الثانية: بيع خل الخمر بخل الزبيب لا يجوز، كذلك قال المصنف والشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملي والماوردي، وذلك واضح، لأن الزبيب من جنس العنب، والزبيب ماء، فكأنه باع عنبًا بعنب وماء، وذلك لا يجوز لانتفاء التماثل ومع ذلك لا يحتاج إلى التعليل بقاعدة مد عجوة.

المسألة الثالثة: بيع خل الخمر بخل التمر، ولم يذكره المصنف، وليس هو مثل بيع خل الخمر بخل الزبيب، لأن التمر والعنب جنسان مختلفان، وقد ونص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأم» والأصحاب على جوازه، قال الشافعي في باب بيع الأجل: ولا بأس بخل العنب بخل التمر وخل القصب لأن أصوله مختلفة، فلا بأس بالفضل في بعضه ببعض، وممن جزم بالجواز فيه الشيخ أبو حامد والمحاملي والشيخ أبو محمد والرافعي، فإن خل العنب لا ماء فيه وخل التمر وإن كان فيه ماء فهو جنس آخر، وقد علمت أن التفريع على أن الخلول أجناس، ونقل العبدري عن مالك أن خل العنب وخل التمر جنس واحد، كالقول الغريب عندنا، فكأنه باع عنبًا بتمر وماء، وهو جائز، وسيأتي في خل الزبيب بخل التمر طريقة عن البغوي أنه يتخرج على الجمع بين مختلفي الحكم وقياسه أن يأتي ههنا وسأتكلم عليها إن شاء الله تعالى.

المسألة الرابعة والخامسة: بيع خل الزبيب بخل الزبيب، وخل التمر بخل التمر لا يجوز، قال الشافعي في «المختصر»: وأما خل الزبيب فلا خير في بيعه ببعض، مثلا بمثل، من قبل أن الماء يقل فيه ويكثر، وهذا تنبيه على الثانية التي ذكرها المصنف؛ وممن صرح بحكم المسألتين كما ذكره المصنف الشيخ أبو حامد حكمًا وتعليلًا، والقاضي أبو الطيب والماوردي والشيخ أبو محمد والقاضي حسين والرافعي، ولا خلاف في ذلك أيضًا، سواء قلنا: الماء ربوي أولًا، لأن الجنس متحد والمماثلة فيه مجهولة، وكذلك خل الرطب بخل الرطب، لأنه لا يصلح إلا بالماء، وليس كخل العنب، وممن صرح بذلك الماوردي، وهي المسألة السادسة لكن الشيخ أبا محمد في السلسلة جزم بالجواز في خل الرطب بخل الرطب، وكذلك الرافعي والقاضي حسين، وينبغي أن يحمل ذلك على ما إذا لم يكن فيه ماء، فليس هذا اختلافًا، بل كان خل الرطب بغير ماء، وإن أمكن كما قال أبو محمد، وصار كخل العنب، وإن كان فيه ماء فالأمر كما قال الرافعي والماوردي.

المسألة السابعة والثامنة: خل الزبيب بخل التمر جزم الصيمري بجوازه والمشهور ما ذكره المصنف حكمًا وبناء، وممن ذكره كذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي والماوردي وابن الصباغ من العراقيين، والشيخ أبو محمد والقاضي حسين وعلله المحاملي بما علله به المصنف، وعلله الشيخ أبو حامد بأنه بيع ماء وشيء بماء وشيء.

فإن قلت: تعليل الشيخ أبي حامد ظاهر، وأما تعليل المصنف بالجهل بتماثل الماءين فإنه يوهم أن الماءين لو كانا معلومي التساوي صح، وليس كذلك، فإن التفريع على أن الماء ربوي فلا يجوز لقاعدة مد عجوة، فلو علل بما علل به الشيخ أبو حامد كان أولى، على أن هذا السؤال وارد عليهما في المسألة الرابعة والخامسة، وهذا السؤال الملقب في علم النظر بعدم التأثير؛ وهو أن يوجد الحكم بدون الوصف المدعى علة، قلت: بل ما فعله المصنف أولى لأن الجهل بالمماثلة هي العلة المعتبرة في البطلان المجمع عليها، وقاعدة مد عجوة إنما بطلت عند من يقول بها لا كما تقدم بيانه فإما: أن يقول بذلك فلا يرد السؤال، وإما أن يعترف بوروده فجوابه أن التأثير إنما يلزم في قياس العلة، أما في قياس الدلالة فلا؛ كما أن ذلك مقرر في علم النظر؛ وقياس الدلالة الذي لا يدعي فيه أن الحكم ثبت بذلك الوصف؛ وإنما يدعي أن ذلك الوصف دليل على الحكم لكن كلام المصنف هنا ظاهر في القليل، فالأولى دفع السؤال بما نبهت عليه أولًا، أو نقول: أن ذلك سؤال العكس، وهو وجود مثل الحكم بعلة أخرى، وذلك غير قادح، ويمنع أنه من باب عدم التأثير والله أعلم.

وهذه الطريقة التي سلكها المصنف من البناء هي الصحيحة من المذهب. قال الشيخ أبو حامد: وقد قيل شيء عن هذا، ولبس بشيء، قال: يعني ذلك القائل، وقول الشافعي ههنا: فإذا اختلف الجنسان فلا بأس، يقتضي أن لا ربا في الماء لأنه لم يفصل. وإلا فليس أن يكون فيه الربا لأنه مطعوم. وقول المصنف رحمه الله تعالى: (وإن قلنا لا ربا في الماء جاز) إلى آخره، هكذا صرح به الجمهور واقتضاه كلام الرافعي، قال النووي: وقيل فيه القولان في الجمع بين مختلفي الحكم، لأن الخلين يشترط فيهما التقابض في المجلس، بخلاف الماءين، وممن ذكر هذا الطريق البغوي في كتابه «التعليق» في شرح «مختصر المزني»، وهذا الطريق هو الصواب، ولعل الأصحاب اقتصروا على أصح القولين، وهو أنه يجوز جمع مختلفي الحكم والله أعلم. هذا كلام البغوي.

قلت: وقد تقدم نص الشافعي على جواز خل العنب بخل التمر، وفيه الماء،

وهو يعضد جزم الجمهور بالجواز هنا، لأنه لا فرق بين أن يكون الماء في الطرفين أو في أحدهما، فإما أن يكون ذلك تفريعًا على الصحيح في الجمع بين مختلفي الحكم كما قال النووي، وإما أن يقال: أن الخلاف يجوز، قاله الشيخ أبو محمد والرافعي.

المسألة التاسعة: خل الرطب بخل التمر لا يجوز، لأن فيهما ماء يمنع التماثل، هكذا علله الماوردي ولا جفاء به. وذكر الرافعي مسألة خل العنب وخل الرطب بخل التمر، وحكم بعدم الجواز فيهما، وعلل بأن في أحدهما ماء، ومراده بذلك خل العنب بخل الزبيب، وأهمل تعليل الثانية، فربما يطالعه من لا خبرة له فيظن أن ذلك عائد إليهما. وأن خل الرطب لا ماء فيه وليس ذلك مراده لأنه لو كان كذلك لجاز خل الرطب بخل الرطب، إلا أن يلاحظ ما قاله الشيخ أبو محمد، وبالجملة فالأحكام التي ذكرها الرافعي إنما تتم إذا فرض خل الرطب فيه ماء، والتي ذكرها الشيخ أبو محمد على أنه فيه ماء فليعلم ذلك.

المسألة العاشرة: خل الرطب بخل العنب قال القاضي حسين: لا خلاف أنه يجوز متساويًا، وهل يجوز متفاضلًا أو لا؟ ينبني على أن الخلول جنس أو أجناس، وفيه قولان، قلت: قوله: أنه يجوز متساويًا محمول على أن خل الرطب لا ماء فيه، أو أنه لم يلاحظ الجمع بين مختلفي الحكم، والمنع من التفاضل خلاف النص في خل العنب بخل التمر، فإن الشافعي رحمه الله نص على جواز التفاضل فيه، وقال الفوراني: له ثلاثة أحوال: إحداها: أن لا يكون في واحد منهما ماء فيصح الثانية: إذا كان في أحدهما ماء فيصح أيضًا، الثالثة: إذا كان فيهما ماء فعلى وجهين بناء على أنه هل في الماء ربا أم لا؟ إن قلنا: فيه ربا لا يصلح، قلت: وهذا التفصيل حسن، ولم يلاحظ الجمع بين مختلفي الحكم، وما ذكرته من البحث مع الفوراني في التخريج على الجمع بين مختلفي الحكم رأيته بعد ذلك مرموزًا إليه في كلام الإمام، قال في آخر الكلام في الخلول: وفي الماء وكونه غير مقصود إشكال سنشرحه في باب الألبان، وممن ذكر خل الرطب بخل الرطب لا يجوز الروياني، لكنه بعد ذلك قال: وإن لم يكن فيهما ماء يجوز.

المسألة الحادية عشرة: خل الرطب بخل الزبيب يجوز، قاله الشيخ أبو محمد والرافعي والبغوي؛ قال الرافعي: يجوز، لأن الماء في أحد الطرفين، والمماثلة بين الخلين غير معتبرة، تفريعًا على الصحيح في أنهما جنسان، قلت: والصحيح خلافه، وقياس كلام البغوي والنووي أن تأتي تلك الطريقة أيضًا هنا، والله أعلم. فأما الشيخ أبو محمد فإنه يلاحظ أنه لا ماء في خل الرطب كما تقدم فلا يتجه عنده أن

يكون ذلك عنده كخل التمر بخل العنب حتى يأتي فيه البحث السابق في الجمع بين مختلفي الحكم، إنما هو إذا جمع بين عينين مستقلتين، حتى يكون ذلك كالعقدين، فرتب على كل منهما مقتضاه، وكذلك يقول الأصحاب: جمع بين عقدين مختلفي الحكم إنما الخل الذي فيه الماء فهو كعين واحدة، ولو أفردنا ما فيه من الماء بحكم وما فيه من الخل بحكم لزمه بطلان العقد لأن كلا منهما مجهول، وفي سائر صور الجمع بين مختلفي الحكم يوزع الثمن عليهما، ويعطى كل واحد حكمه، وههنا لا يمكن القول بأن بعض الثمن في مقابلة الماء وحده؛ وبعضه في مقابلة الخل، بل كل جزء من الثمن مقابل بكل جزء من مجموع الخل المركب من الماء وغيره.

ويؤول ذلك أنه لو اشترى ربويًا رأى بعضه ولم ير بعضه فيه طريقان، أحدهما: القطع بالبطلان، والثاني: فيه قولا بيع الغائب، ولم يخرجوه على قولي الجمع بين مختلفي الحكم، قال الشيخ أبو محمد في السلسلة: لا يحتمل تخريج القولين في هذه المسألة، لأن المشتري إذا رأى بعض الثوب ولم ير بعضه فحكم ما رأى أن العقد فيه الخيار فيه ثابت؛ فربما يختار فسخ المبيع فيما لم يرد إجازته فيما رأى، فيحتاج إلى قطع الثوب وفي ذلك إتلاف لما ليس من ماله والله أعلم.

وقد تقدم بحث في خل التمر بخل الزبيب وخل العنب، عند الكلام في بيع المشوب بالمشوب فليطالع هناك في الدراهم المغشوشة إن شاء الله تعالى. وفي تعليق أبي علي الطبري والقاضي حسين أنه إذا قلنا: لا ربا في الماء قولان في ذلك، أصحهما: الجواز، ولكنهما ليسا القولين في الجمع بين مختلفي الحكم، بل هما القولان المشهور والغريب في أن الخلول جنس أو أجناس والمصنف وأكثر الأصحاب إنما تكلموا في ذلك تفريعًا على المعروف أن الخلول أجناس، وضابط هذا الباب أن كل خلين إما أن يكون فيهما الماء أو لا يكون فيهما، أو يكون في أحدهما فإن كان فيهما الماء فإن كانا جنسًا واحدًا لم يجز قطعًا، كخل الزبيب بخل الزبيب، وإن كانا جنسين كخل التمر بخل الزبيب لم يجز على الأصح.

وإن لم يكن فيهما ماء ـ وهما من جنس واحد ـ جاز قطعًا مثلًا بمثل يدًا بيد كخل العنب بخل العنب، وإن كانا جنسين جاز متفاضلين قطعًا يدًا بيد كخل الرطب بخل العنب وإن كان في أحدهما، فإن كانا في جنس واحد لم يجز كخل العنب بخل الزبيب، وإن كانا جنسين جاز متماثلًا ومتفاضلًا بشرط التقابض، كخل العنب بخل التمر على المشهور، خلافًا لطريقة البغوي. وكل مسائل هذا الفصل مجزوم بها على المشهور، إلا إذا كانا من جنسين، وفيهما الماء، كخل التمر بخل الزبيب، والله أعلم.

وليس في المسائل العشر مسألة جائزة قطعًا في الجنس الواحد إلا خل العنب بخل العنب، ولا في الجنسين إلا خل الرطب بخل العنب، وبقية ذلك إما ممتنع قطعًا في الجنس الواحد إذا كان فيه ماء، وإما مختلف فيه في الجنسين إذا كان فيهما أو في أحدهما ماء، وإن شئت لخصته فقلت: كل خلين لا ماء في واحد منهما فيجوز بيع أحدهما متماثلًا في الجنس، ومتفاضلًا في الجنسين، وكل خلين فيهما الماء لا يجوز بيع أحدهما بالآخر قطعًا إن اتحد الجنس، وعلى الأصح إن اختلف، وكل خلين في أحدهما الماء لا يجوز بيع أحدهما بالآخر إن اتحد الجنس قطعًا ويجوز إن اختلف على المذهب، وكلها يشترط فيها التقابض في المجلس، والله أعلم.

فرع: المعيار في الخل الكيل، قاله القاضي حسين والرافعي وغيرهما، وعلله القاضي حسين بأنه يستخرج من أصل مكيل.

تنبيه: جميع ما تقدم في الخلول التي فيها ما تفرع على الصحيح المشهور أن الماء المحرز في الإناء مملوك، وهذا الذي قطع به الماوردي، ولنا وجه مذكور في باب احياء الموات أنه لا يملك، وإن أخذ في إناء، وقد صرح الأصحاب بأن الماء على ذلك الوجه لا يجوز منعه، فعلى هذا كيف يرد البيع على الخل؟ وهو مركب من مملوك وغير مملوك؟ والذي يتجه تفريعًا على هذا الوجه امتناع بيع الخل الذي فيه الماء، لأنه لا يمكن أن يرد العقد على الجميع لعدم الملك، ولا على المملوك منه، ويكون الماء مباحًا لعدم تميزه والعلم به، ولكن لما كان هذا الوجه ضعيفًا في النقل لم يفرعوا عليه.

فرع: قال الشافعي رحمه الله في «الأم» بعد ذكر الخلول: وبيع بعضها ببعض والنبيذ الذي لا يسكر مثل الخل.

فرع: يجوز بيع خل العنب بعصيره، لأنه لا ينقص إذا صار خلا، فهما في حال الادخار، قاله ابن الصباغ والروياني، وخالف في ذلك القاضي حسين، فجزم بالمنع، وحكاه الروياني وجهًا وينبغي أن يكون على قول القاضي حسين في أن بيع العصير بالعصير لا يجوز فيكون أحدهما على حاله، والآخر ليس على حالة الادخار عنده، وقد علل صاحب «البحر» الوجه المذكور بذلك، وذكر الإمام عن شيخه الوجهين في عصير العنب وخله، أحدهما: أنه جنس ولكن حالت صفة العصير، فكان كاللبن الحليب مع العارض، والثاني: أنهما جنسان، وهو الظاهر عندي لافراط التفاوت في الاسم والصفة والمقصود، والشيء لا يكون مأكولًا، فلا يكون ربويًا، فإذا كان تحول الصفات يؤثر هذا التأثير جاز أن يؤثر في اختلاف الأجناس.

قلت: وهذا ليس بجيد، وقد بحثت معه في ذلك في مسألة بيع الرطب بالتمر،

وبينت أن العصير والخل جنس واحد، وقد تابع الإمام في ذلك القاضي في الذخائر، ويوافقه الوجه الذي حكاه المتولي أنه يجوز بيع الخل بالدبس، وأنه لا تعتبر المماثلة بينهما، وقد تقدم التعرض لذلك عند الكلام على بيع المطبوخ بالنيء.

فرع: لا يجوز خل التمر بالتمر، ولا خل عنب بعنب، نص عليه في البويطي، وقال: ولا كل شيء بشيء يخرج من أصله، وكذلك قال ابن الصباغ لا يجوز بيع العنب بخله، ولا بعصيره. قال القاضي حسين: وكذلك بيع الرطب بما يتخذ منه من الخل والعصير والدبس والشيرج والناطف وغيره لا يجوز.

فرع: بيع الرطب بخل العنب أو بعصير العنب، أو بيع العنب بخل الرطب أو بدبس الرطب، قال القاضي حسين: الصحيح أنه يجوز، قلت: وما أشار إليه من الخلاف بعيد جدًا، ولا يمكن أن يكون هو القائل بأن الخلول جنس واحد، فإن ذاك لاشتراكها في الاسم، والرطب وخل العنب لاشتراك بينهما، ولا أحدهما مستخرج من الآخر، فينبغي القطع بالجواز. وكذلك في العنب بخل الرطب إلا أن يكون فيه ماء.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع شاة في ضرعها لبن بلبن شاة، لأن اللبن يدخل في البيع، ويقابله قسط من الثمن، والدليل عليه أن النبي ﷺ جعل في مقابلة لبن المصراة صاعًا من تمر، ولأن اللبن في الضرع كاللبن في الإناء، والدليل عليه قوله ﷺ: «لا يحلبن أحدكم شاة غيره بغير إذنه، أيحب أحدكم أن تؤتي خزانته فينتثل ما فيها؟» فجعل اللبن كالمال في الخزانة، فصار كما لو باع لبنًا وشاة بلبن.

الشرح: الحديث المذكور الذي فيه أن النبي ﷺ جعل في مقابلة لبن المصراة صاعًا من تمر لم أجده بهذا اللفظ صريحًا، ولكنه يشير به إلى الحديث المشهور الذي سنذكره إن شاء الله تعالى في باب بيع المصراة وهو متفق عليه، وله ألفاظ ورد بها أقربها إلى المعنى الذي ذكره المصنف هنا قوله ﷺ: «فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر» رواه البخاري، وهو يفيد مقصود المصنف فإن قوله: (في حلبتها) ظاهر في مقابلة اللبن، والحديث الآخر حديث صحيح أخرجه البخاري وغيره من حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «لا يحلبن أحد ماشية امرىء إلا بإذنه أيحب أحدكم أن تؤتى مشربته فتكسر خزانته، فينتثل طعامه؟ فإنما يخزن لهم ضروع مواشيهم لطعامهم، فلا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه»[1].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٤٣٥) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٢٦) وأبو داود في سننه برقم (٢٦٢٣) ومالك في الموطأ (٢/ ٧٤٠).

وقوله: (ينتثل) أي يستخرج وهو ـ بياء مثناة من تحت مضمومة ثم نون ساكنة ثم تاء مثناة من فوق ثم ثاء مثلثة مفتوحتين ـ يقال: نثل ما في كنانته إذا صبها ونثرها. وقد نثلت البئر نثلًا وانتثلتها إذا استخرجت ترابها، وروى ينتقل بالقاف بدل الثاء المثلثة أي يذهب وينقل عن الضرع، والرواية الأولى أكثر وأشهر وهي التي فسرها أهل الغريب والمشربة بضم الراء وفتحها الغرفة وجمعها مشارب، وقول المصنف: شاة أحدكم أن لفظ الشاة لم أجده في شيء من الروايات.

أما حكم المسألة: نص عليه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، قال في «المختصر» و «الأم». ولا خير في شاة فيها لبن يقدر على حلبه بلبن من قبل أن في الشاة لبنًا لا أدري كم حصته من الثمن الذي اشتريته به نقدًا؟ وإن كان نسيئة فهو أفسد للبيع، وقد جعل رسول الله ﷺ للبن التصرية بدلًا، وإنما اللبن في الضرع كالجوز واللوز المبيع في قشره، يستخرجه صاحبه إذا شاء. وليس كالولد لا يقدر على استخراجه، هذا لفظ «المختصر». وقال في «الأم». ولا بأس بلبن شاة يدًا بيد، ونسيئة، إذا كان أحدهما نقدًا، والدين منهما موصوف في الذمة، وصرح في مواضع من «الأم» بجواز ذلك نقدًا ونسيئًا، ثم قال: فإن قال قائل: كيف اخترت لبن الشاة بالشاة وقدمها لبن، فيقال: إن الشاة نفسها لا ربًا فيها، إنما تؤكل بعد الذبح أو السلخ أو الطبخ أو التجفيف فلا تنسب الغنم إلى أن تكون مأكولة إنما تنسب إلى أنها حيوان. وقد اتفق الأصحاب على هذين الحكمين وأن بيع الشاة التي في ضرعها لبن بلبن شاة باطل كما قرره الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، من أن اللبن الذي في الضرع يقابله قسط من الثمن.

قال القاضي أبو الطيب: قولًا واحدًا وإن كان في الحمل قولان بدليل خبر المصراة ولولا أن اللبن يتقسط عليه الثمن لما ألزمه رد بدله كما لو اشترى نخلة فأثمرت في يده، أو شاة فحملت وولدت ثم ردها، ولأن ما في الضرع مثل ما في الخزانة بدليل الحديث الذي ذكره المصنف. وهذا الذي ذكرناه من أن اللبن يقابله قسط من الثمن هو المنصوص المشهور الذي قطع به الأصحاب ههنا. وسيأتي في باب المصراة ذكر وجه فيه، والكلام عليه هناك، ومع هذا فلا خلاف في امتناع بيع الشاة اللبون باللبن والله أعلم.

قال الأصحاب: فوجب أنه لا يصح بيع شاة في ضرعها لبن أصلًا، لأن اللبن مجهول كما لو ضم إلى الشاة لبنًا مغطى، فالجواب أنه إن لم يجز البيع هناك لأن كلا من الشاة واللبن المضموم إليها مقصود بالبيع، واللبن في الضرع تابع، وإن كان له قسط من الثمن بدليل دخوله إذا أطلق البيع في الشاة، ويغتفر في التابع ما لا يغتفر في غيره، ولذلك صح بيعه كأساس الحائط ورؤوس الجذوع وطي البئر ونحو

ذلك، ولا يلزم من جعله تابعًا في انتفاء الغرر أن يكون تابعًا في انتفاء الربا، كالثمرة قبل بدو الصلاح إذا بيعت مع أصلها تابعة من غير شرط القطع جاز، ولو باع نخلة مثمرة بتمر لم يصح، فكان ربًا، فتبعت في انتفاء الغرر ولم تتبع في انتفاء الربا.

قال القاضي حسين: ولأن اللبن مما يجري فيه الربا، وإن كان متصلًا بالحيوان ولا يشبه الحمل لأن الحمل لا يمكن استخراجه متى شاء، والفرق بين اللبن والحمل على أحد القولين القائل بأنه ليس له قسط من الثمن أن اللبن مقدور على تناوله بخلاف الحمل، فأشبه الجوز واللوز في قشره، وجوز أبو حنيفة رحمه الله بيع الشاة ذات اللبن باللبن. قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملي: وهكذا الحكم إذا ذبحت هذه الشاة التي فيها لبن ثم بيعت بلبن، وهو أفسد، لأنه بيع لحم ولبن بلبن، ولو باع الشاة التي في ضرعها لبن بلبن إبل ونحوه من غير لبن الغنم، فإن قلنا: إن الألبان صنف واحد لم يجز، وإن قلنا: أصناف جاز، قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم: فعلى هذا الصحيح الجواز، لأن الصحيح أنها أجناس، ولم يذكر الصيمري في «شرح الكفاية» غيره، ولذلك احترز المصنف في قوله: بلبن الشاة، فإنه إذا باع الشاة التي في ضرعها لبن من غير جنسها وقلنا: إن الألبان أجناس قال المحاملي: فيكون بمنزلة أن يبيع طعامًا ربويًا بشعير، فيصح البيع، يعني على الأصح في الجمع بين مختلفي الحكم، وكذلك قال الرافعي: فيه قولا الجمع بين مختلفي الحكم، وهو في ذلك تابع القاضي حسين وصاحب «التهذيب»، فإن ما يقابل اللبن باللبن يشترط فيه التقابض، وما يقابله من الحيوان لا يشترط فيه التقابض.

قلت: وفي «التحريم» نظر في بيع خل التمر بخل الزبيب وفي بيع الدراهم المغشوشة بعضها ببعض لأنه يمتنع إفراد كل واحد بحكمه إذ اللبن الذي في الضرع لا يمكن تسليمه وحده فلو نزل العقد عليه منزلة عقد مستقل لاقتضى البطلان والله أعلم. ولأجل ذلك والله أعلم أطلق الماوردي القول بأنا إذا قلنا الألبان أجناس صح العقد والحكم الثاني: إذا باع شاة غير ذات لبن، قال الشيخ أبو حامد: بأن لا تكون ولدت قط جاز البيع، اتفق عليه الأصحاب أيضًا تبعًا للشافعي رحمه الله، نقدًا ونسيئة، والتفرق قبل القبض، قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب: نص الشافعي رحمه الله في حرملة في التي لها لبن قد حلب ولم يستخلف بعد شيء منه فباعها بلبن شاة يجوز، وهذا لأنه لم يكن هناك لبن يجتمع، والقليل الذي ينزُّ لا تأثير له، واتفق الأصحاب أيضًا على هذا الحكم، وممن جزم به القاضي حسين والبغوي والرافعي،

وصرح الإمام بالصحة في اللبون إذا لم يكن في ضرعها لبن وقت البيع، أو كان نزرًا لا يقصد حلب مثله لقلته.

قال: فإن مثله ليس مقصودًا، والحيوان مخالف لجنس اللبن، فليلتحق ببيع المخيض بالزبد مع النظر إلى الرغوة، وشبهه بعضهم بالدار [إذا] ذهبت، واستهلك الذهب إذا بيعت بدار مثلها أو بالذهب يجوز، قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملي: فإن ذبحت هذه الشاة وسلخت وبيعت باللبن صح البيع لأنه لحم لا شيء معه بلبن، ويشترط التقابض، ونقله القاضي أبو الطيب عن نصه في الصرف، وقد أغرب الجيلي فحكى فيما نقله ابن الرفعة عنه وجهًا أنه يجوز بيع اللبن بشاة في ضرعها لبن، وهذا غريب جدًا شاذ لا معول عليه، قال ابن الرفعة: ويمكن أن يكون مأخذه ما حكاه الغزالي في المصراة أن اللبن في الضرع لا يقابله قسط من الثمن على رأي.

فرع: كما لا يجوز بيع الشاة التي فيها لبن بلبن، كذلك لا يجوز بالزبد، ولا بالسمن، ولا بالمصل، ولا بالأقط، كما لا يجوز اللبن بشيء من ذلك، صرح به الماوردي.

فرع: قال محمد بن عبد الرحمن الحضرمي في كتاب«الإكمال» لما وقع في «التنبيه» من الإشكال والإجمال: قال الشافعي رحمه الله: ولو باع أمة ذات لبن بلبن آدمية جاز، بخلاف شاة في ضرعها لبن بلبن شاة، والفرق بينهما أن لبن الشاة في الشرع له حكم العين، فلهذا لا يجوز عندنا الإجارة عليه، ولبن الآدمية ليس له حكم العين بل هو كالمنفعة، ولهذا حررنا عقد الإجارة عليه قلت: وهذا النقل غريب والتعليل حسن، وفيه نظر، وقد تقدم حكاية خلاف في أن لبن الآدمية هل يكون من جنس الألبان؟ إذا قلنا: بأن الألبان جنس واحد أم لا، ولا يرد ذلك هنا لأن الكلام هناك إذا كان منفصلًا فإنه يثبت له حكم الأعيان، وهنا الألبان في الثدي هو الذي ادعى أنه ليس له حكم العين، بل حكم المنفعة فلذلك قال: يصح لأنه لم يضم إلى الجارية عينًا أخرى.

ولم أجد هذا الفرع إلا في الكتاب، فلا أدري هل الفرق من كلامه؟ أو من كلام الشافعي؟ ويعضده المذهب المشهور في أن الجارية المصراة لا يرد معها بدل اللبن، وفيه وجه أنه يرد فعلى قياس ذلك الوجه قد يقال: ينبغي أن يقال هنا بامتناعها بلبن آدمي، لأنه سلك به مسلك العين، وإن باعها بلبن شاة أو بقرة فعلى المذهب المشهور، وما نقله الحضرمي عن النص يكون الجواز من طريق الأولى، وعلى الوجه الذي حكيناه في التصرية ينبغي أن يتخرج على أن الألبان أجناس أو

لا؟ فإن جعلناها: أجناسًا جاز، وإن جعلناها: جنسًا فيتخرج على خلاف تقدم في أن لبن الآدمي من جملتها أم لا؟ فإن قلنا: لا، جاز وإن قلنا: من جنسها فقياس ذلك الوجه المنع.

وأما التمسك بجواز الإجارة عليه في كونه يسلك به مسلك المنافع ففيه وفي تسويغ الإجارة عليه في باب الإجارة فالاستدلال بالحكم الثابت في التصرية أولى، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن باع شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن ففيه وجهان، قال أبو الطيب بن سلمة: يجوز كما يجوز بيع السمسم بالسمسم، وإن كان في كل واحد منهما شيرج، وكما يجوز بيع دار بدار، وإن كان في كل واحدة منهما بئر ماء وقال أكثر أصحابنا. لا يجوز، لأنه جنس فيه ربا بيع بعضه ببعض ومع كل واحد منهما شيء مقصود فلم يجز، كما لو باع نخلة مثمرة بنخلة مثمرة ويخالف السمسم لأن الشيرج في السمسم كالمعدوم، لأنه لا يحصل إلا بطحن وعصر، واللبن موجود في الضرع من غير فعل، ويمكن أخذه من غير مشقة، وأما الدار فإن قلنا: إن الماء يملك ويحرم فيه الربا فلا يجوز بيع إحدى الدارين بالأخرى.

الشرح: الوجهان مشهوران حكاهما كذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي وغيرهم، ونسب الشيخ أبو حامد الثاني إلى عامة أصحابنا منهم أبو العباس وأبو إسحاق، وكذلك القاضي أبو الطيب نسبة إلى أصحابنا، وقال نصر: إنه المذهب وقال المحاملي: إنه ظاهر المذهب وجزم به في «اللباب» وأصح الوجهين الثاني وبه جزم ابن أبي هريرة لما ذكره المصنف، ولأنه يشبه بيع شاة معها لبن في إناء بشاة معها لبن في إناء، ووافق أبو الطيب بن سلمة على امتناع بيع الشاة التي في ضرعها لبن بلبن، فلذلك شبه المسألة التي خالف فيها السمسم بالسمسم، وتلك المسألة كالسمسم بالشيرج.

وفرق الشيخ أبو حامد بين هذا وبين السمسم بالسمسم بفرقين، أحدهما: ما ذكره المصنف وغيره من الأصحاب، والثاني: هذه، وهو أن السمسم إذا بيع بالسمسم فالمقصود منه الشيرج، فأما التفل الذي يكون فيه فليس بمقصود وقد وجدت المماثلة بينهما كيلًا، فيصح البيع، ولم يمنعه التفل كالتمر بالتمر إذا كان فيهما نوى، حيث لم يكن مقصودًا، بخلاف الشاة باللبن، فإن الشاة مقصودة واللبن له قسط من الثمن، ولو باع شاة لبونًا بشاة لبون وهما مستفرغتا الضرع جاز قال القاضي حسين: فلذلك قال المصنف: في ضرعها لبن احترازًا عن هذا.

وأفهم كلام المصنف أنا إذا قلنا: إن الماء لا يملك أو قلنا بأنه يملك ولكنه

ليس بربوي لا يحتاج إلى الفرق، ويسقط التمسك به، وإن قلنا بأنه مملوك ربوي منعنا الحكم، فلا يصح القياس عليه، وبيان ذلك أنه إن قلنا: لا يملك صح بيع الدار بالدار، ولم يتناول البيع الماء، فإنه غير مملوك على هذا القول، وإذا تخطى رجل إلى البئر واستقى منها ملكه ولا يجب عليه رده مع عصيانه في دخوله الدار بغير إذن وإن قلنا: يملك وهو غير ربوي صح البيع وتناوله، وإن قلنا: ربوي امتنع البيع فعلى كل التقدير احتجاج أبي الطيب بن سلمة بذلك ساقط، ومنع بيع إحدى الدارين المذكورتين بالأخرى على قول بأن الماء مملوك ربوي قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ لكن ابن الصباغ قال في الباب الذي بعد هذا المترجم عنه بباب الحائط يباع أصله، إن ماء البئر لا يدخل في مطلق بيع الدار على الوجهين، لأنه في أحدهما غير مملوك وفي الأخرى بماء ظاهر ولا يدخل في البيع إلا بالشروط كالطلع المؤبر.

قلت: ومتى باعه وحده لم يصح على الوجهين كما قاله ابن الصباغ أيضًا في باب بيع الثمار، وبأنه لا يملك في أحدهما وفي الآخر يكون مجهولًا فيها ولا يمكن تسليمه لأنه إلى أن يسلمه يختلط به غيره ومتى باع واشترط دخوله صح بلا خلاف، لأن الاختلاط ههنا لا يضر، لأن الجميع ملك المشتري قال ابن الرفعة: صرح بحكاية ذلك الإمام. وقال القاضي حسين: إن كان في موضع لا قيمة للماء فيه يجوز، وإن كان في موضع للماء فيه قيمة ولم يسميا في العقد أيضًا يجوز، وإن سميا في العقد فإنه لا يجوز، ويصير كمسألة مد عجوة، وبنى القاضي حسين ذلك على أصل قدمه في بيع الدار التي فيها البئر مطلقًا، فصل فيه بين أن يكون للماء قيمة في ذلك المكان أولًا، فقال: إن كان مما لا قيمة له يدخل في العقد، وقيل: لا يدخل إلا بالتسمية كسائر المنقولات التي تكون في البيت، وحكى عن القاضي وجهًا آخر أنه يندرج كالثمار التي لم تؤبر.

وإذا قلنا: بأنه غير مملوك اختص به المشتري كما كان يختص به البائع وجزم الروياني في الحلية بأن الماء الظاهر عند البيع لا يدخل يعني عند الاطلاق وكذا المعدن الظاهر كالنفط ونحوه، وما ينبع بعده كان للمشتري، والذي قاله الرافعي: إن الأصح الصحة تبعًا، وعلى هذا يشكل الفرق، فإن تبعية الماء للدار كتبعية اللبن للشاة، والأظهر عند الإمام أيضًا الصحة، وعلله بأن الماء الكائن في البئر ليس مقصودًا ولا يرتبط به قصد.

وقوله: الكائن في البئر احتراز جيد، فإن ماء البئر من حيث الجملة مقصود في الدار. ولكن لا غرض في ذلك للقدر الكائن وقت العقد. ومع قول الإمام: إن هذا هو الظاهر فإن الثاني هو القياس وإنه لا يقدح للجواز وجه في القياس، ولكن عليه

العمل ومعتمده سقوط القصد إلى الماء الحاصل ثم أورد الإمام سؤالًا وانفصل عنه. أما السؤال فإن خل التمر إذا بيع بخل الزبيب، وقلنا: إن الماء ربوي امتنع البيع. والماء ليس مقصودًا في الخل. كما أنه ليس مقصودًا في مسألة الدار وانفصل عنه بأن الماء يستعمل على صفة الخل. حتى كأنه انقلب خلا فلم يخرج مقدار الماء عن كونه مقصودًا وإن كان لا يقصد ماء وهذا لا يتحقق في البئر ومائها.

وقد يقال: كل من الشاة ولبنها مقصود بخلاف الماء الحاصل وقت العقد في البئر. فإنه غير مقصود. وقد تقدم في مسألة مد عجوة الكلام في شيء من ذلك. وقال الماوردي: إن قلنا: لا ربا في الماء جاز مطلقًا، وإن قلنا: فيه ربا فإن كان الماء محرزًا في الأجباب فهو مملوك قطعًا، ولا يجوز البيع حينئذ خوف التفاضل. وإن كان في الآبار فبعض أصحابنا يزعم أن ماء البئر يكون ملكًا لمالك البئر. فعلى هذا يمتنع إلا أن يكون ملحًا فيجوز، لأن الماء الملح غير مشروب ولا ربًا فيه.

وذهب جمهور أصحابنا وهو ظاهر مذهب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ أن ماء البئر لا يملك إلا بالأخذ والإجارة. وكذلك ماء العين والنهر. وإنما يكون لمالك البئر منع غيره من التصرف في بئره أو نهره لأن من اشترى دارًا ذات بئر فاستعمل ماءها ثم ردها بعيب لم يلزمه للماء غرم. ولو كان مملوكًا لزمه غرمه. كما يغرم لبن الضرع. ولأن مستأجر الدار له أن يستعمل ماء البئر فعلى هذا يجوز بيع دار ذات بئر فيها بدار ذات بئر فيها. قلت: وهذا الذي قاله فيه نظر. فإن الذي صححوه في إحياء الموات أنه يملك ماء البئر. والله أعلم.

وقال ابن الرفعة بعد حكايته كلام القاضي في بيع الدار التي فيها البئر: هذا لا شك فيه بناء على أصله في أن الماء لا يدخل في اطلاق العقد. أما إذا قلنا: يدخل كما هو وجه بعيد فهو تابع وهل يعامل معاملة المقصود أم لا فهو محل الخلاف الذي ذكره الغزالي للإمام فيها نظمه والله أعلم.

نعم لك أن تقول الجزم بصحة العقد مع عدم دخول ما في البئر من الماء نظر. لا يمكن أخذه إلامختلطًا بملك المشتري فكما لم يصح بيع الجمة بمفردها حذرًا من الاختلاط بملك البائع ينبغي أن لا يصح إذا بيعت الجمة للبائع حذرًامن الاختلاط بملك المشتري. وإن تخيل في الفرق أن الاختلاط لم يمنع من تسليم عين المبيع وهو ههنا في غير المبيع فلا يمنع التسليم. فلا يمنع الصحة.

قلنا: ذلك يقتضي صحة بيع الأصل وغلة ثمرة تكون للبائع ولا يتأتى تسليمها إلا بعد اختلاطها بالثمرة الحادثة على ملك المشتري. والمنقول فيها عدم الصحة، لكن قد يفرق بين ذلك وما نحن فيه بأن الثمار مقصود الأشجار كما ستعرفه ثَمَّ. ولا

كذلك ماء البئر في بيع الدار. وأما في بيع البئر ففيه وقفة في حال كون الماء له قيمة والله أعلم. انتهى كلام ابن الرفعة. ومنع بيع النخلة المثمرة بالنخلة المثمرة من جنسها باطل. اتفق عليه الأصحاب وممن صرح به ابن أبي هريرة وغيره، فلو كان على إحداهما ثمرة ولا شيء على الأخرى جاز، وكذلك الشاة التي فيها لبن بالشاة التي لا لبن فيها، صرح بها ابن أبي هريرة والماوردي إلّا أن تكون إحداهما مذبوحة فذلك يمتنع لأمر آخر وهو بيع حيوان بلحم.

فائدة: عرفت أن أبا الطيب بن سلمة قائل بالجواز في بيع الشاة بالشاة والدار بالدار، وقد صرح الغزالي في «البسيط» فقال في بيع الشاة اللبون بالشاة اللبون وفي ضرعهما لبن، حكى أصحابنا عن أبي الطيب بن سلمة أنه جوز ذلك وذكر مسألة الدارين، وأطلق الخلاف فيها، ولم ينسب فيها إلى أبي الطيب بن سلمة شيئًا، وفي «الوسيط» ذكر لفظًا مشكلًا فقال بعد أن جزم بالبطلان في مسألة اللبون وحكى الوجهين في مسألة الدارين، وسوى بالمنع فيهما، واستشكله الفضلاء، وتأويل كلامه في «الوسيط»، وغاية ما ظهر لي في تأويله أن يكون المراد بالمنع منع الحكم المدعى وهو البطلان الذي جزم به في مسألة الشاة اللبون؛ لكن لا يستمر ذلك في مسألة الدارين، فإنه اقتصر على حكاية الخلاف من غير ترجيح البطلان، ولعل ذلك وهم من ناسخ أو سبق قلم. والله أعلم. وكذلك قال ابن أبي الدم في كلامه على الوسيط: إن ذلك غلط على أبي الطيب بن سلمة.

فرع: بيع الشاة التي فيها لبن ببقرة فيها لبن فيه قولان حكاهما الماوردي مأخذهما أن الألبان جنس أو أجناس، وبالصحة جزم الصيمري في «الكفاية» كما تباع النخلة بالكرم. وههنا بلبن الآدمي إن قلنا: الألبان أجناس، وإن قلنا: جنس واحد فيبنيه على أن لبن الآدمي معها جنس أو جنسان وفيه وجهان تقدما.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ويجوز بيع اللبن الحليب بعضه ببعض. لأن عامة منافعه في هذه الحال فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر بالتمر ويجوز بيع اللبن الحليب بالرائب وهو الذي فيه حموضة، لأنه لبن خالص وإنما تغير فهو كتمر طيب بتمر غير طيب. ويجوز بيع الرائب بالرائب كما يجوز بيع تمر متغير بتمر متغير.

الشرح: الحليب قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في كتاب السلم من «الأم» هو ما يجلب من ساغية وكان منتهى خاصية الحليب أن تقل حلاوته. وذلك حين ينتقل إلى أن يخرج من اسم الحليب. والرائب فسره الأصحاب بأنه الذي حصل فيه قليل حموضة كما ذكره المصنف رحمه الله. قال الإمام فيما حكي عنه: والرائب الذي خثر بنفسه

من غير نار. قال ابن الرفعة: أي ولا ألقيت فيه أنفحة ونحوها.

أما حكم المسألة: فقد ذكر المصنف ثلاث مسائل. ومقصوده في جميعها جواز البيع من حيث الجملة. وأما كونه متماثلًا أو متفاضلًا فذلك معلوم من كون الألبان جنسًا واحدًا أو أجناسًا. ووجوب التماثل على الأول دون الثاني. وقد تقدم ذلك. والمقصود هنا جواز البيع. وأن ذلك ليس من الرطب الذي يمتنع بيع بعضه ببعض. لأنه لا ينتهي إلى جفاف. ولأن معظم منفعته حال كونه لبنا. ولا خلاف في جواز ذلك. وقد تقدم أن الشافعي رحمه الله نبه على هذا القسم وأفرد له بابا وذكر أنه خارج من معنى ما يكون رطبًا بما تقدم بيانه عنه.

قال الشافعي هناك: وجعلنا حكم رطوبته حكم جفوفه. لأنا لذلك نجده في كل أحواله لا منتقلا إلا بنقل غيره. فقلنا: لا بأس بلبن حليب بلبن حامض. وكيفما كان بلبن كيفما كان. حليبًا أو رائبًا أو حامضًا. ولا حامضًا بحليب. ولا حليبًا برائب. ما لم يخالطه ماء. فإذا خالطه ماء فلا خير فيه. وذكر الشافعي رحمه الله مسألة الحامض هنا وهو المخيض. وسيأتي في كلام المصنف مفردًا بالذكر. ثم إن المصنف أفرد كل مسألة مفردة بعلة. فذكر في مسألة الحليب ما يدل على أن ذلك هو حالة الكمال لوجود غاية منافعه كالتمر، والفرق بينه وبين الرطب من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن عامة منافع الرطب في حال كونه تمرًا، وتناوله في حالة الرطوبة يعد عجالة وتفكها والثاني: قول الشافعي رحمه الله: أن الرطب يشرب من أصوله ويجف بنفسه يشير إلى أن اللبن في حال كماله. والرطب ليس كذلك. بل ينتقل إليها، والثالث: فرق أبو إسحاق أن الرطوبة في اللبن من مصلحته وهي الحافظة لمنفعته بخلاف الرطب. لأنه بعد الجفاف كذلك. وجاز بيع اللبن. ولو كان في كل منهما زبد. لأن بقاء الزبد فيه من كمال منفعته وهو في أغلب الأحوال مأكول معه بخلاف الشمع في العسل.

قال الإمام فإن قيل: اللبن مشتمل على السمن والمخيض وهما جنسان مختلفان، قلنا: اللبن يعد جنسًا واحدًا كالسمسم بالسمسم، وفيهما الدهن والتفل، وكالتمر بالتمر وفيهما الطعم والنوى. قال الإمام: وأوقع عبارة في الفرق بين الشهد واللبن أن الشمع غير مخامر للعسل في أصله: فإن النحل ينسج البيوت من الشمع المحض، ثم يلقي في خلله العسل المحض، فالعسل متميز في الأصل، ثم مشتار العسل يخلطه بالشمع بعض الخلط بالتعاطي والضغط، وليس اللبن كذلك، وهذا الفرق الذي ذكره الإمام في غاية الحسن.

وفي مسألة الرائب بالحليب، ذكر ما يندفع به توهم أنه خرج عن حالة الكمال بما حصل فيه التغيير، كما أن التمر المتغير لا يخرج عن حالة الكمال، وممن جزم بذلك المحاملي والقاضي أبو الطيب، لكنه لم يشبهه بالرائب، وإنما قال: لبنًا حليبًا بلبن قد حمض وتغير طعمه يجوز، وجزم ابن أبي هريرة بمسألة الرائب بالرائب، كما قال المصنف، وكذلك القاضي حسين، وذكر الماوردي جواز الحليب بالرائب والحامض إذا لم يكن زبدهما ممخوضًا، لأنه بيع لبن فيه زبده بلبن فيه زبده، فصار كبيع الحليب بالحليب هكذا قال الماوردي ينبغي أن يحقق ما المراد بالرائب فإن ابن أبي هريرة جزم بجواز بيعه بالزبد كما سيأتي والمراد بالرائب هنا ما خثر بنفسه من غير نار كما قال الإمام.

فرع: والمعيار في اللبن الكيل، نص عليه الشافعي والأصحاب، قال الرافعي: في كلامه ما يقتضي تجويز الكيل والوزن جميعًا، قلت: وإنما في كلام الإمام ما يقتضي التردد فإنه قال: فإن كان يوزن فكذا وإن كان يكال فكذا. وهذا يقتضي الشك، وإن لم يتحرر عندهم معياره، وليس فيه حكم بتجويز الأمرين، هكذا أطلقوا المسألة، وكلام صاحب «التهذيب» صريح في أنه يباع اللبن باللبن كيلا، سواء كانا حليبين أو رائبين أو حامضين، وهو ظاهر فيما عدا الرائب. وأما الرائب الخاثر ففيه نظر، لأن الشافعي قال في اللبأ ما يقتضي المعيار فيه الوزن لا الكيل فقال: إنه لا يجوز السلم في اللبأ إلا مكيالا من قبل تكبيسه وتجافيه في المكيال، اللبن الرائب فيه شبه من اللبأ، وقد يقال: إن عقد اللبأ أكثر، فلذلك يتجافى بخلاف الرائب.

وقد تعرض الإمام لهذا الإشكال، فأورد على نفسه أنه إذا خثر الشيء كان أثقل، والذي يحويه المكيال من الخاثر يزيد على الرقيق من جنسه بالوزن زيادة ظاهرة وأجاب بأن منع بيع الدبس بالدبس غير مبني على التفاوت في الوزن مع التساوي في المكيال، فإنا لو اعتبرنا ذلك لجوزنا بيع الدبس بالدبس إذا كان يوزن، ولكنا اعتمدنا خروج الدبس عن حالة الكمال، وأما الرائب الخاثر فقد قطع الأصحاب بجواز بيعه باللبن وجواز بيع بعضه ببعض، ويتجه في بيع بعضه بالبعض أن يقال الانعقاد جرى في اللبن على تساو، ولا يربو في الإناء إذا انعقد رائبًا ولا ينقص، فإنه طبيعة في نفس اللبن عقاده. وليس من جهة ذهاب جزء وبقاء جزء، فأما بيع الخاثر باللبن فإن كان يوزن فيظهر تجويزه، فإن كان يكال فبيع اللبن الحليب بالرائب الخاثر كيلا فيه احتمال ظاهر في المنع ووجه التجويز تشبيه الخاثر بالحنطة الصلبة المغللة تباع بالرخوة، فالخاثر بالحليب يشبه الحنطة الصلبة بالرخوة. انتهى كلام الإمام.

ومن هنا قال الرافعي: إن في كلام الإمام ما يقتضي تجويز الكيل والوزن وأنت قد سمعت كلام الإمام وليس فيه حكم بكيل ولا وزن، وإنما فيه أنه تردد وكأنه لم يتحر عنه، هل هو مكيل أو موزون؟ وقد صرح الرافعي والأصحاب بأنه مكيل فتلخص من هذا أن بيع الرائب بالرائب كيلًا جائز جزمًا، وبيع الرائب بالحليب كيلًا جائز، وفيه احتمال للإمام، وعند الاحتمال في المسألتين في الرائب بالرائب، وفي الرائب بالحليب لما ذكرته من كلام الشافعي في اللبأ والله أعلم.

وما ذكره الإمام من انعقاد أجزائه على تساويه. ومن تشبيهه بالحنطة الصلبة والرخوة ممنوع، وقال ابن الرفعة: اللبن الخاثر يظهر أن يكون كالسمن الرائب، قال: وفي كلام الإمام ما يدل على أنه يجوز كيله ووزنه، وكأنه تبع الرافعي فيما فهم من كلام الإمام.

فرع: يشترط في بيع الحليب بالجبن أن يكيله ولا رغوة فيه فلو كان فيه رغوة فيهما أو في أحدهما لم يصح حتى يسكن، للجهل بالتماثل، وحقيقة التفاضل، وهذا مستفاد من قول الشافعي في السلم: أنه إذا أسلف فيه مكيل فليس له أن يكيله برغوته لأنها تزيد في كيله فليست بلبن يبقى بقاء اللبن ولكن إذا أسلف فيه وزنًا فلا بأس عندي أن يزنه برغوته لأنها لا تزيد في وزنه فإن زعم أهل العلم أنها تزيد في وزنه فلا يزنه حتى تسكن كما لا يكيله حتى تسكن مع أن بيع الحليب وعليه الرغوة لا يجوز مطلقًا كيلًا، نص عليه الصيمري في «شرح الكفاية» للجهل بالمقصود، فأما وزنا فلا بأس إذا كان بغير جنسه.

فرع: قال القاضي حسين وصاحب «التهذيب»: الهريد بالهريد لا يجوز لتأثير النار فيه قلت: والهريد....

فرع: ويجوز بيع الخاثر بالحليب والرائب والحامض أيضًا، لأن التفاوت بين الخاثر وغيره في الوزن، والوزن لا اعتبار به، لأن المعيار فيه الكيل قاله الرافعي.

فرع: قال الشافعي في «الأم»: لا خير في لبن مغلي بلبن على وجهه، لأن الإغلاء ينقص اللبن، ووافقه الشيخ أبو حامد والمحاملي ونصر المقدسي والبغوي، ولو كان مسخنا من غير غليان صح، قاله الروياني.

فرع: شرط جواز بيع هذا اللبن باللبن أن لا يكون فيه ماء، فأما إذا كان فيه ماء فلا يجوز بيعه بمثله ولا بالخالص بلا خلاف.

فرع: إذا حمي اللبن قليلًا؛ بحيث لا تأخذ النار منه فلا يمنع بيع بعضه ببعض، قاله الشيخ أبو حامد ونصر، ويجوز بيع لبن الغنم بلبن البقر متفاضلًا على الصحيح. المشهور أنها أجناس، وكذلك يجوز بيع أحد الصنفين بما يتخذ من لبن

الصنف الآخر، وقد تقدم «التنبيه» على ذلك، فإن فرعنا على أن الألبان جنس فلا يباع أحدهما بالآخر إلا على الوجه المذكور فيما تقدم. وممن صرح بذلك هنا صاحب «التهذيب».

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع اللبن بما يتخذ منه من الزبد والسمن، لأن ذلك مستخرج منه، فلا يجوز بيعه كالشيرج بالسمسم، ولا يجوز بيعه بالمخيض لأن المخيض لبن نزع منه الزبد، والحليب لم ينزع منه الزبد فإذا بيع أحدهما بالآخر تفاضل اللبنان، ولا يجوز بيعه بالشراز واللبأ والجبن، لأن أجزاءها قد انعقدت فلا يجوز بيعها باللبن كيلا، لأنهما يتفاضلان، ولا يجوز بيعها وزنًا لأن اللبن مكيل فلا يباع بجنسه وزنًا.

الشرح: قال القاضي أبو الطيب: الذي يتخذ من اللبن أحد عشر شيئًا، كذا في النسخة، وصوابه اثنا عشر: الزبد، والسمن، والمخيض، واللبأ، والأقط، والمصل، والجبن، والشيراز، والدجنين، والكشك، والطينح، والكواميخ، قالها القاضي أبو الطيب وغيره والكبح قاله القاضي حسين، والقول الجملي أن اللبن لا يجوز بيعه بما يتخذ منه من جميع ذلك، وفي التفصيل مسائل فنوردها كما أوردها المصنف واحدة واحدة.

المسألة الأولى: بيع اللبن بالزبد، قال الشافعي في «المختصر»: ولا خير في زبد غنم بلبن غنم، لأن الزبد شيء من اللبن، وقال في «الأم» معنى ذلك، وقد اتفق الأصحاب على هذا الحكم، واختلفوا في تعليله، فالأكثرون على ما يشعر به كلام الشافعي أن الزبد شيء من اللبن، يعني فإذا باعه باللبن واللبن مشتمل على الزبد فيكون قد باع زبدًا بزبد متفاضلًا، وقال أبو إسحاق: لأن في الزبد شيئًا من اللبن يعني فيكون بيع لبن بلبن متفاضلًا، قال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي والماوردي: والتعليل الأول هو الصحيح، قال أبو الطيب: ولم يذكر أبو إسحاق ذلك في «الشرح» وهو باطل ببيع اللبن باللبن فإن قيل: فاللبن باللبن في كل منهما زبد فهلا امتنع؟فالجواب: عنه كما قيل في بيع السمسم بالسمسم وهو مذكور في مسألة بيع الشيرج بالسمسم، فإن الجواب المذكور عنهما معًا، كذلك ذكره الشيخ أبو حامد.

المسألة الثانية: بيع اللبن بالسمن لا يجوز لما تقدم من تعليل الشافعي، وجزم به الأصحاب منهم والرافعي قال الشيخ أبو حامد والمحاملي: وههنا يبطل تعليل أبي إسحاق لأنه لو كان المعنى ما ذكره لجاز ههنا، وهذا الإلزام نزل على أن أبا إسحاق غير مخالف في ذلك قال المحاملي: وكان يجب أن يقول أبو إسحاق ههنا: إنه لا يجوز بيع اللبن بالسمن، ولا خلاف على المذهب أن ذلك لا يجوز، قال

الإمام: فإن قيل: قد ذكرتم أن اللبن في حكم جنس واحد لا اختلاط فيه، فجوزوا بيع اللبن بالسمن بناء على أن اللبن جنس واحد قلنا هذا فيه بعض الغموض من طريق التعليل، ولكنه متفق عليه، وفي معناه بيع السمسم بالشيرج مع تجويز بيع السمسم بالسمسم، وأقص الممكن فيه أن اللبن إذا قوبل بالسمن فلا يمكن أن يجعل مخالفًا للسمن، فإنما يجانسه بما فيه من السمن لا بصورته وطعمه، وإذا اعتبرنا السمن انتظم منه أنه يبيع سمنا بسمن ومخيض، فأما اللبن باللبن فيعتمد تجانس اللبن في صفته الناجزة، ولا ضرورة تحوج إلى تقدير تفريق الأجزاء.

قلت: وهذا كما تقدم له في بيع السمن بالشيرج، ولو قال قائل: ما الضرورة الداعية إلى تقدير تغريق الأجزاء عند مقابلة اللبن بالسمن؟ والسمسم بالشيرج؟ لأحوج إلى جواب غير هذا.

المسألة الثالثة: بيع اللبن بالمخيض، وهو الردغ الذي استخرج منه الزبد، جزم به الأصحاب لا يجوز لما تقدم من تعليل الشافعي، والمصنف أفرده بالعلة التي ذكرها، لأنه مستبعد أن يقال: إن المخيض متخذ من اللبن، بل هو نفس اللبن نزع منه الزبد، لا سيما على العلة التي ذكرها في الزبد والسمن أنه مستخرج من اللبن، وجمع بذلك بينه وبين الشيرج مع السمسم، فإن ذلك لا يصح أن يقال في المخيض، فلهذا أفرده، وكذلك القاضي أبو الطيب صنع كما صنع المصنف، وقال أيضًا: ولأنه لا يجوز بيع الكسب بالسمسم، وإن كان أبو إسحاق في بيع اللبن بالزبد لا يجعل للزبد الكامن في اللبن حكما فيلزمه أن يجوز اللبن بالمخيض لانتفاء العلة التي ذكرها في اللبن بالزبد، فيرد عليه هنا كما ورد عليه في اللبن بالسمن.

المسألة الرابعة: بيعه بالشيرازي وهو واللبأ والجبن، والعلة في الثلاثة ما ذكره المصنف، وكذلك علل القاضي أبو الطيب وزاد هو وأبو حامد أن في الجبن انفحة وملحًا فيكون بيع لبن وشيء بلبن، وزاد أبو حامد أن النار قد أخذت منه، وفي معناها بيع اللبن بالأقط. قال الشافعي رحمه الله في «الأم» ولا خير في لبن غنم بأقط غنم، من قبل أن الأقط لبن معقود، فإذا بعت اللبن بالأقط أجزت اللبن باللبن مجهولًا ومتفاضلًا، أو جمعتها معًا، فإذا اختلف اللبن والأقط فلا بأس، وصرح به الأصحاب كذلك، وكذلك الطينح الذي يتخذ من اللبن، لأن أجزاءه مفقودة ومخالطة غيره فلا يجوز بيعها بحليب ـ قاله أبو الطيب وفصل ابن الصباغ فقال: إن لم تنعقد أجزاؤه وإنما سخن فإنه يجوز بيع بعضه ببعض كالعسل المصفى بالسمن أو النار الخفيفة وإن طبخ حتى انعقدت أجزاءه أو اختلط معه غيره لم يجز.

ورأيت في «شرح الكفاية» للصيمري أنه يجوز بيع الحليب باللبأ متفاضلًا يدًا

بيد، والظاهر أن ذلك غلط في النسخة، وكذلك الأقط لا يجوز بيعه باللبن للعلة التي ذكرها وعلل القاضي الروياني امتناع بيع اللبن باللبأ بأن أصله الكيل واللبأ المعمول للأكل لا يكال، لأن النار عقدت أجزاءه فيؤدي إلى التفاضل، وعلل في ذلك بالباقي بالجبن والمصل وشبههما، وكذلك المصل لا يجوز بيعه باللبن للعلة المذكورة، وفيه ملح أيضًا، قاله أبو حامد وأبو الطيب والمحاملي؛ والمصل ماء الأقط على المشهور، عصارة الأقط حين يطبخ ويعصر؛ وقيل: ماء اللبن النيء، وقيل: المخيض، وكذلك الكشك لهذه العلة؛وما فيه من الحشائش قاله أبو الطيب، وهو قريب من الكشك الذي يعمل في بلادنا، فإنه يدش القمح ويعجن باللبن الحامض أو غيره ويصير ذلك من قاعدة مد عجوة، وقد وقع في كلام الإمام إطلاق الكشك بمعنى آخر، شرحه ابن الرفعة بالقمح المهروش المزال عنه القشر فقط، الذي يعمل منه طعام القمحية، وليس ذلك المراد هنا، وقد تقدم الكلام على ذلك، وأنه لا يجوز بيع بعضه ببعض، وعدم جواز الجبن باللبن، نص عليه الشافعي في باب بيع الآجال من «الأم» والأصحاب، ومحله إذا كانا من جنس واحد.

فائدة: قال الأصمعي: واللبن اللبأ مقصور مهموز.

فرع: جزم ابن أبي هريرة في «التعليق»بأن الرائب بالزبد جائز، قال: لأن ما فيه تابع.

فرع: بيع الحليب بالحليب أو بغيره من الألبان، إنما يجوز إذا لم يكن في واحد منهما ماء، قاله أبو الطيب وغيره قال الشافعي في «الأم»: ولا خير في الحليب بالمضروب، لأن في المضروب ماء، فإن كان يطرح فيه بالضرب فهذا معنى آخر فلا يجوز بيع الدوغ بالحليب، لأنه يؤدي إلى تفاضل اللبنين وحملوا قول الشافعي على المخيض الذي طرح فيه ماء للضرب.

تنبيه: بيع الشيء بما يتخذ منه يمتنع في جميع المطعومات لا اختصاص له باللبن جائز في الذهب والفضة كالمداخل والصوابي المصبوغة، نقل المحاملي هذا الأصل عن نصه في الصرف، والفرق بينهما أن الذهب والفضة إذا اتخذ منه مصوغ فإن ذلك المتخذ لا يستحيل بالصياغة، بل هو ذهب وفضة على ما كان عليه، وما يتخذ من المطعومات يستحيل عن صفته، فإذا بيع بأصله كيلًا بكيل حصل التفاضل بالنسبة إلى حالة الإدخار.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وأما بيع ما يتخذ منه بعضه ببعض فإنه إن باع السمن بالسمن جاز، لأنه لايخالطه غيره، قال الشافعي رحمه الله: (والوزن فيه أحوط) وقال أبو إسحاق: يباع كيلًا، لأن أصله الكيل.

الشرح: يجوز بيع السمن بالسمن، وممن جزم به ابن أبي هريرة والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي والماوردي وابن الصباغ والقاضي حسين والرافعي لما ذكره المصنف، لأنه لا يدخر ولا يتأثر بالنار، وأطلق كثيرون المسألة، ولم يحكوا فيها خلافًا، وحكى الماوردي وجهًا أن الجامد لا يباع بعضه ببعض. لأن أصله الكيل وهو متعذر في هذه الحالة، وهذا الوجه مردود مخالف لإطلاق الشافعي والأصحاب، وصورة المسألة في السمن بالسمن من جنس واحد كسمن الغنم بسمن الغنم، أما سمن الغنم بسمن البقر فقد حكينا خلافًا في كون الأسمان جنسًا أو أجناسًا فعلى الأول الحكم كذلك، وعلى الثاني يجوز يدًا بيد، وهو الذي أورده الصيمري في «شرح الكفاية»، أي وإن كان متفاضلًا، وإذا بيع السمن بالسمن يباع وزنًا على الصحيح، ونص عليه الشافعي كما قاله المصنف. وقد صرح الشافعي رحمه الله في باب الاجتهاد من كتاب الرسالة أن السمن والعسل والزيت والسكر موزونات، وقال أبو عبيد في «غريب الحديث»: إن السمن عند أهل المدينة بالوزن واستدل هو والشافعي على ذلك بأثر نقلاه عن عمر رضي الله عنه.

فرع: قال الشافعي رحمه الله في «الأم»، في باب جماع السلف في الوزن (لا بأس أن يسلف في شيء وزنًا، وإن كان يباع كيلًا، ولا في شيء يباع كيلًا، وإن كان يباع وزنًا إذا كان لا يتجافى في المكيال مثل الزيت الذي هو ذائب إن كان يباع في المدينة في عهد النبي ﷺ ومن بعده وزنًا فلا بأس أن يسلف فيه كيلًا، وإن كان يباع كيلًا فلا بأس أن يسلف فيه وزنًا، ومثل السمن والعسل وما أشبهه من الآدام، فإن قال قائل: فكيف كان يباع في عهد النبي ﷺ قلنا: الله أعلم، أما الذي أدركنا المتبايعين به عليه فأما ما قل منه فيباع كيلًا، والجملة الكبيرة تباع وزنًا، ودلالة الأخبار على مثل ما أدركنا الناس عليه، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «لا آكل سمنًا ما دام السمن يباع بالأواقي» وتشبه الأواقي أن تكون كيلًا) انتهى كلام الشافعي رحمه الله.

وفي قوله: وتشبه الأواقي أن تكون كيلًا نظر، وقد قال الشافعي في «الأم» في باب الآجال ما يمكن أن يتمسك بظاهره في أن السمن مكيل، فإنه قال: ولا يجوز اللبن باللبن إلّا مثلًا بمثل، كيلًا بكيل، يدًا بيد، وتكلم في أجناس الألبان وأحكامها. ثم قال بعد ذلك: والسمن مثل اللبن، فظاهره أنه مثله في جميع الأحكام المذكورة، ومن جملتها الكيل، لكن تصريح الشافعي الذي تقدمت حكايته مقدم على هذا الظاهر، ومبين أن ذلك غير عائد إلى جميع ما تقدم في كلام الشافعي والله أعلم.

وفصل القاضي حسين بين أن يكون ذائبًا أو جامدًا فإن كان جامدًا يباع وزنًا،

وإن كان ذائبًا يباع كيلًا، وتبعه على ذلك صاحب «التهذيب» والرافعي، وقال: إنه توسط بين وجهين أطلقهما العراقيون، فحكوا عن المنصوص أنه يوزن، وعن أبي إسحاق أنه يكال، واستحسنه في «الشرح الصغير»، والماوردي جزم في الذائب بالكيل، وحكي في الجامد وجهين، أحدهما: لا يجوز بيع بعضه ببعض، لأن أصله الكيل، والثاني: يجوز وزنًا لأن الوزن أخصر والكيل فيه متعذر.

فرع: قال الشافعي في «الأم»: ولا خير في سمن غنم بزبد بحال لأن السمن من الزبد يقع متفاضلًا أو مجهولًا وهما مكيلان أو موزونان في الحال التي يتبايعان ومن صنف واحد.

فائدة: الأسمان أجناس مختلفة، نص عليه الشافعي في «الأم» في تفريع الزيت من العسل، وقد تقدم قول صاحب «الرونق» في حكاية القولين فيها، وقال الروياني: إن سمن الغنم وسمن البقر يجب أن يكونا على قولين كالألبان، والذي قاله الروياني متعين لأنا إذا قلنا: الألبان جنس واحد لزمه أن تكون الأسمان كذلك، للاتحاد في الاسم والأصل، وقد تقدم عن الذخائر أن السمن مخالف لسائر الأدهان، فلا خلاف، أي سواء قلنا: الأدهان جنس أو أجناس؛ والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن باع الزبد بالزبد ففيه وجهان، أحدهما: يجوز كما يجوز بيع السمن بالسمن واللبن باللبن، والثاني: لا يجوز لأن الزبد فيه لبن فيكون بيع لبن وزبد بلبن وزبد.

الشرح: جزم الشيخ أبو حامد والمحاملي بأنه لا يجوز بيع الزبد بالزبد لما ذكره المصنف في تعليل ذلك، ولأنهما أيضًا على غير حالة الادخار، وجزم في «تعليق الطبري» عن ابن أبي هريرة بالجواز، وأبو الطيب حكى الوجهين كما حكاهما المصنف والصيمري وابن الصباغ والرافعي والقاضي حسين والإمام حكاية عن الصيدلاني، فأحد الوجهين الجواز، قال الماوردي وهو أصح عندي، وبه قال ابن أبي هريرة كما تقدم عن تعليقه، لأن ما في الزبد من بقايا اللبن غير مقصود، فكان كالنوى في التمر وبيع الحليب بالحليب، وقال الفوراني والروياني، إن قول المنع حكاه القاضي أبو حامد المَرْوَرُّوذِيُّ عن الشافعي.

والأكثرون إنما حكوا ذلك وجهين، والأصح عند الرافعي المنع، لأن ما فيه من المخيض يمنع المماثلة، وهو قريب مما علل به المصنف، وشبه الإمام ذلك ببيع الشهد بالشهد فإن صفات السمن لائحة من الزبد كما العسل في الشهد بخلاف اللبن باللبن، فإنه في مدرك الجنس كالجنس الواحد، فإن قلت: الرغوة التي في الزبد غير مقصودة، قلت: وإن لم تكن مقصودة إلا أنها تؤثر في التماثل والجنس متحد،

فيصير كبيع حنطة بحنطة مشتملة على حبات من الشعير تؤثر في الكيل، فإن ذلك باطل، وإن لم تكن الحبات من الشعير مقصودة لأجل اتحاد الجنس. والمراد بالزبد إذا كان من جنس واحد كزبد الغنم بزبد الغنم، فلو اختلف الجنس جاز. قاله الصيمري وغيره، ما في كل منهما من اللبن والرغوة غير مقصود؛ والمماثلة غير واجبة.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن باع المخيض بالمخيض نظرت ـ فإن لم يطرح فيه الماء ـ جاز، لأنه بيع لبن بلبن، وإن طرح فيه ماء للضرب لم يجز لتفاضل الماءين وتفاضل اللبنين.

الشرح: تقدم في كلام المصنف أن المخيض لبن نزع منه الزبد فلذلك لم يحتج إلى تقييده بأن يكون منزوع الزبد، فإذا كان زبده فيه لا يجوز بيعه، فلا يباع بمثله، ولا بزبد ولا سمن، أما المنزوع الزبد وهو الدوغ، فيباع بالزبد والسمن، نص عليه الشافعي والأصحاب، وأما بيعه بمثله؛ فإن لم يكن فيه ماء جاز المماثلة، جزم بذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي وابن الصباغ والرافعي والقاضي حسين، ومال المتولي إلى المنع، لأنه ليس على حالة الادخار؛ ولا على حال كمال المنفعة. فليكن كبيع الدقيق بالدقيق، فإنه مجهول التساوي حالة الكمال. وإن طرح فيه ماء للضرب وهو..... لم يجز جزم به أبو الطيب والقاضي حسين وصاحب «التتمة» وقال: إنه لا خلاف فيه، كما ذكره المصنف وهو مقتضى كلام الرافعي ولا فرق فيما فيه ماء بين أن يباع بمثله أو بالخالص، وممن صرح بذلك القاضي حسين.

واعلم أن الشافعي رحمه الله نص على أنه لا يجوز السلف في المخيض. قال: لأنه لا يكون مخيضًا إلا بإخراج زبده. وزبده لا يخرج إلا بالماء ولا يعرف المشتري كم فيه من الماء لخفاء الماء في اللبن انتهى.

وهذا الكلام من الشافعي يقتضي أنه لا يجوز بيع المخيض بالمخيض مطلقًا فإن كان في المخيض ما يتصور نزع الزبد منه بغير ماء صح كلام الأصحاب ولزم القول بجواز السلم فيه وكذلك أطلق الصيمري أنه لا يجوز بيع المخيض بالمخيض لأجل الماء، وكذلك قال الماوردي: أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا أن طريق إخراج الزبد بغير ماء فيجوز بيعه بمثله، فينزل كلام المصنف على ذلك.

فرع: قال أبو الطيب: وأما ما بعد ذلك من الألبان المعقودة فلا يجوز بيع بعضها ببعض، لكون بعضه أشد انعقادًا من بعض، ولمخالطة بعضه للملح والأنفحة.

قلت: ويجب حمل ذلك على ما إذا كان يؤثر في كيله كما ستعرفه عن قرب.

فرع: دخول الماء في اللبن مانع لبيعه مطلقًا بجنسه وبغيره، للجهل بالمقصود، فإن الماء في اللبن غير مقصود، ومقداره مجهول، وممن نص على ذلك الصيمري في «شرح الكفاية» هكذا أطلقوه، وينبغي أن يحمل ذلك على ما هو الغالب من الجهل بمقدار الخليط، أما لو شاهد البائع والمشتري اللبن والماء وعلما مقدارهما ثم خلطهما وتبايعا، فلا مانع من الصحة إذا كان البيع بنقد أو شبهه أما إذا كان البيع بلبن مثله أو خالص فينبغي أن يقال: إن كان الماء يسيرًا بحيث لا يؤثر في المكيال جاز، لأن اللبن مكيل كما تقدم مثله في الحنطة المشوبة بحبات يسيرة من الشعير إذا بيعت بمثلها.

وكذلك يقتضيه كلام ابن الصباغ، فإنه قيد المخالط من الماء والملح بكونه يؤثر في كيله، وعليه يحمل إطلاق غيره وإن كان كثيرًا. فإن كان اللبنان جنسًا واحدًا امتنع لقاعدة مد عجوة. وإن كانا جنسين فسأفرد لهما فرعًا هنا قريبًا إن شاء الله تعالى، ولا اختصاص لهذا الكلام بالمخيض، بل هو جار في الحليب وغيره من أنواع اللبن، والمصنف إنما تكلم فيه إلى المخيض لأنه الذي يخالطه الماء غالبًا والله تعالى أعلم.

فرع: لو باع المخيض بعد إخراج الزبد منه بالزبد أو السمن، قال الشافعي في المختصر: فلا بأس، وممن نص عليه من الأصحاب نصر.

فرع: لو باع لبن غنم بلبن بقر وفرعنا على الصحيح في أنهما جنسان جاز متماثلًا ومتفاضلًا بشرط التقابض، فإن كان أحدهما أو كلاهما مشوبًا بالماء، وكان الماء مجهول المقدار لم يصح للجهل بالمقصود، وإن كان معلومًا كما فرضته فيما تقدم، فينبغي على قياس ما تقدم أن يقال: إن كان الماء يسيرًا غير مقصود صح كبيع الحنطة بالشعير، وفي كل منهما حبات من الآخر غير مقصودة، ولا يعتبر بأثرها في الكيل لاختلاف الجنس، وإن كان كثيرًا بحيث يقصد، فإن قلنا: الماء مملوك ربوي لم يجز لقاعدة مد عجوة، وإن قلنا: مملوك غير ربوي تأتي فيه الطريقة التي ذكرها البغوي في الخلول من التخريج على القولين في الجمع بين مختلفي الحكم، لأن اللبنين يشترط التقابض فيهما بخلاف الماءين، وإن قلنا: الماء ليس بمملوك أصلا، فيأتي فيه ما مر في مسألة الخلول، فليطالع التنبيه الذي هناك، وكذلك يجوز أن يباع لبن الغنم بزبد البقر، وزبد الغنم بسمن البقر، وسمن الغنم بسمن البقر، يدًا بيد، قاله الصيمري، وقد تقدم ذلك معرفًا في مواضعه.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن باع الجبن أو الأقط أو المصل أو اللبأ

بعضه ببعض لم يجز لأن أجزاءها منعقدة، ويختلف انعقادها، ولأن فيها ما يخالطه الملح والأنفحة، وذلك يمنع التماثل.

الشرح: الأحكام المذكورة جزم بها الشيخ أبو حامد رأس العراقيين والقاضي حسين رأس المراوزة وغيرهما، والثلاثة الأولى جزم بها المحاملي والرافعي والقاضي حسين والبغوي، وعلة انعقاد أجزائه بالنار شاملة لجميعها، واللبأ وغيره، وكذلك علة مخالطتها لغيرها ففي الجبن الأنفحة، وفي الأقط الملح، وفي المصل الدقيق، وأما اللبأ فليس إلا التأثر بالنار، وكذلك حكى الإمام عن شيخه أنه ذكر أن أثر النار قريب، وهو مشبه بالسكر في المعقودات، وكذلك قال الرافعي: إن في بيع اللبأ باللبأ وجهين كما في السكر بالسكر، وما ذكره الإمام في تفسير اللبأ يحتاج إلى قيد آخر، وهو أن يكون محلوبًا عقيب الولادة بحسب ما نعرفه في بلادنا، ولعل ذلك مراد الإمام من قوله: أول الحلبة من الدرة الأولى، ونقل العجلي عن صاحب المعتمد أنه قال: لو دق المصل حتى أمكن كيله يجب أن يجوز بيع بعضه ببعض وباللبن، ولعل مراده بالمصل ما لا دقيق فيه، أما إذا فرض فيه الدقيق فيمتنع ولا يتجه فيه الجواب والله أعلم.

وفي «البحر»: أن بيع المصل بالمصل إنما لا يجوز لأنه لا يمكن كيلها، فإن دقًا جميعًا حتى أمكن الكيل يجب أن يجوز بيع بعضه ببعض وبيعه باللبن أيضًا، قال: وهذا عندي إذا لم يخالطه ملح، فإن خالطه ملح فلا يجوز على ما ذكرنا بلا خلاف، وادعى الإمام الاتفاق على امتناع بيع الجبن بالجبن، وقال الماوردي: أن الجبن بالجبن لا يجوز، واختلف أصحابنا في العلة المانعة فقال ابن سريج: لأن أصله الكيل وهو متعذر، وقال غيره: لأن فيه الأنفحة يجمد بها تمنع من التماثل، فعلى هذا لو دق الجبن حتى صار فتيتًا وصار ناعمًا جاز بيع بعضه ببعض، على قول ابن سريج، لإمكان كيله، ولم يجز على قول غيره لبقاء الأنفحة فيه والله أعلم.

قال الإمام: وأجمع الأصحاب على منع بيع الأقط بالأقط، وذلك أنه إن كان مختلطًا بملح كثير يظهر له مقدار، التحق ببيع المختلط، وإن لم يكن فيه ملح فهو معروض على النار، وللنار فيه تأثير عظيم. فيلتحق الكلام فيه بالمنعقد. ولم يفصلوا بين أن يكون عقده بالنار أو الشمس الحامية قلت: إذا كان عقده بالشمس الحامية ولا ملح فيه فقد تقدم عن الإمام في العسل إذا شمس كذلك بشمس الحجاز. وبحث وقال: إن النار تؤثر تأثيرًا مستويًا، فهلا قال ذلك هنا، وجوز على مسافة بيع بعضه ببعض كالعسل، إلا أن يقول: إن الكلام هنا في المنعقد، ولا فرق في سببه بين النار والشمس إذا وجد الانعقاد والكلام هنا في التصفية بدون الانعقاد.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وأما بيع نوع منه بنوع آخر، فإنه ينظر فيه فإن باع الزبد بالسمن. لم يجز، لأن السمن مستخرج من الزبد، فلا يجوز بيعه بما استخرج منه، كالشيرج بالسمسم وإن باع المخيض بالسمن فالمنصوص أنه يجوز، لأنه ليس في أحدهما شيء من الآخر، قال شيخنا القاضي أبو الطيب الطبري رحمه الله: هما كالجنسين، فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلًا بلا خلاف، وإن باع الزبد بالمخيض فالمنصوص أنه يجوز، وقال أبو إسحاق: لا يجوز، لأن في الزبد شيئًا من المخيض، فيكون بيع زبد ومخيض بمخيض وهذا لا يصح، لأن الذي فيه من المخيض لا يظهر إلّا بالتصفية والنار فلم يكن له حكم، وما سوى ذلك لا يجوز بيع نوع منه بنوع آخر، لأنه يؤدي إلى التفاضل.

الشرح: فيه مسائل إحداها: بيع الزبد بالسمن، قال الشافعي في «المختصر» «ولا خير في سمن غنم بزبد غنم» واتفق الأصحاب على ذلك: الصيمري والشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملي وابن الصباغ والماوردي والرافعي وغيرهم، لما ذكره المصنف، ولتحقق المفاضلة، بسبب ما فيه من اللبن، هكذا علله الرافعي، ولك أن تقول: قد تقدم أن السمن قليل فإذا كان اللبن المختلط بالزبد يسيرًا بحيث لا يؤثر في المكيال أشبه التراب المختلط بالحنطة، فينبغي أن يجوز على هذه العلة.

وأما العلة الأولى التي ذكرها المصنف فإن السمن حاصل في الزبد بالقصد حصول الدقيق في الحنطة وأما الشيرج فكامن في السمسم لا ظاهر، ولذلك يجوز بيع السمسم بالسمسم، فلا يصح أن يقال: إن السمن مستخرج من الزبد إلا أن يقال: إن ذلك من باب الأولى..... بما هو كامن فيه فلأن يمتنع بما هو ظاهر فيه أولى، وهو صحيح.

المسألة الثانية: السمن بالمخيض جزم الشيخ أبو حامد، ونصر المقدسي والمحاملي والماوردي وابن الصباغ والقاضي حسين بالجواز، كما نقله المصنف عن النص، ونقله أبو الطيب عن كتاب «الصرف» و«الاملاء»، وعن المزني هنا، وقد رأيته في «الصرف» في بيع الضمان، ونقله المحاملي عن «المختصر» وما أظن فيه خلافًا، وما نقله المصنف عن أبي الطيب لم أره في «تعليقه»، وهو زيادة على الحكم المنقول عن النص، فإنه أطلق الجواز فيحتمل أن يكون المراد متفاضلًا، كما قال القاضي أبو الطيب، وكذلك ابن الصباغ وصاحب «التهذيب» ويحتمل أن يراعي شرط التماثل وهو بعيد. قال ابن الصباغ فإن قيل: أليس قلتم: يجوز بيع الشيرج بالكسب وهما بمنزلة الجنسين قلنا: الكسب لا ينفرد عن الشيرج، ولا بد أن يبقى معه شيء بخلاف اللبن فإن المخيض لا يبقى فيه سمن ذكره مع السمن في باب بيع الآجال وادعى الإمام اتفاق الأئمة عليه.

المسألة الثالثة: الزبد بالمخيض، والمنصوص للشافعي أنه يجوز، وقال أبو إسحاق والشيخ أبو حامد: لا يجوز لما ذكره المصنف، فأما أبو إسحاق فإنه بناه على تعليله السابق، والشيخ أبو حامد لم يوافقه على ذلك التعليل، فكيف وافقه على هذا الحكم هنا، وفي «البحر» أن أبا حامد قال: أجاب الشافعي بهذا ظنا منه أن لا لبن في الزبد، وليس كما ظن فإن الزبد لا ينفك من اللبن، فلا يجوز وهذا قياس المذهب، قال: وأجاب أصحابنا بأن الشافعي إنما قال ذلك إذا لم يكن فيه اللبن ظاهرًا، وذلك القدر يسير لا يتبين إلا بالنار والتصفية، فلا حكم له، وقال القفال: المذهب ما نص عليه، لأن المقصود من الزبد السمن، والمخيض ليس من جنس السمن إذا كان منزوع الزبد، فهما جنسان مختلفان، وهكذا ذكر القاضي الطبري، فيجوز متفاضلًا انتهى كلام الروياني.

وقال الروياني أيضًا: قال الشيخ أبو محمد الجويني في «المنهاج» المخيض الذي في الزبد قليل فلا حكم له لو باع حنطة لا شعير فيها بحنطة فيها حبات شعير قليلة قال: وهذا خلاف ما ذكر القفال وهو الأصح وحكى أبو الطيب عن أبي إسحاق الموافقة في بيع السمن بالمخيض، لأنه لا لبن فيه، قال أبو الطيب: وهذا التعليل صحيح إلا أن المذهب أنه يجوز البيع في الزبد أيضًا لأنه لا حكم لذلك إذا كان لا يتبين إلا بالتصفية النار.

فرع: إذا بيع الزبد بالمخيض فهما جنسان حتى يجوز التفاضل بينهما كما قال أبو الطيب في السمن بالمخيض، ويدلك على ذلك ردهم على أبي إسحاق ولو كان الزبد والمخيض جنسًا واحدًا لم يحتاجوا إلى أن يغتفروه لقلته، ولم يتجه لأبي إسحاق ما قاله وليس ما قاله أبو الطيب مخالفة للنص ولا للأصحاب، بل زيادة بيان على ما أجملوه، وكذلك قول صاحب «التهذيب» والله أعلم

وقال صاحب «التهذيب»: يجوز بيع المخيض بالزبد كالسمن، وإن كان في الزبد قليل مخيض، وفي المخيض قليل زبد؛ لأن المقصودين مختلفان في الجنس، كبيع الحنطة بالشعير وفي أحدهما قليل قصل أو زوان، قلت: يعني أن التماثل ليس شرطًا، فالخلط ـ وإن منع التماثل ـ فهو غير مقصود فلا يضر، وقال إمام الحرمين: لا خلاف أن المخيض والسمن جنسان مختلفان لتباين الصفات، واختلاف الاسم والغرض، فقد تبين أن ما قاله أبو الطيب لا خلاف فيه، وكذلك نبه عليه صاحب «الوافي» في «شرح المهذب»، قال: قال شيخنا: لا خلاف في أنه يجوز بيع السمن بالمخيض متفاضلًا. والقاضي أبو الطيب رحمه الله ذكر هذا إخبارًا عن ذلك، لا أنه مذهب له يخالف فيه غيره.

وقول المصنف رحمه الله: (وما سوى ذلك) إلى آخره كذلك هو في «تعليق» القاضي أبي الطيب، وملخصه أنه لا يجوز في هذا الفصل إلّا بيع السمن بالمخيض، والزبد بالمخيض، خلافًا لأبي إ سحاق والشيخ أبي حامد، ويدخل فيه مسائل صرح بها الشيخ أبو حامد والمحاملي والماوردي والقاضي حسين وهو أنه لا يجوز بيع شيء من الأقط والجبن والمصل واللبأ بالآخر، قال المحاملي: ولا بالزبد، ولا بالسمن، ولا بالمخيض، قال إمام الحرمين: والأصحاب لما جوزوا ببيع المخيض بالزبد لم يفرقوا ببين القليل والكثير، وإذا كثر الزبد فالرغوة قد تبلغ مبلغًا يطلب مثله في جنس المخيض، ولكن المرعى في الباب أن ما يميز من الزبد في الغالب تبدد، ولا يعنى بجمعه، وإن كثر الزبد، فهذا هو المعنى بقول الأصحاب: الرغوة غير مقصودة.

قال الإمام: إذا امتنع بيع الأقط بالأقط امتنع بيعه بالمصل، فإنهما من المخيض لا يتفاوتان في الصفات تفاوتًا يختلف الجنس به ويمتنع بيع المخيض بالأقط والمصل كما يمتنع بيع العصير بالدبس، وبيع الجبن بالأقط ممتنع، قال الإمام: قال العراقيون: الأقط والمخيض والمصل والجبن جنس واحد أما المخيض والأقط أو المصل فكما ذكروه، وأما الجبن ففيه ما يجانس المخيض، وهو كقول القائل: اللبن والأقط جنس واحد، والوجه أن يقال في اللبن جنس الأقط، قلت: وهذه المشاحة في العبارة ومقصودهم ما ذكروه وأنه يمتنع بيع أحدهما بالآخر والله أعلم.

فرع: بيع جبن الغنم بجبن البقر قال ابن الرفعة يشبه أن يكون فيه مثل الخلاف في بيع خبز القمح بخبز الشعير، إذا قلنا: الأدقة أجناس.

فرع: إذا قلنا بأن الألبان جنس فباع سمن البقر بلبن الإبل فيكون حكمه الجواز، وليس في لبن الإبل سمن يتميز بالمخض والعلاج قال الإمام: الظاهر أنا لا نجعل لبن الإبل مشتملًا على سمن تقديرًا، حتى يقال: هو بمثابة سمن البقر بلبن البقر ثم إذا كان كذلك فوراءه احتمال في أن سمن البقر هل يخالف جنس لبن الإبل؟ والتفريع على تجانس الألبان؟ فالظاهر أنه خلافه، فيجوز بيعه به متفاضلًا والسبب فيه أنا حكمنا بتجانس الألبان لاجتماعها في الاسم الخاص وقد زال هذا المعنى ولم يقدر في لبن الإبل سمنًا، والعلم عند الله تعالى.

فرع: قال الإمام: الأنفحة الوجه القطع بطهارتها لإجماع المسلمين على طهارة الجبن، وهو في الغالب لا يخلو عن الأنفحة. والذي إليه إشارة الأصحاب أن الأنفحة جنس على حيالها، مخالف للبن، وكل ما يتخذ منه، ولست أدري أنها

من المطعومات وحدها كالملح؟ حتى تعتبر المماثلة في بيع بعضها ببعض؟ أم ليست من المطعومات؟

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع حيوان يؤكل لحمه بلحمه، لما روى سعيد بن المسيب ﷺ أن النبي ﷺ قال: «لا يباع حي بميت» وروى ابن عباس ﷺ «أن جزورًا نحرت على عهد أبي بكر ﷺ فجاء رجل بعناق فقال: أعطوني بها لحمًا فقال أبو بكر: لا يصلح هذا» ولأنه جنس فيه الربا بيع بأصله الذي فيه مثله فلم يجز، كبيع الشيرج بالسمسم.

الشرح: حديث سعيد بن المسيب رواه أبو داود من طريق الزهري عن سعيد كما ذكره المصنف، ورواه مالك في «الموطأ» والشافعي عنه في «المختصر» و «الأم» وأبو داود أيضًا من طريق زيد بن أسلم عن سعيد أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع اللحم بالحيوان»[(١)] هذا لفظ الشافعي عن مالك وأبي داود عن القعنبي عن مالك، وكذلك هو في «موطأ» ابن وهب، ورأيت في «موطأ» القعنبي عن بيع الحيوان باللحم، والمعنى واحد، وكلا الحديثين أعني روايتي الزهري وزيد بن أسلم مرسل ولم يسنده واحد عن سعيد، وقد روي من طرق أخر.

منها: عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ «نهى عن أن تباع الشاة باللحم»[(٢)] رواه الحاكم في «المستدرك» وقال: رواته عن آخرهم أئمة حفاظ ثقات، وقد احتج البخاري بالحسن عن سمرة وله شاهد مرسل في «الموطأ». هذا كلام الحاكم ورواه البيهقي في «سننه الكبير» وقال: هذا إسناد صحيح ومن أثبت سماع الحسن عن سمرة عده موصولًا، ومن لم يثبته فهو مرسل جيد انضم إلى مرسل سعيد ومن سيذكر.

ومنها: عن سهل بن سعد قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان»[(٣)] رواه الدارقطني وقال: تفرد به ابن مروان عن مالك بهذا الإسناد ولم يتابع عليه، وصوابه في «الموطأ» عن ابن المسيب مرسلًا، وذكره البيهقي أيضًا في «سننه الصغير» وحكم بأن ذلك من غلط يزيد بن مروان ويزيد المذكور تكلم فيه يحيى بن معين، وقال ابن عدي: وليس هذا بذلك المعروف.

ومنها: عن ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الحيوان باللحم»[(٤)] قال

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٥٠٧) والدارقطني في سننه (٣/ ٧١) والحاكم في المستدرك (٢/ ٣٥) والبيهقي في سننه (٥/ ٢٩٦).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٣٥) والبيهقي في سننه (٥/ ٢٩٦).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ٧٠) والبيهقي في سننه (٥/ ٢٩٦).

(٤) أخرجه البزار في مسنده برقم (١٢٦٦ كشف).

عبد الحق: خرجه البزار في «مسنده» من رواية ثابت بن زهير عن نافع، وثابت رجل من أهل البصرة منكر الحديث لا يستقل به، ذكره أبو حاتم الرازي، قلت: وفي الأولين غنية عنه، وأما سماع الحسن من سمرة فقد قال الترمذي: إنه صحيح، ونقل ذلك في جامعه عن علي بن المديني وغيره عند حديثه في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان النسيئة، وغيره من الأحاديث، وقال في بعض المواضع: وقد تكلم بعض أهل الحديث في رواية الحسن عن سمرة، وقالوا: إنما تحدث عن صحيفة سمرة وقال الخطابي: والحسن عن سمرة مختلف في اتصاله عند أهل الحديث، وروى بسنده عن يحيى بن معين قال: الحسن عن سمرة صحيفة وقال في باب الشفعة: وقال غير يحيى بن معين قال الحسن عن سمرة حديث العقبة حسب.

وعن البيهقي أن أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة من غير حديث العقبة. وقال ابن عبد البر: لا أعلم حديث النهي عن بيع الحيوان باللحم يتصل عن النبي ﷺ من وجه ثابت، وأحسن أسانيده مرسل سعيد بن المسيب، وكأن ابن عبد البر لم يطلع على حديث سمرة هذا، وكذلك ابن المنذر فإنه قال: وأخذ الشافعي رحمه الله بحديث مرسل لا يثبت.

فإن قلت: قد روى الحسن عن سمرة حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، ولم يقل به الشافعي، فإن كان يصحح سماع الحسن من سمرة فيلزمه القول بهما، قلت: «النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»[1] عارضه حديث عبد الله بن عمرو بن العاص «أنه كان يأخذ البعير بالبعير إلى أجل»[2] فلذلك لم يقل به الشافعي، وهذا الحديث في النهي عن بيع الحيوان باللحم لم يعارضه معارض، بل عضده مراسيل وآثار، وعمل أكثر أهل العلم، ومع ثبوت حديث سمرة لا يحتاج إلى تكلف تقدير التمسك بالمرسل، ولكن الشافعي رحمه الله لما ذكر المرسل في ذلك توجه اعتراض من الخصم بسبب ما اشتهر عن الشافعي أنه لا يحتج بالمرسل فلذلك تكلم الأصحاب في ذلك في هذا الموضع.

وملخص القول في ذلك أنه لا خلاف في مذهب الشافعي رحمه الله أن المرسل غير محتج به في الجملة، وابن عباس عن أبي بكر رواه الشافعي أيضًا في «المختصر»، وقال في «الأم»: أنا ابن أبي يحيى عن صالح مولى التوأمة عن ابن

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٣٥٦) والترمذي في سننه برقم (١٢٣٧) والنسائي في سننه (٧/ ٢٩٢) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٧٠) وأحمد في المسند (٥/ ١٢، ١٩).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٣٥٧) وأحمد في المسند (٥/ ١٧١).

عباس عن أبي بكر الصديق ﷺ أنه «كره بيع الحيوان باللحم» نقلت ذلك من نسخة معتمدة من «الأم» بخط كاتب الوزير.

وروى الشافعي في «الأم» في باب بيع الآجال عن مسلم؛ وهو ابن خالد عن ابن جريج عن القاسم بن أبي بزة قال: «قدمت المدينة فوجدت جزورًا قد جزرت فجزئت أجزاء كل جزء منها بعناق فأردت أن أبتاع منها جزءًا فقال لي رجل من أهل المدينة: إن رسول الله ﷺ نهى أن يباع حي بميت فسألت عن ذلك الرجل فأخبرت عنه خيرًا»[1] السائل عن الرجل هو القاسم بن أبي بزة فيما أظن.

أما حكم المسألة: فقول المصنف مفروض في بيع الحيوان المأكول بجنسه كالبقر بلحم البقر، والغنم بلحم الغنم، وما أشبه ذلك، ولا خلاف عندنا في منعه نقدًا ونسئًا للآثار المتقدمة، وهو قول أبي بكر الصديق رضي اللهعنه وأربعة من الفقهاء السبعة كما سيأتي، ومذهب مالك والأوزاعي والليث بن سعد وأحمد ونقله الروياني عن الثلاثة الباقين من الفقهاء السبعة أيضًا، وهم سليمان بن يسار وخارجة وعبيد الله بن عبد الله، فإن صح ذلك فالسبعة قائلون به، وكذلك نقله العبدري عن الفقهاء السبعة، خلافًا لأبي حنيفة وأبي يوسف مطلقًا ولمحمد بن الحسن في قوله: يجوز إذا كان اللحم أكثر من اللحم الذي في الحيوان، فيكون فاضل اللحم في مقابلة الجلد والعظم، وإلى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله مال المزني، وأطلق جماعة من الأصحاب منهم القاضي أبو الطيب نسبة الخلاف إليه، وكذلك الروياني في «الحلية»، ونقله عن الماوردي وقال: إنه القياس والاختيار، وفي اختياره مخالفة لما عليه الأصحاب والشافعي رحمه الله، وقال: إن الخبر محمول على التنزيه والإرشاد، وهذا مخالف لما حكيناه أنهم كانوا يعدون ذلك من تيسير الجاهلية.

فإن قلت: إما أن يتمسكوا في ذلك بحديث الحسن عن سمرة أو بمرسل سعيد بن المسيب: فإن تمسكتم بحديث سمرة فما روي عن سمرة فليس حجة عند الشافعي، وإن تمسكتم بالمرسل فكذلك الأثر عن أبي بكر قلت: أما حديث سمرة في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان فله معارض، وهو حديث عبد الله بن عمرو مع ما فيه من الكلام، وكون جماعة رووه موقوفًا، فلذلك لم يقل به الشافعي، وحمله إن صح على النسيئة من الجانبين جمعًا بينه وبين حديث عبد الله بن عمرو. وأما النهي عن بيع الحيوان باللحم هنا فليس له معارض. بل له ما يعضده من المراسيل

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٥/ ٢٩٦).

والآثار وقول أكثر أهل العلم، وأما الاعتراض بأن المرسل ليس بحجة فقد روى ذلك عن الشافعي قوله في «المختصر». قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «المختصر»: وكان القاسم وابن المسيب وعروة بن الزبير وأبو بكر ابن عبد الرحمٰن يحرمون بيع اللحم بالحيوان عاجلًا وآجلًا، يعظمون ذلك ولا يرخصون فيه، قال: وبهذا نأخذ كان اللحم مختلفا أو غير مختلف وإرسال ابن المسيب عندنا حسن فهذا قول الشافعي في «المراسيل» على الاطلاق.

وأما مراسيل سعيد بن المسيب فالمنقول عن الشافعي أنه كان في «القديم» يحتج بها، فأما في «الأم» فإنه لم يقل بها، ولكنه قال ما قال في «المختصر» في هذا الموضع: وارسال ابن المسيب عندنا حسن، ونقل بعض الناس عنه أنه قال: تتبعتها فوجدتها مسندة. قال الخطيب البغدادي في «الكفاية»: ومذهب كثير من الفقهاء بخلاف ذلك حتى قال محمد بن جرير الطبري: إن التابعين بأسرهم أجمعوا على قبول المرسل، ولم يأت عنهم انكاره ولا عن أحد من الأئمة بعدهم إلى رأس المائتين فإنه تعرض بأن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ أول من أبى قبول «المراسيل»، وقال أبو داود السجستاني قريبًا من ذلك في رسالته التي كتبها إلى أهل الأمصار في سبب كتابة «السنن»، وأما «المراسيل» فقد كان يحتج بها العلماء فيما مضى مثل سفيان الثوري ومالك بن أنس والأوزاعي حتى جاء الشافعي فتكلم فيه وتابعه أحمد بن حنبل وغيره، فيحتاج إلى أن يذكر تحرير مذهب الشافعي في ذلك فاعلم أن المشهور عن الشافعي رحمه الله عدم قبول المرسل، وهو قول أكثر الأئمة من حفاظ الحديث ونقاد الأثر على ما قاله الخطيب البغدادي، بل كلهم مما يشير إليه كلام أبي عمر بن عبد البر في «التمهيد».

وممن وافق الشافعي على ذلك أحمد بن حنبل في أحد قوليه وأبو زرعة الرازي وأبو حاتم وابنه عبد الرحمٰن، وممن قال به مع الشافعي يحيى بن سعيد القطان، ووفاته مقدمة على وفاة الشافعي، وأما قول أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فقد أشار الشافعي إلى وجه الاحتجاج به بقوله في «المختصر»: ولا نعلم أن أحدًا من أصحاب رسول الله ﷺ خالف في ذلك أبا بكر، وقال الشيخ أبو حامد: والظاهر إذا نحرت جزور وحضرها إمام الوقت أن يكون هناك أناس كثيرون، وقد قال هذا ولم ينكر عليه أحد؛ فقد اعتضد هذا المرسل بحديث أسند من وجه، وقول أبي بكر مع عدم مخالفة بقية الصحابة، وفتيا أكثر أهل العلم ممن بعدهم، فإن مالكًا رحمه الله روى في «الموطأ» عن أبي الزناد وقال: كل من أدركت من الناس ينهون عن بيع الحيوان باللحم، قال أبو الزناد، وكان ذلك يكتب في عهود العمال في زمان أبان بن

عثمان وهشام بن إسماعيل ينهون عن ذلك، وفي «الموطأ» عن سعيد بن المسيب قال: كان ميسر أهل الجاهلية بيع اللحم بالشاة والشاتين.

وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «المختصر» في هذا الموضع: وإرسال ابن المسيب عندنا حسن. وقال الإمام الجليل عبد الرحمٰن بن أبي حاتم في كتاب «المراسيل» في قول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: «ليس المنقطع بشيء ما عدا منقطع ابن المسيب فلا بأس أن يعتبر به» وكذلك الشيخ أبو حامد حمل قول الشافعي في «المختصر»: على ذلك، وأنه يعتبر بها، ولا تكون حجة. وقال الحافظ أبو بكر الخطيب في كتاب «الكفاية في معرفة أصول الرواية» ونقلته من خطه «واختلف الفقهاء من أصحاب الشافعي في قوله هذا، فمنهم من قال: أراد الشافعي به أن مرسل سعيد بن المسيب حجة، وإنما فعل ذلك لأن «مراسيل سعيد» تتبعت فوجدت كلها مسانيد عن الصحابة من جهة غيره، ومنهم من قال: لا فرق بين مرسل سعيد ومرسل غيره من التابعين، وإنما رجح الشافعي والترجيح بالمرسل صحيح وإن كان لا يجوز أن يحتج به على إثبات الحكم قال الخطيب: وهذا هو الصحيح من القولين عندنا لأن في «مراسيل سعيد» ما لم يوجد مسندًا بحال من وجه يصح.

قلت: وهذا القول هو الصحيح كما قال الخطيب، وإنما يفعل الشافعي ذلك في كتاب «الرسالة»، وتلخيص ما قاله فيها أن المنقطع مختلف، فمن شاهد أصحاب رسول الله ﷺ من التابعين فحدث حديثًا منقطعًا عن النبي ﷺ اعتبر عليه بأمور، أن يسنده غيره من الحفاظ المأمورين بمثل معنى ما روى، أو موافقة مرسل غيره، وهي أضعف من الأولى أو موافقة قول صحابي أو أقوام من أهل العلم يفتون بمثل معنى ما روى، فإذا وجدت الدلائل لصحة حديثه بما وصفت أحببت أن يقبل مرسله، ولا يستطيع أن يزعم أن الحجة تثبت به ثبوتها بالمتصل، فأما من يعد من كبار التابعين الذين كثرت مشاهدتهم لبعض أصحاب رسول الله ﷺ فلا أعلم واحدًا منهم يقبل مرسله.

واعلم أن في قول الشافعي: أحببت أن يقبل، فيه إشكال، لأنه لا تخيير في إثبات الأحكام، بل إما أن يظهر موجبها فيجب، أو لا فيحرم، فإن كان المرسل إذا اقترن به شيء من ذلك حجة، وجب العمل به، وإن لم يكن حجة حرم العمل به، فيحتمل أن يكون مراده أنه لا تثبت الحجة به ثبوتها بالمتصل، أي لا يكون مثل المتصل وإن كانت الحجة به ثابتة، وتظهر فائدة ذلك فيما إذا عارضه متصل، فيقدم المتصل عليه، ويحتمل أن يكون مراده أنه لا يجب العمل به لمجرد اقترانه بمرسل آخر، أو قول صحابي، أو فتيا أكثر أهل العلم، ولا يرد معها، ويطلب دليل آخر

مجرد، كما لو لم يرد أصلًا، بل يجب النظر في ذلك وفيما يعارضه أو يوافقه من بقية الأدلة كالقياس وشبهه، والعمل بما يترجح من الظن والله أعلم.

وقال الماوردي: أنه حكى عن الشافعي أنه أخذ «بمراسيل سعيد» في «القديم»، وجعلها بانفرادها حجة، لأنه لم يرسل حديثًا إلا وجد مسندًا، ولا يروي أخبار الآحاد ولا يحدث إلا بما سمعه من جماعة أو عضده قول الصحابة أو رواه منتشرًا عند الكافة، أو وافقه فعل أهل العصر، كونه إنما أخذ عن أكابر الصحابة ومراسيله سبرت فكانت مأخوذة عن أبي هريرة ومذهب الشافعي في «الجديد» أن مرسل سعيد وغيره ليس بحجة.

قلت: وهذه الأمور التي ذكرهاالماوردي رحمه الله من كون سعيد لا يروي أخبار الآحاد، ووجدت مراسيله كلها مسانيد، فلا يحدث إلّا بما سمعه من جماعة، أو معتضدًا أو منتشرًا أو موافقًا فعل أهل العصر، وكون مراسيله كلها عرف أنها عن أبي هريرة رضي الله عنه لا دليل على شيء من ذلك بل هي أمور ضعيفة لم يثبت شيء منها فلا يعرف، بل قد روى سعيد في الصحيح عن أبيه المسيب؛ فالصحيح ما قاله الخطيب كما تقدم، وهو الذي نسبه الماوردي إلى الجديد، ثم ذكر الماوردي أن المرجحات للمرسل التي إذا اعتضد به واحد منها صار هو مع الذي اعتضد به حجة على الجديد، أحد سبعة أشياء: قياس، أو قول صحابي، أو فعل صحابي أو قول للأكثرين، أو ينشر في الناس من غير دافع له، أو يعمل به أهل العصر، أو لا توجد دلالة سواه.

قلت: وقد تقدم في كلام الشافعي المنقول من الرسالة أربعة مرجحات، منها: موافقة قول صحابي أو أقوال من أهل العلم، وهما في كلام الماوردي، ومنها: إعضاده بمسند أو مرسل آخر، وليسا في كلام الماوردي، فإذا جمعت بين الكلامين كانت المرجحات تسعة. ثم في بعضها أو أكثرها مشاحة، منها: قول الماوردي: إنه لا يوجد دليل سواه، كأن المرسل إذا لم يكن في نفسه دليلًا ـ ولم يوجد دليل سواه ـ كانت المسألة لا دليل فيها أصلًا، ولا يجوز إثبات حكم بشيء لا يعتقده دليلًا، لأنا لم نجد غيره.

وإن قيل: إنه في هذه الحالة دليل وفي غيرها ليس بدليل، فيقول: إنه في غير هذه الحالة إذا كان هناك دليل غيره فأما أن يكون موافقًا أو مخالفًا، إن كان موافقًا فالحكم ثابت بلا إشكال ولا غرض في إسناده إلى المرسل مع ذلك الدليل وحده أو إليه مع المرسل، وإن كان مخالفًا فإما أن يكون راجحًا عليه أو مرجوحًا، فإن كان راجحًا قدم على المرسل مع القول بأنه حجة، وإن كان مرجوحًا لم يقدم عليه،

وحينئذٍ ينبغي لمن يعمل به عند عدم الدليل مطلقًا أن يعمل به ههنا لرجحانه؛ وهو يصير إلى أن المرسل حجة والتفريع على خلافه ولا ينفع التعلل بأنه حجة ضعيفة في أن يدفع بأدنى معارض وإن كان مرجوحًا، لأن ذلك بحث جدلي لا طائل تحته، وأما اعتضاده بمسند فإذا كان المسند صحيحًا كان العمل به لا بالمرسل، وأما اعتضاده بمرسل آخر فإذا لم يكن المرسل حجة لم يفد اقترانه بما ليس بحجة، وكذلك قول الصحابي وفعله وقول الأكثرين والانتشار.

وأما القياس فإن كان قياسًا صحيحًا فهو حجة في نفسه غير مفتقر إلى المرسل، ولا يصير المرسل به حجة كما لو اقترن بالقياس الصحيح قياس فاسد، وإن كان ذلك القياس لا يجوز التمثيل به لو انفرد فقد انضم ما ليس بحجة، وغاية ما يتخيل أن الشافعي لم يلاحظ في ذلك إلا قوة الظن، فإن المرسل يثير ظنًا ضعيفًا، وليس كالقياس الفاسد وما لا يثير ظنًا أصلًا فإذا اقترن المرسل المثير للظن بأمر مقوم للظن جاز أن ينتهي إلى حد يتمسك به، ثم ذلك الحد ليس مما يضبط بعبارة شاملة بل هو موكول إلى نظر المجتهد وههنا تتفاوت رتب العلماء وتفارق المجتهدين من سواهم من الجامدين على أمور كلية يطردونها في كل ورد وصدر.

وإنما جمد على ذلك أكثر المتأخرين لبعدهم عن التكيف بفهم نفس الشريعة، والتمييز بين مراتب الظنون، وما يقتضي نفس الشارع في اعتباره، والغاية، وهذه رتبة عزيزة سبق إليها المتقدمون، ولو حاول محاول ضبط ما يحصل من اجتماع تلك الأمور بالموازنة بينه وبين الظن المستفاد من قياس صحيح واحد من أول درجات القياس، أو خبر ـ لذلك قياسًا ـ واه، اعتبر، وما نقص عنه المعنى لم يكن مبعدًا لكنه ليس كمال المعنى المشار إليه بل هو غاية ما تحيط به العبارة لمن يبغي ضبط ذلك بقواعد كلية، ويؤتى الله تعالى وراء ذلك لبعض عباده من الفهم ما يقصر عنه الوهم، ومن جد وجد، ومن ذاق اعتقد ﴿وَمَن لَّمْ يَجْعَلِ ٱللَّهُ لَهُۥ نُورًا فَمَا لَهُۥ مِن نُّورٍ﴾ [النور: ٤٠].

واحتج الأصحاب من جهة القياس بأنه جنس فيه الربا بيع بأصله الذي فيه منه، فلم يجز كما لو بيع الشيرج بالسمسم، وكان الشيرج المفرد أقل من الذي في السمسم أو مثله، فإن الحنفية سلموا امتناعه في هذه الصورة، وهذا الاحتجاج إنما يستمر في بيع اللحم بحيوان من جنسه، إذا فرعنا على أن اللحوم جنس واحد، أما إذا فرعنا على الصحيح أنها أجناس، وباعه بغير جنسه، فلا يستمر هذا الاحتجاج، واحتجوا أيضًا بأن اللحم جنس فيه الربا، وهو على غير حالة كمال الادخار، فلم يجز بيعه بأصله الذي فيه منه، أصله بيع الدقيق بالحنطة، وليس الامتناع فيه لكون الدقيق الذي يحصل من الحنطة مجهول القدر، بدليل أن الحنطة بالحنطة وإحداهما

أجود وأكثر دقيقًا من الأخرى جائز وإن كان يؤدي في الثاني إلى عدم التساوي.

وهذا كله على ما قررناه أن المرسل يعتبر به، فلا يكون حجة بمجرده، وقد قال الروياني: إن الشافعي قال في كتاب الرهن الصغير من «الأم»: (وإرسال ابن المسيب عندنا حجة) وقد نظرت في كتاب الرهون الصغير من «الأم» فلم أجد ذلك صريحًا، ولكن فيه ما يدل عليه دلالة قوية، ويمكن تأويله بتعسف على القول الأول، فإنه ذكر حديث سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي له غنمه وعليه غرمه» ثم ذكر من اعترض عليه فقال (كيف قبلتم عن ابن المسيب منقطعًا ولم تقبلوه عن غيره؟ فأجاب فقال: قلنا: لا يحفظ أن ابن المسيب رواه منقطعًا إلا وجدنا ما يدل على تسديده ولا أثره عن أحد فيما عرفنا عنه إلا ثقة معروف فمن كان بمثل حاله قبلنا منقطعه، ورأينا غيره يسمى المجهول، ويسمى من يرغب عن الرواية عنه، ويرسل عن النبي ﷺ وعن بعض من لم يلق من أصحابه المستنكر الذي لا يوجد له شيء يسدده ففرقنا بينهم لافتراق أحاديثهم، ولم نحاب أحدًا ولكنا قلنا في ذلك بالدلالة البينة على ما وصفنا من صحة روايته) ثم ذكر الشافعي رواية من جهة يحيى بن أبي أنيسة إلى سعيد عن أبي هريرة عن النبي ﷺ بمثل ذلك. ثم قال الشافعي بعد ذلك: (فالسنة ثابتة عندنا ـ والله أعلم ـ بما قلنا، وليس مع السنة حجة ولا فيها إلا اتباعًا مع أنها أصح الأقاويل مبتدأ ومخرجًا) فهذا ما رأيته في كتاب الرهن الصغير وهو قوي الدلالة على أن الحجة قائمة بذلك، وتأويله ممكن على بعد وليس كما يتوهمه بعض الضعفاء من أنه تتبعها فوجدها مسندة، فيكون الاحتجاج بالمسند، فإن ذلك توهم أن الإسناد حاصل عنده في هذا المرسل بعينه، وليس كذلك، بل لما كان حال صاحبها أنه لا يروي إلا مسندًا عن ثقة حمل هذا المرسل على ما عرف من عادته، فيحتج به لذلك، وأشار ابن الرفعة إلى أن الرهن الصغير من «القديم»، وإن كان من كتب «الأم» وتعلق في ذلك بأن الماوردي وغيره قالوا عند الكلام في آجال الراهن وعتقه: إنه من «القديم» قال: وكذلك نسب الماوردي هنا قبول رواية ابن المسيب إلى «القديم».

قال المزني: إذا لم يثبت الحديث عن رسول الله ﷺ فالقياس عندي أنه جائز، وذلك أنه إذا كان فصيلًا بجزور قائمين جاز، ولا يجوز مذبوحين، لأنهما طعامان لا يحلان إلا مثلًا بمثل، وهذا لحم وهذا حيوان، فهما مختلفان فلا بأس به في القياس إن كان فيه قول متقدم ممن يكون لقوله اختلاف إلا أن يكون الحديث ثابتًا عن رسول الله ﷺ فنأخذ به وندع القياس.

وقد مال المزني هذا الكلام إلى الجواز بشرطين، أحدهما: ألا يكون الحديث

ثابتًا عن رسول الله ﷺ، والثاني: أن يكون فيه قول متقدم، يعني ـ مخالف لأبي بكر، وقد احتج المجوزون أيضًا بأنه لو كان فيها الربا لعسر كالدراهم مع الطعام جاز بلا خلاف، فينبغي أن تكون مسألتنا وليس في الحيوان ربا أجوز، ويقاس ذلك على بيع اللحم بالثوب وبالجلد، وبأنه لا اعتبار باللحم الذي في الحيوان بدليل جواز بيع الحيوان بالحيوان، ولو اعتبر لما جاز، ولكان لا يجوز بيعه بالدراهم أيضًا، لأنه غير مذكى فيكون في معنى الميتة، فلما أجمعوا على جواز بيعه دل على عدم اعتباره.

وقول المزني: بمن يكون لقوله اختلاف، قال ابن داود: يكون معناه ممن يعد خلافه خلافًا حتى يثبت الاختلاف بقوله. والجواب عن الأول أن الحديث قد ثبت اعتمادًا على تصحيح الحاكم والبيهقي، وعن القياس على الثوب أن الثوب والجلد كل منهما ليس بربوي ولا فيه ربوي، والحيوان فيه ربوي وهو الملح والجلد، فيشبه قشر الفستق يجوز بيعه بلب الفستق، ولا يجوز بيع الفستق في قشره بلبه، وعن قولهم: إن اللحم في الحيوان لا يعتبر أن ذلك إذا بيع بغير اللحم، أما إذا بيع باللحم فإنه يعتبر كالسمسم بالشيرج وذكر الأصحاب أسئلة يمكن أن نوردها من جهة الخصم وأجوبتها.

منها: حمل النهي على الكراهة، وأجاب عنه بأن أبا حنيفة رحمه الله لا يقول بالكراهة على أن النهي المطلق للتحريم.

ومنها لعل المراد بالحيوان الذي ذبح ولم يسلخ جلده، وحينئذ لا يجوز بيعه باللحم وأجاب الشيخ أبو حامد بأنه لا ينطبق عليه اسم الحيوان.

ومنها على أثر أبي بكر رضي الله عنه حمل العناق على المذبوحة وقد تقدم جوابه.

ومنها حمله على أن الجزور كانت للمساكين، فنحرت لتفرق عليهم فلا يجوز بيعها، وأجابوا عنه بأنه خلاف الظاهر من قول ابن عباس، فإنه يقتضي تعليق الحكم على ذلك الوصف المذكور، وعن قول أبي بكر: هذا لا يصلح، ولم يقل: لا يجوز بيع هذا اللحم، ولو كانت من إبل الصدقة لم يخف أمرها على الناس، وأنه لا يجوز بيعها، وقد اعترض القاضي حسين على الخصم بأن المرسل عنده حجة، وعندنا هل المرسل عنده حجة؟ فقد اتفقنا على قبول هذا الحديث والعمل به.

تنبيه: قول المصنف: بلحم، ظاهره ليس بمراد، وإنما المراد بلحم مثله. فالمماثلة إما أن تكون مطلقًا، فيكون المراد بلحم حيوان من جنسه، وإما أن يكون المراد المماثلة في الوصف الذي ذكره، وهو كونه يؤكل، فيكون المراد بلحم حيوان مأكول وهذا هو الظاهر من مراد المصنف، فإنه لم يذكر بعد ذلك إلا بيعه بغير المأكول، وحينئذ يندرج في قول المصنف صورتان.

إحداهما: بيعه بحيوان يؤكل من جنسه؛ وهو ممتنع بلا خلاف عندنا، كلحم الجزور بجزور، ولحم شاة بشاة، وما أشبه ذلك.

الصورة الثانية: بيعه بجنس آخر من الحيوانات المأكولة، مثل لحم الجزور بالشاة إن قلنا اللحمان صنف واحد لم يجز قولًا واحدًا وإن قلنا: أصناف فطريقان إحداهما: لا يجوز قولًا واحدًا، وإلى ذلك ذهب صاحب «الإفصاح» فيما حكاه الروياني، وهي الصواب لما سنذكره والثانية: فيها قولان حكاهما القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والفوراني والرافعي أصحهما لا يجوز لعموم السنة الثاني: يجوز لعدم الربا فيه، وقاسه الرافعي على بيع اللحم باللحم، وذكر أن ذلك مذهب مالك وأحمد، قال الروياني في «البحر»: وهو الصحيح، وليس كما قال.

تنبيه: قال صاحب «الذخائر»: إن هذا التفصيل لا يصح، لأنه لا خلاف أن الحيوان أجناس، وإنما الخلاف فيه إذا صار لحمًا لشمول اسم اللحم للجميع، وإذا كان لحم وحيوان يختلف أصل الجنس فلا يجوز أن يقال: الجميع جنس واحد، فيكون على قولين من غير تفصيل. والشيخ أبو حامد جزم بالجواز قال فيما علق عنه سليم، وينبغي أن يكون غير جائز، لأن الإجماع الذي ذكرنا هو في هذا، يعني أثر أبي بكر رضي الله عنه، وسكوت الباقين والله أعلم بالصواب.

وهذا الذي قاله الشيخ أبو حامد متعين، وهو الذي جزم به في «التهذيب»، وهو نص الشافعي صريحًا في «الأم»، قال: ولا يباع اللحم بالحيوان على أي حال كان، من صنفه أو من غير صنفه، ولا ينبغي التردد في ذلك على أصل الشافعي فيه، فإن المرسل على أصل الشافعي لا يعمل به وحده، وإنما عمل به لاعتضاده بأثر أبي بكر رضي الله عنه، وإنما اعتضد به في بيع اللحم في المأكول من غير جنسه لكنا نعديه إلى منعه بالحيوان من جنسه بطريق الأولى، فلا يحسن أن يخرج مورد الأثر الذي يقويه الاعتضاد.

فرع: بيع اللحم بالسمك الحي فيه وجهان في «الحاوي» وغيره، أحدهما: لا يجوز؛ لأنه بيع اللحم بالحيوان، قلت. وهو قول ابن أبي هريرة، والثاني: يجوز، لأن حي السمك في حكم ميته، قلت: فإذا كان في حكم ميته فينبغي أن يكون في حكم بيع اللحم باللحم، إن قلنا: إنه من جنسه لم يجز، وإلا جاز، والروياني جعل الوجهين تفريعًا على قوله: السمك ليس من جنس اللحم فإن قلنا من جنسه والثاني: أنه يجوز لعدم الربا، وقال الماوردي. في جواز بيع الحيوان بالسمك وجهان من اختلاف أصحابنا في السمك، هل هو صنف من اللحم أو لا؟.

فرع: بيع الحيوان بالسمك يجوز، لأنه لا يسمى لحمًا على الإطلاق، قال

الماوردي: فيه وجهان من اختلاف أصحابنا في السمك هل هو صنف من اللحم أو لا؟ قال الروياني. اختيار الماسرجسي إن قلنا السمك وقال القاضي أبو الطيب. إن قلنا: من جنس سائر اللحوم لم يجز وإن قلنا جنس آخر فقولان قلت ومرادهما بذلك والله أعلم السمك الميت، فلو باع حيوانًا بسمك حي فينبغي أن يبني على الوجهين السابقين إن راعينا أن حي السمك في حكم ميته فيكون كما لو باع حيوانًا بلحم سمك، فيجري فيه الخلاف الذي حكاه أبو الطيب والماوردي، وإن جعلنا السمك الحي كالحيوان صار ذلك كبيع حيوان بحيوان، وهو جائز، وصورها الرافعي والقاضي حسين في لحم السمك بالشاة وهو أبين، فإنه قد يتوقف اللحم على السمكة الكاملة، وإن كانت ميتة، والأقرب إطلاقه عليه كالحيوان المذبوح، وقال: إن الأصح البطلان.

قال القاضي حسين في ذلك: إن قلنا: إن السمك يسمى لحمًا فإن راعينا الخبر لم يجز، وإن راعينا المعنى يخرج على الوجهين، يعني في اختلاف الجنس، وإن قلنا: السمك لا يسمى لحمًا جاز، سواء راعينا الخبر أو المعنى، وهذا ترتيب حسن، أعني ما سلكه القاضي حسين، وحينئذ فإن القول بالجواز قول ابن أبي هريرة، قال: لأنه لا يطلق عليه لحم، أي لا يدخل السمك في اسم اللحم على ما تقدم، والمراد بذلك والله أعلم ما قاله أبو الطيب، وقال ابن الصباغ: إن باع لحمًا بسمكة حية أو لحم السمك بحيوان حي، فإن قلنا: إنه من جملة اللحوم كان كلحم غنم ببقر، وإلا فقولان، لوقوع اسم اللحم والحيوان عليه.

فرع: بيع اللحم بالعظم جائز، قاله الماوردي، وكذلك اللبن بالحيوان قاله الماوردي، وأيضًا قال في اللباب: وأورد الماوردي على نفسه بأن اللبن يسمى لحمًا، روي أن نبيًا شكا إلى الله تعالى الضعف فأوحى إليه أن كل اللحم باللحم يعني اللحم باللبن. وقال الشاعر:

يطعمها اللحم إذا عز الشجر والخيل في إطعامها اللحم ضرر

يعني أنه يطعمها اللبن عند عزة المرعى، وأجاب بأن تسمية العرب اللبن لحمًا استعارة ومجاز، لا حقيقة، ألا ترى أنه يجوز بيع اللحم باللبن متفاضلًا؟ ولا يحنث باللبن إذا حلف على اللحم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وفي بيع اللحم بحيوان لا يؤكل قولان، إحدهما: لا يجوز للخبر والثاني: يجوز، لأنه ليس فيه مثله فجاز بيعه به كاللحم بالثوب.

الشرح: القولان حكاهما الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي

وابن الصباغ والرافعي والقفال والفوراني، وصرح المحاملي أنه منصوص عليهما، وذكر الشيخ أبو حامد فيما علق عنه البندنيجي أن قول المنع منصوص عليه في الصرف، قال المحاملي في «المجموع»: القياس الجواز، وقال القفال في «شرح التلخيص»: إن قول الجواز قاله الربيع، وإن قول المنع هو الصحيح، وكذلك قال البغوي في «التهذيب»: إن الأصح المنصوص في أكثر الكتب لا يجوز لظاهر الخبر قلت: قوله: إنه المنصوص في أكثر الكتب يعني كتب الشافعي وقد رأيت ذلك منصوصًا في «الأم» من بيع الآجال قال الشافعي رحمه الله: سواء كان يؤكل لحمه أو لا يؤكل. وقال الرافعي: أصحهما عند القفال المنع لظاهر الخبر وقال في «الشرح الصغير»: رجح منهما المنع إشارة إلى ترجيح القفال، وهو الذي جزم به الصيمري في «شرح الكفاية».

والقول الثاني مذهب مالك وأحمد، وقال ابن أبي عصرون في «الإنتصار»، والجرجاني في «الشافي»: إنه أصح القولين، أعني الصحة، وجزم به في غيره من كتبه، قال الشافعي رحمه الله في «البويطي» في باب حبل الحبلة: ولا بأس من أن يباع ما لا يؤكل لحمه من الأحياء باللحم الموضوع، ثم قال فيه أيضًا: وقد قيل: ولا يباع لحم بحيوان مما يؤكل، ومما لا يؤكل، دليل ترجيحه، وبين القولين ماذكره المصنف، والظاهر أن مراده به الخبر الذي قدمته، وفي الاستدلال به لذلك نظر، لأن المتقدم خبر سعيد المرسل على أثر أبي بكر، وتقدم أن الشافعي لا يحتج بالمرسل، وإنما احتج بذلك لاعتضاده بالأثر، والذي عضده الأثر فيه إنما هو في بيع العناق بلحم الجزورو هما مما يؤكل لحمهما، فتبقى دلالة المرسل على غير المأكول مجردة عما يعضدها، ولا بعد في أن يتمسك بدليل في بعض مدلوله تعاضد، مثل ذلك في حديث عروة البارقي وشرائه الشاتين بدينار، وبيعه إحداهما بدينار، وعمل به في الحكم الموافق للقياس دون المخالف له لما كان مرسلًا، كما بين ذلك في موضعه.

إلا أنا نقول: إن الاعتضاد وإن امتنع بالأثر فهو حاصل بأمور أخرى منها: قول أكثر أهل العلم وانتشاره في الناس من غير دافع والقياس الذي تقدم في كلام الأصحاب، فلهذا يصح التمسك بالخبر على ما تمهد أولًا، وإن ورد عليه ما ذكرته هناك، فهو وارد على الاعتضاد بالأثر، ولا يمكن التمسك في ذلك بحديث سمرة، ولو ثبت اتصاله وصحته لأنه إنما ورد في بيع الشاة باللحم والشاة مأكولة فليس في لفظه عموم يدخل تحته الحيوان غير المأكول، وقد يقال: إن أثر أبي بكر عضده في منع بيعه بالمأكول وإن كان من غير جنسه، والمعنى الذي قد يتخيل في ذلك من

جهة الربا مندفع باختلاف الجنس ولم يظهر معنى آخر يعلل به فكان التمسك بعموم الخبر أولى.

وقال الشيخ أبو حامد: يكون المعنى في ذلك أنه حي بميت، وعلى هذا المعنى أيضًا يتعدى إلى غير المأكول، لكن لا يظهر لهذا الوصف معنى مخيل. وقال الشيخ أبو حامد فيما علق عنه البندنيجي: إن الأقيس الجواز وبالمنع جزم ابن سراقة في العلتين، وبما يتبع حمله.

وقال الماوردي: إن القول الأول قال به من أصحابنا من زعم أن دليل المسألة اتباع السنة والثاني: قال به من أصحابنا من زعم أن دليل المسألة اتباع القياس.

واعلم أن تقدير هذا الأصل الذي أشار إليه الماوردي من المهمات فعليه تبتنى هذه المسألة وغيرها، وبنى القاضي حسين على هذا الأصل الذي ذكره الماوردي الخلاف في بيع الشاة بلحم البقر إذا قلنا: أنها أجناس مختلفة وقد حكى الماوردي فيه طريقين لأصحابنا ولا ينبغي أن يفهم من قولنا: الأصل فيها اتباع القياس أن لا دليل في المسألة غير القياس، بل المراد أن الحكم المذكور هل هو معقول المعنى؟ والخبر فيه على وفق القياس؟ أو هو تعبد يستند فيه إلى اتباع السنة فقط من غير ملاحظة معنى؟ ومن فروع ذلك أنا إن جعلناه تعبدًا امتنع قياس غيره عليه وإلا جاز، ولا بد هنا من ملاحظة أصل آخر، وهو أن النص العام إذا استنبط منه معنى يخصصه هل يجوز؟ فإن الخبر عام في المأكول وغيره، والمعنى المستنبط وهو ملاحظة الربا يقتضي تخصيصه بالمأكول وقد اشتهر في ذلك خلاف في المذهب وله نظائر منها لمس ذوات المحارم داخل في عموم الآية والمعنى يقتضي إخراجه وسأذكر ذلك في آخر الكلام إن شاء الله تعالى.

فرع: لا يباع ما لا يؤكل لحمه بالشاة المذبوحة والطير المذبوح لأنه في حكم الغائب نص عليه في «البويطي» ولا اختصاص له بذلك صرح الأصحاب: بأنه لا يجوز بيع اللحم في الجلد مطلقًا قبل السلخ ولا الجلد أيضًا ولو باع اللحم مع الجلد قال القاضي حسين في باب بيع الثمار: الصحيح أنه لا يجوز، قال: وبيع الأكارع يجوز لأن المقاطع معلومة وبيع رأسها إن كان متدليًا بجلد رقيقة جاز، وإن كان هناك لحم كثير لم يجز، لأن المقاطع غير معلومة.

فرع: بيع السمك الحي بالسمك الحي، هل يجوز أم لا؟ إن قلنا: يحل ابتلاع السمك حيًا في حال صغره فلا يجوز «وإن قلنا»: لا يحل فيجوز كما يجوز بيع الغنم بالغنم، قاله يعقوب بن عبد الرحمن بن أبي عصرون في «مجموعه».

فرع: على القول الأول لا يجوز بيع لحم ببغل ولا بحمار ولا بعبد، لا فرق

في ذلك بين العبد والبهيمة، قاله أبو حامد وأبو الطيب والصيمري وغيرهم.

فرع: لو باع شحم الغنم بحوت حي لم يجز، قاله الصيمري وهو يوافق ما تقدم أن بيع اللحم بالحوت الحي لا يجوز، وعند ابن أبي هريرة أن الشحم كاللحم على الأصح.

فرع: وفي بيع الشحم والألية والطحال والقلب والكبد والرئة بالحيوان وبيع السنام بالإبل وجهان حكاهما الماوردي والرافعي، أحدهما: يجوز، لأن النهي في بيع اللحم بالحيوان، وأصحهما: عند الرافعي المنع، لأنه في معناه، هكذا قال الرافعي، وجزم صاحب «التهذيب» بالمنع في السنام والألية، ولم يذكر غيرهما، قال الماوردي: وهما مخرجان من القولين في أن أصل المسألة اتباع السنة أو القياس، ففي الأول: يجوز، وعلى الثاني: لا يجوز، لأن الشحم وجميع هذه الأشياء في الحيوان، وعلى هذا الأصل الذي قاله الماوردي ينبغي أن يكون الصحيح جواز بيع هذه الأشياء بالحيوان، لأن الصحيح في المسألة اتباع السنة فلذلك كان الأصح منع بيع اللحم بالحيوان غير المأكول، فالجمع بين تصحيح المنع في غير المأكول والمنع في هذه الأشياء متضاد.

قلت: تصحيح امتناع بيع اللحم بغير المأكول لا يدل على كون الصحيح من المدركين التعبد، بل نقول: إن الحكم معقول المعنى، ولكن فرق بين إلحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص، وبين إخراج بعض المنصوص عليه، فإن الأول: قياس محض يعتبر فيه وجود شرائط القياس لا غير وأما الثاني: فهو تخصيص العموم بالقياس، وقد تجد معنى مخيلًا يمكن إحالة الحكم عليه، والقياس به لا ينهض في القوة إلى حيث يخص به العموم، فإن دلالة العموم على إفراده ظاهرة قوية لا تزال بما هو أقوى منها، بخلاف إثبات الحكم في محل مسكوت عنه لا معارض للمعنى فيه فبيع اللحم بغير المأكول تعارض فيه ظاهر العموم والمعنى المستنبط فتمسكنا بظاهر العموم.

وبيع الشحم ونحوه بالحيوان وجد فيه المعنى بدون معارض، فلذلك أعمل المعنى فيه وليس تنصيص الشارع على اللحم نافيًا لغيره لأن تعليق الحكم بالاسم لا يدل على نفيه عما عداه، وقال: وعلى هذا الخلاف بيع الجلد بالحيوان إن لم يكن مدبوغًا وإن كان مدبوغًا فلا منع، وجزم الماوردي بجواز بيع اللحم بالجلد وأطلق، وحكاه الروياني عنه لأنه لا ربا في الجلد، ثم قال الروياني: وقيل: في غير المذبوح وجهان، وقال غير الحاوي: إنه يجوز بيعه بالعظم أيضًا وجهًا واحدًا.

وقال القاضي حسين: إن باع جلد المذبوح من الشاة أو الوبر منه بالشاة إن

راعينا الخبر يجوز، وإن راعينا المعنى فوجهان، أحدهما: لا يجوز. لأنه مال ربا، والثاني: يجوز لأنه ليس بمأكول، بدليل أنه يباح أكله.

قلت: هذا كلام عجيب، وقوله بدليل أنه يباح أكله أعجب وقوله في الوبر أعجب، فإن الجلد إن أمكن تمشية كونه ربويا ففرضه في جلد يؤكل، والوبر كيف يمكن تمشية ذلك فيه، وقد تقدم اعتراض النووي على الرافعي، واعتذاري عنه وذلك العذر لا يأتي ههنا والله وأعلم.

قال القاضي: فأما إذا باع جلد المذكاة بالشاة ـ إن راعينا الخبر ـ يجوز وإن راعينا المعنى فوجهان، قال: وههنا أولى بأن لا يجوز، بعد ذلك رأيت هذا الذي قلته في «تعليق القاضي حسين»، قال: إن راعينا الخبر لم يجز، وإن راعينا المعنى فإن قلنا: السمك يسمى لحمًا، وأنه مع لحوم البرية صنف لم يجز وإلا جاز.

فرع: قال الروياني: إنه لو اشترى الحيوان بالرأس والكراع لم يجز بحال قاله الروياني، وهو مشكل، لأنه إذا كانت الرأس والكراع من غير جنس اللحم كان بيعها بالحيوان كبيع الشحم بالحيوان وسائر الأجزاء المتقدمة.

وقد حكى هو وغيره فيها وجهين، فما وجه الجزم في الرأس والكراع؟ إلا أن نقول: إن فيها لحمًا فإنه يؤيد ما قدمته من البحث هنا فليراجع.

ولو باع الألية بالمعز قال القاضي حسين: إن راعينا الخبر الصحيح فإنه يجوز وإن راعينا المعنى فهو مثله وفيه وجه آخر لا يجوز إذا قلنا: الألية مع اللحم جنس واحد، وإن باع الألية بالضأن إن راعينا الخبر فالصحيح أنه يجوز، وإن راعينا المعنى لا يجوز، قاله القاضي حسين: وإن باع الألية بالألية واللحم فيصير من قاعدة مدّ عجوة؛ قاله القاضي حسين.

قاعدة: وهي التي وعدت بذكرها في آخر الكلام، قال الإمام: الذي يجب التنبيه له في مضمون هذا الباب وأمثاله أن من الأصول ما يستند إلى الخبر أو إلى ظاهر القرآن، ولكن القياس يتطرق إليه من طريق الشريعة، فلا يمنع التصرف في ظاهر القرآن والسنة بالأقيسة الجلية، إذا كان التنزيل متسعًا لا ينبو نظر المنصف عنه، والشرط في ذلك أن يكون صدر القياس من غير الأصل الذي فيه، وأورد الظاهر، فإن لم يتجه قياس من غير مورد الظاهر لم يجز إزالة الظاهر بمعنى يستنبط منه يضمن تخصيصه وقصره على بعض المسميات فأما ما لا يتطرق إليه معنى مستمر صائر إلى السير؛ فالأصل فيه التعلق بالظاهر وينزل منزلة الوصف، ولكن قد يلوح مع هذا مقصود الشارع بجهة من الجهات، فيتعين النظر إليه، وهذا له أمثلة:

منها: آية الملامسة ترد ونص الشافعي في لمس المحارم من جهة أن التعليل

لا جريان له في الأحداث الناقضة وما لا يجري القياس في إثباته فلا يكاد يجري في نفيه، فمال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ إلى اتباع اسم النساء، وأصح قوليه أن الطهارة لا تنتقض، لأن ذكر الملامسة المضافة إلى النساء مع سياق الأحداث يشعر بلمس اللواتي يقصدن باللمس فإن لم يتجه معنى صحيح دلت القرينة على التخصيص، ومن هذا القبيل قوله ﷺ: «ليس للقاتل من الميراث شيء» فالحرمان لا سبيل فيه إلى التعليل كما ذكرنا في الخلاف، وإذا انسد مسلك التعليل اقتضى الحال التعلق باللفظ، فردد الشافعي نصه في القتل قصاصًا، فوجه الحرمان التعلق بالظاهر مع حسم التعليل، ووجه التوريث التطلع على المقصود الشارع، وليس يخفى أن مقصوده مضادة غرض المستعجل.

والذي نحن فيه من بيع اللحم بالحيوان خارج عن هذا القانون، فمن عمم تعلق بقول الشارع، ومن فصل تشوف إلى درك مقصوده، وهو أن في الحيوان لحمًا، ومن تمسك بظاهر اللفظ نقل ترتب كلامه، فيقرب بعض المراتب ويبعد بعضها، فالقتل قصاصًا أقرب قليلًا، والقتل حدًا سيما إذا ثبت بإقرار من عليه الحد بعيد، ومن هذا القبيل منع بيع اللحم بالعبد، ولو ادعى العلم في أن هذا ليس مراد الشارع لم يكن بعيدًا، هذا آخر كلام الإمام.

فائدة: له في بعض الألفاظ الحديث: «لا يباع حي بميت» الميت في اللغة من فارقته الحياة فيشمل المذبوح، وفي الشرع من مات حتف أنفه ولكنه لما قوبل بالحي تعين أن المراد به المعنى الأول، وأيضًا فإن الميت لا يباع بحي ولا بغيره والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ويجوز بيع اللحم بجنسه إذا تناهى جفافه، ونزع منه العظم، لأنه يدخر على هذه الصفة، فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر، وهل يجوز بيع بعضه ببعض قبل نزع العظم؟ فيه وجهان، قال أبو سعيد الإصطخري»: يجوز كما يجوز بيع التمر بالتمر وفيه النوى. ومن أصحابنا من قال: لا يجوز كما لا يجوز بيع العسل الذي فيه شمع بعضه ببعض، ويخالف النوى في التمر فإن فيه مصلحة له، وليس في ترك العظم في اللحم مصلحة له.

شرح: تقدم الكلام في أنه لا يجوز بيع اللحم الطري بالطري، وشرع المصنف الآن يذكر حكمه إذا جف وجواز بيعه جافًا، واشتراط التناهي في الجفاف متفق عليه بين الشافعي والأصحاب، وفسر الشافعي رحمه الله في «الأم» انتهاء جفافه بأن يملح ويسيل ماؤه، قال: فذلك انتهاء جفوفه، فإذا انتهى بيع رطل برطل وزنًا بوزن يدًا بيد من صنف، وقد تقدم شيء من كلام الشافعي هذا، وجواز بيع بعضه ببعض إذا نزع

منه العظم لا خلاف فيه بين الأصحاب، وممن نفى الخلاف فيه أبو الطيب والروياني، وفرقوا بينه وبين التمر إذا نزع منه النوى، حيث لا يجوز على أحد الوجهين بأن التمر إذا نزع منه النوى يتجافى في المكيال، فلا يمكن اعتبار التماثل فيه بخلاف اللحم فإن اعتبار التماثل فيه إذا نزع منه العظم يكون أمكن، وبأن بقاء النوى في التمر من مصلحته وبقاء العظم في اللحم مفسد، لأنه يتغير بما في العظم من المخ فلا يصل إليه الملح.

ثم إن كثيرًا من الأصحاب أطلقوا الجواز في ذلك، واستثنى القاضي حسين والرافعي من ذلك أن يكون في اللحمين أو أحدهما من الملح ما يظهر في الوقت، فإنه يمنع من بيع بعضه ببعض، قال القاضي حسين: إن كانا مملحين بالملح بأن ينثر عليهما الملح أو شيء من الكزبرة أو غيره فإنه لا يجوز وإن صب عليه ماء الملح فحينئذٍ يجوز، أما بيع بعضه ببعض غير منزوع العظم فالوجهان حكاهما الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي والماوردي وابن الصباغ والقاضي حسين والفوراني ونصر المقدسي وآخرون، كما حكاهما المصنف وعزا القاضي أبو الطيب المنع إلى أبي إسحاق المروزي مع نقله الجواز عن الإصطخري، وزعم الروياني أن القاضي الطبري نسب الجواز إلى أكثر الأصحاب، ولم أجد ذلك في «تعليقه» فليحمل ذلك على الوهم، لأن أكثر الأصحاب على خلافه والله أعلم والتوجيه مذكور في الكتاب.

قال القاضي حسين: بل بقاء العظم يزيده فسادًا والأصح أنه لا يجوز، وممن صرح بتصحيحه الماوردي في «الحاوي» ونصر المقدسي والروياني وقالوا: إنه المذهب، والرافعي وقال: إنه الأظهر عند الأكثرين وقال الإمام: إن الذي أميل إليه مثل الأكثرين، وخالف صاحب «التهذيب» فقال: إن الأصح أنه يجوز على خلاف ما قال أبو إسحاق، ولا يرد على صاحب «التهذيب» جزم بأنه لا يجوز بيع التمر المنزوع بغير المنزوع ولا بمثله، لأن له أن يقول: إن المنع هناك لخروجه بالنزع عن حالة الكمال، واللحم المقدد كامل سواء نزع منه العظم أم لم ينزع، وممن وافق صاحب«التهذيب» على تصحيح الجواز في ذلك الجرجاني في «الشافي» وقاسه على بيع التمر مع النوى، وقد فرق بأن بقاء النوى من مصلحة التمر وليس بقاء العظم من مصلحة اللحم كذلك، وهذا إنما جره القول بالجواز وأما بيع الجاف بالطري فقد تقدم أنه لا يجوز.

فرع: إذا قلنا بالجواز إذا لم يكن منزوع العظم؛ قال الرافعي: فيجوز بيع الفخذ بالجنب، ولا نظر إلى تفاوت أقدار العظام، كتفاوت النوى، وقال الإمام:

يجب أن يمتنع بيع العضو الذي يجيء منه مقدار صالح من اللحم بعضو لم يقطع من لحمه شيء، فإن العظم الباقي في العضو لا يحتمل، فإن قلّ المقدار المقطوع بحيث لا يبالي به فلا بأس، وجزم صاحب «التهذيب» بأنه لو استخرج العظم من أحدهما ثم بيع بما فيه العظم لا يجوز.

فرع: ما ذكره من بيع اللحم باللحم شرطه أن لا يكون عليه جلد، أما لو كان عليه جلد قال الماوردي: إن كان غليظًا لا يؤكل معه منع من بيعه باللحم، أي لأنه يصير من بيع لحم بلحم مع جهل المماثلة، وإن كان رقيقًا يؤكل معه كجلود الحدّ والدجاج فوجهان كالعظم، ولحوم الحيتان، لا يجوز بيع الصنف الواحد منها بعضه ببعض طريا، ولا نديا ولا مملوحًا، لأن الملح يمنع المماثلة، ولكن يباع بعضه ببعض إذا بلغ غاية يبسه غير مملوح؛ فأما إذا اختلف جنسها فيجوز طريًا ويابسًا ومملوحًا.

فرع: قال الروياني: وكذلك لا يجوز بيع الحوت بعضه ببعض طريًا ولا نديًا ولا مملحًا، ولكن يجوز إذا بلغ غاية يبسه غير مملح.

فرع: لو ضم عظمًا من عضو آخر إلى لحم وباعه بلحم آخر فيه عظم أو لا عظم فيه لا يجوز بلا خلاف، قاله الروياني في «البحر»، كما لو ضم النوى إلى تمر وباع بتمر لا يجوز.

قال المصنف رحمه الله تعالى: ولا يجوز بيع بيض الدجاج بدجاجة في جوفها بيض لأنه جنس فيه ربا بيع بما فيه مثله، فلم يجز كبيع اللحم بالحيوان.

الشرح: الحكم المذكور جزم به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والروياني ونقلوه عن الأصحاب وقالوا: إنه لا يجوز قولًا واحدًا ومن المعلوم أن ذلك مفرع على القول الجديد، وأن الربا يجري في البيض، قال الماوردي: إن المسألة على قولين مخرجين من اختلاف قوليه في الحمل، هل يكون تبعًا أو يأخذ قسطًا من الثمن؟ لأن البيض كالحمل، فإن قيل: إن الحمل تبع جاز بيع الدجاجة التي فيها بيض بالبيض، وإن قلنا: إن الحمل يأخذ قسطًا من الثمن لم يجز لأن بيع البيض بالتبع لا يجوز على قوله «الجديد»، وقال الروياني: علل والدي رحمه الله القول الأول بأنه كالمستهلك ما دام في جوفها، وحكى صاحب «التتمة» أيضًا وجهين، لأن النهي ورد عن اللحم بالحيوان، وليس هذا داخلًا فيه، قال: ويخالف اللبن لأن اللبن يمكن حلبه في الحال، والبيض لا يمكن، فلا يقابله بالعوض كالحمل في البطن على أحد القولين، فوافق الماوردي فيما ذكره إلا في تعبيره عن الخلاف بالوجهين وسوى الرافعي بين بيع البيض بالدجاج وبيع اللبن بالشاة وبيع البيض

بالدجاج الخالي عن البيض جائز، وبياض البيض وصفاره جنس واحد، لا يجوز بيع بعضه ببعض قاله الروياني.

وقول المصنف: بيض الدجاج تنبيه على أن البيض جائز، وهو الذي قاله الصيمري وجعله كالألبان، لأنه يفارق بائضه حيًا، وقد قال الرافعي: بيض الطيور أجناس إن جعلنا اللحوم أجناسًا، وإن جعلناها جنسًا واحدًا فهي أجناس أيضًا في أصح الوجهين وحكى الماوردي أيضًا الخلاف كذلك وجزم بأن بيض الطير ليس صنفًا من لحمه، وحكى الوجهين في أن بيض السمك هل هو نوع من لحم السمك؟ لأنه يؤكل معه حيًا وميتًا، وقد تقدم ذلك عند الكلام في أن اللحوم جنس أو أجناس.

وتقييد المصنف بقوله في جوفها بيض يفهم أنه إذا لم يكن في جوفها بيض يجوز بيعها ببيض الدجاج، وهو كقولك: بيع الشاة التي لا لبن فيها باللبن، وكذلك أطلق الرافعي رحمه الله أن بيع البيض بالدجاجة كبيع اللبن بالشاة فيفهم من جميع تلك التفاصيل من غير حاجة إلى إعادة مثلها، وكذلك جزم صاحب «التهذيب» وصاحب «التتمة» بجواز بيع البيضة بالدجاج الذي ليس في جوفه بيض، قال صاحب «التهذيب»: لأن البيضة لم تكن حية فارقها، وقصد بذلك الفرق بينها وبين اللحم حيث يمتنع بيعه بالحيوان.

فرع: نختم بها باب الربا. الهليلج والبليلج والأملج والسقمونيا وسائر الأدوية ربوية بلا خلاف على المذهب لأنها مطعوم مكيل أو موزون وطعمها لرد الصحة، كما أن طعم غيرها لحفظ الصحة وفي «التتمة» حكاية وجه في السقمونيا وكل ما يهلك كثيره ويستعمل قليله والطين الأرمني ربوى على الصحيح خلافًا لابن كج، والخراساني ليس ربويًا خلافًا للشيخ أبي محمد، نقله عنه الرافعي، وحكم السيرافي حكم الخراساني، قاله المحاملي، والطفّل المصري ليس بربوي، قاله نصر وغيره.

فرع: قال القاضي أبو الطيب في الجواب عن اعتراض المالكية، وقولهم: إن كل شيء له طعم، قال: إنا لا نعتبر حاله، وإنما نعتبر ما يطعم غالبًا. والإعتبار في الطعم بما يعدله في حال الاعتدال والرفاهية، دون سنى الأزم والمجاعة، قاله في «مختصر النهاية».

فرع: الربا يجري في دار الحرب جريانه في دار الإسلام، وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن، وعن أبي حنيفة أن الربا في دار الحرب إنما يجري بين المسلمين المهاجرين، فأما بين الحربيين وبين مسلمين لم يهاجروا أو أحدهما فلا ربا، وقال: إن الذميين إذا تعاقدا عقد الربا في دار الإسلام فسخ

عليهما، فالاعتبار عنده بالدار وعندنا الاعتبار بالعاقد، فإذا أربى الذي في بلاد الإسلام مع الذمي لم يفسخ، كذا قال القفال في «شرح التلخيص»، قال: وهكذا سائر البياعات الفاسدة والله أعلم.

واحتج أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ بحديث مكحول أن النبي ﷺ قال: «لا ربا بين مسلم وحربي في دار الحرب»[1]، وبأن أموال أهل الحرب مباحة للمسلم بغير عقد، فالعقد أولى، ودليلنا عموم الأدلة المحرمة للربا، فلأن كل ما كان حرامًا في دار الإسلام كان حرامًا في دار الشرك، كسائر الفواحش والمعاصي، ولأنه عقد فاسد فلا تستباح به العقود عليه كالنكاح.

قلت: وهذا الاستدلال إن كان أبو حنيفة يوافق على فساده في دار الحرب فلا دليل عنده. وأما حديث مكحول فمرسل إن صح الإسناد إلى مكحول، ثم هو محتمل لأن يكون نهيا فيكون المقصود به تحريم الربا بين المسلم والحربي كما بين المسلمين، واعتضد هذا الاحتمال بالعمومات، وأما استباحة أموالهم إذا دخل إليهم بأمان فممنوعة، فكذا بعقد فاسد، ولو فرض ارتفاع الأمان لم يصح الاستدلال لأن الحربي إذا دخل دار الإسلام يستباح ماله بغير عقد ولا يستباح بعقد فاسد، ثم ليس كل ما استبيح بغير عقد استبيح بعقد فاسد، كالفروج تستباح بالسبي، ولا تستباح بالعقد الفاسد.

ومما استدلوا به على أنه لا ربا في دار الحرب أن العباس بن عبد المطلب كان مسلمًا قبل فتح مكة فإن الحجاج بن علاط لما قدم مكة عند فتح خيبر واجتمع به في القصة الطويلة المشهورة دل كلام العباس على أنه مسلم حينئذٍ، ثم إن النبي ﷺ قال يوم الفتح: وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب[2]، فدخل في ذلك الربا الذي من بعد إسلامه إلى فتح مكة، فلو كان الربا الذي بين المسلم والحربي موضوعًا لكان ربا العباس موضوعًا يوم أسلم.

والجواب أن العباس كان له ربا في الجاهلية من قبل إسلامه فيكفي حمل اللفظ عليه وليس ثم دليل على أنه بعد إسلامه استمر على الربا ولو سلم استمراره عليه لأنه قد لا يكون عالمًا بتحريمه، فأراد النبي ﷺ إنشاء هذه القاعدة وتقريرها من يومئذٍ.

فرع: جريان الربا فيما ليس بمقدر من المطعومات على القول الجديد اختلف

---

(١) لا يصح، وانظر نصب الراية (٤/ ٤٤).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٢١٨).

أصحابنا هل ثبت الربا بعلة الأصل؟ أو بعلة الاشتباه؟ فمن متقدمي أصحابنا من قال: إنما جعل الشافعي فيه الربا بعلة الاشتباه، لأنه قال: وإنما حرمنا غير ما سمى رسول الله ﷺ من المأكول المكيل والموزون، لأنه في معنى ما سمى فجعل في المكيل والموزون الربا بعد الأصل، ثم قال بعد هذا: وما خرج من المكيل والموزون من المأكول والمشروب فقياسه على ما يؤكل ويكال أولى من قياسه على ما لا يكال ولا يؤكل، فجعله ملتحقًا بالأصل من حيث الشبه، وقال آخرون: بل بعلة الأصل وإنما قال الشافعي ما احتج به الأولون ترجيحًا للعلة.

قلت: وهذا الذي قاله الآخرون هو الحق وهو مراد الشافعي إن شاء الله تعالى، ومقصوده بذلك بيان أن المأكول الموزون لا يقاس على الذهب والفضة بعلة الوزن، بل يقاس على المأكول المكيل، فيكون الوزن ليس بعلة، وذلك ظاهر لمن تأمله من نصه المذكور في باب الآجال في الصرف، وقد صرح في باب بيع الطعام بالطعام بأن في معنى ما جاءت به السنة كل مكيل ومشروب بيع عددًا، والله أعلم. وهذان القولان حكاهما الماوردي، وقال الروياني: قال الماسرجسي: قال بعض أصحابنا: ما رجع الشافعي رحمه الله عن علته في «القديم» وإنما ألحق المطعومات من المعدودات بها من طريق علية الشبه، والمسألة على قول واحد، فأفاد كلام الروياني أن الأولين يقولون بعدم رجوع الشافعي عن علته في القديم، بل ألحق بها شيئًا آخر والله أعلم.

وقد يعتضدون في ذلك بما يقول الشافعي في «المختصر» عقيب مذهب ابن المسيب، وهذا صحيح، والظاهر أن ذلك من الجديد لأن المزني لم يذكر في هذا الباب أن فيه شيئًا من «القديم» وقول ابن المسيب يشترط الكيل والوزن وقال ابن داود في «شرح المختصر» مجيبًا عن ذلك أن الشافعي رحمه الله ما دام يجد زيادة تقريب واجتماع في المعاني بين الأصل والفرع، قال بذلك وحيث عدم الكيل والوزن قال بعلة الطعم العام إن وجده فإن لم يجده في مثل الأدوية وغيرها قال بالطعم في الجملة على هذا التدريج.

قلت: وهذا كلام فاسد، ولا يلزم عليه التعليل بعلل مختلفة لمن تأمله، والله أعلم.

ونظيره ما قاله القاضي حسين أن المطعومات المكيلة مقيسة على الأربعة ثم نقيس المطعومات الموزونة على المطعومات المكيلة والموزونات ثم نقيس المطعومات النادرة على المطعومات العامة التي ليست بموزونة ولا مكيلة وإنما رتبنا هذا الترتيب لأن الشيء إنما يقاس بالشيء إذا كان بينهما مشابهة كثيرة أو مشابهة

بأخص أوصافه إذ القياس تشبيه وتمثيل فنقيس المكيلات غير المنصوص عليها لأنها تشبهها في جميع الوجوه، ثم نقيس عليها الموزونات لأنها تشبهها في أن كلا منهما مقدر شرعًا، وعلى هذا القياس.

فإن قلت: وهذا الكلام الذي نقلتموه على القاضي حسين وغيره يقتضي جواز القياس على الأصل الثابت بالقياس، منه المعنى الذي يثبت به ويقاس غيره عليه، وهل يجوز أن يستنبط؟ فهل يجوز ذلك وليس ذلك مما نحن فيه؟ قلت: قال المصنف في «اللمع»: إنه لا خلاف أنه يجوز أن يستنبط منه معنى غير المعنى الذي قيس به على غيره ويقاس عليه غيره، مثل قياس الأرز على البر بعلة الطعم ثم يستنبط من الأرز أنه لا ينقطع الماء عنه فيقاس عليه النيلوفر فيه وجهان، من أصحابنا من قال: يجوز، ومنهم من قال: لا يجوز، وهو قول أبي الحسن الكرخي، وقد بصرت في «التبصرة» جواز ذلك، والذي يصح عندي أنه لا يجوز، هذا الذي قاله المصنف وهو الصواب.

وأطلق الإمام أبو علي عبد الله بن الخطيب المنع من غير تفصيل قال: لأن العلة التي يلحق بها الأصل القريب بالأصل البعيد ان كانت هي التي يلحق بها الفرع بالأصل القريب، أمكن رد الفرع إلى الأصل البعيد، فيصير القريب لغوًا، وإن كانت غيرها لزم تعليل الأصل القريب بعلتين، إحداهما عديمة الأثر، وهي التي ليست موجودة في الأصل البعيد، ويمتنع التعليل سواء جوزنا التعليل بعلتين مستنبطتين أو لا، وهذا الذي قاله صحيح في القسم الثاني، ويصلح أن يكون مقويًا لما اختاره المصنف من الوجهين، فأما القسم الأول: فهو مثال ما نحن فيه، وقد نقل المصنف: أنه لا خلاف فيه، وقول أبي عبد الله بن الخطيب: إن ذكر القريب يكون لغوًا ممنوع، بل ذلك لقوة التقارب بينهما الذي هو المقصود في القياس، فإن ما بين المطعوم النادر الذي لا يكال ولا يوزن وبين المطعوم غالبًا المكيل أو الموزون أبعد مما بينه وبين المطعوم العام الذي لا يكال ولا يوزن، فكان الحاقه به أولى، نعم ما قاله ابن الخطيب يقرر في حق المناظر الذي يقصد دفع خصمه بأقرب الطرق، وما قلناه أقرب إلى طريقة المناظر الذي يقصد تحقيق الأشياء وتقريب المأخذ مما أمكن والله تعالى أعلم.

ثم ليس في كلام الشافعي وابن داود الشارح له ما يقتضي ورود هذا السؤال عليه، بل مقتضاه أنه ألحق القريب من المنصوص عليه به. ثم ألحق البعيد بهما لا بالثابت بالقياس وحده. فإن هذه العلل ليست منصوصة ولكنها مستنبطة، والمستنبط لا يدعي العبور على العلة قطعًا، فإلحاق المطعوم المكيل بالمنصوص عليه لا شك

أنه أقوى وأشد شبهًا، فيكون الظن الحاصل بثبوت الحكم فيه أتم والمطعوم غير المكيل قار فيه وصف يمكن أن يكون معتبرًا وإن كان قد ترجح خلافه، فكذلك بعد، نعم لو كانت العلة منصوصة لم يكن لهذا الترتيب معنى بل حيث وجدت العلة المنصوصة ألحق بالمحل المنصوص فيه، والله عز وجل أعلم.

فائدة: قال الروياني، قيل: حد ما يجري فيه الربا كل ما يباح تناوله على الإطلاق على هيئة ما يقصد تناوله تغذيًا أو ائتداما أو تفكهًا أو تداويًا، وإنما اعتبرنا هذه الجهات الأربع لأنها تقصد لنفع البدن.

فرع: ما يأكله بنو آدم والبهائم جميعًا قال الماوردي: الواجب أن يعتبر أغلب حاليه، فإن كان الأغلب أكل الآدميين ففيه الربا كالشعير؛ وان كان الأغلب أكل البهائم فلا، قال الروياني: كالرطبة، وإن استوت حالتاه فقد اختلف فيه أصحابنا على وجهين، الصحيح أن فيه الربا ولا ربا فيما تأكله البهائم كالقرظ والنوى والحشيش.

فرع: لا ربا في الريحان والنيلوفر والنرجس والورد والبنفسج،إلا أن يذوب شيء منها بالسكر أو العسل، ولا في العود والصندل والكافور والمسك والعنبر، ولا العصفر والحناء، ولا في القرطم عند الصيمري، ولا في آس وإذخر، والخضروات التي تؤكل في الربيع، ويثبت الربا في الأترج والليمون والنارنج واللبان والعلك والمصطكي وفيه وجه في المجر قال: وهو الأقيس، واللوز والمر والحبة الخضراء والبلوط والقثاء وحب الحنظل والهليلج والبليلج، قاله الصيمري، والدخن والجاورش والخردل والشونيز والشهرانج والبطم والزنجبيل المربى، والسقمونيا، وجه حكاه الروياني أنها ليست بربوية والطربون والجزر والثوم والبصل والدآه والهنسل، وفي السقمونيا ونحوه، وفي ماء الورد والزعفران والقرطم وحب الكتان والصمغ وبزر الجزر والبصل والفجل والسلجم والماء والأدهان المطيبة والبرد ودهن السمك وصغار السمك قاله ابن يونس والطين الذي يؤكل تفكهًا وهو الأرمني.

وفي كلام الإمام بعض ميل إلى أن دهن السمك ربوي، لأنه جزء من السمك مطعوم فيه، واستشكل قول العراقيين أنه ليس بربوي مع قولهم: إن دهن البنفسج ربوي، فلم ينظروا إلى العادة في انصرافه عن الطعم، قال: وهذا غامض عليهم، قال: والوجه عندنا تخريج هذا الفرع على الخلاف، فإنه متردد بين الأصل المأكول وبين الانصراف عن الأصل لغرض العادة، قال الإمام: إن منعنا بلع السمكة حية فليس السمك مال ربا، وإن جوزنا بلعها فقد تردد شيخي فيها، قال الإمام: والوجه القطع بأنه لا ربا فيها، لأنها لا تعد لهذا، وفرق صاحب «التهذيب» بين الصغار

والكبار، فإن الصغار هي التي تبتلع، فذلك قصر ابن عبد السلام في «الغاية» الخلاف عليها، وجزم في الكبار بأنها ليست بربوية، وهو مفهوم كلام الإمام.

وجزم صاحب «التتمة» في السمك الصغير إذا جوزنا ابتلاعه وفي الجراد الحي بجريان الربا فيهما، قال الروياني: وكذلك جرادة بجرادة يعني فيه وجهان، قال: ورأيت في «الحاوي» ما يدل على الوجهين في السمك الكبار أيضًا، لأن حي السمك في حكم ميته، وفي الزعفران وجهان، أصحهما كما رأيته في «الحاوي» في القرطم وحب الكتان أنه ربوي، وكذلك في البذور الأربعة وفي ماء الزنجبيل وجهان في «البحر» ونقل في «البحر» عن «الحاوي» أن الأصح لا ربا في القرطم وحب الكتان وفي الزنجبيل، قال في «البحر»: وعندي الأصح في حب الكتان جريان الربا لأنه يؤكل عادة وليست كالصمغ وقال في «البحر»: الأظهر أن الصمغ ربوي.

قال الصيمري: لا ربا في دهن القرطم والقرع والبان والمحلب والآس، لأن أصولها لا ربا فيها. قلت: أما القرطم فقد تقدم عن الماوردي أن الأصح كونه ربويًا. وأما القرع فإنه مأكول، فالذي ينبغي القطع بأنه ربوي على الجديد وقد تقدم عده في الربويات عند الكلام على بيع ما لا يدخر يابسه، وقد جزم الصيمري في موضع آخر بأنه ليس بربوي صريحًا وهو مشكل، وفي الطين الذي يؤكل تفكهًا تردد للشيخ أبي محمد، وقال صاحب «التقريب»: دهن البنفسج ربوي، وفي دهن الورد وجهان قال الإمام: ولست أفهم الفرق بينهما قال ابن الرفعة: لعله لأن دهن البنفسج يترك ضنة بخلاف دهن الورد لا يترك للضنة، وقد يقال: إن مراده بدهن البنفسج المعلوف الذي يطبق بالسمسم ويعصر، وبدهن الورد الذي يلفى فيه الورد ويمتزج به، وألحق التسوية.

وقال ابن أبي الدم في «شرح الوسيط» بعد أن نقل قول الإمام: ولست أفهم الفرق بينهما، قال: لا يتجه بينهما فرق إلا بالنظر إلى العادة، فلعل العادة في بعض الأقطار وعرف الناس فيه أن دهن البنفسج يؤكل، أو يستصلحونه للأكل ثم يتركون أكله ضنة به، فلهذا كان ربويًا عند صاحب «التقريب»، والعادة في دهن الورد مضطربة أو ليس مأكولًا عند غالب الناس، فلهذا تردد فيه، قال ابن أبي الدم: وهذا الخلاف قريب من الخلاف المذكور فيما يحرم على المحرم من استعمال الطيب، فإنا ذكرنا خلافًا في دهن البنفسج ودهن الورد، ومنهم من رتب الخلاف وفرق بعادة الناس. قال: وذكر الإمام وجهين في اللبان ودهنه، وقطع العراقيون بأن دهن اللبان ليس بربوي والظاهر ما قالوه.

فرع: الوزن عندنا ليس بعلة للربا، فيجوز عندنا بيع رطل حديد برطلين،

وثوب بثوبين، ورطل نحاس برطلين، وحيوان بحيوانين نقدًا ونسئًا، ولا يشترط أن يكون بينه وبين المسلم فيه وبين رأس السلم تفاوت على الصحيح من المذهب، فيجوز أن يسلم ثوبًا في ثوب مثله، قاله في «التهذيب».

فرع: هل يحرم أكل الطين؟ قال الروياني: اختلف أصحابنا منهم من قال: يحرم الطين قليله وكثيره، وهو اختيار مشايخ طبرستان، الإمام أبي عبد الله الحناطي، وأبي على الزجاجي، والإمامين جدي ووالدي رحمهم الله؛ واختاره القفال المروزي، ومنهم من قال: لا يحرم، ولكن يكره، وهو اختيار مشايخ خراسان، وهذا إذا لم يضر لقلته، فإن كان كثيرًا يضر فهو حرام وبه أفتي، وسمعت الشيخ الحافظ البيهقي بنيسابور يقول: لم يصح نص عن رسول الله ﷺ في تحريم قليله، وهذا هو الصحيح عندي. انتهى كلام الروياني في «البحر».

وذكر الأولون حديثًا لم أستحسن نقله لنكارته، ثم بدا لي أن أقوله وأنبه عليه قال: احتجوا بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «أكل الطين حرام على أمتي» وروي: «إذا أبغض الله عبدًا ألهمه أكل الطين ونتف اللحية».

فائدة: أربع مسائل خلافية ترجع إلى الأصل واحد بيننا وبين أبي حنيفة بيع كف حنطة بكفي حنطة، وسفرجلة بسفرجلتين، والجص بالجص متفاضلًا، والحديد بالحديد متفاضلًا، والمسألتان الأوليان ممتنعتان عندنا جائزتان عنده، والأخريان بالعكس وذلك أن العلة عنده في النقدين قيم الوزن وفي الأربع الكيل، فيتعدى إلى كل موزون ومكيل، وعندنا العلة في النقدين كونهما قيم الأشياء غالبًا؛ فلا يتعدى إلى غيرهما وفي الأربعة الباقية الكيل فتعدت إلى المطعوم دون المكيل والله أعلم.

فرع: الشعير في سنبله لا يقدر، فإذا فرعنا على «القديم» قال الإمام: الوجه عندي منع بيع بعضه ببعض، فإنه من جنس ما يقدر، ولا ينظر إلى حاله هذه. وليس كالجوز ما دام صحيحًا، وهذا تفريعًا على القديم، وأما على الجديد، فكل مطعوم وإن كان لا يقدر يمتنع بيع بعضه ببعض عددًا، وهل يجوز وزنًا؟ فيه وجهان، أحدهما: وهو ظاهر المذهب أنه لا يجوز، وهذان الوجهان هما اللذان ذكرهما الشيخ في «التنبيه» الأصح كما قال الإمام: لا يجوز بيع بعضه ببعض، فلو خيف ففيه خلاف مشهور، وقد تقدم.

فوائد: قد تقدم عن الإمام النووى رحمه الله أن الخلاف في علة الربا على مذاهب، ويرجع حاصل القول في النقدين والأشياء الأربعة إلى أن العلة في تحريم ربا الفضل في الأشياء الستة ما هو مقصود من كل صنف، والأربعة مجتمعة في مقصود الطعم على القول «الجديد» عندنا، والنقدان مجتمعان في جوهرالنقدية وإنما

ذكرنا جوهر النقدية لأن التبر ليس نقدًا في عينه، وكذلك الحلى والأواني فإن الربا جار فيها لنصه ﷺ على الذهب والفضة، وهو يعم المطبوع وغير المطبوع.

وعبارة القاضي حسين في ذلك أحسن، قال: لخصت منها عبارة جامعة للكل وهو أن العلة في النقدين جوهر يطبع منه قيم الأشياء. قال صاحب «التتمة»: وقد قال طائفة من أصحابي: إن الذهب والفضة ليسا بمعللين، والربا فيهما لعينهما، لا لعلة فيهما، وتعليل الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ بالثمنية إشارة إلى هذا، لأن الثمنية لا تعدوهما، وقد تقدم أن الربا ثلاثة أقسام، وزاد صاحب «التتمة» ربا رابعًا وهو كل قرض جر نفعًا.

فائدة: تعلق من قال: إن العلة الوزن في الموزون، والكيل في المكيل، بما روي عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة أن النبي ﷺ: «استعمل رجلًا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب» فذكر الحديث إلى أن قال: وقال في الميزان مثل ذلك، وفي رواية: وكذلك التمر إن قالوا أراد الموزون والجواب أن المراد بذلك استواء الوزن في الأشياء التي بين الربا فيها في أحاديث أخر، وورد في رواية: «وكذلك كل ما يكال أو يوزن» بسند ضعيف قد تقدم الكلام ا هـ.

وروى الدارقطني[1] من حديث عبادة وأنس بن مالك أن النبي ﷺ قال: «ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعًا واحدًا، وما كيل فمثل ذلك فإذا اختلف النوعان فلا بأس به» ولكنه ضعيف، قال الدارقطني: لم يروه عن أبي بكر عن الربيع هكذا، وهو ابن صبيح هكذا وخالفه جماعة فرووه عن الربيع عن ابن سيرين عن عبادة عن النبي ﷺ بلفظ غير هذا اللفظ والربا بكسر الراء مقصور، وعن القلعي أنه يفتح ويمد.

قال ابن الرفعة: الربا في الشرع أخذ مال مخصوص بغير مال بإزائه، ولا تقرب إلى الله سبحانه وتعالى، ولا إلى الخلق، قال: فأخرجنا بخصوص ما ليس من أموال الربا بلا تقرب إلى الله تعالى الصدقة، وإلى الخلق الهدية والهبة قلت: وهذا يرد عليه القمار، بل هذا هو حدّ القمار، فإنهم ذكروا الفرق بين القمار وبين البيع أن القمار لا بدل فيه وإنما الحدّ الصحيح للربا في الشرع ما نقله الروياني في «البحر»، وقد كتبته في غير هذا. والجاورس ـ بالجيم ـ والسين المهملة الحب الذي يعصر مثل الدخن وهو خير من الدخن في جميع أحواله، هو ثلاثة أصناف وهو معرب كاورس، حكى ذلك عن «مجمع البحرين» الفرغاني.

---

(١) (٣/ ١٨).

فائدة: اشتهر عن مذهبنا التعليل بالعلة القاصرة، ومن أمثلتها تعليل تحريم الربا في النقدين بالنقدية، وقال إمام الحرمين في البرهان: إن كان كلام الشارع نصًا لا يقبل التأويل، فلا يرى للعلة القاصرة وقعًا، ولكن يمتنع عن الحكم بفسادها، وإنما تفيد إذا كان قول الشارع ظاهرًا يتأتي تأويله، ويمكن تقدير حمله على الكثير مثلًا دون القليل فإذا سحبت عليه توافق الظاهر عصمته من التخصيص بعلة أخرى، لا تنزل مرتبتها عن المستنبطة القاصرة، ثم فيه ريب هو أن الظاهر كان متعرضًا للتأويل، ولو أول لخرج بعض المسميات، ولأزيل الظاهر إلى ما هو نص فيه فالعلة في محل الظاهر كأنها ثابتة في مقتضى النص منه، متعدية إلى ما اللفظ ظاهر فيه، عاصمة له عن التخصيص والتأويل، فكان ذلك إفادة وإن لم يكن تعديًا حقيقيًا، ولا يتجه غير ذلك في العلة القاصرة.

ثم قال: فإن قيل: قول رسول الله ﷺ: «لا تبيعوا الورق بالورق» الحديث نص أو ظاهر، فإن زعمتم أنه نص بطل التعليل بالنقدية، وإن كان ظاهرًا فالأمة مجتمعة على إجرائه في القليل والكثير فقد صار بقرينة الإجماع نصًا. قلت: أما الحظ الأصولي فقد وفينا به والأصول لا تصح على الفروع فإن تخلفت مسألة فليمتحن بحقيقة الأصول فإن لم يصح فليطرح. هذا كلام الإمام.

واعترض عليه الأنباري الشارح وقال: إن القاصرة مقيدة مطلقًا، سواء كانت مستنبطة من ظاهر أو من نص، وقول الإمام يلزم منه أن المتقدمة المقتضية للتخصيص لا تقدم على القاصرة إلا إذا كانت مترقية في الرجحان عن رتبتها وهذا غير ما يهيء لأن تكون معارضة للمتعدية والحق أن القاصرة مقيدة مطلقًا، كما أشار إليه الشارح وقد ذكر الأصحاب من الأصوليين والفقهاء من قواعد العلة القاصرة الوقوف على حكمة النص وكون حكمها متعديًا إلى غيرها، وأنه ربما حدث ما يشاركه في المعنى، فيتعدى الحكم إليه فهذه ثلاث فوائد والذي قاله الإمام في منعها التخصيص في الظاهر فائدة أخرى جليلة لكنا نقول: لا تنحصر الفائدة فيها.

وقوله إن الأمة مجمعة على إجرائه في القليل والكثير فصار كالنص يمكن أن يقال إن القليل إذا انتهى في القلة إلى حد لا يوزن لا تجمع الأمة عليه، بل أبو حنيفة يخالف فيه كمخالفته في بيع تمرة بتمرتين، فيجوز عندهم بيع درة بدرة من الذهب والفضة، كذا قال الفرغاني في «شرح الهداية» من كتبهم، فيمكن استعمال العلة وهي جنس الأثمان في ذلك، ومنع تخصيص العموم فيه، وتحصيل الفائدة التي حاولها الإمام وإلا فآخر كلامه المذكور في البرهان يشير إلى الامتناع من الحكم بصحة العلة المذكورة لعدم الجريان على القانون الذي مهده، وهو مع ذلك لا يرى

أن يضيف الحكم إلى العلة المتعدية، وهي الوزن كما يقوله أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، لأن التعليل بالوزن باطل بوجوه تخصه.

منها أنه طرد لا مناسبة فيه.

ومنها جواز إسلام الدراهم والدنانير في الموازنات، فليس بطلان المتعدية هنا بمعارضة القاصرة لها. وأما في غير هذا الموضع فالأستاذ أبو إسحاق يرجح القاصرة على المتعدية لمعارضة النص لها، والجمهور يرجحون المتعدية وامتنع آخرون من الترجيح من جهة التعدي والقصور قال الأنباري وهو صحيح، وهو اختيار القاضي. وإنما ترجح العلل بقوتها في نفسها، واضطرب كلام الإمام في الربويات، فتارة يميل إلى التعبد وابطال التعليل، وأخذ الربا في كل المطعومات من قوله: «لا تبيعوا الطعام بالطعام» وتارة يميل إلى القياس، وكلامه في ذلك مضطرب، وكأنه شوش عليه عدم ظهور فائدة العلة القاصرة في هذا المحل، وقد أبديناه في محل الاختلاف والله أعلم.

فائدة: قال الرافعي رحمه الله: وعن الأودني من أصحابنا أنه تابع ابن سيرين في أن العلة الجنسية، حتى لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلًا، وقال النووي رحمه الله في «الروضة»: قال الأودني من أصحابنا: لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلًا ولا يشترط الطعم. انتهى ما قالاه. وأنا أخشى أن يكون غلطًا فإن الذي نقله القاضي حسين عن الأودني أن العلة هي الجنسية، والطعم شرطها، وجعل ذلك مقابلًا لما قاله الحليمي وصححه القاضي من أن العلة الطعم والجنس محلها والشرط عدم التساوي والمعلول فساد العقد، ولما قاله بعض الأصحاب من أن العلة الطعم والشرط عدم التساوي والمعلول الفضل فلعل من نقل عن الأودني اقتصر من قوله على أن الجنس علة وهو صحيح ثم توهم من وقف على هذا الكلام بمجرده أنه لا يشترط الطعم وأنه موافق لابن سيرين والله تعالى أعلم.

باب بيع الأصول والثمار

الأصول ههنا المراد بها الأشجار، وكل ما يثمر مرة بعد أخرى، وأبعد من قال: أن اسم الأصل يشمل البناء والشجر، وأبعد منه قول من قال: إن المراد به الأرض والشجر معًا والثمار. والمقصود بهذا الباب أمران، أحدهما: بيان حكم الأصول إذا بيعت فيما يكون تابعًا لها وفيما لا يكون وفي حكم ذلك، فإن ذلك مما يطول النظر، وقد بوب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ على ذلك في «الأم»: باب ثمر الحائط يباع أصله، فهذه الترجمة حلها المصنف بقوله: بيع الأصول.

والثاني: الكلام في الثمار إذا بيعت، وما يختص بها من الشروط التي لا تشترط في المبيعات، فإن شروط المبيع، منها: ما هو عام وهي الخمسة التي ذكرها المصنف في باب ما يجوز بيعه ومنها: ما يختص بالربويات وأفرد له باب الربا وقدمه على هذا الباب لعمومه لامكانه في كل وقت وشدة خطره لقيام الإجماع عليه، ومنها: ما يختص بالثمار، فأفرده في هذا الباب.

وبدت علة الشافعي بأن الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار، وجعله عقيب باب ثمر الحائط يباع أصله، فجعله المصنف مع الأصول في باب واحد لتعلق كل منهما بالآخر، وقدم الأصول على الثمار تأسيًا بالشافعي، ولأنها متقدمة طبعًا وقد قيل: إن المقصود بالباب بيع الثمار لبيان شرطه، فلعله قدم بيع الأصول في «مختصر التفريع» بعده بمقصود الباب وليس كذلك، ولم يقع الكلام في بيع الأصول مختصرًا بل طال أكثر من الكلام في بيع الثمار، بل ذلك لما قدمته من تبويب الشافعي وهما مقصودان واستلزم الكلام في الأصول الكلام في الأرض لأن بيع الأصول قد يكون مستقلًا وقد يكون تبعًا للأرض ولهذا قال المصنف في «التنبيه» بعد أن قال: دخل البناء والغراس قال: فإن كان له حمل إلى آخره فنبه بذلك على أن تبعية الثمار للأصول لا يشترط فيها أفراد الأصول بالعقد، بل يشمل صورة أفرادها وصورة ما إذا كانت تابعة للأرض فإنه جعل الكلام فيما إذا كانت تابعة فيدل على الصورة الأخرى بطريقة أولى.

واستطرد من ذلك في «المهذب» إلى ما يتبع لفظ الأرض أو نحوها من غير الثمار وإن لم يكن ذلك في ترجمة الشافعي التي هي مقتصرة على الثمار كالزروع والخوابي والمعادن وغيرها، وقد تعرض الشافعي في مسائل الباب إليها، وقدم المصنف الكلام في بيع الأرض لأنه مستلزم لبيع الأصول المستلزم الثمار وهو في كلام الشافعي مذكور في أثناء الباب، ولا يستنكر كون الداخل في عقد البيع يسمى مبيعًا، لأنه إنما انتقل بحكم البيع. والله أعلم.

وقد رأيت الترجمة الأولى، وهي أن بيع الأصول لغير المصنف وهو أبو بكر أحمد بن بشرى المصري في كتابه المسمى «بالمختصر» المنبه من علم الشافعي.

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا باع أرضًا وفيها بناء أو غراس ـ نظرت فإن قال: بعتك هذه الأرض بحقوقها ـ دخل فيها البناء والغراس لأنه من حقوقها، وإن لم يقل: بحقوقها، فقد قال في البيع: يدخل، وقال في الرهن: لا يدخل، واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق فمنهم: من قال: لا يدخل في الجميع، لأن الأرض ليست بعبارة عن الغراس والبناء، وتأول قوله في البيع عليه إذا قال: بحقوقها، ومنهم: من نقل جوابه في الرهن إلى البيع، وجوابه في البيع

إلى الرهن وجعلها على قولين، أحدهما: لا يدخل في الجميع، لأن الأرض اسم للعرصة دون ما فيها من الغراس والبناء والثاني: يدخل لأنه متصل بها فدخل في العقد عليها كسائر أجزاء الأرض. ومنهم: من قال في البيع: يدخل، وفي الرهن: لا يدخل، لأن البيع عقد قوي يزيل الملك، فدخل فيه الغراس والبناء، والرهن عقد ضعيف لا يزيل الملك، فلم يدخل فيه الغراس والبناء.

الشرح: الأرض مؤنثة وهي اسم جنس لم يأت واحده بالهاء، والغراس يستعمل في الشجر يقال: غرست الشجر أغرسه، ويقال للنخلة أول ما تنبت غريسة قاله الجوهري وغيره.

أما الأحكام: فقد قال الأصحاب: إذا قال: بعتك هذه الأرض أو العرصة أو الساحة أو البقعة وكان فيها بناء أو غراس دون ما فيها من الشجر والبناء لم يدخل ذلك في البيع بلا خلاف، وإن قال: بما فيها من البناء والغراس دخل البناء والغراس بلا خلاف، وكذلك إذا قال: بما فيها أو مع ما اشتملت عليه حدودها أو حوته أقطارها، وإن قال: بعتكها بحقوقها فالحكم كذلك على المشهور، وصرح الشيخ أبو حامد بنفي الخلاف فيه، وكذلك يقتضيه إيراد أكثر الأصحاب لكن الإمام حكى أن من أئمتنا من قال: لا يدخل محتجًا بما قاله القاضي حسين قبله على سبيل الإشكال أن اسم الحقوق إنما يقع على الطريق ومجاري الماء أشبههما، ورأى الإمام أن هذا أقيس وهو كما رأى، إلا أن يثبت عرف عام باستتباع الأرض للشجر أو بدخولها تحت اسم الحقوق وهو بعيد.

وقد رأيت ابن حزم الظاهري ادعى الإجماع ـ في كتابه «المحلى» ـ على أن من اشترى أرضًا فهي له بكل ما فيها من بناء قائم أو شجر ثابت، وهذه دعوى منكرة، وهي باطلاقها تشمل ما إذا قال. بحقوقها ولما إذا لم يقل، بل هي ظاهرة في الثاني، والخلاف مشهور في المذهب كما سيأتي، ولم يبلغني في هذه المسألة شيء عن العلماء المتقدمين بل مذهب أبي حنيفة ومالك استتباع الأرض للغراس والبناء، كما نص عليه الشافعي، والحنابلة صنعوا كصنع الشافعية ولعلهم تبعوهم في ذلك.

فإن لم يكن في المسألة إجماع كما ادعاه ابن حزم فلا شك أن للنظر فيها مجالًا وإلا فيلغوا ما أثبته الأصحاب من التخريج ولا تصير المسألة بذلك من مسائل الخلاف، وإن كان القياس يقتضيه كما نقوله فيما بعد وقاله الإمام هنا، وإن لم يقل بحقوقها فقد اختلف الأصحاب على طرق إحداها: أن البناء والغراس لا يدخلان في البيع ولا في الرهن، لأن اسم الأرض لا يشمل ذلك لغة ولا عرفًا، ولا دليل على تبعيتها لها من عرف ولا غيره فلا وجه للدخول، وهذا هو القياس، وهي طريقة

أبي العباس ابن سريج، لكنها خلاف ظاهر نص الشافعي، فإنه قال في «الأم»و«المختصر»: وكل أرض بيعت فللمشتري جميع ما فيها من بناء وأصل. فاحتاج من ذهب إلى هذه الطريقة أن يحمل قول الشافعي في البيع على ما إذا قال بحقوقها.

وقوله: في الرهن على ما إذا أطلق لكن يتوجه على هؤلاء من الإشكال ما أورده القاضي حسين وغيره، أن ذلك إذا لم يدخل عند الإطلاق ينبغي أن لا يدخل ولو قال بحقوقها، لأن اسم الحقوق لا يشمله، وإنما يشمل الممر ومسيل الماء ومطرح القمامات وما أشبهها، وهو إشكال قوي، وحينئذٍ تكون هذه الطريقة مخالفة لنص الشافعي، ولما نقلناه عن مذهبي أبي حنيفة ومالك وما اقتضاه إطلاق من نقل الإجماع إن ثبتت عن المتقدمين، وقد جعل الإمام والغزالي في «الوسيط» هذه الطريقة هي الأصح وشذا في ذلك، وإن كان القياس يقتضيه ولعمري إن لم يثبت إجماع أو نص فالحق ما قالاه.

وقد جهدت في تطلب نفس هذه المسألة فلم أجد إلا نصه ﷺ على أن: «من باع نخلا مثمرة فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[1] والأصحاب يفرقون بأن البناء والغراس يراد للتأبيد بخلاف الثمرة، وقد يحتجون به لأنه اقتضى بمفهومه دخول الثمرة غير المؤبرة في البيع، ولا يشملها اسم النخلة، ولكن لاتصالها بها والبناء والغراس كذلك، والطريقة الثانية نقل جوابه من البيع إلى الرهن، ومن الرهن إلى البيع، وتخريج المسألتين على قولين.

أحدهما: يدخل البناء والشجر عند الإطلاق في البيع والرهن، لأن البناء والشجر بمنزلة أجزاء الأرض، وأجزاء الأرض تدخل عند الإطلاق، فكذلك هذه.

والقول الثاني أن الأرض مبيعة ومرهونة دون ما فيها لعدم تناول الاسم، وهاتان الطريقتان مشتركتان في التسوية بين البيع والرهن وعدم الفرق بينهما على خلاف ما يقتضيه نص الشافعي، وإيراد الحنابلة في كتبهم يوافق هذه الطريقة الثانية، فإنهم ذكروا وجهين والقول المنصوص مع المخرج، وقد يسميان وجهين وهذه الطريقة الثانية منقولة عن أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل وادعى الشاشي في «الحلية» أنها أصح الطرق، وأن أصح القولين منها أنها تدخل في البيع والرهن جميعًا، وكذلك يقتضيه الكلام الجرجاني في «التحرير» قال: إن أصح القولين دخوله في البيع والرهن والهبة والطريقة الثالثة أن المسألتين على ظاهرهما إذا أطلق بيع

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٣٧٩، ٢٢٠٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٤٣).

الأرض تبعها ما فيها من البناء والشجر، وإذا أطلق رهنها لم يتبعها، والفرق من وجهين.

أحدهما: أن عقد البيع أقوى لأنه ينقل الملك، فجاز أن يستتبع، والرهن عقد إرفاق واستيثاق.

والثاني: أن المنافع الحادثة لما كانت للمشتري كذلك الموجود في الحال وليس كذلك الرهن؛ لأن المنافع الحادثة لا تدخل، وكذلك الثمرة الحادثة تكون للمشتري ولا تكون للمرتهن، وهذه الطريقة منقولة عن أبي إسحاق المروزي، ونقلها الماوردي والرافعي عن جمهور الأصحاب، وقال القاضي أبو الطيب والروياني: إنها الصحيحة وقد تعزى لابن أبي هريرة أيضًا، واعترض الإمام وغيره على الفرق بالقوة والضعف، بأن المبيع الاسم، يعني فلا معنى للقوة والضعف وممن ضعف هذا الفرق تلميذ المصنف قال: لأن البيع إنما تظهر قوته فيما يتناوله ورد عليه. أما ما لا يتناوله فلا يؤثر فيه، ولهذا إذا شرط أن لا يدخل الغراس في البيع لم يدخل، وإذا قال في الرهن: بحقوقها دخل، وما ذكره من أن المبيع في ذلك الاسم ظاهر، وكذلك الفرق الثاني لاغ، فإن المنافع الحادثة تبعتها لكونها حادثة في ملك المشتري، ولا كذلك الحاصلة عند البيع، ألا ترى أن الثمرة الحادثة بعد البيع للمشتري قولا واحدًا والثمرة الحاصلة المؤبرة عند البيع لا تدخل قولًا واحدًا.

واعترض أبو العباس الفزاري على الفرق الأول بأن البيع لما قوي وأزال الملك وجب أن لا يؤثر إلا فيما دل عليه اللفظ، تقليلًا لضرر البائع بتفويت الملك عليه بخلاف الرهن، فإنه أقل ضررًا لبقاء الملك، فيكون مقتضى الفرق عكس المدعي، وأبدى ابن الرفعة فرقًا واغتبط به بحيث أنه ذكره في كتابه في غير هذا الموضع حذرًا من اختزام المنية قبل الوصول في الشرح إليه، ثم لما وصل إليه هنا ذكره، وهو أن لفظ الأرض يشمل الأس والمغرس، فلو بقي البناء والشجر للبائع لخلا الأس والمغرس عن المنفعة، وتكون منفعتهما مستثناة لا إلى غاية معلومة، فإنه لا يمكن قلع البناء والشجر لأنه محترم يراد للبقاء ولا تبقيته بأجرة لأنه حين أحدثه، أحدثه في ملكه، فإذا كان الأس والمغرس بهذه المثابة لا يصح بيعه مفردًا باتفاق، فوجب إذا ضم إلى مبيع خلا عن ذلك أن يبطل في الجميع للجهالة بالثمن.

فلما أفضى محذور الإخراج إلى هذا، حكم بالاندراج، حرصا على تصحيح العقد، كما أدرج الحمل في البيع وإن لم ينتظم اسم الشاة والجارية طلبًا للتصحيح وحذرًا من الإبطال، بل للحمل غاية تنتظر، ومع ذلك أدرج ولا غاية ههنا تنتظر، وهذا المعنى مفقود في الرهن لأن المرتهن لا يستحق شيئًا من منافعه، حتى يكون

استيفاء البناء والغراس مخرجا للعقد عن وضعه، ثم اعترض على نفسه بأنه لا يجعل هذا المحذور مانعا من دخول المغرس والأس، ويحمل البيع على ما سواهما طلبًا للتصحيح، وأجاب بأن اللفظ يتناول «المجموع»، وهذا يضعف عنه، فلم يمكن إبطاله به وقد بقي عليه في هذا الكلام أمران.

أحدهما: ذكره وهو أن القائل بعدم دخول البناء والشجر، ويحتمل أن يقول بعدم دخول المغرس والأس، وقد ذكر صاحب «التتمة» فيما إذا باع الأرض خلا البناء والشجر، أن المغرس والأس هل يبقى على ملكه؟ فيه وجهان كالوجهين في بيع البناء والغراس، وذكرهما القاضي حسين ورتبهما على بيع الغراس، إن قلنا: يستتبع المغرس فههنا أولى، وإلا فوجهان والفرق أن اللفظ ههنا توجه نحو البناء والشجر فقوي على التبعية بخلافه فيما يتلف، وكذلك قال الخوارزمي: إن الأصح أنه لا يبقى، فقد ظهر مما قاله أن للمانع أن يمنع لو لم يدخل البناء والشجر لزوم المحذور المذكور.

الثاني: أنه ليس يلزمه من السوق إلى تصحيح العقود إدراج شيء في العقد لم يقتضيه العقد لا لفظًا ولا عرفًا، والحمل إنما دخل لاقتضاء العرف له، وأما هنا فإن أدخلنا البناء والشجر أدخلنا ما لم يدل عليه لفظ العاقد لغة ولا عرفًا، وإن أخرجناه وأدخلنا المغرس لزم المحذور الذي أبداه على رأيه، وإن أخرجنا المغرس خالفنا لفظ العقد وشموله له، فلم يبق إلا إفساد العقد، وقد يقال: إن إفساد العقد أيضًا محذور ولم يصر إليه صائر فلم يبق إلا النظر في أخف المحذورات الثلاثة يلتزم، والحكم بإدخال البناء والغراس حكم بإثبات أمر زائد على مدلول لفظ العاقد لم يتعرض له بإثبات ولا نفي، فليس في مخالفة اللفظ نفي ما يقتضيه، أو إثبات ما ينفيه، أما إثبات شيء لم يتعرض له اللفظ بإثبات ولا نفي فلا يقال: فيه مخالفة ولا موافقة.

أما الحكم بإخراج المغرس والأس فهو إخراج لبعض ما تناوله فكان مخالفًا له، فكان الأول أولى، وهو الحكم بتبعية البناء والغراس، هذا إن ثبت أنه لا يمكن إدخال الأس والمغرس مع إخراج البناء والشجر، وهو القسم الثالث بما أبداه، وفيه نظر، فإنه يمكن أن يقال: إن الأس والمغرس كل منهما قابل للانتفاع به في الجملة، بحفر سرب من تحت البناء، وأخذ تراب ذلك المكان، ووضع بدله بحيث لا يضر بالبناء، وأشباه ذلك، فلم تعدم المنفعة بالكلية، ألا ترى أن القاضي حسين قال في «فتاويه»: إنه إذا باع عشرة أذرع من أرض عمقًا في عرض ذراع صح؟ وللبائع أن ينتفع بأرضه ما جاوز عشر أذرع عمقًا، بأن يحفر تحت عشر أذرع بئرًا، أو مبنيًا على الوجه الذي يمكنه الانتفاع والله أعلم.

وقوله: إن الأس والمغرس إذا كانا بهذه المثابة لا يصح بيعه باتفاق بناء على المقدمة التي أخذها مسألة، وقد عرفت المنع المتجه عليها، وينبغي إذا تم ما قلناه في المنفعة من الوجه المذكور أن يصح البيع إذا كان ذلك المكان مرئيًا قبل ذلك، الرؤية المعتبرة في البيع.

فإن قلت: إنه غير مقدور على تسليمه لوجوب بقاء الشجر والبناء، قلت: المذهب الصحيح صحة تسليم الأرض المزروعة، مع بقاء الزرع فيها، والوجه الآخر القائل بعدم صحة تسليمها في تلك الحال لشبها بالدار المشحونة بالأمتعة، وفرقوا بينهما بأن تفريغ الدار ممكن في الحال، وهذا الوجه في الأرض المزروعة لا يأتي في الأرض المغروسة لأن الزرع له أمد ينتظر، فأشبه من بعض الوجوه الأمتعة التي يمكن نقلها، بخلاف الشجر فمقتضى المذهب إنه يصح تسليم الأرض المغروسة إذا كان الغراس باقيا للبائع قولًا واحدًا وقد صرح صاحب «التتمة» أنه إذا باع الأرض واستثنى الأشجار بقيت الأشجار على ما هي عليه، ولا يكلف القطع، لأنها تراد للدوام وصرح الغزالي أيضًا في «الفتاوى» بأنه لا يلزمه تفريغ الأرض المبيعة عن الشجر، عندما تكلم في وقف الأرض المشتملة على شجر.

وإذا ثبت أنه لا يجب التفريغ فالتسليم ممكن على حالها، فصح البيع إذا وجدت المنفعة والرؤية، وقد عرفت بما ذكرناه عن الغزالي وصاحب «التتمة» أن ابن الرفعة مساعد على دعواه أنه لا يلزم البائع قلع الشجر ولو أبقيناه على ملكه على أني وجدت النسخ من «فتاوى الغزالي» بذلك مختلفة، وفي كثير منها أنه يلزمه تفريغ الأرض بإسقاط لا فكأنه غلط من ناسخ، وقد نقله الرافعي عنه في كتاب الوقف بإثبات لا وكلام صاحب «التتمة» غير محتمل، وأيضًا فإن الغزالي في الفتاوى قال إذا باع الدار دون النخلة التي فيها، ويكون للبائع حق الاجتياز إليها أنه يصح البيع، وهذا صريح في مخالفة ما قاله ابن الرفعة من الحكم بعدم الصحة، وعلى تقدير عدم دخول شجر.

وقال أبو الفضل عبد الملك بن ابراهيم المقدسي في المطارحات: إنه إذا باع دارًا فيها نخلة دون النخلة، وشرط دخول منبتها في البيع، صح ويستحق تبقية الشجرة من غير أجرة، فإن اختار صاحب الدار تملك الشجرة بقيمتها أو قلعها بالتزام النقصان، كان له، وأما كونه لا تلزمه الأجرة بتبقيته فكذلك، لأنه لو كان مما يبقى بأجرة لكان إذا امتنع من الأجرة يلزم بالقلع، فلما ثبت أنه لا يلزم بالقلع، استلزم عدم الأجرة، نعم في عكس ذلك وهو ما إذا باع الشجرة الرطبة وقلنا بالأصح، قلنا: إنه لا يدخل المغرس، فليس للبائع قلع الشجرة مجانًا، وهل يجب

عليه ابقاؤها ما أراد المشتري؟ أم له قلعها بغير رضاه ويغرم ما نقص بالقلع كالعارية؟ وجهان، أصحهما الأول، فيحتمل أن يقال بجريان الوجه الآخر فيما نحن فيه، ويحتمل أن يفرق ويقال: إنا في كلا الموضعين قصرنا الحكم على ما دل عليه لفظ المبيع، ففي بيع الشجرة لا يستتبع حق الإبقاء، فكان له القلع على وجه، وفي بيع الأرض كان حق الإبقاء ثابتا، فلا يزال بالبيع، فهذا فرق جمع والله أعلم.

فإن قلت: إذا ألغيت هذه الفروق كلها فما وجه المذهب؟ قلت: الراجح عندي ما ذهب إليه الإمام والغزالي أن البناء والشجر لا يدخلان في البيع ولا في الرهن إلا أن يثبت إجماع على الدخول فيتعين اتباعه ومتى لم يثبت فالقياس ما قدمته، وقد يعتضد الدخول بأمور ليست بالواضحة منها الثمار إذا لم تؤبر داخلة في بيع الشجر بمفهوم قوله ﷺ: «من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[1] فقد دل هذا المفهوم على استتباع الشجرة للثمرة غير المؤبرة، وليست باقية على الشجرة دائمًا فاستتباع الأرض للشجر وهو باق فيها دائمًا أولى، وفي طرق هذا الحديث في البخاري عن نافع مولى ابن عمر: «أيما نخل بيعت لم يذكر التمر فالتمر للذي أبرها» وكذلك العبد والحرث فالحرث إن كان المراد به. . . . .

ومنها أن الأرض تطلق كثيرًا ويراد بها الأرض مع ما فيها، ألا ترى إلى قول عمر رضي الله عنه للنبي ﷺ: «إني أصبت أرضًا بخيبر لم أصب مالًا قط أنفس عندي منه» الحديث. وليس مراده الأرض وحدها، بل الأرض بما فيها ولذلك قال له النبي ﷺ: «حبس الأصل وسبل الثمرة» فإذا صار ذلك الاسم يطلق على الجميع كثيرًا فإن وصل إلى حد الحقيقة العرفية فذاك، وإلا فيحمل عليه بقرينة سكوت البائع عن استثنائه، فإنه لو كان مراده إخراج البناء والشجر مع كره استعمال الأرض مع دخولها لنص على الإخراج، فلما لم ينص على ذلك دل على أن مراده الشمول مع كون البائع معرضًا عن البيع. وقاطعًا أطماعه عنه، بخلاف الراهن، وكل من هذين الوجهين ليس بالقوى، أما الأول فلأن الثمرة غير المؤبرة شبيهة بالجزء الحقيقي، فهي كالحمل بخلاف البناء والشجر، والأصحاب ومن يوافقهم يحاولون تشبيه البناء والشجر بأجزاء الأرض لكونهما مرادين للبقاء وفي الاكتفاء بهذا الوصف مع المفارقة في أمور أخرى نظر، وأما الثاني فإن الكثرة ممنوعة وأما الإطلاق على سبيل المجاز فلا يمتنع، ومع ميلي في البحث كما رأيت إلى موافقة الإمام والغزالي لا أقدم على الجزم به ما لم يصح عندي أن أحدًا من العلماء المتقدمين، ذهب إليه،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٣٧٩، ٢٢٠٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٤٣).

ولا استحضر الآن عن أحد منهم قولًا بذلك، والله أعلم.

وفي كلام الرافعي ميل إلى ما اختاره الغزالي مع نقله عن عامة الأصحاب أن ظاهر المذهب دخولها وأبهم، وأن أصح الطرق تقرير النصين، فهذا آخر كلامنا على هذه الطريقة، وفي المسألة طريقة رابعة أن البناء والغراس يدخلان في البيع، وفي دخولهما في الرهن قولان حكاهما أبو الحسن الجوري مع طريقة القولين، قال ابن الرفعة: ويشد لها أن الحمل والثمرة غير المؤبرة تندرج في البيع قولًا واحدًا، وفي اندراج ذلك في الرهن قولان: المنصوص منهما في «الأم» كما قال: البندنيجي: في التمرة عدم التبيعة، وفي «القديم» نص على التبعية، ثم أغرب الجوري فجعل القولين في الرهن في الأرض والدار جميعًا، معللًا على أحد القولين بأن الدار اسم للعرصة، ثم قال: وقد قيل: إن الرهن والبيع سواء، وفيهما قولان، ومقتضى كلام الجوري هذا إثبات خلاف في دخول البناء في بيع الدار ورهنها، وهذا في غاية البعد، فإن الدار اسم لمجموع البناء، والأرض وإنما الخلاف إذا ورد العقد على الأرض.

فرع: فأما إذا باعه البناء والشجر، ولم يتعرض لذكر الأرض فبياض الأرض الذي بين البناء والشجر لا يدخل في البيع على المشهور، والفرق أن الأرض أصل والبناء والشجر فرع، والأصل يستتبع الفرع وقال الإمام في كتاب الرهن: إن كان ما بين المغارس لا يتأتى إفرادها بالانتفاع إلا على سبيل التبعية للأشجار فوجهان. وأما ما كان من الأرض قرارًا للشجر والبناء، ففي دخوله في البيع تبعًا للبناء والشجر وجهان، حكاهماالماوردي هنا في قرار البناء والشجر معًا، وسيأتي حكايتهما في الشجر عند الكلام في بيع الشجر إن شاء الله تعالى.

فرع: من الشجر ما يغرس بذوره في محل، فإذا أطلع ينقل من ذلك المحل إلى محل آخر ويغرس فيه ويسمى شتلًا، ويقال: إن ذلك أنفع له، وربما لو بقي في ذلك المكان الأول لم ينتفع؛ كما لو نقل، فهذا النوع لم يوضع في مكانه الأول للدوام فهل يكون حكمه حكم الشجر الموضوع للدوام؟ فيكون تابعًا للأرض أو يكون كالزرع؟ هذا فيه نظر، ولم أره منقولًا وينبغي أن يقال: إن كان ذلك ينقل من بعض تلك الأرض إلى بعض فيدخل، وإن كان ينقل إلى أرض أخرى ولا بقاء له في تلك الأرض المبيعة فلا يدخل،والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: حكم الهبة حكم البيع، لأنها تزيل الملك، ففيها وفي الرهن الطرق المتقدمة، ذكره الجرجاني.

فرع: إذا باع الأرض وفيها شيء يابس هل يدخل في البيع كغيره؟ أو لا

يدخل لأنه لا يراد للدوام؟ ولهذا إذا باع الشجرة اليابسة لا يجب تبقيتها- لم أر ذلك مصرحا به، والأقرب إلى كلامهم الجزم بالثاني، ثم يكون حكمه حكم الحجارة المودعة في الأرض إذا علم المشتري بها في وجوب التفريغ والتسوية وغير ذلك على ما سيأتي في الحجارة والله أعلم فينبغي أن تستثنى الشجرة اليابسة من مطلق قولهم: إنه إذا باع أرضًا ودخل الشجر كما هي عبارة كثير من الأصحاب. وأما عبارة المصنف في قول الغراس فقد يقال: إن الغراس لا يشمل عرفًا إلا الرطب، والله أعلم.

فرع: جزم صاحب «الإستقصاء» بدخول المسناة والسواقي وما بنى به طرقها ومساربها من آجر وحجر، وما صغر من الآكام والتلال الجارية مجرى الأرض في البيع والرهن، وجعل محل الطرق في البناء من قصر وغيره، والغراس من نخل وغيره، وهذا لم أره لغيره، بل كلام الماوردي يقتضي جريان الخلاف فيه؛ فإنه قال: إذا ثبت على الصحيح من المذهب أن البناء والشجر يدخلان في البيع فكذلك كل ما كان في الأرض متصلًا بها من مسناتها؛ سواء كان آجرًا أو حجارة أو ترابًا؛ وكذا تلال التراب التي تسمى بالبصرة جبالًا؛ وخوخاتها وبيدرها، والحائط الذي يحظرها وسواقيها التي تشرب الأرض وأنهارها التي فيها، وعين الماء إن كانت فيها.

وقال الرافعي: لا تدخل مسائل الماء في بيع الأرض، ولا يدخل في سربها من النهر والقناة المملوكين، إلا أن يشترط أو يقول بحقوقها، وكلام الرافعي هذا يجب حمله على المسايل الخارجة عن الأرض التي يصل منها الماء إلى الأرض المبيعة وكذلك القناة والنهر. أما الداخلة فيها فإنه لا شك في دخول أرض النهر والقناة والمسيل، وأما بناؤها فيدخل على المذهب كما ذكرناه عن الماوردي، ويجب أيضًا تأويل كلام الماوردي، في النهر والعين، فإن أرضهما داخلة بلا خلاف، ولا يجري الخلاف فيهما إلا في البناء إن كان. ثم نقل الرافعي عن أبي عاصم العبادي أنه حكى وجهًا أنه لا يكفي ذكر الحقوق، يعني في المسألة التي ذكرها في النهر والقناة.

ولا خلاف أنه لا يدخل النخل المقطوع، والشجر المقطوع، في بيع الأرض من غير شرط كالعبد والأمة إذا كانا في الأرض، وكذلك ما فيها من علف مخزون، وتمر ملقوط وتراب منقول وسماد محمول، فكل ذلك للبائع لا يدخل إلا بالشرط، أو يكون التراب والسماد قد بسط على الأرض واستعمل، قاله الماوردي والروياني، وإن كان في الأرض دولاب للماء ففيه ثلاثة أوجه أحدها لا يدخل في البيع كبكرة

الدولاب وخشبة الزرقوق والحبل والدلو والبكرة، وبه قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، والثاني: يدخل لاتصاله بها، والثالث: وإن كان دولابا صغيرًا يمكن نقله صحيحًا على حاله من غير مشقة لم يدخل، وإن كان كبيرًا لا يمكن نقله إلا بتفصيل بعضه عن بعض ومشقة كبيرة، دخل في البيع، لأنه يصير للاستدامة والبقاء فأشبه الشجر والبناء، حكى ذلك الماوردي، وإن كان فيها رحا الماء وقلنا: يدخل البناء في بيع الأرض دخل فيه بيت الرحا، وبناءه، وهل يدخل الرحا في البيع؟ فيه ثلاثة أوجه، قيل: لا يدخل شيء منه في البيع لا علوًا ولا سفلًا كخشبة الزرقوق وقيل: يدخل علوًا وسفلًا لأنها من تمام المنافع. وقيل: يدخل السفلي ولا يدخل العلوي، حكى هذه الأوجه الثلاثة الماوردي، وقال صاحب «الاستيفاء»: وقال الصيمري في «الإيضاح». والصحيح أن يقال: إن كان ذلك مبنيًا أو في حكم البناء دخل، وإن كان بخلاف ذلك لم يدخل، فيصير في المسألة أربعة أوجه.

قال الماوردي: وأما دولاب الرحا الذي يديره الماء فيدير الرحا فهو تبع للرحا يدخل في البيع بدخوله، ويخرج منه بخروجه وإلحاقه بالسفل أولى من إلحاقه بالعلو. هذا كلام الماوردي، وإن قال: بعتك هذا البستان أو المخرف أو هذه الجنة دخل فيه الأشجار، لأنه عبارة عن الأرض والشجر، وفي العريش الذي يوضع عليه وجهان، أحدهما: وهو الأصح أنه يدخل في البيع، والثاني: لا يدخل.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن قال: بعتك هذه القرية بحقوقها لم تدخل فيها المزارع، لأن القرية اسم للأبنية دون المزارع.

الشرح: القرية..... أما الأحكام فقد قال الأصحاب: إذا قال: بعتك هذه القرية، وأطلق، دخل في البيع الأبنية وما فيها من المساكن والدكاكين والحمامات والساحات والأرضون التي يحيط بها السور، والحصن الذي عليها وهو السور، والسور المحيط والدروب، فإن لم يكن سور فيدخل من الأرض ما اختلط ببنيانها ومساكنها، وما كان من أفنية المساكن وحقوقها، وفي الأشجار التي في وسطها الخلاف السابق في دخول الأشجار تحت اسم الأرض، هكذا قال القاضي أبو الطيب وكثير من الأصحاب منهم الرافعي والروياني، وخالف الإمام والغزالي هنا اختيارها، فاختارا في هذه دخول الأشجار تحت اسم القرية وإن اختارا في اسم الأرض عدم الدخول وهو متجه، لأن أهل العرف يفهمون من اسم القرية جميع ما فيها من بناء وشجر، وكذلك جزم الماوردي بدخول ما في خلال المساكن من النخل والشجر وهو الحق.

واستبعد الإمام تردد العراقيين في دخول الأشجار، ورأيي أن ذلك أبعد من

التردد في أشجار الدار، لأن الأشجار مألوفة في القرى ولا تستجد القرية بالأشجار اسما، والدار تستجد اسم البستان، والأعدل ما قاله الماوردي من دخول الأشجار المتخللة للمساكن.

وأما البساتين الخارجة عن القرية فمقتضى كلام الغزالي دخولها، فإنه أطلق القول باستتباعها الأشجار وكذلك الإمام حكى الخلاف في الأشجار ولم يفصل وغيره يفيد جريان الخلاف فيها لخروجها عن القرية وصلاحيتها للتبعية وجزم الماوردي بعدم دخولها وهذا الذي قاله الماوردي من دخول الأشجار المتخللة دون الخارجة توسط وهو وجه ثالث إن صح أن الخلاف الأول في الجميع وأما المزارع فلا تدخل في البيع، ألا ترى أنه لو حلف لا يدخل القرية لم يحنث بدخول المزارع؟ وقد يقول القائل: ينبغي تخريج ذلك على يشترط مجاوزتها في القصر، ولكن هذا الاحتمال مندفع، فإن المدرك في الرخصة خروجه عن حكم الإقامة، فما دام في حقوق البلد حكم الإقامة منسحب عليه عند ذلك القائل؛ وإن كان خارجا عن البلد، والمبيع ههنا الاسم، والقرية مأخوذة من الجميع، والمزارع ليس بداخله فيه، بخلاف الأبنية وما أحاطت به، وفي «النهاية» أن المزارع تدخل وهو غريب وكذلك يدخل في بيع القرية ضياعها، قاله الروياني، هذا إذا أطلق أما إذا قال: بحقوقها فالجمهور على أنه لا تدخل المزارع أيضًا، بل لابد من النص على المزارع، وممن جزم بذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمصنف والماوردي وصاحب «التتمة» وغيرهم، لأن حقوقها ما فيها من البناء والبيوت والطرق.

ونقل الرافعي عن القاضي ابن كج دخول المزارع فيما إذا قال بحقوقها وقال عنه وعما قاله في «النهاية» إنهما غريبان، وقال ابن الرفعة (إنه يمكن تنزيل قول الإمام بدخولها على ما إذا كانت داخلة في القرية توفيقًا بين النقلين أما لو سمى المزارع دخلت) قاله القاضي أبو الطيب وغيره، وكذلك لو قال: (بعتك القرية بأرضها أيضًا) دخلت المزارع، حكى ذلك عن البندنيجي، والمراد بالمزارع الأرضون التي تزرع فيها الخارجة عن القرية أما الزرع نفسه فلا يدخل، إلا أن يكون له بقاء، فالحكم في تبعية هذا كالحكم في تبعيته عند بيع الأرض، وهو فيها، وسيأتي حكم ذلك قال ابن الرفعة وجزموا يعني العراقيين أنه إذا قال بحقوقها دخل الشجر قولًا واحدًا على أصلهم أنها تدخل في مثل هذا في بيع الأرض، وقد عرفت عن غيرهم خلافًا في هذا في الأرض، فلا يمكن مجيئه هنا لأن القائل بهذا في الأرض جازم بدخول الأشجار في اسم القرية من غير تعرض لذكر الحقوق.

قلت: والخلاف في الأرض نقله الإمام فيما تقدم عن بعض أئمتنا، ومال إليه، وسبقه القاضي حسين إلى ذلك، والإمام هنا قد اختار دخول الأشجار فلا يتأتى منه الخلاف كما قال ابن الرفعة، لكن بعض الأئمة الذي نقل عنه الإمام الخلاف في الأرض لم يتعين حتى يحكم عليه حتى يعرف هل هو جازم بدخول الأشجار في القرية أو لا؟ والقاضي حسين لم أقف له على كلام في مسألة القرية حتى أعرف هل هو من الجازمين بذلك كالإمام أو لا؟ لكن ما نبه عليه ابن الرفعة جيد في أنه لا يمكننا إثبات خلاف هنا، لاحتمال أن يكون المخالف هناك جازمًا هنا كالإمام، فمتى لم نتحقق من شخص معين الخلاف في المسألتين لم يجز إثبات الخلاف مع الشك، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: الحكم المذكور في اسم القرية جار في اسم الدسكرة كما ذكره الخراسانيون، والدسكرة بناء كالقصر حوله بيوت.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن قال: بعتك هذه الدار دخل فيها ما اتصل بها من الرفوف المسمرة والخوابي والأجاجين المدفونة فيها للانتفاع بها. وإن كان فيها رحًا مبنية دخل الحجر السفلاني في بيعها، لأنه متصل بها وفي الفوقاني وجهان، إحدهما: إنه يدخل وهو الصحيح، لأنه ينصب هكذا، فدخل فيه كالباب، والثاني: لا يدخل لأنه منفصل عن المبيع، ويدخل الغلق المسمر في الباب، وفي «المفتاح» وجهان، أحدهما: يدخل فيه، لأنه من مصلحته فلا ينفرد عنه والثاني: لا يدخل لأنه منفصل فلم يدخل فيه كالدلو والبكرة، وإن كان في الدار شجرة فعلى الطرق الثلاثة التي ذكرناها في الأرض.

الشرح: الخوابي والأجاجين بجيمين، وهي الأواني التي تغسل فيها الثياب قال ابن معن: وتسمى المراحض، والمقصود هنا كل ما ثبت من ذلك للصبغ أو الدبغ أو العجن، أو لإخراج الشيرج من كسب السمسم، ونحو ذلك، والغلق والبكرة.

أما الأحكام فقال الأصحاب: إذا قال: بعتك هذه الدار دخلت في البيع الأرض والأبنية على تنوعها، سفلها وعلوها، حتى يدخل الحمام المعدود من مرافقها، وحكى عن نصه أن الحمام لا يدخل، وحمله الأصحاب على حمامات الحجاز، وهي بيوت من خشب تنقل في الأسفار، فأما الحمامات المبنية من الطين والآجر إذا كان بحيث لا يمكن نقله، فإنه يدخل في العقد، وحكوا أن الربيع حمله على ذلك، وفصل الغزالي في الحمام فقال: إن كان لا يستقل دون الدار اندرج، وإن استقل فهو من الدار كالبناء من البستان، يعني فيجري فيه الخلاف في ذلك.

واختار ابن الرفعة أن الحمام الخشب الذي لا ينقل لا يدخل لقول

الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: وما كان مما يجب من البنيان مثل البناء بالخشب، فإن هذا متميز كالنبات والحديد فهو لبائعه إلا أن يدخله المشتري في صفقة البيع. وقال: إنه لم ير أحدًا من الأصحاب تعرض له، وأنه فقه ظاهر، لأن ما كان من أجزاء الأرض إذا أثبت فيها وإذا تغيرت صفته كاللبن يجعل أجزاء، أو لم يتغير كالأحجار واللبن يقرب أن يتبعها كما لو كان متصلًا من أصل الخلقة بخلاف ما إذا كان من خشب، وإن كان الشجر الأخضر يتبع في بيع الأرض ولكنه ليس بجزء منها. وإنما تبعها لأنه صار كالجزء المتصل بها، ولهذا ينمو بها بخلاف البناء.

قلت: وقد رأيت النص المذكور في «الأم» في باب ثمر الحائط يباع أصله، ولكني لم أعرف ما معنى قوله: بحب من البنيان، ولا ضبط هذه الكلمة أيضًا عنى بحب، غير أنه إذا كانت الحمام كلها من خشب وهي مثبتة في الدار لا تنقل ولا تحول، كانت كالسور الخشب المسمرة التي لا تحول، وفي دخولها وجهان، أصحهما: الدخول كما سيأتي، وإذا كان كذلك فيكون ما قاله ابن الرفعة موافقًا لأحد الوجهين، وليس مما انفرد به عن الأصحاب كما ظن، ولكن مأخذ الأصحاب القائلين بذلك غير المأخذ الذي ذكره، وذلك عندهم في كل متصل مثبت يمكن الانتفاع به بعد انفصاله، ولا فرق في ذلك بين أن يكون من خشب أو طين أو غيرهما.

وكذلك طردوه في صندوق رأس البئر وهي الخرزة التي على فوهتها، والغالب إنما تكون من حجر أو رخام، وكذلك طردوه في معجن الجيار، والغالب أنه يكون من فخار فهو كالآجر الذي جعله هو من جنس أجزاء الأرض، وفرق بينه وبين الخشب، وكذلك حجر الرحا، وغير ذلك مما ستأتي أمثلته، حتى لو فرضنا حمامًا من حجر، وهي مثبتة في الدار، وكان يمكن أن تنقل وهي على حالها، وينتفع بها، اقتضى أن يجري فيها الخلاف المذكور في الأمثلة المذكورة، ثم إن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ إنما ذكر النص المذكور في الأرض، والمعنى الذي أبداه ابن الرفعة وهو اعتبار أجزاء الأرض إنما يتم فيها، والكلام هنا إنما هو في بيع الدار، ومن المعلوم أن الدار في العرف غالبًا يشتمل على أجناس من أجزاء الأرض وغيرها، ولا يلزم من القول بعدم دخول ما ليس من أجزاء الأرض تحت اسم الأرض القول بعدم دخوله تحت اسم الدار، والتحقيق ما قدمته من إلحاقها بالسرير ونحوه والله أعلم.

هذا ما يتعلق بالحمام، وأما الآلات فهي على ثلاثة أضرب، أحدها: ما أثبت تتمة للدار ليدوم فيها ويبقى كالسقوف والأبواب المنصوبة وما عليها متصلًا بها من الأغاليق والحلق والسلاسل والضباب والجناح والدرج والمراقي المعقود من الآجر

والجص وغيره والآجر المغروس في الدار والبلاط والطوابيق يدخل في البيع، فإنها معدودة من أجزاء الدار.

الثاني: ما هو مثبت فيها متصل بها ولكن لا على هذا الوجه كالرفوف المتصلة، وهي المسمرة أو التي أطرافها في البناء والخوابي، واحدتها خابية وهي الزير عند أهل مصر، والأجاجين والدنان المبنية للانتفاع بها في ترك الماء فيها، أو غسل الثياب، والسلالم المسمرة والأوتاد المثبتة للانتفاع بها في الأرض والجدران، والتحتاني من حجر الرحا المثبتة، وخشب القصار، ومعجن الخباز، والسرر المسمرة، والدرابزين، وصندوق رأس البئر، وصندوق الطحان وفي جميع ذلك وجهان، أحدهما: وهو الذي جزم به المصنف أنها تدخل لثباتها واتصالها، والثاني: لا تدخل لأنها إنما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كيلا تتزعزع وتتحرك عند الاستعمال، وعند القاضي حسين المغلاق من هذا النوع الذي فيه وجهان، وجعله في كل ما هو متصل، ويمكن الانتفاع به بعد الانفصال والأكثرون عدوا الأغاليق من القسم الأول.

وقد تقدم في حجارة رحا الماء عن صاحب «الحاوي» وغيره أربعة أوجه، ومحلها هناك في بيع الأرض، وما نحن فيه في بيع الدار، وفصل الماوردي في الحباب المدفونة فقال: إن كان دفنها استيداعًا لها في الأرض لم تدخل في البيع، وإن كان دفنها للانتفاع بها على التأبيد كحباب الزياتين والبزارين والدهانين دخلت، وهذا جزم منه بأحد الوجهين المتقدمين كيلا يتزعزع ويتحرك عند الاستعمال.

الضرب الثالث: المنقولات كالدلو والرشا والمجارف والسرر والرفوف الموضوعة على الأوتاد، والسلاليم التي لم تسمر ولم تطين، والأقفال والكنوز والدفائن والصناديق والمتاع، ورحا اليد التي تنقل وتحول، والخزائن المنفصلة وأقفالها ومفاتيحها، والأبواب المقلوعة، والحجارة المدفونة، والآجر الذي دفن ليخرج ويستعمل، وكذا كل ما فصل من آلة البناء من آجر وخشب فلم تستعمل، أو كان أبوابًا ولم تنصب، وجزم الرافعي وجماعة بأن البكرة كالدلو من هذا النوع الذي لا خلاف فيه، وحكى القاضي حسين في البكرة وجهين وليس ببعيد فإن البكرة كالمتصل، وليست كالدلو، فلا يدخل شيء منها في البيع جزمًا.

وفي حجر الرحا الفوقاني إذا كان الرحا مبنيًا وجهان، أصحهما: عند المصنف وشيخه أبي الطيب والرافعي، وهو اختيار أبي إسحاق الدخول، ومقابلة قول ابن أبي هريرة، وهما مفرعان على قولنا أن التحتاني يدخل. أما إن قلنا: بعدم الدخول فيه ففي الفوقاني أولى، والأقيس عند الإمام أن لا يدخل واحد منهما، وفي

«مفتاح المغلاق» المثبت وجهان، أحدهما: أنه لا يدخل كسائر المنقولات، وهو قول ابن أبي هريرة، وأصحهما: عند الرافعي وغيره، ويحكي عن صاحب «التلخيص» وأبي إسحاق المروزي أنه يدخل، لأنه من توابع المغلاق المثبت، قال صاحب «الحاوي»: وهكذا كل ما كان منفصلًا لا يمكن الانتفاع به إلا مع متصل بالدار فيه وجهان، ورتب القاضي حسين الوجهين في «المفتاح على الوجهين في المتصل، وأولى بعدم الدخول وفي ألواح الدكاكين مثل هذين الوجهين، لأنها أبواب لها، وإن كانت تنقل وترد، وقيل: تدخل وجهًا واحدًا، لأنها كالجزء منها. حكاه الروياني وهو المذكور في التتمة.

قال الرافعي: والذي يقتضيه العرف الدخول، وهذا ميل منه إلى الطريقة التي حكاها الروياني، وإن لم يذكرها، وجزم ابن خَيّران في اللطيف بعدم دخول شريحة الدكان ودراباتها إلا ما كان من الدرابات مسمرًا، والبغوي صحح الدخول كما اقتضاه كلام الرافعي، ولو جعل في الدار مدبغة وفيها أجاجين مبنية فإن قال: بعتك هذه الدار ففي دخول الأجاجين خلاف مرتب على الخلاف المتقدم فيها، حيث لا تكون الدار مدبغة، فالدخول ههنا أولى، وإن قال: بعتك هذه المدبغة دخلت الأجاجين قطعًا، فإن لفظ المدبغة والمصبغة متضمنين للأجاجين المبنية فيها.

قال الإمام: ومراقي الخشب إذا أثبتت إثبات تخليد فهي على الأصح كمرقىٰ الآجر والجص، بخلاف السلاليم، وفي «التتمة» أن في أصل هذه المسائل الخلاف في تجويز الصلاة إلى العصا المغروزة في سطح الكعبة إن جوزنا فقد عددناها من البناء، فتدخل وإلا فلا، قال الرافعي: وهذا يقتضي التسوية بين اسم الدار والمدبغة، قال ابن الرفعة: وفيه نظر، لأن مأخذ الدخول على هذا ما يشير إليه اللفظ، فنزل ذلك منزلة التصريح والدخول، ويدخل في بيع الدار التنور، وعبر الشيخ أبو حامد عن هذا التقسيم بعبارة أخرى فقال: ما يكون في الدار على ثلاثة أضرب متصل ومنفصل لا يتعلق بمنفعة المتصل ومنفصل متعلق بالمتصل، فالأول يدخل، والثاني لا يدخل، والثالث فيه وجهان كالحجر الفوقاني من الرحا والمفتاح وذكر الروياني في توجيه القول بدخول الحجر الفوقاني القياس على الأبواب، مع أن الأبواب قائمة في الدورات غير مغروزة فيها، والقائل الآخر يفرق بأن الأبواب البقاء محيط بها، وإنما تثبت منفصلة ليمكن ردها وفتحها.

فرع: ذكر الإمام أن هذا الخلاف المذكور في الأجاجين المثبتة والحجر الأسفل من الرحا والسلاليم المسمرة يجري في بيع الأرض إذا قلنا: إنه يدخل في بيعها البناء والغراس.

فرع: تقدم الخلاف في دخول الرحا مرتبًا، ومن ذلك يأتي فيهما ثلاثة أوجه، وقال ابن الرفعة: إنها مفرعة على النص في أن البناء والغراس يدخلان في بيع الأرض، أما إذا قلنا بعدم الدخول فلا يدخل واحد من الحجرين قولًا واحدًا، وهذا منه رحمه الله إنما يحسن إذا كان الكلام في دخول ذلك في الأرض، ولم يجر لذلك ذكر، وإنما كلامنا وحكاية الأصحاب الأوجه في ذلك في دخولها تحت اسم الدار، وحينئذ فيتجه الخلاف مطلقًا، لأن الأبنية تندرج في بيع الدار إلا على ما قاله الجوري، وذلك ضعيف جدًا، والله أعلم.

فرع: الميزاب عده صاحب «الحاوي» مما يدخل، فيحتمل أن يكون ملحقًا بالأبواب والضباب، فيدخل جزمًا ويحتمل أن يكون ملحقًا بالرفوف المتصلة؛ فيجري فيها الوجهان، ويكون أطلق القول فيه على رأي المصنف في دخولها، ويدخل الاختصاص التي على السطح، قاله صاحب «التتمة».

فرع: إذا كان في الدار بئر دخلت لبنها وآجرها، قاله القاضي أبو الطيب وغيره، ولا خلاف في ذلك، وممن صرح بعدم الخلاف فيه صاحب «العدة» في البئر، وسيأتي الكلام في الماء، أو صهريج دخل في البيع أيضًا لأنه من جملة بنائها فهو كالخزائن والسقوف، ذكره صاحب «الإستقصاء»، ولو كان وراء الدار بستان متصل بالدار لم يدخل في العقد، وإن قال بحقوقها، لأن اسم الحقوق لا يطلق على البستان المتصل بالدار، قاله القاضي حسين.

فرع: وأما حريم الدار، فإن كانت في سكة غير نافذة دخل، ولو كان في الحريم أشجار ففي دخولها الخلاف في دخول الأشجار في الدار، وإن كانت في سكة نافذة؟ أو في طريق الشارع لم يدخل الحريم، قاله القاضي حسين، وصاحب «التهذيب» والرافعي وغيرهم، قال الرافعي: بل لا حريم لمثل هذه الدار على ما سنذكر في إحياء الموات، وقال المتولي: إن الأشجار في الطريق النافذ لا تدخل إلا بالتنصيص، وفي غير النافذ إن أطلق العقد لم تدخل، وإن قال بحقوقها دخلت، لأن تلك البقعة وما فيها من جملة حقوق تلك البقعة، وهذا يقتضي أن الحريم في السكة غير النافذة لا يدخل إلا بالتنصيص، وما تقدم عن القاضي حسين والبغوي والرافعي أولى والله أعلم.

وقال ابن خيران في «اللطيف»: إن بئر المطر إذا كانت في ملكه خارج الدار لم تدخل في البيع ولا بالشرط، وهذا يوافق ما تقدم عن«التتمة»، قاله ابن الرفعة قلت: قال في شرح «الوسيط». ثم يكتب بعده. وهذا الذي ذكره ابن الرفعة صحيح، وليس اعتراضًا على كلام الأصحاب فإن مقصودهم أنه حيث ثبت الحريم هل يدخل

هو وأشجاره في بيع الدار أم لا؟ ولا شك أن الحريم ثابت في السكة المنسدة إذا لم يكن فيها إلا تلك الدار، وفي الصورة التي فرضها ابن الرفعة أيضًا والله أعلم. قال ابن الرفعة: وحيث يدخل حريم الدار في بيع الدار ينبغي أن يدخل حريم القرية في بيع القرية.

فرع: إذا اتصل بالدار حجرة أو ساحة أو رحبة، قال الماوردي وابن أبي عصرون: لم يدخل في البيع، لخروج ذلك عن حدود الدار، التي لا تمتاز الدار عن غيرها إلا بها، ولا يصح العقد إلا بذكرها، وهي أربعة حدود في الغالب، فإن استوفى ذكرها صح البيع، وإن ذكر حدًا أو حدين لم يصح، وإن ذكر ثلاثة فإن كانت الدار لا تتميز بالثلاثة بطل، وإن تميزت فالصحيح الصحة وفيه وجه أنه باطل. قلت: وفي اشتراط ذكر الحدود إذا كانت الدار معلومة نظر، والذي ينبغي الصحة إذا ذكر ما يميزها ويمنعها من التباسها بغيرها، وعلى ذلك ينبغي أن تتبعها الحجرة والساحة والرحبة المتصلة بها، لاقتضاء العرف ذلك. [وأما] إذا ذكر الحدود وخرجت الأمور المذكورة عن الحدود فالأمر كما قال الماوردي، وممن حكى الخلاف في مسألة الحدود تبعًا للماوردي الشاشي في «الحلية»، وقال ابن الرفعة: إن الذي يظهر من كلام الأصحاب الصحة إذا أطلق من غير ذكر الحدود وتميزت، وحكى مع ذلك كلام الماوردي أيضًا، والله أعلم بالصواب.

فرع: حكاه الماوردي أيضًا إذا اتصل بالدار ساباط على حائط من حدودها ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه يدخل كالجناح، والثاني: لا يدخل إلا بالشرط كالحجرة والساحة، والثالث: وهو تخريج أبي العباس إن كان كل واحد من طرفي الساباط مطروحًا على حائط لغير هذه الدار لم يدخل، قال ابن أبي عصرون: وهو أصحها، وأطلق ابن خيران في «اللطيف» عدم دخول الساباط. وإذا باع دارًا على بابها ظلة مثبتة على جدارها دخل في مطلق بيع الدار، خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله تعالى، قال صاحب «العدة»: وقال لنا: إنها جزء من الدار، وإذا دخل الميزاب فيه فهذا أولى.

فرع: تقدم أن الأغاليق تدخل في المبيع، والمفهوم ما كان مسمرًا كالنصب المعهودة والدوار المسمى بالكيلون، وتقدم أن أقفال الخزائن المنفصلة ومفاتيحها لا تدخل وذلك ظاهر، لأن الخزائن المنفصلة لا تدخل فهي أولى، أما الأقفال الحديد المعهودة على الأبواب المثبتة فلا تدخل، لأنها منقولة، كذلك يقتضيه كلام البغوي في «التهذيب» وغيره، وأطلق ابن خيران في «اللطيف». وهو ظاهر لأن العرف لا يقتضي دخولها على الاطراد.

تنبيه: يوجد في بعض المختصرات إطلاق القول بأن المفتاح يدخل في بيع الدار والصواب أن ذلك محمول على مفتاح الغلق المثبت كالضبة والدار كما نبهت عليه. أما مفتاح الغلق المنقول كالأقفال الحديد الذي ينقل فهو تابع للقفل، فلا يدخل على ما تقدم عن صاحب «التهذيب» وغيره، قال ابن الرفعة: إنه لا خلاف في ذلك.

فرع: تقدم عن أبي الحسين الجوري أنه إذا رهن أرضًا أو دارًا ففي دخول البناء قولان، ونبهت هناك على غرابته، وأنه على مسافة تقتضي جريان ذلك في البيع، فإن صح ذلك زال الحكم بتبعية أكثر ما ذكرناه، لأنه إذا لم يدخل البناء لا تدخل هذه الأشياء بطريق أولى، لكن هذا بعيد جدًا لا يشهد له عرف أما اللغة.

فرع: أما الشجر ففي دخولها في بيع الدار الطرق الثلاث، التي مرت في دخولها في بيع الأرض، هكذا قال القاضي أبو الطيب والمحاملي والمصنف وغيرهم من العراقيين والقاضي حسين والرافعي، وكان يمكن أن يقال: دخول الشجر هنا أولى من دخوله في بيع الأرض، لأن الدار اسم لجميع ما حواه بناءه من بناء وشجر وكذلك الأرض، وحكى الإمام والغزالي الخلاف في المسألة ثلاثة أوجه، ثالثها أنه إن بلغت الأشجار مبلغها تجوز تسمية الدار بستانًا لها؛ لم تدخل في اسم الدار وإلا دخلت مالًا، وهذا أعدل الوجوه، وهذا منهما بناء على ما اختاره أن الشجرة لا تدخل في بيع الأرض على الأصح عندهما، وإلا فمتى قيل بالتبعية في الأرض ففي الدار أولى.

واقتضى كلام الإمام في الأوجه المذكورة أن التفريع على اتباع الاسم أي على أن البناء والشجر لا يدخل في بيع الأرض، وما قاله يؤيد ما ذكرته من الأولوية، وهو متجه في المعنى إلا أن كلام أكثر الأئمة من العراقيين وغيرهم، فإنه يمكن أن تكون الطرق الجارية في استتباع الأرض للبناء والشجر جارية في استتباع الدار للشجر، فعلى طريقة الاستتباع يدخل الشجر ههنا وكذلك على القول بالاستتباع من طريقة طرد الخلاف.

وأما على طريقة تقدم الاستتباع أو على القول الموافق لها من طريقة الخلاف فتجري الأوجه الثلاثة التي ذكرها الإمام في استتباع الدار الشجر ومنشؤها التردد في أن اسم الدار يشملها، لا أنها تدخل تابعة، فإن التفريع على خلافه، وليس في ذلك إلا زيادة على ما نقلوه، وتفصيل لما أطلقوه، وهو حسن وكيفما قدر فالأصح من المذهب الدخول على غير طريقة الإمام والغزالي والله أعلم.

وقد وقع في «التعبير» عن الوجه الثالث تفاوت لطيف، فعبارة الإمام ما

قدمتها، وكذلك الغزالي في «البسيط»، وقال في «الوسيط»: إن كان بحيث يمكن تسمية ذلك دون الدار بستانًا لم يندرج، وإلا فيندرج، وأولها ابن الرفعة على أن الشجر يسمى دون الدار بستانًا وتكون الدار داخلة تحت اسمه، وحينئذ يوافق عبارة الإمام والله أعلم.

فرع: الباب إذا كان مغلوقًا لا يدخل في بيع الدار والأرض إلا بالشرط وكذلك ما استهدم من البناء والخشب والآجر وغيره، قاله ابن خيران في «اللطيف»، وقد تقدم بعض ذلك عن غيره أيضًا.

فرع: باع سفينة قال الماوردي: يدخل في البيع ما كان من البناء متصلًا وفي دخول ما لا يستغنى عنه من آلاتها المنفصلة وجهان يعني المتقدمين عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة.

فرع: تقدم الكلام في حجري الرحا ودخولها تحت اسم الدار، وأما لو قال: بعتك هذه الطاحونة قال الإمام: فالحجر الأسفل يدخل لا محالة، وفي دخول الحجر الأعلى خلاف والأظهر دخوله لأن تعرضه بإسمها للطحن، والطحن لا يقع إلا بالحجر فهذا هو الذي لا يتجه غيره ولأجل هذا الكلام من الإمام قال الغزالي في «الوسيط»: إنه لا خلاف في اندراجها تحت اسم الطاحونة أي لا خلاف به احتفال، وفي «البسيط» صرح بالخلاف كما ذكر الإمام.

فرع: إذا قال: بعتك هذا الحانوت قال صاحب «الإستقصاء»: قال الصيمري: دخل في بيعها الدروند والعلج ولا يدخل في بيعها الدرابات لأنها منفصلة عنها فهي كالرفوف التي لم تسمر، قال يعني الصيمري: وأما الشرائح فقد قيل: تدخل في البيع، وقيل لا تدخل والصحيح أنها إن كانت كالمبنى دخلت، وإلا لم تدخل، قال: وما سوى ذلك، فإن كان غير منصوب لم يدخل، وإن كان منصوبًا فقد قيل: يدخل كالباب المنصوب وقيل: لا يدخل كالرفوف التي لم تسمر قلت: وقد تقدم حكاية الوجهين في الدار قريبًا وأما المتصل بالحائط من الخشبة، فإنه يدخل في البيع أيضًا لاتصاله، جزم به الماوردي.

فرع: جرت عادة الأصحاب بذكرها في هذا الباب: لو باع العبد وفي أذنه حلق، أو في أصبعه خاتم، أو في رجله حذاء لم يدخل في البيع لأن ذلك ليس من أجزاء العبد، وهل تدخل ثيابه التي عليه في البيع؟ فيه ثلاثة أوجه، أحدها وهو الذي نسبه الماوردي إلى جميع الفقهاء: لا، لأنه لا يدخل شيء من ذلك إلا بالتسمية. قال الروياني: ولكن العادة جارية بالعفو عنها فيما بين التجار، والثاني: وبه قال أبو حنيفة يدخل ذلك في مطلق البيع للعادة، والثالث: يدخل قدر ما يستر

العورة للضرورة كنعل الدابة، وإن باع دابة وعليها سرج ولجام لم يدخل ذلك في البيع وجهًا واحدًا، قاله في «الاستقصاء»، ولا يدخل في بيعها المقود والحبل. قاله الروياني، وحكى عن بعض الناس أنه يدخل في بيعها المقود والحبل. قال الماوردي: وهو قول من أوجب في بيع العبد والأمة قدر ما تستر به العورة.

ويدخل في بيع الدابة النعال المسمرة في أرجلها، لأنها كالمتصلة بخلاف القرط في الأذن حيث لم يدخل، لأن النعل يستدام والقرط لا يستدام قاله الماوردي. وإن باع سمكة فوجد في جوفها لؤلؤة أو جوهرة لم تدخل في البيع ثم ينظر فإن كانت اللؤلؤة أو الجوهرة فيها أثر ملك من ثقب أو صنعة فهي لقطة، وإلا فهي ملك الصياد كما يملك ما يأخذه من المعدن، فإن السمكة قد تمر بمعادن اللؤلؤ والجوهرة وربما ابتلعت شيئًا منه قاله الماوردي. وإن باع طيرًا فوجد في جوفه جرادًا أو سمكًا قال الماوردي: دخل في البيع لأنه من أغذيته، قال في «الاستقصاء»: فهو كالحب في بطن الشاة، قال الماوردي: ولو وجد في جوفها حمامًا لم يدخل في البيع، وإن ابتاع سمكة فوجد في جوفها سمكة جزم الماوردي بالدخول لأن السمك قد يتغذى بالسمك وحكى صاحب «الاستقصاء» أربعة أوجه، أحدها: هذا، والثاني: لا يدخل، بل هو على ملك البائع، والثالث: إن كان صغيرًا دخل، وإن كان كبيرًا يدخل، قال في «الاستقصاء»: قال الصيمري: والصحيح أن يقال: إن كان هذا الحوت مما يأكل الحيتان دخل في بيعه كما يدخل في بيع الطير الذي يأكل الحيتان وإن كان مما لا يأكل الحيتان لم يدخل، قال الماوردي: قال الشافعي: ويؤكل الحوت والجراد الموجود في جوف الطائر، قال الماوردي: وهذا صحيح، لكن بعد الغسل لتنجسها بما في جوف الطائر، فلو كان مأخوذًا من جوف الحوت لم يجب غسله لأن ما في جوف الحوت ليس بنجس وما في جوف الطائر نجس، قلت: وما في جوف السمك وجهان، أظهرهما: عند الرافعي النجاسة فعلى هذا يجب الغسل فيهما. وإن باع دجاجة وفي جوفها بيض دخل في البيع، لأنه من نماء الأصل فهو كالحمل، قاله صاحب «الاستقصاء».

فرع: في مذاهب العلماء، حكي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: حقوق الدار الخارجة منها لا تدخل في بيع الدار وإن كان متصلًا بها وبهذا قال الشرطيون وكل حق هو لها خارج منها احتراز من قوله، وحكي عن زفر رحمه الله أنه قال: إذا كان في الدار آلة وقماش دخل في البيع ولهذا قال الشرطيون: وكل حق هو لها ومنها، احتراز من قوله. قال ذلك صاحب «الحاوي» ورد صاحب «الحاوي» على زفر بأنه لو دخل ذلك لدخل ما في الدار من عبيد وإماء وما أشبه ذلك وطعام وما أحد قال

هذا قال الماوردي: حكي عن ابن عمر ﷺ أن جميع ما على العبد والأمة من ثياب وحلى يدخل في البيع، لأنه في يده.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وأما الماء الذي في البئر فاختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق: الماء غير مملوك، لأنه لو كان مملوكًا لصاحب الدار لما جاز للمستأجر شربه، لأنه اتلاف عين، فلا يستحق بالإجارة كثمرة النخل، والواجب أن لا يجوز للمشتري رد الدار بالعيب بعد شربه، كما لا يجوز رد النخل بعد أكل ثمرته، فعلى هذا لا يدخل في بيع الدار، غير أن المشتري أحق به لثبوت يده على الدار وقال أبو علي ابن أبي هريرة: هو مملوك لمالك الدار، وهو المنصوص في القديم وفي كتاب حرملة، لأنه من نماء الأرض، فكان لمالك الأرض كالحشيش، فإذا باع الدار فإن الماء الظاهر للبائع لا يدخل في بيع الدار من غير شرط وما يظهر بعد العقد فهو للمشتري، فعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط أن الظاهر من الماء للمشتري لأنه إذا لم يشترط اختلط ماء البائع بماء المشتري فينفسخ البيع.

الشرح: قد تقدم أن بناء البئر والصهريج يدخلان في بيع الدار فأما الماء الذي في البئر فيحتاج إلى مقدمة، وهي أن أصحابنا اختلفوا في أن الماء الذي في البئر هل يملك أو لا؟ على وجهين، أحدهما: وبه قال أبو إسحاق المروزي؛ وهو اختيار الشيخ أبي حامد على ما حكاه صاحب «البيان»، أن الماء غير مملوك لأنه يجري تحت الأرض، ويجيء إلى ملكه، فهو بمنزلة الماء الذي يجري في النهر إلى ملكه، فإنه لا يملك بذلك، هكذا قال القاضي أبو الطيب، ولما ذكره المصنف أيضًا، وقياسه على ثمر النخل يعني إذا استأجر الأرض يعني فلما جاز للمستأجر شربه وجاز ردها بالعيب بعد شربه دل ذلك على أنه مباح غير مملوك، وإنما منع منه قبل الإجارة لأنه لا يجوز له الدخول إلى ملك غيره بغير حق، فلو أن داخلًا دخل وأخذه ملكه. واستدل أيضًا بأنه إذا اشترى دارًا واستقى من بئرها ثم وجد بها عيبًا كان له ردها.

والثاني: وهو اختيار أبي علي ابن أبي هريرة أنه يملك ما ينبع في أرضه من عين أو من بئر لأنه نماء ملكه كلبن الشاة والبقرة والحشيش النابت ونقل هذا عن نصه في «القديم» وعن كتاب حرملة. وإنما جاز للمستأجر استعماله لأنه كالمأذون له بالعرف ولم يجب على المشتري غرمه لأن حكمه موضوع على التوسعة، ومحل الوجهين فيهما إذا كانت البئر مملوكة، أما إذا قصد بحفرها الاستقاء ولم يقصد التملك فالماء المجتمع فيها لا يكون ملكًا بالاتفاق للأصحاب.

إذا علم ذلك فإن قلنا: إنه لا يملك لم يدخل في بيع الدار، وكل من استقاه

وحازه ملكه وإن قلنا: إنه مملوك لم يدخل الموجود منه في البيع، لأنه ظاهر كالثمرة الظاهرة، وما ظهر بعد العقد يكون للمشتري، لأنه حدث في ملكه فعلى هذا لا يصح بيع البئر أو الدار التي فيها البئر، على أن الماء الموجود عند العقد للمشتري، لأنه لو لم نشترط كان باقيًا على ملك البائع، ليختلط بالماء الذي يحدث بعد العقد على ملك المشتري، فيكون العقد باطلًا من أصله، وهو يشبه ما إذا باع شجرة وعليها حمل ثمرة مؤبرة، ويعلم أنه يحدث حمل آخر ويتلاحق بالأول قبل إمكان قطع الأول، وسيأتي الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى.

ونقل الإمام وغيره أن من أصحابنا من أتبع الماء البئر، وجعله كالثمرة غير المؤبرة، وهذا الوجه غريب جدًا، ومع غرابته صححه ابن أبي عصرون في «الاستقصاء»، وقال: إنه الأصح وإنه يدخل في بيع الدار، وإن جهل المقدار منه كما يدخل الحمل تبعًا، وجزم به في «المرشد»، وهذا وإن كان خلاف المشهور فالفرق يقتضيه، فليلخص من هذا أن البيع على المشهور إذا أطلق في البئر والدار التي فيها لا يستتبع الماء، لأنه باطل على قول ابن أبي هريرة والباطل لا يستتبع، وصحيح على قول أبي إسحاق، لكن الماء غير مملوك فلا يدخل في البيع، فإذا شرط دخوله على قول ابن أبي هريرة كان ذلك بالشرط بالتبعية، هذا ما ذكره العراقيون وقطعوا به، قال الإمام: ولست أرى قياسًا ولا توقيفًا يخالف ما ذكروه ولكن العادة عامة في المسامحة به فإن تناقلت..... ناظر عن هذا فكذلك. والإمام لم يخالفهم في الحكم كما ترى وقد تقدم الوجه الذي نقله هو في غير هذا الموضع ذكره في باب بيع الكلاب، ولا يجوز بيع ماء البئر وحده باتفاق.

قال الإمام: والماء الجاري أولى بالفساد، فإن قلت: كيف صح اشتراطه؟ وهو لو باع ماء البئر وحده لم يصح أما على قول أبي إسحاق فظاهر وأما على القول الآخر فلأنه لا يمكن تسليمه كما في مسألة الثمار، ولا يجوز أن يبيعه جملة الماء الموجود، والذي سيحدث لأنه مجهول معدوم، وكذلك جزم القاضي أبو الطيب وغيره هنا بأنه لا يجوز بيع ماء البئر. قلت: صحيح أن بيع ماء البئر وحده لا يجوز جزمًا للعلة المذكورة، وهي منتفية فيما إذا باعه مع البئر أو الدار، لأن الحادث حينئذٍ يكون على ملك المشتري، فلا يحصل اختلاط المبيع بغيره، فقد أمنا من الفساد، ويصح بيع البئر وما فيها من الماء كما قلنا في الدار، وقد اعترض زين الدين الحلبي، شيخ صاحب «الوافي» على «المصنف» في قوله: إنه إذا لم يشترط اختلاط ماء البائع بماء المشتري فينفسخ البيع، بأن الماء الظاهر ليس يمنع، فاختلاطه بماء المشتري لا يوجب الفسخ.

وأجاب صاحب «الوافي» بأن الماء المجتمع حالة العقد في الأرض، وهو غير ظاهر تابع للأرض يدخل في العقد، فيكون مبيعًا، فإذا اختلط بماء البائع فينفسخ العقد في قدر ذلك الماء المبيع لاختلاطه قبل القبض بما لا يتميز منه، فكان كالتالف قبل القبض، وإذا تعذر القبض في أحد العينين المبيعين، هل يكون كالتعذر في الأخرى، حتى يبطل في الجميع؟ فيه خلاف ذكرناه في كتاب البيوع ا هـ، ما أجاب به، وأنا أقول: إن اختلاط الماءين في هذه المسألة كاختلاط الثمرة الحادثة بالموجودة فيما إذا كان المبيع هو الشجرة: وسيأتي في آخر كلام المصنف أن الأكثرين على أنها على القولين في اختلاط الثمار المبيعة بغيرها، والصحيح عند المصنف من القولين المذكورين الانفساخ.

وإذا ثبت هناك أن اختلاط الثمرة حيث تكون الشجرة مبيعة كاختلاط الثمرة حيث تكون نفسها مبيعة والثمرة هناك إذا علم تلاحقها لا يصح البيع من أصله كما سيأتي، فحيث تكون الشجرة مبيعة وعليها ثمرة مؤبرة؛ يعلم تلاحقها بغيرها، ينبغي أن يكون كذلك، ويبطل البيع من أصله، وكذلك مسألة الماء في مسألتنا هذه فصح قول المصنف بالانفساخ، وليس معناه أن العقد ينعقد ثم ينفسخ بعد ذلك بالاختلاط، ولكن هذا تعليل لبطلان العقد من أصله، لأنه إذا علمنا أن العقد لو انعقد طرأ عليه ما يفسخه، حكمنا ببطلانه من أصله لعدم الفائدة فيه وهذا التصوير صحيح على رأي المصنف وغيره من الأصحاب فإن الصحيح عنده وعند الأصحاب فيما إذا كان اختلاط الثمار معلومًا ببطلان البيع.

وإنما اختلف التصحيح فيما إذا كان الاختلاط نادرًا ثم وقع وأما ما أجاب به صاحب «الوافي» فلا يتجه لأن الصحيح عند المصنف وغيره أن تلف بعض المعقود عليه قبل القبض لا يوجب البطلان في الباقي، وإذا كان الصحيح عدم البطلان فكيف يخرج عليه كلام المصنف، هذا الذي جزم فيه بالانفساخ هذا فيما هو جزء كأحد المعنيين، أما الماء الموجود الكائن في الأرض عند البيع فقد يقال: إنه ليس بمنزلة الجزء بل هو وصف متعذر أو يبلغه قبل القبض بمنزلة العيب الحادث قبل القبض يوجب الخيار، ولا يقتضي البطلان جزمًا، والله أعلم.

فرع: وأما العيون المستنبعة، والأودية والعين ففي تملك مائها أيضًا وجهان، وقرارها مملوك، ولا يجوز بيع مائها لما تقدم بلا خلاف لاختلاط المبيع بغير المبيع، ويجوز قرار العين أو سهم منها، ويكون لمشتري ذلك حق في الماء لثبوت يده على الأصل، قاله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما، ولا يجوز أن يبيعه سهمًا من الماء، وكذلك لا يصح أن يقول: بعتك يومًا أو ليلة أو كذا وكذا

يومًا من الماء لأن الزمان لا يصح بيعه والماء الذي في العيون والآبار لا يصح بيعه، قاله صاحب «البيان»، ولو باع العين قال الأصحاب: والحيلة فيمن أراد أن يشتري ماء العين أو سهمًا منه أن يشتري العين أو سهمًا منها فيكون ما يحدث من الماء على ملكه على قول ابن أبي هريرة ويكون أحق به على قول أبي إسحاق.

قال صاحب «البيان»: هكذا ذكر أصحابنا وعلى قياس ما ذكروا في بيع الدار التي فيها بئر ما إذا اشترى العين أو سهمًا منها، إذا قلنا: الماء مملوك فيشترط أن يشتري مع العين الماء الظاهر وقت البيع، لئلا يختلط ماء المشتري بماء البائع، فينفسخ البيع، ويشترط رؤية الماء وقت البيع، ولا تكفي الرؤية المتقدمة لأنها رؤية للماء الحادث وقت الرؤية لا لما يحدث بعده. قال المحاملي: ولو باع العين والماء الذي فيها لم يجز لأنه بيع معلوم ومجهول، هكذا قال، وفيه نظر، لأنه إن كان مراده الماء الحاصل فيها فهو كبيع البئر ومائها، وقد تقدم أنه جائز وإن كان مراده الذي يحدث بعد البيع فيمكن أن يسلم له الحكم بالبطلان؛ لكن بغير العلة التي ذكرها، بل لأنه بيع موجود ومعدوم، ويمكن أن يقال: إن ذلك يصح، لأنه بيان لمقتضى العقد إذا كان الحادث تابعًا، وإن أراد الماء الموجود، وأن ذلك فيما إذا لم يعلم مقداره فمثله يجري في ماء البئر، وشرط صحة البيع في البابين العلم والله أعلم.

ولو باع مائة منا من الماء الذي في البئر ـ وقلنا: الماء مملوك ـ ففي صحة البيع وجهان مبنيان في النهاية على ما إذا رأى المودجان من لبن الضرع. . . . . لأن بعضه مرئي وبعضه غير مرئي، يشترط أن يكون المقدار المبيع من ماء البئر يعتقد التزايد فيه كما في لبن الضرع، ولو باع مائة منا من ماء نهر كان ممنوعًا وجهًا واحدًا، ولو باع من النهر من غير تعرض للماء صح، والقول في الماء كما تقدم في البئر، وإن باع النهر مع مائه الجاري فيه وقلنا: الماء غير مملوك فقد جمع بين مملوك وغير مجهول، وإن قلنا: مملوك فقد جمع بين مجهول ومعلوم والأصح في مثله بطلان البيع في الجميع.

فرع: عن الإمام لو كان في الأرض المبيعة نهر، فالكلام في مائه كالكلام في ماء البئر قال ابن الرفعة: ولعل محله إذا كان واقفًا فيه ما إذا كان جاريًا فليتأمل. قلت: ويتعين حمله على ذلك لما تقدم أن الجاري لا يجوز بيعه جزمًا.

فرع: وأما الماء الذي يؤخذ من مطر أو نهر أو غيرهما ويجعل في صهريج قال في «الاستقصاء»: فقد قال أبو الفتح نصر المقدسي رحمه الله: فعندي أنه لا يدخل في البيع إلا بالشرط، ولا في الإجارة إلا بلفظ الإباحة، قال: وهذا صحيح

لأنه ليس من نماء الأرض فهو كسائر المائعات من الزيت وغيره إذا خلط فيه.

فرع: المياه الجارية في الأنهار كالفرات ودجله وجيحون والنيل وغيرها من الأنهار الكبار والصغار ليست مملوكًا لأحد، وجهًا واحدًا، لأنها تنبع من المواضع التي ليست مملوكة، كالجبال والشعاب ومن استقى شيئًا منها وحازه ملكه وإذا جرى ماء من هذه الأنهار إلى ملك إنسان كماء المد يدخل في أرضه لم يملكه إلا بالحيازة، بل يكون أحق به، وإذا حفروا أنهارًا فأجروا فيها من هذه الأنهار ماء فليس أيضًا بمملوك، ولهذا يحل للعطشان أن يشرب منها بغير أذن مالك النهر، قاله القاضي أبو الطيب وغيره.

ولو باع مقدارًا من ماء جار أرضه مملوكة لم يصح لأنه لا يمكن تنزيل العقد على معين فيه يمكن تسليمه، قال صاحب «البيان»: وعلى قياس هذا ما يقع في أرضه من ماء المطر، فإنه لا يملكه ولا يصح بيعه وجهًا واحدًا، لأنه إنما يملك ماء البئر على قول أبي علي، لأنه نماء أرضه، وليس هذا بنماء أرضه، وإنما هو أحق به كما لو يوجد في أرضه صيد قلت وهذا ما لم تحصل حيازة أما إذا أخذه وحازه ملكه وفي «البيان» أن أصحابنا أجمعوا على أنه لو احتاز ماء من نهر عظيم، ثم أعاده إليه، أنه لا يختص بشركة في هذا النهر، قيل: وإن أتلف رجل على غيره ماء فهل يلزمه قيمته أو مثله؟ فيه وجهان، قلت: وهذا الخلاف على إطلاقه يقتضي الخلاف في أن الماء مثلي أو متقوم والمعروف أنه مثلي، وأنه إذا أخذه في مفازة ثم غرمه في البلد يغرم قيمته والبئر الذي ليس بمملوك بأن قصد حافره في الموات الاستقاء منه وعدم تملكه، فما فيه من الماء لا يملك قولًا واحدًا نقله الإمام عن الشيخ أبي علي فلا يصح بيعه.

فرع: فأما ما تولد في أنهار الأرض وعيونها من السمك فلا يملك على الوجهين وجه أبي إسحاق ووجه أبي هريرة إلا بالحيازة كما لا يملك ما فرخ من الصيد في أرضه إلا بأخذه وإنما له منع الناس من ذلك لما فيه من دخول أرضه والتصرف في ملكه، فإن أخذوه ملكوه دونه، قاله الماوردي.

فرع: ذكره الروياني في هذا الموضع، وإن لم يكن له به ذاك التعلق إذا قال: بعتك جميع حقي من هذه الدار وهو عشرة أسهم من عشرين سهمًا، وكان حقه خمسة عشر، وقع العقد على عشرة أسهم. قلت: وقد يتخيل أن ذلك كما إذا قال: بعتك هذه الصبرة على أنها عشرة آصع فخرجت أكثر وليست مثلها، فإن الصبرة المشاهدة يتعلق الغرض الأعظم بعينها كلها، وفي الجزء المشاع يتعلق الغرض الأعظم بما يذكر من مقداره والله أعلم.

تنبيه: هذا القول الذي نقله المصنف عن أبي إسحاق هل هو القول الذي يقول أن لا يملك قط لا بالإجارة ولا بغيرها أو غيره، قال ابن أبي الدم: هو غيره ومذهب أبي إسحاق في ماء البئر خاصة قبل الإجارة، وهو الخلاف المذكور في أن من حفر بئرًا في ملكه فاجتمع فيها ماء، هل يملك ذلك الماء بمجرد كينونته في البئر؟ أم لا يملكه حتى يحتازه بإناء أو ظرف؟ وجهان مشهوران، قال أبو إسحاق: لا، وقال ابن أبي هريرة: نعم، ولا خلاف عندهما أنه يملك بالإجارة. وأما ذلك الوجه البعيد الذي حكاه الإمام: أن الماء لا يملك قط بالإجارة، ولا غيرها فهو مهجور غير مشهور، وقال: لم أر أحدًا حكاه سواه، ولا تفريع عليه، وهذان الوجهان ذكرهما المصنفون في الطريقتين وفرعوا عليهما، [والله تعالى أعلم بالصواب].

مسائل المعدن

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن كان في الأرض معدن باطن كمعدن الذهب والفضة دخل في البيع لأنه من أجزاء الأرض وإن كان معدنًا ظاهرًا كالنفط والقار فهو كالماء مملوك في قول أبي علي ابن أبي هريرة، وغير مملوك في قول أبي إسحاق، والحكم في دخوله في البيع على ما بيناه في الماء، وإن باع أرضًا وفيها ركاز أو حجارة مدفونة لم تدخل في البيع، لأنها ليست من أجزاء الأرض، ولا هي متصلة بها، فلم تدخل في بيعها.

الشرح: . . . . . والنفط والقار.

أما الأحكام: ففيه مسألتان، إحداهما المعدن على قسمين باطن وظاهر، وقال القاضي أبو الطيب والماوردي: جامد وذائب.

القسم الأول: الباطن قال صاحب الاستقصاء: أي غير متميز عن الأرض كالذهب والفضة والفيروزج والرصاص والنحاس وسماها القاضي أبو الطيب والماوردي معادن الجامدات فيدخل في بيع الأرض جزمًا لما ذكره المصنف، ولا فرق بين المعدن المذكور وبقية أجزاء الأرض، إلّا أن بعض الأجزاء أفخر من بعض، ولا يجوز بيع معدن الذهب بالذهب ولا معدن الفضة بالفضة ويجوز بغير الأثمان قولًا واحدًا، وهل يجوز بيع معدن الذهب أو معدن الفضة بالذهب؟ فيه قولا الجمع بين بيع وصرف، قاله الروياني.

والقسم الثاني: المعدن الظاهر أي المتميز عن الأرض، وهي أعين للمائع، كالنفط والقار والموميا والملح والكبريت والزئبق، والكلام فيه كالكلام المتقدم في الماء حرفًا بحرف، وممن ذكر المسألة كما ذكرها المصنف الشيخ أبو حامد

والقاضي أبو الطيب والماوردي والمحاملي والرافعي وغيرهم، وجزم الغزالي في «الوسيط» بعدم الدخول فيه مع حكاية الخلاف في الماء، قال ابن الرفعة: وحمله على ذلك قول الإمام إذا باع الأرض وفيها معدن، فما يتجدد بعد البيع للمشتري، وما كان مجتمعًا فهو للبائع ولا تردد فيه، بخلاف الماء، فإن من الناس من قال: لا يملك قلت: فإن أراد الإمام أن من الناس من لا يملك أصلًا ولا بالحيازة كما هو وجه بعيد حكاه هو فصحيح، أن ذلك الوجه لا جريان له في المعدن، لكن لا أثر لذلك في مسألتنا لأن الكلام ما دام في مقره قبل الحوز، وإن أراد به لا يملك ما دام في البئر، فالمعدن كذلك عند أبي إسحاق القائل بذلك في الماء، كما صرح به المصنف هنا وغيره، وهذا الذي ذكرناه في بيع الأرض المشتملة على المعدن جار بعينه في بيع الدار المشتملة على المعدن، وفي الدار فرض الغزالي المسألة في «الوسيط».

المسألة الثانية: إذا باع أرضًا فيها ركاز أي كنز مدفون من ذهب أو فضة أو خشب أو آجر أو حجارة مدفونة أو غير ذلك سواء كان من دفين الجاهلية أو من دفين الإسلام لا يدخل في البيع، ولا يحل للمشتري أخذه إذا وجده، لأن ذلك ليس من أجزاء الأرض ولا من نمائها ولا متصلًا بها، فلم يدخل كمتاع البيت والطعام الذي فيه، والظاهر: أنه لمن ملكت منه الدار، فإذا ادعاه فهو له، وإن لم يدعه فهو لمن ملكه البائع منه، وعلى هذا أبدًا. هكذا ذكر الشيخ أبو حامد والمحاملي وغيرهم من الأصحاب.

المسألة الثالثة: الأحجار على ثلاثة أقسام: الأول: أن تكون مخلوقة في الأرض، فتدخل في بيع الأرض كما يدخل قرار الأرض وطينها، ثم هي على ثلاثة أضرب:

الأول: أن يضر بالزرع والغرس جميعًا فهو عيب إذا كانت مما يقصد لذلك، وفيه وجه أنه ليس بعيب وإنما هو فوات فضيلة وشرط الماوردي والمتولي في كون ذلك عيبًا أن تكون الأرض مبيعة بغير الغراس والزرع، قال المتولي: فلو اشتراها للبناء فهي أصلح له فلا خيار، وينبغي أن يحمل كلامهما على ما إذا لم يكن مقصوده الزرع، وإلّا فالبيع لا يعين جهة المنفعة فيه، وليس كالإجارة.

الضرب الثاني: يضر بالغراس دون الزرع لوصول عروق الغراس إليها دون الزرع فوجهان أحدهما: أنه عيب، والثاني: ويحكى عن أبي إسحاق المروزي أنه ليس بعيب ولا خيار فيه، لأن الأرض إذا كانت تصلح للغرس دون الزرع أو الزرع دون الغرس لم يكن ذلك عيبًا لكمال المنفعة بأحدهما، قال الروياني: وكذلك لو

كانت تصلح للغرس دون الزرع، قال الماوردي: والأصح: عندي أن ينظر في أرض تلك الناحية، فإن كانت مرصدة للزرع أو بعضها للغرس وبعضها للزرع فليس هذا بعيب، وإن كانت مرصدة للغرس فهذا عيب، لأن العرف المعتاد يجري مجرى الشرط، قال: ولعل اختلاف الوجهين محمول على هذا التفصيل، فلا يكون في الجواب اختلاف، لكن ذكرت ما على وبينت ما اقتضته الدلالة عندي.

قلت: وهذا حسن ووافقه الغزالي فيه، وهو يقتضي أنها إذا كانت في موضع غير معد للزرع ولا للغرس كالأراضي بين البنيان في كثير من المواضع فيكون فوات منفعة الزرع والغرس جميعًا فيها ليس بعيب، ولذلك شرطنا في أول الكلام تبعًا للرافعي أن تكون مقصودة للغراس والزرع، واستثنى هو أيضًا أن تكون الأرض مبيعة لغير الغراس والزرع والله أعلم.

الضرب الثالث: أن لا تكون مضرة بالغراس ولا بالزرع لبعد ما بينهما وبين وجه الأرض فليس هذا بعيب، ولا خيار للمشتري.

القسم الثاني: من أحوال الحجارة أن تكون مبنية في الأرض كالتي تكون في أساسات الجدارات وما أشبهها، فهي داخلة في البيع أيضًا لأنها موضوعة للاستدامة، وهذا على المذهب في أن بيع الأرض يستتبع البناء، والطرق التي تقدمت في ذلك جارية فيه حرفًا بحرف، كما اقتضاه كلام الإمام وغيره، قال في «البحر»: وكذلك إن كان البناء منهدمًا أو كانت في طي بئر خراب، وهذا الكلام في الدخول، وأما كونها عيبًا فقد جعلها الرافعي من الشرط في كونها عيبًا إذا كانت مضرة بالغراس والزرع كالمخلوقة. وأما الماوردي فإنه قال: إن الغالب فيما بنى على الأرض من حجر أنه غير مضر بزرع ولا غرس، لأن العروق جارية في مسناة الأرض ومشاربها، قال: فإن كانت كذلك فلا خيار، وإن كانت مبنية بخلاف العرف في موضع مضر بالزرع فللمشتري الخيار على ما مضى إلّا أن يسهل قلعها لقصر المدة وقلة المؤونة فلا خيار، أما إذا أثبتنا الخيار فاختار إتمام البيع، فإنه بمسك الأرض والحجارة جميع الثمن.

القسم الثالث: أن تكون مدفونة فيها كما فرضه المصنف، وقيل إن ذلك كان عادة أهل الحجاز ينحتون الأحجار ويدفنونها إلى وقت الحاجة إليها ولا خلاف أنها لا تدخل في بيع الأرض كالكنوز والأقمشة، نص عليه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ والأصحاب وقول المصنف: (ليست من أجزاء الأرض) احتراز من المعدن وقوله: ولا هي متصلة بها احتراز من البناء والغراس، ثم لا يخلو المشتري إما أن يكون عالمًا بالحال أو جاهلًا، إن كان عالمًا فلا خيار له في فسخ العقد، وإن تضرر بقلع التابع

سواء كانت الأرض خالية عن غراس وبناء أو غير خالية، ودخل في العقد إما تبعًا أو مع التصريح، وللبائع النقل، وإن أضر بالمشتري بأن كان تنقص قيمة الأرض أو الغراس أو الزرع الداخل في العقد أو الذي أحدثه المشتري بعده أو لم ينقص، وإن أبى البائع القلع فللمشتري إجباره عليه، سواء كان تبقيتها تضر أو لا.

وفي «الوسيط» حكاية وجه أنه إذا لم يتضرر لم يجبره على النقل، وسيأتي مثله فيما إذا كان جاهلًا، والصحيح الأول، وأن للمشتري إجبار البائع على القلع والنقل تفريغًا لملكه بخلاف الزرع، فإن له أمدًا ينتظر، ولا أجرة للمشتري في مدة القلع والنقل وإن طالت، كما لو اشترى دارًا فيها أقمشة وهو عالم بها لا أجرة له في مدة النقل والتفريغ، ويجب على البائع إذا نقل تسوية الأرض، وإن كان المشتري جاهلًا بالحجارة فللحجارة بالنسبة إلى الضرر في قلعها وتركها أحوال أربعة، أحدها: أن يكون تركها غير مضر لبعدها عن عروق الغراس والزرع، وقلعها غير مضر، لأنه لم يحصل في الأرض غراس ولا زرع فالبيع لازم، ولا خيار للمشتري، وللبائع النقل، وللمشتري إجباره عليه على المذهب، وحكي الإمام وجهًا ضعيفًا أنه لا يجبر والخيرة للبائع، والمذهب الأول قال الأصحاب: فلو سمح بها للمشتري لم يلزمه القبول، لأنها هبة محضة والرافعي أطلق تصوير المسألة في نفي الضرر فلم يحتج إلى زيادة على ذلك، والماوردي أراد بالضرر الزرع والغراس، فلذلك قال ما نذكره ملخصًا من كلامه وكلام غيره، وهو أنه إذا قلعها فإن كان المشتري عالمًا بالحجارة ـ فلا أجرة له على البائع في مدة القلع، لأن علمه بها يجعل قلعها مستثنى، كتبقية ثمرة البائع على نخل المشتري، وإن كان المشتري غير عالم بالحجارة فإن كان زمان القلع يسيرًا لا يكون لمثله أجرة كيوم أو بعضه، قاله الماوردي وغيره، فلا أجرة على البائع وإن كان كثيرًا كيومين وأكثر قاله البندنيجي.

فإن كان بعد قبض المشتري وجب على البائع أجرة المثل على الصحيح، لتفويته على المشتري منفعة تلك المدة، وهل يجب عليه تسوية الأرض وإصلاح حفرها بقلع الحجارة؟ فيه طريقان أحدهما القطع بالوجوب، وهو قول الماوردي، والثانية على وجهين في «التتمة»، ولا خيار للمشتري، كما لو قطع البائع يد العبد المبيع بعد القبض وجب الأرس ولا خيار، وإن كان قبل قبض المشتري ففي وجوب الأجرة على البائع وجهان أحدهما نعم كما بعد القبض، والثاني ونسبه الماوردي إلى جمهور أصحابنا أنه لا أجرة عليه لأن منفعة الأرض قبل القبض مفوتة على المشتري بيد البائع على الأرض أخذًا من أن جنايته كالآفة السماوية، فأما تسوية الأرض وإصلاح حفرها ففيه طريقان، قال الماوردي: فلا يجب على البائع وجهًا

واحدًا، لكن يجب بذلك للمشتري خيار الفسخ لأنه عيب، كما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض، وقال غيره: فيه وجهان.

الحالة الثانية: أن يكون تركها مضرًا لقربها من عروق الغراس والزرع وقلعها مضر لما في الأرض من غراس وزرع، فإن كان المشتري عالمًا بالحجارة وبضررها فلا خيار له في الفسخ، ولا أجرة له في القلع، وإن كان جاهلًا إما بالحجارة وإما بضررها، وأما في القلع وأما في الترك فله الخيار، هكذا يقتضيه كلام الأصحاب وقال الرافعي: للمشتري الخيار سواء جهل أصل الأحجار أو كون قلعها مضرًا فأغفل قسمًا آخر لم يشمله كلامه وهو ما إذا كان عالمًا بالأحجار ويكون قلعها مضرًا ولكن جهل كون تركها مضرًا فمفهوم كلامه أنه لا يثبت له الخيار، وليس كذلك لأنه لا فرق بين ضرر الترك وضرر القلع في ذلك، وقد يطمع في أن البائع يتركها فلا يحصل ضرر.

إذا علم ذلك فإذا ثبت الخيار قال الأصحاب: لا يسقط خياره بأن يترك البائع الأحجار، لما في بقائها من الضرر، وهل يسقط الخيار بأن يقول للمشتري لا تفسخ لأغرم لك أجرة مدة النقل؟ فيه وجهان عن رواية صاحب «التقريب»، أصحهما: عند الإمام والرافعي لا، كما لو قال البائع لا تفسخ لأغرم لك الأرش، ثم إن فسخ رجع بالثمن وإلّا فعلى البائع النقل وتسوية الأرض، سواء كان النقل قبل القبض أم بعده، هكذا قال الرافعي، وقد تقدم عن الماوردي أنه إذا كان قبل القبض لا تجب التسوية وجهًا واحدًا بل يثبت به الخيار، وكذلك صرح به ههنا هو والشيخ أبو حامد، ورجحه الروياني وأما بعد القبض فتجب التسوية على المشهور، وقد تقدم ذكر وجهين في «التتمة»، وفي أجرة النقل ثلاثة أوجه.

ثالثها: وهو الأظهر وهو قول أبي إسحاق المروزي على ما نقله أبو الطيب الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض فلا يجب، أو بعده فيجب، والصحيح: عند الشيخ أبي حامد أنها لا تجب مطلقًا، والكلام في وجوب الأجرة والتسوية في هذا القسم والذي قبله واحد، وكذلك لم يتكلم الرافعي عليه إلّا في هذا القسم.

واعلم أن الرافعي رحمه الله تعالى أطلق الخلاف في وجوب الأجرة هكذا ومن جملة أقسام ما فرضه أن يكون عالمًا بالحجارة جاهلًا بضررها، مع أن الرافعي أطلق أولًا أيضًا أنه متى كان عالمًا بالحال فلا أجرة، وقد يقع بين هذين الكلامين التباس، فالصواب في بيان ذلك وتحرير حمل وجوب الأجرة ما قاله، والقاضي أبو الطيب والماوردي جعلا محله إذا كان جاهلًا بالحجارة وبضررها فإن كان عالمًا بالحجارة غير عالم بضررها فإنه يثبت له الفسخ لعدم علمه بالضرر، ولا يستحق

الأجرة، وإن أقام لعلمه بالحجارة، وأن العلم بها يجعل زمان قلعها مستثنى وكذلك قال في القسم الذي تقدم، وينبغي أن ينزل كلام الرافعي على هذا التفصيل، فإنه مع العلم بالحجارة يمنع إيجاب الأجرة كالثمرة المؤبرة وزمان تفريغ الدار من القماش وما أشبه ذلك.

قال الرافعي: ويجري مثل هذا الخلاف في وجوب الأرش لو بقي في الأرض بعد التسوية نقصان وعيب، وكذا قاله القاضي حسين، فسلكا بالأرش مسلك الأجرة ولم يسلكا ولا من وافقهما فيما تقدم بالتسوية مسلك الأجرة، بل أوجبوها مطلقًا، وكذلك الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأم» أطلق وجوب التسوية وهو الذي قاله المحاملي والقاضي حسين والإمام، وابن أبي هريرة أيضًا أوجب التسوية قبل القبض، ولم يوجب الأجرة كما فعل الرافعي، وقد يقال في الفرق: أن المنافع والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، فلذلك ثبت له الخيار فقط، لأنه عيب ولم يضمن تخريجًا على أن جناية البائع كالآفة السماوية.

وأما الحفر في الأرض فإنه أذهب بعض أجزاء المبيع، لأن التراب بعض الأرض فيجب عليه إعادتها ولذلك قال ابن الرفعة خيال ضعيف، ثم هو غير مستمر لأن التراب الذي كان في موضع الحفر كان قد بان وسلك به مسلك الأجزاء، فينبغي انفساخ العقد فيه، وليس كذلك، وإن كان باقيًا قد أزاله عن ذلك الموضع عيب فرده من باب إزالة العيب ولا يلزمه، وإيجاب عين أخرى يسوى بها الحفر أبعد والله أعلم، وممن صرح بأن الأرش كالأجرة صاحب «التقريب» فيما حكاه عنه الإمام أنه حكى في الأرش الأوجه الثلاثة التي في الأجرة، وقد جعل صاحب «التتمة» حكم التسوية قبل القبض مبنيًا على جناية البائع، إن قلنا: كالآفة السماوية لم يجب، وهذا يوافق ما ذكرناه عن الماوردي وهو الصواب.

وحكى صاحب «التتمة» وجهين في وجوب التسوية بعد القبض، لأن التسليم في القدر المتصل بملكه لم يتم كما يقوله في وضع الجوائح، والشافعي رحمه الله تعالى في «الأم» أطلق وجوب التسوية، ولم يفصل بين ما قبل القبض وبعده، ولذلك قال ابن الرفعة: أن الذي يقع في النفس صحته الجزم بوجوب التسوية، والإجبار عليها.

كما هو ظاهر النص وقول الجمهور، ولا نظر إلى ما بعد القبض وقبله، فإن التسوية عبارة عن الموضع الذي يجب تسليمه فيه إلى غيره وجب عليه إعادته إلى ذلك الموضع بلا خلاف وعقب الطلب، انتهى.

واعلم أن الشافعي والأصحاب المطلقين وجوب التسوية لم يبينوا ما إذا

كانت مواضع الأحجار تحتاج في تسويتها إلى تراب آخر هل يلزم البائع إحضاره من خارج؟ أو تسويتها ببقية الأرض؟ أو يعيد إلى تلك الحفر التراب الذي أخذ منها بالقلع خاصة؟ وإن لم يحصل به سدها كما أشعر به كلام ابن الرفعة المتقدم، لكن المفهوم من لفظ التسوية هذا القسم الآخر، فإنه لا تسوية فيه لا سيما إذا كان مواضع الحجارة حفرًا كبارًا، والتراب الذي فوق الحجارة يسير، فإذا قلعت الحجارة بقي موضعها حفرًا لا يسده ذلك التراب الذي فوقها، ولا تتساوى ببقية الأرض، فحمل التسوية على هذا المعنى فيه بعد وعلى تقدير إرادته يتجه الجزم بوجوب التسوية، وفاء بمقتضى العقد، وتسليم المعقود عليه على حاله، وسواء في ذلك إذا لم يحصل بنقل التراب عن محله بالقلع عيب في الأرض أو حصل ولكن أجاز المشتري، فإن الإجازة لا تمنع من المطالبة بتسليم عين أجزاء المبيع على حالها.

وعلى هذا لو عدم ذلك التراب المنقول بالكلية وكان له قيمة ينبغي أن يكون كتلف بعض المعقود عليه، وإن كان المراد القسم الثاني، وهو تسويته ببقية الأرض فبعيد، لأنه لا يحصل بذلك إعادة المبيع إلى ما كان، بل يتغير كله، وإن كان المراد التسوية بالتراب المقلوع، فإن لم يكف فبتراب جديد، فحينئذٍ لا يتجه الجزم بوجوبه، لأن إلزام البائع بتراب جديد لم يضع يده على مثله مع إجازة المشتري العقد بعيد، بل الذي يتجه أن يقال: أن البائع يجب عليه كمال التسليم بمقتضى العقد، ومن ضرورته قلع الأحجار وإزالة التراب اللازم ثم إعادته على ما كان فإن لم يحصل بذلك زيادة عيب فلا كلام، وإن حصل عيب قبل القبض وكان المشتري قد أجبر البائع على القلع بعد اطلاعه على الأحجار، وعلمه بالحال، فلا شيء له غير رد التراب، لأن إجباره على القلع رضا بما يحصل منه من العيب.

وإن جهل الحال ـ فإن حصل ذلك قبل القبض ـ ثبت له الخيار فإن فسخ فذاك، وإن أجاز وجب التراب خاصة، وإن كان بعد القبض وكان ذلك مع جهل المشتري بالحال، فإن العقد لم يتضمنه، وجهل المشتري أثبت له الخيار، فإذا أسقطه بالإجازة لم يبق له شيء آخر، ثم التعيب الحاصل من القلع إن فرض، غايته أن يجعل لتقدم سببه كعيب حاصل في يد البائع، والمشتري قد رضي به لما ألزمه البائع بالقلع الذي ذلك التعيب من لوازمه، فلا شيء له، سواء كان قبل القبض أم بعده، ولعل ذلك مأخذ الشيخ أبي حامد ومن وافقه في قولهم، بأن التسوية لا تجب مطلقًا قبل القبض وبعده، ولكنه خلاف نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، وحينئذٍ اختار طريقة مفصلة وهي أن إعادة التراب الزائل بالقلع واجبة والزائدة على ذلك إن وقع ذلك

قبل القبض وحصل به عيب خرج على جناية البائع والأصح أنها كالآفة السماوية فيقتصر على إثبات الخيار وإن كان بعد القبض فيتخرج على القطع في يد المشتري بالسرقة السابقة في يد البائع والأصح أنه من ضمان البائع فتجب التسوية إن وقع بغير مطالبة المشتري، وإن وقع بمطالبة المشتري ففيه نظر، وفي مأخذ الخلاف في الأرش ولزوم التسوية مزيد كلام مذكور في الغصب، هذا كله، إذا كان لذلك الزمان أجرة، وإلّا فلا أجرة على ما تقدم قال الماوردي: وعلى جميع الأحوال ليس للبائع إقدام الحجارة في الأرض إن أقام المشتري على البيع.

والحالة الثالثة: أن لا يكون في قلعها ضرر، ويكون في تركها ضرر، فيؤمر البائع بالقلع والنقل، ويجبر عليه، ولا خيار للمشتري كما لو اشترى دارًا فلحق سقفها خلل يسير يمكن تداركه في الحال، أو كانت منسدة البالوعة فقال: أنا أصلحه وأنقيها، لا خيار للمشتري قلت وههنا أولى بعدم الخيار، لأن البائع مأخوذ بدفع الضرر عنه، وهناك لا يلزم البائع الإصلاح وإزالة الخلل، ثم إن الماوردي على عادته لما فسر الضرر بضرر الغراس والبناء قال: ثم القول في الأجرة وتسوية الأرض على ما مضى، فإن إطالة الكلام كما صنع الرافعي لم يحتج إلى ذلك، وقد ذكر المصنف هذه الحالة في باب الرد بالعيب وسنشرحها هناك إن شاء الله تعالى.

الحالة الرابعة: أن يكون في قلعها ضرر ولا يكون في تركها ضرر، فللمشتري الخيار إذا كان جاهلًا، فإن أجاز ففي الأجرة والأرش ما مر ولا يسقط خياره بأن يقول: أقلع وأغرم الأجرة أو أرش النقص، قال صاحب «التهذيب»: ويجيء فيه مثل الخلاف المذكور في الحالة الثالثة، ولو رضي البائع بترك الأحجار في الأرض سقط خيار المشتري إبقاء للعقد ثم ينظر إن اقتصر على قوله: تركتها فهل هو تمليك أو مجرد إعراض لقطع الخصومة؟ فيه وجهان حكاهما الرافعي، وهما كالوجهين في ترك النعل على الدابة المردودة بالعيب أحدهما: أنه تمليك ليكون في مقابلة ملك حاصل، وأظهرهما: أنه قطع للخصومة لا غير، وبالأول أجاب الماوردي.

وينبني على الوجهين ما لو قلعها المشتري يومًا ما وأبدى للبائع في تركها هل يمكن من الرجوع؟ والأكثرون أن له ذلك، ويعود خيار المشتري، وهو القياس، وقال الماوردي والإمام: لا رجوع، ويلزم الوفاء بالترك إلّا إذا جرت حالة يزول فيها المعنى المقتضي للترك، وقال الماوردي: لأنه يجري مجرى الإبراء الذي لا يجوز الرجوع فيه، ولا يعتبر فيه القبول، وادعى الإمام أنه لا خلاف فيه وإن قال: وهبتها منك فإن رآها قبل ووجدت شرائط الهبة حصل الملك ومنهم طرد الخلاف لانتفاء حقيقة الهبة، وإنما المقصود دفع الفسخ وإن لم توجد شرائط الهبة ففي

صحتها للضرورة وجهان: إن صححناها ففي إفادة الملك ما ذكرنا في الترك، قال أكثر هذا الكلام الإمام والرافعي رحمهما الله، ولم يتعرض لأن المشتري يجبر على ذلك أولًا وقد قال القاضي أبو الطيب: البائع إذا قال: وهبت الحجارة ففي إجبار المشتري على قبولها وجهان مبنيان على القولين فيما إذا باع ثمرة فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بالأولى فوهبها هل يجبر على قبولها؟ فيه قولان إن قلنا: لا يجبر فلأنها هبة مجهولة فلا تصح، وأيضًا فلا يجبر على قبول ملك غيره والثاني: يجبر، لأن بقبولها يزول الضرر.

فإن قلنا: لا يجبر، فعلى البائع نقلها، فإن لم يسمح البائع بترك الأحجار ثبت للمشتري الفسخ، فإن فسخ رجع بالثمن، وإن أقام فهل للبائع القطع؟ نظر إن كانت الأرض بيضاء أو مغروسة بغرس متقدم على البيع أو متأخر فله ذلك، ثم الحكم فيه يأتي إن شاء الله تعالى. وإن كانت مزروعة بزرع المشتري قال الماوردي: فعلى البائع ترك الأحجار إلى انقضاء مدة الزرع، لأنه زرع غير متعد به قلما يقلع قبل حصاده، فإذا حصد المشتري زرعه قلع البائع حينئذٍ حجارته، ولزمه أجرة الحجارة بعد القبض وتسوية الأرض، ووافقه صاحب «التهذيب» فقال: إذا كان فوق الأحجار زرع للبائع أو للمشتري فإنه يترك إلى أوان الحصاد، لأنه له غاية بخلاف الغراس، قال الرافعي: ومنهم من سوى بينه وبين الغراس.

فرع: تقدم أنه إذا لم يكن في القلع ضرر أو كان فيه ضرر يسير يمكن تداركه عن قرب أنه لا خيار للمشتري. ومحل ذلك على ما يقتضيه كلامه إذا بادر البائع إليه، فلو تقاعد عنه كان للمشتري الخيار، قال ابن الرفعة: وقد يقال: بل يجبر على ذلك كما يقتضيه كلام الغزالي وغيره، تبعًا لظاهر النص، يعني في وجوب تسوية الأرض على البائع لأن في ذلك محافظة على إتمام العقد.

فرع: في هذه الحالة فأما الغراس الذي وعدت بذكر حكمه إذا أقام المشتري على البائع وليس فيها زرع وكان فيها غراس فإن للبائع قلع حجارته مطلقًا ثم لا يخلو إما أن يكون ذلك الغرس متقدمًا على البيع قد دخل، وإما أن يكون المشتري استجده، فإن كان متقدمًا فإن قلعها بعد القبض فعليه الأجرة على الصحيح وأرش النقص وتسوية الأرض على ما تقدم، وتعيب الأشجار بالأحجار كتعيب الأرض في إثبات الخيار وسائر الأحكام، وإن كان قبل القبض لم يلزمه التسوية ولا أرش النقص على ما تقدم، وقد مر في مثله كلام الرافعي ومن وافقه، وفي الأجرة وجهان أصحهما: لا، ولو سمح البائع بترك الأحجار وكان القلع والترك يضران، ففي ثبوت الخيار وجهان، حكاهما المحاملي، أصحهما: الثبوت، لأنه ابتاع أرضًا على أن

فيها غراسًا، فإذا خرجت على خلاف ذلك فقد لحقه نقص وضرر، هكذا قال، وفي نظيرها فيما إذا كانت الأرض بيضاء لم يتقدم لنا خلاف في سقوط الخيار، وقال الإمام في الأرض المغروسة فيما إذا كان القلع يضر دون الترك، وسمح البائع بالترك حتى لا يتعيب الغراس بالقلع، لأن الأئمة أجمعوا على أن الخيار يبطل، وإن كان الغراس أحدثه المشتري بعد الشراء فإن أحدثه عالمًا بالأحجار فللبائع مع الأحجار، وليس عليه ضمان قلع الغراس وسقط خيار المشتري.

وإن أحدثه جاهلًا ففي ثبوت الخيار وجهان، وجه الثبوت أن الضرر ناشىء من إيداعه الأحجار في الأرض والأصح أنه لا يثبت لرجوع الضرر إلى غير المبيع، وبناهما القاضي حسين على ما إذا باع شجرة عليها ثمرة بعد بدو الصلاح ثم حدثت ثمرة أخرى واختلطت بالمبيعة، قال الروياني: فإن كان قلعها يضر وتركها لا يضر، وسمح البائع بالحجارة للمشتري أجبر على قبولها ولا خيار له، فإن كانت الأرض تنقص بالحجارة أيضًا فإن لم يورث الغرس وقلع المغروس نقصانًا في الأرض، فله القلع والفسخ، وإن أورث القلع أو الغرس نقصانًا فلا خيار في الفسخ، إذ لا يجوز له رد المبيع ناقصًا، ولكن يأخذ الأرش.

وإذا قلع البائع الأحجار فانتقص الغراس فعليه أرش النقص بلا خلاف هذا ما قاله الرافعي. وقال المحاملي: لا فرق بين أن يغرس البائع ويبيع أو يبيع بلا غراس ثم يغرس المشتري، وقال الماوردي: وإن كان الغراس استحدثه المشتري بعد البيع فهذا لا يكون إلّا بعد القبض فيلزمه ـ يعني البائع ـ الأجرة ونقص الغرس وتسوية الأرض، والتفصيل الذي قاله الرافعي أولى، وما قاله الماوردي من أن ذلك لا يكون إلّا بعد القبض وكذلك قال في الزرع، فكأن ذلك محمول على الغالب، وإلّا فيمكن أن يحصل للمشتري في الأرض المبيعة قبل قبضها غرس أو زرع، وحينئذٍ يعود الكلام في وجوب الأجرة، وجميع ما سبق من الأحكام التي تختلف قبل القبض وبعده.

وأما أرش نقص الغراس هنا فإنه واجب على كل تقدير. لأن الغراس ليس بمبيع حتى يخرج على جناية البائع قبل القبض وهذه الأحكام التي ذكرتها في الغراس والزرع ذكرها الماوردي في هذه الحالة الرابعة، والرافعي ذكرها ذكر ما لا اختصاص له بها ولا شك أنها قد تأتي في غيرها كما لو لم يجبر المشتري البائع على القلع في الحالة الأولى أو في الحالة الثالثة، فإن القلع يكون جائزًا للبائع، ويأتي فيه من التفصيل ما ذكر ههنا، والله أعلم.

فرع تكلم الإمام وقبله القاضي حسين في أنه لم أوجبوا تسوية الحفر على

البائع؟ وعلى الغاصب إذا حفر في الأرض المغصوبة؟ ولم يوجبوا على من هدم الجدار أن يعيده؟ وإنما أوجبوا الأرش؟ وأجابًا عنه بأن حجم الحفر لا يكاد يتفاوت، وبنيان الأبنية يختلف ويتفاوت، فشبه ذلك بذوات الأمثال وهذا بذوات القيم حتى لو رفع لبنة أو لبنتين من رأس الجدار وأمكن الرد من غير اختلاف في الهيئة كان ذلك كعلم الحفر.

فرع ذكره المحاملي هنا قال أبو إسحاق: إذا باع عبدًا فقال المشتري: هو آبق، وقال البائع: أنا أحضره الساعة وأحضره لم يكن للمشتري خيار، قلت: وصورة ذلك كما صرح به غيره ما إذا اشترط البائع الإباق ثم أبق في يد البائع قبل القبض، فإذا أمكنه رده عن قرب لم يثبت الخيار.

فرع ذكر الإمام في آخر كلامه كالضابط لما تقدم أنه مهما فرض ضرر لا يندفع فإن كان المشتري عالمًا فلا خيار ولا أرش، فإن كان جاهلًا ثبت الخيار، فإن فسخ فذاك، وإن أراد، وأراد إلزام البائع أرش النقص وإن لم يتمكن البائع من دفع الضرر بترك الحجر، وكان الضرر في تركه ونقله، ففي الأرش الأوجه من جهة أن المشتري يجد خلاصها بالفسخ، فهو كاطلاعه حالة العقد، وإن النقص ظهر بعد العقد بفعل منشؤه البائع، إما قبل القبض أو بعده مستندًا إلى سبب متقدم كقتل العبد المرتد، وإن تمكن من دفع الضرر بترك الحجر فلا يلزمه الترك، ولكن لو فعل وظهر الضرر فمن أصحابنا من قال في تغريم البائع ما تقدم من الخلاف، ومنهم من يقطع بتغريمه في هذا القسم ثم ينتظم على هذا تعطل المنافع من غير نقص في رقبة المبيع. وقد ذكروا الخلاف في الأجرة فما وجه ترتبها؟ والفرق لائح؟ فإن المنافع ليست معقودًا عليها، ولو قيل: القدر الذي يفرغ البائع فيه المبيع غير داخل في استحقاق المشتري لم يكن بعيدًا، والمبيع كله مستحق للمشتري بأجزائه وصفاته.

فرع: تقدم أن الأصح في الأجرة أنها لا تجب قبل القبض، وتجب بعده، وأن ذلك قول أبي إسحاق المروزي على ما نقل أبو الطيب، وفي «البحر» قال الماسرجسي: قال إسحاق في بغداد قبل خروجه إلى مصر: له الأجرة، يعني قبل القبض، قال القاضي الطبري: وهذا محتمل عندي لأنه نص في «البويطي» على أن البائع إذا قطع يد العبد المبيع فالمشتري بالخيار بين الفسخ والإجازة مع الأرش، فإذا نص في الأرش فالأجرة مثله، وبنى القفال ذلك على أن جناية البائع، كالآفة السماوية أو كجناية الأجنبي.

فرع: تقدم الكلام في أن للمشتري الخيار عند وجود شروطه المتقدمة، وإن الأجرة والأرش يفصل فيهما بين ما قبل القبض وبعده، وهل يثبت خيار للمشتري

بنقص الأرض بالقلع؟ تقدم عن الماوردي فيما قبل القبض أنه يثبت، وذلك ظاهر، لأنه عيب حدث قبل القبض وقال الروياني: أنه إن كان بعد القبض فيثبت أيضًا، لأن سببه كان موجودًا قبل القبض.

فرع: إذا اختار المشتري الإمساك فيما إذا كانت الأرض المذكورة مشتملة على شجر داخل في البيع وكان قلع الحجارة يضر وتركها يضر، فالحكم في التسوية والأجرة على ما تقدم وفي أرش النقص طرق حكاها الروياني.

أحدها: لا أرش لأنه رضي بالنقص وقال أبو إسحاق: هو كالأجرة إن كان قبل القبض لم يلزم وإن كان بعده لزم. وقال ابن سريج: بعد القبض يلزم قولًا واحدًا وقبله قولان. وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان قبل القبض وبعده والأصح أنه يجب.

فرع: قال الروياني: فلو كان قلع الأشجار يضر وتركها لا يضر، واختار البائع الترك، لا خيار للمشتري، وهل تملك بالترك؟ على ما تقدم وقال القفال: لو قلع المشتري تلك الأحجار بعد ذلك فهل للبائع قلع الأحجار؟ وجهان مبنيان على ما لو أتلف حنطة فلم يوجد مثلها فغرم المثل، ثم وجد المثل، هل له رد القيمة ومطالبته بالمثل؟ وجهان، وإن اختار القلع فللمشتري الخيار لأنه يضر بالمبيع، ولا فرق بين أن يقول له البائع: أنا أعطيك أرش النقص أو لم يقل وليس كما إذا اختار الترك، فإنه لا نقص في الترك، فإن اختار المشتري الإمساك فالحكم في التسوية والأجرة وأرش النقص على ما مضى.

فرع: إذا غرس المشتري بعد العلم بالحجارة سقط رده كما تقدم، ثم إن كان قلع الأحجار وتركها مضرين فللبائع القلع وللمشتري المطالبة به، ثم إذا قلع قال الروياني: يلزم البائع أرش النقص قولًا واحدًا، لأنه حول ملكه عن الأرض بإدخال النقص على الغير، فإن كان مراد الروياني نقص الأرض فظاهر، وإن كان المراد نقص الغراس فقد تقدم عن الرافعي خلافه، وأنه لا يضمن نقصه وذلك هو الظاهر، فإنه متعد بالغرس، والله أعلم.

وإن كان قلعها يضر وتركها لا يضر فإن اختار القلع قال الروياني: فعليه أرش النقص قولًا واحدًا، والكلام فيه كما تقدم، وليس مراده إلّا الغراس فإنه قال عقيب ذلك وكيفية التقويم أن يقال: كم يساوي هذا الشجر ولا نقص؟ فيقال: مائة، فيقال: وكم يساوي وبه هذا النقص؟ فيقال: تسعون فيقول: نقص العشر، فتلزم حصته من القيمة، وإن اختار البائع الترك فهل يملكها المشتري؟ فعلى ما ذكرنا.

فرع: قال الروياني وغيره: ولو كان البائع زرع فيها زرعًا وباعها مع الزرع

وتحتها أحجار يعني والمشتري جاهل بها فليس للبائع أن يقلع الأحجار ما لم يحصد الزرع إذا كان قلعها يضر بالزرع، وإن الزرع يختص بالبائع فالضرر يختص به والخيار إليه.

فرع: قال الغزالي رحمة الله عليه فيما نقل ابن أبي الدم: أن العراقيين نقلوا أنه يجب على الغاصب أرش نقصان الحفر، ويريد به: ولا يلزمه التسوية وفي مسألة البيع يلزمه التسوية، ومعناه: ولا يلزمه أرش النقص، واختلف الأصحاب في ذلك على طريقين منهم من قال: يلزمه أرش النقص في المسألتين دون تسوية الحفر فيهما، ومنهم من قال: يلزمه التسوية في المسألتين دون أرش النقص ومنهم من فرق بعدوان الغاصب فيلزمه الأرش بخلاف البائع فيلزمه التسوية.

فرع: زرع المشتري الأرض ولم يعلم أن تحتها حجارة، وفي قلعها هلاك الزرع، لم يمكن البائع من قلعها لأن للزرع غاية فيؤمر بالتوقف بخلاف الغراس، قاله صاحب «التتمة» وغيره، ونص عليه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ. وكذلك فيما إذا علم المشتري بالحجارة وترك البائع القلع، ثم أراده بعد زرع المشتري لم يكن له ذلك حتى يحصده المشتري، كما حمل ابن الرفعة نص الشافعي عليه: قال الرافعي: ومن الأصحاب من يسوي في الحالتين بينه وبين الغراس.

فرع: شبه المتولي الخلاف في ثبوت الخيار إذا اشترى الأرض وغرسها بعد الشراء ثم ظهر فيها أحجار بما إذا باع الشجرة وبقي لنفسه الثمرة، فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بها، فمن قال هناك يجعل الحادثة كالمبيعة في حكم الاختلاط. قال ههنا: إن الضرر الذي يلحقه في الغراس الحادث كالضرر الذي يلحقه في الأشجار المشتراة. يعني لأنه استحق بالشراء أن يغرس فيها، فجعلنا الضرر الذي يلحقه في حق من حقوق المبيع كالضرر الذي يلحقه في نفس المبيع، قال: وأصل المسألتين إذا اشترى جارية فوطئها. ثم استحقت فغرم المهر هل يرجع بالمهر على البائع أم لا؟ فعلى قول يرجع لأنه ضمن له سلامة الوطء فإذا لم يسلم يرجع عليه، وكذا هنا ضمن له سلامة غراسه، والثمار الحادثة، فجعلنا الخلل الحاصل في واحد منهما كالخلل في عين المبيع، وفرض المتولي المسألة فيما إذا كان قلعها يضر بالغراس، وتركها لا يضر، وقد تقدم حكاية للخلاف عن الرافعي في ثبوت الخيار مطلقًا.

فرع: قال الشيخ أبو محمد الجويني في «السلسة» لما ذكر الوجهين في وجوب الأجرة على البائع للمدة التي مضت في نقل الحجارة، وبناهما على أن جناية البائع كالآفة السماوية، وكجناية الأجنبي، قال: فإن قيل: القبض هنا حاصل، والمذهب

لا يختلف أن جناية البائع بعد القبض كجناية الأجنبي، وإنما القولان قبل القبض، قلنا: البائع إذا سلم الأرض وفيها حجارة مستودعة مانعة من الانتفاع فإنها مانعة من كمال صفة القبض فلذلك ألحقناها بالحالة الأولى، وهذا الذي قاله الشيخ قد تقدمت الإشارة إليه، ولكني أحببت نقله من كلامه.

فرع: من تتمة الكلام في المسائل المتقدمة لو كان الغراس داخلًا في بيع الأرض، ونقل الحجارة مضر به، قال الإمام: وليس لقائل أن يقول في حالة الجهل وإضرار الغراس ونحوه أنه يمتنع عليه النقل وفاء بموجب البيع، وقيامًا بتسليم الأرض والأشجار له.

فرع: قال الرافعي رحمه الله: لو باع دارًا في طريق غير نافذ دخل حريمها في البيع، وفي دخول الأشجار الخلاف الذي سبق، وإن كان في طريق نافذ لم يدخل الحريم والأشجار في البيع، بل لا حريم لمثل هذه الدار، كذا ذكرها الرافعي قال: إذا قال: بعتك هذا البستان أو الباحة دخل في البيع الأرض والأشجار والغراس، وكل ما له من النبات أصل لا خلاف في المذهب في ذلك، وفي دخول البناء الذي فيه ما سبق في دخوله تحت الأرض، وقال الغزالي: إن الأظهر عدم الدخول جريًا على قاعدته، وأما على المذهب فإنه يدخل. وإن قيل بالجزم بالدخول كان له وجه فإن البستان وإن كان قد يخلو عن البناء ولكنه إذا كان مشتملًا عليه تناول اسمه جميع ذلك، وهو كالاحتمال الذي في دخول الشجر في بيع الدار، وهو ههنا أقوى، لأن اشتمال البساتين على البناء أكثر من اشتمال الدور على الأشجار غالبًا، ويندر أن يكون بستان لا بناء فيه.

وجزم الرافعي بدخول الحائط ولا وجه لذلك، بل هي من جملة الأبنية، فالجزم فيها مع طرد الخلاف في غيرها غير متجه، ولا مساعد عليه عند الأكثرين، هذا والماوردي أطلق طرد الخلاف في البناء من غير تفصيل، والروياني في «البحر» صرح بأن البناء والجدار المحيط على الطرق، وإن بعض أصحابنا قال: يدخل الجدار المحيط قولًا واحدًا. وهو ضعيف عندي، وجزم القاضي أبو الطيب بدخول البناء في بيع البستان مع ذكر الخلاف في دخول النخلة والشجرة في بيع الدار، وذلك يشهد لما قلته الآن من الفرق وتقوية الجزم بالدخول في البستان، وهو الذي يقتضيه العرف لا سيما في بلادنا هذه، التي الغالب على بساتينها أن تتخذ عليها الحوائط والأغلاق لشبه المساكن.

قال الإمام: والبناء عندي بالإضافة إلى البستان كالشجرة بالإضافة إلى الدار. فقد تلخص في دخول الأبنية في البستان طرق:

إحداها: أن الجدار المحيط يدخل جزمًا. وفيما عداه الطرق، وهو ما أورده الرافعي وضعفه الروياني.

والثانية: إجراء الخلاف في الجميع، وهي قضية إطلاق الأكثرين.

والثالثة: الجزم بدخول الجميع، وهو مقتضى كلام القاضي أبي الطيب، وهي التي اقتضى كلامي أولًا الميل إليها، وليس لنا طريقة جازمة بعدم دخول الأبنية هنا مع التردد في دخولها تحت اسم الأرض، وهذا ما لا يمكن، ولك أن تأخذ من هذه الطرق ثلاثة أوجه في دخول الأبنية تحت اسم البستان والباحة والكرم، ثالثها: يدخل المحيط دون ما إذا لم يكن على هيئة الجدار الموضوع للحفظ والإحاطة، وكذلك فعل ابن الرفعة.

قال الرافعي: وذكروا أن لفظ الكرم كلفظ البستان، لكن العادة في نواحينا إخراج الحائط عن مسمى الكرم، وإدخاله في مسمى البستان ولكن لا يبعد أن يكون الحكم على ما استمر الاصطلاح به، وذكر ابن الرفعة أن هذا كالعام. وأنه إن صح يكون وجهًا رابعًا يعني في محيط الكرم والبستان والشجرة العتيقة، ولو كانت الشجرة حادثة لم تدخل في بيع البستان، قاله ابن الرفعة أخذًا مما سيأتي، وفي العريش وهو المسمى في بلادنا بالكرم في وجوب اللزوم تردد للشيخ أبي محمد. رجح الإمام والغزالي دخوله، وجعل في «الوسيط» محل التردد في دخوله وتحت اسم الكرم، والإمام نقله في لفظ البستان والباحة، وفي كلامه ما يدل على جريانه في الكرم أيضًا.

وفي كلام الإمام ما يقتضي أن ذلك في العريش الذي ينقل، فإنه قال: والوجه عندنا القطع بدخولها تنزيلًا على المفهوم من اسم الكرم أو البستان في مطلق العرف فإنه ينظم مع الكرم عريشة، وإن كان محله. قال ابن الرفعة: لكن هذه العبارة تفهم أن محل ذلك إذا كان العريش ينقل أما إذا كانت تراد للدوام [كما هو جار] في بلادنا فلا يأتي فيها التردد قال الرافعي: ولو قال: هذه الدار بستان، دخلت الأبنية والأشجار جميعًا، ولو قال: هذا الحائط بستان أو هذه المحوطة دخل الحائط المحيط وما فيه من الأشجار. وفي البناء الذي في وسطه الخلاف السابق، هكذا ذكره في «التهذيب». وهكذا قال الروياني فيما إذا قال: حائط بستان، وفي لفظهما قلق، والمراد أن يقول: بعتك هذا الحائط البستان هذه [هي] العبارة المستقيمة.

قال الرافعي: ولا يتضح في لفظ المحوطة فرق بين الأبنية والأشجار فليدخلا أو ليكونا على الخلاف قال ابن الرفعة: هذا الذي ذكره الرافعي صحيح إن كانت الحوطة بغير ميم أما إذا كانت في كلامهم بالميم فالإشارة تكون للميم وهو البستان،

فكأنه نطق به وعند نطقه تدخل الأرض والأشجار والبناء المحيط وفي دخول ما فيه من البناء الخلاف عنده، فلذلك ألحق هذه اللفظة بالبستان.

قلت: وهذه اللفظة فيما وقفت عليه من نسخ «المهذب» والرافعي و«الروضة» ـ بالميم وإخراج البناء عنها بعيد. وإن أخرج فيما إذا نطق باسم البستان فإن الإشارة إلى الجميع وتخصيصها ـ بالميم ـ دون غيره لم يقتضه دليل وهي داخلة في مدلول اللفظ قطعًا، بخلاف البستان عند من يجعلها خارجة منه. لأن اسم البستان صادق بدونها، نعم قول الرافعي فليدخلا أو ليكونا على الخلاف لا وجه للتردد في ذلك بل يتعين الجزم بدخولها، وأما لفظ الحوطة بغير ـ ميم ـ فلم أره في كتاب غير كلام ابن الرفعة. ولا أعلم معناه فإن كان موضوعًا للبستان فيتجه كلام صاحب «التهذيب» ولا يستقيم كلام الرافعي وإن كان موضوعًا للحائط الدائر على البستان فيتجه أن لا يدخل البناء ولا الشجر جميعًا.

والأقرب: أن حذف ـ الميم ـ تصحيف وأن اللفظ بالميم كما هو في الكتب. وأن الحكم فيها مخالف للحكم في لفظ البستان. والحائط بمعناه وأنه لا يتجه فرق فيها بين البناء والشجر. كما قاله الرافعي، لكنه لا ينبغي التردد في ذلك كما تردد بل ينبغي دخول البناء والشجر لوجود الإشارة إلى الجميع وعدم ما يقتضي إخراج شيء من ذلك، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال ابن الرفعة: وفي بعض الشروح أنه لو قال: بعتك هذا المحوط دخل فيه الحيطان والأرض وإن كان فيه غراس فعلى ما تقدم من الخلاف، قلت: وهذا عكس ما قاله صاحب «التهذيب». وخلاف ما قاله الرافعي أيضًا وبعيد من جهة المعنى لا وجه له، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع: قول الغزالي في «الوجيز»: إن الأظهر عدم الدخول يعني به الأظهر من الطرق، فإنه في «الوسيط» صرح بأن الخلاف فيه كما في اسم الأرض، وأصح: الطرق عنده في اسم الأرض عدم الدخول كما تقدم فعلم أن مراده هنا الأظهر من الطرق، والعجلي قال: إن معناه الأظهر من الوجهين وحمله على ذلك تسوية الإمام بين البناء بالنسبة إلى البستان، والشجر بالنسبة إلى الدار والذي حكاه الإمام الغزالي في استتباع الدار للشجر ثلاثة أوجه، وأفهم كلام الإمام فيها أن التفريع على أن اسم الأرض لا يتناول البناء والشجر أي إن قلنا: البناء والشجر داخلان في الأرض فههنا أولى، وإن قلنا: لا يدخل فههنا ثلاثة أوجه ويكون قول الغزالي «الأظهر» أن من هذه الأوجه ولا شك أن ما قاله الإمام نفيه.

ولكن الغزالي صرح في «الوسيط» بأن الخلاف فيه كالخلاف في الأرض

فينبغي أن يحمل كلامه في «الوجيز» على ذلك ويكون الأظهر من الطرق فإنه ليس في كلامه التسوية بين الدار والبستان كما في كلام الإمام وإن كانت التسوية متجهة ـ وقد تقدم في استتباع الدار الأشجار بحث ـ ويمكن أن يعود مثله هنا في هذه الأوجه وتكون مفرعة على القول باتباع الاسم كما ذكره الإمام هناك وإن لم يصرح به هنا لكن تسويته بين المسألتين يقتضيه، ولو كان في البستان ماء فهل يدخل في العقد؟ فيه وجهان حكاهما القاضي حسين.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن باع نخلًا وعليها طلع غير مؤبر دخل في بيع النخل، وإن كان مؤبرًا لم يدخل، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من باع نخلًا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلّا أن يشترطها المبتاع» فجعلها للبائع بشرط أن تكون مؤبرة، فدل على أنها إذا لم تكن مؤبرة فهي للمبتاع، ولأن ثمرة النخل كالحمل، لأنه نماء كامن لظهوره غاية كالحمل، ثم الحمل الكامن يتبع الأصل في البيع، والحمل الظاهر لا يتبع، فكذلك الثمرة. قال الشافعي رحمه الله: وما شقق في معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبر.

الشرح: حديث ابن عمر رضي الله عنهما رواه البخاري ومسلم رحمهما الله، ولفظهما: «من باع نخلًا قد أبرت فثمرتها للبائع إلّا أن يشترط المبتاع»[1] وفي لفظ لمسلم: «من ابتاع نخلًا بعد أن تؤبر» وفي لفظ آخر له: «أيما نخل اشترى أصولها وقد أبرت فإن ثمرتها للذي أبرها إلّا أن يشترط الذي اشتراها» وفي لفظ له أيضًا: «أيما امرىء أبر نخلًا ثم باع أصلها فللذي أبر ثمر النخل إلّا أن يشترط المبتاع» ورواه الشافعي رحمه الله عن ابن عيينة عن الزهري عن سالم عن أبيه، وهذا من أصح الأسانيد وأحسنها، كله أئمة علماء، ولفظه كلفظ المصنف لكنه قال: أن يشترط المبتاع بغير هاء، وكذلك في بقية الحديث من طريق سالم، ومن باع عبدًا وله مال فالمال للبائع إلّا أن يشترط المبتاع، وجماعة الحفاظ يقولون، هكذا بغير هاء في الموضعين. هكذا قال ابن عبد البر، ونبه على أن المعنى إلّا أن يشترط المبتاع سائر ذلك، فيدل على صحة اشتراط نصف الثمر أو جزء منها وكذلك في مال العبد، وهو قول جمهور الفقهاء، وسأتعرض لهذا في فرع آخر الكلام إن شاء الله تعالى، والغرض التنبيه على إسقاط الهاء من لفظ الحديث، ولم أقف عليها في شيء من طرق الحديث، وقول المصنف: نماء احتراز من الكنز والحجارة المدفونة والبذور.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٢٠٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٤٣) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٣٣) والنسائي في سننه (٧/ ٢٩٧) والترمذي في سننه برقم (١٢٤٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢١١) والدارمي في سننه (٢/ ٢٥٣) والبيهقي في سننه (٥/ ٣٢٤) ومالك في الموطأ (٢/ ٦١٧) والشافعي في الأم (٣/ ٤١).

وقوله: كامن احتراز من الزرع، لأنه ظاهر من غير المؤبر كذلك، وأن التين والعنب ونحوه وقوله: لظهوره غاية، احتراز من الجوز واللوز والرمان والرانج، لأنه لا غاية لخروجه من قشره. وإنما يظهر بكسره، فالرمان والموز للبائع قولًا واحدًا، والجوز واللوز والرانج له على الصحيح المنصوص، فالثمرة المقصودة من دون الأشياء لا تظهر إلّا عند الأكل، فهذا في معنى قولنا ليس لظهوره غاية، وقد ورد في بعض الروايات: من باع، وفي بعضها: من اشترى، وكلها صحيح سندًا ومعنى. قال ابن عبد البر: لا يختلف أهل العلم بالحديث في صحة هذا الحديث وهو عند جميعهم ثابت صحيح.

وقوله: أبرت يجوز تشديده وتخفيفه، يقال أبر النخل مخففًا يأبرها أبرًا، والتأبير هو التلقيح وهو أن ينتظر النخلة حتى إذا انشق طلعها وظهر ما في بطنه وضع فيه شيء من طلع الفحال، وقال بعضهم: هو أن تشقق ويؤخذ شيء من طلع الذكر فيدخل بين ظهراني طلع الإناث فيكون ذلك بإذن الله تعالى صلاحًا لها، وهذه هي العبارة المحررة وقد يؤخذ سعف الفحال فيضرب في ناحية من نواحي البستان عند هبوب الرياح، فيحمل الريح أجزاء الفحال إلى سائر النخل، فيمنعه التساقط، وفي عبارة جماعة ما يوهم أن التشقق داخل في مسمى التأبير، وسنبين لك فيما سيأتي أنه ليس الأمر كذلك.

أما الأحكام: فبيع الشجر، إن كان بشرط القطع جاز مطلقًا، رطبًا ويابسًا، وإن كان بشرط القلع فإطلاق الأكثرين يقتضي الجواز أيضًا، وقال الصيمري: إن كان كالفجل لم يجز، لأن أسفله غائب، وإن كان كشجر العصفر وما حفر من التراب جاز لأن الغائب منه غير مقصود، وأطلق الصيمري ذلك من غير تفصيل بين الرطب واليابس. وغيره صرح بجواز شرط القلع ويجعل المجهول تبعًا، وإن باع بشرط التبقية، فإن كانت الشجرة رطبة وليس الكلام فيما يشترط فيه القطع من الباب، وإن كانت يابسة قال المتولي: فسد البيع، وإن أطلق فالمشهور الجواز، وعلى مقتضى قول الصيمري حيث لا يجوز شرط القطع ينبغي الحكم بالفساد.

إذا عرف ذلك فقال الأصحاب: يندرج في مطلق بيع الشجرة أغصانها لأنها معدودة من أجزاء الشجرة، فإن كان الغصن يابسًا والشجرة رطبة فالمشهور لا يدخل، لأن العادة فيه القطع كما في الثمار قال في «التهذيب»: ويحتمل أن يدخل كالصوف على ظهر الغنم، قال ابن الرفعة: أي إذا بيعت وقد استحق الجز ويدخل العرق أيضًا في مطلق بيع الشجرة، وكذا الأوراق، وفي ورق التوت ونحوه خلاف سيأتي تفصيله في كلام المصنف، وفي أغصان الخلاف التي تقطع أغصانه ويترك

ساقه. فإذا باع شجرته فالأغصان لا تدخل في العقد.

أما الخلاف الذي يقطع في كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب ما ظهر منه للبائع، وفي أصوله الخلاف الذي في أصول البقل قال ذلك القاضي حسين، وعن الإمام أنه قال هنا: أنها تدخل أغصانها في البيع بلا خلاف، وفي كتاب الرهن حكى فيها خلافًا وفي كتاب الوقف قال: أنها بمنزلة الثمرة فتلخص أن الخلاف نوعان، نوع: يقطع كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب، ونوع: يبقى وتقطع أغصانه، ففي دخول أغصانه في بيعه خلاف الأصح: الدخول لأنها جزء منه، ولا يدخل في بيع الشجرة الكرم الذي عليها، قاله القاضي حسين في «الفتاوى»، ولو كانت الشجرة يابسة ثابتة فعلى المشتري تفريغ الأرض عنها للعادة، ولا يدخل مغرسها في العقد وجهًا واحدًا قاله القاضي حسين، وحكمها حكم سائر المنقولات. ولا يشترط فيه القطع قاله القاضي حسين.

قال في «التتمة»: فلو شرط إبقاءها فسد البيع كما لو اشترى الثمرة بعد التأبير، وشرط عدم القطع عند الجذاذ، ولو باعها بشرط القطع جاز وتدخل العروق في البيع عند شرط القطع، وإن كانت مجهولة تبعًا، كذا قاله، وقال الصيمري: لا يجوز بيع النخلة بشرط القلع، لأن أسفلها غائب، ولا يدخل عند شرط القطع، بل تقطع عن وجه الأرض.

وإن كانت الشجرة رطبة فباعها بشرط الإبقاء أو بشرط القلع أو بشرط القطع اتبع الشرط، وفيه عند شرط القلع ما تقدم عن الصيمري ولا يجب تسوية الأرض لأنه شرط القلع، قاله في «الفتاوى»، ولو أطلق جاز الإبقاء أيضًا للعادة كما لو اشترى بناء استحق إبقاءه، وليس كالزرع حيث يشترط القطع، لأن الشجرة تراد للبقاء، ولا يجوز للبائع أن يقلعها على شرط أن يغرم ما ينقصه القلع، قاله الإمام، وهو بما لا خلاف فيه، وكذلك إذا باع بناء مطلقًا قاله الإمام، وهل يدخل المغرس في البيع؟ فيه وجهان، وقيل قولان أحدهما: ويحكى عن أبي حنيفة نعم، لأنه يستحق منفعته لا إلى غاية، وذلك لا يكون إلّا على سبيل الملك، ولا وجه لتملكه إلّا دخوله في البيع، وأصحهما: عند الإمام والرافعي وغيرهما نعم، لأن اسم الشجرة لا يتناوله.

وقد يستحق غير المالك المنفعة لا إلى غاية، كما لو أعار جداره لوضع الجذوع، وكذا الوجهان في دخول الأس في بيع البناء كما تقدم قال الإمام: وليس هذا كالخلاف في استتباع الأرض أشجارها، فإن الفرع لا يستتبع الأصل، ولكنه من جهة استحقاق لا محمل له إلّا الملك يعني أن ذلك لا يكون إجارة للتأبيد ولا عارية

لعدم جواز الرجوع، وإن بذل أرش النقص فلم يبق إلّا جعله مبيعًا تبعًا، فعلى الوجه الأول لو انقلعت الشجرة أو قلعها المالك كان له أن يغرس بدلها، وله أن يبيع المغرس، وعلى الثاني ليس له ذلك، وهل يكون ملكه لذلك من باب الإجارة أو الإعارة؟ قال ابن الرفعة: يخرج فيه من مقتضى كلام الأصحاب وجهان، أحدهما: إجارة كما قيل بمثله في الصلح، ولا يخرج على الجمع بين بيع وإجارة، لأن هذا يقع ضمنًا مع أن الصحيح جواز الجمع، وهذا الوجه يتخرج من قول جمهور الأصحاب أن البائع لا يتمكن من القلع وغرامة الأرش على ما يفرغ.

وقال بعض الأصحاب فيما حكاه الإمام في كتاب «الرهن»: إن له القلع وغرامة ما ينقصه القلع كما يغرم المستعير في مثل هذه الصورة، وعلى المعير أن يكون استحقاق على سبيل العارية قال ذلك ابن الرفعة، قال: وبه يتم ما أبديته تخريجًا، وهل يلزمه تسوية الحفر أو يخرج على الخلاف في العارية؟ وقال ابن الرفعة: يشبه أن يقال: إن قلنا: الإبقاء يستحق كالعارية فكالعارية، وإلّا فلا يلزمه وجهًا واحدًا، والخلاف في دخول المغرس والأس في البيع مثله مذكور في الإقرار بهما وإقامة البينة كما حكاه الإمام في كتاب «الصلح» ونقله ابن الرفعة عنه.

ولو كانت الأرض غير مملوكة لبائع البناء والغراس فلا يتخيل فيها ملك الأرض فإن جهل المشتري الحال وقلنا بدخولها في البيع لو كانت للبائع، قال ابن الرفعة: فيشبه أن يقال: يثبت الخيار، كما إذا قلنا: الحمل يقابل بالثمن. ثم بان أن لا حمل، ولا يبطل البيع لأن ذلك إنما وقع تبعًا لا مقصودًا، وهذا إذا كان الإبقاء مستحقًا له بطريق، بإجارة أو غيرها.

أما إذا كان في أرض مغصوبة فحكى الماوردي في كتاب «الغصب» في صحته وجهين، أحدهما: لا يصح لأن [الإجارة تقتضي] الإبقاء وهو لا يستحقه في هذه الحالة، والثاني: يصح ويثبت الخيار وظاهر كلامه أن ذلك تفريع على أنه لا يملك عند الإطلاق وإنما يستحق الإبقاء وجريان مثل ذلك على قول المالك، قال ابن الرفعة: والذي تعم به البلوى ولم نقف فيه على نقل أن يبيع البناء والأرض مستأجر معه، ولم تنقض مدة إجارته وعلم المشتري منه ذلك فهل نقول يستحق الإبقاء في بقاء مدة إجارته بغير عوض؟ كما لو كانت الأرض مملوكة له ولم يدخلها في العقد أو يستحق الأجرة كما يستحقها مالك المنفعة عليه بعد فراغ المدة؟ فيه نظر واحتمال، قال: والأشبه الثاني. والعمل عليه في العرف، ولو كانت الْارض قد أوصى له بمنفعتها دون رقبتها وجاز له البناء والغراس فيها ثم باع ذلك فيشبه أن تلحق هذه بما إذا كان مالكًا للأرض حتى لا تستحق عليه أجرة، لا في حال حياته

ولا بعد وفاته، إذا قلنا: لا تبطل الوصية بموته كما هو المذهب، أما إذا قلنا: تنتهي بموته حتى لا تنتقل المنفعة لوارثه، كما هو محكى في «الإبانة» و«البحر» فهو قريب من الإجارة، والله أعلم.

وهذه الأحكام كلها جارية في جميع الشجر، لا فرق بين النخل وغيره. وقد استشكل ابن أبي الدم دخول المغرس في بيع الشجر. ورأى القول به في غاية البعد من جهة أن الأرض قد تكون كثيرة الشجر، فتشتبك عروقها في جميع الأرض، فلا يبقى للأرض بياض على ظاهرها لتقارب الأشجار، ولا في بطنها لاشتباك العروق، وإثباتها يفضي إلى أن يملك مشتري الغراس بشرائه جميع الأرض أو معظمها، وأيضًا فأما أن يملكه نازلًا في طبقات الأرض على مسامتة العروق وفي جهة العلو إلى وجه الأرض على مسامتة العروق، ولا نقول: إنه يملك من الأرض ما يستر العروق، والبحث بها من الأرض والأول ظاهر البطلان لإفضائه إلى ملك الأرض بانتشار العروق.

والثاني: باطل لأنه يؤدي إلى منع مالك من بيع أرضه من غير مالك الغراس، لأن مالك الغراس قد ملك جملة من أجزائها وهي مجهولة وبيع المجهول باطل، فقد أدى إلى فساده تفريعه على فاسد، ويلزم عليه أيضًا أنه إذا ملك شجرة صغيرة وملك مغرسها فلا شك في صغر المغرس الآن لصغر الشجرة وقلة عروقها، فإذا ابتلت الشجرة وسقيت وانتشرت عروقها وامتدت إلى مواضع لم تكن ممتدة إليها وقت الشراء ولا بعده بأشهر، فيؤدي إلى أنه لم يكن مالكًا لمواضع من الأرض، وكلما امتد عرق شبرًا أو فترًا في جزء من الأرض ملكه ملكًا متجددًا، وهذا بدع في الشرع، لا يصير إليه بجعل، انتهى ما قاله ابن أبي الدم وهو بحث جيد.

إذا عرفت هذه المقدمة فإذا باع نخلًا دخل جريدها وسعفها وخوصها لا خلاف في ذلك، وأما الطلع فإن كان غير مؤبر دخل، وإن كان مؤبرًا لم يدخل للحديث الذي استدل به المصنف، وهو يدل على الحكم الثاني بمنطوقه، وعلى الأول بمفهومه. وكلام المصنف يقتضي أنه جعله مفهوم الشرط، وكذلك فهمه صاحب «الانتصار»، ويحتمل أن يكون مفهوم الصفة فإنه جعل التأبير صفة للنخل، وكذلك جعله الغزالي في «المستصفى» وغيره من الأصوليين من أمثلة مفهوم الصفة، وكلاهما صحيح.

قال الشيخ أبو حامد الإسفراييني: لنا من الحديث أدلة ثلاثة، أحدها: دليل الخطاب وهو دليل الشافعي رحمه الله تعالى منه، وذلك أن الطلع له وصفان مؤبر وغير مؤبر، فلما جعله النبي ﷺ إذا كان مؤبرًا للبائع دل على أن غير المؤبر للمشتري كما نقوله في سائمة الغنم زكاة.

والثاني: أن النبي ﷺ قال: «من باع نخلًا بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع» فجعلها للبائع بالشرط، وهو أن تكون مؤبرة فعلم أنها إذا كانت غير مؤبرة فليست للبائع لعدم الشرط، فمن قال: أنها للبائع في الحالين فقد خالف من وجهين:

أحدهما: أن النبي ﷺ جعلها للبائع إذا أبرت بهذا الشرط، ولم يجعلها هو له بهذا الشرط.

الثاني: أنه ـ أعني المخالف ـ جعل غير المؤبرة للبائع مع عدم الشرط.

والدليل الثالث: من الحديث أن النبي ﷺ إما أن يكون ذكر التأبير تنبيهًا على أن غير المؤبر أولى بأن يكون للبائع، وإما أن يكون لتعيين أن غير المؤبر لا يكون للبائع، لا سبيل إلى الأول، لأن المؤبر بائن ظاهر، وغير المؤبر كامن مستتر، وما كان مستترًا فهو أولى بالتبعية من الظاهر بدليل الحمل، فتعين الثاني وهو أن يكون المقصود أن لا يكون للبائع عند عدم التأبير، وذكر الشيخ أبو حامد عن الشافعي من الاستدلال [ما هو] موجود في «الأم» فإنه قال: لأن رسول الله ﷺ إذا حد قال: «إذا أبر فثمره للبائع» فقد أخبرنا بأن حكمه إذا لم يؤبر غير حكمه إذ أبر ولا يكون ما فيه إلّا للبائع أو للمشتري لا لغيرهما، ولا موقوفًا فمن باع حائطًا لم يؤبر فالثمرة للمشتري بغير شرط استدلالًا موجودًا بالسنة وقال قريبًا من ذلك في «الإملاء» أيضًا.

وقال في «المختصر»: إذا جعل رسول الله ﷺ الإبار حد الملك للبائع فقد جعل ما قبله حد الملك للمشتري على أن كلام الشافعي في «الأم» يحتمل أن يكون جعله من مفهوم الشرط، وكلا المفهومين حجة عندنا على أن كلام الشيخ أبي حامد ومن تبعه يقتضي أنهم لم يريدوا بالوجه الثاني جعله من مفهوم الشرط، بل إنه يدل عليه باللفظ وبه صرح القاضي أبو الطيب وفيه بعد إلّا أن يريدوا أن اللفظ دل على كونه شرطًا، والمخالف يقول: إنه ليس بشرط، فهذا الذي أرادوه ـ والله أعلم ـ راجع، وهو بهذا التقدير صحيح، ولم يريدوا أن اللفظ يدل على عدم الحكم عند عدم الشرط، ويمكن أن ينزل كلام المصنف على ما ذكروه وأن ذلك ليس من باب المفهوم.

وأما الوجه الثالث الذي ذكره الشيخ أبو حامد فهو راجع إلى المفهوم وهو صالح لأن يستدل به في كل شرط أو صفة، لكن القائلون بالمفهوم منهم من يجعله بمنزلة الملفوظ به وكأنه استقر في اللغة أنه إذا خص المذكور بالذكر اقتضى هذا قيام قول آخر له يتضمن نفي الحكم عما عداه انتفاء ظاهرًا، ومنهم من يجعل المفهوم مستندًا إلى البحث عن طلب فوائد التخصيص، فالوجه الأول ماش على الطريقة الأولى، ولذلك نسب الدلالة إلى اللفظ وكلام الشافعي الذي حكيته يشعر بذلك،

لكن الأنباري في «شرح البرهان» نقل عن الشافعي أن اختياره الثاني، والوجه الثاني مستمر على الطريقة الثانية.

وأما الثاني فقد نبهت على مراد الأصحاب به. وأنه ليس من باب المفهوم ولعل المصنف جعله من مفهوم الشرط لأنه أقوى عند كثير من أصحابنا من مفهوم الصفة، وقال به جماعة من المنكرين لمفهوم الصفة. واعلم أن هذا الاستدلال يتجه عند من يرى المفهوم حجة وهم الأكثرون، فقال بمفهوم الصفة الشافعي ومالك وأكثر أصحابنا وأكثر المالكية ونسبه القاضي عبد الوهاب إلى مالك، وممن قال به أبو الحسن الأشعري وأنكره ابن سريج والقفال هنا، وقال ابن سريج بمفهوم الشرط.

وأما الخصم المنكر لكل من المفهومين فلا يمكن الاحتجاج عليه بدفع مخالفيه في الأصل وكذلك بعض أصحابنا ممن أنكر المفهومين معًا، فكيف يمكنه التمسك في هذا الفرع به. لكن الخصم في إلحاق غير المؤبرة بالمؤبرة يحتاج إلى قياس، ولن يجده ومتى لم يثبت ذلك ولم يقم دليل على تبعية غير المؤبرة وجب كونها للمشتري تبعًا للشجرة، وكذلك قال بذلك من ينكر المفهوم والقياس كداود.

فإن قلت: بل يجب كونها للبائع عملًا بالأصل وبقائها على ملكه.

قلت: لا بد في إدراجها في البيع من قياس أو عرف عند من ينكر القياس، واعتضد الأصحاب بما رواه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ عن سعيد بن سالم عن ابن جريج أن عطاء أخبره أن رجلًا باع على عهد رسول الله ﷺ حائطًا مثمرًا، ولم يشترط المبتاع الثمر ولم يستثن البائع ولم يذكراه فلما ثبت البيع اختلفا في الثمر واحتكما فيه إلى النبي ﷺ فقضى بالثمر للذي لقح النخل ـ البائع[1] ـ وهذا من مراسيل عطاء ففيه اعتضاد على أنه ليس أصرح من الأول بكثير فإن قوله ـ البائع ـ دليل على أنه أراد بالذي لقح المعهود لا العموم وحينئذٍ يعود إلى أن ذكر الصفة هل يدل على نفي الحكم عما عداه؟ هذا بحسب هذه الرواية، ولم أجد غيرها فيه عموم بحيث أثق بصحته، وروى ابن ماجه وعبد الله بن أحمد ابن حنبل في «مسنده» عن عبادة بن الصامت قال: «قضى رسول الله ﷺ بثمر النخل لمن أبرها إلّا أن يشترط المبتاع وأن مال المملوك لمن باعه إلّا أن يشترط البائع»[2].

فأما رواية ابن ماجه ففي سندها الفضيل بن سليمان وليس بالقوى. وقال ابن

(١) انظر الأم (٣/ ٤٢).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٢١٣).

معين: ليس بثقة، فالحديث سنده ضعيف من هذا الطريق وذكر القاضي أبو الطيب الحديث الذي ذكره الشافعي ولفظه «فجعل الثمر لمن أبرها» وقال: ذكر هذا الحديث أبو إسحاق في «الشرح» وأبو علي الطبري في «المحرر». ونقله الشيخ أبو حامد عن الساجي قال: وهذا نص، وليست في هذه الروايات زيادة على رواية مسلم المتقدمة إلّا أنه ليس في هذا الاستثناء اشتراط من المبتاع، فالأولى أن يستدل برواية مسلم، وتعليق الحكم فيها بالوصف ودلالته على أن ذلك [حق البائع] وقال الماوردي: روي أن النبي ﷺ أنشد قول الأعرابي حين حرم عليه بعض ملوك الجاهلية ثمرة نخلة له:

جذذت جنى نخلتي ظالمًا وكان الثمار لمن قد أبرا

فقال النبي ﷺ: «وكان الثمار لمن قد أبرا».

وكان ذلك منه إثباتًا لهذا الحكم كما أنشد قول الأعشى:

وهو سر غالب لمن غلب

فقال النبي ﷺ: «وهو سر غالب لمن غلب»[(١)].

تثبيتًا لهذا القول. وهذه الوجوه ذكرناها على جهة الاستئناس والاعتضاد لا أنه يقوم بها بمفردها حجة والحجة ما تقدم، وله تتمة تأتي في فرع مذاهب العلماء. والله أعلم.

فرع: في مذاهب العلماء: وافقنا على دخول الطلع والتفرقة بين ما قبل التأبير وبعده مالك وأحمد والليث بن سعد وداود ابن علي والطبري. وقال ابن أبي ليلى: يدخل الطلع في بيع النخل بكل حال وقال أبو حنيفة رحمه الله والكوفيون والأوزاعي: لا يدخل بكل حال مؤبرًا كان أو غير مؤبر إلّا بالشرط فأخذ أبو حنيفة رحمه الله بالمنطوق دون المفهوم وأخذ الشافعي رحمه الله بالمنطوق والمفهوم معًا ولم يأخذ ابن أبي ليلى بالمنطوق ولا بالمفهوم واحتج من نصر قوله بأنه متصل بأصل الخلقة فأشبه السقف والأغصان والصوف على ظهر الغنم.

وأجاب: أصحابنا رحمهم الله بأن هذه الأشياء إنما دخلت لأنها أجزاء وليست بنماء بدليل أن الحيوان يولد وعليه الصوف والنماء ما لا يكون أصلًا.

وأما الثمرة فإنها نماء، وردوا: هذا القول بما تقدم من السنة والاستدلال.

واحتجت: الحنفية ومن وافقهم بأنها ثمرة برزت عن شجرها. وبأنها يجوز إفرادها بالعقد فلم تتبع الأصل كالمؤبرة، وبالقياس على طلع الفحال، وبأنها نماء

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (١/ ٢٠١) والبيهقي في سننه (١٠/ ٢٤٠).

لها حال إذا انتهت إليه أخذت فلم تتبع الأصل كالزرع في الأرض. وبأن الزرع لا يتبع الأرض في حالة ظهوره ولا في حالة كمونه فكذلك الطلع، وبأنه لا يختلف قول من شرط التأبير أنها إذا لم تؤبر حتى انتهت وصارت بلحًا أو بسرًا ثم بيع النخل أن الثمرة لا تدخل فيه. قالوا: فعلمنا أن المعنى في ذكر التأبير ظهور الثمرة وبأن الطلع لا يتبع في الرهن فكذلك في البيع كالمؤبرة.

وأجاب الأصحاب بعد التمسك بالحديث عن الأول بمنع كونها برزت عن الأصل فإنها في غلافها، وعن الثاني بأنا لا نسلم جواز إفرادها بالعقد على رأي أبي إسحاق المروزي لأن المقصود مغيب فيما لا يدخر فيه فهو بمنزلة الجوز في القشرة العليا، ولئن سلمنا فجواز الإفراد لا يدل على عدم التبعية، ألا ترى أن من باع دارًا فيها نخلة دخلت النخلة في البيع تبعًا ويجوز إفرادها بالبيع، وعن الثالث بأن الصحيح عندنا أن طلع الفحال كطلع الإناث. ولو سلم فالفرق أن طلع الإناث المقصود منه ما في جوفه، وطلع الفحال هو المقصود على وجهه، وعن الرابع بأن الزرع نماء برز عن الأصل بخلاف الثمرة، وعن الخامس بأن الزرع ليس من أصل الخلقة فلذلك لم يتبع بخلاف الثمرة فإنها مستترة في الشجرة من أصل الخلقة.

والجواب: عن السادس أنها قبل التشقق غير ظاهرة لأن الثمرة المقصودة مستترة في الكمام، فحيث ظهرت الكمام إما بالتأبير أو بغيره. كانت للبائع فمن جعلها للبائع من غير تأبير ولا ظهور كان مخالفًا للفظ الحديث ومعناه وعن: السابع من وجوه: أحدها: أن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ قال في «القديم»: يدخل الطلع في الرهن تبعًا للأصل.

والثاني: أن الرهن لا يزيل الملك، والبيع يزيل الملك.

والثالث: أن المعنى في المؤبرة أنها أخذت شبهًا من الولد المنفصل وشبهًا من الجنين فتعارضا، وبقيت على حكم الأصل وهو ملك البائع ولا كذلك الكامنة.

تتمة: استدلال الأصحاب وقول المصنف رحمه الله: ولأن ثمرة النخل كالحمل إلى آخره هو من كلام القاضي أبي الطيب، ولذلك الأصحاب قاسوه على الحمل ـ الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهم، وتقدمت الاحترازات التي فيه، لكن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأم» في هذا الموضع قال: وتخالف الثمرة المؤبرة الجنين في أن لها حصة من الثمن، لأنه ظاهر، وليست للجنين لأنه غير ظاهر، ولولا ما جاء عن رسول الله ﷺ في ذلك لما كان الثمر مثل الجنين في بطن أمه لأنه يقدر على قطعه والتفريق بينه وبين شجره، ويكون ذلك مباحًا منه، والجنين لا يقدر على إخراجه حتى يقدر الله تعالى له ولا يباح لأحد إخراجه، وإنما جمعنا بينهما حيث اجتمعا في

بعض حكمهما بأن السنة جاءت في الثمر لم يؤبر بمعنى الجنين في الإجماع فجمعنا بينهما خبرًا لا قياسًا إذ وجدنا حكم السنة في الثمر لم يؤبر كحكم الإجماع في جنين الأمة، وإنما مثلنا فيه تمثيلًا ليفقهه من سمعه من غير أن يكون الخبر عن رسول الله ﷺ يحتاج إلى أن يقاس على شيء بل الأشياء تكون تبعًا له.

هذا كلام الشافعي رحمه الله، وهو يقتضي الفرق بين الثمرة والحمل والاعتماد في ذلك على الحديث وحده، وكما دل الإجماع في الحمل على الفرق بين ما قبل ظهوره وما بعده، كذلك دلت السنة في الثمرة على الفرق بين ما قبل التأبير وما بعده، وكلام الشافعي في هذا الموضوع صريح في أن الحمل لا يقابله قسط من الثمن على غير الأصح عند الأصحاب، والأصحاب ذكروا في أن الثمرة هل يقابلها قسط من الثمن طريقين، إحداهما: القطع بالمقابلة كما هو نص الشافعي، والثانية: تخريجها على قولين كالحمل وهي ضعيفة لمخالفتها النص، ورجحها الرافعي في باب الرد بالعيب، وقصد الشافعي رحمه الله بذلك تشبيهه قبل ظهوره بالثمرة غير المؤبرة، ثم ذكر الفرق بينهما من جهة القدرة على فصل الثمرة عن الشجرة بخلاف الحمل، والأصحاب قاسوا عليه ولم ينظروا إلى هذا الفرق، وذكروا اعتراضات على القياس وانفصلوا عنها.

أما الاعتراضات فإن المعنى في الحمل لا يجوز إفراده بالعقد فلذلك كان تبعًا، وليس كذلك الثمرة لأنه يجوز إفرادها بالعقد على رأي ابن أبي هريرة وهو الصحيح عند طائفة، وهذا قريب مما قاله الشافعي رحمه الله وليس إياه، وبأنه لو كان الطلع كالحمل لوجب أن تكون الثمرة للمشتري وإن كانت قد ظهرت لأنها متصلة بالأصل. وبأنه لا يجوز للبائع استثناء الحمل لنفسه ويجوز له استثناء الطلع لنفسه، وانفصلوا عن الأول بأبواب الدار فإنه يجوز إفرادها بالعقد ومع ذلك تتبع وإنما لم يجز العقد على الحمل وجاز على الثمرة لأن الحمل جار مجرى أبعاض الأم، فلما لم يجز العقد على أبعاضها لم يجز على حملها والثمرة قبل التأبير تجري مجرى أغصان الشجرة، فلما جاز العقد على أغصانها جاز على ثمرها.

وعن الثاني: بأنها إذا كانت كامنة في الطلع فهي بمنزلة الحمل لا أصل لها غيره، فأما إذا ظهرت من الطلع فقد أخذت شبهًا من الولد المنفصل عن الأم لأنها ظاهرة كالولد وأخذت شبهًا من الجنين لأنها متصلة بالأصل كاتصال الجنين بالأم، وليس أحدهما أولى من الآخر، فتعارضا وبقيت الثمرة على ملك البائع كما كانت.

وعن الثالث: أنه يجوز للبائع استثناء السقف والأغصان ومع ذلك إذا لم يستثن دخلت في البيع.

فائدة: كلام الشافعي رحمه الله المتقدم كالصريح في إفادة الإجماع على دخول

الحمل في بيع الأم، وقد روي عن محمد بن سيرين وغيره أنهم أجازوا بيع الأمة واستثناء ما في بطنها وليس مجرد ذلك مصادمًا للإجماع المذكور ولكن ابن المغلس الظاهري قال عن أصحابهم: أن تبعية الحمل للأم قول أكثر العلماء وإن النظر يوجب أن يكون الحمل للبائع لأنه غيرها وليس كعضو منها إلّا أن يمنع من ذلك ما يجب التسليم له، فنسبة ابن المغلس ذلك إلى أكثر العلماء يشعر بخلاف إذ أنه رأى ذلك من كلامهم ولم يعلم في المسألة إجماعًا، ومحل الجزم في دخول الحمل إذا كان مملوكًا لرب الحيوان بشرط أن يكون البيع قد وجد باختياره.

قال ابن الرفعة: وفي معناه كل تمليك جرى بالاختيار من المالك أما بنفسه أو بوكيله وفي معنى ولي المحجور عليه لصغر أو سفه أو فلس، وهل الاستتباع في هذا الأجل رضاء بانتقال الملك في الأم عنه القائم فيه مقامه وكيله أو وليه وكذا عند بيعه عليه قهرًا أو لأجل أنه لم ينتقل الملك فيها عنه إلّا بعوض؟ فيه معنيان تخرج عليهما مسائل ذكرها الإمام في باب الخراج بالضمان.

منها: ولو وهبها حيث لا ثواب وهي حامل لا يتبعها الحمل «الجديد» كما قال لا، و«القديم» أنه يتبعها كما في البيع، ومثلهما جار فيما لو رهن الجارية الحامل لأنه في المسألتين راض بخروج الملك في الأولى وبتعلق الحق في الثانية لكن لا بعوض، أجريا أيضًا فيما لو رهنها حائلًا فحملت.

ومنها: لو خرجت عن ملكه بعوض لكن لا برضاه، كما إذا رد عليه عوضها بعيب وكانت قد حملت في يده أو رجع فيها بائعها عند فلسه وهي حامل وقد كانت حائلًا عند ابتياعه لها هل يتبعها الحمل؟ قولان.

قلت: قضية المأخذين أن الأب لو رجع في الجارية التي وهبها لابنه وهي حامل ثم حملت أن لا يتبعها الحمل قولًا واحدًا لأنه لا عوض ولا رضاء مع ذلك فقد حكى الإمام في التبعية قولين، قال الإمام: والفرق أن عقود الإجبار بالعوض تستدعي بعد المبيع عن الغير، ولو نفذنا البيع ونحوه على الجارية دون الحمل لجر ذلك عسرًا وما يجري من الارتداد فهذا ليس في حكم العقود، فجري الأمر في التبعية على التردد.

قال ابن الرفعة: وحيث نقول الحمل لا يتبع الأم في الرد بالعيب ونحوه، ظاهر كلامهم أن الرد الصحيح لا يمنع منه كما لم يمنع منه إفضاؤه في التفريق بين الأم والولد على رأي ولو كان الحمل حين البيع مملوكًا لغير البائع بوصية أو غيرها فلا يندرج الحمل في البيع، وهل يصح البيع؟ قال ابن الرفعة: يشبه أن يرتب على استثناء الحمل، إن قلنا: يصح فهنا أولى وإلّا فوجهان:

قال القاضي حسين في كتاب «أمهات الأولاد» قال: إذا كان متزوجًا بأمة فحملت منه وأوصى له بحملها جاز له أن يشتري الجارية على وجه يعني لأنه صار جدًا قال: ولا خلاف أنه لا يجوز بيعها من غيره، ومثل الوجه في بيعها منه إذا أوصى له بحملها مذكور فيما إذا باعها من مالك الحمل، والله أعلم.

قاعدة: العقود التي يملك بها النخل والثمر أربعة أضرب، أحدها: عقد معاوضة على وجه المراضاة كالبيع والصلح والصداق والخلع والإجارة كما إذا أجر داره مدة بنخلة مطلقة فهذه العقود تتبعها الثمرة غير المؤبرة ولا تتبعها المؤبرة.

والضرب الثاني: ما ملك بمعاوضة على غير وجه المراضاة كما لو باعه نخلًا فأطلعت في يد المشتري ثم فلس فرجع البائع في عين ما له فهل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعًا له؟ فيه وجهان أصحهما: عند الروياني التبعية، وكما إذا رهن نخلًا فأطلعت، فحل الدين والطلع لم يؤبر، فبيع الطلع في البيع أم لا؟ فيه وجهان، وقطع فبيع المرهون جبرًا من غير رضا الراهن هل يدخل الروياني هنا بالتبعية لأنه وجد منه الرضا بهذا البيع عند الرهن، وقد أطلقوا على هذين القسمين أنهما من عقود المعاوضات التي على غير وجه المراضاة، وقد يتوقف في إطلاق العقد على الرجوع في الفلس، والأمر في ذلك قريب، ومن عد ذلك في عقود المعاوضات أراد به البيع الذي يرتب الرجوع عليه، وحكى الجرجاني الوجهين أيضًا في بيع نخيل المفلس في دينه.

الضرب الثالث: عقد على سبيل المراضاة من غير معاوضة كالهبة والوصية هل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعًا له؟ على وجهين، ومثل أن يهب نخلًا لولده فيطلع فيرجع في هبته هل يتبع الطلع النخل؟ على وجهين، الصحيح: من المذهب ما قال الماوردي هنا أن الوالد لا يسترجع الثمرة، وعد هذا القسم أيضًا من هذا الضرب اعتبارًا بالعقد المبني عليه كما تقدم، وعد هذان الوجهان في كل هذه المسائل التي في الضربين، قال الشيخ أبو حامد وغيره: أصلها مسألة واحدة، وهي إذا رهنه نخلًا عليها طلع لم يؤبر، هل يدخل في الرهن بإطلاق العقد؟ أم على قولين؟ قال القاضي أبو الطيب: قال في «الجديد»: لا يدخل لأن الرهن لا يزيل الملك، وكان يقول في «القديم»: يدخل على طريق البيع، ثم رجع عنه في «الجديد».

الضرب الرابع: ما لم يكن من عقود المعاوضات ولم يكن مأخوذًا على وجه المراضاة كالطلاق قبل الدخول إذا استرجع به نصف المهر، وكان قد أصدقها نخلًا لا طلع عليها، ثم أطلعت وطلقها قبل التأبير وقبل الدخول، فههنا لا تتبع الثمرة الشجرة ولا ترجع إلى الزوج قولًا واحدًا، قال الماوردي: لا يختلف المذهب فيه،

وقال الشيخ أبو حامد: أنه ليس لنا موضع لا يتبع الطلع قبل الإبار الأصل إلّا في هذه المسألة يعني قولًا واحدًا، وتعليله أن الصداق إذا كان زائدًا زيادة متصلة غير متميزة كالسمن والكبر والصنعة لا يرجع به وإنما يرجع بنصف قيمته يوم أصدقها فإذا لم يرجع بالزيادة التي لا تتميز فلأن لا يرجع بالطلع أولى فإن أراد أن يرجع بنصف النخلة دون الطلع فإن له ذلك ويترك الطلع إلى أوان الجذاذ وجعل الماوردي من هذا القسم الوالد إذا رجع فيما وهبه لولده ولم يكن للوالد استرجاع الثمرة معه على الصحيح من المذهب وفهم عنه الروياني القطع بذلك فقال: وفي «الحاوي»، وعلى هذا الوالد لا يسترجع في الهبة من الولد غير المؤبرة قولًا واحدًا، لأنه لا معاوضة ولا تراض.

فرع: قال صاحب «التلخيص» فيما شذ عن أصول الكوفيين يعني الحنفية أنه إن رهن أرضًا أو أقر بها دخلت الثمار يعني عندهم وهذا يرد عليهم في كونهم يقولون: لا يدخل في البيع ولا في غيره إلّا في هاتين المسألتين.

فرع: وأما قول المصنف رحمه الله: قال الشافعي رحمه الله: وما تشقق في معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبرة: فهو كذلك في «الأم» و«المختصر»، وإن لم يكن بلفظه، والقياس الجلي ظاهر في ذلك، لأن الاعتبار بظهور الثمرة، فلا فرق بين أن تظهر بعلاج أو بغير علاج أو تشقق بالرياح اللواقح، وهو أن يكون فحول النخل في ناحية الصبا، فتهب في وقت الإبار، فإن الإبار تتأثر بروائح طلع الفحول، قال الشيخ أبو حامد: بل ظهورها بنفسها أولى: قال الشافعي رحمة الله عليه في «البويطي»: الإبار في النخل إذا انشق الخف وبدت الثمرة فهو وقت الإبار، أبر أو أو لم يؤبر، قال الماوردي: وقد يكون من أنواع النخل ما يكون ترك تلقيحه أصح للثمرة.

ومن كلام الشافعي والبويطي المذكور يستفاد أن التأبير اسم لوضع طلع الفحال في الإناث بعد تشققها لا لنفس التشقق ولا التشقق، وهو معنى قول الأصحاب: إن وقت التأبير قائم مقام التأبير، وإن وضع الكش بعد تشقق الثمرة ليس بشرط في سلامة ذلك للبائع، والتبعية في المبيع وعدمها منوطة بالتشقق، لا بوضع طلع الفحال فيها، فيكون ذكر التأبير غالبًا والنخل تارة يتشقق بنفسه فيلقح بعد ذلك، وتارة يبلغ أوان التشقق ولم يتشقق بعد ويشقق ويفعل ذلك به، وقال ابن الرفعة ما معناه: أنا إنما اتبعنا المعنى هنا، ولم نتبع اللفظ، ولا أجرينا فيه خلافًا، لأن المعنى قوي بأصل بقاء ملك البائع، ولا يعارض ذلك بأن تركه التأبير عند إمكانه كالأعراض فتجعل تابعة لمقتضى مفهوم الحديث لضعف عموم المفهوم.

وقال ابن عبد البر في «التمهيد»: لم يختلف العلماء أن الحائط إذا تشقق طلع إناثه فأخر إباره وقد أبر غيره ممن حاله مثل حاله، إن حكمه حكم ما أبر، لأنه قد جاء عليه وقت الإبار وظهرت ثمرته بعد تغيبها في الخف. وما ذكره هؤلاء الأئمة هو المعول عليه وقال ابن حزم الظاهري: أنه لو ظهرت ثمرة النخل بغير إبار لم يحل اشتراطها أصلًا وجمد جمودًا عجيبًا. فقال: لا يجوز في ثمرة النخل إلّا الاشتراط فقط.

وأما البيع فلا، حتى يصير زهوًا فإذا هو صار زهوًا جاز فيه الاشتراط والبيع مع الأصول ودونها وليس هذا الحكم إلّا في النخل المأمور خاصة، ولم يطرده في غير النخل من الشجر، ولا في النخلة الواحدة والنخلتين، وهذا جمود عجيب ينكره الفهم. وعدم طرده إياه في النخلة والنخلتين بناء منه على أن النخل اسم جمع، ولمخالفيه أن يقولوا: أنه اسم جنس، فإن العرب لم تلزمه تاء التأنيث قال الله تعالى: ﴿أَعْجَازُ نَخْلٍ مُّنقَعِرٍ﴾ [القمر: ٢٠] وإذا كان اسم جنس شمل القليل والكثير كتمر وسائر ما مؤنثه بالتاء مما لم تلزمه العرب كالتخم والبهم بخلاف الرطب، فإنهم قالوا فيه هو الرطب كما لم تلتزم فيه العرب التأنيث يصح أن يكون اسم جنس، والنخل من هذا القبيل، والله أعلم.

فرع: دل الحديث على أن الثمرة المؤبرة للبائع إلّا أن يشترط المبتاع أي كل الثمرة للبائع إلّا أن يشترط المبتاع كلها أو شيئًا منها، كالنصف والثلث، وأي جزء كان معلومًا فلا تكون كلها للبائع، بل على حسب الشرط، والعموم في الأول مأخوذ من الإضافة من قوله: فثمرتها، والإطلاق في الثاني مأخوذ من عدم الهاء كما تقدم التنبيه عليه في لفظ الحديث، وبه يقول جمهور العلماء، ومنهم أشهب من المالكية، وقال مالك وابن القاسم: لا يجوز أن يشترط بعضها، وكذلك قال مالك وداود: وفي مال العبد لا يجوز إلّا أن يشترطه كله أو يدعه كله.

فرع: هذا الاشتراط هل حكمه حكم البيع أو لا؟ قد تقدم كلام الشافعي أنه يقابله قسط من الثمن فذلك يدل على أن حكمه حكم البيع عنده، ومشهور مذهب مالك أن الثمرة إذا اشترطها مشتري الأصل أو اشتراها بيد أنها لا حصة لها من الثمن، ولو أجيحت كلها كانت من المشتري، وتمسك ابن حزم في أن هذا الاشتراط ليس ببيع بنهيه ﷺ عن بيع الثمرة حتى تزهي، وحمل هذا على عمومه، والقائلون بأن الاشتراط بيع يحتاجون إلى تخصيص هذا الحديث أو تأويله على بيعها وحدها.

فرع: قال أصحابنا: يحصل تسليم الشجرة مع كون الثمار المؤبرة عليها للبائع، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يحصل إلّا بعد قطع الثمار. وممن صرح بهذا الفرع

القاضي حسين، وفرقوا بينها وبين الأرض المشغولة بالزرع على وجه بأن منفعة الشجرة تافهة.

فرع: فأما غير المؤبرة فقد علم أنها عند الإطلاق تكون للمشتري، فلو اشترطها البائع فلا خلاف في الجواز، وإن اختلفوا في جواز إفرادها في البيع، فإن ذاك بيع حقيقي وهذا استجد فيصح، قال القاضي أبو الطيب: قال في كتاب «الصرف» فذلك جائز، لأن صاحب النخل نزل عليه تسوية الثمرة في نخله حين باعها إياه إذا كان استثناها على أن يقطعها، فإن استثنى على أن يقرها فلا خير في البيع لأنه باعه ثمرة لم يبد صلاحها على أن تكون مفردة إلى وقت قد تأتي عليها الآفة قبله، قال القاضي أبو الطيب: وهذا الكلام يقتضي أن من باع نخلًا قبل التأبير واستثنى الثمرة لنفسه لم يجز إلّا بشرط القطع، وليس يقول بهذا أحد من أصحابنا، لأنه يجوز أن يشترط مطلقًا، وإنما شرط القطع في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

قلت: قد قال به بعض الأصحاب تخريجًا على أن المشرف على الزوال هل يجعل كالزائل؟ فإن الثمرة بالبيع قد أشرفت على زوالها عن البائع وبالاستثناء كأنها رجعت إليه فأشبهت الداخلة في ملكه ابتداء، فلذلك شرط شرط قلعها، والوجهان مشهوران في طريقة المراوزة حكاهما القاضي حسين وغيره، وجعلوا هذه قاعدة أن ما أشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟ وخرجوا على ذلك مسائل:

منها: إذا باع دارًا واستثنى منفعتها لنفسه سنة هل يصح؟ كما لو باعها ثم استأجرها، أو لا يصح؟ فيه الوجهان، فإن قلنا هناك: يصح، فههنا يجب القطع في الحال، وإن قلنا هناك: لا يصح، فههنا يصح، ولكن لا يجب القطع في الحال، هكذا قال القاضي حسين.

ومنها: إذا جنى المدبر جناية تستغرق قيمته. ثم مات السيد. ولم يخلف غيره ففداه الورثة حكمنا بنفوذ العتق. وفي الولاء قولان، إن قلنا: المشرف كالزائل العائد فالولاء للورثة. وإلّا فللمتوفى، ومنهم من يؤول نص الشافعي على ما إذا باع الشجرة مطلقًا ثم اشترى من المشتري الطلع، فإنه يجوز بشرط القطع، هكذا قال القاضي حسين وغيره، وممن جزم بظاهر النص الماوردي على ما حكى الروياني عنه، لكن أكثر العراقيين جازمون بإنكار ذلك، وأن ما نقل عن كتاب الصرف خطأ في النقل، لأن حرملة نقل إذا كان اشتراها على أن يقطعها فإن اشتراها على أن يقرها فلا خير في البيع، فوقع الخطأ في النقل من قوله: اشترى إلى قوله استثنى، ووافقهم القفال على هذا.

والقاضي حسين أيضًا صحح خلاف ظاهر النص، وحمله تأويله أنه أراد به إذا

باع النخل قبل التأبير فكانت الأصول والثمرة للمشتري ثم اشترى البائع الثمرة منه قبل بدو الصلاح لم يجز الشراء إلّا بشرط القطع، ولكنا نعود إلى الكلام في ذلك عند بيع الثمار.

وأما الحديث فليس فيه تعرض لذلك، نعم قد يقال: إذا كان مقتضاه أن يكون للمشتري فينبغي إذا شرطت للبائع لا يصح كالحمل، كما لا يصح استثناؤه لا يصح ههنا. فما وجه جزم الأصحاب بصحته؟ ونظرهم بعد ذلك في أنه هل يشترط شرط القطع أم لا؟ والجواب: عن هذا أنها ليست كالحمل من كل وجه كما تقدم، وقد تقدم خلاف في جواز إفرادها بالبيع، فإن قلنا به فلا إشكال في جواز استثنائها. وإن قلنا بقول أبي إسحاق المروزي وهو أنه لا يجوز إفرادها بالبيع فذلك، لأن المقصود فيها مغيب، ولا يلزم من ذلك أن لا يجوز استثناؤها، فإنه لا يشترط في المستثنى ما يشترط في المبيع. وقال المالكية: إن شرطها البائع لم يجز، وكأن المشتري باعها قبل بدو صلاحها.

فرع: إذا قلنا بأنه إذا استثنى الثمرة يشترط شرط القطع فأطلق، قال الإمام: دل كلام الأئمة أن الاستثناء باطل والثمرة للمشتري، قال: وهذا مشكل جدًا، وإن صرف الثمرة إليه مع التصريح باستثنائه محال عندي، فالوجه عد الاستثناء المطلق شرطًا فاسدًا مفسدًا للعقد في الأشجار، ويكون كاستثناء الحمل. وهذا الذي ذكره الإمام هو الذي جزم به الماوردي، وأنه يفسد البيع تفريعًا على هذا القول ولم يذكر غير ذلك وذكر الماوردي أيضًا تفريعًا عليه أنه لو استثنى نصف الثمرة فسد العقد لتعذر اشتراط القطع.

فرع: إذا بقيت الثمار غير المؤبرة للبائع بالاستثناء قال الإمام: فإن لم يشترط التقييد يعني بشرط القطع رأينا الإبقاء، وإن شرطنا أوجبنا الوفاء، ولا خلاف أن الثمار المؤبرة إذا بقيت ولم يبد الصلاح فيها لا يستحق عليه قطعها وإن كان يشترط في صحة بيعها إذا أفردت شرط قطعها قلت: لأنها لم تشرف على الزوال، فإن العقد المطلق والحالة هذه لا يقتضي دخولها، بخلاف ما قبل التأبير، وكيفما قدر فظاهر المذهب أنه لا يشترط في الاستثناء شرط القطع، والله أعلم.

فرع: قال الماوردي: أنه لو استثنى البائع نصف الثمرة بطل العقد، لتعذر اشتراط القطع به، وهذا منه بناء على أمرين، أحدهما: وجوب اشتراط القطع والأصح: خلافه، وقد تقدم الكلام فيه قريبًا، والثاني: أن امتناع القطع مبني على منع القسمة: وسيأتي الكلام فيه في بيع نصف الثمرة شائعًا قبل بدو الصلاح، والله أعلم.

فرع: قد علمت أن هذه المؤبرة عند الإطلاق للمشتري، فلو تلفت في يد البائع قبل القبض ثبت للمشتري الخيار، إن شاء فسخ البيع لتلف بعض المبيع قبل القبض، وإن شاء أجاز في الأصول بجميع الثمن أو بحصته على القولين في تفريق الصفقة، وليس كما إذا قطعت يد العبد، فإنه إن أجاز يجيز بجميع الثمن قولًا واحدًا على المشهور، لأن الثمن لا يتقسط على الأطراف، ويتقسط على الثمرة كما تقدم من نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، وممن صرح بهذه المسألة القاضي أبو الطيب والمحاملي والروياني، وكذلك لو كانت مؤبرة واشترطها المشتري لنفسه ثم تلفت. وعن البويطي قول آخر في مسألة العبد أنه يأخذه بحصته من الثمن، وعن القاضي أبي حامد أن هذا لا يصح على مذهب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، ومن أصحابنا من خرج تلف الثمرة غير المؤبرة على القولين في أن الحمل هل يقابل بقسط من الثمن؟ وهو مردود لنص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ على خلافه.

فرع: باع نخلة مطلعة ولم يقل للمشتري: أنها مؤبرة، ولم يعلم المشتري بتأبيرها، ثم علم، كان الخيار، قاله الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ والأصحاب ـ القاضي أبو الطيب والروياني والمتولي ـ وعللوه بأن بقاء الثمرة ربما أضر بالشجرة في سنة أخرى، فإن من الأشجار ما يحمل سنة ولا يحمل سنة، أو يقل في سنة ويكثر في سنة، وأيضًا فإنه يحتاج إلى الدخول في ملكه، وربما يتأذى به، قال ابن الرفعة: ولا يقدح ذلك في البيع قولًا واحدًا، وإن قدح في الزرع على وجه، لأن هذه المنفعة تافهة بخلاف منفعة الأرض.

فرع: بيع الطلع في قشره مفردًا مقطوعًا على الأرض، أو على النخل بشرط القطع، فيه وجهان قال: أبو إسحاق: لا يصح، لأن المقصود من الطلع ما في نفسه وهو مستور بما لا مصلحة له فيه وقال: ابن أبي هريرة: يصح، لأن الجميع مأكول، والمأكول إذا استتر بعضه جاز بيعه، والأول أصح عند المحاملي وصاحب «العدة» والشيخ أبي حامد فيما نقل عنه، والثاني أصح عند الشيخ أبي حامد والماوردي والقاضي الطبري والروياني والجرجاني. وقال الإمام: إن معظم الأصحاب ذهبوا إليه، وإن صاحب «التقريب» حكى فيه قولين. وبناهما على بيع الحنطة في سنبلها. ونقل ابن الصباغ عن أبي حامد أنه اختار قول أبي إسحاق.

ثم المجوزون لذلك إنما يجوزونه بشرط القطع إذا كان على النخل، كما دل عليه كلام ابن الصباغ والروياني وغيرهما، وهو ظاهر، والمسألة مذكورة في الكتاب في باب النهي عن بيع الغرر وشرحها النووي هناك ولا خلاف أن قوت التأبير لا يكون لوجود التأبير، فقال صاحب «التتمة»: كما أن الاعتبار بولادة الجارية لا

بوقت الولادة. وسيأتي في كلام الإمام ما قد يتوهم منه خلاف ذلك، ونذكر تأويله هناك إن شاء الله تعالى.

وقال ابن الرفعة: إذا شقق الطلع قبل أوان تشققه فهو للمشتري. وإن شقق في أوانه فهو للبائع، وإن لم يتشقق بنفسه ولا شقق في أوانه فهل يكون للبائع إقامة لوقت التشقق مقام التشقق أو لا؟ فيه نظر واحتمال قلت: وهذا الاحتمال باطل، والحكم كما مر مع الظهور وجودًا أو عدمًا.

فرع: قال الشيخ أبو محمد: إذا أبر الطلع وحكمنا ببقائه للبائع فحرم الكمام للمشتري، فإنه يترك على النخلة. نقله عنه في «النهاية»، وجزم به في «الروضة» نقلًا عن «البسيط» عند الكلام فيما يدخل تحت اسم الشجرة.

فرع: باع نخلة لم يخرج طلعها فإنه يخرج طلعها على ملك المشتري، فلو استثناه البائع بطل البيع قاله الخوارزمي في «الكافي».

فرع: لو شرط غير المؤبرة للمشتري قال في «التتمة»: كان تأكيدًا ولك أن تقول: يصير كشرط الحمل إذا صرح به، وفيه خلاف، وسيأتي نظيره فيما إذا باع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح، قالوا فيها: يصح، وسيأتي البحث المذكور فيها وهو هنا أقوى لأن المؤبرة التي لم يبد صلاحها يجوز بيعها بمفردها قولًا واحدًا، ولكن يشترط فيه شرط القطع، وغير المؤبرة لنا في بيعها مفردة خلاف، فمن يقول بعدم الصحة يوجب إلحاقها بالحمل، فإذا صرح بدخولها كان كما لو صرح بدخول الحمل، وفيه خلاف والأصح: عند الرافعي بطلانه، والله أعلم.

فرعان: ذكرهما أبو العباس ابن سريج، ونقلهما الشيخ أبو حامد في «تعليقه» عنه.

أحدهما: اشترى نخلة فأثمرت في يد البائع، فالثمرة للمشتري، ولا يكون شيء من الثمن مقابلًا لها، وهي أمانة في يد البائع فإن سلمها استقر البيع في النخلة، وخرجت الثمرة من أمانته. وإن تلفتا انفسخ البيع في النخلة، وعليه رد ثمنها، ولا شيء عليه لأجل الثمرة، وإن تلفت الثمرة سلم النخلة وأخذ جميع الثمن، وإن سلمت الثمرة وتلفت النخلة سقط جميع الثمن عن المشتري، وأخذ الثمرة ولا شيء للبائع.

الثاني: اشترى أرضًا عليها نخيل مؤبرة، واشترط كل ذلك، وكانت قيمة الجميع متساوية فحدثت ثمرة أخرى قبل أن يتسلمها، فالثمرة الحادثة في ملك المشتري، فإن أكل البائع الثمرتين جميعًا كان عاصيًا فيهما، وعليه بدل الثمرة الخارجة إن كان أكلها رطبًا فثمنه وإن كان أكلها تمرًا فمثله، وأما الخارجة

فالمشتري بالخيار لأجلها، فإن فسخ البيع رجع بجميع الثمن، وإن أجاز فعلى القولين في جناية البائع، إن قلنا: كالآفة السماوية أجاز في الأرض والنخل بحصتهما من الثمن، وإن قلنا: كالأجنبي أعطاه جميع الثمن ثم غرمه بدل الثمرة، والله أعلم.

فائدة: الغزالي رحمه الله تعالى في «المستصفى» من المنكرين لهذا المفهوم، ولكنه في كتبه الخلافية «كالتحضير» بالغ في إثبات ذلك وتقريره. وأن عرف العرب في الاستعمال أفهم أمورًا تكاد تزيد فوائدها على موجب الأوضاع، وأن الإشكال في المسكوت عنه والبقاء على النفي الأصلي فيه إنما كان قبل التخصيص، أما بعد التخصيص ارتفع الإشكال وصار ذلك معلومًا بدليل من جهة الشرع، والسر في الفرق بين هذه المفهومات وبين مفهوم اللقب حيث لم يكن حجة على المختار أن التخصيص هو الطريق المستعمل عرفًا للنفي والإثبات بطريق الإيجاز، ومعنى التخصيص إيقاع الخصوص بقطع بعض الجملة عن الجملة. والجملة إما أن تتمثل في الذكر بقوله: من باع نخلة فإنها تتناول المؤبرة وغير المؤبرة، فإذا استدرك وقال: بعد أن تؤبر كان ذلك تخصيصًا وقطعًا عن جملة وإما أن تتمثل في الوهم بأن يكون ذكر أحد القسمين مذكرًا للآخر المقطوع عنه بالضرورة كقوله: الثيب أحق فإنه قطع عن البكر، إذ الثيابة والبكارة صفتان يتقاطعان على التعاقب، وضعت كل واحدة منهما لفصل قسم عن قسم، والعلف أيضًا كذلك مع إثبات الثيابة بذكر الثيابة والسوم بالضرورة، واليوم في قوله: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧] والتأبير نفي البكارة والعلف والليل والاستتار، وليس في إثبات البر نفي الزعفران والأدوية والفواكه وغيرها أو لا اتصال بين البر وغيره حتى يكون ذكره قطعًا لذلك الاتصال.

نعم قد يدل على التخصيص بقرينة تنضم إلى الذكر القاصر، فأما مجرد الذكر فلا يدل، والتخصيص دليل بالوضع العرفي، فلا يخرج عن كونه دليلًا إلّا بقرينة، فليدرك التفاوت بين الرتبتين. وهذا الذي ذكره الغزالي رحمه الله من نفيس الكلام لمن أنصف من نفسه، وفهم بذوقه الفرق بين الرتبتين. فيعلم بهذا الكلام السبب في ذلك، وأما من لم يشهد ذوقه للتفرقة قال: فهو جدير بأن لا يكلم، ومراده بالعرف عرف المحاورة في كلام العرب لا عرف طارىء بعدهم، وهذا السر هو الموجب لكوننا لم نقل بمفهوم قوله: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ومفهوم قوله ﷺ: «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل».

وأما الأول فلأن الخلع لا يتفق إلّا في حالة الشقاق، ويستحيل بحكم العادة

وقوعه في حالة المصافاة، وما لا يقع عرفًا فليس من غرض الشرع بيانه. فقد استوعب الشارع كل محل الحاجة، ولم يقع البعض عن البعض، وذكره اللحوق ذكره لمحل الحاجة إلى البيان، وهو كل محل الحاجة وأما الحديث فلأن المرأة إما أن تفوض أمرها للولي لحيائها أو تستقل لزوال حيائها أما المباشرة بإذن الولي فلا تقع في العادة فلم يكن من محل البيان في غرضه، والله أعلم.

فائدة أخرى: في التأبير، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «أبصر النبي ﷺ الناس يلقحون النخل فقال: ما للناس؟ قالوا: يلقحون. فقال: لا لقاح ـ أو لا أدري اللقاح شيئًا، فقال: فتركوا اللقاح. فخرج ثمر الناس شيصًا، فقال ﷺ: ما شأنه؟ قالوا: كنت نهيت عن اللقاح، فقال: ما أنا بزارع ولا صاحب نخل لقحوا» أورد أبو بكر محمد بن موسى الحازمي هذا الحديث في كتابه «الناسخ والمنسوخ»[1] لتضمنه النهي عن اللقاح ثم الإذن فيه، ونقل عن بعضهم أن قوله: «لا لقاح» صيغة، تدل على النهي وأن للشارع أن يتحكم في أفعال العباد كيف أراد، ولهذا قالوا للنبي ﷺ: كنت نهيت عن اللقاح ولم ينكر عليهم، ومال الحازمي إلى أن ذلك ليس بحكم شرعي. ولقوله في رواية أخرى: «إنما ظننت ظنًا فلا تؤاخذوني بالظن، ولكن إذا حدثتكم عن الله تعالى شيئًا فخذوا به، فإنني لن أكذب على الله»[2] ثم قال الحازمي: وعلى الجملة الحديث يحتمل كلا المذهبين، ولذلك أيقينا يعني في «الناسخ والمنسوخ».

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن باع فحالًا وعليه طلع لم يتشقق ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يدخل في بيع الأصل، لأن جميع الطلع مقصود مأكول، وهو ظاهر، فلم يتبع الأصل كالتين، والثاني: أنه يدخل في بيع الأصل وهو الصحيح، لأنه طلع لم يتشقق، فدخل في بيع الأصل كطلع الإناث وما قاله الأول لا يصح لأن المقصود ما فيه وهو الكش الذي يلقح به الإناث وهو غير ظاهر، فدخل في بيع الأصل كطلع الإناث.

الشرح: الفحال بضم الفاء وحاء مهملة مشددة، وآخره لام ذكر النخل، وقال ابن فارس: الفحال فحال النخل وهو ما كان من ذكوره فحلًا لإناثه، قال ابن قتيبة: وهو فحال النخل ولا يقال: فحل. ولذلك اعترض معترض على الشافعي رحمه الله، فإن الشافعي قال: وإن كان فيها فحول، فقال هذا المعترض: إن هذا خطأ لأنه لا يقال

(١) (ص ٤٠٩).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٢٣٦١) وأحمد في المسند (١/ ١٦٢) وابن ماجه في سننه برقم (٢٤٧٠).

في النخل فحل، ولا في جمعه فحول، وإنما يقال فحال وجمعه فحاحيل، وأجاب الأصحاب بأن كل واحد منهما جائز في اللغة: وقد ورد به الشعر قال الشاعر:

تأبري يا خيرة العسل تأبري من جيد فسل
إذا ضن أهل النخل بالفحول

والكش بضم الكاف وبالشين المعجمة هو ما في بطون طلع الفحال الذي يلقح بها طلع الإناث.

أما الأحكام: فقال الأصحاب تبعًا للشافعي: (إذا كان في النخل فحول فإما أن تفرد الفحول بالبيع وإما أن يبيعهما معًا فإن أفرد الفحول بالبيع فأما أن يكون قد تشقق شيء من طلعها أولا، فإن تشقق شيء من طلعها فالثمرة للبائع بلا شبهة) وإن لم يكن تشقق شيء من طلعها فأحد: الوجهين أنه للمشتري وهو الصحيح وقال المصنف في «التنبيه» والشيخ أبو حامد في «تعليقه»: أنه المنصوص، وادعى بعضهم أنه ليس في المسألة نص، ومن أصحابنا من قال: للبائع. مستدلًا بأن ظهور طلع الفحال بمنزلة تشقق طلع الإناث لأنه ليس له ثمرة غيره بخلاف طلع الإناث فإن المقصود ما في جوفه، فإذا لم يظهر بالتشقق يكون للمشتري وهذا أصح عند الماوردي والجرجاني في «التحرير» ورد الأصحاب ذلك بأن المقصود من طلع الفحال ليس هو الأكل بل الكش الذي يلقح به، وهو غير ظاهر فهو كالإناث في التشقق سواء.

قال الماوردي: هذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا في طلع الإناث هل يقاس على الحمل قياس تحقيق؟ أو قياس تقريب؟ قال بعضهم: قياس تحقيق، فعلى هذا لا يصير طلع الفحال مؤبرًا إلّا بالتشقق وقال آخرون بل قياس تقريب اعتبارًا بالعرف فعلى هذا يصير طلع الفحال مؤبرًا اعتبارًا بالعرف. اهـ.

ولو كان قد تشقق شيء من طلع الإناث وأفرد الذكور بالبيع وهي غير مؤبرة ففيها وجهان كالوجهين الآيتين فيما إذا أفرد ما لم يؤبر بالبيع قاله الفوراني وأما إذا جمع في العقد بين الفحول والإناث فإن كان قد تشقق شيء من طلع الإناث فطلع الكل للبائع على الوجهين اتفاقًا أما على الصحيح فلأن الكل كطلع الإناث وأما على الوجه الآخر، فإن طلع الإناث تشقق، وطلع الفحال له بكل حال، وقد جزموا على الصحيح ههنا أن طلع الفحول يتبع طلع الإناث، وكان ينبغي أن يأتي فيها وجه بأن طلع الفحال للمشتري، بناء على أن أحد النوعين لا يستتبع الآخر، كما سنحكيه عن القاضي حسين والإمام في القسم الآخر لغير المتشقق فيه، فهو كجنس آخر، وهذا الكلام منه كالصريح بجريان الخلاف.

وقال الجوري: إذا كان فيها فحول فقد اختلف أصحابنا، فقال أبو حفص: إنما جعلت الفحول تابعة لأنها للأقل فالنادر يدخل في الغالب، ولأن الغرض من طلع الفحال أكله غالبًا، فاستوى المؤبر منه وغيره، وقال غيره: إذا تشقق شيء من الإناث فباقي الحائط وذكوره وإناثه تبع له، وإذا تشقق شيء من الذكور فسائر ما بقي من الذكور والإناث تابع، فهذا الكلام يقتضي أن أبا حفص وهو ابن الوكيل هو القائل بأن طلع الفحال للبائع بكل حال، وأنه علل تبعيتها للإناث عند الاجتماع بهذه العلة وبعلة أخرى وهي الندرة، غير أن التعليل بالندرة إنما يتم على ما هو المعهود غالبًا، فلو فرض كثرة الفحول زالت هذه العلة وإن لم يتشقق شيء منها أصلًا لا من طلع الإناث ولا من طلع الفحول، فعلى الصحيح الكل للمشتري، وعلى الوجه الآخر طلع الإناث للمشتري والفحال للبائع.

وقال القاضي حسين: على هذا الوجه فيه وجهان كما في طلع الإناث إذا كان من صنفين وتشقق البعض دون البعض، وجمع بينهما في العقد، وكذلك الإمام جعل تبعية الإناث للذكور كاستتباع النوع النوع، وكذلك حكى الوجهين، وقال: إن الأصح أن طلع الإناث لا يتبع طلع الفحول وإن كان طلع الفحول يتبع طلع الإناث، وقال المتولي: إنه على هذا الوجه يكون الفحول والإناث كالجنسين، فلا يجعل الإناث تبعًا لها، وإن كان قد تشقق شيء من طلع الفحول فقط فعلى الصحيح الطلع كله للبائع.

وحكى في «الحاوي» وجهًا وصححه أن طلع الإناث لا يتبع طلع الذكور، وإن كان طلع الذكور يتبع طلع الإناث، لأن مقصود الثمار طلع الإناث، وطلع الذكور يقصد لتلقيحه لا لنفسه، وهذا الوجه هو الذي يدل عليه نص الشافعي رحمه الله كما سأبينه قريبًا إن شاء الله تعالى، فعلى هذا يكون حكمه كما سيأتي على الوجه الآخر، وعلى الوجه الآخر طلع الفحول للبائع بالظهور وطلع الإناث للمشتري، وينبغي أن يأتي فيه وجه أن طلع الإناث أيضًا للبائع بناء على أن أحد النوعين يستتبع الآخر على قياس ما حكاه القاضي حسين، إلّا أن يتمسك بما تقدم عن صاحب «التتمة» أن الذكور مع الإناث على هذا الوجه كالجنسين وهو بعيد.

واعلم أن عبارة «المختصر»: وإن كان فيها فحول بعد أن تؤبر الإناث فثمرتها للبائع، وظاهر هذه العبارة إذا باع الفحول والإناث جميعًا وقد أبرت الإناث فالكل للبائع. وهي الصورة التي حكينا الاتفاق فيها على ذلك، وأبدينا فيها احتمال وجه، وعبارة الشافعي في «الأم»: (ومن باع أصل فحل نخل أو فحول بعد أن تؤبر إناث النخل فثمرتها للبائع إلّا أن يشترطه المبتاع) وهذا يشبه عبارة «المختصر» إلّا أن

إطلاق عبارة «الأم» تصدق على ما إذا باع الأصل وحده بعد تأبير الإناث وهذا لا يستمر إلّا على الوجه القائل بأنه إذا أفرد ما لم يؤبر يجوز إذا كان تأبر شيء من غير نوعه من ذلك الجنس، ومفهومه يقتضي أنه إذا باع الفحل قبل التأبير يكون طلعه للمشتري، كما ادعى المصنف في «التنبيه» أنه المنصوص وفي ظاهره إشكال لأنه يشمل ما إذا تأبر هو قبل أن تتأبر الإناث، ولا يمكن القول بأن ذلك للمشتري، فلذلك عبارة «المختصر» أبين.

ثم قال الشافعي في «الأم»: (ومن باع نخلًا قبل أن تؤبر إناث النخل فالثمرة للمشتري) وهذا النص يقتضي أن ثمرة الإناث لا تتبع ثمرة الفحول على خلاف ما قدمناه عن الأصحاب أنه إذا تشقق شيء من طلع الفحول يكون الطلع كله للبائع على الصحيح، ويشهد للاحتمال الذي أبديته فيه، هذا إن كان قول الشافعي نخلًا بالنون والخاء المعجمة، وإن كان بالفاء والحاء المهملة فأشذ، فإنه حينئذٍ يقتضي أن الفحال إذا أفرد بالبيع وقد أبر ولم تؤبر الإناث أن طلعه للمشتري ولا قائل بذلك نعلمه من الأصحاب، وإنما جوزت هذا الاحتمال في لفظ الشافعي لأنه أتى به في مقابلة من باع فحلًا بعد أن تؤبر الإناث فقسيمه من باع فحلًا قبل أن يؤبر، وإن كان ذلك ليس بلازم ـ والله سبحانه وتعالى أعلم ـ ويؤيد ما قلته أن الشافعي قال أيضًا في «المختصر» ولو تشقق طلع إناثه أو شيء منه فهو في معنى ما أبر نخله، فمفهوم هذا أنه لا يكتفي في ذلك بتشقق طلع الذكور.

فائدة: أطلق المصنف الوجهين في هذا الكتاب، ولم ينسب شيئًا منهما إلى النص، وكذلك فعل القاضي أبو الطيب، وفي «التنبيه» قال: وقيل: أن ثمرة الفحال للبائع بكل حال، وهو خلاف النص، وكذلك فعل الشيخ أبو حامد، فهذا أحد المواضع التي يؤخذ منها ما اشتهر على ألسنة الفقهاء أن «التنبيه» مأخوذ من طريقة الشيخ أبي حامد. و«المهذب» من طريقة القاضي أبي الطيب، وذلك غير مستمر، فسيأتي في تقسيم الشجر أنه تبع الشيخ أبو حامد ولم يتبع أبا الطيب، لكن ذلك في صنعة التصنيف لا في النقل وفي ذلك الموضع يأتي كلام في مخالفته أبا حامد أو موافقته والظاهر عندي أنه لم يلتزم متابعة طريقة واحدة في كتاب منهما، نعم إن كان ذلك في الأكثر فربما، ويترك ذلك في بعض الأوقات لما يترجح عنده، ولم أقف من نص الشافعي في الفحال إلّا ما حكيته عن «الأم» و«المختصر»، فيحتمل أن يكون الشيخ أبو حامد والمصنف وقفا على نص آخر أصرح منهما، ويحتمل أنهما أخذاه من ذلك، والله أعلم.

فرع: قال الماوردي: إذا أخذ طلع الفحال جاز بيعه في قشره، لأنه من

مصلحته، وكان أبو إسحاق يمنع من بيعه حتى يصير بارزًا، قال: وليس هذا بصحيح، ونسب الإمام الأول إلى معظم أصحابنا، وذكر عن صاحب «التقريب» أنه ذكر في ذلك قولين، وأنه بناهما على بيع الحنطة في سنبلها، قال الإمام، وهذا مقدح حسن.

فائدة أخرى: ادعى بعضهم أنه ليس في خصوص مسألة الفحال نص للشافعي، وأنه لا يمكن أخذه من إطلاقه أن الإبار حد لملك البائع، لأن الإبار عبارة عن إصلاح طلع الإناث بعد تشققه أو شقه بالكش الذي في طلع الفحال، فلا إبار في الفحال، فلا دخول له في هذا، ولا يمكن حمل كلامه في «التنبيه» في قوله: وهو خلاف النص على نص الحديث: لأن الحديث إنما يحمل على التأبير اللغوي، وهو إنما يكون للإناث على ما سبق، وجعل التشقق في معناه حكم شرعي من إلحاق الفقهاء بالمنصوص عليه فهو بكلام الشافعي أولى.

فرع: باع فحالًا لا طلع عليه، ثم أطلع قبل لزوم العقد، قال في «الاستقصاء»، فإن قلنا: إنه كطلع الإناث فهو للمشتري، وإن قلنا: إنه كالمؤبرة وقلنا: إنه يملك بالعقد أو موقوف فهو أيضًا للمشتري، وإن قلنا: إنه لا يملك إلّا بالعقد وانقضاء الخيار فهو للبائع لأنه حدث والمبيع على ملكه.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن باع حائطًا أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر، فيكون الجميع للبائع، لأنا لو قلنا: إن ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري أدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي فجعل ما لم يؤبر تبعًا للمؤبر، لأن الباطن يتبع الظاهر، ولم يجعل ما أبر تابعًا لما لم يؤبر، لأن الظاهر لا يتبع الباطن، ولهذا جعلنا أساس الدار تابعًا لظاهرها في تصحيح البيع، ولم نجعل ظاهرها تابعًا للباطن في إفساد البيع.

وقال أبو علي ابن خيران: إن كان نوعًا واحدًا جعل غير المؤبر تابعًا للمؤبر، وإن كان نوعين لم يجعل ما لم يؤبر من أحد النوعين تابعًا للمؤبر من نوع آخر، لأن النوع الواحد يتقارب ظهوره والنوعان يختلف ظهورهما والمذهب الأول لما ذكرناه من سوء المشاركة واختلاف الأيدي وذلك يوجد في النوعين كما يوجد في النوع الواحد. وأما إذا كان له حائطان فأبر أحدهما دون الآخر وباعهما فإن المؤبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري ولا يتبع أحدهما الآخر لأن انفراد كل واحد منهما بثمرة حائط لا يؤدي إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي، فاعتبر كل واحد منهما بنفسه.

الشرح: الحائط هو البستان من النخيل.

أما الأحكام: ففي هذه الجملة مسألتان، الأولى: إذا باع حائطًا أبر بعضه

دون بعض جعل الجميع كالمؤبر، وجعل ما لم يؤبر تابعًا لما أبر، أما إذا كان نوعًا واحدًا فاتفق عليه الأصحاب تبعًا للشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، واستدلوا هم وغيرهم لذلك بأن تأبير البعض يحصل للنخل اسم التأبير فيشمله قوله ﷺ: «من باع نخلًا قد أبرت» قال ابن عبد البر: وأصل الإبار أن يكون في شيء منه الإبار، فيقع عليه اسم أنه قد أبر، كما لو بدا صلاح شيء منه، وفيما ذكروه من إطلاق اسم التأبير على الجميع بتأبير بعضها توقف لا يخفى، لا سيما على ما يقوله أصحابنا أنه يكفي تأبير نخلة واحدة في البستان، بل طلعة واحدة ويصير الباقي تبعًا فدعوى إطلاق التأبير على الجميع حقيقة في غاية البعد.

وقد وقع في كلام ابن حزم ما يقتضي أن لفظ الحديث: وفيها ثمرة قد أبرت فثمرتها للبائع إلّا أن يشترط المبتاع، وهذا لو ثبت كان صريحًا في المطلوب، لكني لم أجده في شيء من ألفاظ الحديث التي وقفت عليها، وإنما فيها كلها جعل التأبير صفة للنخل المبيعة، وحقيقة ذلك أن يكون في الجميع، واللفظ الذي ذكره ابن حزم لم يذكره بإسناد بل أتى به في ضمن استدلال، فلعله لم يتثبت فيه، نعم لا يشترط أن يوجد التأبير في كل طلع النخلة، بل متى وجد في شيء منها صح أنها أبرت، فيكون جميع ثمرتها للبائع، وإن كان بعضها غير مؤبرة استدلالًا بالحديث، ويعضد الأصحاب وغيرهم فيما اتفقوا عليه من الاكتفاء بتأبير البعض أن العادة لم تجر بتأبير جميع النخل، بل يكتفون بتأبير بعضها.

واستدل أبو إسحاق المروزي لذلك بما ذكره المصنف، وزاده المصنف بالاستشهاد بأساس الدار، وهو جواب عن سؤال مقدر أورده الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهما، وأجابوا عنه وهو أنه هلا جعل ما أبر تابعًا لما لم يؤبر في دخوله في البيع؟ وأجابوا بأنه استقر في الشرع أن الباطن تبع للظاهر، وليس الظاهر تبعًا للباطن، فإن ما بطن من أساس الحائط ورؤوس الأجذاع تبع لما ظهر في جواز البيع، وأيضًا فإنه كان يلزم منه مخالفة منطوق الحديث ولك أن تقول على الأول: إن الحكم بتبعية الأساس أمر ضروري لصحة البيع ولا كذلك الثمار، ألا ترى أنه لو شرط أن تكون المؤبرة للبائع وغير المؤبرة للمشتري، اتبع شرطه، فإنها لو كانت كلها مؤبرة وشرط بعضها اتبع شرطه وسوء المشاركة موجود فكأنهما رضيا به، وأورداه العقد عليه، وكل عقد فيه مشاركة فهو مظنة الضرر ومع ذلك يصح كثير من العقود المقتضية للمشاركة، واستدلوا أيضًا بأن بدو الصلاح في بعضها بمنزلة بدو الصلاح في جميعها، فكذلك التأبير، ولك أن تجيب بأن المعنى في الأصل أن الثمرة متى تركت حتى يوجد الصلاح في جميعها أدى إلى أن لا يصح بيعها بحال

فإنه إلى أن يتكامل فيها يتساقط الأول فيؤدي إلى فساد الثمرة وتأذي مالكها وليس هذا المعنى موجودًا هنا، والله أعلم، وفي كلام الشافعي في «الأم» إشارة إلى الدليلين اللذين استدل بهما الأصحاب.

وأما إذا كان الحائط أنواعًا فالمذهب أيضًا أن ما لم يؤبر تابع لما أبر، فإن الشافعي قال: إذا بيعت رقبة الحائط وقد أبر شيء من نخله فثمرة النخل تلك في عامه ذلك للبائع، ولو كان منه ما لم يؤبر، ولم يطلع، لأن حكم ثمرة ذلك النخل في عامه ذلك حكم واحد، كما يكون إذا بدا صلاحه ولم يؤبر، قال صاحب «التتمة»: ويخالف الجارية الحامل بولدين. وضعت أحدهما ثم باعها قبل وضع الآخر، لا يجعل تبعًا للمولود على ظاهر المذهب، لأن الولد بعد الانفصال ليس له تعلق بالأم فيفرد كل واحد بحكمه والطلع بعد التأبير متصل بالشجرة، هذا الفرق ذكره صاحب «التتمة» في النخلة الواحدة يكون بعض طلعها مؤبرًا وبعضها غير مؤبر، فأما إذا كان بعض النخيل مؤبرًا وبعضها غير مؤبر ففرق بينه وبين الأغنام يبيعها وقد نتج بعضها يبقى نتاجها للبائع والتي لم تنتج يدخل حكمها في العقد لأن نتاج الأغنام لا يتفق في وقت واحد بخلاف النوع الواحد من النخيل.

وقال أبو علي ابن خيران: لا يكون تأبيرًا إلّا في نوعه، لأن الأنواع يختلف إدراكها وتتفاوت، والنوع الواحد لا يتفاوت، ورد الأصحاب عليه بما ذكره المصنف وممن وافق الأصحاب على ذلك أبو علي ابن أبي هريرة لكنه شرط في ذلك أن يكون أطلع حتى يكون في حكم المؤبر وإن اختلف النوع أما ما ظهر من الطلع بعد البيع، فقال بأنه للمشتري لأنه ظهر في ملكه وغلطوه في ذلك بالنص الذي قدمته عن الشافعي آنفًا، وحكمه بأن ثمرة ذلك العام للبائع، ولو كان فيه ما لم يؤبر ولم يطلع، وهذا نص صريح.

وقول ابن أبي هريرة هذا صححه الماوردي، وسيأتي في كلام المصنف، وإنما ذكرته هنا لتعلقه به، فإنه ينتظم به فيما إذا باع نخلًا وفيه ثمرة مؤبرة ثلاثة أوجه، أحدها: وهو المذهب أن ثمرة جميع ذلك العام للبائع، والثاني: قول ابن خيران ليس للبائع إلّا المؤبر، والثالث قول ابن أبي هريرة: أن للبائع المؤبر والمطلعة غير المؤبرة عند البيع وللمشتري ما أطلع بعد البيع، والله أعلم، ولم يقل أحد من الأصحاب بإفراد المؤبر بحكمه، ومذهب مالك رحمه الله أنه إذا أبر أكثر الحائط فهو للبائع حتى يشترطه المبتاع، وإن كان المؤبر أقله فكله للمبتاع، واضطربوا إذا أبر نصفه، قال ابن عبد البر: والأظهر من المذهب أنه للمبتاع إلّا أن يكون النصف مفردًا فيكون للبائع.

فرع: هذا كله فيما إذا باع الجميع، أما إذا أفرد غير المؤبر بالبيع فسيأتي ذلك في كلام المصنف رحمه الله تعالى إن شاء الله تعالى، المسألة الثانية: إذا كان له حائطان فأبر أحدهما دون الآخر وباعهما فإن المؤبر للبائع. وما لم يؤبر للمشتري، ولا يتبع أحدهما الآخر لما ذكره المصنف، هذا هو الصحيح المشهور الذي جزم به القاضي أبو الطيب والماوردي والروياني كما فرقنا في الشفعة بين ما قسم وبين ما لم يقسم، وقاسه الشيخ أبو حامد أيضًا على بدو الصلاح، فإن بدو الصلاح في أحد الحائطين لا يستتبع الآخر. وفيه وجه آخر أن أحد البستانين يتبع الآخر. وجعل الرافعي الخلاف في البستانين مرتبًا على البستان الواحد فحيث قلنا في البستان الواحد إن كل واحد من المؤبر وغير المؤبر يفرد بحكمه فههنا أولى.

وحيث قلنا بأن غير المؤبر يتبع فههنا وجهان، أصحهما: إن كان بستان يفرد حكمه، والفرق أن لاختلاف البقاع تأثيرًا في وقت التأبير فاقتضى كلام الرافعي رحمه الله جريان الخلاف في البستانين في صور، إحداها: عند اتحاد النوع والصفقة، والثانية: عند اختلاف النوع على المذهب، والثالثة: عند تعدد الصفقة إذا أفرد البستان الذي لم يؤبر بالبيع، فإنه يكون كما لو أفرد غير المؤبر في البستان الواحد، ولنا فيه خلاف سيأتي، الأصح أنه لا يتبع فعلى الوجه الآخر مقتضى كلام الشافعي أن يأتي في البستانين خلاف إذا أفرد غير المؤبر بالبيع، وكلام المصنف يقتضي على الصورتين الأوليين ما اقتضاه كلام الرافعي من جريان خلاف عند اتحاد النوع والصفقة موجود لغيره، فإن القاضي حسين حكى عنه في ذلك وجهين.

وأما عند اختلاف النوع فغريب، وقد جزم صاحب «التتمة» فيه بعدم التبعية، وجعل محل الوجهين فيما إذا كان الصنف واحدًا، فأما إذا أفرد البستان الذي لم يؤبر بالبيع فأغرب لم أره لغير الرافعي، لكنه يشبه ما ذكره الأصحاب في بدو الصلاح والفرق واضح من جهة أن المطلوب ببدو الصلاح أمنها من العاهة، وقد يقال: أنه حاصل بدخول وقته وإن لم تشمله صفقة، والمطلوب تأثير أن يكون المبيع أو بعضه بارزًا وهو مفقود ههنا قال الرافعي وغيره: ولا فرق بين أن يكون البستانان متلاصقين أو متباعدين.

قال ابن الرفعة: يشترط أن يكونا في إقليم واحد بل في مكان طبعه واحد وما ذكره صحيح مأخوذ من كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، وعليه يحمل كلام الرافعي وغيره، ثم اعلم أن المراد بالحائطين ما يكون أحدهما مثمرًا غير الآخر ولا يشترط أن يكون محوطًا، فإن صاحب «البيان» ذكر المسألة فيما إذا كان له حائطان فيهما نخيل أو قطعتان من الأرض فيهما نخيل، لكن ينبغي أن يضبط ذلك بضابط، فإن قطعتي

الأرض المتجاورتين كالأرض الواحدة التي لها جانبان، وجعل التأبير في أحد الجانبين دون الآخر، ثم باع الجميع فإن ما لم يؤبر تابع لما أبر، فإذا كان الأرضان غير متجاورتين كانا كذلك، فينبغي أن يضبط ذلك بأن يكون بينهما نوع من التمييز حتى يعدا في العرف مكانين، ولا يعدان مكانًا واحدًا، وأسباب ذلك إما حاجز بينهما، وإما غير ذلك مما هو معلوم في العرف فإن من الأراضي ما هي قطعة متجاورة ويحكم أهل العرف بأنها أراض لا أرض واحدة لنوع من التمييز بينها.

وأما القطعة الواحدة إذا أبر جانبًا منها دون جانب ثم باع الجميع حصلت التبعية، لأن صاحب «الحاوي» قال: وقال الشيخ أبو حامد: إنه لا يشترط الحاجز، وإنما يعتبر أن يصدق عليهما اسم الانفراد وهو إشارة إلى ما قلناه.

فرع: هذا الحكم المذكور من أول الفصل إلى هنا أن المؤبر لا يتبع النخلة المبيعة، وغير المؤبر يتبع، لا فرق فيه بين أن يكون المبيع النخيل دون البستان أو معه، وهذا ـ وإن كان من الواضحات ـ فإن صاحب «العدة» صرح به، فذكرته تبعًا له ورغبة في الإيضاح، والله سبحانه أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن كان له حائط أطلع بعضه دون بعض فأبر المطلع ثم باع الحائط، ثم أطلع الباقي، ففيه وجهان، قال أبو علي ابن أبي هريرة: ما أطلع في ملك المشتري لا يتبع المؤبر، بل يكون للمشتري، لأنه حادث في ملكه فلا يصير للبائع، والثاني: أنه يتبع المؤبر، فيكون للبائع، لأنه من ثمرة عامة، فجعل تابعًا له كالطلع الظاهر في حال العقد فإن أبر بعض الحائط دون بعض ثم أفرد الذي لم يؤبر بالبيع ففي طلعه وجهان، أحدهما: أنه للبائع، لأنا جعلناه في الحكم كالمؤبر بدليل أنه لو باع الجميع كان للبائع، فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع، والثاني: أنه للمشتري، لأنه إنما جعل كالمؤبر إذا بيع معه، فيصير تابعًا له، فأما إذا أفرده فليس بتابع للمؤبر فتبع أصله.

الشرح: فيه مسألتان: المسألة الأولى: إذا باع جميع نخل البستان، وقد أبر بعضها وبعضها لم يطلع بعد، فأطلع بعد البيع في ملك المشتري فلا إشكال في أن المؤبر للبائع وأن ما كان وقت العقد مطلعًا غير مؤبر تابع له، فيكون للبائع أيضًا، أما ما أطلع بعد ذلك، فإن كان طلع العام المستقبل فهو للمشتري، وليس محل الوجهين، نبه عليه الماوردي، وهو ظاهر من كلام المصنف وإن كان من طلع ذلك العام ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول ابن أبي هريرة. وادعى الماوردي أنه الأصح، وتبعه ابن أبي عصرون أن ما أطلع في ملك المشتري لا يتبع المؤبر، بل يكون للمشتري كحدوثه في ملكه، وقد صحح ابن الصباغ أيضًا هذا الوجه عند الكلام في اختلاط ثمرة النخل المبيعة بثمرة البائع. والثاني: وهو قول أبي حامد

الإسفراييني وقال: إنه المذهب أنه يتبع فيكون للبائع خوفًا من سوء المشاركة كما أنا جعلنا ما لم يؤبر تبعًا لما أبر خوفًا من سوء المشاركة، ووافق أبا حامد على تصحيح هذا الوجه جماعة منهم الرافعي، وفرق الماوردي منتصرًا لقول ابن أبي هريرة بأن ما لم يؤبر يصح العقد عليه، ويلزم فيه بالشرط، فجاز أن يصير تبعًا لما قد استثناه العقد، قال: ولو كان التعليل المذكور صحيحًا كان بيع ما لم يخلق تبعًا لما خلق، كما يجوز بيع ما لم يبد صلاحه تبعًا لما بدا صلاحه، قال: وفيما ذكرنا من ذلك دليل على وهاء قوله، وفساد تعليله يعني أبا حامد.

قلت: وقد تقدم أن قول ابن أبي هريرة الذي انتصر له الماوردي مخالف لنص الشافعي الصريح ويمكن التمسك للنص بظاهر الحديث، فإنه حكم بأن ثمرة النخل المؤبرة للبائع، وثمرتها تشمل ما كان مطلعًا حين العقد، وما لم يكن خرجنا عنه في ثمرة العام المستقبل بدليل، فينبغي فيما عداه على ظاهر العموم، إلّا أن يقال: أن قوله فثمرتها لا يشمل إلّا الثمرة الموجودة، وهي المطلعة، وليس ببعيد، لكن سوء المشاركة حاصل، والحاجة داعية إلى ذلك، وما ألزم به الماوردي من بيع ما لم يخلق تبع لما خلق، فإنما يلزم لو كان كل ما يشترط في البيع يشترط في الاستثناء.

وقوله: إن ما لم يؤبر يصح العقد عليه فرعه على رأيه، ورأى غيره ـ وقد تقدم عن أبي إسحاق ـ أنه لا يصح بيعه وهو الأصح عند المحاملي وغيره، فعلى هذا لا يصح الفرق المذكور، وفي «التتمة» ذكر نظير لهذه المسألة استنبط هذا الوجه منها، وهي جارية المكاتب إذا أتت بولدين أحدهما قبل الكتابة والآخر بعدها، قال: نص أن الولدين للسيد، فاستنبط منها هذا الوجه، ووجه في الجارية إذا كانت حبلى بولدين فوضعت أحدهما ثم باعها، فالولد الذي في البطن يبقى للبائع على ظاهر النص على ما قاله الإمام، ورأى أن الصواب خلافه وأن الولد الثاني للمشتري، وعن الخضري أنه كان يحكى في ذلك قولين، أحدهما: ما نسب إلى النص، والثاني: ما رأى الإمام أنه الصواب.

قال ابن الرفعة: ولو كان الخارج بعض الولد ولم ينفصل كله إلّا بعد البيع، فستعرف في باب الجنايات وغيره، أن المرجح في المذهب أن حكمه حكم ما لم ينفصل منه شيء، وفيه وجه أن حكمه حكم المنفصل، فعلى هذا يكون للبائع، وعلى الأول ينبغي أن يقطع في هذه الحالة بمقابلته بجزء من الثمن، لأنه قد علم وجوده، ثم قال الإمام في الحالة الأولى: ثم إذا حكمنا بأن الحمل للبائع فيجب أن يحكم بفساد البيع في «الأم» على ظاهر المذهب.

قال ابن الرفعة: أو يصح على ظاهر المذهب لأن هذا شبيه ببيع الجارية

الحامل بحر، من حيث أن البائع لم يستثنه، وإنما الشرع استثناه، وقد اختلف قوله يعني الإمام في أن المرجح فيه الصحة أو البطلان قلت: وتخريجه على بيع الجارية الحامل بحر حسن متعين، وحكمه والتصحيح فيه معلوم في موضعه، ولقد تعجبت من صاحب «البيان» فإنه قال: إن القول بأن ما أطلع للمشتري، لم يذكر الشيخ أبو حامد غيره، والموجود في «تعليقه» والمنقول عنه خلاف ذلك.

المسألة الثانية: إذا أبر بعض الحائط دون بعض فأفرد المؤبر بالبيع فلا إشكال في أن ثمرته للبائع، وإن أفرد الذي لم يؤبر بالبيع ففيه وجهان كما ذكر المصنف نقلًا وتعليلًا، وممن حكاهما القاضي أبو الطيب، وقوله: فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع، يعني إذا ثبت بهذا البيع حكم التأبير صار كالمؤبر، فإذا أفرده بالبيع صار كما لو أفرد المؤبر بالبيع، ونظير المسألة إذا بدا الصلاح في بعض الحائط فأفرد بالعقد الثمرة التي لم يبد صلاحها فيها ففي صحته وجهان كالوجهين. والصحيح: أن الطلع للمشتري. وممن صححه صاحب «البيان»، وقال إمام الحرمين: إن القائل بأن غير المؤبر هنا يتبع المؤبر يقول: دخول وقت التأبير كالتأبير نفسه، وهذا الكلام من الإمام قد يوهم أن من الأصحاب من يقول: إن وقت التأبير كالتأبير نفسه وكذلك كلام الغزالي يقتضي ذلك، وقد يوهم ذلك أن هذا القائل يكتفي بحضور الوقت دون أن يحصل تأبير أصلًا، ولم أعلم من قال بذلك، وإنما مراد الإمام ومن أطلق العبارة إذا حصل تأبير في غير المبيع، ولم يحصل في المبيع وقد تقدم في ذلك كلام.

وجزم الفوراني بأنه إذا أفرد النوع الذي لم يؤبر بالبيع أنه ليس حكمه حكم المؤبر، فيمكن أن يكون محل الوجهين اللذين ذكرهما المصنف وغيره فيما إذا أفرد ما لم يؤبر من نوع واحد، ويمكن أن يكونا مطلقًا بناء على أن التأبير في أحد النوعين تأبير في الآخر، وقد صرح صاحب «التتمة» بذكر الوجهين فيما إذا أفرد الصنف الذي ليس بمؤبر على طريقة من يرى تبعية النوع للنوع وهو المذهب فيصح إبقاء الوجهين في كلام المصنف على إطلاقهما.

قال المصنف رحمه الله تعالى: قال الشافعي رحمه الله: (والكرسف إذا بيع أصله كالنخل) وأراد به كرسف الحجاز فإنه شجر يحمل في كل سنة وتخرج ثمرته في كمام، وتتشقق عنه كالنخل، فإن باع وقد تشقق جوزه فهو للبائع، وإن لم يتشقق فهو للمشتري وإن تشقق بعضه دون بعض جعل الجميع للبائع كالنخل، وأما ما لا يحمل إلّا سنة وهو قطن العراق وخراسان فهو كالزرع، ويجيء حكمه إن شاء الله تعالى.

الشرح: الكرسف بضم الكاف وسكون الراء وضم السين المهملة بعدها فاء:

القطن، ويقال له: الكرسف والبرسف وهو على نوعين، منه ما يبقى في الأرض سنين، ويحمل كل سنة مثل كرسف الحجاز وأبين وتهامة والشام والبصرة، قال المحاملي: والبلاد الحارة، فهو شجر شبيه بالنخل ويتشقق الجوز فيؤخذ القطن منه، ويترك القشر على الشجر، كما يترك كمام الطلع على الشجر، وقيل: إن بعضهم شاهده يحمل في السنة ثلاث مرات، ويعضد عليه كما يعضد على الشجر، وقد عده الأصحاب مع النرجس والبنفسج والمصنف أفرده بالذكر وهو أولى فإن فيهما وجهًا كما سيأتي بإلحاقهما بالزرع.

وأما الكرسف المذكور فلا نعلم خلافًا في إلحاقه بالنخل، على أن من الأمثلة المذكورة مع النرجس والبنفسج ما لا خلاف فيه أيضًا ولكن الكرسف كأنه أشبه بالشجر منه، فلذلك أفرده بالذكر، وكذلك الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ أفرده بالذكر قال: والكرسف إذا بيع أصله كالنخل، قال الأصحاب في هذا النوع من الكرسف: إنه إذا باع الأرض كان تابعًا لها، وإن أفرده بالبيع جاز مطلقًا، ولا يشترط شرط القطع، وإذا باعه مفردًا أو مع الأرض أو باع الأرض فدخل في بيعها وكان فيه جوز ـ فإن كان قد تشقق منه شيء ـ كان الكل للبائع إلّا أن يشترط المشتري وإن لم يتشقق منه شيء فالكل للمبتاع إلّا أن يشترط البائع كثمرة النخل سواء، فالتشقق هنا بمنزلة التأبير في النخل.

وكلام المصنف مصرح بأنه لو تشقق بعضه كان الجميع للبائع، والأصحاب مساعدون له على ذلك، ومن جملتهم صاحب «التهذيب» وافق في أن الكرسف في ذلك كالنخل، وسيأتي كلامه فيما سوى ذلك من الورد وغيره.

النوع الثاني: ما لا يحمل إلّا سنة واحدة، وهو قطن بغداد وخراسان لا يبقى أكثر من سنة واحدة. فحكمه حكم الزرع إن باع الأرض لم يدخل في العقد كالزرع إلّا أن يشترطه المشتري فيصح شرطه ما لم يكن جوزًا منعقدًا غير متشقق، فسيأتي أنه يمتنع على المشتري اشتراطه، هذا إذا لم يكن اشتد فإن اشتد وقوى ولم يتشقق فلا يجوز بيعه أصلًا مفردًا ولا مع الأرض، سواء ظهر بعضه أم لم يظهر شيء منه، لأن المقصود منه مغيب فهو مجهول كالسنبل. فإن باعه مع الأرض بطل فيه وفي الأرض قولا تفريق الصفقة وكذلك في الزرع مع الأرض سواء. قاله القاضي أبو الطيب.

وإن باعه وحده ـ فإن كان حشيشًا ـ لم ينعقد جوزه، أو انعقد ولم يحصل فيه قطن جاز بيعه بشرط القطع، وإن كان قد عقد جوزه واستحكم قطنه، لأن المقصود منه القطن وهو مغيب كالسنبل، فعلى هذا إن باعه مفردًا بطل، وإن باعه مع الأرض

بطل فيه، وفي الأرض قولا تفريق الصفقة، وكذلك إذا باع الأرض واشترط المشتري أن يكون ذلك له، واقتصر الرافعي في ذلك على ما ذكر صاحب «المهذب» نقلًا، وفيما قال صاحب «التهذيب» موافقة لبعض ما تقدم عن القاضي أبي الطيب، فإن تشقق وظهر القطن صح بيعه وحده ومع الأرض وجاز لمشتري الأرض أن يشترطه، وهل يدخل القطن في البيع؟ قال صاحب «التهذيب»: يدخل بخلاف الثمرة المؤبرة لا تدخل في بيع الشجرة، لأن الشجرة مقصودة كثمار سائر الأعوام، ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة.

وقال القاضي حسين: إنه يبقى للبائع ولا يدخل في البيع، وشبه ابن الرفعة هذا الخلاف بالخلاف فيما إذا رهن خريطة لا قيمة لها، وكان فيها شيء له قيمة هل يتبع اللفظ دون ما فيها؟ أو يجعل المرهون ما فيها؟ لأنه المقصود عادة، وفيه وجهان، أصحهما: الأول قلت: وإن لم يتشقق قال في «التهذيب»: لم يصح بيعه على الأصح وقال القاضي حسين: يصح في الأصل ولا تدخل الثمرة وكل منهما بنى على أصله قال ابن داود: فعلى قول اشتراط التشقق يشترط أن يكون في كله فلو تشقق بعضه لم يصح إلّا فيه بخلاف ثمرة النخل وكرسف الحجاز، واحتج من منع من بيعه قبل تشققه بأن المقصود منه القطن وفي «البيان» أن الشيخ أبا حامد منع من بيعه وإن تشقق جوزه كالطعام في سنبله، وهذا محمول على غلط في النسخة التي وقعت لي، وهذه الجملة التي ذكرتها هي قول أكثر الأصحاب.

وقال صاحب «التتمة»: إنه إذا تناهى نهايته ولا يكون له نماء بعد ذلك وهو في آخر الخريف فبيعه جائز مطلقًا، ويكلف تفريغ الأرض عنه على حسب العرف وما عليه من الحمل لا يتبعه سواء كان متشققًا أم غير متشقق، لأن الشجرة ليست بمقصودة وإنما المقصود الثمرة فلا تدخل في بيع البائع، وهذا الذي قاله صاحب «التتمة» فيه تنبيه وعليه استدراك أما التنبيه فإنه استفيد مما ذكر أن شرط الحكم بجواز البيع فيه أن يكون تناهى، ولا يتوقع له نماء فلو لم يكن كذلك لم يصح إلّا بشرط القطع كما في شجر البطيخ إذا خاف اختلاطه أما بيعه مع الأرض فلا حاجة فيه إلى ذلك وأما الاستدراك فإن أصول هذا النوع من الكرسف لا تقصد وحدها بدون حملها ولا يشتريها أحد إلّا والمقصود حملها، فقوله: إن حملها لا يتبع لأن الشجرة ليست بمقصودة تعليله صحيح، وليس ينبغي أن يكون فيما إذا عنى أنه يشتري الأصول فقط أما إذا قال: بعتك هذا القطن وهذا الزرع دخل لأنه هو المقصود وليس دخوله تبعًا وكلام الأصحاب المتقدم منزل على ذلك وذلك هو المفهوم عند الإطلاق.

وكذلك إذا قال: بعتك الأرض وما فيها من الزرع فأما بيع ثمره فإن تشقق

وباع ما تشقق منه صح ويؤمر بالالتقاط على العادة فلو تأخر الالتقاط حتى تشقق غيرها واختلط فعلى القولين، وإن لم يكن تشقق ولا انعقد القطن فباعه على شرط التبقية لم يصح كثمرة لم يبد صلاحها وإن باعه بشرط القطع لم يصح لأنه لا منفعة فيه في تلك الحالة فأما إن انعقد القطن ولم يتشقق فحكمه حكم الحنطة في السنبل هذا كلام صاحب «التتمة». قال: فلو باع الجوز مع الشجرة قبل التشقق بشرط القطع فمن أصحابنا من قال: فيه قولا بيع الغائب والشجرة ـ وإن كان قد رآها ـ فهي تابعة فلا يجعل لها حكم ومنهم من قال: في الجوز قولا بيع الغائب إذا أبطلنا ففي الشجرة قولا تفريق الصفقة وقد ذكر صاحب «البيان» أن قطن العراق كقطن الحجاز يبقى سنين، والأمر في ذلك يرجع إلى المشاهدة والفقه وقد تبين.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن باع شجرًا غير النخل والكرسف لم يخل إما أن يقصد منه الورد أو الورق أو الثمرة، فإن كان يقصد منه الورد فإن كان ورده يخرج في كمام ثم يتفتح منه كالورد فهو كالنخيل، فإن كان في الكمام تبع الأصل في البيع كالطلع الذي لم يؤبر، وإن كان خارجًا من الكمام لم يتبع الأصل كالطلع المؤبر وإن كان لا كمام له كالياسمين كان ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشتري، وإن كان مما يقصد منه الورق كالتوت ففيه وجهان أحدهما: أنه إن لم ينفتح فهو للمشي. وإن تفتح فهو للبائع، لأن الورق من هذا كالثمر من سائر الأشجار، والثاني: أنه للمشتري تفتح أو لم يتفتح لأنه بمنزلة الأغصان من سائر الأشجار، وليس كالثمر لأن ثمرة التوت ما يؤكل منه.

الشرح: الفصل معقود لبيان ما يلحق من الأشجار بالنخل، فإن الشافعي رحمه الله لما ذكر حكم النخل المنصوص عليه، وأتبعه بالكرسف الذي هو في حكمه، قال بعد ذلك: ويخالف الثمار من الأعناب وغيرها النخل، واندفع في بيان ما يكون في معنى ثمر النخل، وشرح الأصحاب ذلك فقسموا الشجر النابت الذي له حمل في كل سنة إلى أقسام. وأحسن تقسيم فيها ما سلكه الشيخ أبو حامد، وتبعه المصنف، وهو أن الشجر ثلاثة أضرب، ما يقصد منه الورد، وما يقصد منه الورق، وما يقصد منه الثمرة، والذي يقصد منه الثمرة على خمسة أضرب الأربعة التي ستأتي في كلام المصنف، والخامس ما يظهر في كمام ثم تتشقق عنه الكمام فتظهر الثمرة فتقوى بعد ذلك وتشتد. وهي ثمرة النخل. والمصنف لم يذكر في هذا القسم لأنه جعل تقسيمه فيما سوى النخل والكرسف، فلا تأتي الأربعة كما ذكر.

والقاضي أبو الطيب جعل الأقسام كلها خمسة، فلم يأت في تقسيمه من الحسن والبيان ما في تقسيم الشيخ أبي حامد، فلذلك عدل المصنف عنه، وذكر المصنف في هذه القطعة التي ذكرناها ههنا ضربين.

الضرب الأول: ما يقصد منه الورد. وهو على نوعين، أحدهما: ما يخرج في ورق أخضر لا يشاهد منه شيء، ثم بعد ذلك يتفتح فيشاهد ما تحته كأنواع الورد الأحمر والأبيض والأخضر والنرجس، فإن كان قد تفتح منه شيء عند البيع فجميعه للبائع، ما تفتح وما لم يتفتح، هذا هو المشهور خلافًا لما سنذكره عن صاحب «التهذيب» ومن تبعه، أن ما تفتح يكون للبائع، وما لم يتفتح يكون للمشتري، وأن ما لم يتفتح منه شيء يكون للمشتري كالطلع حرفًا بحرف، هكذا قال أبو حامد، وقال الروياني في «البحر» والشاشي في «الحلية» وابن الصباغ والرافعي عن الشيخ أبي حامد: أنه للبائع وإن كان في كمامه، وإن ذلك ظاهر كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ.

قلت: وهذه الحكاية عن أبي حامد كان يغلب على ظني أنها وهم، فإن الذي في «تعليقه» الجزم بالتفصيل المتقدم، ولا أعلم خلافًا في ذلك، فلعله التبس على الحاكي هذه المسألة بمسألة الثمرة التي عليها نور. ووقع اختلاف في نقل الحكم مع ذلك، لكن ما رأيتها ولا الأئمة نقلوا ذلك.

قلت: لعل الشيخ أبا حامد اختلف كلامه في ذلك. ويدخل شجر هذا النوع في بيع الأرض كسائر الأشجار، وقال البغوي في «التهذيب» والخوارزمي في «الكافي»: أن الورد إذا تفتح بعضه فالذي تفتح للبائع والذي لم يتفتح للمشتري، بخلاف ما لو باع نخلة تشقق بعض ثمرها، وعلله بأن ما تفتح من الورد يجتنى ولا يترك، فإنه يتناثر ويقتل فلا يتلاحق البعض بالبعض، فكان كل واحد في حكم المنفرد بخلاف الثمار فإنها لا تجتنى حتى تتلاحق، وكلام أبي حامد والجرجاني والمصنف في «التنبيه» وابن سراقة في بيان ما لا يسع جهله مصرح بخلافه.

النوع الثاني: من هذا الضرب ما يبرز بنفسه لا يحول دونه حائل إلّا أنه يخرج على جهته ثم يتفتح كالياسمين، فإن كان قد ظهر منه شيء، فالجميع للبائع، وإن لم يظهر منه شيء فهو للمشتري، والظهور في هذا النوع بمنزلة التفتح في النوع الأول، هذه طريقة الشيخ أبي حامد، وسلكها المصنف هنا والروياني والرافعي وغيرهم. واعلم أن عبارة المصنف رحمه الله تعالى هنا في الياسمين خاصة، وكذلك عبارة الجرجاني، يوافقان بظاهرهما ما قاله صاحب «التهذيب» في الورد لكن عبارة المصنف في «التنبيه» مصرحة بأن الياسمين كالورد، وأن ظهور بعضه كظهور كله، فينبغي أن تحمل عبارته في «المهذب» على ذلك لا على ما قاله صاحب «التهذيب»، والله أعلم.

وأطلق القاضي أبو الطيب في النوعين أنه إن تفتح للبائع، وإن لم يتفتح للمشتري، وكذلك قال المصنف في «التنبيه»، لكن بلفظ الظهور لما قال: أو نورًا

تفتح كالورد والياسمين فإن كان ظهر ذلك أو بعضه فهو للبائع، وإن لم يظهر فهو للمشتري، فإن أراد بالظهور التفتح وهو الظاهر فهو موافق للقاضي أبي الطيب، وإن أراد البروز، وإن كان في الكمام لم يقل به أحد إلّا أن يتعسف في الاعتذار عنه بأن المراد الظهور، وذلك في الورد وما يخرج في كمام بالتفتح وبالياسمين وما يخرج في غير كمام بنفس الخروج، فحينئذٍ يصح، ويكون موافقًا لما قاله في «المهذب»، ولما قاله الشيخ أبو حامد وأما اعتبار القاضي أبي الطيب التفتح فيما لا كمام له فلا معنى له.

وقال الروياني: أن البنفسج كالورد، وعد جماعة البنفسج والنسرين من جنس الياسمين، وألحق سليم فيما نقل عنه النسرين بالورد قال الفزاري: والمشاهد في بلادنا خروجه في كمام يتفتح عنه كالورد يعني الياسمين.

فرع: لو باع كمام الورد قبل حصول الورد فيها، وكذا الجوز قبل القطن بشرط القطع، صح لأن الورد والقطن ليسا بمقصودين منهما فصارا مقصودين بأنفسهما لعلف الدواب، قاله الخوارزمي.

الضرب الثاني: ما يقصد منه الورق كالتوت وشجره هو المسمى بالفرصاد ففيه وجهان أحدهما: وهو قول أبي إسحاق وصححه الروياني، أنه إن كان قد ظهر من الورق شيء فالكل للبائع، وإلّا فللمشتري، هكذا عبارة الشيخ أبي حامد، والشيخ في عبارته بالتفتح وعدمه تابع للقاضي أبي الطيب فإنه قال كذلك، وزاد ففرض المسألة فيما إذا باع أصل التوت، وقد خرج ورقه، ويرد عليهما في ذلك ما ورد عليهما في اعتبار التفتح في الياسمين، وإن استبعدت حصول التفتح في ورق التوت فسيأتي في كلام الماوردي والروياني ما يثبته، وقد أخبرني من يخبر ذلك، وأن ورق التوت يخرج منعقدًا لم يتفتح.

فائدة: الياسمين بكسر السين، والأشهر جعل النون حرف إعرابه، وفيه لغة أنه يعرب إعراب قائمين ـ بالواو والياء والنون ـ بياءين مثناتين. هذا هو المشهور وقد قيل فيه لغة: إن الأولى مثناة والثانية مثلثة. وأنكرها الجوهري ونسبها ابن قتيبة في «أدب الكاتب» إلى الفرس.

والوجه الثاني: أنه للمشتري بكل حال ونسبه الإمام إلى الجماهير. وصاحب «البيان» إلى اختيار الشيخ أبي حامد، وقال في «التهذيب»: أنه المذهب وهو الأصح عند الغزالي والرافعي والقاضي حسين وغيرهم. لأنه ورق فأشبه سائر الْاوراق، ولما ذكره المصنف ومنع صاحب هذا الوجه أن تكون ثمرة التوت منحصرة في ذلك، أو أن ذلك من الثمر، بل ثمرته ما يؤكل منه من الثمرة الحلوة والمرة وجعل

البغوي والرافعي وغيرهما محل الخلاف فيما إذا كان في أوان الربيع أما في غيره فالكل للمشتري بلا خلاف على ما صرح به صاحب «التتمة» كسائر الأوراق.

وفي المسألة وجه ثالث جزم به الماوردي وحكاه الروياني أنه إن كان شاميا يقصد ثمره دون ورقه فلا اعتبار بظهور ورقه، وإن كان يقصد ورقه فإنه يبدو في عقده ثم يتفتح عنها، فإن كان في عقده تبع الأصل وإن انشقت العقدة وظهر ورقها لم يتبع الأصل وهو للبائع، قال الروياني: وهو قريب من قول أبي إسحاق، ورأى بعضهم أن الخلاف منزل على هذا التفصيل وأنه لا معنى لذلك الخلاف، وإن كان الشيخ قد حكاه.

قلت: وقد عرفت أن الشيخ لم ينفرد به بل كل الأصحاب ذكروا الخلاف ولم أر هذا التفصيل لغير الماوردي، وإن كان متجهًا، فإن النوع الذي يقصد ثمره ولا يقصد ورقه كالأحمر فيما قال بعضهم، فإنه لا يطعم ورقه للدود المقصود ثمره فهذا ورقه كورق سائر الأشجار، أما التوت الأبيض الذي يقصد منه الورق لطعمه الدود فيتجه فيه الخلاف قال ابن الرفعة: ويلتحق بالأول ورق الذكر من الأبيض، لأنه لا يصلح لتربية الدود كما صرح به الأصحاب في كتاب «المساقاة»، والله أعلم.

فرع: الخلاف الذي يقطع أغصانه ويترك ساقه وطوله، وتقطع الأغصان من جوانبه فحسب إذا باع شجرته قال القاضي حسين، والأغصان لا تدخل في العقد، لأنه ينزل منزلة الثمار في سائر الأشجار.

فرع: قال الماوردي والروياني: الحناء يقصد ورقه أيضًا ويبدو ورقه بعد تقديح أغصانه من غير أن يكون في عقدة تتفتح عنه، فإذا بدا ورقه بعد التقديح ثم باع شجره كان في حكم النخل المؤبر، فيكون للبائع، وقال صاحب «البيان»: شجر الحناء والجوز والهرنس لا نص فيها فيحتمل أن يكون كالتوت على الوجهين، ويحتمل أن يكون البائع أحق بالورق إذا ظهرت وجهًا واحدًا لأنه لا ثمرة لهذه الأشجار غير الورق.

فرع: شجر النبق، قال صاحب «التتمة»: المذهب كسائر الأشجار يتبعها ورقها، وقيل: أنها كالتوت، لأن في ورقها منفعة مقصودة يغسل بها الرأس قال ابن الرفعة: وهذا ينبغي أن يكون هو الأصح في بلادنا لأنه مقصود بالثمرة، وله طواحين معدة لطحنه، وموضع يباع فيه بأبلغ ثمن لكثرته، وفرق على القول الآخر بينه وبين ورق التوت، بأن منفعة غسل الرأس تافهة وغيره في المعنى يشاركها، فإنها تغسل بالخطمى والطين وغير ذلك بخلاف ورق الفرصاد فإنه كل مقصوده.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن كان مما يقصد منه الثمرة فهو على

أربعة أضرب أحدها: ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام كالتين والعنب، فما ظهر منه للبائع لا يدخل في البيع من غير شرط، وما يظهر بعد العقد فهو للمشتري، لأن الظاهر منه كالطلع المؤبر، والباطن منه كالطلع الذي لم يؤبر.

الشرح: بدأ في الضرب الثالث من أقسام الشجر، وجعله على أربعة أضرب وقد تقدم التنبيه على أن منها ضربًا خامسًا لم يدخل في تقسيمه، ولم يلتزمه وهو النخل والكرسف لإفراده إياهما بالذكر، وجعله مورد التقسيم فيما سواهما، إذا علم ذلك فهذا الضرب الذي يقصد منه الثمرة مما سوى النخل والكرسف على أربعة أضرب.

أحدها: ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام، ولا ورق دونها ولا حائل مثل التين والعنب، فإذا باع أصل التين والعنب، فإن كان قد خرجت الثمرة فهي للبائع، إلّا أن يشترط المبتاع وإن لم تكن خرجت وإنما خرجت في ملك المشتري فهي للمشتري، ويكون خروج هذه الثمرة بمنزلة ظهور ثمرة النخل من الطلع، وظهور القطن من الجوز، قال الشيخ أبو حامد وأظن التوت الشامي مثله أي مثل التين والأمر كما قال، فإن ثمرة التوت تخرج بارزة من غير كمام وأظن مراده بالشامي التوت الأحمر المر، فإن المقصود منه ثمرهُ لا ورقه بخلاف التوت الذي يقصد ورقه لتربية الدود وإن كان الحكم في الثمرة واحدًا، وقد حكي عن الشيخ أبي حامد أنه قال في العنب: عندي أن له وردًا ثم ينعقد قال المحاملي: وشاهده قول الشافعي: يعني الذي معناه أن سائر الثمار من العنب وغيره تخرج ثمرتها وعليها ورد، وهو يشاهد من بين ذلك الورد، ويرى ويتساقط عنها النور، ويبقى الثمر، فتكبر ولا كذلك النخل فإنها لا ترى من داخل الكمام وهذا وجه المخالفة.

قال ابن الرفعة: وقد يقال على هذا: وجه المخالفة أن كمام ثمرة النخل شامل لحبات منه، وكمام العنب شامل لكل حبة، وكذا كمام غيره من الثمار، ولهذا المعنى أثر يظهر لك في بيع ما له قشران كالجوز واللوز، وقد علل جعل العنب للبائع بأن اشتمال كل حبة على كمام يزايلها، كاشتمال كل حبة من حبات ثمر النخل بعد التأبير ومع ذلك فهو للبائع، فكذا العنب يكون له، والماوردي يزعم أن العنب نوعان منه ما يورد ثم ينعقد ومنه ما يبدو منعقدًا قال ابن الرفعة: ولا أثر لهذا الاختلاف في الحكم لأن من أثبت له نورًا يقول: أنه غير مانع من الرؤية فكان كالمعدوم، والله أعلم.

واعلم أن كلام المصنف في هذا الضرب والضرب الذي بعده يقتضي أن ما يظهر بعد العقد لا يكون تابعًا لما كان عند العقد، وأنه لا يكون ظهور بعضه كظهور كله كالنخل وبذلك صرح صاحب «التهذيب»، وهو يوافق ما تقدم عن صاحب

«التهذيب» في الورد والياسمين، وما اقتضاه كلام المصنف وصرح به صاحب «التهذيب» في هذا الضرب الذي بعده لم أجد في كتب الأصحاب ما يخالفه، ونقل الرافعي ما قاله صاحب «التهذيب» عنه في الورد والتين والعنب وقال: أن الصورة الأخيرة، يعني التين والعنب، محل التوقف، قال صاحب «الوافي»: أو أجرى الوجه القائل بأن ما يحدث من الطلع بعد ما تأبر منه البعض يكون للبائع كالطلع غير المؤبر لأنه من ثمرة العام فيكون أيضًا ما يحدث من التين للبائع، تابعًا لما ظهر، لأن الظاهر في حكم المؤبر من ثمرة النخل كان له اتجاه ظاهر، ولم أجد للأصحاب نصًا فيه غير ما ذكره الشيخ وإن يكن فرق فمن حيث أن ظهور الشيء بعد الشيء في التين معتاد، ثم حين بلوغ التين يؤخذ، فالذي يحدث بعده لا يختلط به حتى يفضي إلى سوء المشاركة بخلاف ثمرة النخل فإنها تترك إلى الجذاذ، فيصير الجميع على حد واحد في البلوغ، فيختلط ولا يتميز، فاحتجنا أن نجعله تابعًا، وفي هذه المسألة لا حاجة إلى ذلك.

قلت: هذا اعتراض وجواب جيدان، وقد علمت أن المصنف لم ينفرد بذلك والفرق المذكور يعضد ما قاله صاحب «التهذيب» في الورد والياسمين، ويمكن الفرق بأن الورد والياسمين يسرع فيه التلاحق ولا يتميز، فيفضي إلى المحذور بخلاف التين والعنب، فإن التمييز بينهما بين، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: والثاني [ما] يخرج في كمام لا يزال عنه إلّا عند الأكل كالرمان والموز، فهو للبائع، لأن كمامه من مصلحته فهو كأجزاء الثمرة.

الشرح: هذا الضرب الثاني من الضرب الثالث الذي يكون المقصود فيه الثمرة، والأمر كما قال المصنف حكمًا وتعليلًا نص عليه الشافعي والأصحاب، قال الشافعي في «الأم»: وإذا باع رجل أرضًا فيها شجر رمان ولوز وجوز الرانج وغيرها مما دونه قشر يواريه، أو ظهرت ثمرته، فالثمرة للبائع إلّا أن يشترطها المبتاع، وذلك أن قشر هذا لا يتشقق عما في أجوافه، واتفق الأصحاب على أن الحكم كذلك في الرمان والموز، وذكروا في ذلك معنيين، أحدهما: أن كمامه من مصلحته كما ذكره المصنف، وهو الذي أشار إليه الشافعي، والثاني: تقشر نفس الثمرة، فإنه يدخر عليها، فهو كالتين، وفي كلام المصنف تصريح بإطلاق الشجر على شجر الموز، وسيأتي تعرض لحكمه في فصل النبات غير الشجر، وكلام الشافعي رحمه الله فيه، قال ابن الرفعة: ولأجله قيل: إنه لا تجوز المساقاة عليه، وأما الجوز واللوز والرانج ففيه نزاع فلذلك أخره المصنف وجعله من الضرب الثالث.

قال المصنف رحمه الله تعالى: والثالث: ما يخرج وعليه قشرتان كالجوز

واللوز والرانج، فالمنصوص أنه كالرمان لا يدخل في بيع الأصل، لأن قشره لا يتشقق عنه كما لا يتشقق قشر الرمان، ومن أصحابنا من قال: هو كثمرة النخل الذي لم يؤبر، لأنه لا يترك في القشر الأعلى كما لا تترك الثمرة في الطلع.

الشرح: الرانج ـ براء مهملة ونون بعد الألف مكسورة وجيم ـ وهو الجوز الهندي، وهو النارجيل، إذا علم ذلك فهذا الضرب، وهو الثالث من الضرب الثالث، فالجوز واللوز والرانج قد تقدم أن الشافعي ذكره مع الرمان، وحكم في الجميع بأنه للبائع إلّا أن يشترط المبتاع، وبذلك قطع صاحب «التقريب»، لأن قشوره لا تزول في الغالب لا عند القطف، وبعد القشرة العليا من الثمرة، بخلاف الكمام فإنه يعد من الشجرة، ويترك الكمام عند القطع على الأشجار، ونزل السعف والكرانيف، وقشور الجوز ليست كذلك، قال الشيخ أبو حامد: أما الذي لا إشكال فيه فالرمان والموز، وقال في الجوز واللوز: ظاهر قول الشافعي أنه وإن لم تتشقق القشرة الأولى فهو للبائع، قال: وقال أصحابنا: إنما جعله بمنزلة الرمان إذا ظهرت القشرة التي تلي اللب.

وظاهر هذا الكلام من الشيخ أبي حامد أن ذلك عن الأصحاب، والقاضي أبو الطيب جعل الشيخ أبا حامد هو المخالف في ذلك، فقال: وغلط الشيخ أبو حامد فقال: الجوز يتشقق قشرة الفوقاني عنه، ويسقط ويظهر السفلاني، فيجب أن يكون ذلك بمنزلة النخل، فإن لم يكن تشقق فهو للمشتري، وإن تشقق فهو للبائع، قال القاضي أبو الطيب: وهذا خلاف نصه، لأن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ قال: تشقق القشرة من هذا ليس من صلاحه، إذا كان على رؤوس الشجر، لأنه كتشقق الرمان الذي ليس فيه صلاحه وكان ذلك هو الحامل للمصنف على نسبة الخلاف إلى بعض الأصحاب مبهمًا من غير تعيين، وقطع الماوردي ونصر المقدسي في «الكافي» بما قاله أبو حامد، وقال الروياني: إنه الأقيس.

وقال المحاملي في «المجموع»: قال الشيخ: وقد ذكر الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ أن حكم الجوز واللوز قشرة عليا وسفلى، لأنه ليس بالحجاز شجر الجوز واللوز، فحمل أمره على أن له قشرة واحدة، وأجراه مجرى الرمان والموز، أو علم ذلك ولكنه فرض المسألة فيه إذا زالت عنه القشرة العليا وبقيت السفلى، والدليل على أنه أراد هذا أنه قال: دونه حائل لا يزال عنه إلّا في وقت الحاجة إلى أكله، وهذا صفة القشرة السفلى دون العليا.

قلت: أما الاحتمال الأول فبعيد؟ لأن في «مختصر المزني» في باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار، وكذلك في «الأم» وهو بعد الموضع بشيء يسير، أن على الجوز قشرتين واحدة فوق القشرة التي يدفعها الناس عليه، ولا يجوز بيعه، وعليه

القشرة العليا لأنه يصلح أن يدفع بدون العليا، وكذلك الرانج فلا يجوز أن ينسب إلى الشافعي أنه لم يكن يعرف حال الجوز، وأما الاحتمال الثاني فهو قريب ولا يأباه كلام الشافعي، فإن عبارته في «الأم»: «وذلك أن قشر هذا لا ينشق عما في أجوافه، وصلاحه في بقائه» هذا كلام الشافعي بحروفه، وليس فيها ما يوجب أن يكون المراد القشرة العليا دون السفلى، بل تعليل الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ بأن صلاحه في بقائه يفهم أن ما ليس صلاحه في بقائه لا يكون للبائع إلّا إذا زال عنه، وقشرة الجوز واللوز العليا من هذا القبيل، فإن كانت تشقق عنه وهو على الشجر فينبغي أن يكون الأمر كما قال الشيخ أبو حامد وتغليط القاضي أبي الطيب غير متجه لكني أقول: أن تشقق القشرة العليا من على الجوز واللوز إنما يكون بعد يبسه ونهايته وكثيرًا ما يؤخذ من على الشجرة مع قشرته كاللوز العاقد، والزانج أيضًا كثيرًا ما يؤخذ في قشرته بعد نهايته، بل العادة مطردة في كل ما له قشران فليس هو كثمرة النخل قبل التأبير فينبغي أن يكون للمشتري كما يقتضيه إطلاق النص، وإن كان للتأويل فيه محتمل، والله أعلم.

واعلم أن اللوز إذا كان أخضر صغيرًا يؤكل في قشرته، ويجوز بيعه مع تلك القشرة كما ذكره القاضي حسين، لأنه مقصود كاللب، سواء مع ذلك المنصوص كما تقدم أنه يدخل في بيع الأصل، فكأنهم شبهوه بالطلع في اللوز إذا كان صغيرًا. فإنه يؤكل كله، ولا ينقطع من التبعية حتى يظهر من اللوز، والله أعلم.

وقد نقل إمام الحرمين عن العراقيين ما ذكرناه عن الشيخ أبي حامد، وذكر عن صاحب «التقريب» خلافه، وكأنه لما وقف على كلام الشيخ أبي حامد نسب ذلك إلى العراقيين وقد عرفت كلامهم وهذا وهم منه، ونص الشافعي على خلاف ذلك، وأورد ابن الرفعة على أبي حامد، أنه يقول بأن ما له نور يكون للبائع بخروج نوره، وهذا منه، فإذا انعقد كان للبائع بطريق الأولى، قال: إلّا أن يقال في الجواب: إن ذلك قاله في ثمرة تخرج في جوف نور، والجوز ليس كذلك، فإن البندنيجي قال: إنه يورد أولًا وردًا لا تخرج الثمرة من جوفه، بل يذهب الورد وينعقد بعد ذهابه ثمرة كهيئة التين أول ما يطلع، وسيأتي في الضرب الرابع كلام عن البندنيجي يتعلق بهذا الضرب في اللوز.

قال المصنف رحمه الله تعالى: والرابع: ما يكون في نور يتناثر عنه النور كالتفاح والكمثرى، فاختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد: هو كثمرة النخل إن تناثر عنه النور فهو للبائع، وإن لم يتناثر عنه فهو للمشتري، وهو ظاهر قوله في «البويطي»: واختيار شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله، لأن استتارها بالنور كاستتار الثمر في الطلع، وتناثر النور عنها كتشقق الطلع عن

الثمرة، فكان في الحكم مثلها، وقال الشيخ أبو حامد الإسفراييني: هو للبائع، وإن لم يتناثر النور عنها لأن الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر، واستتارها بالنور كاستتار ثمرة النخل بعد التأبير بما عليها من القشر الأبيض، ثم ثمرة النخل بعد خروجها من الطلع للبائع مع استتارها بالقشر الأبيض، فكذلك هذه الثمرة للبائع مع استتارها بالنور.

الشرح: النور الزهر على أي لون كان، وقيل النور ما كان أبيض، والزهر ما كان أصفر، والكمثرى بضم الكاف.

أما الأحكام: فإذا باع أصل التفاح والكمثرى والسفرجل والإجاص والخوخ والمشمش، وما جرى مجراه مما يخرج في نور، ثم يتناثر عنه النور، فالمشهور أنه إذا باع الأصل وقد خرج وردها وتناثر وظهرت الثمرة فهي للبائع، إلّا أن يشترط المبتاع، وإن لم يتناثر وردها ولم تظهر الثمرة ولا بعضها فهي للمشترط، لأن الثمرة مغيبة في الورد، وتظهر بعد تناثره، فهي في ذلك كثمرة النخل في التأبير وعدمه، وهو ظاهر قوله في «البويطي» لأنه قال في آخر باب السلف قبل باب الوديعة: وحكم الإبار في التفاح واللوز والفرسك إذا خرج منه وتحبب، ونقل ذلك عن أبي إسحاق المروزي في «الشرح»، والقاضي أبي حامد في «جامعه»، وأبي علي ابن أبي هريرة وهو اختيار القاضي أبي الطيب كما قال المصنف، قال في «تعليقه»: وغلط الشيخ أبو حامد الإسفراييني فقال: ظهور الورد بمنزلة ظهور الثمرة، واحتج بأن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ قال: حكم كل ثمرة خرجت بارزة ترى في أول ما تخرج كما ترى في آخره، فهو في معنى ثمرة النخل بارزًا من الطلع، وغلط فيه لأن هذا أراد به ما لا ورد له، مثل العنب والتين لأن هذا الذي يخرج بارزًا وأما ما يخرج في الورد فليس ببارز، وإنما هو في جوف الورد وقد فسر ذلك في الصرف وذكرت لفظه فسقط قول هذا القائل، انتهى كلام القاضي.

والذي ذكره من لفظ الشافعي في الصرف قال: ما كان من الثمر يطلع كما هو لا كمام عليه أو يطلع عليه كمام ثم لا يسقط كمامه، فطلوعه كإبار النخل، لأنه ظاهر، وهذا إنما يرد على الشيخ أبي حامد بمفهومه، فإن منطوقه يدل على أن ما لا كمام عليه كالتين والعنب أو عليه كمام لا تسقط كالموز والرمان، فالطلوع في القسمين بمنزلة التأبير، أما كون الطلوع في غيرهما ليس بمنزلة التأبير فليس ذلك بالمنطوق، بل قد يقال: أنه يدل للشيخ أبي حامد لإطلاقه أن ما لا كمام عليه يكون طلوعه كالتأبير، والذي يخرج في نور لا كمام عليه، وإن كان مستترًا بالنور، غير أن هذا يبعده قوله: كما هو، فإنه يشعر لا شيء عليه من كمام ولا غيره.

وقد ذكر الشيخ في «تعليقه» ما نقله عن القاضي أبي الطيب فقال إن الذي

ذهب إليه شيوخ أصحابنا أبو إسحاق وأبو علي ابن أبي هريرة وغيرهما أنها للمبتاع، ولولا أني لا أحب مخالفة كان ظاهر المذهب والأشبه بالسنة أن الأنوار إذا ظهرت للبائع، إلّا أن يشترط المبتاع، كالطلع إذا تشقق أو أبر، وذكر كلام الشافعي رحمه الله الذي تقدم ثم قال: وأما معنى السنة فقوله عليه الصلاة والسلام: «من ابتاع نخلًا قد أبرت فثمرتها للبائع، إلّا أن يشترط المبتاع» لما جعل ثمرة النخل للبائع إذا ظهر عند الطلع، وذلك الظاهر نور يتفتح، فإذا تناثر انعقدت الثمرة بعده كانت الأنوار كالطلع، لأن النور يتناثر ثم تنعقد الثمرة بعد ذلك، وفيه نظر، انتهى كلامه.

والحق أنه لا حجة له في كلام الشافعي، فإن الشافعي رحمه الله إنما حكم بذلك في الثمرة التي تخرج بارزة ترى في أولها كما ترى في آخرها، وما يخرج في نور ليس يرى في أوله كما يرى في آخره فكيف يحمل عليه، أو يقال: أنه مندرج فيه، وما استدل به من الحديث وما أشار إليه وذكره المصنف له من استتار ثمرة النخل بعد التأبير بما عليها من القشر الأبيض، فإن ذلك يرجع إلى تحقيق مناط، فإن الشيخ أبا حامد يقول: إن ثمرة النخل بالتأبير لا تظهر، وإنما يظهر ما يجري مجرى ورد سائر الأشجار، لأنه إذا تشقق الطلع ظهر ما فيه مثل الليف، وفيه حب صغار مثل الذرة وليس ذلك هو الثمرة، وإنما الثمرة في جوف ذلك الحب ترى مثل الشعرة، كما ترى ثمرة سائر الأشجار من بين الورد.

فإن كان الأمر كما قال الشيخ أبو حامد من أن ثمرة هذا الضرب الذي نحن فيه ترى من بين الورد، وأن ثمرة النخل مثلها، فينبغي أن يكون الحق معه، وإلّا فالحق مع القاضي أبي الطيب ومن وافقه، وهذا ليس اختلافًا في فقه، بل يرجع إلى أمر محسوس ومثله يقطع بإدراك الصواب فيه، والظاهر الذي تدل عليه المشاهدة أن الأمر كما قال أبو حامد، وأراد المصنف من الاستتار بالقشر الأبيض وبالنور ما حكيناه عن الشيخ أبي حامد، وإلّا فظاهره أنها مستترة كلها، وذلك يخالف ما تقدم من إلحاقها قبل التأبير بالحمل لاستتارها، وبعد التأبير بالولد المنفصل لظهورها، والذي صححه الرافعي في ذلك أنها للمشتري، هكذا «للمحرر» و«الروضة»، ويشعر به كلامه في «الشرح» وقال: أن الآخر أرجح عند أبي القاسم الكرخي وصاحب «التهذيب»، وجعل أكثر الأصحاب الضابط في ذلك تناثر النور كما تقدم.

وقال القاضي حسين عن الأصحاب: إن ذلك يخرج أولًا نورًا ثم يتشقق ثم يتناثر ذلك، ثم تنعقد الحبات كالمشمش والخوخ والتفاح ونحوها، قال: فما لم تنعقد الحبات فيه يتبع الأصل في البيع، وإذا انعقدت حباته لا يتبع الأصل في البيع مطلقًا ولا يدخل إلّا بالشرط، وكأن القاضي أخذ ذلك عن القفال، فإن الروياني

حكى عن القفال أنه إذا تحببت ثمارها فهي للبائع، وإن كان النور باقيًا عليها وإن لم تتحبب فالنور كالورق. هذه عبارته ويجيء من مجموع ذلك ثلاثة أوجه:

الأول: أنها للبائع بمجرد الظهور وهو قول أبي حامد.

والثاني: أن الاعتبار بالتحبب وهو قول القفال.

والثالث: أن الاعتبار بتناثر النور، وهو المذهب، لقول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «البويطي» إذا خرج من النور وتحبب، وقد يقال: ظاهر النص يقتضي اعتبار مجموع الأمرين، لكن الظاهر أن التحبب يكون قبل التناثر، فذكر التناثر يغني عنه، وفي «البحر» أن الأصح ما قاله القفال رَحِمَهُ اللَّهُ، وكذلك قال الخوارزمي في «الكافي»: أنه لا اعتبار بتناثر النور على الأصح وذكر ابن الصباغ أن المحاملي في «المجموع» ذكر هذه الحكاية التي حكيناها عن أبي حامد، وأنها ليست مذكورة في «التعليق» الأخير عنه، وهذا عجب من ابن الصباغ، فإن شيخه أبا الطيب ذكرها عنه، فكان ذكرها من جهته أولى، وهي في التعليقة الموجودة عندنا، وأما عدم ذكرها في التعليقة الأخيرة فلا يدل.

تنبيه آخر: أكثر الأصحاب جعلوا المشمش والتفاح والخوخ من هذا القسم الذي نحن فيه، وتكلموا فيها كلامًا واحدًا كما تقدم، وإمام الحرمين سلك طريقة أخرى فجزم بأن الخوخ والمشمش وما في معناه مما الأزهار محتوية عليه للمشتري في مطلق البيع والتفاح والكمثرى وما في معناه مما لا تحتوي أزهاره على الثمار، ولكنها تطلع والثمرة دونها، قال: فما كان كذلك مال العراقيون إلى أنه للبائع، ومن أصحابنا من قال: للمشتري لعدم الانعقاد، قال: وهذا هو الذي ذكره الصيدلاني.

وهذه الطريقة التي ذكرها الإمام مخالفة لما قاله أكثر الأصحاب ولنص الشافعي الذي نقلناه عن «البويطي»، فإنه جعل حكم الإبار في التفاح والفرسك شيئًا واحدًا، والفرسك هو الخوخ، والإمام قد جعل حكمه مخالفًا لحكم التفاح، ثم إن الإمام نقل مثل العراقيين إلى أنه للبائع والعراقيون كما رأيت على أنه قبل تناثر النور للمشتري إلّا الشيخ أبا حامد ولعل الإمام رأى كلام أبي حامد فنسب ذلك إلى العراقيين كما تقدم له مثل ذلك في الجوز.

فرع: قال القاضي الماوردي: إن الكرم نوعان نوع منه يبدو منه أنوار ثم ينعقد، ومنه ما يبدو حبًا منعقدًا وقد تقدم الكلام في ذلك، وعد الماوردي الرمان واللوز مع ذوي النور، قال تاج الدين عبد الرحمن: والمشاهد في بلادنا خلاف ذلك في الرمان، فإن نوره لا يكون سابقًا له في أول الظهور وأما اللوز فكذلك هو عندنا، وقال الرافعي: إن الرمان واللوز مما يخرج في نور يتناثر عنه النور، وما

ذكرناه من الحكم فيما إذا بيع الأصل بعد تناثر النور عنه، فإن بيع قبله عاد الكلام السابق فيه، يعني أما أن يباع بعد الانعقاد أو بعد التناثر، فكلام الرافعي موافق للماوردي في أن الرمان له نور، ولعله نوعان كالكرم.

وأطلق المتولي القول بأن العنب حكمه حكم النخيل، قال: وإن كان على حبه قشر لطيف يتفتق ويخرج منها نور لطيف، لأن مثل ذلك يوجد في غير النخيل بعد التأبير وقد جعله رسول الله ﷺ للبائع، وهذا ملاحظة منه للمعنى الذي لحظه أبو حامد فيما مضى، وصاحب «التتمة» مال إلى موافقته فيه أيضًا، وقال: إن ثمرة هذه الأشجار تكون تحت غطاء، ويفارقها ويخرج من تحتها النور والثمرة والنور على رأس الثمرة، لكنه قسمه قسمين قسم يكون له نور بغير كمام كالتفاح والكمثرى والسفرجل وهو الذي حكى كلام أبي حامد فيه ومال إلى موافقته. وقسم على ثمرها نور وتكون الثمرة بين كمام كالجوز واللوز والمشمش والإجاص، قال: فقبل أن يخرج من الكمام ويتناثر نوره حكمه حكم الطلع قبل التأبير وهذا التفصيل قريب مما حكيناه عن الإمام.

فرع: تقدم في كلام الشافعي المحكي عن «البويطي» عد اللوز مع التفاح والفرسك فاعترض البندنيجي بذلك على قول الأصحاب: أن اللوز كالجوز، قال: وهو سهو منهم فيه، قال ابن الرفعة: فإن قلت: هل للشيخ أبي حامد جواب عن نصه في «البويطي» قلت: لعله يقول: اللوز نوعان، منه ما ينشق عنه قشره الأعلى على الشجر وهو المذكور في «الأم» ومنه ما لا ينشق قشره على الشجر وهو المذكور في «البويطي»، وشاهد ذلك أنا نجد الفول وغيره كالفرك لا يمكن إزالة قشره عنه دون الأسفل ولا كذلك غير الفرك.

فرع: إذا باع أصلًا عليه ثمرة ظاهرة، وظهر ما في ثمرة العام بعد البيع ففيما حدث بعد البيع وجهان ذكرناهما في التأبير قاله صاحب «البيان»، يشير إلى الوجهين المتقدمين عن ابن أبي هريرة وغيره، وأنه لا فرق في ذلك بين النخل وغيره.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن باع أرضًا وفيها نبات غير الشجر ـ فإن كان مما له أصل يحمل مرة بعد أخرى كالرطبة والبنفسج والنرجس والنعنع والهندبا والبطيخ والقثاء ـ دخل الأصل في البيع، وما ظهر منه فهو للبائع، وما لم يظهر فهو للمشتري كالأشجار، وإن كان مما لا يحمل إلّا مرة كالحنطة والشعير لم يدخل في بيع الأصل، لأنه نماء ظاهر لا يراد للبقاء فلم يدخل في بيع الأصل كالطلع المؤبر.

الشرح: الرطبة ـ بفتح الراء ـ وفي كتاب ابن البردي عن شيخه أبي الغنائم ـ بضم الراء ـ وهو غلط، وهو القضب وهو القتب.

أما الأحكام: فقال أصحابنا: الزرع والنبات اسم لكل ما ينبت من الأرض، وينقسم إلى قسمين، أصل وغير أصل، فالأصل ضربان شجر وغير شجر، فغير الأصل هو الزرع، وبعبارة أخرى النبات ضربان شجر وغير شجر، فالشجر على ثلاثة أضرب ما يقصد منه الورد أو الورق أو الثمر، وقد مضى حكمها وأقسامها، والنخل والكرسف داخلان في التقسيم، وإن كان المصنف أفردهما بالذكر أولًا، وغير الشجر ضربان أصل وغير أصل ولهذين الضربين عقد المصنف هذا الفصل.

فالضرب الأول: الأصل وهو ما يحمل مرة بعد أخرى، والثاني: هو الزرع، هكذا قسم الشيخ أبو حامد، وهو يقتضي أن اسم الزرع مخصوص بما لا يحمل إلّا مرة، وهو ظاهر، وكذلك يقتضيه إيراد جماعة، وجعل الرافعي رحمه الله الزرع ضربين، فجعل ما له ثمرة يحمل مرة بعد أخرى ضربًا من الزرع كالبنفسج والنرجس، وجعل الرطبة والنعنع والهندبا خارجًا عن الزرع داخلًا تحت اسم الأصول حيث، قال الغزالي: وأصول البقول كالأشجار، وجعل صاحب «التهذيب» اسم الزرع صادقًا على الثلاثة الأضرب ما يثمر مرارًا كالنرجس وما يجذ مرارًا كالنعنع، وما لا يجذ مرارًا وليست له ثمرة بعد ثمرة كالحنطة، وكلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «المختصر» يشهد لذلك، فإنه أطلق الزرع على الضربين الأولين فهو أقرب مما سلكه الرافعي في إطلاقه الزرع على الضرب الأول دون الثاني، فإنه بحسب الحقيقة صادق على الجميع وبحسب العرف قد يقال: إنه لا يصدق عند الإطلاق إلّا على الأخير والأمر في ذلك قريب أو هو راجع إلى اللفظ.

وأما المعنى والأحكام فالأضرب الثلاثة فيه مختلفة والمصنف لم يذكر لفظ الزرع وإنما ذكر لفظ النبات ولا شك أنه شامل للجميع لكنه جعلها في الحكم قسمين وجعل الرطبة والبنفسج من القسم الأول، وأشعر كلامه بأن حكمها متحد فأما في دخول الأصل فصحيح على ما سيأتي تفصيله، وأما في كون ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشتري فإن ذلك مختلف فالبنفسج ما ظهر من ثمرته للبائع وما لم يظهر من ثمرته للمشتري وأما أصله فحكمه حكم الشجر والرطبة ليس لها ثمرة فما ظهر منها نفسها يكون للبائع، وما لم يظهر للمشتري ولم يبين فلذلك يتعين أن يقسم القسم الأول في كلام المصنف إلى قسمين فيكون مجموع الأقسام ثلاثة، كما ذكرها البغوي والرافعي، وإن كنا نحن لم نطلق اسم الزرع على جميعها.

القسم الأول: الأصل الذي له ثمرة بعد ثمرة كالبنفسج والنرجس والبطيخ والقثاء والباذنجان وعد صاحب «التهذيب» من ذلك الموز والكرسف الحجازي فأما الكرسف الحجازي فقد أفرده المصنف بالذكر فيما مضى وأما الموز فذكره المصنف

أيضًا في القسم الثاني من أقسام الشجر فيما تقدم، وهو الأقرب فإنه شجر لغة وعرفًا، والكلام الآن في النبات الذي لا يسمى شجرًا فلا يحسن عد الموز فيه، إذا عرفت ذلك فحكم هذا القسم أن ثمرته الظاهرة حال البيع تبقى للبائع والأمثلة المذكورة مختلفة، فمنها ما لا تخرج ثمرته إلّا ظاهرة كالبنفسج، فإن ورده أشبه الأشياء بالياسمين، ليس في كمام، فإن كان قد ظهر من ورده شيء فورد تلك السنة للبائع إلّا أن يشترط المبتاع، هكذا صرح به الشيخ أبو حامد، وفي معنى ذلك البطيخ والقثاء والباذنجان إذ لا فرق بينهما.

وأما النرجس فإنه كالورد الأبيض والأحمر يخرج عنه أوراق خضر، لا يظهر منه شيء ثم يتفتح، فإن كان قد تفتح منه شيء فإن ثمرة هذا العام للبائع إلّا أن يشترط المبتاع، وأما أصوله فيها الطرق السابقة في الأشجار حرفًا بحرف، سواء في ذلك ما ظهر منها على وجه الأرض وما بطن، فحينئذٍ حكم هذا القسم في تبعية الأصول للأرض، وفي حكم الثمار حكم سائر الأشجار، هذا هو المشهور، وحكى الرافعي وجهًا في النرجس والبنفسج أنهما كالحنطة والشعير، وحكاه الروياني في البنفسج، وعن الشيخ أبي حامد أنه ضعف الوجه المذكور في النرجس، وقال: هذا كلام من لم يعرف النرجس، فإن النرجس له أصل يبقى عشرين سنة وإنما يحول من موضع إلى موضع في كل سبع سنين لمصلحته ولا خلاف في هذا القسم والذي بعده أن بيع الأرض صحيح وليس كبيع الأرض المزروعة زرعًا يحصد مرة واحدة كما سيأتي في القسم الثالث، وممن صرح بنفي الخلاف صاحب «التتمة».

القسم الثاني: وهو بعض القسم الأول في كلام المصنف، الأصل الذي ليست له ثمرة بعد ثمرة، ولكنه يجذ مرة بعد أخرى كالسداب والكراث والنعنع والهندبا والطرخون والكرفس والقصب الفارسي، وأشجار الخلاف التي تقطع من الأرض كل مرة، والرطب وهي القضب ويسميها أهل الشام الغضة ـ بالصاد المهملة ـ والقت ـ بالتاء المثناة ـ وهو القرط. قال الأزهري: هو القت الذي تسميه أهل العودي وقد عطف المصنف القضب على القت فيقتضي أنهما متغايران، وكلام النووي يدل على أن القضب والقت والقرط والرطبة شيء واحد، ولذلك صرح به القاضي أبو الطيب، ولكنه بلغة العراق الرطبة، وبلغة أهل بلادنا القرط، وبلغة الشام الغضة والصواب أن القت والرطبة شيء واحد، وأن القرط الذي ببلادنا شيء آخر، والرطبة توجد أيضًا في صعيد بلادنا، والله أعلم.

ففي هذا القسم إذا باع الأرض وفيها شيء من ذلك ظاهر على الأرض فالجذة الظاهرة عند البيع للبائع، لا خلاف في ذلك، لأنها ظاهرة في الحال لا تراد للبقاء،

فلم تدخل في البيع إلّا بالشرط كالثمرة المؤبرة، وفي دخول أصولها الكامنة في الأرض في بيع الأرض الخلاف الذي في الأشجار، هكذا ذكره العراقيون والصيدلاني وغيرهم، وعن الشيخ أبي محمد الجويني القطع بالدخول هنا، والفرق بينها وبين الشجر أن هذه كامنة في الأرض نازلة منزلة أجزائها بخلاف الأشجار، فإنها بادية ظاهرة مفارقة للأرض في صفتها، هكذا حكي عنه في «النهاية» و«البسيط» و«الشرح» ووقع في «الوسيط» أن الشيخ أبا محمد قطع بأنه كالزرع يعني فلا يدخل، وذلك خلاف المشهور عن الشيخ أبي محمد قال ابن الرفعة: ولو صح ذلك عن الشيخ لأمكن أن يقال في الفرق بينه وبين الشجر أن مدة إبقائه في الأرض قد تعلم، فلا يكون مرادًا للدوام بخلاف الشجر، وأيد ذلك بالوجه الذي حكاه الرافعي في البنفسج والنرجس أنهما كالحنطة والشعير، إذ لا يظهر فرق بين هذين وبطريقة حكاها الماوردي في البطيخ، وما يوجد مرة بعد أخرى لكن في عام واحد، أنه كالزرع فيكون للبائع، قال: فقد يحصل لما في المسألة ثلاثة أوجه.

قلت: يعني ثلاث طرق القطع بالدخول، والقطع بعدم الدخول، وإجراء الخلاف، والله أعلم، لكن شرط إثبات هذه الطرق أن تتحقق نسبة الطريقة التي في «الوسيط» إلى قائل، والأظهر أن ذلك وهم ناسخ لمخالفتها ما في «البسيط» و«النهاية»، وقد رأى الإمام أن القياس طريقة إجراء القولين، وخالف ما نقله عن والده، قال: إذ لا يلوح فرق بينها وبين الغراس والأبنية، وقول ابن الرفعة بأن مدة بقاء أصولها قد تعلم ـ إن سلم معارض بأن بعض الأشجار قد يكون كذلك، ولكن تارة تطول مدته وتارة تقصر، نعم مقتضى الوجه الذي نقله الرافعي في البنفسج والنرجس أنه يثبت ثلاثة أوجه بذلك وإن لم يثبت ما عندي إلى الشيخ أبي محمد من جعلها كالزرع.

فإن قلنا: بأن الأصول لا تدخل في بيع الأرض، فهي باقية على ملك البائع، والخيرات كلها على ملكه الموجودة عند العقد والحادثة، والكلام في وجوب تبقيتها كما تقدم في الأشجار وإن قلنا: بظاهر المذهب، وأن الأصول داخلة قال صاحب «التهذيب»: فلا يجوز حتى يشترط البائع على نفسه قطع ما هو ظاهر منه، لأنه يزيد فيختلط المبيع بغير المبيع، وتبعه على ذلك الرافعي ولم يذكر فيه خلافًا والذي ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمتولي والقاضي حسين أن البائع يطالب بجذها في الحال وليس له أن يتركها حتى تبلغ أوان الجذاذ لأن تركها يؤدي إلى الاختلاط وسكتوا عن وجوب اشتراط القطع في العقد بل زاد الماوردي على ذلك فحكى وجهين في أنه هل ينتظر به تناهي جذاذه؟.

«أحدهما» ينظر فإذا بلغ الحد الذي جرت العادة بجذاذه عليه فقد انتهى ملك البائع ما بعد تلك الجذة بكمالها للمشتري، قال: وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع تبعًا لما أطلع منها وأبر. والوجه الثاني: أنه لا ينظر به كمال جذاذه، بل يكون للبائع ما ظهر منه وقت العقد وليس له حق في غيره، وبه قال أبو إسحاق المروزي ويمر بجذاذه، وإن لم يستكمل، ويكون الأصل الباقي وما يستخلف طلوعه بعد العقد تابعًا للأصل، وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل من بعد العقد يكون للمشتري ولا يكون تبعًا لما أطلع منها وأبر، وهذا البناء الذي أشار إليه الماوردي يقتضي أن يكون الصحيح على طريقة أبي حامد الإسفراييني والرافعي أن القلع لا يجب عقيب العقد حتى تتكامل تلك الجذة، لأن الصحيح عندنا أن ما أطلع بعد البيع تابع لما أبر قبل البيع، فيكون للبائع، وإن كان الأصح عند الماوردي أنه للمشتري ولا يلزم الشيخ أبا حامد أن يقول بأنه لا يجب القطع إلّا أن يسلم البناء المذكور ويفرق بين الصورتين بأن للطلع حدًا، وهو نهاية ذلك الحمل الذي أطلع بعضه وأبر، وجرت العادة بالتلاحق فيه، بخلاف الرطبة فإنها كلها كالحمل الواحد، وقد نص أبو حامد في «تعليقه» على هذا الفرق، لكن في التبعية فقال: إن للطلع حدًا ينتهي إليه، وليس للرطبة حد، هذا فرق الأصحاب، وفرق من عند نفسه بفرق آخر، وهو أن لا منفعة للمشتري في قطع الثمرة، وللبائع منفعة في قطعها، والرطبة في قطعها فائدة للمشتري، وفي تركها فائدة للبائع لأنها تزيد، انتهى.

وما قاله أبو حامد وصاحب «التهذيب» والرافعي لم يلاحظوا فيه الوجه الذي نقله الماوردي من أنه ينتظر به تناهي جذاذه، فإن قلنا به فلا يجب القطع أصلًا هو بتعليله مصادم لقول أبي حامد: إنه ليس للرطبة جذ يوجد عليه، وإن قلنا: إنه ليس للبائع إلّا ما كان ظاهرًا فيجب القطع، وأما كونه يشترط شرطه في العقد فقد يقال: إنه لا حاجة إلى ذلك لأنه إذا كان القطع واجبًا بمقتضى العقد فلا حاجة إلى شرطه فإنه إنما يشترط القطع في الثمار لأن مقتضى الإطلاق فيها الإبقاء، وهذا هو الأقرب إلى كلام الروياني، فإنه قال: إذا باع الأرض مطلقًا وهناك بيت ظاهر فهو للبائع بإطلاق العقد وعلى البائع نقله في الحال وهكذا عبارة صاحب «التتمة» وغيره.

ويحتمل أن يقال: لا بد من شرط القطع، كما أنه لا بد من شرط القطع في بيع الثمرة التي يعلم أنها تتلاحق وتختلط على ما سيأتي، ولا يفرق بين اختلاط المبيع بغيره، وبين اختلاط ثمرة المبيع، بدليل أن الحكم مطرد فيما إذا باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بغيرها على الطريقة الصحيحة إلّا أن يقال: إن الثمرة هي

المقصود الأعظم من الشجر، أو كل المقصود، وأما أصل الرطبة الموجود في الأرض فليس هو كل المقصود من الأرض ولا معظمه.

وسأجمع إن شاء الله تعالى هذه المسائل جملة في آخر الباب، عند الكلام فيما إذا باع ثمرة يعلم اختلاطها بغيرها وقد انتظم في هذه المسألة ثلاثة أوجه، أحدها: أنه يجب شرط القطع في العقد، وهو ما قاله البغوي والرافعي، والثاني: لا يجب ولا يكلف به إلّا أن تتكامل الجذة، فتكون كلها للبائع والثالث: أن البائع يكلف القطع حال العقد، ولا نقول: أن شرط ذلك واجب في العقد، وهو مقتضى كلام أبي حامد وأبي الطيب والمتولي والروياني، فإن لم يجذ البائع حتى زادت في ملك المشتري واختلطت، فيخرج على القولين في الاختلاط، قاله الفوراني، والله أعلم.

فرع: بنى الماوردي على الوجهين اللذين ذكرهما ما إذا كان الزرع بذرًا لم يظهر بعد، قال: فمن انتظر بها تناهي الجذاذ جعل ما ينبت من هذا البذر أول جذة للبائع، ومن لم ينتظر به التناهي وجعل حق البائع مقصورًا على ما ظهر جعل البذر وجميع ما يظهر من نباته للمشتري، ولك أن تقول: الموجب لانتظار تناهي الجذاذ كونه ملك الظاهر وتبعية الباطن من تلك الجذة للظاهر منها، وهذا المعنى مفقود فيما إذا لم يكن ظهر منها، فينبني الجزم بأنها تكون للمشتري كالثمرة غير المؤبرة، لكن هذا الوجه مع بعده وغرابته هو مقتضى كلام الشافعي في «الأم» إذ قال:

«وإن كان البائع قد أعلم المشتري أن له في الأرض التي ابتاعها بذرًا سماه لا يدخل في بيعه، فاشترى على ذلك، فلا خيار للمشتري، وعليه أن يدعه حتى يصرم، فإن كان مما ينبت من الزرع تركه حتى تصرمه، ثم كان للمشتري أصله ولم يكن للبائع قلعه ولا قطعه، وإن عجل البائع ففعله قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يدعه يستخلف، وهو لمن وجد ثمرة غضة، فليس له أن ينتظر أخرى، حتى يبلغ، لأنه لم يكن له مما خرج منه إلّا مرة واحدة، فيعجلها ولا يتحول حقه في غيرها بحال».

ولذلك إطلاق صاحب «التنبيه» في قوله: «والجذة الأولى للبائع، يشمل بعمومه ما إذا كان منها شيء ظاهر، وما إذا لم يكن وظن ابن الرفعة أنه لا قائل بذلك من الأصحاب بعد حكايته نص الشافعي، كأنه لم يقف على الخلاف الذي حكاه الماوردي فإذن نص الشافعي وإطلاق صاحب «التهذيب» موافق للوجه الذي حكاه الماوردي وليس لقائل أن يحمل النص المذكور على ما إذا اشترط البائع واستثنى ذلك لنفسه كما دل عليه أول كلام الشافعي، لأنه لو كان كذلك واشترط البائع البذر لنفسه كانت الأصول وكل جذة تحصل له وقد صرح الشافعي بعدم ذلك

وأنه ليس له إلّا الجذة الأولى. فإن تعسف متعسف وحمله على ما إذا اشترط البائع أن الجذة الأولى له ففيه نظر، يحتمل أن يقال بالصحة، كما لو استثنى الثمرة غير المؤبرة، ويحتمل أن يقال بالفساد، فإنه قد لا يتميز حق البائع من حق المشتري بخلاف الشجر مع الثمر، فإنهما متميزان، وبالجملة فالوجه المذكور ضعيف غريب، والصحيح المشهور أن البذر وجميع ما يظهر من المشتري ومن الواضح أن صورة المسألة فيما تتكرر ثمرته، والله أعلم.

فرع: باع الأرض وفيها البقول المذكور بعد جذها، فليس على الأرض منها شيء ظاهر يقال: إنه للبائع، وما في بطنها من العروق جزم القاضي أبو الطيب بدخوله في البيع، وذلك بناء منه على أن الشجر يدخل في البيع، فالطرق الجارية فيه وفي أصول البقول إذا كان منها شيء ظاهر جارية هنا من غير فرق، وأما الوجهان اللذان ذكرهما الماوردي في البذر وتكلمت عليهما آنفًا فالقياس أجراؤهما هنا أيضًا، وإن كان الأصلح أن ذلك للمشتري، لأنه ليس ثم شيء ظاهر يستتبع ما ليس بظاهر.

فرع: إذا كان في الأرض أشجار خلاف يقطع من وجه الأرض كل مدة، قال صاحب «التهذيب»: حكمها حكم القصب الفارسي، وقال الرافعي: حكمها حكم القصب، والمراد واحد، وهو أن حكمها حكم القسم الثاني الذي فرغنا منه.

أما إذا كان فيها جذوع خلاف، عليها قوائم، فهي بمنزلة أغصان سائر الأشجار.

فرع: إذا قلنا بوجوب القطع فيما كان ظاهرًا عند العقد من البقول، أما على ما اختاره الرافعي رحمه الله من وجوب شرط القطع، وأما على الوجه الثالث، قال صاحب «التتمة»، ثم الرافعي عنه أنه لا فرق بين أن يكون ما ظهر قد بلغ أوان الجذ أو لم يكن، وأطلقا ذلك الحكم من غير تفريع لأنهما لم يذكرا الوجه الثاني الذي ذكره الماوردي، واستثنيا من ذلك القصب، فإنه لا يكلف قطعه إلّا أن يكون ما ظهر قدرًا ينتفع به، وكذلك قال الشيخ أبو حامد: القصب الفارسي إذا كان للبائع لم يلزمه نقله وتحويله إلى وقت قطعه في العادة، وهو زمان الشتاء فإنه إن قطع قبل ذلك الوقت تلف، ولا يصلح لشيء، وكذلك الروياني والجرجاني قالا: أن البائع يمكن حتى يقطعه إذا جاء وقته، لأن له وقتًا يقطع فيه.

ولك أن تقول إشكالًا على الرافعي: إنه إذا كان البيع يجب فيه شرط القطع، فإما أن يكون ذلك عامًا فيما ينتفع به وما لا ينتفع به أو لا، فإن كان عامًا فيجب الوفاء به، وإن كان محله فيما ينتفع به فلا وجه لاستثناء القصب وحده بل كل ما لا ينتفع به، والقول بوجوب شرط القطع فيما لا ينتفع به بعيد. ألا ترى أن بيع الثمرة

قبل بدو الصلاح إنما يجوز بيعها بشرط القطع إذا كان المقطوع مما ينتفع به، فإن قلت: ذاك لأن المنفعة شرط في المبيع والمقطوع هنا غير مبيع، قلت: لكنه فيه إضاعة مال فيمتنع شرطه لذلك، نعم قد يقال إن هذا يجب قطعه، وإن لم يشترط، لأنه يصير في ملك المشتري على أصله فلا يلزمه إبقاؤه وإذا لم يلزم فيجوز اشتراط قطعه وفوات ماليته مقابل لما يحصل للبائع من ثمن المبيع، فقد يكون له غرض في اغتفار ذلك بإزائه، وهذا الإشكال الثاني بعينه لازم لصاحب «التتمة» والشيخ أبي حامد، ولكن الشيخ أبا حامد ليس في كلامه تصريح بقصر ذلك على القصب، فلعله يقول به في كل ما لا ينتفع به إذا قطع، بخلاف صاحب «التتمة»، فإن ظاهر كلامه الفرق بينه وبين الزرع في ذلك.

وقد يؤخذ من كلام أبي حامد المتقدم جواب على ذلك من قوله: أن للقصب وقتًا يقطع فيه، فإن ذلك يقتضي تشبيهه بالزرع الذي يجب إبقاؤه لما قدمه الروياني في الفرق من المعنى، أن له وقت نهاية، والرطبة ليس لها وقت نهاية، لكن ذلك بعيد، لأن كلا من الرطبة والقصب الفارسي له وقت يؤخذ فيه في العادة، ويزيد بعده بخلاف الزروع التي بعد وقت أخذها لا تزيد شيئًا، والله تعالى أعلم.

فرع: من البقول ما يبقى أصله سنين وهو الذي تجري فيه الأحكام المتقدمة، ومنه ما يبقى سنة واحدة يجيء مدة بعد مدة في السنة، قال الشيخ أبو حامد: حكم هذا عندي حكم الزرع كله للبائع، إلّا أن يشترط المبتاع، فهذا ذكره الشيخ أبو حامد في هذا القسم الثاني، وهو ما يجذ مرة بعد أخرى، وذكر الماوردي في نظيره من القسم الأول وهو ما يثمر مرة بعد أخرى، لكن في عام واحد كالبطيخ والخيار والقثاء ذكر فيها وجهين، أحدهما: وهو قول البغداديين أنه في حكم الشجر، فيكون للبائع من ثمرته ما قد ظهر، وللمشتري الأصل وما يظهر، والوجه الثاني: وهو قول البصريين أنه في حكم الزرع، فيكون للبائع أصله وثمره، لأنه زرع عام واحد، وإن تفرق لقاط ثمره، والشجر ما بقي أعوامًا وألحق به ما بقي أعوامًا كالعلف، ولم يلحق به ما بقي عامًا واحدًا، والروياني جزم القول فيما يجذ دفعة بعد أخرى بالتسوية بين ما يبقى مدة يسيرة كالهندبا والجرجير، وما يبقى سنين. ومقتضى كلامه أن ذلك منصوص عليه في «الأم»، وحكى مع ذلك ما نقله الماوردي.

فرع: ظهر لك مما تقدم أن الأقسام فيما لا يؤخذ مرة بعد أخرى أربعة

الأول: أصل له ثمرة بعد ثمرة وأصله يبقى سنين في الأرض.

والثاني: أصل له ثمرة بعد ثمرة يبقى عامًا واحدًا.

الثالث: أصل له ثمرة لكنه يجذ مرة بعد أخرى ويبقى أصله سنين في الأرض.

الرابع: أصل يجذ مرة بعد أخرى في عام واحد وهذا هو الذي نقلته فيما تقدم عن الشيخ أبي حامد، وما ذكره الماوردي في القسم الثالث من الخلاف يأتي فيه إذ لا فرق بينهما، والله أعلم.

وهذه الأقسام الأربعة كلها في القسم الأول من القسمين اللذين ذكرهما المصنف، وبذلك تعرف مراتب الأمثلة التي ذكرها، فالبنفسج والنرجس من القسم الأول، والبطيخ والقثاء من القسم الثاني، والنعنع والهندبا والرطبة منه ما يبقى سنين في الأرض، فهو من القسم الثالث، ومنه ما يبقى سنة واحدة كقرط بلادنا وكثير من بقولها، فهو من القسم الرابع، والله عز وجل أعلم.

فرع: الموز أصله لا يحمل إلّا سنة واحدة، ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخًا يحمل بعد ذلك، فإذا باع الأرض وفيها شجر موز فلا شك أنه إذا كان عليه ثمر يكون الثمر للبائع، فقد مر ذلك في كلام المصنف، والكلام ههنا في أن أصل الموز نفسه هل يدخل في بيع الأرض؟ كما يدخل الشجر أو لا؟ وقد تقدم عن صاحب «التهذيب» أنه عده في القسم الأول. وأن الأصول تدرج على أصح الطرق كالشجر، وكأنه رأى أن اسم الشجر يطلق عليه فلذلك أجرى عليه حكمه، والذي قاله الماوردي أن الأصل الموجود وقت العقد لا يدخل في البيع كالزرع، لأنه لا يبقى بعد سنة، والفرخ الذي يستخلف كالشجر يدخل في البيع.

قلت: وقوله: إن الفرخ يدخل في البيع، إن فرض في فرخ يحدث بعد البيع فلا معنى لتشبيهه بالشجر، ولا يقال: إنه دخل في عقد البيع، بل ذلك كسائر ما يحدث يستحقه المشتري بحكم الملك لا بحكم الدخول في العقد، وإن فرض في فرخ يكون حاصلًا عند العقد فقد يقال: ينبغي على قوله أن لا يدخل، لأنه لا يبقى لأنه ليس له أكثر من ثمرة واحدة كالزرع، وقد قال الشافعي في «الأم» بعد ذكر بيع الأرض وفيها القصب: إذا باع أرضًا وفيها موز قد خرج، فله ما خرج من الموز قبل بيعه، وليس له ما خرج مرة أخرى من الشجر الذي تحت الموز، وذلك أن شجر الموز عندنا يحمل مرة وينبت إلى جنبها أربع، فيقطع ويخرج في الذي حولها، وهذا الكلام محتمل لأن يكون المراد به أن ثمر الموز الموجود عند العقد للبائع، وما يحدث بعده للمشتري، وهذا صحيح لا إشكال فيه، وليس فيه ما يشهد لما قاله الماوردي، ولا لما قاله صاحب «التهذيب»، فإن سألت عن حكم الشجرة نفسها على هذا التفسير، ويحتمل أن يكون مراده به الشجرة نفسها، وإن كان خارجًا منها يكون للبائع، وما نبت من فراخها يكون للمشتري، فيوافق كلام الماوردي وهو الذي فهمه ابن الرفعة.

ولم يترجح عندي هذا الاحتمال على الذي قبله. لكنه يؤخذ من كلام الشافعي أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشتري، لقوله: إن ما خرج مرة أخرى ليس للبائع، فإن كان مراده الفرخ فذاك، وإن كان المراد ثمرته فيلزم من كون الثمرة للمشتري أن يكون الأصل له، وهذا لا شك فيه في أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشتري، وإذا ثبت ذلك دل على أن أصل شجر الموز الذي هو مستقر في الأرض يدخل في بيعها، لأن الفرخ الذي حكمنا بكونه للمشتري يثبت منه.

وأما الفرخ الموجود وقت العقد وهو ينبني على الاحتمالين اللذين ذكرتهما في كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في قوله: فله ما خرج من الموز قبل بيعه إن كان مراده الثمرة فلا دلالة فيه، وإن كان مراده الشجرة نفسها فيشمل الأم وفراخها، وكلام الجوري يشهد للتفسير الأول فإنه قال في معرض نقل كلام الشافعي: فإن باعه أرضًا وفيها موز فللبائع ما خرج من الموز، وليس له ما يخرج بعد ذلك، ولا ما لا تخرج أولاده التي إلى جنبه، فقوله: ولا ما تخرج أولاده يدل على أن الكلام في الثمرة فإن ألحقنا ذلك بالرطبة اقتضى أن لا يدخل شيء بما ظهر في البيع لا الأم ولا فراخها، كما ذلك مقتضى هذا الاحتمال ولذلك لا تجوز المساقاة عليه جزمًا كما يقتضيه كلام الماوردي في باب المساقاة، وإن ألحقناه بالشجر اقتضى دخولهما.

وقد يقال: تلحق الأم بالرطبة لقرب قطعها، وأما الفرخ فإنه يقصد بقاؤه حتى تقطع الأم ويكبر وتحدث ثمرته بعد ذلك فكذلك يقول: إن الفرخ يدخل لشبهه بالشجر في كونه مقصود البقاء، والأم لا تدخل كما يقتضي ذلك كلام الماوردي، فنظرت في هذه الاحتمالات الثلاثة أيها أرجح، فوجدت أرجحها على مقتضى المذهب أنهما يدخلان الأم والفراخ، كما قاله صاحب «التهذيب»، فإن الذي بلغني من حال الموز ممن له فيه معرفة يخالف حال الرطبة، فإن شجرة الموز ينبت إلى جانبها من أصلها فراخ فإذا تكامل حمل الشجرة الأصلية قطع عرجون الموز مع شيء من رأس الشجرة، ويبقى بقيتها لأجل تربية الفرخ، وإنه متى قطعت كلها يموت الفرخ، فتبقى لأجله حتى يتكامل الفرخ وتجف هي، وتتساقط بنفسها إلى الأرض، فيخلفها ذلك الفرخ ويطرح الموز، وهكذا على الترتيب لا بد من بقاء الأم لتربية أولادها، ولا يكون من أولادها إلّا واحد ويقطع الباقي لئلا يضر بأمه ويشرب ماءها.

فإذا علمت أن شجرة الموز لا يمكن قطعها من أصلها لإفساد فرخها، وأن فرخها لا ينتج بدونها، ظهر لك الفرق بينها وبين الرطبة، فإنه لو قلنا للبائع: أن يقطع ما ظهر من الموز ويبقي الجذر في الأرض وحده، لم ينبت بعد ذلك منه شيء

لم ينتفع به المشتري فلا يمكن القول بعدم دخولها في البيع لذلك، ولذلك لا يمكن القول بعدم دخولها في «الأم» ودخول الفرخ، لأنه كان يكون للبائع قطع الأم فيتلف الفرخ، فلا بد من إبقائهما، وهو قول صاحب «التهذيب»، والله أعلم.

والظاهر أن مراد الماوردي بالفرخ الذي يكون للمشتري، ما حدث بعد البيع، وقد يطلق على مثل ذلك إنه داخل في العقد توسعًا في العبارة، ووقع في كلام الماوردي أن الفرخ يحمل في العام القابل، وقد أخبرني بعض أهل المعرفة بذلك أنه لا يقيم سنة بل تارة تكون إقامته شهرين. وتارة أكثر من ذلك، فلعل مراد الماوردي بالسنة المدة التي تبقى فيها كما يقال سنة الزرع، وإن كان لا يراد حول كامل، وقد ظهر أن الموز نوع غريب لم يشمله التقسيم، لأن له أصلًا ثابتًا، ولا يحمل إلّا مرة، ويستمر جذره في الأرض سنين ولا يجذ كالرطبة، والله أعلم.

فرع: لو كان في الأرض جزر أو سلق أو ثوم أو فجل أو بصل، قال صاحب «التهذيب»: لا يدخل شيء منها في بيع الأرض، يعني ويكون ذلك من حكم التقسيم الذي سيأتي، وهو الزرع الذي لا يحمل إلّا مرة، وكذلك الرافعي، إلّا أنه لم يذكر البصل، ولو باع أرضًا فيها جزر أو فجل بجزرها وفجلها نقل الماوردي عن «الإفصاح» وجهين، أحدهما: لا يجوز، والثاني: يجوز تبعًا.

فرع: هذه الأحكام التي تقدمت كلها فيما إذا أطلق البيع، أما لو باع الأرض وشرط ذلك للمشتري ما يحصد مرة بعد أخرى كالبقول، فللمشتري الفروع والعروق، قاله صاحب «التتمة»، وفرق بين هذه حيث يقول عند الإطلاق: لا يدخل ما ظهر منها، وبين الشجر، بأن هذه لا تراد للدوام، وهي نماء ظاهر، فصارت كالثمرة المؤبرة والشجرة تراد للدوام فاستوى فرعها وأصلها، وصار الجميع للمشتري.

القسم الثاني: من كلام المصنف. وهو الثالث من التقسيم الذي ذكرته أولًا. ما لا يحمل إلّا مرة كالحنطة والشعير والباقلا والكتان. فلا خلاف أنه لم يدخل في الأرض إلّا بالشرط لما ذكره المصنف. والطلع المؤبر الذي جعله مقيسًا عليه ثبت حكمه بالحديث المتقدم: «من باع نخلًا قد أبرت فثمرتها للبائع إلّا أن يشترط المبتاع».

وقوله: (نماء ظاهر): احتراز من الطلع الذي لم يؤبر، وقوله: (لا يراد للبقاء) احتراز من الغراس إذا قلنا يدخل في بيع الأرض على ظاهر المذهب، والرافعي رحمه الله اقتصر على التعليل بعدم الدوام والثبات قال الماوردي: فإن قيل: الثمرة قبل التأبير مستبقاة لكامل المنفعة لم تجن وهي داخلة في البيع؟ فهلا كان الزرع

مثلها؟ قيل: الفرق بينهما أن الثمرة حادثة من خلقة الأصل المبيع، والزرع مستودع في الأرض بفعل الآدمي: ألا ترى أن الأرض يدخل فيها المعدن لأنه خلقة في الأرض، ولا يدخل فيها الركاز لأنه مستودع فيها.

واعلم أن الترجمة عن هذا القسم تشمل الموز لأنه نبات لا يحمل إلّا مرة واحدة، لكن لا قائل بأن جذره الثابت في الأرض لا يدخل، بخلاف الحنطة والشعير، فالمراد حينئذٍ بهذا القسم ما لا يحمل إلّا مرة، وليس له أصل ثابت في الأرض، وبذلك يخرج الموز، فإن له أصلًا ثابتًا، منه تنبت الفراخ، وعلى هذا ينبغي أن يقال في القسم الحاضر: النبات إما أن يكون له أصل ثابت في الأرض أو لا، فالأول إما أن يكون يحمل مرة واحدة كالموز، أو مرات، فإما في عام واحد كالبطيخ، أو في أكثر كالرطبة، وسائر ما يجذ ويثمر مرات، والذي لا بقاء لأصله هو الزرع، فالحنطة والشعير وشبههما. أو نقول: النابت أما إن يثمر ويجذ مرات. أو مرة واحدة فالأول إما في عام واحد أو في أعوام، والثاني إما أن يبقى أصله كالموز أو لا يبقى كالحنطة والشعير.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وفي بيع الأرض طريقان: من أصحابنا من قال: فيه قولان، لأنها في يد البائع إلى أن يحصد الزرع، فكان في بيعها قولان كالأرض المستأجرة، ومنهم من قال: يصح بيع الأرض قولًا واحدًا لأن المبيع في يد المشتري، وإنما يدخل البائع للسقي أو الحصاد، فجاز بيعه قولًا واحدًا كالأمة المزوجة.

الشرح: الطريقان مشهوران، والأولى منسوبة إلى أبي إسحاق المروزي، وجمهور الأصحاب على الطريقة الثانية، وهي التي صححها الرافعي وغيره وقاسوها على بيع الدار المشحونة بأمتعة البائع، وعلى بيع الأمة المزوجة، وفرقوا بينها وبين الدار المستأجرة بأن يد المستأجر حائلة بكل حال، فكان كما لو أجر أمته ثم باعها بطل البيع على أحد القولين، ولو زوجها ثم باعها صح البيع قولًا واحدًا، وذكر الشيخ أبو حامد أن الأصحاب فرقوا بفرقين آخرين لا يتضحان لم نذكرهما، ورد الجمهور طريقة التخريج على القولين بأنه لو كان في معنى تلك الصورة لوجب القطع بالفساد لأن مدة بقاء الزرع مجهولة، ألا ترى أن بيع الدار التي استحقت المعتدة سكناها، إذا كانت العدة معلومة كالأشهر فيها قولان؟ وإذا كانت مجهولة كالحمل والأقراء بطل قولًا واحدًا.

وذكر ابن الرفعة سؤالًا قد يعترض به على هذا، وهو أن لأبي إسحاق أن يقول: مدة الزرع ـ وإن لم تعلم يقينًا ـ فالعرف الغالب يضبطها، فإن فرض مخالف فنادر، وزمنه يسير مغتفر، والمنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر، بل

لأنها قد تموت فتكون المنفعة عائدة للمشتري، ولهذا نقول على طريقة قاطعة لا يصح، وإن كانت عدتها بالأشهر، وهذا السؤال مندفع بمن لها عادة مستقيمة في الأقراء والحمل، فإنه لا يصح بيع الدار التي استحقت سكناها للعدة، وإن كانت العادة تضبطها، فلما لم يغتفر ذلك كذلك لا يغتفر مثله في مدة الزرع.

وقوله: إن المنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر إلى آخره لا يحسن، فإن الكلام إنما هو في القطع بالفساد، ولا يجوز أن تكون العلة في ذلك ما ذكره وإلّا لقطعنا بالفساد في دار المعتدة بالأشهر، فمستند القطع بالفساد في دار المعتدة بالأقراء والحمل وعدم إجراء الخلاف فيه إنما هو الجهالة.

وأما قوله: إن المنافع تكون عائدة للمشتري، فاعلم أن المنقول في توجيه الطريقة القاطعة التي ذكرها أن منفعة الدار المعتد فيها ليست مملوكة للمعتدة، فإنه لو ماتت كانت منافعها للزوج، فيكون إذا باعها كمن باع دارًا واستثنى منفعتها لنفسه مدة معلومة، والظاهر، فيه البطلان، والذي يليق بهذه الطريقة إذا صححنا بيعها أن تكون المنافع باقية على ملك الزوج إن كان مطلقًا، أو ورثته إن كان ميتًا، فإذا ماتت المعتدة بقيت منافع بقية المدة من الأشهر على الزوج أو ورثته، ولا تكون للمشتري، وإنما تكون للمشتري لو نزلنا استحقاق المعتدة منزلة استحقاق المستأجر، فحينئذٍ يجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا عرض ما يفسخ الإجارة: هل تكون منفعة بقية المدة للمشتري أو للبائع؟ فيه وجهان، فقد تبين أن السؤال المذكور غير متوجه، والله أعلم.

فإن قلت: إلحاق بيع الأرض المزروعة بالدار المشحونة بالأمتعة غير متجه لإمكان الاشتغال بتسليم الدار عقيب العقد، ووجوب ذلك، فالمنفعة مستحقة للمشتري في تلك المدة بخلاف مدة بقاء الزرع وإلحاقها بالأمة المزوجة أيضًا غير متجه لأن الأمة المزوجة يمكن تسليمها الآن ووضع اليد عليها بخلاف الأرض المزروعة فإن التخلية التامة مع وجوب إبقاء الزرع غير حاصلة، فوجب إما القطع بالبطلان إلحاقًا بدار المعتدة، ولا قائل به وإما إجراء الخلاف إلحاقًا بالعين المستأجرة كما قال أبو إسحاق.

قلت: شرط إلحاق مسألة بأخرى اشتراكهما في مناط الحكم مع عدم الفارق ولا يكفي الاشتراك فيما ليس مناط الحكم في الأصل، ولا شك أن بين المسائل الخمس قدرًا مشتركًا من جهة عدم حصول ملك المنفعة للمشتري عقيب العقد، ولما اتفقوا على صحة بيع الأمة المزوجة دل على أن ذلك غير مقتض لإبطال البيع، وأن مأخذ البطلان ليس هو عدم حصول المنفعة للمشتري بل عدم القدرة على تسليم

العين لثبوت يد المعتدة والمستأجر الحائلتين بين المشتري وبينها، وأما الأرض المزروعة والدار المشحونة، والأمة المزوجة، فثلاثتها مشتركة في أنه لا يد حائلة فالمقتضي للبطلان إذا أجرى فيه لعدم اشتراكهما في مناط الحكم، والأرض المزروعة لها شبه من كل من الدار المشحونة والأمة المزوجة تشبه الدار المشحونة من جهة أن لكل منهما أمدًا ينتظر، ويفترقان في الاشتغال بالتسليم عقيب البيع في الدار دون الأرض وتشبه الأمة المزوجة في أن كلا منهما يستحق فيه استيفاء ملك المنفعة على المشتري، ولا يجب إزالتها عقيب العقد، ويفترقان في أن الزرع له غاية بخلاف النكاح، فلذلك حسن قياسها عليها، وقياسها على الأمة أرجح، كما فعل المصنف فإنه قد يقال: إن منفعة الدار في مدة التفريغ مستحقة للمشتري، ولذلك وجب على البائع تفريغها، فلم يكن المبيع مسلوب المنفعة بخلاف الأمة المزوجة والأرض المزروعة فإن منفعتهما غير مستحقتين للمشتري مدة بقائهما.

ولم أعلم أحدًا حكى في صحة بيع الدار المشحونة بالأمتعة خلافًا وذكروا الطريقين في الأرض المزروعة قال الإمام: ولا شك أن القياس يقتضي التسوية بينهما، إذ لا فرق، ويمكن أن نقول ما ذكرناه من تخصيص الخلاف بالأرض المزروعة. وحكى الإمام في أن المشتري إذا كان جاهلًا بأن الدار مشحونة هل يثبت له الخيار؟ وجهان، والمذهب ثبوته أما الأرض المزروعة فيثبت الخيار جزمًا عند الجهل، سواء قلنا: أن تسليمها يمكن أم لا لعدم إمكان الانتفاع بها في الحال؟ إلّا أن يختار البائع قلع الزرع ويكون غير ضار بالأرض فلا خيار، كما سيأتي الوجه الذي نقله الإمام في عدم ثبوت الخيار في الدار المشحونة بالأمتعة، وأن الغالب في العادة اشتمال الدار على أمتعة ثم أنها تفرغ بعد ذلك، والله أعلم.

التفريع: بائع الأرض المزروعة إذا خلى بينها وبين المشتري، فهل يحكم بصيرورتها في يده؟ فيه وجهان، أحدهما: لا، لأنها مشغولة بملك البائع كالدار المشحونة بالأمتعة، وأصحهما: على ما ذكره الإمام والغزالي والرافعي، نعم لحصول التسليم في الرقبة وهي المبيعة، وأما الدار المشحونة فالتسليم فيها متأت في الحال، فلا حاجة تدعو إلى التخلية قبله، على أن الإمام أورد فيها وجهًا أن اليد لا تثبت فيها بخلاف الأرض وجعل في المسألتين ثلاثة أوجه، وادعى أن ظاهر المذهب ثبوت اليد فيها، وحكاه غير الإمام أيضًا.

وحكى الغزالي في «البسيط» وجهًا أن اليد تثبت في الدار ولا تثبت في الأرض فيجتمع من نقله ونقل الإمام أربعة أوجه، ووجه الفرق على الوجه المحكي في «البسيط» أن التشاغل بالتفريغ ممكن، فنزل الممكن الذي لا عسر فيه منزلة

الموجود، قال ابن الرفعة: ولعل القائل بأنه لا يحصل التسليم هو أبو إسحاق المروزي، فلا يصح إبطال مذهبه، يعني في البيع إلّا بإقامة الدليل على صحة القبض، وهذان الوجهان في صحة تسليم الأرض المزروعة يؤخذان من لفظ الكتاب، فإنه ذكر في تعليل الطريقة الأولى أنها في يد البائع وفي تعليل الثانية أن المبيع في يد المشتري وقد يقول الفقيه: هذان التعليلان متصادمان.

والجواب: أن ذلك يحتمل، إذا كان في أحد الكلامين زيادة كما في هذه الصورة، فإن في تعليل الطريقة الثانية ما ينبه على دفع الخيال للتعليل الأول، وتبين أن قوله: إنها في يد البائع ليس كذلك، لأن المبيع هو العين، والعين في يد المشتري، ودخول البائع لأجل السقي والحصاد المتعلقين بالزرع خاصة لا يمنع ثبوت اليد على العين، والله أعلم.

تنبيه: من قال بصحة تسليمها مزروعة لا شك أنه يقول بصحة البيع، ومن لم يقل به يحتمل أن يقول بتخريجها على العين المستأجرة كما قال أبو إسحاق ويحتمل أن يجزم بالصحة ويفرق بما تقدم من أن العين المستأجرة عليها يد حائلة، والأرض المزروعة في يد بائعها، لكنه قد يكون الزرع لغير البائع وهو مستحق الإبقاء فيساوي يد الإجارة.

فرع: لو انقلع الزرع قبل المدة لحاجة أو جذه البائع قبل وقت حصاده وجب عليه تسليم الأرض، وليس له استبقاء الأرض ما بقي مدة الزرع، لأنه إنما يستحق من الأرض ما كان صالحًا لذلك الزرع، قاله الماوردي والأصحاب، ولو كان الزرع مما لو جذ قبل حصاده قوي أصله واستخلف، وفرخ كالدخن فجذه قبل حصاده كان له استبقاء الأصل الباقي إلى أوان الحصاد لأنه من جملة ذلك الزرع، وليس له استيفاء ما استخلف وفرخ بعد الحصاد، لأنه غير ذلك الزرع، وعلى البائع قلعه، ولا يملكه المشتري كما يملك أصل القت الذي يجذ مرة، لأن القت أصل ثابت، والزرع فرع زائل، واستخلاف بعضه نادر، قال ذلك الماوردي.

فرع: قال الرافعي: كل زرع لا يدخل في البيع لا يدخل، وإن قال: بعت الأرض بحقوقها يحكي ذلك عن الشيخ أبي حامد، قال الرافعي: ورأيته لمنصور التميمي في المستعمل أيضًا، قلت: وقد رأيت ذلك في «تعليق أبي حامد» في بيع القرية أنه إذا قال: بمزارعها دخلت المزارع، وإن قال بحقوقها لم تدخل المزارع، كما ذكره المصنف فيما تقدم وأما في الأرض فلم أقف عليه فيها.

فرع: عندنا لا يؤمر البائع بقطع الزرع الذي له في الحال، بل له إبقاؤه إلى أوان الحصاد، خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله، فعنده منفعة الأرض مستحقة للمشتري،

فلذلك أوجب القطع، وعندنا هي مستحقة للبائع، فلذلك لم نوجبه، وأوجبنا الإبقاء وعند وقت الحصاد يؤمر بالقطع والتفريغ، ويجبر البائع عليه، وعليه تسوية الأرض، وعليه قلع العروق التي يضر بقاؤها بالأرض كعروق الذرة، نص عليه، كما إذا كان في الدار المبيعة أمتعة لا يتسع لها باب الدار، ينقض وعلى البائع ضمانه، وهكذا ذكروه وجزموا بوجوب التسوية. وسيأتي فيه وجه مذكور في مسألة الحجارة عن صاحب «التتمة» وقياسه أن يأتي هنا.

وأما ضمان النقصان في باب الدار فقال القاضي أبو الطيب: في موضع الحجارة إن أمكن تقويم ما نقص من قيمة ما انهدم لزم البائع ذلك، وإن لم يمكن لزمه تسوية حلقة الباب، وقال هنا: يحتمل أن يقال: يلزمه بناؤه كما يلزمه تسوية الأرض. وهو مقتضى كلام المحاملي والقاضي حسين.

فرع: لو كان المشتري جاهلًا بالزرع بأن كان رأى الأرض قبل ذلك ثم اشتراها وبها زرع. ولم يرها حين العقد. فله الخيار في فسخ البيع. لأن الزرع عيب يمنع منفعة الأرض. فإن فسخ رجع بالثمن وإن أقر فللبائع ترك الزرع في الأرض إلى وقت حصاده. كما نقوله في الثمرة المؤبرة. وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى. فلو رضي البائع بتسليم الزرع للمشتري أو قلعه ويكون قلعه غير مضر بالأرض لم يكن للمشتري خيار نص عليه. وإن كان المشتري عالمًا بالزرع فلا خيار له. قاله الماوردي والأصحاب. واتفقوا عليه. وهذا إذا لم يطرأ ما يقضي تأخر الزرع عن وقت الحصاد المعتاد. ولو طرأ ما يوجب ذلك ففيه كلام أذكره قريبًا في فرع وجوب الأجرة.

فرع: في وجوب الأجرة على البائع في مدة بقاء الزرع في الأرض. إن كان المشتري عالمًا فلا أجرة قطعًا. وإن كان جاهلًا فوجهان عن رواية صاحب «التقريب» والذي أورده المعظم أنه لا تجب الأجرة وتقع تلك المدة مستثناة. كما لو باع دارًا مشحونة بأقمشة لا يستحق المشتري الأجرة لمدة التفريغ وهذا ما جزم به الماوردي وخلافه، والأظهر: عند الغزالي والجرجاني الوجوب وجعل الإمام محل الخوف فيما إذا كان جاهلًا. قال الروياني: إنما تجب الأجرة إذا زرعها بعقد الإجارة أو بغير حق. وهنا لم يوجد واحد منهما، ثم ههنا كلامان، أحدهما: أن هذا الخلاف هل محله إذا اكتفينا بالتخلية وجعلناها قبضًا، أو إذا لم نكتف بها؟ أو هو على الإطلاق؟.

قال ابن الرفعة: ما ذكر من التعليل يقتضي أن ذلك يختص بحالة عدم الاكتفاء قال: والأشبه أن يقال: إن اكتفينا بها فالخلاف متوجه. وإن لم نكتف بها، فإن

قلنا: الأجرة لا تجب أو اكتفينا بالتخلية فههنا أولى وإن قلنا: تجب. فههنا وجهان مبنيان على أن البائع إذا انتفع بالمبيع قبل إقباضه هل تلزمه الأجرة أم لا؟ وفيه خلاف، فإن قلنا: لا لم تجب هنا، وإن قلنا: نعم: وجبت ولا ننظر إلى أنه ثم متعد ولا تعدي منه ههنا. لأن باب الضمان لا يختلف. وقال ابن الرفعة: أنه لولا تعليل الإمام يعني تعليله وجه عدم إيجاب الأجرة بقدرة المشتري على الفسخ. لولا هذا التعليل لأمكن أن يقال: الوجهان في الرجوع بالأجرة إنما هما قبل التخلية أو بعدها. وقلنا: أنها لا تكفي. ويكونان مبنيين على جناية البائع. فإن قلنا: كالأجنبي ضمن الأجرة وإلّا فلا.

قال الإمام: وللخلاف نظائر في الحجارة، قلت: والأشبه أن الخلاف في وجوب الأجرة في مسألتنا هذه كما في مسألة الحجارة مطلق. فيما إذا اكتفينا بالتخلية، وفيما إذا لم نكتف بها. ومأخذه أن تفويت المنافع هل هو كالعيب أم لا؟ بل المنافع مستقلة متميزة عن المبيع، كما يشعر به تعليل الإمام والغزالي وجه الوجوب في هذه المسألة، فإن قلنا بالثاني ضمنا مطلقًا ولا أثر للإجارة في إسقاطها ولا فرق في ذلك بين أن نقول يكتفي بالتخلية أو لا، وهذا يوافق الوجه الذي يقول في مسألة الحجارة بوجوب الأجرة قبل القبض وبعده، وإن جعلنا تفويت المنافع بمنزلة التعييب اكتفت على أن جناية البائع على المبيع كالآفة السماوية أو كجناية الأجنبي؟.

إن قلنا: كجناية الأجنبي ضمنها مطلقًا قبل التخلية وبعدها، اكتفينا بالتخلية. وجعلناها قبضًا، أو إذا لم نكتف بها أو هو على الإطلاق ـ فإن كان ذلك قبل التخلية ـ لم تلزمه الأجرة وإن كان بعد التخلية ـ فإن لم نكتف بها فكذلك وهذا قول من لا يوجب الأجرة في مسألة الحجارة مطلقًا، وإن اكتفينا بالتخلية والفرض أن الزرع الذي هو عيب حاصل قبل القبض، فلا تجب الأجرة أيضًا لأنه بالإجارة رضي بذلك، فإن لم يكن له أجرة كما لو رضي بالعيب لم يكن له أرش، فقد تلخص أن الخلاف في وجوب الأجرة جار مطلقًا إما قبل التخلية أو بعدها إذا لم يكتف بها. فمأخذ الوجوب أمران أحدهما: إلحاق البائع بالأجنبي والثاني: أن المنافع متميزة عن المقصود فليس تفويتها بمنزلة العيب، ومأخذ عدم الوجوب جعلها عيبًا وإلحاق تعييب البائع بالآفة السماوية.

وأما بعد التخلية والاكتفاء بها فمأخذ الوجوب أن المنافع متميزة غير معقود عليها كما تقدم، أو إلحاق البائع بالأجنبي، ومأخذ الإسقاط جعل تعييب البائع كالآفة السماوية، فإذا أجاز المشتري سقط حقه من الأرش، لأنه قد رضي بالعيب

كذلك هنا إذا أجاز سقط حقه من الأجرة بقية المدة، لأن سببه متقدم قبل القبض وقد رضي به.

فإن قلت: مقتضى ما ذكرت أن يكون الصحيح عدم وجوب الأجرة، لأن الأصح عند الأكثرين أن جناية البائع كالآفة السماوية، وقد جزم الرافعي بأن استعمال البائع المبيع يخرج على جنايته، إن جعلناها كالآفة السماوية لم تجب، وإلّا وجبت، فيخرج من ذلك أن الأصح في مسألتنا أنه لا تجب الأجرة لا في مسألة الزرع ولا في مسألة الحجارة، لكن قد تقدم في مسألة الحجارة أن الأصح وجوبها بعد القبض وعدم وجوبها قبله، وقد تقدم عن الغزالي والجرجاني أنه الأصح عندهما في مسألتنا أيضًا.

قلت: أما الغزالي فإن الأصح عنده أن جناية البائع كالأجنبي، فلا يرد عليه تصحيحه هنا الوجوب، فإن ذلك موافق، وقد قدمنا عن الأكثرين في مسألتنا أن الأصح عدم الوجوب، وكذلك تقدم عن الشيخ أبي محمد في مسألة الحجارة.

وأما ما تقدم عن الأكثرين في مسألة الحجارة من تصحيح الوجوب بعد القبض دون ما قبله. فالفرق بينها وبين مسألتنا هذه أنه هنا إذا رضي بالزرع يلزمه إبقاؤه إلى أوان الحصاد فالرضا بالزرع رضا بالإبقاء الذي هو من لوازمه، وكذلك لا تجب الأجرة.

وأما الحجارة فإنه إذا رضي بها لا يلزمه إبقاؤها، بل يجبر البائع على قلعها، لكن لك أن تقول: إن مدة القلع أيضًا قد رضي بها كما أن مدة قلع الزرع عند أوانه داخلة تحت رضاه، وإن كان القلع في ذلك الوقت واجبًا فكان ينبغي أن لا تجب لها أجرة إلّا إذا زاد وأخر البائع، فحينئذٍ تجب، والله أعلم.

تنبيه: ما حكيته في مأخذ وجوب الأجرة من أن المنافع متميزة عن المعقود عليه كذلك قال الإمام والغزالي، وهو يقتضي أن البائع إذا انتفع بالعين المبيعة قبل القبض تجب عليه الأجرة من غير تخريج، على أن جنايته كجناية الأجنبي أولا، والذي ذكره الرافعي هو طريقة التخريج خاصة، وما ذكروه ههنا يقتضي طريقة أخرى، كما أشرت إليه، وهي ظاهرة فإن جناية البائع والكلام فيها محله إذا ورد على المعقود عليه أو على بعضه من جزء أو صفة، أما المنافع فللتردد في إلحاقها بجزء المبيع أو صفته بحال ظاهر فإن ثبت ذلك فيكون في استعمال البائع المبيع طريقان، أحدهما: وجوب الأجرة والثاني: تخريجها على جنايته، والله أعلم.

فرع: وهو الكلام الثاني تقدم أن الإمام جعل محل الخلاف في وجوب الأجرة في حالة الجهل أما في حالة العلم فلا تجب قطعًا، وكذلك تقدم في الخيار

أنه لا يثبت إلّا في حالة الجهل أما في حالة العلم فلا، قال ابن الرفعة: وهو ظاهر إذا لم يطرأ أمر يقتضي تأخر الزرع عن وقت حصاده المعتاد فإن التبقية إنما وطن المشتري نفسه عليها إلى ذلك الوقت، أما إذا تأخر عن الوقت المعتاد فقد يقال: أنه يثبت له الخيار، ويكون إذا أجاز في استحقاقه الأجرة الخلاف السالف، وأصل ذلك أنه إذا علم عيبًا بالمبيع وأقدم عليه فلا خيار، فلو زاد ثبت الخيار على المشهور، ثم قال: وإطلاق الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ يقتضي تركه إلى الحصاد، سواء تأخر عن وقته المعتاد أم لم يتأخر، ومراده بالحصاد أول أوقاته لا حقيقة الحصاد.

فرع: ما تقدم من وجوب الإبقاء إلى أوان الحصاد محله عند الإطلاق أو اشتراط التبقية إليه فلو شرط البائع قلع الزرع وتفريغ الأرض، قال ابن الرفعة هنا: ففي وجوب البقاء بهذا الشرط تردد، حكاه عن الأصحاب في أواخر كتاب الصلح، ووجه وجوب الوفاء ظاهر، وأما وجه عدم الوجوب.....

فرع: يشترط في بيع الأرض المزروعة تقدم الرؤية على العقد. فإن موضع منابت الزرع غير مرئي حالة العقد يدل على ذلك كلام الشافعي والأصحاب منهم الماوردي وغيره فإنه قيل في الفرع المتقدم أن يكون رآها قبل ذلك. قال المتولي: إذا أدرك الزرع فعليه الحصد والنقل إلى مكان آخر فإن أراد أن يدرس الزرع في تلك الأرض وينقيه لم يكن له ذلك إلّا بالرضا. وإن كان تلحقه بالنقل إلى مكان مشقة، والله أعلم.

فرع: إذا شرط دخول الزرع في البيع ـ فإن كان بقلًا أو قصيلًا، لم يبلغ أوان الحصاد ـ قال الماوردي والمحاملي وغيرهما من المتقدمين والمتأخرين: صح البيع في الأرض والزرع، ولا يلزم في الزرع شرط القطع، لأنه دخل في العقد تبعًا للأرض وصار كالثمرة التي لم يبد صلاحها إذا بيعت مع محلها، وستأتي هذه المسألة في الثمار، وفيها بحث، وإن كان الزرع قد اشتد واستحصد فإن كان مشاهد الحب كالشعير فالبيع صحيح في الأرض والزرع، وإن كان غير مشاهد كالحنطة والعدس ففي بيعه مفردًا قولان، فإن جوزنا فبيعه مع الأرض أولى، وإن منعنا ففي بيعه تبعًا للأرض وجهان، أحدهما: يجوز كأساس البنيان، والثاني: لا، لأنه مقصود، فإذا بطل ففي بطلانه في الأرض قول واحد للجهل بالحصة من اختلاف أصحابنا في تعليل تفريق الصفقة.

فرع: إذا اشترى أرضًا رآها قبل البيع، ولم يرها حين البيع، فوجد فيها زرعًا ثبت له الخيار، نص عليه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ وبعض الأصحاب، وقد تقدم.

تنبيه: مراد المصنف بالأرض المزروعة بزرع يحصد مرة واحدة، كالحنطة

والشعير، فهي محل الخلاف في صحة بيعها، أما المزروعة بزرع يحصد مرة بعد أخرى كالبقول فالعقد صحيح قولًا واحدًا، قاله صاحب «التتمة»، وهو ظاهر، لأنها كالشجر فينبغي أن ينبه لذلك لئلا يظن أن ذكر المصنف لها بعد تقدم القسمين مقتض لشمول الخلاف، والله أعلم.

فائدة: قوله: حتى يحصد يقال: أحصد الزرع أي بلغ أوان الحصاد، فقال ابن داود في قول الشافعي: وإن كان فيها زرع فهو للبائع حتى يحصد بكسر الصاد. وقال: أنه أفصح وأصح في المعنى من فتحها لأنه إذا بلغ أوان الحصاد جذ على حصده، وما ذكره من كلام الشافعي ظاهر، وأما قول المصنف هنا: والحكم ببقاء ملك البائع مستمر إلى وجود الحصاد، فيصح أن يقال: ـ بضم الياء وفتح الصاد ـ ويصح ـ بفتح الياء وكسر الصاد ـ أي حين يحصد البائع الزرع. ولا يصح حتى يحصد ـ بضم الياء وكسر الصاد ـ هنا، أي حتى يبلغ أوان الحصاد لأن يده لا تزول بذلك، فاليد مستحقة للبائع إلى إحصاد الزرع، ويد البائع ثابتة إلى الحصاد، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن باع أرضًا فيها بذر لم يدخل البذر في البيع، لأنه مودع في الأرض فلم يدخل في بيعها كالركاز، فإن باع الأرض مع البذر ففيه وجهان أحدهما: أنه يصح تبعًا للأرض، والثاني: لا يصح وهو المذهب، لأنه لا يجوز بيعه منفردًا فلم يجز بيعه مع الأرض.

الشرح: فصل الأصحاب في البذر مثل التفصيل المذكور في النبات، فقالوا: البذر الذي لا تفاوت لنباته، ويوجد دفعة واحدة لا يدخل في بيع الأرض، ويبقى إلى أوان الحصاد، وللمشتري الخيار إن كان جاهلًا به، فإن أجاز أخذ الأرض بجميع الثمن، لأن النقص الذي في الأرض بترك الزرع إلى الحصاد لا يقسط عليه الثمن، فإن تركه البائع له سقط خياره، وعليه القبول، ولو قال: آخذه وأفرغ الأرض سقط خياره أيضًا إن أمكن ذلك. وفعله في زمن يسير على وجه لا يفوت عليه الأرض، وإن اشتراها وهو عالم بالبذر فلا خيار له، وعليه تركه إلى أوان الحصاد والبذر الذي يدوم نباته كنوى النخل والجوز واللوز وبذر الكراث والرطبة ونحوه من البقول، حكمه في الدخول تحت بيع الأرض حكم الأشجار.

هكذا ذكر هذا التفصيل الماوردي والقاضي أبو الطيب والروياني والرافعي رحمهم الله وغيرهم. وإذا علمت أن البذر الذي يدور حكمه حكم الشجر، فإن قلنا: الشجر لا يدخل صار حكمه حكم بذر الزرع في ثبوت الخيار وعدمه بالنسبة إلى حالة الجهل والعلم، وإن قلنا: إنه يدخل على المذهب ـ فإن كان عالمًا فلا خيار. وإن كان جاهلًا فإن لم يكن قلعه مضرًا بالأرض فلا خيار. وإن كان مضرًا أو يمضي

فيه مدة فإن كانت الأرض تملك بعد ذلك بحيث يكون غرسها نقصًا فيها فينبغي أن يثبت للمشتري الخيار، ولم أر في ذلك نقلًا، والله أعلم.

هذا إذا باع الأرض وأطلق، أما إذا باع الأرض مع البذر ـ فإن كان من البذر الذي حكمنا بدخوله في البيع ـ قال صاحب «التتمة»: كان تأكيدًا، ولك أن تقول: ينبغي أن يكون كما لو قال: بعتك الجارية وحملها، وإن كان من البذر الذي لا يدخل وهو الذي تكلم فيه المصنف ففيه وجهان أحدهما: يصح تبعًا للحمل. وادعى هذا القائل أن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ نص على ذلك في كتاب التفليس، فقال: لو باع زرعًا مع أرض خرج أو لم يخرج، والثاني: وهو الصحيح المشهور من المذهب أن البيع لا يصح في البذر للجهالة ولأنه مقصود في نفسه فلم يجز بيعه مع الأرض كالركاز، ويخالف الحمل فإنه يتبع الأم في البيع المطلق. وهؤلاء أولوا نصه في التفليس على أن المراد خرج السنبل أو لم يخرج، فعلى هذا إذا بطل البيع في البذر ففي بطلانه في الأرض طريقتان:

إحداهما: أنه على قولي تفريق الصفقة، وهو الذي يقتضي إيراد الماوردي ترجيحها، وجزم بها القاضي حسين والفارقي تلميذ المصنف وغيرهما، وهذا إنما يكون على قولنا بأنه يختار بجميع الثمن.

والطريقة الثانية: القطع ببطلان بيع الأرض، ويقتضي إيراد القاضي أبي الطيب ترجيحها وهي المذهب عند الروياني، وهي مقتضى المذهب في أنه يختار بالقسط، وجعل الروياني محل الخلاف إذا لم يجهل جنسه وصفته، فإن جهلهما لم يجز قولًا واحدًا، وهذا منه بناء على الطريقة المشهورة في بيع الغائب، وفيه وجه أنه يجري مع الجهل، وذلك معروف في موضعه، فعلة الخلاف هنا مطلقًا على أن أبا الفتوح العجلي أفاد أن الوجه القائل بالصحة ههنا، وإن منعنا بيع الغائب فيكون محل الخلاف تفريعًا على بيع الغائب، أما على تجويز بيع الغائب قال: فلا يبعد الحكم بصحة البيع.

قلت: ولا بد فيه من ملاحظة التبعية، فإنه لو باع البذر وحده وهو مستتر فلا شك أنه يمنعه من منع بيع الغائب، وكذا بعض من أجازه، وإنما قلت ذلك لأنهم لما تكلموا في بيع الثمار المستترة والحنطة في سنبلها ونحو ذلك قال الإمام: إن المنع فيها مفروع على منع بيع الغائب، أما إذا جوزناه فإنه يصح، وحمل الرافعي كلام الوجيز على موافقته، لكن الغزالي في «الفتاوي» في السؤال التاسع والعشرين في بيع السلجم والجزر في الأرض، قال: إنه إن قضى ببطلان بيع الغائب فلا شك في البطلان، وإن قضى بصحة بيع الغائب اتجه ظاهرًا إبطال هذا لأن تسليمه لا

يمكن إلّا بتقليب الأرض، وهو تغيير لعين المبيع فيضاهي بيع الجلد قبل السلخ ليسلم بالسلخ وكذلك صاحب «التهذيب» وعلل بأن بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد الرؤية بصفته، وههنا لا يمكن.

وإذا علمت ذلك علمت أن إطلاق المصنف مراده منه البذر الذي لا نبات لأصله، وكذلك الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأم» أطلق كما فعل المصنف ومراده ذلك، فإن كان البذر مما يصرم فصرمه البائع كان للمشتري أصله ولم يكن للبائع قلعه ولا قطعه، وإن عجل البائع فقلعه قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يزرعه ليستخلفه، نص عليه الشافعي رحمه الله وقد تقدم في أول الباب بحث في الغراس الذي يشتد، وهو يعود ههنا في البذر الذي وضع لذلك، ولم يقصد به الدوام في محله، والله أعلم.

ولو باع البذر وحده جزم صاحب «التتمة» بالبطلان.

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا باع أصلًا وعليه ثمرة للبائع لم يكلف قطع الثمرة إلى أوان الجذاذ فإن كان مما يقطع بسرًا كالبسر الجيسواني والقرشي لم يكلف قطعه إلى أن يصير بسرًا، وإن كان مما لا يقطع إلّا رطبًا لم يكلف قطعه إلى أن يصير رطبًا، لأن نقل المبيع على حسب العادة، ولهذا إذا اشترى بالليل متاعًا لم يكلف نقله حتى يصبح، وإن اشتراه في المطر لم يكلف نقله حتى يسكن المطر، والعادة في قطع الثمار ما ذكرناه فلا يكلف القطع قبله.

الشرح: الأصل، المراد به الشجرة، والجذاذ ـ بكسر الجيم وفتحها ـ حكاهما ابن قتيبة، وأوان الجذاذ ـ بكسر الجيم ـ زمان صرم النخيل إذا يبس ثمرها، والجذاذ القطع يقال الجذاذ والصرام في النخل، والقطاف في الكرم، واللقاط فيما يتناثر كالخوخ والكمثرى وغيره، فيلتقط والجيسوان ـ بكسر الجيم وياء تحتها نقطتان وآخره نون ـ من غير إضافة، قال ابن باطيش وابن التودي: جنس من البسر أسود اللون، والقرش ـ بضم القاف وفتح الراء وشين معجمة ـ قال ابن باطيش: هو الأحمر، قال صاحب «البيان»: لا يقطع إلّا بسرًا.

أما الأحكام: فقال الشافعي والأصحاب: إذا اشترى نخلًا وعليه ثمرة للبائع أو كرسفًا وعليه قطن للبائع أو شجرًا وعليه ثمرة أو وردًا أو رد للبائع أرضًا وفيها زرع للبائع، لم يجبر على قطع الثمرة، والورد والزرع إلى أوان الجذاذ والحصاد إلى الوقت الذي جرت العادة تبقيتها، فإن كان غيبًا فعليه تبقيته إلى أن يسود وتدور الحلاوة فيه، ويقطع في العادة، فأما إذا عقد وحصل فيه قليل حلاوة فليس له مطالبة البائع بقطعه في تلك الحال وإن كان رطبًا فعليه تبقيته إلى أن يرطب ويتكامل نضجه ثم يقطع.

وإن كان بسرًا فما جرت العادة بقطعه بسرًا طولب بقطعه بسرًا بعد نضجه

واستكماله، ثم بعد ذلك ليس له أن يتركه على الشجر والنخل حتى يتكامل ويستحكم، لكون ذلك أصلح له فيأخذه شيئًا فشيئًا، كما إذا باع دارًا فيها متاع هي حرز له، لم يجب على المشتري تركه، ولا يجب على المشتري السقي لأجل ثمرة البائع، وإنما عليه تركها والبائع يسقي. وحكم جميع الثمار في ذلك حكم ثمرة النخيل، لا خلاف في ذلك، قال نصر المقدسي رحمه الله في «الكافي». وكذلك الورد يعني يترك إلى أوان أخذه، ووافقنا على أنه لا يجب على البائع القطع، ويجوز له التبقية إلى أوان الجذاذ مالك وأحمد، وقال أبو حنيفة: يجبر عليه عند مطالبة المشتري بذلك في الحال. دليلنا ما ذكره المصنف.

وهكذا لو زرع المشتري الأرض فاستحقها الشفيع لم يجبر المشتري على قطع الزرع ونقله حتى يبلغ أوان الحصاد، لأنه وقت العادة في نقله، فإن قيل: ينتقض بمن جذ ثمرة وتركها في الأرض تشمسها ثم باع الأرض، فإنه يلزمه نقلها قبل جفافها وإن كانت العادة نقلها بعد جفافها، قلنا: لا عادة لذلك في أرض بعينها بل يمكن تجفيفها في غيرها كما نقول في الزرع: لا يجب نقله وهو في الأرض، ولو حصده وتركه في الأرض ثم باعها وجب نقله، وقول المصنف: (لأن نقل المبيع على حسب العادة)، جواب عن قول الحنفية: إن من باع شيئًا كان عليه تسليمه ورفع يده عنه، وإن إبقاء الثمرة بعد البيع انتفاع بالنخل، وأجاب الأصحاب بما ذكره المصنف من أن ذلك إنما يجب على العادة ولهذا إذا اشترى دارًا مملوءة طعامًا إنما يلزم البائع نقله على العادة، ولا يلزمه أن يجمع الآن كل حمال في البلد، وينقل الطعام عنها، وأجابوا عن كون ذلك انتفاعًا بالنخل وأنه يشبه استثناء المنفعة بأن استثناء المنفعة إنما يبطل إذا وقع بالشرط، أما ما وقع بنفس العقد عرفًا فلا، بدليل الأمة المزوجة.

فرع: قال الماوردي: إنه إنما يستحق الإبقاء إذا بقيت الثمرة للبائع بالتأبير، أما إذا صارت له بالشرط والاستثناء قبل التأبير فعلى البائع قطعها في الحال، لأن الاستثناء إنما يصح على شرط القطع، وهذا الذي قاله الماوردي إنما يستقيم إذا شرطنا القطع في الاستثناء، وقد تقدم أن الأصح خلافه، وأيد بعضهم ما قاله الماوردي: إن استثناء المنفعة بالشرط مبطل بخلافه بالشرع، وهذا التأييد ضعيف، لأن الشرط هنا إنما اقتضى بقاء الثمرة للبائع فصار كما لو باع أرضًا واستثنى البناء الذي فيها كان له إبقاؤه بالشرع، ولا نقول: إن هذا استثناء للمنفعة، والله أعلم.

فرع: قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى: فإذا حصد الزرع فإن بقي له أصول لا تضر بالأرض، كأصول الحنطة والشعير، لم يلزمه نقلها، لأن لا ضرر

على المشتري في تركها وإن كانت تضر بالأرض كعروق الذرة والقطن لزمة نقلها من الأرض ونقل الروياني عن بعض الأصحاب الوجوب مطلقًا، والصحيح الأول فإذا نقلها فإن حصل في الأرض بنقلها حفر لزمه تسويتها، كما لو كان في الأرض حجارة مدفونة فنقلها ويخالف من غصب فصيلًا وأدخله دارًا ثم كبر الفصيل فإن تسوية الباب لا تجب على صاحب الفصيل لأن الغاصب متعد والمشتري ليس بمتعد. وهكذا لو كان في الدار المبيعة حب لا يمكن إخراجه إلّا بأن يوسع الباب بنقض شيء من الحائط. فإن له ذلك ويضمن قيمة ما نقض.

قال القاضي أبو الطيب: ويحتمل أن يقال: يلزمه بناؤه كما يلزمه تسوية الأرض ههنا. وقد صرح المحاملي في «المجموع» بأنه يجب عليه بناء ذلك. ورده إلى حالته فيما إذا باع دارًا وفيها قماش لا يخرج إلّا بنقض الباب وهو الموافق لطريقة العراقيين فإنهم يختارون وجوب إعادة الجدار. قال المحاملي هنا: كل من حصل ملكه في ملك غيره واحتيج في تخليصه إلى مؤنة فإن كان حصل ذلك بغير تفريط من صاحب الملك فالمؤنة على من يتخلص ملكه. مثل مسألة الحب والخابية والصندوق في الدار. وإن كان بتفريط من صاحب الملك. مثل أن يغصب رجل رجلًا على حب. فلم يخرج من الباب. أو على عجل صغير فكبر فلم يتمكن من إخراجه إلّا بهدم الباب فإن الباب يهدم ولا يلزم صاحب المتاع بناؤه ومن فروع هذه القاعدة: إذا هربت دابته فدخلت دار رجل ولا يمكن إخراجها إلّا بنقض شيء من الدار. يغرم النقض صاحب الدابة قال الروياني: وإذا وقع دينار في محبرة ولا يخرج إلّا بكسرها كسرت ويجب ضمانها على صاحب الدينار نقله الروياني عن بعض الأصحاب.

فرع: لو أصابت الثمار آفة. وصارت بحيث لا تنمو. فهل للبائع تبقيتها ولا فائدة له في تبقيتها؟ أم للمشتري إجباره على قطعها؟ قال الإمام: ذكر صاحب «التقريب» قولين ولم يصحح الرافعي والنووي شيئًا منهما. وقال ابن الرفعة: إن الذي يقع في النفس صحته قول الإجبار. لأنه انكشف الحال عما لو قارن العقد لم يستحق التبقية لأجله. فإنه لو باع الشجر بعد حصول الآفة بالثمار لم يستحق التبقية. قال: لكن نصه في «الأم» على خلافه. ولو انقطع الماء فلا شيء على المشتري فيما أصيب به البائع. وكذلك إن أصابته جائحة. نص عليه الشافعي رحمه الله. نقله عنه أحمد بن بشرى.

فرع: لا يمنع البائع من الدخول في الحائط للسقي، فإن لم يأمنه المشتري ينصب الحاكم أمينًا يسقيها، والمؤنة على البائع قاله الخوارزمي، وكلام الخوارزمي

يدل على أن الشجرة لا تصير مسلمة حتى تفرغ من الثمرة، قال: ولهذا لو باع سفينة في البحر مملوءة بالأثقال لا يجري تفريغها حتى تبلغ الشط، ومراده بهذا أن التسليم يكون على العادة.

فرع: ولا يستحق المشتري على البائع أجرة الأرض في مدة إقامة الزرع في الأرض لأنه ملك الأرض مسلوبة المنفعة في تلك المدة فلا يستحق لها أجرة.

فرع: لو باع النخلة وعليها ثمرة مؤبرة بشرط القطع، كلام الرافعي يصرح بالجواز وأنه يجب الوفاء بالشرط، لكن الإمام حكى في باب الصلح فيما إذا باع أرضًا مزروعة بشرط قطع الزرع ترددًا في وجوب الوفاء به ويجب بمقتضى ذلك طرد التردد المذكور في الثمرة المؤبرة، ولو قيل: إنه لا يصح البيع بشرط قطعها لأن فيه تنقيص ماليتها لم يبعد.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن أصاب النخل عطش، وخاف أن تشرب الثمرة الماء من أصل النخل فيهلك ففيه قولان، أحدهما: لا يكلف البائع قطع الثمرة، لأن المشتري دخل في العقد على أن يترك الثمار إلى الجذاذ فلزمه تركه والثاني أنه يكلف قطعه، لأن المشتري إنما رضي بذلك إذا لم يضر به، فإذا أضر به لم يلزمه تركه، فإن احتاج أحدهما إلى سقي ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه، لأنه إصلاح لماله من غير إضرار بأحد فجاز، وإن كان على الآخر ضرر في السقي وتشاحا ففيه وجهان. قال أبو إسحاق: يفسخ العقد لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر في الإضرار فوجب أن يفسخ. وقال أبو علي ابن أبي هريرة: يجبر الممتنع منهما لأنه حين دخل في العقد رضي بدخول الضرر عليه، لأنه يعلم أنه لا بد من السقي ويجب أجرة السقي على من يسقي لأن منفعته تحصل له.

الشرح: تقدم أن الثمرة إذا بقيت للبائع لا يكلف قطعها إلى أوان الجذاذ، ومن ضرورة ذلك أن يمكن من سقيها، فيلزم المشتري تمكينه، وقد لا يسقي البائع فيحصل للمشتري الضرر، وقد يحصل الضرر من السقي أيضًا، وذكر المصنف تفصيل ذلك في هذا الفصل في مسألتين، المسألة الأولى: إذا عطشت النخل وكان قد باعها وهي مؤبرة وأبقينا الثمار للبائع فعطشت النخيل وانقطع الماء، ولم يتمكن من سقيها، وكان تركها على الأصول يضر بالأصول ولا يضر بالثمرة، فإن كان الضرر يسيرًا أجبر المشتري عليه، هكذا قاله القاضي أبو الطيب وغيره، ونص عليه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأم»، وإن كان كثيرًا بأن كان يخاف على الأصول الجفاف أو نقصان حملها في المستقبل نقصانًا كثيرًا، وعلى ذلك يجب حمل كلام المصنف، ففيه قولان منصوصان في «الأم» في هذا الموضع، وحكاهما الأصحاب كما حكاهما المصنف نقلًا وتعليلًا، وعبارة الشافعي في «الأم» ففيها قولان ثم ذكر قول

الإجبار، ولم أره ذكر القول الآخر، فتأملت كلامه إلى آخره تأملًا كثيرًا. فلم أفهم الثاني منه. فلعله تركه إما لوضوحه أو لضعفه.

والأصح من القولين: الثاني القائل بالإجبار. وممن صححه الروياني وابن أبي عصرون والنووي، ورجحه الروياني بأن ضرر الأصول أكثر وجزم به الفوراني. ونقل الرافعي تصحيحه عن الكرخي، وصححه في «المحرر»، وقد ذكر الماوردي مسألة السقي وقسمها تقسيمًا حسنًا، وهي أن السقي إما أن يكون ممكنًا أو متعذرًا، فإن كان متعذرًا فإما لا عواز الماء أو لفساد آلته، فإن كان لاعواز الماء سقط حكم السقي، ثم نزل الثمرة على أربعة أضرب، الأول: أن يكون يضر بالثمرة والنخل جميعًا. فقطع الثمرة واجب. ولصاحب النخل إجباره. لأن تركها مضرة للنخل بلا منفعة له، والثاني: أن لا يضر واحدًا منهما فله ترك الثمرة إلى أوان الجذاذ، الثالث: أن يضر بالثمرة دون النخل المثمرة فالخيار، الرابع: أن يضر بالنخل دون الثمرة فقولان. وهذا الضرب هو الذي ذكره المصنف.

وإن كان تعذر السقي لفساد الآلة أو المجاري أو طم الآبار فأيهما لحقه بتأخير السقي ضرر كان له إصلاح ما يوصله إلى الماء. فإن كان ذلك مضرًا بالنخل وجب على مشتري النخل أن يزيل الضرر عن نخله، ولا يجبر رب الثمرة على قطع ثمرته. وإن كان مضرًا بالثمرة لزمه ذلك، أو يقطعها، وإن كان مضرًا بهما جميعًا لزم صاحب الثمرة إلّا أن يبادر إلى قطع ثمرته فيسقط عنه وأما إن كان السقي ممكنًا فله أربعة أضرب أحدها: أن يكون نافعًا لهما والثاني: أن يكون ضارًا لهما والثالث والرابع: أن يكون ضارًا لأحدهما دون الآخر، وسنذكر ذلك مفصلًا.

المسألة الثانية: إذا احتاج أحدهما إلى سقي ما له، ولم يكن على الآخر ضرر، جاز له أن يسقيه، لما ذكره المصنف وفيها صورتان، إحداهما: أن يكون المحتاج البائع، والثانية: أن يكون المحتاج المشتري، وقول المصنف: ولم يكن على الآخر ضرر يشمل ما إذا كان له نفع، وما إذا لم يكن، والشيخ أبو حامد والماوردي ذكرا ما إذا كان لكل منهما نفع، فقال الشيخ أبو حامد: لا يجبر الممتنع من السقي على السقي، وللآخر أن يسقي، والأجرة عليه، وقال الماوردي: للبائع أن يسقي وعلى المشتري أن يمكنه، ومؤنة السقي على البائع، لما فيه من صلاح ثمرته، وإن كان لنخل المشتري فيه صلاح، إلّا إن الأغلب من حال السقي صلاح الثمرة والنخل تبع، فلو امتنع البائع من السقي لم يجبر، وقيل للمشتري: إن أردت سقي نخلك فاسقه ولا نجبرك عليه.

وما قاله الماوردي موافق في المعنى لما قاله الشيخ أبو حامد والمصنف:

وعبارة المصنف أشمل كما تقدم التنبيه عليه. والحكم واحد لا يختلف وإنما يختلف التصوير. فيجيء صور هذه المسألة بإطلاق المصنف ثلاثًا: أن ينتفع البائع ولا يتضرر المشتري ولا ينتفع أو ينتفع المشتري ولا يتضرر البائع ولا ينتفع. أو ينتفعا جميعًا. وكلام هؤلاء الأئمة يقتضي أن البائع لا يجبر على السقي، ومن جملة الأقسام التي أطلقوها، أما إذا كان السقي نافعًا لهما وكان تركه ضارًا بالمشتري لامتصاص الثمار رطوبة الأشجار وقد جزم الإمام في هذه الصورة في حال إمكان السقي بأن البائع يجبر من جهة المشتري على أحد الأمرين: إما أن يسقي وإما أن يقطع الثمار إذا كان يضر بقاؤها. وجعل محل القولين اللذين حكاهما المصنف أولًا فيما إذا كان السقي متعذرًا ووجه القول الأول القائل بأنه لا يكلف قطع الثمرة بأنها تنتفع بالتبقية وإنما على البائع أن لا يترك مجهودًا يقدر عليه. فإن انقطع الماء فلا تقصير منه. وحق التبقية قائم له. وهذا الذي قاله الإمام حسن يجب تنزيل كلامهم عليه. وقال الإمام: إن القولين يشيران إلى أن المراعى جانب البائع أو جانب المشتري؟ قال: ولم يقع التعرض لاستواء الحقين. يعني كما يقوله أبو إسحاق فيما إذا لم يكن على الآخر ضرر كما سيأتي. قال: ولا بد من هذا الوجه. ثم موجب استواء الحقين الفسخ، والله أعلم.

وقول المصنف: (جاز له أن يسقيه، وليس للآخر أن يمنعه، فإن منعه أجبر على تمكينه). وهذا مراد الروياني بقوله إذا كان السقي ينفعهما فأيهما طلب أجبر الْاخر عليه. لأنه لا فائدة من الانتفاع فيما ينفعه ولا يضره أي أجبر على التمكين منه. لا على أن يسقي، والله أعلم.

المسألة الثالثة: إذا احتاج أحدهما إلى السقي وكان على الآخر ضرر. وفيها صورتان، أحدهما: أن يكون السقي يضر بالنخل وينفع الثمرة. فأراد البائع السقي فوجهان. قال أبو إسحاق يقال للمشتري: اسمح للبائع بالسقي. فإن سمح فذاك. وإلّا قلنا للبائع: اسمح بترك السقي. فإن سمح فذاك وإن أبى فسخنا العقد بينهما، وقال ابن أبي هريرة: يجبر المشتري على ذلك وللبائع أن يسقي، والأجرة على البائع. وحكى الإمام وجهًا ثالثًا بمراعاة جانب المشتري لأن البائع ألزم تسليم الشجرة على كمالها. قال: وحقيقة الأوجه تؤول إلى أن من أصحابنا من يرعى جانب المشتري، ومنهم من يرعى جانب البائع. وأبو إسحاق لا يقدم أحد الحقين على الآخر.

الصورة الثانية: أن يكون السقي يضر بالثمرة وينفع الشجرة. فأراد المشتري السقي. قال أبو إسحاق: يقال للبائع، اسمح في أن يسقي المشتري، . فإن سمح

فذاك، وإلّا قلت للمشتري: اسمح في ترك البائع فإن سمح فذاك وإن أبى فسخنا البيع بينهما وقال ابن أبي هريرة: أجبر البائع على ذلك وأوجب الأجرة على المشتري، لأنه على أن لا يضر بغيره وفيه الوجه الثالث الذي حكاه الإمام ويكون بينًا لمراعاة جانب البائع، وفي كل من الصورتين لو اتفقا على السقي أو تركه جاز. قاله صاحب «البيان» وغيره، وقد يخص المصنف هاتين الصورتين فيما ذكره وتبين بهذا التفصيل أن قوله: وتجب الأجرة على من يسقي من كلام ابن أبي هريرة، وأما مراده بمن يسقي البائع في الصورة الأولى والمشتري في الصورة الثانية.

ويجوز أن يكون قوله: وتجب أجرة السقي على من يسقي كلامًا مبتدأ غير مختص بابن أبي هريرة، يعني حيث أوجبنا السقي فهو على من ينتفع به، لا كمن باع ثمرة بعد بدو الصلاح، فإنه يسقي، والمنفعة للمشتري، ويشمل ذلك ما إذا سقى البائع أو المشتري أو هما جميعًا فتجب الأجرة عليهما، كما صرح به الروياني وهو الظاهر، والذي يسقي في الصورتين هو المطالب الذي أجبرنا الممتنع لأجله، ومعنى الإجبار إجباره على تمكين الآخر من السقي، وقول المصنف: لأن منفعة السقي تحصل له تعليل ظاهر في الطرفين، وقد فهم ابن الرفعة من كلام الماوردي في هذه الصورة الثانية، وقوله: إن لصاحب الثمرة منعه، فإذا منعه كان لصاحب النخل فسخ البيع ففهم ابن الرفعة من ذلك قولًا آخر، قال: وبذلك يكمل أربعة أوجه.

ثالثها: إن تراضيا على أحد الأمرين فذاك، وإلّا فسخه الحاكم.

ورابعها: الأمر كذلك إلّا أن المتولي للفسخ البائع إن أراد، وقد بقي من هذه المسائل مسألة ذكرها الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهما، وتركها المصنف لوضوحها، ولا خلاف فيها، وهي إذا كان السقي يضر بالثمرة والنخل جميعًا كان لكل منهما منع الآخر لأنه يدخل الضرر على صاحبه بغير منفعة تعود إليه فهو سفه وتضييع، قاله الروياني، وهذا إنما يتصور في غير النخل.

أما النخل فينفعه السقي أبدًا، فلو قال صاحب الثمرة: أريد أن آخذ الماء الذي كنت أستحقه لسقي ثمرتي فأسقي به غيرها من الثمار أو الزروع لم يكن له ذلك، وهكذا لو أخذ ثمرته قبل وقت جذاذها لم يكن له أن يأخذ الماء الذي كان يستحقه إلى وقت الجذاذ، لأنه إنما يستحق من الماء ما فيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها، فقد كملت المسائل التي في أحوال السقي ستًا شمل كلام المصنف خمسًا، وترك واحدة، ومسائل ترك السقي سبعًا ذكر المصنف منها في آخر كلامه واحدة وترك ستًا، وكلها مندرجة في كلام الماوردي، والله أعلم.

فائدة: قال الشيخ أبو حامد وغيره: قالوا: هلا قلتم في هذه المسائل السقي

على المشتري صاحب الشجرة كمن باع ثمرة منفردة عن الأصل بعد بدو صلاحها وعطشت، حيث تجب أجرة السقي على صاحب الأصل، وفرق هو وغيره من الأصحاب بأنه في مسألة البيع بعد بدو الصلاح يجب عليه تسليم الثمرة كاملة، وذلك إنما يكون بالسقي وههنا الواجب على البائع تسليم النخل، وقد سلمها ولم يملك الثمرة من جهة المشتري، فكان بخلافه، قال ابن الرفعة: وحيث نقول بإجبار المشتري فلا خيار له، أي في حال انتفاع الثمرة بالسقي.

فرع: حيث جعلنا للبائع السقي، قال الشافعي والأصحاب: وإنما له أن يسقي القدر الذي فيه صلاحه، وليس له أن يسقي أكثر من المعهود بحيث يتضرر به صاحب النخل، فإنه كما يحصل الضرر بالعطش المفرط يحصل بالري المفرط، فإن اختلفا في ذلك فقال المشتري: في كل عشرة أيام سقية، وقال البائع: في كل خمسة أيام سقية، فالمرجع في ذلك إلى أهل الخبرة فما احتاج إليه أجبر الآخر عليه، ولو قال أهل الخبرة: إن الثمرة لا تفسد بترك السقي، بل تسلم الثمرة من غير سقي غير أنها لو سقيت لظهرت زيادة عظيمة، والشجر يتضرر بها، قال الإمام: فهذا فيه احتمال عندي، يجوز أن يقال: يمنع البائع، فإن الزيادات لا تنضبط، فالمرعى الاقتصاد. ويجوز أن يقال: أن يسقي لمكان الزيادة على مذهب من يراعى جانبه. وهذا بين أن محل الخلاف المتقدم عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة إذا كان السقي يضر أحدهما فعله ويضر الآخر تركه وفي هذه المسألة لم يتعارض ضرران، وإنما ضرر وزيادة نفع، والذي ينبغي ترجيح اجتناب الضرر ومنع البائع من السقي، والله أعلم.

وأطلق الرافعي احتمال الإمام متى كان السقي يضر بواحد، وتركه يمنع حصول زيادة للآخر، وذلك يشمل الصورة المذكورة وعكسها في كل منهما، هل يلحق ذلك بتقابل الضرر؟ فيه احتمالان، ولم أرهما في النهاية إلّا في الحالة الواحدة، وجعل الغزالي الاحتمالين المذكورين وجهين، والمراد أنه على أحد الاحتمالين يأتي الخلاف السابق بين أبي إسحاق وابن أبي هريرة، وعلى الاحتمال الآخر يتعين السقي، والله أعلم.

فرع: القولان اللذان أطلقهما المصنف، هل محلهما فيما إذا كان السقي متعذرًا أو مطلقًا؟ كلام الغزالي والإمام يقتضي الأول وجزم في حالة الإمكان بوجوب السقي أو القطع على البائع، وكلام الشافعي يقتضي الثاني، لكنه في حالة انقطاع الماء المعد لذلك وإمكان غيره، ورأي ابن الرفعة كذلك تنزيل القولين على حالة إمكان السقي من غير الماء المعتاد، وتنزيل الجزم بوجوب أحد الأمرين على

ما إذا كان السقي ممكنًا بالماء المعد لذلك. واستنبطه من كلام الشافعي، وقوله: أخذ صاحبه بقطعه إلّا أن يسقيه متطوعًا، أخذ من ذلك أن الواجب عند إمكان السقي القطع عينًا، وله أن يسقطه بالسقي إلّا أن الواجب أحد الأمرين، كما يقول ذلك في المولى، فإن لم يمكن السقي بحالة من الأحوال تعين وجوب القطع، لأنه لا مسقط له، ولا جرم كان هو الأصح عند الكرخي وغيره. وقال النووي: إن هذين القولين فيما إذا كان للبائع نفع في ترك الثمرة، فإن لم يكن وجب القطع قولًا واحدًا، كذا قاله الإمام وصاحب «التهذيب».

فرع: ظاهر كلام الأصحاب أنه يجب السقي بالماء الذي جرت العادة أن يسقى منه تلك الأشجار. ولو كان ملك المشتري بأن كان من بئر دخلت في العقد، وقلنا بأنه يملك ماءها كما هو المذهب، ولما كان استحقاق البائع لذلك من جهة الشرع اغتفر، بخلاف ما لو شرط لنفسه انتفاعًا بملك المشتري حيث يفسد العقد، قال ابن الرفعة: لكن هذا يقتضي عدم استحقاق السقي إذا كانت الثمرة غير مؤبرة وشرطها البائع لنفسه فليتأمل.

قلت: لا يقتضي ذلك فإن شرطه الثمرة غير المؤبرة لنفسه يصيرها بمنزلة الثمرة المؤبرة، وحينئذٍ يكون وجوب السقي بالشرع وجوب الإبقاء، وليس ذلك، كما إذا شرط الانتفاع بملك المشتري ومن كون السقي واجبًا من الماء المعتاد وإن كان ملك المشتري يستفاد معنى قول المصنف تجب أجرة السقي على من يسقي، ولم يقل: تجب مؤنة السقي، لأن الماء من جملة المؤنة، وهو على المشتري وفي الصورة المذكورة وإنما يجب على من يسقي بها الأجرة في نقله، وما أشبهه، نعم تجب عليه أيضًا الآلات التي يستقي بها المشتري إنما يلزم التمكين من الماء خاصة، والله أعلم.

فرع: أما الأرجح من هذه الأوجه صحح الرافعي قول الفسخ كما هو قول أبي إسحاق. وصحح الغزالي في «الوسيط» مراعاة جانب المشتري والذي يقتضيه إطلاق نص الشافعي يشهد لما قاله ابن أبي هريرة فإنه قال: وإذا كان لا يصلحها إلّا السقي فعلى المشتري تخلية البائع. وما يكفي من السقي فهذا في هذه الصورة موافق لابن أبي هريرة في إجبار المشتري، فيحتمل أن يكون في عكسها يجبر البائع كما يقول ابن أبي هريرة وهو الأقرب. ويحتمل أن يكون يقوله بمراعاة جانب البائع مطلقًا. وقال ابن الرفعة: إن ظاهر النص على ما صححه في «الوجيز».

قال المصنف رحمه الله تعالى: لا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع. لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الثمار

حتى يبدو صلاحها» وروى ابن عمر ﷺ أيضًا أن النبي ﷺ «نهى عن بيع ثمرة النخل حتى تزهي والسنبل والزرع حتى يبيض ويأمن العاهة» ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة. ولهذا لو اشترى بالليل متاعًا لم يكلف نقله حتى يصبح. والعادة في الثمار تركها إلى أوان الجذاذ، فإن باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف، وذلك غرر من غير حاجة، فلم يجز، وإن باعها بشرط القطع جاز، لأنه يأخذ قبل أن يتلف فيأمن من الغرر، وإن باع الثمرة مع الأصل والزرع مع الأرض قبل بدو الصلاح جاز، لأن حكم الغرر يسقط مع الأصل، كالغرر في الحمل يسقط حكمه إذا بيع مع الأصل وإن باع الثمرة ممن يملك الأصل أو الزرع ممن يملك الأرض ففيه وجهان، أحدهما: يصح، لأنه يحصل لمالك الأصل، فجاز كما لو باعها مع الشجرة والأرض والثاني: لا يصح، لأنه أفرده بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع، فأشبه إذا باعها من غير مالك الأصل.

الشرح: حديث ابن عمر ﷺ الأول[١] رواه بلفظه المذكور البخاري ومسلم، ولفظ مسلم: الثمرة، وفي «الصحيحين» أيضًا من رواية ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها»[٢] زاد مسلم: «وتذهب عنه الآفة»، وأما حديث ابن عمر الثاني فرواه مسلم، ولفظه: «عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، نهى البائع والمشتري»[٣] وفي رواية الشافعي في حديث ابن عمر قال الراوي: «فقلت لعبد الله: متى ذلك؟ قال: طلوع الثريا» وقد وردت أحاديث في «الصحيحين» وفي غيرهما في المنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح منها: حديث ابن عمر المذكور ومنها: عن أنس أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو»، قال الراوي: «فقلنا لأنس: ما زهوها؟ قال: تحمر وتصفر، قال: «أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه؟»[٤] رواه البخاري ومسلم.

وقد كثر الزهو في الحديث يقال: زها النخل يزهو، قال الخطابي: هكذا روي

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٩٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٣٤) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٦٧) والنسائي في سننه (٧/ ٢٦٢) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢١٤) وأحمد في المسند (٢/ ٧).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٩٩) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٣٤).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٣٥) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٦٨) والترمذي في سننه برقم (١٢٢٦) والنسائي في سننه (٧/ ٢٧٠) وأحمد في المسند (٢/ ٥).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٩٨) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٥٥) والنسائي في سننه (٧/ ٢٦٤).

في الحديث يزهو، والصواب في العربية يزهى وقال غيره: وليس هذا القول منه عند كل أحد، فإن اللغتين قد جاءا عند بعضهم، ومنهم من قال: زها النخل إذا طال واكتهل، وهذا القول مخالف لما جاء في الحديث من تفسير أنس العارف بالعربية، ولمعنى الحديث، وقد ورد في بعض روايات الشافعي لهذا الحديث: «قيل: يا رسول الله.. وما تزهى، قال: حتى تحمر»[١] والزهو ـ بفتح الزاي ـ وذكر ابن معين أن أهل الحجاز يضمون الزاي وهو غريب، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها، ولا تتبايعوا الثمر بالثمر»[٢] رواه مسلم، وقوله: يبدو أي يظهر، يقال: بدا يبدو مثل دعا يدعو، فأما بدأ يبدأ ـ بالهمز ـ فمن الابتداء وعن جابر أن رسول الله ﷺ: «نهى أن تباع الثمرة حتى يشقح، قيل: وما يشقح؟ قال: تحمار وتصفار ويؤكل منها»[٣] رواه البخاري ومسلم رحمهما الله تعالى، وقوله يشقح ـ بضم الياء المثناة من تحت وإسكان الشين المعجمة وبعد القاف حاء مهملة ـ ويروى ـ بفتح الشين وتشديد القاف ـ يقال: أشقح وشقح، وروي يشقه بإبدال الحاء هاء، وقد فسره في الحديث قال: والإشقاه أن يحمر أو يصفر، وفي رواية النسائي في هذا الحديث: حتى يطعم، وفي رواية لمسلم: حتى يطيب[٤]، وعن ابن عباس قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل. وحتى يوزن، قال: فقلت: ما يوزن؟ فقال: رجل عنده: حتى يحرز»[٥] رواه البخاري ومسلم.

وعن أنس «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد»[٦] رواه أبو داود والترمذي. والحب الطعام، واشتداده قوته وصلابته.

فهذه أحاديث من رواية خمسة من الصحابة تمنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح. وعن عمرة عن رسول الله ﷺ مرسلًا أنه «نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة»[٧] رواه مالك في «الموطأ»، وألفاظ هذه الأحاديث مختلفة، ومعانيها متفقة. قال العلماء: إما أن يكون النبي ﷺ قالها في أوقات مختلفة ونقل كل واحد من

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده (٢/ ٣٠٧).
(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٣٨).
(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٩٦) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٣٦).
(٤) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٣٦).
(٥) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٢٤٦) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٣٧).
(٦) تقدم.
(٧) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٤٨١).

الرواة ما سمع وإما أن يكون قال لفظًا في وقت ونقله الرواة بالمعنى، وعن زيد بن ثابت قال: «كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون الثمار، فإذا جذ الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع: إنه أصاب الثمر الذمان أصابه مراض أصابه قشام ـ عاهات يحتجون بها ـ فقال رسول الله ﷺ لما كثرت عنده الخصومة في ذلك: «أما لا فلا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمرة» كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم»[(١)] رواه البخاري. الذمان ـ بفتح الذال وتخفيف الميم ـ عفن يصيب النخل فينشق أول ما يبدو من عفن وسواد، والمراض ـ بضم الميم ـ داء يقع في الثمرة فتهلك، والقشام ـ بضم القاف والشين المعجمة ـ أن ينتقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحًا.

وقوله: أما لا، أي إن لم تفعلوا هذا، فليكن هذا، وأصلها أن الشرطية زيدت عليها ما وأدغمت فيها، وأدخلت على لا النافية، وقد يقال: إن حديث زيد هذا يدل على أن النهي في الأحاديث المتقدمة ليس على سبيل التحريم، لقوله ﷺ: «أما لا»، ولقول الراوي: كالمشورة لهم، فإن ذلك يدل على أنه ليس بمتحتم، والتمسك على ذلك بقول الراوي كالمشورة ليس بالقوي، فإن كل أوامره ﷺ ونواهيه لمصالحهم الأخروية والدنيوية، وأما التمسك بقوله: أما لا، فلأنه يقضي أن النهي معلق على شرط وهو الذي نقدره والذي يليق بهذا الموضع أن يكون التقدير أن لا تراجعوا عن الخصومة أو ما في معنى ذلك، فذلك وإن كانت صورته صورة التعليق فليس المراد منه التعليق، فإن رجوعهم عن الخصومة في المستقبل في حق كل أحد لا يعلم ولا يمكن أن يبقى الحكم موقوفًا على ذلك، فالمراد ـ والله أعلم ـ أنشأ النهي لأجل ذلك، وكأنه استعمل بمعنى إذ التي تستعمل للتعليل ومما يرشد إلى أن النهي حتم قوله: نهى البائع والمشتري، فإنه تأكيد للمنع وإن كان لمصلحة المشتري.

وقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث، وقال أبو الفتح القشيري: أكثر الأمة على أن هذا النهي نهي تحريم، وقوله في حديث أنس: «أرأيت إن منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه؟»[(٢)] وقد رود في بعض الروايات الصحيحة بيان أنه من كلامه ﷺ وذلك من طريق مالك رحمه الله والدراوردي، وخالفهما سفيان الثوري وإسماعيل بن جعفر عن حميد، فجعلاه من كلام أنس، وإتقان مالك رحمه الله وضبطه مع كونه لا تنافي بينه وبين ما رواه سفيان يقتضي الحكم بكون ذلك من كلام النبي ﷺ ويكون أنس قاله من كلامه لم يأت فيه

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٩٣) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٧٢).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٩٨) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٥٥) والنسائي في سننه (٧/ ٢٦٤) وأحمد في المسند (٣/ ١١٥).

بالرفع، وأن عنده عن النبي ﷺ فروى عنه كذلك على الوجهين، ويثبت كونه عن النبي ﷺ وقد زعم بعض شارحي «التنبيه» أن الشافعي رحمه الله انفرد عن جمهور المحدثين برفعه وليس كذلك، فقد رواه جماعة عن مالك غير الشافعي ورواه مع مالك عن حميد الدراوردي كما رأيت، والله أعلم.

أما الأحكام: فقد قسم الشافعي والأصحاب بيع الثمرة إلى قسمين:

القسم الأول: أن يبيعها قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين، الأول: أن تباع مفردة عن الأشجار وذلك على قسمين الأول: أن تكون الأشجار للبائع أو لغير المتعاقدين، فبيع الثمرة حينئذ على ثلاثة أقسام، وهذا التقسيم أحسن، وإن شئت تقول ـ وهو أقرب إلى كلام المصنف: أن بيع الثمرة على قسمين، الأول: أن يبيعها قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين، الأول: أن تباع من غير مالك الأصل، وذلك على قسمين الأول: أن تكون مفردة عن الأشجار وذلك على ثلاثة أقسام الأول: أن يبيعها بشرط التبقية فبيعها باطل بلا خلاف للأحاديث السابقة.

الثاني: أن يبيعها بشرط القطع فالبيع صحيح بلا خلاف لأنه بالقطع يزول المحذور من الآفة والعاهة، وممن صرح بالإجماع في المسألتين الشيخ أبو حامد والرافعي وغيرهما، ونقل ابن حزم في كتابه «المحلى» عن سفيان الثوري وابن أبي ليلى منع بيع الثمرة قبل بدو صلاحها جملة، لا بشرط القطع ولا بغيره، والشافعي رحمه الله أخذ جواز بيعها بشرط القطع من قوله ﷺ: «أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»؟ كذلك قال في «الأم» فإن الثمرة التي تقطع لآفة تأتي عليها فإنما يمتنع ما يترك مدة تكون فيها الآفة، وليس ذلك من باب تخصيص العموم بعلة مستنبطة منه، فإن ذلك فيه خلاف. وأما هذه العلة فمنصوصة.

ولا شك أن استفادة التعليل من هذا الكلام ظاهرة، وهو من أقوى درجات الإيماء الذي هو أحد أدلة العلة، ولعل سفيان الثوري رحمه الله إنما منع من ذلك لأن في روايته أن التعليل المذكور من كلام أنس كما قدمته، فلعله لذلك لم يأخذ به، لكن في الحديث ألفاظ أخر تدل على ذلك منها: قوله: حتى تنجو من العاهة، ومنها: قوله: حتى يبدو صلاحها، يعني أنها بعد الصلاح تأمن من العاهات والجوائح غالبًا لكبرها، وغلظ نواها، وقبل الصلاح تسرع إليها العاهات لضعفها، فإذا تلفت لم يبق شيء في مقابلة الثمن، وكان ذلك من أكل المال بالباطل، فإذا شرط القطع عرف أن غرضه هو الحصرم وهو حاصل، وقيل: معنى آخر ضعيف نقله الإمام وهو أنها قبل بدو الصلاح..... أجزائها ـ كبرًا ظاهرًا ـ من أجزاء الشجرة، وقد اتفق على القول بالجواز الشافعية والمالكية والحنفية.

فرع: إذا باع بشرط القطع وجب الوفاء به فلو سمح البائع بعد شرط القطع على المشتري بترك الثمرة إلى بدو الصلاح جاز، ولو طالبه بالقطع لزمه ذلك، نص عليه الشافعي والصيمري والماوردي والرافعي، قال الرافعي: ويكون بدو الصلاح ككبر العبد الصغير. وعن أحمد أنه يبطل البيع وتعود الثمرة إلى البائع، وقد يقوي ذلك بأن الغرر إنما ينتفي بأخذها، ولذلك قال المصنف رحمه الله: لأنه يأخذه قبل أن يتلف، فمتى لم يؤخذ ـ وإن كان بتراضيهما ـ فالغرر باق، ألا ترى أنه لو تراضيا على عدم شرط القطع لم يصح؟

وطريق الانفصال عن هذا السؤال أن المحذور آفة تمنع من التسليم المستحق بالعقد، وهو في هذه الصورة مأمون، فإن التسليم المستحق فيها التسليم عقيب العقد، فإذا تراضيا على إبقائها وحصلت آفة بعد ذلك لم تكن مانعة من التسليم المستحق، بخلاف ما إذا أطلق أو شرط التبقية، فإن التسليم المستحق بالعقد هو وقت الجذاذ، فالآفة قبله مانعة منه، وممن روي عنه من المتقدمين ما يشبه قولنا يحيى بن أبي كثير اليمامي التابعي، صح عنه أنه قال: لا بأس ببيع الشعير للعلف قبل أن يبدو صلاحه إذا كان يحصده من مكانه، فإن غفل عنه حتى يصير طعامًا فلا بأس به.

فرع: قال في «التتمة» إنما يجوز البيع بشرط القطع إذا كان المقطوع منتفعًا به، كالحصرم واللوز والبلح والمشمش، فأما ما لا منفعة فيه كالجوز والسفرجل والكمثرى، فلا يجوز بيعه بشرط القطع أيضًا، وكذلك قال في «البحر»، والرافعي فرع إذا باع بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى مضت مدة فإن كان قد طالبه البائع بالقطع فلم يقطع، وجبت الأجرة، وإلا فلا، قاله الخوارزمي.

فرع: التسليم في ذلك هل يكون بالتخلية كما هو تسليم الثمار؟ فتكون مؤنة القطع على المشتري؟ أو لا يكون إلا بالنقل والتحويل فتكون مؤنة القطع على البائع؟ الذي يظهر من كلامهم الثاني، ويظهر أثره فيما لو تلفت قبل قطعها هل يجري فيها خلاف وضع الجوائح؟ وسنذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

القسم الثالث: أن يبيعها مطلقًا لا بشرط القطع ولا بشرط التبقية، فمذهبنا أن البيع باطل للأحاديث، وبه قال مالك وأحمد وإسحاق وداود، وقال أبو حنيفة رحمه الله: البيع جائز صحيح، ويؤخذ المشتري بقطعها في الحال بناء على أصله في أن الإطلاق يقتضي القطع، لأن من حقوق العقد التسليم من غير تأخير والتسليم لا يتم إلا بالقطع، وعندنا الإطلاق يقتضي التبقية، فنحن نخالفه في المسألة وفي الأصل الذي بنى عليه، ولهذا قال: لا يصح البيع بشرط التبقية لا بعد الصلاح ولا قبله،

وبشرط القطع يصح فيهما، والإطلاق كشرط القطع، ونحن نقول بشرط القطع يصح في الحالين، وبشرط التبقية يصح بعده، ولا يصح [قبله] والإطلاق كشرط التبقية.

واستدلوا بأن حمل العقد على الصحة أولى فينبغي أن تنزيله على القطع ليصح، وبالقياس على ما بدا صلاحها، وعلى ما شرط قطعها، وعلى رهنها، وأجاب أصحابنا بأن النهي ورد مطلقًا فلا يكون تنزيله على شرط التبقية لإطلاقه، ولا على شرط القطع للإجماع بيننا وبين الخصم، فتعين أن يحمل على البيع المطلق، وأيضًا أن النهي توجه إلى المعهود من البياعات، والمعهود من البيع إطلاق العقد دون تقييده بالشرط، فصار النهي بالعرف متوجهًا إلى المطلق دون المقيد، ولأن العرف في الثمار أن تؤخذ وقت الجذاذ فصار المطلق كالمشروط التبقية، والتسليم الواجب في العقد في كل شيء بحسبه، وليس التسليم بالقطع والتحويل، وإنما هو برفع اليد والتمكين.

وأما إطلاق العقد وحمله على الصحة فغير مسلم، بل يحمل على ما يقتضيه الإطلاق ثم يعتبر حكمه في الصحة والفساد، وقد يتقيد المطلق إذا كان هناك عرف يقيده لم يؤثر القيد إما في التصحيح وإما في الإفساد، وليس ذلك سعيًا في التصحيح ولا في الإفساد بل هو واقع من ضرورة القيد.

وأما القياس على ما بدا صلاحها، فلا يصح لوجهين، أحدهما: أنه يدفع النص، والثاني: أن ما بدا صلاحه يخامر العاهة، والقياس على المشروط القطع مردود بتقدير أن المطلق يقتضي التبقية والقياس على الرهن، فجوابه أن لنا في رهنها قبل بدو الصلاح قولين، فإن جوزنا فلأن الرهن والهبة والوصية لا ضرر في عقدها قبل بدو الصلاح، لأنه لا عوض في مقابلتها بخلاف البيع، فإنها إذا تلفت ضاع الثمن، ثم اعترضوا بما قدمته من رواية زيد بن ثابت، وقوله: إن النهي كان كالمشورة، وقد تقدم الكلام فيه، وأجاب أصحابنا أيضًا عنه بوجهين:

أحدهما: أن تأويل الراوي مرجوع إليه إذا احتمل الخبر أمرين، والمراد أحدهما بالإجماع، كتفسير التفرق في خيار المتبايعين، وكقوله إلا ها وها تفسير عمر له، أما في تخصيص العموم ومخالفة الظاهر فلا.

والثاني: أن ظاهر رواية زيد وقوله: أنه حضر تقاضيهم أنه كان قد وقع على شرط التبقية، ولا يقال وقت التقاضي بعد مدة إلا إذا كان مشروطًا، وهذا الظاهر مشروط بالإجماع لأنه متى شرط التبقية بطل، ثم لا وجه لتمسك الحنفية به لأنهم يمنعون شرط التبقية بعد بدو الصلاح. كما يمنعونه قبله، والحديث المذكور يقتضي الفرق بين الحالتين، وحمل الغزالي في «التحصين» المشورة في ذلك على تعرف

أحوال الثمرة ونجاتها من العاهة، وأن ذلك لا يحصل إلا بالزهو فلما عرف العلة بالمشورة أثبت حكم الشرع بناء على العلة كما قال للسائل: «أينقص الرطب إذا جف؟»[١] ودليله أنه لما ذكر حالة الاحتياج قال: «فبم يأخذ أحدكم مال أخيه؟»[٢] فهذا يدل على تحريم أخذ المال مع توقع الهلاك عن قرب.

قلت: وقد قدمت ما يرجح تأويله غير ذلك، وقد صح عن زيد بن ثابت أنه لم يكن يبيع ثمار أمواله حتى تطلع الثريا، فيتبين الأحمر من الأصفر، وروي عن ابن عمر وابن عباس ﷺ أنه لا يباع حتى يؤكل من الثمر، قال الشيخ أبو حامد: ولا مخالف لهما من الصحابة، والله أعلم.

فرع: قد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على شرط التبقية لأنها المعتاد، فلو كان في البلاد شديدة البرد كرم لا تنتهي ثمارها إلى الحلاوة، واعتاد أهلها قطع الحصرم، ففي بيعها وجهان عن الشيخ أبي محمد أنه يصح من غير شرط القطع، تنزيلًا لعاداتهم الخاصة منزلة العادات العامة، فيكون المعهود كالمشروط، وامتنع الأكثرون من ذلك، ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة، وهذا الخلاف يجري فيما إذا جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالمرهون، والقفال يرى إطراد العادة فيه كشرط عقد في عقد فيفسد الرهن، وأشار إمام الحرمين إلى تخريج ذلك على مهر السر والعلانية، وأن هذا أقرب من تلك المسألة، لأن إعمال التواطؤ في تلك المسألة إلغاء صريح اللغة الثابتة، فقد لا يحتمل، ومن نظائر ذلك ما جرت عادة شخص بأن يرد أجود مما استقرض، فالمذهب جواز إقراضه، وفيه وجه، وهذه مسائل كلها متقاربة المأخذ، والمخالف في بعضها لعله يخالف في الباقي، ولكني اتبعت في نقل مسألة الحصرم ـ عن الشيخ أبي محمد، ومسألة الرهن عن القفال ـ ما في «النهاية».

والرافعي نقل مسألة الحصرم عن القفال، فإما لنسبة هذه القاعدة إليه، وإما لنقل خاص عنده، وفي «الوسيط» نسبه إلى المنع في المسألتين إلى القفال، ونسبه ابن أبي الدم إلى الخلل والتهافت أما الخلل فلما ذكرته وأما التهافت ففي قوله: المنع وتأويله أنه خالف من أبطل في مسألة الحصرم، وخالف من صحح في مسألة الرهن، قال ابن الرفعة: كلام الشيخ أبي محمد مباين لكلام القفال لأن القفال اعتبر العادة وحدها، والشيخ أبو محمد اعتبر العادة مع كون ذلك لا ينتهي إلى الحلاوة،

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

فقد يحتمل ذلك حالة كماله حتى لو جرت عادة بقطع العنب الذي يجيء منه عنب حصرم، صح العقد عليه عند القفال بدون شرط القطع، ومن ذلك يخرج في مسألة الحصرم ثلاثة أوجه.

وهذا الذي قاله ابن الرفعة محتمل، ولكن ظاهر كلام الناقلين عن الشيخ أبي محمد أنه إنما اعتبر العادة، وإنما فرضنا في ذلك لأنه الذي يعتاد قطعه حصرمًا، إما أن ذلك معتبر عنده في الحكم فيحتاج إلى نقل، ومنهم من حمل قول الغزالي ومنع القفال في المسألتين على منع الصحة في مسألة الرهن، ومنع وجوب التبقية في الحصرم وحمل الحصرم على ما بدا صلاحه لقول الجوهري أن الحصرم أول العنب، والمراد أنه لا تجب تبقيته إلى أوان الجذاذ كما يقتضيه إطلاق غيره من الأصحاب، وهذا حمل حسن أيضًا لكن الأقرب أن الحصرم لم يبد صلاحه، وقول الجوهري معناه أول الثمرة التي نهايتها عنب.

واعلم أن ههنا أمورًا أربعة يجب التمييز بينهما، أحدها: العرف، والثاني: العادة، وينقسم كل منهما إلى عام وخاص، والعرف غير العادة، فإن المراد بالعرف ما يكون سببًا لتبادر الذهن من لفظ إلى معنى من اللفظ، كما تقول: الدابة حقيقة عرفية عامة في ذوات الأربع. والجوهر حقيقة عرفية خاصة في المعنى المصطلح عليه بين المتكلمين، والمراد من العادة ما هو مألوف من الأفعال وما أشبهها فهذان قسمان متغايران، العادة والعرف، وقد تجعل العادة أعم وتقسم إلى عادة قولية وهي ما سميناه بالعرف، وعادة فعلية وهي مقابله. وقد يطلق العرف على الجميع، والأمران الآخران أحدهما: الألفاظ التي تطلق في العقود، وفي تقييد مطلقها، وتفسير مجملها، والثاني: ما ينزل عليه العقد من الأمور التي تجعل كأنها شرطت في العقد.

وهذان أمران مغايران أيضًا، فإن الأول يرجع إلى تنزيل لفظ مطلق جرى في العقد على معنى، كحمل الدرهم على الدرهم المتعارف في البلد، وحمل المسلم فيه على السليم، لأنه المتبادر إلى الذهن عند الإطلاق دون المعيب، والثاني يرجع إلى تقدير شرط مضمون إلى العقد كمسألتنا هذه، فاعتبار العرف العام لا شك فيه في تقييد اللفظ المطلق كما لو قال: اشتر لي دابة، لم يشتر إلا ذوات الأربع، والعرف الخاص كالاصطلاح على تسمية الألف ألفين في مهر السر ومهر العلانية.

وإما: العوائد الفعلية فإن كانت خاصة فلا اعتبار بها، وإن عمت وأطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها، وذكروا لها أمثلة:

منها: تنزيل الدراهم المرسلة في العقود على النقد الغالب، وهذا إن قدمته في

قسم العرف فإن هذه العادة أوجب إطرادها فهم أهل العرف ذلك النقد من اللفظ، فالرجوع في ذلك إلى ما يفهمه أهل العرف من اللفظ إلى العادة، ومنها: أنا لا نخرج المتكارس إلى ذكر المنازل، وتفصيل كيفية الأجزاء وهذا مثال صحيح، وهي من قسم ما يرجع إلى تقدير شرط مضموم إلى العقد، وكثير من أحوال العقود يحمل على ذلك كالتسليم والقطع، والتبقية، كبقية أجزاء البهيمة المكراة، والمقدار الذي يطوى في كل يوم، ووجوب تسليم الإكاف والثفر واللجام وجميع الأدوات عند استئجار الدابة.

وضابطه كل ما غلب على وجه يسبق مقتضاه من اللفظ إلى الفهم، سبق المنطوق به على وجه يعد التعرض له مستقصيًا، مشتغلًا بما لا حاجة إلى ذكره، وكثيرًا ما يسمي الفقهاء ذلك عرفًا لعمومه، ولأن فهم هذه الأشياء صار في العرف لمفهوم اللفظ، فالتحق بالعادة القولية، قال الإمام: وكل ما يتضح فيه إطراد العادة فهو الحكم، ومضمره كالمذكور صريحًا، وكل ما يتعارض للظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه، فهو مثار الخلاف، يعني ما تتعارض الظنون في اطراده، وأما ما لا يطرد جزمًا فلا يعتبر، وقد أطلق الأصوليون أن العادة الفعلية لا تعتبر، فلا تخصص عامًا، ولا تقيد مطلقًا كما إذا حلف لا يأكل خبزًا، ولا يلبس ثوبًا، فيحنث بأكل خبز الشعير ولبس الكتان، وإن كانت عادته أن لا يأكل إلا القمح ولا يلبس إلا الحرير. والسبب في ذلك أن العرف القولي ناسخ للغة وناقل للفظ، والفعل لا ينقل ولا ينسخ ولا معارضة بينه وبين اللغة، وإطلاقهم في ذلك صحيح وما قدمناه غير معارض له، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ثم أشار الإمام أيضًا إلى تخريج مسألة قطع العنب حصرمًا على خلاف الأصحاب في أن الشيء النادر إذا أطرد، كدم البراغيث في بعض الأصقاع، هل يعطى حكم العام فيعفى عنه، وقطف العنب حصرمًا في غاية الندور، فإن فرض إطراد عادة بقعة به فهو على ذلك الندور.

فرع: لو باع ثمرة لم يبد صلاحها على شجرة مقلوعة. قال الروياني: لا نص فيه، قال: وقد قال أصحابنا يجوز بيعها مطلقًا من دون شرط القطع لأنها لا تنمو ولا تأخذ من أجزاء الشجرة لو بقيت عليها بخلاف غيرها.

قلت: وهذا يشير إلى المعنى الذي نقله الإمام واستضعفناه فيما تقدم، ولكن ينبغي أن يقال: لأنه لا يخشى عليها العاهة التي ورد النهي لأجلها، فإن هذه لا يجب تبقيتها على الشجرة فيما يظهر لي، وإذا كان كذلك فيجب قطعها في الحال، والله أعلم. وممن نص على الصحة في ذلك أيضًا الخوارزمي وعلله بأن العقد يحمل

على العادة، والعادة فيه القطع، وكذلك صاحب «التتمة» والنووي في «الروضة»، فهذا ما يتعلق بالقسم الأول، وهو ما إذا بيعت الثمار مفردة عن الأشجار من غير مالك الأشجار.

فرع: إذا اشتراها قبل بدو الصلاح بشرط التبقية، وقطع منها شيئًا، قال الشافعي فيما نقله أحمد بن بشرى من نصوصه: إن كان له مثل رده، ولا أعلم مثلا، فإذا لم يكن فقيمته، قلت: ومن هنا أسندت فائدة عظيمة أن المبيع بالبيع الفاسد إذا كان مثليًا يضمن بالمثل كما هو القياس، وإن كان بعضهم قال: إنه يضمن بالقيمة. وإطلاق صاحب «التنبيه» يقتضيه. فبهذا النص استفدنا أنه يضمن بالمثل، والله أعلم.

فرع: إذا اشترى ذلك بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى بدا الصلاح فإن كانت الثمرة لا زكاة فيها فللبائع الإجبار على القطع، كما كان قبل ذلك، وإن كانت الزكاة تجب فيها فهل له ذلك؟ أو لا يجاب إلى ذلك؟ بل ينفسخ العقد؟ فيه قولان، وقيل: بمجرد بدو الصلاح تعلقت الزكاة بها، وبطل البيع رواه القفال عن الشافعي لتعذر التسليم، كما لو اشترى حنطة فانهالت عليها حنطة أخرى قال ابن الرفعة: وهذا فيه نظر، لأن المستحق بعض المبيع وهو على الإشاعة، فليكن البطلان، إن قيل به في قدر الزكاة كما إذا استحق بعض المبيع قال: وجوابه أن ما فضل عن قدر الزكاة يجب قطعه لو بقي العقد فيه وهو لا يمكن، فلذلك تعذر تسليمه، وكذلك يمنع من بيع بعض الثمار مشاعًا قبل بدو الصلاح، بناء على منع القسمة لأن الشركة تمنع من صحة شرط القطع لما في ذلك من تغيير عين المبيع.

القسم الثاني: بحسب ما اقتضاه كلام المصنف إذا بيعت الثمار مع الأشجار من غير شرط القطع، فإنه يصح، وقد نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ على هذه المسألة، نقلها القاضي أبو الطيب عن نصه في «الرسالة» وقد رأيتها في «الأم» أيضًا في باب ثمرة الحائط يباع أصله، قال: فإن قال قائل: فكيف أجزتم بيع الثمرة لم يبد صلاحها مع الحائط، وجعلتم لها حصة من الثمن ولم تجيزوها على الانفراد؟ قيل: بما وصفنا من السنة، وأراد الشافعي بالسنة الحديث المذكور، وهو قوله ﷺ: «إلا أن يشترط المبتاع» وذكر الشافعي في «الأم» في هذا الموضع جواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأفنيتها وذلك غير معلوم، لأنه في معنى الثمرة التي لم يبد صلاحها تتبع في البيع ولو بيع شيء من هذا على الانفراد لم يجز، وكذلك العبد يباع بجملة جوارحه، ولو أفرد بعضها لم يجز فوافق في هذا وخالف في أنه لا يجوز إفراد بعض جوارحه مع القطع أيضًا.

قال القاضي أبو الطيب: ولو كان القطع يعني في الثمرة إذا بيعت مع الأصل شرطًا لقال ـ يعني في الحديث: إلا أن يشترط المبتاع القطع، وفيه معنى وهو أنها متصلة بالأصل فعفى عن الغرر فيها كأساسات الدار، وأصول الجذوع، وطي الآبار، وغير ذلك، وأيضًا فإنه إجماع لا خلاف فيه، هذا كلام القاضي أبي الطيب، وأما ما ذكره من المعنى فهو الذي ذكره المصنف وذكره غيره من الأصحاب أيضًا، ومرادهم أن الأصل غير متعرض للعاهة، والثمرة تابعة، لكن المصنف عدل عن الأمثلة المذكورة إلى الحمل، وكأنه لحظ في ذلك أن تلك الأشياء أجزاء من المبيع حقيقة والثمرة والحمل كل منهما ليس بجزء حقيقي فكان قياسها عليه أولى.

ولك أن تقول: أما قياسها على الحمل فإن كان المراد ما إذا بيعت الأم ودخل الحمل تبعًا فالفرق ظاهر، وإن كان المراد ما إذا صرح بدخوله حتى يكون كمسألتنا هنا فقد قال الأصحاب: أنه إذا قال: بعتك هذه الدابة وحملها، ففي صحة العقد وجهان، أصحهما: عند الرافعي وبه قال ابن الحداد والشيخ أبو علي: إنه لا يصح، والثاني: وبه قال أبو زيد، وهو مقتضى كلام القاضي أبي الطيب الصحة، ومقتضى كلام القاضي أبي الطيب في «شرح الفروع» أن قول الصحة مفرع على أن للحمل قسطًا من الثمن، والقول الآخر على أنه ليس له قسط.

وأما قياسها على الأساس فإن كان كلام الأصحاب ـ وإن كان يقتضي الصحة في بيع الدار وأساسها ـ لكنهم أجروا خلافًا في بيع الجبة وحشوها، فطريقة قاطعة بالصحة لأنه جزء بخلاف الحمل. وطريقة مجرية للخلاف. فهلا جرى في الثمرة مثل هاتين الطريقين؟ فإن قلت: مأخذ البطلان عند من يقول بها في بيع الدابة وحملها، والجبة وحشوها. أنه جعل المجهول مبيعًا مع المعلوم. وكل واحد من الحمل والحشو يمتنع إفراده بالبيع. والثمرة بعد التأبير وقبل بدو الصلاح يصح بيعها. ولكن بشرط القطع. ولا يلزم من إيجاب هذا الشرط عندما تباع وحدها إيجابه إذا بيعت مع غيرها، ولا من القول بالبطلان في مسألة الحمل والجبة، القول به هنا.

قلت: يرد ذلك قول الشافعي رحمه الله الذي قدمته قريبًا بجواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأفنيتها، وذلك غير معلوم. لأنه في معنى الثمرة التي لم يبد صلاحها تتبع في البيع. فهذا النص يقتضي الصحة في الجميع. وأنه إذا قال: بعتك الدابة وحملها يصح. وهو رأي أبي زيد. وأيضًا فإن الثمرة قبل بدو الصلاح إذا امتنع البيع فيها مطلقًا وهي منفردة صارت غير قابلة للبيع على هذه الصورة. وما لا يجوز بيعه وحده لا يجوز بيعه مقصودًا مع غيره كالحمل. وكيفما قدر لا يصح قياس الصحة

في مسألة الثمرة على الحمل إلا عند من يقول بالصحة فيما إذا قال: بعتك الدابة وحملها والمشهور: خلافه فكيف ساغ للمصنف القياس عليه؟

وممن وافق المصنف على القياس على الحمل الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ. والإشكال عليه أشد. فإنه صرح بأن بيع الأم وحملها لا يصح على الأصح، وأما المصنف فلعله يرى الصحة. فإن القاضي أبا الطيب في «شرح الفروع» قال: إن أكثر أصحابنا على أنه يصح بيع الشاة ولبنها والجبة وقطنها إذا علم أن الحشو قطن. وقال: إن مسألة الحمل مبنية على أن الحمل له قسط من الثمن أو لا. يعني إن قلنا: له قسط صح. وإلا فلا لعدم العلم به. ويتفق وجوده. واستشهد للصحة في بيع الشاة ولبنها ببيع الدار وحقوقها، والجوز ولبه والرمان وحبه. على أنه قال في آخر كلامه: أنه يجوز تخريجهما. أعني الجوز ولبه، والرمان وحبه، على الخلاف. فبالجملة الرافعي غير معذور في القياس على الحمل، وإنما يصح القياس ممن يرى الصحة.

وكلام الشافعي في هذا الباب يدل على أن الحمل ليس له قسط من الثمن. وذلك يعضد القول بعدم الصحة في مسألة الحمل. ويقوي الإشكال على القياس عليه. وقد يترك القياس المذكور لخفاء مأخذ الصحة في مسألة انتفاء المعنى الذي ذكرته عن الإمام في منع البيع بغير شرط القطع، وهو امتصاصها من ملك البائع. وهذا المعنى مفقود فيما إذا باعها معها أو نقول بأنها إذا باعها مع الشجر حصل تسليمها تامًا فحصل الأمن من العاهة في يد البائع بكل من المعنيين المقتضي لبطلان بيعها وحدها معقود في بيعها مع الشجرة، فتعليل الصحة بهذا المأخذ أسلم عن الاعتراض من التعليل بالتبعية، لما عرفته.

فإن قلت: ظاهر ما حكيته من نص الشافعي يقتضي الصحة في بيع الدار بمسيلها وأفنيتها وطرقها، وهي غير معلومة، وكيف يقع العقد على أماكن لم يرها العاقد؟ قلت: يغتفر ذلك تبعًا كالأساس، والتحقيق في ذلك كله أن ما دخل في مسمى البيع وكان جزءًا فإنه يجوز أن يبيعه معه كحشو الجبة والأساس وما كان خارجًا عن مسماه وليس بجزء منه، ظاهر النص الذي حكيته يقتضي الجواز فيه أيضًا، لأن المسيل والطرق خارجة. وبه جزم القاضي أبو الطيب، ولم يحك فيه خلافًا في «شرح الفروع». فإن صح ذلك فالحمل بطريق أولى من جهة أنه كالجزء ويحتمل أن يبطل فيه. وإن صح في تلك تخريجًا على أن الحمل لا يعلم، ولهذا قال الشافعي في كتاب الصرف: ولا خير في أن يبيع الرجل الدابة ويشترط عقابها. هذا كله إذا جعله مقصودًا بأن قال: بعتك النخلة وثمرتها، أو الجارية وحملها. هذا ما يتعلق بالمعنى الذي أبداه القاضي أبو الطيب والمصنف.

وأما ما ادعاه القاضي أبو الطيب من الإجماع فإن ذلك صحيح فيما إذا كان على وجه الاشتراط. كقوله: بعتك هذه النخلة بشرط أن ثمرتها لك. فإن ذلك صحيح لا شك فيه للحديث. أما إذا أتى به على وجه البيع كقوله بعتك النخلة وثمرتها. فإنه يجوز عندنا وعند المالكية. لكن مذهب مالك أنه لا حصة للثمرة من الثمن. وكذلك مذهبه إذا اشتراها مشتري النخلة بعد شراء النخلة. وهو بعيد. وقال ابن حزم الظاهري: لا يجوز بيعها مع الأصول ولا فيها إلا بالاشتراط فقط أخذًا بظاهر لفظ الحديث. وللأولين أن يقولوا: أنه لا معنى لإدخالها بالشرط إلا إدخالها في البيع. وإلا فهي لا تدخل عند الإطلاق ومتى أدخلها في البيع بأي لفظ كان فقد صارت مبيعة مع الشجر. نعم هل تقابل بقسط من الثمن أو لا؟ جزم الشافعي بقوله هنا بأنها تقابل بقسط. وقال في الحمل هنا: أنه لا يقابل بقسط. مع أن الأصح من المذهب أنه يقابل أيضًا.

فرع: هذا الحكم الذي ذكرناه من جواز بيع الثمرة مع الأصول من غير شرط القطع، لا خلاف في المذهب فيه أعلمه. قال الرافعي رحمه الله: بل لا يجوز شرط القطع. لما فيه من الحجر على الشخص في ملكه. وسبقه في ذلك صاحب «التتمة». وقال: إنه لو شرطه بطل، قلت: يرد عليه إذا باع الثمرة ممن يملك الأصل، فإن شرط القطع فيه حجر على الشخص في ملكه يعين ما قال. ومع ذلك فقد قال الرافعي: إن الأصح عند الجمهور وجوبه. وعلل الخوارزمي المنع بأنه يضر بمقتضى العقد، إذ مقتضاه الإبقاء ثم استشكله بأن ما يحمل عليه مطلق العقد من العادة بين الناس لا يصير قضية لازمة كالإطلاق يحمل على الحلول والنقد الغالب ثم لو عين نقدًا لا أجلًا صح. وقال ابن الرفعة: يشبه على طريقة الإمام والغزالي فيما إذا شرط في بيع العبد أن لا يكسوه إلا كذا أن يصح ويلغي الشرط. وههنا القبض بالتخلية بلا إشكال لأن التخلية تحصل في الأصل والثمرة معًا إذ الثمرة تابعة للشجرة في التسليم، والله أعلم.

فرع: إطلاق المصنف جواز بيع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح يشمل ما إذا بدت من أكمامها وكانت مرئية وأما إذا لم تكن كذلك. . . . . وكذلك من وقفت على كلامهم من أصحاب أطلقوا المسألة ويشهد لذلك كلام الشافعي الذي قدمته في بيع الدار بمسيلها وطرقها، وهي غير معلومة. لأن ذلك بيع وذلك ظاهر إذا قلنا: يجوز بيع الطلع في قشره وهو الأصح، أما إذا منعناه فيحتمل أن يقال: أنه يجوز أيضًا تبعًا. كما سقط شرط القطع. ويحتمل أن لا كما لو باعها معها بعد الصلاح.

القسم الثالث: إذا باع الثمرة وحدها من مالك الأشجار بأن كان يملك أصلها

ببيع متقدم أو هبة أو وصية أو كان قد أوصى له بثمرة ومات الموصي، فملكها وبقيت الأصول للورثة. إذا باع الثمرة في هذه الصورة من مالك الأصول هل يصح من غير شرط القطع؟ فيه وجهان، أحدهما: يصح لما ذكره المصنف وهو الذي جزم به المصنف في «التنبيه». وصححه الجرجاني والغزالي. وادعى ابن التلمساني أن الأكثرين على ترجيحه والبندنيجي أنه ظاهر المذهب لأنه لو شرط القطع لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجاره فعلى هذا لو شرط القطع بطل العقد لأنه ينافي مقتضى العقد، قاله القاضي حسين في الزروع، واعترض على القياس الذي ذكره المصنف بالفرق فإنه إذا باع الثمرة وحدها كانت العلة المذكورة في الحديث متوقعة من أكل المال بالباطل.

وأما إذا باعها مع الشجرة فعلى تقدير تلف الثمرة يرجع إلى الأصل فلا يكون أكل المال بالباطل، والثاني: وهو الأصح عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والمحاملي والروياني والشاشي وابن أبي عصرون، والجمهور، على ما حكاه الرافعي أنه لا يصح، والفرق بينه وبين ما إذا جمعهما عقد واحد أن العقد إذا جمعهما كانت الثمرة تابعة معفى عن الغرر فيها كالأساس، بخلاف ما إذا أفردت، وقال الروياني مع تصحيحه لهذا الوجه: أن الأول ظاهر المذهب، وقال في إيجابه أنه أعني أظهر القولين..... هو القياس وفي هذا الكلام أن الخلاف قولان لا وجهان.

فرع: على هذا الوجه لا يجب الوفاء بهذا الشرط كما تقدم والخوارزمي في تعليله..... وممن صرح به النووي في «المنهاج»، وأبدى ابن الرفعة فيه نظرًا، أخذًا من قول القاضي حسين قال بعضهم: ويمكن بناء الوجهين على التعليلين في منع بيع الثمرة قبل بدو الصلاح إن علل بالمشار إليه في الحديث، وهو أخذ الثمرة بتقدير التلف بغير عوض اقتضى البطلان هنا، وإن علل بأن توقع التلف قبل الجذاذ يمنع تحقيق التسليم اقتضى الصحة، لأن التسليم متحقق، فإن الأصل في ملك المشتري، فلا علقة لغيره في المبيع، وقال ابن الرفعة بعد أن ذكر عن بعضهم في تعليل هذا الوجه أن سبب التصحيح في بيعهما معًا أن الأصل الشجر والثمار فيها، وإن ذكرت تابعة لها فلا يضر تعرض العاهة لها، ولا كذلك إذا بيعت منفردة قال: وهذا القائل تخير أن يقول: أن التسليم لا يحصل بذلك، وإلا لم يصح له ما ذكر من التوجيه وهو مستمد من قول بعض الأصحاب: أن من في يده وديعة ونحوها إذا ابتاعها ووفر الثمن لا بد من النقل والتحويل، ليحصل القبض وفارق ما إذا باع الثمرة مع النخل فإن التسليم بالتخلية بينه وبين النخل شملهما.

وعن ابن الصباغ والبندنيجي والمحاملي أن هذا الوجه القائل بأنه لا يصح إلا بشرط القطع أقيس. وما ادعوه من القياس فيه نظر، والله أعلم. ولنرجع إلى كلام المصنف.

قوله: ولا يجوز بيع الثمار والزروع من غير شرط القطع شمل قسمين، البيع بشرط التبقية المجمع على بطلانه، والبيع المطلق الذي خالفنا فيه أبو حنيفة والاستدلال بالحديث على القسمين ظاهر. وكذلك بالمعنى الذي ذكره من قوله: ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة إلى قوله: وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز. وقد تقدم بسط ذلك وبيانه في ذكر حججنا وحجج الخصم.

وقوله: وإن باعها بشرط القطع هو القسم الذي تكلمنا عليه ثانيًا. وادعى جماعة فيه الإجماع وتقدم ما في ذلك، وقوله: لا بد يأخذه قبل أن يتلف أي يستحق أخذه. وإلا فقد يتراضيان على بقائه. وقد تقدم أنه يجوز ذلك عندنا.

وقوله: وإن باع الثمرة مع الأصل أي سواء كان ذلك بصيغة الشرط أم بصيغة البيع وقوله: لأن حكم الغرر يسقطه، إشارة إلى أن الغرر لا ينتفي. ولكن لا يكون له حكم شرعًا وقوله: كالغرر في الحمل يسقط حكمه إذا بيع مع الأصل ظاهر ذلك أنه يختار الصحة فيما إذا باع الجارية وحملها. وكذلك يقتضيه كلام القاضي أبي الطيب في هذا الموضع، والأصح: في المذهب خلافه كما تقدم.

وقوله: وإن باع الثمرة ممن يملك الأصل إلى آخره. هو هذا القسم الثالث الذي شرحته. وقد تقدم. وسيأتي القسم الآخر الذي بقي من أقسام بيع الثمار وهو أن يكون بعد بدو الصلاح في كلام المصنف إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا باع الثمرة التي لم يبد صلاحها وأطلق، ثم باع من مشتريها النخل بعد ذلك، صح بيعه النخل، ولا يصح بيع الثمرة، بل هو مقر على بطلانه وأبدى الإمام في كتاب المساقاة تخريج وجه فيه مما إذا زارعه على الأرض بين النخيل ثم ساقاه عليها أنه يصح، ويتبين بالمساقاة بعدها صحة المزارعة على بعد من استبعاده لهذا الوجه قال: فإن كان لهذا الوجه صحة وثبوت فلا بد من طرده في بيع الثمار إذا تقدمت، واستأخر عنه بيع الأشجار، هذا ما يتعلق بمسائل الثمار. وأما الزروع فقد أدرجها المصنف مع الثمار وأجراهما مجرى واحدًا، والأقسام التي في الثمار عائدة بعينها في الزروع.

القسم الأول: أن يبيعها مفردة عن الأرض من غير مالك الأرض قبل الاشتداد، فإن باعها بشرط التبقية أو مطلقًا بطل للحديث، وهو قوله: «وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة» وفي الحديث الآخر: «وعن بيع الحب حتى يشتد» وقياس

مذهب أبي حنيفة وتجويزه البيع في الثمار مطلقًا أن يجوزه في الزروع أيضًا، وإن باعها بشرط القطع جاز عندنا وعند جمهور العلماء كما تقدم في الثمار وخالف سفيان الثوري وابن أبي ليلى كما خالفا هناك فقالا: لا يجوز مطلقًا، واتفق هؤلاء العلماء المشهورون وسفيان وابن أبي ليلى أيضًا على أنه لا فرق في الزرع في السنبل والقصيل، يمتنع بيع القصيل من غير شرط القطع.

وخالف ابن حزم الظاهري فجوزه تمسكًا بأن النهي إنما ورد عن السنبل، قال: ولم يأت في منع بيع الزرع منذ ينبت إلى أن يسنبل نص أصلًا، وروي عن أبي إسحاق الشيباني قال: سألت عكرمة عن بيع القصيل. فقال: لا بأس، فقلت: إنه سنبل فكرهه. قال وهذا نفس قولنا. وممن ذكر حكم هذه الأحوال الثلاث مع المصنف في الزرع الماوردي والرافعي وغيرهما ولو باع القت أو القصيل بشرط أنه يرعى دوابه لا يصح. ولا يجعل هذا كشرط القطع قاله الخوارزمي.

واعلم أن الأصحاب اتفقوا ـ فيما أعلم ـ على اشتراط شرط القطع في هذا القسم، وقال الغزالي في «الوسيط»: أما البقل إن بيع مع الأصول فلا يشترط القطع، وإن بيع دون الأصول ينزل على القطع، قال ابن أبي الدم: يريد به أنه لا بد من شرط القطع فيه، قال الإمام: لا بد من شرط القطع فيه وهكذا قال ابن يحيى في «محيطه»: أنه لا بد من شرط القطع، وذكره الشيخ في «البسيط» في الزرع الأخضر، وهكذا ذكره الجماعة في الزرع الأخضر، وكان يمكن أن يقال: لا يشترط اشتراط القطع في هذا، بل متى أطلق نزل العقد على شرط القطع، خوفًا من الاختلاط، بخلاف الثمار، ولفظ الشيخ في «الوسيط» يشعر به، لكن المنقول ما ذكرته، هذا كلام ابن أبي الدم.

وقال ابن الرفعة: إن الأشبه الفرق بين أن يكون ذلك لم ينبه إلى الحالة التي يجذ فيها، فلا يجوز بيعه إلا بشرط القطع. أو أن ينتهي فيجوز كما ذكرنا عن الماوردي. وعليه يحمل كلام الغزالي. لأنه ذكره عند الكلام في بيع ما بدا صلاحه فظاهر نصه في «الأم» يدل على ذلك. لقول الشافعي فيها: لا يجوز أن يباع القرط إلا جذة واحدة عند بلوغ الجذاذ ويأخذ صاحبه في جذاذه عند ابتياعه. وقال في هذه الحالة: أنه إذا تركه من غير شرط في العقد أيامًا وقطعه ممكن في أول منها كان المشتري منه بالخيار في أن يدع الفضل الذي له بلا ثمن أو ينقض البيع.

قلت: وهذا حمل حسن. وعليه يدل كلام القاضي حسين ومراد ابن الرفعة بكلام الماوردي ما سيأتي عنه في بدو الصلاح. وأنه جعل لذلك النوع حالة إصلاح ولكن في كلام الشافعي الذي اعتضد به ابن الرفعة ما يفهم أنه إذا شرط تركه لم

يصح وهو ظاهر لأنه يؤدي إلى اختلاط. فإن ثبت ذلك وثبت أنه لا يشترط فيه شرط القطع يكون هذا نوعًا مما بدا صلاحه لا يجوز فيه شرط التبقية. ويجوز فيه شرط القطع والإطلاق. لكن يكون هذا فيما يعتاد جذه حتى يكون ذلك صلاحًا فيه.

أما الزرع الذي يعتاد إبقاؤه فمتى باعه بغير شرط القطع فسد. سواء كان بقلًا أو فصيلًا أو سنبلًا. ما لم يشتد. وقال الشافعي أيضًا: لا يجوز بيع القصيل إلا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف، ولا يزيد، وهذا النص يحمل على ما لم يبد صلاحه، ولا ينافي ما قاله ابن الرفعة، وهذا القسم هو الذي نتكلم فيه هنا، وأما الأول الذي يكون وصل إلى حالة صلاح فسيأتي الكلام في بيع ما بدا صلاحه، والله أعلم.

القسم الثاني: أن لا يباع الزرع مع الأرض فيجوز من غير شرط القطع كما مر في الثمار مع الأشجار، وممن نص عليه مع المصنف الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي والمحاملي والرافعي وبقية الأصحاب والمباحث المتقدمة هناك عائدة هنا.

تنبيه: إطلاق المصنف جواز بيع الزرع والثمرة مع الأرض والشجر، يشمل ما إذا كان الزرع لم يتسنبل بعد، أو تسنبل ولم يشتد، ولذلك صرح به الأصحاب، وهو بإطلاقه يشمل ما إذا كان الحب الذي في السنبل غير المشتد مرئيًا كالشعير أو غير مرئي كالحنطة، وإنما فصلوا بين المرئي وغيره فيما بعد بدو الصلاح على ما سيأتي إن شاء الله تعالى فإن كانت التبقية تقتضي المسامحة في ذلك فينبغي في الموضعين، وإلا فما الفرق وقد تقدم مثل ذلك في الثمار أيضًا.

القسم الثالث: إذا باع الزرع وحده من مالك الأرض فهو كبيع الثمرة من مالك الشجرة، جزم المصنف في «التنبيه» بالجواز، وذكر ههنا الوجهين، وقد تقدم ذكرهما، ولم أر من صرح بهذه المسألة في الزرع غير المصنف والقاضي حسين والروياني والجرجاني والمتولي، ومقتضى نصه الذي نقلوه عن الرهن أيضًا يدل له، وكثير من الأصحاب يقتصرون على حكم الثمار، وكأنهم مكتفون بذلك عن ذكر حكم الزرع، قال القاضي حسين وغيره: فعلى قولنا: لا يحتاج إلى شرط القطع لو شرط فيه القطع بطل العقد، لأنه ينافي مقتضى العقد، وفيه ضرر على المشتري.

فرع: قول المصنف هنا: إذا باع الزرع ممن يملك الأرض، وقال في «التنبيه» من صاحب الأصل فظاهره أيضًا أنه المالك، فلو باع الزرع من مستأجر الأرض وذلك يفرض في صور، منها: إذا استأجر أرضًا وزرعها وباع الزرع بشرط القطع وتراضيًا على إبقائه، ثم اشتراه البائع مطلقًا، هل يكون كالمالك؟ أو لو كان المالك

غير مستحق للمنفعة بأن كانت مستأجرة مثلًا؟ هل يستمر الحكم المذكور؟ أو نقول: إن المالك في هذا الوقت لا يد له ولا منفعة فهو كالأجنبي؟ وأما الثمرة فلا يمكن فيها ذلك، لأن الشجرة لا يجوز استئجارها، كما صرح به بعض الأصحاب في هذا الباب.

فرع: لو باع الزرع من مالك الأرض بالأرض، فإنه يصح ويشترط فيه ذكر القطع، قاله القاضي حسين وصاحب «التتمة» والخوارزمي، وهو ينبغي أن يكون تقييدًا لما تقدم من الإطلاق، وعلى قياسه إذا باع الشجرة بالشجرة.

فرع: قد تقدمت الأحاديث الواردة في المنع عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح، ومنها: ما هو مطلق، ومنها: ما هو وارد في النخل، قال ابن عبد البر: ولا خلاف بين العلماء أن جميع الثمار داخل في معنى ثمر النخل، وأنه إذا بدا صلاحه وطاب أوله حل بيعه.

فرع: لا فرق في الثمار بين ما يجذ كالبلح والبسر، أو يقطف كالحصرم والعنب. أو يجمع كالبطيخ والقثاء والخيار والباذنجان. وكذلك التفاح والكمثري والخوخ والجوز واللوز والرانج. كلها تجزي فيها الأقسام المتقدمة والآتية في بيعها قبل بدو الصلاح وبعده، ومنفردة وتابعة، والله أعلم.

فرع: الفجل المغروس في الأرض والسلجم والجزر والسلق إذا اشترى ورقه فإن شرط القطع جاز، أو التبقية أو أطلق لم يجز. وإن اشترى أصله المغروس في الأرض لم يجز. سواء قلنا: بيع الغائب باطل أو صحيح. لأنه لا يمكن رده إلى البائع على صفته. قاله القاضي أبو الطيب والقاضي حسين وغيرهما.

فرع: قال القاضي حسين: إذا باع أصل الكراث مع الكراث صح العقد. ويؤمر بالقلع، ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح، ويكون بيع الغائب وبيع المجهول، ولو باع القصب الفارسي وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث. وقال في الجوز ونحوه: إذا كان في الأرض ويكن بعضه ظاهر من الأرض فإنه يجوز بيعه كالصبرة إذا رأى ظاهرها دون باطنها وسيأتي عن الإمام أن البقول التي تتزايد لا يجوز بيعها إلا بشرط القطع مطلقًا. وليس لها حالة كمال بدو الصلاح.

فرع: قال ابن الحداد في «المولدات»: باع نصف ثمرة على رؤوس النخل قبل زهو الثمرة، فالبيع باطل لأنه لا يمكن أن يقسم. وكذلك إن باعه نصف زرعه بقلًا وكذلك قاله القاضي حسين في الزرع والروياني في الزرع والثمرة جميعًا، وقد ذكر هذا الفرع غير واحد من الأصحاب، ونص عليه الشافعي في الصلح أنه لا يجوز على نصف الزرع وذكره المزني آخر مسألة في كتاب الصلح. قال الرافعي وغيره:

وعللوه بأن البيع والحالة هذه يفتقر إلى شرط القطع. ولا يمكن قطع النصف مشاعًا إلا بقطع الكل فيتضرر البائع بنقصان عين المبيع فأشبه ما إذا باع نصفًا معينًا من سيف أو أسطوانة وعليها سقف دار بحيث لا يمكن تسليمها إلا بهدم الدار، فإنه لا يصح العقد فيه. وقال الرافعي: وما ذكروه من أن قطع النصف لا يمكن إلا بقطع الكل إنما يستمر بتقدير دوام الإشاعة وامتناع القسمة.

أما إذا جوزنا قسمة الثمار في حال الرطوبة بناء على أنها إفراز، فيمكن قطع النصف من غير قطع الكل، بأن يقسم أو لا فليكن منع القول مبنيًا على القول بامتناع القسمة لا مطلقًا، وعلى هذا يدل كلام ابن الحداد. قال القاضي أبو الطيب: هو الصحيح، قلت: قد قدمت في باب الربا في جواز قسمة الثمار على الأشجار أنه في غير الرطب والعنب، لا يجوز قطعًا. وفي العنب والرطب ثلاث طرق أصحها: وهي التي رجحها صاحب «التهذيب» والمحاملي، أنه لا يجوز. وإن قلنا: إنها إفراز، والثاني: تخريجها على القولين، والثالث: يجوز، وإن قلنا: إنها بيع، ومحل الطرق الثلاث على ما نبه عليه المحاملي ما بعد بدو الصلاح أما قبل بدو الصلاح فلا يجوز جزمًا، وإن كان كلام كثير من الأصحاب مطلقًا وفتيا ابن الحداد هنا ومن وافقه صحيحة في غير العنب والرطب جزمًا، وفي الرطب والعنب إما جزمًا على ما قاله المحاملي، وإما على الأصح إذا جعلنا الخلاف مطلقًا.

وما صححه القاضي أبو الطيب من تخريجها على الخلاف في القسمة ـ وإن كان مخالفًا لما قاله المحاملي ـ فليس فيه تصحيح للجواز، لأنه لم يذكر هنا، أما الأصح عنده في القسمة وقد صحح الرافعي في باب الربا أن قسمة ذلك تبع. فيكون الأصح عنده على مقتضى ذلك أنه لا يجوز قسمتها، وإن كان في باب القسمة حكى اختلاف التصحيح في قسمة المتشابهات. وهذا كله بناء على ما أفهمه نقل الرافعي عن أبي الطيب من آخر الخلاف في ذلك، والذي ادعاه ابن أبي الدم أنه لا خلاف في البطلان. وأن ابن الحداد علله بامتناع القسمة وغلطه الأصحاب في التعليل، وأن أبا الطيب قال: الصحيح ما علل به ابن الحداد، وقد نص الشافعي على هذه العلة، فالتصحيح حينئذ في التعليل ولا خلاف في الحكم.

وقد قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في باب الآجال من «الأم»: أنه إذا كان بين القوم حائط فيه الثمر لم يبد صلاحه، فأرادوا اقتسامه فلا يجوز قسمه بالثمرة بحال. وكذلك لو بدا صلاحها لم يجز من قبل أن للنخل والأرض حصة من الثمن، وللثمرة حصة من الثمن. فتقع الثمرة بالثمرة مجهولة، لا بخرص ولا تبع، ولا تجوز قسمته إلا أن يقتسما الأصل وتكون الثمرة بينهما مشاعًا إن كانت لم تبلغ، أو كانت قد بلغت غير

أنها إذا بلغت لا بأس أن يقتسماها بالخرص قسمًا منفردًا. وإن أرادا أن يقتسما الثمرة مع النخل اقتسماها ببيع من البيوع، فيقوما كل سهم بأرضه وشجره وثمره. ثم أخذ بهذا البيع لا بقرعة. وإذا اختلف فكان نخلًا وكرمًا فلا بأس أن يقسم أحدهما بالآخر وفيهما ثمرة لأنه ليس في تفاضل الثمرة بالثمرة تخالفها ربا في يد بيد انتهى. فهذا نص في امتناع القسمة قبل بدو الصلاح، وأوله يقتضي امتناع القسمة بعد بدو الصلاح أيضًا، لكن قوله: غير أنها إذا بلغت فلا بأس أن يقتسماها بالخرص قسمًا منفردًا يقتضي جواز قسمها بعد بدو الصلاح فليتأمل.

واعلم: أن ابن الحداد علل المنع في ذلك بامتناع القسمة كما رأيت، وغلطه بعض الأصحاب في التعليل، وقال: ليس العلة أنه لا يصح قسمتها، فإن البيع لا يصح وإن قلنا: قسمتها صحيحة وأن القسمة إفراز، وإنما لم يصح ذلك لأن اشتراط القطع لا يصح فيها، لأن نصفها مشاعًا لا يمكن قطعه، قال القاضي أبو الطيب: هذا الذي قاله هذا القائل ليس بصحيح، والتعليل هو الذي ذكره ابن الحداد، ونص الشافعي كذلك، قال في الصلح: لو كان الزرع بين الرجلين وصالحه أحدهما على نصف الزرع لم يجز من قبل أن الزرع لا يجوز أن يقسم أخضر، ولا يجبر شريكه على أن يقطع منه شيئًا، ومقتضى هذا الكلام من أبي الطيب أن علة ابن الحداد هي الصحيحة، وأن القول بذلك مبني على امتناع القسمة وأن القائل الآخر خالفه في التعليل وعمم الحكم، ثم قال القاضي أبو الطيب بعد ذلك: أنه إذا قلنا: تصح قسمة الثمار صح بيعه، لأن شرط القطع يصح فيه، فيبيع نصف الثمرة أو نصف الزرع بشرط القطع ثم يطالبه بالقسمة في الحال فيقاسمه ثم يقطعه.

وأما إذا قلنا: لا تصح القسمة فباع نصفها بشرط قطع الجميع لم يصح، لأن البائع لا يجبر على قطع ما لم يبع، والشرط فيه لا يصح، ولا يمكن قطع المبيع منفردًا، لأنه مشاع، وهذا الذي قاله القاضي بعد أن قرر أن العلة الصحيحة امتناع القسمة، وأن المسألة مبنية عليها وهو صحيح، لكن قد ثبت أن الثمار لا تصح قسمتها، وكفى بهذا النص الذي في الصلح دليلًا على امتناع قسمتها، والله أعلم.

ولم أر أحدًا صرح بجواز بيعها غير القاضي في هذا الكلام الذي قاله، ويشبه أن يكون تفريعًا من عنده على مقتضى البناء على القسمة، وما أفهمه نص الشافعي، ولقائل أن يقول: ليس التمسك بمفهوم ذلك على إثبات خلاف في هذه المسألة بأولى من التمسك به على امتناع القسمة، والجزم بامتناع البيع ههنا، وكيفما قدر فالمنع في هذه المسألة إما أن يكون هو الصحيح أو يكون مجزومًا به، وإذا نظرت إلى كلام الرافعي بمجرده، وما قاله فيما إذا جوزنا قسمة الثمار الرطبة بناء على أنها

أفراز وما حكاه عن أبي الطيب أن تخريجها على ذلك هو الصحيح، وفي ذهنك أن قسمة الماثلاث أفراز، توهمت من مجموع ذلك أن الصحيح الجواز في هذه المسألة، وليس كذلك بل الزرع لا يجوز جزمًا لأنه لا تجوز قسمته خرصًا جزمًا، والثمار غير الرطب، والعنب كذلك، والرطب والعنب يجري فيهما الخرص، وفي قسمتهما خرصًا خلاف، المنقول عن نصه في الصرف الجواز، وذكر الرافعي أنه الأصح تفريعًا على أن القسمة إفراز، لكنه ذكر في ذلك الموضع أن الأظهر أنها بيع، فيكون الأظهر امتناع البيع في ذلك.

والعجب من القاضي أبي الطيب، كيف صرح هنا ببيع الزرع على قسمته، مع أنه جزم في باب الربا أنه لا تجوز قسمة غير الرطب والعنب خرصًا، وإنما يتأتى ذلك عند من يرى أنه تجوز قسمته خرصًا، ولا أعلم أحدًا صرح بذلك، إلا أن لنا وجهًا ضعيفًا أن الخرص يجري في غير الرطب والعنب، فيجيء على مقتضاه خلاف في قسمة ذلك خرصًا، قال ابن الرفعة: فإن قلت: الأصحاب قالوا في كتاب «المساقاة»: أن بيع بعض الثمار مشاعًا بعد بدو الصلاح يصح، وإن لم تجزم القسمة قلت: صحيح لأن التبقية تجب على البائع، وهي تستلزم تبقية الباقي إذا لم تجز القسمة بالخرص، وليس فيها تغيير عين المبيع، والله أعلم.

فرع: من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع نصف النخل صح، وكانت الثمار تابعة، قاله الرافعي وغيره، وكذا إذا باع نصف الثمرة مع جميع الشجرة. قاله الخوارزمي، فلو شرط القطع في ذلك احتمل أن يكون اشتراطه في بيع كل الثمر مع كل الأصل. واحتمل أن يكون أولى بالفساد. لأجل امتناع القسمة. ولو كانت الشجرة أو الأرض لواحد والثمرة أو الزرع لآخر، فباع نصف الثمرة من مالك النخل، أو نصف الزرع من مالك الأرض، فوجهان مبنيان على الوجهين في اشتراط القطع، لو باع الثمرة كلها من صاحب الأصل، قاله القاضي حسين في الزرع، والرافعي في الثمرة، وقد تقدم الخلاف في الأصح من الوجهين، وأن الأصح الاشتراط، فيجيء عليه أن الأصح هنا عدم الصحة.

ولو كانت الثمار والأشجار أو الزروع والأرض مشتركة بين رجلين، فاشترى أحدهما نصيب صاحبه من الزرع أو الثمرة لم يصح، وقال الخوارزمي: إن اشترى نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الزرع لم يجز لا مطلقًا ولا بشرط القطع على الأصح، فأشعر بخلاف، ولعله الذي تقدم الكلام فيه في بيع نصف الثمرة والزرع مشاعًا على قولنا: القسمة أفراز، ولو اشترى نصيب صاحبه من الثمرة بنصيبه من الشجرة، أو نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الأرض فإن باعه مطلقًا لم يجز،

وإن كان بشرط القطع صح، لأن جملة الثمار أو الزرع تصير للمشتري، وجملة الشجر أو الأرض تصير للآخر، وعلى مشتري الثمرة أو الزرع قطع الكل، لأنه التزم بهذه المعاملة قطع النصف المشترى بالشرط، والتزم تفريغ الأشجار والأرض لصاحبه، وبيع الشجرة أو الأرض على أن يفرغها للمشتري جائز، قاله القاضي حسين في الزروع، والرافعي في الثمار، وكذلك القاضي أبو الطيب في «شرح الفروع».

ولو كانت الأشجار أو الأرض لواحد، والثمرة أو الزرع لاثنين، فاشترى صاحب الشجرة نصيب صاحبه من الثمرة بنصف الشجرة، أو اشترى صاحب الأرض نصيب صاحبه من الزرع بنصف الأرض، بشرط القطع، صح قاله الرافعي، وإن كان بغير شرط القطع، ففيه وجهان مبنيان على اشتراط القطع إذا باع الكل من صاحب الأصل قاله القاضي حسين، فأما إذا باع نصف الثمرة أو نصف الزرع من غير مالك الأرض فيشترط شرط القطع قولًا واحدًا.

وقال الخوارزمي في «الكافي»: لو كان الزرع لهما والأرض لأحدهما فباع أحدهما نصيبه من الزرع البقل من صاحبه لا يجوز لا مطلقًا، ولا بشرط القطع كما لو باع من غيره، ولو كانت الأرض لاثنين والزرع لواحد عكس ما تقدم، فإن باع الزرع من أجنبي فالحكم واضح، وإن باعه من مالك الأرض فيخرج على الوجهين، وإن باع الكل من أحدهما لم يصح، وإن باع النصف من أحدهما يخرج على الوجهين، إن قلنا: لا يحتاج إلى شرط القطع جاز، وإلا فلا، قاله القاضي حسين، ولو كان الزرع لواحد والأرض لآخر فباع الزرع بالأرض، فقد تقدم. ولو باع صاحب الزرع زرعه من صاحب الأرض بنصف أرضه قال في «التتمة»: فإن قلنا: أنه إذا باع الزرع من مالك الأرض بشرط القطع فالعقد صحيح، ويشترط القطع في الكل لأن كل الزرع مبيع، وإن قلنا: لا يعتبر فيه شرط القطع فالعقد باطل، لأن شرط القطع في النصف مبطل للعقد، لأن الأرض ملكه، ولا يمكن أفراز النصف بشرط القطع فيه، لأن النصف لا يعرف إلا بالقسمة، ولو اشترى جميع الأرض بنصف الزرع فيها، فالعقد باطل. قاله في «التتمة».

وإطلاق صدر المسألة في أنه لا يجوز بيع نصف الزرع مشاعًا يشمله ولو باع جميع الزرع مع نصف الأرض قال في «التتمة»: لا يجوز. لأن النصف الذي هو مبيع مع الأرض لا يجوز شرط القطع فيه. والنصف الذي هو مبيع دون الأرض لا بد من شرط القطع، وشرط القطع في النصف لا يمكن، والله أعلم.

ولو استثنى نصف الثمرة غير المؤبرة فقد تقدم في موضعه.

فرع: رأيت في «المطارحات» لابن القطان أنه إن باع نصف الزرع مشاعًا مع جميع الأرض جاز. فإن باعه مع بعض الأرض أو دون الأرض لم يجز، ولم يتضح لي ذلك. ولعله غلط في النسخة.

فرع: في رهن الثمرة وهبتها قبل بدو الصلاح خلاف. سيأتي إن شاء الله تعالى في موضعه إن يسر الله ذلك.

فرع: قال أحمد بن بشر عن نصه. ولا بأس بشراء نصف الثمرة جزافًا قال أحمد: يشبه أن يكون بعد بدو صلاحها.

فرع: البطيخ له أحوال، الحالة الأولى: أن يبيعه مع الأرض فيستغنى عن شرط القطع. وتكون الأرض كالشجرة.

والحالة الثانية: أن يفرد أصول البطيخ بالبيع، قال العراقيون والإمام وغيرهم: يجوز ولا حاجة إلى شرط القطع، إذ لم يخف الاختلاط، ثم الحمل الموجود يبقى للبائع، وما يحدث يكون للمشتري، قال ابن الرفعة: ولم يخرجوه على ما إذا أطلعت النخلة بعد البيع، وكان بعض ثمرتها مؤبرة حين البيع لأجل أن ذلك يعد حملًا واحدًا، وهذه بطون. وإن خيف اختلاط الحملين فلا بد من شرط القطع، فإن شرط فلم يتفق حتى وقع الاختلاط فطريقان سنذكرهما في نظيره إن شاء الله تعالى، ولو باع الأصول قبل خروج الحمل فلا بد من شرط القطع أو القلع كالزرع الأخضر، فإذا شرطه ثم اتفق بقاؤه حتى خرج الحمل فهو للمشتري، قال ابن الرفعة: وفي صحة البيع نظر، لأن مثله لا ينتفع به الانتفاع المقصود.

الحالة الثالثة: أن يبيع البطيخ مع أصوله منفردًا عن الأرض، فالذي قاله القاضي أبو الطيب وغيره من العراقيين الصحة، وقال الإمام والغزالي والمتولي: لا بد من شرط القطع، لأن البطيخ مع أصوله متعرض للعاهة بخلاف الشجر مع الثمرة، وذكر ابن الرفعة أن هذا من تفقه الإمام وأن المنقول خلافه، واعتمد في ذلك على فهمه لكلام جماعة من العراقيين، والرافعي أبدى ذلك تخريجًا فقال: قضية ما نقلناه في بيع الأصول وحدها إذا لم يخف الاختلاط أنه لا حاجة لشرط القطع، فليعلم قول المصنف ـ بالواو ـ وكذلك وهذا الذي قاله الرافعي متعين، إما أن يقال بالجواز في المسألتين أو بالمنع فيهما، والأول أقرب إلى كلام العراقيين.

والثاني: مقتضى كلام القاضي حسين والفوراني والإمام: يلزمه الفرق بين بيع الأصول وحدها وبيع الأصول مع البطيخ، حيث قال بالصحة في الأول، ومنع في الثاني وكيفما قدر فالصحيح ما فهم من كلام العراقيين من إطلاق الصحة في الموضعين، وفي كلام الشافعي في «المختصر» ما يمكن التمسك به في ذلك.

الحالة الرابعة: أن يبيع البطيخ وحده دون أصوله، فإن كان قبل بدو الصلاح لم يصح، وإن كان بدا الصلاح في كله أو بعضه نظر ـ إن كان يخاف خروج غيره ـ فلا بد من شرط القطع، فإن شرط فلم يقطع ففي الانفساخ للبيع قولان يأتي نظيرهما إن شاء الله تعالى. وقال ابن الرفعة: قد يقال: إن ذلك ظاهر على قولنا: إن الاختلاط إذا حصل يبطل البيع، أما إذا قلنا: لا يبطل فيصح ههنا. والفرق بين ذلك وبين توقع التلف أن المالية هناك تذهب كما يشير إليها الخبر ولا كذلك ههنا. وإن كان لا يخاف خروج غيره جاز من غير شرط القطع. والباذنجان والقثاء والخيار ونحوه كالبطيخ في الأحوال المذكورة، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن بدا صلاحها جاز بيعها بشرط القطع لحديث ابن عمر ﷺ ولأنه إذا جاز بيعه بشرط القطع قبل بدو الصلاح فلأن يجوز بعد بدو الصلاح أولى ويجوز بيعها مطلقًا للخبر. ولأنه أمن من العاهة فجاز بيعها مطلقًا كسائر الأموال ويجوز بيعها بشرط التبقية إلى الجذاذ للخبر. ولأن إطلاق البيع يقتضي التبقية إلى أوان الجذاذ. فإذا شرط التبقية فقد شرط ما يقتضيه الإطلاق فجاز.

الشرح: القسم الرابع من الأقسام المتقدمة. وإن شئت قلت: الثاني أن يبيع الثمار بعد بدو الصلاح فإنه يجوز مطلقًا. وقسمه الأصحاب أيضًا باعتبار شرط القطع والتبقية والإطلاق إلى ثلاثة أحوال لأحكام تترتب على ذلك:

الحالة الأولى: أن يبيعها بشرط القطع فهذا جائز إجماعًا، وممن ادعى الإجماع فيه الماوردي، ومستنده إما مفهوم حديث ابن عمر وشبهه من الأحاديث المتقدمة المتضمنة النهي عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، فإن مفهوم الغاية يقتضي جواز بيعها عند بدو الصلاح، عند القائلين بالمفهوم، وأما زوال الحالة المقتضية للتحريم، فيرجع إلى أصل حل البيع عند من لا يقول بالمفهوم، وهذا لا بد من الاعتضاد به. فإن في التمسك بالمفهوم في الأحوال الثلاثة بحثًا من جهة أن المفهوم له عموم أو لا. قال شارح البرهان في أصول الفقه: إن استند المفهوم إلى طلب فوائد التخصيص لم يعم، وإن استند إلى أن ذلك من جهة اللفظ عم، وعزى الأول إلى الشافعي، لكنا قدمنا عن الشافعي ما يقتضي خلاف ذلك، فإن صح ما قدمناه عن الشافعي اتجه استدلال المصنف على مذهبه في الخبر في الحالتين، ولا احتياج إلى الاعتضاد بالأصل المذكور والقياس الذي ذكره المصنف رحمه الله تعالى على ما قبل بدو الصلاح، وقد تقدم الكلام في البيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح، والله أعلم.

وفي هذه الحالة هل إذا شرط القطع يجب؟ قد تقدم فيما قبل بدو الصلاح أنه

يجب، ولو تراضيا على الترك جاز، وكذلك يأتي ههنا بطريق أولى، قال الإمام: ولا شك أن هذا يعني جواز البيع بشرط القطع بعد بدو الصلاح مطرد في ابتياع الشجرة على شرط القطع من المغرس، وابتياع البناء كذلك.

الحالة الثانية: أن يبيعها مطلقًا فيجوز أيضًا بلا خلاف للخبر، وقد تقدم ما في ذلك، وبالقياس الذي ذكره المصنف، قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ والأصحاب: وفي هذه الحالة للمشتري تركها إلى أوان الجذاذ، وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: يجب على المشتري قطعها في الحال بناء على أصله في أن إطلاق العقد يقتضي القطع. وإطلاقه عندنا يقتضي التبقية بالعرف وبقوله ﷺ في بيع الثمرة قبل بدو الصلاح: «أرأيت إذا منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» قال القاضي أبو الطيب: هذا التعليل يدل على أن بيع الثمرة مطلقًا يوجب تبقيتها إلى أوان البلوغ. لأنه لو وجب قطعها في الحال لم تكن تعرض للجائحة والتلف. وقال الحنفية: إن هذا كمن قال: بعتك هذا بألف ولم يتعرض لدراهم ولا لدنانير. وكانت قيمته في العرف ألف درهم. فالعرف يقتضي أن العاقد لا يشتريه بألف دينار، ومع ذلك العقد باطل.

وأجاب أصحابنا بأن في العرف من أطلق الألف اتكالًا على العرف ينسب إلى الجهل. ومن اشترى ثمرة ولم يتعرض للإبقاء وطمع في الإبقاء لا ينسب إلى الجهل ولا يعد مقصرًا بتركه.

الحالة الثالثة: أن يبيعها بشرط التبقية فيصح عندنا. وبه قال محمد بن الحسن ومالك وأحمد وداود وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: لا يصح تمسكًا بأن ذلك ينافي مقتضى هذا العقد الخاص للتبقية. وعن الثاني بما إذا اشترى دارًا وللبائع فيها متاع فإنه ينقله على حسب العادة. وتمسك المصنف وأصحابنا في ذلك بالخبر ومفهوم الغاية فيه. وقد تقدم ما في ذلك لا سيما وأبو حنيفة ينكر مفهوم الغاية. وإن اعترف به بعض المنكرين للمفهوم. والتمسك بالقياس مبني على اقتضاء العرف لذلك، والله عز وجل أعلم.

فرع: أطلق المصنف أنه إذا بدا صلاحها جاز بيعها. ومراده بذلك أن المنع الذي كان قبل بدو الصلاح يرتفع فيجوز البيع بشروطه المذكورة في مواضعها فالشعير يجوز بيعه لأنه مشاهد في سنبله. وكذلك كل ثمرة بارزة كالتفاح والمشمش والخوخ والكمثرى، أو زرع بارز حبه في غير كمام، كالشعير والذرة. وكذلك ما كان مستورًا بقشرة واحدة ومصلحته في بقائه فيها كالرمان والباذنجان والأرز على خلاف فيه. وأما ما عليه قشرة يتحفظ بغيرها كالقطن والسمسم والعدس. أو قشرتان إما كالفستق والبندق والجوز. وإما كالباقلاء واللوز الرطب فلا يجوز. وقد ذكر

المصنف بيع الباقلاء وبيع الحنطة في سنبلها في باب ما نهي عنه من بيع الغرر. فلا حاجة إلى إعادة شرحه، والله أعلم.

وما أشرت إليه من المعنى بقولي أن المنع الأول ارتفع ببدو الصلاح، جواب على تمسك الخصم بالمفهوم. وإن قلنا: أن له عمومًا فإنه يقتضي ارتفاع ذلك النهي. أما ارتفاع النهي بسبب آخر فلا. كقوله: «ألا لا توطأ حامل حتى تضع» فهي إذا وضعت يرتفع النهي الذي لأجل النسب، ويبقى النهي لأجل الأذى حتى تغتسل.

فرع: قال القاضي حسين: بيع الزرع وحده إن كان بذرًا لم يصح على الصحيح، وقصيلًا جاز بشرط القطع. أو بعد الاشتداد بارزًا كان كالشعير والجاورش والدخن. أو متسنبلًا في كمام فقولا بيع الغائب. فإن باع الأرض مع الزرع ـ فإن كان أخضر ـ صح فيهما. أو مشتد الحبات بارزًا فكذلك. أو مستترًا ـ فإن أبطلنا البيع فيه عند الانفراد ـ بطل ههنا فيه. وفي الأرض قولا تفريق الصفقة، وإن صححنا فيه منفردًا ولكن نثبت خيار الرؤية فههنا قولا الجمع بين مختلفي الحكم.

فرع: قصب السكر صلاحه في بقائه في قشره، كالجوز في قشره، في قشره الأسفل، وقد صرح الماوردي بجواز بيعه إذا بدت فيه الحلاوة، قال ابن الرفعة: ولولا جواز بيعه في قشره لما جاز بيعه عند بدو صلاحه ويبقى إلى أوان قطعه.

فرع: الكتان إذا بدا صلاحه، قال ابن الرفعة: يظهر جواز بيعه، لأن ما يغزل منه ظاهر مرئي والشاش في باطنه كالنوى في التمر ونحوه، لكن هذا لا يتميز في رأي العين بخلاف التمر والنوى، والله أعلم.

فرع: البقل إذا بيع مع الأصول قال الغزالي: لا يشترط القطع، فإنه لا يتعرض لعاهة، وقال صاحب «التهذيب»: لا يجوز بيع القت والبقول في الأرض دون الأرض إلّا بشرط القلع أو القطع، سواء كان مما يجذ مرارًا أو لا يجذ إلّا مرة واحدة، غير أنه إذا باع ما يجذ مرارًا بشرط القطع لا يجوز قلعه، لأنه لم يملك الأصل، وما لم يجذ إلّا مرة واحدة يجوز، وقال القاضي حسين: إذا باع أصل الكراث مع الكراث صح، ويؤمر بالقلع، ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح، ويكون بيع الغائب، ولو باع الأرض التي فيها الكراث أو الرطبة فأصولها تدخل في العقد كأصول الأشجار، وما ظهر لا يدخل ويؤمر البائع بجذه في الحال، وكذلك القصب الفارسي وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث.

والفرق على رأي الغزالي بين البقل حيث قال: إنه لا يجوز بيعه بأصوله إلّا بدون شرط القطع، وبين البطيخ حيث قال: إنه لا يجوز بيعه مع أصوله إلّا بشرط

القطع إن ما ظهر من أصول البطيخ هو الذي تتكرر ثمرته دون ما بطن من عروقه، ولهذا إذا قطع الظاهر لم يخلف، وإذا كان كذلك فالآفة متعرضة لما ظهر من أصوله كتعرضها لنفس البطيخ، ولهذا يؤثر فيها الحر والصقيع ونحوهما كما يؤثر في البطيخ، فلذلك استويا في الحكم، ولا كذلك ما يخلف من أصول البقول ونحوه، فإنه الذي في الأرض ولا يخشى عليه تلك الآفات التي تخشى على أصول البطيخ، والله أعلم.

وإن بيع البقل دون الأصول، قال الغزالي: يدل على القطع، يعني لأن العرف يقتضيه، ولا يحتاج إلى شرط القطع بخلاف الزرع الأخضر، فإن العرف فيه الإبقاء لو لم يشترط القطع، ومن الناس من رأى التسوية في ذلك واعترض على الغزالي في كلامه بأن شرط القطع في ذلك ليس بواجب، قال ابن الرفعة: والأشبه أنه إن لم ينته إلى الحالة التي يجذ فيها فلا يجوز بيعه إلّا بشرط القطع، وإن انتهى جاز، وعليه يحمل كلام الغزالي، وظاهر نصه في «الأم» يدل على ذلك.

فرع: فإن باع الثمرة بعد بدو الصلاح مع الأصول والزرع بعد أن اشتد حبه مع الأرض نظرت ـ فإن كانت الثمرة ظاهرة أو كان الزرع كالشعير والذرة ونحوها والقطن إذا ظهر جميعه ـ جاز لأنه مبيع مشاهد، وإن كانت الثمرة غير ظاهرة كالجوز واللوز والرانج في قشره وكان الحب غير ظاهر كالحنطة والفول والحمص وما أشبهه، فإن قلنا: يجوز بيعها مفردًا جاز مع الشجر والأرض، وإن قلنا: لا يجوز لم يصح البيع فيها لأنه مبيع مجهول مقصود في نفسه وهل يصح البيع في الشجرة والأرض يبنى على القولين في تفريق الصفقة، فإن قلنا: لا تفرق أو تفرق ولكن يجوز بالقسط بطل في الجمع، وإن قلنا: يجوز بكل الثمن صح البيع في الشجر والأرض، وللمشتري الخيار بين أن يمسك الأصل بجميع الثمن، وبين أن يرده ويأخذ ما دفع وقد تقدم هذا التفصيل كله في بيع الزرع من كلام الماوردي.

فرع: في مذاهب العلماء. وافقنا مالك وأحمد على جواز البيع بشرط التبقية بعد بدو الصلاح. وقال أبو حنيفة: لا يجوز. واحتج له بأنه بيع وإجارة مجهولة فأشبه اشتراط ترك القماش في الدار قلنا: الشجرة لا تؤجر. ولا أجرة لها بخلاف الدار.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها. فإن كان رطبًا بأن يحمر أو يصفر وإن كان عنبًا أسود بأن يتموه وإن كان أبيض بأن يرق ويحلو، وإن كان زرعًا بأن يشتد وإن كان بطيخًا بأن يبدو فيه النضج، وإن كان قثاء بأن يكبر بحيث يؤخذ ويؤكل، والدليل عليه ما روى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ:

«نهى عن بيع الحب حتى يشتد، وعن بيع العنب حتى يسود، وعن الثمرة حتى تزهي» وروى جابر ﷺ أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم».

الشرح: أما حديث أنس[١] فروى البخاري منه أن النهي عن بيع الثمرة حتى تزهي، وفي رواية ثمر النخل، وروى الترمذي منه النهي عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد، وقال: حسن غريب لا يعرفه مرفوعًا إلّا من حديث حماد بن سلمة، وروى البيهقي الجميع كما ذكر المصنف، لكن قدم ذكر الثمرة على الحب والعنب، وأما حديث جابر[٢] فرواه البخاري ومسلم رحمهما الله، ولفظهما: «عن بيع الثمرة حتى تطيب» وعندهما في رواية أخرى واللفظ للبخاري: «أن تباع الثمرة حتى تشقح، فقيل وما تشقح؟ قال: تحمار وتصفار ويؤكل منها» وعند مسلم في رواية: «وعن بيع الثمرة حتى تطعم» كما ذكرها المصنف فإذا أردت عزو حديث جابر الذي في الكتاب على الإطلاق قل: رواية مسلم.

وقوله: يتموه قال ابن أبي عصرون: يدور فيها الماء الحلو، ويصفو لونها، وقوله: يشتد أي يصلب ويقوى. وقد تقدم ذلك، وقوله: حتى يطعم ـ بضم الياء وكسر العين ـ ويقال ـ بفتح العين ـ وضبطه ابن البدري أنه ـ بفتح التاء والعين ـ أيضًا وهي خطأ قال: معناه حتى تصير طعمًا، وقيل: تبلغ حين تطعم، وقد ورد في الصحيح من حديث ابن عمر أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض»[٣] ولا تنافي بين هذا وبين حديث أنس المتقدم أنه نهى عن بيع الحب حتى يشتد، لأن وقت اشتداده وقت مبادي بياضه.

أما الأحكام: فقد اختلف الناس في تفسير بدو الصلاح، فروي عن ابن عمر أن «بدو الصلاح في الثمر بطلوع الثريا»[٤] وقد تقدم ذلك في الحديث عنه، وحكي عن عطاء وجماعة أن بدو الصلاح أن يوجد في الثمرة ما يؤكل قليل أو كثير، قال ابن المنذر: وروينا ذلك عن ابن عمر وابن عباس، وروي عن النخعي أن بدو الصلاح بقوة الثمرة واشتدادها، وعندي أن ذلك ليس باختلاف محقق يرجع إلى معنى، وكان ابن عمر إنما أطلق طلوع الثريا لأنه أوان طيب الثمرة غالبًا عندهم في ذلك الوقت، فتباين الألفاظ عن العلماء في ذلك لا ينبغي أن يعتمد عليه في إثبات اختلاف، ومذهبنا أن بدو الصلاح يرجع إلى تغير صفة في الثمرة، وذلك يختلف

---

(١) تقدم. (٢) تقدم.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٣٥) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٦٨) والترمذي في سننه برقم (١٢٢٧) والنسائي في سننه (٧/ ٢٧٠) وأحمد في المسند (٢/ ٥).

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٢/ ٤٢).

باختلاف الأجناس وهو على اختلافه راجع إلى شيء واحد مشترك بينهما وهو طيب الأكل وفي ذلك جمع بين الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فإن حديث أنس اعتبر الاشتداد في الحب والاسوداد في العنب والزهو في الثمرة، وحديث جابر دل على اعتبار الطعم في الثمرة، وهي تشمل العنب وغيره، فيكون اعتبار الاسوداد وشبهه لأنه وقت للطعم لا لعينه، فلذلك قال في الحديث: حتى تطيب، قال الأصحاب: ولا يصح ضبطه بطلوع الثريا، لأن من البلاد ما يتأخر فيه صلاح الثمر، أو يتقدم، بل البلد الواحد قد يتعجل في عام، لاشتداد الحر ودوامه، ويتأخر في آخر لاشتداد البرد ودوامه، وطلوع الثريا لا يختلف، لأنها تطلع بعد ثمانية عشر يومًا من بشنس قالوا: وكذلك اعتباره بالأكل لا يصح، لأن ثمار النخل تؤكل طلعًا وبلحًا، والكرم يؤكل حصرمًا، وليس ذلك صلاحًا له، ولا يصح اعتباره بالقوة، لأن قوة الثمرة قبل صلاحها، وإذا صلحت لانت ونضجت.

وقد أشار الشافعي رحمه الله إلى اختلاف بدو الصلاح في أجناس الثمار بقوله: وللخربز نضج كنضج الرطب، فإذا رأى ذلك فيه حل بيع خربزه والقثاء تؤكل صغارًا طيبًا، فبدو صلاحه أن يتناهى عظمه أو عظم بعضه.

واعترض: عليه أبو بكر بن داود بأنه إما أن يكون الشافعي رحمه الله أراد أن يعلمنا أنه يحب القثاء، فلا فائدة في ذلك، أو أن يعلمنا المحسوسات ولا يجوز أن يعلم الناس ذلك، لأنهم يعلمونه ضرورة.

وأجاب: الأصحاب بأن الشافعي قصد بهذا القول أن يفرق بين ما طعمه في الابتداء مخالف لما يكون في النهاية، وأن القثاء بخلاف ذلك، لأنه في ابتدائه وصغره طعمه كطعمه في حال كبره، بخلاف بقية الثمار، فإنها تكون في ابتدائها حامضة أو مرة، ثم تصير حلوة، وأكثر الأصحاب لم يذكروا لبدو الصلاح ضابطًا كما فعل المصنف، بل جعلوه مختلفًا كما اقتضاه كلام الشافعي.

قال الماوردي: وجملة الثمار على ثمانية أقسام، أحدها: ما يكون بدو الصلاح فيه باللون، وذلك في النخل بالاحمرار والاصفرار، وفي الكرم بالحمرة أو السواد أو الصفار والبياض وأما: الفواكه المتلونة فمنها: ما يكون صلاحه بالصفرة كالمشمش ومنها: ما يكون بالبياض كالتفاح.

قلت: ومحل ذلك فيما يتلون عند الإدراك بلون يخالف اللون السابق، وجعل القاضي أبو الطيب نوعًا من التفاح يكون أخضر في حال كماله كما يكون في صغره، قال: فبدو الصلاح فيه بطيب طعمه وحلاوته، وكذلك جعل الشيخ أبو حامد العنب الأبيض، وما قالاه ظاهر.

القسم الثاني: ما بدو صلاحه بالطعم، فمنه ما يكون بالحلاوة كقصب السكر، ومنه ما يكون بالحموضة كالرمان، فإذا زالت المرارة بالحموضة أو الحلاوة فقد بدا صلاحه.

القسم الثالث: ما بدو صلاحه بالنضج كالتين والبطيخ، فإذا لانت صلابته بدا صلاحه، وهذا معنى قول غير الماوردي طيب أو الحلاوة والعبارات الثلاث متقاربة، فإن ذلك يحصل في وقت واحد، وقال صاحب «التتمة» لما تكلم في البطيخ: الخيار والباذنجان حكمهما حكم البطيخ، إلّا في شيء واحد، وهو أن بدو الصلاح فيهما ليس أن يكبر ويتناهى، لأنهما لا يؤكلان في تلك الحالة، ولكن أن يصير إلى الحد الذي يقصد تناوله في تلك الحالة في العرف والعادة، فإذا كان في جملة الصفقة واحدة قد بلغت الحد فهو وقت إباحة بيعه.

الرابع: ما بدو صلاحه بالقوة والاشتداد، كالبر والشعير، فإذا بدت قوته واشتد بدا صلاحه.

الخامس: ما بدو صلاحه بالطول والامتلاء كالعلف والبقول والقصب، فإذا تناهى طوله وامتلاؤه إلى الحد الذي يجذ عليه، بدا صلاحه، هكذا قال المارودي، وسنذكر في آخر الكلام فرعًا عن الإمام في القرط، وما في معناه من البقول، يخالف ذلك، وما قاله الماوردي أولى لما سنذكر، ونص الشافعي يدل لما قاله الماوردي، والماوردي في إجازته بيع البقول إذا بدا صلاحها من غير شرط القطع تابع للصيمري.

وقال ابن الرفعة معتذرًا عن الماوردي في ذلك: إن القصب إذا انتهى إلى تلك الحال لا يبقى عرفًا، بل العرف قطعه، فاكتفى به كما اكتفى به في التبقية في الثمرة لعدم. . . . . وهذا الاعتذار يقتضي أن القطع واجب وإنما يترك شرطه اكتفاء بالعرف في ذلك، قال: وفائدة ذلك أنه لو انتهى بعضه إلى هذا الحال جاز بيع جميعه من غير شرط القطع، واستحق التبقية في الباقي إلى أوان قطعه.

السادس: ما بدو صلاحه بالعظم والكبر كالقثاء والخيار والباذنجان.

السابع: ما بدو صلاحه بانشقاق كمامه كالقطن والجوز، فإذا تشقق جوز القطن وسقطت القشرة العليا عن جوز الأكل بدا صلاحه، ومقصود الماوردي من هذا أنه إذا تشقق بعضه جاز بيع المتشقق منه وغير المشقق إذا نظمهما العقد وغيره كما تقدم، وليس مراده أن يجوز بيعه قبل التشقق بشرط القطع، لأن ذلك ممتنع لانتشاره، وإنما سبق الكلام في المعنى الأول.

الثامن: ما بدو صلاحه بانفتاحه وانتشاره كالورد والنيلوفر، فإذا تفتح المنضم

منه وانتشر فقد بدا صلاحه، وورق التوت بدو صلاحه أن يصير كأرجل البط، هكذا قال عطاء والنخعي، وجملة القول في بدو الصلاح أن تنتهي الثمرة أو بعضها إلى أدنى أحوال كمالها، هكذا كلام الماوردي إلّا ما في ضمنه مما حكيناه عن غيره، وما نقله في ورق التوت يوافق ما قاله صاحب «التهذيب»، فإنه قال: إن بيع أوراق الفرصاد قبل تناهيها لا يجوز إلّا بشرط القطع، وكذلك قال القاضي حسين، فلذلك رأى الرافعي أن يضبط حالة بدو الصلاح في هذه الأشياء بصيرورتها إلى الصفة التي تطلب غالبًا لكونها على تلك الصفة، وهو موافق للضابط الذي قاله الماوردي وهو أسلم من ضابط الماوردي، فإن الكمال بالمعنى المذكور في باب الربا ليس مرادًا ههنا واعتبار الماوردي أدنى الأحوال أحسن من عبارة الرافعي فإنه قد تكون الصفة المقصودة منه غالبًا نهاية تلك الحالة أو وسطها، ولا يعتبر في بدو الصلاح إلّا أولها، فينبغي أن يزاد هذا اللفظ في كلام الرافعي ليصير الضابط أوضح مع أنه صحيح بدونها، فإن اللفظ منزل على ذلك.

وقد حكى الروياني عن القاضي أبي حامد أنه قال في «جامعه»: قد قيل ورق التوت يباع إذا خرج من كمامه، وبه يبدو صلاحه، ثم نقل قول عطاء والنخعي المتقدم، والله أعلم.

وقد ظهر لك بما ذكرته أن قول المصنف: وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها، غير شامل لجميع أنواع بدو الصلاح، إذ ليس فيه ذكر الورق، وكلام الشافعي رحمه الله تعالى في «الأم» مصرح باعتبار بدو الصلاح في الحناء والكرسف والقصب ظاهر اللفظ يرد عليه القثاء ونحوه فيجب أن يقال المراد ابتداء أكله المعتاد، فإن قيل: البسر ليست العادة أن يؤكل في أول احمراره أو اصفراره، بل يؤخر إلى تناهيه، ومع ذلك بدو الصلاح فيه أن يحمر ويصفر، كما صرح به الحديث ونص الشافعي، قال إمام الحرمين: بين بدو الصلاح وبين الإدراك وأوان القطاف قريب من شهرين، يعني فلأجل ذلك لا يشترط الغاية المطلوبة في الطيب، فالجواب: ما قاله الإمام، فإنه أورد ما الذي أوجب الفرق بين القثاء والثمار؟ وأجاب بأن لا فرق، فإن الزهو إذا ابتدأ الناس في الأكل، وقد يعقب تأخر المطعم إلى تمام الإدراك.

كذلك القول في القثاء، فإن الصغار منه تبتدر، ولكن عموم الأكل يتأخر، والذي يتناهى صغره لا يؤكل قصدًا إلّا أن يتفق على شذوذ، فرجع الحاصل إلى طيب الأكل وابتداء الاعتياد فيه، فعلامة ذلك في المتلونات التلون إلى جهة الإدراك، وفيما لا يتلون القوة وجريان الحلاوة فأشار الإمام إلى أن الذي لا يؤكل

في العادة أصلًا كالقثاء في حال تناهي صغره لم يبد صلاحه. والذي يؤكل في العادة بدا صلاحه، وللأكل في العادة مراتب ابتداء ووسط وانتهاء والمعتبر ابتداؤها وهو حاصل في البسر بالاحمرار دون القثاء في صغره. وإدخال المصنف الزرع في أصناف الثمر، يشهد له قول الله تعالى: ﴿كُلُوا۟ مِن ثَمَرِهِۦٓ إِذَآ أَثْمَرَ وَءَاتُوا۟ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤١] وكل ما ذكر المصنف واضح مما ذكرته إلّا قوله: إن صلاح العنب الأسود بأن يتموه، والذي حكيته فيما تقدم من كلام الماوردي، وهو الموجود في كلام الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب، أن صلاح العنب الأسود باسوداده وفي كلام الماوردي أن الصلاح في الكرم بالتموه إلى الحمرة أو السواد، والله أعلم.

وقول المصنف رحمه الله تعالى في القثاء: حيث يؤخذ ويؤكل، تنبيه على أن إمكان الأكل موجود فيه من قبل، ولكنه لا يؤخذ للأكل في العادة، في معنى القثاء الخيار والباذنجان كما صرح به الروياني، قال: وفي الرمان بالحموضة أو الحلاوة وزوال المرارة وفي الورد الانفتاح والانتشار.

فرع: إذا باع أوراق الفرصاد مع الأغصان ـ فإن بلغ نهايته ـ جاز من غير شرط، ثم إن كانت المقاطع معلومة فذاك، وإلّا بأن يترك على الشجر سنة أو أكثر لم يجز ما لم يبين موضع القطع ويعلم عليه علامة، وكذلك إذا باع الأوراق وحدها قبل نهايتها بشرط القطع، ولكن لا تقطع الأغصان معها، قال ذلك القاضي حسين.

فرع: قال الشافعي والأصحاب: إذا بدا صلاح ما خرج من القثاء والبطيخ لم يجز بيع ما لم يخلق منه تبعًا لماخلق، ووجب إفراد العقد بالموجود، وقال مالك: يجوز بيع ما لم يخلق تبعًا لما خلق، لأن الحادث يختلط فدعت الضرورة إلى بيعه قبل وجوده تبعًا، وهي دعوى ممنوعة، قال بعض الأصحاب: وطريق تحصيل ذلك أن يشتري هذا الشجر مع ثمرته، وبدونها، بشرط القطع ويستأجر منه الأرض سنة أو سنتين فلا يملك مطالبته بالقطع.

فرع: قال الشافعي رحمه الله: ولا يجوز أن يستثنى الثمرة مدًا، وقسم الأصحاب الاستثناء في البيع إلى أربعة أقسام:

الأول: أن يكون الاستثناء معلومًا والمبيع بعده معلومًا وهذا على ضربين مشاع ومحرز، فالمحرز: بعتك ثمرة هذه الحائط إلّا ثمرة هذه النخلات العشر بعينها، فهذا جائز بالاتفاق، والمشاع: بعتك ثمرة هذه الحائط إلّا ربعها صحيح أيضًا، ويكون المبيع ثلاثة أرباعها مشاعًا، وقال الأوزاعي: باطل، لأنه بيع على شرط الشركة.

والقسم الثاني: أن يكون الاستثناء مجهولًا، والمبيع بعده مجهولًا، وهو ضربان مشاع ومحدد فالمشاع كقوله: بعتك هذه الثمرة إلّا قوت سنتي أو قوت غلماني، باطل اتفاقًا، وما ورد من ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما محمول على أنه كان معلومًا، والمحدد كبيع الثمرة إلّا عشر نخلات منها لا بعينها فهو باطل، وقال مالك رحمه الله تعالى: إن كان قدر ثلث الثمرة فما دون جاز، وكان له عشر نخلات وسط.

والقسم الثالث: أن يكون الاستثناء معلومًا والمبيع بعده مجهولًا، كقوله: بعتك هذه الثمرة إلّا صاعًا منها فهو باطل، وقال مالك: جائز.

والقسم الرابع: أن يكون الاستثناء مجهولًا، والمبيع معلومًا، كقوله: بعتك من هذه الثمرة مائة صاع، والباقي لي، فإن علما أن فيها مائة صاع فصاعدًا صح، إن أمكن كيل الثمرة، وبطل إن لم يمكن كيلها، ولا يصح الخرص فيها، لأن البيع بالخرص لا يجوز، لأنه تخمين وحدس، وإنما يجوز في حق المساكين لأنه مواساة قلت: الصحيح في العرايا أنه لا يختص بالمساكين، والله أعلم. وإن لم يعلما أن في الثمرة مائة صاع كان البيع باطلًا للجهل بوجود المبيع، فلو كيلت من بعد، فكانت مائة صاع فصاعدًا لم يصح البيع بعد فساده، قال ذلك الماوردي وغيره من الأصحاب، ذكر الفرع ولكن لم يستوعبوا هذه الأقسام مبسوطة كاستيعابه، والله أعلم.

فرع: إذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم إلّا ما يخص ألفًا منها، قال الشافعي والأصحاب: يكون الاستثناء صحيحًا لأن ما يخص ألفًا منها هو ربع الثمرة، فإن قال: إلّا ما يخص قيمة ألف منها بسعر اليوم لم يصح، لأنه غير معلوم، هكذا فرض القاضي أبو الطيب المسألة، وهو غير ظاهر، وقال الماوردي، فيها: إن كان الاستثناء بسعر ما باع صح وإن كان بسعر يومه لم يجز، ومراده ما قاله أبو الطيب، وكلام أبي الطيب أبين وأحسن.

فرع: قال: اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم إلّا خمسة دراهم لم يجز، قاله الروياني، ولو قال: بعتك قفيزًا من هذه الصبرة إلّا مكوكًا جاز، لأنهما معلومان، قاله الروياني.

فرع: قال: بعتك ثمرة هذا النخل إلّا النوع المعقلي، فإن شاهد المعقلي المستثنى وعلم قدره صح البيع، وإن جهلاه فسد. قاله الماوردي.

فرع: باع شاة واستثنى سواقطها، قال في الصرف: لا يصح، وكذا إذا قال إلّا رأسها ويديها، ولا فرق بين أن يكون البيع لمسافر أو لحاضر، أو يكونا

حاضرين أو مسافرين، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك في حق المسافر: يجوز، قاله القاضي أبو الطيب.

فرع: باع قطنًا واستثنى حبه، أو سمسمًا واستثنى كسبه، أو شاة واستثنى جلدها، كان البيع في هذا كله باطلًا، قاله الماوردي.

فرع: بيع الثمرة وفيها قدر الزكاة مذكور في ولكن يذكر هنا ما يتعلق بهذا المكان وهو أنه لو قال: بعتك الثمرة إلّا مقدار الزكاة يصح بشرط أن نذكر قدر الزكاة في البيع، أهو العشر؟ أو نصف العشر؟ وقال مالك: يكتفي بالعلم به شرعًا عن ذكره، ورده أصحابنا، فإن أراد أن يدفع قدر الزكاة من غير تلك الثمرة ففيه وجهان، أحدهما: يجوز، لأنه يحل محل البائع، والثاني: لا، لأنه كالوكيل، فإن استهلك المشتري الثمرة رطبًا ففيما يطلب به من حق الزكاة وجهان أحدهما: العشر تمرًا على الوجه الذي يجبر له دفع الزكاة من غيرها، فيكون ذلك ضمانًا لعشرها تمرًا والثاني: يطالب بقيمة عشرها رطبًا على الوجه الذي يمنع دفع الزكاة من غيرها. فعلى هذا إن نقصت قيمة عشرها رطبًا عن قيمة عشرها تمرًا ففي الرجوع على البائع يفصل ما بينهما وجهان مخرجان من أن الزكاة وجبت في الذمة أو في العين؟ فعلى الأول يرجع. وعلى الثاني لا يرجع عليه لزوال يده عن عين. قال ذلك الماوردي: ولعلل ذلك مفروض فيما إذا أمر البائع المشتري بأداء الزكاة، وكذلك قاله الروياني نقلًا عن الماوردي.

فرع: الزرع الذي يخلف كالقرط وما في معناه من البقول يكون متزايدًا أبدًا. لا وقوف له فإذا بيع منه جذة فلا بد من شرط القطع. ولا ينظر في هذا القسم إلى ما يقع في زمن العاهات ولا إلى طيب الأكل لأجل الاختلاط. قاله الإمام. وقد تقدم عن الماوردي ما يخالفه وقول الإمام: إنها لا تزال متزايدة يمنع فإن فرض كذلك فالأمر كما قال، كما سيأتي في كلام المصنف في بيع الثمار الذي يعلم اختلاطها.

فرع: إذا اشترى الزرع الذي لا يخلف، إما بعد بدو الصلاح، وإما قبله شرط القطع، وقد ضننت تبقيته إما بعد بدو الصلاح وإما قبله باتفاقهما، فالزيادة التي تحصل في الزرع للمشتري بالاتفاق، كنمو الثمرة إلى وقت اتفاق القطع وليست كزيادة الزرع المخلف. قاله الإمام. والزرع الذي لا يخلف لو قطع يملك المشتري ظاهره، وعروقه المستترة بالأرض. قاله الإمام قلت: فيجيء على ذلك أنه إذا حصد وكانت عروقه تضر بالأرض كالذرة، يجب على المشتري قلعها وتسوية الحفر الحاصلة بسببها كما تقدم، مثله إذا اشترى الأرض فإنه يجب على البائع ذلك، وإن

لم يضر بالأرض لم يجب كما تقدم أيضًا. وسنذكر في مسألة اختلاط الرطبة عن صاحب «التتمة» ما يخالف ما قاله الإمام هنا إن شاء الله تعالى.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فإن وجد بدو الصلاح في بعض الجنس من حائط جاز بيع [ذلك] الجنس كله في ذلك الحائط، لأنا لو قلنا: لا يجوز إلّا فيما بدا صلاحه فيه، أدى إلى المشقة والضرر بسوء المشاركة، ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من جنس آخر وما لم يبد فيه الصلاح في ذلك الجنس من حائط آخر، لأن المنع من ذلك لا يؤدي إلى الضرر بسوء المشاركة، فإن بدا الصلاح في بعض الجنس في حائط، فباع منه ما لم يبد فيه الصلاح مفردًا من غير شرط القطع، ففيه وجهان، أحدهما: يجوز، لأنا جعلناه في حكم ما بدا فيه الصلاح فجاز إفراده بالبيع، والثاني: لا يجوز لأنه إنما جعل في حكم ما بدا فيه الصلاح تبعًا لما بدا فيه الصلاح، وما أجيز بيعه تبعًا لغيره لم يجز إفراده بالبيع كالحمل.

الشرح: في هذه الجملة ثلاث مسائل، إحداها: قال الشافعي رحمه الله والأصحاب: إذا بدا الصلاح في بعض الثمرة جاز بيع جميعها، وذلك أن الله تعالى أجرى العادة بأن الثمار لا تطيب دفعة واحدة رفقًا بالعباد، فإنها لو طابت دفعة واحدة لم يكمل تفكههم بها وإنما تطيب شيئًا فشيئًا، ولو اشترط في كل ما يباع طيبه في نفسه لكان فيه ضرر، فإن العذق الواحد يطيب بعضه دون بعض، وإلى أن يطيب الأخير يتساقط الأول فكان يؤدي إلى أنه إما أن لا يباع، وإما أن يباع حبة حبة، وفي كلا الأمرين حرج ومشقة وقد قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] وقال ﷺ: «بعثت بالحنيفية السمحة» وذكر الشافعي رحمه الله في «الأم» عن عطاء في الحائط تكون فيه النخلة فتزهى، والحائط بلح، قال: حسبه إذا أكل منه فليبع ولا أعلم بين العلماء خلافًا في أنه لا يشترط الصلاح في جميع المبيع، وإنما اختلفوا في مقدار ما يضبطونه به، ومذهبنا أنه يكفي بدو الصلاح في نخلة واحدة، بل في بسرة واحدة، ولا خلاف أن غير النخل من الشجر حكمه حكم النخل.

إذا عرفت هذه الجملة فقد قال الأصحاب: إذا بدا الصلاح في بعض الثمرة دون بعض ـ نظر إن اختلف الجنس ـ لم يكن بدو الصلاح في أحد الجنسين صلاحًا في الجنس الآخر، حتى لو باع الرطب والعنب صفقة واحدة، وبدا الصلاح في أحدهما دون الآخر وجب شرط القطع في الجنس الذي لم يبد فيه، لا خلاف في ذلك عندنا، وقال الليث بن سعد: يجوز، ويكون ذلك صلاحًا لجميع أجناس الثمار في ذلك البلد. وإن اتحد الجنس والنوع والبستان والصفقة والملك جاز البيع من غير شرط القطع بلا خلاف.

وإن اختلف شيء من هذه الأشياء ففيه صور، الأولى: أن يختلف النوع كالمعقلي والبرني، فيبيع النوع الذي بدا صلاحه: والنوع الذي لم يبد صلاحه من جنسه في ذلك البستان صفقة واحدة، وفيه وجهان مشهوران في طريقتي العراقيين، والخراسانيين، كالوجهين في نظير ذلك في التأبير، والأصح: عند الرافعي التبعية، وأن حكمه وحكم التأبير واحد، وذلك مقتضى إطلاق المصنف رحمه الله تعالى، وهو قول ابن خيران وأبي علي الطبري على ما حكاه أبو الطيب عنهما، وبه جزم البندنيجي فيما نقل عنه، وهو الذي نص عليه الشافعي على ما حكاه أحمد بن بشرى عن «الإملاء» أنه قال فيه: إذا كان في حائط برني وعجوة وصيحاني فبدا صلاح الجنس جاز بيع الجميع.

وأما قوله في الصرف: فإن كان نخلًا وعنبًا أو غيره، وبدا صلاح صنف منه فلا يجوز أن يبيع واحدًا منهما بحاله، فلا ينافيه، فإن معنى هذا أن يفرده بالبيع، ومعنى الأول أن يبيع الأصناف جملة، فهذا النص المنقول عن «الإملاء» صريح لا يقبل التأويل، لكن القاضي أبا الطيب قال أن الصحيح الذي ذكره القاضي أبو حامد في «الجامع»، ونص الشافعي عليه في «البويطي»، أنه لا يكون بدو الصلاح في النوع الآخر، لأنه قد نص أن الصلاح إذا بدا في الثمرة الصيفية فإنه لا يكون بدوًا له في الثمرة الشتوية، فكذلك في النوعين مثله سواء.

قلت: ولا حجة في هذا لأن الثمرة الشتوية والصيفية يختلفان في الوقت اختلافًا ظاهرًا بعيدًا والنوعان من الثمرة الواحدة متقاربان غالبًا، نعم إن فرض نوعان أحدهما شتوي والآخر صيفي، فينبغي أن يكون الأمر كما قال القاضي أبو الطيب، فإنا إنما نعتبر بدو الصلاح لكونه وقتًا يغلب على الظن فيه أمنها من العاهة، ولا شك أن بين صلاح الشتوية والصيفية من الزمان ما لا يوثق بذلك فيه، وكلام الشافعي الذي قاله قال: وصلاح الثمرة إذا احمرت أو اصفرت في الحائط نخلة واحدة فقد جاز بيعه وإن كان بعضه شتويًا وبعضه صيفيًا، فلا يجوز إلّا أن يبيع كل واحد منهما على حباله، وظاهر هذا الكلام أنه في الجنس الواحد، وأما حمله على الجنسين فبعيد.

وإذا كان في الجنس الواحد فلا وجه حينئذٍ بأن يقال بأن بعض الأنواع تابع لبعض. وإن كان بعضها شتويًا وبعضها صيفيًا، لمخالفة نص الشافعي، فإما أن يقال: إن ذلك شاهد، لأن اختلاف النوع يؤثر في قطع التبعية مطلقًا كما قال القاضي أبو الطيب، وإما أن يقال: أنه يفرق في الأنواع بين ما يتقارب إدراكها فيحكم فيها بالتبعية، وبين ما يتأخر فلا يحكم، بل لا ينظر إلى اختلاف الأنواع، بل

إلى تفاوت الزمان، حتى لو كان نوع واحد معقلي مثلًا، منه ما يكون في الصيف، ومنه ما يكون في الشتاء، لا يجعل أحدهما تابعًا للآخر في الصلاح، فهذا هو الأقرب لكلام الشافعي المذكور، والمعنى والفقه يقتضيه كان المقصود هنا الأمن من العاهة كما تقدم التنبيه عليه.

فالقول بأن اختلاف الأنواع لا أثر له وإن اختلف الزمان، مخالف لنص الشافعي في «البويطي»، وإلحاقه بالتأبير غير متجه لاختلاف المدرك في التأبير، والقول بأن اختلاف الأنواع مؤثر مطلقًا مخالف لنصه المنقول عن «الإملاء»، وهذا الذي قلته يحسن أن يكون وجهًا ثالثًا، وبه يحصل الجمع بين النصوص التي نقلت عن الشافعي، ويمكن أن يحمل كلام الشافعي في الصيفي والشتوي على الجنسين إن لم يكن فيه ما يدفعه قال ابن أبي عصرون: وإذا كان في البستان جنسان يتباعد إدراكهما كالصيفي والشتوي، وبدا صلاح الصيفي، لا يتبعه الشتوي، والله تعالى أعلم.

ومن العجب أن ابن خيران اختار فيما إذا أبر بعض الأنواع دون بعض أن غير المؤبر لا يتبع المؤبر، واختار أن النوع الذي لم يبد صلاحه يتبع الذي بدا صلاحه، والقاضي أبو الطيب نقل ذلك عنه في المسألتين، وهو مشهور عنه في المسألة الأولى، وقد قدمت الفرق بين التأبير وبدو الصلاح واختلاف مأخذيهما، فلذلك لا تناقض بين كلاميه، وقال القاضي أبو الطيب: أنه ومن وافقه في مسألة بدو الصلاح استدلوا بأن هذه الأنواع تضم إلى ما بدا صلاحه في الزكاة، فمتى وجد منها وسقان ونصف ومن هذه التي بدا صلاحها وسقان ونصف، وجبت الزكاة، قال: وهذا الذي ذكروه ينتقض بما نص عليه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ من الثمرة الشتوية مع الصيفية، فإنها لا تتبعها في بدو الصلاح، وإن كانت تضم إليها في الزكاة، فإطلاق كلام المصنف رحمه الله تعالى يقتضي أنه لا فرق بين أن يختلف النوع أو لا، ولا فرق بين أن يختلف الزمان أو لا، وقد علمت ما فيه، والله أعلم.

وقول المصنف: ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من جنس آخر قد قدمت أن ذلك لا خلاف فيه عندنا، وأن الليث بن سعد خالف فيه، وردوا عليه بأنه يلزمه بيع العنب قبل أن يسود، وهو خلاف الحديث الصحيح.

الصورة الثانية: أن يختلف البستان كما إذا بدا الصلاح في جنس في بستان، وله بستان آخر، فيه من ذلك الجنس لم يبد فيه الصلاح، فباعهما صفقة واحدة فالمشهور من المذهب أنه لا يصح، وأن صلاح أحدهما لا يكون صلاحًا للآخر، وادعى القاضي أبو الطيب أنه لا خلاف فيه، وبذلك جزم الماوردي وجميع

العراقيين، ومال الإمام إلى خلاف ما قالوه، سيما إذا لم يتباعد، وليس بينهما إلا جدار، ولأجل ذلك أثبت الغزالي في المسألة وجهين أخذا من تفقه الإمام، وتبعه الرافعي، وظاهر نص الشافعي يشهد لما قاله العراقيون، فإنه قال في «الأم» و«الحوائط» تختلف بتهامة ونجد والسقيف، فيستأخر إبار كل بلد بقدر حرها وبردها، وما قدر الله من إبانها، فمن باع حائطًا منها لم يؤبر فثمرته للمبتاع، وإن أبر غيره لأن حكمه به لا بغيره، ولذلك لا يباع منها شيء حتى يبدو صلاحه وإن بدا صلاح غيره، وسواء كان نخل الرجل قليلًا أم كثيرًا إذا كان في حظار واحدة وبقعة واحدة في غير حظار فبدا صلاح واحدة منه حل بيعه ولو كان إلى جنبه حائط آخر له أو لغيره فبدا صلاح حائط غيره الذي هو إلى جنبه لم يحل بيع ثمر حائطه بحلول بيع الذي إلى جنبه.

هذا كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، وهو صريح بعدم التبعية إذا اختلف البستان والملك وظاهر في عدم التبعية عند اختلاف البستان وحده، وإن كان قد اقتصر على قوله: حائط غيره، ففي كلامه المذكور مواضع ترشد إلى إطراد الحكم في حائطه الآخر، والله أعلم.

فإذا قلنا بالمشهور فباعها فيجب اشتراط القطع في الذي لم يبد صلاحه، فإن باعها على الإطلاق بطل فيما لم يبد صلاحه، وفي الذي بدا صلاحه قولًا تفريق الصفقة، قاله الماوردي فأما إذا أفرد البستان الذي لم يبد صلاحه بالبيع وقد بدا الصلاح في الذي إلى جانبه فقد تقدم أن كلام الرافعي رحمه الله يقتضي جريان خلاف فيه، ولم أقف عليه لغيره، وصرح جماعة بالجزم بخلافه، وقال الإمام: إنه رأى الطرق متفقة على خلافه، وأن ذلك يشير إلى ما ذكره العراقيون من اعتبار اتحاد البستان.

الصورة الثالثة: أن تختلف الصفقة مع اتحاد البواقي، كما إذا بدا الصلاح في نوع فباع من ذلك النوع في ذلك البستان ما لم يبد صلاحه منفردًا من غير شرط القطع، ففيه وجهان مشهوران في طريقتي العراقيين والخراسانيين، وبعضهم يقول: قولان، أحدهما: يجوز من غير شرط القطع لما ذكره المصنف، والثاني: وهو الصحيح عند القاضي أبي الطيب وابن أبي عصرون والرافعي أنه لا يصح، ورتب القاضي حسين هذين الوجهين على الوجهين فيما إذا جمع النوعين صفقة واحدة، وإن قلنا: هناك لا يستتبع فههنا أولى، وإلا ففيه وجهان.

فرع: قال: بعتك هذا بكذا، وهذا بكذا، فالظاهر أن الحكم كذلك نظرًا لتفصيل الثمن، وجوز ابن الرفعة أن يأتي فيه وجه بالجزم بالصحة، كما هو وجه

أيضًا فيما إذا قال: بعتك هذا بدرهم، وأجرتك هذا بآخر، فقال المخاطب: قبلتهما نظرًا إلى الجمع في القبول.

الصورة الرابعة: أن يختلف الملك مع اتحاد الجنس والنوع والبستان، قيل: يجوز لمن لم يبد الصلاح في ملكه لأجل اتحاد البستان، فإن طباعه واحدة، وقد بدا الصلاح في ذلك النوع في الجملة، أو لا يجوز نظرًا إليه في نفسه، فيه وجهان، وقد علمت في الصورة الثالثة أن الصحيح عدم الصحة لأجل إفراد ما لم يبد صلاحه بالمبيع، والمالك الواحد، فههنا أولى بعدم الصحة قال الرافعي رحمه الله تعالى: وقياس ذكر الوجهين ههنا عند اتحاد البستان واختلاف الملك أن يكونا في التأبير كذلك، وإن لم يجر لهما ذكر، والظاهر أنه لا يعتبر في الموضعين اتحاد الملك.

الصورة الخامسة: أن يختلف البستان والنوع مع اتحاد البواقي، فمقتضى كلام الرافعي إثبات خلاف في ذلك، ولم أره لغيره، وكيفما كان، فالصحيح عدم التبعية عند تعدد البستان فعند تعدد البستان والنوع أولى.

الصورة السادسة: أن يختلف البستان والنوع والصفقة، فبفرد النوع الذي لم يبد صلاحه من أحد البستانين، اعتمادًا على بدو الصلاح في النوع الآخر، من البستان الآخر الذي لم يبلغه فمقتضى كلام الرافعي إثبات خلاف فيه أيضًا، ولم أره، وهو في غاية البعد وقال الإمام: أنه لم يختلف علماؤنا فيه فلا يقال: الوقت وقت بدو الصلاح، فتجعل الثمار المبيعة كأنها مزهية، هذا لا قائل به، وكأنه أوجب للرافعي ذلك إجمال الكلام وعدم إفراد كل صورة بالذكر، والله أعلم.

الصورة السابعة: أن يختلف البستان وتعدد الصفقة مع اتحاد البواقي، وقد تقدم ذكرها في آخر الصورة الثانية، فهذه سبع صور، وقبلها صورتان وإذا اتحد الجميع واختلف الجنس فتصير تسعًا.

واعلم أن الصور الممكنة من الاختلاف في ذلك ست عشرة هذه التسع المذكورة، وسبع أخرى، وهي العاشرة، الأولى: أن يتحد الجميع، الثانية: أن يختلف الجنس، الثالثة: أن يختلف النوع، الرابعة: أن يختلف البستان، الخامسة: أن تختلف الصفقة، السادسة: أن يختلف الملك، السابعة: أن يختلف النوع والبستان، وهذه السبع تقدمت.

الثامنة: أن يختلف النوع والصفقة، فيبيع صاحب البستان نوعًا لم يبد صلاحه منفردًا اعتمادًا على بدو الصلاح في نوع آخر عنده، وقد تقدم أن الصحيح عند تعدد الصفقة وحدها عدم التبعية، فههنا أولى ولا يبعد أن يجري فيها خلاف إذا جعلنا النوعين كالنوع الواحد وإطلاقهم يقتضي ذلك، لكن الفوراني جزم بأنه لا يكون

حكمه حكم المؤبر. وكذلك يقتضيه كلام الغزالي في «البسيط»، وقد تقدم في التأبير بحث في إثبات الخلاف فينظر هناك.

التاسعة: أن يختلف النوع والملك مع اتحاد الصفقة، كما إذا باع عن نفسه نوعًا، وعن موكله نوعًا في بستان واحد بدا صلاح أحدهما، ولم يبد صلاح الآخر، وقلنا: إن الصفقة لا تتعدد، وفرعنا على أن مثل هذا مبيع يصح فهل يصح من غير شرط القطع اعتمادًا على أن الصفقة واحدة أو لا، اعتمادًا على تعدد الملك؟ لم أر فيه نقلًا.

العاشرة: أن يختلف البستان والصفقة، فيفرد الشخص من بستان له بيع ما لم يبد صلاحه اعتمادًا على بدو الصلاح في ذلك النوع من بستان له آخر وقد تقدم.

الحادية عشرة: أن يختلف البستان والملك فيبيع شخص عن نفسه نوعًا من بستانه وعن موكله في ذلك النوع من بستان آخر، وقد بدا الصلاح في أحدهما دون الآخر، وفرعنا على صحة مثل هذا البيع، فلم أر في ذلك نقلًا.

الثانية عشرة: أن تختلف الصفقة والملك فيبيع ما لم يبد صلاحه اعتمادًا على بدو الصلاح في ملك غيره من ذلك النوع في ذلك البستان، ولم أر فيه نقلًا.

الثالثة عشرة: أن يتحد النوع مع اختلاف الثلاثة فيفرد نوعًا اعتمادًا على بدو الصلاح في نوع آخر من بستان غيره فإن صح ما تقدم عن الرافعي في إفراد أحد البستانين فلا يبعد أن يأتي في هذه الصورة أيضًا خلاف والصحيح المنع.

الرابعة عشرة: أن يتحد البستان مع اختلاف الثلاثة فيبيع نوعًا اعتمادًا على بدو الصلاح في نوع آخر من ملك غيره في ذلك البستان ولا يبعد مجيء خلاف فيه والصحيح المنع.

الخامسة عشرة: أن تتحد الصفقة مع اختلاف الثلاثة.

السادسة عشرة: أن يتحد الملك مع اختلاف الثلاثة، ولم أر فيهما نقلًا، ولا يخفى تخريجهما على ما تقدم، والله أعلم. والمذهب في جميع هذه الصور عدم التبعية إلا فيما إذا اتحد الجميع، فيصح بلا خلاف، أو اختلف النوع فقط، وفي التصحيح خلاف كما تقدم، وبقية الصور كلها لا بد من شرط القطع فيما لم يبد صلاحه إما جزمًا أو على المذهب، والله أعلم.

فائدة: النظر في هذه المسائل كلها هل هو لسوء المشاركة؟ أو لعسر التمييز؟ كلام الجمهور يقتضي الأول، ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين الثمار والزروع وإن كان كثير من الأصحاب إذا تكلموا إنما يذكرون البستان والثمار، فليس إلا على جهة ذكر بعض أفراد المسألة، وممن صرح بذلك صاحب «التتمة»، قال: إنه إذا اشتد

بعض السنابل كان كالثمار إذا بدا الصلاح في بعضها، لكنه فرض ذلك فيما إذا تسنبل جميع الحب والظاهر أن ذلك منه ليس على سبيل الاشتراط، فإنه لو تسنبل بعض الحب واشتد، وبعضه إلى الآن بقل، فقياس المذهب أن يبيع، ويحتمل أن يقال: يجري فيه الخلاف فيما إذا أطلع بعد البيع هل يبيع المؤبر حالة البيع.

ولو باع البطيخ على أصوله بعد بدو النضج والإدراك جاز مطلقًا وبشرط التبقية كالثمار، حتى لو أدرك بطيخة واحدة من جملة الأرض التي زرع فيها البطيخ وباع الجميع جاز، ويدخل في العقد كل ما هو موجود من ثمرة، ويترك حتى يلتحق الصغار بالكبار، قاله صاحب «التتمة».

ولا يجوز بيع الجزر والفجل والسلق في الأرض لاستتاره وجهالته، ويخالف الغائب لأنه لا يمكن الاطلاع عليه إلا بالقلع، وذلك عيب فيه، قاله في «التتمة» وغيرها، وقد تقدم ويصح بيع القبيط في الأرض بشرط القطع، إن لم يكن بلغ الحد الذي يقصد تناوله فيه، وإن بلغه فيجوز مطلقًا، وبشرط التبقية، ويترك حتى تلتحق الصغار بالكبار كالخيار والباذنجان، لأن ما هو المقصود منه ظاهر، وإنما المستتر بالأرض عروقه وهي غير مقصودة، قاله في «التتمة». والسلجم إن كان المعظم منه ظاهرًا فكالقبيط، وإن كان في الأرض فكالفجل والسلق، قاله في «التتمة» أيضًا.

فرع: إذا باع شيئًا من ثمرة البطيخ والقثاء والخيار والباذنجان وما أشبه ذلك منفردًا عن الأصل ـ نظرت فإن كان قبل بدو الصلاح فيها ـ لم يجز إلا بشرط القطع، وإن كان بعد بدو الصلاح في بعض الجنس جاز بيع جميع ذلك الجنس في ذلك القداح من غير شرط القطع، لأنه في معنى ثمرة الشجرة فكان حكمه في ذلك حكمها، قاله في «الاستقصاء».

فرع: ولا يجوز في شيء من ذلك أن يبيع ما ظهر من الثمرة، أو الورد وما يظهر بعد ذلك في سنته، وبه قال أبو حنيفة وأحمد، وقال مالك: يجوز.

فرع: لا خلاف أنه لا بد من وجود الصلاح في شيء، وقول الغزالي: اتفقوا على أن وقت بدو الصلاح كاف، محمول على ذلك، وكذلك المراد في إقامة وقت التأبير مقام التأبير، ونبهت على ذلك لئلا يتوهم من اعتبار الوقت أنه لا يشترط وجود الصلاح بعد حضور وقته. ولا قائل به، وإنما أطلق الغزالي هذه العبارة. لأن العادة أن الوقت إذا حضر فلا بد أن يوجد في بعض، والله أعلم.

فرع: إذا كان بستانان فيهما زرع واحد فبدا الصلاح في أحدهما قال العبدري: فإنه لا يكون صلاحًا في الآخر. ويصح إفراد هذا بالبيع دون الآخر. لا يختلف المذهب فيه. هذا قول العبدري في «الكفاية» وذكر ذلك بيانًا لحكم مثله

في النخل، فإن كان عنده أن النخل أيضًا لا يختلف فيه فهو المشهور الموافق لطريقة العراقيين كما تقدم، وإن كان هذا في الزرع بخصوصه فيحتاج إلى فرق، والله أعلم.

فرع: وقد تفهم من كلام بعض الأصحاب أن منهم من قال باعتبار وقت بدو الصلاح أو وقت التأبير. ويجعل ذلك بمثابة التأبير نفسه. ومعنى ذلك أنه إذا اتحد النوع واختلفت الصفقة أو بالعكس مع حصول التأبير في الجملة أما اعتبار الوقت من غير تأبير أصلًا فهذا لم يقل به أحد من أصحابنا وكذلك في بدو الصلاح، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا ابتاع زرعًا أو ثمرة بعد بدو الصلاح لم يكلف قطعه قبل أوان الحصاد والجذاذ، لأن العادة فيها تركها إلى الحصاد والجذاذ، فلم يكلف نقله قبله، كما نقول فيمن اشترى متاعًا بالليل: أنه لا يكلف نقله إلا بالنهار، فإن احتاجت الثمرة أو الزرع إلى السقي لزم البائع ذلك، لأنه يجب عليه تسليمها في حال الجذاذ والحصاد، وذلك لا يحصل إلا بالسقي فلزمه.

الشرح: اتفق الأصحاب على أنه يجب على البائع التخلية إلى أوان الحصاد في الزروع، والجذاذ في الثمرة والمخالف في هذه المسألة أبو حنيفة رحمه الله، لأنه يقول: بيع الثمرة مطلقًا ينزل على القطع، ويجب قطعها في الحال، وقد تقدم الكلام معه قريبًا فأغنى عن إعادته وبينا أيضًا فيما تقدم ما يعتبر من العادة وما لا يعتبر من العادة ومن جملة ما تمسكوا به مما يحسن ذكره هنا أن موجب الشرع تفريغ ملك البائع، وأجاب أصحابنا بأن أصل التفريغ مقول به وكيفيته تتلقى من العرف بدليل ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى من أن من اشترى طعامًا أو متاعًا بالليل لا يكلف نقله إلا في النهار، وأما السقي فجمهور جماعات الأصحاب أوجبه على البائع وجعلوه من تمام التسليم وقطع بذلك جماعات.

وقال القاضي حسين: فيه وجهان، أحدهما: على المشتري لأن الثمرة له، والثاني: على البائع لأنه متصل بملكه، قال: ويمكن أن يقال: فيه وجهان بناء على ما لو أصابتها جائحة بعد التسليم، إن قلنا: يتلف من ضمان المشتري فالسقي عليه، وإن قلنا: من ضمان البائع فالسقي عليه.

قلت: وكذلك الشاشي في «الحلية» حكى الوجهين في وجوب السقي على البائع وجعل أصلهما القولين في وضع الجوائح لكن المذهب الجديد أنها من ضمان المشتري والمذهب أن السقي على البائع، وهو من جملة ما يستدل به للقديم، كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى، وقد أطلق الأصحاب وجوب السقي فينبغي أن يكون

ذلك إذا باعها مطلقًا أو بشرط التبقية، أما إذا باعها بشرط القطع بعد الصلاح أو قبله فلا، ويؤيد ذلك أنهم في وضع الجوائح حكوا طريقة قاطعة عن القفال فيما إذا باعها بشرط القطع أنها من ضمان المشتري، قالوا: إذ لا يجب السقي عن البائع هنا، فالاستدلال بهذا وعدم رده يدل على أنه محل وفاق، لكن لنا طريقة أخرى هناك قاطعة بأنها من ضمان البائع، وطريقة وهي الأظهر عند الرافعي أنها على القولين، فيحتمل أن يكون أصحاب هاتين الطريقتين يوجبون السقي أيضًا وهو بعيد، لأنه لم يلتزم له الإبقاء، فينبغي أن تكون صورة شرط القطع مستثناة من وجوب السقي، ويتعين القطع بهذا لأنه له المطالبة بالقطع، فكيف نوجب عليه السقي؟ إلا أن يقال: أنه يجب عليه السقي في مدة طلب القطع إذا خيف من تركه الفساد، لأنه من تتمة التسليم، وهذا بعيد أيضًا كما لو اشترى حيوانًا ولم يقبضه لا يجب على البائع في مدة طلبه بالتسليم القيام به، ولا يجب على البائع نصب الناطور كما سيأتي التنبيه عليه في مسألة وضع الجوائح.

فرع: إلى متى ينتهي الزمان الذي يجب فيه السقي؟ يجيء من مقتضى كلام القاضي حسين والإمام وغيرهما ما سنحكيه في مسألة وضع الجوائح ثلاثة أوجه، أصحها: أنه إلى أوان الجذاذ، والثاني: يتأخر بعد ذلك زمانًا لا ينسب المشتري فيه إلى توان بترك الثمار على الأشجار، والثالث: بنفس الجذاذ، وهذا لم يصرحوا به في السقي، ولم يذكره الإمام وإنما ذكره القاضي حسين في وضع الجوائح، وسيأتي ذلك مبينا هناك.

فرع: لو شرط السقي على المشتري بطل البيع لأن السقي مجهول، نص عليه الشافعي والأصحاب وعلله بعضهم بأن السقي مجهول، وعن القاضي أبي حامد أنه ولو كان معلومًا أبطلناه أيضًا من قبل أنه بيع وإجارة في أولى قوليه، قلت: وهذه علة الشافعي رحمه الله تعالى، قال الخوارزمي: والجذاذ على المشتري على الأصح، قلت: وما أشار إليه من الخلاف يمكن بناؤه على الخلاف الذي سنذكره في نهاية وضع الجوائح هل هو بوقت الجذاذ أو بنفس الجذاذ؟ إن قلنا: بالأول فعلى المشتري، وإن قلنا: بالثاني فعلى البائع؟ لأنها لا تصير مسلمة إلا به.

فرع: قال الشيخ أبو محمد في «السلسلة»: إذا اشترى ثمرة على رؤوس الشجر بعد بدو الصلاح فتركها عليها إلى أوان الجذاذ فانقطع ماء الوادي، فإن ضرر بقاء الثمرة بالشجرة لم يجبر صاحب الشجرة على ترك الثمرة عليها، وإن لم يكن على الأشجار ضرر في التبقية ولا للثمار نفع في التبقية، ولا ضرر على الثمار بالقطع، ولو تركت على الأشجار لم تزد على حالها، ولو قطعت لم ينقص القطع

شيئًا من قيمتها فطالب البائع المشتري بقطعها، فهل يجبر على القطع؟ فعلى قولين ينبنيان على ما إذا أسلم في شيء إلى أجل معلوم، فجاء به قبل المحل، وليس في قبضه مزية، فهل يجبر على قبوله؟ فعلى قولين:

فإن قلنا: لا يجبر على القبول فلا يجبر المشتري على قطع الثمرة هنا، وإلا فيجبر. وهذا محمول على ما إذا حصلت هذه الحالة قبل أوان الجذاذ، وعلى ما إذا علم عدم عود الماء وعدم الانتفاع بالماء، أما إذا توقع النفع فلا يجبر المشتري على القطع ومن هنا أيضًا نأخذ أن مجرد انقطاع من غير حصول عيب ولا ضرر لا يثبت خيارًا للمشتري، وأن ما سيأتي من كلام الصيدلاني في ذلك محمول على ما إذا كان الانقطاع يحصل به ضرر، وقد تقدم من كلام الإمام فيما إذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع.

فرع: قريب من هذا فيما إذا أصابت الثمار آفة بحيث لا نمو أو لا فائدة في تبقيتها، هل للبائع تبقيتها؟.

فرع: باع الجمد في المجمد، وكان طوله وعرضه وعمقه معلومًا صح، ويسلم بحسب الإمكان، وفيه وجه أنه يلزمه تسليمه على العادة بأخذ الجمد منه، كل يوم وقرًا أو وقرين أو ثلاثة، قال القاضي حسين: والصحيح: الأول. وقاسه على الدار والسفينة المشحونتين، وقال الخوارزمي: الأصح: عندي أنه لا يجب تفريغها في الحال، بل على مر الأيام عادة تفريغ المجامد فعلى ما قاله القاضي حسين قد يورد هذا الفرع اعتراضًا على كلام المصنف، قال القاضي: وكذلك من اشترى حمل حطب فإنه يجب تسليمه في موضع البيع، ولا يلزمه حمله إلى بيته، وإن كانت العادة قد تقضي بذلك.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز، أو اشترى حنطة فلم يقبض حتى انثالت عليها حنطة أخرى ففيه قولان، أحدهما: ينفسخ البيع، وهو الصحيح لأنه تعذر التسليم المستحق بالعقد، فإن البائع لا يلزمه تسليم ما اختلط به من ماله، فإن رضي البائع بتسليم ماله لم يلزم المشتري قبوله، وإذا تعذر تسليم المعقود عليه بطل العقد كما لو تلف المبيع، والثاني: لا ينفسخ، لأن المبيع باق، وإنما انضاف إليه زيادة فصار كما لو باع عبدًا فسمن، أو شجرة فكبرت. فإن قلنا: لا ينفسخ. قلنا للبائع: إن سمحت بحقك أقر العقد. وإن لم تسمح فسخ العقد.

الشرح: هذا الفصل معقود لحكم اختلاط الثمار، وألحق به ما في معناه من اختلاط المبيع بغيره. وذلك على مراتب، المرتبة الأولى: وعليها اقتصرت في هذه القطعة من كلام المصنف. أن تكون الثمرة مبيعة فتختلط بغيرها، وذلك إما فيما

يحمل حملين، وإما فيما يحمل حملًا واحدًا وكان قد اشترى ما ظهر منها. إما بعد بدو الصلاح مطلقًا أو قبله بشرط القطع ـ ولم يتفق القطع ـ ثم حدثت ثمرة أخرى فإن الثمرة الحادثة لصاحب الأصل، فإذا كان ذلك قبل أن يلقط المشتري ثمره، واختلطت الحادثة بالثمرة المبيعة. فإن كانت تتميز بالكبر والصغر أو نحوهما. فإن للمشتري المتقدمة وللبائع الحادثة. نص عليه الشافعي والأصحاب من العراقيين والخراسانيين.

وإن لم تتميز، أو اشترى حنطة فلم تقبض حتى انثالت عليها حنطة أخرى. وكانت كل واحدة منهما غير معلومة القدر أو ما أشبه ذلك، ففيه قولان. اتفقت الطرق على حكايتهما، أحدهما: ينفسخ البيع، لما ذكره المصنف والمراد بالتسليم المستحق ما يجبر البائع عليه، وأما التسليم في ضمن الجميع فلا يجبر البائع عليه، ولو سمح به لا يجبر المشتري على قبولها كما لا يجبر على قبض ما اشتراه، وعين أخرى. وإذا ثبت أن المشتري لا يجبر المبتاع على القبض نقول: البيع باطل، وهذا القول منقول عن نصه في «الأم» و «الإملاء» على مسائل مالك رحمه الله، فلو قال البائع: إنما أسمح بحقي فلا أثر لذلك على هذا القول، والقول الثاني: نقله الربيع وهو اختيار المزني: أنه لا ينفسخ، وقال الغزالي والرافعي في «المحرز»: أنه الأظهر. وكذلك الجرجاني، لما ذكره المصنف ولأن الاختلاط بمنزلة العيب، فإذا سمح البائع بتسليمه كان كزوال العيب فيسقط خيار المشتري.

قال هؤلاء: والتسليم غير متعذر، فإنه يقبضه أكمل ما كان، كما لو أسلم في طعام جيد فأعطى أجود مما ذكروه، وأردأ منه، ومع ذلك يجب على المسلم قبوله وإنما لا يجب التسليم في العين المضمومة إلى المبيع إذا كانت متميزة يمكن التسليم على الانفراد، وقد قال المصنف رحمه الله: أن الصحيح الأول: وكذلك قال القاضي أبو الطيب والشاشي وابن أبي عصرون، وعن صاحب «التقريب» حكاية قول ثالث أن العقد لا ينفسخ ولا خيار، ويجعل الاختلاط قبل القبض كالاختلاط بعده، واستبعده الإمام، وحكاه الجوري عن أبي سلمة والمروزي، وحكى الروياني طريقة أنه في مسألة الحنطة قبل القبض يبطل البيع قولًا واحدًا، لأن الشافعي جعلها دليل أحد القولين في اختلاط الثمار قال: وهذا أوضح.

واعلم أن ما ذكره في تعليل كل من القولين يقتضي أن التسليم لم يوجد، ومن المعلوم أن القبض في الثمار بالتخلية، لكن وإن قلنا قبضها بالتخلية فليس ذلك بقبض تام، فإن البائع يجب عليه سقيها على المشهور من المذهب، فالتسليم التام إنما هو حين الجذاذ، وشبه جماعة من الأصحاب رضى البائع بترك حقه بالاعتراض

عن النعل فيما إذا اشترى دابة ونعلها، ثم اطلع على عيب قال الإمام: ومسألة النعل ليست خالية عن خلاف، وهذه التي نحن فيها أولى بالخلاف من تلك، فإن إلزام المشتري بطوق منة البائع فيه بعد. وفي هبة المجهول غوائل. فالمسألة إذن مختلف فيها فإن أجبرنا المشتري سقط خياره وإلا فهو على تخيره.

وقد حكى الروياني فيما إذا انثالت حنطة على الحنطة المبيعة، وسلم البائع الكل إلى المشتري وجهين في إجبار المشتري على القبول. وفيه تصريح بمساعدة الإمام، لكنه لم يحك خلافًا في مسألة الثمرة. ومع حكايته الوجهين في الإجبار في مسألة الحنطة قال: إنه لا خيار للمشتري. وهذا كلام متيح. والصواب أنا إذا لم نجبر المشتري على القبول فخياره باق، وأنه لا فرق في ذلك بين الثمار والحنطة. وقد صرح الإمام في باب الخراج بالضمان بالوجهين في الإجبار في هبة الضمان. وقال: إن الأقيس عدم الإجبار على القبول. وحكى الرافعي رحمه الله تعالى الوجهين هنا، وقال: إن الأصح سقوط خيار المشتري كما في مسألة النعل.

وقول المصنف في الثمرة: فلم يأخذ. وفي الحنطة: فلم يقبض. له معنى أنبه عليه عن قرب. وقوله: حتى انثالت عليها حنطة أخرى هو بإطلاقه شامل لما إذا كانا معلومي القدر أو لا. لكن صورة المسألة فيما إذا لم يكونا معلومي القدر على ما سيأتي التنبيه عليه في فرع عن الماوردي. وقول المصنف رحمه الله تعالى: فإن قلنا: لا ينفسخ. قلنا للبائع: إن سمحت بحقك أقر العقد، وأجبرنا المشتري على القبول. كذلك صرح به الأصحاب الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما. وقد تقدم عن الإمام ما فيه.

وقوله: وإن لم يسمح البائع فسخ العقد. أي يفسخه الحاكم بينهما. كذلك صرح به الأصحاب، منهم الماوردي والقاضي أبو الطيب. ولا يقال للمشتري ههنا: أنكر تسليم المبيع والثمن جميعًا إلى البائع، لئلا يفوز البائع بالعوض والمعوض وما ذكره المصنف من الفسخ عند امتناع البائع كالمتفق عليه بين الأصحاب على هذا القول وفي «تعليق القاضي حسين» أنه يفصل الخصومة بينهما بالتداعي. وهو يوافق ما تقدم عن صاحب «التقريب».

فرع: لو انثال على الحنطة المبيعة بعد قبضها حنطة أخرى فالبيع صحيح وهما مالان اختلطا، فإن اصطلحا على شيء كان القول قول من الشيء في يده في قدر ما لصاحبه. قال أبو إسحاق: وصورته أن يكون المشتري ترك الطعام وديعة عنده فاختلط. وأما في مسألة الثمرة فالقولان جاريان، سواء اختلطت الحادثة بالخارجة بعد القبض بالتخلية أم قبله. وقال المزني رحمه الله تعالى: إنما القولان في

المسألتين قبل القبض. فإن كان بعد القبض فالبيع صحيح فيهما قولًا واحدًا، وغلطه الشيخ أبو حامد، وفرق هو والأصحاب بأن الطعام إذا قبض استقر العقد والثمرة ـ إن قلنا بالقول الجديد: أنها من ضمانه ـ فإن كمال القبض فيها على البائع، بدليل أن عليه السقي، وبدليل أنها لو عطشت كان للمشتري الخيار.

قلت: ولهذا المعنى قال المصنف في الثمرة، فلم يأخذ، وفي الحنطة: فلم يقبض، فلم يأت في الثمرة بلفظ القبض، بل بلفظ الأخذ، والمراد به أخذها من على الشجرة، وأما القبض فمتقدم على ذلك وإن اختلطت الثمار بعد الجذاذ أو في الجرين، أو غيره لم ينفسخ قولًا واحدًا، وإنما القولان بعد التخلية، لأن القبض لم يستقر، ألا ترى أن الثمرة إذا عطشت ولم يتمكن البائع من السقي كان للمشتري ردها بالعيب، قاله القاضي أبو الطيب وغيره، وهذا منهم بناء على الصحيح المشهور أنه يجب على البائع السقي، وقد حكى القاضي حسين ـ رحمه الله ـ فيه وجهين، وبناهما على أن الحاجة من ضمان البائع، أو من ضمان المشتري، وهو غريب في النقل. ومثله في الغرابة ما ارتضاه الإمام والغزالي من أن الاختلاط في الثمار بعد التخلية مبني على وضع الجوائح.

فإن قلنا: توضع كما كان قبل القبض، وإلا فيتفاصلان بالخصومة أو الإصلاح، فعلى ذلك لا يأتي على «الجديد» إلا أن البيع صحيح قولًا واحدًا كما ذهب إليه المزني، وهو خلاف ما أطبق عليه العراقيون، فقد تلخص في اختلاط الثمار أنه إن كان قبل التخلية جرى القولان باتفاق الطرق وقياس الطريقة التي قالها الروياني في الحنطة أن يقال هنا: أنه يبطل قولًا واحدًا. وإن كان بعد الجذاذ فالبيع صحيح قطعًا وإن كان بعد التخلية وقبل الأخذ فالمشهور وهو طريقة العراقيين جريان القولين قبل التخلية، واختار المزني والإمام والغزالي على «الجديد» أنه كما بعد الجذاذ، فالمصنف حينئذ جرى على طريقة العراقيين وهي الصحيحة وممن اختارها القاضي حسين من الخراسانيين، وقد أغرب المتولي فحكى في كتاب الرهن أنه لا فرق في جريان القولين في مسألة الحنطة بين ما قبل القبض وبعده، وهذا ضعيف جدًا، ويلزمه طرد ذلك في الثمار بعد الجذاذ.

فرع: لو باع الحنطة منه مكايلة وسلمها إليه جزافًا ثم اختلطت بحنطة للبائع، قال القاضي حسين: يخرج على القولين.

فائدة: إذا انتهى الأمر إلى الخصومة وقبول قول ذي اليد قال الإمام: سبيله في الخصومة أن لا يتعرض للبيع، فإنه إذا ادعى بيعًا في الصاعين فسينكره البائع ثم يرجع إلى اختلاف المتبايعين في قدر المبيع.

فرع: اليد في الثمار بعد التخلية وقبل القطاف للبائع أو للمشتري أو لهما؟ ثلاثة أوجه نقلها الإمام. قال ابن أبي الدم: ومقتضاه أنا متى جعلنا الثمار في يد واحد فالقول قوله، وإن قلنا: أنها في يدهما فلم يذكر الإمام ولا الغزالي ما يقتضيه هذا الوجه، ومقتضاه أن يقسم القدر المتنازع بينهما نصفين، ولكل منهما تحليف صاحبه، وفي كيفيته وجهان كالوجهين في عين في يد رجلين كل منهما يدعي جميعها، أحدهما: يحلف على استحقاقه النصف الذي يسلم إليه، والثاني: على استحقاقه الكل والأول أصح. وهذه المسألة مذكورة في «الدعاوى».

فرع: قد تقدم حكاية الخلاف في الصحيح في هذه المسألة، وأن الغزالي والرافعي قالا: إن الأظهر عدم الانفساخ وفيه نظر، لأنهما يوافقان على أنه لو باع الثمرة التي يغلب تلاحقها أن البيع لا يصح فإن كان التلاحق الطارىء غير مانع من التسليم بل هو عيب، فينبغي أن لا يبطل في صورة العلم بطريانه، وإن كان مانعًا من التسليم فينبغي إذا طرأ قبل القبض أن ينفسخ العقد كتلف المبيع.

فرع: قد تقدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع: إن سمحت بحقك أقر العقد كما قال المصنف، وهكذا هو في «مختصر المزني»، وقال: إن البائع بالخيار، والغزالي والرافعي لم يذكرا ذلك، وإنما قالا: إنه يثبت للمشتري الخيار، قال الرافعي: فإن قال البائع: أسمح ففي سقوط خيار المشتري وجهان، والمفهوم من إثبات الخيار للمشتري أنه إذا لم يسمح البائع، فالمشتري يفسخ، وقد قدمت عن أبي الطيب وغيره أن الفاسخ هو الحاكم، وأيضًا قياس قول الرافعي: إن ذلك من باب العيوب، فيكون على الفور إلا أن يسقطه البائع بترك حقه، فلو لم يفعل وأخر المشتري الفسخ سقط حقه، وهو خلاف ما يفهم من كلام الأصحاب.

فائدة: قال الإمام: ولو اعترفا ـ والاختلاط بعد القبض ـ بالالتباس، ورضيا بأن لا يفسخ العقد، رجع الكلام إلى الوقف والاصطلاح، فقوله: ورضيا بأن لا يفسخ العقد لا حاجة إليه، لأنه إن كان بعد القبض التام فلا خيار ولا يفسخ، وإن كان بعد القبض بالتخلية فعنده كذلك، وإنما يأتي هذا الكلام عند الأصحاب على أحد القولين بعد التخلية إذا قلنا بعدم الانفساخ، فحينئذٍ إذا رضيا بأن لا يفسخ العقد يرجع الأمر إلى الاصطلاح كما بعد القبض.

فرع: هكذا الحكم في بيع الباذنجان في شجره إذا بلغ نهايته لم يحتج إلى شرط القطع، ولو كان البعض صغارًا والبعض كبارًا فإنه يترك حتى يتلاحق، فإن كان الكل صغارًا لم يجز إلّا بشرط القطع، فلو باع في الحالتين ثم ظهر شيء آخر واختلط بالمبيع جرى القولان، وكذلك الخربز وهو البطيخ وهكذا القثاء والخيار،

وكل ما له حمل بعد حمل، على ما ذكره المزني والأصحاب، فلو كان المبيع شجر الباذنجان فسيأتي في الفصل الذي بعد هذا.

فرع: فيه تنبيه على تقييد كلام المصنف، لو اختلط الطعام المبيع بغيره قبل القبض، وكان أحدهما معلوم القدر، وذلك بأحد ثلاثة أوجه، إما: أن يكون كل منهما معلوم الكيل، وإما أن يكون المبيع منهما معلومًا، فيعلم بعد استيفاء كيل المبيع قدر ما ليس بمبيع، وإما أن يكون غير المبيع معلومًا فيعلم بعد استيفاء كيل ما ليس بمبيع قدر المبيع. فإذا كان المبيع معلوم القدر بأحد هذه الوجوه الثلاثة فقد صار مختلط العين متميز القدر، وتميز القدر يمنع من الجهل، وهو أقوى المقصودين، فصح البيع واختلاط العين مغير للصفة مع تفاوت الأجزاء، فصار عيبًا يوجب الخيار، فوجب أن يكون البيع جائزًا، وللمشتري الخيار، فإن فسخ رجع بالثمن، وإن أقام صار شريكًا للبائع على قدر الحصتين.

وإن كان الطعامان متماثلي القيمة تقاسماه كيلًا، وإن كان مختلف القيمة بيع، وكانا شريكين في ثمنه على قدر قيمة الطعامين إلّا أن يتراضيا بقسمة ذلك كيلًا، على الحصص دون القيمة فيجوز. ذكر هذا الفرع بكماله الماوردي، وهو ينبه على أن محل جريان الخلاف في الانفساخ، إنما يكون عند الجهل بالمقدار، ولذلك قيدت كلام المصنف، فإنه مطلق، والله أعلم، وكذلك كلام كثير من المصنفين وأما الثمار فلا تكون إلّا مجهولة المقدار، والله أعلم.

فرع: قد تقدم أنه إذا كان اختلاط الطعام بعد القبض لا ينفسخ العقد، والعقد صحيح بحاله، وكذلك الثمرة إذا كان بعد الجذاذ، فإن كان قدر الطعام أوالثمرة معلومًا بأحد الأوجه التي مضت تقاسماه على ما تقدم، وإن كان قدر الطعام مجهولًا والفرض أنه بعد القبض فلا ينفسخ العقد، وإن تراضيا على شيء واتفقا عليه جاز، واقتسماه على ذلك. وإن اختلفا فإن كانت صبرة المشتري قد انثالت على صبرة البائع فالقول قول البائع في قدر ماله مع يمينه، لأن اليد له. وإن كانت صبرة البائع انثالت على صبرة المشتري فالقول قول المشتري في قدر ماله من مال البائع مع يمينه، وقال المزني: القول قول البائع. لأن يده قد كانت على الطعامين معًا. وكان أعرف بقدرهما من المشتري المستحدث اليد. قال الماوردي: وهذا خطأ. لأن ما وجب اعتبار اليد فيه كانت اليد الثانية أولى أن تكون معتبرة من اليد المرتفعة كسائر الحقوق، قلت: والصواب ما قاله الماوردي وقد قاله غيره وتقدم ذلك مختصرًا. وليس من لازم التصوير الذي أطلقه المزني أن تكون اليد للبائع. فقد تكون صبرته في يد غيره، والله أعلم.

فرع: لو صدر الخلط من البائع أو المشتري عن قصد كان الحكم كذلك كما يقتضيه لفظ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأم».

فرع: قال القاضي حسين: إن القولين في الانفساخ في مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها ينبنيان على تلف المبيع في يد البائع قبل القبض، لا خلاف أنه ينفسخ العقد ولأي معنى ينفسخ؟ فيه معنيان، أحدهما: لتعذر التسليم، والثاني: لوقوع اليأس عن التسليم إن قلنا: بالأول انفسخ العقد ههنا وإلّا: فلا، لأنه يمكنه تسليم الكل. قال: ويخرج على هذين المعنيين مسائل منها: إذا باع درة ووقعت قبل القبض في لجة البحر ينفسخ العقد لوجود المعنيين. وإن وقعت في واد، إن قلنا بالأول انفسخ وإلّا فلا ومنها: لو باع عصفورًا ثم اختلط بعصافير البائع قبل القبض، أو حنطة فانثالت عليها حنطة أخرى للبائع. إن قلنا بالأول انفسخ وإلّا فلا، ومنها: إذا باع عبدًا فأبق قبل القبض، عامة أصحابنا على أن البيع لا ينفسخ. وقال أبو يعقوب الأبيوري: كل ينفسخ، قال القاضي: ويمكن تخريجه على المعنيين. وكذا لو نهبه التركمان أو غاروا عليه قبل القبض.

قلت: وفي مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها لا يظهر فرق بين تعذر التسليم وبين اليأس منه، فإنه إن أريد به تسليم المبيع وحده متميزًا فهو متعذر، ومأيوس منه. وإن أريد تسليمه في الجملة فليس بمتعذر ولا مأيوس منه وأما مسألة العصفور فقد قال الروياني في «البحر»: أنه لو باع شاة فاختلطت بقطيع لا تتميز فالمذهب أنه يبطل البيع. قال: وتفارق الحنطة لأن هناك الإشاعة لم تمنع البيع، وههنا الاشتباه مانع من العقد. وقيل: لا يبطل لأنه يمكنه التسليم بأن يقبض الكل ويكون حكمه حكم من اختلطت شاته بقطيع لإنسان. قال: وهذا لا يصح لأن الشرط في القبض أن يتسلط به على المقبوض. ويتمكن من التصرف وهذا لا يوجد بقبض الجملة.

قلت: قوله: المذهب أنه يبطل البيع، إن أراد الترجيح في الجملة، فالحنطة والثمرة كذلك، وإن أراد أنه يبطل قطعًا بخلاف الحنطة والثمرة لما لحظه من معنى الإشاعة والاشتباه فقد يقال: إن ذلك لا يستقيم، لأن الخلط ههنا لو اقتضى الإشاعة كما يقوله في باب الفلس وغيره لكان المذهب هنا أنه لا يفسخ العقد بالاختلاط، لأن المذهب هناك أنه يصير مشتركًا، وأيضًا فكان يفصل هنا بين أن يكون الخلط بالمثل والأردأ أو بالأجود، كما هو مفصل هنالك، لكن المذهب ههنا أنه ينفسخ العقد، ولم يفصل أحد بين أن يكون الخلط بالأجود أو بالمثل، فدل على الفرق بين البابين وأن الخلط إنما يقتضي الإشاعة إذا كان بعد القبض، أما قبل القبض كمسألتنا هذه فالملك غير مستقر، فيتأثر بالخلط ولا يحكم بالإشاعة.

وما ذكره الروياني يوافق وجهًا في الفلس أن البائع لا يرجع في المبيع إذا خلط مطلقًا وهو مؤيد هناك بمسألة الاختلاط هنا والمذهب هناك خلافه وفرقوا بينهما بما ذكرناه، ولو كان قول الإشاعة ملاحظًا في مسألة اختلاط الثمرة والحنطة، لكنا نقسم ذلك بين البائع والمشتري، ولم يقل به أحد ههنا فيما أعلم، وإنما القائل بعدم الانفساخ يقول بالتخيير، نعم معنى الإشاعة يجب أن يلاحظ إذا كان الاختلاط بعد القبض في الحنطة وبعد الجذاذ في الثمرة، وكذلك على القول الذي حكاه الإمام عن صاحب «التقريب»، وإن كان لم يتعرض للإشاعة، ولا ينافي ذلك ما تقدم عن الأصحاب من فصل الخصومة، لأن ذلك معرفة المقدار وبعد معرفة المقدار الذي لكل منهما يصير مشتركًا كما تقدم عن الماوردي فيما إذا كان المقدار معلومًا، ويصير حكمه حكم الاختلاط المذكور في غير ذلك من الأبواب، وفي المثليات بحكم الإشاعة على ما سنذكره إن شاء الله تعالى في باب الفلس والغصب، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذه حتى حدث حمل للمشتري واختلطت ولم تتميز، ففيه طريقان، قال أبو علي ابن خيران وأبو علي الطبري لا ينفسخ العقد قولًا واحدًا، بل يقال: إن سمح أحدكما بترك حقه من الثمرة أقر العقد لأن المبيع هو الشجر ولم يختلط الشجر بغيره وإنما اختلط ما عليها من الثمرة والثمرة غير مبيعة فلم ينفسخ البيع كما لو اشترى دارًا وفيها طعام للبائع وطعام للمشتري، فاختلط أحد الطعامين بالآخر فإن البيع لا ينفسخ في الدار قال المزني وأكثر أصحابنا: أنها على قولين كالمسألة قبلها لأن المقصود بالشجر هو الثمرة فكان اختلاطها كاختلاط المبيع. وإن اشترى رطبة بشرط القطع فلم يقطع حتى زادت وطالت ففيه طريقان، أحدهما: أنه لا يبطل البيع قولًا واحدًا بل يقال للبائع: إن سمحت بحقك أقر العقد وإن لم تسمح فسخ العقد لأنه لم يختلط المبيع بغيره، وإنما زاد المبيع في نفسه فصار كما لو اشترى عبدًا صغيرًا فكبر أو هزيلًا فسمن، الثاني: وهو الصحيح أنه على قولين، أحدهما: لا ينفسخ البيع، والثاني: ينفسخ ويخالف السمن والكبر في العبد فإن تلك الزيادة لا حكم لها ولهذا يجبر البائع على تسليم [العبد] مع السمن والكبر ولهذه الزيادة حكم، ولهذا لا يجبر البائع على تسليمها فدل على الفرق بينهما.

الشرح: فيه مسألتان هما من بقية المراتب التي تقدم التنبيه عليها من مسائل الاختلاط، إحداهما: وهي المرتبة الثانية إذا اشترى شجرة أو أرضًا فيها شجرة وعلى الشجرة المبيعة أو الداخلة في البيع من الثمرة حمل. إذا اشترى شجرة وعليها حمل للبائع بأن كان مؤبرًا أو ما في معناه فلم يأخذها البائع حتى حدث حمل

المشتري واختلطت ولم تتميز وذلك إنما يكون فيما يحمل حملين، أما ما يحمل مرة في العام فقد تقدم أنه متى كان على النخلة شيء مؤبر كان جميع ثمرة ذلك العام للبائع. إذا عرف ذلك قال الأصحاب: فإن كان الحمل الحادث يتميز عن الأول كان الحمل الموجود حال العقد للبائع، والحمل الحادث للمشتري لأنه حدث في ملكه وإن لم يتميز فقد نقل المزني عن الشافعي قولين كما تقدم في المرتبة الأولى واختلف الأصحاب في ذلك على طريقين كما ذكره المصنف رحمه الله تعالى.

إحداهما: طريقة ابن خيران وأبي علي الطبري في «الإفصاح» القطع بعدم الانفساخ. ونقل الشيخ أبو حامد عن ابن خيران أن هذه المسألة لا تعرف للشافعي رحمه الله تعالى، ولا نص عليها، ولا تجيء على مذهبه أيضًا، بل البيع صحيح بكل حال، قال: وقد نكت ابن خيران وما قصر، وهذا الكلام من الشيخ أبي حامد فيه ميل إلى ما قاله ابن خيران وكذلك الماوردي قال: إن ما قاله ابن خيران أصح جوابًا وتعليلًا، وإن كان نقل المزني صحيحًا، قال: والإذعان للحق أولى من نصرة ما سواه.

وقال القاضي أبو الطيب عن ابن خيران والطبري: أنهما قالا: إن الذي في «مختصر المزني» نقله في «الأم» فوقع الغلط في النقل من مسألة بيع الثمرة إلى مسألة بيع الأصول، واحتج المنتصرون لهذه الطريقة بأن الاختلاط ليس في المبيع، فصار كما لو اشترى رجل ثمرًا وتجددت ثمار في يد البائع وتعيبت الثمار والمبيع في يد البائع فلا خيار بعيب الثمار، قال الإمام: وهذا القياس الذي لا يسوغ غيره وممن صحح هذه الطريقة الخوارزمي في «الكافي».

الطريقة الثانية: وبها قال المزني وأبو إسحاق المروزي، ونسبها القاضي أبو الطيب كما نسبها المصنف إلى أكثر أصحابنا أنها على القولين، قال هؤلاء: ونحن وإن لم نعلم نص عليها فإن المزني ثقة فيما نقله عنه، وفي المسألة ما لا يحتمل التأويل من وجهين، أحدهما: أن فيها يقال للمبتاع أتسمح؟ فإن سمح وإلّا قيل للبائع أتسمح؟ فلولا أن المعقود عليه هو نفس الشجر لما صح أن يقال لكل منهما: أتسمح؟ والثاني: أنه قال: تكون الخارجة للبائع، والحادثة للمشتري، فدل على أن المعقود عليه هو الشجر، ثم المعنى يدل على ذلك فإن المعقود عليه وإن كان هو الشجر فإن المقصود منها الثمرة، فإذا اختلطت الخارجة بالحادثة فقد اختلط المقصود من المبيع بغير المبيع، فهو كما لو اختلط المبيع بغيره، قال الشيخ أبو حامد: وهذا قريب، غير أن ابن خيران أسقط المسألة بالأصالة فلا معنى لقول هذا القائل: إن فيها مالا يحتمل التأويل.

قلت: المراد أن المسألة غير قابلة للتأويل، وأما إسقاط ابن خيران فيجاب عنه بأن المزني ثقة، وقد نقلها فلم يبق لابن خيران متعلق إلّا أن تقول أن المزني أخطأ فيها وجوابه بما أبداه هذا القائل من المعنى، فإنه ينفي الجزم بخطئها، واعلم أن هؤلاء الأئمة على جلالتهم وإطلاعهم بين منكر لما نقله المزني ومقلد له فيه، وقد وقفت على القولين بما لا يحتمل التأويل إلّا بتعسف عظيم، فإنه قال في آخر باب ثمر الحائط يباع أصله، وما أثمر في السنة مرارًا فبيع وفيه ثمرة فهي للبائع وحدها، فإذا انقضت فما خرج بعدها مما لم يقع عليه صفقة البيع فلمشتري الأصل، وصنف من الثمرة ما كان يخرج منه الشيء بعد الشيء، حتى لا ينفصل ما وقعت عليه صفقة البيع، وهو في شجره فكان للبائع ما لم تقع عليه صفقة البيع، وكان للمشتري ما حدث.

فإن اختلط ما اشترى بما لم يشتر فلم يتميز ففيها قولان، أحدهما: لا يجوز البيع فيه إلّا بأن يسلم البائع للمشتري الثمرة كلها، فيكون قد أوفاه حقه وزيادة أو يترك المشتري له هذه الثمرة، فيكون قد ترك له حقه.

والقول الثاني: أنه يفسد البيع من قبل أنه ـ وإن وقع صحيحًا ـ فقد اختلط حتى لا يتميز الصحيح منه الذي وقعت عليه صفقة البيع مما لم يقع عليه، وقد تكلف ابن الرفعة بحمل ذلك على ما إذا باع شجرة التين مثلًا بعد أن نتجت الأغصان ولم تبرز الثمرة فاشترط البائع لنفسه تلك الأغصان، فإنه كالثمرة غير المؤبرة إذا شرطها البائع لنفسه، فيشترط فيها القطع على النص، فيصح أن يقال: إن المبيع قد اختلط بغيره، وهذا تكلف بعيد، وقد أحسن المحاملي فاعترف بأن الشافعي رحمه الله تعالى نص على القولين في «الأم»، ورد على ابن خيران مذهبًا وحجاجًا، وذكر الإمام عن القائلين بهذه الطريقة أنهم فرقوا بين صورة الاختلاط وبين تعيب الثمار المتحدة في يد البائع. بأن الاختلاط سببه بقاء ثمرة البائع على الأشجار، وعلى البائع في الجملة تخلية المبيع للمشتري، فقد حصل الاختلاط بسبب ما استبقاه البائع لنفسه، وقرب ذلك من نقل الأحجار المودعة في الأرض، ومن قلع باب الدار المبيعة لنقل ما فيها من الأمتعة.

وفي «البحر» أن ابن خيران تأول ما نقله المزني على ما إذا ابتاع الشجرة وبقيت الثمرة للبائع، ثم اشترى المشتري ثانيًا الثمرة. ثم ظهرت الحادثة فاختلطت بها. وهنا يختلط المبيع بغير المبيع. فهي مسألة القولين. وغلطه في هذا التأويل بأن هنا وإن اختلط المبيع بغير المبيع إلّا أن كله للمشتري،، واختلط ملكه بملكه فلا يؤثر في البيع أصلًا، والله أعلم.

فائدة: قال الشيخ أبو حامد: ولا أعرف شجرة تحمل حملين ـ يتميز أحدهما عن الآخر في سنة واحدة إلّا التين، فإنه يحمل النوروذي ثم يحمل بعده في الوقت. وقد قال غيره: أن النارنج والأترج والرانج أيضًا يحمل حملين، وقد بلغني عن نوع من التفاح والباذنجان والبطيخ والقثاء ونحوها كالتين، وأجاب الأصحاب عن كوننا لم نجعل الحادثة تابعة للخارجة كما في ثمرة النخل، حيث جعلنا الطلع الحادث تابعًا على الصحيح بأن العادة في النخل أنه يحمل حملًا واحدًا، فإذا كان بعض حمله للبائع كانت ثمرة ذلك العام كله له، والتين يحمل حملين كل واحد منهما غير الآخر فالثاني كثمرة النخل في العام القابل.

قلت: والآخر كذلك غير أنه لا يطرد في شجر بعينه، ولا نقول في ثمرة النخل مطلقًا أن ثمرة العام كلها للبائع، فقد ورد أن نخل أنس بن مالك ﷺ كانت تحمل في السنة مرتين بدعوة النبي ﷺ له. فالمعتبر حينئذٍ بالحمل على ما جرت العادة. فإذا كان أحد الحملين منفصلًا عن الآخر انفصالًا بينًا غير متلاحق لم يتبع الثاني الأول. وإن كانت عبارة الشافعي التي قدمتها تقتضي اعتبار العام فينبغي أن يقول: على ذلك سؤال قال الأصحاب: إن قيل: هلا قلتم: الحمل الثاني تابع للأول؟ كما إذا باع نخلة مؤبرة فإن الطلع الحادث للبائع تبعًا للموجود؟ فالجواب: إن في الطلع وجهين والفرق أن الطلع الحادث من جملة هذا الطلع الموجود، لأنه ليس له إلّا حمل واحد يتقدم بعضه ويتأخر بعضه. وليس كذلك الحمل الثاني مع الحمل الأول.

فرع: قال المتولي في هذه المسألة: إن عدم الانفساخ هو الصحيح يعني من طريقة القولين وفي مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها لم يصحح شيئًا والذي صححه ابن أبي عصرون في هذه المسألة من طريقة القولين القول بالانفساخ كما صحح ذلك في مسألة اختلاط الثمار المبيعة.

فرع: إذا قلنا: ينفسخ العقد فلا تفريع عليه، وإن قلنا: لا ينفسخ. قال القاضي أبو الطيب: فمن سمح منهما أجبر الآخر على قبوله، وإن امتنعا فسخ الحاكم بينهما، كذلك قال القاضي أبو الطيب، وهو مفهوم المصنف رحمه الله. قال الماوردي: على ما يقتضيه مذهب ابن خيران، إن تراضيا واتفقا على قدر الحادثة من المتقدمة، وإلّا فالقول قول صاحب اليد، ولا يفسخ البيع لأنه لا يجعل لما حدث تأثيرًا في البيع وهذا الذي قاله الماوردي أحسن وأدخل في المعنى الذي لحظه ابن خيران، لأن الاختلاط في غير المبيع لا أثر له، وكذلك صرح به المحاملي بعبارة تقتضي أنه منقول عن ابن خيران، فإنه قال: وقال ابن خيران:

المسألة على قول واحد أن البيع لا يبطل، ولكن يقال لكل منهما: اسمح بترك ثمرتك، فإن سمح أجبر الآخر على القبول، وإن لم يسمح نظر ـ فإن كانت الشجرة والثمرة في يد البائع ـ كان القول قوله في قدر ما يستحقه المشتري منها، وإن كانت في يد المشتري فالقول قوله في قدر ما يستحقه منها.

وكذلك الإمام قال: إنه على هذه الطريقة لا يثبت الخيار، وربما يظن بين كلام هؤلاء وكلام القاضي أبي الطيب منافاة، ولا منافاة بينهما، فقد بين الروياني ذلك، ونقل القول بالفسخ عن نصه في «الأم» وعن ابن خيران أنه إذا لم يسمح واحد منهما فالقول قول من في يده كما قاله المصنف والقاضي أبو الطيب تفريعًا على القول بعدم الانفساخ من قولي طريقة الخلاف. وما قاله الماوردي، والمحاملي والإمام تفريع على طريقة ابن خيران فقط، فكلام أبي الطيب لا إيراد عليه إلّا من جهة كونه أطلق ذلك على قول عدم الانفساخ، وهو مشترك بين قول ابن خيران وأحد قولي طريقة الخلاف وكلام المصنف الإيراد عليه قوي، لأنه نقل قول ابن خيران، وفرع عليه أنه يقال: من سمح منكما أقر العقد فأفهم أنه إذا لم يسمح واحد منهما لا يقر العقد، ويفسخ وليس ذلك قول ابن خيران، ولو أخر هذه الكلمة بعد طريقة القولين وقالها تفريعًا على عدم الانفساخ كان يعتذر عنه بما اعتذر عن القاضي أبي الطيب، والله أعلم.

فرع: كلام المصنف هنا مشير إلى أنه لا مزية في غرض ترك الحق بين البائع والمشتري، وكلامه في «التنبيه» يقتضي أنه يبدأ بالبائع وكلام الماوردي يقتضي البداءة بالمشتري، والأقرب التسوية كما أشار إليه في «المهذب» وأن من بدأ بالقول البائع أو المشتري، لم يقل ذلك على أنه متحتم، بل على جهة المثال وليس كذلك كالبداءة في التسليم، فإن ذلك مقصود يجبر عليه بخلاف هذا، والله أعلم.

فرع: أورد على إلزام المشتري أو البائع قبول ما بذل له من الثمن لإمضاء العقد ما إذا سمح غرماء المفلس لصاحب السلعة المبيعة بتقديمه بتمام الثمن ليستمر عقد البيع، فإنه لا يلزمه الإجابة وفيه نظر.

المسألة الثانية: وهي المرتبة الأخرى. إذا اشترى رطبة فإن اشتراها بشرط القطع من أصلها فلم يقلع فما حدث يكون للمشتري إن اشتراها بشرط القطع فلم يأخذها المشتري حتى طالت وعلت، فقد عطف المزني هذه على مسألة القولين، فاختلف الأصحاب، فمنهم من قال: البيع صحيح قولًا واحدًا كما ذكره المصنف حكمًا وتعليلًا ومنهم من قال: هي على قولين كالمسألة الأولى وممن ذهب إلى هذا أبو إسحاق المروزي وابن أبي هريرة والشيخ أبو حامد وجمهور أصحابنا والإمام

والروياني والشاشي قال الماوردي وجمهور أصحابنا: وغلط الشيخ أبو حامد القائل الأول، وأجاب هؤلاء عما تمسك به القائل الأول من الكبر والسمن بأن زيادة الكبر والسمن وصيرورة البلح بسرًا وما أشبه ذلك ليس بعين، بمعنى أنه لم يزد في أطرافه ولا في عدده، والرطبة إذا طالت تفرع لها أغصان وحدثت أعيان لم تكن فهو كالمسألة الأولى سواء.

وحسن المصنف هذا الجواب بقوله: إن تلك الزيادة لا حكم لها، فلم يقل إنها ليست بعين، فإنها عين قطعًا ولهذا احتاج الأولون يفسرون ذلك بعدم زيادة أطرافه وعدده، لكنها ـ وإن كانت عينًا ـ فلا حكم لها، بدليل أنه يجبر على التسليم معها فعبارة المصنف أسلم عن المشاححة، وقد يفرض طول الرطبة من غير تفرع الأغصان، ومما يدل على ذلك أنه لو باع الرطبة وطولها ذراع فأجبر في نصف طوله قبل القبض سقط من الثمن بقدره بخلاف السمن، فإنه لو هزل في يد البائع لم يسقط شيء، وقال القاضي أبو الطيب: إن الزيادة في الرطب حدثت في الأصول التي في الأرض، فهي بمنزلة حدوث حمل آخر من الثمرة، وقال الماوردي: إنها عين متميزة بخلاف الكبر والسمن فإنه ليس متميزًا.

واعلم: أن هاتين الطريقتين على ما ذكره المصنف متفقتان على أن الزيادة التي حصلت في الرطبة للبائع، وليست للمشتري، وكذلك قال القاضي أبو الطيب والمحاملي والشيخ أبو حامد قبلهما والقاضي حسين، وذكر الماوردي في حكاية الطريقة الجازمة بالصحة أن الزيادة للمشتري لأنها لا تتميز، فإن صح ذلك ففي المسألة ثلاث طرق، وقال ابن أبي عصرون: أن الأصح من قولي أحد الطريقين الانفساخ كما ذكره في المسألتين السابقتين، وقول المصنف: فسخ، أي يفسخه الحاكم، كذلك صرح به الماوردي، وقوله على القولين أي القولين في اختلاط الثمرة المبيعة.

واعلم: أن في مسألة الرطبة ومسألة اختلاط الثمار المبيعة، يقال للبائع: إن سمحت بحقك أقر العقد، وإن لم تسمح فسخ البيع، كما قال المصنف هناك، ولا يقال للمشتري: إن سمحت بحقك أقر العقد وفي مسألة إذا باع الشجرة واختلطت الثمار الموجودة بالحادثة يقال لكل منهما: إن سمحت بحقك أقر العقد والفرق أن في المسألتين الأوليين إذا ترك المشتري حقه فاز البائع بالعوض والمعوض.

فرع: باع شجرة الباذنجان إن بلغ نهايته فإن كان في الخريف لا يحتاج إلى شرط القطع، وإلّا فبشرط القطع، فإن كان عليه نور فهو للمشتري، وإلّا فهو للبائع كما في سائر الثمار، ولا يدخل في مطلق العقد إلّا بالشرط، فلو ظهر باذنجان آخر

واختلط بالأول بحيث لا يتميز ففيه طريقان كما ذكرنا، وهكذا في البطيخ والقثاء وما في معناها. قاله القاضي حسين، وقال الروياني في هذا الفرع: إن باع الأصل مع الثمرة لا بد من شرط القطع، فإن شجر الخربز والباذنجان والقثاء زرع وقد تقدم في كلام الإمام ما يخالفه، وقال الخوارزمي: إن باع الأصول قبل خروج حملها لم يجز إلّا بشرط القطع، وإن باع بعد خروج حملها، فإن باعها مع الحمل جاز مطلقًا، وإن باعها دون الحمل أو مطلقًا فالحمل الموجود للبائع، والحادث للمشتري.

ومقتضى كلام القاضي حسين الذي حكيته أنه إذا باع البطيخ مع أصوله لم يصح إلّا بشرط القطع، بخلاف النخل، وكذلك قال الإمام والغزالي، قال ابن الرفعة: وهو أفقه يعني من الإمام، والمنقول الأول، يعني كلامًا عن البندنيجي وغيره يقتضي أنه يجوز مطلقًا.

فائدة: إن قلت: ما وجه تأخير هذه المرتبة عن الرتبة الثانية، فإن في هذه المرتبة اختلط المبيع بغيره، فهي أشبه بالمسألة الأولى، قلت: المرتبتان الأوليان الاختلاط فيهما ظاهر، إما اختلاط المبيع بغيره في المرتبة الأولى وإما اختلاط المقصود منه بغيره في المرتبة الثانية، وفي هذه المرتبة القائل الأول يقول: ليس فيها اختلاط وإنما هو زيادة المبيع في نفسه. ولو كان كما قال هذا القائل لأجبر البائع على تسليم الرطبة بكمالها. ولم يقل به أحد كما أشار إليه المصنف. فالنزاع في المرتبة الثانية في المختلط فيها. هل هو كالمختلط في المرتبة الأولى أو لا؟ والنزاع في الاختلاط هل هو كذلك الاختلاط أو لا؟ فذكر المصنف الاختلاط المحقق بقسميه. ثم لما فرغ منه ذكر ما يقبل النزاع في كونه اختلاطًا أو لا؟ لكن إجراء القولين هنا فيما أظنه أولى من إجرائهما في المرتبة الثانية لأن الاختلاط حقيقي، وإنكار ما فيه ارتكاب ضرب في المجاز أو القياس. وكون المرتبة الثانية كالأولى على العكس من ذلك. وكذلك قلت في هذه المرتبة الأخرى، ولم أقل الثالثة، وذلك أن جماعة من محققي الأصحاب كأبي حامد والماوردي اختاروا إجراء القولين هنا دون المرتبة الثانية.

ولو اشترى وديًا فكبر فإنه للمشتري قولًا واحدًا لأنها زيادة غير مميزة. قاله ابن أبي هريرة وغيره. وجعله القاضي حسين في «تعليقه» قاعدة عامة أنه إذا اشترى شجرة وتركها حتى تكبر وتطول وتزداد كثيرًا، فإن كان مما لا يتكرر قطعه مثل شجرة التفاح وأنواعه فيكون الكل للمشتري، وإن كان مما يتكرر قطعه مثل الخلاف والقصب يخرج على القولين، وفي «الفتاوى» المنسوبة إليه فيما إذا اشترى شجرة بشرط القطع فلم تقطع حتى نما وكبر إطلاق القولين في انفساخ العقد، ثم قال جامعها بعد هذه

المسألة ليست عن القاضي، وأنه ينبغي أن تكون للمشتري، ولا خيار له لأنه ملك أصلها كالثمرة، ثم قال: ورأيت للشيخ أبي المعالي أنه إن كانت الشجرة مما لا يخلف فللمشتري، كالصنوبر والنخل، وإن كان يخلف كالقت فقولان.

قلت: وسنذكر من كلام صاحب «التتمة» أنه إذا اشترى الزرع بشرط القطع أن المشتري لا يملك أصوله، وأنها للبائع، وقياس ذلك أن تكون الشجرة أيضًا كذلك، وأن تكون زيادتها كاختلاط المبيع بغيره، فيجري القولان كما اقتضاه باقي الفتاوى، والذي قاله في «التعليقة»، وقال ابن أبي هريرة: محمول على ما إذا باع مطلقًا، فإنه فيما لا يستخلف لا يحتاج إلى شروط القطع. وتكون أصوله للمشتري.

فائدة: هذه المسألة تنبهك على أن المشتري إذا اشترى جذة من الرطبة لا يملك منها إلّا الظاهر على وجه الأرض، وقد تقدم عن الماوردي حكاية خلاف في أن الجذة المراد بها الظاهر على الأرض أو ما جرت العادة بجذه، وهذا الوجه لا يجتمع مع كلامهم في هذه المسألة إلّا أن يكون قد عين في فرض هذه المسألة أنه لا يملك شيئًا من الباطن.

فرع: الزروع التي تحصد مرة واحدة إذا اشتراها بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد قال صاحب «التتمة»: فالزيادة للبائع، والحكم على ما ذكرنا، يعني في مسألة زيادة الرطبة واختلاطها قال: حتى لو تسنبل تكون السنابل للبائع، اللهم إلّا أن يكون اشترى الزرع بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد فتكون الزوائد له لأنه ملك أصول الزرع التي منها تحصل الزيادة، هكذا قال صاحب «التتمة» فأما قوله: الزيادة للبائع، والحكم كما في مسألة الاختلاط فهو مخالف لما تقدم عن الإمام أنها للمشتري بالاتفاق.

وأما قوله: حتى لو تسنبل تكون السنابل للبائع، ففيه نظر لأن السنابل ليست حادثة من خاص ملكه، بل هي منها على رأيه وجعلها للمشتري أقرب، وأما قوله: اللهم إلى آخره فهكذا وجدته في النسخة، والظاهر أنه غلط والصواب: القلع باللام، وعلى هذا يصح، فإنه إذا اشتراه بشرط القطع من أصوله كانت الأصول ملكه، فكل ما حدث منه كان للمشتري، لأنه زيادة ملكه، والله أعلم. وقد صرح صاحب «التهذيب» بأنه إذا باع القرط بشرط القلع فلم يقلع حتى ازداد يكون ما حدث للمشتري، لأنه ملك أصله. وقد تقدم التنبيه على ذلك أول المسألة.

فرع: إذا اشترى أصول البطيخ تقدم عن الإمام والمتولي وغيرهما أنه لا يجوز إلّا بشرط القطع. قال صاحب «التتمة»: أو القلع، وقال صاحب «التتمة»: إلّا أنه إذا اشترى أصول النبات بشرط القلع ثم استأجر الأرض أو استعار ولم تبلغ

الأصول، فما يحدث يكون ملكًا له، لأنه فرع أصل مملوك. وهذا من صاحب التتمة على ما ذكره في الفرع المتقدم أنه إذا المشترى الزرع بشرط القطع لا يملك أصوله. وقد تقدم عن الأصحاب أن الطريق إلى ملك ما يحدث من البطيخ أن يشتري الأصول بشرط القطع، ويستأجر الأرض فلا يجب عليه القطع. وهذا الذي قاله المتولي ينبه على أنه لا يفيد اشتراط القطع. بل لا بد من اشتراط القلع. وينبغي أن يكون ذلك مجزومًا به. لأن البطيخ مما يستخلف، والله أعلم.

ولو باع أصول النبات مطلقًا. قال المتولي: لا يدخل البطيخ إلّا بالتنصيص لأنها ثمرة ظاهرة حتى أن الذي هو يرى ولم ينعقد لا يتبع الأصول، بخلاف الثمرة التي لم تظهر تتبع الشجرة. لأن الشجرة أصل مقصود، والنماء تبع له. فجعل ما لم يظهر من النماء تبعًا له. وأما هنا أصل النبت ليس بمقصود، وإنما المقصود الثمار، فلا يجعل المقصود تبعًا.

فرع: قال الشافعي رضي الله تعالى عنه: ولا يجوز بيع القصيل إلّا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف، ثم قال: فإن اشتراه ليقطعه فتركه بغير شرط وقطعه بمكنة، فالبائع بالخيار في ترك القصيل أو نقض البيع، فهذا النص إن كان المراد به ما استخلف خاصة فهو أحد الطريقين أو القولين اللذين نقلهما الأصحاب، وإن كان شاملًا لما يستخلف ولما لا يستخلف ففيه موافقة لما قاله صاحب «التتمة». من أن الزيادة في الزرع الذي لا يستخلف للبائع ومخالفة لما قاله الإمام، قال صاحب «التهذيب»: أنه لو باع القصيل أو الشجر المخلف كالخلاف والقصب أو ورق الفرصاد في أول خروجه بشرط القطع في ذلك كله، فلم يقطع حتى زاد، ففي انفساخ البيع قولان كالقت، قال: وعندي إن كانت المقاطع معلومة مثل أغصان الفراصيد يبين مقاطعها. فما يحدث من الأوراق فوق المقطع والقول يكون للمشتري. وفي القت والكراث إنما ينفسخ لأن ما يحدث من أصله الذي لم يبع غير متميز عما باع. لأنه لا يعرف مقاطعها بعد الزيادة.

فرع: في «زيادات أبي عاصم العبادي»: إذا اشترى ورق الفرصاد مع أغصانه فتراخى القطع حتى مضى الوقت فله القطع، وإن اشترى الورق فقط فتأخر فسد البيع في قول، لأنه اختلط المبيع بغيره.

فرع: ما لا يجوز بيعه إلّا بشرط القطع كالرطبة والقصيل والقصب والطرفاء والخشب والبردي في خرابزه ذكره ابن خيران في «اللطيف».

قال المصنف رحمه الله تعالى: وإن كان له شجرة تحمل حملين، فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح، وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به ولا

يتميز، فالبيع باطل، وقال الربيع: فيه قول آخر: أن البيع يصح. ولعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جذة من الرطبة، فلم يأخذ حتى حدث شيء آخر، أن البيع يصح في أحد القولين، والصحيح هو الأول، لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه، لأن العادة فيها الترك، فإذا ترك اختلط به غيره، فتعذر التسليم بخلاف الرطبة، فإنه باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم.

الشرح: ضبط في «الاستقصاء» حملين ـ بفتح الحاء ـ قال في «الاستقصاء»: وقال غيره: الحمل بالفتح ما كان في بطن أو على رأس شجرة. وبالكسر ما كان على رأس أو ظهر، وحمل الشجرة مرتين، يقال: إن ذلك في التين واللوز والرانج والأترج تحمل حملين، وهذه المسألة كالتقييد لما تقدم وتبين أن ما مضى من الكلام في اختلاط الثمار المبيعة إنما محله فيما إذا لم يكن الاختلاط غالبًا، أو كان غالبًا ولكن شرط القطع على المشتري، فلم يتفق حتى وقع الاختلاط، أما إذا كان الاختلاط غالبًا ولم يشترط القطع فالبيع باطل كما ذكره المصنف ههنا، وهو الصحيح المشهور المنصوص في «الأم»، نص عليه في باب ثمر الحائط يباع أصله.

قال الربيع هناك: وللشافعي في مثل هذا قول أنه إن شاء رب الحائط أن يسلم ما زاد من الثمرة التي اختلطت بثمرة المشتري صح، قال المحاملي: وهذا ليس بمنصوص، وإنما أخذه الربيع من أحد القولين فيما إذا باع جذة من الرطبة، فلم يجذه المشتري حتى حدثت أعيان أخر، فإن الشافعي نص في تلك المسألة على قولين، فخرج الربيع قولًا آخر في هذه المسألة بناء على تلك، قال المحاملي: وغلط في هذا، والمذهب أن البيع يبطل قولًا واحدًا، والفرق أن الرطبة إنما تباع على شرط القطع، فالمبيع معلوم مقدور على تسليمه، وإنما يخاف تعذر التسليم بمعنى ربما حدث، وربما لم يحدث. فصح العقد وههنا وقع العقد على الثمرة الموجودة. والعقد يقتضي تبقيتها إلى وقت الجذاذ. فإذا علم اختلاطها في تلك الحالة، فقد وقع العقد على ما يعلم تعذر تسليمه حال استحقاق التسليم، انتهى. وشبهوه بشراء العبد الآبق، وقد أطبق جماهير الأصحاب على ترجيح القول بالفساد. ورد ما قاله الربيع.

قالوا: وإنما وزان مسألة الرطبة لو باع الثمرة بشرط القطع، فلا يبطل البيع. وقد نقل الإمام قول الربيع المذكور في الكتاب عن العراقيين. قال: وذكر العراقيون قولًا بعيدًا أن البيع موقوف، فإن سمح البائع ببذل حقه تبينا انعقاد العقد، وإن لم يسمح تبينا أن العقد غير منعقد في أصله. وهذا قول مزيف لا أصل له، وهو بمثابة المصير إلى وقف بيع العبد الآبق على تقدير فرض الاقتدار عليه وفاقًا، فإن طردوا هذا فهو على فساد مطرد. وما أراهم يقولون ذلك. وأراد الإمام بالقول الذي نقله

العراقيون ما ذكره المصنف عن الربيع. لكن ليس في كلامهم الذي رأيته أن ذلك من باب وقف العقود، بل صرح المحاملي في حكاية هذا القول أنه يقال للبائع: اسمح بترك حقك، فإن سمح وإلّا فسخ العقد، ولكن عبارة الربيع في «الأم» التي حكيت بعضها في صدر كلامي محتملة لما قاله الإمام، والأولى أن يترك على ما قاله المحاملي وحينئذٍ لا يكون من وقف العقود، ولا يتبين انعقاد العقد أو عدم انعقاده.

وأما إلزامهم بالعبد الآبق فالفرق أن الثمرة يمكن تسليمها بتسليم الجميع، ولا كذلك الآبق، لكن القول المذكور ضعيف بما ذكره المحاملي والمصنف، فإن الرطبة لأجل شرط القطع يمكن تسليمها، وههنا الإبقاء بعد بدو الصلاح مستحق. فلا يمكن التسليم، وكونه تسليمه بتسليم الجميع لا يكفي لأن شرط العقد القدرة على التسليم الذي لو امتنع منه أجبر عليه وهو لا يجبر على تسليم الجميع، وقد أورد ابن الرفعة على الإمام والغزالي إذ قالا أن الاختلاف بعد التخلية لا يوجب الانفساخ أن يقولا بالصحة ههنا، فإن التسليم ممكن بالتخلية، وللبائع إجبار المشتري عليها إذا باع مطلقًا لخروجه بذلك عن عهدة الضمان على هذا الرأي، كما يكون ذلك في المنقول وحينئذٍ تساوي مسألة الرطبة، نعم لو كان التسليم لا يمكن في حال إلّا مع الاختلاط لم يصح ذلك، وذلك في جملة البئر إذا أفردت بالبيع وقلنا: الماء يملك، وأورد صاحب «الوافي» أنه إذا علم حدوث ما تختلط به الثمرة المبيعة إذا تركها، فينبغي أن يجب القطع للعذر المفضي إلى إبطال البيع فيصح نقل الربيع.

قلت: وإيجاب القطع بدون شرطه بعيد، لأن المشتري لم يلتزمه، ولا هو مقتضى العقد، والله أعلم.

وحقيقة الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى أن المتوقع كالواقع أو لا؟ والجمهور على أن المتوقع كالواقع، ولهذا منعوا الأب من نكاح جارية ابنه إذا قلنا: لو أحبلها صارت أم ولد له، وشاهده من السنة نهيه ﷺ: «عن بيع الثمرة حتى تزهي» وأورد ابن الرفعة على الإمام أيضًا في إلزامهم العراقيين طرده ذلك في العبد الآبق، أنه أبدى في كتاب اللقيط احتمالًا في جواز بيع العبد الآبق، المنقطع الخبر مع عدم اتصال الرفاق، وعدم إجزاء عتقه عن الكفارة ظاهر، ثم قال: ومما يجب ذكره أنا إذا منعنا البيع فلو تبين بقاء العبد فالظاهر عندي نفوذ البيع، وإن كان يلتفت على الوقت ولكن إذا بان الأمر من الملك والقدرة على التسليم فظن التعذر لا يبقى أثره مع تبين خلافه، وكان في المعاملات يضاهي صلاة الخوف مع سواد يحسبه عدوًا ثم بان خلافه.

فرع: إذا اشترى الشجرة المذكورة بعد ظهور أحد الحملين وتأبيره وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به فأطلق الرافعي وغيره أن البيع باطل إلّا بشرط القطع، وقال: إنه يجيء فيه الخلاف، يعني خلاف الربيع، ولم يذكر أنه على طريقة ابن خيران كيف يكون الحكم؟ وينبغي على طريقة ابن خيران في المسألة المتقدمة بالصحة الحكم، وعلى الطريقة المثبتة للخلاف يكون كما لو باع أحد الحملين فالمشهور البطلان إلّا بشرط القطع، والله أعلم.

وإذا باع شجرة واستثنى ثمرتها التي لم تؤبر فإنه لا يشترط شرط القطع على الصحيح. وإذا باع شجرة وبقيت ثمرتها المؤبرة للبائع قبل بدو الصلاح لا يشترط قطعها جزمًا، وإذا باع ثمرة بعد بدو الصلاح فعلم اختلاطها بغيرها قبل الجذاذ بطل العقد على أحد القولين، ولو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بثمرة أخرى فكذلك على المذهب. ولو باع رطبة أو شبهها مما ذكرناه هنا لم يجز إلّا بشرط القطع.

ولو باع الأرض وفيها رطبة تبقى للبائع، ويعلم اختلاطها بغيرها، فهو كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة يعلم اختلاطها بغيرها، ومقتضى المذهب كما قدمته اشتراط القطع فكذلك هنا، وظهر لك بجميع هذه المسائل أن إطلاقهم عدم اشتراط القطع فيما إذا بقيت الثمرة للبائع قبل التأبير بالشرط، أو بعد التأبير وقبل بدو الصلاح بالعقد، محمول على ما إذا لم يكن تلاحق الثمار غالبًا، أما لو كان غالبًا فمقتضى ما تقرر بطلانه، كما إذا باع ثمرة يعلم تلاحقها بغيرها وليس لك أن تفرق بأن الثمرة هناك مبيعة، فتعذر تسليمها موجب للبطلان بخلاف ما إذا بقيت للبائع، فإنها ليست بمبيعة، لأنا نقول: أن هذا المعنى هو الذي لحظه ابن خيران فيما إذا باع الشجرة وعليها ثمرة فاختلطت بغيرها، وقد أبطله الأصحاب هناك.

ولو باع شجرة وعليها ثمرة غير مؤبرة استثناها البائع، إما بشرط القطع إن شرطناه أو بدونه، فحدث طلع آخر، فهل يكون حكمه ما إذا بقيت الثمرة المؤبرة للبائع وحدث طلع آخر؟ فيجري فيه الوجهان في أن الطلع يكون للبائع؟ أو للمشتري؟ أو نقول هنا: إن الطلع الحادث للمشتري قولًا واحدًا؟ لأن الثمرة غير المؤبرة إنما بقيت بالشرط، فلا يستتبع الطلب الحادث، لم أر في ذلك نقلًا فإن قلنا: إن الطلع للبائع تبعًا للثمرة فلا كلام، وإن قلنا: للمشتري وكان الغالب تلاحقه فهل يصح من غير شرط، فيصير كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة، يعلم اختلاطها بغيرها، وقياس المذهب فيها البطلان.

ولو اشترى شجرة القثاء والبطيخ ونحوه مع ثمرتها، اشترط القطع لأنه

كالزرع. ثم إن لم يتفق القطع حتى خرج شيء آخر فالخارج والموجود كله للمشتري وهذا هو الوجه في تحصيل كل الثمرة الموجودة وغيرها للمشتري.

وإن أراد الخلاص من مطالبته بالقطع استأجر منه الأرض سنة أو سنتين فيحصل له منفعة تلك المدة. ولا يملك صاحب الأرض مطالبته بالقطع، قاله الروياني وغيره.

المحتويات

تابع كتاب البيوع ٥
فصل فيما يتعلق به ابن عباس وموافقوه والجواب عنه ٤٢
فصل في الأحاديث الواردة في تحريم ربا الفضل ٤٩
باب بيع العرايا ٢٦٨
باب بيع الأصول والثمار ٣٩٧
مسائل المعدن ٤٢٣
المحتويات ٥٧٥